

**YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN YENİDEN  
MÜZAKERESİ VE UYARLANMASI**

**MURAT ERBİLEN**

**TEZ DANIŞMANI**

**PROF. DR. MEHMET BAHTİYAR**

**DOKTORA TEZİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**HUKUK FAKÜLTESİ**

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

**EYLÜL, 2022**

## İNTİHAL SAYFASI

Doktora tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Tarih : 03 Eylül 2022  
Ad/soyad : Murat Erbilen

## ÖZET

Yabancı yatırım sözleşmeleri, kısaca, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında akdedilen, maddi ve gayri maddi varlıkların ev sahibi devlete transferini öngören ve yabancı yatırımcının kar ya da bir menfaat elde etme amaçladığı sözleşmelerdir. Yabancı yatırımlara devletler arasında yapılan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları kapsamında koruma sağlanmaktadır. Yine aynı anlaşmalar kapsamında uyuşmazlıkların giderilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

Yabancı yatırım sözleşmelerindeki yeniden müzakere, istikrar, aşırı ifa güçlüğü, mücbir sebep klorları gibi düzenlemeler, düzenlemelerin içeriğine bağlı olarak, sözleşmede belirtilen hallerde, taraflara sözleşmeyi yeniden müzakere yükümlülüğü getirmektedir. Bu halde, taraflar, çözüm için dürüst çaba göstermek, etkin bir şekilde sözleşmeyi yeniden müzakere etmek ve diğer tarafın menfaatlerini de göz önünde bulundurma yükümlülüğü altındadır. Yeniden müzakerenin sözleşmede açıkça düzenlenmediği hallerde ise yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Yabancı yatırımların önemli miktarda katkıyı gerektirmeleri, kısa süreli olmamaları ve ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı dışında alt yükleniciler, hizmet sağlayıcıları, proje çalışanları ve finans kuruluşları gibi pek çok paydaşı da ilgilendirmeleri nedeniyle, koşulların değişmesi halinde, sözleşmenin taraflarca yeniden müzakere edilmesi dürüst bir muhataptan beklenecek bir davranıştır. Esasen, yatırım anlaşmalarında da sıklıkla ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki uyuşmazlığın mahkemeye ya da tahkime taşınmasından önce belirli bir süre dostane yollarla çözülmesi için görüşmeler yapılacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

Yeniden müzakere sırasında bir tarafın yapmış olduğu teklifi diğer tarafın kabul etme yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, yapılan tekliflerin hiçbir önemi ya da faydası olmadığını belirtmek doğru değildir. Nitekim, bu teklifler yeniden müzakerenin sonuçsuz kaldığı durumlarda, uyuşmazlığın çözümü ile yetkili mahkeme ya da hakem heyetine yol gösterici niteliktedir.

**Anahtar Kelimeler:** Yabancı Yatırım Sözleşmesi, Yabancı Yatırım, Yabancı Yatırımcı, ICSID, ICSID Konvansiyonu, Yeniden Müzakere, Uyarlama.

## **ABSTRACT**

Foreign investment agreements can be briefly defined as agreements signed between a host state and a foreign investor, envisaging the transfer of tangible and intangible assets to the host state and via which the foreign investor intends to earn a profit or benefit from such investment. Protection is typically provided to foreign investors through treaties signed between states concerning the reciprocal promotion and protection of investments. Provisions regarding the settlement of disputes are also included in the aforementioned treaties.

Clauses in foreign investment agreements on renegotiation, stability, hardship, and force majeure, on the circumstances set forth in the agreement, impose obligation on the renegotiation of the agreement by the parties depending on their content. In this case, parties are obliged to act in good faith for efficient renegotiation and to consider the other party's interest in resolution. If the agreement remains silent on renegotiation, the renegotiation obligation is controversial. Generally, renegotiation of the agreement would be expected from a prudent counterparty due to changes in circumstances as foreign investments require substantial contribution and are generally not short-term in nature and concern the host state and the foreign investor as well as many other parties such as subcontractors, service providers, project employees and financial institutions. Indeed, provisions are frequently embedded in the investment treaties to the effect that negotiations will be carried out to resolve any dispute between the host state and foreign investor amicably before such dispute is referred to a court or arbitral tribunal.

While a party is not obliged to accept any proposals made by the other party during renegotiation, one cannot say that proposals made during such renegotiation have no importance or are useless. It could be stated that these proposals would guide the competent court or the tribunal with dispute where renegotiation has failed.

**Keywords:** Foreign Investment Agreements, Foreign Investment, Foreign Investor, ICSID, ICSID Convention, Renegotiation, Adaptation.

## İçindekiler

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| KISALTMALAR .....                                                                                         | ix |
| GİRİŞ .....                                                                                               | 11 |
| BİRİNCİ BÖLÜM .....                                                                                       | 15 |
| YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİ .....                                                                        | 15 |
| I. Yabancı Yatırım Sözleşmesi Kavramı .....                                                               | 15 |
| II. YYS'nin Temel Unsurları Olarak Yabancı Yatırım ve Yabancı Yatırımcı .....                             | 20 |
| A. Yabancı Yatırımlar .....                                                                               | 20 |
| 1. Yabancı Yatırımların Tarihi Gelişimi .....                                                             | 20 |
| 2. Yabancı Yatırımın Tanımı .....                                                                         | 28 |
| a. İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Andlaşmalarındaki Yatırım Tanımları .....     | 29 |
| b. ICSID Konvansiyonu ve Yatırım Tanımı .....                                                             | 36 |
| c. Diğer Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Tanımları .....                                                 | 41 |
| i. Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty) .....                                                   | 41 |
| ii. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA-Multilateral Investment Guarantee Agency) ..... | 43 |
| iii. Amerika Birleşik Devletleri, Meksika ve Kanada Ticaret Anlaşması (USMCA) .....                       | 44 |
| d. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uyarınca Yatırım Kavramı .....                                      | 45 |
| 3. Yabancı Yatırımın Türleri, Özellikleri ve Sınırlamalar .....                                           | 47 |
| a. Yabancı Yatırımların Türleri .....                                                                     | 47 |
| i. Doğrudan Yatırımlar .....                                                                              | 47 |
| ii. Dolaylı (Portföy) Yatırımlar .....                                                                    | 52 |
| b. Yabancı Yatırımın Tipik Özellikleri .....                                                              | 55 |
| i. Kısa Süreli Olmama .....                                                                               | 58 |
| ii. Önemli Miktarda Maddi ya da Gayri Maddi Katkı .....                                                   | 60 |
| iii. Risk Üstlenilmesi .....                                                                              | 62 |
| iv. Ev Sahibi Devletin Kalkınmasına Katkı .....                                                           | 64 |
| 4. Yabancı Yatırımlara İlişkin Sınırlamalar ve Özellikli Durumlar .....                                   | 66 |
| a. Sözleşme Öncesi Yapılan Masraflar .....                                                                | 66 |
| b. Yabancı Yatırımcının Ev Sahibi Devlette Kurduğu Şirket'in Durumu .....                                 | 69 |
| c. Ev Sahibi Devleti de İçine Alan Yapısı .....                                                           | 70 |
| B. Yabancı Yatırımcı .....                                                                                | 72 |

|                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Gerçek Kişi Yatırımcı .....                                                                                    | 72  |
| i. Uluslararası Hukuk'ta Genel Olarak Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....                                          | 72  |
| ii. Yatırım Anlaşmalarında Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....                                                     | 76  |
| iii. ICSID Konvansiyonu Kapsamında Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı.....                                             | 77  |
| 2. Tüzel Kişi Yatırımcı.....                                                                                      | 79  |
| i. İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarındaki Tüzel Kişi Yatırımcı Tanımları ..... | 79  |
| ii. ICSID Konvansiyonu'na Göre Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı .....                                                 | 83  |
| iii. Diğer Çok Taraflı Anlaşmalarda Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı .....                                            | 86  |
| 3. Tüzel Kişi Yatırımcıya İlişkin Bazı Özellikli Durumlar .....                                                   | 87  |
| i. Özel Hukuk - Kamu Hukuku Tüzel Kişileri .....                                                                  | 87  |
| ii. Dolaylı Hissedarlık.....                                                                                      | 89  |
| III. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Türleri .....                                                                | 91  |
| A. Kamu Özel İşbirliği (PPP) Sözleşmeleri .....                                                                   | 92  |
| B. Ortak Girişim (Joint Venture) Sözleşmeleri.....                                                                | 93  |
| C. İmtiyaz Sözleşmeleri.....                                                                                      | 96  |
| D. Anahtar Teslim (Turnkey) Sözleşmeler.....                                                                      | 98  |
| E. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri (Production Sharing Agreements) .....                                            | 98  |
| F. Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret ve Benzeri Sözleşmeler .....                                                       | 99  |
| İKİNCİ BÖLÜM.....                                                                                                 | 103 |
| YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN YENİDEN MÜZAKERESİ .....                                                          | 103 |
| I. Yeniden Müzakerenin Hukuki Dayanağı ve Kapsamı .....                                                           | 103 |
| A. Yeniden Müzakerenin Hukuki Dayanağı.....                                                                       | 103 |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                             | 103 |
| 2. Sözleşme Hükmüne Dayalı Yeniden Müzakere.....                                                                  | 106 |
| 3. Sözleşmede Örtülü Yeniden Müzakere Yükümlülüğünün Bulunduğu Görüşü .....                                       | 109 |
| 4. Tarafların Seçtikleri Hukuka Göre Yeniden Müzakere .....                                                       | 111 |
| 5. Hakemlerin Tespit Ettikleri Hukuka Göre Yeniden Müzakere.....                                                  | 114 |
| 6. Uluslararası Hukukun Uygulanması .....                                                                         | 116 |
| a. Uluslararası Anlaşmalar .....                                                                                  | 119 |
| b. Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku.....                                                                           | 121 |
| c. Hukukun Genel Prensiplerinin Uygulanması.....                                                                  | 128 |

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Yeniden Müzakerenin Usulü.....                                             | 129 |
| 1. Genel Olarak .....                                                         | 129 |
| 2. Değişen Koşullar ve Tetikleyici Olay Kavramları.....                       | 135 |
| 3. Muhatabın İyi Niyetle Müzakere Yükümlülüğü Var Mıdır? .....                | 139 |
| 4. Muhatabın Teklifi Kabul Etme Yükümlülüğünün Bulunmaması .....              | 142 |
| II.Yabancı Yatırım Sözleşmelerinde Yeniden Müzakerenin Önemi.....             | 144 |
| A. Genel Olarak .....                                                         | 144 |
| B. Sözleşmede Yeniden Müzakere ve Benzeri Düzenlemeler.....                   | 149 |
| 1. Yeniden Müzakere Kızları .....                                             | 149 |
| 2. İstikrar Kızları ( <i>Stability Clauses</i> ).....                         | 153 |
| 3. Aşırı İfa Güçlüğü Kızları .....                                            | 160 |
| 4. Mücbir Sebep ( <i>Force Majeure</i> ) Kızları .....                        | 164 |
| III. Yeniden Müzakerenin Başarısız Olmasının Sonuçları.....                   | 168 |
| ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....                                                            | 170 |
| YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI .....                             | 170 |
| I. Genel Olarak .....                                                         | 170 |
| II.Yabancı Yatırımlara Uygulanacak Hukuk.....                                 | 171 |
| III. Karşılaştırmalı Hukukta Uyarılama ve Benzeri Hukuki Müesseseler.....     | 175 |
| A. Türk Hukuku .....                                                          | 175 |
| 1. Genel Olarak .....                                                         | 175 |
| 2. Medeni Kanun'un 2. Maddesi Uyarınca Uyarılama.....                         | 176 |
| 3. TBK'nın 480/2 Maddesinin Kıyasen Tüm Sözleşmelere Uygulanması .....        | 177 |
| 4. Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin TBK'nun 138. Maddesinin Değerlendirilmesi..... | 179 |
| 5. İşlem Temelinin Çökmesi .....                                              | 182 |
| a. Durumlarda Esaslı Değişiklik .....                                         | 184 |
| b. Öngörülemezlik.....                                                        | 186 |
| c. Borçludan Kaynaklanmamış Olması.....                                       | 189 |
| d. Borçludan İfanın Beklenmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması.....       | 190 |
| e. Edimin İfa Edilmemiş Olması Ya Da İhtirazı Kayıtlı İfa Edilmiş Olması..... | 191 |
| B. Fransız Hukuku .....                                                       | 191 |

|                                                                                               |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. Alman Hukuku.....                                                                          | 194 |
| D. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi.....                                                            | 197 |
| 1. Frustration Teorisi.....                                                                   | 197 |
| 2. Ticari Elverişsizlik ( <i>Impracticability</i> ).....                                      | 207 |
| 3. İmkânsızlık ( <i>Impossibility</i> ).....                                                  | 210 |
| E. İsviçre Hukuku.....                                                                        | 211 |
| IV. Yabancı Yatırım Sözleşmesinin Uyarlanması Koşulları.....                                  | 214 |
| A. Genel Olarak.....                                                                          | 214 |
| B. Sözleşmenin Yapıldığı Sıradaki Mevcut Durumlarda Esaslı Değişiklik.....                    | 217 |
| C. Öngörülmezlik.....                                                                         | 220 |
| D. Uyarlama Talep Eden Tarafın Riski Üstlenmemiş Olması.....                                  | 221 |
| E. Diğer Tarafın Yeniden Müzakereye Davet Edilmiş Olması.....                                 | 223 |
| V. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlanması Usulü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar..... | 225 |
| A. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlama Usulü.....                                        | 225 |
| 1. Genel Olarak.....                                                                          | 225 |
| 2. Otomatik Uyarlama.....                                                                     | 227 |
| 3. Endekse Dayalı Uyarlama.....                                                               | 229 |
| 4. Tek Taraflı Uyarlama.....                                                                  | 232 |
| a. Sözleşmenin Bir Tarafının Uyarlama Konusunda Yetkilendirmesi.....                          | 232 |
| b. En Çok Gözetilen Taraf Kaydı.....                                                          | 233 |
| 5. Arabulucunun Müdahalesi.....                                                               | 235 |
| 6. Hâkimin ya da Hakemin Müdahalesi.....                                                      | 238 |
| a. Sözleşme Hükümlerine Göre Uyarlama.....                                                    | 244 |
| i. Uyarlama Klotları.....                                                                     | 245 |
| ii. Tahkim Klotları.....                                                                      | 248 |
| b. Uygulanacak Hukuka Göre Uyarlama.....                                                      | 249 |
| B. Yeniden Müzakere ve Uyarlamaya İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar.....               | 251 |
| 1. ICSID Uygulamasında Uyuşmazlık Yokluğu Görüşü.....                                         | 251 |
| 2. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlanmasının Ekonomik Yönü.....                          | 253 |
| 3. New York Konvansiyonu Çerçevesinde Uyarlama Kararının Tenfizi.....                         | 255 |
| 4. ICSID Hakem Kararlarının Yetki Aşımı Nedeniyle İptali İstemi.....                          | 260 |
| SONUÇ.....                                                                                    | 264 |



|               |     |
|---------------|-----|
| KAYNAKÇA..... | 271 |
|---------------|-----|



## KISALTMALAR

|          |                                                                  |
|----------|------------------------------------------------------------------|
| AAA      | : American Arbitration Association                               |
| AHBVÜHFD | : Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi   |
| Art.     | : Article (Madde)                                                |
| ASEAN    | : The Association of Southeast Asian Nations                     |
| ATM      | : Asliye Ticaret Mahkemesi                                       |
| AÜSBFD   | : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi          |
| BGB      | : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)                  |
| Bkz.     | : Bakınız                                                        |
| BTHD.    | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi                                |
| C.       | : Cilt                                                           |
| çev.     | : Çeviren                                                        |
| d.       | : Dipnot                                                         |
| DCFR     | : Draft Common Frame of Reference                                |
| Der.     | : Derleyen                                                       |
| DEÜHFD   | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi               |
| DEÜİFD   | : Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi             |
| DTÖ      | : Dünya Ticaret Örgütü                                           |
| DÜSBD    | : Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi           |
| Düz.     | : Düzenleyen                                                     |
| DYYK     | : Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu                             |
| E.       | : Esas                                                           |
| EŞA      | : Enerji Şartı Anlaşması                                         |
| et. al.  | : Et alia (ve diğerleri)                                         |
| FIDIC    | : Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils              |
| GSÜHFD   | : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi                       |
| HGK.     | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu                                    |
| HD.      | : Yargıtay Hukuk Dairesi                                         |
| HMK      | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu                                      |
| I.       | : Issue (Sayı)                                                   |
| ICC      | : International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası) |
| ICSID    | : International Center for Settlement of Investment Disputes     |
| İKÜHFD   | : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi           |
| İsv.     | : İsviçre                                                        |
| K.       | : Karar                                                          |
| KASTA    | : Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması                        |
| Ltd.     | : Limited                                                        |
| MİGA     | : Multilateral Investment Guarantee Agency                       |
| MÖHUK    | : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun        |

|          |                                                                     |
|----------|---------------------------------------------------------------------|
| MÜHFHAD  | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi  |
| No.      | : Numara                                                            |
| OECD     | : The Organisation for Economic Co-operation and Development        |
| OPEC     | : The Organization of the Petroleum Exporting Countries             |
| p.       | : Paragraf                                                          |
| PCA      | : Permanent Court of Arbitration                                    |
| PECL     | : Principles of European Contract Law                               |
| RG.      | : Resmî Gazete                                                      |
| S.       | : Sayı                                                              |
| s.       | : Sayfa                                                             |
| SDÜHFD   | : Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi             |
| T.       | : Tarih                                                             |
| TAD      | : Tarih Araştırmaları Dergisi                                       |
| TBK      | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu                                   |
| TMK      | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu                                    |
| TTK      | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu                                   |
| UAD      | : Uluslararası Adalet Divanı                                        |
| UK       | : United Kingdom                                                    |
| USMCA    | : Amerika Birleşik Devletleri, Meksika ve Kanada Ticaret Andlaşması |
| UNCITRAL | : The United Nations Commission on International Trade Law          |
| UNCTAD   | : The United Nations Conference on Trade and Development            |
| UNIDROIT | : The International Institute for the Unification of Private Law    |
| USA      | : United States of America                                          |
| UN       | : Birleşmiş Milletler                                               |
| V.       | : Volume (Cilt)                                                     |
| vd.      | : Ve devamı                                                         |
| YBHD     | : Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi                                    |
| Yİ       | : Yap-İşlet Modeli                                                  |
| YİD      | : Yap-İşlet-Devret Modeli                                           |
| YKD      | : Yap-Kirala-Devret Modeli                                          |
| YSİ      | : Yap-Sahip ol-İşlet                                                |
| Y.       | : Yargıtay                                                          |

## GİRİŞ

Günümüzde yabancı yatırımlar gelişmekte olan ülkeler için olduğu kadar gelişmiş ülkeler için de öneme sahiptir. Sermayenin kolay hareket edebilmesi, nitelikli ve daha ucuz iş gücünün yaygınlaşması ve doğal kaynakların sınırlı oluşu devletleri yabancı yatırımlar konusunda yarışır hale getirmiştir. Öyle ki, gelişmiş ülkelerde dahi yabancı yatırımlar ve yatırımcı için pek çok teşvik uygulamaları ile karşılaşılmaktadır. Ev sahibi devlet, yatırım anlaşması yapmak suretiyle, egemenlik haklarının belirli ölçüde sınırlandırılmasına müsaade ederek, yatırım anlaşması olmadan alamayacağı yabancı yatırıma kavuşmaktadır<sup>1</sup>. Bu şekilde yabancı yatırımcı da arzuladığı devletlerarası hukuki korumayı elde etmekte, yatırım uyumsuzluğunun uluslararası hukuk yoluyla çözümünün yolu açılmaktadır<sup>2</sup>.

Yabancı yatırım sözleşmeleri ile hem yabancı yatırımcı hem de ev sahibi devlet, bir yandan istikrarı hedeflerken diğer yandan sözleşme süresi içerisinde ortaya çıkacak öngörülemeyen haller için esnekliği amaçlamaktadırlar. Yine, yatırımı finanse eden finans kuruluşları ve tedarikçiler de projenin kredi geri ödemelerini ve tedarik edilen mal bedellerinin geri ödenebilmesine imkân tanıyacak oranda yatırımın gelir elde etmesini ve yatırımın devamlılığını beklemektedirler. Sözleşmeye bağlılık ilkesinin saf bir şekilde uygulanması dahi, arzulanan istikrarı sağlamak için yeterli görünmemektedir. Zira, ev sahibi devlet kendi ülkesi içerisinde, ulusal hukuk düzenlemeleriyle, sözleşme koşullarını lehine olacak şekilde değiştirme imkanına sahiptir. Gerçekten ev sahibi devlet yatırıma konu ekonomik faaliyete getireceği ek vergiler ile yatırımı yabancı yatırımcı için sürdürülebilir olmaktan çıkarabilir. Bu tür durumlar için yabancı yatırımcının korunmasını teminen yabancı yatırım sözleşmelerinde istikrar klotlarına yer verilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>. Ancak geleneksel istikrar klotları, belirli koşulların ev sahibi devletin tasarrufları ile yabancı yatırımcı aleyhine değişmesinin önüne geçebilmekteyse de hem ev sahibi devlet için hem de yabancı yatırımcı için öngörülemeyen durumlara karşı arzulanan korumayı tek başlarına sağlamada yetersiz

---

<sup>1</sup> Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 20.

<sup>2</sup> Karaoğlu, Ali Osman, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 70.

<sup>3</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, s. 50.

kalmaktadırlar. Bu tür öngörülemeyen durumların ortaya çıkması halinde ya belirli dönemlerde otomatik olarak sözleşme hükümlerinin yeniden görüşülmesi ya da gözden geçirilmesi maksadıyla, yabancı yatırım sözleşmelerinde yeniden müzakere düzenlemelerine yer verilmesi sık rastlanan bir durum halini almıştır. Bu tür yeniden müzakere düzenlemeleri sözleşmesel istikrarın sağlanmasında etkin bir rol olarak kabul görmektedir<sup>4</sup>. Bununla birlikte, uzun süreli olarak yapılan yabancı yatırım sözleşmesinin yeniden müzakere klozu içermemesi, koşulların esaslı bir şekilde değiştiği durumda tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere etmeyecekleri anlamına gelmemektedir. Öte yandan, sözleşmede yeniden müzakere klozunun bulunmadığı halde de dürüstlük ilkesi gereği yeniden müzakerenin tarafların bir yükümlülüğü olduğu ileri sürülmektedir<sup>5</sup>.

Sözleşmelerde yeniden müzakere klozlarına mesafeli yaklaşılmasının geleneksel olarak iki nedeni bulunmaktadır. İlki, yeniden müzakere klozlarının yalnızca ileride sözleşmek üzere anlaşma (*agreements to agree*) görüşüyle geçersiz olmalarından endişe edilmesidir<sup>6</sup>. Esasen, yeniden müzakere klozları taraflara sadece belirlenen hususları yeniden görüşme ve müzakereye etkin bir şekilde katılma yükümlülüğünü getirmektedir. Diğer eleştiri nedeni ise, yeniden müzakere klozlarının sözleşmeye bağlılık prensibini zedelediği ve belirsizlik yarattığıdır. Bu eleştirilerin aksine, yeniden müzakere klozları sözleşmenin bir parçasıdır. Taraflar yeniden müzakerede bulunurken sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmektedirler. Öte yandan, yeniden müzakere klozları yabancı yatırımcıya, ev sahibi devletin tek taraflı sözleşmeyi feshetmesi ve uyarlamasına karşı koruma da sağlayabilir<sup>7</sup>. Ayrıca, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcıya sözleşmedeki uyumsuzluğu, hâkim, hakem ya

---

<sup>4</sup> Peter, Wolfgang, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, (with the assistance of Jean-Quentin de Kuyper and Benedict de Candolle for the second edition) Second Revised and Largest Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1995, s. 241.

<sup>5</sup> Sornarajah, M., *International Law on Foreign Investments, (Foreign Investment)* 5th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 299.

<sup>6</sup> Salacuse, W. J., *Renegotiating International Project Agreements*, Fordham International Law Journal, Volume 24, Issue 4, 2000, s. 1328.

<sup>7</sup> Al Qurashi, Zeyad, A., *Renegotiation of International Petroleum Agreements*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005, s. 267.

da arabulucu gibi bir üçüncü kişinin aracılığı olmaksızın doğrudan kendi aralarında çözmelerine yardımcı olabilir.

Öte yandan, bazı kültürlerde, özellikle Asyalı iş insanları arasında, yazılı sözleşmeden ziyade taraflar arasındaki ticari ilişkilere önem atfedilmektedir<sup>8</sup>. Uzun süreli sözleşmesel ilişkilerde değişen koşullar halinde tarafların değişen koşullara ilişkin olarak müştereken karar verecekleri ve bu şekilde sözleşmeyi uyarlamaları gerektiği görüşü de savunulmaktadır<sup>9</sup>. Bu anlamda yeniden müzakere klorları farklı kültürden insanlar için ortak bir zemin yaratabilir ve esneklik sağlayabilir. Yeniden müzakerenin ve uyarlamanın benimsendiği dinamik bir sözleşme edimler arasındaki denge yitirildiğinde taraflar arasındaki müzakereleri kolaylaştırabilir ve tarafların gayelerine ulaşmıca kadar ilişkinin ayakta kalmasını sağlayabilir<sup>10</sup>. Diğer taraftan, sözleşmede uyarlamaya ilişkin açık hüküm bulunmadığı durumda da mevcut şartlar da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını gerektirebilir. Yabancı yatırım sözleşmelerinin yapıldıkları anda mevcut koşulların zaman içinde değişmesi ve tarafların sonradan ortaya çıkan ve öngörüleemeyen bu durumlar nedeniyle sözleşmeyi yeniden müzakere etmeleri istisnadan çok kural halini almıştır<sup>11</sup>.

Tez konumuzun seçilmesinde yabancı yatırımların ülke ekonomilerindeki öneminin artması, uzun süreli olarak yapılan yabancı yatırım sözleşmelerinin koşulların değişmesi nedeniyle yeniden müzakereye konu edilmelerinin yaygınlaşması ve yeniden müzakere kavramının Fransız Medeni Kanunu ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL) gibi normlar içerisinde düzenleme altına alınması ve kavramın öneminin hukuk öğretisinde daha da artacak olmasının beklentisi rol oynamıştır. İlk Bölümde öncelikle yabancı yatırım sözleşmesi kavramı açıklanacak, yabancı yatırım sözleşmelerinin temelini teşkil eden “yabancı yatırım” kavramı üzerinde durulacaktır. Bu nedenle öncelikle yabancı yatırımın tarihi gelişimi, türleri, özellikleri ve sınırlamalarına değinmeyi, ardından yabancı yatırımcı

---

<sup>8</sup> Salacuse, W. J., *Renegotiating International Project Agreements*, s. 1330.

<sup>9</sup> Salacuse, W. J., *Renegotiating International Project Agreements*, s. 1330.

<sup>10</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 299.

<sup>11</sup> Kröll, S., *The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts*, Horn, Norbert (Ed.), Kröll, Stefan (Ass. Ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, s. 425.

kavramını açıklamayı uygun buluyoruz. Tezimizin ikinci Bölümünde, yeniden müzakere kavramının hukuki dayanağı, usulü, yeniden müzakere benzeri düzenlemeler ile yeniden müzakerenin başarısız olmasının sonuçları üzerinde durulacaktır. Son Bölümde ise, yeniden müzakerenin bir sonucu olarak uyarlama kavramı incelenecek, karşılaştırmalı hukukta uyarlama ve benzeri müesseseler açıklanacak ve uyarlama usulüne ilişkin bazı özellikli durumlar ile yeniden müzakere ve uyarlamaya ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilecektir.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİ

#### I. Yabancı Yatırım Sözleşmesi Kavramı

Yabancı yatırım sözleşmeleri genel olarak ev sahibi devlet ile yabancı gerçek ya da tüzel kişi arasında yapılan ev sahibi devletin ülkesine sermaye aktarımını, know-how, teknoloji gibi gayri maddi değerlerin transferini öngören, yabancı yatırımcının risk üstlenerek, kazanç elde etmeyi amaçladığı sözleşmelerdir<sup>12</sup>. Yabancı yatırım sözleşmesi ev sahibi devlette, Yap-İşlet (Yİ), Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-Kirala-Devret (YKD), Yap-Sahip ol-İşlet (YSİ) gibi modellerle, otoyol, köprü, havaalanı, enerji santrali gibi belirli bir eserin inşa edilmesini ve/veya işletilmesini konu alabileceği gibi, petrol, doğalgaz ya da değerli madenler gibi belirli bir doğal kaynağın aranması, çıkarılması imtiyazını da içerebilmektedir. Elbette, yabancı yatırım sözleşmeleri burada saydıklarımız ile sınırlı değildir. Esasen, yabancı yatırım uluslararası normlarda oldukça geniş olarak ve sınırlı sayı ilkesine bağlı olmaksızın, benzer ya da eş değer faaliyetleri de içine alacak şekilde tanımlanmaktadır.

Yabancı yatırım sözleşmeleri aynı zamanda yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu ya da yabancı yatırımcının kurulu bulunduğu kaynak devleti de ilgilendiren, uzun süreli, uluslararası ticaretin önemli bir parçasını teşkil eden ve kendine has yapısı olan sözleşmelerdir. Bu anlamda, ev sahibi devlet tarafından sözleşmenin ihlali halinde, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında, varsa, yatırımların karşılıklı teşvikine ilişkin uluslararası andlaşmanın da uygulama alanı bulması söz konusudur. Peter'e göre, yabancı yatırım sözleşmeleri, yalnızca karşılıklı edimlerin ifasını içermediğinden, sermaye katılımıyla tarafların ortaklık kurmaları nedeniyle, diğer ticari sözleşmelerden pek çok yönden ayrılmaktadır<sup>13</sup>. Nitekim, bu andlaşmalar devletlere karşılıklı olarak diğer devletin vatandaşlarına adil ve eşit muamale etme yükümlülüğü getirmektedir<sup>14</sup>. Ayrıca, geleneksel

---

<sup>12</sup> Yılmaz, Alper, Çağrı, Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 21.

<sup>13</sup> Peter, W., s. 17.

<sup>14</sup> McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M., *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 200.



uluslararası hukukun da yatırım uyumsuzluklarında önemli bir yer teşkil ettiğini belirtmek gerekir.

Yabancı yatırım sözleşmesi yapma ihtiyacı aynı zamanda ev sahibi devletin mevzuatının projenin tüm yönlerini düzenlemede yetersiz kaldığı ya da tarafların menfaatlerinin ayrıca ele alınmasının gerektiği durumlarda da ortaya çıkmaktadır<sup>15</sup>. Esasen, yabancı yatırımcının da bağlayıcı sözleşme hükümleri olmaksızın, getirisini uzun sürede alacağı bir yatırımı yüksek riskli görünen bir ev sahibi devlette yapması beklenemez<sup>16</sup>. Bu haliyle yabancı yatırım sözleşmesinin içeriği tarafların müzakere gücü ve konumuna göre şekillenecektir.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin tarihsel olarak petrol ve doğalgaz projeleri ile geliştiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. İlk yıllarda yapılan yatırım sözleşmeleri kapsamında, petrol ya da doğalgaz rezervinin mülkiyeti yabancı yatırımcıya devredilmekte, yabancı yatırımcının petrol ya da doğalgazı arama ve çıkarma yükümlülüğü bulunmamakta ve ev sahibi devlete imtiyaz bedeli ile çıkarılan varil başına belirli bir lisans bedeli ödenmektedir<sup>17</sup>. 1960'lı yıllardan itibaren özellikle OPEC'in de kurulmasıyla, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara karşı müzakere gücü artmıştır. Bunun neticesinde, doğal kaynağı arama ve çıkarma riski yabancı yatırımcıya geçmiş, doğal kaynağın mülkiyeti de ev sahibi devlette kalmaya devam etmiştir. Edimler arasındaki denge bu şekilde ev sahibi devletlerin lehine değişime uğramıştır<sup>18</sup>. Bugün için yabancı yatırım sözleşmelerinin daha çok köprü, baraj, havaalanı gibi teknik uzmanlık gerektiren konularda ve Yap-İşlet-Devret, kamu-özel iş birliği modeli, imtiyaz sözleşmeleri ya da üretim/gelir paylaşımli sözleşmeler gibi çok farklı biçimlerde yapıldığı görülmektedir.

Yabancı yatırım sözleşmeleri bir taraftan ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının karşılıklı olarak hak, yükümlülük ve görevlerini ve riskin taraflar arasında paylaşımını düzenlemekteyken diğer taraftan uygulanacak hukuk, yargı yetkisi, mücbir sebep, değişen

---

<sup>15</sup> Dolzer/Schreuer, s. 79.

<sup>16</sup> Peter, W., s. 14.

<sup>17</sup> Dolzer/Schreuer, s. 79.

<sup>18</sup> Sornarajah, M., *Foreign Investment*, s. 149.

koşullar gibi özellikli durumları içermektedir<sup>19</sup>. Ev sahibi devletin kendi hukukunu değiştirebilecek olması nedeniyle yabancı yatırımcının yatırımını güvenceye alma ihtiyacı vardır<sup>20</sup>. Bu yüzden, yabancı yatırım sözleşmeleri uluslararası hukukun da uygulama alanı bulduğu sözleşmelerdir<sup>21</sup>. Sözleşmelerde milli bir hukuk ile birlikte uluslararası hukukun uygulanacağına ilişkin düzenlemelere rastlanmakta olduğu gibi, hakem heyetlerinin uluslararası hukuku göz önünde bulundurdıkları haller mevcuttur. Yabancı yatırım sözleşmesinin ihlali aynı zamanda ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında akdedilen yatırım andlaşmasının da ihlali anlamına gelebilmektedir<sup>22</sup>.

4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda<sup>23</sup> (DYYK) yabancı yatırım ve yabancı yatırımcı tanımları dışında ayrı bir yabancı yatırım sözleşmesi tanımına yer verilmemiştir. DYYK öncesinde yürürlüğe giren, kamu imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yoluyla çözülmesi için sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve kurallara ilişkin, 4501 Sayılı Kanun'da<sup>24</sup> ise, sözleşme ve yabancılık unsuru kavramları tanımlanmış olup, sözleşme kapsamına yalnızca, “kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri” dahil edilmiştir. Anılan Kanun'da yabancılık unsuru için sözleşmeye taraf olan şirketin ortaklarından en az birinin yabancı menşeli olması ya da sözleşmenin uygulanabilmesi için gereken sermaye, kredi ya da teminatın yurt dışı kaynaklı olması şartı aranmıştır. Elbette, Türkiye bakımından yabancı yatırım sözleşmesi kamu imtiyaz sözleşmelerinden ibaret değildir. Diğer yandan, yabancı yatırım sözleşmesi Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Sözleşme'sinde<sup>25</sup> (ICSID

---

<sup>19</sup> Dolzer/Schreuer, s. 80.

<sup>20</sup> Baykal, Mehmet, Hukuksal ve Kurumsal Bağlamda Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 14.

<sup>21</sup> Yabancı yatırım sözleşmelerinin uluslararası boyutunun açıklaması için bkz. Tiryakioğlu, B., *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 63 vd.

<sup>22</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 21.

<sup>23</sup> RG: 17.6.2003/25141.

<sup>24</sup> Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, RG: 22.1.2000/23941.

<sup>25</sup> RG: 6.12.1998/20011. Türkiye’nin, Konvansiyona ilişkin iki çekincesi vardır. Öncelikle, taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak Türk mahkemelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, akit devletler arasındaki Konvansiyon’un yorumu ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların Uluslararası Adalet

Konvansiyonu) de tanımlanmamıştır. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID)<sup>26</sup> nezdinde görülen *Duke Energy v Ecuador* davasında<sup>27</sup>, hakem heyeti, yabancı yatırım sözleşmesinin, ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasındaki ikili yatırım andlaşmasına bağlı kalarak, dar yorumla, “bir taraf Devlet ile diğer Devletin vatandaşı ya da şirketi arasındaki” sözleşme olması gerektiğine, devlete ait bir kuruluş olan *Inecel* ile sözleşmenin yapıldığı zamanda yabancılara ait olmayan, *Electroquil* şirketi arasındaki sözleşmenin bu vasfı taşımadığına karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar, yatırım andlaşmasının lafzına uygun olmakla birlikte, sözleşmenin, uygulamada ev sahibi devletin bir kurumu ya da o devlete ait bir kuruluş ile yabancı yatırımcının ev sahibi devlette kurduğu iştiraki arasında da yapılabilmesi nedeniyle amaca uygun değildir. Bununla birlikte, Lanco davasında<sup>28</sup>, Hakem Heyeti imtiyaz sözleşmesini, Lanco’nun ihaleyi kazanan şirketin hissedarı ve garantör olması ve imtiyaz sözleşmesinde kendi adına hak ve yükümlülüklerinin bulunması nedeniyle, yatırım sözleşmesi olarak kabul etmiştir<sup>29</sup>. Davalı devlet, imtiyaz sözleşmesi tarafının yalnızca Arjantin’de kurulu, ihaleyi kazanan yerli şirket olduğunu ve yabancı yatırımcı olmaması nedeniyle imtiyaz sözleşmesinin de yatırım sözleşmesi olmadığını ileri sürmüştür<sup>30</sup>. Bununla birlikte, Lanco, imtiyaz sözleşmesinde garantör olması nedeniyle, yabancı yatırımcı olarak kabul görmüştür.

---

Divanı nezdinde çözümleneceğine ilişkin Konvansiyon’un 64. maddesi Türkiye bakımından uygulanmaz, açıklama için bkz. Nomer, Ergin, Ekşi, Nuray, Öztekin Gelgel, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.138.

<sup>26</sup> Çalışmamızın geri kalan bölümünde kısaca Merkez ya da ICSID olarak ifade edilecektir.

<sup>27</sup> *Duke Energy v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, p. 183. Yatırım andlaşmasının (X) (2) (c) hükmü şu şekildedir: “Bu madde amacına uygun olarak, yatırım uyuşmazlığı bir Taraf ile diğer Tarafın vatandaşı ya da şirketi arasında Taraf devlet ile ilgili vatandaş ya da şirket arasındaki (a) yatırım sözleşmesinden doğan ya da buna ilişkin uyuşmazlıktır [...]”. Maddenin İngilizce metni ise şu şekildedir: *For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company [...]*. *Duke Energy* kararında da değinilen, bir diğer davada da hakem heyeti, ham petrol üretim paylaşım sözleşmesi niteliğindeki “Participation Contract”ın yatırım sözleşmesi olduğuna karar vermiştir, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration And Production Company v. the Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012, p. 499.

<sup>28</sup> *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, Preliminary Decision, Jurisdiction of The Arbitral Tribunal, ICSID Case No: ARB/97/6, 8 December 1998.

<sup>29</sup> Aynı kararda p. 16.

<sup>30</sup> Aynı kararda p. 16.

Ev sahibi devletle, yabancı yatırımcı arasında imzalanan sözleşmenin yatırım anlaşması anlamında “yatırım sözleşmesi” olup olmadığının tartışıldığı bir diğer dava ICSID nezdinde Polonya’ya karşı açılmıştır<sup>31</sup>. Polonya devleti, imzalanan Özelleştirme Sözleşmesi’nin ikili yatırım anlaşması kapsamında bir yatırım sözleşmesi olmadığını ve Özelleştirme Sözleşmesi’nin kendi uyuşmazlık çözüm klozunun bulunduğunu ve Davacının öncelikle bu kloza başvurması gerektiğini ileri sürmüştür. Davalı devlet ayrıca, Özelleştirme Sözleşmesi’nin devlete ait olan bir şirketin hisselerinin satışını düzenleyen bir sözleşmeden başka bir şey olmadığını da ifade etmiştir<sup>32</sup>. Davacılar ise, Özelleştirme Sözleşmesi’nin, ev sahibi devletle uzun süreli bir ekonomik ilişki yaratması ve Davacılar için önemli miktarda yatırım yükümlülüğü yüklemesi ve know-how ve teknoloji sağlanması ve personelin eğitimi ve ihracatın geliştirilmesini de içermesi nedenleriyle, yatırım anlaşması anlamında, yatırım sözleşmesi teşkil ettiğini belirtmiştir<sup>33</sup>. Hakem heyeti, yatırım anlaşmasının bir şirket hissenin edinimini yatırım olarak kabul etmesi nedeniyle, Özelleştirme Sözleşmesi’nin yatırım sözleşmesi olduğuna karar vermiştir<sup>34</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri – Peru Serbest Ticaret Anlaşması’nın<sup>35</sup> “Yatırım” başlıklı 10. Bölümünün 10.28 maddesinde<sup>36</sup> yatırım sözleşmesi tanımlanmıştır. Amerika ve Peru,

---

<sup>31</sup> Vincent J. Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v. Republic of Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/11/3, Award, 17 November 2015.

<sup>32</sup> Aynı kararda bkz. sırasıyla p. 219 - 220.

<sup>33</sup> Aynı kararda bkz. p. 229 – 231.

<sup>34</sup> Aynı kararda bkz. p. 255.

<sup>35</sup> Anlaşma 1 Şubat 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın tam metnine şu adresten ulaşılabilir: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa> (Erişim Tarihi: 20 Mayıs 2022).

<sup>36</sup> Yatırım sözleşmesi, bir Tarafın bir ulusal makamı ve kapsam dahilindeki bir yatırım ya da diğer Tarafın bir yatırımcısı arasında, kapsam dahilindeki yatırımın ya da yatırımcının, yazılı sözleşmenin kendisi hariç olmak üzere, kapsam dahilindeki bir yatırımın kurulmasında ya da elde edilmesinde dayandığı, kapsam dahilindeki yatırıma ya da yatırımcıya: (a) bir ulusal makamın kontrol ettiği, arama, çıkarma, rafine etme, ulaştırma, dağıtım ya da satış gibi doğal kaynaklara ilişkin olarak; (b) elektrik üretimi ya da dağıtımı, su arıtma veya dağıtımı, ya da telekomünikasyon gibi ilgili Taraf adına kamuya hizmet tedariki; ya da (c) münhasıran ya da büyük ölçüde hükümetin kullanımı ya da yararlanması için olmayan, ototo, köprü, kanal, baraj, boru hattı gibi altyapı projelerinin üstlenilmesi hususlarında haklar veren yazılı bir sözleşmedir. Maddenin İngilizce metni ise şu şekildedir: “*investment agreement means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of another Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor: (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale; (b) to supply services to the*

söz konusu Anlaşma'da sözleşme taraflarının her bir akit devletin vatandaşı olması ile yetinmemişler, yatırım sözleşmesinin Anlaşma kapsamında koruma sağlanacak hangi faaliyetler için yapılabileceğini de ayrıca düzenlemişlerdir. Bu nedenle, anılan Anlaşma'ya göre açılacak davalarda, hakem heyetleri, tarafların vatandaşlıkları dışında, söz konusu ekonomik faaliyetin de yatırım sözleşmesi tanımında belirtilen faaliyetler kapsamında olup olmadığını tespit etmek durumunda kalacaklardır.

## **II. YYS'nin Temel Unsurları Olarak Yabancı Yatırım ve Yabancı Yatırımcı**

### **A. Yabancı Yatırımlar**

#### **1. Yabancı Yatırımların Tarihi Gelişimi**

Yabancı yatırımların ev sahibi devletin ekonomisine en önemli katkısı şüphesiz sermayedir. Uluslararası sermayenin geçmişi Eski Yunan'da site devletleri dönemine kadar uzanmaktadır. Site devletlerinin tamamı olmasa da özellikle Atina'da yabancı ticaret adamları hoş karşılanmış ve karşılıklı ticaret sözleşmelerinin korunması amacıyla uluslararası yatırım andlaşmaları yapılmıştır<sup>37</sup>. Modern anlamda yabancı yatırımlar ise on sekizinci yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır<sup>38</sup>.

Onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllarda, sömürge devletlerden elde edilen hammadde ve diğer kaynaklar, Avrupa'da yaşanan bilimsel devrim ve sanayi alanındaki buluşlar sayesinde, İngiltere başta olmak üzere, Avrupa devletleri sanayi devrimini gerçekleştirmiştir. Sömürgecilik ve Avrupa'da oluşan sermaye birikimi, ilk yabancı sermayenin kaynağını teşkil etmektedir. Yabancı yatırımlar öncelikle devlet tahvilleri satışı şeklinde dolaylı yatırımlar olarak kendini göstermiştir<sup>39</sup>. Birinci ve İkinci Dünya

---

*public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or (c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government; ”.*

<sup>37</sup> Schefer K. N., *International Investment Law, Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 4.

<sup>38</sup> Bishop, R. D., Crawford J., Reisman, W. M., *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, s. 2.

<sup>39</sup> YASED, *Dünya 'da ve Türkiye 'de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Beklentiler*, Yased Yayınları, İstanbul, s. 46.

Savaşları'ndan sonra, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası, yabancı sermayenin baş aktörü çok uluslu şirketlerin ortaya çıkması ile bu durum değişmiş, tüm uluslararası yatırımlar içinde doğrudan yatırımların payı gün geçtikçe artmıştır. Çok uluslu şirketlerin sermaye birikimi ve daha fazla kâr elde etme arzusu, teknoloji ve haberleşmede yaşanan gelişmeler, sermayeyi ucuz iş gücünün ve doğal kaynakların bol bulunduğu gelişmekte olan ya da daha az gelişmiş ülkelere çekmiştir.

Sömürgeciliğin başlangıcı olarak coğrafi keşifler gösterilebilir. 15. ve 16. yüzyıllarda, Avrupa'da coğrafi bilginin artması, denizciliğin gelişmesi ve Doğu'nun zenginliklerine kavuşma arzusu devletleri yeni ticaret yolları arayışına, dolayısıyla coğrafi keşiflere itmiştir. Coğrafi keşifler sayesinde Avrupa yeni kıtalara yayılarak, zengin kaynaklara sahip olmuştur. Doğal kaynaklarla zenginleşen sömürgeci devletler bu sayede yatırımlara konu olacak sermayeye kavuşmuştur. Uluslararası yatırımların gerçek anlamda başlangıcı ise 18. ve 19. yüzyıllara dayanmaktadır. Özellikle bu dönemde az gelişmiş devletler ekonomik ve siyasi bakımdan bağımsız olmadıklarından, yabancı sermaye bu devletlerde karşılarında gerçek anlamda bir devlet kontrolü olmaksızın rahatça hareket edebilmiştir<sup>40</sup>. Bu dönemde yabancı yatırımlar için oluşturulmak istenen normlar yalnızca yabancı yatırımcının korunmasını amaçlamaktadır<sup>41</sup>. İngiltere, Fransa, Almanya ve Hollanda başta olmak üzere dönemin gelişmiş devletleri hammadde ihtiyaçlarını karşılamak ve dolayısıyla sanayi devrimini gerçekleştirmek üzere az gelişmiş devletlere yönelmişler ve üretimlerini artırmışlardır<sup>42</sup>. 19. yüzyıldan başlayarak doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının yanı sıra yabancı yatırımlar, borçlanma senetleri şeklinde dolaylı yatırımlar olarak tırmanışa geçmiştir<sup>43</sup>.

Osmanlı İmparatorluğu'nda uluslararası ticarete ülke içi ticaret kadar önem verilmemiştir. 18. ve 19. yüzyıllarda dünya genelinde uluslararası ticaret önemli ölçüde

---

<sup>40</sup> Güner, Ü., Yılmaz, A., *Çok Uluslu Şirketler Türkiye Ekonomisi İçin Tehdit Mi? Fırsat Mı?*, DÜSBD, 2010, C: 2, S: 26, s. 19. Ayrıca, sömürge düzeni içinde yabancı yatırımları düzenleyen uluslararası hukuk ihtiyacının en düşük seviyede olduğu görüşü için bkz. Tiryakioğlu, s. 13-14.

<sup>41</sup> Karaoğlu, A., O., s. 12.

<sup>42</sup> Erten, R., *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 7.

<sup>43</sup> Bishop/Crawford/Reisman, s. 2.

artarken, Osmanlı İmparatorluğu, özellikle açık denizlere hâkim olunamadığı ve denizcilik faaliyetlerine de yeterince ilgi gösterilmediği için, uluslararası ticaret alanında bir gelişme gösterememiş; küresel ticaretteki önemini 17. yüzyıldan itibaren yitirmeye başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun iç ve dış ticarete önemini yitirmesindeki etkenlerin başında hiç şüphesiz savaşlar ve toprak kayıpları gelmektedir. Yalnızca savaş zamanlarında değil, savaş tehlikesinin bulunduğu zamanlarda da sınır ötesi ticaret sekteye uğramış ve toprak kayıplarıyla Osmanlı İmparatorluğu pazar kaybetmiştir.

1839 yılında yayımlanan Tanzimat Fermanı ve 1856 yılında yayımlanan Islahat Fermanı ile yapılan reformlarla uluslararası sermayenin Osmanlı İmparatorluğu'na girişindeki engeller önemli ölçüde kaldırılmıştır<sup>44</sup>. Osmanlı İmparatorluğu'nun uluslararası ticaretteki önemi 18. yüzyılda azalmış ve sınır ötesi ticaret bütünüyle gayrimüslimler ile yabancıların eline geçmiştir. Özellikle 17. ve 18. yüzyıllarda yabancılara tanınan kapitülasyonların bunda etkisi büyüktür<sup>45</sup>. Kapitülasyonlarla tanınan muafiyet, toprak kaybı yaşayan Osmanlı İmparatorluğu'nda ülke içi ticaret kadar uluslararası ticaretin de bütünüyle yabancı hâkimiyetine geçmesinin önünü açmıştır. 1838'de imzalanan Balta Limanı Anlaşması ile gümrük vergilerinde sağlanan imkânlar, henüz gelişiminin başında olan Osmanlı İmparatorluğu sanayisi için büyük bir darbe olmuştur<sup>46</sup>. Söz konusu Anlaşma Osmanlı İmparatorluğu'nun sanayisini geliştirmeye yönelik sonraki girişimlerin önünde engel olmuştur. Dış ülkelere alınan borçların ödenemez boyutlara ulaşması ile 1881 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nda Düyun-u Umumiye idaresi kurulmuş, borçlar ödeninceye kadar doğal kaynaklarının yönetimi ve gelirleri anılan idareye aktarılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun yabancı sermaye borçlarının tamamen tasfiyesi ancak Cumhuriyetin ilanından sonra 1954 yılında mümkün olabilmıştır<sup>47</sup>.

Birinci Dünya Savaşı öncesinde yapılan yabancı yatırımlar özellikle demiryolu inşaatı gibi altyapı projelerinin hayata geçirilmesinde ev sahibi devlete borç verme şeklinde

---

<sup>44</sup> Quataert, Donald, Osmanlı İmparatorluğu 1700 – 1922, Çev. Ayşe Berktaş, İletişim Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2016, s. 127.

<sup>45</sup> Geyikdağı, s. 7.

<sup>46</sup> Karluk, S., R., *Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımları*, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 1983, s. 41.

<sup>47</sup> Karluk, s. 44.

yapılmıştır. İngiltere'nin yabancı devletlerdeki sermayesinin %90'ı Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya ve Kanada başta olmak üzere bazı ülkelerde demiryolu ve devlet hazine bonosu yatırımlarına gitmiştir. Demiryolu, elektrik üretimi ve daha az oranda olmak üzere maden yatırımları, bu yatırımların üretime oranla şeffaf olması ve izlenebilmesi nedenleriyle, yabancı yatırımları çeken en önemli yatırımlar olmuştur. İletişimin azlığı, yatırımlar hakkında bilgi edinme ve bunlar üzerinde etkin rol oynama imkânının sınırlı olması gibi nedenlerle uluslararası yatırımlar bu dönemde borç verme şeklinde dolaylı yatırımlardır.

Birinci Dünya Savaşı'na kadar devam eden bu durum ulus devlet anlayışının yerleşmesiyle değişmeye başlamıştır. Rusya 1917 devriminde petrol yataklarını millileştirmiş, Avrupa'da komünizm dalgası kendisini hissettirmiş ve milliyetçilik akımı yaşanmaya başlamıştır. Asya ve Avrupa'da komünizmin yayılması yabancı sermayenin, dolayısıyla, çok uluslu şirketlerin, bu ülkelerdeki işini zorlaştırmıştır. Yabancı yatırımcının sömürge dönemindeki rahatlığı kalmamış ve yabancı sermayenin uluslararası hukukla korunması ihtiyacı doğmuştur<sup>48</sup>. Yeni bağımsızlığa kavuşmuş devletler bir süre yabancı sermayeye kapılarını kapatmışlar, zaman içinde ise düzenleyici ve denetleyici önlemlerle yabancı sermayenin hareket alanını daraltmışlardır. Ancak, siyasi olarak bağımsızlığa kavuşmuş devletlerin sermaye stokları, teknolojileri, alt yapıları ve nitelikli insan güçleri bulunmadığından ekonomik açıdan çok uluslu şirketlere ve yabancı sermayeye bağımlı olmaya devam etmişlerdir.

Yabancılar tanınmış olan ve Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünde önemli rolü bulunan kapitülasyonların kaldırıldığı 7 Eylül 1914 tarihinde ilan edilmesinden sonra, yeni Türkiye'nin yabancı sermayeye bakışını Gazi Mustafa Kemal Atatürk, Cumhuriyetin kuruluşundan aylar önce şu şekilde ifade etmiştir:

*“Memleketimizi medeniyet-i hazıranın icap ettirdiği dereceye bir an evvel isal için yalnız milletin sermayesi, milletin ilmi ve fenni teşebbüsleri kâfi gelmez.*

---

<sup>48</sup> Yabancı sermayenin uluslararası hukukla korunması ihtiyacının sömürge döneminin sona ermesiyle çıktığı fikri için bkz. Tiryakioğlu, s. 16. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşı öncesinde, farklı bir coğrafyada, Amerika Birleşik Devletleri ile Güney Amerika devletleri arasındaki münasebetlerin, uluslararası hukukun doğumunda oynadığı önemli bir rol konusunda bkz. Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 28.



*Haricin sermayesine, ihtisasına da ihtiyacımız vardır. Bu noktada dar bir milliyetperverlikten çıkıyoruz. Biraz daha geniş milliyetperver oluyoruz.*

*Ecnebinin sermayesinden istifade edeceğiz.”<sup>49</sup>*

Gazi Mustafa Kemal Atatürk, bir başka konuşmasında<sup>50</sup>, çağdaş bir yaklaşımla, yabancı sermayeye karşı esir olunmayacağı, ancak kanunlara uymak kaydıyla, yabancı sermayeye gerekli korumanın sağlanmasından da imtina edilmeyeceğini belirtmiştir. Cumhuriyetin ilanından sonra ülke çapında, sanayileşmek için maden ocakları gibi önemli işletmelerin millileştirilmesi söz konusudur<sup>51</sup>. Bu dönemde ülke yabancı sermayeye önemli ölçüde kapalı kalmıştır<sup>52</sup>.

Birinci Dünya Savaşı ile büyük sekteye uğrayan dolaylı yatırımlar 1920’li yılların başında yeniden canlanmış, ancak 1929 yılından başlayarak 1930’lu yıllar boyunca etkisini hissettiren Dünya ekonomik bunalımı ile çökme noktasına gelmiştir<sup>53</sup>. Öyle ki, Dünya ekonomik bunalımı boyunca yabancı sermaye ihraç eden devletlerin çoğu, yatırım yapmak bir tarafa, kendi yükümlülüklerini dahi yerine getiremez hale gelmişlerdir<sup>54</sup>. Sömürgecilik döneminde doğrudan uluslararası yatırımlar ise, Avrupalı yatırımcıların yabancı ülkedeki şirketlerde genellikle kontrol hakkı veren hisseleri satın almaları şeklinde kendini göstermiştir.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa her anlamda yeniden yapılanmaya sahne olmuştur. Önemli sektörlerde millileştirme çabaları bu dönemde göze çarpmaktadır. Millileştirilen işletmeler içinde yerli olanlar kadar yabancı işletmeler de yer almıştır.

---

<sup>49</sup> Gazi Mustafa Kemal Paşa’nın 23 Ocak 1923 günü Bursa’da Sultani Mektebinde yaptığı konuşmasının ilgili bölümüdür.

<sup>50</sup> 17 Şubat 1923 tarihli İzmir İktisat Kongresi açılış söylevinin tam metni için bkz. <https://www.atam.gov.tr/ataturkun-soylev-ve-demecleri/turkiye-iktisat-kongresini-acis-soylevi-izmir> (Son Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022).

<sup>51</sup> Polatoğlu, Mehmed, Gökhan, Atatürk Dönemi’nde Maden ve Enerji Alanında Kurulan ve Sonraki Dönem Türkiye Sanayisine Katkı Sağlayan Bir İktisadi Devlet Teşekkülü: Etibank, TAD, C. 38, S. 66, 2019, 444 – 478, s. 445.

<sup>52</sup> Karluk, s. 44.

<sup>53</sup> Aydemir, Deniz Kırılı, Yabancı Yatırımların Korunması, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 21.

<sup>54</sup> Erten, s. 10.

Millileştirmelere rağmen, millileştirmelerin uluslararası hukuka aykırı olamayacağı anlayışının genel olarak kabul görmesi nedeniyle, uluslararası yatırımların aktörü durumundaki çok uluslu şirketler 1950-1970 yılları arasında önemli ölçüde büyüme kaydetmişlerdir<sup>55</sup>. 1970'li yıllara gelindiğinde, az gelişmiş ülkeler için Amerikan sermayesine alternatif olarak Avrupa'da Almanya, İngiltere ile Fransa ve Uzak Doğu'da Japonya olmak üzere yeni uluslararası sermaye kaynakları ortaya çıkmıştır. Yine, 10-14 Eylül 1960 tarihinde düzenlenen Bağdat Konferansı'nda, OPEC'in de kurulmasıyla, doğal kaynaklar üzerinde ülkelerin denetimi ve etkisi artmış, petrol yatırımı yapan çok uluslu şirketler için yeni bir dönem başlamıştır<sup>56</sup>.

Türkiye'de yabancı sermaye konusunda çıkarılan ilk yasa, 1951 yılında yürürlüğe giren 821 sayılı Yabancı Sermaye Kanunu olmakla birlikte<sup>57</sup>, bu kanunun yetersizliği nedeniyle, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 1954 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>58</sup>. 24 Ocak 1980 tarihinde Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi<sup>59</sup> kapsamında yabancı sermaye teşvik edilmiş, başta ithalatın serbestleştirilmesi ve yabancı sermaye girişinin kolaylaştırılması olmak üzere liberalleşme yönünde adımlar atılmıştır. 1980 yılında 35 milyon dolar seviyesindeki yabancı yatırımların 1990 yılında 1 milyar dolar seviyesine yükseldiğini görüyoruz<sup>60</sup>. Ancak, yeterli altyapı oluşturulmadan alınan kararlar 1994 yılında yaşanacak derin ekonomik krizin temelini hazırlamıştır. Krizin en önemli sebebi kısa vadeli uluslararası sermaye hareketleridir. 23 Temmuz 1995 tarihinde yürürlüğe giren 95/6990 sayılı Kararnameyle<sup>61</sup>, yabancı sermayeye, tekel ve özel imtiyaz oluşturmamak üzere, özel sektöre açık faaliyet alanlarında, her türlü mal ve hizmet üretimi serbestisi tanınmıştır. 6

---

<sup>55</sup> Güner/Yılmaz, s. 14.

<sup>56</sup> Petrol üreten devletlerin OPEC'in kurulmasıyla çok uluslu yabancı yatırımcılara karşı müzakere gücü önemli ölçüde artmıştır. OPEC'in kurulmasından önce yapılan imtiyaz sözleşmeleri de OPEC nezdinde alınan kararlar çerçevesinde, büyük ölçüde yeniden müzakere edilmiş ve ev sahibi devletler lehine imtiyaz bedellerinin artırılması gibi önemli değişiklikler yapılmıştır.

<sup>57</sup> Baykal, M., s. 133.

<sup>58</sup> RG: 23.1.1954/8615.

<sup>59</sup> RG: 25.1.1980/16880 (Mükerrer).

<sup>60</sup> Sekizinci Kalkınma Planı, *Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Ankara, 2000, s. 9.

<sup>61</sup> RG: 23.7.1995/22352.

Mart 1995 tarihinde 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararıyla kabul edilen ve 1 Ocak 1996 tarihinde uygulamaya giren Avrupa Birliği-Türkiye Gümrük Birliği Anlaşması, uluslararası sermaye hareketlerinde artışa yol açmıştır<sup>62</sup>. Ancak Gümrük Birliği ile ülkeye giren uluslararası sermaye, üretim ve istihdam sağlamaktan çok yurtdışında üretilen malların Türkiye'ye ithal edilmesinde etkin olmuştur. Gümrük Birliği'nin bir parçası olan hibe ve kredi desteği sözü Avrupa Birliği tarafından tutulmamış ve Türkiye, Gümrük Birliği'ne rağmen hala Avrupa Birliği'ne girememiştir.

1990'lı yıllardan itibaren uluslararası sermaye hareketlerinde tüm dünyada patlama yaşanmıştır<sup>63</sup>. Ulaştırma, haberleşme ve teknolojiye yaşanan gelişme sermayenin de küresel olarak hızlı ve kolay akışını sağlamıştır. Sınır ötesi işlerin taşeronlarla yürütülmesi (*outsourcing*) ve maliyetlerin bu şekilde düşürülmesi olağan bir durum halini almıştır. Küreselleşmenin her yönüyle hissedilirliği bu dönemde artmıştır.

Özellikle 1991 yılının sonunda Sovyetler Birliği'nin dağılması ve Birlik'ten ayrılan cumhuriyetlerin serbest piyasa ekonomisine geçmeleri, Çin'in yine aynı dönemde yabancı sermayeye kapılarını açması küreselleşmenin hızlı bir şekilde yayılmasında ve yabancı sermaye hareketlerinin 1990'lı yıllardan itibaren ivme kazanmasında önemli etkiye sahiptir<sup>64</sup>. Ayrıca, bu dönemdeki Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu'nun stratejileri de yabancı sermayeye karşı gelişmekte olan ülkelerde olumlu bir ortam yaratmıştır. Yine, tüm dünyada türev yatırım ürünlerinin çeşitlenmesi de dolaylı yabancı yatırımların artmasında önemli etken olmuştur. Buna karşın, 1990'lı yıllardan itibaren doğrudan yabancı yatırımlar doğal kaynaklar, üretim, finans sektörü ve finans dışı hizmetlere yönelmiş en büyük yabancı yatırım şeklidir. Ayrıca, bu dönemde yabancı sermaye gelişmekte olan ülkeler kadar gelişmiş ülkelere de yönelmiştir. Nitekim bugün hala en çok yabancı yatırım alan ülke Amerika Birleşik Devletleri'dir<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Bağcı, *1980 Sonrası Türkiye'de Yabancı Sermaye Hareketleri ve Dış Politikaya Yansımaları*, Güvenlik Stratejileri Dergisi, İstanbul, Haziran 2009, Yıl: 5, S: 9, s. 121.

<sup>63</sup> Dolzer/Schreuer, s. 1.

<sup>64</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 3.

<sup>65</sup> UNCTAD World Investment Report (Overview) 2022, s. 8, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf) (Erişim: 11 Mayıs 2022).

Bilhassa doğrudan yabancı yatırımların önemli ölçüde artış gösterdiği 1990'lı yıllarda, yabancı yatırımların düzenlemeye kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkmış, OECD bünyesinde uluslararası yatırımları düzenlemek üzere, 1995 yılında, Multilateral Treaty on Investment taslağı üzerinde geniş katılımı çalışma başlatılmıştır. Taslak, yabancı sermayenin ülkeye girişine Milli İşlem İlkesi (*National Treatment Principle*) ve En Çok Gözetilen Ulus Kaydı'nın (*Most-Favored Nation Treatment*) ve şeffaflığın uygulanması, özelleştirme, fikri mülkiyet, yatırımların korunması, kaynak transferi serbestisi ve yatırım uyumsuzluklarının halli gibi ayrıntılı pek çok konuyu ele almaktadır. OECD üye ülkeleri kadar üye olmayan ülkelerin de iştirak etmesi arzulan taslak, geniş katılımı müzakere edilmişse de tek metin üzerinde mutabakat sağlanamayacağı anlaşıldığından, Fransa'nın da müzakerelerden çekilmesiyle, 1998 yılında çalışmalar durmuştur.

Öte yandan Türkiye'de, 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, yıllar içinde yapılan reformlara rağmen; yabancı yatırımların bu süre zarfında karakter değiştirmesi, yeni ihtiyaçların doğması ve Avrupa Birliği'ne uyum gibi nedenlerle, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu<sup>66</sup> (DYYK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. DYYK iki temel değişiklik getirmiştir. Öncelikle Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun getirdiği izin ve onay sisteminden vazgeçilerek, bilgilendirme sistemine geçilmiştir. Diğer temel değişiklik ise, DYYK'nun yatırım ve yatırımcı tanımlarını ve dolayısıyla, kanunun kapsamına giren yatırımları genişletmiş olmasıdır<sup>67</sup>. DYYK öncesinde yürürlüğe giren, 4501 sayılı Kanun'un<sup>68</sup> 2 (c) maddesinde de yabancılık unsurunun varlığı için, imtiyaz sözleşmesinin taraflarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı menşeli olması ya da sözleşmenin uygulanması için yurtdışı kaynaklı sermaye, kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesi hallerinden biri aranmıştır.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinde, 6302 sayılı Kanun<sup>69</sup> ile yapılan değişiklikle, yabancılara taşınmaz satışında karşılıklılık şartının kaldırılmasıyla, Türkiye'de

---

<sup>66</sup> RG: 17.6.2003/25141.

<sup>67</sup> Demir Gökyayla, C., Süral, C., 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, DEÜHFD, İzmir, 2004, C: 6, S: 2, s. 135- 136.

<sup>68</sup> RG: 22.01.2000/23941.

<sup>69</sup> RG: 18.5.2012/28296.

yabancılar tarafından yapılan gayrimenkul yatırımları artış göstermiştir. Ne var ki, bu taşınmaz yatırımlarının doğrudan yatırımların istihdam, teknoloji ve know-how gibi olumlu yan etkilerini barındırdığı söylenemez.

1929 yılına kadar Türkiye'nin kibriti dahi Avrupa'dan ithal ettiği düşünüldüğünde, üretim, istihdam ve yatırımlar konusunda ülkenin kat ettiği mesafe daha iyi anlaşılmaktadır. Şüphesiz ülke kalkınmasında uluslararası yatırımların payı büyüktür. Bugün için gelişmiş ülkeler dahi uluslararası sermayeden pay alma konusunda rekabet içindedirler. Hızla gelişen ve değişen dünya düzeninde uluslararası yatırımların da hızlı bir değişim içinde olacağını bugünden söylemek yanlış olmayacaktır.

## **2. Yabancı Yatırımın Tanımı**

Yabancı yatırım uyuşmazlıklarında hakem heyetlerinin en çok karşılaştığı konulardan biri şüphesiz yabancı yatırımcının ev sahibi devletteki ekonomik faaliyetinin “yatırım” olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Yabancı yatırımcının ekonomik faaliyetinin uluslararası korumadan istifade etmesi, kaynak aktarımının “yatırım” olarak kabul edilmesine bağlıdır. Bununla beraber, yatırım tanımı söz konusu ekonomik faaliyetin ICSID'in yargı yetkisine tabi olup olmadığı konusunda da önem arz etmektedir. Aşağıda daha detaylı olarak değineceğimiz üzere<sup>70</sup>, söz konusu ekonomik faaliyet yatırım teşkil ettiği takdirde ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesine göre ICSID'in yargı yetkisine tabidir. Bu nedenle, yatırım tanımı uyuşmazlıklarda geniş yer tutmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, yabancı yatırımların hukuk normları içinde yeknesaklaşmış bir tanım bulunmamaktadır<sup>71</sup>. Çünkü ekonomik faaliyetlerin bu denli arttığı ve çeşitlendiği bir dünyada tüm iş ve faaliyetleri kapsayacak ve taraf devletlerin tamamının amacına da hizmet edecek tek bir tanım yapmak mümkün olmamıştır. Öte yandan, yabancı yatırım kavramının, coğrafi, hukuki ya da zaman gibi belirli yönlerden, sınırlamalara tabi kılınması da söz konusudur<sup>72</sup>. Günümüzde devletler

---

<sup>70</sup> Bkz. aşağıda s. 36.

<sup>71</sup> Dolzer/Schreuer, s. 61. Yazarlar, ayrıca, uygulamada, yatırım tanımı yönünden iki farklı yaklaşımın benimsendiğini, ikili ya da çok taraflı anlaşmalarda ayrıntılı belirli tanımlara yer verildiğini ya da yatırımın olağan ekonomik tanımı verilerek, yorumun uygulayıcılara bırakıldığını ifade etmektedirler.

<sup>72</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 62.

arasında yapılan ikili ve çok taraflı andlaşmalarda yatırım tanımının her türlü ekonomik faaliyeti içine alacak şekilde genişletildiği görülmektedir<sup>73</sup>.

#### **a. İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Andlaşmalarındaki Yatırım Tanımları**

İki taraflı yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları uluslararası yatırım hukukunun yazılı ve en güncel kaynağını oluşturmaktadır. Yatırım andlaşmaları şüphesiz ev sahibi devletlere kaynak akışında önemli rol oynamaktadırlar<sup>74</sup>. Sınır ötesi sermaye hareketlerinin artmasıyla uluslararası yatırımların korunmasına ilişkin yazılı düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. 2021 yılı sonu itibariyle devletlerin yapmış oldukları yatırım andlaşması ile yatırım düzenlemesi bulunan diğer anlaşmalar toplamı 3288 seviyesindedir<sup>75</sup>. İkili yatırım anlaşmaları bir yandan uluslararası yatırımcının yatırımına ilişkin koruma sağlarken<sup>76</sup>, diğer yandan ev sahibi devlete, ülkesine yapılacak yatırımları düzenleme ve belirli konularda yapılacak yatırımları kapsam dışında tutma imkânı tanımaktadır. Devletlerin diğer devletlerle yatırım anlaşması yapma hakları egemenlik haklarının bir parçasıdır. Egemenlik hakkının doğal sonucu olarak, bir devletin ülkesine uluslararası yatırım kabul etme yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Buna karşın, bugün geline nokta yabancı yatırımlar devletlerin ekonomilerinde önemli bir yer tutmaktadır. Gelişmiş ülkeler dahi yabancı yatırımlardan pay almak için çaba sarfetmektedirler<sup>77</sup>. Çok taraflı anlaşma yapma zorluğu da devletleri iki taraflı yatırım andlaşmaları yapmaya teşvik etmektedir<sup>78</sup>. Öte yandan, her devlet bir diğer devlet ile yatırım andlaşması müzakere ederken diğer akit devletteki kendi vatandaşlarının mevcut ya da olası yatırımlarını ve diğer akit devlet

---

<sup>73</sup> Giray, F., K., s. 2.

<sup>74</sup> Karaoğlu, O., s. 69.

<sup>75</sup> UNCTAD World Investment Report 2022, s. 65, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf) (Erişim: 21 Mayıs 2022). Bununla birlikte, son yıllarda yatırım anlaşmalarının yapılmasında düşüşlerin yaşandığı ve mevcut bazı anlaşmaların taraf devletlerce sonlandırıldığı gözlemlenmektedir. Bunun nedeni olarak, 1990'lı yıllardan itibaren yabancı sermaye hareketlerindeki artışla paralel olarak hızlı bir şekilde devletlerin diğer devletlerle yatırım anlaşmaları yapmaları ve büyük oranda yatırımların mevcut anlaşmalarla korunur hale gelmesi gösterilebilir.

<sup>76</sup> Baykal, M., s. 34.

<sup>77</sup> Bkz. yukarıda s. 15.

<sup>78</sup> Aydemir, D., K., s. 42.

vatandaşlarının ise kendi ülkesinde yatırımlarını göz önünde bulundurmakta ve buna ilişkin özel düzenlemelere andlaşmada yer vermektedirler.

Uygulamada, yabancı yatırımcının ekonomik faaliyetinin yatırım teşkil edip etmediği ve dolayısıyla hakemlerin yargı yetkisi konusu, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak devletin taraf oldukları yatırım anlaşmasında yer alan yatırım tanımı ile tespit edilmektedir<sup>79</sup>. Bu açıdan, yatırımın ekonomi terminolojisinde yer alan tanımı dışında, hukuk terimi olarak da tanım ve kapsamını belirlemek gerekmiştir. Yatırım tanımı şüphesiz devletlerin en çok müzakere ettikleri hususlardan biridir. UNCTAD nezdinde yapılan çalışmalar, yatırım anlaşmalarının müzakeresinde devletlere yol gösterici niteliktedir<sup>80</sup>.

Yabancı yatırımların hızla arttığı 1990'lı yıllardan önce yapılan yatırım anlaşmalarında yatırım, nispeten dar bir kapsamda tanımlanmıştır<sup>81</sup>. Örneğin, 27 Mart 1986 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasında imzalanan Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma<sup>82</sup> yatırımın genel bir çerçevesini çizerken, 15 Haziran 2006 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti ile Fransa Cumhuriyeti arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma<sup>83</sup>, “yatırımla ilgili diğer finansal haklar” ya da “doğal kaynakların aranması, geliştirilmesi, çıkarılması veya işletilmesi imtiyazlarını da içerecek şekilde” gibi ifadelerle yatırım tanımını genişletme yoluna gitmiştir<sup>84</sup>. Günümüzde, yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğu yatırımı tanımlarken, öncelikle geniş bir cümleyle tarif yapmakta sonra sınırlı sayı ilkesine bağlı

---

<sup>79</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 163.

<sup>80</sup> Yatırım andlaşmalarının modernizasyonunun hızlandırılması amacıyla UNCTAD yatırım andlaşmaları ekibi tarafından hazırlanan, yatırım andlaşmalarında devletlerin güncel eğilimlerinin düzenlendiği, Uluslararası Yatırım Andlaşmaları Reform Hızlandırıcısı (*International Investment Agreements Reform Accelerator*) kitapçığına şu linkten erişilebilir: [https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf) (Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2022).

<sup>81</sup> Rubins, Noah, N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide*, Oceana Publications Inc., 2005, s. 292.

<sup>82</sup> RG: 8.9.1989/20276.

<sup>83</sup> RG: 26.06.2009/27270.

<sup>84</sup> Daha yeni tarihli yatırım andlaşmaları esneklik sağlamak üzere geniş yatırım tanımları barındırmaktadır. Açıklama için bkz. Tiryakioğlu, B., s. 167.

olmaksızın, örnekleyici olarak faaliyet listesine yer vermektedir<sup>85</sup>. Genişlik katmak için çoğunlukla “her türlü malvarlığı” şeklinde ifadeler kullanılmaktadır<sup>86</sup>. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ve Avustralya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma’nın<sup>87</sup> 1 (c) maddesinde yapılan yatırım tanımı şöyledir:

“... (a) “yatırım”, taraflardan birinin yatırımcıları tarafından yatırılan ve diğer Tarafça kendi hukukuna ve zaman içinde uygulanan yatırım politikalarına tabi olarak kabul edilen **her türden varlığı** ifade eder ve aşağıdakileri kapsar:

(i) ipotek, tedbir, rehin gibi hakları içermek üzere maddi ve gayri maddi mülkiyet hakları,

(ii) hisse senetleri ve sermaye hisseleri gibi, fakat bunlarla kısıtlı olmamak kaydıyla, tüzel bir kişiliğe katılımın herhangi bir şekli,

(iii) para ya da ekonomik değer taşıyan bir alacak,

(iv) telif, patent, ticari marka, ticari isim, endüstriyel tasarım, ticari sır, know-how ve ticari itibara ilişkin hakları da kapsayan fikri mülkiyet hakları,

(v) tarım, ormancılık, balıkçılık ve hayvancılıkla iştigal etme; doğal kaynakları araştırma veya çıkarma, ürünleri üretme, kullanma ve satma haklarını kapsayan, kanun veya sözleşme ile tanınan ekonomik bir değer taşıyan iş imtiyazları ve ekonomik faaliyeti sürdürmek için gereken diğer haklar,

(vi) tesislerin örgütlenme ve operasyonları, fikri mülkiyet hakları dahil olmak üzere mülkiyet haklarının edinimi, kullanımı ve idaresi, fon yaratma ve döviz alım satımı gibi yatırımlarla ilgili faaliyetler...”

Yatırım uyuşmazlıklarına bakan hakem heyetleri kararlarında ise, sıklıkla yatırım tanımındaki giriş cümlesinde yer alan “her türlü malvarlığı” gibi geniş ifadelere dayanarak ekonomik faaliyetin anlaşma kapsamında yatırım olarak kabul edildiği ve bu kabul ile yargı yetkisinin bulunduğu sonucuna vardıkları görülmektedir<sup>88</sup>. Gelişmekte olan ya da daha az gelişmiş ülkelerde, fikri mülkiyet hakkı ihlallerinin yaygın olması yatırım tanımına bu tür hakların da dahil edilmesi ihtiyacını doğurmuştur<sup>89</sup>. Buna karşın, bazı yatırım

<sup>85</sup> Dolzer/Schreuer, s. 63; McLachlan/Shore/Weiniger, s. 171.

<sup>86</sup> Rubins/Kinsella, s. 292; Tiryakioğlu, B., s. 167; Yılmaz, A., Ç., s. 62 vd.

<sup>87</sup> RG: 19.6.2009/27263.

<sup>88</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 172.

<sup>89</sup> Sornarajah, *Foreign Investments*, s. 19.



anlaşmalarında ticari satım ya da hizmet sözleşmelerinden doğan para alacakları açıkça kapsam dışı tutulmaktadır<sup>90</sup>. Yine, belirtelim ki, bazı yatırım anlaşmalarında bir tarafa verilen krediler ile bir tarafın çıkardığı borçlanma senetleri açıkça kapsam dışında tutulmaktadır<sup>91</sup>. Yeni tarihli bazı yatırım anlaşmalarında bir adli ya da idari davada verilen kararlar ve hükümlerin kapsam dışı tutulduğu gözlemlenmektedir<sup>92</sup>. Yatırım tahkim alanında yaşanan bazı uyuşmazlıklar doğrultusunda, devletlerin yatırımın yapılmasından önce yapılan masrafları da yatırım tanımı dışında tuttukları yatırım anlaşmalarına da rastlanmaktadır<sup>93</sup>.

Uygulamada yatırım tanımlarında “ev sahibi devletin/taf devletin hukukuna göre” ya da “uygulanacak hukuka uygun olarak yapılan yatırımlar” şeklinde atıflara rastlanmaktadır<sup>94</sup>. 9 Nisan 2018 tarihinde imzalanan ve 18 Mart 2020 tarihinde yürürlüğü giren, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında

---

<sup>90</sup> Örneğin, Kanada ile Avrupa Birliği arasında 21 Eylül 2017 tarihinde yürürlüğe giren, Kanada – Avrupa Birliği Kapsamlı Ekonomik ve Ticaret Andlaşması’nın (*Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*) Bölüm A, 8.1 maddesinde, ticari satım ya da hizmet sözleşmelerinden doğan para alacakları yatırım tanımında kapsam dışında tutulmuştur. Andlaşma metni bkz. <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng> (Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2022). Ayrıca 2021 Kanada Model Yatırım Andlaşması’na şu linkten ulaşılabilir: [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021\\_model\\_fipa-2021\\_modele\\_apie.aspx?lang=eng#article-1](https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng#article-1) (Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2022).

<sup>91</sup> Örneğin bkz. Brezilya ve Hindistan arasında 25 Ocak 2020 tarihinde imzalanan İkili Yatırım Andlaşmasının 2.4.1 maddesi. Andlaşma metnine şu linkten ulaşılabilir: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download> (Erişim Tarihi: 21 Şubat 2022).

<sup>92</sup> Birleşik Devletler, Meksika ve Kanada arasında 30 Kasım 2018 tarihinde imzalanan yeni ticaret andlaşması USMCA’da açıkça kararlar ve hükümler yatırım tanımının kapsamı dışında tutulmuştur. Andlaşma hakkında bilgi için aşağıda bkz. s. 45 vd. Ayrıca, andlaşma metnine şu linkten erişilebilir: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between> (Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2022).

<sup>93</sup> Brezilya ve Hindistan arasında 25 Ocak 2020 tarihinde imzalanan İkili Yatırım Andlaşmasının 2.4.1 maddesinde açıkça, bir Tarafın hukukuna göre gerekli lisans, izin, ruhsat ve onayların alınmasından önce yapılan masraflar kapsam dışı olarak düzenlenmiştir. Andlaşma metnine şu linkten ulaşılabilir: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download> (Erişim Tarihi: 21 Şubat 2022).

<sup>94</sup> Örneğin, Avrupa Birliği ve Singapur arasında 15 Ekim 2018 tarihinde imzalanan Yatırım Koruma Andlaşması’nın 2.1.1 maddesinde açıkça, yatırımlara sağlanacak korumanın düzenlendiği 2. Bölümün, yalnızca uygulanacak hukuka uygun olarak yapılan yatırımlara uygulanacağı ifade edilmiştir. Andlaşmanın tam metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download> (Erişim Tarihi: 21 Nisan 2022).

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda<sup>95</sup> da, “... *bir Akit Tarafın ülkesinde, kanunlarına ve düzenlemelerine uzun süreli ilişkiler kurmak amacıyla yapılan veya edinilen ... her türlü varlığı...*” ifadesine yer verilmiştir. Yine, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Çek Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda<sup>96</sup>, “... “*Yatırım*” terimi Uluslararası Para Fonu'nun tanımlaması çerçevesinde ülkesinde yatırım yapılan Akit Tarafın kanun ve mevzuatına uygun olmak koşuluyla, bir Akit Tarafın yatırımcısının diğer Akit Tarafın ülkesinde yaptığı doğrudan yatırımları ifade eder ve sınırlayıcı olmayacak şekilde, her türlü malvarlığını ve özellikle ...” şeklinde belirtilmiştir. Ev sahibi devletler, uyuşmazlık halinde bu ifadeyle yatırımın kapsamının ev sahibi devletin kendi iç hukukuna göre tespit edilmesi gerektiğini ileri sürme eğilimindedirler. Bu iddia genel olarak hakem heyetleri nezdinde kabul görmemektedir. Hakem heyetleri “ev sahibi devletin/taf devletın hukuku”na yapılan atıfların yatırımın kapsamıyla değil, yalnızca yatırımın hukuka uygunluğuyla alakalı olduğuna karar vermektedirler<sup>97</sup>.

Örneğin, ICSID'de görülen, Salini v. Morocco davasında<sup>98</sup>, hakem heyeti, “... ilgili Taraf'ın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak ...” ifadesinin, yatırımın tanımına değil, yatırımın hukuka uygunluğuna işaret ettiğine hükmetmiştir<sup>99</sup>. Yatırımın ev sahibi devletin hukukuna aykırı olduğu durumda ilgili yatırım anlaşmasının korumasından mahrum kalınacağı Fraport v. The Philippines davasında karara bağlanmıştır. Söz konusu davada hakem heyeti, ev sahibi devletin belirli yatırımların kontrolünün yabancılara geçmesini yasaklayan, Anti-Dummy Kanunu'nu ihlal ettiği gerekçesiyle, davacının yatırım anlaşmasının korumasından yararlanamayacağına ve dolayısıyla uyuşmazlıkla ilgili olarak ICSID'in yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir<sup>100</sup>. Anılan yasaya göre belirli yatırımların

---

<sup>95</sup> RG: 16.8.2019/30860 (Mükerrer).

<sup>96</sup> RG: 15.1.2012/28174.

<sup>97</sup> Dolzer/Schreuer, s. 64.

<sup>98</sup> Salini Construttori S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, Art. 54, 23 July 2001, p. 46.

<sup>99</sup> Aynı karar bkz. p. 46.

<sup>100</sup> Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, p. 401, 404. Üçüncü hakemin, yatırım anlaşmasının kapsamında olan bir

%40'ından fazlası uluslararası yatırımcıların kontrolüne geçememektedir. Hakem heyeti, kararın gerekçesinde, davacının gizli hissedarlar sözleşmeleri aracılığıyla Filipinler vatandaşları üzerinden yatırım limitini aştığını ve bu nedenle yatırımın Filipinler'in milli hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>101</sup>. Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica davasında da hakem heyeti, yatırımın Kosta Rika hukukuna uygun olarak yapılmış olması gerektiğini, ancak ev sahibi devletin iç hukukunun ihlal edildiği her durumda, yatırımın ikili yatırım anlaşmasının korunmasından mahrum kalmayacağını, uluslararası kamu düzenine ilişkin olan, yolsuzluk halinde ise, ICSID Konvansiyonu'nun 41 (2) maddesine göre hakem heyetinin re'sen araştırma yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir<sup>102</sup>.

Genellikle, geniş yatırım tanımları, doğrudan yatırımlarla birlikte dolaylı yatırımları da kapsamaktadır. Dolaylı yatırımların da kapsam dâhilinde olduğu açıkça tanımda düzenlenmese de tanımın içeriğinden bu tip yatırımların da kapsam dâhilinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşın, Türkiye'nin imzalamış olduğu bazı yatırım anlaşmalarında açıkça portföy yatırımlarının kapsama dahil olmadığı belirtilmektedir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda<sup>103</sup> *"...daha fazla kesinlik açısından "yatırım" tanımı borsa yoluyla yapılan veya edinilen portföy yatırımlarını kapsamaz."* şeklinde düzenlenmektedir. Benzer şekilde, Türkiye Cumhuriyeti ve Çek Cumhuriyeti arasında imzalanan yatırım anlaşmasında, açıkça yatırımın kapsamına "doğrudan yatırımlar" alınmıştır<sup>104</sup>.

Yine, yatırım andlaşmalarında, belirli şartlar dahilinde dolaylı yatırımlara koruma sağlandığına da rastlıyoruz. Türkiye Cumhuriyeti ile Zambiya Cumhuriyeti Arasında

---

ekonomik faaliyetle ilgili olarak, ev sahibi ülkenin hukukuna uyulup uyulmadığına bakılmaksızın, ICSID'in yargı yetkisinin bulunduğuyla ilişkin muhalefet şerhi mevcuttur. Özellikle, muhalefet şerhinde bkz. p. 35.

<sup>101</sup> Ekonomik faaliyetin ev sahibi ülkenin milli hukukuna aykırı olduğuna karar verildiği ICSID'de açılan diğer davalar için bkz. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008; World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006.

<sup>102</sup> Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. Arb/14/5 Decision On Jurisdiction 04 December 2017, p. 137 – 139.

<sup>103</sup> RG: 16.8.2019/30860M.

<sup>104</sup> RG: 15.1.2012/28174.

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'ndaki<sup>105</sup>, yatırım tanımının ilgili bölümü; "... *Şu şartla ki, [bu gibi yatırımlar] bir şirketin %10'dan azına karşılık gelen veya temsil eden hissesinin veya oy hakkının borsa yoluyla edinimi niteliğinde olduğunda işbu Anlaşma kapsamına girmez.*" şeklindedir. Buna göre, yatırıma konu şirketin hisselerinin borsa üzerinden alınması halinde, sermayesinin %10'ndan daha fazlasının edinimi koruma kapsamına alınmıştır. Şüphesiz, taraf devletler bu düzenleme ile borsa üzerinden yapılacak küçük portföy yatırımlarının kapsam dışında bırakılmasını amaçlamışlardır<sup>106</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki, borsa dışında azınlık hissenin blok halinde alınması halinde tanıma göre satın almanın, yatırımın diğer unsurlarının da bulunması kaydıyla, yatırım teşkil etmesine bir engel bulunmamaktadır. Taraf devletler, azınlık hissenin blok halinde satın alınması halinde, otomatik olarak ekonomik faaliyetin yatırım tanımı dışında kalmasını istememiş olabilir. Yine de kanaatimizce, düzenlemenin amaçsal olarak gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır<sup>107</sup>.

Belirtmek gerekir ki, yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımları özellikle Merkez'de açılan tahkim davalarında verilen kararlar olmak üzere, yargısal içtihatlardan önemli ölçüde etkilenmektedir. Mesela, Amerika Birleşik Devletleri'nin Model Yatırım Anlaşmasında, Salini davasında değinilen yatırımın temel özellikleri dikkate alınarak değişiklik yapılması yoluna gidilmiştir<sup>108</sup>. Bazı yatırım anlaşmalarında ise, mal ve hizmet satımlarına ilişkin ekonomik faaliyetler yatırım tanımının açıkça kapsamının dışında bırakılmaktadır. Örneğin USMCA, açıkça mal ve hizmet satımlarına ilişkin ticari sözleşmeleri kapsam dışında tutmuştur.

---

<sup>105</sup> RG: 22.4.2020/31107.

<sup>106</sup> 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 2 (b) 2 (ii) maddesi düzenlemesi de bu yöndedir. Kanun koyucu menkul kıymetler borsasından edinilen bir şirketin %10'dan fazla hissesini ya da aynı oranda oy hakkı veren hisselerin edinimini doğrudan yatırım olarak kabul etmiştir.

<sup>107</sup> DYYK'nun 2. maddesinin 2. bendinde yer alan benzer düzenlemenin eleştirisi için ayrıca bkz. aşağıda s. 47.

<sup>108</sup> 2012 US Model Bilateral Investment Treaty'nin yatırım tanımında, Salini davasında verilen hakem kararlarının etkisinin görüldüğü bölüm şu şekildedir:

"... *investment*" means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk ..." Yatırımın temel özellikleri ile tanımın karşılaştırılması için bkz. s. 31 vd.

## b. ICSID Konvansiyonu ve Yatırım Tanımı

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme<sup>109</sup> (*Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States*) yatırımı açıkça tanımlamamakla birlikte<sup>110</sup>, Konvansiyon'un 25. maddesinde, uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanması gerektiği düzenlenmektedir<sup>111</sup>. Esasen, Konvansiyon'da yatırım tanımına yer verilmemiş olmakla, taraf devletlere yatırım teşkil edecek ekonomik faaliyetleri düzenlemek konusunda serbesti tanınmıştır<sup>112</sup>. ICSID nezdinde açılan tahkim davalarında, belirli bir faaliyetin “yatırım” olup olmadığının uyuşmazlık konusu yapıldığı durumda, hakem heyeti bu soruyu değerlendirirken iki unsuru; (1) ikili yatırım anlaşmasını ve (2) ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin düzenlemesini dikkate almaktadır<sup>113</sup>. Zira ekonomik faaliyetin ikili yatırım anlaşmasına göre yatırım kapsamında olduğu durumda da eğer faaliyet ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin amacına uygun düşmüyorsa, ICSID nezdinde dava açılmayacaktır. Açılmış dava ise yargı yetkisi yokluğundan hakem heyetince reddedilecektir. Söz konusu madde ICSID'de dava açabilmenin koşulu olduğundan, yatırım kavramı sıklıkla davalı devletlerin savunmalarına konu olmakta ve hakem heyetleri de yargı yetkisine ilişkin olarak söz konusu ekonomik faaliyetin yatırımın özelliklerini taşıyıp taşımadığını tespit etmek durumunda kalmaktadırlar<sup>114</sup>.

Belirtelim ki, yatırım anlaşmaları genellikle yatırım uyuşmazlıklarının halli için anlaşmada belirtilen uyuşmazlık çözümü mekanizmasının işletileceğini düzenlemektedirler. Gerçekten, ICSID Konvansiyonu ya da ICSID İlave Hizmet Kurallarına (ICSID Additional

---

<sup>109</sup> Çalışmamızda kısaca Konvansiyon ya da ICSID Konvansiyonu olarak anılacaktır.

<sup>110</sup> Konvansiyon'da yatırımın ne şekilde tarif edilmesi gerektiği konusunda pek çok görüş ortaya atılmış, tartışılmış, ancak bir sonuca varılamamıştır. Dolayısıyla, yatırımın tarifinin Konvansiyon'da yer almaması isteğe bağlı olmaktan çok bir zorunluluktur, bu konu da bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, s. 164.

<sup>111</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 27.

<sup>112</sup> İzmirli, Ayhan, Lâle, Uluslararası Yatırım Hukukunda “Yatırım” Kavramı, SDÜHFD, Cilt. 8, S. 2, 2018, s. 104.

<sup>113</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 163.

<sup>114</sup> Dolzer/Schreuer, s. 65.

Facility Rules) bu maksatla çoğunlukla yatırım anlaşmalarında yer verilmektedir<sup>115</sup>. ICSID nezdinde verilecek kararların, belirli şartlar altında iptale tabi olmasına karşın, nihai ve icra edilebilir olması ve neredeyse tüm devletlerin Konvansiyon’a taraf olmaları, yatırım anlaşmasına taraf devletlerin yetkili forumlar arasında Merkez’e de yer vermelerinde etkili olmaktadır. Esasen, nedenler bunlardan ibaret de değildir. Ayrıca, ICSID’in Dünya Bankası’nın bir kuruluşu olması, ICSID yükümlülüklerine uyumun Dünya Bankası’nı “gücendirmemek” amacı ile gerekli olduğu inancı ve ICSID Konvansiyonu’nun ihlalinin uluslararası hukukun ihlali anlamına geleceği düşüncesi de hakimdir<sup>116</sup>.

Konvansiyon’un 25. maddesinde belirtilen “yatırım” geniş yorumlanmaktadır. Yatırımın tespitinde önem arz eden husus ekonomik faaliyetin alanı değil, faaliyetin şekli ve doğasıdır. Örneğin, her altyapı, madencilik ya da enerji projesi “yatırım” teşkil etmeyebileceği gibi, genellikle yatırım olarak kabul edilen bu ekonomik faaliyetler dışında, yalnızca otel yönetimi ve işletmesine ilişkin sözleşmeden doğan haklar da “yatırım” olarak görülebilmektedir<sup>117</sup>. Bununla birlikte, ICSID yargılamasında, yatırıma konu faaliyetin az çok ortaya çıkmış olması, diğer bir anlatımla, faaliyetin sınırlarının kolayca anlaşılabilir olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>118</sup>.

Yatırım anlaşmasında yer alan yatırım tanımının çizdiği sınır dışında, Konvansiyon’a göre yatırımın harici sınırının (*outer limit approach*)<sup>119</sup> da bulunup bulunmadığı tartışma

---

<sup>115</sup> Alternatif olarak, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurallarına ve UNCITRAL nezdinde ad hoc tahkime atıflarda bulunmaktadır, Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, International Investment Law, Understanding Concepts and Tracking Innovations içinde bölüm, hazırlayanlar: Catherine Yannaca-Small ve Lahra Liberty, OECD, 2008, s. 53. Ayrıca, tercih edilen forumlar için bkz. Bishop/Crawford/Reisman, s. 12.

<sup>116</sup> Bishop/Crawford/Reisman, s. 11.

<sup>117</sup> Helnan International Hotel A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB 05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17 October 2006.

<sup>118</sup> Örneğin, PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No: ARB/02/5 Decision on Jurisdiction, 4 June 2004) davasında, hakem heyeti imtiyaz sözleşmesinin yatırım teşkil edip etmeyeceği hususunda detaylı inceleme dahi yapmamıştır. Hakem heyeti, bunun yerine İmtiyaz Sözleşmesinin geçerli olup olmadığı üzerinde durmuştur, bkz. p. 104. Zira, imtiyaza konu faaliyet kolayca yatırım olarak tanımlanabilir, anlaşılabilir durumdaydı.

<sup>119</sup> İlk defa Regional Consultative Meeting of Legal Settlement of Investment Disputes’un Başkanı’nın 9 Temmuz 1964 tarihli raporunda yer alan kavramın ayrıntılı açıklaması için bkz. Hwang, M., Fong Lee Cheng,

konusudur. Bu tartışmanın önemi şudur: Eğer yatırım anlaşmasının yatırım tanımı dışında, Konvansiyon'un harici bir sınırının olduğu kabul edilirse, bu sınırın içinde kalmayan ekonomik faaliyetler yatırım anlaşması kapsamında olsa bile, uyumsuzluk halinde ICSID'de görülemeyecektir. Nitekim hakem heyetinin, önüne gelen bir mesele ile ilgili olarak, taraflar arasındaki uyumsuzluğa konu yatırımın ICSID Konvansiyonu'nun 25(1) maddesindeki koşulları sağlayıp sağlamadığını tespit etmeye re'sen yetkili olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, tarafların ICSID tahkimine rıza gösterdikleri halde dahi hakem heyeti, yatırım olarak gösterilen faaliyetin ICSID Konvansiyonu'nun yatırıma ilişkin koşulunu karşılamadığı durumda, Merkez'in yetkisizliğine karar verebilecektir. Bu hususu teyiden, Joy Mining v. Egypt davasında<sup>120</sup> hakem heyeti, tarafların sözleşmeyle ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin şartlarını taşımayan bir ekonomik faaliyet için Merkez'in yargı yetkisini kararlaştıramayacaklarını belirtmiştir. Bu konuda diğer yaklaşımlar, ikili yatırım anlaşmasının tarafı olan ülkelerin kararlaştırdıkları ekonomik faaliyetlerin ICSID Konvansiyonu anlamında da yatırım kabul edilmesi gerektiği<sup>121</sup> ve her iki yaklaşımın uzlaşması ya da orta noktası olarak, ikili yatırım anlaşmasında yer alan ekonomik faaliyetin ICSID Konvansiyonu kapsamında izin verilen yatırım kavramını aşıp aşmadığının tespit edilmesi gerektiğine<sup>122</sup> ilişkindir.

Konvansiyon'da yatırım tanımı bulunmamasına karşın, Merkez'in yargı yetkisi bakımından, söz konusu ekonomik faaliyetin, yatırımın tipik özelliklerini taşımasının

---

J., *Definition of "Investment" – A Voice from the Eye of the Storm*, Asian Journal of International Law, C: 1, S: 1, Ocak 2011, s. 101 vd.

<sup>120</sup> Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No: ARB/03/11, 6 August 2004, p. 50. Sonraki bir kararda da hakem heyeti, devletlerin ikili yatırım anlaşmasında (ya da devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmede) tarafların yatırım olarak kararlaştırdıkları tüm ekonomik faaliyetlerin yatırım teşkil etmesi gerektiğini söylemenin çok ileri gitmek olacağını ifade etmiştir. Hakem heyeti, ikili yatırım anlaşmasında yatırım olarak kararlaştırılan yalnızca mal satımına ilişkin bir sözleşmenin ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım teşkil edeceğinin söylenemeyeceğini de belirtmiştir, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, p. 93.

<sup>121</sup> Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 April 2009, p. 73.

<sup>122</sup> Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. V. Republic of Yemen, ICSID Case No. Arb/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, p. 128. Hakem heyeti, iki uç yaklaşımın bir uzlaşısı olarak, ikili yatırım anlaşmasının yatırım tanımının ICSID Konvansiyonu tarafından izin verilen yatırım kavramını aşıp almadığına bakılabileceğini ifade ettikten sonra, somut olaydaki yatırım anlaşması tanımının ICSID Konvansiyonunun izin verdiği yatırım kavramını aşmadığına karar vermiştir, p. 136.

gerekip gerekmediği son dönemde yatırım uyuşmazlıklarında en çok tartışılan konulardan biridir. Belirli projelerin ICSID Konvansiyonu'na göre yatırım olup olmadığının tespit edilmesi nispeten zorluk arz etmemektedir<sup>123</sup>. Özellikle uygulamada, fabrikalar, diğer üretim tesisleri ve maden arama-çıkarma imtiyazları ayrıntılı inceleme konusu olmadan hem ilgili yatırım anlaşması hem de ICSID'in yargı yetkisi bakımından yatırım olarak kabul edilmiştir<sup>124</sup>. Bu konuda şüphesiz en çok tartışma konusu olan davalardan biri Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco davasıdır. Salini davasında, inşaat sözleşmesinin, “ekonomik değeri bulunan sözleşmesel hak” yaratması nedeniyle, İtalya-Fas arasındaki İkili Yatırım Anlaşması anlamında yatırım olduğuna karar verilmiştir. Salini, işin tamamlanması için know-how'ını kullanmış, gerekli ekipmanı ve kalifiye iş gücünü sağlamış, proje sahibi ile birlikte kredi almış ve ihale bedelinin %1,5'i oranında geçici ve %3'ü oranında kati teminat mektubu düzenlenmesine onay vermiştir. Hakem heyeti ekonomik faaliyetin yatırım anlaşması kapsamında olduğunu tespit ettikten sonra, Merkez'in yargı yetkisi bakımından, yatırımın tipik özelliklerine ilişkin dört kriterden oluşan bir test<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Özellikle Kaiser Bauxite Co v. Jamaica davasında, hakem heyeti detaylı araştırma yapmaksızın bir maden şirketinin önemli miktarda yabancı bir devlete yatırım yapmasını yatırım olarak kabul etmiştir, Kaiser Bauxite Co v. Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 July 1975, p. 17. Yine, Bayındır İnşaat v. Pakistan davasında, otoyol inşasının geleneksel inşaatlardan fazlası olduğu ifade edilmiş, Bayındır'ın know how, ekipman ve personel katkısı ve fon transferi nazara alınarak, Konvansiyon anlamında yatırım olarak kabul edilmiştir, Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, p. 128. Hakem heyeti, esasen, Bayındır İnşaat davasında, otoyol inşasının açıkça yatırım olduğunu ifade ettikten sonra, tarafların dayandıkları Salini testine atıfta bulunarak, söz konusu ekonomik faaliyetin Salini testindeki koşulları da sağladığını belirtmiştir, aynı kararda bkz. p. 130 vd. Bir diğer davada da hakem heyeti, rüzgâr elektrik santralini, dolaylı hissedarlığı ve kredi tahsisini, Salini testini uygulamaya gerek görmeden, ICSID Konvansiyonu anlamında yatırım olarak kabul etmiştir, Renenergy S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 Mayıs 2022, p. 564. Buna karşın, hakem heyeti, mevcut ekonomik faaliyetlerin Salini testini neden karşıladığını da kararında açıklamıştır. Yatırımcı bakımından ise Salini testinin somut uyuşmazlık bakımından belirleyici olmadığını da ifade etmiştir, p. 565.

<sup>124</sup> Rubins/Kinsella, s. 290.

<sup>125</sup> Söz konusu kriterler öğretide ve ICSID yargılamasında “Salini test” olarak bilinmektedir. Salini testine atıf yapılan bazı davalar için bkz. Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No: ARB/03/11, 6 August 2004; Bayındır İnşaat Turizm ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005; Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006; Saipem Spa v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007; Malaysian Historical Sailors and others, v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award for lack of Jurisdiction, 17 May 2007, Saba Fakes V. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, p. 110 – 111, Ambiente Ufficio S.p.A. and others (formerly Giordano Alpi and others) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013, Christian Doutremepuich and Antoine



uygulamıştır. Hakem heyetine göre, yatırımın; (i) maddi/gayri maddi katılım; (ii) sözleşmenin ifasının belirli bir süreye yayılması; (iii) işlemin riskine katılım ve (iv) ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasına katkı olmak üzere dört karakteristik özelliği bulunmaktadır<sup>126</sup>.

Buna göre, davacı ICSID'in yargı yetkisi için öncelikle uyuşmazlığa konu işlemin sözleşmede, milli yatırım mevzuatında ya da uluslararası yatırım anlaşmasında yer alan rıza kapsamında olduğunu ispatlamalıdır. Bu hususun ispatlandığı durumda, tahkim rızası ICSID dışında bir sisteme yönelik ise, örneğin UNCITRAL, ICC ya da ad hoc tahkim kabul edilmişse, davacı rızada belirlenen çözüm yoluna başvurabilecektir. Bununla beraber, davacı ICSID'i tercih ederse ya da ICSID tek çözüm mekanizması olarak kabul edilmişse, hakem heyeti o zaman testi uygulayacak, testi geçen ekonomik faaliyetlerle ilgili olarak yargı yetkisi kabul edilerek, işin esasına girilecek, testi geçemeyen ekonomik faaliyetler yönünden ise yetkisizlik kararı verilecektir<sup>127</sup>. Salini testi, sonrasında pek çok davada uygulanmışsa da iki yeni hakem kararında hakem heyetleri, Merkez'in yargı yetkisi için, ekonomik faaliyetin yatırım anlaşması kapsamında yer almasının tek başına yeterli olduğuna ve ayrıca bir kriter aramanın gerekmediğine karar vermişlerdir<sup>128</sup>. Yine, Air Canada v. Venezuela davasında<sup>129</sup>, hakem heyeti, Salini testinin her ne kadar objektif olsa da, her dava için uygun olmadığını, her davanın farklı olduğunu ve kendi müstakil ve uygun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, Salini testinin otomatik olarak uygulanacağı anlamına gelmediğini ve hukuk kuralı olmadığını belirtmiştir. Hakem heyetlerinin Merkez'in yargı yetkisi gibi önemli bir meseleye ilişkin birbiriyle çelişen kararlarının belirsizlik yarattığında şüphe yoktur.

---

Doutremepuich v. Republic of Mauritius, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction, 23 August 2019, p. 118 vd., Mabco Constructions SA v. Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction, 30 October 2020, Renergy S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 Mayıs 2022, p. 564.

<sup>126</sup> Salini testinde yer alan kriterlerin açıklaması için ayrıca bkz. aşağıda s. 58 vd.

<sup>127</sup> Rubins/Kinsella, s. 290.

<sup>128</sup> MGI Power Group LC and others v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 31 July 2007; Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

<sup>129</sup> Air Canada v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/17/1, Award, 13 September 2021, p. 293.

### c. Diğer Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Tanımları

1995 yılından başlayarak, OECD nezdinde OECD üyeleri ve üye olmayan devletlerin katılımıyla yatırımlar hakkında çok taraflı andlaşma yapma girişimi Nisan 1998’de terk edilerek sonuçsuz kalmıştır<sup>130</sup>. Girişimin başarısız olmasının nedeni şüphesiz devletlerin farklı ihtiyaçları ve isteklerini karşılayacak tek bir metnin oluşturulamayacağı kanaatine varılmasıdır. Buna karşın, sektörel ya da bölgesel olarak birkaç devletin bir araya gelerek çok taraflı yatırım anlaşması yapmaları mümkün olabilmektedir. Bu sektörel ve bölgesel çok taraflı anlaşmaların en önemlileri, enerji alanında iş birliğini amaçlayan Enerji Şartı Anlaşması (EŞA), politik riskin asgari düzeye indirgenmesi için yatırımlara garanti sağlamak üzere Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MİGA) ve USMCA Ticaret Anlaşması’dır. Bunlar dışında, Güneydoğu Asya Milletler Birliği (ASEAN)<sup>131</sup> ve Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (COMESA)<sup>132</sup> gibi birlikler nezdinde de çok taraflı yatırım andlaşmaları bulunmakta olup, çalışmamız yönünden, kapsamı bakımından, yalnızca EŞA, MİGA ve USMCA’ya değinmeyi yeterli buluyoruz.

#### i. Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty)

Enerji Şartı Anlaşması<sup>133</sup> (EŞA) enerji alanında uluslararası iş birliğini geliştirmek, enerji güvenliğini sağlamak üzere ve enerji alanında iş birliğinin serbest piyasa kurallarına, şeffaf ve rekabetçi temellere dayanması amacıyla, 17 Aralık 1991 tarihinde imzalanmıştır<sup>134</sup>. Anlaşma taraf olan tüm ülkeler için bağlayıcı bir metin olup, taraf devletlerin belirli hükümlere rezerv koyma hakları bulunmamaktadır. Bu suretle, enerji alanında ev sahibi devletlerle yabancı yatırımcı arasındaki enerji yatırımlarının korunması temin edilmektedir.

---

<sup>130</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 58.

<sup>131</sup> ASEAN, 08.08.1967 tarihinde Endonezya, Malezya, Filipinler, Singapur ve Tayland tarafından kurulmuş olup, bugün itibarıyla 10 üye devletten oluşmaktadır.

<sup>132</sup> COMESA, Afrika kıtasında yer alan 21 üye devletten oluşan ortak pazardır.

<sup>133</sup> Türkiye, Anlaşmayı 17 Aralık 1994’te Lizbon’da imzalamıştır. Anlaşma 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye açısından, 1 Şubat 2000 tarih ve 45119 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. RG: 12.7.2000/24107.

<sup>134</sup> Anlaşma’nın kapsamı ve temel hükümlerinin açıklaması için bkz. Baklacı, P., Akıntürk, E., *Enerji Şartı Anlaşması*, DEÜİFD, C: 7, S: 2, 2006, s. 98 vd.

EŞA'nın 1(6) maddesi<sup>135</sup>, yatırımı “her türlü varlık” şeklinde tanımladıktan sonra, enerji sektöründeki ekonomik bir faaliyete ilişkin her türlü yatırıma atıfta bulunmaktadır. Buna göre, enerji sektöründe olmak kaydıyla, ekonomik bir faaliyet kapsamında yatırım olarak özgülünen yatırımcının sahip olduğu ya da kontrolünde olan her türlü varlık Anlaşma kapsamında da yatırım olarak değer kazanmaktadır<sup>136</sup>.

Petrobart v. Kyrgyz Republic davasında<sup>137</sup>, hakem heyeti önündeki uyuşmazlıkta EŞA kapsamında yalnızca mal satımının yatırım teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Hakem heyeti, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin<sup>138</sup> 31(1) maddesine göre, anlaşmaların iyi niyetle ve anlaşmadaki terimlerin olağan manalarına uygun olarak yorumlanacaklarını, anlaşmada bulunan tanımın da bu prensibe uygun olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>139</sup>. Bu doğrultuda, hakem heyeti EŞA'nın 1(6) maddesi kapsamında, satışa ilişkin bedelin talep hakkı dâhil olmak üzere doğalgaz satışına ilişkin ekonomik faaliyetin Enerji Şartı Anlaşması tahtında bir yatırım olduğuna karar vermiştir<sup>140</sup>. Söz konusu karar,

---

<sup>135</sup> (6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

(c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

(d) Intellectual Property;

(e) Returns;

(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

“Investment” refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat.”

<sup>136</sup> EŞA'da yer alan yatırım tanımı ile unsurlarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Yılmaz, A., Ç., s. 113 vd.

<sup>137</sup> Petrobart v. Kyrgyz Republic, Stockholm Chamber Case No: 126/2003, Final Award, 29 March 2005.

<sup>138</sup> 23 Mayıs 1969 tarihinde Birleşmiş Milletler nezdinde Viyana'da kabul edilen Sözleşme 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, Sözleşme'ye Türkiye taraf değildir.

<sup>139</sup> Petrobart v. Kyrgyz Republic, Stockholm Chamber Case No: 126/2003, Final Award, 29 March 2005, p. 382.

<sup>140</sup> Aynı kararda p. 398.

Anlaşma'nın 1(6)c maddesine göre yalnızca bir yatırımla ilişkilendirilen para ya da başkaca edime ilişkin taleplerin yatırım kapsamında olması gerektiği gerekçesiyle eleştirilebilir. Burada kastedilen, söz konusu para yahut edime ilişkin talebin aynı zamanda bir yatırıma ilişkin olması gerektiğidir. Hâlbuki kararda para ve edime ilişkin talebin bizzat kendisi yatırım olarak kabul edilmiştir.

EŞA ve ICSID Konvansiyonu'nun birlikte uygulama alanı bulduğu yeni tarihli bir davada, hakem heyeti, EŞA'nın 1(6) maddesine göre, varlıklara doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olunmasının ya da bunların kontrolünün yeterli olduğunu, Davacı'nın, rüzgâr santralinin sahibi olan özel amaçlı şirketlerde dolaylı hissedarlığının bu şartı sağladığını belirtmiştir<sup>141</sup>. Davalı devlet, yatırımın “objektif” tanımının dikkate alınması gerektiğine ilişkin savunması, EŞA'da sınırlama olmaksızın “her türlü malvarlığı” ifadesinin yer almasından dolayı hakem heyeti tarafından kabul görmemiştir<sup>142</sup>.

## **ii. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA-Multilateral Investment Guarantee Agency)**

Gelişmekte olan ya da az gelişmiş ülkelere gelişmiş ülkelerin vatandaşları tarafından yapılan yatırımlarla ilgili olarak, ev sahibi devletin politik riskinin önüne geçilebilmesi ve bu ülkelere sermaye akışının teşviki amacıyla, Dünya Bankası nezdinde yapılan çalışmalar neticesinde Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA), 11 Ekim 1985 tarihinde imzalanan Sözleşme ile kurulmuştur<sup>143</sup>. MIGA, ekonomik büyümeyi desteklemek, yoksulluğu azaltmak ve halkların yaşayışını iyileştirmek üzere, üyesi olan gelişmekte olan ülkelere doğrudan yabancı yatırımları teşvik etmek gayesindedir. Bu gayeye ulaşmak üzere Kuruluş, MIGA Konvansiyonu'nun 13. maddesindeki kriterleri karşılayan yatırımcılara ev sahibi devletin de onayına tabi olmak üzere ticari olmayan risklere karşı garanti vermektedir. Diğer bir ifadeyle, millileştirme ve el koyma gibi politik risklere karşı yatırımlara koruma

<sup>141</sup> Renergy S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 Mayıs 2022, p. 551.

<sup>142</sup> Aynı kararda, p. 554.

<sup>143</sup> Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun 27.05.1988 tarihinde uygun bulunmuş ve MIGA, 07.10.1988 tarihli ve 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanmıştır, RG: 6.12.1988/20011.

sağlanmaktadır<sup>144</sup>. MIGA, yatırımcının ev sahibi devlette politik risk kaynaklı zararlarını tazmin ederken, ödediği tazminat tutarı için ev sahibi devlete rücu etmektedir<sup>145</sup>. Bu sayede, ev sahibi devlete döviz transferi, kamulaştırma ve benzeri uygulamalar, sözleşme ihlali, savaş ve ayaklanma riskleri nedeniyle yatırım kararı alamayan yatırımcıların yatırım yapmasının önü açılmaktadır<sup>146</sup>.

MIGA Konvansiyonu'nda yatırım tanımı yapılmamakla birlikte, Konvansiyon'un 12(a) maddesinde<sup>147</sup>, sermaye sahipleri tarafından verilen ya da garanti edilen orta veya uzun vadeli krediler dâhil olmak üzere, sermaye yatırımları ile üye devletlerin her birinden bir Temsilcinin (*Governor*) yer aldığı ve MIGA'nın tüm yetkilerini kullanmaya yetkili Temsilciler Kurulu'nun uygun göreceği diğer doğrudan yatırımlar uygun yatırım olarak kabul edilmiştir. Doğrudan mali katkının bulunmadığı, know how, patent, franchising sözleşmeleri ile iş birliği ve ortak girişim şeklinde yapılacak yatırımlar da Kuruluş'un garantisine konu olabilecektir<sup>148</sup>. Buna göre, MIGA Konvansiyonu'nun 13. maddesinde sayılan uygun yatırımcıların 12(a) maddesi kapsamındaki yatırımları ile ilgili olarak MIGA, diğer şartların da oluşması halinde, garanti verebilecektir. Diğer şartlardan en önemlisi ise ev sahibi devletin MIGA'nın söz konusu yatırımla ilgili olarak garanti vermesini onaylamasıdır<sup>149</sup>.

### **iii. Amerika Birleşik Devletleri, Meksika ve Kanada Ticaret Anlaşması (USMCA)**

Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında ticaret ve yatırım konularına değinmek üzere, malların, hizmetlerin, insanların ve yatırımların serbest dolaşımı ve

---

<sup>144</sup> Giray, F., K., s. 63.

<sup>145</sup> Aydemir, D., K., s. 104 vd.

<sup>146</sup> Yılmaz, Alper, Çağrı, MIGA Konvansiyonunun Uygulama Alanı ve Konvansiyon Kapsamındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Çözüm Yöntemleri, (Makale), MÜHFHAD, Cilt: 24, S. I, Haziran 2018, s. 378.

<sup>147</sup> "Article 12. Eligible Investments

(a) Eligible investments shall include equity interests, including medium- or long-term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board."

<sup>148</sup> Tiryakioğlu, s. 155. Yine, uygun yatırımın kapsamı için bkz. Peter, W., W., *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Second Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1995, s. 363.

<sup>149</sup> Aydemir, D., K., s. 150.

özgürleştirilmesi maksadıyla 17 Aralık 1992 tarihinde Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (KASTA) imzalanmış ve 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe girmişti. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında KASTA'nın yerini almak üzere 30 Kasım 2018 tarihinde yeni bir ticaret andlaşması imzalanmıştır.

KASTA Anlaşma kuralları, büyük oranda, anlaşmaya taraf devletlerin de üyesi oldukları Dünya Ticaret Örgütü'nün kurallarına göre inşa edilmişti<sup>150</sup>. USMCA'nın 14.1 maddesinde yatırımın geniş bir tanımına<sup>151</sup> da yer verilmiştir. Bu tanımda, yatırım sınırlı sayı ilkesine bağlı kalınarak, ancak geniş bir ekonomik faaliyet listesi ile ifade edilmiştir. Tanımın son bölümünde ise, hangi faaliyetlerin yatırım kapsamına dâhil olmadığı, diğer bir ifadeyle, olumsuz tanıma yer vermek suretiyle, düzenlenmiştir.

USMCA'nın 31.3 maddesinde, Anlaşma ya da DTÖ dahil, uyuşmazlık taraflarının taraf olduğu bir başka uluslararası ticaret anlaşması kapsamında bir uyuşmazlığın çıkması halinde, davacının uyuşmazlığın çözüleceği forumu seçebileceği düzenlenmiştir.

#### **d. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uyarınca Yatırım Kavramı**

---

<sup>150</sup> Dolzer/Schreuer, s. 16.

<sup>151</sup> USMCA'nın 14.1 maddesinde yatırım tanımı aşağıdaki şekildedir:

**“Investment means:**

every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. An investment may include: (a) an enterprise; (b) shares, stock and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans; 1 (d) futures, options, and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; (f) intellectual property rights; 1 Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes or loans, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due, are less likely to have these characteristics. 14-2 (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to a Party's law; 2 and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as liens, mortgages, pledges, and leases, but investment does not mean: (i) an order or judgment entered in a judicial or administrative action; (j) claims to money that arise solely from: (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a natural person or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial contract referred to in subparagraph (j)(i);

Doğrudan yatırım DYYK'nun<sup>152</sup> 2. maddesinde, “yatırım” yabancı yatırımcı tarafından;

*“1) Yurt dışından getirilen; (a) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasıncı alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, (b) Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), (c) Makine ve teçhizat, (d) Sınâî ve fikrî mülkiyet hakları,*

*2) Yurt içinden sağlanan; (a) yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, (b) Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî 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.”*

şeklinde tanımlanmıştır. Yabancı yatırımcı ise, Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı devlet vatandaşlığına sahip gerçek kişiler ile yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı devletin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları kapsamaktadır<sup>153</sup>.

Buna göre, yabancı yatırımcının yurtdışından getirmiş olduğu nakit sermaye, bono, hisse senedi gibi şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizatı ve fikri mülkiyet hakları yabancı yatırımın kapsamı içinde sayılmıştır. Önemli husus, söz konusu değer yurtdışından sağlanmış olmasıdır. Bununla birlikte, yurtiçinden olmakla birlikte yurtdışından sağlanan kaynağın işletilmesinden doğan kâr, hasılat alacakları ve diğer haklar ve iktisadi kıymetler aracılığıyla şirket kurulması, şube açılması ya da borsa dışı hisse edinimi veya borsada en az %10 hisse edimi ya da oy hakkına sahip olmayı da Kanun yabancı yatırım olarak kabul etmiştir<sup>154</sup>. Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimleri belirli bir yüzde ile sınırlı olmaksızın yatırım kapsamı içinde sayılmışken, menkul kıymet borsalarından sadece %10 ve daha fazla mülkiyet ya da oy hakkı veren hisse edinimleri yabancı yatırım olarak kabul edilmiştir. Düzenlemeyle kanun koyucunun menkul kıymet borsalarından %10’nun altında hisse edinimlerini portföy yatırımı olarak değerlendirdiği

---

<sup>152</sup> RG: 17.6.2003/25141.

<sup>153</sup> Yabancı yatırımlarda rol alan devletler, kişiler ve kuruluşlarla ilgili açıklama için bkz. Tiryakioğlu, s. 13-14.

<sup>154</sup> Borsada işlem görme, halka açık olma ve kotasyon kavramlarının açıklamaları için bkz. Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler – Soru Örnekleri, Güncellenmiş 15. Bası, Beta Yayınları, Mart 2021, s. 119.

anlaşılmaktadır. Esasen, hissenin menkul kıymet borsası dışında ya da menkul kıymet borsasından edinilmesi doğrudan ya da dolaylı yabancı yatırımların ayırt edilmesi için yeterli görünmemektedir. Nitekim, menkul kıymet borsası dışında da menkul kıymet borsasında hisseleri işlem gören bir şirket hisseleri edinilebilir. Öte yandan, menkul kıymet borsasından edinilse de şirket sermayesinin %5'ini temsil eden hisselerin edinilmesi yatırımcıya azınlık haklarını kullanma hakkı verecektir. Menkul kıymet borsasında hisseleri işlem görmeyen halka kapalı şirketler de ise TTK'ndaki azınlık haklarının kullanılması %10 ve üzerinde hisse edinimine bağlıdır. Bu yüzden TTK'nun azınlık hakları ve düzenlemenin maksadı da dikkate alınarak DYYK'nun 2. maddesinin 2. bendisindeki menkul kıymet borsaları dışında ve borsa içinde hisse edinimleri ayrımının gözden geçirilmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

### **3. Yabancı Yatırımın Türleri, Özellikleri ve Sınırlamalar**

#### **a. Yabancı Yatırımların Türleri**

Yabancı yatırımlar öncelikle doğrudan ya da dolaylı (portföy) yatırımlar olarak tasnife tabi tutulabilir. Ondokuzuncu yüzyılın sonları ve yirminci yüzyılın başları dikkate alındığında yaygın olan yatırım türü portföy yatırımları, diğer bir ifadeyle, dolaylı yatırımlardır. Bu tür yatırımlar finansal piyasalarda gelişmekte olan devletlerin bonoları şeklinde kendilerini göstermişlerdir. Doğrudan yabancı yatırımlar İkinci Dünya Savaşı sonrasında artış göstermişse de 1990'ların başından itibaren doruğa ulaşmıştır. Bunda çok uluslu şirketlerin ortaya çıkışı önemli bir rol oynamıştır.

#### **i. Doğrudan Yatırımlar**

Bir tanıma göre doğrudan yatırım, yabancı devlette bulunan bir şirketin satın alınması veya yeni kurulacak şirket için sermaye konulması veya mevcut bir şirketin sermayesinin artırılması suretiyle o şirkete yapılan ve nakdi sermaye ile birlikte, teknoloji, işletme bilgisi, ekipman gibi değerleri de beraberinde getiren yatırımdır<sup>155</sup>. Kanaatimizce bu tanım eksiktir. Çünkü tanım, fabrika kurulması ya da belirli bir inşaatın üstlenilmesinde ya da gayri maddi bir yatırımda olduğu gibi, sermayeye katılımının zorunlu olmadığı doğrudan yatırımları tarif dışı bırakmaktadır.

---

<sup>155</sup> Karluk, s. 14.



Bir diğ er tanıma g ore ise, bir şirketin, üretimini ana merkezinin bulunduğu ülkenin sınırlarının dışına yaymak üzere, başka ülkelerde üretim tesisi kurması ya da mevcut üretim tesislerini satın almasına doğrudan yatırım denmektedir<sup>156</sup>. Bu tanım da kanımızca bir malın üretimine dayanmayan yatırımları ve gayri maddi hakları kapsamadığından noksandır. Esasen, noksanlık yatırımların zaman içinde ve çok hızlı bir biçimde evrim geçirmesinden, çeşitlenmesinden kaynaklanmaktadır. Dolzer/Schreuer ise, doğrudan yabancı yatırımı, uzun süreli bir projeye düzenli gelir elde etmek üzere kaynak aktarılması ve kaynak aktarımında bulunan kişinin belirli ölçüde projenin yönetimine katılması ve bu suretle risk üstlenilmesi şeklinde tanımlamaktadır<sup>157</sup>. Bir başka tanıma g ore, doğrudan yatırım, maddi ve maddi olmayan varlıkların, yatırımcının kısmen ya da tamamen kontrolü altında, bir ülkeden başka bir ülkeye aktarılmasıdır<sup>158</sup>. Söz konusu tanım, kanaatimizce, yatırımın süre ve risk unsurlarına değinmediğinden eksiktir.

Sornarajah’a g ore ise, *“Doğrudan yabancı yatırım; maddi ve gayrimaddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen denetimi altında, o ülkenin refahını artırmak için kullanımı amacıyla transferidir.”*<sup>159</sup>. Ekonomik faaliyet çeşitliliğinin son derece artmış olduğu bir dönemde yatırımın şekline ya da türüne yer vermeksizin belirli bir amaca özgülenmiş, sınır ötesi varlık transferi şeklinde tanımlamayı biz de uygun buluyoruz<sup>160</sup>. Ne var ki, bugün için hiç ya da önemli miktarda varlık transferini gerektirmeyen, lisans, yönetim, üretim paylaşım ve hizmet sözleşmeleri kapsamındaki yatırımların da dikkate alınması bizce isabetli olur. şüphesiz her üç tanımda da belirtilmeyen ancak yazarların çok muhtemel olarak belirtmeyi dahi gerek bulmadıkları bir diğ er unsur k r ya da menfaat elde etme amacı ya da belirli bir gayri maddi amaca ulaşmaktır. Elbette yabancı yatırımcı söz konusu varlık transferini k r-gelir elde etmek ya

<sup>156</sup> Arıkan, *Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 8.

<sup>157</sup> Dolzer/Schreuer, s. 60.

<sup>158</sup> İzmirli, A., L., *Makale*, s. 97-98.

<sup>159</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 14.

<sup>160</sup> Bununla birlikte, sınır ötesi varlıklının transferi yalnızca yabancı yatırımlara özgü değildir. Yabancı yatırımlar dışında en yaygın sınır ötesi varlık transferleri arasında ihracat işlemleri ve uluslararası finans işlemleri yer almaktadır. Yabancı yatırımlarda bu tür varlık transferlerine oranla süreklilik söz konusudur. Doğrudan yatırımları diğ er yatırımlardan ya da varlık transferlerinden ayıran unsurları açıklaması için bkz. Tiryakioğlu, B., s. 10 vd.

da başka bir menfaat elde etmek ya da gayri maddi bir başka amaca ulaşmak üzere yapmaktadır. Dolayısıyla, ekonomik faaliyetin somut özelliklerine bağlı olmak üzere, ekonomik faaliyetin her zaman maddi bir menfaat karşılığında yapılmaması da olasılık dahilindedir.

OECD'nin doğrudan yatırıma ilişkin referans tanımı, bir ekonomide yerleşik yatırımcının, yerleşik olduğu ekonomi dışındaki bir başka kuruluşun operasyonları üzerinde kalıcı bir menfaat edinmesi ve önemli derecede söz sahibi olması şeklindedir<sup>161</sup>. Ayrıca, söz konusu kuruluşta %10 ve üzerinde oy hakkına sahip olunmasının, bu şekildeki bir ilişkinin varlığının delili olduğu da ifade edilmektedir. Yine, OECD Sermaye Hareketlerinin Liberalleştirilmesi Kodları (Codes of Liberalisation of Capital Movements) Ek A'da<sup>162</sup>, doğrudan yatırım;

*“... Bir şirketin yönetimine önemli derecede yön verme imkânı veren, bir girişimle kalıcı ekonomik ilişkiler kurma amacı güden aşağıdakiler gibi yatırımlar;*

*A. İlgili ülkede, vatandaş olmayanlar tarafından:*

- 1. Tamamen sahip olunan bir şirketin, iştirakin ya da şubenin kurulması ya da genişletilmesi, mevcut bir şirketin tamamen devralınması şeklinde, ya da,*
- 2. Yeni ya da mevcut bir şirkete katılmak suretiyle,*
- 5 yıl ya da daha uzun süreli kredi verilmesi”*

şeklinde belirtilmektedir<sup>163</sup>. Bu tanıma göre, doğrudan yabancı yatırımlar, yabancı yatırımcının gelir elde etmek ve yatırımın yönetiminde etkin bir rol oynamak üzere, kendisinin tabi olduğu devlette sahibi olduğu bir kısım varlıklarını uzunca bir süre için bir başka devlete transfer etmesini ifade etmektedir. Doğrudan yabancı yatırımların en ayırt edici özelliğinin yabancı yatırımcının söz konusu yatırımın yönetimine katılması olduğu

<sup>161</sup> OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th Edition, s. 5, <https://www.oecd.org/corporate/FDI-BMD4-brochure.pdf> (Erişim: 11 Haziran 2022).

<sup>162</sup> OECD Code of Liberalisation of Capital Movements, <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2022).

<sup>163</sup> OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements, Annex A, List A, I. Direct Investment, s. 29. Yine, bir Dünya Bankası kuruluşu olan IMF'in Balance of Payment Manual'ında da benzer bir tanım yer almaktadır, bkz. <https://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>, Chapter VIII, s.8 (Erişim Tarihi: 9 Mart 2022).

ifade edilmektedir<sup>164</sup>. Buna göre yabancı yatırımcı, yatırımını yalnızca finansal raporlardan takip etmez. Aksine, yatırımın bir parçasıdır ve yatırım için kurulmuş şirketin yönetimine ve stratejisine az ya da çok yön verir. Bu nedenle yabancı yatırımcı doğrudan yatırımlarda, dolaylı yatırımların aksine yatırımına dair bilgiye ilk elden, diğer bir anlatımla, portföy yönetim danışmanı ya da mali danışman gibi bir üçüncü kişinin aracılığı olmaksızın ulaşmaktadır.

Bununla beraber, doğrudan yatırımı dolaylı yatırımdan ayıran unsurun yönetime katılıp katılmaması olarak gösterilmesi bizce eksiktir. Çünkü bir yatırımcı yönetime katılmamakla birlikte, yatırımın operasyonuna pekâlâ dâhil olabilir. Diğer bir deyişle, yatırımın yönetimine dahil olmadan da söz konusu ekonomik faaliyetin üstlenilmesi mümkündür. Mesela, birden fazla uzmanlaşmış yatırımcının katılımını gerektiren konsorsiyum şeklinde oluşturulan bir yapı içerisinde, yatırımcı projenin yönetime hiç katılmaksızın sadece kendisine ait bölümün tamamlanmasını üstlenebilir. Bu halde sırf yatırımcının yönetime katılmaması nedeniyle doğrudan yatırım olmadığı sonucuna varılması hatalı olacaktır. Bizce de yerinde olarak, DYYK'nun 2. maddesinde yer alan doğrudan yabancı yatırımın tanımında, yönetim, denetim ya da kontrol gibi unsurlara hiç değinilmemiştir. Doğrudan yabancı yatırımlar açısından önemli nokta, yabancı yatırımcının yalnızca sermaye getirerek bunun karşılığında temettü ya da faiz geliri elde etmeyi amaçlamaması, sermayeye katılım dışında teknolojisini, işletme bilgisini ve know-how'ını da ortaya koyarak operasyonda bizzat yer alma niyetinde olmasıdır. Doğrudan yatırımlarda, yabancı yatırımcının beklentisi genellikle faiz ya da temettü geliri olmayıp, projeden toplanacak fon üzerinden gelir elde etmektir<sup>165</sup>. Belirtmek gerekir ki, bugün gelineen noktada

---

<sup>164</sup> Tiryakioğlu iki yatırım türünün birbirinden ayırt eden en önemli unsurun “denetim” olduğunu, doğrudan yatırımlar üzerinde yabancı yatırımcının idaresi ve denetiminin etkin olduğunu belirtmektedir, bkz. Tiryakioğlu, s. 10. Sornarajah ise, yönetime katılım ile birlikte kontrolün en önemli ayırt edici özellik olarak göstermektedir, Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 14, Yılmaz ise, doğrudan ve dolaylı yatırımlar arasındaki temel farklılığın, yatırıma konu şirketin yönetim ve denetimde yatırımcının ne ölçüde söz sahibi olduğu noktasına odaklandığını ifade etmektedir. Buna göre, doğrudan yabancı yatırımlarda kontrol gücü belirleyici faktördür, Yılmaz, A., Ç., s. 19.

<sup>165</sup> Peter, W., s. 19. Yazar, hizmet sözleşmelerinde bu durumun bulunmadığını da eklemektedir. Yatırım anlaşmalarında yer alan “her türlü malvarlığı” gibi ifadelerle rağmen, her türlü varlığın yatırım olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, ancak örneğin, danışmanlık sözleşmeleri gibi sözleşmelerin yatırım olarak değer kazanabileceği görüşü için bkz. Bishop/Crawford/Reisman, s. 329.

yatırım tahkiminde yönetime katılım ve doğrudan/portföy yatırımı ayrımının önemi azalmıştır<sup>166</sup>.

Dünya Bankası nezdinde tutulan, altyapı projelerine özel sektörün katılımına ilişkin veri tabanı'na göre, 2021 yılında gerçekleşen 240 proje kapsamındaki yatırım taahhüdü yaklaşık 76,2 milyar dolar seviyesindedir. Bu projelerden 67'sinin özkaynağının çoğunluğu yabancıların elinde bulunmaktadır<sup>167</sup>. Yine, 240 projenin 60'ı Çin Halk Cumhuriyeti'nde bulunmakta olup, bunların neredeyse tamamının özkaynağı bu devletin yerli kaynaklarından sağlanmaktadır. Aynı veri tabanına göre yatırım adedi ve tutarı bakımından, Türkiye, Brezilya, Çin, Hindistan ve Vietnam ile birlikte, en çok yatırım alan beş ülkeden biridir. Bu nedenle gelişmekte olan ülkeler içinde ülkemizin de doğrudan yabancı yatırımlar için ideal bölgelerden biri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Doğrudan yabancı yatırımlar ile dolaylı yatırımlar arasındaki en ayırt edici fark “risk” unsurudur. Dolaylı yatırımlarda da anaparanın kaybedilmesi, faiz ya da temettü alınamaması gibi riskler mevcutsa da doğrudan yabancı yatırımlarda ev sahibi devletin politik riski üst seviyededir. Ev sahibi devletin ülkeye uzunca bir süre için, gerekli maddi katkı dışında, teknoloji, iş gücü, ekipman gibi kaynakların da aktarılmasının bir sonucu olarak, doğrudan yatırımlarda yatırımcının ev sahibi devleti terk etmesi dolaylı yatırımlara oranla çok daha güçtür. Genellikle, doğrudan yatırımlarda yatırımcı, ev sahibi devlete yatırımın gerçekleştirilmesi için ekipman, araç-gereç, teknoloji ve işletme bilgisi de getirmektedir<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Rubins/Kinsella, s. 318; Esasen, Fedax davasında ve bunu izleyen kararlarda ve doktrinde yatırımcının yönetime katılması yatırımın temel unsurlarından biri olarak da gösterilmediğinden, doğrudan dolaylı yatırım ayrımı pratik olmaktan çok teorik bir ayrım olarak karşımıza çıkmaktadır. Baykal da uluslararası yatırım hukukunun doğrudan yatırımlar ile portföy yatırımları arasında ayrım yapmadığını belirtmektedir, Baykal, M., s. 12. Biz bu görüşün eksik olduğunu düşünüyoruz. Esasen, yatırımların korunması bakımından, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarının yatırım ve yatırımcı tanımları önem arz etmektedir. Buna göre, portföy yatırımlarını da içine alacak şekilde yapılan yatırım tanımları bu yatırımlar yönünden yatırımcılara korumadan yararlanma imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte, söz konusu portföy yatırımının ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin koşullarını karşılayıp karşılamadığı ayrı bir tartışma konusudur. Uygulamada, Konvansiyonu'nun 25. maddesinin ikili ya da çok taraflı yatırım anlaşmasının yatırım düzenlemesi karşılığında dar yorumlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Konvansiyonun 25. maddesine göre yatırımın “outer limit”inin olup olmadığı konusundaki tartışma için bkz. yukarıda, s. 27 vd.

<sup>167</sup> Veri tabanına <https://ppi.worldbank.org/content/dam/PPI/documents/PPI-2021-Annual-Report.pdf> (Erişim: 24 Mayıs 2022).

<sup>168</sup> Karluk, s. 13.

Bunların ihtilaf halinde ev sahibi devlet dışına çıkarılması kimi durumda mümkün olmamaktadır. Aynı şekilde yatırım sonunda yatırımın likidite edilmesi, yani, tasfiyesi de zaman alıcı niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, yabancı yatırımcı bizzat ev sahibi devleti mesken tutmakta, âdeta ev sahibi devletin vatandaşı gibi kendini o devletin yasalarına ve otoritelerine bağlı kılmaktadır.

Doğrudan yabancı yatırımlar, yatırımın yönetiminde ve stratejisinin belirlenmesinde yatırımcının aktif katılımını gerektirdiğinden karmaşık yapıya sahiptir ve ev sahibi devlette bir yapılanmayı gerektirmektedir. Bu nedenle, doğrudan yabancı yatırımların aktörleri genellikle dolaylı yatırımlardan farklı olarak çok uluslu şirketlerdir. Doğrudan yatırımlar, ev sahibi devletin kalkınmasında daha etkin bir role sahiptir. Sermaye dışında, istihdam ve vergi gibi ikincil etkileri vardır. Doğrudan yabancı yatırımların rekabetin sağlanmasında da önemli katkıları olabilir. Doğrudan yatırımın bir yerel ortakla birlikte üstlenilmesi halinde, yabancı yatırımcının uluslararası pazarlara ulaşımdaki üstünlüğünden ve yerel ortağın iç piyasa bilgisinde istifade edilmesi ve sinerji oluşturulması da söz konusu olur.

## **ii. Dolaylı (Portföy) Yatırımlar**

Dolaylı yatırımlar genel olarak, yabancı bir devlette çıkarılan hisse senedi ve tahvillerin uluslararası sermaye piyasalarında satın alınması suretiyle yapılan yatırımlar olarak tanımlanabilir<sup>169</sup>. Yatırım yapılan şirket dolaylı yatırımcının getirdiği fondan ve risk paylaşımından istifade etmektedir. Bununla birlikte, dolaylı yatırımlarda, teknoloji transferi, yerel çalışanların eğitimi gibi doğrudan yatırımın yararlı yan etkileri bulunmamaktadır<sup>170</sup>. Dolaylı yatırımlarda yatırımcı, yatırıma konu şirketin yönetimine katılmadığı için kamuya açık bilgiye güvenmek durumundadır. Dolayısıyla yanlış bilgilendirilme riski, bilgiye ilk elden ulaşan doğrudan yatırımcıya oranla daha yüksektir. Dolaylı yatırımla yabancı yatırımcının amaçladığı genellikle kısa bir süre için faiz ya da temettü geliri elde edilmesidir. Yabancı yatırımcı kendi ülkesinde sermayeye uygulanan faiz ya da temettü gelirinden daha yüksek gelir elde etmek ya da kimi durumda ülke riskini azaltmak üzere bir başka ekonomiye bir aracı vasıtasıyla yatırım yapmaktadır. Bu nedenle, ev sahibi devletteki faiz ve temettü

---

<sup>169</sup> Arıkan, s. 6.

<sup>170</sup> Rubins/Kinsella, s. 317.

oranlarındaki düşüşlerden ve ülkenin siyasal yapısından bu tip yatırımlar en başta ve en çok etkilenmektedirler. Bununla birlikte, yatırım andlaşmasında düzenlenen yatırım tanımına bağlı olarak dolaylı yatırımların da korumadan yararlanması söz konusu olmaktadır. Menkul kıymet yatırımlarının ICSID Konvansiyonu kapsamı dışında bırakılmasının mantıklı bir gerekçesinin bulunmadığı da ifade edilmektedir<sup>171</sup>.

Portföy yatırımının konu edildiği ICSID’de açılan bir davada<sup>172</sup>, Lüksemburg’da kurulu bir yatırım fonu üzerinden Malezya menkul kıymetlerine yapılan 2,3 milyon ABD Doları tutarlı yatırım, hakem heyeti tarafından Malezya – Belçika ikili yatırım anlaşması kapsamında yatırım olarak kabul edilmemiştir<sup>173</sup>. Ancak bunun nedeni yatırımın dolaylı olması değil, yatırım anlaşmasında Malezya’nın ilgili bakanlığının onayladığı yatırımların kapsam dahilinde olduğunun düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten, ikili yatırım anlaşmasına göre, yalnızca Malezya’nın ilgili bakanlığının onay verdiği ekonomik faaliyetler korumadan yararlanabilmektedir. Söz konusu portföy yatırımı için ise onay alınması gerekliliği öngörülmemiştir. Hakem heyeti doğrudan portföy yatırımı ayırmasına girmeksizin yatırımın ikili yatırım anlaşması olup olmadığını ispat külfetinin davacı üzerinde olduğuna ve bu husus kanıtlanamadığından davanın reddine karar vermiştir<sup>174</sup>.

Anılan davada Malezya devletinin; *“Malezya devleti, ikili anlaşmada yer alan yatırım sınırlamasıyla, teşvik edilen ve korunan yabancı yatırımları kendi ülkesinde gerçekleştirilen ülkenin üretim ve sanayi kapasitesine katkı sağlayan projelerle sınırlamayı amaçlamıştır. Bu nedenle portföy ve borsa yatırımları yatırım tanımı içinde yer almamaktadır”* savunması çarpıcıdır<sup>175</sup>. Belirtmek gerekir ki, Malezya’nın yabancıların sahibi olduğu pasif malvarlıklarına yatırım koruması sağlamak konusundaki gönülsüzlüğü gelişmekte olan ülkelerin genel tavrıdır. Şüphesiz, portföy yatırımlarının korumadan yararlanması arzu

---

<sup>171</sup> Ceviz, Resul, Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2016, s. 218. Yazar, menkul kıymet yatırımlarının kendilerinin yatırım olabilecekleri gibi, doğrudan yabancı yatırımları destekler nitelikte de olabileceklerini belirtmektedir.

<sup>172</sup> Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/03, Award, 27 November 2000.

<sup>173</sup> Aynı kararda p. 13.11.

<sup>174</sup> Aynı kararda p. 14.2 – 26.4.

<sup>175</sup> Aynı kararda p. 17.1.

edilmiyorsa yatırım anlaşmasında bu yönde hükme yer verilmesi bu konudaki uyuşmazlıkların önüne geçilmesinde fayda sağlayacaktır. Aksine düzenleme bulunmayan hallerde, geniş yatırım tanımlarının korumasından doğrudan yatırımlar kadar dolaylı yatırımlar da yararlanacaktır. Bununla beraber, açıkça yatırım anlaşmasında portföy yatırımlarının koruma kapsamında olduğu belirtilmedikçe, bu tür yatırımların korumadan yararlanmamasının uygun olacağı da savunulmaktadır<sup>176</sup>.

Deutsche Bank v. Sri Lanka davasında<sup>177</sup>, davacı banka, devlet kuruluşu CPS'nin varil başına petrol maliyetinin 112,5 doların üzerinde olduğu takdirde 2,5 milyon ABD dolarına kadar ödeme yapmayı taahhüt etmiştir. Türev işlem sözleşmesi yapıldığında, petrolün varil fiyatı 137,52 ABD dolarıdır. Diğer bir ifadeyle, CPS, sözleşme yapıldığı andan itibaren on iki ay boyunca piyasa değerinin çok altında petrol satın alabilecek durumdadır. Davacı banka ilk iki ay içinde 35.000 ABD dolarının üzerinde CPS'e ödeme yapmıştır. Sonrasında ise, petrol fiyatlarında düşüş yaşanmış, CPS, Deutsche Bank'a yaklaşık 4,5 milyon ABD doları ödeme yapmıştır. Deutsche Bank, CPS'in işlem tarihinden itibaren sözleşmeye göre 90 gün içinde ISDA Master Agreement imzalamadığı için türev işlemler sözleşmesini feshetmiş ve 60 milyon ABD doları üzerinde hesap ettiği zararının tazmini için ICSID'de dava açmıştır. Davacı, yatırım için sınır ötesi bir para hareketine gerek bulunmadığını<sup>178</sup>, davalı devlet türev işlem sözleşmelerinin doğaları gereği ICSID Konvansiyonu'nun 25 (1) maddesinin kapsamında olmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti ise, türev işlemlerini yatırım anlaşması anlamında bir "varlık" olarak kabul etmiş<sup>179</sup>, Salini testini uygulayarak, Davacı'nın ekonomik faaliyetinin yatırım olduğuna ve yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir.

Daha yeni tarihli *Ambiente Ufficio v. Argentina* davasında da Davacı, finansal enstrümanların, dolayısıyla, Davacıların elinde bulunan bonoların, ICSID Konvansiyonu

---

<sup>176</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 9-10.

<sup>177</sup> Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31 October 2012.

<sup>178</sup> Aynı kararda, p. 152.

<sup>179</sup> Aynı kararda, p. 134.

kapsamında yatırım teşkil ettiğinde şüphe bulunmadığını iddia etmiştir<sup>180</sup>. Hakem heyeti, yatırım tanımının bonoların hariç tutulacak şekilde dar yorumlanmasının, egemen devletlerin yabancı bono lehdarlarına ICSID Konvansiyonu kapsamında koruma sağlayarak, kamu borçlarını finanse etme olasılığından mahrum bırakacağını teyit etmiş ve Hakem heyeti devlet bonolarının yatırım teşkil ettiğine karar vermiştir<sup>181</sup>.

Belirtmek gerekir ki, dolaylı yatırımlarda yabancı yatırımcının üstlenmiş olduğu risk, yatırımın daha kısa sürede likidite edilebilmesi, geri dönüşün doğrudan yatırımlara oranla daha kısa vadede olması gibi nedenlerle, doğrudan yatırımlara oranla çok daha düşüktür<sup>182</sup>. Zira doğrudan yatırımlarda yabancı yatırımcı proje için gerekli fon dışında proje için gerekli donanım ve teçhizatı da ev sahibi devlete getirmekte ya da projenin gerçekleşmesi için bu ilave yatırımları da yapmak durumunda kalmaktadır. Projenin başarılı olarak tamamlanmasından sonra dahi bu ilave yatırımların likiditesi ya da ev sahibi devlet dışına çıkarılması zaman almakta ve ilave risk yaratmaktadır. Yine, dolaylı yatırımlarda genellikle yatırımcının fiilen ev sahibi devlette bulunması gerekmemekte, yalnızca fon transferleri ile yatırım gerçekleştirilmektedir. Belirtmiş olduğumuz bu haller dolaylı yatırımları doğrudan yatırımlara nazaran çok daha az riskli yatırımlar haline getirmektedir.

#### **b. Yabancı Yatırımın Tipik Özellikleri**

Yabancı yatırımların temel özelliklerini ele alan bir uluslararası hukuk normu bulunmadığından söz konusu tipik özellikleri tespit etme işi doktrine ve uygulayıcılara düşmüştür. Neredeyse tüm yatırım uyuşmazlıklarında, ev sahibi devletlerin, davacının söz konusu ekonomik faaliyetinin yatırım niteliğinde olmadığını savunmaları ve ICSID Konvansiyonu'nda ayrıca bir yatırım tanımının yer almayışı, yatırımın tipik özelliklerinin tespit edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Ev sahibi devletlerin bu savunması her halde ileri sürülür hale gelmiştir. Gerçekten de ekonomik faaliyetlerin karmaşıklığı ve çeşitliliği nedeniyle, her zaman ilk bakışta bir yatırımın varlığından söz etmek mümkün olmamaktadır.

---

<sup>180</sup> Ambiente Ufficio S.p.A. and others (formerly Giordano Alpi and others) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013, p. 390.

<sup>181</sup> Aynı kararda, p. 463 - 472.

<sup>182</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 17.



Kuşkusuz, yatırım kavramının gelişmesinde hakem kararlarının etkisi büyüktür. Özellikle, Merkez’de görülen ve yatırımın tipik özelliklerinin belirlenmesi açısından, önemli davalardan biri Fedax v. Venezuela<sup>183</sup> arasında görülmüştür. Fedax, Hollanda’da kurulmuş bir ticaret şirketidir. Hollanda-Venezuela arasında akdolan yatırım anlaşmasına dayanarak, sonradan ciro yoluyla edindiği Venezuela borç senetlerine ilişkin olarak Merkez nezdinde dava açmıştır. Fedax, Venezuela devletine ait söz konusu borç senetlerini Venezuela’yla doğrudan bir ticari ilişkiden ya da bu devletteki doğrudan yatırımından kaynaklanan bir sebeple edinmemiştir. Venezuela, Fedax’ın finansal kaynakların uzun süreli transferine dayalı olarak doğrudan bir yatırımda bulunmadığını belirterek, ciro yoluyla edindiği borç senetlerinin yatırım olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür<sup>184</sup>. İlginçtir ki, borç senetlerinin ilk hamili Venezuela vatandaşı olarak anlaşmanın korumasından yararlanamazken, borç senetlerini ciro yoluyla edinen Fedax’ın korumadan yararlanmasına, diğer bir ifadeyle, Fedax’ın borç senetlerini edinmesinin yatırım olduğuna karar verilmiştir<sup>185</sup>.

Fedax davasında, hakem heyeti, borç senetlerinin davacı tarafından edinilmesinin, yatırım olup olmadığı konusunda, faiz ve anapara geri ödemelerinin birkaç yıla yayılmış olmasından dolayı süre koşulunun ve yine belirli bir faiz ödeme planı çerçevesinde borçlanma söz konusu olduğundan getirinin düzenliliği koşulunun sağlandığı ifade edilmiştir. Borç senetlerinin önemli bir tutarda olduğu nazara alındığında parasal katılım şartının da gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Borç senetlerinin geri ödenmemesi riskinin bulunduğu açık olduğundan, yatırımcının söz konusu ekonomik faaliyetle risk üstlenip üstlenmediğinin tespiti için hakem heyetinin kapsamlı bir çalışma yapması gerekmemiştir. Hakem heyeti son olarak, işlem ile ev sahibi devletin kalkınması arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekmiştir. Bu çerçevede, Venezuela hukukundaki borç senetlerinin durumu ele

---

<sup>183</sup> Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objection to Jurisdiction, 11 June 1997. Davanın açıklaması için bkz. Dolzer/Schreuer, s. 66.

<sup>184</sup> Aynı kararda, p. 18.

<sup>185</sup> Aynı kararda, p. 43 - 44.

alınarak, borç senetlerinin hak sahibi sıfatıyla elinde bulundurulmasının, yatırımın temel özelliklerini barındırdığına işaret edilmiştir<sup>186</sup>.

Schreuer, Fedax davasında hakem heyetinin de değindiği şekilde, yatırımın özelliklerini; (i) çok kısa olmayan belirli bir süre; (ii) kâr ve getirinin düzenliliği; (iii) risk üstlenilmesi; (iv) önemli miktarda taahhüt altına girilmesi ve (v) operasyonun ev sahibi devletin kalkınmasındaki önemi şeklinde sıralamaktadır<sup>187</sup>. Schreuer, yatırımın özelliklerini bu şekilde sıraladıktan sonra, Merkez'in yargı yetkisi için, bu özelliklerin söz konusu ekonomik faaliyette mutlak surette bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmamasını ifade etmektedir<sup>188</sup>. Uygulamada ise hakem heyetlerinin, yatırımın temel özellikleri olarak ya aynı listeyi tekrarladıklarını ya da bir ya da iki özelliğe değinmeksizin diğer özellikler üzerinde durduklarını görüyoruz.

Örneğin, Helnan International v. Egypt davasında<sup>189</sup> hakem heyeti, bir otelin yenilenmesi ile bir turistik tesise dönüştürülmesi projesini, Fedax davasında sayılan yatırımın tüm tipik özelliklerine değinerek, ilgili yatırım anlaşması ve ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olarak kabul etmiştir. Buna göre; hakem heyeti, yirmi altı yıllık bir projenin belirli bir süreye yayılmış olma koşulunu karşıladığına, yenileme faaliyeti ile ticari risk alındığına, faaliyetle düzenli gelir elde etmenin amaçlandığına, otelin beş yıldızlı bir tesis haline dönüştürülmesi için gerekli fonun ise önemli bir katılım olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yatırımın son unsuru olarak, ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağlanıp sağlanmadığı hususunda ise, Mısır devletinin ekonomisinde turizmin öneminin

---

<sup>186</sup> Aynı kararda p. 43. Yine bir borç finansmanına ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıkta, davacı 1993 ABD-Moldova İkili Yatırım Anlaşması'na göre, UNCITRAL ad hoc tahkimine başvurmuştur. Davacı gümrük vergilerinde ve KDV muafiyetlerindeki değişiklik nedeniyle işletmesinin dolaylı olarak devletleştirildiğini, zira söz konusudeğişikliğin Chisinau Serbest Ekonomik Bölgesi'ne gümrük vergisiz olarak tüketim mallarının ithali ile Moldovalı tüketicilere yeniden satışı işini yok ettiğini iddia etmiştir. Hakem heyeti ikili yatırım anlaşmasında yatırımın çok geniş olarak tanımlandığını belirterek; yatırımın borç finansmanından ibaret olmasının ikili yatırım anlaşması kapsamında yatırım niteliğinde olmasını etkilemediğine ve dolayısıyla yargı yetkisinin bulunduğu hükmetmiştir, Link-Trading v. Department for Customs of Republic of Moldova, UNCITRAL Arbitration, Award on Jurisdiction, 16 February 2001, p. 8.8.

<sup>187</sup> Schreuer, C. H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 139-141.

<sup>188</sup> Schreuer, C. H., s. 139.

<sup>189</sup> Helnan International Hotel A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB 05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, 17 October 2006, p. 56.

aşikâr olduğu, bu nedenle, projenin ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağlayacağında şüphe bulunmadığını ifade etmiştir.

Salini davasında ise, hakem heyeti, Konvansiyon'un doğası gereği yatırım tanımını barındırdığını ve Konvansiyon bakımından yatırımın dört karakteristik özelliğinin bulunduğunu belirtmiştir<sup>190</sup>. Fedax davasında yatırımın temel özelliklerinden biri olarak belirtilen “kar ve getirinin düzenli olması” ise sonraki pek çok hakem heyeti tarafından gerçek bir özellik olarak kabul edilmemiştir<sup>191</sup>. Yatırımın temel özelliklerine yer veren hakem heyetleri sıklıkla kararlarında yatırımın unsurları arasındaki sıkı ilişkiye değinmektedirler. Yatırımın unsurları arasında sıkı bir ilişki olduğu belirtilirken, unsurların bir bütün olarak ele alınmasının ve her bir somut olayın özelliklerinin ayrı değerlendirilmesinin gerektiği ifade edilmektedir<sup>192</sup>. Yatırımın temel özelliklerine biz de bu paralelde kısaca yer vermeyi uygun buluyoruz.

#### **i. Kısa Süreli Olmama**

Uzun süreli sözleşmeleri kısa süreli sözleşmelerden; üstlenilen riskler, değişen koşullar, fiyattaki dalgalanmalar ve zaman içinde oluşan edimler arasındaki dengesizlikler gibi özellikler ayırmaktadır. Risk, yabancı yatırımın yapıldığı sektöre göre de değişmekle birlikte, tüm yabancı yatırımların benzer riskleri barındırdığı söylenebilir. Uluslararası yatırım sözleşmelerinin uzun süreli oluşu, uzun bir süre her iki tarafın sürekli iletişim halinde olmasını ve amaca ulaşmak için iş birliği içinde çalışmayı gerektirmektedir<sup>193</sup>. Bu nedenle, iki taraf arasındaki fiili iş birliği, yazılı şartlardan daha önemli bir hale gelmektedir.

---

<sup>190</sup> Salini Costruttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, Art. 54, 23 July 2001, p. 52. Salini test olarak bilinen bu testin açıklaması için bkz. yukarıda s. 29.

<sup>191</sup> Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31 October 2012, p. 305. Hakem heyeti, pek çok hakem heyetinin haklı olarak “kar ve getirinin düzenliliği”ni yatırımın varlığını değerlendirirken, kriter olarak uygulamayı reddettiğini belirtmiştir. Kriterin bunun yerine yatırımdan kar beklentisi olması gerektiğini belirttikten sonra davacının şüphesiz ekonomik faaliyetten kat elde etmeyi amaçladığını ifade etmiştir, p. 305.

<sup>192</sup> Salini kararında p. 52.

<sup>193</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 6; Peter, W., s. 19. Ayrıca, yabancı bir ülkeye yatırım kararı verilmesi yabancı yatırımcı ile ev sahibi ülke arasında uzun süreli bir ilişkiyi başlattığı ifade edilmektedir, Dolzer/Schreuer, s. 3.

Dolayısıyla, taraflar sözleşmenin kurulma anında aralarındaki ilişkinin çerçevesini çizmektedirler. Yatırımın süresi arttıkça üstlenilen risk de artmaktadır. Tüm ticari sözleşmelerde sözleşme süresi arttıkça tarafların koşullarda meydana gelebilecek değişiklikleri öngörmeleri ve bunlara karşı önlem almaları zorlaşmaktadır. Yatırım sözleşmelerinde ise, sadece sözleşme koşullarının değişmesi değil, ev sahibi devletteki yönetim değişikliği ya da mevzuat değişikliği gibi sözleşme dışı faktörlerin de değişimi söz konusudur. Diğer bir anlatımla, koşullarda meydana gelebilecek değişiklikler yatırımcının kendisi dışında pek çok faktöre de bağlı olabilmektedir.

Ekonomik faaliyetin yatırım olarak değer kazanması için gerekli olan asgari bir süre ne Konvansiyon'da ne de yatırım sözleşmelerinde yer almaktadır<sup>194</sup>. Hakem heyetleri yatırımın belirli bir süre için yapılmış olmasını bir koşul olarak kabul etmekle birlikte, bu sürenin çok uzun bir süre olarak düşünülmesini de uygun bulmamaktadırlar. Örneğin, Jan de Nul v. Egypt davasında, hakem heyeti Süveyş Kanalı için 20 aylık tarama faaliyetinin yatırım için yeterli süre olduğuna karar vermiştir<sup>195</sup>. Yine, Salini v. Morocco davasında, hakem heyeti doktrinin yatırımın süresi için 2-5 yıllık süre öngördüğüne değinerek, 36 aylık sözleşme süresini yeterli bulmuştur<sup>196</sup>. Deutsche Bank davasında da 12 aylık türev işlem sözleşmesi süre olarak uygun bulunmuştur<sup>197</sup>. Hakem heyeti, yatırımın süresinin esnek bir kavram olduğunu ve birkaç aydan pek çok yıla kadar bir süre olabileceğini ifade etmiştir. İlginç olarak, hakem heyeti, türev işlemler sözleşmesinin müzakeresinde geçen iki yıllık süreyi de yatırımın süresinin değerlendirmesinde dikkate almıştır. Görüşümüze göre, sözleşmenin müzakeresinde geçen süre yatırım süresine dahil olmamalıdır. Nitekim, müzakere sonrasında yatırımın yapılıp yapılmayacağı dahi belli değildir. Fedax davasında

---

<sup>194</sup> Yatırım teriminin kapsamının daraltılmasına ilişkin çabalar sırasında yatırımın asgari süresinin tespit edilmesi de (örn. 3 yıl ya da 5 yıl gibi) tartışılmışsa da çoğunluk asgari süre tespit edilmesini uygun bulmamıştır, Dolzer/Schreuer, s. 65. Gerçekten, ICSID Konvansiyonu'nun ilk taslağında yer alan, ancak sonradan Konvansiyon'da yer alması çoğunluğun görüşü ile uygun bulunmayan, tanıtımda, yatırımın süresi beş yıl olarak öngörülmüştü, Bishop/Crawford/Reisman, s. 325.

<sup>195</sup> Jan de Nul N.V., Dredging International N.V v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006. Davanın açıklaması için ayrıca bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, s.168.

<sup>196</sup> Salini Costruttori S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, Art. 54, 23 July 2001.

<sup>197</sup> Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31 October 2012, p. 303.

ise, borç senetlerinin faiz ve anapara geri ödemesi birkaç yıla yayılmış olduğundan süre şartını taşıdığına karar verilmiştir. Manchester Securities davasında da hakem heyeti, uygulamada hakem heyetlerinin yatırımın süresi konusunda esnek olduklarını, genellikle 2 ila 5 yıllık sürenin hakem heyetleri tarafından yeterli bulunduğunu, somut uyuşmazlığa konu bonoların vadesinin iki yıl olduğunu, vadesinden önce oluşan temerrüdün ise yatırımın süresi bakımından etkili olmadığını ifade ederek, sürenin yeterli olduğuna karar vermiştir<sup>198</sup>. Bununla beraber, bir kerelik mal alım-satımı ya da kısa süreli ticari kredilerin yatırım olmadığı kabul edilmektedir<sup>199</sup>. Zira ev sahibi yatırım anlaşmasıyla yabancı yatırıma adil ve hakkaniyetli davranış yükümlülüğü altına girerken, yatırımın belirli bir süre devam etmesini arzulamaktadır. Bu noktadan hareketle kısa süreli ekonomik faaliyetlerin yabancı yatırım olarak kabul görmemesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, Maritus aleyhine açılan bir davada, hakem heyeti, Salini testini belirli bir esneklikle uygulamayı uygun bulmuş ve projenin süresinin oldukça kısa olduğu, ancak önemli miktarda riskin bulunduğu ekonomik faaliyetin de testin koşullarını sağlaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>200</sup>. Belirtelim ki, süre koşuluna uygunluk açısından başlangıçta belirlenen süre esas alınır; başlangıçta belirlenen sürenin bu testi geçmesi yeterli olup, sürenin uyuşmazlık nedeniyle tamamlanamaması ekonomik faaliyetin bu süreden önce sona ermesi yatırım olma özelliğini ortadan kaldırmayacaktır<sup>201</sup>. Şüphesiz, yatırım projelerinin tamamlanma süresi her geçen gün teknolojiye ve mühendislikteki gelişmeler neticesinde kısalmaktadır. Bugün belirli bir sürede tamamlanan bir yatırım birkaç yıl içinde çok daha hızlı tamamlanabilir hale gelebilmektedir. Bu yüzden kanaatimizce, yatırımın diğer özelliklerinin mevcut olduğu halde, pek de kısa olmayan tüm ekonomik faaliyetler açısından bu koşulun sağlandığı kabul edilmelidir.

## **ii. Önemli Miktarda Maddi ya da Gayri Maddi Katkı**

---

<sup>198</sup> Manchester Securities Corporation v. Republic of Poland, PCA Case No. 2015-18, Award, 7 December, 2018, p. 377.

<sup>199</sup> Rubins/Kinsella, s. 297; Bishop/Crawford/Reisman, s. 9.

<sup>200</sup> Christian Doutremepuich and Antoine Doutremepuich v. Republic of Mauritius, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction, 23 August 2019, p. 120.

<sup>201</sup> Schreuer, s. 139.

Yatırımın temel özelliklerinden bir diğeri de yatırımcının önemli miktarda katkıda bulunmasıdır. Konvansiyon’da bu temel özelliğin düzenlenmesi üzerinde durulmuşsa da Konvansiyon’da yatırımcının sağlayacağı katkının bir alt limitine yer verilememiştir<sup>202</sup>. Bununla birlikte, katkıda bulunulduğunun ispat külfeti yabancı yatırımcıdadır<sup>203</sup>. Önemli miktarda katılım koşulundaki önemli miktarın ne olduğu yine somut olayın diğer özelliklerine göre uygulayıcılara bırakılmaktadır. Elbette ki, yatırım miktarının önemli olup olmadığı ev sahibi devletin ve yatırımcının kim olduğuna göre değişkenlik gösterecektir. Ev sahibi devletin büyük bir ekonomiye sahip olması durumunda yatırım miktarı testi geçemeyecekken, ekonomisi küçük olan bir ülkede aynı miktarda katkı sağlanması yatırım olarak kabul edilebilecektir. Kuruluş aşamasında olan bir şirkete konulan başlangıç sermayesi yine yatırım olarak değer kazanabilecekken, aynı tutarda yatırım öncesi yapılan masraflar yatırımcının kim olduğu nazara alınarak yatırım olarak kabul görmeyebilecektir. Bununla birlikte, bizce de yerinde olarak, Phoenix Action davasında<sup>204</sup>, söz konusu katkının yalnızca parasal açıdan değerlendirilmemesi gerektiği, know-how, ekipman, personel ve hizmetler açısından da bakılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir. Diğer bir anlatımla, yabancı yatırımcı, yatırımı nakit para olarak yapmamış olabilir, know-how’ını, ekipmanını, yönetim tecrübesini ya da nitelikli iş gücünü yatırım olarak koymuşsa, somut olayın özelliklerine göre, bu çeşit bir ekonomik faaliyet de Konvansiyon kapsamında yatırım olarak kabul edilebilecektir. Yakın tarihte yetki yönünden karara bağlanan, Mabco v. Kosovo davasında, Hakem Heyeti, 4 milyon avro tutarında, özelleştirme kapsamında hotel işletmecisi şirketten hisse alımını, önemli miktarda katkı olarak kabul etmiştir<sup>205</sup>. Yine, Littop davasında hakem heyeti, davacıların nominal değer üzerinden hisse alımını yatırımın

---

<sup>202</sup> Konvansiyon’un çalışma taslağında Merkezin 100.000 ABD dolarının altındaki ekonomik faaliyetler için yetkisinin bulunmadığına ilişkin düzenleme yer almaktaydı, Bishop/Crawford/Reisman, s. 325.

<sup>203</sup> Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020, p. 300.

<sup>204</sup> Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. Arb/06/5, Award, 15 April 2009.

<sup>205</sup> Mabco Constructions SA v. Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction, 30 October 2020, p. 300. Hakem Heyeti, 4 milyon Avro’nun önemli bir miktar katkı teşkil edip etmediğini ayrıntılı olarak inceleme gereği dahi duymamıştır.

varlığı için bir engel olmadığını belirtmiş ve davacılara ödenmesi gereken dağıtılmamış karı da katkı olarak kabul etmiştir<sup>206</sup>.

Belirli bir hizmetin verilmesine ilişkin ekonomik faaliyet de yatırım olarak kabul edilmiştir<sup>207</sup>. Yine de hizmet sözleşmelerinin yatırımın tipik özelliklerini taşıyıp taşımadığı doktrinde tartışmalıdır.

### **iii. Risk Üstlenilmesi**

Yabancı yatırımlar konusunda Salini davasında kabul edilen tipik özellikler içinde nispeten tespiti en kolay unsur yatırımcının ekonomik faaliyeti ile risk alıp almadığıdır. Tarafların risk üstlenip üstlenmedikleri hakem heyetlerinin yatırımın tespitinde odak noktası olmaktadır. Yatırımcının ticari riski, yatırımcının üstlendiği projenin maliyeti ile kur riski ve diğer ticari riskler nedeniyle, ekonomik faaliyetten beklenen kazanca ulaşılama ve/veya zarar etme riskidir. Esasen bu çeşit risk yerli yatırımlar için de her zaman söz konusudur. Yabancı yatırımcı ticari risk dışında daha da önemlisi politik risk de üstlenmektedir. Romak davasında, hakem heyeti, davacının yalnızca olağan ticari risk üstlenmiş olması nedeniyle, uyuşmazlık konusu sözleşmeyi yatırım olarak değerlendirmemiştir<sup>208</sup>. Hakem heyeti, davacının buğday tedarikine ilişkin sözleşme ile yalnızca tedarik edilecek buğdayın değeri kadar risk aldığını, hatta ödeme için akreditif açılmasını talep ettiğini ifade etmiştir<sup>209</sup>. Yabancı yatırımcının yapmış olduğu katkı önemli ölçüde ev sahibi devlette siyasi değişikliklere, iç savaş ve ihtilaflara maruz kalmaktadır. Politik risk unsuru uluslararası yatırım normlarının ve organizasyonlarının oluşturulmasında etkin rol oynamıştır.

Yatırım sözleşmelerinin, diğer uluslararası ticari sözleşmelerden bir başka farkı da ev sahibi devletteki siyasi ve sosyal durumdan etkilenmeleridir. Esasen, uluslararası satım ve

---

<sup>206</sup> Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, p. 341.

<sup>207</sup> Belirli bir hizmetin verilmesine ilişkin faaliyetin yatırım olup olmadığı konusunda bkz. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003. Ev sahibi devletin ülkesi dışında verilen yükleme öncesi denetim hizmeti yabancı yatırım olarak kabul edilmiştir.

<sup>208</sup> Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan, PCA Case No. 2007-07/AA280, Award, 26 November 2009, p. 231.

<sup>209</sup> Aynı kararda, p. 231.

hizmet sözleşmelerinde de politik risk bulunmakla birlikte, yabancı yatırımcının yatırım sözleşmelerinde maruz kaldığı politik riskten farklıdır. Özellikle gelişmekte olan devletlerde siyasi iktidar ve rejim değişiklikleri, devletteki yabancı yatırımcılar için ciddi risk teşkil etmektedir. Zira yeni hükümetin bir önceki hükümet zamanında hayata geçirilen ve yabancı yatırımı gerektiren büyük projeleri yolsuzluk iddiaları ile askıya almaları az rastlanır bir durum değildir. Aynı şekilde, yeni hükümetin, ev sahibi devletin ekonomisi için önem arz eden sözleşmelerin şartlarını yeniden müzakereye açması da ihtimal dâhilindedir. Siyasi riske karşılık olarak, yabancı yatırımcı da müzakereler sırasında, uygulanacak hukuk, vergi rejimi, enflasyona karşı önlemler, üretilen ürünlerin tamamının ya da bir bölümünün ev sahibi devlet tarafından satın alınması gibi, belirli konularda güvence aramaktadır<sup>210</sup>. Politik risk, özellikle, ev sahibi devletin egemenlik hakkının sonucu olarak yatırımın millileştirilmesi, kamulaştırılması ya da yatırıma el konulması gibi riskleri barındırmaktadır<sup>211</sup>.

Ev sahibi devletin dilediği zaman ülkedeki hukuk kurallarını değiştirme yetkisi de yabancı yatırımcının ev sahibi devlet karşısındaki durumunu zayıflatan durumlardan biridir. Özellikle ev sahibi devletin vergi kanunlarında yapacağı değişiklikler yatırımı kârlı olmaktan çıkarabilecek niteliktedir. Bu yüzden, diğer uluslararası ticari sözleşmeler için de egemenlik riski mevcut iken (örneğin, satım bedelinin yurtdışına transferinin ev sahibi devletçe yasaklanması ya da satıma konu malların ihraç edilmesine ilişkin sınırlama getirilmesi hallerinde) yatırım sözleşmelerinde yatırımcının ev sahibi devletin egemenlik riski maksimum düzeydedir. Risk yabancı yatırımcının ev sahibi devlete girmesi, yatırımının bir bölümünün ya da tamamının gerçekleşmesiyle, kendiliğinden oluşmaktadır. Sonrasında ise, yabancı yatırımcının projeye özgülediği özkaynağın bir başka lokasyona taşınması, makine ve teçhizatın projeye özel olarak tasarlanmaları ya da ülke dışına çıkarılmasına izin verilmemesi gibi nedenlerle, mümkün olmamaktadır<sup>212</sup>. Dolayısıyla, yabancı yatırımlar ticari riskler dışında politik riskleri de içinde barındırmaktadır<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Dolzer/Schreuer, s. 4.

<sup>211</sup> Politik risk ve türlerinin açıklaması için bkz. Aydemir, D., K., s. 47 vd.

<sup>212</sup> Dolzer/Schreuer, s. 4.

<sup>213</sup> Giray, F., K., s. 66.



Yabancı yatırımcı genellikle varlık transferini yatırımının başında yapmakta, karşılığını ise uzunca bir süreye yayılmış olarak almaktadır. Bu nedenle, baştan varlık transferi yapan yabancı yatırımcının işlerin planlandığı gibi gitmemesi durumuna karşı daima risk aldığını söyleyebiliriz. Bu noktadan hareketle, karşılığın yatırım süresine yayılmış olmadığı, baştan peşinen alındığı durumda, yabancı yatırımcının risk üstlenmediği genel olarak kabul edilmektedir<sup>214</sup>.

Öte yandan, ekonomik faaliyetin “yatırım” teşkil etmesi için gerekli süre kriteri karşılanmışsa da süre unsuru ile risk unsurunun çakıştığı ve risk unsurunun önemini kaybettiği ifade edilmektedir<sup>215</sup>. Bizce de önemli miktarda maddi katkının, uzunca bir süre ev sahibi devlette belirli bir ekonomik faaliyete hasredilmesi halinde, her halükârda risk alındığının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, bu halde yatırım açısından risk unsurunun tespiti önemini yitirmektedir. Bununla birlikte, Mabco v. Kosova davasında<sup>216</sup>, hakem heyeti yatırımın risk unsurunu açıklarken, katkının yapıldığı zamanda Kosova’da bir turizm endüstrisinin bulunmadığını ve gelişmiş bir turizm sektöründen söz edilemeyeceğini, bu yüzden davacının ekonomik katkıda bulunarak risk aldığını ifade etmiştir. Kanaatimizce, hakem heyeti tarafından belirtilen nedenler yalnızca yatırımın ticari risklerini barındırmaktadır. Risk üstlenimi ise ticari riskler dışında politik risk gibi tüm riskleri içine almaktadır. Diğer bir ifadeyle, Kosova gelişmiş bir turizm merkezi olsaydı da davacının ev sahibi devlete ekonomik katkıda bulunması risk üstlenmesi anlamına gelecekti.

#### **iv. Ev Sahibi Devletin Kalkınmasına Katkı**

Yatırımın tipik özelliklerinden sonuncusu ev sahibi devletin kalkınmasına söz konusu ekonomik faaliyetin katkı sağlamasıdır. Ev sahibi devletin ekonomisinin kalkınması unsuruna Konvansiyon’un giriş bölümünde de atıfta bulunmaktadır. Konvansiyon’un giriş bölümünde devletin kalkınmasına değinilmesinin nedeni açıkça yatırımın bir gelişmekte olan ya da daha az gelişmiş bir devlete yapılacağı varsayımından kaynaklanmaktadır. Mabco

---

<sup>214</sup> Rubins/Kinsella, s. 298.

<sup>215</sup> Dolzer/Schreuer, s. 75.

<sup>216</sup> Mabco Constructions SA v. Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction, 30 October 2020, p. 300.

v. Kosovo davasında<sup>217</sup>, Hakem Heyeti, Salini Testine atıfta bulunmakla birlikte, ev sahibi devletin ekonomisine katkıda bulunulmasının yatırımın tanımına dahil olmadığını, dördüncü bir kriter olarak kabul edilemeyeceğini, ancak ekonomiye katkının yatırımın arzu edilen neticesi olduğunu ifade etmiştir. Kanaatimizce de başkaca bir incelemeye gerek olmaksızın, diğer tipik özellikleri taşıyan bir ekonomik faaliyetin ev sahibi devletin ekonomisine olumlu katkıda bulunacağı kabul edilmelidir<sup>218</sup>. Nitekim bazı hakem kararlarında ev sahibi devletin ekonomisine katkıda bulunmak bir özellik olarak gösterilmemiştir<sup>219</sup>. Esasen, Latin Amerika ekonomistlerinin ortaya attığı “bağımlılık teorisi”ne (*the dependency theory*) göre, yabancı yatırım, ev sahibi devletin kalkınmasına katkı sağlamamaktadır. Anılan teori bu görüşü yabancı yatırımcının ev sahibi devlette kuracağı iştirakin de ana ortağın ve dolayısıyla kaynak devletin menfaatlerini gözeteceği fikrine dayandırmaktadır<sup>220</sup>. Diğer yandan, ev sahibi devletin kalkınmasına katkı, yatırımın tipik özelliklerinden biri olarak kabul edilir ve sıkı sıkıya uygulanırsa, gelişmiş devletlerde sürdürülen ekonomik faaliyetlerin, kalkınmaya etkisi olmadığından, yatırım olarak kabul edilmemesi sonucuna ulaşılacaktır ki, ICSID Konvansiyonu’na üye devletlerin maksadının bu yönde olmadığı açıktır. Bununla birlikte, UNCITRAL kurallarının uygulandığı yeni bir tahkim davasında, hakem heyeti, davada ICSID kurallarının uygulanmadığını hatırlatarak, Salini testi yerine kendi değerlendirmesini yapacağını, ikili yatırım anlaşmasının giriş bölümünde yer alan, “... *Akit devletlerin ekonomik kalkınmaları için yatırımların sermaye ve teknoloji akışını canlandıracağı* ...”

---

<sup>217</sup> Mabco Constructions SA v. Republic of Kosovo, ICSID Case No. ARB/17/25, Decision on Jurisdiction, 30 October 2020, p. 296; aynı görüş için ayrıca bkz. Saba Fakes v. Republic of Türkiye, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, July 14, 2010, p. 111.

<sup>218</sup> Bu hususta, Mitchell davasında, daha önce verilen hakem kararının iptaline ilişkin iptal komitesinin kararı ilginçtir. Komite, yatırımın ev sahibi devletin ekonomisine olumlu etki yapabilecek nitelikte olması gerektiğine vurgu yaparak daha önceki hakem kararının iptaline karar vermiştir, Robert Mitchell v. The Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/07, Decision on the Application for Annulment of the Award, October 2006.

<sup>219</sup> Örneğin, Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March 2015 p. 198; Quiborax S.A davasında da hakem heyeti, ev sahibi devletin ekonomisine katkının yatırım bir unsuru olmadığını ifade etmiştir. Hakem heyeti, yatırımın başarısız olması halinde, ev sahibi devletin ekonomisine bir katkının olmayacağını, ancak bunun yatırımın bulunmadığı anlamına gelmediğine işaret etmiştir, Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. Arb/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, p. 225.

<sup>220</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 53. Teori, kalkınmaya katkısı bir tarafa, yabancı yatırımın ev sahibi gelişmekte olan devleti gelişmiş devletlerin merkezi ekonomilerine daimî bağımlı hale getireceğini ileri sürmektedir.

ifadesine vurgu yaparak, yatırımın amacının ev sahibi devletin ekonomisine hizmet etmek olması gerektiğini belirtmiştir<sup>221</sup>.

#### 4. Yabancı Yatırımlara İlişkin Sınırlamalar ve Özellikli Durumlar

##### a. Sözleşme Öncesi Yapılan Masraflar

Ekonomik faaliyet ve maddi-gayri maddi haklar çeşitliliği içerisinde hangi tür faaliyetlerin ve hakların yatırım olarak kabul edileceği belirttiğimiz gibi uyumsuzluklara sıklıkla konu olmaktadır. Bu bağlamda, özellik arz eden uyumsuzluk konularından biri, sözleşme öncesi yapılan masrafların yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Öncelikle belirtelim ki, yatırım sözleşmesinin yapılmasına kadar geçen sürede yabancı yatırımcının belirli masraflara olağan ticari risk olarak katlanacağı tabiidir. Kanaatimizce de yatırım anlaşmalarının bu tür olağan risklere koruma sağlamak üzere yapılmadığı açıktır. İhale şartnamesinin alınması ve ihaleye giriş için yapılan masraflar gibi sözleşme öncesi yapılan masraflar, korumayı haklı kılacak şekilde, ev sahibi devlete önemli avantaj sağlamadığından, yatırım olarak kabul edilmemektedir<sup>222</sup>.

Benzer bir konuda, William Nagel v. The Czech Republic davasında<sup>223</sup>, hakem heyeti, davacının, iş birliği sözleşmesi yapmak suretiyle bir telekomünikasyon lisansını ihaleden alma ve işletme beklentisinin, ekonomik değeri olan bir “malvarlığı” ya da “yatırım” olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Hakem heyeti bir talebin ancak dayanaklı ya da en azından gelecekte hukuka uygun ifa beklentisi yaratacak nitelikte olması halinde mali bir değerinin bulunacağını ifade etmiştir<sup>224</sup>. Dolayısıyla, ihale neticesinde lisansın alınacağı dahi kesin değilken, iş birliği sözleşmesindeki talep hakları hakem heyeti önünde yatırım olarak değer kazanmamıştır.

---

<sup>221</sup> Fynerdale Holdings BV v. The Czech Republic, PCA Case No. 2018-18, Award, 29 April 2021, p. 542.

<sup>222</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 316.

<sup>223</sup> William Nagel v. The Czech Republic, Stockholm Chamber of Commerce, Case No: 49/2002, 9 September 2003, p. 329.

<sup>224</sup> Aynı kararda p. 328.

Merkez nezdinde görülen bir davada<sup>225</sup>, Amerikalı davacı, Sri Lanka devleti ile imzalamış olduğu, 300 megawatt kapasiteli Yap-İşlet-Devret modeliyle inşa edilecek elektrik üretim tesisine ilişkin niyet mektubu kapsamında yapmış olduğu masrafların tazminini dava etmiştir. Niyet mektubunda taraflar arasında yapılacak nihai yatırım sözleşmesinin çerçevesi çizilmiş, ancak yabancı yatırımcının işe başlaması için alması gerekli nihai onayın koşulları belirlenmemiştir. Niyet mektubuna göre, Amerikalı yatırımcı projenin gerçekleşeceğine güvenle birkaç milyon dolar harcama yapmasından sonra Sri Lanka devleti nihai onayı vermekten ve proje sözleşmelerini imzalamaktan kaçınmıştır. Hemen belirtelim ki, hakem heyeti, öncelikle, yatırımın gerçekleşeceği beklentisiyle harcanan paraların Konvansiyon'a göre yatırım teşkil edebileceğini belirtmiştir<sup>226</sup>. Buna karşın, yatırımcının açtığı Merkez'de görülen davayı, hakem heyeti toplam proje bedelinin %2-4'ne ulaşan masrafları yatırım seviyesine ulaşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>227</sup>. Hakem heyeti bu sonuca büyük ölçüde niyet mektubunun Sri Lanka devleti için bağlayıcı olmadığına ve davacı lehine belgelerin sözleşmesel yükümlülük yaratmadığına karar vererek ulaşmıştır<sup>228</sup>. Tam bu noktada, ICSID'de görülen PSEG Global Inc. v. Turkey davasında<sup>229</sup>, hakem heyeti, Danıştay'ın onayından geçerek imzalanan imtiyaz sözleşmesinin, Türkiye için bağlayıcı olmasından hareketle, yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir<sup>230</sup>. Türkiye söz konusu davada davacının faaliyetlerinin yalnızca yatırım öncesi hazırlık aşamalarından ibaret olduğunu, davacının söz konusu hazırlık aşamalarını tamamlayamadığını ve faaliyetin yatırıma dönüşmediğini savunmuştur<sup>231</sup>.

---

<sup>225</sup> Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, 15 March 2002.

<sup>226</sup> Aynı kararda p. 50.

<sup>227</sup> Aynı kararda p. 61.

<sup>228</sup> Aynı kararda p. 59. Davaya ilişkin arıntılı açıklamalar için bkz. Rubins/Kinsella, s. 302. Muhalefet şerhinde ise, Sri Lanka devletinin iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğünü ihlal ettiği ifade edilmiştir.

<sup>229</sup> PSEG Global Inc. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 4 June 2004.

<sup>230</sup> Aynı kararda bkz. p. 104.

<sup>231</sup> Aynı kararda bkz. p. 57. Türkiye savunmalarına esas teşkil etmek üzere, ICSID'de görülen Mihaly ve Zhinvali davalarını emsal olarak göstermiştir. Hakem Heyeti, Mihaly davasında tarafların yalnızca niyet mektubu imzaladıklarını işaret etmiş, PSEG davasında ise tarafların benzer bir yola başvurmak yerine, bağlayıcı bir sözleşme akdettiklerini ifade etmiştir. Hakem Heyeti, Zhinvali davası konusunda ise, davanın taraflarının açıkça davacının yatırımının bulunmadığını kabul ettiğini belirtmiştir.

Sözleşme öncesi yapılan masrafların yatırım olarak nitelendirilmediği bir diğer dava Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia<sup>232</sup> davasıdır. Zhinvali, Gürcistan'da özelleştirme ve imtiyaz suretiyle hidroelektrik santrali inşa etmek üzere Gürcistan devleti ile müzakerelerde bulunmuş ve söz konusu yatırım için masraflara katlanmıştır. İmtiyazın onaylandığı bir yazılı sözleşmeye rağmen, hakem heyeti, sözleşme öncesi müzakerelerin ve yapılan masrafların ICSID Konvansiyonu kapsamında yatırım olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki, Mihaly davasında<sup>233</sup> olduğu gibi, sözleşme öncesi yapılan masrafların yatırım olarak kabul edilmemesi eleştiri konusu olmaktadır. Pawlowski v. Czech Republic davasında<sup>234</sup>, ev sahibi devlette kurulu davacının projenin tasarım ve planlamasına ilişkin yapmış olduğu masrafları da ikili yatırım anlaşmasının yatırım tanımında yer alan “ekonomik değeri olan herhangi bir edime ilişkin talep ya da hak” kapsamında değerlendirmiştir. Sri Lanka'ya karşı açılan bir davada<sup>235</sup> da davacının potansiyel hotel geliştirme işine ilişkin olarak yaptığı ödemeler ve çabası ICSID Konvansiyonu'nun 25(1) maddesi kapsamında değerlendirilmemiştir. Hakem heyeti, gerekçe olarak, davacının henüz imar iznini almamış olmasını ve mimarlarla, hotel yönetimiyle ve finansman sağlayıcılarla sözleşme yapılmamış olmasını göstermiştir<sup>236</sup>. Deutsche Telecom v. India davasında da hakem heyeti benzer gerekçe ile davalının yetki itirazını reddetmiştir. Hakem heyeti, davacının iştirakinin uydu spektrumu kiralamak üzere bağlayıcı sözleşme yaptığını ve sözleşmenin bağlayıcı hale geldiğini ifade etmiştir<sup>237</sup>. Buna göre, hakem heyetlerinin, yabancı yatırımcının bağlayıcı bir sözleşme yapmış olması halinde sözleşmeden önce yapılan masrafların da yatırıma dahil olduğuna karar verdiklerini söylemek yanlış olmayacaktır.

---

<sup>232</sup> Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/00/1, 24 January 2003.

<sup>233</sup> Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002.

<sup>234</sup> Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/17/11, Award 1 November 2021, p. 256.

<sup>235</sup> Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020, p. 300.

<sup>236</sup> Aynı kararda p. 301.

<sup>237</sup> Deutsche Telekom AG v. The Republic of India, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 13 December 2017, p. 182.

## **b. Yabancı Yatırımcının Ev Sahibi Devlette Kurduğu Şirket'in Durumu**

Yabancı yatırımların büyük bölümünün yatırımcının ev sahibi devlette kurduğu şirket üzerinden yapıldığı bilinmektedir. Yabancı yatırımcının ev sahibi devletteki iştirakinin sözleşmeye taraf olması durumunda yatırımın korumadan yararlanıp yararlanamayacağı hususu Konvansiyon'un 25/2 (b) maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre, yatırım anlaşması taraflarının kabul ettikleri, yabancı kontrolünde olan bir şirket de Konvansiyon anlamında yabancı şirket gibi muamele görecektir. Talinn v. Estonia davasında<sup>238</sup>, hakem heyeti, "kontrol"ün esnek bir kavram olduğunu ve somut olay bazında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Hakem heyeti, ayrıca ev sahibi devletin, yatırım anlaşması ile yabancı yatırımcının ev sahibi devlette kontrol ettiği şirket yönünden, ICSID'in yargı yetkisini kabul etmiş olduğuna da karar vermiştir<sup>239</sup>. Bu yüzden, yabancı kontrolündeki iştirakin ev sahibi devletle yaşadığı uyuşmazlık da diğer şartları taşıması halinde ICSID'in yargı yetkisinde olacaktır. Dolayısıyla, ev sahibi devlette kurulmuş iştirakin uluslararası anlaşmada yer alan korumadan yararlanması durumunda tüzel kişinin kurulduğu yer ilkesinden ayrılmış olunmaktadır<sup>240</sup>. Esasen, belirli işler yönünden ev sahibi devlette yabancı yatırımcının bir şirket kurması ve yatırımını bu şirket üzerinden yapması ev sahibi devletin mevzuatı gereğidir. Bu nedenle de uluslararası yatırımcının ev sahibi devletteki iştirakinin de yatırım tanımı içinde kalması son derece doğaldır. Buna karşın, ICSID'de görülen bir tahkim davasında<sup>241</sup> hakem heyeti, Kanada'da kurulmuş davacı şirketin, Kanada'nın ICSID'e taraf olmaması ve Kanada-Kongo arasında ikili uluslararası anlaşmanın

---

<sup>238</sup> United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21 June 2019, p. 366.

<sup>239</sup> Aynı kararda, p. 345 – 346.

<sup>240</sup> Ev sahibi devletteki iştirakin uluslararası anlaşma ve ICSID Konvansiyonu anlamında yatırımcı olup olamayacağının tartışıldığı davalara örnek olarak bkz. Vacuum Salt Products Limited v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/01, Award, 16 February 1994; Holiday Inns SA and others v. Morocco, ICSID Case No. ARB/72/01; Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/01, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983; Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September 2003; Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020; United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21 June 2019.

<sup>241</sup> Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. The Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, 1 September 2000.

bulunmaması nedeniyle, ICSID tahkiminden yararlanmak için, Amerika'daki iştirakine yapmış olduğu devri, yargı yetkisi bakımından yeterli bulmamıştır. Hakem heyeti gerekçesinde, davacının imtiyaz sözleşmesinin kurulduğu tarihte ICSID'in yargı yetkisine ilişkin ev sahibi devletin rızasına sahip olmadığı, bu nedenle, Amerika'da kurulu iştirakine geçerli bir rıza devrinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir.

Sri Lanka'ya açılan bir ICSID davasında, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette kurmuş olduğu şirketin ekonomik faaliyetinin yatırım olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür<sup>242</sup>. Hakem heyeti ise, ev sahibi devlette kurulan iştirakin doğrudan ya da dolaylı hissedarlık yoluyla yabancı kontrolünde kabul edilmesinin ICSID içtihatları ve ticari hayatın gerçeği ile uyumlu olduğunu belirtmiştir<sup>243</sup>.

### **c. Ev Sahibi Devleti de İçine Alan Yapısı**

Nitelik itibarıyla yabancı yatırım sözleşmeleri uluslararası ticari sözleşmeler sınıfına dâhildir. Yabancı yatırım sözleşmeleri değişik devletlerin vatandaşları ile devletler arasında varlıkların transferini içermesi nedeniyle birden fazla devletin hukuk sistemi ile etkileşim halindedir. Olağan bir uluslararası ticari işlem, bir devletten diğeri bir devlete mal ya da hizmet transferini içermekte ve malların alıcı tarafından teslim alınması ile (satım ya da hizmet bedelinin de önceden ödenmiş olması ya da sonradan ödenmesi kaydıyla) ya da hizmetin verilmesiyle sona ermektedir. Uluslararası yatırımlar ise tek seferlik işlemler olmayıp, doğal kaynakların çıkarılması, otoyol inşası, enerji projeleri gibi, uzun süreli faaliyeti gerektirmektedir<sup>244</sup>. Yabancı yatırımcı söz konusu faaliyet için ev sahibi devlete girmekte, çoğu kez sermayesini, iş gücünü, tecrübesini bu ekonomik faaliyetin gerçekleştirilmesinde kullanmaktadır. Dolayısıyla yabancı yatırımlar tek seferlik, kısa süre

---

<sup>242</sup> Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020, p. 115.

<sup>243</sup> Aynı kararda, p. 266.

<sup>244</sup> Yatırım sözleşmeleri ortalama 10 ila 25 yıl arasında değişen sürelerle akdedilmektedir, Peter, W., s. 14. Yazar, bunun nedeni olarak, hiçbir yabancı şirketin sadece birkaç yıl gelir getirecek bir proje için yüksek risk ve yüksek maliyetli bir yatırım yapmayacağını ileri sürmektedir. Dolzer ve Schreuer ise, yabancı yatırımların, bazen 30 yılı ya da uzun süreyi bulan sürelerle yapıldığını belirtmektedirler, Dolzer/Schreuer, s. 4.

için kâr elde etmeyi amaçlayan işlemler değildir<sup>245</sup>. Doğabilecek ihtilaflar yönünden de yabancı yatırımlar ile uluslararası ticari işlemler arasında fark bulunmaktadır. Yabancı yatırımcının başarılı olması, yatırımının çok kârlı olması dahi, yabancı yatırımcının siyasi hedef olmasına ve ev sahibi devletteki geleceğinin belirsizliğine yol açabilmektedir. Bu nedenle, yabancı yatırımlarda diğer uluslararası ticari sözleşmelerden farklı olarak politik risk oranı yüksektir.

Gelişmekte olan ülkelerde, endüstrinin pek çok kolunda, yabancı yatırımcının ev sahibi devlete girişi doğrudan bir devlet ya da bir devlet kuruluşuyla iş birliği yapmasını gerektirmektedir<sup>246</sup>. Dolayısıyla, yabancı yatırım sözleşmelerinin dolaylı da olsa devleti de içine alan üçlü bir yapısının olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu husus yatırım sözleşmelerini olağan uluslararası ticaret sözleşmelerinden ayırt eden diğer bir özelliktir. Bir devlet kuruluşu ile uluslararası yatırım sözleşmesi yapılması durumunda uyumsuzluk halinde devletin menfaatlerinin öncelik kazanacağında şüphe yoktur. Devletin sözleşmeye müdahale ederek, yabancı yatırımcının aleyhine değişiklikler getirmesi sözleşme süresi içinde her zaman olasıdır. Örneğin ev sahibi devletin, mevzuat değişikliği ile yabancı yatırımcının lisansını iptal etmek suretiyle yabancı yatırımcının yatırımının işlemez hale getirmesi imkân dâhilindedir. İhtilaf çıktığında ev sahibi devlet, kuruluşu yanında yer alarak kendi lehine sonuçlar çıkaracak ya da en azından bu yönde bir çaba içine girebilecektir. Öte yandan, yabancı yatırımların sıklıkla çok uluslu şirketler tarafından yapıldığı ve bu çeşit şirketlerin kimi devletten finansal ve etki bakımlarından daha güçlü oldukları da bilinmektedir<sup>247</sup>. Bu durum yatırım sözleşmesini daha da karmaşık hale getirmektedir.

Yatırım sözleşmelerinin üçlü yapısından bahsettikten sonra, yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak devletin menfaati de kendi vatandaşının yatırımının geleceği açısından bu ilişkiye dâhil edilmesi uygun olacaktır<sup>248</sup>. Zira işler kötü gittiğinde yabancı

---

<sup>245</sup> Esasen burada kastettiğimiz doğrudan yabancı yatırımlardır. Portföy yatırımları, diğer bir anlatımla, dolaylı yatırımlar genellikle çok daha kısa süreli yatırımlar olup, yabancı yatırımcının ev sahibi devletteki faaliyeti, doğrudan yatırım yapan yatırımcı kadar yoğun değildir.

<sup>246</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 7; Peter, W., s. 12. Özellikle, devlet kuruluşunun sektörde tekel olduğu halde durum böyledir.

<sup>247</sup> Çok uluslu şirketlerin ekonomik etkileri için bkz. Güner/Yılmaz, s. 198 vd.

<sup>248</sup> Tiryakioğlu, s. 101.



yatırımcının kendi devleti de ev sahibi devletten, aralarında akdedilen yatırım anlaşması ve uluslararası hukuk çerçevesinde, vatandaşına koruma sağlayabilecektir. Çünkü söz konusu yatırım, kaynak devletin de kaynağıdır. Vatandaşının yatırım anlaşması kapsamındaki haklarını koruma ödevi ve hakkı vardır<sup>249</sup>.

## **B. Yabancı Yatırımcı**

Yabancı yatırımın şüphesiz en önemli aktörü uluslararası yatırımcıdır. Yabancı yatırımcının kim olduğu, diğer bir ifadeyle, yabancı yatırımcı ile neyin anlaşılması gerektiği, yatırımcının milliyetinin tespitiyle ve ekonomik faaliyetinin değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır<sup>250</sup>. Diğer bir ifadeyle, söz konusu uluslararası yatırım andlaşmasındaki korumadan yararlanma imkânının bulunup bulunmadığı davacının milliyetine göre de değerlendirilmektedir. Yatırım tahkiminde davacının ikili ya da çok taraflı yatırım andlaşmasından yararlanması, ekonomik faaliyetinin yatırım olarak kabul görmesi dışında, andlaşmanın diğer tarafı olan devletin vatandaşı olduğunu ispat etmesine de bağlıdır<sup>251</sup>. Aşağıda izah edeceğimiz üzere<sup>252</sup>, gerçek kişi yatırımcıların milliyetinin tespiti nispeten daha kolay iken, tüzel kişi yatırımcılar için aynı şeyi söylemek her zaman mümkün gözükmemektedir.

### **1. Gerçek Kişi Yatırımcı**

#### **i. Uluslararası Hukuk'ta Genel Olarak Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı**

Uluslararası hukukun yerleşik bir kuralı olarak, gerçek kişi yatırımcının tabiiyeti, vatandaşı olduğunu iddia ettiği devletin milli kanunlarına göre belirlenmektedir<sup>253</sup>. Diğer bir

---

<sup>249</sup> Belirtmek gerekir ki, çok uluslu şirketlerin vatandaşı oldukları gelişmiş ülkeler uluslararası hukukun kendileri ve vatandaşı çok uluslu yatırımcılar lehine şekillendirdiklerini, ikili yatırım anlaşmalarının çıkış noktasının ve yaygınlaşmasının da bu durumun bir kanıtı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

<sup>250</sup> Nitekim, yabancı devletlerin kontrol ettiği kuruluşlar ile kâr amacı gütmeyen kuruluşlar da ticari faaliyetlerine ve faaliyetlerinin niteliğine bağlı olarak yabancı yatırımcı olarak kabul edilebileceklerdir, açıklama için bkz. Dolzer/Schreuer, s. 44.

<sup>251</sup> Dolzer/Schreuer, s. 44.

<sup>252</sup> Bkz. s. 73 vd.

<sup>253</sup> Yannaca-Small, C., Liberti, L., s. 10. Soufraki davasında, hakemler, davacının İtalya vatandaşı olduğunu iddia etmesine karşın, Kanada vatandaşlığını kazanması ile İtalya vatandaşlığını kaybettiğini tespit ederek, İtalya ile Birleşik Arap Emirlikleri arasında imzalanan yatırımların teşviki andlaşması kapsamında korumadan

ifadeyle, her devlet hangi kişilerin kendi vatandaşı olduğunu kanunları ile belirleme yetkisine sahiptir. Davacı gerçek kişi yatırımcının davalı devlet tarafından reddedilip reddedilemeyeceği uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Nottebohm kararı<sup>254</sup> bu anlamda uluslararası hukukta milat teşkil eder niteliktedir. Şöyle ki, Friedrich Nottebohm 1881 yılında Hamburg’da Alman vatandaşı olarak dünyaya gelmiştir. 1905 yılında Guatemala’ya yerleşip, iş merkezini de buraya taşımıştır. Ticaret, bankacılık ve tarım gibi konularda faaliyet göstermiş ve bu süre zarfında Almanya’ya da seyahatlerini sürdürmüştür. 1943 yılına kadar da Guatemala’da yaşamıştır. 1939 yılında Almanya’nın Polonya’ya saldırmasından sonra Liechtenstein vatandaşlığı için vatandaşlık başvurusu yapmıştır. Nottebohm’ın başvurusu, 3 yıllık ikamet şartından muafiyet sağlanarak, on gün gibi kısa bir sürede olumlu olarak sonuçlanmıştır. Nottebohm, Liechtenstein vatandaşlığını kazanması ile Alman vatandaşlığı son bulduğundan, Liechtenstein pasaportu ile 1940 yılı başında Guatemala’ya dönmüştür. Guatemala’nın 1941 yılında savaşa girmesi nedeniyle, Liechtenstein tarafsız olmasına rağmen, Nottebohm, Guatemala’da tutuklanarak Amerikan askeri güçlerine teslim edilmiştir. Guatemala 1944 yılında Nottebohm’ın tüm taşınır ve taşınmaz malvarlığına el koymuştur. Nottebohm tahliye edildikten sonra Guatemala’ya girmek için vize talebi kabul görmemiştir. Guatemala’da 1949 yılında kabul edilen bir yasa ile malvarlığı müsadere edilmiştir. Liechtenstein devleti kendi vatandaşının haklarını korumak üzere 17 Aralık 1951 tarihinde UAD’ye başvurmuştur. Liechtenstein, uluslararası hukukun ihlal edilmesi nedeniyle zararın tazminini talep etmiştir. Guatemala ise, Nottebohm ile Liechtenstein arasında diplomatik koruma için gerekli vatandaşlık bağının bulunmadığını iddia etmiştir. Milletlerarası Adalet Divanı çoğunluk kararıyla, “gerçek tabiiyet”in, tercih

---

istifade edemeyeceğine hükmetmiştir, Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, p. 55; aynı yönde bkz. Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007, p. 153. Bununla birlikte, her iki hakem heyeti de aldatma ya da suistimal iddialarına karşın kendi değerlendirmesini yapmıştır.

<sup>254</sup> Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955, şu adresten ulaşılabilir: <https://www.refworld.org/cases,ICJ,3ae6b7248.html> (Son Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2022). Nottebohm Kararı’nın ayrıntılı tahlili için ayrıca bkz. Unat, İ., *Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966; Çelikel, Aysel, Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları, Beta, İstanbul, 1997, s. 3 vd.; Karaoğlu, A., O., s. 29 vd.; Demirkol, Berk, Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı, GSÜHFD, S. 2, İstanbul, Nisan 2016; Yılmaz, İlhan, Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında “Gerçek Bağlantı İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu, GSÜHFD, S. 1, İstanbul, 2021.

edilmesiyle meselenin çözüme kavuşturulması gerektiğini belirterek, Nottebohm'ın Liechtenstein'a diğer devletlere oranla daha üstün bir fiili bağ ile bağlı olmadığı gerekçesiyle, Liechtenstein'ın Guatemala'ya karşı vatandaşı Nottebohm'u koruyamayacağına hükmetmiştir. Diğer bir ifadeyle, Nottebohm'ın Liechtenstein ile somut bağlarının diğer devletlerle olan bağlarına oranla daha ağırlıklı olmadığı kabul edilmiştir<sup>255</sup>. Nottebohm kararı öncesinde uluslararası hukukta sınırlı uygulama alanı bulan “gerçek tabiiyet” kavramı uluslararası hukuk normlarına şekil veren bir ilke halini almıştır<sup>256</sup>. İlhan, Alman vatandaşlığının son bulması, Nottebohm'un Liechtenstein vatandaşlığını iç hukuka uygun olarak kazanmış olması ve Liechtenstein vatandaşlığının kazanılma zamanında henüz Guatemala'nın savaşa dahil olmaması nedeniyle hakkın kötüye kullanımının bulunmaması gerekçeleri ile UAD kararını eleştirmektedir<sup>257</sup>.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Diplomatik Koruma'ya İlişkin Taslak Maddeleri'nin 7. maddesi;

*“Bir devlet kendi uyruğuna hem zararın meydana geldiği hem de resmi talepte bulunduğu tarihte vatandaşlığı üstün olmadıkça, kişinin aynı zamanda uyrukluğuna sahip bulunduğu bir başka devlete karşı diplomatik koruma sağlayamaz”*<sup>258</sup>

şeklindedir. Diğer bir ifadeyle, çifte vatandaşlığı bulunan bir kişi ile ilgili olarak uyruk devlet diğer uyruk devlete karşı ancak zararın meydana geldiği tarihte ve zararın giderilmesine ilişkin resmi talebin sunulduğu tarihte kendi vatandaşlığının üstün olması kaydıyla diplomatik koruma sağlayabilir. Gerçekten, geleneksel uluslararası hukuka göre, bir devlet kendi ülke vatandaşlığının üstün ve etkin olması kaydıyla, kendi vatandaşı ile ilgili olarak, ilgili kişinin ayrıca vatandaşı olduğu diğer bir devlete karşı diplomatik koruma tatbik edebilir. Bu anlamda çifte vatandaşlarla ilgili olarak, vatandaşı bulunulan bir devletin diğer vatandaş olunan devlete karşı sorumlu olmayacağı düşüncesi terk edilmiş olmaktadır<sup>259</sup>.

<sup>255</sup> Demirkol, B., *Etkin Vatandaşlık Makale*, s. 163.

<sup>256</sup> Unat, s. 2.

<sup>257</sup> İlhan, Y., s. 980.

<sup>258</sup> United Nations International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_8\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf) (Son Erişim: 4 Şubat 2022).

<sup>259</sup> Tabiiyet Kanunlarındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Belirli Sorular Hakkındaki 1930 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde sorumsuzluk kuralı desteklenmiştir.

Esphahanian v. Bank Tejarat davasında, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlığını sonradan kazanan Nasser Esphahanian, İran-Amerika Birleşik Devletleri Talepler Divanı (Talepler Divanı) nezdinde, bir çek bedelinin ödenmemesine dayalı olarak İran bankası Bank Tejarat'ı dava etmiş ve tazminat talep etmiştir. İran, davacının İran vatandaşlığından hiçbir zaman feragat etmediğini ve İran iç hukukuna göre çifte vatandaşlığın mümkün olmadığını, bu nedenle Talepler Divanı'nın kendi ülke vatandaşının açtığı davayı görmeye yetkisinin bulunmadığını iddia etmiştir. Davacı ise, Taleplerin Halli Sözleşmesi'nin VII (1) maddesinde<sup>260</sup>, vatandaşlığın, çifte vatandaşlık hususunda bir sınırlama olmaksızın İran ya da Amerika Birleşik Devletleri'nin bir vatandaşı olarak tanımlandığını savunmuştur. Talepler Divanı nezdinde teşekkül eden mahkeme hem davacının hem de davalının savunmalarını reddederek, "üstün ve etkin" vatandaşlık testi uygulanarak meselenin çözülmesine karar vermiştir. Bu testin uygulanmasında şu unsurlara değinilmiştir: davacının ikamet yeri, oy kayıtları, malvarlığı, eğitim yeri, vergi ödediği yer, aile bağları, askerlik hizmeti ve yatırımları. Mahkeme çoğunluk kararı ile "üstün ve etkin" vatandaşlığın, söz konusu paranın Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlığıyla ilgili olması ve talebe ilişkin tüm işlemlerin İran vatandaşı olmayan bir kimse tarafından da hukuka uygun bir şekilde yapılabileceği gerekçesiyle, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlığı olduğuna karar vermiştir<sup>261</sup>.

ICSID'de görülen bir diğer davada<sup>262</sup>, Meksika, Nottebohm kararına değinerek, davacı Feldman'ın Amerika vatandaşı olmasına rağmen, 27 yıldır sürekli Meksika'da yaşaması nedeniyle, Meksika vatandaşı gibi muamele görmesi gerektiğini, diğer bir ifadeyle, davacı sıfatının yokluğundan, Meksika devletini dava edemeyeceğini ileri sürmüştür. Hakem heyeti, davacı Feldman'ın sadece Amerika vatandaşı olduğunu ve KASTA'nın 11.

---

<sup>260</sup> Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of United States of America and the Government of Islamic Republic of Iran, (*Claims Settlement Declaration*), 19 Ocak 1981.

<sup>261</sup> Monroe, L., *Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, American Journal of International Law, 136, 1998, S. 648-650.

<sup>262</sup> Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Interim Decision On Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000. Davanın açıklaması için ayrıca bkz. Yılmaz, İ., s. 990 vd.

Bölümüne göre davacı sıfatının bulunduğu karar vermiştir<sup>263</sup>. Yine, Türkiye aleyhine ICSID nezdinde açılan Saba Fakes davasında, Türkiye, davacının Hollanda ve Türkiye arasında imzalanan yatırım anlaşmasının 1(a)(i) maddesi ve Konvansiyon'un 25(2)(a) maddesine göre yatırımcı olması için gerekli etkin Hollanda vatandaşlığının bulunmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti, yalnızca gerçek kişi yatırımcının ev sahibi devletin vatandaşlığına sahip olması halinde Merkezin yargı yetkisinin dışında kalacağını ve Merkezin yargı yetkisi için gerçek kişi yatırımcının ayrıca kaynak devletin etkin vatandaşlığı testine tabi olmadığına karar vermiştir<sup>264</sup>. Aynı kararda, Hakem heyeti, Hollanda ve Türkiye yatırım anlaşmasının davacının çifte vatandaşlığını dışarıda bırakmadığını, Nottebohm kararındaki konunun çifte vatandaşlık nedeniyle etkin vatandaşlık testinin uygulanması olmadığını ve Nottebohm kararında diplomatik koruma için etkin vatandaşlık testinin uygulanması gerektiğine karar verildiğini ifade etmiştir<sup>265</sup>.

## ii. Yatırım Anlaşmalarında Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı

İkili yatırım anlaşmalarında yatırım tanımıyla birlikte yatırımcı tanımına da yer verilmektedir. Uygulamada, gerçek kişi yatırımcı tanımı her iki devlet için esas olacak tek bir tanım olabildiği gibi, her bir devlet için ayrı olmak üzere iki ayrı tanım şeklinde de olabilmektedir. Gerçek kişi yatırımcı genellikle yatırım anlaşmalarında, ilgili devletin kendi mevzuatına göre vatandaşı olan gerçek kişiler şeklinde tanımlanmaktadır<sup>266</sup>. Bununla birlikte, ikamet yeri ya da daimî yerleşik olduğu yere de kıstas olarak bazı yatırım anlaşmalarında değinilmektedir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Avustralya arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmada, gerçek kişi yatırımcı “Avustralya

<sup>263</sup> Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Interim Decision On Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000, p. 35 – 36; ICC’de görülen bir diğer yatırım tahkim davasında da, hakem heyeti, detaylı inceleme yapmaksızın, Türk gerçek kişiler ile Türkiye’de kurulu şirketin ikili yatırım anlaşmasındaki yabancı yatırımcı tanımını karşıladıklarına karar vermiştir, (1) Mr İdris Yamantürk (2) Mr Tevfik Yamantürk (3) Mr Müşfik Hamdi Yamantürk (4) Gürış İnşaat ve Mühendislik Anonim Şirketi (Gürış Construction and Engineering Inc.) v. Syrian Arab Republic, ICC Case No. 21845/Zf/Ayz, Final Award, 31 August 2020, p. 166.

<sup>264</sup> Saba Fakes v. Republic of Türkiye, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, July 14, 2010, p. 61.

<sup>265</sup> Aynı kararda, p. 65 vd.

<sup>266</sup> Örneğin Türkiye ile Çek Cumhuriyeti Arasında imzalanan yatırım anlaşmasındaki gerçek kişi tanımı şöyledir: “her bir Akit tarafın yürürlükteki mevzuatına göre vatandaşı sayılan gerçek kişiler”.

*yurttaşı ya da daimî mukimi olan gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>267</sup>. Bazı yatırım anlaşmaları vatandaşlık ötesinde başkaca bağ da aramaktadır. Örneğin, Almanya-İsrail İkili Yatırım Anlaşması’nın (1) (3) (b) maddesinde, İsrail ile ilgili olarak, vatandaşın “İsrail devletinde daimî olarak yerleşik İsrail vatandaşları”nı ifade ettiği düzenlenmiştir<sup>268</sup>. Ayrıca, daimî olarak yerleşik olan kimseler de vatandaş olmasalar bile bazı ikili yatırım anlaşmalarında vatandaş tanımı kapsamında yer almakta, dolayısıyla korumadan yararlanmaktadırlar<sup>269</sup>.

Enerji Şartı Anlaşmasının 1(7)(a)(i) maddesinde<sup>270</sup> gerçek kişi yatırımcı tanımlanmıştır. Buna göre, bir taraf devletin vatandaşlığına ya da uyruğuna sahip ya da taraf devletin yürürlükteki hukukuna uygun şekilde o taraf devlette sürekli olarak ikamet eden gerçek kişiler yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, Enerji Şartı Anlaşması yalnızca vatandaşları değil, bir akit devlette sürekli olarak ikamet etme hakkına sahip gerçek kişileri de yatırımcı olarak kabul etmektedir.

### **iii. ICSID Konvansiyonu Kapsamında Gerçek Kişi Yatırımcı Kavramı**

ICSID Konvansiyonu’nda yabancı yatırımcı tanımına yer verilmemekle birlikte, Konvansiyon’un 25/2(a) maddesinde, gerçek kişi yatırımcının yabancılık unsurunun uyuşmazlığa konu tarafların ICSID’in yetkisine muvafakat ettikleri tarihte ve ICSID’in tahkim talebini kayda aldığı tarihte mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>271</sup>. Gerçek kişi yatırımcı hem ev sahibi devletin hem de kaynak devletin vatandaşı ise, yine ICSID Konvansiyonu’nun 25/2(a) maddesine göre, ev sahibi devletin vatandaşı olarak muamele görecektir. Bu yüzden ev sahibi devletin vatandaşı olarak ICSID nezdinde vatandaşı olduğu

---

<sup>267</sup> RG: 19.6.2009/27263.

<sup>268</sup> 24 Haziran 1974 tarihli Almanya-İsrail arasındaki yatırım anlaşmasıdır.

<sup>269</sup> Örneğin, 29 Nisan 1993 tarihinde yürürlüğe giren Kanada-Arjantin arasındaki yatırım anlaşması böyledir. Yannaca-Small, C., Liberti, L., 2008, s. 10.

<sup>270</sup> “Investor” means:

(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

<sup>271</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 132. Kayıt tarihinde yabancılık halinin devam etmesinin gerekmediğine ilişkin görüş de mevcuttur.

devlete karşı dava açması söz konusu olamayacaktır<sup>272</sup>. Zira, Konvansiyon ev sahibi devletlerdeki yabancılara ait yatırımların korunmasını amaç edinmiştir.

Yatırım anlaşmaları ile taraf devletin vatandaşlarının yanı sıra ilgili devlette sürekli olarak ikamet eden kişilere de diplomatik koruma sağlanması söz konusu iken, ICSID'in yargı yetkisi bakımından, bu yönde genişleme kabul edilmemektedir. Bu yüzden ICSID nezdinde dava açmak ancak vatandaş olmakla mümkündür. Vatandaşlığın ICSID'in yetkisine rıza gösterildiği ve tahkim talebinin kayda alındığı tarihlerde de mevcut olması aranmaktadır.

Gerçek kişi yatırımcılarla ilgili olarak ICSID'de görülen sınırlı sayıda dava bulunmaktadır. Çifte vatandaşlığın tartışıldığı *Champion Trading v. Egypt*<sup>273</sup> davası dikkat çekicidir. Amerika Birleşik Devletleri ve Mısır vatandaşlığı olan, National Cotton Company adlı şirketin ortağı üç gerçek kişi ile iki tüzel kişinin açtığı davada, gerçek kişi davacılar hakem heyetinin “gerçek ve etkin vatandaşlık” ilkesini uygulamasını ve Mısır vatandaşlığını etkin bir şekilde edinmediklerinden yargı yetkisinin bulunduğu karar verilmesini talep etmişlerdir. Hakem heyeti, ICSID'in yargı yetkisi bakımından “gerçek ve etkin vatandaşlık” ilkesini uygulamayı uygun görmemiş, Konvansiyon'un lafzına sadık kalarak, davacıların Mısır ile yeterli bağlarının bulunması nedeniyle de gerçek kişi davacılar bakımından Konvansiyon'un 25/2(a) maddesine göre yargı yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> Açıklama için bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, s. 132.

<sup>273</sup> *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003.

<sup>274</sup> Etkin vatandaşlık kavramının tartışıldığı bir diğer dava, *Saba Fakes v. Turkey* davasıdır. Bu davada, Hakem Heyeti, etkin vatandaşlık ilkesinin uygulanamayacağını ve esasen Bay Fakes'in her iki ebeveyni ile eşi ve çocuklarının Hollanda vatandaşlığının da bulunması ve çocukluğu ile gençliğinin önemli bir bölümünün Hollanda'da geçmesi nedenleriyle etkin vatandaşlığının da bulunduğunu belirtmiştir, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No: ARB/07/20, Award, 14 July 2010, p. 79 - 80. Davanın açıklaması için ayrıca bkz. Karaoğlu, A., O., s. 110 vd; Micula davasında da hakem heyeti, ICSID Konvansiyonu'nun davacının yalnızca bir vatandaşlığının bulunmasını aramadığını, biri ev sahibi devletin vatandaşlığı olmadığı sürece, gerçek kişi yatırımcının birden fazla vatandaşlığının bulunabileceğini, hakem heyetinin bilgisi dahilinde hiçbir ICSID hakem heyetinin o tarihe kadar “etkin vatandaşlık” testini uygulamadığını belirtmiştir, *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, p. 100.

Tüzel kişi davacılar yönünden ise, hissedarları çifte vatandaş olan tüzel kişilerin dava açması için bir engel bulunmadığı gerekçesiyle yargı yetkisi bulunduğu sonucuna varmıştır<sup>275</sup>.

## 2. Tüzel Kişi Yatırımcı

### i. İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarındaki Tüzel Kişi Yatırımcı Tanımları

Uluslararası hukukta, gerçek kişiler için öngörüldüğü şekilde, tüzel kişilerin hangi devletin tabiiyetini taşıyacağı konusunda kesin bir kıstas yer almamaktadır<sup>276</sup>. Tüzel kişinin tabiiyetinin belirlenmesinde; kurulduğu yer, fiilen idare edildiği yer ve ana şirketin mukim olduğu yerin tespiti ehemmiyet arz etmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu yatırım sözleşmelerinde, genellikle, tüzel kişinin tabiiyetinin tespitinde, taraf devletin hukukuna göre kurulmaları dışında, fiili yönetim merkezlerinin de o devlette yer alması aranmaktadır<sup>277</sup>. Öğretide de tüzel kişinin tabiiyetinin tespitinde kurulduğu yer hukuku ile idare merkezinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>278</sup>. Şirketler günümüzde pek çok farklı şekilde organize olabilmekte ve faaliyet sürdürebilmektedirler. Durum böyle olunca, bir tüzel kişinin, özellikle, çok uluslu bir şirketin milliyetinin tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin, bir şirketin kuruluş yeri bir ülkedeyken, kontrol edildiği, idari işlerinin yürütüldüğü yer bir başka devlette, ağırlıklı faaliyeti ise diğer bir devlette olabilmektedir. Yine, şirketler iştirakleri, temsilcilikleri ve şubeleri aracılığıyla da faaliyette bulunabilmektedirler. Öte yandan, uluslararası yatırımların, vergi avantajı gibi,

---

<sup>275</sup> ICSID nezdinde görülen, gerçek kişi davacıların çifte vatandaşlıklarının tartışıldığı, diğer davalar için bkz. Eudoro A. Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/05, Decision on Objection to Jurisdiction, 8 August 2000; Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004; Siag and Vecchi v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award on Jurisdiction, 11 April 2007.

<sup>276</sup> Tiryakioğlu, s. 169-170.

<sup>277</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 180. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ve Birleşik Arap Emirlikleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da, tüzel kişi yatırımcı "*Taraflardan herhangi birinin yürürlükteki yasalarına uygun olarak kurulmuş veya teşekkül ettirilmiş ve genel idare merkezi o Tarafın ülkesinde bulunan...*" şeklinde tanımlanmaktadır, Bkz. RG: 15.6.2011/27965.

<sup>278</sup> Tekinay'a atfen, Giray, F., K., s. 30.



çeşitli nedenlerle, büyük oranda tüzel kişiler tarafından yapıldığı bilinmektedir<sup>279</sup>. Bu nedenle, vatandaşlığa ya da milletlerarası hukuka dayanmak yerine, yatırım anlaşmalarında, bir tarafın yatırımcısı olabilmenin objektif ölçütlerini açık bir şekilde düzenlemek genel uygulamadır<sup>280</sup>.

Genel olarak, yatırım anlaşmalarında bir tüzel kişinin uyruğunun tespitinde üç ölçüt dikkate alınmaktadır: Bunlardan ilki, tüzel kişinin taraf devletin yürürlükte bulunan hukukuna göre kuruluş yeridir<sup>281</sup>. Buna göre, bir taraf devletin yürürlükte bulunan kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişi o devletin bir yatırımcısı kabul edilmektedir<sup>282</sup>. Bununla birlikte yatırım anlaşmalarında “faydaların reddi” (*denial of benefits*) klotuna yer verildiği de görülmektedir. Bu klotlar, yatırım anlaşmasının koruma sağlamayı amaçlamadığı, belirli kategorilerdeki yatırımcıları yatırım anlaşmasının korumasından mahrum etmek için oluşturulmaktadır<sup>283</sup>. Diğer bir ifadeyle, taraf devletin, diğer taraf devletin yatırımcısı olarak görünen ancak o devletle ekonomik bağı olmayan bir şirkete yatırım anlaşması ile sağlanan menfaatleri engelleme imkânı getirilmektedir<sup>284</sup>. Littop

---

<sup>279</sup> Esasen modern zamanlarda yabancı yatırımlar, büyük oranda, sermaye bakımından çok geniş imkanlara sahip ve devletleri tesiri altına alabilecek lobiye elinde bulunduran, çok uluslu şirketler tarafından yapılmaktadır, Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 27.

<sup>280</sup> Yannaca-Small, C., Liberti, L., s. 18.

<sup>281</sup> Dolzer/Schreuer, s. 47.

<sup>282</sup> Enerji Şartı Anlaşması'nın 17 (a) (ii) maddesinde, yatırımcı tanımında bu ölçüt göze çarpmaktadır. Buna göre, “yatırımcı” “... bir Akit Taraf'ta uygulanabilir hukuka göre kurulmuş bir şirketi ya da diğer teşekküller ...” şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>283</sup> Kaya, Talat, Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar, AHBVÜHFD, C. XXV, Y. 2021, S. 4, s. 85.

<sup>284</sup> Denial of benefits klotunun konu edildiği yeni ve bu klotu dayananın zamanlaması açısından önemli bir karar için bkz. Guaracachi America, Inc. (USA) and 2. Rurelec plc (UK) v. Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, Award, 31 January 2014. Örnek bir denial of benefits klotuna Avusturya-Libya ve Avusturya Lübnan İkili Anlaşma'larında rastlanmaktadır. Buna göre, “... Bir Taraf Devlet, bir üçüncü taraf olmayan devlet yatırımcısı söz konusu yatırımcının sahibi ise ya da bunu kontrol ediyorsa ve söz konusu yatırımcının, hukuk kurallarına göre kurulduğu ya da teşekkül ettiği Taraf Devletin ülkesinde önemli ölçüde ticari faaliyeti yoksa, [bu Sözleşme]de diğer Taraf Devletin yatırımcısına ve yatırımlarına sağlanan menfaatlardan kaçınılabilir...” Bu ifadeyle kastedilen, yalnızca tabela şirketi olarak ve ikili anlaşmadaki haklardan istifade etmek üzere kurulmuş, bir üçüncü devletin vatandaşının sahibi olduğu ya da kontrol ettiği yatırımlar korumanın dışında bırakılabileceğidir. Bununla, uluslararası karşılıklılık prensibine aykırı olarak aynı hakları kendi yatırımcısına sağlamayan bir devletin yatırımcısına kendi ülkesinde daha avantajlı haklar sağlanmaması amaçlanmış olmaktadır.

davasında da EŞA'nın 17/1 maddesi<sup>285</sup> kapsamında faydaların reddi hükmü tartışılmıştır. EŞA 17/1 maddesindeki hakkın ev sahibi devlet tarafından kullanılması halinde EŞA'nın III. Kısımındaki faydalardan söz konusu yatırımcı mahrum kalmaktadır. Somut uyuşmazlıkta ev sahibi devlet faydaların reddi hükmüne davanın açılmasından 6 ay sonra dayanmıştır. Hakem heyeti, ev sahibi devletin faydaların reddi hükmüne geç dayanmadığına, faydaların reddinin kullanılmasının yatırımcı için sürpriz olmaması gerektiğine ve hukuki belirsizlik yaratmadığına karar vermiştir<sup>286</sup>. Ev sahibi devlet ile ekonomik bağ o devletin vatandaşları tarafından kontrol ya da o devlette önemli iş faaliyeti ile açıklanmaktadır<sup>287</sup>. Pawlowski v. Czech Republic davasında<sup>288</sup>, davalı devlet, yatırım holding şirketi olan davacının, İsviçre'de gerçek ekonomik faaliyetinin bulunmadığını ve İsviçre'de kurulu olmadığını iddia etmiştir. Hakem heyeti ise, holding şirketinin iştirakleri üzerinden faaliyet gösterdiğine, İsviçre'de kurulu olduğuna ve Çek Cumhuriyeti'nde kurulu iştirakinin %100 hissedarı olarak İkili Yatırım Anlaşmasının yatırımcı tanımı kapsamında olduğuna karar vermiştir<sup>289</sup>.

İkincisi, tüzel kişinin idare edildiği ya da merkezinin bulunduğu yerdir. Yalnızca yatırım anlaşmasının korumasından yararlanmak üzere tabela şirketi kurmak ya da edinmek gayesinin önüne geçmek üzere, şirketin idare edildiği yer de yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımına dahil edilmektedir. Buna göre, şirketin kurulduğu yer ve idaresinin yürütüldüğü yerin bir taraf devlette olması halinde ikili anlaşmanın sağladığı haklardan

---

<sup>285</sup> EŞA'nın 17/1 maddesinin ilgili bölümünün Türkçe tercümesi şu şekildedir: “Her bir Taraf Devlet, şu kişilerin, bu Kısım'daki [yani Kısım III] avantajlardan yararlanmasını reddetme hakkını saklı tutmaktadır: (1) bir üçüncü devletin vatandaşı ya da uyruğunun sahip olduğu ya da kontrol ettiği ve söz konusu tüzel kişinin kurulu olduğu, Akit Devlet Bölgesi'nde önemli iş faaliyeti bulunmayan herhangi bir tüzel kişiye; ...” Anılan maddenin İngilizce metni de şu şekildedir: “Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to [i.e., Part III]: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised;...”.

<sup>286</sup> Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine, SCC Case No. V 2015/092, Final Award, 4 February 2021, p. 603 - 604.

<sup>287</sup> Dolzer/Schreuer, s. 55.

<sup>288</sup> Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/17/11, Award 1 November 2021, p. 173.

<sup>289</sup> Bkz. aynı karar, p. 218.

yararlanılmaktadır<sup>290</sup>. Belirtelim ki, uygulamada sıklıkla, tüzel kişinin kuruluş yeri ve merkezinin bulunduğu yer ölçütleri birlikte kullanılmaktadır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın tüzel kişi tanımı; “... her bir Akit tarafın yürürlükteki mevzuatı çerçevesinde kurulmuş veya teşekkül etmiş ve merkezi o Akit devletin ülkesinde bulunan şirketleri, firmaları veya iş ortaklıkları gibi tüzel kişileri ifade eder” şeklindedir. Yine, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda tüzel kişi yatırımcı; “...bir Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın mevzuatına uygun olarak kurulmuş bulunan ve yönetim merkezi veya etkin iktisadi faaliyetleri o Akit Tarafın ülkesinde bulunan şirketleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat edileceği üzere, bu anlaşmada tanım genişletilmiş, yönetim merkezi başka bir yerde olmakla birlikte, etkin iktisadi faaliyeti diğer Akit Devlette olan tüzel kişiler de kapsama dahil edilmiştir.

Son olarak, daha nadir olmakla birlikte, yatırım anlaşmalarında tüzel kişinin kontrolüne de bir ölçüt olarak yer verildiği görülmektedir. Fakat kontrolün tespiti, pek çok yatırım anlaşmasında bu konudaki düzenlemeye rağmen kolay değildir. Çünkü genellikle holding şirket yapılanmalarında her bir şirket diğer bir ya da birkaç şirket tarafından kontrol edilmekte, kontrol eden şirketleri de diğer şirketler kontrol etmektedir. Mesela, 2006 tarihli Fransa Model Yatırım Anlaşması'nda, şirketin kuruluş yeri ile birlikte merkezinin bulunduğu yerin diğer Akit Devlette bulunması, alternatif olarak diğer Akit Devletin vatandaşları tarafından kontrol edilmesi ölçütleri olarak belirtilmiştir<sup>291</sup>. Yine, kontrol ölçütüne yer veren, İsviçre-Hindistan İkili Yatırım Anlaşması<sup>292</sup>, tüzel kişi yatırımcı

---

<sup>290</sup> Örneğin, 18 Ekim 1976 tarihinde yürürlüğe giren Fransa-Singapur İkili Anlaşmasında, tüzel kişi yatırımcı; “... Fransız hukukuna göre Fransa'da kurulmuş ve ana ofisi Fransa'da bulunan tüzel kişiler...” şeklinde tanımlanmaktadır. Yine, ASEAN Yatırımların Geliştirilmesi ve Korunması Sözleşmesinde ise, “şirketi” kurulduğu ve etkin yönetiminin bulunduğu taraf devletin bir şirketi şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>291</sup> Anılan Model Anlaşmadaki şirket tanımı şöyledir: “The term “company” means any legal person constituted on the territory of one Contracting Party in accordance with the legislation of that Party and having its head office on the territory of that Party, or controlled directly or indirectly by the nationals of one Contracting Party, or by legal persons having their head office in the territory of one contracting Party and constituted in accordance with the legislation of that Party.”

<https://edit.wti.org/document/show/4dd30824-38f3-4e5e-9d05-79a9d1bfb422> (Son Erişim Tarihi: 21 Haziran 2022).

<sup>292</sup> 1 Nisan 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

tanımını, “... bir taraf devletin ülkesinde ya da o taraf devletin yatırımcılarının asgari %51’ine sahip oldukları ya da taraf devletin yatırımcılarının asgari %51 oranında oy haklarını kontrol ettiği bir malvarlığının bulunduğu üçüncü bir devletin yürürlükte olan hukuka uygun olarak kurulmuş ya da teşekkül etmiş şirketler, ticarethaneler veya kuruluşlar ...” şeklinde yapmıştır.

## ii. ICSID Konvansiyonu’na Göre Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı

Evvelce belirttiğimiz gibi, bir uyuşmazlığın ICSID’de görülmesi için yatırım anlaşmasının şartlarının yanı sıra ICSID Konvansiyonu’ndaki şartları da karşılaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, tarafların ya ICSID Konvansiyonu’na taraf bir devlet ya da Konvansiyon’a taraf bir devletin vatandaşı olması gerekmektedir. Konvansiyon’un 25/2(b) maddesinde, tüzel kişiler yönünden bu husus açıkça belirtildikten sonra, maddenin ikinci bölümünde, “... uyuşmazlığın uzlaşmaya ya da tahkime götürülmesine rıza gösterildiği tarihte bir Akit Devletin vatandaşı olan, ancak yabancı kontrolü nedeniyle, bu Konvansiyonun amacına hizmet etmek üzere, diğer Akit Devletin vatandaşı olarak muamele edilmesi konusunda tarafların mutabık kaldıkları tüzel kişiler ...” şeklinde kapsam genişletilmiştir.

Kuruluş yerinin geçerliliği konusunda UNCITRAL kurallarına göre görülen bir davada<sup>293</sup> hakem heyeti, davacının kâğıt üstünde yatırımcı olduğu, gerçekte yatırıma konu şirket hisseleri üzerinde gerçek bir ekonomik menfaatinin bulunmadığı iddialarını reddetmiş, yatırım anlaşmasının lafzına sadık kalmış ve yargı yetkisini kabul etmiştir. Mera Investment v. Serbia davasında<sup>294</sup>, ev sahibi devlet, davacı şirketin sermayesinin kaynağının Sırbistan olduğunu, etkin kontrolünün Sırbistan’dan yapıldığını, bu nedenle yabancı yatırımcının bulunmadığını ileri sürmüştür<sup>295</sup>. Hakem heyeti ise, ICSID Konvansiyonu’nun, yatırımcı

<sup>293</sup> Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, under UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, p. 243. Somut olayda, Çek Cumhuriyeti’nde IPB adındaki devlet bankasının hisselerini edinen şirket Hollanda’da kurulmuş, Saluka Investments BV, olmasına karşın, Saluka’nın gerçek hissedar olmadığı, gerçek hissedarın İngiltere’de tescil edilmiş Japon Yatırım Bankası’nın bir iştiraki olan Nomura Europe’un olduğu ileri sürülmüştür. İkili anlaşma, korumadan yararlanmak için başkaca bir şart aramadığından, Hollanda’da kurulmuş ve Çek Cumhuriyeti’ne yatırım yapmakla, Saluka yatırımcı olarak kabul görmüştür.

<sup>294</sup> Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia, ICSID Case No. ARB/17/2, Decision on Jurisdiction, 30 November 2018.

<sup>295</sup> Aynı kararda p. 159.

tarafından kullanılan sermayenin yatırımcının kurulu olduğu devletin kaynağı olması gerektiğine ilişkin herhangi bir şartın bulunmadığını, etkin yabancı kontrolünün de vatandaşlığın belirlenmesinde bir kriter olmadığını belirtmiştir<sup>296</sup>. Ev sahibi devlet vatandaşlarının yurtdışında kuracakları şirketler üzerinden, vatandaşı oldukları ev sahibi devletin yatırım anlaşması kapsamında yabancılara tanıdığı korumadan yararlanıp yararlanamayacakları tartışma konusu olmuştur. Şüphesiz bu konuda doktrini en çok meşgul eden ICSID davalarından biri, Tokios Tokelés v. Ukraine davasıdır<sup>297</sup>. Tokios, Litvanya’da kurulmuş bir şirkettir. Ukrayna’da tamamına sahip olduğu bir başka şirket kurmuştur. Litvanya ile Ukrayna arasında akdedilen uluslararası anlaşmayı ihlal ederek iştiraki hakkında işlemler yapıldığını iddia ederek, iştiraki ile birlikte Ukrayna’yı 2002 yılında ICSID’de dava etmiştir. Ukrayna ve Litvanya arasında akdedilen uluslararası anlaşmada “yatırımcı” Ukrayna hukukuna göre Ukrayna vatandaşları ve Ukrayna’da kurulmuş kuruluşlar olarak ifade edilmiş, Litvanya için de aynı prensip kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Ukrayna hukukuna göre Ukrayna vatandaşı olan gerçek kişiler ile Ukrayna’da kurulmuş kuruluşlar Litvanya’da yapacakları yatırımlar yönünden anılan uluslararası anlaşma kapsamında “yatırımcı” olarak kabul edilecektir. Tersine de Litvanya için söz konusudur. Ayrıca uluslararası anlaşmada bir Ukrayna ya da Litvanya vatandaşı tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen kişiler de kapsama dâhil edilmiştir. Kontrol ise kuruluşun mülkiyetinin önemli bir bölümüne sahip olmak şeklinde tanımlanmıştır<sup>298</sup>.

Somut olayda Tokios, her ne kadar Litvanya’da kurulmuş bir şirket ise de Şirketin %99’u Ukrayna vatandaşlarına aittir. Yönetiminin üçte ikisi de Ukrayna vatandaşları tarafından belirlenmekteydi. Ukrayna, hakem heyetinden Tokios’un “tüzel kişilik perdesinin aralanması”nı, bu suretle, Ukrayna vatandaşlarının kendi devletleri aleyhine ICSID’de dava

---

<sup>296</sup> Aynı kararda p. 170 – 173.

<sup>297</sup> Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

<sup>298</sup> ICSID’de Tokios davası ile hemen hemen aynı zamanda görülen bir başka davada, hakem heyeti, Davalının yargı yetkisi itirazıyla ilgili olarak, Davacının ve ortakların hissedarlık yapılarına bakarak, şirketlerin ICSID yargı yetkisine sahip olmak üzere Hollanda’da kurulmadığına ve dolayısıyla, hakem heyetinin meseleye bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir. Kararın mevhum-u muhalifinden, yalnızca ICSID yargı yetkisi bulunması amacıyla kurulan tabela şirketlerinin ICSID yargı yetkisinden yararlanamayacakları sonucu çıkmaktadır. Belirtelim ki, kararda baş hakemin muhalefet şerhi bulunmaktadır, Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, p. 331.

açamayacaklarından bahisle yargı yetkisi bulunmadığından davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

ICSID Konvansiyonu'nda milliyetin tespiti hususunda düzenleme bulunmadığından, hakem heyeti çoğunluk görüşüyle, ikili yatırım anlaşmasında milliyet konusunda Litvanya kanunlarına göre kurulmuş olması yeterli olduğundan, Tokios'un yabancılık kriterini sağladığına karar vermiştir. Çoğunluk gerekçesinde hakem heyeti, kontrol esasına göre milliyetin tespiti öngörülseydi tarafların bu şekilde ikili yatırım anlaşmasında düzenleyeceklerini, esasen üçüncü ülkelerde mukim şahıslar yönünden tarafların bu çeşit bir düzenlemeye de ikili yatırım anlaşmasında yer verdiklerini belirtmiştir<sup>299</sup>. Kanaatimize göre, yerel bir uyuşmazlığın uluslararası alana taşınması amacıyla yapılan işlemler yönünden, dava hakkının kötüye kullanılması (*abuse of process*) nedeniyle ICSID'in yargı yetkisinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

ICSID tahkiminde yatırımcının milliyeti önem arz etmektedir. Zira, ICSID ev sahibi devlet ile yatırımcının aynı milliyette olduğu uyuşmazlıklarda yetkili değildir. Yabancı yatırımcının tabiiyeti sözleşmenin kurulması anına göre belirlenmektedir. Taraflar uyuşmazlığın Merkez'de görülmesine sözleşmenin kurulmasıyla rıza göstermektedirler. Tabii ki, söz konusu rızanın sözleşmenin kurulmasından sonra da gösterilmesi mümkündür. Sonradan milliyetin değişmesi Merkez'in yetkisine etkili değildir.

Yabancı yatırımcının milliyeti konusunda tartışmalı konulardan biri de hakem heyetince karar verilinceye kadar yabancılık unsurunun devam etmesinin gerekip

---

<sup>299</sup> Hakem heyeti başkanı çoğunluk görüşünden ayrılarak muhalefet şerhi vermiştir. Buna göre, Hakem heyeti başkanı Prof. Weil tüzel kişilik perdesinin aralanmasının yargı yetkisinin tespiti hususunda ilgisiz olduğunu, zira, meselenin Tokios'un doğru olmayan, makul olmayan surette hareket etmesinden dolayı perdenin aralanması olmayıp, sermayenin yerli olmasıyla alakalı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, Prof. Weil, çoğunluk görüşünün ICSID Konvansiyonu'nun amaç ve hedefine de uymadığını, ICSID Konvansiyonu ile ev sahibi ülkedeki yabancı sermayeli yatırımların korunmasının amaçlandığını, bu suretle ICSID Konvansiyonu ve BIT kapsamında korunma hakkının bulunmadığını belirtmiştir, bu konuda bkz. McLachlan/Shore/Weiniger, s. 151 vd. ve Yannaca-Small, C., Liberty, L., s. 21. Muhalefet şerhi doğrultusunda, Sornarajah da yatırım anlaşmalarının yabancı yatırımları geliştirmek üzere imzalandığını, kuruluş yeri ölçütünün suistimale açık olduğunu, Ukrayna'nın bu tür bir yatırıma koruma sağlama niyetinin bulunmadığını açık olduğunu ifade etmektedir, Sornarajah, *Investment Arbitration*, s. 279-280.

gerekmeyiştir. KASTA kaynaklı bir uyuşmazlık olan Loewen davasında<sup>300</sup> hakem heyeti KASTA'nın, tahkim talebinin arzı tarihinde yabancı olma koşulunu açıkça düzenlemesine karşın karar tarihine kadar bu durumun devam ettirilmesinin gerekip gerekmediğı konusunda düzenleme getirmediğini ifade etmiştir. Hakem heyeti, davacı Kanadalı şirketin iflasını müteakip halef olan şirketin ABD'de kurulu olması nedeniyle, karar tarihinde ev sahibi devletin haklarını korumakla mükellef olduğı bir yabancı yatırımcının bulunmadığından, yetki yönünden davanın reddine karar vermiştir. Hakem heyeti bu karara ulaşırken bir bütün olarak KASTA'nın amaç ve dilini göz önünde tutmuştur. Hakem heyeti, KASTA'nın bu hususta sessiz kalmasının, akit devletlerin uluslararası âdet hukukuna dayanılmasını amaçlamalarından kaynaklandığını işaret etmiştir<sup>301</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, Loewen davasında verilen karar, uygulayıcılardan çok eleştiri almış ve destek bulamamıştır. Hâkim görüş, söz konusu uluslararası anlaşmada aksi öngörülmedikçe yabancılık unsurunun devamlılığı en çok zarar görme anından tahkim talebinin arzına kadar geçecek süreyle sınırlı olması yönündedir<sup>302</sup>. ICSID Konvansiyonu'nda da yabancılık unsurunun karar verme anına kadar devamlılığı hususunda bir koşul bulunmamaktadır. ICSID Konvansiyonu'nun 25/2 maddesine göre tahkim talebinin Merkez'e iletildiği tarihte yabancılık koşulunun sağlanması yeterli görülmektedir.

### iii. Diğer Çok Taraflı Anlaşmalarda Tüzel Kişi Yatırımcı Kavramı

Çok taraflı yatırım anlaşmalarından EŞA'nın 1(7)(ii) maddesinde yer alan yatırımcı tanımında, tüzel kişi yatırımcı *“Bir Akit Taraflın yürürlükteki hukukuna göre kurulmuş bir şirket ya da başkaca bir kuruluş anlamındadır”*<sup>303</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, Enerji Şartı Anlaşması tüzel kişinin kuruluş yerini esas almak üzere tüzel kişiyi tanımlamış, tüzel kişinin idare edildiğı yer ya da kontrol gibi diğer ölçütlere tanımda gerek duyulmamıştır. EŞA ve ICSID Konvansiyonu'nun uygulandığı yeni bir davada<sup>304</sup>, hakem

<sup>300</sup> The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003.

<sup>301</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 151 vd.

<sup>302</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 154.

<sup>303</sup> Orjinal hali şu şekildedir: *“(ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party”*.

<sup>304</sup> Renergy S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 Mayıs 2022.

heyeti, davalı devletin, davacının tabela şirketi (shelf company) olduğuna, bu nedenle EŞA anlamında gerçek bir yatırımcı olmadığına ilişkin iddialarına karşı, EŞA'nın 1(7)(a)(ii) maddesindeki tüzel kişi yatırımcı için tek kriterin, bir tarafın kanunlarına göre kurulmak olduğunu ve EŞA'nın tabela şirketlerini kapsam dışında tutmadığını belirtmiştir<sup>305</sup>.

MIGA'da ise, uygun yatırımcının (*eligible investor*) düzenlendiği 13(ii) maddesine göre; bir üye devlette kurulmuş ve merkezi o üye devlette olan ya da ev sahibi devletin o üye devlet olmaması kaydıyla, sermayesinin çoğunluğu bir üye devlete, üye devletlere ya da bunların bir vatandaşına ait olan bir tüzel kişi uygun yatırımcıdır. Diğer bir ifadeyle, MIGA, tüzel kişinin kuruluş yerine ilave olarak merkezinin de o üye devlette olmasını aramış, alternatif olarak, sermayesinin çoğunluğunun bir ya da daha ziyade üye devlete ya da bir üye devletin vatandaşına ait olmasını da kapsam içine almıştır.

USMCA'nın 1.5 maddesinde, “enterprise” terimi tanımlanmıştır: “*kuruluş, her türlü şirket, tröst, ortaklık, şahıs şirketi, ortak girişim, birlik ya da diğer kuruluşlar dahil olmak üzere, kâr amaçlı olup olmadığına ve özel ya da devletin mülkiyetinde ya da kontrolünde olup olmadığına bakılmaksızın, uygulanabilir hukuka göre kurulmuş ya da teşekkül etmiş her türlü işletme anlamındadır.*”<sup>306</sup> Buna göre, USMCA tüzel kişiyi çok daha kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlamış olmaktadır.

### 3. Tüzel Kişi Yatırımcıya İlişkin Bazı Özellikli Durumlar

#### i. Özel Hukuk - Kamu Hukuku Tüzel Kişileri

ICSID Konvansiyonu'nda yatırımcının özel hukuk tüzel kişisi olması gerektiği ya da kamu hukuku tüzel kişilerinin yatırımcı olamayacaklarına ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. CSOB v. The Slovak Republic davasında<sup>307</sup>, sermayenin %65'nin devlete

<sup>305</sup> Ayı kararda p. 556.

<sup>306</sup> İngilizce metni şu şekildedir: “*enterprise means an entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately-owned or governmentally-owned or controlled, including a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association or similar organization;*”. Tanım için bkz. <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/01-Initial-Provisions-and-General-Definitions.pdf>, (Erişim Tarihi: 3 Nisan 2022).

<sup>307</sup> Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S.(CSOB) v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999. Çek Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti arasında imzalanan yatırım



ait olması nedeniyle, bu husus tartışma konusu edilmiştir. Hakem heyeti, yatırım anlaşmasında yatırımcının yalnızca özel hukuk kişilerini kapsayacak şekilde tanımlanmadığını, devletin temsilcisi sıfatıyla hareket etmedikçe ya da devletin yönetim görevini üstlenmiş olmadıkça, bir kamu tüzel kişinin de ICSID tahkimine başvurabileceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, uygulamada bazı yatırım anlaşmaları<sup>308</sup> kamu tüzel kişilerini ve bazı yatırım anlaşmaları<sup>309</sup> ise bizatihi devlet tüzel kişiliğini, yatırımcı kapsamına dahil etmektedir. Yine bazı yatırım anlaşmaları, ayırım yapmaksızın, tüm “tüzel kişiler” şeklinde yatırımcıyı tanımlamaktadır<sup>310</sup>.

Kamu tüzel kişilerinin yatırımcı olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda bir özellikli durum da yatırım hukukunun nispeten yeni aktörlerinden egemen varlık fonları (*sovereign wealth funds*) açısından söz konusudur. Gerçekten, egemen varlık fonlarının son dönemde yabancı yatırımlarda aktif rol aldığını görüyoruz. Belirtelim ki, bu fonlar piyasalarda önemli ölçüde etkili olabilecek, diğer bir ifadeyle, piyasaları istikrarsızlaştırabilecek güce sahiptirler. Devletler kurdukları yatırım ve varlık fonları da yabancı yatırımcı olarak değerlendirebilmektedirler. Stockholm Ticaret Odası kurallarına göre görülen yeni tarihli bir tahkim davasında<sup>311</sup>, Davalı devlet, Davacı’nın devlet

---

anlaşmasına dayalı olarak açılan ICSID davasında, hakem heyeti yatırımı geniş yorumlayarak Slovakya devletinin savunmasını uygun bulmamıştır. Davacı banka CSOB, Slovakya ile Çek Cumhuriyeti’nin ayrılmasından sonra özelleştirilmiş ve belirli ödenmeyen krediler portföyü varlık şirketine temlik edilmiştir. Varlık şirketi de temlik olunan alacaklarla ilgili olarak CSOB’a ödeme yapacaktır. Söz konusu ödeme Slovakya Maliye Bakanlığı tarafından da garanti edilmiştir. Slovakya, CSOB’nin Slovakya devletinde herhangi bir harcama, masraf ya da gider üstlenmemiş olduğunu belirterek, uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanmadığını ileri sürmüştür. Hakem heyeti gerekçesinde CSOB’nin faaliyetinin devamı ile genişlemesinin Slovakya devletinin ekonomik kalkınmasına önemli katkı sağladığını, bu hususun CSOB’ı yatırımcı yaptığını, tüm sürecin ICSID Konvansiyonu tahtında bir yatırım olduğunu ifade etmiştir, McLachlan/Shore/Weiniger, s. 166.

<sup>308</sup> Örneğin, 2004 tarihli Amerika Model İkili Uluslararası Anlaşma böyledir.

<sup>309</sup> 2001 tarihli Belçika-Suudi Arabistan Yatırım Anlaşması, devlet tüzel kişiliğini de “yatırımcı” tanımına dahil eden anlaşmalardandır, Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/408/download> (Erişim Tarihi: 8 Nisan 2022); Türkiye Cumhuriyeti ile Katar Devleti arasında imzalanan, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma’da da kamu kuruluşları yatırımcı tanımına dahil edilmiştir, RG: 2.8.2007/26601, (Erişim Tarihi: 3 Nisan 2022).

<sup>310</sup> 2008 tarihli Almanya Model Yatırım Anlaşması, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2865/download> (Erişim Tarihi: 20 Haziran 2022).

<sup>311</sup> State Development Corporation "VEB.RF" V. Ukraine, SCC Case No. 2019/113 and V2019/088, Partial Award On Preliminary Objections (Case No. V2019/088), 31 January 2021.

fonksiyonlarını yerine getiren, Rusya devletinin bir organı ya da temsilcisi olduğunu<sup>312</sup>, özerk bir tüzel kişi olmadığını, uyuşmazlığın iki devlet arasında olduğunu, yatırım anlaşmasının yatırımcı tanımının devletleri kapsamadığını ileri sürmüştür. Davacı ise, kurucusunun ve kendisini nihai olarak kontrol edenin Rusya devleti olduğunu, ancak Maliye Bakanlığı'nın ticari sözleşmeler bazında kendisini yetkilendirdiği durumda finansal temsilci olarak hareket ettiği durumlar haricinde herhangi bir devlet fonksiyonunun bulunmadığını ifade etmiştir. Yatırım anlaşmasında, yatırımcı olunması için iki şart görülmektedir: (i) kendi devletinin kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişi olması ve (ii) ev sahibi devlette yatırımlarda bulunmak için kendi devletinin kanunlarına göre ehliyetinin bulunmasıdır<sup>313</sup>. Hakem heyeti, kararında, yargı yetkisinin istisnasının yatırım anlaşmasının hükümlerinde açıkça belirtilmesini beklediğini ifade etmiş<sup>314</sup> ve yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir<sup>315</sup>. Kanaatimizce, yatırımcı tanımında, açıkça belirtilmemesine rağmen, yabancı devlet organının ya da kuruluşunun yabancı yatırımcı tanımındaki koşulları sağladığı durumlarda, özellikle, devlet organı ya da kuruluşunun faaliyetinin ticari olduğu, diğer bir ifadeyle, devlet fonksiyonlarından birini yerine getirmediği hallerde, söz konusu devlet organı ya da kuruluşu yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilir.

## **ii. Dolaylı Hissedarlık**

Günümüz ekonomik ve mali yaşamında yabancı yatırımların sıklıkla ana hissedarın organizasyonu içinde farklı seviyelerdeki iştirakleri tarafından yapıldığını görüyoruz. Bu halde ise, yabancı yatırıma konu şirketin hissedarı yine kaynak devletteki bir başka yerli yatırımcı iken bu yerli yatırımcının hissedarı yabancı olabilmekte ya da ilk seviyedeki yabancı hissedarın bir başka ülkede kurulu farklı bir uyruklu hissedarı olabilmektedir. Bu durumda karşılaşılan soru şudur: Yabancı yatırımcının yatırımı söz konusu yatırıma konu şirkette dolaylı ise, bu yabancı yatırımcı da korumadan yararlanabilecek midir? Sorunun karşılaşıldığı uyuşmazlıklarda hakem heyetleri soruya olumlu yanıt vermişlerdir. Merkez'de

---

<sup>312</sup> Aynı kararda bkz. p. 151.

<sup>313</sup> Aynı kararda bkz. p. 118.

<sup>314</sup> Aynı kararda bkz. p. 123.

<sup>315</sup> Aynı kararda bkz. p. 270.

açılan bir davada<sup>316</sup> hakem heyeti, “yatırım”ın geniş tanımına dayanarak dolaylı yatırımın da ilgili yatırım anlaşması tahtındaki haklardan yararlanmasına karar vermiştir. Bizce de yerinde olarak, hakem heyeti, yargı yetkisinin belirlenmesi açısından, yabancı yatırımcının, yatırıma konu imtiyaz sözleşmesi ya da lisans sözleşmesine taraf olup olmadığının bir öneminin bulunmadığına hükmetmiştir.

Yine, Gas Natural SDG S.A. v. The Argentine Republic davasında<sup>317</sup> hakem heyeti, Arjantin devletinin yapmış olduğu, davacının yabancı yatırıma konu şirkette sadece dolaylı bir yatırımcı olduğu ve sözleşmeye taraf olmadığı savunmasının daha önce defalarca hakem heyetleri önünde yapıldığı, ancak karar tarihi itibarıyla hakem heyetinin bilgisi dahilinde, bu savunmaların kabul gördüğü bir davanın bulunmadığına işaret ederek, dolaylı yatırımın da yabancı yatırıma konu olabileceğine hükmetmiştir. Görünen odur ki, dolaylı yatırım bakımından da ilgili yatırım anlaşmasında yer alan “yatırım” tanımı önem arz etmektedir. Hakem heyetleri “yatırım” tanımının geniş bir şekilde düzenlendiği, dolaylı yatırımların hariç tutulmadığı tüm durumlarda, diğer şartları da taşıması kaydıyla, dolaylı yatırımları da yatırım anlaşmasının korumasına layık bulmaktadır. Nitekim Siemens v. The Argentine Republic davasında<sup>318</sup>, dolaylı yatırımların yatırım anlaşmasında yer alan haklardan yararlanabilmeleri için açıkça yatırım anlaşmasında bunun kabul edilmiş olması gerektiğine ilişkin Arjantin’in savunması hakem heyetince reddedilmiştir. Hakem heyeti, ikili anlaşmanın lafzına göre, bir Alman yatırımcının sahibi olduğu hisselerin yatırım anlaşması kapsamında korunduğunu, dolaylı yatırımların bu tanımdan hariç tutulmasını destekler bir düzenlemenin bulunmadığını belirtmiştir<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No: ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003.

<sup>317</sup> Gas Natural SDG S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No: ARB/03/10, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005.

<sup>318</sup> Siemens v. The Argentine Republic, ICSID Case No: ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004.

<sup>319</sup> Yine, Arjantin’in taraf olduğu diğer bir davada ise, davacı Enron’un yatırımdaki hissedarlığının birkaç seviye dolaylı olması ve birçok yerli şirketi de ilgilendirmesine rağmen, hakem heyeti dolaylı yatırım tartışmasına dahi girmeden, yatırımın ikili yatırım anlaşması tahtında korunduğuna hükmetmiştir, Enron and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No: ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004.

Cairn Energy davasında<sup>320</sup>, Davalı devlet, yatırım anlaşmasının dolaylı yatırımları kapsamadığını, diğer yatırım anlaşmalarında belirtilen “doğrudan ya da dolaylı” yapılan yatırımlar ifadesinin, somut olaydaki anlaşmada bulunmadığını<sup>321</sup>, Davacı’nın Hindistan’daki dolaylı hissesinin yatırım olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Davacı ise, Hindistan’da 2006 yılından önce bir petrol şirketi satın aldığını, sonraki yıllarda da petrol ve diğer madenleri arama ve çıkarma imtiyazı bulunan iştiraklerde hisse edindiğini, mevcut uyumsuzluğa konu işlemin ise daha önceki yatırımların yeniden yapılandırmasından ibaret olduğunu savunmuştur<sup>322</sup>. Hakem hayeti, yatırım anlaşmasının yatırımı “her türlü tesis edilen ya da edinilen varlık” şeklinde tanımladığını, yatırımın yalnızca doğrudan yapılabileceğine ilişkin açık sınırlandırma olmadığı durumda, tanımın olağan anlamına göre, doğrudan ve dolaylı yatırımları kapsadığına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>323</sup>.

### III. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Türleri

Yabancı yatırım sözleşmelerinin öncelikle sektör bazında şekillendiğini belirtmek uygun olacaktır. Gerçekten doğal kaynaklara ilişkin yatırım sözleşmeleri genellikle imtiyaz sözleşmesi şeklinde iken, enerji projeleri ile havalimanı, otoyol inşaatı gibi büyük projeler, yap-işlet-devret gibi modellerle karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle ev sahibi devletin yatırımla ulaşmak istediği amaca göre yatırım sözleşmesinin şekli çizilmektedir.

Öncelikle bugün için en sık karşılaşılan yatırım sözleşmelerinin ortak girişim (joint venture) sözleşmeleri olduğunu belirtelim. Bunun nedeni ev sahibi devletin genellikle yatırımı kontrol altında tutabilmek, kaynağın tamamının yabancı bir yatırımcıya aktarılmasını önlemek üzere ya bir devlet kuruluşunun ya da özel yerli bir kuruluşun projede yer almasını arzulamasındandır.

---

<sup>320</sup> Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2016-07, Final Award, 21 December 2020.

<sup>321</sup> Aynı kararda bkz. p. 682.

<sup>322</sup> Aynı kararda bkz. p. 688.

<sup>323</sup> Aynı kararda bkz. p. 715-716. Dolaylı hissedarlık ve dolaylı yatırımın tartışmaları için ayrıca bkz. Poštová Banka, A.S. and Istrokapital Se v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 09 April 2015; Orascom TMT Investments S.À R.L. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35, Award, 31 May 2017; Deutsche Telekom AG v. The Republic of India, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 13 December 2017; Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/10/12, Award, 02 November 2012.

Çok uluslu şirketlerin yabancı yatırımdan beklentilerinin genel olarak kâr elde etmek olduğu aşikârdır. Ancak, gayenin sadece kâr elde etmek olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Kazanç elde etmenin yanı sıra çok uluslu şirketi yatırıma yönelten başka etkenler de bulunabilir. Wolfgang Peter, yatırıma yönelten diğer unsurları; istikrarlı ürün akışının sağlanması ihtiyacı, sektördeki rekabet durumu, özellikle oligopol içinde ya da dışındaki üyeliğe ilişkin pazar şartları üzerinde hakimiyet ve çeşitlendirme ya da dikey entegrasyon şeklinde sıralamaktadır<sup>324</sup>. Ev sahibi devletin yabancı yatırımla hedeflediği ise; döviz geliri elde etmek, altyapı kalkınması, teknoloji edinilmesi, yönetim deneyimi ve iş gücü eğitimi, işçi ücretlerinde artış, pazar açmak ve ticaretin geliştirilmesi ve ilave yatırım elde etmektir.

Yatırım sözleşmelerinin ev sahibi devletin kamu hukuku sistemine entegre olmasını sağlamak üzere yeni sözleşme türleri ve hukuk sistemi yaratılmıştır<sup>325</sup>. Özellikle yabancı yatırımın ülkeye girişi ve işletilmesi, diğer bir ifadeyle tüm süreç, ev sahibi devletin idari otoritelerinin denetimine tabi tutulmaktadır. Bu şekilde ev sahibi devlet yatırımın her aşamasında milli menfaatlere uygunluğunu kontrol edebilmektedir.

Bu yatırım sözleşmeleri dışında inşaat sözleşmeleri, ekipman kiralama sözleşmeleri, finansman sözleşmeleri gibi başkaca yatırım sözleşmeleri de mevcutsa da çalışmamızın amacına uygun olarak en yaygın yatırım sözleşmelerine değinmekle yetineceğiz.

#### **A. Kamu Özel İşbirliği (PPP) Sözleşmeleri**

Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) sözleşmeleri, kamu kuruluşları ile özel sektörün yüksek mali kaynak ve/veya teknoloji gerektiren altyapı ve üstyapı projelerinin finansmanını, yapımını, işletilmesini, işletme süresince bakım ve onarımını ve benzeri unsurları içeren, risk ve sorumlulukların kamu kuruluşları ve özel sektör teşebbüsü arasında dağıtıldığı karma nitelikte ve uzun süreli sözleşmelerdir. Dünya Bankası KÖİ Rehberinde de (World Bank PPP Reference Guide), “Özel hukuk kişisi ile bir kamu kuruluşu arasında, kamu varlığı ya da hizmeti sağlanması amacıyla, özel hukuk kişisinin önemli risk ve yönetim sorumluluğu üstlendiği ve ücretin performansa dayalı olduğu uzun süreli bir sözleşmedir.” şeklinde

---

<sup>324</sup> Peter, W., s. 12 - 13.

<sup>325</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 56.

tanımlanmaktadır<sup>326</sup>. Bu şekilde, kamu kurumları ile özel sektör arasında projenin risk ve maliyet paylaşımı yapılmakta, özel sektör teşebbüsü tarafından üstlenilen risk ve maliyet karşılığında uzun süreye yayılmış olarak gelir elde edilmektedir<sup>327</sup>. Kamu Özel İşbirliği modelinin ön planda olmamakla birlikte vazgeçilmez paydaşlarından biri de projenin finansmanını sağlayan kredi kuruluşlarıdır. Bu nedenle, proje için öngörülen risk maliyet dengesi ile birlikte, finans kuruluşlarının da kredi kullandırımına imkan tanıyacak belirli güvencelerin yer aldığı bir yapı gerekmektedir<sup>328</sup>.

Kamu Özel İşbirliği bir sözleşme ile KÖİ sözleşmeleri projelerin finansmanı için geliştirilen bir model olmakla birlikte, sadece bir finansman modeli değildir<sup>329</sup>. Esasen, KÖİ modeli, kamu hizmetinin gördürülmesi için kamu ve özel sektör kuruluşlarının işbirliği yaptığı modellerin bir çatı kavramıdır<sup>330</sup>. Bu bölümde aşağıda sayılan yabancı yatırım sözleşme tipleri de dahil olmak üzere Dünya genelinde pek çok KÖİ modeline dahil uygulamalar yer almaktadır<sup>331</sup>.

## **B. Ortak Girişim (Joint Venture) Sözleşmeleri**

Ortak girişim, iki ya da daha çok gerçek ya da tüzel kişinin, belirli bir amaca ulaşmak için sahip oldukları kaynakları ve teknolojiyi bir havuzda toplamak suretiyle iş birliği yapılmasını ifade etmektedir. Ortak girişimin özellikle sektöre bağlı olarak farklı biçimlerde

---

<sup>326</sup> World Bank, PPP Reference Guide 3.0, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/PPP%20Reference%20Guide%20Version%203.pdf> (Son Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2022). İngilizce metin şu şekildedir: “A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance.”.

<sup>327</sup> Kul, Eyüp, Yapım Sözleşmelerinde Asgari Ekonomik Menfaat Taahhüdü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 101.

<sup>328</sup> Son yıllarda KÖİ modeli Türkiye’nin çok sıklıkla başvurduğu modellerden biri olmuştur. Bu model ile otoyol, havaalanı, köprü yapım ve işletmesi, şehir hastaneleri, elektrik santralleri gibi projelerin hayata geçirilmesinde başarı ile model uygulanmıştır. Türkiye’nin bu model ve yapım işlerinde edinmiş olduğu deneyim, Türk müteşebbis ve danışmanlarının benzer modelleri yurtdışına ihraç etmelerine de imkân tanımıştır. Nitekim, Türkiye Cumhuriyetleri ile Afrika ülkelerinde çeşitli çalışmaların icra edildiği gözlemlenmektedir.

<sup>329</sup> Evren, Çınar, Can, Kamu – Özel İşbirlikleri, Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2016, Ankara, s. 34.

<sup>330</sup> Çakır, Hüseyin, Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015, s. 442.

<sup>331</sup> Kapsamlı liste için bkz. Evren, Ç., C., s. 349 vd.

kurgulanması söz konusu olduğundan tüm tür ve özelliklerini kapsayacak şekilde bir tanım verilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>332</sup>. Ortaklardan her biri müşterek amaca ulaşmak için şekle tabi olmayan bir sözleşme ile para, know-how, mal ya da deneyimini ortaya koymaktadır. Genellikle ortak girişimle üstlenilen yatırım üzerinde hiçbir tarafın tek başına hâkimiyeti söz konusu olmamaktadır. Yatırımı ortaklar müştereken üstlenmekte ve her bir ortak işin tamamından, tüm malvarlığı ile sorumlu olmaktadır. Şöyle ki, taraflar sıklıkla, ortak girişim sözleşmesinde yatırıma ilişkin belirli önemli kararların diğer tarafın katılımı olmaksızın alınamayacağını düzenlemektedirler. Bu şekilde yatırım üzerinde hâkimiyet tartışma konusu olmaktan çıkmaktadır<sup>333</sup>. Joint venture taraflar arasında sözleşmeyle, tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan bir ortaklık olarak kurulabilmektedir<sup>334</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimde iki dereceli bir yapı söz konusu olmakla birlikte, genel olarak kabul edildiği şekilde tek bir ortaklık bulunmaktadır<sup>335</sup>.

Belirtmek gerekir ki, yatırım sözleşmeleri içerisinde en yaygın olanlardan biri ortak girişim (*joint venture*) sözleşmeleridir<sup>336</sup>. Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devletin arasındaki ilişkinin yeniden şekillendiği, bugünün siyasi ve ekonomik koşullarına uygun, modern bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>337</sup>. Özellikle, tek bir girişimcinin üstesinden gelemeyeceği ya da risk nedeniyle tek başına üstlenmek istemeyeceği kadar büyük sermaye ve iş gücünü gerektiren inşaat, doğal kaynaklar ve enerji yatırımlarında sıklıkla karşılaşılmaktadır. Büyük miktarda sermayeye ihtiyaç duyulan projelerin, kamu özel sektör

---

<sup>332</sup> Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 283. Bunun yerine uygulamada faaliyetin çerçevesinin çizildiğine şahit olunmaktadır. Barlas, Joint Venture'ın, aynen atıfla, "hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin risklerini her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri" anlamını taşıdığını ifade etmektedir, bkz. Barlas, N., s. 284.

<sup>333</sup> Peter, W., s. 21.

<sup>334</sup> Çelebi, Çakır, Betül F., Joint Venture'ın Hukuki Niteliği, Dergipark, YBHD, Ankara, Yıl 2, S. 2017/2, s. 101. Sermayeye katılmalı, tüzel kişiliği bulunan joint venture'da, esasen şirketin kurulması amacıyla hissedarlar arasında sözleşme yapılmakta, şirketin kurulmasından sonra ise, joint venture sözleşmesi genellikle, şirketin yönetimi ve idaresine ilişkin olarak hissedarlar sözleşmesi görevi görmektedir.

<sup>335</sup> Barlas, N., s. 295.

<sup>336</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 20.

<sup>337</sup> Peter, W., s. 20.

işbirliği (PPP) modeli gibi modellerle, kamu tüzel kişisi ile yerli ya da yabancı yatırımcının bir araya gelerek gerçekleştirilebilmektedir<sup>338</sup>. Bu sektörlerde ev sahibi devletin ortak girişim yoluyla yatırımın hayata geçirilmesini arzu etmesi yalnızca yerli ortağın da bulunması isteğinden kaynaklanmamaktadır. Esasen, çoğu durumda yatırımın yerli ortakla üstlenilmesi ev sahibi devletin mevzuatı gereğidir<sup>339</sup>. Şöyle ki, belirtilen yatırımlar önemli miktarda sermayeyi, know-how ve iş gücünü gerektirmekle birlikte, riskin azami seviyelerde olduğu projelerdir. Yabancı yatırımcı için de yerli ortak edinmek pek çok yönden avantajlı olmaktadır. Ev sahibi devletin sistemini bilen, devlet kuruluşları nezdinde tesirli olabilecek yerli bir ortak yabancı yatırımcının işini kolaylaştıracaktır. Tabii olarak bu arada, yerli ortağın yabancı yatırımcının teknolojisinin en azından bir bölümünü ve yönetim becerisini edinmesi, yabancı yatırımcının ülkeden çıkmasından sonra da işletmenin sürdürülmesinde yarar sağlayacaktır. Bununla birlikte, ev sahibi devlet bizzat ya da bir kuruluşu ile yer alacağı ortak girişim yatırımlarından daha fazla pay alma imkânına da sahip olmaktadır. Ancak, ev sahibi devletin yer alacağı ortak girişim yatırımlarında ev sahibi devletin de imtiyaz sözleşmesinden farklı olarak yönetsel ve teknik becerisi gerekmektedir<sup>340</sup>. Ayrıca, yatırıma ilişkin riskin dağıtılması açısından ortak girişim kurulması önemli bir avantaj olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>341</sup>. Ortak girişim sözleşmesinin taraflarının yatırımdan menfaatlerinin müşterek olduğu oranda ortak girişim uzun ömürlü olacaktır. Diğer bir ifadeyle, ortak girişimcilerin beklentilerinin uyuşması ilişkinin uzun süreli olabilmesi için zaruridir.

Yatırım hukuku alanındaki ortak girişim sözleşmeleri önemli bir özelliği de ev sahibi devlette yatırımı amaçladığından kamu otoritesinin ev sahibi devlete giriş izni verirken, ortak girişimin tarafları için bağlayıcı belirli hususları şart olarak koşabilmesidir. Ortak girişim sözleşmesi bu nedenle yatırım hukukunda idarenin de katılımı nedeniyle, ticari

---

<sup>338</sup> Keşli, Ahmet, T., (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 441.

<sup>339</sup> Peter W., s. 12. Özellikle sosyalist devletlerde rastlanan bir durumdur.

<sup>340</sup> Peter, W., s. 212.

<sup>341</sup> Peter, W., s. 11. Özellikle, yabancı yatırımcı devlet kuruluşu ile birlikte yatırım yaptığı durumda, devletin diğer kuruluşlarından alınması gerekli izinler, mevzuatı uyum gibi konular da devlet kuruluşunun mevcudiyetinden istifade etme imkanına sahip olmaktadır.



sözleşme olmaktan çıkıp, idare hukuku sözleşmesi haline gelebilmektedir<sup>342</sup>. Yatırım izninin verilmesinden sonra da kamu otoriteleri denetim yetkileriyle yatırımı kontrol altında tutmaktadırlar. Dolayısıyla, özel hukuk kişisi ile de yapılmış olsa, ortak girişim ile ilgili olarak, ev sahibi devlet yatırımın her aşamasında sözleşmenin “gizli ortağı” olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>343</sup>.

### C. İmtiyaz Sözleşmeleri

Yaygın olarak, doğal kaynaklarla ilgili yabancı yatırımın düzenlendiği sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir. İmtiyaz sözleşmesi ile belirli bir süre için doğal kaynakların aranması ve çıkarılması haklarının yabancı yatırımcıya devri amaçlanmaktadır<sup>344</sup>. Yabancı yatırımcı da bu hakkın kendisine devri karşılığında çıkarılan doğal kaynak üzerinden ev sahibi devlete imtiyaz ücreti ödemeyi üstlenmektedir<sup>345</sup>. İmtiyaz, karma nitelikte, imtiyaz alan ve imtiyaz verenin mali hak ve borçları ile hizmetin kuruluş, işleyiş kurallarını düzenleyen hükümlerden oluşmaktadır<sup>346</sup>. İmtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesine ilişkin özel kişilere imtiyaz verilmesini, imtiyaz alanın karşılığında hizmetten yararlananlardan bir bedel almak hakkını, masraf ve kar ve zararın da imtiyaz alana ait olduğunu düzenleyen sözleşmelerdir<sup>347</sup>. Bir diğer tanıma göre, kamu hizmet imtiyazı, imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan bir bedel alarak, kar ve zararı kendisine ait olmak üzere, sözleşme hükümleri çerçevesinde idarenin talimat ve sorumluluğunda kamu hizmetini yürütmesidir<sup>348</sup>. Danıştay da bir kararında, imtiyaz ve imtiyaz sözleşmesinin tanımını, “[... Kamu hizmetinin uzun süreli bir “idari sözleşme” uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin

---

<sup>342</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 36.

<sup>343</sup> Özellikle, doğal kaynaklar sektörü bakımından, devletin mevcudiyeti yatırımın temel özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir, Peter, W., s. 6.

<sup>344</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 44.

<sup>345</sup> Tiryakioğlu, s. 231.

<sup>346</sup> Tan, Turgut, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, AÜSBFD, C: 47, S: 3, 1992.

<sup>347</sup> Beydoğan, T., Ayhan, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, Sayı: 4, Yıl: 2011.

<sup>348</sup> Yıldırım, Yasin, Kaman, Özdemir, Üstün, Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 519.

*yerine getirilmesine imtiyaz denir...], [... Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır...]*” şeklinde yapmıştır<sup>349</sup>. Gözler de imtiyaz sözleşmesini, “*bir kamu hizmetinin, bu hizmetten yararlananlardan alacağı ücret karşılığında ve kendi kar ve zararına bir özel kişi tarafından kurulması ve belli bir süre işletilmesi amacıyla bu özel kişi ile bir kamu idaresi arasında yapılan bir sözleşmedir.*”<sup>350</sup> şeklinde tanımlamaktadır.

Orta Doğu’da bulunan petrol yatakları sömürgecilik döneminde yabancı yatırımcının son derece avantajına olacak şekilde imtiyaz sözleşmeleri ile çok uluslu enerji şirketlerine devredilmiştir. Şöyle ki, ilk sözleşmelerde doğal kaynağın mülkiyeti belirli ödemeler karşılığında yabancıya devredilmiştir. Yabancı yatırımcının doğal kaynağı çıkarmak zorunluluğu dahi bulunmamaktaydı<sup>351</sup>. Gelişmekte olan ya da daha az gelişmiş ev sahibi devletlerin müzakere imkanlarının artışı ve bu devletlerde müzakere edebilecek insan gücünün yetişmesi ile yatırım hukukuna imtiyaz sözleşmeleri dahil olmuştur. İlk imtiyaz sözleşmelerinin ev sahibi devlete sağladığı faydanın, yabancı yatırımın yarattığı sosyal ve çevresel problemleri dahi karşılamadığı ifade edilmektedir<sup>352</sup>. Yine, yatırım hukukunun tarihsel gelişimindeki yeri nedeniyle, ilk yatırım uyuşmazlıkları da imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanmıştır. Son dönem imtiyaz sözleşmeleri, yabancı yatırımcının, maden arama ve çıkarma hakkı dışında, sorumluluklar üstlendiği, edimler arasında dengenin dikkate alınmadığı, ağırlıklı olarak ev sahibi devletin menfaatlerinin gözetildiği sözleşmelerdir<sup>353</sup>.

Sömürgecilik akımı zamanında imtiyaz sözleşmeleri, yabancı yatırımcıya çok az sorumluluk yüklemişken<sup>354</sup>, modern imtiyaz sözleşmelerinde ise yabancı yatırımcının teknoloji transferini ve yerli personeli de eğitmeyi üstlendiğini, ev sahibi devletin ise

---

<sup>349</sup> Danıştay 10.D., 6.2.2002, E. 1999/2407-K. 2002/347 (Yayımlanmamıştır.) Naklen bkz. Gözübüyük, Şeref, Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, s. 467.

<sup>350</sup> Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, C. II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Mayıs 2019, s. 72.

<sup>351</sup> Dolzer/Schreuer, s. 79; Bishop/Crawford/Reisman, s. 213; Tiryakioğlu, s. 232.

<sup>352</sup> Peter, W., s. 20.

<sup>353</sup> Dolzer/Schreuer, s. 80.

<sup>354</sup> Peter, W., s. 7.

fiyatlandırmayı kontrol ettiğini görüyoruz<sup>355</sup>. Esasen sadece fiyatlandırmayı değil, pek çok projede olduğu gibi, ev sahibi devletin bir kuruluşu da yatırımda ortak girişimci olarak söz sahibi olmakta ve kontrolü yabancı yatırımcı ile paylaşmaktadır<sup>356</sup>. Yine modern imtiyaz sözleşmelerinin önemli bir unsuru da yabancı yatırımcının uymakla yükümlü olduğu çalışma programıdır<sup>357</sup>.

#### **D. Anahtar Teslim (Turnkey) Sözleşmeler**

Anahtar teslim sözleşmeleri yabancı yatırımcı tarafından ev sahibi devlette bir tesisin inşa edilmesine ilişkin sözleşmelerdir. Şöyle ki, ev sahibi devletin ya da yerli yatırımcıların yeterli tecrübelerinin bulunmadığı bir alanda, teknolojik yeterliliği bulunan yabancı yatırımcıyla anahtar teslim olarak anlaşılmasıdır. Türk hukukunda, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun<sup>358</sup> 6/a maddesinde *“Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme”* şeklinde tanımlanmaktadır. Uygulamada anahtar teslim olarak yapılan projelere örnek olarak havaalanı, otoyol, köprü, baraj inşaatları, ileri teknoloji gerektiren fabrikaların kurulması gibi işler gösterilebilir. Bu projelerde yabancı yatırımcı söz konusu projenin tüm aşamalarını üstlenmekte ve kullanıma hazır olarak iş bitiminde teslim etmektedir.

#### **E. Üretim Paylaşımı Sözleşmeleri (Production Sharing Agreements)**

Bu tip yatırım sözleşmeleri, genellikle, yabancı yatırımcının yatırımın maliyetine katlandığı ve yatırımın gelirinin ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında paylaşıldığı sözleşmelerdir<sup>359</sup>. Özellikle, petrol arama ve çıkarma gibi faaliyetleri düzenlemek üzere ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcılar arasında sıklıkla başvuru alan bir yatırım sözleşmesi çeşididir. Üretim paylaşımı sözleşmelerinde belirli bir bölgenin petrol arama ve çıkarma işi

---

<sup>355</sup> Sornarajah *Investment Disputes*, s. 44.

<sup>356</sup> Peter, W., s. 9.

<sup>357</sup> Bishop/Crawford/Reisman, s. 217.

<sup>358</sup> RG: 22.1.2002/24648.

<sup>359</sup> Keşli, A., T., s. 473 vd.

yabancı yatırımcıya bırakılmakta, petrol çıkarması riski bütünüyle yabancı yatırımcının üstünde kalmaktadır<sup>360</sup>. Petrol bulunduktan sonra, öncelikle yabancı yatırımcı arama sırasında yapmış olduğu masraflar gelirin önemli bir bölümü ile geri ödenmekte, arama maliyeti karşılandıktan sonra ise, belirli bir süre için çıkarılan petrolün bir kısmı yabancı yatırımcıya kâr olarak devredilmekte, zaman içinde yabancı yatırımcıya bırakılan kısım azalmakta ve sonunda yatırım ev sahibi devlete geri dönmektedir<sup>361</sup>. Riskin yabancı yatırımcının üstünde olmasının bir sonucu olarak, tahsis edilen sahada doğal kaynak bulunmaması durumunda yabancı yatırımcıya garanti edilen bir kazanç mevcut değildir<sup>362</sup>.

Belirttiğimiz üzere, üretim paylaşımı sözleşmeleri ev sahibi devletlerin petrol yatakları üzerindeki kontrolü elinde tutmak üzere geliştirilmiş bir yatırım sözleşmesi biçimidir. İmtiyaz sözleşmelerine oranla güç dengesi açıkça ev sahibi devlet lehine değişmiştir. Ev sahibi devlet doğal kaynaklar üzerinde egemenlik hakkının bir görünümü olarak bu yatırım sözleşmelerine göre petrol yatakları üzerinde mülkiyet ve tasarruf hakkını saklı tutmaktadır<sup>363</sup>. Elbette ki, üretim paylaşımı sözleşmesindeki güç dengesinin ev sahibi devletin ne ölçüde lehine olacağı, ev sahibi devletin yatırım ihtiyacına ve yabancı yatırımcının kim olduğuna göre değişkenlik gösterecektir.

#### **F. Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret ve Benzeri Sözleşmeler**

Yap-işlet-devret (YİD) sözleşmeleri yatırım alanında diğer sözleşmelere nispeten daha yeni sözleşmelerdir ve esasında bir finansman modeline dayanmaktadır. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde geniş altyapı projeleri için bu modele başvurulmaktadır. Büyük miktarda sermaye gerektiren, inşası ve işletilmesi için yabancı yatırımcıya gereksinim duyulan projeler bu yeni tip sözleşmelerle yabancı yatırımcıya bırakılmaktadır. Yabancı yatırımcı projenin inşasını ve belirli bir süre işletilmesini üstlenmekte ve süre sonunda inşa

---

<sup>360</sup> Bishop/Crawford/Reisman, s. 213.

<sup>361</sup> Finansal açıdan üretim paylaşım sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerinden pek de farklı olmadığına ilişkin bir çalışma için bkz. Muttill, G., *Production Sharing Agreements-Mortgaging Iraq's Oil Wealth*, Arab Studies Quarterly; Yaz 2006, Cilt: 28, s. 1 vd.

<sup>362</sup> Bishop/Crawford/Reisman, s. 219.

<sup>363</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 118.

edilen tesisi ev sahibi devlete bırakmaktadır. YİD modeli, Türk mevzuatında, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da<sup>364</sup> tanımlanmıştır. Anılan Kanun'un 3/a maddesine göre, YİD yöntemi, *"İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini"* ifade etmektedir. Bu yüzden, YİD sözleşmelerinin hem idare hukuku hem de borçlar hukuku boyutu bulunmaktadır. İdare hukuku bakımından kamu hizmeti söz konusu olup, borçlar hukuku bakımından ise, ağırlıklı olarak eser sözleşmesi ve hasılat kirası unsurlarını barındırmaktadır<sup>365</sup>.

Yabancı yatırımcı altyapı projesinin inşasının tamamlanmasından sonra, sözleşme ile kararlaştırılan süre için tesisi işletmekte, tesisin hizmetinden yararlananlardan ücret ve başkaca ad altında ödemeler alarak, yatırımın maliyetini karşılayıp kazanç elde etmeye çalışmaktadır<sup>366</sup>. Esasen bu sözleşme tipinin konusu ve yapısı itibarıyla de bir nevi imtiyaz ya da imtiyaz türevi olduğu görüşü<sup>367</sup> geçmişte hakim iken, mevzuat düzenlemeleri ile bugün için imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>368</sup>. Bu şekilde hayata geçirilen projelere örnek olarak barajlar, elektrik santralleri, otoyollar, havaalanları gösterilebilir. Bu modelin ev sahibi devlet için avantajı maliyetine katlanmaksızın altyapı projesini gerçekleştirmesi, yabancı yatırımcı için avantajı ise, projeyi işleteceği süre içindeki gelirini temin etmek üzere projeyi yerli ve yabancı finans kuruluşları vasıtasıyla finanse edecek olmasıdır. Bu yüzden, işin bir diğer tarafında da finans kuruluşları yer almaktadır.

---

<sup>364</sup> RG: 8.6.1994/21959.

<sup>365</sup> Keşli, A., T., s. 463.

<sup>366</sup> Bu nedenle karma nitelikte bir sözleşmedir. Karma sözleşmeye uygulanacak hükümlerin de tartışıldığı değerli bir eser için bkz. Kul, E., s. 115. Zevkililer/Gökyayla da YİD sözleşmelerinin özel hukuk kurallarına bağlı bir karma sözleşme olduğunu ifade etmektedirler, Zevkililer, Aydın, Gökyayla, K, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, 20. Bası, İstanbul, 2020, s. 20. Nitekim, yabancı yatırımcı YİD sözleşmesi kapsamında, eser, hizmet, vekalet gibi çeşitli sözleşme tiplerine dair birden çok edimi üstlenmektedir.

<sup>367</sup> Orak, C., *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 54.

<sup>368</sup> Gözübüyük, Tan, s. 318 vd.

Dolayısıyla, projenin sadece ev sahibi devletin ve yabancı yatırımcı için elverişli olması yetmemekte, aynı zamanda kredilendirilebilecek bir proje olması da gerekmektedir.

Ülkemiz uygulamasında, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun<sup>369</sup> YİD modelini, *“İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade etmektedir”* şeklinde tanımlamaktadır. Son yıllarda YİD modeli altyapı ve enerji projelerinde sıklıkla başvurulmuş bir yöntem haline gelmiştir. Örneğin, Üçüncü Boğaz Köprüsü, Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu Projesi (Osman Gazi Köprüsü), Akkuyu Nükleer Santral Projesi gibi birçok önemli altyapı ve enerji projesi YİD modeli ile hayata geçirilmektedir. Bu kapsamda, ihale sonunda kazanan üstlenici yatırımcı ile genellikle Uygulama Sözleşmesi imzalanmakta, üstlenicinin koyacağı sermaye ve kredi düzenlemeleri ile projenin inşası ve tamamlanmasını müteakip hangi şartlarla işletileceği düzenlenmektedir. Projenin gerçekleştirilmesi için Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın olumlu görüşü ve Cumhurbaşkanı kararı ile finans kuruluşları lehine garanti verilmesi söz konusu olabilmektedir. İşletme döneminde ise yatırımın etkin, diğer bir ifadeyle, yatırımcı için karlı olması, belirli sayıda köprü, otoyol geçişinin ya da belirli süre elektrik satın alınmasının garanti edilmesi ile sağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, anılan YİD projelerinin hem altyapı üstleniminde hem de büyük oranda finans sağlanmasında yabancı yatırımların payı büyüktür.

Belirtelim ki, farklı ülkeler arasında aynı yatırım sözleşmesi türlerinde bir standart oluşmamıştır. İki farklı ülkede aynı tür bir sözleşmenin yapısı ve ekonomik şartları çok farklı olabilir<sup>370</sup>. Bu durum iki ülkenin ekonomik ve siyasi şartlarının, üretim koşullarının bütünüyle farklı olabileceği ile açıklanabilir. Bugün gelinen noktada yatırım sözleşmesi türleri arasında önemli bir farkın kalmadığı genellikle kabul edilmektedir. Ekonomik

---

<sup>369</sup> RG: 13.6.1994/21959.

<sup>370</sup> Peter, W., s. 211.

gerçekliğin etiketle ya da şekille değişmediği, sözleşmelerin şeklinden ziyade ekonomik esasına bakılması gerektiği savunulmaktadır<sup>371</sup>.



---

<sup>371</sup> Peter, W., s. 23.

## İKİNCİ BÖLÜM

### YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN YENİDEN MÜZAKERESİ

#### I. Yeniden Müzakerenin Hukuki Dayanağı ve Kapsamı

##### A. Yeniden Müzakerenin Hukuki Dayanağı

###### 1. Genel Olarak

Yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresi, özellikle küresel boyuttaki finansal dalgalanmalar ve toplumsal olaylar nedeniyle, sürekli olarak gündemdeki yerini koruyan bir olgu haline gelmiştir<sup>372</sup>. 1960 ve 1970’lerde ev sahibi devletlerin millileştirme tehdidi altında, maden ve petrol sözleşmeleri; 1980’lerden itibaren tecrübe edilen uluslararası borç krizi ve 1990’ların sonunda ortaya çıkan Asya finansal krizi nedeniyle proje ve finansman sözleşmeleri, 2000’li yılların başında Arjantin finansal krizi nedeniyle enerji imtiyaz sözleşmeleri, 2008-2009 yıllarında yaşanan küresel finansal kriz ve yine aynı yıllarda başlayıp müteakip yıllarda alevlenen Yunanistan devlet borç krizi ile devletlerin borç yükümlülüklerinin yeniden müzakeresine tanık olunmuştur. Halen tüm dünyada etkisi devam eden Covid-19 virüs salgınının da ev sahibi devletler ve yabancı yatırımcılar için yeniden müzakere zemini oluşturacağı da şüphe bulunmamaktadır. Esasen, dünya genelinde Covid-19 virüs salgını nedeni ile özellikle ev sahibi devletlerin yeniden müzakere arayışları basına yansır duruma gelmiştir<sup>373</sup>.

Sözleşmelerin yeniden müzakeresinde artış yaşanmasında üç temel nokta dikkat çekmektedir. Öncelikle, 1960 ve 1970’li yıllarda yabancı yatırım anlayışı kabuk değiştirmiş, OPEC gibi örgütlerin kurulması ile yeraltı zenginlikleri olan devletlerin kendi haklarını korumaları noktasında iş birliği yapmalarının önü açılmıştır. Yine, 1982 yılında ortaya çıkan uluslararası borç krizi nedeniyle Batılı bankalar ile üçüncü dünya ülkeleri arasında kredi

---

<sup>372</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Project Agreements*, s. 1319.

<sup>373</sup> Örneğin, Endonezya’nın devlet elektrik tedarik şirketi PLN özel elektrik üreticileri ile al ya da öde anlaşmalarını salgından ötürü elektrik tüketimindeki düşüş nedeniyle yeniden müzakere etmeyi istediğini açıklamıştır, Endonezya haber ajansı Antara’nın haberine şu linkten ulaşılabilir: <https://en.antaranews.com/news/165216/govt-to-renegotiate-35000> (Son Erişim Tarihi: 21 Haziran 2022).



sözleşmeleri yeniden müzakereye konu olmuştur. Söz konusu yeniden müzakereler, borç yeniden yapılandırılmaları olarak bilinmektedir. Bir diğer yeniden müzakereye neden olan olgu ise, aynı yıllarda petrol fiyatlarında önemli düşüş yaşanmasıdır. Gerçekten, kârlı bir iş olarak görülen uzun süreli petrol tedarik sözleşmeleri, fiyattaki önemli düşüş nedeniyle alıcı şirketlerin ekonomik olarak mahvına yol açabilecek bir düzeye ulaşmıştır. Bunun neticesinde ham petrol alıcı ve satıcıları arasında sözleşmelerin yeniden müzakeresi gündeme gelmiştir. Öte yandan, yıllar içerisinde bu durumun tersi de gündeme gelmiş; Arap ve Afrika ülkeleri, petrol fiyatlarının sürekli artması nedeniyle çok uluslu şirketlerin aşırı kâr elde ettiği gerekçesiyle sözleşmeleri yeniden müzakereye açmıştır<sup>374</sup>. Yine, aynı dönemde Amerikan dolarının özellikle Japon yeni olmak üzere diğer para cinsleri karşısında değer kaybetmesi nedeniyle, yapılmış sözleşmeler de yeniden müzakereye konu olmuştur<sup>375</sup>.

Yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresi istemlerine ev sahibi devlette yaşanan siyasi değişim ve çalkantı zamanlarında da sıklıkla başvurulmaktadır<sup>376</sup>. Geçmişte söz konusu siyasi değişim ve çalkantılar; yer altı kaynakları üzerindeki egemenlik hakkında değişimler, ülke ve hatta dünya genelinde yaşanan borç krizleri, belirli bir siyasi fikrin çöküşü ve yeniden yapılanma halleri şeklinde ortaya çıkmıştır. “Arap Baharı” olarak adlandırılan olayların yaşandığı, Irak, Lübnan ve Suriye gibi siyasi ve sosyal istikrarın kaybolduğu ev sahibi devletlerde siyasi değişim ve yeniden yapılanma nedeniyle yabancı yatırım sözleşmeleri yeniden müzakereye konu edilmektedir<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup> El Sheikh, Fath el R., A., *Legal Criteria For The Revision And Adaptation Of International Commercial Contracts: The African And Arab Perspective*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985, s. 106.

<sup>375</sup> Macaulay, Stewart, Kidwell, John, Whitford, William, Galanter, Marc, *Contracts: Law In Action*, The Michie Company Law Publishers, USA, 1995, s. 1142. Daha detaylı bilgi için ayrıca bkz. Salacuse, J. W., *Renegotiations in International Business*, *Negotiation Journal*, Volume: 4, No: 4, 1988, ss. 347-354.

<sup>376</sup> Kröll, S., s. 426.

<sup>377</sup> Örneğin, Mısır Cumhurbaşkanı Mübarek zamanında yapılan özelleştirmelerin reformcular tarafından ağır bir şekilde eleştirilmesi nedeniyle, yeni hükümetin Mübarek zamanında yapılan imtiyaz ve ekonomik sözleşmelerin yeniden müzakere etmesine yol açtığı ifade edilmektedir, Vaughan, Josh, *Arbitration in the Aftermath of the Arab Spring: From Uprisings to Awards*, *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, V. 28:2, 2013, s. 497.

Sözleşmelerin yeniden müzakeresi üç ana halde söz konusu olabilir<sup>378</sup>. Öncelikle, taraflar herhangi bir nedenle sona eren bir sözleşmeyi, yeni bir sözleşme yapmak maksadıyla, yeniden müzakere edebilirler. Esasen, bu halde, taraflar sona eren sözleşmenin yerine aynı ya da farklı şartlarla yeni bir sözleşme yapmak üzere müzakere etmektedirler. Bir diğer yeniden müzakere hâli ise, sözleşmedeki açık hüküm nedeniyle yapılan yeniden müzakeredir. Bu çeşit yeniden müzakerede önceden kararlaştırılan belirli hâllerin ortaya çıkmasıyla ya da yine sözleşmede kararlaştırılan belirli tarih ya da dönemlerde önceden belirlenen sözleşme hükümleri yeniden müzakere edilmektedir.

Son olarak, taraflar sözleşmede açık hüküm bulunmamasına rağmen, hukuki ya da fiili nedenlerle mevcut sözleşmeyi yeniden müzakere edebilmektedirler. Bu çeşit yeniden müzakere uygulayıcıları en çok meşgul eden yeniden müzakere şeklidir. Zira, sözleşmede belirli şartların oluşmasıyla ya da belirli dönemlerde sözleşmenin yeniden müzakere edileceğine dair açık hüküm bulunmamaktadır. Bu çeşit yeniden müzakerenin dayanağını, ev sahibi devletin iç hukuku, tarafların seçtiği hukuk ya da uluslararası hukuk teşkil edebilir. Öte yandan, yatırım sözleşmelerinin uzun süreli olmaları ve kendine has yapısı da belirtilen hukuki dayanak ya da dayanaklarla birlikte değerlendirilmelidir<sup>379</sup>. Bu bakımdan, sözleşmenin yeniden müzakeresi, sözleşmede yer alan yeniden müzakere, mücbir sebep,

---

<sup>378</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form*, Fordham International Journal, Volume: 35, No: 4, Winter, 2001, s. 1508. Benzer bir tasnif için ayrıca bkz. Macaulay, S., et al., s. 1143.

<sup>379</sup> Yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresine yol açan fiili nedenlere ev sahibi ülkede siyasi değişim, yer altı kaynaklarının beklenen düzeyin üstünde zengin ya da kaliteli olması, yolsuzluk iddiaları, global finansal etkileşimler örnek gösterilebilir. Ev sahibi devlette politik ve ideolojik değişiklikler, ev sahibi devletin kalkınma programını finanse etmesinin gerekliliği, yabancı yatırımcının yatırımdan beklediği kazancı elde edememesi gibi hususların yarattığı ekonomik baskı, taraflardan birinin sözleşmeden önceden öngörülenden daha fazla menfaat edinmesi olasılığı gibi sözleşmeye dayalı nedenlerle sıklıkla karşılaşmaktadır. Bununla birlikte, yeniden müzakere nedenleri bunlarla sınırlı değildir. Ayrıca, tarafların kontrolü dışında ortaya çıkan dışsal nedenler de söz konusu olabilir. Özellikle, Birleşmiş Milletler, OECD gibi organizasyonların ya da OPEC gibi kartellerin politikaları, küresel siyaset değişiklikleri, diğer ülkelerde değişen mineral rezervleri ve yatırım koşulları, para piyasaları dahil ekonomik koşullarda küresel değişiklikler de yeniden müzakereyi tetikleyen olaylar olarak görülmektedir. Daha ayrıntılı izahat için bkz. Frick, Joachim, G., *Arbitration And Complex International Contracts, With Special Emphasis On the Determination Of The Applicable Substantive Law and On The Adaptation Of Contracts to Changed Circumstances*, Kluwer Law International, Zurich, 2001, s. 38 vd.

uyarlama ya da aşırı ifa güçlüğü klotlarına dayanılarak ya da uygulanacak hukuk hükümlerine göre de başlatılabilir<sup>380</sup>.

## 2. Sözleşme Hükümüne Dayalı Yeniden Müzakere

Yeniden müzakere, özellikle uzun süreli sözleşmelerde istikrarın sağlanması ve sözleşmenin feshi ya da ihlali olasılığını azaltmak için faydalı bir araç olarak görülmektedir<sup>381</sup>. Yatırım sözleşmesinin tarafları sözleşme süresince pek çok öngörülemeyen politik, ekonomik, düzenleyici ve teknik durumların ortaya çıkabileceğinin ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut, tarafların sözleşmeyi yapmalarında arzuladıkları çıkarların önemli ölçüde değişebileceğinin farkındadırlar<sup>382</sup>. Bu nedenle, sözleşmede belirlenen edimler arasında dengenin korunması için taraflar sözleşmede belirli olayların ya da durumların ortaya çıkması halinde ya da belirli dönemlerde sözleşmesel ilişkinin önemli unsurlarının yeniden müzakere edileceğini düzenleyebilirler. Yeniden müzakere klotlarına yatırım sözleşmelerinde geçmişte nadir rastlanmaktayken bugün bu klotlara yer verilmesi sıklıkla karşılaşılan bir durum haline gelmiştir<sup>383</sup>. Özellikle, petrol imtiyaz sözleşmeleri gibi maden arama ve çıkarma konusunda yapılan petrol sözleşmelerinin değişen koşullar kapsamında tarafların ihtiyacına göre sözleşmenin yeniden müzakeresi, uyarlanması imkânı veren çeşitli hükümler içermektedir<sup>384</sup>. Taraflarca sözleşmesel istikrarın sağlanması amaçlanmaktadır<sup>385</sup>. Uygulamada gelecekte karşılaşılabilecek tüm durumlar öngörülmeye

---

<sup>380</sup> Al Qurashi, Z., s. 263.

<sup>381</sup> Uribe, Rodrigo, Momberg, The Effect Of A Change of Circumstances On The Binding Force Of Contracts, Comparative Perspectives, Ius Commune Europaeum Series, V: 94, First Edition, 2011, s. 225.

<sup>382</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1513.

<sup>383</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1513;

<sup>384</sup> Al Faruque, Abdullah, Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contracts: The Quest for Equilibrium and Stability, The Journal of World Investment & Trade, V.9, I. 2, 2008, s. 1. Benzer şekilde, 2021 yılında yayımlanan, Vietnam Örnek Elektrik Alım Sözleşmesi'nde 2.0 (3) maddesinde kömür maliyetlerindeki artış dahil olmak üzere belirli hallerde YİD şirketinin yeniden müzakere isteyebileceğine ilişkin hüküm yer almaktadır. Örnek Sözleşme metnine şu linkten erişilebilir: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/2021-08/2.1%20-%20Sample%201%20-%20Power%20Purchase%20Agreement%20%28coal-fired%20plant%29.pdf> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2022).

<sup>385</sup> De Cuyper, Jean-Quentin, Peter, Wolfgang, Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility: Consideration of the Ground of the Ghana/Valco Case, International Business Law Journal, 775, 1995, s. 776.

çalışılmakta ve bu hallerde açıkça ilgili hükmün yeniden müzakere edileceği düzenlenmektedir<sup>386</sup>. Esasında, sözleşmede yeniden müzakereye ilişkin hükmün bulunduğu durumda, yeniden müzakere istemi ilgili hükmün ifasının talebinden başka bir şey olmayıp, sözleşmeye bağlılık prensibinin gereği olarak yorumlanmalıdır.

Yeniden müzakerenin, ekonomik değişimlerin çok hızlı yaşandığı günümüzde, genellikle dürüstlük ilkesine dayalı olarak, farklı hukuk sistemlerinde tanınır hale geldiği gözlenmektedir. Buna karşın, özellikle yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından, yeniden müzakere süreci, çeşitli şekillerde sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, yatırım sözleşmesinde açık belirli durumların ortaya çıkmasıyla ya da periyodik olarak tarafların sözleşme şartlarını yeniden müzakere edeceklerine ilişkin hükümlere rastlanmaktadır<sup>387</sup>. Öte yandan, uygulamada yabancı yatırım sözleşmelerinde yer alan mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğü, uyarılma ve istikrar klotlarının da yeniden müzakereye temel teşkil ettiği görülmektedir<sup>388</sup>. Belirtmek gerekir ki, yeniden müzakere ve uyarılma bakımından sözleşmede yer alan bu klotların içeriğinin yorumu da önem arz etmektedir.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde uyuşmazlığın çözümü için mahkeme ya da hakem heyetine başvurulmasından önce sözleşmede belirtilen belirli süre boyunca tarafların uyuşmazlığı dostane yollarla çözüme kavuşturmak için müzakere edeceklerine ilişkin kayıtlara da sık rastlanmaktadır. Esasen, benzer düzenlemeler devletler arasında imzalanan

---

<sup>386</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1513.

<sup>387</sup> Örneğin, 30 Ekim 1979 tarihli Haiti Devleti ile Anschutz Overseas Corporation arasındaki Hizmet Sözleşmesinin 3.3 maddesinin Türkçe tercümesi şu şekildedir:

*“Sözleşme şartları, taraflardan birinin talebi üzerine, hangisi daha sonra ise, yatırım maliyetinin karşılandığı tarihten itibaren yedi yıl sonra ya da ilk ticari üretime başlandığı yılın sonunda yeniden müzakereye açılacak olup, hiçbir şekilde yeniden müzakere fesih anlamına gelmeyecektir. Aksine, yeniden müzakere tarafların o tarih itibarıyla mevcut yerel ve uluslararası koşullara sözleşmenin ekonomik şart ve koşullarının uyarlanması fırsatını ifade etmektedir.”*

Sözleşmeye atıf ve açıklama için bkz. Erkan, M., *International Energy Investment Law, Stability Through Contractual Clauses*, Wolters Kluwer Law & Business, Great Britain, 2011, s. 202.

<sup>388</sup> Ghana Cumhuriyeti ile The Volta Aluminium & Company Limited (Valco) arasında akdedilen 1962 tarihli Ana Sözleşme’de (Master Agreement) (dava ve sözleşme atfı için bkz. De Cuyper, J., Peter, W., s. 776) ve yer 1948 yılında Kuveyt ve American Independent Oil Company arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesinde (davanın açıklaması için bkz. aşağıda s. 155 vd.) yer alan istikrar klotları yeniden müzakere yolunu açmaları yönünden böyledir.

yatırım anlaşmalarında da yer almaktadır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Gana Cumhuriyeti arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın<sup>389</sup> 14.1 maddesinde;

*“1. İstişare, müzakere veya arabuluculuk*

*Akit Taraflardan biri ile diğer Akit Tarafın bir yatırımcısı arasında işbu Anlaşmanın uygulanması ve yorumundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, taraflardan birinin yazılı talebini sunmasının ardından, mümkün olduğu ölçüde istişare, müzakere veya arabuluculuk yoluyla çözülür.”*

denilmektedir. Anılan Anlaşmanın 14.4 maddesine göre ise, yatırımcının isim ve adresi, diğer Akit Tarafın yatırımcısı olduğuma dair kanıt, ihlal edildiği iddia edilen Anlaşma hükümleri, sorunlar ile uyuşmazlığın somut temelleri, iddia edilen zararın yaklaşık tutarı ile birlikte karşı tarafa yazılı olarak bildirilir. Uyuşmazlığın 6 ay içinde müzakere ve/veya arabuluculuk yoluyla çözümlenemediği takdirde, ilgili taraf uyuşmazlığı yatırım anlaşmasında belirtilen foruma taşıyabilecektir. Sürecin yatırımcının yazılı bildirimi ile başlayacağı anlaşılmaktaysa da kanaatimizce ev sahibi devletin de süreci başlatması mümkün olmalıdır. 6 aylık süre içerisinde ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı, uyuşmazlığa konu yatırım sözleşmesi hükümlerini de yeniden müzakere etme imkanına sahip olacaklardır. Bir görüşe göre, yatırım sözleşmesinde ya da yatırım anlaşmasında dostane çözüm için öngörülen süre tüketilmeden hakemlere başvurulması halinde kabul edilebilirlik (*admissibility*) sorunu ortaya çıkacaktır<sup>390</sup>. Casinos Austria davasında<sup>391</sup>, davalı devlet, davacının Avusturya – Arjantin arasında imzalanan ikili yatırım anlaşmasının 8. maddesinde yer alan 6 aylık müzakere süreci dahil, madde kapsamındaki şartları yerine getirmediğini, 6 aylık sürenin sadece müzakere süresi (*cooling off period*) olmadığını, tarafların

---

<sup>389</sup> RG: 4.4.2020/31089.

<sup>390</sup> Demirkol, B., Uygulanacak Hukuk Makale, s. 150.

<sup>391</sup> Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/14/32, Decision on Jurisdiction, 29 June 2018; Supervision davasında da hakem heyeti, davacının ev sahibi devlete belirli talepler yönelttiğini, sonrasında ise, daha önce bildirmiş olduğu taleplerin dışında, bunlarla doğrudan ilgili olmayan başka taleplerde bulunduğunu, ev sahibi devlete bildirilmeyen taleplerin “kabul edilemez” olduğunu belirtmiştir, Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/12/4, Award, 18 January 2017, p. 341.

uyuşmazlığın çözümü için çaba sarf etmelerinin gerektiğini ve hakem heyetinin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür<sup>392</sup>. Hakem heyeti, yatırım anlaşmasının 8. maddesinde belirtilen şartlara uyumun isteğe bağlı olmadığını, tarafın tek taraflı olarak bu şartları ya da sırasını değiştiremeyeceğini, davalı devletin tahkim davası açılmasına ilişkin rızasının bir ön koşulu haline getirilmedikçe, tahkim davasının başlatılmasından önce tamamlanmalarının gerekmediğini, yargı yetkisine ilişkin hakem heyetinin kararından önce her zaman bu şartların tamamlanabileceğine karar vermiştir<sup>393</sup>. Elbette ki, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının uyuşmazlığı dostane yollarla çözmek üzere müzakerede bulunmaları için mutlaka tetikleyici mektubun (*trigger letter*) gönderilmesi gerekmez. Esasen, tetikleyici mektubun gönderilmesi uyuşmazlığın yargıya taşınmasının bir önceki safhası olduğu için yabancı yatırımcı için son çare olmalıdır.

### **3. Sözleşmede Örtülü Yeniden Müzakere Yükümlülüğünün Bulunduğu Görüşü**

Özellikle uzun süreli iş birliği gerektiren, yabancı yatırım sözleşmelerini de kapsayan uluslararası ticaret sözleşmeleriyle ilgili olarak, sözleşmenin yeniden müzakere ve uyarlanması ihtiyacı uzun süreden beri tanınmaktadır<sup>394</sup>. Özellikle doğal kaynaklar için yapılan imtiyaz sözleşmelerinin edimler arası dengede yaşanacak dalgalanmalar karşısında savunmasız olduğu ifade edilmektedir<sup>395</sup>. Yeniden müzakerenin yabancı yatırımların önemli bir bölümünü teşkil eden doğal kaynaklar endüstrisinin önemli bir unsuru olarak kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>396</sup>. Ev sahibi devletler, sözleşmede açık hüküm yer alsın ya da almasın yatırım sözleşmelerini yeniden müzakere etmektedirler<sup>397</sup>. Yeniden müzakere talepleri çoğu durumda beraberlerinde açık ya da örtülü devlet müdahalesi, millileştirme,

---

<sup>392</sup> Aynı kararda, p. 89.

<sup>393</sup> Aynı kararda, p. 280.

<sup>394</sup> Horn, N., *Arbitration and the Protection of Foreign Investments: Concepts and Means*, Horn, Norbert (Ed.), Kröll, Stefan (Ass. Ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, s. 22.

<sup>395</sup> Berger, K., s. 1348.

<sup>396</sup> Al Qurashi, Z., s. 264.

<sup>397</sup> Al Qurashi, Z., s. 265.

ifanın yavaşlatılması, fesih ya da sözleşmenin iptali gibi tehditleri de içermektedir<sup>398</sup>. Sornarajah, uzun süreli yatırım sözleşmelerinde örtülü yeniden müzakere klotunun bulunduğunu benimseyenlerin sayısının arttığını ifade etmektedir<sup>399</sup>. İleride açıklanacağı üzere<sup>400</sup>, Fransız Medeni Kanunu'nda 2016 yılında yapılan reform öncesinde de edimin önemli ölçüde güçleştiği durumda, yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunduğu ilişkin görüş geliştirilmiştir<sup>401</sup>. Uzun süreli sözleşmeler ile ilgili olarak, İtalyan doktrini tarafından da iyiniyetle yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunduğu kabul görmüştür<sup>402</sup>. Alman mahkemelerinin de uzun süreli bir sözleşmenin tarafının esaslı bir değişiklik halinde yeniden müzakere isteme hakkı olduğunu kabul ettiği durumlar görülmektedir<sup>403</sup>. İngiliz hukukunda ise, uzun süreli sözleşmelerde yeniden müzakere yükümlülüğü ya da uyarlama konusunda örtülü hüküm bulunduğunu kabul noktasında mahkemelerde isteksizlik hakimdir<sup>404</sup>.

Sözleşmenin verdiği hakları kullanmak için dahi, özellikle uyuşmazlığın mahkeme ya da hakem heyeti önünde çözülmesinin maliyetinin öngörülmesi için, ilgili tarafın öncelikle karşı tarafla yeniden müzakere çabasına girişmiş olması gereklidir<sup>405</sup>. Gerçekten, şartları yeniden müzakere etmek isteyen tarafın sözleşmenin karşı tarafının uyuşmazlık sürecinde takınacağı tavrı da gözlemlene fırsatı bulacaktır. Öte yandan, ev sahibi devleti mahkeme ya

---

<sup>398</sup> Al Qurashi, Z., s. 265.

<sup>399</sup> Sornarajah, (*Foreign Investment*) s. 299. Frick ise, sözleşmede açık hüküm bulunmadığı halde, hiçbir sözleşmede örtülü yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunmadığını savunmaktadır, Frick, J. G., s. 188.

<sup>400</sup> Aşağıda bkz. s. 193 vd.

<sup>401</sup> Uribe, R., M., s. 222.

<sup>402</sup> Uribe, R., M., s. 222.

<sup>403</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 148. Yazar, piyasa koşullarında esaslı değişiklik nedeniyle bir uzun süreli enerji tedarik sözleşmesi ile ilgili olarak Alman mahkemesinin bu yönde karar vermiş olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, Gümüş ise, Alman Medeni Kanunu (BGB) 313 maddesinde düzenlenen işlem temeli teorisi kapsamında, uyarlama müzakeresi yürütülmesinin bir külfet ya da yükümlülük olarak kabul edilmediğini belirtmektedir, Gümüş, Alper, Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m 138), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 474.

<sup>404</sup> Beatson, Jack, Friedman, Daniel, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, New York, 1995, s. 322.

<sup>405</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1537.

da hakem heyeti önünde dava etmenin, uzun yıllar o devlette yatırımlarını devam ettirmek isteyen yabancı yatırımcının aleyhine olacağına da şüphe yoktur<sup>406</sup>.

Esasen, tarafların uyuşmazlığı mahkeme ya da hakem heyetine götürmeleri de yeniden müzakerenin bir parçası olabilir. Gerçekten, her ne kadar ICSID tarafından tahkim davalarının yeniden müzakere için zemin olması arzu edilmemekteyse de ICSID’de hakem heyetleri önüne gelen davaların önemli bir bölümü tarafların sulh olması ile sonuçlanmaktadır<sup>407</sup>. Dolayısıyla, ev sahibi devletler de siyasi baskı nedeniyle davanın açılmasını ve bu şekilde sulh olunmasını tercih etmiş olabilirler.

Uzun süreli bir sözleşmenin taraflarının müşterek bir işletmede bir araya geldikleri, bu nedenle, işletmenin devamı süresince oluşabilecek beklenmedik kayıp ve zararları paylaşma yükümlülüklerinin olduğu belirtilmektedir<sup>408</sup>. Yine, *Frick*, ortaklıkların ve sözleşmelerin temel olarak benzer maksatlarının olduğunu, sözleşmeye güvenle uğranılan zarara, tıpkı beklenmedik ortaklık zararları gibi muamele edilmesinin uygun olacağını ileri sürmektedir<sup>409</sup>. Uzun süreli sözleşme ile taraflar arasında genel olarak ortaklık benzeri bir durum yaratıldığı görüşüne katılmamakla birlikte, müşterek amaç için çalışan tarafların beklenmedik durumlarda ortaya çıkan zararı paylaşımlarında bu hususun da dikkate alınabileceği kanaatindeyiz.

#### 4. Tarafların Seçtikleri Hukuka Göre Yeniden Müzakere

Uluslararası nitelikteki sözleşmelerde hukuk seçimi, sözleşme güvenliği ve istikrarı bakımından önem taşımaktadır<sup>410</sup>. Sözleşmede yeniden müzakere klotunun bulunmadığı durumda, yeniden müzakere ya da sözleşmenin uyarlanması, ancak sözleşmesel

---

<sup>406</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 115.

<sup>407</sup> 31 Aralık 2021 tarihi itibarıyla ICSID’de kayıt yapılan dava sayısı 869 olup, sonuçlanan davaların yaklaşık %35’i sulh ya da davanın bir nedenle devam ettirilmemesi nedeniyle sonuçlanmıştır. Dava istatistikleri için bkz. The ICSID Caseload Statistics, Issue 2022-1. Söz konusu rapora linkten ulaşılabilir: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics.1\\_Edition\\_ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 11 Haziran 2022).

<sup>408</sup> Frick, J. G., s. 158.

<sup>409</sup> Frick, J. G., s. 159.

<sup>410</sup> Şanlı, C., s. 49.



hükümlerin ya da uygulanacak hukukun bir başlangıç noktası sağladığı halde mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>411</sup>. Yeniden müzakere bir ulusal hukukun uygulanabilir hükmüne dayalı olarak yapılabilir. Esasen, pek çok hukuk sistemi değişen koşullara uyarlama hususunda talep hakkını tarafa tanımaktadır. Bu çerçevede, söz konusu hakkın diğer tarafa sözleşmeyi yeniden müzakere etme suretiyle iş birliği yapma yükümlülüğünü zımnen içerdiği söylenebilir<sup>412</sup>. Kıta Avrupası hukukları beklenmedik durumların etkisini mevzuatlarında kabul etmelerine karşın, pek çoğu yeniden müzakere yükümlülüğü getirmemektedir<sup>413</sup>. Sözleşmede açık hükmün bulunmadığı hallerde, yeniden müzakere yükümlülüğünün bazı Kıta Avrupası hukuklarında, sözleşmesel ilişkinin bir parçası olarak ya da iyi niyet prensibine dayalı olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir<sup>414</sup>.

Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün<sup>415</sup> 3. maddesi, bir sözleşmeye tarafların seçtiği hukukun uygulanacağını düzenlemektedir<sup>416</sup>. Yabancı yatırımlarla ilgili olarak ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcılara kendi iç hukuklarını kabul ettirdikleri yaygın olarak görülmektedir<sup>417</sup>. Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının sözleşmede açıkça uyuşmazlık halinde ev sahibi devletin hukukunun uygulanacağını düzenlemeleri halinde bu hukukun uygulama alanı bulacağı tabiidir. Açık atıf bulunmamasına rağmen, ev sahibi devletin hukukunun uygulama alanı bulunduğu durum ise uyuşmazlığın ICSID'de görüleceğinin açıkça düzenlendiği haldir. Gerçekten bu halde, taraflar uygulanacak hukuku seçmemiş olsalar bile uyuşmazlığa ICSID

---

<sup>411</sup> Berger, K. P., s. 1350.

<sup>412</sup> Horn, N., *Arbitration and the Protection of Foreign Investments: Concepts and Means*, s. 21-22.

<sup>413</sup> Uribe, R., M., s. 220. Buna karşın, Fransız Medeni Kanunun'da 2016 yılında yapıldığı gibi, yeniden müzakerenin bir zorunluluk olarak düzenlenme ihtiyacının ülkeler tarafından hissedilmeye başlandığı gözlemlenmektedir.

<sup>414</sup> Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985, s. 188.

<sup>415</sup> Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF> (Erişim Tarihi: 13 Mart 2022).

<sup>416</sup> İngilizce metni şöyledir: "A contract shall be governed by the law chosen by the parties". Konvansiyon 19 Haziran 1980 tarihinde Avrupa Birliği ülkelerinin imzasına açılmıştır.

<sup>417</sup> Peter, W., s. 142.

Konvansiyonu’nun 42 (1) maddesine göre ev sahibi devletin hukuku ve uygulanabildiği ölçüde uluslararası hukuk uygulanacaktır. Belirtmek gerekir ki, sözleşmede açık hukuk seçiminin bulunmadığı ya da ICSID’in yetkili yargı yeri olarak kabul edilmediği durumlarda dahi ev sahibi devletin hukukunun uygulanması çok olasıdır. Zira, hakemlerce uygulanacak hukukun tespit edildiği durumda da genellikle ifa yerinin ya da en sıkı ilişkili olan hukuk olması nedeniyle, ev sahibi devletin hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır<sup>418</sup>. MÖHUK 24 (1) maddesinde de sözleşmeden doğan borç ilişkilerine tarafların seçtikleri hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Yabancı yatırımcıların yatırımlarına ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasına genel olarak iki ana nedenle tereddütte yaklaştıkları söylenebilir. Bunlardan ilki, gelişmekte olan ev sahibi devletin hukukunun modern hukuk kurallarını kapsamaması nedeniyle yatırıma hiç ya da adilane uygulanamaması ihtimalidir<sup>419</sup>. İkincisi ve bizce daha önemlisi ise, ev sahibi devletin egemen bir devlet olması nedeniyle her zaman kendi hukukunu yatırımı etkileyecek şekilde değiştirebilecek olmasıdır<sup>420</sup>. Bu tür bir risk, yabancı yatırımcının yatırım ile almış olduğu ticari riske ilave bir risk oluşturmaktadır. Uygulamada bu riskin iki şekilde yumuşatıldığına şahit oluyoruz. Öncelikle, yabancı yatırımcı sözleşmenin imzası sırasındaki yatırımı etkileyecek mevzuatın “istikrarı”nın taahhüt edilmesini ev sahibi devletten talep edebilmektedir. İstikrar klozu olarak anılan bu düzenleme sözleşme tarihi itibarıyla hangi konular için kabul edilmişse o konuların yatırım süresinde aynı şekilde muhafaza edilmesini temin etmektedir. Bir diğer yöntem ise, hukuk tercihi olarak ev sahibi devletin hukukunun benimsendiği durumda bile tarafların uluslararası hukuka ve/veya hukukun genel prensiplerine sözleşmede birlikte atıf yapmalarıdır. Bununla birlikte yatırımın bulunduğu ve yabancı yatırımcının ve ev sahibi devletin edimlerini ifa edecekleri yerin ev sahibi devlet olduğu nazara alındığında, söz konusu ülke hukukunun bir öneminin olmadığı söylenemez. Tarafların ev sahibi devletin

---

<sup>418</sup> Peter, W., s. 142.

<sup>419</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 225. Yazar, uluslararası hukukun yaratılması için bu iki nedenin ortaya atıldığını ve kapital ihraç eden devletlerde ev sahibi devletin uygulanması için de aynı gerekçelere dayanıldığına işaret etmektedir.

<sup>420</sup> Peter, W., s. 144.

hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçtikleri durumda, milli hukuk uluslararası hukuku da içine alıyorsa, uluslararası hukuk da uygulanır hale gelecektir<sup>421</sup>. Bununla birlikte, tarafların belirli bir milli hukukla birlikte uluslararası hukukun uygulanacağını sarıh bir şekilde düzenledikleri yatırım sözleşmelerine de rastlanmaktadır.

Belirttiğimiz üzere, ev sahibi devletler yabancı yatırımcı ile olan sözleşmelerine kendi iç hukukunu uygulama eğilimindedirler<sup>422</sup>. Esasen bu husus ev sahibi devletin egemenliğinin bir parçası olarak da değerlendirilebilir. Yabancı yatırımcı sözleşmenin imzasındaki mevcut hukuki ve mali şartların aynen korunması taahhüdünü istikrar klotuyla ev sahibi devletten almaktadır. Elbette ki, bu klot sadece bir taahhüden ibarettir, ev sahibi devletin egemenlik hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Ev sahibi devletin sözleşmeye aykırı olarak belirlenen şartları kendi lehine olacak şekilde değiştirmesi halinde (örneğin söz konusu ekonomik faaliyete uygulanan vergi oranının artırması durumunda), vergi artışına ilişkin mevzuat hükmü kendiliğinden hükümsüz hale gelmeyecektir. Bu halde, istikrar klotunun düzenlemesine de bağlı olarak yabancı yatırımcının sözleşmenin ihlali nedeniyle tazminata hak kazanması söz konusudur<sup>423</sup>.

## **5. Hakemlerin Tespit Ettikleri Hukuka Göre Yeniden Müzakere**

Yabancı yatırım sözleşmesinin tarafları sözleşmede uygulanacak hukuku seçmemiş ya da uygulanacak hukukta anlaşılamamış olabilirler. Bu halde, yabancı yatırım sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağını belirleme işi somut uyuşmazlığa bakmakla yetkili hakemlere düşmektedir. ICSID Konvansiyonu'nu 42(1) maddesi yabancı yatırımlar bakımından tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, kanunlar ihtilaf kuralları dahil olmak üzere ev sahibi hukukun ve uygulanabildiği ölçüde uluslararası hukukun

---

<sup>421</sup> Bartels, Martin, Contractual Adaptation And Conflict Resolution, Based on Venture Contracts For Mining Projects In Developing Countries, Çev. James E. Silva, Kluwer Law and Taxation Publishers, V:8, Deventer/The Netherlands, 1985, s.107.

<sup>422</sup> Peter, W., s. 142.

<sup>423</sup> Bernardini, Piero, Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments, Journal of World Energy Law & Business, V. 1, No. 1, 2008, s. 101.

uygulanacağını düzenlemektedir. Penwell davasında<sup>424</sup>, Davacı Penwell, uyuşmazlığa Kırgız Yatırımlar Kanunu'nun 2(1) maddesinin, dolayısıyla Kırgız Anayasası'nın 6(3) maddesine göre hukukun evrensel ilkeleri ile uluslararası hukuk dahil olmak üzere hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>425</sup>. Davalı devlet ise, söz konusu atıfla kural oluşturulmadığını, Kırgız Yatırımlar Kanunu'nun 2(1) maddesinin sadece hukukun evrensel ilkeleri ile uluslararası hukuka atıfta bulunduğunu savunmuştur. Hakem heyeti, bu atıfla, hukukun evrensel ilkeleri ile uluslararası hukukun Kırgız hukukunun bir parçası olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti, yolsuzluğun önlenmesinin hukukun evrensel ilkeleri ile uluslararası hukukun bir gereği olduğunu ve yolsuzlukla edinilen yatırıma yatırım andlaşması hükümlerinin uygulanmasını reddettiğini ifade etmiştir<sup>426</sup>. M.C.I. Power Group davasında, Davacı, İkili Yatırım Andlaşması'nın açık hükmü nedeniyle uyuşmazlığa yalnızca uluslararası hukukun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir<sup>427</sup>. Hakem heyeti ise, tarafların uygulanacak hukuku seçmedikleri durumda, ICSID Konvansiyonu'nun 42(1) maddesine göre milletlerarası özel hukuk kuralları dahil olmak üzere ev sahibi devletin hukukunun ve uygulanabildiği ölçüde uluslararası hukukun uygulanmasına karar vermiştir<sup>428</sup>. Hakem heyeti, Ekvator hukuku kuralları ile uluslararası hukuk kurallarının çeliştiği durumda ise, uluslararası hukukun milli hukuka üstün tutulmasına ilişkin emsal uygulama doğrultusunda, kuralların amacını ve içeriğini de dikkate alacağını belirtmiştir<sup>429</sup>. Bir başka kararda<sup>430</sup> da, hakem heyeti kamulaştırılan varlıkla ilgili olarak, uluslararası hukukun kuralları ile uyumlu, Kosta Rika hukukunun uygulanması gerektiğini, ancak bu iki kurallar bütünü arasında çelişki olduğu takdirde uluslararası hukukun uygulanacağını ifade

---

<sup>424</sup> Penwell Business Limited (By Megacom) v. Kyrgyz Republic, UNCITRAL, PCA (Permanent Court of Arbitration) Case No. 2017-31, Final Award, 8 October 2021.

<sup>425</sup> Penwell Business Limited (By Megacom) v. Kyrgyz Republic, UNCITRAL, PCA (Permanent Court of Arbitration) Case No. 2017-31, Final Award, 8 October 2021, p. 283.

<sup>426</sup> Aynı karar bkz. p. 318.

<sup>427</sup> M.C.I. Power Group, L.C. And New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, p. 214.

<sup>428</sup> Aynı karar bkz. p. 217.

<sup>429</sup> Aynı karar bkz. p. 218.

<sup>430</sup> Compañía Del Desarrollo De Santa Elena S.A. V. Republic Of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 Şubat 2000.

etmiştir<sup>431</sup>. Tarafların uygulanacak hukuku seçtikleri durumda ise, tarafların iradesini esas almak, ancak uluslararası hukukun temel kurallarına aykırılık halinde, uluslararası hukuka üstünlük tanımak söz konusu olmalıdır<sup>432</sup>.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12 (C) maddesinde tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde, hakemlerin uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olan devletin maddi hukuk kurallarını uygulayacakları belirtilmektedir. MÖHUK'un 24 (4) maddesinde ise, uyuşmazlığa konu sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı öngörülmüştür. Yine, Türkiye'nin de taraf olduğu, Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin<sup>433</sup> VII. maddesinde hakemlerin ihtilafın türüne göre uygun görecekları kanunlar ihtilaf kuralının tayin ettiği hukuku uygulayacakları ve bu halde de sözleşme hükümleri ile ticari âdet kuralları dikkate alacakları düzenlenmiştir<sup>434</sup>.

Tabii olarak, hakem heyetleri, tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere ettikleri durumda sahip oldukları esnekliğe sahip değildirler. Çünkü, hakem kendisine geniş esneklik tanınmış olsa da kararını hukuk kurallarına göre verecektir<sup>435</sup>. Sözleşmede açıkça yeniden müzakere yükümlülüğünün düzenlenmediği durumda dahi, bu belirsizlik tarafları kendi sözleşmelerini değişen koşullara uyarlamaya sevk edecektir.

## 6. Uluslararası Hukukun Uygulanması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yabancı yatırımlara uygulanacak uluslararası hukuku kuralları belirsizlik arz etmektedir ve uygulanmaları büyük oranda hakem heyetinin bu kural

---

<sup>431</sup> Aynı karar bkz. p. 64.

<sup>432</sup> Kjos, Hege, Elisabeth, *The Primary Applicability of International Law and the Role of National Law, Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2013, s. 196.

<sup>433</sup> Sözleşme'nin Uygun Bulunmasına Dair Kanun 21.5.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>434</sup> RG: 21.5.1991/20877.

<sup>435</sup> Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, s. 189; Şanlı da uluslararası ticaret hakemlerinin uyuşmazlıkla ilgili sözleşme hükümlerine bağlı kaldıklarını, bu nedenle, sözleşmede mutlaka aşırı ifa gücünü kloyuna yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir, Şanlı, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 47.

ya da kuralları tespit etmelerine bağlıdır<sup>436</sup>. Hakemler uyuşmazlığa uygulanacak hukuku, hukuki ilişkinin niteliğine göre tespit etmektedirler<sup>437</sup>. İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan başlayarak tahkim, yabancı yatırımların korunmasında yeni strateji halini almıştır. Yabancı yatırımcı, ev sahibi devlet ile yaptığı sözleşmenin yanı sıra kendi vatandaşı olduğu devletin ev sahibi devlet ile yaptığı anlaşmaya da doğrudan dayanma hakkını elde etmiştir<sup>438</sup>.

Birleşmiş Milletlerin Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı Hakkında Kararı'nın (UN Resolution on the Charter of Economic Rights and Duties of States) 2. maddesinde, "... Her bir Devletin kendi egemenlik sınırlarında yabancı yatırımları kendi kanun ve düzenlemelerine göre düzenlemeye ve yabancı yatırımlar üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili olduğu ..." ifade edilmektedir. Durum böyle iken, uygulamada ev sahibi devletin hukukunun riskini hafifletmek üzere uluslararası hukuka da ev sahibi devletin hukukuna ilave olarak atıfta bulunulduğu durumlara rastlanmaktadır. Örneğin, 1987 tarihli Gana Cumhuriyeti ile Valco arasında imzalanan Master Agreement'in 1987 tarihli Tadil Sözleşmesi'nde:

*"Bu Sözleşme Gana Hukuku'na ve uygulanabildiği ölçüde Uluslararası Hukukun kurallarına tabi olacak ve bu hukuk ve kurallara göre yorumlanacaktır."*<sup>439</sup>

düzenlemesine yer verilmiştir<sup>440</sup>. Uluslararası hukuka yapılacak bu atıf ev sahibi devletin tek taraflı olarak mevzuatını değiştirmesi riskine karşı bir tür koruyucu önlem olarak görülmektedir<sup>441</sup>. Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren yabancı yatırımlara ilişkin milletlerarası kamu hukuku kurallarının bulunup bulunmadığı tartışılır hale gelmiştir. Bu anlamda ICSID Konvansiyonu'nun 42 (1) maddesinin uluslararası hukuka yaptığı atıf sadece bir rastlantıdan ibaret değildir.

---

<sup>436</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 256.

<sup>437</sup> Demirkol, B., s. 142.

<sup>438</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 225.

<sup>439</sup> İngilizce metni şöyledir: "This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the law of Ghana and such rules of International Law as may be applicable."

<sup>440</sup> Metin ve açıklaması için bkz. Peter, W., s. 117.

<sup>441</sup> Peter, W., s. 170.

Uluslararası hukukun uygulanacak olması durumunda ise sırasıyla ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu kaynak devlet arasında yapılan yatırım anlaşmaları, uluslararası âdet hukuku ve hukukun genel prensiplerinin uygulanması söz konusudur. Öte yandan, yabancı yatırımlara ilişkin tahkim yargılamasında uluslararası hukukun kendiğinden ve zorunlu uygulanmasının Konvansiyonun ruhuna uygun olduğu ifade edilmektedir<sup>442</sup>. Uluslararası hukuk kimi durumda milli hukukla birlikte uygulanmakta, milli hukuk kuralını tamamlamakta ya da milli hukukun yerine daha üstün norm olarak uygulama alanı bulmaktadır. Kanaatimizce, hakemlerin yetkisinin belirlenmesi, söz konusu ekonomik faaliyetin yatırım teşkil edip etmediği gibi uluslararası hukukun uygulama alanı bulduğu durumlar dışında, tarafların seçtikleri milli hukukun uygulanması noktasında taraf iradeleri mümkün olduğunca gözetilmelidir<sup>443</sup>. Uygulamada, seçilen ya da uygulanacak milli hukukla uluslararası hukuk arasındaki denge somut uyuşmazlığa göre hakemler tarafından gözetilmeye çalışılmaktadır<sup>444</sup>.

Uygulanacak hukukun yatırım sözleşmesinde taraflarca seçilmediği durumda ICSID Konvansiyonu, ev sahibi devletin hukukunun, kanunlar ihtilaf kuralları ve uluslararası hukuk da dahil olmak üzere uygulanacağını düzenlemektedir. ICSID’de görülen bir davada, hakem heyeti, Kanada ile Kosta Rika arasında imzalanan yatırımların anlaşmasının XII (7) maddesi uyarınca sorumluluğun tespitinde, öncelikle yatırım anlaşmasını, uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını ve yatırım anlaşması ve uluslararası hukuk hükümleriyle çelişmediği ölçüde ev sahibi devlet hukukunu uygulayacağına karar vermiştir<sup>445</sup>. Hakem heyeti, ayrıca yatırım anlaşmasının hangi konulara hangi kuralın uygulanacağını düzenlemediğinden, hangi hallerde yatırım anlaşmasının, uluslararası hukukun ya da ev sahibi devlet hukukunun uygulanacağına kendisinin karar vereceğini belirtmiştir.

---

<sup>442</sup> Karaoğlu, A., O., s. 227.

<sup>443</sup> Belirtelim ki, çatışma halinde uluslararası hukukun milli hukuka üstün tutulması ve uygulanması yaygın olarak hakem kararlarına konu edilmektedir. Örneğin, LG&E Energy v. Argentine davasında, ev sahibi devletin uluslararası yükümlülüklerine uymamayı haklı gösteremeyeceğinden, çatışma halinde açıkça uluslararası hukukun uygulanacağı ifade edilmiştir, LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International Inc. v. Argentine Republic, Decision on Liability, 3 October 2006, p. 94 vd.

<sup>444</sup> Demirkol, B., Uygulanacak Hukuk Makale, s. 142.

<sup>445</sup> Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/14/5, Award, 3 June 2021, p. 279.

### a. Uluslararası Anlaşmalar

Uluslararası anlaşmaların ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmeye sınırlı da olsa doğrudan uygulanması söz konusu olabileceği gibi, yatırım anlaşmaları dolaylı olarak da uygulama alanı bulabilir<sup>446</sup>. Yatırım anlaşması hükmünün doğrudan uygulanabildiği durumda ev sahibi devletin iç hukukundan önce uyuşmazlığa uygulanacaktır<sup>447</sup>. Bu husus iç hukukun anlaşmaya aykırı olması halinde ev sahibi devletin uluslararası alanda sorumluluğunun doğacak olmasıyla ya da uygulamada pek çok devletin kabul ettiği gibi, devletin iç hukuku usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası anlaşmalara aykırı olamayacağı prensibiyle açıklanabilir. Yabancı yatırımlar bakımından önem arz eden uluslararası anlaşmalar devletler arasında imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin ikili ya da çok taraflı yatırım anlaşmalarıdır. Uluslararası anlaşmalar devletler dışında, uluslararası örgütler ve devlet dışı bazı uluslararası kuruluşlar tarafından da yapılabilmektedir<sup>448</sup>. Kural olarak uluslararası anlaşmalar yalnızca taraflarını bağlamakla birlikte, sınır anlaşmaları, anlaşmanın sonradan teamül halini alması gibi istisnai hallerde, uluslararası anlaşma taraf olmayan kişiler için de bağlayıcı olmaktadır.

Yatırım anlaşmasının dolaylı olarak uygulanması ise daha özellik arz eden bir durumdur. Bu halde, uluslararası anlaşmalar için kabul edilen normlar dolaylı olarak yatırım sözleşmesine de uygulanacaktır. Örneğin, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun "*Pacta sunt servanda*" başlıklı 26. maddesine göre, "... Her uluslararası anlaşma kendisine taraf olan devletler için bağlayıcıdır ve iyi niyetle ifa edilmelidir..."<sup>449</sup>. Yine, "*Fundamental change of circumstances*" başlıklı 62. maddesinde ise, koşullarda önemli değişiklikler:

---

<sup>446</sup> Peter, W., s. 170.

<sup>447</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesine göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Mülkiyet hakkı gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

<sup>448</sup> Kök Değerli, S., s. 72.

<sup>449</sup> İngilizce metni şöyledir: "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed in good faith".



*“a) Uluslararası anlaşmanın kurulması zamanında mevcut olan ve mevcudiyeti tarafların anlaşma ile bağlı olmayı kabulleri için önemli bir temel teşkil eden durumları ifade etmektedir.*

*b) Değişiklik esaslı, öngörülemez ve hala ifa edilmesi gerekli edimlerin kapsamını kökten değiştirme etkisine sahip olmalıdır.”<sup>450</sup>*

şeklinde tanımlanmıştır. Buna karşın, bazı yazarlar “rebus sic stantibus”un genel olarak uluslararası anlaşmalar hukukundaki uygulamasının çok sınırlı olduğunu belirtmekle yetinmektedirler<sup>451</sup>. Genel olarak, “rebus sic stantibus”un anlaşmalar üzerindeki etkisi, anlaşmanın sona ermesi ve uygulanmasının askıya alınmasıdır<sup>452</sup>. Bu yüzden, uluslararası anlaşmalara ilişkin kuralların ev sahibi devletlerin sözleşmelerine uygulama alanı daha da sınırlı olmaktadır. Bununla birlikte, Viyana Konvansiyonu’nun 62. maddesinin doğrudan özel hukuk tüzel ve gerçek kişilerine uygulanma imkânı bulunmamasına karşın, maddenin uluslararası hukukta özel hukuk tüzel ve gerçek kişilerine de uygulanabilecek bir hukukun genel prensibi teşkil ettiği yönünde güçlü bir tez olduğu görüşü de mevcuttur<sup>453</sup>. Her ne kadar Konvansiyon devletler arası anlaşmalara uygulanmakta ise de 62. madde hükmünün uluslararası sözleşme taraflarına da uygulanması gereken hukukun genel prensiplerinden olduğu savunulmaktadır<sup>454</sup>. Belirtmek gerekir ki, 62. madde yalnızca devletlerin ilgili andlaşmadan çekilme hakkını düzenlemekte, ancak andlaşmanın yeniden müzakeresi ya da uyarlanmasına ilişkin düzenlemeye yer vermemektedir. Bu boşluk, Konvansiyonun 1969 tarihli olması nedeniyle, nispeten günün ihtiyaçlarını yansıtmadığı şeklinde

---

<sup>450</sup> İngilizce metni şöyledir: “a) *It refers to circumstances existing at the time of conclusion of the treaty: their existence must have constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty.*

*b) The change must be fundamental, unforeseen, and have the effect of radically transforming the scope of obligations still to be performed.”.*

<sup>451</sup> R.B. von Mehren’e atfen Peter, W., s. 172. Ayrıca bkz. dipnot 180.

<sup>452</sup> Akkaya, Damla, Uluslararası Andlaşmalarda Şartların Esaslı Değişimi: *Rebus Sic Stantibus* İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 133 - 134. Bununla birlikte, “rebus sic stantibus”un anlaşmanın gözden geçirilmesini diğer taraftan talep etme etkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır, aynı kaynakta bkz. s. 155. Kanaatimizce rebus sic stantibus” teorisinin anlaşmalar üzerinde gözden geçirmeyi talep etme etkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, karşı tarafın yapılan teklifi kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

<sup>453</sup> Horn, N., *The Concepts of Adaptation and Renegotiation In The Law of Transnational Commercial Contracts*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985, s. 25.

<sup>454</sup> Al Qurashi, Z., s. 278.

yorumlanabileceği gibi, andlaşmadan çekilen devlet ile karşı devletin aynı konuda yeni bir andlaşma yapmalarına ya da mevcut andlaşmayı bu halde birlikte müzakere edip tadil etmeye imkân vermek üzere de bilinçli bir boşluk yaratıldığı şeklinde de düşünülebilir. Kanaatimizce bilinçli bir boşluk yaratılmış olması daha olasıdır. Pratikteki önemi ise, şartlarda esaslı değişiklik halinde, uluslararası hukukun süjesi durumundaki bir devletin de kendisi için bağlayıcı olan bir andlaşmayı ifa etmekten kurtulmasıdır. Bu düzenleme, ülkemiz dahil, dünya devletlerinin çoğunluğu tarafından kabul edilmek suretiyle, şartlardaki esaslı değişiklik hali ve bunun sonuçları uluslararası hukukun bir parçası halini almıştır. Değişen koşullar halinde, yeniden müzakerenin, Viyana Konvansiyonu'nun 62. maddesinde sağlanan fesih imkanına tercih edilmesi de haklı olarak savunulmaktadır<sup>455</sup>.

Yukarıda da açıkladığımız üzere<sup>456</sup>, ikili yatırım anlaşmalarında taraflar arasındaki uyuşmazlıkların hakem ya da mahkemeye taşınmasından önce belirli süre içerisinde iyi niyetle müzakere edileceğine ilişkin kayıtlara da rastlanmaktadır. Bu halde, öncelikle ve iyi niyetle müzakere yükümlülüğü bizzat yatırım anlaşmasından doğmaktadır.

## **b. Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku**

Sözleşmede yeniden müzakere ile ilgili olarak hüküm bulunmayan hallerde sözleşmeye uygulanacak hukuk, ticari örf âdet kuralı ve sözleşmenin yorumlanması önem arz etmektedir. Genel olarak uluslararası örf âdet hukukunun oluşması için maddi ve manevi olmak üzere iki unsurun mevcudiyetine ihtiyaç duyulmaktadır. Öncelikle, maddi unsur olarak, uluslararası hukuk kişi ve organlarının genel ve sürekli olarak aynı davranışı tekrarlar hâle gelmeleri gerekmektedir. Manevi unsur ise, bu davranışın hukuki bir zorunluluk olduğunun yerleşmesidir. Belirtelim ki, örf ve âdet uluslararası alanda yeni hukuk kurallarının oluşmasında hâlâ öneme sahiptir<sup>457</sup>. Esasen, örf ve âdet kuralı haline gelmemiş olmakla birlikte, teamül kuralları da uluslararası hukuk kurallarının ve ilkelerinin

---

<sup>455</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 119.

<sup>456</sup> Bkz. yukarıda s. 107 vd.

<sup>457</sup> Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta, İstanbul, 2018, s. 7; Tütüncü/Arıkoğlu/Akün/Başkaracaoğlu, s. 36.

şekillenmesinde etkin rol oynamaktadırlar<sup>458</sup>. Geleneksel olarak, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları, yabancı yatırımlar konusunda, sözleşmesel uyarlama sorunundan ziyade millîleştirme konusunda uygulama bulmuştur<sup>459</sup>. Uluslararası örf ve âdet hukuku ev sahibi devletin tek taraflı tasarrufla yatırımı millîleştirdiği ya da millîleştirme anlamına gelecek tasarrufu karşısında yabancı yatırımcıya makul tazminat ödemesini gerektirmektedir. Esasen, yatırım andlaşmalarında sıklıkla yer alan bu düzenleme genel olarak kabul edilmekle uluslararası örf âdet haline gelmiştir<sup>460</sup>. Geleneksel olarak sözleşmesel uyarlama yönünden ise uluslararası örf ve âdetin rolü çok sınırlıdır. Bununla beraber, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra, uluslararası yatırımlara yönelik yeni bir uluslararası hukukun ortaya çıktığını savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>461</sup>. Anılan görüşler Birleşmiş Milletlerin de almış olduğu çeşitli kararlara<sup>462</sup> dayandırılmaktadırlar. Bu kararlarda ev sahibi devletlerin çok uluslu yabancı yatırımcılarla olan ilişkilerinde kullanabileceği haklar tavsiye niteliğinde sayılmaktadır. Elbette kararlarda belirtilen hak ve yükümlülüklerin uluslararası âdet hukuku olarak benimsenmesi büyük ölçüde kararların devletler nezdinde yaygın olarak kabul görüp görmemesine bağlıdır<sup>463</sup>. Kanaatimizce, anılan kararlar Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na gelmeden önce komisyon ve komitelerde yetkin hukukçular ve üst düzey devlet temsilcileri tarafından öncelikle ele alındıklarından, her hâlükârda hakem heyetlerine ışık tutacak niteliktedir. Nitekim, Letco davasında<sup>464</sup>, Birleşmiş Milletlerin 1962 tarihli, 1803 (XVII)

---

<sup>458</sup> Kök Değerli, S., s. 77.

<sup>459</sup> Peter, W., s. 172.

<sup>460</sup> Karaoğlu, A., O., s. 185.

<sup>461</sup> Karaoğlu, A., O., s. 185.

<sup>462</sup> Kararlara örnek olarak; Doğal Kaynaklara İlişkin Daimî Egemenlik Hakkında Karar No. 3171 (XXVIII), 1973 (*Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources*), Yeni Uluslararası Ekonomik Düzenin Kurulması Hakkında Bildiri No. 3201 (S-VI), 1974 (*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*), Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı No. 3281 (XXIX) 1974, (Charter of Economic Rights and Duties of States) gösterilebilir. Esasen, Birleşmiş Milletler devletlerin en geniş temsil edildiği forum olarak tavsiye niteliğinde kararlar almaktaysa da norm yaratma niyetiyle ve devletlerin önemli çoğunluğu ile alınmış kararlar örf adet kuralı olarak değer kazanabilir, bkz. Tütüncü/Arıkoğlu/Akün/Başkaracaoğlu, s. 46.

<sup>463</sup> Karar ve bildiri pek çok Batılı ülkelerden destek görmemiştir. Şart'ta ise pek çok ülkenin çekinceleri mevcuttur.

<sup>464</sup> Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) v. Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, March 31, 1986.

sayılı, Doğal Kaynaklara İlişkin Daimî Egemenlik Hakkında Kararı'nın<sup>465</sup> (*Resolution on Permanent Sovereignty over Natural Resources*) âdet hukukunu yansıttığı açıkça ifade edilmiştir. Yine, devletlerin oluşturdukları OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*), UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) ve OPEC (*Organisation of the Petroleum Exporting Countries*) gibi kuruluşlar tarafından verilen kararlar da maddi ve manevi unsurların mevcudiyeti ile kanaatimizce kendi faaliyet alanlarında örf ve âdet hukuku olarak kabul edilebilir<sup>466</sup>.

Milletlerarası ticaretin kuralları (*lex mercatoria*) milletlerarası ticari ilişkileri düzenlemek üzere geliştirilen, uluslararası alanda kabul görmüş ticari örf ve âdet kurallarından oluşmaktadır<sup>467</sup>. Diğer bir ifadeyle, *lex mercatoria* uluslararası hukuktaki maddi hukuk kurallarını tamamlamak üzere oluşturulan, uluslararası ticaret hukukuna özgü kurallar bütünüdür<sup>468</sup>. *Lex mercatoria*'nın gelişiminin nedenleri olarak, milli hukuk sistemlerinin uluslararası ticaretin ihtiyaçları karşısında yetersiz kalması, kanunlar ihtilaf kurallarının karmaşık yapısı ve belirsizlik yaratması ile ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmede yabancı yatırımcıya hukuki güvence sağlayabilecek maddi norm ihtiyacı gösterilmektedir<sup>469</sup>. Yeni tarihli bir ICC tahkim davasında<sup>470</sup>, davacı Konsorsiyum Sözleşmesi'nde tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları ve ortak girişim gerçek bir uluslararası girişim olması, diğer bir ifadeyle, herhangi bir yargı çevresinde ağırlık

<sup>465</sup> Karar için bkz. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> (Son Erişim Tarihi: 21 Nisan 2022).

<sup>466</sup> Aksi görüş için bkz. Peter, W., s. 177. Yazar anılan organizasyonların evrensel olmamaları nedeniyle, bunlar tarafından verilen kararların geleneksel âdet hukukunun kaynağı olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmektedir. Bizce bu organizasyonların kendi faaliyet alanlarına giren konularda verdikleri kararlar da âdet hukukunun kaynağı olarak değerlendirilebilir. Zira, bu uzmanlaşmış kuruluşlar kendi faaliyet alanları içinde en yetkin kuruluşlar olarak bu faaliyet alanlarında uluslararası uygulama yaratmaktadırlar.

<sup>467</sup> Şanlı, Cemal, Esen, Emre, Ataman-Fıganmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 9. Bası, İstanbul, 2021, s. 13 – 14.

<sup>468</sup> Erdem, Ercüment, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet, Cemil, Eskiörük, Serhat, Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi, Onikilevha Yayınları, İstanbul, Mayıs 2014, s. 37.

<sup>469</sup> Ayoğlu, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet ve Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 13 – 14.

<sup>470</sup> Société Nationale D'opérations Pétrolières De La Côte D'ivoire (Petroci) V. Mrs Holdings Ltd., ICC Case No. 23221/DDA (C-23222/DDA), Final Award, 24 March 2021.

merkezinin bulunmaması iddiasıyla, Sözleşme'ye *lex mercatoria*'nın uygulanmasını talep etmiştir<sup>471</sup>. Davacı aynı zamanda, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmalarının muhtemel olarak diğer tarafın milli hukuku reddetmelerinden kaynaklandığını, ortak girişimin birden fazla yargı çevresinde iş yapmasından dolayı bir hukukun diğerlerine yeğ tutulması için bir neden bulunmadığını ileri sürmektedir. Davacı, *lex mercatoria*'nın uygulanmasının gerekçesi olarak, ortak girişimin Panama'da kurulmasının Panama hukukunun uygulanması için örtülü bir uygulanacak hukuk seçimi teşkil etmeyeceğini, ortak girişimin Panama ile ilişkisinin tamamen şekli olduğunu ayrıca ortak girişimin Panama'da fiziki bir faaliyetinin bulunmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, hakem heyeti, tarafların *lex mercatoria*'nın uygulanmasını açıkça seçmedikleri durumda, uyuşmazlığa *lex mercatoria*'nın uygulanmasının uygun olmayacağına karar vermiş ve Davalı'nın *lex mercatoria*'nın genel mahiyette olması nedeniyle uygulanmasının önemli zorluklarının olacağını belirtmiştir<sup>472</sup>. Belirtmek gerekir ki, hakem heyeti bu kararda iki önemli hususa işaret etmiştir. İlki, taraflar *lex mercatoria*'nın uygulanmasını seçmiş olsalardı, hakem heyetinin *lex mercatoria*'yı uygulayacak olmasıdır. İkincisi ise, *lex mercatoria*'nın genel mahiyette olması nedeniyle uygulanmasında zorluklar yaşanması olasılığıdır. Öncelikle, tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları tahkimle çözmeyi kabul ettikleri durumda, *lex mercatoria*'nın uygulanmasını açıkça kararlaştırmadıkları durumda da hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulayabilecekleri ifade edilmektedir<sup>473</sup>. Erdem de ICC Tahkim Kuralları'nın 21/1 maddesi hükmü uyarınca hakemlerin uyuşmazlığa uygun gördükleri hukuku uygulayabileceklerini belirtmektedir<sup>474</sup>. Biz hakemlerin tarafların açıkça *lex mercatoria*'nın uygulanacağını kararlaştırmadıkları durumda hakemlerin yine de *lex mercatoria*'yı uygulayabilecekleri görüşüne katılamıyoruz. Zira, hakem heyetinin yetkisinin sınırı taraflarca tahkim anlaşmasında çizilmektedir. Hakem heyetinin *lex mercatoria*'yı uygulama yönünde açıkça yetkilendirilmemesine rağmen, *lex mercatoria*'yı uygulamaları yetki aşımı teşkil edebilecektir. Ayrıca, bu halde *lex mercatoria*'nın uygulanması tarafların

---

<sup>471</sup> Aynı kararda bkz. p. 492.

<sup>472</sup> Aynı kararda bkz. p. 495.

<sup>473</sup> İzmirli, Lale, Ayhan, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması, (Ticari Sözleşmeler) Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 402.

<sup>474</sup> Erdem, E., s. 47.

iradesinin dışında neticeler de doğurabilecek niteliktedir. Bahadır Erdem ise, hakem kararının tanınması ve tenfizi ya da iptalinde, uygulamada en fazla sorunun, tarafların *lex mercatoria*'yı seçmemiş olmalarına rağmen, hakem heyetinin *lex mercatoria*'yı uygulamasında çıkacağını belirttiikten sonra, çok istisnai nitelikteki bu şekilde verilen kararlarda, *lex mercatoria*'nın uygulanmasının somut olaya uygun olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir<sup>475</sup>.

Öte yandan, *lex mercatoria*'nın kapsamını tespit kolay olmamakla birlikte, Erdem, ICC hakem kararları incelediğinde, *lex mercatoria*'nın kapsamının Unidroit ilkelerine yansıtıldığı konusunda genel kabul bulunduğunu ifade etmektedir<sup>476</sup>. Ayoğlu da, Unidroit ilkelerinin bazı konularda genel kabul gören prensiplerden uzaklaşarak daha iyi çözümü benimsediğini ve bu açıdan *lex mercatoria*'ya önemli katkılarda bulunduğunu ifade etmektedir<sup>477</sup>. İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'da uygulanan 1996 Tarihli Tahkim Kanunu'nun (*Arbitration Act 1996*) 46. maddesinde<sup>478</sup> de, hakem heyetinin, tarafların seçtikleri milli hukuka ya da tarafların mutabık kalmaları halinde mutabık kalınan ya da hakemlerin belirledikleri kurallara göre uyuşmazlıkta karar verecekleri düzenlenmiştir. İngiliz temyiz mahkemesi çok yeni bir kararında<sup>479</sup>, 46(b) maddesinin taraflara belirli bir milli hukuk teşkil etmeyen kurallar ya da ilkeler setinin uygulanmasını seçmek için taraflara serbesti tanıdığını, bu kurallar ya da ilkeler setinin Unidroit Uluslararası Ticari Sözleşmeler

---

<sup>475</sup> Erdem, B., s. 130, 134.

<sup>476</sup> Erdem, E., s. 41.

<sup>477</sup> Ayoğlu, T., s. 197 – 198.

<sup>478</sup> 1996 Tarihli Tahkim Kanunu'nun (*Arbitration Act 1996*) 46. maddesinin İngilizce metni şu şekildedir:

“(1) *The arbitral tribunal shall decide the dispute— (a) in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or (b) if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal. (2) For this purpose the choice of the laws of a country shall be understood to refer to the substantive laws of that country and not its conflict of laws rules.*”

<sup>479</sup> *Lifestyle Equities C.V. And Lifestyle Licensing B.V. V. Hornby Street (Mcr) Ltd., Regency Trading Ltd., Santa Barbara Polo Club, Sb Members Llc, Toqir Abbas, Arunkumar Devji Pindoria, Joanne Claire Swift And Santa Barbara Polo & Racquet Club*, Judgment of The Court of Appeal of England And Wales [2022] Ewca 51, 28 January 2022. Karar için bkz. [https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-lifestyle-equities-c-v-and-lifestyle-licensing-b-v-v-hornby-street-mcr-ltd-regency-trading-ltd-santa-barbara-polo-club-sb-members-llc-toqir-abbas-arunkumar-devji-pindoria-joanne-claire-swift-and-santa-barbara-polo-racquet-club-judgment-of-the-court-of-appeal-of-england-and-wales-2022-ewca-51-friday-28th-january-2022#lvl\\_257653](https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-lifestyle-equities-c-v-and-lifestyle-licensing-b-v-v-hornby-street-mcr-ltd-regency-trading-ltd-santa-barbara-polo-club-sb-members-llc-toqir-abbas-arunkumar-devji-pindoria-joanne-claire-swift-and-santa-barbara-polo-racquet-club-judgment-of-the-court-of-appeal-of-england-and-wales-2022-ewca-51-friday-28th-january-2022#lvl_257653), (Erişim Tarihi: 21 Haziran 2022).

Kurallarını ya da daha geniş olarak, ticaret hukukunun genel ilkelerini ya da *lex mercatoria*'yı içerdiğini belirtmiştir<sup>480</sup>. Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanun'un<sup>481</sup> 28/1 maddesinde de “*Hakem heyeti uyuşmazlığı, taraflarca sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk kurallarına göre çözecektir...*” denildiğinden, taraflar bir milli hukuk dışında *lex mercatoria* gibi hukuk kurallarını da seçebileceklerdir. Taraflar, *lex mercatoria*'nın kaynaklarının tamamını ya da kararlaştıracakları bazı kurallarının uygulanmasını da seçebilirler<sup>482</sup>.

Örf ve âdet hukuku ile ilgili olarak, bir ev sahibi devletin bir âdet kuralını sürekli olarak reddetmesi halinde, kuralın uygulanması ve ev sahibi devletin kuralla bağlı tutulması mümkün gözükmemektedir<sup>483</sup>. Örneğin komünist devletler, özel mülkiyete dayalı örf ve âdet hukukunun gelişimine karşı çıkmışlar ve bu yüzden bu alanda geniş olarak kabul gören bir uluslararası âdet kuralının oluşumuna engel olmuşlardır.

Birleşmiş Milletler Çok Uluslu Şirketler Hakkında Davranış Kuralları'nın (*UN Code of Conduct on Transnational Corporations*)<sup>484</sup> sözleşmelerin yeniden müzakeresi ile ilgili 11. maddesinin resmi olmayan Türkçe tercümesi:

*“Sözleşmelerin ve anlaşmaların yeniden gözden geçirilmesi ve müzakeresi*

*11. (a) Hükümetler ve çok uluslu şirketler arasında akdedilen sözleşmeler ve anlaşmalar iyi niyet çerçevesinde müzakere edilmeli ve uygulanmalıdır. Özellikle bu sözleşme ve anlaşmaların uzun süreli olanlarında, yeniden gözden geçirme ve müzakere düzenlemeleri bulundurulmalıdır.*

*(b) Bu düzenlemelere yer verilmediği ve sözleşme ya da anlaşmanın dayandırıldığı durumlarda esaslı değişikliklerin bulunduğu hallerde, iyi niyetle hareket etmesi*

---

<sup>480</sup> Anılan kararda bkz. p. 101.

<sup>481</sup> UNCITRAL Model kanuna şu linkten erişilebilir: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf) (Erişim Tarihi: 21 Haziran 2022).

<sup>482</sup> Erdem, Bahadır, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet, Cemil, Eskiöyük, Serhat, Türk Milletlerarası Tahkim Hukunda “Lex Mercatoria”, Onikilevha Yayınları, İstanbul, Mayıs 2014, s. 128.

<sup>483</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 260.

<sup>484</sup> Davranış Kurallarının 1983 versiyonu metnine şu linkten ulaşılabilir: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2891/download> (Son Erişim Tarihi: 21 Nisan 2022).

*gerekli çok uluslu şirketler sözleşme ve anlaşmanın yeniden gözden geçirilmesi ve müzakeresi için Hükümetlerle iş birliği yapmalıdırlar.*

*(c) Bu sözleşmelerin yeniden gözden geçirilmeleri ya da yeniden müzakere edilmeleri [ev sahibi devletin kanunlarına] [ilgili milli kanunlara ve uluslararası hukuk prensiplerine] tabidir/tabi olmalıdır.<sup>485</sup>*

şeklindedir. Belirtmek gerekir ki, 1970'lerin sonlarından başlayarak müzakere edilen bu davranış kuralları durumdadır. Bu davranış kurallarının yalnızca bu kuralları kabul eden devletler için bağlayıcı olması amaçlanmıştır<sup>486</sup>. Bu şekilde bir ihtiyacın tartışma konusu yapıldığı bir tahkim davasında anılan kuralların, bağlayıcı olmamakla birlikte, hakem heyetine yol gösterebileceğini düşünüyoruz. Esasen, kuralları hazırlayan devletler devlet menfaatlerinin etkilendiği ölçüde değişen koşulların yeniden müzakereyi gerektireceği görüşünü desteklemiş olmaktadır<sup>487</sup>.

Uluslararası örf ve âdet hukukunun ispat sorunu dışında, bir diğer çekince ise bu kuralların muğlak olmalarıdır. Bu kurallar, uygulamadaki karmaşık yatırım sözleşmelerine uygulanabilecek kadar detaylı kurallar değildir. Sonuç olarak, belirtmek isteriz ki, uluslararası âdet hukukunun yeniden müzakere yönünden uygulama alanı sınırlıdır. Yine de devletlerin tavsiye niteliğinde olsalar bile, uluslararası yatırımlara ilişkin olarak yeknesak kurallar yaratma çabasında oldukları gözlemlenmektedir. Bu çabalar ışığında ortaya çıkan kurallar başkaca bir normun uygulanamadığı durumlarda uygulayıcılara yol gösterebilir niteliktedir.

---

<sup>485</sup> İngilizcesi şu şekildedir: “*Review and Renegotiation of contracts and agreements*

11. (a) *Contracts and agreements between Governments and transnational corporations should be negotiated and implemented in good faith. In such contracts or agreements, especially long-term ones, review or renegotiation clauses should normally be included.*

(b) *In the absence of such clauses and where there has been a fundamental change of circumstances on which the contract or agreement was based, transnational corporations acting in good faith, should co-operate with Governments for the review or renegotiation of such contract or agreement.*

(c) *Review or renegotiation of such contracts or agreements shall/should be subject to [the laws of the host country] [relevant national laws and international legal principles].”*

<sup>486</sup> Peter, W., s. 179.

<sup>487</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 125.



### c. Hukukun Genel Prensiplerinin Uygulanması

Hukukun genel prensipleri, her bir devletin kendi hukukunda ortaya çıkan ve diğer devletlerin de ortak hukuk değerlerini içeren kurallardır<sup>488</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yabancı yatırımlara uygulanacak uluslararası hukuk kuralları, özellikle örf âdet ve hukukun genel prensipleri, belirsizlik arz etmektedir ve uygulanmaları büyük oranda hakemin ya da tahkim heyetinin bu kural ya da kuralları tespit etmelerine ve ilgili tarafın prensibi ispat edebilmesine bağlıdır<sup>489</sup>. Öte yandan, yine hukukun genel prensipleri arasında sayılabilecek, “*clausula rebus sic stantibus*” (koşullar değişmediği sürece) prensibi de ahde vefa prensibinin uygulanmasına etkin bir şekilde karşı çıkmaktadır<sup>490</sup>. “*Clausula rebus sic stantibus*”, sözleşmenin durumlarda temel değişiklik halinde sözleşmesel yükümlülüğün bağlayıcı gücünün sona ereceğine ilişkin örtülü bir kloz içerdiğini kabul etmektedir<sup>491</sup>. Buna karşın, uluslararası ticaret hukukunda, sözleşmelerinin “*rebus sic stantibus*” prensibi ışığında yorumlanması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Pek çok yazar sözleşmede sarıh hüküm bulunmadığı durumda bu yönde bir kuralın olmadığını ya da varlığının şüpheli olduğunu düşünmektedir<sup>492</sup>. Bu görüşü savunanlar, bu tür sözleşmelerin taraflarının deneyimli profesyoneller olduğunu, sözleşme müzakereleri sırasında gerekli görselerdi, uyarılama klozunu da sözleşmelerine dahil edeceklerini ifade etmektedirler<sup>493</sup>. Diğer yandan, “*rebus sic stantibus*” prensibinin uluslararası hukukta, Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuklarında kabul edildiği de ileri sürülmektedir<sup>494</sup>. Belirtelim ki, hukukun genel prensipleri zaman içinde örf âdet hukukuna dönüşebilmekte ve/veya uluslararası antlaşmalarda yer alarak

---

<sup>488</sup> Kök Değerli, S., s. 85.

<sup>489</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 256. Bununla birlikte, taraf eşitliği, ölçülülük, sebepsiz zenginleşme ve iyi niyet gibi hukukun genel prensiplerine yabancı yatırımlara ilişkin uyumsuzluklarda yer verildiğini görmekteyiz.

<sup>490</sup> Peter, W., s. 163.

<sup>491</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts in view of a Changed Circumstances*, Tel Aviv University Studies In Law, V:11, 1992, s. 141; bu görüş için ayrıca bkz. Bernardini, P., s. 99.

<sup>492</sup> Draetta, U., Lake, R. B., Nanda, V. P., *Breach and Adaptation of International Contracts, An Introduction to Lex Mercatoria*, Butterworth Legal Publishers, USA, 1992, s. 202-203.

<sup>493</sup> Bu görüşün açıklaması için bkz. Bernardini, P., s. 99 – 100.

<sup>494</sup> Ng’ambi, Sangwani, Patrick, *Efficient and Flexible: The Case for Renegotiation Clauses in Concession Agreements*, Zambia Law Journal, V. 45, 2014, s. 18.

uluslararası hukukun yazılı kuralları arasına girmektedir<sup>495</sup>. Hukukun genel prensipleri arasında sayılabilecek sözleşmeye bağlılık prensibinin dahi genel olarak tüm hukuk sistemlerinde aynı şekilde kabul gördüğünü kabul etmek mümkün gözükmemektedir<sup>496</sup>. Aksine, karşılaştırmalı hukukta sözleşmeye bağlılık ilkesinin saf uygulamasından vazgeçildiğini, “*clausula rebus sic stantibus*”un farklı ölçü ve şekillerde de olsa, her hukuk sisteminde kabul edildiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla yatırım sözleşmeleri için de “*clausula rebus sic stantibus*”un uygulama alanı bulmaması için bir neden bulunmamaktadır<sup>497</sup>. Hem sözleşmeye bağlılık prensibi hem de “*clausula rebus sic stantibus*” uluslararası hukukun birer öğretisidirler ve her ikisi de uluslararası hukukta kabul görmektedir<sup>498</sup>.

## **B. Yeniden Müzakerenin Usulü**

### **1. Genel Olarak**

Yeniden müzakerenin amacı taraflarca sözleşmenin belirli şartlarının değişen koşullara uyarlanmasıdır. Uygulamada yeniden müzakere klotlarında yeniden müzakereyi tetikleyici olaylar ya da durumlar da düzenlemektedir. Yeniden müzakereyi tetikleyen durum ya da olayın ortaya çıkması üzerine, ilgili sözleşme tarafı diğer tarafı durumdan haberdar edecek ve müzakereye davet edecektir. Uyuşmazlık halinde, yeniden müzakereyi gerektiren durumun gerçekten doğup doğmadığını belirleme işi ise, hukuki bir sorun olması nedeniyle, hakem ya da hâkime aittir<sup>499</sup>. Teytikleyici durum ya da olayların sadece bir tarafın kontrolünde olması uyuşmazlığa sebebiyet verebilecek niteliktedir<sup>500</sup>. Diğer tarafa zarar verme ve diğer tarafın zararına o tarafın zayıflığından istifade etme yasağı yeniden müzakerede önem arz etmektedir<sup>501</sup>. Esasen, ev sahibi devlet yabancı yatırımcıya karşı adil

---

<sup>495</sup> Sur, M., s. 88; Tütüncü/Arıkoğlu/Akün/Başkaracaoğlu, s. 54.

<sup>496</sup> Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 265.

<sup>497</sup> Bartels, M., s. 56.

<sup>498</sup> Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, s. 261.

<sup>499</sup> De Cuyper, J., Peter, W., s. 791.

<sup>500</sup> Al Faruque, s. 10.

<sup>501</sup> Berger, K. P., s. 1365.

ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü de altındadır. Ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya adil ve hakkaniyetli muamele edip etmediği ise uluslararası hukuka göre yanıtlanması gereken bir husustur<sup>502</sup>. AWG davasında<sup>503</sup>, Arjantin'in ekonomik kriz nedeniyle imtiyaz sözleşmelerini yeniden müzakere etmek üzere çıkarmış olduğu Olağanüstü Hal Kanunu ile almış olduğu kararlar adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlali iddiasıyla uyuşmazlığa konu olmuştur. Arjantin, Buenos Aires şehrinin su dağıtım ve atık su sistemlerinin işletmesi ile ilgili olarak 28 Nisan 1993 tarihinde, Aguas Argentinas S.A. (AASA) ile 30 yıl süreli imtiyaz sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşmenin ilk sekiz yılında, sözleşme yabancı yatırımcının resmi mektupları üzerine iki defa yeniden müzakere edilmiş ve yeniden müzakere hükümetin kararnamesi ile uzlaşma ile sonuçlanmıştır. Hakem heyeti, imtiyaz sözleşmesinin “... *İmtiyaz Sözleşmesinin ifasını kolaylaştıracak şekilde tarafların akıcı bir ilişki kurmak ve muhafaza etme* ...” hükmünü tarafların herhangi bir güçlkle karşılaştıklarında bunları müzakere ile çözeceklerini kabul ettikleri şekilde değerlendirmiştir<sup>504</sup>. 2000 yılından itibaren Arjantin, ekonomik kriz ile birlikte, yabancı borçlarını ödemede güçlük çekmeye başlamıştır. Bu durum AASA'nın tarife tahsilatlarına da yansımış ve AASA'nın da finansal krize girmesine sebep olmuştur. Arjantin, banka hesaplarından para çekilişlerine sınırlama dahil olmak üzere, önemli mevzuat değişikliğine gitmiştir. Bu kapsamda çıkarılan Olağanüstü Hal Kanunu, diğer düzenlemelerin yanı sıra, kamu hizmet sözleşmelerinin endekse dayalı ayarlanmasını iptal etmiş ve yürütmeye tüm kamu hizmet sözleşmelerini yeniden müzakere etme yetkisi vermiştir. Bu kapsamda yeniden müzakere komisyonu oluşturulmuştur. AASA, Olağanüstü Hal Kanunu'na ilişkin olarak bir plan hazırlayarak resmi başvuruda bulunmuşsa da başvuru Komisyon tarafından reddedilmiştir. AASA, imtiyaz sözleşmesindeki gelir ve giderdeki önceki dengenin sağlanması için yeniden başvuru yapmışsa da bu başvuru da olumsuz sonuçlanmıştır. Bu arada AASA'nın kredi borçlarını ödeyememesi nedeniyle, Davacı hissedarlar tarafından AASA'nın kredileri satın alınmıştır. AASA'nın imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla hükümet imtiyaz sözleşmesini 21 Mart 2006

---

<sup>502</sup> McLachlan/Shore/Weiniger, s. 313.

<sup>503</sup> AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, Decision on Liability, Ad Hoc Arbitration, 30 July 2010.

<sup>504</sup> Aynı kararda bkz. p. 40.

tarihinde feshetmiştir. Hakem heyeti, Olağanüstü Hal Kanunu ve sonrasında çıkarılan kararnamelerin yabancı yatırımcıyı aşırı ölçüde yeniden müzakereye zorladığı, bu anlamda daha önceki taraflar arasındaki yeniden müzakerelerden farklı olduğunu belirtmiş<sup>505</sup>, Olağanüstü Hal Kanunu ve kararlar kapsamındaki yeniden müzakerenin, Arjantin'in, imtiyaz sözleşmesinde yapılmasını istediği değişiklikler için yalnızca “etiket” olup olmadığını sorguladığını ifade etmiştir<sup>506</sup>. Hakem heyeti, yeniden müzakerenin özünün taraflarca mevcut sözleşmenin özgürce değiştirilmesi ya da tadil edilmesi olduğunu, Arjantin'in ise önceden ulaşmak istediği sonuca ulaşmak için AASA'nın sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığını ve perdelediğini söylemiştir<sup>507</sup>. Hakem heyeti sonuç olarak, bu sürece adil bir yeniden müzakere denilemeyeceğine ve Arjantin'in, yeniden müzakere sürecinde AASA ve Davacılar muamalesinin adil ve hakkaniyetli davranma taahhüdünün ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>508</sup>. Yine, benzer nitekiikteki National Grid PLC davasında, hakem heyeti, Arjantin'in, yasal çerçeveyi esaslı bir şekilde değiştirmesini, önlemlere ilişkin kararların alınmasından itibaren iki yıllık süre içerisinde “anamlı” müzakerelerin yapılmamasını ve ev sahibi devletin imtiyaz sözleşmesinin yeniden müzakeresi için davacının hukuki haklarından feragat etmesini talep etmesini adil ve hakkaniyetli muamele etme yükümlüğünün ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir<sup>509</sup>. Önemli olarak, hakem heyeti, ihlalin önlemlerin alındığı tarihte değil, imtiyazın yeniden müzakeresi için hukuki haklardan feragat edilmesinin önkoşul olarak ileri sürüldüğü tarihte gerçekleştiğini ifade etmiştir<sup>510</sup>. Vivendi davasında ise, hakem heyeti, farklı bir yaklaşım ile, ihlalin Olağanüstü

---

<sup>505</sup> Aynı kararda bkz. p. 241.

<sup>506</sup> Aynı kararda bkz. p. 242.

<sup>507</sup> Aynı kararda bkz. p. 242.

<sup>508</sup> Aynı kararda bkz. p. 243; Olağanüstü Hal Kanunu ve kararnameler kapsamında yabancı yatırımcılara adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlal edilmesine ilişkin olarak enerji sektörüne ilişkin benzer kararlar için ayrıca bkz. Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010; Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 April 2013.

<sup>509</sup> National Grid PLC v. The Argentine Republic, Award, Ad Hoc Arbitration, 3 Kasım 2008, p. 179.

<sup>510</sup> Aynı kararda bkz. p. 180.

Hal Kanunu'nun yasalaştığı tarihte gerçekleştiğine hükmetmiştir<sup>511</sup>. Arjantin aleyhine açılan bu davalarda, genel olarak, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıyı sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye mecbur bırakması adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür. Buna göre, ev sahibi devletin yeniden müzakere yönündeki eylem ya da kararları sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmamalıdır. Bununla birlikte, ev sahibi devletin sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmamak ve adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğünü ihlal etmemek kaydıyla, yeniden müzakere hususunda yasama ve yürütme faaliyetinde bulunabileceği de anlaşılmaktadır.

Yeniden müzakere sözleşmede belirli bir usule tabi olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin, sözleşmede yeniden müzakereye konu durumun ortaya çıkması halinde derhal karşı tarafı bilgilendirme, bekleme dönemi ve tarafların bir araya gelme usulü belirlenmiş olabilir<sup>512</sup>. Esasen, kanaatimizce de sürecin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için, yeniden müzakere klotunda müzakere sürecinde tarafların yükümlülüklerinin neler olduğu, yeniden müzakere ile tarafların hangi sonucu hedefleyecekleri ve müzakerelerin iyi niyetle yürütüleceğinin açıkça düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır<sup>513</sup>. Çoğu yabancı yatırım sözleşmesinin yeniden müzakeresi ise yazılı olmayan diplomasi kurallarına göre yürütülmektedir<sup>514</sup>. Yeniden müzakerenin sözleşmede belirli kurallara bağlandığı hallerde, yeniden müzakere yükümlülüğü sözleşmeden doğduğundan, tarafların etkin ve dürüst bir şekilde sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekecektir. Öte yandan, tarafların müzakerelerle anlaşmaya varmak için en iyi çabayı gösterme yönünde yükümlülüklerinin bulunduğu da ifade edilmektedir<sup>515</sup>. Yukarıda açıklandığı üzere<sup>516</sup>, yeniden müzakere sözleşmede düzenlenmiş olsun ya da olmasın, pek çok durumda, yatırım anlaşmasında, tarafların uyuşmazlığı mahkeme ya da hakem heyetine taşımadan, dostane

---

<sup>511</sup> Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II), ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, p. 247.

<sup>512</sup> Horn, N., *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, s. 175.

<sup>513</sup> Bernardini, P., s. 99

<sup>514</sup> Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, s. 174.

<sup>515</sup> Al Faruque, s. 17.

<sup>516</sup> Yukarıda bkz. s. 107 vd.

yollarla çözecekleri de düzenlenmektedir. Bu halde de taraflar, yatırım anlaşması hükümlerine göre uyuşmazlığı müzakere ederek çözmek için çaba sarf etmek durumundadırlar. Belirtelim ki, yeniden müzakere sürecinde uyarlama teklifleri de ciddi, samimi ve yeterli detayda olmalıdır<sup>517</sup>.

PECL, PICC, DCFR ve 2016 yılında yapılan değişiklik sonrası Fransız Medeni Kanunu da uyarlamanın bir koşulu olarak yeniden müzakereyi düzenlemiştir. Anılan normlar içerisinde de yeniden müzakerenin usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Buna göre, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin (*Principles of European Contract Law-PECL*) 6.111 maddesi<sup>518</sup>, taraf ediminin aşırı derecede güçleşmesi halinde de (maliyetinin artması ya da karşı edimin değerinin azalması halinde) edimin ifasının zorunlu olduğunu belirttikten sonra, aşırı ifa güçlüğüne koşulların değişmesine bağlı olduğu durumda, tarafların sözleşmenin uyarlanması ya da feshine ilişkin yeniden müzakere yükümlülüklerinin bulunduğunu düzenlemektedir. PICC'nin 6.2.3 maddesinde ise, aşırı ifa güçlüğü halinde dezavantajlı tarafın yeniden müzakere talebinde bulunma hakkının bulunduğunu, talebin gecikmeksizin ve nedenleriyle birlikte diğer tarafa iletilmesi gerektiğini, yeniden müzakere talebinde bulunmanın tek başına edimin ifasını bekletme hakkını içermediğini, makul süre içinde anlaşılabilmesi halinde ise, her bir tarafın uyarlama ya da sözleşmenin feshi için mahkemeye başvurabileceğini belirtmektedir. Anılan maddenin resmi yorumunda ise, edimin ifasının bekletilmesinin ancak olağanüstü durumlarda mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>519</sup>.

Avrupa Birliği Borçlar Hukukunun taslağını teşkil eden Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*)<sup>520</sup>, III.-1:110 maddesinde de, PECL

---

<sup>517</sup> Uribe, R., M., s. 227.

<sup>518</sup> Madde metnine [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/#head\\_101](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_101) linkinden ulaşılabilir. Erişim tarihi: 15 Nisan 2022.

<sup>519</sup> Yorumda edimin ifasından kaçınmayı haklı kılacak örnek olarak, borçlunun bir diğer ülkede tesis inşa etmesine ilişkin ediminin, o ülkede yeni güvenlik yönetmeliğinin ilave teçhizat yükümlülüğü getirmesi nedeniyle önemli ölçüde güçleşmesi ve bu durumun sözleşmedeki dengeyi değiştirmesi halinde, yeni güvenlik yönetmeliğine uyum için edimin ifasını bekletebileceğini ve ücret uyarlamasında anlaşılmadığı sürece ilave teçhizatın tesliminden de kaçınabileceğini düzenlemiştir.

<sup>520</sup> Taslağın metni için bkz. [https://www.trans-lex.org/400725/\\_/outline-edition-/](https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/) (Son Erişim Tarihi: 21 Şubat 2022).

ile paralel olarak, maliyet artışının ya da değer kaybının yol açtığı aşırı ifa güçlüğü halinde, ifayla borçlunun sorumlu tutulmasının önemli ölçüde adaletsizliğe yol açacağı durumda, makul surette ve hakkaniyete uygun olarak edimin, değişen koşullara uyarlanabileceği ya da yükümlülüğün mahkeme tarafından uygun bulunan tarih itibariyle ve şartlarla sona erdirilebileceği ifade edilmektedir. Anılan madde ayrıca, uyarlama ve sözleşmenin feshine karar verilmesini, borçlunun makul surette ve iyi niyetle yükümlülüğü düzenleyen şartların makul ve hakkaniyete uygun olarak uyarlanmasını sağlamak için müzakere etmiş olmasına bağlamaktadır. Ancak, DCFR, PELC'nin yeniden müzakere yükümlülüğü yaklaşımını takip etmemiş, özellikle, yorum bölümünde, kimsenin müzakere etme yükümlülüğünün ve buna bağlı tazminat yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmiştir<sup>521</sup>. Kanaatimizce, bir tarafa yeniden müzakere isteminde bulunma hakkı tanındığı durumda diğer tarafın yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunduğunu ve buna uygun hareket etmek durumunda olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde, tanınan yeniden müzakere talep hakkının da pratikte bir önemi kalmayacaktır.

Fransız Medeni Kanunu'nun 1195. maddesi ise, sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen, durumlardaki bir değişikliğin, söz konusu riski üstlenmemiş bir tarafın ediminin ifasını aşırı derecede güçleştirmesi halinde, edimi aşırı derecede güçleşen taraf, diğer taraftan sözleşmenin yeniden müzakeresini isteyebileceğini, ancak yeniden müzakere sırasında ilgili tarafın edimini ifa etmeye devam edeceğini ifade etmektedir.

Sözleşmeler hukuku alanında yeknesaklaştırmayı amaçlayan, PECL, PICC ve DCFR gibi çok uluslu çalışmaların yeniden müzakereyi bir yükümlülük olarak düzenlemeleri dikkat çekicidir. Son olarak Fransız kanun koyucusu da Fransız Medeni Kanunu'nda yapmış olduğu değişiklik ile uyarlama ya da sözleşmenin feshi için yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul etmiştir.

Anılan düzenlemelerde, yeniden müzakere usulü bakımından, genel olarak, yeniden müzakere isteminde bulunacak tarafın gecikmeden, tüm gerekçeleriyle birlikte durumu diğer tarafa bildirmesi ve yeniden müzakere için makul bir sürenin öngörülmesi gerektiği ifade

---

<sup>521</sup> Uribe, R., M., s. 210.

edilmektedir. Yeniden müzakere sırasında edimin ifasının devam edip etmeyeceği ise son derece hassas ve tartışmalı bir husustur. Yukarıda belirttiğimiz çok uluslu çalışmalar ve Fransız Medeni Kanunu içerisinde şüphesiz bu konuda en liberal yaklaşım PICC’de belirtilmiştir. Edimin ifasının güçleştiği olağanüstü hâllerde uyarlama konusunda anlaşılmadıkça edimin ifasından kaçınılabileceği maddenin yorum bölümünde düzenlenmiştir. Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından da olağanüstü durumlarda edimin ifasının bekletilmesinin doğru yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye ya da tahkime başvurulması halinde edimin ifasının bekletilip bekletilemeyeceğine mahkeme ya da hakem heyeti karar verecektir. Mahkeme ya da hakem heyetinin uyuşmazlık halinde bu hususu öncelikle karara bağlaması usul ekonomisine uygundur. Yine, mahkemenin edimin ifası hususunda diğer tarafın icra ya da haciz işlemleri yapmasının önüne geçilebilmesi için tedbir kararı verebileceğini de kabul etmek gerekir. Nitekim, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi de kiracı davacının Covid-19 salgınına bağlı olarak aşırı ifa güçlüğü nedeniyle açmış olduğu uyarlama davasında, kira bedelinin yarısının ödenmesine ilişkin ihtiyati tedbir istemine ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin red kararını kaldırarak, kararlaştırılan kira bedelinin yarısının ödenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı isteminin kabulüne karar vermiştir<sup>522</sup>. Mahkeme ayrıca, salgının etkilerinin tamamen ortadan kalktığına kiranın eski hale gelmesi gerektiğini, tedbirin de bu dönem için uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce mahkemenin tedbir kararı vermesine bir engel yoktur. Esasen, davanın esasını halleder şekilde tedbir kararı verilememesi gerekirse de mahkeme Covid-19 salgınının geçici ve olağanüstü nitelikte olması ve davacının haksız çıkması halinde, tedbiren ödenmeyen kısmın davalı tarafından talep edilmesinin mümkün olması gerekçesiyle hakkaniyet gereği davadaki asıl talebi tedbiren kabul etmiş görünmektedir.

## **2. Değişen Koşullar ve Tetikleyici Olay Kavramları**

---

<sup>522</sup> Bursa BAM 4. HD., E. No: 2020/1103, K. No: 2020/1103.



Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların başlangıçtaki edimlerinde ekonomik bir dengenin mevcut olduğu varsayılmaktadır<sup>523</sup>. Dolayısıyla, bir tarafın sözleşmenin akdi anında mevcut ekonomik güçsüzlüğü, uzun süreli bir sözleşmenin uyarlanması ya da feshini tek başına haklı kılmamaktadır<sup>524</sup>. Elbette ki, başlangıçtaki ekonomik denge tarafların kendi düşünce ve değer yargılarına dayanmaktadır<sup>525</sup>. Uzun süreli borç ilişkilerinde hukuki ya da ekonomik koşullar edimlerin ifası sırasında siyasi, toplumsal ya da ekonomik etkenlere bağlı olarak değişebilmektedir<sup>526</sup>. Dolayısıyla, edimler arasındaki denge de bu koşullara bağlı olarak kısmen ya da tamamen bozulabilmektedir. TBK'nın 138. maddesinde, “aşırı ifa güçlüğü” başlığı altında, değişen koşullar kavramı;

*“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ...”*

şeklinde yer bulmuştur. Buna göre değişen koşullar, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemez ve öngörülmesi de beklenmeyen, borçludan da kaynaklanmayan olağanüstü bir durumdur. Sözleşmenin kurulduğu an ile ifa zamanı arasında koşulların değişmesi ile edimler arasındaki uyum bozulmaktadır<sup>527</sup>. Esasen, işlem temelinin çökmesi halinde yalnızca borçlu değil, alacaklı da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebilir. Örneğin, bu halde, ev sahibi devlet imtiyaz sözleşmesine konu yer altı kaynağının öngörülenin çok üstünde değerli çıkması durumunda sözleşmenin yeniden müzakeresini ve uyarlamayı isteyebilecektir.

Yeniden Müzakere klotunun icra edilebilirliği büyük ölçüde klotun uygulanmasını haklı kılacak durumların farklı yorumlara sebebiyet vermeyecek açıklıkta tanımlanmasına bağlıdır. Genellikle, yeniden müzakere hâllerinin net bir şekilde düzenlenmesinin

<sup>523</sup> Kaplan, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Mrenüdahalesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 117.

<sup>524</sup> Frick, J. G., s. 147.

<sup>525</sup> Topuz, Seçkin, Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 50.

<sup>526</sup> Kaplan, İ., s. 117.

<sup>527</sup> Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2021, s. 554.

sözleşmesel istikrarın tesisi için en iyi yol olduğu ifade edilmektedir<sup>528</sup>. Ancak bu hâlde, uygulanabilir hukukta genel olarak değişen koşullar düzenlenmemiş ise<sup>529</sup>, tarafların önceden öngöremedikleri olaylar sözleşmenin ve bu sebeple yeniden müzakere yükümlülüğünün dışında kalacaktır. Örneğin, sözleşmede döviz kur dalgalanmaları için öngörülen uyarlama hükmü emtia (*commodity*) fiyatlarının çöktüğü durumda işlerlik kazanmayacaktır<sup>530</sup>. Esasen tarafların yeniden müzakere klotlarına yer vermelerinin temel nedeni sonradan koşulların ne şekilde değişeceğini ya da ne ölçüde değişeceğini kestirememeleridir. Bu yüzden yeniden müzakere hallerinin her birinin net bir şekilde belirtilmesinden önce çerçevenin çizilmesi daha doğru görülmektedir<sup>531</sup>.

Uluslararası ticari işlemler, iç ticarete bulunmayan, döviz kur riski, döviz ihracının yasaklanması ya da hükümet politikalarında radikal değişiklikler gibi özel unsurlar barındırmaktadır ve bu özel unsurlar sözleşmesel istikrarsızlığın riskini artırmaktadır<sup>532</sup>. Ev sahibi devletin milli egemenliği ve ülke çıkarlarını korumak gibi bir rolü olabilirken, kaynak devlet vatandaşının yatırımını (dolaylı olarak ülkesinin kaynağını) koruma güdüsü ile hareket etmektedir. Bazı yatırım sözleşmelerinde, yatırımcının kazancının belirli bir düzeye ulaşması ya da yatırımcının yatırım maliyetini çıkarması tetikleyici olay olarak düzenlenmektedir<sup>533</sup>. Yine bazı yatırım sözleşmeleri edimlerin belirli dönemlerle gözden geçirilmesini düzenlemektedir<sup>534</sup>. Böylelikle ev sahibi devletler edimlerin dengesizliği hususunda daha az siyasi baskı altında kalmışlardır.

---

<sup>528</sup> Uribe, R., M., s. 225.

<sup>529</sup> Burada belirtmek istenen, sözleşmede yer alan aşırı ifa güclüğü ya da yeniden müzakere klotunun uygulanabilir hukukun kabul ettiği halleri ortadan kaldırmayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olsa bile, uygulanacak hukukta düzenlenen aşırı ifa güclüğü halleri uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda bkz. Uribe, s. 226.

<sup>530</sup> Uribe, R., M., s. 226.

<sup>531</sup> Yeniden Müzakere Klotunun geniş bir şekilde formüle edilmesinin sözleşmesel istikrarsızlık yaratacağı ve taraflar arasında ihtilaf riskini artırdığı da savunulmaktadır, bkz. Russi, Luigi, *Chronicles of a Failure: From a Renegotiation Clause to Arbitration of Transnational Contracts*, *Connecticut Journal of International Law*, V:24, I:1, 2008, s. 83.

<sup>532</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1522.

<sup>533</sup> Russi, L., s. 83.

<sup>534</sup> Russi, L., s. 83.

Yatırım sözleşmeleri çoğunlukla değişen koşullara ilişkin hükümler içermektedir<sup>535</sup>. Özellikle yabancı yatırımcı tarafında, yatırım sözleşmesinde yeterli detayla yeniden müzakere düzenlemesinin uygulanmasını tetikleyecek hallerin belirtilmemesi güç durumlara sebebiyet verecektir<sup>536</sup>. Geleneksel olarak yabancı yatırımcılar, sözleşmelerinde gelecekteki tüm riskleri öngörmeye çalışmışlar ve bu hâllerde yeniden müzakereyi kabul etmeyerek, öngörebildikleri tüm riskleri istikrar klotuyla sözleşmede düzenleme yolunu seçmişlerdir<sup>537</sup>.

Belirtmek gerekir ki, öngörülemeyen her hâl yeniden müzakereye imkân tanımayacaktır. Sadece belirli bir eşik değerin aşılması durumunda yeniden müzakereyle sözleşmesel dengenin yeniden kurulması söz konusu olabilecektir<sup>538</sup>. Söz konusu eşik değerin ise her bir somut durumda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Muğlak klotların aşırı belirsizlik yaratacak olması nedeniyle çoğu klot, tetikleyici olaylar konusunda kesin sınırlar çizmektedir<sup>539</sup>.

Tetikleyici olay yalnızca bir ihtimal olarak sözleşmede düzenlenebilir. Bu durumda tarafların sözleşmeyi sözleşme süresi içinde her zaman yeniden müzakere edebilecekleri belirtilebilir. Yine, tetikleyici olaylar tek tek sayılmaksızın sözleşme tarihi itibarıyla mevcut hallerde “önemli değişiklik” şeklinde de düzenlemeye yer verilebilir. Bu tür bir düzenleme, ortaya çıkan durumun sözleşmede belirtilen mevcut hâllerde “önemli değişiklik” teşkil edip etmediği ihtilaf konusu olabilecektir. Aynı şekilde, tetikleyici olay olarak belirli kriterler ya da parametreler belirlenebileceği gibi, yeniden müzakerenin hizmet edeceği gayenin de belirtilmesi söz konusu olabilir. Bu son halde, finansal dengenin sağlanması ya da daha sübjektif olarak “nesafet” belirtilebilir.

---

<sup>535</sup> Kröll, S., s. 437.

<sup>536</sup> Dolzer/Schreuer, s. 85.

<sup>537</sup> Dolzer/Schreuer, s. 85.

<sup>538</sup> Russi, L., s. 82.

<sup>539</sup> Russi, L., s. 83.

### 3. Muhatabın İyi Niyetle Müzakere Yükümlülüğü Var Mıdır?

Türk hukukunda yeniden müzakerenin hukuki temelini dürüstlük kuralı olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Baysal, yeniden müzakerenin hukuki temelini dürüstlük ilkesi olarak kabul etmekle birlikte, yeniden müzakerenin bir yükümlülük, diğer bir ifadeyle, borç değil, ödev olduğunu ifade etmektedir<sup>540</sup>. Yazar, yeniden müzakere ödevinin ihlâl edilmesi halinde tazminat sorumluluğunun doğmayacağı, ancak bu ödevi yerine getirmeyen tarafın uyarılama hakkını kullanamayacağı görüşündedir<sup>541</sup>. İnce, yeniden müzakerenin ne bir yükümlülük ne de bir külfet olduğunu belirtmektedir<sup>542</sup>. Gümüş de Alman Medeni Kanunu (BGB) madde 313/I gibi, TBK 138. maddenin de taraflara külfet ya da borç yüklediği görüşündedir<sup>543</sup>. Topuz ise, denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında tarafların kendi aralarında müzakere etme yükümlülüklerinin bulunmadığını ileri sürmektedir<sup>544</sup>. Kanaatimizce, özellikle, tezimizin konusunu teşkil eden yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından tarafların sözleşmede açık düzenleme bulunmadığı halde de yeniden müzakere yükümlülükleri mevcuttur. Öncelikle, doktrinde konuyu ele alan yazarların meseleye daha çok uyarılama isteyen taraf yönünden yaklaştıkları söylenebilir. Bu nedenle, yeniden müzakere isteminde bulunmayan tarafın uyarılama talep etme hakkını kullanamayacağı ifade edilmiştir<sup>545</sup>. Biz bu görüşe katılamamaktayız. Görüşümüze göre, uyarılama hakkı dava içi ve dava dışında kullanılabilir. Şartların değişmesi halinde bu durumdan etkilenen taraf diğer taraftan uyarılama isteminde bulunabilir ya da sözleşmeyi sona erdireceğini bildirebilir. Ancak, bu bildirimi yapmayan borçlunun doğrudan dava açmak suretiyle sözleşmenin uyarlanmasını istemesine bir engel bulunmamaktadır. Yalnızca, diğer taraftan uyarılama talebinde bulunmadan dava açan taraf uyarılama talebini öğrenen tarafın dava içinde uyarılama istemini kabul etmesi durumunda, yargılama giderlerini karşılamak durumunda

---

<sup>540</sup> Baysal, Başak, Yeniden Müzakere Ödevi (*Makale*), Hasan Erman'a Armağan, DR Yayınları, İstanbul, 2015, s. 194 vd.

<sup>541</sup> Baysal, B., Makale, s. 196.

<sup>542</sup> İnce, Nurten, Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Külfeti Mi? BTHD., C. XXXIII, S. 1, Ankara, Mart 2017, s. 201.

<sup>543</sup> Gümüş, A., s 37.

<sup>544</sup> Topuz, S., s. 335.

<sup>545</sup> Baysal, B., Makale, s. 196.

kalması söz konusu olabilir. Bununla beraber, yeniden müzakerenin hukuki temelinin dürüstlük kuralı olduğunu kabul ettikten sonra kurala uyulmamasının tazminat borcu doğurmayacağını söylemenin tutarlı olmayacağı görüşündeyiz. Nitekim hakkın kötüye kullanılması yasağı dürüstlük ilkesinin somutlaştırılmasından ibarettir<sup>546</sup>. Öte yandan, kanaatimize göre, yeniden müzakere yönünden, daha önemli husus, yeniden müzakere ve/veya uyarılama isteminin yöneltildiği tarafın sözleşmeyi yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Görüşümüze göre, somut olayın özelliklerine göre, özellikle uzun süreli ve tarafların iş birliğini gerektiren sözleşmeler bakımından yeniden müzakereden kaçınmak dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Yeniden müzakere isteminin sürüncemede bırakılması ya da yeniden müzakere sürecinin dürüstlük ilkesine aykırı olarak yürütülmesi halinde bundan doğan zararın tazmin edilmesinin gerektiği görüşündeyiz. Aksi halde, dürüstlük ilkesinin ihlâl edilmesinin zararın tazmini yönünden hiçbir yaptırımının olmadığı kabul edilmiş olacaktır. Esasen, PECL'in 6.111. maddesinin son cümlesinde, yeniden müzakereden imtina eden ya da iyi niyet ve dürüstlük ilkesine aykırı olarak müzakerelerin sürdürülmesini engelleyen ya da yarıda bırakan tarafın tutumu nedeniyle zarara uğrayan diğer taraf lehine mahkemenin tazminata hükmedebileceğinin düzenlenmesi kanaatimize göre bu yüzdendir. Diğer taraftan, yeniden müzakere yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığı durumda, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın sözleşmeye aykırılık nedeniyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek durumunda kalacağı açıktır.

Yeniden müzakere için mutlaka şartların bir tarafın lehine olacak şekilde değişmesi gerekmemekle birlikte, koşullar bir tarafın lehine değişmişse ve o taraf hiç müzakereye yanaşmıyor ya da kötü niyetle müzakere etmeyi reddediyorsa, mahkemenin öncelikle amacının iyi niyetli müzakerelerin sağlanması olduğu ifade edilmektedir<sup>547</sup>. Dürüstlük

---

<sup>546</sup> Topuz, S., s. 138.

<sup>547</sup> Speidel, Richard, E., Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts, Northwestern University Law Review, V:76, No:3, 1981, s. 414. Yazar mahkemenin avantajlı tarafa müzakere etmeyi emretmeksizin başkaca kaynaklarla, örneğin, iyi niyetle müzakere etmeksizin aynen ifa talebini askıda tutmak suretiyle sağlayabileceğini belirtmektedir. Türk hukuku bakımından ise, mahkemenin rolü uyarılama istemi ile başladığından, bu ifadeyi, yeniden müzakerenin mümkün olmaması halinde, uyarılama istemi üzerine mahkemenin tarafları sulhe sevk etmesi olarak anlamak uygun düşmektedir. Nitekim, mahkemenin HUMK'nun 140. maddesine göre tarafları sulhe davet etme görevi mevcuttur.

ilkesi, sözleşmenin diğer tarafının makul beklentilerinden mahrum kalmamasını teminen taraflar arasında iş birliğini gerektirmektedir<sup>548</sup>. Dürüst davranma yükümlülüğü edimlerin ifasında aranacağı gibi, tarafların sözleşmenin kurulması anında öngöremedikleri olağanüstü bir halin ortaya çıkması durumunda, sorunun aşılması için iş birliği yapılmasında da aranmalıdır. Yeniden müzakere ya da sözleşme hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesi bu iş birliğinin bir parçası olmaktadır. Bu haliyle taraflar sözleşmelerine esneklik sağlamak ve uyuşmazlıktan kaçınmış olmaktadırlar. Taraflardan her biri diğer tarafın da menfaatlerini gözeterek makul ve uygun uyarlamayı hedeflemeli, makul bir süre içerisinde anlaşma yapılması için çaba sarf etmelidirler<sup>549</sup>. Tarafların makul beklentilerinin örtülü uyarlama ödevini ortaya çıkardığı durumda, uyarlama yükümlülüğünün açık sözleşme hükümlerinin dahi önüne geçeceği de ifade edilmiştir<sup>550</sup>.

Dürüstlük ilkesi, Amerikan hukuk sisteminde de koşullar lehine değişen tarafa edimin ifasının olumsuz etkilendiği ve aşırı güçlük arz ettiği hâllerde, yeniden müzakere yükümlülüğü getirmektedir<sup>551</sup>. Yine Fransız hukukunda bir tarafın ifasının aşırı derecede güçleşmesi ve bu durumun sözleşmenin ilk baştaki dengesini önemli ölçüde değiştirmesi halinde yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>552</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, Fransız Medeni Kanunu’nun “Sözleşmeler” bölümünün reformu öncesinde, Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*) yeniden müzakere yükümlülüğünü tek ve en son çare olarak kabul etmiş, yeniden müzakerenin başarısız olması halinde sözleşmenin feshi ya da mahkeme tarafından uyarlanması hakkını ise tanımamıştır<sup>553</sup>. Aşağıda açıklayacağımız üzere, Fransız Medeni Kanunu’nun “Sözleşmeler” bölümünün reformu kapsamında bu durum değişmiştir<sup>554</sup>. Yeniden müzakere yükümlülüğü Fransız Medeni Kanunu’nda kabul edilmiş ve makul surette tarafların anlaşma

---

<sup>548</sup> Frick, J. G., s. 157.

<sup>549</sup> Uribe, R., M., s. 227.

<sup>550</sup> Hillman, Robert, A., Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law, Duke Law Journal, V: 1987, No: 1, USA, 1987, s. 10.

<sup>551</sup> Uribe, R., M., s. 221-222.

<sup>552</sup> Uribe, R., M., s. 222.

<sup>553</sup> Uribe, R., M., s. 222.

<sup>554</sup> Aşağıda bkz. s. 193 vd.

sağlayamamaları halinde sözleşmenin sona ermesi ve uyarlamanın yolu açılmıştır. Bununla birlikte, İngiliz hukukunun genel olarak değişen koşullar ışığında tarafların iyi niyetle yeniden sözleşme şartlarını müzakere etme yükümlülüğü getirmediğini belirtmekte fayda görüyoruz. Esasen, İngiliz hukukuna göre, tarafların açık bir hükümle yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul edip edemeyeceklerinin dahi tartışmalı olduğu ifade edilmektedir<sup>555</sup>.

#### **4. Muhatabın Teklifi Kabul Etme Yükümlülüğünün Bulunmaması**

Uluslararası alanda hâkim görüş, yeniden müzakere klotlarının yalnızca taraflara anlaşma hususunda azami çabayı gösterme yükümlülüğü getirdikleridir<sup>556</sup>. Buna karşın, taraflara gerçekten anlaşmaya varma yükümlülüğü getirmemektedirler<sup>557</sup>. Bununla birlikte, Alman hukukunda, uyarlama kriterlerinin ve uyarlama amacının yeterince açık bir şekilde kararlaştırıldığı durumlarda tarafların yeniden müzakere neticesinde anlaşma yükümlülüklerinin bulunduğu şeklinde yorumlanabileceği ifade edilmektedir<sup>558</sup>. Esasen bu durum sözleşme serbestisinin ve sözleşmeyle bağlılık prensibinin bir sonucudur. Bu halde, taraflardan birinin sözleşmenin lafzına ve ruhuna uygun olarak yapmış olduğu makul bir teklifin diğer tarafça kabul edilmemesi halinde, mahkemeden yapılan teklife uygun uyarlama isteminde bulunulabilmelidir. Tarafların uzlaşmaya varamamaları nedeniyle sorumlulukları olmayacağı, anlaşma için en iyi çabayı göstermiş olmalarının yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>559</sup>. Uribe ise, avantajlı tarafa dezavantajlı tarafın yapmış olduğu makul uyarlama taleplerini kabul etme yükümlülüğünün yüklenmesinin makul olayın bir durum olmadığını ifade etmektedir<sup>560</sup>. Tenex davasında<sup>561</sup>, davalı ve davacı, uyuşmazlığa konu Envanter Sözleşmesi'nde dünya uranyum fiyatında önemli bir değişiklik olduğu takdirde satım bedeli uyarlamak için diğer taraftan talepte bulunma hakkını düzenlemişlerdir. Davacının uzman tanığı, bu tür klotların taraflara iyi niyetle müzakere etme yükümlülüğü

---

<sup>555</sup> Uribe, R., M., s. 223.

<sup>556</sup> Berger, K. P., s. 1367.

<sup>557</sup> Al Faruque, s. 17.

<sup>558</sup> Berger, K. P., s. 1367.

<sup>559</sup> Berger, K. P., s. 1368.

<sup>560</sup> Uribe, R., M., s. 229.

<sup>561</sup> JSC Techsnabexport v. Palmco Corporation, SCC Case No. 010/2006, Award, 11 June 2007.

getirdiğini, tarafların ya makul fiyat uyarlamasını kabul etme yükümlülüğünün bulunduğunu ya da hakem heyeti tarafından uyarlanan fiyatı kabul etmek zorunda olduklarını bildirmiştir<sup>562</sup>. Hakem heyeti ise, yeniden müzakere klotunun diğer tarafa iyi niyetle ve makul süre içerisinde yanıt verme yükümlülüğü yüklediğini ifade etmiş, ancak, tarafların sözleşme fiyatının yeniden belirlenmesi için hakem heyeti tarafından dikkate alınması gereken unsurları belirlemedikleri için, her ne kadar hakem heyetine fiyatı yeniden belirleme yetkisi vermişlerse de bu şartlar altında, hakem heyetinin fiyatı belirleyemeyeceğine karar vermiştir<sup>563</sup>. Tam da bu nedenle, özellikle enerji sektöründeki fiyat dalgalanmaları dikkate alındığında, belirli enerji sözleşmelerinde yer alan fiyat uyarlama klotlarının genel uyarlama klotlarına göre çok daha detaylı olması gerekmektedir<sup>564</sup>.

Yeniden müzakere neticesinde anlaşmaya varılamaması tek başına bir tarafın sorumluluğunu doğurmamaktadır. Diğer bir anlatımla, anlaşma sağlanamaması tek başına taraflardan biri için sorumluluğu gerektirmemektedir<sup>565</sup>. Bununla birlikte, taraflardan birinin müzakereyi haksız bir şekilde sürüncemede bırakması, kasıtlı olarak sekteye uğratması ya da ticari bir amaç dışında açıkça bir tarafın yaptığı önerileri kabul etmemesi gibi hâllerde söz konusu eylemde bulunan kimsenin müzakere yükümlülüğünü ihlâl ettiği kabul edilebilir. Buna karşın, söz konusu eylemlerin ispatında sorun yaşanabilecektir. Bir tarafın yapmış olduğu teklifin makul olmayan bir surette kabul edilmemesinin zararın artmasına sebebiyet verdiği durumda tazminatın hesabında bu husus da değerlendirilmelidir<sup>566</sup>. Tazminatın hesabı esaslarının ya da sorumlu tarafın tazmin borcunun sınırının klotda düzenlenmesi ihtilafı önleme adına faydalı olabilecektir.

---

<sup>562</sup> Aynı kararda, p. 55.

<sup>563</sup> Aynı kararda, p. 198.

<sup>564</sup> Berger, Klaus, Peter, *Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Distruptions: Three Salient Problems, (Adaptation of Long-Term Contracts)* Kluwer Law International BV, *Journal of International Arbitration* V. 37, N. 5, The Netherlands, 2020, s. 598.

<sup>565</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1517.

<sup>566</sup> Berger, K. P., s. 1370.



Taraflardan birinin kusurlu olduğu halde bile, yeniden müzakere sürecinde sözleşmenin başlangıçtaki haliyle yürürlükte ve geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>567</sup>. Sözleşmeler hukukunda yaşanan gelişmelerin ve toplumsal ihtiyaçların yakın zamanda kodifikasyon kapsamına alındığı, Fransız Medeni Kanunu’nun “Sözleşmeler” bölümünün reformu kapsamında, Kanunun 1195. maddesinde, yeniden müzakere sürecinde tarafların edimlerini ifa etmeye devam edecekleri açıkça hüküm altına alınmıştır.

Belirttiğimiz üzere, sözleşmede yer alan yeniden müzakere klozu taraflara belirli durumların ortaya çıkmasıyla yeniden müzakere etme yükümlülüğü kılarken, yeniden müzakere neticesinde anlaşmaya varma yükümlülüğü getirmemektedir.

Sözleşmede yeniden müzakere klotunda diğer tarafın yaptığı teklifin makul surette inceleme ya da makul tekliflerin kabulü yükümlülüğü öngörülebilir. Esasen bu halde uyuşmazlığın tahkime taşındığı durumda hakemlerin işi nispeten kolaydır. Zira, hakem heyeti tarafın teklifinin makul olup olmadığını tespit edecek, sonucuna göre ise karar verecektir. Yeniden müzakere etme ve karşı tarafın yaptığı makul teklifin kabul edilmesi yükümlülüğünün bulunduğu durumda, teklif tarihi itibarıyla uyarlamaya hükmedilmesi ya da teklif tarihinden itibaren uğranılan zararın tazminine karar verilmesi gündeme gelebilecektir. Belirtelim ki, bu halde uğranılan zararın ispatında da güçlükler yaşanabilecektir. Bu nedenle, taraflar yeniden müzakere klotunda cezai şartta da yer verebilirler<sup>568</sup>.

## **II. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinde Yeniden Müzakerenin Önemi**

### **A. Genel Olarak**

Uygulamada sözleşmede ya da sözleşmeye uygulanacak hukukta hüküm yer almamasına rağmen, ev sahibi devletler yatırım sözleşmelerini yeniden müzakere etmektedirler<sup>569</sup>. Taraflarca maden imtiyaz sözleşmesi gibi sözleşmelerin 99 yıl gibi uzun

---

<sup>567</sup> Berger, K. P., s. 1370.

<sup>568</sup> Berger, K. P., s. 1369.

<sup>569</sup> Al Qurashi, Z., s. 265.

süre değişmeksizin aynen ifa edileceği kararlaştırılsa dahi, bu sözleşmeler uygulamada nadiren birkaç yıl tadil edilmeksizin uygulanabilmektedir<sup>570</sup>. Özellikle, petrol yatırımları ile ilgili olarak yeniden müzakere hareketlerinin 1950'li yıllarda ev sahibi devletler ile uluslararası petrol şirketleri arasında yapıldığı, 1960'lı yıllarda OPEC'in çabalarıyla yeniden müzakerelerin hız kazandığı ve 1970'li yıllarda ise OPEC müzakerelerinin pek çok sahanın ev sahibi devletlerin devletleştirilmesiyle sonuçlandığı görülmektedir<sup>571</sup>. Elbette ki, OPEC nezdinde yapılan yeniden müzakereler OPEC'e üye devletlerin üretilen petrolden daha fazla pay alması amacını gütmektedir. Nitekim, gelişmekte olan devletler özellikle geçmişte çok uluslu yatırımcılarla müzakerelerde bulunurken müzakerecilerinin yetersizliği nedeniyle bazı kalkınma hedeflerinden geri kalmışlardır<sup>572</sup>. Bir tarafın yeniden müzakere talebi, karşı tarafça çoğu durumda itiraz, husumet ya da kızgınlıkla karşılanmaktadır. Bununla birlikte, yeniden müzakere talebi genellikle geçerli bir nedene dayandırılmaktadır. Esasen, yatırımının devamlılığını amaçlayan yabancı yatırımcının da uluslararası alanda yabancı yatırımcıları kaçırmak istemeyen ev sahibi devletin de yeniden müzakere talebini olumlu karşılamada menfaati bulunmaktadır.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde yeniden müzakere klotlarının icra edilmesinde maddi hukuk önemli olduğu kadar, usul hukuku da önem arz etmektedir. Yabancı yatırım sözleşmelerinde, bilhassa üretim paylaşım sözleşmelerinin hemen hemen tamamında, uyuşmazlıkların tahkime tâbi olduğu görülmektedir<sup>573</sup>. Yatırım sözleşmeleri genellikle ICSID, ICC ve UNCITRAL kurallarına göre tahkime tâbi olacak şekilde düzenlenmektedir. ICSID tahkimi ICSID Konvansiyonu'na dayanmakta olup, adı geçen konvansiyonu kabul eden devletlere karşı bu Merkez nezdinde tahkime gidilmesi mümkündür. Esasen, ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı arasındaki sözleşmede tahkim şartı bulunmasa bile ev sahibi devlet ICSID konvansiyonuna taraf ise bu durumda da ICSID tahkimine başvurulabilir<sup>574</sup>.

---

<sup>570</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1536.

<sup>571</sup> Al Qurashi, Z., s. 263. OPEC nezdinde alınan kararlar ve neticesinde devletleştirme ile sonuçlanan müzakerelere Aminoil davası iyi bir örnek teşkil etmektedir. Davanın açıklaması için bkz. 146 vd.

<sup>572</sup> Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration*, s. 266.

<sup>573</sup> Berger, K. P., s. 1370.

<sup>574</sup> Berger, K. P., s. 1371.

Belirsizliğin çok olması yabancı yatırımın olmayacağı anlamına gelmez. Yeter ki belirsizliğe rağmen üstlenilen riske karşılık kazanç elde etme şansı da aynı oranda mevcut olsun. Kuzey Irak ile merkezi hükümet arasında yaşanan doğal kaynaklar konusundaki krize ve geleceğin belirsiz olmasına rağmen Kuzey Irak'ta çok uluslu dev petrol şirketlerinin faaliyete geçtiğini, yatırımlar yapıldığına şahit oluyoruz. Bu husus belirsizliğe rağmen yatırımın ümit verici ve dolayısıyla kârlılık olasılığının da yüksek olmasıyla açıklanabilir.

Uluslararası doğal kaynak yatırımlarında ilk yıllarda negatif bir nakit akışı olduğundan yatırım genellikle harici kredilerle finanse edilmektedir. Elbette ki, kredi verenlerin en önem verecekleri husus, projeden elden edilen gelirle kredinin geri ödemesinin yapılabilmesidir. Çoğu kredi verenin doğal kaynak yatırımlarında tercihi, proje gelirlerinin yediemin konumundaki yurtdışında bir kıyı bankacılığı yapan kurumun hesabına gelmesidir. Temsilci (yediemin) banka, proje gelirleriyle, işletme giderleri, vergiler, faiz, amortisman giderleri gibi ödemeleri kararlaştırılan sırayla yapmaktadır. Proje giderlerinde beklenmeyen bir artış titizlikle yapılan finansman ve proje planlarını bozabilecek niteliktedir<sup>575</sup>. Öte yandan, bazı yabancı yatırımların özel know-how, teknoloji ya da önemli ölçüde sermaye gerektirmeleri nedeniyle yabancı yatırımcının bir başka yatırımcı ile ikamesi de kolay ya da mümkün olmayabilir. Böyle bir duruma, nükleer enerji gibi uzmanlık gerektiren yatırımlar örnek teşkil edebilir.

Yatırım sözleşmesinde yer alacak ev sahibi devletin sözleşmeyi feshetme opsiyonu ev sahibi devlete sözleşmeyi yeniden müzakereye açması imkânını verecek olması nedeniyle yatırımcı tarafında tereddütlerle karşılanacaktır. Bu nedenle sözleşmeyi feshetme hakkı dolaylı olarak sözleşmenin uyarlanmasını isteme işlevini görecektir. Genel olarak ev sahibi devletin yalnızca yatırımcının sözleşmeyi ihlal etmesi<sup>576</sup> halinde ya da uygulanacak hukuk hükümlerine göre fesih hakkı bulunmaktadır.

---

<sup>575</sup> Waelde, W. Thomas, Ndi, George, Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation, Texas International Law Journal, V:31, I:2, USA, 1996, s. 224.

<sup>576</sup> Bartels, M., s. 43. Yatırımcının hangi tür ihlallerinin sözleşmeyi feshetme hakkı vereceği uygulamada ihlalin tanımlanması (örn. Material breach) ya da önemli ihlal hallerinin sıralanması yoluyla düzenlenmektedir.

Tarafların her biri yatırım sözleşmesini belirli menfaatler elde etmek üzere yapmaktadırlar. O yüzden her iki tarafın da sözleşmenin ifasında menfaati bulunmaktadır. Sözleşmenin yeniden müzakereye açılması hususunda iş birliği yapılmaması ekonomik olarak her iki taraf bakımından kayıplara sebebiyet verebilecek niteliktedir<sup>577</sup>. Sözleşmenin müzakeresi sırasında taraflar arasındaki eşitsizliğin, müteakiben ortaya çıkan koşullarda esaslı değişikliklerle birlikte, yeniden müzakere hakkını doğurduğu bazı yazarlarca savunulmaktadır<sup>578</sup>. Öte yandan, yabancı yatırım sözleşmelerinin çoğunlukla pek çok alt ya da yan sözleşmesel ilişkiyi ilgilendirdiğini belirtmek isteriz. Örneğin, bir eserin meydana getirilmesine ilişkin yabancı yatırım sözleşmesi kapsamında işlerin belirli bir bölümünün alanında uzmanlaşmış yabancı ya da yerel alt yüklenicilere yaptırılması söz konusu olabilmektedir. Yine, eserde kullanılacak ekipmanın tedariki için yerli ya da yabancı tedarikçilerle sözleşmesel ilişkiye girilebilmektedir. Eser sözleşmesi dışında doğalgaz ve ham petrol sektörlerinde de yaygın olarak bu tür sözleşmesel ilişkilere rastlanmaktadır<sup>579</sup>. Öte yandan, bir sözleşmenin yeniden müzakeresinin kabulü diğer sözleşmelerin de yeniden müzakeresi talebini birlikte getirebilir<sup>580</sup>. Aynı şekilde, bir sözleşmenin yeniden müzakeresi diğer sözleşmeler için de emsal teşkil edebilir. Asıl ya da yan sözleşmelerden biri ya da birkaçı kapsamında ortaya çıkan beklenmedik haller tüm sözleşmeler kapsamındaki edimleri etkiler niteliktedir. Bu nedenle, özellikle, bu şekilde iç içe geçmiş sözleşmeleri ilgilendirdiği ölçüde yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakeresi daha da önem arz etmektedir. Ayrıca, tüketici mağduriyetlerinin yaşanacağı ya da kamu hizmetinin aksamasına sebebiyet verecek hallerde de yabancı yatırım sözleşmelerinin de evleviyetle değişen koşullar ışığında yeniden müzakeresi gerekmektedir. Yabancı yatırım sözleşmelerinde esnekliğe ihtiyaç bulunduğu, taraflardan birinin halkı adına ve menfaatine hareket eden bir devlet olması, sözleşmenin uzun süreli olması ve bu nedenle ülke içinde, bölgesel ve uluslararası alanda

---

<sup>577</sup> Bartels, M., s. 52.

<sup>578</sup> Yazarlar ve eserleri için bkz. Bartels, M., s. 55.

<sup>579</sup> Zaccaria, Elena, Christine, The Effects of Changed Circumstances In International Commercial Trade, International Trade & Business Law Review, August 2005, s. 137. Bu tür sözleşmeler uluslararası öğretilerde “cascade” ya da “pyramid” sözleşmeler olarak da isimlendirilmektedir.

<sup>580</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1520.

siyasi, ekonomik ve diğer değişimlere tabi olmasıyla da izah olunmaktadır<sup>581</sup>. Yabancı yatırım sözleşmelerinde esnekliğin sözleşmede sarıh olarak yer almasa dahi halin icabından varlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>582</sup>.

Arjantin'e açılan bir davada<sup>583</sup> yeniden müzakere tartışma konusu olmuştur. Arjantin finansal krizi sürecinde, olağanüstü halden etkilenen sözleşmelerin 180 gün içinde hükümet tarafından yeniden müzakere edilmesine ilişkin mevzuat çıkarmıştır. Mevzuata göre kamu hizmet sağlayıcıları ev sahibi devlet ile yaptıkları sözleşmelerdeki edimlerini yerine getirmeye devam edeceklerdir. Davacı 2002 – 2012 yılları arasında 6 ayrı sözleşmeyi davalı devlet ile müzakere ettiğini, ancak, 6 sözleşmeden hiçbirisinin ev sahibi devlet tarafından yürürlüğe konulmadığını ileri srmştir<sup>584</sup>. Ev sahibi devlet, yatırımcılara yeniden müzakere süreci ya da yatırım anlaşması kapsamında dava açmak arasında seçim yapmalarına ilişkin kararname çıkarmıştır. Söz konusu kararname yatırımcıları yatıştırmış, yeniden müzakerenin daha iyi bir czm olduğuna ikna etmiştir<sup>585</sup>. Davacı uzun süre yeniden müzakere sürecinde kaldıktan sonra yatırım anlaşması hükümlerine göre dava atığında ev sahibi devletin zamanaşımı itirazı ile karşılaşmıştır<sup>586</sup>. Davacı, yeniden müzakereden sonuç alınamaması nedeniyle imtiyazdaki edimler arasındaki dengenin yeniden kurulması için tazminat talep etmiştir<sup>587</sup>. Hakem heyeti ev sahibi devletin tüm yargı yetkisi ve kabu edilebilirliğe ilişkin itirazlarını reddetmiştir<sup>588</sup>. Ev sahibi devlet ile davacı arasında görüşmelerin devam ettiği anlaşılmakla birlikte, dava halen ICSID nezdinde tazminata ilişkin olarak derdestir.

Çoğu durumda yeniden müzakere sözleşme taraflarından başka birçok tarafın da katkısını gerektirmektedir. Diğer yandan, uyuşmazlığın halli tüm paydaşların belirli

---

<sup>581</sup> Salacuse, J. W., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1520.

<sup>582</sup> Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration*, s. 258.

<sup>583</sup> Webuild S.p.A. (formerly Salini Impregilo S.p.A.) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/15/39, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 23 February 2018.

<sup>584</sup> Aynı kararda, p. 9.

<sup>585</sup> Aynı kararda, p. 79.

<sup>586</sup> Aynı kararda, p. 58.

<sup>587</sup> Aynı kararda, p. 70.

<sup>588</sup> Aynı kararda, p. 187.

fedakârlıklar yapmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü, yabancı yatırımcı daha az kazanca razı olmasa tüm yatırımını kaybetme riski altındadır. Ev sahibi devlet uluslararası hakem heyetleri önünde dava edilme ve diğer yabancı yatırımları kaçırma riski ile karşı karşıyadır. Kredi alacaklıları projenin tamamlanmaması halinde alacaklarını tahsil edememe riskini taşımaktadır. Bu nedenle, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul edip etmemesinden bağımsız olarak, değişen koşullar yabancı yatırımların yeniden müzakere edilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır.

## **B. Sözleşmede Yeniden Müzakere ve Benzeri Düzenlemeler**

### **1. Yeniden Müzakere Klozları**

Yeniden müzakere klozları genel olarak, sözleşmede tanımlanan belirli bir olayın meydana gelmesi ya da belirli bir durumun ortaya çıkması halinde, bir tarafa diğer taraftan sözleşmenin belirli hükümlerini yeniden müzakere etmeyi istemek hakkı bahşetmektedir<sup>589</sup>. Anılan klozların gayesi tarafların başlangıçtaki edimlerinin ekonomik olarak korunması ya da dengenin yeniden tesis edilmesidir. Tarafların yeniden müzakere klozuna sözleşmede yer vermekle ileride sözleşmede tanımlanan olay ya da durumların ortaya çıkabileceğini öngördükleri de düşünülebilir. Yeniden müzakere klozlarında, taraflar arasındaki yeniden müzakerenin başarısız olması halinde meselenin halli, diğer bir ifadeyle, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için, tarafsız bir üçüncü kişi ya da heyete havale edileceği de düzenlenmektedir. Yeniden müzakere klozları, esasen mücbir sebep klozlarından da önemli bir noktada ayrılmaktadır. Şöyle ki, mücbir sebep klozlarında edimin bir mücbir sebep nedeniyle ifası ertelenmekte veya sözleşmenin feshi gündeme gelmekteyken, yeniden müzakerede edimin değişen koşullar ışığında taraflarca tadil edilmesi amaçlanmaktadır. Yeniden müzakere klozu bir sözleşme hükmü olduğu için, yükümlülüğü ihlal eden tarafın tazminat yükümlülüğü doğacaktır<sup>590</sup>.

İstikrar klozları sözleşme anındaki hukuki durumu dondurmasına karşın, yeniden müzakere klozları sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama ve edimler arasındaki dengenin

---

<sup>589</sup> Uribe, R., M., s. 224.

<sup>590</sup> Al Faruque, s. 18.

yeniden tesisi amacıyla esnek bir hale getirerek yabancı yatırımcıyı korumaktadır<sup>591</sup>. Esasen, yeniden müzakere klotunun düzenlemesine bağı olarak ev sahibi devletin anılan klotdan istifade etmesine de bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, tesis edilen esnekliğin her iki tarafı da koruduğı söylenebilir. Bu anlamda yeniden müzakere klotları uyuşmazlık ihtimalini ve ev sahibi devletin tek taraflı müdahalesi tehlikesini azaltmaktadır<sup>592</sup>. Değişen koşullarla ilgili olarak esneklik sağlayan klotların sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kaçınmaya yönelik olmayıp, aksine uzun süreli sözleşmenin ani feshinin önüne geçilebilmesini amaçladıkları ifade edilmektedir<sup>593</sup>. Dolzer/Schreuer ise, yeniden müzakere klotlarının istikrar klotlarına oranla daha fazla esneklik sağladıklarını, ancak uygulanabilirlikleri ya da yararlılıklarının şüpheli olduğunu belirtmektedirler<sup>594</sup>. Anılan yazarlara göre, uyuşmazlık halinde yeniden müzakere yükümlülüğü her iki tarafın devamlı iyi niyetine bağıdır ve bu yüzden de klot faydalı olamayabilecektir<sup>595</sup>. Diğer taraftan, yeniden müzakere klotunun bulunması sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını da kolaylaştırmaktadır<sup>596</sup>. Kanaatimizce, yabancı yatırım sözleşmelerinde yeniden müzakere klotuna yer verilmesi, sözleşmenin iş birliği içinde ifa edilmesine katkı sağlamaktadır. Zira, ülkesine yatırım yapılan ev sahibi devlet açısından yatırımın devamlılığı sağlanmakta, kendi ülkesi dışında yatırım yapan yatırımcı açısından ise bazı durumlarda sözleşmenin belirli hükümlerini yeniden müzakere etmek imkânı tanınmaktadır. Diğer taraftan, yeniden müzakere klotunun bulunmadığı durumda dahi tarafların uzun süreli sözleşmeyi yeniden müzakere yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilirse, tarafların sözleşmede açık yeniden müzakere klotuna yer vermelerinde menfaatleri de bulunmaktadır. Zira, yeniden müzakerenin sınırları ve kapsamı taraflarca çizilmiş olmaktadır. Bununla birlikte, yabancı yatırım sözleşmelerinde yeniden müzakere ve/veya uyarlama klotlarına yer verilmesinin halen gelişim sürecinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Esasen, anılan klotların istikrar klotlarına oranla her iki tarafın da amaç ve menfaatlerine daha uygun düştüğü ve

---

<sup>591</sup> Al Qurashi, Z., s. 261.

<sup>592</sup> Al Qurashi, Z., s. 261.

<sup>593</sup> Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration*, s. 256.

<sup>594</sup> Dolzer/Schreuer, s. 85.

<sup>595</sup> Dolzer/Schreuer, s. 85.

<sup>596</sup> Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration*, s. 257.

sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen özel durumlar için taraflara esneklik sağladığı haklı olarak savunulmaktadır<sup>597</sup>. Uygulamada yeniden müzakere klozuyla, yabancı yatırımcı kendisini sonraki olumsuz değişikliklere karşı güvence altına almaya çalışırken, ev sahibi devletler bu çeşit klotları yabancı yatırımcının kârına katılmak amacıyla kullanmaktadırlar<sup>598</sup>. Mevzuat değişikliği halinde ev sahibi devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olabileğinden, yeniden müzakere klotu istikrar klotunun görevini de görebilir. Gotanda ise, aksine, yeniden müzakere klotlarının sağlayacağı neticeleri, istikrar klotu gibi alternatif yöntemlerin daha az sorunla sağlayacağını ifade etmektedir<sup>599</sup>. Yazar, ayrıca, uyarlamayı tetikleyecek olayın yalnızca bir tarafca kontrol edildiği durumda yeniden müzakere klotuna sözleşmede yer verilmemesi gerektiğini düşünmektedir<sup>600</sup>. Biz bu görüşlere katılamıyoruz. Öncelikle, yeniden müzakere klotunun ve istikrar klotunun sağladıkları fayda birbirlerinden ayrılmaktadır. İstikrar klotu belirli şartların sözleşme boyunca aynı şekilde muhafaza edilmesini temin etmeyi amaçlamaktayken, yeniden müzakere klotu başlangıçtaki durumun sonradan değişmesi halinde değişen durumun taraflarca yeniden ele alınmasına imkân tanımaktadır. Ayrıca, yeniden müzakere klotlarında yeniden müzakereyi tetikleyecek olay ya da olayların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme yetkisi genellikle taraflardan birine tanınmaktadır. Bu demek değildir ki, belirleme yetkisi bulunan taraf bu hakkı dilediğince kullanabilir. Uyuşmazlık halinde de yeniden müzakere ve/veya uyarlama koşullarının mevcut olup olmadığına mahkeme ya da hakem heyeti karar verecektir. Ayrıca, her iki tarafın da rızasına ya da olumlu kanaatine bağlı müzakere ve/veya uyarlama klotları edimi aşırı derecede külfetli hale gelmeyen (ve hatta bazı durumlarda başlangıçtakine oranla daha iyi durumdaki) diğer tarafın rıza göstermediği durumda işlemez ve amacını gerçekleştiremez durumda olacaktır.

Gotanda'ya göre, yatırımcılar şu nedenlerle, yeniden müzakere klotlarına sözleşmelerinde yer vermek istemeyeceklerdir: Bu klotlar sözleşme istikrarını azaltabilir,

---

<sup>597</sup> Al Qurashi, Z., s. 263.

<sup>598</sup> Berger, K. P., s. 1357.

<sup>599</sup> Gotanda, J. Y., s. 1469.

<sup>600</sup> Gotanda, J. Y., s. 1462. Esasen yazar Profesör Berger'le yeniden müzakere ve uyarlama klotlarının gerekli olduğunda hem fikir olmakla birlikte, Profesör Berger'in önerdiğinden çok daha sınırlı durumlarda bunun söz konusu olduğunu belirtmektedir.



yeniden müzakere klorları işlemin toplam maliyetini artırabilir ve taraflar yeniden müzakere neticesinde anlaşamazlarsa, hakem heyeti uyarlama için kendisinde yetki görmeyebilir veya taraflar arasında uyuşmazlık yokluğu nedeniyle uyarlama kararının tenfizi mümkün olmayabilir<sup>601</sup>. Öncelikle, yeniden müzakerenin sınırlarının iyi çizildiği durumda yeniden müzakere yükümlülüğü sözleşmenin ifasından başka bir şey değildir. Bu nedenle, yeniden müzakere kloru istikrarsızlık yaratmamaktadır<sup>602</sup>. Öte yandan, sözleşme yapıldığı sırada yeniden müzakere klorunun müzakere edilmesinin sözleşme maliyetini artırdığı düşünülebilirse de anılan klor, özellikle uyuşmazlık çıkması ve sözleşmenin feshi hallerinde daha büyük maliyetlere maruz kalınmasına engel olabilmektedir. Ayrıca, yeniden müzakere klorunun ihlali halinde taraflar arasında ihtilafın bulunduğu açıktır. Salacuse da mevcut bir sözleşmede yer verilen yeniden müzakere klorunun icra edilebilir bir hüküm olduğunu düşünmektedir<sup>603</sup>. Burada belirtilen çekincelere rağmen, yeniden müzakere klorlarına yer verilmesi edimler arasındaki dengenin korunmasına katkıda bulunmaktadır. Yeniden müzakere kloru tarafları aşırı ifa güçlüğü hallerinde temerrüt durumundan da koruyabilecektir<sup>604</sup>. Bununla birlikte, yeniden müzakerenin kanundan doğduğu halde, kanunda aksine düzenleme bulunmadığı durumda, yeniden müzakere sırasında edimin ifa yükümlülüğünün askıda olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir<sup>605</sup>.

Sözleşmenin süresi ve karmaşıklığına göre tetikleyici olayın belirlenmesinde farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır<sup>606</sup>. Yeniden müzakere klorunun, yeniden müzakereye yol açacak sebeplerin sarıh bir şekilde ya da sınırı çizilmek suretiyle klorde yer verilerek düzenlenmesi düşünülebilir. Örneğin, Aminoil Sözleşmesi'nde, "... *Hükümet'in genel*

---

<sup>601</sup> Gotanda, J. Y., s. 1463. Yazar iş hayatının istikrara değer verdiğinden ve öngörülebilirliğin yabancı yatırım için uygun iklim için anahtar unsur olduğundan hareket bu görüştedir. Ancak, yeniden müzakere ile sağlanmak istenen sonucun da sonradan ortaya çıkan öngörülemeyen olayların taraflarca adilane bir şekilde çözülmesi olduğunu unutmamak gerekir. Bu nedenle, yeniden müzakere ile yeniden sözleşmede istikrar sağlanacaktır.

<sup>602</sup> Bu görüş için ayrıca bkz. Uribe, R., M., s. 275.

<sup>603</sup> Salacuse, W., J., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1514.

<sup>604</sup> Salacuse, W., J., *Renegotiating International Business Transactions*, s. 1514.

<sup>605</sup> Aksine, Fransız Medeni Kanunu'nun 1195. maddesinde açıkça yeniden müzakere sırasında edimlerin ifa edilmeye devam edileceği belirtilmiştir. Bu halde, ileride mahkemeden ifa edilen bölüme ilişkin olarak da istemde bulunulabilmesi için borçlunun ihtirazi kayıtla edimini yerine getirmesi gerekir.

<sup>606</sup> Berger, K. P., s. 1362.

olarak edildiği menfaatte bir artış meydana gelirse, ..." şeklinde belirtilmiştir. Bunun dışında, bir diğer sözleşmede<sup>607</sup> "... petrol sektöründeki finansal ve ekonomik durumlardaki değişikliklerin önemli ölçüde sözleşmenin finansal ve ekonomik temelini etkilemesi halinde... Sözleşmenin hükümleri gözden geçirilecek ya da yeniden müzakere edilecektir..." denilmektedir. Tetikleyici etkenin açık bir şekilde yazılması ihtilafın önlenmesi bakımından önem arz etmekteyken, genel bir düzenlemeye yer verilmemesi önceden öngörülemeyen ve karmaşık hallerin tetikleyici etken olmasının önüne geçmektedir. Diğer bir ifadeyle, yeniden müzakere gerektirecek tüm durumların öngörülmesi mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle genellikle tetikleyici etkenin detaylı bir tanımının yapılmasından kaçınılmaktadır. Bu tür klorlar "genel gözden geçirme klorları" olarak ifade edilmektedir<sup>608</sup>. Yeniden müzakere klorlarında, genellikle, iyi niyete, hakkaniyete ve dürüstlük ilkesine ya da sözleşmenin başlangıçtaki ruhuyla tarafların amaçladıkları sözleşmesel dengenin yeniden inşası hedefine atıflarla karşılaşılmaktadır<sup>609</sup>.

Sözleşme, yeniden müzakerenin şartlarını ve kurallarını açıkça düzenleyebilir. Sözleşmede, yeniden müzakerenin belirli aralıklarla yapılmasını düzenlenebileceği gibi, belirli olayların yeniden müzakereyi tetikleyebileceği de belirtilebilir<sup>610</sup>. Örneğin, Papua Yeni Gine'nin tarafı olduğu bir yatırım sözleşmesinde, "tarafların her yedi yılda bir araya gelerek sözleşmenin her bir taraf için adil olarak işleyip işlemediği ve sözleşmenin pratik işleyişi ile ilgili olarak herhangi bir sorunun bulunup bulunmadığı hususlarını iyi niyetle gözden geçirecekleri" hükmüne yer verilmiştir<sup>611</sup>.

## 2. İstikrar Klorları (Stability Clauses)

---

<sup>607</sup> 1974 tarihli, Gana Hükümeti ile Gana Shell Exploration and Production Company arasında akdedilen Petrol Üretim Sözleşmesinin 47. maddesinde düzenlenmektedir. Madde metni için bkz. Berger, K. P., s. 1359.

<sup>608</sup> Berger, K. P., s. 1362.

<sup>609</sup> Berger, K. P., s. 1363.

<sup>610</sup> Goldberg Victor, *Framing Contract Law*, En Economic Perspective, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, And London, England, 2006, s. 331.

<sup>611</sup> Peter, W., s. 79.

Yabancı yatırımlar uzun süreli yatırımlar olmaları ve önemli miktarda fon gerektirmeleri nedeniyle yatırımcı ile yatırım kabul eden ev sahibi devlet arasındaki sözleşme şartlarının sözleşme boyunca aynı kalması beklenmektedir. İstikrar klotu müzakere edilen sözleşmenin ileride oluşabilecek hukuk ve mevzuat değişikliklerine karşı güvence teşkil etmektedir<sup>612</sup>. Bu amaca hizmet etmek üzere uluslararası yatırım sözleşmelerinde sıklıkla istikrar (*stabilization*) klotlarına yer verilmektedir<sup>613</sup>. Özellikle, sermaye yoğun, yatırımcının yatırımının büyük bölümünü başta yaptığı ve yatırımının karşılığını ise zamana yayılmış olarak aldığı yatırımlarda görülmektedir. 1960 yıllara kadar uluslararası yabancı yatırımcının ev sahibi devletlere karşı müzakere gücü, becerisi ve bilgisi ağır basmaktadır. İşte bu dönemde istikrar klotları ortaya çıkmıştır<sup>614</sup>. İstikrar klotları siyasi risk için kaleme alınmaktadır. Ticari, finansal, teknik, bölgesel, yönetsel ya da doğa olaylarına oluşturduğu risk istikrar klotunun konusu dışındadır<sup>615</sup>. Gelişmiş Batı ülkeleri nadiren yabancı yatırımcılarla iç hukuktan ayrılan müstakil ve kendine has kuralları olan yatırım rejimi bağlamında sözleşme yapmaktadırlar<sup>616</sup>. Bu durum yabancı yatırımcının gelişmiş bir ülke karşısında istikrar klotunda ısrarcı olmasının çok mümkün görülmemesiyle açıklanabilir. Büyük miktarda fon gerektiren projelerin finansmanı gelişmekte olan ülkelerde yabancı yatırımları zorunlu kılarken, yabancı yatırımcı karşısında pazarlık gücünü azaltmaktadır<sup>617</sup>. Öte yandan, özellikle 1970’li yıllarda hakem heyetleri önüne gelen davalardan, yabancı yatırımcının, doğal kaynak zengini olup da bilim ve teknik yönden gelişmekte olan ev sahibi devletin hukuki ve siyasi sistemine güvenmesini zorlaştırdığı anlaşılmaktadır. Tahkimin yabancı yatırımcılar tarafından sıklıkla uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak seçilmesinin temel nedenlerinden biri de budur.

---

<sup>612</sup> Nalule, R., Victoria, What is the Problem with Stabilization Clauses in Petroleum Agreements? The Journal of Sustainable Development, Law and Policy, V. 13 N. 1, 2022, s. 88 – 89.

<sup>613</sup> Al Qurashi, Z., s. 262.

<sup>614</sup> Waelde, T. W., Ndi, G. K., s. 222.

<sup>615</sup> Waelde, T. W., Ndi, G. K., s. 221.

<sup>616</sup> Waelde, T. W., Ndi, G. K., s. 221.

<sup>617</sup> Singh, Jagriti, Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries, (September 9, 2015), şu adresten ulaşılabilir: <https://ssrn.com/abstract=2658185> (Erişim Tarihi: 13 Nisan 2022).

İstikrar klotları ev sahibi devletin mevzuat değışikliğı ve yargı sistemi ile sözleşme koşullarını lehine değıştirme kabiliyetine karşılık sözleşmelerde yer verilen düzenlemelerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, istikrar klotlarının bütünüyle yabancı yatırımcıyı koruduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira, istikrar klotları ev sahibi devletin egemenlik hakları ile çelişen hükümler içermektedir. Ev sahibi devlet, yabancı yatırım sözleşmesini yaparken egemenlik haklarından feragat etmemektedir. Bu nedenle, istikrar klotuna rağmen mevzuatta değışiklik yapması ve/veya yatırımı devletleştirmesi mümkün gözükmemektedir. Aminoil davasında<sup>618</sup> da bu husus açıkça hakem heyeti tarafından

---

<sup>618</sup> The American Independent Oil Company v. The Government of The State Of Kuwait, Ad Hoc Arbitration, Final Award, 24 March 1982. 1948 yılında Kuveyt tarafından American Independent Oil Company'ye (Aminoil) 60 yıl süreyle petrol arama ve çıkarma imtiyazı verilmiştir. İmtiyaz Sözleşmesi'ne Ek Sözleşme'nin 9. maddesinde, Ortadoğu'da tanınan diğer imtiyazların Ev Sahibi devlete olan menfaatlerde artışa sebebiyet vermesi halinde, tarafların hakkaniyete uygun bir şekilde sözleşmenin tadili hususunda gerekeni yapacakları düzenlenmiştir. Aminoil Kuveyt devletine çıkarılan her bir ton başına sabit bir imtiyaz ücreti ödeyecektir. İmtiyaz sözleşmesinde istikrar klotuna da yer verilmiştir. 1954 yılında ticari seviyede petrol üretimi başlamıştır. 1961 yılında Bağımsızlık Andlaşması ile Kuveyt bağımsızlığına kavuşmuştur. 1970'li yılların başından itibaren petrol sektöründe önemli değışimler yaşanmaya başlanmış ve Petrol İhraç Eden Ülkeler Birliği'nin (OPEC) kurulması ve üye ülkelerin müşterek hareket etmeleriyle, sektördeki güç dengeleri petrol şirketleri aleyhine, petrol üreten devletler lehine değışmiştir. İstikrar klotuna rağmen Kuveyt'in isteğı ve diğer Arap ülkelerindeki uygulama doğrultusunda, sabit imtiyaz ödemesine ilişkin hüküm taraflar arasında yarı yarıya kar paylaşımı şekilde tadil edilmiştir. Bu değışikliğe rağmen, 1970 yılından başlayarak, OPEC nezdinde alınan kararların yansımaları olarak, Kuveyt ile Aminoil, İmtiyaz Sözleşmesinin kazanç paylaşımına ilişkin maddesi Kuveyt lehine yeniden müzakere edilmiştir. 1973 yılında taraflar arasında bir taslak Sözleşme hazırlanmıştır. Ancak taslak Sözleşme Kuveyt parlamentosunca tasdik edilmemiştir. Buna rağmen, Kuveyt Maliye Bakanlığı, parlamentonun tasdik etmemesine rağmen, Aminoil'e bir mektup yazarak taslak Sözleşme kabul edilmiş gibi uygulanmasını istemiştir. 1974 yılında OPEC'e üye devletler Abu Dhabi'de bir araya gelerek derhal etkili olmak üzere, imtiyaz ücretini %20'ye ve gelir vergisini de açıklanan petrol fiyatının %85'ine yükseltilmesine karar verdiler. Petrol fiyatlarındaki artıştan kaynaklanan kazancı petrol şirketlerinden çıkarmak üzere, Abu Dhabi formülü olarak anılan bu formül kapsamında, petrol şirketine çıkarılan her bir varil başına 22 cent'lik sabit ücret ödenecek ve imtiyazda hizmet sözleşmesine dönüştürülecektir. Aminoil belirlenen sabit ücretle zarar edeceğini ileri sürerek ve imtiyazın hizmet sözleşmesine dönüştürülmesini kabul etmediğini belirterek, müzakere talebinde bulunmuştur. 1977 yılında taraflar arasındaki yeniden müzakere başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 19 Eylül 1977 tarihinde, Kuveyt Hükümeti ve Aminoil arasındaki Sözleşme'nin Feshine İlişkin Kanun yasalaşmıştır. Anılan Kanun uyarınca İmtiyaz Sözleşmesi feshedilmiş, "adil" bir tazminat karşılığında imtiyaz tahtındaki tüm menfaat, malvarlığı ve operasyonlar devlet kontrolüne geçmiştir. Tahkim sözleşmesine göre Aminoil tahkim davası açarak, istikrar klotuna göre millileştirmenin geçersizliğine karar verilmesini talep etmiştir. İmtiyaz Sözleşmesine göre tarafların yeniden müzakere yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna rağmen taraflardan biri bu yükümlülüğün doğumundan itibaren iki yıl geçmesine karşın ciddi müzakerelere girişmemiştir. Hakem heyetine göre ev sahibi devletin millileştirme hakkına engel olunabilmesi ancak açıkça istikrar klotunda bu yönde hüküm bulunmasına ve sınırlamanın nispeten sınırlı bir süreyi kapsamaya bağlıdır (p. 90). Hakem heyeti devam eden bir sözleşmede Abu Dabi formülünü nazara alarak sözleşmeyi uyarlayamayacağını, ancak sözleşme feshedildikten sonra, tek husus uğranılan zararın tespit edilmesi olduğundan, Abu Dabi formülünün imtiyaza olan etkileri hususunda karar verebileceğini belirtmiştir (p. 74, 75). Kanaatimizce hakem heyetinin görüşü kendi içinde çelişkilidir. Nitekim yalnızca henüz feshedilmemiş ve devam eden bir sözleşme uyarlamaya konu edilebilir. Sona ermiş bir sözleşme kapsamındaki talep uyarlamaya değil, yalnızca zararın tazminine ilişkindir. Davanın detaylı açıklaması için bkz. Tschanz,

dile getirilmiştir. Kuveyt'in sözleşmedeki istikrar klotuna rağmen yatırımı devletleştirmesi nedeniyle yabancı yatırımcı Aminoil, devletleştirmenin istikrar klotuna istinaden iptal edilmesini talep etmiştir. Buna rağmen, hakem heyeti istikrar klotunun ev sahibi devletin egemenlik haklarını ortadan kaldırmayacağına, ancak yatırımın devletleştirilmesi nedeniyle yabancı yatırımcıya münasip bir tazminatın ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. İşte bu yüzden istikrar klotlarının mevzuat değişikliği ya da devletleştirmeye karşı mutlak koruma sağladığından söz etmek mümkün görükmemektedir<sup>619</sup>.

Taraflar arasındaki sözleşmenin kurulduğu andaki ekonomik dengenin korunması için bir istikrar klotuna yer verildiği varsayıp, ev sahibi devletin gümrük vergisini artırdığı ve yabancı yatırımcıya ait edimin maliyetinin yükseldiği bir durumda, taraflar yeniden müzakereden sonuç alamazsa, hakem heyetinin uyarlamasıyla ilave verginin bir kısmı ya da tamamının yabancı yatırımcı tarafından ödenmek durumunda kalınacağı, bu nedenle, yabancı devletin istikrar klotuna rağmen vergiyi yükseltirse kaybedecek bir şeyinin olmayacağı savunulmaktadır<sup>620</sup>. Yeniden müzakereden netice alınamadığı durumda, istikrar klotunun gayesinin söz konusu vergi çıkarılmasaydı yabancı yatırımcı ne durumda olacak idiyse o hale getirilmesini sağlamak olduğundan, verginin bir kısmının ya da tamamının yabancı yatırımcı tarafından ödenmek zorunda kalınacağı yönündeki görüşe katılamıyoruz.

Ev sahibi devlet yabancı yatırımcının mülkiyet hakkını devletleştirme ya da el koymak suretiyle yok sayılmayacağını ya da eksiltilmeyeceğini istikrar klotuyla temin edebilmektedir. Bir taraftan yabancı yatırımcı için mülkiyet hakkını sözleşmesel olarak garantiye almak rahatlık sağlarken, ev sahibi devletin ilk günden bu hakkını kullanmayacağını beyan etmesi zorluk arz etmektedir. Nitekim milli menfaatin gerektirdiği ya da mevzuat hükümlerinin cevaz verdiği durumda da bu hakkın kullanılması imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle sıklıkla ev sahibi devlet yabancı yatırımcının mülkiyet

---

Pierre-Yves, The Contributions of the Aminoil Award to the Law of State Contracts, 18, International Lawyer, 245, 1984, s. 245 vd.; Al Qurashi, Z., s. 286 vd; Berger, K. P., s. 1358 vd; Frick, J. G., s. 174 vd; Kröll, S., s. 431.

<sup>619</sup> Bartels, M., s. 26.

<sup>620</sup> Gotanda, J. Y., s. 1467.

hakkının tanınacağını beyan ederken, münasip bir tazminat ödemek koşuluyla, ev sahibi devletin devletleştirme ya da el koyma hakkını kullanabileceği düzenlenmektedir.

Öte yandan, ev sahibi devletin vergi mevzuatı yabancı yatırımcının gözetmesi gereken en önemli unsurlardan biridir. Yatırımın yapılmasından sonra vergi mevzuatında oluşacak aleyhe değişiklikler yabancı yatırımcının yatırımdan beklediği faydayı önemli ölçüde azaltacak hatta yatırımın zararla sonuçlanmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu nedenle yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında yapılan sözleşmelerde yabancı yatırımcı lehine yatırım süresince belirli kanunlara ya da detaylı olarak belirli ödemelere atıfta bulunularak bunların aynen uygulanmaya devam edileceği düzenlenmektedir.

Diğer taraftan, istikrar klorlarının tıpkı tahkim klorları için kabul edildiği gibi sözleşmenin diğer bölümlerinden bağımsız olarak kabul edilmesi ve sözleşmenin tümüyle feshedildiği durumda dahi varlığını muhafaza etmesi önerilmektedir<sup>621</sup>. Bununla birlikte, istikrar klorunun da tahkim kloru gibi sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olması gerektiğine ilişkin öneri, tahkim klorunun tamamen usule ilişkin olması ve her ne kadar sözleşmenin içinde yer alıyor olsa da ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmesi nedeniyle, bu yorumun kıyasen istikrar kloruna uygulanması mümkün gözükmemektedir<sup>622</sup>. Bununla birlikte, istikrar düzenlemesine bazı devletlerde mevzuat gereği yabancı yatırım sözleşmesinden bağımsız olarak yürütme ya da yasamanın (parlamentonun) onayı ile ayrı bir belgede yer verilmektedir<sup>623</sup>.

Oxus Gold v. Uzbekistan davasında, hakem heyeti, kanun ya da genel düzenlemelerdeki istikrar klorunun, ev sahibi devletin her zaman kanun ve genel düzenlemeleri değiştirebileceğiden, yabancı yatırımcıya kazanılmış hak bahşetmediğini, ancak, istikrar klorunun sözleşmede ya da özellikle ilgili yatırımcıya yönelmiş bir

---

<sup>621</sup> Bartels, M., s. 23.

<sup>622</sup> Bartels, s. M., 24.

<sup>623</sup> Örneğin, Kırgızistan Cumhuriyeti, 27 Mart 2003'te kabul edilen Yatırımlar Kanunu ve 26 Nisan 2010 tarihli Yatırımlar Hakkında Kararname uyarınca yabancı yatırımlara tutarına bağlı olarak parlamento onayı ile yatırım tarihinden itibaren belirli bir süre istikrar taahhüdü verebilmektedir. İstikrar taahhüdü, parlamento onayı ile yabancı yatırım sözleşmesinden sonra ayrıca düzenleme altına alınmaktadır.

düzenlemede yer aldığı halde ise durumun farklı olduğunu ifade etmiştir<sup>624</sup>. Hakem heyeti, netice olarak davalı devletin 2006 ve 2009 yıllarına ilişkin olarak vergi rejiminde uyguladığı değişikliğin ikili yatırım anlaşmasını ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>625</sup>. Stockholm Ticaret Odası kurallarına göre yürütülen bir diğer tahkim davasında ise, tek hakem, Oxus davasının hakem heyetinin görüşünün aksine, ev sahibi devletin davacının şartlarını kötüleştiren yeni bir mevzuat yapması halinde, söz konusu mevzuatın istikrar klotunun kapsamına da girmesi durumunda, bunun ilk bakışta yatırım anlaşmasının adil ve eşit muamele ilkesini ihlal edilmesi anlamına geleceğini belirtmiştir<sup>626</sup>. Diğer bir ifadeyle, tek hakem, davacının yatırımın yapıldığı sırada mevcut mevzuat hükmünün yatırımcıda haklı beklentiye yol açtığına hükmetmiştir.

İstikrar klotları, uygulamada, farklı içeriklerde olabilmektedir. Yatırım sözleşmesinin yapıldığı zamanda mevcut belirli mevzuat hükümlerinin yatırımın devamı süresince aynı şekilde uygulanmasını, diğer bir ifadeyle, mevcut mevzuatın yatırım süresince dondurulmasını düzenleyen istikrar klotları olduğu gibi, mevzuatta değişiklik halinde, sözleşmedeki ekonomik dengenin yeniden sağlanmasını amaçlayan ve her iki modeli içeren hibrit istikrar klotlarına rastlamak mümkündür<sup>627</sup>. Yatırım sözleşmesinin yapıldığı zamandaki mevzuat hükümlerinin aynı şekilde uygulanmasına ilişkin, Mozambik'in 2001 Hasılat Paylaşım Model Anlaşmasında yer alan istikrar klotunun Türkçesi şu şekildedir:

---

<sup>624</sup> Oxus Gold Plc v. Republic of Uzbekistan, the State Committee of Uzbekistan for Geology & Mineral Resources, and Navoi Mining & Metallurgical Kombinat, Ad Hoc Arbitration, Final Award, 17 Aralık 2015, p. 823.

<sup>625</sup> Aynı kararda bkz. p. 827.

<sup>626</sup> Iurii Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Republic of Moldova (IV), Scc Case No. 091/2012, Final Award, 16 April 2013, p. 184. Moldova Cumhuriyetinin 625 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan İstikrar klotunun İngilizcesi şu şekildedir: “Should new laws be adopted deteriorating the conditions of Free Zone residents' activities with regard to the customs and tax regimes stipulated by the present law, the residents shall be entitled to rely, for a period of ten years as of the date of the enactment of the new law, on the legislation of the Republic of Moldova in force on the date of the registration of the residents in the Economic Free Zone.”

<sup>627</sup> Cameron, Peter, D., Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors, Association of International Petroleum Negotiators, Final Report, 5 July 2006, s. 28 vd. Petrol ve Doğalgaz yatırımcıları için hazırlanan rapora şu linkten ulaşılabilir: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf> (Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2022).

*“Hükümet yüklenicinin onayı olmaksızın bu Sözleşme’nin hükümlerini tadil ya da değiştirmek için yasama yetkisini kullanmayacaktır ve Yüklenici’nin bu Sözleşme tahtında kendisine verilen hakları kullanmasını engellemek ya da menetmek için herhangi bir idari ya da başka bir işlem yapmayacak ya da siyasi alt birimleri, daireleri ve organlarının yapmasına izin vermeyecektir.”<sup>628</sup>*

Söz konusu istikrar klotu yatırım sözleşmesinin yapıldığı zamandaki mevzuatın yatırım süresince aynen uygulanmasını amaçlamaktadır. Buna göre, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcının Sözleşme’den elde edeceği menfaati azaltacak şekilde yasama faaliyetinde bulunması ya da idari bir tasarrufla aynı neticeye sebebiyet vermesi halinde, yabancı yatırımcının uygun tazminat talep etme hakkının olduğu kabul edilmektedir.

Yine, Mozambik ile imzalanan 20 Aralık 2006 tarihli Arama ve Üretim İmtiyaz Sözleşmesi’nin<sup>629</sup> 27.13 maddesinin Türkçesi şu şekildedir:

*“Petrol mevzuatında ya da Mozambik’in diğer bir mevzuatında Petrol Operasyonlarını tek başına ya da tamamen, İmtiyaz Alan’ın ya da bu EPC açısından Hükümetin, ekonomik menfaatlerini olumsuz etkileyebilecek bir değişiklik halinde, Taraflar, yukarıda belirtilen durumlar ortaya çıktıktan sonra mümkün olan en kısa sürede, her halükarda, mevzuat değişikliğinden etkilenmemiş olsaydı, İmtiyaz Alan’ın elde edeceği ekonomik menfaatleri mümkün olduğunca en yakın olacak şekilde yeniden tesis etmek üzere, EPC için gerekli olabilecek değişiklikleri doğrulamak ve üzerinde mutabık kalmak üzere bir araya geleceklerdir.”<sup>630</sup>*

---

<sup>628</sup> Anılan istikrar klotunun İngilizcesi de şöyledir: “The Government will not without the agreement of the contractor exercise its legislative authority to amend or modify the provisions of this Agreement and will not take or permit any of its political subdivisions, agencies and instrumentalities to take any administrative or other action to prevent or hinder the Contractor from enjoying the rights accorded to it hereunder”.

<sup>629</sup> Sözleşme metni için bkz. file:///C:/Users/LEX%20C4%B0ST/Downloads/1815-empresa-nacional-de-hidrocarbonetos-ep-anadarko-mocambique-area-1-limi....pdf (Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2022).

<sup>630</sup> İngilizce metin şu şekildedir: “In the event of changes in petroleum legislation or in other Mozambican legislation affecting Petroleum Operations that may, individually or in the aggregate, create a material adverse effect to the economic benefits of the Concessionaire or to the Government in terms of this EPC, the Parties shall, as soon as possible after any of the above-mentioned situations occur, meet to verify and agree on the changes, in all cases, that may be required to the EPC in order to restore, as closely as possible, the economic benefits that the Concessionaire would have derived if the change in the legislation had not been effected.”



Bu istikrar klozu ise, ev sahibi devletin yasama faaliyetini ya da idari tasarrufta bulunma yetkisini sınırlandırmamakta, söz konusu değişiklik nedeniyle, Sözleşme'den yabancı yatırımcının beklediği menfaatin olumsuz etkilenmesi halinde, Sözleşme'de gerekli değişiklikleri yapmak üzere tarafların Sözleşme hükümlerini yeniden müzakere etmek üzere bir araya gelmelerini düzenlemektedir<sup>631</sup>. Bu anlamda, istikrar klozu yeniden müzakere ve uyarlama klozu işlevi görmektedir. Bununla beraber, uygulamada sıklıkla istikrar klozu ile yeniden müzakere klotunun her ikisini de kapsayan karma klotlara da rastlanmaktadır<sup>632</sup>.

### 3. Aşırı İfa Güçlüğü Klotları

Aşırı ifa güçlüğü klotunun bulunduğu, ancak uyarlama konusunda açık hükmün yer almadığı bir sözleşmenin tarafları, aşırı ifa güçlüğü'nün ortaya çıkmasından sonra sözleşmeyi yeniden müzakere etmelerine rağmen anlaşmaya varamamışlarsa ne olacaktır? Soru genel olarak sözleşmenin mevcut haliyle yürürlüğünün devam edeceği ve edimi aşırı güçleşen tarafın aşırı bu duruma rağmen edimini ifa etmek zorunda kalacağı şeklinde yanıtlanmaktadır<sup>633</sup>. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü'nü düzenleyen uluslararası sözleşmelerde çoğunlukla uyarlama ve feshe ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Yeniden müzakere klotunun bulunmadığı hallerde yatırımcılar sıklıkla sözleşmedeki mücbir sebep klotuna ya da aşırı ifa güçlüğü klotuna müracaat etmektedirler<sup>634</sup>. Tahkim uygulamasında, hakemler, aşırı ifa güçlüğü'ne ilişkin klotların uluslararası sözleşmelerde çok yaygın bir şekilde bulunmaları nedeniyle söz konusu klotun bulunmadığı bir sözleşmede zımnen tarafların sözleşmenin uyarlanması kabul etmedikleri yönünde kararlar vermektedirler<sup>635</sup>. Şanlı, uluslararası ticaret hakemlerinin, aşırı ifa güçlüğü klotunun bulunmadığı sözleşmeleri, tarafların “iradi bir sessizliği”, bilinçli ve mantıklı bir kararı olarak nitelediklerini belirtmektedir<sup>636</sup>. Anglo Sakson hukukunda sözleşmeye bağlılık prensibinin katı

---

<sup>631</sup> Cameron, Peter, D., Stabilization Clauses: Do They Have a Future? Bahrain Chamber for Dispute Resolution, International Arbitration Review, V. 7, N. 1, June 2020, s. 114.

<sup>632</sup> Waelde, T. W., Ndi, G. K., s. 219.

<sup>633</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 197.

<sup>634</sup> Berger, K. P., s. 1350.

<sup>635</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 203;

<sup>636</sup> Şanlı, C. s. 47.

uygulanmasına mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü klozları ile çare bulunmakta, bu sayede taraflar değişen koşullar ışığında sözleşmelerini tadil edebilmekte ve gerektiğinde tek taraflı feshedebilmektedir<sup>637</sup>.

Aşırı ifa güçlüğü klozları genellikle iki ana bölümden oluşmaktadır<sup>638</sup>. İlk kısımda klozun uygulanacağı durum açıklanmaktadır. İkinci bölümde ise uygulanacak usul düzenlenmektedir. Aşırı ifa güçlüğü klozları genellikle tarafların dostane çözüme ulaşamadıkları durum için bir tahkim şartını da içermektedir<sup>639</sup>. Genel olarak aşırı ifa güçlüğü'nün ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin yeniden müzakere edildiği süre içerisinde edimin ifasının durdurulması söz konusu olmamaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nda yapılan reform niteliğindeki değişiklikle de anılan kanunda bu husus açıkça dile getirilmiştir. Belirtelim ki, aşırı ifa güçlüğü'nün kabul edilmesi için edimin hangi ölçüde güçleşmesinin gerektiğine ilişkin de uygulamada birlik yoktur<sup>640</sup>.

Aşırı ifa güçlüğü klozu esasen sözleşmedeki ekonomik dengenin yeniden sağlanması amacını gütmektedir. Aşırı ifa güçlüğü halinde taraflar edimlerini yeniden müzakere etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu anlamda aşırı ifa güçlüğü klozları ve yeniden müzakere klozları aynı amaca hizmet etmektedirler<sup>641</sup>. Bu yüzden aşırı ifa güçlüğü klozunun yeniden müzakere klozunun özel bir şekli olduğu savunulmaktadır<sup>642</sup>.

Özellikle Dünya Sağlık Örgütü tarafından 12 Mart 2020 tarihinde Covid-19 salgınının pandemi olarak ilan edilmesiyle virüsün pek çok sözleşmedeki edimlerin ifasını etkilemesi söz konusudur. Bu nedenle, ICC da 2020 Mart ayında model aşırı ifa güçlüğü klozu yayımlamıştır<sup>643</sup>. Madde açıklaması olarak yer verilen metinde, açıkça bazı hukuk

---

<sup>637</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 203.

<sup>638</sup> Uribe, R., M., s. 225.

<sup>639</sup> Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, s. 189.

<sup>640</sup> Girsberger, Daniel, Zapolski, Paulius, Fundamental Alteration of the Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, [https://www.mruni.eu/upload/iblock/434/7\\_Girsberger.pdf](https://www.mruni.eu/upload/iblock/434/7_Girsberger.pdf), 2012, s.125 vd.

<sup>641</sup> Uribe, R., M., s. 224.

<sup>642</sup> Berger, K. P., s. 1352.

<sup>643</sup> ICC model aşırı ifa güçlüğü klozlarına erişim için: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf> (Erişim Tarihi: 11 Nisan 2020).

sistemlerinin tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere etmesini gerektirdiğini, yeniden müzakerenin başarısız olması halinde ise, bazı hukukların yalnızca sözleşmenin feshine imkân tanıdıkları, diğer bazı hukuklarda ise zarar gören tarafın sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Esasen, model klozların ICC gibi kuruluşlar nezdinde farklı hukuk sistemlerinden önemli hukukçuların bir araya gelerek oluşturulduğu düşünüldüğünde, madde açıklamasında yeniden müzakere ve uyarlamaya bu şekilde yer verilmesi dikkat çekicidir. Model kloza bakıldığında, öncelikle sözleşmeye bağlılık prensibinin kural olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Ancak hemen sonrasında, bir tarafın devam etmekte olan sözleşmesel edimin ifasının makul kontrolü dışında ve sözleşmenin kurulması sırasında makul surette hesaba katılmasının beklenilmeyeceği bir olaydan dolayı aşırı derecede güçleştiğini ve makul surette bu olay ya da sonuçlarından kaçınmadığını ya da bunları önleyemediğini ispatlaması durumunda, tarafların bu klozu dayandıkları tarihten itibaren uygun bir süre içinde, olayın sonuçlarını ortadan kaldırmaya izin verecek alternatif sözleşmesel hükümleri müzakere edecekleri belirtilmektedir. Bundan sonra ise, ICC model kloz, tarafların alternatif hükümlerde mutabık kalıp anlaşamamaları hâli için üç alternatif sunmuştur. İlk alternatifte, bu kloza dayanan taraf diğer tarafın ancak muvafakatıyla hakim ya da hakemden sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilmekte, aksi halde sözleşmenin feshini talep edebilmektedir. İkinci alternatifte, her iki taraf da sözleşmesel dengenin yeniden kurulması için hakim ya da hakemden sözleşmenin uyarlanması isteyebilmekte ya da sözleşmenin feshini talep edebilmektedir. Son alternatif de ise, taraflardan her biri yalnızca hâkim ya da hakemden sözleşmenin feshedildiğine karar vermesini isteyebilmektedir. Öncelikle, model klozda aşırı ifa güçlüğü halinde tarafların zorunlu olarak alternatif sözleşme hükümlerini müzakere edecekleri, diğer bir anlatımla, önceden kararlaştırılmış belirli hükümlerin yeniden müzakere edileceği düzenlenmiştir. Buna göre yeniden müzakere, uyarlama ya da sözleşmenin feshinin bir ön aşamasıdır. Bizce de uyarlama ya da sözleşmenin feshinin isteminden önce yeniden müzakerenin öngörülmesi yerindedir. Model kloz, sözleşmede yer alan hangi hükümlere alternatif hüküm müzakere edileceğine ise değinmemektedir.

Kanaatimizce, burada bilinçli bir tercih yapılmış, taraflara aşırı ifa güçlüğüne sonuçlarını ortadan kaldıracak tüm hükümlerin yeniden müzakere edilmesinin yolunu

açmıştır. Bu şekilde, sözleşmedeki fiyat, süre, âdet ve ödeme şekli gibi hükümler yeniden müzakereye konu edilebilecektir. Uyarlamanın diğer tarafın muvafakatine tâbi tutulduğu alternatifte uyarlama isteminde bulunulabilmesinin pratik olarak mümkün olmadığı düşünülebilir. Yine, model klozun açıklamasında, uyarlamanın tercih edildiği halde, ICC hâkim ya da hakemlere taraflardan gerekli uyarlama için tekliflerini sunmalarını istemelerini önermektedir. Bu tekliflerin ise uyarlama için bir başlangıç noktası teşkil edeceği ifade edilmiştir. Öncelikle, belirtelim ki, uyarlama yoluna gidildiğinde, hâkim ya da hakemlerin taraflardan uyarlama tekliflerini sunmalarını istemeleri uyarlama yönünden oldukça olumlu bir yaklaşımdır. Esasen, kanaatimizce, uyarlama tekliflerinin sunulmasını istemenin dışında hâkim ya da hakemler tarafların ilk aşamada alternatif hüküm olarak diğer tarafa teklif ettikleri hükümlerden de yararlanabilmeli ve yararlanmalıdırlar. Son olarak belirtelim ki, model kloz tarafların alternatif hüküm konusunda müzakere etmemeleri halinde ne olacağını düzenlememektedir. Bu halde, sözleşmeye göre müzakere etmeyen tarafın etkin ve zamanlı müzakere edilmemesi nedeniyle diğer tarafın uğramış olduğu zararı tazmin etmesi düşünülebilir.

Aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep klozları yabancı yatırım sözleşmelerinde yeniden müzakere için bir başlangıç noktası teşkil edebileceklerse de uygulamada, ev sahibi devletin bu klozlara başvurma imkânı oldukça sınırlı olmaktadır. Zira, ev sahibi devletin bizzat sebebiyet verdiği aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebebe dayanarak sözleşmenin yeniden müzakeresini talep etmesi mümkün gözükmemektedir.

Aşırı ifa güçlüğü klozuna göre edimin “aşırı” güçleşmediği hallerde, yatırım sözleşmesinin tarafları sözleşmeye bağlılık prensibinin uygulamasını önüne yalnızca sözleşmedeki açık hükümle geçebileceklerdir<sup>644</sup>. Aşırı ifa güçlüğünde mücbir sebepten farklı olarak ifanın imkânsız hale gelmesi gerekmemektedir. Aşırı ifa güçlüğü ve mücbir sebep klozları uygulamada belirli değişikliklerin meydana gelmesi halinde sözleşmesel uyarlama ve ifanın askıya alınması imkânı veren yeniden müzakere klozları olarak kabul

---

<sup>644</sup> Berger, K. P., s. 1354. Yazar uygulanacak hukukun da bu duruma cevaz vermesi gerektiğini de eklemektedir.

edilmektedir<sup>645</sup>. Esasen, mücbir sebep klorları ile aşırı ifa güçlüğü klorlarının ana gayesi sözleşmenin değışen koşullara rağmen ifa edilmesi halinde uğranılacak zararın azaltılmasıdır.

#### 4. Mücbir Sebep (*Force Majeure*) Klorları

Mücbir sebep, Roma Hukukunda, borçlunun kontrolü dışında, öngörölemeyen, kaçınılmaz bir olay nedeniyle ifanın tamamen imkânsız hale gelmesini ifade eden, “vis major” kavramı ile birlikte yer almaktadır<sup>646</sup>. Roma Hukukundaki bu kavram modern hukuklara da temel teşkil etmiştir. Doktrinin gelişimi ise Kıta Avrupası hukuklarının bu doktrini benimsemesi ile olmuştur. Anglo-Sakson hukukunun tanıdığı bir müessese olmamakla birlikte, Anglo-Sakson hukukunun uygulanacağı sözleşmelerde düzenlenmek suretiyle, tarafların açık iradeleri olarak bu hukukta da yer etmektedir.

Mücbir sebep klorlarının, hem Kıta Avrupası hukukunun hakim olduğu hem de Anglo-Sakson hukukunun hüküm sürdüğü ölkelerin hukuklarına tabi olarak düzenlenen sözleşmelerde, özellikle, uluslararası ticari sözleşmelerde sıklıkla yer bulduğu görölmektedir<sup>647</sup>. Mücbir sebep klorlarına bakıldığında, genellikle, önce mücbir sebebin tanımının yapıldığı, ancak mücbir sebep teşkil edecek olayların sınırlı sayı ilkesiyle değil, örnekleyici olarak sıralandığı, bunların dışında, tarafın kontrolü dışında, öngörölemeyen, öngörölse dahi önlenemeyen tüm olayların mücbir sebep teşkil edeceği ifade olunmaktadır. Yine, genellikle, mücbir sebep klorlarında, ifanın imkânsız hale gelmesi nedeniyle, mücbir sebep teşkil eden engel ortadan kalkıncaya kadar ifanın askıya alınacağı ya da ifa süresinin uzayacağı belirtilmektedir. Taraflar en çok hangi süreyle ifanın askıda kalacağını ya da ifa süresinin uzayacağını açık bir şekilde sözleşmelerinde düzenlemiş olabilirler. Bu halde, sürenin dolmasıyla birlikte, taraflardan her birinin sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceği kabul edilmektedir.

---

<sup>645</sup> Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration*, s. 257.

<sup>646</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 86.

<sup>647</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 92.

Mücbir sebep klozları makul süre içinde mücbir sebebin ortadan kalkmadığı durumda sözleşmenin tek taraflı olarak feshine imkân tanıdığı gibi, bazı mücbir sebep klozları ayrıca sözleşmenin mücbir sebep halinde taraflarca yeniden müzakere edileceğini de düzenlemektedir. Çünkü bu çeşit sözleşmelerde sözleşmenin feshi en azından bir taraf için hakkaniyete uygun sonuç vermemektedir. Yatırım sözleşmeleri de şüphesiz bu çeşittendir. Yabancı yatırımcı uzun süren bir yatırım döneminden sonra sözleşme süresi içerisinde yatırımın getirisine kavuşmaktadır. Bu yüzden yatırım sözleşmelerinde mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi yatırımcı bakımından genellikle uygun sonuçlar doğurmamaktadır<sup>648</sup>.

Mücbir sebebin sonucu olarak genel kural ifanın gecikmesinden dolayı tazminat sorumluluğunun doğmamasıdır<sup>649</sup>. Ancak, edimin ifasının sözleşmede öngörülmesi hali ayırık olmak üzere, belirtilmediği durumda mücbir sebebin makul süreden daha uzun sürmesi halinde taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebileceğinin kabulü gereklidir. Zira, tarafların belirli olmayan bu süre boyunca sözleşmeyle bağlı olduğunun kabulü mümkün gözükmemektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, mücbir sebep halinde ispat külfeti mücbir sebebe dayanan taraftadır. Mücbir sebep sürekli ise ya da makul bir süreden uzun sürmüştse, taraflara fesih hakkı tanınmaktadır. Bununla birlikte, belirttiğimiz nedenle, feshin dışında sıklıkla sözleşmede tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere edecekleri<sup>650</sup> ya da değişen koşullara uyarlamak üzere tahkime başvurabilecekleri düzenlenmektedir<sup>651</sup>. Diğer bir ifadeyle, uzun süreli sözleşmelerin tarafları mümkün olduğunca sözleşmeyi ayakta tutma eğilimindedir.

---

<sup>648</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, henüz yatırımın başında mücbir sebeple karşılaşılması halinde yabancı yatırımcı yatırım maliyetine henüz katlanmamışsa sözleşmenin feshinin taraflar için yıkıcı etkisi olmayacaktır.

<sup>649</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 96.

<sup>650</sup> Çok sayıda uluslararası sözleşmede yer alan mücbir sebep klozları Profesör Marcel Fontaine önderliğinde bir grup uluslararası avukat tarafından incelenmiş, mücbir sebep klozlarının çoğunluğunun katı şartlara bağlanmadığı ve genellikle mücbir sebebin aşılması için sözleşmenin yeniden müzakeresi yükümlülüğüne yer verildiği görülmüştür, Al Qurashi, Z., s. 280.

<sup>651</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 96.

ICC, yine 2020 Mart ayında Covid-19 pandemisinin etkisiyle uzun ve kısa form model mücbir sebep klostarı yayımlamıştır<sup>652</sup>. Öncelikle uzun form model mücbir sebep klostunda mücbir sebebin tanımının yapıldığı görölmektedir. Buna göre, mücbir sebep bir tarafın sözleşmesel yükümlölüklerini yerine getirmesini engelleyen ya da önleyen olay ya da durumların meydana gelmesi anlamına geldiğı ifade edilmiş, bu durum ve olaydan etkilenen tarafın söz konusu engelin makul kontrolünün dışında olduğunu, sözleşmenin yapıldığı sırada bu engelin makul surette öngöröllemeyeceğini ve etkilenen tarafın engelin etkilerinden makul surette kaçınamayacağı ya da bunları önleyemeyeceğini ispatlaması gerektiğı belirtilmiştir. Yine, model klostda, üçüncü kişı edimlerinin sözleşme tarafının ifasını etkilediğı ve hem üçüncü kişı hem de sözleşme tarafı için mücbir sebep şartlarının sağlandığı durumda, alt yüklenici ya da tedarikçi gibi bir üçüncü kişinin edimini ifa edememesinin de mücbir sebep olarak değeriendirileceğı düzenlenmektedir. Model klost ayrıca mücbir sebep teşkil edecek durum ve olayların listesine de yer vermekte olup, bu hallerde etkilenen tarafın yalnızca mücbir sebebin üçüncü şartını (engelin etkilerinden makul surette kaçınamayacağını ya da bunları önleyemeyeceğini) ispatlaması yeterli olacaktır. Diğer bir ifadeyle, mücbir sebebin ilk iki koşulunun ayrıca etkilenen tarafça ispatı gerekmekte, bu iki şartın gerçekleşmediğini karşı tarafın ispatlaması beklenmekte, diğer bir ifadeyle, ispat yükü ters çevrilmektedir. Model klost uygulama ile paralel olarak mücbir sebebin gecikmeksizin diğer tarafa ihbar edilmesini de düzenlemektedir. İhbar gecikmeksizin yapılmamışsa mücbir sebebin sağladığı imkânlardan ancak ihbarın yapıldığı tarihten itibaren yararlanılabilecektir. Aynı şekilde edimi geçici olarak imkânsız hale gelen taraf, imkânsızlık ortadan kalkar kalkmaz durumdan diğer tarafı haberdar etmelidir. Etkilenen tarafın mücbir sebebin etkilerini azaltmak için tüm makul önlemleri alma yükümlölüğü de bulunmaktadır. Ayrıca, ileri sürölen engelin süresinin, bir tarafı sözleşmeye göre sahip olduğu makul beklentisinden önemli ölçüde mahrum bıraktığı durumda, her iki tarafın da sözleşmeyi feshetme hakkı mevcuttur. Yine, model klostda engelin süresinin 120 günü geçmesi halinde her bir tarafın sözleşmeyi feshedebileceğı belirtilmektedir. Son olarak, sözleşmenin bir önceki maddeye göre feshedilmesi halinde fesihden önce sözleşmenin ifasına ilişkin olarak

---

<sup>652</sup> Uzun ve kısa form olarak hazırlanan ICC model mücbir sebep klostlarına erişim için: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf> (Erişim Tarihi: 11 Nisan 2020).

diğer tarafça yerine getirilen bir şeyden menfaat elde edilmişse, bu menfaatin değerine eşit bir tutarın diğer tarafa ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Öncelikle, mücbir sebebe ilişkin tüm hukuk sistemlerinde yeknesak düzenlemeler olmadığı düşünüldüğünde, ICC model klotunun uygulamaya ışık tutacağı düşünülmektedir. Yabancı yatırım sözleşmeleri yönünden ise hem geçici imkânsızlık hem de mücbir sebebin etkileri bakımından sözleşmenin feshi yerine öncelikle yeniden müzakerenin düzenlenmesi isabetli olacaktır. Zira, yabancı yatırım sözleşmeleri tarafların iş birliği içinde çalışmasını gerektiren, sözleşmenin feshinin her zaman hakkaniyete uygun sonuçlar vermediği, uzun süreli sözleşmelerdir. Yine, mücbir sebep klotunun aşırı ifa güçlüğü de kapsayacak şekilde düzenlenmesi mümkündür. Şöyle ki, mücbir sebep edimin ifasını aynı zamanda aşırı derecede güçleştirmiş de olabilir. Bu halde, mücbir sebep teşkil eden olay ve durum uyarılmanın da temelini teşkil edebilir.

Uluslararası ticari sözleşmelerin bir bölümünde mücbir sebebin diğer tarafa zamanında ya da gereği gibi bildirilmemesinin sonucu olarak mücbir sebebe dayanmak isteyen tarafın bu imkândan yararlanamaması şeklinde kendini göstermektedir. Zira, dürüstlük ilkesi, mücbir sebebin diğer tarafa derhal bildirilmesini gerektirmektedir. Bildirimin geç ya da hiç yapılmaması halinde bu nedenle oluşacak zarardan mücbir sebebe dayalı olarak edimini ifa edemeyen taraf sorumlu olacaktır<sup>653</sup>. 1974 tarihli ICC tahkim kararı<sup>654</sup> bu açıdan önemlidir. Hakem heyeti sözleşmedeki bildirim koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle mücbir sebebe dayanma hakkının ortadan kalkmış olduğuna karar vermiştir<sup>655</sup>.

---

<sup>653</sup> Esasen, bu husus Viyana Konvansiyonu'nun 79/4 maddesinde de ifade edilmiştir.

<sup>654</sup> 1974 yılında verilen 2478 sayılı, Fransız alıcı ve Romanyalı satıcı arasında görülen davada verilen ICC Kararı'dır. Kararın özeti için bkz. [https://www.trans-lex.org/202478/\\_/icc-award-no-2478-in-1974-yca-1978-at-222-et-seq-/](https://www.trans-lex.org/202478/_/icc-award-no-2478-in-1974-yca-1978-at-222-et-seq-/). Davaya konu sözleşmede, Fransız Frangı ya da Amerikan Dolarının devalüasyonu ya da yeniden değerlendirilmesi halinde, tarafların bir araya gelerek durumu değerlendirecekleri ve sözleşmenin yapılışında benimsenen niyet dikkate alınarak dengenin yeniden kurulması için gerekli önlemleri alacakları düzenlenmiştir. Davalı, ilk savunmasında, paritedeki değişikliğin taraflara sözleşmeyi uyarılama yükümlülüğü yüklediği, tarafların yeniden müzakere sürecindeki anlaşma çabaları başarısız olduğundan, sözleşmenin iki taraflılık unsurunu kaybettiği ve artık ifasının gerekmediğini savunmuştur. Bu savunma hakem heyeti tarafından kabul görmemiştir. Hakem heyetinin kabul ettiği diğer savunmasında ise, davalı petrol ihraç lisansının Romanyalı makamlarca iptal edilmesini mücbir sebep teşkil ettiğini ve edimin ifasının mücbir sebep nedeniyle ortadan kalktığını belirtmiştir.

<sup>655</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 102.



### III. Yeniden Müzakerenin Başarısız Olmasının Sonuçları

Yeniden müzakere yükümlülüğünün ihlâlinin ne ölçüde tazminat talebine konu olabileceği hâlâ tartışmalıdır<sup>656</sup>. Ancak, yabancı yatırımlar uygulamasında yükümlülüğün ihlâlinin farklı yaptırımları ile karşılaştırılması mümkündür. Uzun süreli sözleşmelerde bir tarafın yeniden müzakere talebini diğer tarafın kabul etmemesinin, özellikle büyük kayıplara yol açma ihtimali varsa, uygun olmayacağı ifade edilmektedir<sup>657</sup>. Bununla birlikte, her zaman edimler arasındaki dengenin bozulması bir tarafın aleyhine diğer tarafın lehine olacak şekilde değildir. Başka bir anlatımla, bir tarafın edimi sözleşmenin kurulmasından sonra zaman içinde önceden öngörülemeyen durumlar nedeniyle aşırı külfetli hale gelmişken, diğer tarafın ediminin ya da karşı edimin kendisine olan değerinde önemli bir artış olmayabilir. Görüldüğü gibi, bu tür bir durumda taraflardan birinin edimi aşırı derecede külfetli hale gelmiştir. Öyle ki, edimin ifasının mevcut haliyle kendisinden talep edilmesi dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Alıcının aynı şeyi benzer maliyetle bir başka tedarikçiden temin etmesinin mümkün olduğu durumda sözleşmenin uyarlanması yerine feshine karar verilmesi düşünülebilir<sup>658</sup>. Esasen, Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi uyarılma ve fesih için diğer tarafın borçlunun ediminin katlanamaz hale gelmesinden menfaat sağlaması kriterini aramadığı için bu görüşümüzü teyit eder niteliktedir. Aslında, bu gibi hallerde diğer tarafa sözleşmeyi tazminatsız feshetme imkânı tanınabilir. PECL<sup>659</sup> ise bu konuda daha liberal bir yaklaşım sergilemekte, 6.111. maddesinin son cümlesinde, sözleşmenin feshi ya da uyarlanması durumunda, mahkemenin yeniden müzakereden imtina eden ya da iyi niyet ve dürüstlük ilkesine aykırı olarak müzakereleri engelleyen ya da yarıda bırakan tarafın tutumu nedeniyle zarara uğrayan diğer taraf lehine tazminata hükmedebileceği öngörülmüştür.

Haklı olarak belirtildiği üzere, nitelikli yöneticiler bile yirmi yıl gibi uzun süreli sözleşmelerde ileriki yıllara ilişkin tüm risklerin belirlenmesinde ve üstlenilmesinde sorun

---

<sup>656</sup> Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, s. 188.

<sup>657</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 369.

<sup>658</sup> Ancak, ilgili taraf sözleşmeyi yeni şartlarla ifaya hazır olduğunu belirtirse, hâkim artık sözleşmenin feshine karar veremez, bu görüş için bkz. Eren, F., s. 560.

<sup>659</sup> İlkeler şu linkten erişilebilir: [http://translex.uni-koeln.de/400200/\\_/pecl/](http://translex.uni-koeln.de/400200/_/pecl/) (Son Erişim Tarihi: 26.05.2022).

yaşayacaklardır<sup>660</sup>. Bazı olayların etkileri öngörülemedebileceği gibi, kimi olayların da meydana gelme ihtimali ilk başta öyle düşüktür ki, taraflar o konuda bir düzenleme yapmayı gerekli görmemiş olabilir<sup>661</sup>. Öte yandan, tarafların sözleşmeyi feshetmeleri halinde sözleşme konusu malları bir başka kaynaktan kısa sürede temin etmek mümkün olmayabileceği gibi, bu durum arz ve talep dengesi nedeniyle maliyetin de artmasına sebebiyet verebilir. Diğer bir ifadeyle, rekabetçi ve organize olmuş bir piyasada her zaman belirli bir ürünü arzu edilen süre ve fiyatta bulmak mümkün olmayabilecek ya da ikame işlem yapılması tarafların maliyetini artırabilecektir. Ayrıca sözleşmenin ayakta tutulması, taraflar arasında başka hukuki münasebetlerin bulunduğu ya da üçüncü kişileri de ilgilendirdiği veyahut bunlara karşı sorumluluğun mevcut olduğu hallerde daha da önem arz etmektedir. Diğer taraftan, sözleşmenin ifasında kamu menfaati olduğu veya tarafların sıkı regülasyona tâbi piyasalarda işlem yaptığı haller de söz konusu olabilir. Kanaatimize göre de, bu tür hâllerde sözleşmenin feshi, edimin ifasının yalnızca iki tarafı ilgilendirdiği hallere oranla çok daha zordur<sup>662</sup>. Yine, ifade üçüncü kişilerin de menfaatinin bulunduğu ve bu üçüncü kişilere karşı da tarafların sorumluluklarının olduğu durumlarla karşılaşılabilmektedir. Gerçekten bu halde çok daha geniş bir çevrenin etkilenmesi söz konusu olduğundan sözleşmenin feshi en son çare olmalıdır<sup>663</sup>. Sözleşmenin feshi ev sahibi devletin ekonomisine önemli miktarda katkı sağlayacak ve geniş katılımlı bir projenin riske atılması anlamına geleceğinden, yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından da durum böyledir<sup>664</sup>. Bu yüzden söz konusu hallerde uyarılama hukuki ilişkinin korunmasında tek çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu çare feshin katı etkisi ile aynen ifa arasında bir orta yoldur<sup>665</sup>.

---

<sup>660</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 373.

<sup>661</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 373.

<sup>662</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 374.

<sup>663</sup> Frick, J. G., s. 165.

<sup>664</sup> De Cuyper, J., Peter, W., s. 792.

<sup>665</sup> Frick, J. G., s. 165.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YABANCI YATIRIM SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI

#### I. Genel Olarak

Yeniden müzakere neticesinde tarafların değişen koşullar ya da yeniden müzakeresi öngörülen konularda anlaşamamaları olasıdır<sup>666</sup>. Yabancı yatırım sözleşmesinin yeniden müzakere edilmesine rağmen taraflar anlaşamamışlarsa, bir diğer çözüm yolu, şartları varsa sözleşmenin uyarlanmasının mahkeme ya da hakemlerden talep edilmesidir. Elbette ki, uyuşmazlığın çözümü için taraflardan biri diğer tarafla müzakere yürütmeyeceğini ifade eder ya da açıkça müzakereleri engellerse, diğer taraf, uyarlamanın şartları olması halinde, doğrudan mahkemeye ya da hakemlere başvurabilir<sup>667</sup>. Hemen belirtelim ki, kural olarak, tarafların yeniden müzakere neticesinde anlaşamamaları sözleşmenin ihlâli anlamına gelmeyecektir<sup>668</sup>. Elbette, bu halde, sözleşmede uyarlamaya ilişkin düzenlemenin bulunup bulunmadığı ve uygulanacak milli hukuk ile uluslararası hukuka göre uyarlamanın mümkün olup olmadığı önem arz edecektir. Yabancı yatırım sözleşmesinin değişen koşullar nedeniyle feshedilmesi çeşitli sorunları barındırmaktadır. Bu sorunlara rağmen taraflar değişen koşullara sözleşmeyi kendileri uyarlayamazlarsa hâkim ya da hakemlerin sözleşmeyi uyarlaması söz konusu olabilecektir. Esasen, sözleşmede açık uyarlama klotunun bulunmadığı hallerde dahi, yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından örtülü uyarlama klotunun bulunduğu varsayımı da gündeme gelmektedir<sup>669</sup>. Nitekim, yabancı yatırım sözleşmelerinin bir özelliği de tarafların genellikle öngörülemeyen olayların fesih yoluyla değil, uyarlama yoluyla üstesinden gelinmesini arzulamalarıdır<sup>670</sup>. Yeniden müzakere yoluyla sözleşmenin taraflarca uyarlanamadığı durumda, uyarlama görevi mahkemeye ya da hakemlere düşmektedir. Öte yandan, yeniden müzakere yükümlülüğünün bulunması ve buna rağmen tarafların anlaşamaması, mahkeme ya da hakem heyeti tarafından verilecek kararda

---

<sup>666</sup> De Cuyper, J., Peter, W., s. 792.

<sup>667</sup> Horn, N., *Arbitration and the Protection of Foreign Investments: Concepts and Means*, s. 21.

<sup>668</sup> De Cuyper, J., Peter, W., s. 793.

<sup>669</sup> Frick, J. G., s. 153.

<sup>670</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 171.

etkili olacaktır. Aynı şekilde yeniden müzakere sürecinde bir tarafın kötü niyetle hareket etmesi de kararın gerekçelerinden biri olabilir<sup>671</sup>.

Yabancı yatırımlar bakımından önem arz eden hususlardan biri de yeniden müzakere neticesinde tarafların anlaşamadıkları durumda mahkeme ya da hakemlerin uyarlamasının kapsamı ve sınırlarıdır. Bu konuda şüphesiz yeniden müzakere klozu mahkemeye ya da hakemlere yol gösterici olacaktır. Etiyopya Cumhuriyeti ile International Petroleum Limited arasında yapılan petrol arama ve üretimine ilişkin üretim paylaşım sözleşmesinde:

*“Hükümet ve Yüklenici, Yüklenici’nin [burada] belirtilen ekonomik haklarının ve menfaatlerinin yeniden tesisi için, söz konusu değişiklik olmasaydı, her ne durumda olacak idiyeler buna eşit olacak şekilde, bu Sözleşme hükümlerine göre yapılması gerekli değişiklikleri iyi niyetle müzakere edecekler ve bunlar üzerinde mutabık kalacaklardır.”*

şeklinde yeniden müzakerenin ve uyarlamanın kapsamı çizilmiştir<sup>672</sup>. Burada taraflar sözleşmenin imzasında yabancı yatırımcının sahip olduğu hak ve menfaatlerin sözleşme süresinde muhafaza edilmesini, değişen koşullar nedeniyle, söz konusu hak ve menfaatlerin etkilendiği ölçüde tarafların sözleşmeyi yeniden müzakere etmelerini amaçlamışlardır. Buna rağmen, tarafların yeniden müzakere ile hak ve menfaatlerde yapılması gerekli değişikliklerde anlaşamamaları halinde mahkeme ya da hakemlere düzenleme ıstık tutar niteliktedir. Yeniden müzakerenin başarısız olması halinde uyarlama yetkisini mahkeme ya da hakem heyeti genel olarak sözleşmeden ve/veya geniş anlamda maddi hukuktan alacaklardır. Bu nedenle, aşağıda yabancı yatırımlara uygulanacak hukuka ve karşılaştırmalı hukukta uyarlama ve benzeri müesseselere değinmeyi uygun buluyoruz.

## **II. Yabancı Yatırımlara Uygulanacak Hukuk**

Yabancı yatırımcının ev sahibi devlete girmesinden sonra yapılan tüm işlemlerin yerli olarak değerlendirilerek ev sahibi devletin kendi hukukuna tabi olacağı önceleri uluslararası

---

<sup>671</sup> Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, s. 190.

<sup>672</sup> De Cuyper, J., Peter, W., s. 790. İngilizce metin şu şekildedir:

*“... the Government and Contractor shall meet to negotiate, in good faith, and agree upon the modifications which need to be made to the terms of this Agreement to restore the Contractor’s economic rights and benefits hereunder to a level equivalent to what they would have been, had such change not occurred ...”.*

hukukta kabul görmüştür<sup>673</sup>. Gerçi, ev sahibi devletlerin doğal kaynakları üzerinde sürekli egemenlik haklarının olduğuna ve yatırıma ev sahibi devletin hukukunun uygulanmasına ilişkin doktrin halen gelişmekte olan devletlerin sıklıkla başvurduğu bir müessesedir<sup>674</sup>. Yatırıma ev sahibi devletin iç hukukunun uygulanması, bu hukukun her zaman ev sahibi devlet tarafından değiştirilme riski bulunduğundan, yatırımı korunmaya muhtaç kılmaktadır. Çok uluslu şirketlerin yatırımlarına ev sahibi devletin hukukunun uygulanacağı fikrine sıcak bakmadıkları malumdur. Bu nedenle, yabancı yatırımcılar sürekli olarak uluslararası yatırım işlemlerinin uluslararası işlemler olduğunu, ev sahibi devletin hukuku dışında bir hukuka tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>675</sup>. Elbette ki, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku serbestçe belirleme yetkileri mevcuttur. MÖHUK 24/1 maddesinde de sözleşmeden doğan borç ilişkilerine tarafların açık olarak seçtikleri hukukun uygulanacağı ifade edilmektedir. Belirtelim ki, aynı maddeye göre, tarafların sözleşmede açık bir şekilde hukuk seçimi yapmadıkları durumda da sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından bir hukuk seçimi yaptıkları tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabiliriyorsa geçerli bir hukuk seçimi yapıldığı kabul edilmektedir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ise, MÖHUK 24/4 maddesine göre, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacaktır. Yabancı yatırım sözleşmeleri, yukarıda açıkladığımız üzere<sup>676</sup>, pek çok farklı türde yapılabilmektedir. İmtiyaz sözleşmesi şeklinde yapılan yabancı yatırım sözleşmelerinde, 4501 sayılı Kanun'un<sup>677</sup> 4. maddesine göre, tahkim şartının düzenlenmiş olması halinde, tahkim anlaşmasında diğer hususlarla birlikte uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk seçimine de yer verilecektir.

Tarafların uygulanacak hukuku belirleme yetkileri tahkim uygulamasında da geniş bir şekilde kabul görmektedir<sup>678</sup>. Bununla birlikte, ICSID yatırım tahkiminde hakemlerin

---

<sup>673</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s. 27.

<sup>674</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 1962 yılında 1803 sayılı Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Hakkı Kararını (Resolution 1803 (XVII) on “the *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*”) almıştır.

<sup>675</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s.28.

<sup>676</sup> Yukarıda bkz. s. 92 vd.

<sup>677</sup> Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, RG: 22.1.2000/23941.

<sup>678</sup> Peter, W., s. 132.

yetkisinin tespitinde uluslararası hukuk uygulanmaktadır<sup>679</sup>. ICSID hakem heyetlerinin yetkisi, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi ile yatırım anlaşmaları kapsamında belirlenmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarında belki de hakemleri en çok meşgul eden konu yabancı yatırımcının ekonomik faaliyetinin yatırım olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Yine, yatırımın varlığı, ekonomik faaliyetin yatırım anlaşmasının kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de uluslararası hukuka göre tespit edilmektedir<sup>680</sup>. Öte yandan, yatırımın ev sahibi ülke hukukuna uygunluğu ulusal hukuka göre belirlenmektedir. Örneğin, Fraport davasında, yabancı yatırımcının ekonomik faaliyetinin, ev sahibi devletin belirli yatırımların kontrolünün yabancılara geçmesini yasaklayan, Anti-Dummy Kanunu'nu ihlal edip etmediği konusunda milli hukuka göre değerlendirme yapılmıştır<sup>681</sup>.

Ticari sözleşmelere uygulanan saf özel hukuk, yabancı yatırımlar alanında ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde tek başına yeterli değildir<sup>682</sup>. Yatırım sözleşmeleri bakımından özel hukuk prensipleri ile birlikte kamu hukuku ve milletlerarası kamu hukukunun da kavramları uygulama alanı bulmaktadır. Yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet yabancı yatırıma konu projeyi karşılıklı müzakere etmekte, ev sahibi devletin iç hukukunu da dikkate alarak bir yatırım sözleşmesi üzerinde anlaşmaya varmaktadır. Kuşkusuz, yabancı yatırımcı tüm bunları yaparken ev sahibi devlet ile kaynak devlet arasında akdedilen yatırım anlaşmasını da değerlendirmeye almaktadır<sup>683</sup>. Zira yatırımın söz konusu yatırım anlaşması hükümleri güvence altına almaktadır.

---

<sup>679</sup> Demirkol, Berk, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, Ed. Akıncı, Ziya, Demirkol, Berk, Yatırım Tahkiminde Çeşitli Meselelere Uygulanacak Hukuk: Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Uygulama Alanı Tanıdığı Durumlar, (**Uygulanacak Hukuk Makale**) İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları-IV, Onikilevha Yayıncılık, Şubat 2021, s. 143.

<sup>680</sup> Demirkol, B., *Uygulanacak Hukuk Makale*, s. 147.

<sup>681</sup> Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, p. 349 vd.

<sup>682</sup> Sornarajah, *Investment Disputes*, s.25.

<sup>683</sup> Dolzer/Schreuer, s. 4.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün (*Statute of International Court of Justice*) 38. maddesinde<sup>684</sup>, uluslararası hukukun kaynakları; hiyerarşik olarak, uluslararası anlaşmalar, uluslararası âdet, hukukun genel prensipleri ve ikincil kaynaklar olarak yargısal içtihatlar ile öğreti olarak sıralamaktadır<sup>685</sup>. Yine, Statü'nün aynı maddesinin ikinci fıkrasında, tarafların mutabık kalmaları kaydıyla, mahkemenin hakkaniyete ve nısfete (*ex aequo et bono*) göre de karar verebileceği düzenlenmiştir. Uluslararası hukukun yukarıda belirtilen kaynaklarına ilave olarak bağlayıcı olmayan ve hukuki yaptırımı bulunmayan tavsiyeler, teşvikler ve kurallar (*soft law*) da belirtilebilir<sup>686</sup>. Yumuşak kurallar (*soft law*) bağlayıcı hukuk kuralının oluşmasında anlaşmaların yorumlanmasında ve uygulamasında tamamlayıcı rol oynayabilmektedir<sup>687</sup>. Yabancı yatırımlar konusunda pek çok ülkeyi içinde barındıracak şekilde yapılan kodifikasyon çalışmalarının sonuçsuz kaldığını belirtmiştik. Uluslararası âdet ise yabancı yatırımlar için önemli bir yer tutmaktadır. Örneğin, ev sahibi devletin yabancının malvarlığına el attığı durumda tazminat ödemek durumunda olması uluslararası örf-âdet kurallarından biridir. Hukukun genel prensiplerinin, hiyerarşi içinde uluslararası hukukun yazılı kaynakları ve âdet kuralları kadar ağırlığı bulunmamaktadır. Bu nedenle hukukun genel prensiplerinin yabancı yatırımlara uygulamasının sınırlı olduğu kabul edilmektedir<sup>688</sup>. Bununla birlikte, hakem heyetlerinin, genellikle ev sahibi devletin aleyhine olmak üzere, yatırım sözleşmelerine hukukun genel prensiplerini uyguladıkları görülmektedir<sup>689</sup>. Uluslararası hukukun son ve tali kaynağı içtihat ve öğretilerdir. Yardımcı kaynak olmakla birlikte özellikle UAD'nin ve yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin hakem

---

<sup>684</sup> Esasen Statü UAD'nin yapısını, işleyişini ve uygulayacağı hukuk kurallarını düzenleyen bir belge olup, Divan dışındaki uluslararası mahkemeler için bağlayıcı nitelikte değildir. Bununla birlikte, neredeyse tüm devletlerin Birleşmiş Milletler teşkilatının bir üyesi olduğu düşünüldüğünde, uygulamayı temsil ettiği kabul edilebilir, Statünün 38. maddesi ile Uluslararası Hukukun şekli kaynaklarının geniş açıklaması için bkz. Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar), (Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından), Der. Düz. Tütüncü, Ayşe, Nur, Arıkoğlu, Enver, Akün, Verda Neslihan, Başkaracaoğlu, Elif, Beta, İstanbul, 2017, s. 33. vd.

<sup>685</sup> Statü Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nün (Charter of United Nations) ayrılmaz bir parçası olarak 26 Haziran 1945'te imzalanmıştır. Uluslararası Hukukun kaynaklarının detaylı açıklaması için ayrıca bkz. Schefer K. N., *International Investment Law, Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 15 vd.

<sup>686</sup> Schefer, s. 28.

<sup>687</sup> Kök Değerli, Saadet, Uluslararası Teamül Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 94.

<sup>688</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 85.

<sup>689</sup> Sornarajah, *Foreign Investment*, s. 86.

kararlarının ve hukuki eserlerin uluslararası hukukun yazılı kaynakları üzerinde önemli etkiye sahip olduğunu belirtelim. Çünkü, içtihatlar ve bilimsel çalışmalar uygulamada yatırım anlaşmalarına şekil vermektedir.

### III. Karşılaştırmalı Hukukta Uyarlama ve Benzeri Hukuki Müesseseler

#### A. Türk Hukuku

##### 1. Genel Olarak

Bazı yabancı hukuklarda olduğu gibi, Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması ihtiyacının ortaya çıkışı ve Türk hukukunda uygulamanın ihtiyaca göre şekillenmesi uzunca bir geçmişe sahiptir. Bununla birlikte, Almanya’da 1923 yılından sonra yaşanan enflasyon Türkiye’de yaşanmadığından, uyarlama ihtiyacının ortaya çıkışı İkinci Dünya Savaşı yıllarına rastlamaktadır. Özellikle 1980 yıllarından itibaren yaşanan yüksek enflasyon uyarlama konusunda hem öğretide hem de içtihatla uygulamanın gelişmesine neden olmuştur. Türk hukuku uygulaması yaygın bir şekilde döviz cinsinden belirlenen kira sözleşmelerinin Türk parasında yaşanan devalüasyona bağlı olarak değişen koşullara uyarlanması istemleriyle başlamıştır. Yine, yabancı para kredi borçlarının uyarlanması talepleri de sıklıkla gündeme gelmiştir. Kira sözleşmelerinden farklı olarak yabancı para kredi borçlarının uyarlanması genel olarak içtihatla kabul görmemiştir<sup>690</sup>. Son yıllarda ise, yine Türk parasının değerinde yaşanan düşüşler ve inşaat maliyetlerinin büyük oranda yabancı paraya endeksli olması gibi nedenlerle, özellikle eser sözleşmeleri bakımından uyarlama borçlular tarafından başvurulmuş bir hukuki çare olarak ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda uyarlamanın hukuki temeli, öğretide ve yargı kararlarında dürüstlük ilkesi, sözleşme boşluğu görüşü, eser sözleşmesine ilişkin özel düzenleme olan TBK’nun 470/2. maddesinin (eski BK. m. 365/II) kıyasen diğer bütün sözleşme tiplerine uygulanması görüşü ve aşırı ifa güçlüğü/işlem temelinin çökmesi görüşü olarak kendisini göstermiştir<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> Örneğin, Yargıtay 13. HD. 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında, “Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına girenlerin ülkedeki geçmişte yaşanan yüksek enflasyon ve ekonomik krizler karşısında dövizle borçlanmada bu tür artışların yaşanabileceğini öngörmesi, dövizin seyri karşısında davalının bunu tahmin etmesi gerekir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir, Y. 13. HD., E. 2005/1874, K. 2005/9749, T. 9.6.2005.

<sup>691</sup> Baysal, B., s. 124 vd.



## 2. Medeni Kanun'un 2. Maddesi Uyarınca Uyarılama

TMK'nun 2. maddesinde, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğu ifade edilmektedir. Dürüstlük kuralı olarak da bilinen bu ilke, kişilerin diğer kişilerle olan münasebetlerinde dürüst, iyiniyetli ve samimi bir şekilde hareket etmelerini gerektirmektedir<sup>692</sup>. Esasen, İsviçre ve Türk hukukunda uyarılama konusunda dayanan prensip dürüstlük kuralı olmuştur<sup>693</sup>. Dürüstlük kuralı özel bir düzenlemenin bulunmadığı hâllerde, hâkim tarafından meselenin çözümünde de uygulama alanı bulur ve söz konusu boşluk dürüstlük kuralının uygulanması ile doldurulur<sup>694</sup>. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması da hakkında özel düzenlemenin bulunmadığı hallere örnek teşkil etmiş ve uygulamada boşluk dürüstlük kuralı ile doldurulmaya çalışılmıştır<sup>695</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra koşullarda ortaya çıkan değişiklikler tarafın ediminin ifasını kendisinden beklenemez hale getirmişse, sözleşme değişen koşullara uyarlanmaktadır<sup>696</sup>. Buradaki değerlendirme objektif niteliktedir. Ortalama kişiden nasıl bir davranış bekleniyorsa o kişiden de aynısı beklenir<sup>697</sup>.

<sup>692</sup> Zevkliler, Aydın, Ertaş, Şeref, Havutçu, Ayşe, Acabey, M., Beşir, Gürpınar, Damla, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, (Temel Bilgiler), Turhan Kitapevi, 10. Bası, Ankara, 2018, s. 57.

<sup>693</sup> Oğuzman, M. Kemal, Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 605. Belirtelim ki, Oğuzman/Öz, edimler arasındaki dengenin bozulmasını işlem temelinin çökmesi olarak ifade etmektedir. Ayrıca, bkz. Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul, 2020, s. 187; Nomer, N., Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2018, s. 358; Gümüş, A., s. 23. Kılıçoğlu ise, “doğruluk ve güven kuralları” olarak ifade etmektedir, bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 345.

<sup>694</sup> Zevkliler, A., s. 135.

<sup>695</sup> Yargıtay 13. HD. 27.5.1994 tarihli Kararında (E. 1994/4395- K. 1994/4330) “İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralı gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir turum olur.” denilmiştir. Yine, Yargıtay 13. HD., 24.10.1994 tarihli Kararında; (1994/6791 – K. 1994/9014) “Tarafların iradelerini etkileyip sözleşme yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse taraflar artık o akitte bağlı tutulamaz. Değişen bu koşullar karşısında Medeni Yasanın 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hasıl olur.” ifadesine yer vermiştir.

<sup>696</sup> Baysal, B. s. 125.

<sup>697</sup> Zevkliler, A., s. 134.

Sözleşmenin uyarlanması dayanağı olarak, yaygın olmamakla birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağı da gündeme gelebilir<sup>698</sup>. Yargıtay'ın bir kararında<sup>699</sup>, “*Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak (uyarlama) kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek TMK'nun 2/2 maddesi hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir isabetsizlik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne dair uyuşmazlıkların giderilmesinde kaynak olarak TMK'nun 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk, sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (TMK madde 1) denilmektedir*”. Görüldüğü üzere, Yargıtay sözleşmede uyarlama kaydının bulunduğu durumda değişen koşullara rağmen ifanın talep edilmesini TMK 2/2 maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte, aşağıda izah olunacağı üzere<sup>700</sup>, TBK'nun 138. maddesinin özel düzenlemesine rağmen, TMK'nun 2. maddesine dayanılmak suretiyle uyarlama kanaatimizce doğru değildir. Ancak, TBK 138. madde uygulanırken, TMK'nun 2. maddesinden, “beklenilmezlik” şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde istifade edilir<sup>701</sup>.

### 3. TBK'nın 480/2 Maddesinin Kıyasen Tüm Sözleşmelere Uygulanması

TBK'nun götürü bedel kararlaştırılan eser sözleşmesine ilişkin 480. maddesi<sup>702</sup>:

---

<sup>698</sup> Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin, Ankara, 2006, s. 173.

<sup>699</sup> Yargıtay 3. HD. E. 2017/11362, K. 2018/6297, T. 4.6.2018.

<sup>700</sup> Bkz. s. 179.

<sup>701</sup> Canbolat, Ferhat, Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 242; Gümüş, A., s. 35.

<sup>702</sup> TBK'nun 480. Maddesinin değiştirilerek alındığı eski BK'nun 365. maddesi: “*Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiata yapmağa mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan*

*“Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.*

*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*

*Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”*

şeklindedir. Buna göre, eser sözleşmesinde, önceden öngörülemeyen ya da öngörülebilse dahi iki tarafça sözleşmenin kurulması anında dikkate alınmayan haller ifaya engel olur ya da ifayı aşırı derecede külfetli hale getirirse, hâkim kararlaştırılan bedeli artırabilir ya da sözleşmenin sona erdiğine hükmedebilir. TMK’nun 5. maddesine göre TBK’nun genel nitelikli hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. TBK’nun 138. maddesinin yürürlüğe girmesinde önce işlem temelinin çökmesi ya da sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kanunda açık düzenleme bulunmadığından, TBK’nun eser sözleşmesine ilişkin 365. maddesinin ikinci fıkrası sözleşmenin uyarlanmasına da kıyasen uygulanması gündeme gelmiştir<sup>703</sup>. Buna karşın, Yargıtay 13. HD. 14.12.1990 tarihli Kararında<sup>704</sup>; *“Hukukumuzda önceden görülemeyen değişikliklerin borçlunun borcunu yerine getirmesini olağanüstü güçleştirmesi karşısında sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi hakkında genel bir hüküm yoktur. Yalnızca bazı sözleşmelere ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir (Örneğin BK. md. ... 365/2, ...) O nedenle gerek sözleşmede ve gerekse kanunda, hukuki ilişkinin yeni duruma ayarlanmasını ya da sona erdirilmesini öngören bir hüküm bulunmaması durumunda nasıl bir çözüme ulaşılabileceği sorusuna bir*

---

*fazla sây ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez. Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmıyan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyley. Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir sây ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur.”* şeklinde idi.

<sup>703</sup> Baysal, B., s. 319; Bu görüşü savunan diğer yazarlar ile kuralın özel bir sözleşme tipine özgü olması nedeniyle, diğer tip sözleşmelere uygulanmasının doğru olmayacağını belirten yazarlar ve açıklamalar için ayrıca bkz. Arat, A., s. 78.

<sup>704</sup> Yargıtay 13. HD. E. 1990/5697, K. 1990/8708, T. 14.12.1990.

cevap bulunmalıdır.” şeklinde konuyu ele almış ve TMK’nun 1. ve 2. maddelerine göre değişen koşullara uyarlamanın mümkün olduğuna karar vermiştir. Diğer bir ifade ile, TBK’nun 365. maddesinin kıyasen uygulamayı doğru bulmamış, Alman hukukunun etkisinde, TMK’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına dayalı olarak işlem temelinin çökmesi sebebiyle uyarlamanın mümkün olduğu vurgulanmıştır<sup>705</sup>. Belirtmek gerekir ki, ifa güçlüğü halinde ilave bir talepte bulunulamayacağına ilişkin kayıtlar, “menfi uyarlama kayıtları” kural olarak geçerli olmakla birlikte, bu halde dahi, edimin ifasının aynen talep edilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecekse, uyarlama yönünde değerlendirme yapılmalıdır<sup>706</sup>. Belitelim ki, götürü bedelde “sabit fiyat”, “değiştirilmez fiyat” benzeri ifadeler menfi uyarlama kaydı ya da uyarlama hakkından feragat olarak kabul edilmemektedir<sup>707</sup>. Nitekim, bu kayıtlar bedelin götürü olarak kararlaştırıldığını ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

#### 4. Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin TBK’nun 138. Maddesinin Değerlendirilmesi

TBK’nun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle aşırı ifa güçlüğüne ilişkin yeni düzenleme hukukumuzda kabul edilmiştir<sup>708</sup>. Buna göre;

*“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da*

<sup>705</sup> Serozan işlem temelinin çökmesinin yasal dayanağı olarak da TBK. 480. (eski BK. 365/II) maddesini göstermekte ve yasal boşluğun kıyasen doldurulması ile edimler arasındaki dengesizliğin düzeltilebileceğini ifade etmektedir, Bkz. Serozan, Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış Veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, s. 1025.

<sup>706</sup> Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2008, s. 371-372. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu da hem menfi hem de pozitif uyarlama klozlarının boşluk içerdikleri ölçüde tamamlanabileceğini ifade etmektedir, bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 307. Yazarlar bu halde görünüşte boşluk içermeyen kloza dayanmanın hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiğinin borçlu tarafından ispatlanması gerektiği ve şartlardaki değişikliğin etkisinin çok edici olması gerektiğini ifade etmektedirler. Kanaatimizce, TBK 138. madde düzenlemesine uygun olarak edimin mevcut haliyle talep edilmesinin (ya da menfi ya da pozitif uyarlama klozunun mevcut haliyle uygulanmasının) dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinin ispatı yeterli olmalıdır. Bunun dışında, şartlardaki değişikliğin etkisinin belirli bir düzeye varması kanunda aranmamıştır.

<sup>707</sup> İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, (Editörler Kurulu) Öz, Turgut, Acar, Faruk, Gökyayla, Emre, Develioğlu, Murat, C. 6, 7, 8, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 3777, d. 55.

<sup>708</sup> Aşırı ifa klozlarına ilişkin ayrıca açıklama bkz. yukarıda s. 160 vd.

*borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*

*Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”*

Madde gerekçesinde, düzenlemenin işlem temelinin çökmesine ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Ancak, işlem temelinin çökmesi aşırı ifa güçlüğü de içine alan çok daha geniş bir kavramdır. Daha açık ifade edilmesi gerekirse, aşırı ifa güçlüğü teşkil etmeyen ancak işlem temelinin çöktüğü durumlar söz konusudur. Örneğin, yukarıda izah ettiğimiz şekilde, İngiliz hukukunun *frustration* teorisinin işlem temeline çökmesi doktrinine yaklaştığı, işlemin gayesinin ortadan kalktığı durum böyledir. Yine, aşırı ifa güçlüğüne varmayan ancak edimler arasındaki dengenin bozulduğu hal de böyledir. Adalet Komisyonunda kanun tasarısında uyarlama sebeplerine sınır getirildiği anlamına gelecek düzenlemelerden kaçınılmak istendiği anlaşılmaktadır<sup>709</sup>. Yine de düzenlemenin tüm işlem temelinin çökmesi hallerini içine alan geniş bir çerçevede yapılması beklenirdi. Nitekim, Eren'in de belirttiği gibi, diğer tarafın ediminin değerini kaybetmesi de uyarlamanın konusu olabilir<sup>710</sup> ya da sözleşmenin süresinin uyarlanması gündeme gelebilir<sup>711</sup>. Oğuzman/Öz de uyarlamanın borçlunun ediminde indirim, karşı edimde yükseltilmesi, gerekiyorsa ifa yerinin değiştirilmesi ya da başka bir surette yapılabileceğini ifade etmektedir<sup>712</sup>.

Maddenin uygulanabilmesi için, öncelikle, taraflarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır<sup>713</sup>. Burada kanaatimizce öngörülememe ya da öngörülmenin beklenmemesi koşulunun yalnızca edimi aşırı ölçüde güçleşen taraf için gerçekleşmesi yeterli olmalıdır. Dolayısıyla, her iki tarafında öngörmemiş

---

<sup>709</sup> Nomer, N., H., s. 359.

<sup>710</sup> Eren, F., s. 554.

<sup>711</sup> Eren, F., s. 437; aynı görüş için ayrıca bkz. Eren/Ünsal, s. 2578-2579.

<sup>712</sup> Oğuzman/Öz, s. 606, d. 2178.

<sup>713</sup> Baysal, B., s. 223 vd; Burcuoğlu, Haluk, Hukukta Uyarlama-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, S: 23, C: 20, 1996, s. 62; Reisoğlu, S., s. 367 vd.; Kaplan, İ., s. 147 vd.; Topuz, S., s. 236 vd.; Pak, Elif, Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü (TBK MD. 138), Seçkin, Ankara, 2020, s. 85.

olması ya da kendilerinden söz konusu olağanüstü durumun öngörmelerinin beklenmemesi aranmamalıdır. Öte yandan, söz konusu olağanüstü durum edimi aşırı derecede güçleşen tarafça öngörülebilir ya da kendisinden öngörmesi beklenebilir olabilir. Ancak, görüşümüze göre, bu halde dahi, ilgili taraf olağanüstü durumun edimin ifasına etkisini tam olarak öngörememiş olabilir. Bu halde de diğer şartlar sağlanmışsa, madde uygulama alanı bulmalıdır. Örneğin, enflasyonun sıklıkla yaşandığı bir toplumda, finansal krizin yol açtığı aşırı ifa güçlüğü de uyarlamaya imkân tanınmalıdır. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Yine, sözleşmenin kurulma anında yaşanan coğrafyada savaş çıkması taraflarca öngörülebilir bir durum olsa da taraflar savaşın şiddetini ya da edimin ifasına etkisini öngörememiş olabilirler. Bu halde de kanaatimizce, aşırı ifa güçlüğüne ileri sürülebilebileceği kabul edilmelidir.

Bir diğer koşul ise, edimin ifasının aşırı derecede güçleşmesine borçlu bizzat sebebiyet vermemiş olmalıdır. Örneğin ediminin maliyetinin artmasına borçlu bizzat sebebiyet vermişse, bu halde aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlama ya da sözleşmenin feshini talep edemeyecektir. Edimin ekonomik olarak imkânsız hale gelmesi ya da ticari olarak gerçekleştirilebilir olmaktan çıkması ise tek başına aşırı ifa güçlüğüne dayalı talep hakkı tanımamaktadır<sup>714</sup>.

Yine, olağanüstü durumun, sözleşmenin kurulması anındaki mevcut olguları dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde değiştirmiş olması gerekmektedir. Maddenin yasalaşmasından önce Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da uyarlamanın dürüstlük kuralına dayandırılması şeklinde olduğundan, uygulamanın yasada da benimsendiği görülmektedir. Esasen, bu husus maddenin gerekçesinde de yer bulmuştur. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu'nun da bize göre de isabetli olarak belirttikleri gibi, dürüstlük kuralına uygun hareket etme yükümlülüğü sözleşme ile de ortadan kaldırılamayacaktır<sup>715</sup>.

---

<sup>714</sup> PSEG davasında da hakem heyeti, ekonomik olarak projenin uygulanmasının güç olması ya da ekonomik güçlüğü sözleşmedeki edimin ifa yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığına işaret etmiştir, PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No: ARB/02/5 Decision on Jurisdiction, 4 June 2004), p. 85.

<sup>715</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 309. Yazarlar, esasen, hakkın kötüye kullanımının sözleşme ile bertaraf edilemeyeceğini ifade etmekte olup, biz bu ifadenin, kanun düzenlemesine uygun olarak dürüstlük kuralına uygun hareket etmek olarak kullanılmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Son olarak, borçlunun edimini henüz ifa etmemiş olması ya da hakkını saklı tutarak ifa etmiş olması gereklidir<sup>716</sup>. Uyarlama hakkı saklı tutulmaksızın ifa edilmiş borçlar yönünden maddeye dayanılarak sözleşmenin uyarlanmasının istenemeyeceği açıktır. Bununla birlikte, sürekli edimli sözleşmelerde henüz vadesi gelmemiş ya da ifa edilmemiş kısım için aşırı ifa güçlüğü'nün ileri sürülmesinde bir engel bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay bir kararında<sup>717</sup> aşırı ifa güçlüğüne sebep veren olayın ortaya çıkmasından sonra borçlunun belirli bir süre daha edimini ifa etmeye devam etmiş olması nedeniyle aşırı ifa güçlüğüne dayalı dava açma hakkını kaybettiğine hükmetmiştir.

## 5. İşlem Temelinin Çökmesi

Sözleşmelerin ifasına ilişkin Türk hukukunda asıl olan sözleşmeye bağlılık (*ahde vefa*) prensibidir. Buna göre, sözleşme kurulduğu zamandaki şartlara uygun olarak ifa edilmelidir<sup>718</sup>. İşlem temelinin çökmesi ise sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. İşlem temelinin çökmesi kuramı Alman hukukunda geliştirilmiştir<sup>719</sup>. İşlem temeli sözleşmenin kurulması anında mevcut işlem iradesinin dayanağı olan koşulları, diğer bir ifadeyle, sözleşmeyi kararlaştırılan şartlarla yapma iradesinin oluşmasını etkileyen tüm koşulları ifade etmektedir. Söz konusu koşullar karşı tarafça anlaşılmışsa ya da anlaşılması gerekmektedirse işlem temeli haline gelmektedir<sup>720</sup>. İşlem temeli haline gelen koşulların sözleşmenin kurulması anında öngörülemez ya da öngörülmesi beklenmeyen bir şekilde, sözleşmenin kurulmasından sonraki bir zamanda ağır surette değişmesi halinde, aşağıda açıklayacağımız diğer şartların da mevcut olması kaydıyla işlem temelinin çökmesi söz konusu olur. İşlem temelinin çökmesi istisnai olarak uygulanması gereken bir durumdur. Sözleşmenin kurulması anındaki mevcut her koşulun değişmesi ya da dürüstlük kuralına göre işlem temelinin çöktüğünü ileri sürmeyi haklı kılmayacak ölçüdeki esaslı olmayan

<sup>716</sup> Malbeği, Nida, İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak “Uyarlama”), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 235.

<sup>717</sup> Yargıtay 13.HD. E. 2002/9911, K.2002/14153, T. 27.12.2002.

<sup>718</sup> Doğan, Gülmelahat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TBBD, Mart-Nisan Sayısı, 2014, s. 10.

<sup>719</sup> Topuz Seçkin, s. 159.

<sup>720</sup> Arat, A., s. 58.

değişiklikler işlem temelinin çöktüğü iddiasına dayanak teşkil etmemelidir. Bununla birlikte, koşulların değişmesinin mutlak surette olağanüstü bir doğa olayına dayanması gerekmez. Sonradan ortaya çıkan durum değişikliği öngörülebilseydi tarafın hiç o sözleşmeyi yapmayacağı ya da başka bir şekilde yapacağı kabul ediliyorsa bu halde de işlem temelinin çöktüğü kabul olunmalıdır<sup>721</sup>.

İşlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmenin uyarlanması ya da sözleşmeden dönme (ya da sürekli edimli sözleşmelerde fesih) hakkının kullanılması dürüstlük ilkesine dayanmaktadır<sup>722</sup>. Gerek Yargıtay uygulaması gerekse TBK'nun 138. maddesine göre aşırı ifa güçlüğüne (kanaatimizce kıyasen işlem temelinin çöktüğüne) karar verebilmek için şu şartlar aranmaktadır: (a) durumlarda esaslı değişiklik, (b) değişikliğin öngörülemezliği, (c) söz konusu değişikliğin borçludan kaynaklanmamış olması, (d) edimler arasındaki dengenin esaslı ölçüde borçlu aleyhine değişmesi nedeniyle kendisinden ifanın beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması ve (e) edimin henüz ifa edilmemiş olması ya da ifanın hakkın saklı tutularak yapılmış olmasıdır. Burcuoğlu, yukarıda sayılan şartlara ilave olarak sözleşmede veya kanunda değişen hal ve şartlara ilişkin bir kayıt ya da hüküm bulunmamasını aramıştır<sup>723</sup>. Yazar, buna karşın, sözleşmedeki “dolar kuru on kat dahi artsa”

---

<sup>721</sup> Baysal, B. s. 144; Topuz, S., s. 230.

<sup>722</sup> Reisoğlu, S., s. 368-369.

<sup>723</sup> Burcuoğlu, H., s. 62. Yakın tarihli bir kararda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı koşulları şu şekilde ifade etmiştir: “... Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai nitelikte bir kurum olmakla yasa koyucu tarafından da bu kurumun uygulanması ancak anılan madde de belirtilen dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlar; Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durum ortaya çıkması, bu durumun borçludam kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması, yine bu durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirilmesi ve borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olması veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması halidir. Bu dört koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde ise borçlunun, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır.” YHGK, E. 2017/515 K. 2019/1233 T. 28.11.2019, (Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022). Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de uyarlama koşullarını “... Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. a. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır. b. Bu durumun borçludam kaynaklanmamış olmalıdır. c. Bu durum sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirilmiş olmalıdır. d. Borçlu borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.” şeklinde ifade etmiştir, Yargıtay 3. HD., E. 2021/3452, K. 2021/6001, T. 4.6.2021 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022).



gibi çok genel ifadelerin uyarlamaya engel teşkil etmeyeceği düşüncesindedir<sup>724</sup>. Kanaatimizce de sözleşmede menfi uyarlama kaydının bulunduğu hallerde dahi edimin uyarlanmaksızın talep edilmesi dürüstlük ilkesine aykırı ise uyarlama talebinde bulunulması mümkün olmalıdır. Tezimiz bakımından aşırı ifa güçlüğü'nün şartlarını kısaca aşağıda ele almayı uygun buluyoruz.

#### **a. Durumlarda Esaslı Değişiklik**

Her durum değişikliğinin işlem temelinin çökmesine sebebiyet vermeyeceği, dolayısıyla sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanımayacağı tabiidir. İşlem temelinin çökmesi olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin kurulmasından sonra durumlarda ağır surette değişikliğin olması gerekmektedir<sup>725</sup>. Aynı şekilde ağır değişikliğin işlem temeli teşkil eden bir durumda meydana gelmesi de aranmalıdır<sup>726</sup>. Eren/Dönmez, durumlarda esaslı değişikliği, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut şartlarla sonradan ortaya çıkan şartların birbirine uymaması, sözleşmenin kurulma zamanı ile ifa zamanı arasında bulunması gereken uyumun çökmesi ve bu sözleşme gerçeklerinin birbirleriyle çelişmesi şeklinde ifade etmektedir<sup>727</sup>. Kocayusufpaşaoğlu, saik hatası ile işlem temelinin çökmesine ilişkin kuralların uygulama alanındaki farklılığın zaman faktörü olduğunu ifade etmektedir<sup>728</sup>. Diğer bir ifadeyle, TBK'nun 32. maddesinde düzenlenen saikte yanılma halinde belirtilen *“yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması”* ifadesi işlem temelinin tespitinde de esas alınabilecektir. Buna göre, borçlunun, işlem temelinin çökmesi kuramına dayanabilmesi için sözleşmenin kurulduğu anda sözleşmenin temeli olarak kabul ettiği, bunun da dürüstlük kuralına göre korunduğu, durumda değişikliğin meydana geldiğini ispat etmesi gerekecektir.

---

<sup>724</sup> Burcuoğlu, H., s. 63.

<sup>725</sup> Topuz Seçkin, s. 229.

<sup>726</sup> Baysal, B., s. 146.

<sup>727</sup> Eren, Fikret, Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

<sup>728</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Necip, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır? Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 511; aynı görüş ve açıklama için ayrıca bkz. Kanışlı, Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2018, s. 185 vd.

İşlemin temelini teşkil eden durumda değişikliğin sözleşmenin kurulmasından sonra ancak edimin ifasından önce değişmesi gerekmektedir. Bu nedenle, işlemin temelini teşkil eden durumun sözleşmenin kurulma anında tasavvur edilen durumdan farklı olması halinde, işlem temelini çökmesi değil, şartları varsa saikte yanılma hali uygulama alanı bulabilecektir. Bununla birlikte, Serozan, sözleşmenin kurulma anında mevcut dengesizlik (baştan haksız dayatmalar) ile edimler arasındaki dengenin sonradan bozulması arasında büyük bir farkın bulunmadığını, edimler arasındaki dengenin sonradan bozulması halinde de aşırı yararlanma (*gabin*) benzeri bir durumun ortaya çıktığını belirtmektedir<sup>729</sup>. Esasen, TBK'nun 28. maddesinde düzenlenen aşırı yararlanma hali için edimler arasındaki dengesizliğin bir tarafın zor durumda bulunmasından ya da düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılması aranmaktadır. Bu anlamda, sonradan ortaya çıkan edimler arası dengesizlikte, ilgili tarafın zor durumda bulunmasından yararlanma kasdının mevcut olmadığını düşünüyoruz.

Belirttiğimiz üzere, işlem temelini çökmesi kanaatimizce aşırı ifa güçlüğünü de içine alan daha geniş bir kavramdır. Aşırı ifa güçlüğünün dışında, edimler arasındaki dengenin bozulması ve sözleşme ile hedeflenen amacın boşa çıkması durumları da işlem temelini çökmesi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>730</sup>. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin sözleşmenin kurulmasından sonra aşırı derecede borçlunun aleyhine bozulması halinde, dürüstlük kuralı gereği işlem temelini çöktüğü kabul edilebilir. Yargıtay pek çok kararında edimler arasındaki dengenin, şartların olağanüstü değişmesiyle bozulması halinde, borçlunun sözleşmeyle bağlı olmasının beklenmeyeceğini ifade etmiştir<sup>731</sup>.

---

<sup>729</sup> Serozan, R., s. 1026-1027.

<sup>730</sup> Baysal, B., s. 239 vd.

<sup>731</sup> Örneğin bkz. Yargıtay 6. HD., E. 2015/859, K. 2016/96, T. 19.1.2016. Anılan kararda, “Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi durumunda “işlem temelini çökmesi” gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.” denilmiştir.

Sözleşme ile hedeflenen amacın boşa çıkması halinde de işlem temelinin çöktüğü kabul edilmelidir<sup>732</sup>. Bu tür işlem temelinin çökmesi hali aşırı ifa güçlüğü ve dengenin bozulması hallerinden daha tartışmalı bir konudur<sup>733</sup>. Bununla birlikte, aşağıda izah edeceğimiz *frustration* teorisinin uygulama alanı bulduğu taç giyme törenine ilişkin davalarda sözleşme ile hedeflenen amacın, taç giyme töreninin izlenmesi, boşa çıkması söz konusudur. *Frustration* teorisinin de işlem temelinin çökmesinden farklı olarak, şartları varsa borçlu edim yükümlülüğünden kurtarılmaktadır.

## **b. Öngörülemezlik**

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan esaslı durum değişikliğinin sözleşmenin kurulması anında öngörülemediği ya da öngörülmesinin gerekmiyor olması işlem temelinin çökmesinin diğer bir unsurudur. Değişiklik oluşturan durumlar öngörülmüş olsaydı borçlunun ya hiç sözleşme yapmayacağı, yapsa da mevcut şartlarla yapmayacağı beklenir<sup>734</sup>. Bu unsur, durumlarda sonradan ortaya çıkan esaslı değişikliğin riskinin alınıp alınmadığı ile ilgilidir. Sözleşmenin tarafı ortaya çıkan değişikliği öngörmüş ya da öngörmesi gerekmekeyse bu duruma ilişkin riski de üstlenmiş kabul edilmektedir<sup>735</sup>. Öte yandan, sadece durumun öngörülmesi tek başına yeterli olmamalıdır<sup>736</sup>. Sonradan ortaya çıkan esaslı değişikliğin sözleşme üzerindeki etkisinin de öngörülebilmiş olması gerekir<sup>737</sup>. Örneğin, sözleşmenin kurulması anında ülkede savaş tehlikesinin bulunması ve sözleşmenin kurulmasından sonra savaşın çıkması mutlak surette riskin üstlenildiği anlamına gelmeyecektir. Zira, savaşın sözleşmenin ifası üzerindeki olumsuz etkileri öngörülemediği

---

<sup>732</sup> Canbolat, F., s. 210. Yazar, işlem temelinin çökmesi hallerinden denge bozulması ve aşırı ifa güçlüğü hallerinde uyarılma mümkün olduğu sürece sözleşmenin uyarlanmasının uygun olacağını, amacın boşa çıkması halinde ise, sözleşmenin sona erdirilmesinin gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimize göre, amacın boşa çıktığı durumlarda dahi somut olayın özelliklerine göre uyarılma düşünülmelidir.

<sup>733</sup> Baysal, B., s. 156.

<sup>734</sup> Canbolat, F., s. 220.

<sup>735</sup> Kaplan, İ., s. 151. Borçlunun sahip olduğu özel bilgi ve deneyim de değişikliğin öngörülebilir olduğunu gösterebilir, bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 311.

<sup>736</sup> Baysal, B., s. 171. Yazar durum ya da olayın öngörülebilir olmasına rağmen sonuçlarının öngörülemediği olmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

<sup>737</sup> Kaplan, İ., s. 153. Yargıtay HGK. da bir kararında, “olguların tahmin edilebilir olmasına rağmen, bunların sonuçlarının somut olaya etkilerinin bu derecede ağır olabileceğinin öngörülmemiş olmasını” aramıştır, Yargıtay HGK. E. 2003/13-599, K. 2003/599, T. 15.10.2003.

olabilir. Buna karşın, savaşın olağan sonuçlarına ilişkin riskin üstlenildiği genel olarak kabul edilebilecektir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumların öngörülmezliğinin tespitinde, sözleşmenin türü, süresi ve zamanı gibi hususlar da dikkate alınmalıdır<sup>738</sup>.

Öngörülebilirlik sözleşmenin kuruluşundan önce yapılan müzakerelerden de anlaşılabilir. Örneğin, uzun süreli hammadde tedarikine ilişkin bir sözleşmenin kurulmasından önce taraflar söz konusu hammadde fiyatında piyasa genelinde artışlar olması halinde bu duruma ilişkin riskin nasıl paylaşılacağını müzakere etmiş olabilirler. Bu husus sonradan ortaya çıkan durumun öngörülebilirliğini ya da taraflarca öngörüldüğünü tevsik eder niteliktedir. Buna rağmen, bu halde dahi konuya ihtiyatla yaklaşılması gerekir. Nitekim, riskin tartışılmış olması, ancak riskin üstlenilmesi konusunda anlaşmaya varılamaması halinde, mutlak surette edimi yerine getirecek tarafın riski üstlendiği anlamına gelmemelidir. Baysal ise, tarafların öngörülen değişikliklerle ilgili düzenleme yapmamalarını durumda önceden öngörülememe şartının eksik olduğunu belirtmektedir<sup>739</sup>. Kanaatimizce, bu halde taraflar ileride riskin ortaya çıkması halinde konu hakkında karar vermek üzere sözleşmede bir gerçek boşluk hali yaratmış olabilirler. Bu boşluğun da görüşümüze göre uyarılma ile doldurulmasında hukuken bir engel yoktur. Diğer taraftan, öngörülemezlik istisnai de olsa ani edimli sözleşmelerde de ortaya çıkabilir<sup>740</sup>.

Bununla birlikte, genel hayat tecrübelerine göre öngörülebilir riske ilişkin düzenleme yapılmaması alacaklının söz konusu riskin borçlu tarafından üstlenildiği şeklinde yorumlanacaktır<sup>741</sup>. Burcuoğlu, öngörülebilir bir durum halinde öngörmemiş olmanın kusur sayılacağını ve sonraki değişiklikten borçlunun istifade edemeyeceğini belirtmektedir<sup>742</sup>. Öngörülebilme yönünden hâkim görüş o iş çevresinde dürüst, ortalama ve makul bir kişinin

---

<sup>738</sup> Tile, Latif, Uyarılma Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 91.

<sup>739</sup> Baysal, B., s. 263.

<sup>740</sup> Arat, A., s. 110.

<sup>741</sup> Seçkin, T., s. 236.

<sup>742</sup> Burcuoğlu, H., s. 62.

esas alınmasıdır<sup>743</sup>. Bu yönden objektif bir test kabul edilmiş olmaktadır. Yargıtay bir kararında, prit külü satışına ilişkin sözleşmenin imzasını takip eden bir ay içinde demir fiyatlarının dünya genelinde %30 düşüşü ile ilgili olarak, söz konusu durumun uyarlama isteyen davacının öngöremeyeceği bir husus olmadığına, davacının sektörü iyi takip etmeden risk aldığına hükmetmiştir<sup>744</sup>. Yargıtay, döviz kredisi taksitlerinin uyarlanması isteminin konu edildiği bir diğer kararında<sup>745</sup> da “... *Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına girenlerin ülkedeki geçmişte yaşanan yüksek enflasyon ve ekonomik krizler karşısında dövizle borçlanmada bu tür artışların yaşanabileceğini öngörmesi, dövizin seyri karşısında davalının bunu tahmin etmesi gerekir*” şeklinde karar vermiştir. Somut olayda Merkez Bankasının döviz kurunu sabitleme kararından vazgeçip dalgalı kura geçmesi ile bir Alman Markı 320.000 TL’den 500.000 TL’nin üzerine çıkmıştır. Anlaşıldığı kadarıyla, döviz kurundaki ani ve fahiş artış idarenin bir tasarrufundan kaynaklanmaktadır. Döviz kurlarındaki artış ve azalışların belirli ölçüde öngörülebilir olduğunu kabul etmekle birlikte, bir idarenin tasarrufuna da dayanan ani ve fahiş kur artışlarının bütünüyle öngörülebilir olduğu görüşüne katılamıyoruz<sup>746</sup>. Zira, somut olaydaki kur artışı normal koşullarda gerçekleşen öngörülebilir bir artış değildir. Ağır ekonomik kriz halinde sabit kur uygulamasının bırakılarak dalgalı kura geçildiği bir dönemde %50’yi aşan oranda kurun artması halidir. Bu tür bir idari tasarruf ve kur artışının, dürüst, ortalama ve makul bir kişinin öngörebileceği ya da kendisinden öngörmesinin bekleneyeceği bir durum olarak kabul edilmemelidir. Burcuoğlu da döviz kredileri ile ilgili olarak, döviz kuru artışının önceki yıllarda %45 – 70 seviyesinde olduğu durumda, 1994

---

<sup>743</sup> Seçkin, T., s. 237.

<sup>744</sup> Yargıtay 19. HD. E. 2014/20125, K. 2015/11166, T. 17.9.2015.

<sup>745</sup> Yargıtay 3. HD. E. 2005/1874, K. 2005/9749, T. 9.6. 2005. YHGK da yeni tarihli bir kararında çoğunluk kararıyla aynı görüşü benimsemiştir, YHGK, E. 2017/515 K. 2019/1233 T. 28.11.2019, (Erişim Tarihi: 26 Nisan 2022). Yerel mahkemenin direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na gelen dosya kapsamında, Davacı Japon yeni olarak kullanmış olduğu kredi ile ilgili uyarma isteminde bulunmuştur. Kredinin kullanıldığı tarihten dava tarihine kadar Japon yeni %100’ün üzerinde artmış, diğer para birimlerinde ve enflasyonda ise bu ölçüde artış yaşanmamıştır. YHGK, kararın gerekçesinde, Davacının kendi tercihinde Japon yeni kredi kullandığını, günümüz ülke koşullarında ilerleyen yıllarda dövizde ödeme gücünün doğuracak dalgalanmalarla karşılaşılabileceğinin öngörülebilir olduğunu belirtmiştir.

<sup>746</sup> Nitekim, Yargıtay 13. HD. 6.7.2006 tarihli E.2006/4025, K.2006/8017 sayılı bir başka dosyada sonradan çıkarılan yönetmeliğin yarattığı mali yükümlülüğün İdare ile sözleşme yapan davacı bakımından uyarlama nedeni olarak kabul etmiştir.

yılındaki %250’yi aşan ani artışın beklenmeyen hal olduğunda şüphe bulunmadığına işaret etmektedir<sup>747</sup>.

### c. Borçludan Kaynaklanmamış Olması

İşlem temelinin çöktüğünün kabul edilebilmesi için durumlarda ortaya çıkan esaslı değişikliğin borçluya atfedilememesi de gerekmektedir<sup>748</sup>. Diğer bir ifadeyle, esaslı değişikliğin borçludan kaynaklanmaması, bizzat kendisinin bu duruma yol açmamış olması gerekir<sup>749</sup>. Ayrıca, temerrüde düşen borçlunun da uyarılama isteyemeyeceği kabul edilmektedir<sup>750</sup>. Yargıtay da bu hususu bir kararında “*Temerrüde düşen borçlu ise, borcunun uyarlanması yönünden bir istemde bulunamaz*” şeklinde ifade etmiştir<sup>751</sup>. Kanaatimizce, temerrüt tek başına uyarılama engeli olmamalıdır. Açıklamak gerekirse, temerrüde düşmüş borçlu borcunu zamanında ödeseydi, sonradan ortaya çıkan esaslı değişikliğe maruz kalmayacak idiyse, uyarılama talep edemeyeceği açıktır. Diğer bir ifadeyle, uyarılama konusu esaslı durum değişikliği borçlunun temerrüde düşmesinden sonra ortaya çıkmışsa, (temerrüde düşülen kısım için) uyarılama talep edilemeyecektir. Buna karşın, esaslı durum değişikliği borcun muaccel olmasından önce ortaya çıkmışsa, kanaatimizce esaslı değişikliğin diğer sözleşme tarafına makul bir zamanda ihbar edilmiş olması kaydıyla, temerrüt uyarılama isteminde bulunulmasına engel teşkil etmemelidir. Yargıtay’ın da yeni tarihli bir kararında<sup>752</sup>, “... davacı ayrıca aşırı ifa güçlüğü nedeniyle temerrüt faizinin

---

<sup>747</sup> Burcuoğlu, H., s. 76 vd.

<sup>748</sup> Malbeleş, N., s. 233.

<sup>749</sup> Kaplan bu durumu kusurlu imkânsızlık hali ile açıklamaktadır. Yazara göre, edimi kendi kusuru ile imkânsız hale gelen borçlu borcundan kurtulamayacağı için, kendi kusuru ile ifanın güçleşmesine sebebiyet veren borçlu da uyarılama isteminde bulunamayacaktır, bkz. Kaplan, İ., s. 150.

<sup>750</sup> Kaplan, İ., s. 150-151.

<sup>751</sup> Yargıtay 11. HD. E.2002/7816, K.2003/302, T.16.1.2003. Yargıtay yeni tarihli bir kararında, “... davacı ayrıca aşırı ifa güçlüğü nedeniyle temerrüt faizinin uyarlanmasını istemişse de hesap kat tarihi itibarıyla faiz oranlarının dönemin enflasyon oranları ve diğer ekonomik verileri nazara alındığında makul olduğu, ne var ki davacının uzun süre kefalet borcunu ödememesi nedeniyle iddia kapsamındaki vakıanın ortaya çıktığı, temerrüt faizinin uyarlanması istemine yönelik bu olağanüstü durumun borçlunun kusurundan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması gerektiği gözetilerek faize ilişkin uyarılama talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”

<sup>752</sup> Yargıtay 11. HD., E. 2020/5092, K. 2021/2462, T. 15.03.2021 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 22 Nisan 2022).

*uyarlanmasını istemişse de hesap kat tarihi itibariyle faiz oranlarının dönemin enflasyon oranları ve diğer ekonomik verileri nazara alındığında makul olduğu, ne var ki davacının uzun süre kefalet borcunu ödememesi nedeniyle iddia kapsamındaki vakianın ortaya çıktığı, temerrüt faizinin uyarlanması istemine yönelik bu olağanüstü durumun borçlunun kusurundan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması gerektiği gözetilerek faize ilişkin uyarlama talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”* diyerek bu hususu dikkate aldığı görülmektedir.

#### **d. Borçludan İfanın Beklenmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması**

İşlem temelinin çökmesi için sonradan ortaya çıkan ve öngörülebilir nitelikte olmayan esaslı değişikliğin edimler arasındaki dengeyi borçlu aleyhine önemli ölçüde bozmuş olması aranmaktadır. Yargıtay çeşitli kararlarında borçlu aleyhine değişimin katlanılamayacak derecede olmasının gerektiğini belirtmiştir<sup>753</sup>. Ancak edimler arasındaki dengenin bozulması her zaman borçlunun ifa gücüyle alakalı bir konu değildir. Zira, edimler arasındaki denge borçlu aleyhine bozulmuş ve karşı tarafın edimin ifasını talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekteyken, borçlu edimini hala ifa edebilecek güçte olabilir. Örnek vermek gerekirse, ekonomik açıdan güçlü bir kiracının dövizle kiraladığı taşınmazın kira bedelinin dövizdeki yıkıcı artış nedeniyle uyarlamasını talep edebilmesi gerekir. Zira, dengenin bozulması ile ödeme gücü farklı konulardır. Nitekim, TBK’nun 138. maddesinde Yargıtay’ın önceki yerleşik kararları paralelinde dengenin bozulmasının “katlanılamayacak” ölçüde olması koşulu yer almamıştır.

Denge bozulmasındaki ölçü dürüstlük kuralıdır. Buna göre, edimler arasındaki denge öyle bozulmalıdır ki, borçlunun edimini ifa etmesinin kendisinden beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır. Bu hususa, objektif bir kriterin yokluğunda, olay bazında mahkeme tarafından karar verilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, denge bozulmasının kabulü için kararlaştırılan edimin ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim olarak değişmesini

---

<sup>753</sup> Örneğin, Yargıtay HGK., 2003/13-599, K. 2003/599, T. 15.10.2003; Yargıtay 13. HD., E. 2001/11582, 2002/583, T. 24.1.2002; Yargıtay 13. HD., E. 2002/4314, K. 2002/5683, T. 16.5.2002 (Kazancı Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 16 Temmuz 2020).

aramaktadır<sup>754</sup>. TBK'nun 138. maddesinde ise, madde başlığında da belirtildiği üzere, ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi gerektiği ifade edilmiştir.

#### **e. Edimin İfa Edilmemiş Olması Ya Da İhtirazi Kayıtlı İfa Edilmiş Olması**

İşlem temelinin çöktüğünün ve dolayısıyla uyarılama isteminin diğer bir koşulu ise edimin henüz ifa edilmemiş olması ya da ihtirazi kayıtlı ifa edilmiş olmasıdır. Bu nedenle, ifa edilmiş bir edimin geçmişe dönük olarak uyarlanmasının talep edilmesi mümkün değildir. Uyarılama talebi ancak sürekli edimli sözleşmelerde geleceğe dönük olarak yapılabilecektir. Meğerki, borçlu edimin ifasında ihtirazi kayıt ileri sürmüş olsun. TBK 138. maddesinde de bu hususa açıkça yer verilmiştir. İhtirazi kayıt ileri sürmeksizin ifada bulunmakla borçlu, edimin aşırı derecede güçleşmediğini ve edimini yerine getirebilecek güçte olduğunu kabul etmektedir<sup>755</sup>.

#### **B. Fransız Hukuku**

Emprevizyon teorisinin kaynağı olan Fransız geleneksel hukukunda kural, hâkimin müdahalesi olmaksızın sözleşmenin uygulanmasıdır. Bu haliyle, ahde vefa ilkesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, Fransız yargı sisteminde sözleşmeye hâkimin müdahalesi anlamında ikili bir ayrım söz konusudur. Ticari ve özel hukuka ait sözleşmeler medeni (hukuk) yargısına, kamu hukuku sözleşmeleri ise idari yargıya tabidir. Özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuk mahkemelerinde ahde vefa prensibi büyük oranda uygulanmaktadır<sup>756</sup>. Bununla birlikte, idari yargıda durum farklıdır. Emprevizyon teorisi kamu sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların görüldüğü idari yargıda kabul edilmektedir. Bu anlayışın temelinde kamu menfaati yatmaktadır. Emprevizyon teorisinin ilk ortaya çıkışı Canal de Craponne davası<sup>757</sup> ile olmuştur. Davaya konu sözleşme, süresiz sabit ücretten su

---

<sup>754</sup> Topuz, S., s. 255.

<sup>755</sup> Kaplan, İ., s. 153.

<sup>756</sup> Baysal, B., s. 39. Esasen, emprevizyon teorisine sözleşmesel istikrar için bir tehdit olduğu, hâkimin keyfî davranması riskini artırdığı gibi nedenlerle mesafeli yaklaşılmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. Vamvoukos, Athanassios, Termination of Treaties in International Law, The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude, Clarendon Press, Oxford, 1985, s. 44; Ayhan, Halis, Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Şartların Esaslı Değişikliği İlkesi, Rebus Sic Stantibus İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 134.

<sup>757</sup> Davaya ilişkin bilgi için bkz. Baysal, B., s. 40.



tedarikine ilişkindir. Sözleşme 1567 yılında akdedilmiş olup, 300 yıldan uzun süre taraflarca ifa edilmiştir. 1876 yılında tedarikçi kanalın bakım maliyetinin önemli ölçüde artması nedeniyle dava açmıştır. Tedarikçinin talebi sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün sona erdirilmesi olmayıp, mahkemenin kanal bakım karşılığında alınan ücretin artışına karar vermesidir. Mahkeme davacı lehine karar vermişse de Temyiz Mahkemesi tarafların özgürce belirledikleri sözleşme hükümlerinin değiştirilmesinin mahkemenin yetkisinde olmadığına hükmetmiştir. Özel hukuka ilişkin bu yaklaşım Fransız mahkemelerinin yerleşik uygulaması haline gelmiştir<sup>758</sup>. Gerçekten, 1934 yılında karar verilen diğer önemli bir davada, mahkeme 100 yılı aşkın süre ifa edilmekte olan, sabit tutardan kömür tedarikine ilişkin sözleşmenin ifasının aşırı derecede külfetli hale gelmesi nedeniyle sözleşmenin uyarlanması istemini reddetmiştir<sup>759</sup>. Bununla birlikte, emprevizyon teorisi mahkemelerin yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul etmeleriyle sınırlı da olsa özel hukukta uygulama alanı bulmaktadır<sup>760</sup>.

Emprevizyon teorisinin uygulandığı durumda, edimin ifası hala mümkündür, ancak sonradan ortaya çıkan öngörülemeyen bir durum ya da olay nedeniyle sözleşmenin ifası bir taraf için dayanılmaz, hatta yıkıcı bir hal almıştır<sup>761</sup>. Bu anlamda, edimin ifasının mümkün olmadığı durumda uygulama alanı bulan mücbir sebepten ayrılmaktadır<sup>762</sup>. Bu halde, yeniden müzakere yükümlülüğünün olduğu ve hatta mahkemenin uyarlama yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>763</sup>.

---

<sup>758</sup> Alter, Michel, *The French Law of Business Contracts: General Principles*, (çev: Alain A. Levasseur), Louisiana State University, Paul M. Hebert Law Center Publications Institute, s. 54.

<sup>759</sup> *Societe Anon. v. Cie. des Mines de Graissessac*, Gaz, Pal, 1934, karara ilişkin açıklamalar için bkz. Uribe, R., M., s. 47;

<sup>760</sup> Uribe, R., M., s. 44. Belirtmek gerekir ki, yeniden müzakere yükümlülüğünün kabulüne rağmen, sözleşmenin uyarlanması hala kabul gören bir hukuki çare değildir.

<sup>761</sup> Uribe, R., M., s. 43.

<sup>762</sup> Vamvoukos, A., s. 43.

<sup>763</sup> Uribe, R., M., s. 43.

İdare hukuku alanında Fransız Danıştay'ının 1916 yılında vermiş olduğu Gaz de Bordeaux<sup>764</sup> davası uyarlama açısından önemlidir. Fransız Devlet Konseyi (*Conseil d'Etat*) Bölge idare mahkemesinin aksine, kamu hizmetinin devamlılığının sağlanması amacıyla, idare hukuku sözleşmelerinde uyarlamayı kabul etmiştir. Kamu hizmeti kapsamında değerlendirilen sözleşmelerin gereği gibi ifasını tehlikeye atmamak için sözleşme tarafının aşırı ekonomik kaybının önüne geçilmek istenmiştir. Sonradan ortaya çıkan durumlar özel hukuk kişisi tarafın mahvına yol açacak şekilde edimini değiştirmiş ve kamu otoritesi edimin devamını talep etmekte ise, edimi önemli ölçüde ağırlaşmış olan taraf idari yargıya müracaat edebilmektedir<sup>765</sup>. Mahkeme edimin kamu yararına olduğuna karar verirse, ilave maliyet için sözleşmenin tarafının zararının denkleştirilmesine hükmetmektedir. Taraflarca başlangıçta kararlaştırılan sözleşme fiyatının uyarlanması konusunda uzlaşamaması halinde mahkeme tarafından fiyat değişen koşullara uyarlanmaktadır. İlave maliyet ise Fransız hükümetince üstlenilmektedir<sup>766</sup>. Bu suretle, sözleşmenin ifasının kamu yararına ilişkin olduğu durumda uyarlama ahde vefa prensibine tercih edilmektedir<sup>767</sup>.

Fransız Medeni Kanunu'nun "Sözleşmeler" bölümü 10 Şubat 2016 tarihli Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. Kanun'un 1195. maddesinde, uzun süredir öğreti ve yargıyı meşgul eden emprevizyon doktrini (*théorie de l'imprévision*) düzenleme altına alınmıştır. Maddenin resmi olmayan Türkçe tercümesi şu şekildedir:

*"Sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen, durumlardaki bir değişiklik, riski üstlenmemiş bir taraf için ifayı aşırı derecede güçleştirirse, edimi aşırı derecede güçleşen taraf, diğer taraftan sözleşmenin yeniden müzakeresini isteyebilir. Yeniden müzakere sırasında edimlerini ifa etmeye devam edecektir.*

*Yeniden müzakerenin reddedilmesi ya da başarısız olması halinde, taraflar sözleşmeyi belirleyecekleri tarih itibarıyla ve koşullarda feshedebilecekleri gibi, birlikte hakimden sözleşmenin uyarlanmasını da isteyebilirler. Makul süre içerisinde taraflar*

<sup>764</sup> Sözleşmede sokakların aydınlatılması karşılığında sabit ücret ödenmesi kararlaştırılmıştır. 1914 yılında Almanları Fransız kömür madenlerinin büyük kısmını ele geçirmesi nedeniyle, kömür fiyatları yirmi ay gibi bir sürede dört katına çıkmıştır. Mahkeme sokakların aydınlatılmasının kamu yararına olduğuna ve şirketin ediminin ifasına devam etmesine ve uygun bir tazminatın şirkete ödenmesine karar vermiştir, daha ayrıntılı bilgi için bkz. Nicholas, Barry, Force Majeure In French Law, McKendrick, Ewan (Ed.) Force Majeure And Frustration Of Contract, Lloyd's of London Press Ltd., Second Edition, Great Britain, 1995, s. 28-29.

<sup>765</sup> Nicholas, B., s. 28.

<sup>766</sup> Draetta/Lake/Nanda, s.184.

<sup>767</sup> Treitel, S., G., s. 296.

*anlaşamazlarsa, hakim, bir tarafın talebi üzerine, belirleyeceği tarih itibariyle ve koşullarda sözleşmeyi uyarlayabilir ya da sözleşmenin sona erdiğine karar verebilir.”*

Bu düzenleme önemli yenilikler getirmektedir. Öncelikle, genel olarak idare hukuku sözleşmeleri için kabul edilen emprevizyon öğretisi özel hukuk sözleşmeleri bakımından da uygulanabilir hale gelmektedir. Öte yandan, yeniden müzakere yükümlülüğü, uyarlamanın bir ön koşulu olarak kabul edilmiştir. Yeniden müzakere sonucunda tarafların sözleşmeyi uyarlama konusunda başarılı olamamaları halinde ise, taraflar makul süre içerisinde anlaşmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilirler ya da hâkimden sözleşmeyi uyarlamasını talep edebilirler. Makul süre içerisinde tarafların sözleşmenin sona ermesi ya da mahkeme tarafından uyarlanması konusunda anlaşamamaları halinde, hâkim, bir tarafın talebi üzerine, sözleşmenin sona ermesine karar verebileceği gibi, sözleşmeyi belirleyeceği koşullarda uyarlayabilecektir.

Düzenleme yeniden müzakere yükümlülüğünün kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi açısından önemlidir. Öte yandan, yeniden müzakere sürecinde edimlerin ifasının devam edeceği öngörülmüştür.

### **C. Alman Hukuku**

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 313. maddesinde düzenlenen, işlem temelinin çökmesi sebebiyle sözleşmeye müdahale edilmesine belirli şartların da gerçekleşmesiyle imkân tanımaktadır<sup>768</sup>. BGB madde 313/I geleceğe ilişkin, objektif işlem temeli teşkil eden durumlardaki değişiklik nedeniyle, işlem temelinin çökmesi durumunda uygulanmaktadır<sup>769</sup>. İşlem temelinin ne olduğu ise somut olay bazında çözüme kavuşturulmak üzere bilinçli olarak belirlenmemiştir. Bu nedenle, öncelikle işlem temelinin çökmesi anlamına gelecek bir durum ya da durumların varlığı ilk koşuldur. İşlemin temelinin teşkil ettiği kabul edilen bu durumların sözleşmenin kurulmasından sonra esaslı bir şekilde değişmesi ve bu değişiklik taraflarca öngörülmüş olsaydı, sözleşmenin hiç yapılmayacağı ya da farklı bir şekilde yapılacağının kabulü gereklidir<sup>770</sup>. Belirtmek gerekir ki, söz konusu

<sup>768</sup> Topuz, S. s. 159; Ayhan, H., s. 131.

<sup>769</sup> Gümüş, A., s. 27.

<sup>770</sup> Alman Hukukunda Sözleşmeye müdahalenin şartlarının detaylı açıklaması için bkz. Topuz, S. s. 158 vd.

işlem temeli teşkil eden duruma ilişkin riskin edimi önemli surette ağırlaşan tarafça üstlenilmemiş olması da müdahalenin şartlarından biridir. Bu üstlenim sarıh bir şekilde yapılmış olabileceği gibi, örtülü olarak da üstlenildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ayrıca, *BGB* 242. maddesinde düzenlenen işlem temelinin çökmesi (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), sözleşmenin uyarlanması olasılığını da içerecek şekilde geniş yorumlanmaktadır. Maddenin temelinde hakkaniyete ağır aykırılık teşkil edecek durumların giderilmesi yatmaktadır. Netice olarak, koşullardaki önemli değişiklik sözleşmenin feshine ya da uyarlanmasına fırsat vermektedir<sup>771</sup>. Buna göre, durumlarda kontrol edilemeyen bir değişiklik nedeniyle sözleşmenin temelinde dengesizliğe yol açmak suretiyle söz konusu değişikliği öngörememiş ve sözleşmeye göre ortaya çıkan riski de üstlenmeyen bir tarafın edimine aşırı derecede külfet yüklemişse sözleşmenin uyarlanmasına ya da feshine karar verilmektedir<sup>772</sup>. Elbette ki, edimlerde meydana gelen her türlü değişiklik sözleşmenin uyarlanmasına ya da feshine imkân tanımamaktadır. Burada önemli husus sözleşmenin temelini sarsılması ve bir tarafın ediminin aşırı derecede külfetli hale gelmiş olmasıdır. Bununla birlikte, *BGB* madde 313/I uyarlama için yeniden müzakere isteminde bulunmayı külfet ya da borç olarak yüklememektedir<sup>773</sup>.

Almanya’da 1900’lü yılların başında yapılan kodifikasyon çalışması sonrasında, hâkim görüş sözleşmeye bağlılık prensibinin gözetilmesi yönündedir. Ayrıca, her sözleşmesel yükümlülük iyi niyet ve dürüstlük kuralına bağlanmıştır. Ancak, Birinci Dünya Savaşından sonra, bilhassa 1923’de yaşanan ekonomik kriz sonrası, durumlar önemli ölçüde değişmiştir<sup>774</sup>. Alacaklılar malvarlıklarının şiddetli enflasyon karşısında erimesi riskiyle karşı karşıya kalmışlardır. İpotek karşılığı kredilerin nominal değer üzerinden değersiz para ile ödendiği durumlar ortaya çıkmıştır. Bu halde, edimler arasındaki dengenin enflasyon nedeniyle temelden sarsıldığı gerekçesiyle uyarlamanın haklılığı kabul edilmiştir. Yüksek enflasyon nedeniyle 1923 yılında 1 trilyon Mark bir Yeni Mark’a dönüştürülmüştür. Bu

---

<sup>771</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 182.

<sup>772</sup> Al Qurashi, Z., s. 270.

<sup>773</sup> Gümüş, A., s. 28.

<sup>774</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 137.

şartlar altında Alman Hukukunda uyarlama müessesesi kabul görmüştür<sup>775</sup>. İşlem temeliniin çökmesi kavramı kabul edilinceye kadar “ekonomik imkânsızlık” gibi çeşitli kavramlar üzerinde durulmuştur<sup>776</sup>. Bu doktrin, edimler arasındaki dengenin bozulmasını, durumlardaki kontrol edilemeyen değişikliğin, riski öngöremeyen ya da üstlenmemiş tarafa katlanılmaz bir külfet getirmesi halinde sözleşmenin uyarlanmasını ya da feshini ifade etmektedir<sup>777</sup>. Bu prensibin dayanağı ise *BGB*’de düzenlenen iyi niyet ve dürüstlük kuralıdır. Alman Temyiz Mahkemesi, yenilik getirerek, 1922 yılında vermiş olduğu bir kararda işlem temeliniin çökmesi kavramına yer vermiştir<sup>778</sup>. Mahkeme önceki kararlarında *BGB*’de düzenlenen dürüstlük kuralı gereği değişen koşullar nedeniyle borçludan ifanın beklenemeyeceği durumda ifa yükümlülüğünün sona ermesine ilişkin kararlar vermiştir<sup>779</sup>.

Alman Hukukunda sözleşmenin uyarlanması hususunda mahkemelerin iki önemli fonksiyonu ortaya çıkmaktadır. Hâkim bir sözleşmenin anlamını yorum yoluyla tespit ederken sözleşmeyi yorumda geniş yetki üstlenmektedir. Horn, mahkemenin sözleşmeyi yorumlamasına bağlı olarak, yorumun, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması teşkil edebileceğini ifade etmektedir<sup>780</sup>. Diğer fonksiyon ise işlem temeliniin çökmesi doktrinin uygulanmasıdır. Mahkeme işlem temeliniin çöktüğünü tespit ettiği durumda, sözleşmenin erken sona ermemesi için bir neden görmediği durumda, sözleşme tarafını edimini ifa etmekten kurtarmak yerine sözleşme hükmünü değişen koşullara uyarlamaktadır<sup>781</sup>.

Alman hukukunda, işlem temeliniin çökmesine ilişkin olarak sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması için tarafların yeniden müzakere etme yükümlülükleri bulunduğu

---

<sup>775</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 138. Bununla birlikte, Alman Federal Mahkemesi daha sonraları para değerindeki düşüşe dayalı davalara işlem temeliniin çökmesini uygulamamıştır. Bunun nedeni ise 1948 tarihli Para Birimi Kanunu’nda kabul edilen nominalizm ilkesidir. Anılan ilke para değerindeki dalgalanmalara bakılmaksızın para borcunun aynı tutardaki nominal tutarın ödenmesi ile ifa edilmiş olacağını ifade etmektedir.

<sup>776</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 138.

<sup>777</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 138-139.

<sup>778</sup> Ayhan, H., s. 130.

<sup>779</sup> Vamvoukos, A., s. 40-41.

<sup>780</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 142.

<sup>781</sup> Zaccaria, E., s. 149.

konusunda görüş birliği mevcuttur<sup>782</sup>. Bu bilgiler ışığında Alman Hukukunun sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda esnek bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Bununla birlikte, her iki Dünya savaşı sonrasındaki yüksek enflasyon nedeniyle uyarlamaya oranla mahkemelerin bugünkü uygulamasının daha sınırlı olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır<sup>783</sup>.

## **D. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi**

### **1. Frustration Teorisi**

İngiliz mahkemeleri uzun yıllar sözleşmenin inikadından sonra ortaya çıkan olaylar bakımından kusursuz sorumluluk prensibini benimsemişlerdir. İngiliz mahkemesinin bir kira akdi ile ilgili olarak vermiş olduğu karar, kusursuz sorumluluğun klasik örneğini teşkil etmektedir<sup>784</sup>. Kiralayan altı yıl süreyle bir çiftliği kiracıya kiralamıştır. Kira süresi içerisinde çiftlik iki yılı aşkın süreyle ordunun işgaline uğramış, bu süre içerisinde kiracının kiralananı kullanması mümkün olmamıştır. Bunun üzerine kiracı kiralananın zilyetliğine sahip olmadığı gerekçesiyle kira bedelini ödemediğinden, kiralayan kiracıyı dava etmiştir. İngiliz mahkemesi ordunun işgalinin kira ilişkisini sona erdirmediğine, her ne kadar kiracı zilyetliği kaybetmişse de işgal boyunca kiracının kiralanan üzerindeki kullanma hakkını ortadan kaldırmadığına hükmetmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, kiracının kiralananı tüm risk ve nimetleri ile kiraladığı, nimetlerinden yararlandığı kadar, külfetine de katlanması gerektiği mahkemenin kararına temel teşkil etmiştir. Bir diğer ifadeyle, sonradan ortaya çıkan bir durum nedeniyle taşınmazın değeri ve dolayısıyla kira bedeli artsa bunun kira bedeline yansıtılamayacağı belirtilmektedir<sup>785</sup>. Halbuki, kira süresinin neredeyse yarısına yakın

---

<sup>782</sup> Horn, N., *Adaptation and Modification of Contracts*, s. 148.

<sup>783</sup> Zaccaria, E., s. 149.

<sup>784</sup> *Paradine v. Jane, King's Bench Division, (1647, England)*, açıklama için bkz. Macaulay, S., et al, s. 1077 vd., Beale, H., G., (Ed.), *Chitty on Contracts*, Thomson Reuters (Legal) Limited, Thirteenth Edition, V: 1, 2008, s. 1481, Scott, R., E., Jody, S., K., *Contract Law and Theory*, Fourth Edition, Matthew Bender & Company, Inc., 2007, s. 748 vd., Grismore, G., C., *Cases on the Law of Contracts*, 2nd Edition, The Bobbs-Merrill Company, 1946, s. 634 vd.

<sup>785</sup> Türk Hukukunda kira bedelinin rayicin çok altında kalması nedeniyle açılan kira tespit davaları bu konuda uygulamanın önemli bir parçasını teşkil etmektedir. Şüphesiz, Türk Hukukunun bu uygulaması ülkenin yıllar boyunca maruz kaldığı enflasyonun bir sonucudur.

bölümünde kiracı kiralananın zilyetliğine sahip olamamıştır. Sözleşmeye bağlılık prensibinin katı bir şekilde uygulanması her zaman adil bir çözüm olarak karşımıza çıkmamaktadır. Sözleşmeye bağlılık prensibinin bugün de en katı bir şekilde uygulandığı İngiliz hukuk sisteminde, bu gibi durumlar için, *frustration*, *impracticability* ve *impossibility* doktrinleri geliştirilmiştir.

*Frustration*, genel olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olay ya da durumlar nedeniyle edimin ifa edilmeksizin sona ermesini ifade etmektedir<sup>786</sup>. *Frustration* esasen sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olay ya da durumlar nedeniyle ifaya konu şeyin yok olmasını, ifanın geçici olarak imkansızlaşmasını, sözleşmenin yapılmasındaki amacın ortadan kalkmasını ve sonradan edimin hukuka aykırı hale gelmesi durumlarını içine alan genel bir hukuki müessesedir<sup>787</sup>. Diğer bir ifadeyle, edimin imkansızlaşması ya da hukuka aykırı hale gelmesini düzenleyen bir doktrindir<sup>788</sup>.

“*Frustration of purpose*” Anglo-Sakson hukukunun sözleşen taraflara tanıdığı, edimin ifasının halen mümkün olmasına rağmen, sözleşmeyi yapmaktaki amaca ulaşmanın sonradan ortaya çıkan bir nedenle artık mümkün olmadığı bir durumu ifade etmektedir. Gerçekten, sözleşmede öngörülen edim sonradan ortaya çıkan bir olay ya da durum nedeniyle edimi arzu eden ve edimin ifası için sözleşme ilişkisi içine giren taraf için yararsız ve/veya değersiz hale gelmektedir. *Frustration*’ın ortaya çıkışı, ifanın halen mümkün olduğu ancak sonradan ortaya çıkan bir olay nedeniyle artık taraf için önemini/değerini yitirdiği halde tarafın korunması fikrinin gelişimi ile olmuştur.

---

<sup>786</sup> Treitel, S., G., s. 66. İşlem temelinin çökmesi ile *Frustration*’ın benzerlik gösterdiği duruma ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda s. 168.

<sup>787</sup> Bu başlık altında, tezimizin konusu bakımından, *frustration*’ın sözleşme yapmadaki amacın sonradan ortadan kalkması hali olan “*frustration of purpose*” üzerinde duracağız. Bu anlamda, *frustration* değişen koşullara uyarlamayı (ya da sözleşmenin sona ermesini) ifade eden *rebus sic stantibus*’tan daha geniş bir kavram olup, sonradan ortaya çıkan imkansızlığı da içine almaktadır. Açıklama için bkz. Vamvoukos, A., s. 47.

<sup>788</sup> Beatson, J., Anson’s Law of Contract, Oxford University Press, 28th Edition, USA, 2002, s. 530. Belirtelim ki, İngiliz hukukunda imkânsızlık (*impossibility*) kavramı da ayrıca yer almaktadır.

*Frustration*'ın ortaya çıkması ve gelişmesinde İngiliz hukukunda en çok yer etmiş dava şüphesiz “Taç Giyme Davaları”<sup>789</sup> olarak bilinen, Kral VII. Edward'ın taç giyme töreni nedeniyle açılan davalardır<sup>790</sup>. Kral VII. Edward'ın taç giyecek olması nedeniyle düzenlenecek tören için törenin düzenleneceği meydana bakan odalar ve yerler törenin izlenebilmesi için önceden yapılan sözleşmeler ile kiraya verilmiştir. Kral VII. Edward'ın hastalığı nedeniyle taç giyme töreni ertelenmiştir. Uyuşmazlıkların büyük bölümü kiralayanların ileride Kralın taç giyme töreninde ertelenen törenin biletlerini kiracılara kullanma imkânı vermeleri ya da kira bedelini iade etmeleri ile sonuçlanmıştır. Uyuşmazlığın sulhen çözülemediği diğer hallerde ise uyuşmazlıklar mahkemelerde çözülmüştür. Bir kısım kiracı sözleşmenin ediminin imkânsız hale gelmemiş olmasına rağmen sözleşme ile amaçlanan gayeye ulaşılmasının artık mümkün olmaması nedeniyle üstlenmiş oldukları edimlerinden kurtulmaları ve peşin ödenen kira bedelleri varsa bunların iadelerini dava etmişlerdir. Bu davalar arasında şüphesiz en önde geleni “Krell v. Henry” davasıdır<sup>791</sup>. Bay Krell, sahibi olduğu odaları taç giyme törenin izlenmesi için 75 Sterlin karşılığında Bay Henry'e kiralamıştır. Bay Henry 25 Sterlini peşin olarak ödemiş, geri kalan kira bedelinin ise, tören gününde yapılacağı kararlaştırılmıştır. Taç giyme töreninin 24

<sup>789</sup> Amacın boşa çıktığı durumda işlem temelinin çökmesi için yaptığımız açıklama için ayrıca bkz. yukarıda, s. 173.

<sup>790</sup> Esasen sonradan ortaya çıkan belirli durumların frustration teorisine göre sorumluluğu ortadan kaldırdığının mahkemelerce kabulü 1863 yılında *Taylor v. Caldwell* davasına dayanmaktadır. Davalılar davacılara dört konser için kullanılmak üzere bir konser salonu kiralamışlardır. İlk konserden hemen önce konser salonu çıkan yangın nedeniyle tamamen yanmıştır. Mahkeme davalıların tazminat sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararında sözleşmeye bağlılık prensibinin yalnızca olumlu ve mutlak olup da açık ya da örtülü bir şarta tabi olmayan bir taahhüde uygulanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, sözleşmenin tarafın kusuru olmaksızın şeyin yok olması nedeniyle edimin imkânsız hale geldiği durumda, sorumluluğun ortadan kalkacağına ilişkin zımni bir şarta bağlı olduğunu belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, taraflar sözleşmelerinde açıkça ifadan önce sözleşmeye konu şeyin tarafın kusuru olmaksızın yok olması halinde sorumluluğun da ortadan kalkacağını düzenlenmemiş olsalar bile, sözleşmede aksi düzenlenmedikçe taraflar zımnen bu hususu sorumluluğun devamı için şart olarak kabul etmektedirler, bkz. Beale, H., G., (Ed.), Chitty on Contracts, s. 1481 vd., ayrıca bkz. Goldberg V., *Framing Contract Law*, s. 343.

<sup>791</sup> Daha fazla açıklama için bkz. Nehf, James, P., Corbin on Contracts, Revised Edition, Perillo, Joseph, M., (Ed.) V: 14, Matthew Bender & Co., Inc., 2001, s. 252., Beale, H., G., (Ed.), Chitty on Contracts, s. 1496 vd. Treitel, S., G., s. 319, Jackson, J., H., Bollinger, L., C., Contract Law In Modern Society, West Publishing Co., 1980, s. 1271 vd., Chirelstein, M., A., Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts, Foundation Press, 2006, s. 168 vd., Speidel, Richard, E., Contracts In Crises, Excuse Doctrine And Retrospective Government Acts, Carolina Academic Press, USA, 2007, s. 39, ayrıca ekonomik boyutuyla ilgili bkz. Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 339 vd., Scott, Robert, E., Kraus, Jody, S., Contract Law And Theory, Matthew Bender & Company, Inc., Fourth Edition, USA, 2007, s. 781 vd., Fressler, D., W., Loiseaux, P., R., Contracts, Morality, Economics and the Marketplace, West Publishing Co, 1982, s. 504 vd., Fuller, L., L., Eisenberg, M., A., Contract Law, 6th Edition, West Publishing Co., 1966, s. 74 vd.



Haziran'da ertelenmesi üzerine edimin ifası halen mümkün olduğundan kiralayan edimini ifa ederek kira bedelinin ödenmeyen kısmı olan 50 Sterlin'i talep etmiş, Bay Henry ise ödeme yükümlülüğünün sona ermesini ve peşin ödemiş olduğu 25 Sterlin'in iadesini talep etmiştir. Sözleşme'de açıkça kiralananın törenin izlenebilmesi için kiralandığı belirtilmemiş olmasına rağmen<sup>792</sup>, mahkeme yargılama sonunda sözleşmenin sona ermiş olduğuna ve Bay Krell'in ödenmeyen 50 Sterlin'i talep edemeyeceğine karar verilmiştir. Bununla birlikte, mahkeme taç giyme töreninin iptalinden önce ödenen paraların iade edilmeyeceğine karar vermiştir. Krell v Henry davasında, edimin ifasının taç giyme törenin iptal edilmesinden sonra da mümkün olduğu ya da edimin ifası için bir engelin bulunmadığı açıktır. Ancak, kiracının kiralayan tarafından da malum olan sözleşmeyi yapma amacı, kiralananın taç giyme törenini izlemek olduğundan taç giyme töreninin iptali sözleşme ile ulaşılmak istenen amacı ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte, taç giyme töreni iptal edilmeseydi ancak Bay Henry hasta olduğu için taç giyme törenini izleyemeseydi, ortak gayeye ulaşmak Krell bakımından hala mümkün olduğundan edimlerin karşılıklı olarak sona ermesi söz konusu olmayacaktı<sup>793</sup>.

Belirtmek gerekir ki, *frustration* teorisinin uygulanabilmesi için her iki tarafın da sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacın ortadan kalkması koşulu aransa, doktrinin uygulama alanı olmayacaktır<sup>794</sup>. Amacın ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesinde mahkemelerce tarafın öngörüsü ve varsayımları tespit edilmeye çalışılmakta olup, söz konusu tarafın sözleşme ilişkisine girmesindeki amaca ulaşmanın sonradan ortaya çıkan bir nedenle kendi

---

<sup>792</sup> Sözleşme'de kiralama sebebi gösterilmemiş olmasına rağmen olayın özelliklerinden tek sebebin törenin izlenmesi olduğu açıktır. Özellikle taşınmazın yalnızca gündüz kullanım için kiralandığı ve törenin de gündüz saatlerinde yapılacağı dikkate alındığında mahkeme maksadın tespitinde güçlük çekmemiştir.

<sup>793</sup> Treitel, S., G., s. 325. Nehf ise şu örneği vermektedir: "...eğer Londra'da mukim bir kimse araba almak üzere törenin iptalinden önce sözleşme yapmış olsaydı ve sonrasında tören iptal edilseydi, aracı töreni izlemek umuduyla almış olsa bile, yine de aracın satın bedelini ödemek zorunda kalırdı. Çünkü, tören planları aracın değerini ya da fiyatını önemli bir şekilde etkilememiştir. Alıcı'nın sözleşmeyi yapma amacı her ne kadar ortadan kalkmışsa da söz konusu amaç alıcının ana gayesi değildir...", Nehf, J. P., s. 256.

<sup>794</sup> Nehf, J. P., s. 242.

kusuru bulunmaksızın imkânsız hale gelip gelmediği, gelmişse, edimin sona erdirilmesini haklı kılıp kılmadığı araştırılıp, sonucuna göre hüküm tesis edilmektedir<sup>795</sup>.

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen tüm beşerî ve doğa olayları sözleşme sonrası ortaya çıkan olay olarak ifade edilmektedir<sup>796</sup>. Sonradan meydana gelen olayların ise çok azı tarafın sözleşme yapmadaki amacını etkiler niteliktedir. Tarafın sözleşme yapmasındaki gayesi sözleşmenin inikadından sonra meydana gelen olaylardan etkilense de söz konusu olayların belirli oranda etkileri normal karşılanır ve tarafın savunmasına imkân tanımayacaktır. Örneğin, borsada işlem gören hisse senetlerinin sözleşmenin konusunu teşkil ettiği durumda, hisse senetlerinin değerindeki artış ve azalışlar tarafın öngörebildiği ve dolayısıyla riskini üstlendiği bir durum olarak kabul edilir. Aynı şekilde belirli bir yerdeki iklim, önceki yıllardaki hava olayları dikkate alınarak makul ölçüde tahmin edilebilir. Hava olaylarında önemli ölçüde değişiklik olmadıkça söz konusu değişikliğe ilişkin riskin borçlu tarafından üstlenildiği kabul edilir. Bununla birlikte, her ne kadar sözleşmede risk sarıh bir şekilde belirli bir tarafa tahsis olunmuş ise de somut olayda risk olarak öngörülen olayın büyüklüğü ve süresi de ayrıca ele alınmalıdır.

---

<sup>795</sup> Frustration teorisinin uygulanması için tatbik edilecek pek çok test ortaya atılmıştır. Bu testler arasında en önemlileri “zımni şart testi”, “edimde radikal değişiklik testi”, “objektif test” gösterilebilir, detaylı bilgi için bkz. Beale, H., G., (Ed.), Chitty on Contracts, s. 1484 vd. Zımni şart testinde, sözleşmede açıkça belirtmemesine rağmen sözleşmede doğası gereği bir zımni şartın bulunduğunu ve tarafların edimlerini bu zımni şarta bağlı olarak ifa etmeyi kararlaştırdıkları kabul edilmektedir. Edimde radikal değişiklik testi Latince “non haec in foedera veni” ifadesiyle açıklanmaya çalışılmaktadır. Deyim “bu taahhüt ettiğim şey değildi” şeklinde Türkçeleştirilebilir. Bu testte tarafların sözleşmelerini yapmalarından sonra ortaya çıkan hukuki bir olay nedeniyle tarafın edimi radikal bir şekilde taahhüt edilenden farklı bir hale gelmektedir. Değişiklik o kadar şiddetlidir ki edim ifa edilse sözleşilen edimden farklı bir edim ifa edilmiş olur. Bu testte, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan hukuki olay sözleşmesel hak ve/veya yükümlülüklerin doğasını çok önemli ölçüde değiştirdiği takdirde taraflar artık edimleri ifa etmekten sorumlu tutulamayacakları, değişen koşullarda tarafların edimleriyle sorumlu tutulmalarının adil olmayacağı kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, ortaya çıkan olay taraflardan birinin kusuruna dayanmamalı ve sözleşmede söz konusu olaya ilişkin hüküm de yer almamalıdır. Bu teste göre mahkemenin görevi başlangıçta taraflarca taahhüt edilen edimlerin tespit edilmesi, sonradan ortaya çıkan olay nedeniyle tarafların edimlerinin dava tarihi itibarıyla tespiti ve başlangıçta taahhüt edilen edimle şartların değişmesinden sonraki edim arasındaki farkın “radikal” olup olmadığının belirlenmesidir. Buna göre, bu tespitler neticesinde edim orijinal halinden önemli ölçüde farklı ise frustration teorisine göre tarafların karşılıklı olarak edimlerini ifa etme yükümlülüğünün sona erdiğine karar verilecek ya da önemli bir fark tespit edilememişse o takdirde edimin orijinal haliyle ifasına ve varsa temerrüt hükümlerinin uygulanmasına karar verilecektir.

<sup>796</sup> Nehf, J. P., s. 248.

İngiliz ve Amerikan hukuklarına ilişkin yaptığımız incelemede, Alcoa davası<sup>797</sup> hariç olmak üzere, taraf kusuruna dayanmayan sonradan ortaya çıkan olay ya da durumlardan ötürü uğranılan zararın taraflar arasında paylaşımına rastlamamaktayız<sup>798</sup>. Zira, mahkemelerin tutumu *frustration* doktrinin şartları varsa uygulanması, aksi takdirde tarafın yükümlülüğünün devamına, dolayısıyla riskin paylaşılmasından ziyade bir taraf üzerinde bırakılmasına karar verilmesi şeklindedir<sup>799</sup>. Esasen, *Nehf*'in belirtmiş olduğu durumun hakkaniyet ve adalet anlayışına en uygun yol olduğu açıktır. Bu görüşün kabulü halinde

---

<sup>797</sup> Aluminum Company of Amerika (Alcoa) v. Essex Group Inc. (Essex), 1980. ALCOA ile Essex arasında 26 Aralık 1967 tarihinde Dökme Metal Sözleşmesi (*Molten Metal Agreement*) 16 yıllık süre için imzalanmıştır. Sözleşme'ye göre Essex ALCOA'ya alüminyum tedarik edecek, ALCOA alüminyum eritecek ve Essex eritilmiş alüminyum ALCOA'dan alıp yeniden işleyecektir. ALCOA'nın Sözleşme'nin süresi boyunca edimini ifa etmesi halinde uğrayacağı zarar 75 Milyon Dolar olarak hesaplanmıştır. ALCOA, vakıalar hakkında karşılıklı hata (*mutual mistake*), tek taraflı hata (*unilateral mistake*), ifanın beklenmesinin hakkaniyete aykırılığı (*unconscionability*), gayenin engellenmesi (*frustration of purpose*) ve ticari elverişsizlik (*commercial impracticability*) teorilerine dayanarak fiyatın yeniden tespiti ve buna ilişkin Sözleşme hükmünün tadilini talep etmiştir. Essex ise, ALCOA'nın riski Sözleşme ile üstlendiğini ileri sürerek, fiyatın yeniden tespitine ilişkin istemin uygulanacak hukuk olan Indiana Hukukunda bulunmadığını ifade etmiştir<sup>797</sup>. Mahkeme, ALCOA ve Essex'in EMTSFE'nde sözleşmenin yapıldığı sırada hata yaptıklarına karar vermiştir. Uyuşmazlığa ilişkin bir önemli husus, ALCOA'nın dava açtığı sırada halen Sözleşme kapsamında 9 milyon Amerikan doları net karının bulunması ve Sözleşmenin aynen devam etmesi halinde gelecekte zarar etme varsayımına dayanmasıdır. Diğer bir ifadeyle, ekonominin ve hammadde fiyatlarının gelecekte de en azından aynı şekilde devam edeceği varsayılmaktadır. Bir diğer önemli husus da, ALCOA'nın maliyet artışından sonra Essex'e sözleşmeyi yeniden müzakere etmeyi teklif etmiş olmasıdır<sup>797</sup>. Essex'in yeniden müzakere talebini reddetmiş ve ALCOA dava açmak durumunda kalmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi, ALCOA söz konusu davada yalnızca iki taraflı hata teorisine dayanmamıştır. Bunun yanı sıra, *frustration* ve *impracticability* teorilerine de dayanmıştır. Her iki savunma da mahkemece kabul görmüştür. ALCOA davasında tartışılan bir diğer husus mahkemenin gelecekteki piyasa hareketleri hakkında varsayımlara dayalı olarak uzun süreli bir sözleşmeyi uyarlayıp uyarlayamayacağıdır. ALCOA davasında Mahkeme yeni fiyat formülünü geleceğe dayalı öngörülerde bulunarak oluşturmuştur. Hâkim tarafların niyetlerini yorumlayarak sözleşmede açık hüküm bulunmamasına rağmen, fiyat formülünü yeniden yazarak, maliyet artı belirli bir karı benimsemiş ve sözleşmeyi bu şekilde uyarlamıştır. Bununla birlikte, mahkemenin bu kararı uyarlama konusunda tüm dünyadan hukukçuların ilgisini çekmiş ve pek çok bilimsel yazıya konu olmuş olmakla birlikte, sonraki davalarda söz konusu karar emsal olarak kabul görmemiştir. Mahkemenin varsayımlarının zaman içinde yanlış olduğu ortaya çıkması halinde ne olacağı ise bir diğer tartışma konusudur. Davanın ayrıntılı açıklaması için bkz. Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 377 vd, Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 348 vd., Scott/Kraus, s. 770; Zaccaria, E., s. 145 – 146; Macaulay, S., et al, s. 1149 vd; Dimatteo, Larry, A. *Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law*, New England Law Review, V. 33, 1999, s. 310 vd.

<sup>798</sup> Esasen, Alcoa davasına bakan Bölge mahkemesi aynı yıl beklenmedik ve aşırı faiz artışına ilişkin olarak bankalara karşı açılan, Haas v. Pittsburgh National Bank, 1980, Western District of Pennsylvania, davasında davacının faiz dalgalanmalarına karşı riski üstlendiğine karar verilmiştir. Davanın açıklaması için bkz. *Nehf*, J. P., s. 259.

<sup>799</sup> Calamari, J., D., Perillo, J., M., *The Law of Contracts*, 4th Edition, West Publishing Co, 1998, s. 522. Borçlunun genel olarak riski de üstlendiği kabul edilmektedir.

henüz İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde kabul görmeyen uyarlama fikrinin de bu ülkelerde yerleşmesinin yolu açılacaktır.

*Frustration*'ın uygulama alanı bulması (a) sözleşme tarafının sözleşmeyi yapma amacının kusuru dışında boşa çıkması (amaca ulaşmanın artık mümkün olmaması), (b) sonradan ortaya çıkan durumu tarafların öngörememiş olması ve (c) riskin sözleşme ile ya da başka bir surette tahsis olunmamış olmasına bağlıdır. Esasen, *frustration* belirli yönleriyle işlem temelinin çökmesine yaklaşan bir müessesedir. Önemli bir fark olarak, *frustration* doktrinine dayanan taraf mahkemeden edim yükümlülüğünün sona ermiş olduğuna karar verilmesini talep etmekteyken, işlem temelinin çökmesi halinde öncelikle değişen koşullara uyarlama talep edilmekte, bunun mümkün olmaması halinde, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilmesi istenmektedir.

Elbette ki, riskin borçlu tarafından üstlenilip üstlenilmediği konusunda ilk ele alınacak unsur sözleşmenin bu konuda bir hükmü ihtiva edip etmediğidir. Söz konusu risk ile ilgili olarak açık hükmün bulunmadığı hallerde, zımni olarak bir tarafın riski üstlenip üstlenmediği irdelenmekte, bu halin dahi sözleşmeden çıkarılamadığı durumda ise somut olayın özelliklerine göre sonradan ortaya çıkan hukuki durumun öngörülebilirliği, ticari teamül ve emsal kararlara göre adilane bir çözüm bulunmaya çalışılmaktadır<sup>800</sup>.

Amerikan mahkemeleri de teorinin uygulamasını kabul etmekle birlikte, doktrinin savunma yapıldığı ve kabul gördüğü davaların istisnai olduğunun belirtilmesi doğru olacaktır<sup>801</sup>. Bununla birlikte, Amerika'da görülen ve *frustration*'ın savunma olarak ileri

---

<sup>800</sup> Gold v. Salem Lutheran Home Ass'n of Bay Cities, (1959). Yaşlı bir adam nakit olarak ödediği 8.500 USD karşılığında 26 Eylül günü 1 Ekim'den itibaren geçerli olmak üzere ölüncüye kadar bakım sözleşmesi yapmıştır. Yaşlı adam 28 Eylül'de kalp krizi geçirerek hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine, mirasçılarının açmış olduğu davada ilk derece mahkemesi ödenen paranın gayenin engellenmesi doktrini uyarınca iadesine karar vermişse de yüksek mahkeme, tarafların yaşlı adamın hayatına ilişkin riski birlikte üstlenmeleri gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yine, konuya ilişkin bir başka kararda, Iodice v. Bradco Cleaners Inc., (1993), ticarethane kiralayan kiracının müşteri trafiğindeki düşüşü ve iş fırsatlarını yanlış hesaplamasını yükümlülüğünün sona ermesi için yeterli bir gerekçe olarak görmemiştir.

<sup>801</sup> Nehf, J. P., s. 257.

sürüldüğü davalarda İngiliz davalarına oranla tarafın gayesinin daha geniş yorumlanma eğiliminde olduğunu belirtelim<sup>802</sup>.

Belirttiğimiz üzere, *frustration*'ın uygulaması istisnai nitelikte olup, enflasyon, mevzuat değişikliği ve gecikme gibi hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle bir tarafın ediminin ifasının hammadde ve iş gücüne dayalı olduğu sözleşmelerde hammadde fiyatındaki önemli düşüş ya da artışlar, iş gücüne ödenen ücretlerin enflasyonla doğru orantılı artırılması gerekliliği karşısında, taraflar sözleşme ile üstlenmiş oldukları edimleri yerine getirirken çeşitli riskleri de üstlenmektedirler. Bu artış ve düşüşler her zaman tarafların öngöremedikleri seviyelerde seyretmez. Bu nedenle, genellikle bu artış ve düşüşlere hukuk düzeni önem atfetmez. Tarafların böylesine önemsiz artış ve düşüşleri öngörebildikleri ya da öngörmeleri gerektiği kabul edilir. Bu konuda İngiliz Mahkemesi önünde görülen, *Anderson v. Equitable Life Assurance Soc'y* davası<sup>803</sup> ilgi çekicidir: davacı, davalı Amerikalı sigorta şirketinden, sigorta şirketinin süre sonunda 60.000 Alman Markı ödemeyi taahhüt etmesi karşılığında, yıllık 2.300 Alman Markı prim ödemesi olmak üzere 20 yıl ödemeli hayat sigortası yaptırmış ve 1887-1907 yılları arasında primler eksiksiz olarak ödenmiştir. Bu süre içerisinde döviz kurunda önemli bir dalgalanma yaşanmamış ise de enflasyon nedeniyle, sigorta yaptıranın 1922 yılında ölümüne kadar 60.000 Alman Markının İngiliz Sterlini karşılığındaki değeri 1 Cent'in de altına düşmüştür. Davada Mahkeme, sözleşmeye bağlılık prensibine sadık kalarak, sözleşmede belirtilen 60.000 Alman Markının bir değerinin bulunmadığı gerekçesiyle tazminat davasını reddetmiştir. Mahkeme, Amerikan sigorta şirketinden davacıya uygun bir sigorta tazminatı ödemesini istemişse de ödeme hususunda davalıyı zorunlu tutmamıştır. Bu gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ilkesine sadık kalınmasının ağır hak ihlallerine yol açacağında şüphe yoktur. Nitekim, davalı 20 yıl

---

<sup>802</sup> *Swift Canadian Co. v. Banet*, (1955). Amerikan mahkemesi, Kanadalı bir satıcıdan deri ithal eden bir Amerikalı alıcının davasında, sözleşmede malların Toronto'da teslim edilip Amerika'ya ithal edileceği belirtilmişse de sonradan anılan ülkeye ithalatın daha sıkı kurallara bağlanması neticesinde alıcının gayenin engellenmesi doktrinine dayalı yükümlülüğünün sona ermesine karar verilmesi talebini reddetmiştir<sup>802</sup>. Mahkeme kararında, mallar her ne kadar Amerika'ya ithal edilememişse de yeniden satışa konu olacak mallar için dünyanın geri kalanının pazar olmaya devam etmesi nedeniyle tarafın gayesinin tamamen engellenmemiş olduğunu belirtmiştir.

<sup>803</sup> *Anderson v. Equitable Life Assurance Soc'y*. Nehf, J. P., s. 278., Macaulay, S., et al, s. 1171.

boyunca ödenen sigorta primlerinden istifade etmiştir. Ancak, Alman Markının değersiz hale gelmesi nedeniyle sigorta şirketi tazminat ödemekten kurtulmuştur.

Yine, mevzuatta değişikliğin sözleşmede öngörülen edimleri etkilemesi *frustration* teorisinin önemli ölçüde kabul edildiği durumlardandır. *Baily v De Crespigny* davasında<sup>804</sup> kiralayanın kiralamış olduğu taşınmazın yanında yer alan taşınmaz üzerinde inşaat yapılmayacağına ilişkin taahhüdü, söz konusu taşınmazın mevzuatta yapılan değişikliklerle demir yolu şirketine devredilmesi ve üzerinde tren istasyonu inşa edilmesi nedeniyle ihlal edildiği gerekçesiyle kiracı dava etmiştir. Mahkeme sözleşmenin yapılmasından sonra yeni yasanın kabulüyle yeni bir durumun ortaya çıktığına, bu nedenle kiralayanın mevzuat değişikliğinden sorumlu tutulamayacağına ve tarafların yükümlülüklerinin karşılıklı olarak sona erdiğine karar vermiştir<sup>805</sup>.

*Frustration*'ın sıklıkla başvurulduğu bir diğer hal de edimin ifasının imkânsız hale gelmesi durumudur. *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co Ltd.* davasına<sup>806</sup> konu uyuşmazlıkta, müteahhit tarafından altı yıl içinde tamamlanmak üzere rezervuar inşa edilmesi kararlaştırılmıştır. Sözleşmede müteahhidin inşaata mani bir durumun ortaya çıkması halinde ilave süre isteyebileceği düzenlenmiştir. Müteahhit eser tamamlanmadan önce ilgili bakanlığın emriyle inşaatı durdurmak zorunda kalmıştır. Lordlar Kamarası (*House of Lords*) sonradan ortaya çıkan imkânsızlık hali nedeniyle sözleşmenin *frustration* teorisine göre son bulduğuna karar vermiştir. Sözleşmede yer alan ilave süre hakkı uygulanmamıştır ve işin durduğu sürenin çok uzun sürmesi ihtimali nedeniyle savaştan sonra işin yeniden başlatılması halinde de taahhüdün tümüyle yeni bir taahhüt olacağına karar vermiştir<sup>807</sup>.

---

<sup>804</sup> *Baily v De Crespigny*, 1869.

<sup>805</sup> Beale, H., G., (Ed.), *Chitty on Contracts*, s. 1492.

<sup>806</sup> *Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co Ltd.*, 1917. Dava açıklaması için bkz. Furmston, Michael (Ed.) *The Law of Contract*, Butterworths Common Law Series, Second Ed., LexisNexis UK, Great Britain, 2003, s. 1388; Beale, H., G., (Ed.), *Chitty on Contracts*, s. 1493.

<sup>807</sup> Beale, H., G., (Ed.), *Chitty on Contracts*, s. 1492- 1493.

Esasen, Sözleşme’de tarafların sonradan ortaya çıkan olay ile ilgili olarak hükme yer vermiş olmaları halinde normal olarak söz konusu hüküm *frustration*’ın uygulanmasını engelleyecektir. Çünkü *frustration* öngörülemeyen bir olayın sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması halinde başvurulacak bir müessesedir. Taraflar sözleşmelerinde bilakis ortaya çıkan olayla ilgili hükme yer vermişlerse hükmün olaya uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla, mücbir sebep ya da aşırı ifa güçlüğü hallerine ilişkin sözleşme hükümleri *frustration* teorisinin uygulaması imkanını ortadan kaldırabilir. Yine, aynı şekilde fiyat artışına ilişkin sözleşme hükümleri de mahkemenin teoriyi uygulamakta isteksiz olmasına yol açabilecektir<sup>808</sup>.

Sözleşmede açık hüküm olmamakla birlikte taraflar belirli bir olayın ileride meydana gelebileceğini öngörmüşlerse o zaman da genel olarak *frustration*’a dayanılmaz<sup>809</sup>. Bu halde öngörülebilir olay için tarafların olayın devamından sonra da sözleşmenin geçerli kalmaya devam etmesini kararlaştırdıkları kabul edilmektedir. Buradaki önemli husus ise, olayın öngörülebilirliğinin tek başına *frustration* teorisinin uygulamasına engel olup olmayacağıdır. Örneğin taraflar ileride savaş çıkacağını öngörebilmiş ve buna rağmen sözleşme ilişkisine girmeyi kabul etmiş olabilirler. Ancak, sonradan ortaya çıkan olayın (örneğin savaşın) öngörülmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Zira, taraf ya da taraflar olayın şiddeti, süresi ve niteliğini öngörememişlerse bu halde de *frustration* teorisinin uygulanmasına engel bulunmamalıdır. Buna karşın, mahkemelerin *frustration* uygulamasının bu kadar liberal olmadığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

*Frustration*, İngiltere’de taç giyme töreninin iptalinden sonraki davalarla başlamasından bu yana İngiltere’de oldukça istisnai hallerde uygulama alanı bulmuştur. İngiltere’de ortaya çıkan ve Amerika’da da uygulama bulan bu doktrinin Amerika’da da sıklıkla uygulandığını söylemek mümkün gözükmemekteyken, İngiltere’deki uygulamasından daha yaygın olduğu ve doktrinin ortaya çıkmasından bu yana doktrinin

---

<sup>808</sup> Bununla birlikte, ALCOA davasında fiyatın endekslenmesine rağmen mahkeme teorisinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

<sup>809</sup> Beale, H., G., (Ed.), Chitty on Contracts, s. 1515.

uygulandığı çoğu davanın Amerika’da görüldüğü söylenebilir<sup>810</sup>. Kuşkusuz, *frustration*’ın şüpheyile ve isteksizce uygulanmasının altında yatan neden sözleşmeye bağlılık prensibidir. Ancak, bu bölümde anlatılan davalarda da görüldüğü üzere sözleşmeye bağlılık prensibinin mutlak uygulaması her zaman hakkaniyete uygun neticeler vermemektedir. Mahkemelerin hakkaniyet gerektirdiği ölçüde prensipten ayrılarak doktrinin uygulamasına daha fazla ağırlık vermesi düşünülebilir. Bununla birlikte, ticari sözleşmeler içerisinde yer alan mücbir sebep, ifa güçlüğü ve hakim ya da hakemin müdahalesine ilişkin düzenlemeler *frustration*’ın uygulama alanını daraltmaktadır<sup>811</sup>. Zira, bu hallerde sözleşme sonradan ortaya çıkabilecek ve taraflarca öngörülemeyen bir olayın varlığı halinde uygulanacak hükmü düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeye bağlılık prensibi uygulama alanı bulmaktadır.

## 2. Ticari Elverişsizlik (*Impracticability*)

*Frustration* şartları varsa İngiltere ve Amerika’da bütün sözleşme tiplerine uygulanmaktadır. Bununla birlikte, İngiltere’de ve Amerika’da uygulamasının aynı olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir<sup>812</sup>. Zira, Kıta Avrupası hukuklarında imkânsızlık ve mücbir sebep ile çözüme kavuşturulmaya çalışılan savaş hali, mevzuat değişikliği ve kamulaştırma gibi durumlara İngiltere’de *frustration* uygulanmaktayken, Amerika’da aynı hukuki durumlar daha çok “imkânsızlık” (*Impossibility*) ya da “elverişsizlik” (*Impracticability*) kavramları ile çözüme kavuşturulmaktadır. Uygulamada bu üç doktrinin iç içe geçtiği, aslında aynı hukuki duruma çözüm olmak üzere geliştirildiği, başta mahkemelerce olmak üzere, eş anlamlı hukuki terimler gibi kullanıldıkları söylenebilirse de farklı hukuki müesseselerdir<sup>813</sup>.

*Frustration* kavramı genellikle sözleşme ilişkisinde para borcu üstlenen tarafın dayandığı bir savunmadır. Buna karşın, para borcu dışında bir yükümlülük üstlenen tarafın savunması genellikle *impossibility* ya da *impracticability*’dir. Nitekim bu halde kendi ediminin imkânsız hale geldiğini ya da kendisi yönünden sözleşmenin elverişsiz hale

---

<sup>810</sup> Treitel, S., G., s. 346.

<sup>811</sup> Beale, H., G., (Ed.), Chitty on Contracts, s. 1480.

<sup>812</sup> Nehf, s. 242 vd.

<sup>813</sup> Treitel, S., G., s. 309; Nehf, s. 243.



geldiğini ileri sürmesi mümkündür. Belirtelim ki, para borcu üstlenen tarafın da *impracticability*'e dayanmasına bir engel yoktur. *Impracticability* esasında uyarlamanın kabul edilmediği hukuk sistemlerinde henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüğünün sona erdirilmesine imkân tanımaktadır.

*Impracticability* taraflardan birinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan öngörülemeyen, kendi kusurundan da kaynaklanmayan ve riski açıkça ya da örtülü olarak üstlenmediği, edimin ifasında yaşanan aşırı güçlük, masraf, zarar ya da kaybı ifade etmektedir<sup>814</sup>. Savaş ya da ambargo nedeniyle yaşanan hammadde ya da malzeme kıtlığı, tedarik kaynaklarının sınırlanması ya da yok olması gibi nedenlerle maliyetlerde artış kuralın uygulanmasına imkân verebilmektedir<sup>815</sup>. Belirtelim ki, maliyetlerde yaşanan önemli artışlar dahi çoğu durumda *impracticability*'nin uygulanmasına imkân vermemektedir<sup>816</sup>.

1956 yılında, Mısır hükümeti Suveyş Kanalı'nı millileştirmiş ve işletmesini devralmıştır. Amerika, aynı yılın Ekim ayının başında Transatlantic Financing Corporation ile İran'a götürülmek üzere bir gemi dolusu buğdayın taşınması konusunda anlaşma yapmıştır<sup>817</sup>. Gemi, Cebelitarık üzerinden ve Suveyş Kanalı'ndan geçerek İran'a ulaşacaktır. Gemi seferdeyken İsrail'in Mısır'ı, Büyük Britanya ve Fransa'nın ise Suveyş Kanalı'nı işgal etmesi üzerine Mısır batırılan gemilerle Suveyş Kanalı'nı trafiğe kapatmıştır. Transatlantic, Amerikalı temsilciler ile irtibata geçerek yükün Ümit Burnu'ndan dolaşarak teslimi halinde ilave ücret ödenmesini talep etmiştir. Amerika ise, Transatlantic'in seferini tamamlamasını beklediklerini, ancak ilave ücret ödenmeyeceklerini bildirmişlerdir. Transatlantic, seferini tamamladıktan sonra Ümit Burnu'nu dolaşması nedeniyle zararının tazmini için dava etmişse de Columbia Bölge Mahkemesi tazminat talebini reddetmiş, temyiz üzerine red kararı onanmıştır. Transatlantic, seferin mutad rotası olan Cebeli Tarık Boğazı ve Suveyş Kanalı üzerinden tamamlanacağını varsayarak zımnen ücretin kararlaştırıldığını ve Suveyş

---

<sup>814</sup> Scott/Kraus, s. 761; Blum, Brian, A., Contracts, Fourth Ed., Aspen Publishers, USA, 2007, s. 491 vd.

<sup>815</sup> Treitel, S., G., s. 262.

<sup>816</sup> Calamari/Perillo, s. 511.

<sup>817</sup> *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1966, detaylı açıklama için bkz. Fessler, Daniel, Wm., Loiseaux, Pierre, R., Contracts, Morality, Economics And The Marketplace, Cases And Materials, West Publishing Co., Minnesota, 1982, s. 473 vd., Scott/Kraus, s. 760 vd., Chirelstein, M., A., s. 169 vd.

Kanalı kapatıldığında edimin ifasının imkânsız hale geldiğini iddia etmiştir<sup>818</sup>. Transatlantic'in iddia ettiği gibi ifanın imkânsız hale geldiğinin kabulü mümkün gözükmemektedir. Bilakis, ifa mümkün olduğu için edimini ifa edebilmiş ancak mutad rotanın dışına çıkması gerektiği için ilave masraf yapması gerekmiştir. Transatlantic, ifa imkânsızlığı yerine *impracticability* teorisine dayanmış olsaydı, her ne kadar izah ettiğimiz üzere henüz ifa edilmemiş edimler için bu doktrine dayanılabilmekteyse de mahkemenin yapılan ilave masraflarla ilgili olarak hakkaniyete daha uygun bir karar vermesi düşünülebilirdi.

Elbette ki, alıcıların ileri sürdüğü *impracticability* sadece maliyet artışı halleriyle sınırlı değildir. Bir diğer ve yaygın hal ise malın değerindeki düşüşlerdir. Bu halde satıma konu malın alıcıya olan değeri düşmekte, alıcının edimi para ödeme borcu olduğundan kendi ediminde buna karşılık bir değişiklik olmamaktadır. Hancock Paper davasında<sup>819</sup>, süt kartonu yapımında kullanılan kâğıdın piyasa değerinin düşmesi nedeniyle alıcı ediminin ifa yükümlülüğünün sona ermiş olduğuna karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme sabit fiyatın düzenlendiği sözleşmelerin malın piyasa değerindeki düşüş nedeniyle ortaya çıkan riski de kapsamak üzere yapıldığına yer vererek, piyasa değerindeki düşüşün *impracticability* uygulanmasını gerektirecek boyutta olmadığını belirtmiş ve talebi kabul etmemiştir<sup>820</sup>. Alıcıların riski ile ilgili olarak bir noktaya dikkat çekilmesi uygun olacaktır. Satıcının maliyetindeki artış nedeniyle maruz kalabileceği zararın sınırı yokken, alıcının uğrayabileceği zarar satım bedeli ile sınırlıdır. Bu husus da göz önünde bulundurulduğundan *impracticability* uygulanması için alıcının uğrayacağı zararın, diğer bir ifadeyle satıma konu malın piyasa değerindeki düşüşün önemli boyutta olması aranmaktadır<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Macaulay, S., et al, s. 1118

<sup>819</sup> Hancock Paper Co. v. Champion International Corp., 1975. Açıklama için bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/424/285/1444630/>. (Son Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2022).

<sup>820</sup> Treitel, S., G., s. 273.

<sup>821</sup> Treitel, S., G., s. 273.

### 3. İmkânsızlık (*Impossibility*)

Anglo-Sakson hukukunda uzun süre kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiş, sözleşme ile tarafın üstlenmiş olduğu edimin taraf kusursuz da olsa ifa edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. *Impossibility* konusunda şüphesiz en çok atıfta bulunulan dava, 1647 yılında karara bağlanmış, *Paradine v. Jane* davasıdır<sup>822</sup>. Davalı kira sözleşmesi ile bir arazinin zilyetliğini edinmiş ise de Avrupa'dan Kralı savunmak üzere gelen, Prens Rupert tarafından araziden çıkarılmıştır. Dava Davalının araziden çıkarıldığı süre için kararlaştırılan kira bedelini ödemesinin gerekip gerekmediğine ilişkindir. Davalı kendi kusuru dışında araziyi kullanma hakkından mahrum kalmışsa da mahkeme bir tarafın sözleşme ile bir yükümlülüğü üstlenmesi halinde, ortaya çıkan kaza ya da duruma rağmen söz konusu yükümlülüğü yerine getirmekle mükellef olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme hukukun tarafın sözleşmesinin ötesinde kendisini korumayacağını ifade etmiştir<sup>823</sup>. Diğer bir ifadeyle, mahkeme, tarafların bu tür bir ifa engelini sözleşmede açıkça düzenleyebileceklerine, açık düzenleme olmadığı durumda da davalının, kusursuz da olsa, edimini ifa etmesi gerektiğine hükmetmiştir. *Paradine v. Jane* davasında kabul edilen bu kusursuz sorumluluk halinin İngiliz hukukunda 1860'lı yıllara kadar uygulanmış olup, kural *Taylor v. Caldwell* davasında<sup>824</sup> yumuşatılmıştır<sup>825</sup>. Mahkeme bu davada tarafın kusuru dışında tiyatrodan yangın çıkması nedeniyle ifa yükümlülüğünün sona ermesine karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca, sözleşmede edimin ifasının koşulsuz olarak yüklenilmesinin tarafın kusuru olmaksızın meydana gelen yangın halinde de edimin ifa edileceği anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir.

İngiliz mahkemeleri imkânsızlık nedeniyle tarafların karşılıklı edimlerinin son bulması durumunda imkânsızlık sonucu zarara uğrayan tarafın zararını karşı taraftan tazminine ilişkin talepleri reddetme eğilimindedirler. Amerikan mahkemeleri de eski kararlarında bu görüşü kabul etmekteyken, daha yeni tarihli kararlarında imkânsızlık

---

<sup>822</sup> *Paradine v. Jane*, 1647. Davanın açıklaması için bkz. Scott/Kraus, s. 748; Macaulay, S., et al, s. 1078 vd; Beale, H., G., (Ed.), *Chitty on Contracts*, s. 1481.

<sup>823</sup> Speidel, R., E., *Contracts in Crises*, s. 34.

<sup>824</sup> *Taylor v. Caldwell*, 1863. Bu davaya ilişkin açıklama için bkz supra s. 160.

<sup>825</sup> Speidel, R., E., *Contracts in Crises*, s. 35.

nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde menfi zararın tazminine karar vermektedirler<sup>826</sup>. Anılan mahkemeler zararı “tek edimli<sup>827</sup>” ve “bölünebilir” olarak sınıflandırmakta, sözleşme tek edimli ise edimin ifasıyla taraf sözleşme bedeline hak kazanmaktayken, bölünebilir edimli sözleşmelerde ise taraf ne kadarlık kısmını ifa edebilmişse tazmin de bu kısım ile sınırlı kalmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, buradaki imkânsızlık hali kusursuz imkânsızlık olup, tazminat zararının denkleştirilmesine ilişkindir. Tarafın kendi kusuruyla ifa imkânsızlığına sebep olduğunda tazminata hak kazanamayacağı ve kendi edimi nedeniyle sorumlu olacağı açıktır.

### E. İsviçre Hukuku

İsviçre’de, Birinci Dünya Savaşı’na kadar “*clausula rebus sic stantibus*” teorisi kabul görmemişse de Birinci Dünya Savaşı ile durum değişmiştir<sup>828</sup>. İmkânsızlık görüşü İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına konu olmuştur<sup>829</sup>. Federal Mahkeme bazı durumlarda tarafın ediminin sona ermesine, kimi durumda ise, aşırı ifa güçlüğü halinde, tarafın ediminde indirim yapılmasına hükmetmiştir<sup>830</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu’nda uyarılama açıkça düzenlenmemekle birlikte hem öğretide hem de yargıda farklı gerekçelerle de olsa yerini almıştır<sup>831</sup>. Yukarıda belirttiğimiz imkânsızlık görüşünün yanı sıra öğretide uyarılama, temel hatası, gabin, hakkın kötüye kullanımına dayalı görüşler ile sözleşme boşluğu kuramları ile de açıklanmaya çalışılmıştır. Öğretideki baskın görüşe göre uyarılama sözleşmenin tamamlanması sorunu olarak görülmekte, risk ve uyarılama boşluğunun doldurulması ile

---

<sup>826</sup> Macaulay, S., et al, s. 1105.

<sup>827</sup> Buradaki “tek edimli” ifadesi, ani edim yerine kullanılmamaktadır. “Tek edimli” ifadesinden, belirli bir edimin ifasının tamamı için bir karşılık belirlenmiş olması anlaşılmalıdır. Örneğin, taraflarca yapının tamamı için tek bir bedelin kararlaştırıldığı bir eser sözleşmesinde durum böyledir. Buna karşılık, yapının belirli aşamalarına gelindiğinde tamamlanan aşamalar için ayrı ayrı ücret tespit edilmişse “bölünebilir edimli” olduğu kabul edilmektedir. Bu halde, taraf tamamladığı kısım için tazminata hak kazanacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. Macaulay, S., et al, s. 1105.

<sup>828</sup> Topuz, S., s. 122.

<sup>829</sup> Baysal, B., s. 57.

<sup>830</sup> Topuz, S., s. 124.

<sup>831</sup> Tercier, Pierre, Pichonnaz, Pascal, Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 305.

uyarlamanın giderilebileceği kabul edilmektedir<sup>832</sup>. Sözleşme boşluğu taraflarca ileride kararlaştırılmak üzere bilinçli olarak yaratılmış olabilir ya da taraflar o konuyu tasavvur edemedikleri ya da öngöremedikleri için sözleşmede düzenlememiş olabilirler. Sözleşme boşluğuna dayalı uyarlama bakımından boşluğun nasıl oluştuğunun görüşümüze göre önemi bulunmamaktadır.

Topuz sözleşme boşluğunun koşullarda değişikliğin rizikosuna kimin katlanacağına ilişkin olduğunu ve riziko boşluğunun sözleşmenin kurulduğunda mevcut olan bir boşluk olmadığını ifade etmektedir<sup>833</sup>. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü, sonradan sözleşme boşluğuna konu olan risk esasen baştan beri mevcuttur. Taraflar o riski sözleşmenin kurulması anında bilinçli olarak (örneğin bu riske kimin katlanacağı konusunda anlaşılamadığı için) sözleşmede yer vermemektedirler ya da o risk taraflarca sözleşmenin kurulması anında tasavvur edilememiştir.

Boşluk modeli önemli ölçüde tarafların tahsis edilmemiş zararı bölüşmelerine ilişkin dürüstlük kuralına dayanmaktadır<sup>834</sup>. İsviçre hukuk doktrininde de sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması sözleşmedeki boşluğun doldurulmasından ibaret olduğu son dönemde ağırlık kazanmıştır<sup>835</sup>. Boşluk modelinde, halin icabından, sözleşmenin kuruluş safhasında meseleyi ele almış olsalardı değişen koşullara uyarlama yükümlülüğünü sözleşmelerine dahil ederlerdi, risk yalnızca bir tarafın üzerinde kalmazdı sonucu çıkmaktadır<sup>836</sup>. Taraflar esasen boşluğu bilinçli olarak da yaratmış olabilirler. Sonradan ortaya çıkan olay çok küçük bir ihtimal olarak görülüp ihmal edilmiş olabilir, sözleşmenin kurulması sırasında öngörülmesi ve çözüm sağlanması çok maliyetli olmuş olabilir ya da anlaşmaya varılması mümkün görüşmemiş olabilir. Bu hallerde yalnızca bir tarafa riskin yüklenilmesi hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğuracağı gibi, esasen tarafların başlangıçtaki amacına da uygun değildir. Ayrıca, makul olan sözleşme taraflarının şartlar ne

---

<sup>832</sup> Baysal, B., s. 58.

<sup>833</sup> Topuz, S., s. 146 vd.

<sup>834</sup> Frick, J. G., s. 149.

<sup>835</sup> Topuz, S., s. 145 vd.

<sup>836</sup> Frick, J. G., s. 149.

olursa olsun taahhüt edenin sigortacıymış gibi hareket ederek ifada bulunacağını beklemeyecekleri ifade edilmektedir<sup>837</sup>.

Uyarlamanın hukuki temeli olarak sözleşme boşluğu görüşü kabul edildiği takdirde olumsuz uyarlama kaydının sözleşmede bulunduğu hallerde, uyarlama konusunda sözleşmede boşluktan söz edilemeyeceğinden uyarlama mümkün olamayacaktır<sup>838</sup>. Halbuki, işlem temelinin çökmesi görüşünde olumsuz uyarlama kaydına rağmen şartları varsa sözleşmenin uyarlanması hâlâ mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Yine, Türk hukuku uygulamasına uygun olarak, İsviçre hukukunda uyarlamanın temelini İsv. MK. 2/2 maddesine dayandıran görüş de mevcuttur. Buna göre, edimin ifasının başlangıçta kabul edildiği şekilde talep edilmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa sözleşme uyarlanmalı ya da sona erdirilmelidir<sup>839</sup>. İsviçre hukukunda uyarlama konusunda önemli bir husus da Alman hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda işlem temelinin çökmesi görüşü genel olarak kabul görmemiştir<sup>840</sup>. Türk hukuku uygulaması ise son yıllarda İsviçre hukukunun aksine Alman hukukunun işlem temelinin çökmesi görüşünü benimseme yönünde olmuştur.

---

<sup>837</sup> Frick, J. G., s. 149.

<sup>838</sup> Baysal, bu halde, adaletli bir sonuca ulaşılması bakımından hâkimin hakkın kötüye kullanımına dayanabileceğini belirtmektedir, Baysal, B., s. 59. Bu görüşün sözleşmede boşluk görüşüne uygun düşmediği kanaatindeyiz. Çünkü, taraflar esasen o riski sözleşmenin kurulma anında öngörmüşler ve risk ortaya çıktığında sözleşmenin aynen uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Bu anlamda sözleşme boşluğundan söz etmek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, değişikliğe konu koşulun işlem temeli teşkil etmesi halinde görüşümüze göre durum başkadır. Olumsuz uyarlama kaydına rağmen işlem temelinin çöktüğü hallerde ifanın beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı ise bu halde de sözleşmenin uyarlanması talep edilebilmelidir.

<sup>839</sup> Baysal, B., s. 62. Ayrıca, detaylı açıklama için bkz. Topuz, S., s. 134 vd.

<sup>840</sup> Baysal, B., s. 64.

#### IV. Yabancı Yatırım Sözleşmesinin Uyarlanmasının Koşulları

##### A. Genel Olarak

Belirtmek gerekir ki, uzun süreli sözleşmelerde zaman içinde dengenin bozulması olağan karşılanır bir durum halini almıştır<sup>841</sup>. Koşulların değişmesine rağmen yatırım sözleşmesinin mevcut haliyle korunması halinde, bir süre sonra, sözleşmenin ifa edilemeyecek duruma gelmesi muhtemeldir. Yatırım sözleşmelerinin uyarlanmasında diğer uzun süreli sözleşmelerin uyarlanmasından farklı olarak ev sahibi devletin dahil olması ve sıklıkla edimin farklılık göstermesi söz konusudur<sup>842</sup>. Bir diğer farklı nokta ise, ev sahibi devletin sözleşme şartlarını mevzuat değişikliği ya da idari bir tasarruf ile tek taraflı olarak değiştirmesinin mümkün olmasıdır<sup>843</sup>. Yine, yabancı yatırım sözleşmeleri, diğer uzun süreli sözleşmelerden, yatırımın ev sahibi devletin egemenlik sınırları içinde gerçekleşmesi noktasında ayrılmakta, yabancı yatırımcının uyuşmazlık halinde yatırımını ev sahibi devletin dışına çıkarması diğer uzun süreli sözleşmelere oranla güçlük arz etmektedir.

Petrol şirketlerinin kurum avukatları arasında yapılan bir araştırmada, Kıta Avrupası hukukçularının %100'nün sözleşmede kararlaştırılan edimin sonradan tarafın kusuru dışında önemli ölçüde farklılaşmış olması halinde sorumluluğun ortadan kalkması görüşünde olduklarını, Anglo-Sakson hukukçuların ise yalnızca %63'nün bu soruya olumlu yanıt verdikleri görülmüştür<sup>844</sup>. Araştırmada ortaya çıkan farklılığın ise Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı ülkeler ile Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı ülkeler arasında yargı sistemlerindeki farklılıklar ile Kıta Avrupası hukukunun hâkim olduğu ülkelerde dünya savaşları sonrasında yaşanan politik ve ekonomik hasardan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Aynı araştırmada sözleşmelerin hazırlanmasında petrol fiyatlarındaki

---

<sup>841</sup> Anglo-Sakson hukuk sisteminde olduğu gibi, halen katı bir şekilde sözleşmeye bağlılık prensibinin uygulanmasının nedeni 19. yüzyıl sözleşmeler hukukunu devam ettirmeleridir. O dönemde dışsal etkenlerden dolayı ani değişimler seyrek ve ticari hayata devlet müdahalesi henüz mevcut değildir, Sornarajah, M., *International Commercial Arbitration*, s. 257.

<sup>842</sup> Kröll, S., s. 426.

<sup>843</sup> Esasen, yatırım sözleşmelerinde ev sahibi devletin şartları tek taraflı olarak değiştirmesinin önüne geçmek için istikrar klotlarına yer verildiği görülmektedir. Fakat, bu yükümlülüğün ihlali aynen ifa hakkı vermemekte, tazminat yükümlülüğüne yol açmaktadır. Açıklama için bkz. yukarıda s. 130 vd.

<sup>844</sup> Macaulay, S., et al, s. 1140-1141.

dalgalanmaya, hükümetlerin petrol sözleşmeleri ile ilgili olarak artan rollerine özel önem verildiği ve özellikle sözleşmelerin hazırlanmasından sonra ortaya çıkabilecek ifa engellerinin tamamının öngörülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Öte yandan, belirli bir riske hangi tarafın katlanacağı sözleşmede belirtilmemiş ya da halin icabından anlaşılmıyorsa, sadece bir tarafın o riske katlanmasını beklemek doğru olmamaktadır<sup>845</sup>. Aksi takdirde ilgili taraf örtülü ya da sarıh bir şekilde üstlenmediği bir riskten ötürü diğer tarafa karşı sorumluluk altına girmiş olacaktır.

Koşullar lehine değişen tarafın en azından sözleşmeyi iyi niyetle yeniden müzakere etme yükümlülüğünün bulunduğu ve bu yükümlülüğün ihlalinin uyarlamayı haklı kılacağı ifade edilmektedir<sup>846</sup>. Ayrıca, koşullar lehine değişen tarafın iyi niyetle yeniden müzakere yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesine kadar, sözleşme fiyatının aynen uygulanmaya devam edilmesi, mahkeme ya da hakem heyeti tarafından belirlenmemesi gerektiği savunulmaktadır<sup>847</sup>. Bu görüşe göre, iyi niyetle müzakere edildiği sürece mahkeme ya da hakem heyetinin uyarlama hakkı bulunmamaktadır. Kanaatimize göre, iyi niyetle yeniden müzakere yükümlülüğünün yerine getirilmesi uyarlama engeli sayılmamalıdır. Zira, yeniden müzakere tarafların değişen koşula ilişkin dostane bir çözüm bulunmasına ilişkin bir süreç olup, bu sürecin olumlu sonuçlanmaması halinde, koşulları varsa, uyuşmazlığın bir hâkim ya da hakem tarafından çözülmesi bu süreci tamamlar niteliktedir. Elbette, değişen koşulun taraflarca çözüme kavuşturulması en ideal yoldur. Ancak, bunun mümkün olmaması halinde, alternatifi olarak hâkim ya da hakem de bu fonksiyonu görebilmelidir.

Yukarıda izah ettiğimiz üzere, uyarlama talebi için öncelikle diğer tarafın yeniden müzakereye davet edilmesi ve mevcut koşullar altında değişen koşullara cevap verecek adilane bir teklifte bulunulması gereklidir. Somutlaştırmak gerekirse, riski üstlenilen üretim maliyeti ile üstlenilmeyenler arasında bir ayırım yapılmalı, öngörülemeyen değişikliğin sebebiyet verdiği ya da vereceği riski üstlenilmeyen artan üretim maliyetleri tespit edilmeli

---

<sup>845</sup> Bu görüşte olan bkz. Hillman, R., s. 15.

<sup>846</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 404.

<sup>847</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 395.



ve bunlara ilişkin makul uyarlama teklifinde bulunmalıdır<sup>848</sup>. Makul ölçü işleminden işleme ve durumdan duruma değişebilecektir. Makul ölçünün tespitinde ticari teamüller ya da taraflar arasındaki önceki uygulamalar ışık tutabilir. Bir diğer ölçüt ise, fiili üretim maliyeti ile sözleşmenin başlangıçtaki haline göre elde edilmesi beklenen kar oranının ödenmesi olabilir<sup>849</sup>. Ancak, bu halde, öngörülemeyen sonradan ortaya çıkan durum nedeniyle zararın paylaşılması değil, büyük oranda diğer tarafın bu zararı üstlenmesi söz konusu olacaktır.

Koşullar lehine değişen taraf hiç müzakereye yanaşmıyor ya da iyi niyetle müzakere etmeyi reddediyorsa, mahkeme ya da hakem heyeti de öncelikle tarafları iyi niyetli müzakereye davet edebilir<sup>850</sup>. İyi niyetle müzakerenin tesisini teminen, tedarik sözleşmeleri gibi, aktif edim gerektiren sözleşmeler bakımından mahkeme ya da hakem heyetinin iyi niyetle müzakere edilinceye kadar sözleşmenin ifasını geri bırakması da düşünülebilir.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkelerinin<sup>851</sup> (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) 6.2.2 maddesinde aşırı ifa güçlüğü tanımlanmış ve 6.2.3. maddesinde de aşırı ifa güçlüğü'nün sonuçları düzenlenmiştir. Madde metinlerinin Türkçe tercümeleri şu şekildedir:

**“Madde 6.2.2 (Aşırı İfa Güçlüğü'nün Tanımı)**

*Edimlerin dengesini temelinden değiştiren olayların meydana gelmesi halinde aşırı ifa güçlüğü vardır; bu halde ya tarafın ediminin maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır, ve*

- a) Bu olaylar sözleşmenin tamamlanmasından sonra ortaya çıkmış ya da mağdur taraf bu olayları sözleşmenin tamamlanmasından sonra öğrenmiştir;*
- b) Mağdur tarafça, bu olaylar sözleşmenin tamamlanması zamanında makul bir biçimde göz önünde bulundurulamamıştır;*
- c) Bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışındadır; ve*
- d) Bu olayların riski mağdur tarafça üstlenilmemiştir.”*

<sup>848</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 410.

<sup>849</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 410 ve 419.

<sup>850</sup> Speidel, R., E., *Court-Imposed Price Adjustments*, s. 414. Yazar mahkemenin avantajlı tarafa müzakere etmeyi emretmeksizin başkaca kaynaklarla, örneğin, iyi niyetle müzakere etmeksizin aynen ifa talebini askıda tutmak suretiyle sağlayabileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca mahkemenin aynen ifanın koşulu olarak uyarlamaya karar verebileceğini de düşünmektedir.

<sup>851</sup> Anılan ilkelere şu linkten ulaşılabilir: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>. (Son Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2022).

**“Madde 6.2.3 (Aşırı İfa Güçlüğü’nün Sonuçları)**

- (1) *Aşırı ifa güçlüğü halinde mağdur taraf yeniden müzakere talebinde bulunmaya yetkilidir. Talep gecikmeksizin yapılmalıdır ve esas alınan gerekçeleri belirtilmelidir;*
- (2) *Yeniden müzakere talebi tek başına mağdur tarafa edimin ifasını askıya alma hakkı vermez;*
- (3) *Makul bir süre içinde taraflar uzlaşmaya varamazlarsa, taraflardan herhangi biri mahkemeye müracaat edebilir.*
- (4) *Mahkeme aşırı ifa güçlüğü bulunduğu kanaatine varırsa, makul olması halinde:*
  - a) *Belirlenecek bir tarihte ve şartlarda sözleşmeyi sona erdirebilir; veya*
  - b) *Edimlerin dengesini yeniden tesis etmek üzere sözleşmeyi uyarlayabilir.”*

UNIDROIT İlkeleri uluslararası hukukta doğrudan uygulanan ilkeler olmamakla birlikte, söz konusu ilkeler önemli hukuk sistemlerinin mevcut düzenlemeleri ve günün ihtiyaçları da gözetilerek önde gelen farklı hukuk sistemlerinden hukukçular tarafından uzun çalışmalar neticesinde oluşturulmaktadır. Bu nedenle, tek bir hukuk sistemini dikkate almayan tüm hukuk sistemlerini kapsayıcı bir metin ortaya konulması amaçlanmaktadır. Tezimizin konusu itibarıyla aşırı ifa güçlüğü yeniden müzakere ve uyarlama nedenlerinden birini teşkil ettiğinden, aşağıda uyarlama koşullarında yeri geldikçe UNIDROIT İlkelerine de değinmeyi uygun buluyoruz.

**B. Sözleşmenin Yapıldığı Sıradaki Mevcut Durumlarda Esaslı Değişiklik**

Sözleşmenin yapıldığı koşulların zaman içinde değişmesi her türlü sözleşme için mümkün olmakla birlikte, uzun süreli sözleşmelerde, özellikle yatırım sözleşmelerinde, olağan bir durum haline gelmiştir. Özellikle büyük çaplı ve uzun süreli altyapı projelerinde, anahtar teslim eser sözleşmeleri ve maden sözleşmelerinde tarafların tüm hususları öngörmesi mümkün olmamakta, zaman içinde sözleşmede oluşan boşluğun doldurulması gerekmektedir<sup>852</sup>. Sözleşmenin uyarlanması, sözleşmenin akdedildiği sırada mevcut durum ya da durumlarda esaslı bir değişikliğin meydana gelmesine bağlıdır. Esasen, mücbir sebep klotlarında yer verildiği gibi, taraflar da sözleşmede açıkça hangi durumların esaslı değişiklik teşkil edeceğini düzenlemiş olabilirler. Uluslararası normlara bakıldığında ise, bilinçli olarak hangi durumların esaslı değişiklik teşkil edeceğinin düzenlenmediğini, bunun yerine esaslı değişikliğin unsurlarına değinmekle yetinildiğini görüyoruz. Özellikle,

<sup>852</sup> Horn, N., *The Concepts of Adaptation and Renegotiation In The Law of Transnational Commercial Contracts*, s. 4.

Uluslararası Andlaşmalar Hakkında Viyana Konvansiyonu'nun Şartların Esaslı Şekilde Değişmesi (*Fundamental Change of Circumstances*) başlıklı 62. maddesinde, bir uluslararası andlaşmanın yapıldığı sırada mevcut bir durumun tarafların öngörmediği bir şekilde esaslı bir şekilde değişmesi nedeniyle fesih ya da dönme hakkının kullanılmasının ancak değişen durumun tarafların o uluslararası andlaşma ile bağlı olmaya rıza göstermelerinin temelini teşkil etmesine ve henüz ifa edilmemiş edimin kapsamının esaslı bir şekilde değişmiş olmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir. Yine aynı maddede, esaslı değişikliğin ilgili tarafının o uluslararası andlaşma tahtındaki bir yükümlülüğünün ya da bir başkasına karşı borçlu olunan bir başka uluslararası yükümlülüğün ihlalinden doğmamış olması da diğer bir şart olarak öngörülmüştür. Buna göre, durumlarda esaslı değişiklik olarak kabul edilebilecek haller sayılmamış, uyuşmazlık halinde söz konusu değişikliğin esaslı olup olmadığının tespiti uygulayıcıya bırakılmıştır.

Mücbir sebep teşkil eden bir durumun mevcut olması halinde de, uygulamada mücbir sebep klozu düzenlemesine bağlı olarak sözleşmenin uyarlanması ihtiyacı doğabilmektedir<sup>853</sup>. Şöyle ki, mücbir sebep olarak kabul edilen durumlardan birinin oluşması halinde ve bu durumun taraflarca kabul edilen bir süre devam etmesine rağmen, sona ermemesi durumunda, taraflara fesih hakkı tanınmasının yanı sıra uzun süreli sözleşmelerde daha sıklıkla sözleşmenin uyarlanması maksadıyla yeniden müzakeresi yükümlülüğünü de getirmektedir<sup>854</sup>. Yine, yeniden müzakerenin başarısız olması halinde, uyuşmazlığın tahkimle çözüleceği öngörülebilmektedir. Bu anlamda aşırı ifa güçlüğü de içine alan geniş kapsamlı mücbir sebep klostarı, değişen koşullar nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına da imkân tanımaktadır<sup>855</sup>. Özellikle uzun süreli sözleşmelerde mücbir sebep nedeniyle ifa yükümlülüğünün ortadan kaldırılması uygun bir çözüm olarak görünmemektedir<sup>856</sup>. Yabancı yatırım sözleşmelerinde bu durum daha da ön plana çıkmaktadır. Zira, yatırımcı yatırıma ilişkin maliyete ilk aşamada katlanmakta, yatırımın karşılığını ise uzun bir vadeye yayılmış

---

<sup>853</sup> Horn, N., *The Concepts of Adaptation and Renegotiation In The Law of Transnational Commercial Contracts*, s. 4.

<sup>854</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 93.

<sup>855</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 93.

<sup>856</sup> Russi, L., s. 81.

olarak alabilmektedir. Yine, ikame işlem yapılması da ani edimli sözleşmelere oranla daha güçtür. Bu nedenle, sıklıkla mücbir sebep teşkil eden bir durumun ortaya çıkması halinde, ifa için öngörülen sürenin bir süre daha uzatılacağı, bu süre içinde edim ifa edilemezse tarafların bu defa çözüm için yeniden meseleyi ele alacakları belirtilmektedir<sup>857</sup>.

Yabancı yatırım sözleşmeleri kapsamında yeniden müzakere ve/veya uyarlamaya konu olan esaslı değişiklikler ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı açısından farklı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ev sahibi devlet açısından esaslı değişikliklere örnek olarak, ev sahibi devletin sömürge olmaktan kurtulması<sup>858</sup>, ülkedeki siyasi değişiklikler, doğal kaynaklarına ilişkin gelir beklentisinin karşılanmaması, kazanç paylaşımına ilişkin öngörülen dengenin bozulması, ya da doğal kaynağın öngörülen kalite ya da ekonomik değerin çok üstünde çıkması, ev sahibi devletin bağlı olduğu uluslararası örgütlerin uygulamaları gösterilebilir. Yabancı yatırımcı açısından ise esaslı değişiklikler büyük oranda finansal konular çevresinde düğümlenmektedir. Bu durumlara örnek olarak ise yatırımın gerçekleştirilmesinde yaşanan teknik aksaklıklar<sup>859</sup>, emtia ya da hammadde fiyatlarındaki dalgalanmalar nedeniyle oluşan maliyet artışları, en çok gözetilen ulus kayıtları, gelecekteki emtia fiyatlarına ilişkin yanlış varsayımlar belirtilebilir.

Yine belirtmek gerekir ki, yeniden müzakere ve uyarlamayı tetikleyici olayların açık bir şekilde düzenlendiği durumlarda sözleşmenin uygulanması söz konusu olduğundan buradaki değişikliğin esaslı olup olmadığının araştırılmasına da ihtiyaç bulunmayacaktır. Örneğin, yatırımın maliyetinin öngörülemeyen ve tarafın kendi kusurundan kaynaklanmayan durumlar nedeniyle belirli bir eşik değerin üzerinde artması halinde sözleşmenin yeniden müzakere edileceği belirtilmişse, eşik değerin üzerindeki artışlar

---

<sup>857</sup> Russi, L., s. 81.

<sup>858</sup> Örneğin Zambia'nın 1964 yılında bağımsızlığına kavuşmasından sonra ülke ekonomisinin büyük oranda katkıda bulunan bakır madenlerini ellerinde bulunduran Anglo-American Company ve Roan Selection Trust arasında şartlar yeniden müzakereye sahne olmuştur, detaylı bilgi için bkz. Peter, W., s. 51 vd, Bartels, M., s. 73-74.

<sup>859</sup> Botswana Cumhuriyeti ile Bamangwato Concessions Ltd. arasında imzalanan nikel ve bakır madenlerine ilişkin Master Agreement kapsamında yabancı yatırım yatırımcı için finansal felakete dönüşmüştür. 121 Milyon ABD Doları olarak öngörülen yatırımın maliyeti 300 Milyon ABD dolarına ulaşmıştır. Bu ve diğer maliyet artışları ve varsayımlarda yapılan yanlış hesaplamalar nedeniyle Sözleşme yeniden müzakereye konu olmuştur, detaylı bilgi için bkz. Peter, W., s. 59 vd, Bartels, M., s. 74 vd.

tarafarla esaslı olarak kabul edilmiş sayılacaktır. Diğer bir ifadeyle, taraflar esaslı değışikliğı açıkça düzenlediklerinden tek başına eşik değerin aşılması esaslı değışiklik olarak kabul edilecektir. Esaslı değışikliğin ne olduğu, tarafların açıkça belirli durumlar üzerinde esaslı değışiklik olarak mutabık kalmadıkları durumda önem arz etmektedir.

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2. maddesinde, aşırı ifa güçlüğü tanımında, edimlerin dengesini temelinden değıştiren bir olayın varlığı aranmaktadır. Şöyle ki, dengeyi temelden değıştiren bu olay tarafın ediminin maliyetini artırmış ya da karşı tarafın ediminin değeri kendisi için azalmıştır. Edim dengesinin temelinden değışmesi esaslı bir değışikliğe işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle, edim dengesinde oluşan her türlü değışiklik yeniden müzakere ve uyarlama talebinde bulunma hakkı vermemekte, ancak edim dengesini temelden sarsan bir değışiklik madde kapsamındaki hakların kullanılmasına imkân tanımaktadır. Burada önemli bir hususa dikkat çekmek isteriz: yalnızca tarafın edimin maliyetinin artması değİL, karşı edimin değerin azalması ya da karşı edimin değerini bütünüyle yitirmesi de aşırı ifa güçlüğü kapsamındadır. Örnekle açıklamak gerekirse, uzun süreli bir satım akdinde alıcı satıma konu şeyin piyasa fiyatının aşırı düşmesi sonucu edimlerin dengesinin temelden değıştiğini ileri sürerek yeniden müzakere ve uyarlama talep edebilecektir<sup>860</sup>.

### C. Öngörölmezlik

Sözleşmenin yapıldığı andaki mevcut durumların esaslı bir şekilde değışmesi yeniden müzakere ve uyarlamanın bir koşulu olmakla birlikte, sonradan ortaya çıkan esaslı değışikliğin öngörölmemeyen bir duruma ilişkin olması da gerekmektedir. Buna karşın uygulamada bazı mücbir sebep ya da uyarlama klotlarının mücbir sebep ya da uyarlamaya konu olayın taraflarla öngörölmemiş olmasını yeterli görmektedir<sup>861</sup>. İlk halde

---

<sup>860</sup> Esasen Anglo-Sakson hukuku doktrini frustration'ı işaret eden karşı edimin değersiz hale gelmesi durumunda aşırı ifa güçlüğü'nün ileri sürülebilmesi için karşı tarafın da işlemin gayesini biliyor ya da bilmesi gerekiyor olması gerekmektedir. Örneğin, işlenerek ihraç edilmek üzere ithal edilecek şeyin ihracının yasaklanması halinde aşırı ifa güçlüğü'ne dayanılması, ithal edilecek şeyin daha sonra alıcı tarafından ihraç edileceğini satıcının biliyor olması halinde mümkün olacaktır. Daha fazla açıklama için ilgili madde yorumuna bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (Son Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2022).

<sup>861</sup> Frick, J., G., s. 179.

öngörülmezlik objektif iken sonraki durumda ilgili tarafın öngörememiş olması yeterli kabul edilmektedir. Bu ikinci halde kapsamın genişlediğinde şüphe yoktur. Ancak, kanaatimizce, bu halde dahi, tarafın mücbir sebep ya da uyarılama klozuna dayanabilmesi kendisinden beklenen makul özeni göstermiş olmasına rağmen değişikliği öngörememiş olmasına bağlı olmalıdır. Öngörülmezliğin objektif olmasının arandığı durumlarda ise değişen durumdan etkilenen tarafın yerine makul bir kişinin göstereceği objektif özen esas alınmaktadır<sup>862</sup>. Buna göre aynı durumda bulunan makul bir muhatabın gelecekte o durumun esaslı olarak değişebileceğini öngörüp öngöremeyeceğine göre değerlendirme yapılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, tüm durumlarda öngörülemeyen değişiklikler yeniden müzakereye imkân tanımayacak, yalnızca edimin ifası bakımından ilgili eşiği geçen durumlar dikkate alınacaktır<sup>863</sup>. Bu belirleme ise ancak somut olaya bağlı yapılabilecektir. Diğer bir ifadeyle, öngörülmezlik edimin ifasına ve sözleşme konusunu etkileyen bir duruma ilişkin olmalı, edimi ilgilendirmeyen değişikliklerin öngörülememesi ise ifa engeli olarak kabul edilmemelidir. Esasen, bu son durumda değişikliğin esaslılık eşiğini de geçmesi söz konusu olmayacaktır.

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2. maddesinde, aşırı ifa güçlüğü bakımından, edim dengesini temelden değiştiren durumu tarafın sözleşmenin akedildiği zamanda makul bir şekilde öngörülememiş olması aranmıştır. Bununla birlikte, anılan ilkelere göre esaslı değişikliğin sözleşmenin akdedilmesinden sonra öğrenilmesi de yeterlidir. Başka bir ifadeyle esaslı değişiklik sözleşmenin kurulma anında mevcut olmakla birlikte tarafın bu durumdan haberdar olmayışı makul karşılanabiliyorsa bu halde de aşırı ifa güçlüğüne dayanılabilecektir.

#### **D. Uyarılama Talep Eden Tarafın Riski Üstlenmemiş Olması**

Ani edimli olarak da yapılabilecek bir sözleşmenin uzun süreli yapılmasının temel nedenlerinden biri şüphesiz sözleşme süresince ortaya çıkabilecek riskin sözleşmenin diğer tarafınca üstlenilmesini sağlamak olabilir. Bununla birlikte, her uzun süreli sözleşmede diğer

---

<sup>862</sup> Uribe, R., M., s. 264.

<sup>863</sup> Russi, L., s. 82.

tarafın sözleşme süresi içinde ortaya çıkabilecek değişikliklere ilişkin riski üstlendiğini kabul etmek doğru gözükmemektedir. Gerçekten, sözleşmenin doğası gereği riskin üstlenildiği ya da tarafların açık düzenlemesine ilişkin olarak bir tarafın riski üstlendiği durumlarda yeniden müzakere ya da uyarılama talebi haklı bir temele dayanmayacaktır<sup>864</sup>. UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2. maddesinde de aşırı ifa güçlüğü nedeniyle yeniden müzakere ve uyarılama talebinde bulunabilmesi için mağdur tarafın o riski üstlenmemiş olması açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sırf uzun süreli sözleşme yapılmış olması sözleşmeden doğacak tüm riskin de ilgili tarafça üstlenildiği anlamına gelmemelidir. Nitekim, beklenmedik olay nedeniyle edimi aşırı güçleşen tarafın sözleşmede risk tahsisi olmaması nedeniyle o riski üstlendiği sonucuna ulaşılması dürüstlük ilkesine uygun düşmemektedir. Bununla birlikte, uygulamada özellikle ICC kurallarına göre teşekkül eden hakem heyetleri fiyat değişikliği klozu bulunmayan sözleşmelerde tarafların sabit fiyat istediklerine karar vermektedirler<sup>865</sup>.

Daha fazla risk alan tarafın değişen koşullardan doğan riski de üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>866</sup>. Bu görüşün altında risk alan tarafın potansiyel kaybı tahmin edebileceği ve fiyat artışlarına ilişkin doğan risk giderim yollarına başvurabileceği yatmaktadır. Esasen bu görüş aynı zamanda tarafın değişen koşulu öngörüp öngöremeyeceğiyle de alakalıdır. Kanaatimize göre bir tarafın daha fazla risk alması (örneğin uzun süreli bir sözleşmede satıcının sabit fiyatta satmayı ya da alıcının sabit fiyattan almayı taahhüt etmesi) tek başına o tarafın sözleşme koşullarındaki öngörülemeyen ve esaslı değişikliğin de riskini aldığı anlamına gelmez. Şüphesiz, sözleşmenin doğası gereği bir tarafın değişen koşulların riskini de aldığı durumlar istisnadır. Bu duruma örnek olarak risk giderim sözleşmesi (*hedging*) verilebilir. Gerçekten bu halde, sözleşmenin tarafı belirli bir ücret karşılığında diğer tarafın döviz kur ya da faiz gibi bir riskini üstlenmekte, döviz kurunun ya da faizin piyasada öngörülmedik bir şekilde artması halinde ücret karşılığında kararlaştırılan bedelden döviz satmakta ya da belirlenen faiz oranıyla kredi sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, risk gideriminin sözleşmenin konusunu teşkil ettiği bir durumda risk sözleşmenin doğası gereği

---

<sup>864</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 311.

<sup>865</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 173.

<sup>866</sup> Frick, J. G., s. 163. Esasen daha fazla risk alan taraf yazarlarca “superior risk bearer olarak ifade edilmiştir.

üstlenilmiştir ve koşulların esaslı olarak değişmesi yeniden müzakere ve uyarlama hakkı vermeyecektir.

Elbette ki, tarafın yalnızca büyük bir şirket olması beklenmedik zararlardan sorumlu olmasını gerektirmemektedir. Bununla birlikte, büyük bir şirket olarak satıcı maliyet artışını öngörmesi gerekirdi denilebiliyorsa, ki burada beklenmedik olayın şiddeti de önem arz etmektedir, o takdirde uyarlamanın koşulu bulunmadığından satıcı riski de üstlenmelidir<sup>867</sup>. Diğer bir ifadeyle, büyük bir şirket olduğundan riski üstlenmemekte, büyük bir şirket olarak o riski öngörmesi gerektiği düşünüldüğünden, uyarlama talep edememektedir.

Bir diğer özellikli durum ise, tarafların belirli bir riski sözleşmenin kurulmasından önce öngörmüş olmaları ancak o konuda anlaşılamadığından sözleşmeden bilinçli bir boşluk yaratıldığı durumda kendisini göstermektedir. Bu halde de taraflarca üstünde anlaşılamayan konunun riskini ilgili tarafın aldığından söz edilemeyecektir. Örnek ile açıklamak gerekirse, uzun süreli sabit fiyatla satım sözleşmesinde taraflar gelecekte oluşabilecek fiyat dalgalanmalarına ilişkin olarak belirli endekste anlaşmaya varamamaları nedeniyle, ileride fiyat dalgalanması oluştuğunda bu konuyu ele almayı uygun bulmuşlarsa, satıma konu şeyin piyasa değerindeki artış riskinin satıcı tarafından alındığından söz edilemez. Bu halde, taraflar sözleşmede bilinçli bir boşluk yaratmış olduklarından boşluğun doldurulması söz konusu olacaktır. Belirtmek gerekir ki, yaratılan bu boşluğun doldurulması da bazı yazarlar tarafından uyarlama olarak kabul edilmektedir.

#### **E. Diğer Tarafın Yeniden Müzakereye Davet Edilmiş Olması**

Uyarlamanın bir diğer koşulu da sözleşmenin diğer tarafının yeniden müzakereye davet edilmiş olmasıdır<sup>868</sup>. Bunun nedeni sözleşmenin temelini teşkil eden durumun taraflarca serbestçe ele alınması ve taraflara uzlaşma imkanının tanınmasıdır. Dürüstlük kuralı uyarlama için diğer tarafın sözleşmeyi yeniden müzakereye davet edilmesini gerekli

---

<sup>867</sup> Bununla birlikte, büyük şirketlerin de sonradan ortaya çıkan her türlü durumu öngörebilmeleri gerektiği düşünülmemelidir. Zira, Alcoa davasında, kararlaştırılan endeks maliyet artışını takip etmemiş, mahkeme maliyet formülünü yeniden ele almıştır, açıklama için bkz. yukarıda s. 202 vd., d. 797.

<sup>868</sup> Tekrardan kaçınmak için, yeniden müzakere yükümlülüğü konusunda yukarıdaki açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz, bkz. s. 214 vd.



kılmaktadır<sup>869</sup>. Esasen, bu yükümlülük yatırım sözleşmesi ya da yatırım anlaşmasında yer alan belirli süre ile uyuşmazlığın çözümü için müzakere edilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemelerden de kaynaklanabilir. Bununla birlikte, diğer tarafın yeniden müzakereye yanaşmaması ya da yeniden müzakere davetini sonuçsuz kalacağı anlaşıyorsa, bu gibi hallerde, borçluya doğrudan uyarılama talebinde bulunma hakkı tanınmalıdır<sup>870</sup>. Şüphesiz, değişen koşullara göre sözleşmeyi en iyi uyarlayacak kişiler yine tarafların kendisidir. Davet gecikmesizin ve gerekçesi belirtilmek üzere yapılmalıdır<sup>871</sup>. Öte yandan, bildirimde gecikme yeniden müzakere talep hakkını ortadan kaldırmayacak, sadece ifa güçlüğüünün tespiti ve sonuçları bakımından önem arz edecektir. Uyarılamanın belirli bir endekse dayalı bir şekilde otomatik olarak yapılacağı durumda yeniden müzakereye davet talebinde bulunulmasının gerekmediği tabiidir. Ancak bu halde de otomatik uyarlamayı gerektiren durum diğer tarafa gecikmesizin ihbar edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, mücbir sebebe dayalı talepler hariç olmak üzere yeniden müzakere davetinde bulunmak kural olarak edimin ifasına etkili değildir. Diğer bir ifadeyle, yeniden müzakere talebinde bulunan tarafın edimin ifasına ilişkin yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır. Bununla birlikte, edimin ifasının yeniden müzakere ve uyarılamanın neticesine bağlı olduğu durumlarda edimi aşırı derecede güçleşen taraf edimini ifa etmeyip yeniden müzakere ve uyarılamanın neticesini bekleyebilmelidir<sup>872</sup>. Örneğin, satıma konu şeyin ambalaj kurallarının mevzuat nedeniyle değiştiği ve bu durumun edimi aşırı güçleştirdiği durumda yeniden müzakere ve uyarılamanın neticesine göre bir yol izlenecektir. Mücbir sebebe dayalı yeniden müzakere ve uyarılama taleplerinde ise durum farklıdır. Borçlu edimini ifa etmekten mücbir sebep ortadan kalkıncaya kadar kurtulmaktadır. Bu nedenle,

---

<sup>869</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 313.

<sup>870</sup> Baysal, B., (*Makale*) s. 197.

<sup>871</sup> Baysal, yeniden müzakere davetinin yapılmamasının sonucunu kendi yararına uyarılama isteminde bulunabilecek tarafı bu imkândan mahrum etmektedir, Baysal, B., (*Makale*) s. 195. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Yeniden müzakere talebinde bulunulmaması uyarılama için tüm şartları sağlayan borçlu için bir uyarılama engeli olmamalıdır. Olsa olsa bu durum borçlunun yeniden müzakere istemeden mahkeme ya da hakemden uyarılama istemiş olması nedeniyle dava giderlerine mahkum edilmesine sebebiyet verebilir.

<sup>872</sup> PICC 6.2.3 maddesinin resmi yorumunda, yalnızca çok istisnai hallerin ifanın durdurulmasını haklı kılabilceği ifade edilmektedir. Biz de istisnai hallerde de olsa yeniden müzakere sürecinde edimin ifasının beklenmesinin dürüstlük ilkesine aykırı olacağı hallerde borçlunun ifadan bu süreçte kaçınabileceğini düşünüyoruz.

aşırı ifa güçlüğü teşkil eden bir mücbir sebep halinde de borçlu edimini ifa etmeyecek ve yeniden müzakere ve uyarlamanın sonucuna göre ifa edecek ya da sözleşmenin sona ermesi halinde edimini ifa etmekten kurtulacaktır.

## **V. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlanması Usulü ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**

### **A. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarlama Usulü**

#### **1. Genel Olarak**

Taraflar arasındaki sözleşmenin uyarlanması öncelikle yeniden müzakereyi gerektirir bir durumun ortaya çıkmasına bağlıdır. Bu durum sözleşmede açıkça düzenlenen bir yeniden müzakere sebebi olabileceği gibi, ortaya çıkan olağanüstü durumun taraflarca ele alınmasını gerektirir, sözleşmede açıkça düzenlenmeyen bir konuya ilişkin de olabilecektir. Yeniden müzakere ise iyi niyet ve dürüstlük ilkeleri çerçevesinde yürütülmelidir. Bu ilkeler ise taraflara tekliflerin ve karşı tekliflerin ciddiyetle, açık ve makul bir surette oluşturulması ve değerlendirilmesi yükümlülüğünü getirmektedir<sup>873</sup>. Öncelikle, koşullar aleyhine değişen taraf diğer tarafı gecikmesizin durumdan haberdar etmeli, yeniden müzakere gerekçesini açıkça diğer tarafa bildirmelidir<sup>874</sup>. Tekliflerin ve karşı tekliflerin değerlendirilmesi makul olmayan surette gecikmelere sebebiyet vermemeli ve taraflar iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak görüşmeleri sonlandırmamalıdır. Her iki taraf da iyi niyet ve dürüstlük kuralı gereği, makul zaman içinde, sözleşmenin karşı tarafının da menfaatlerini gözeterek şekilde makul bir biçimde değişen koşullara uyarlanması için çaba sarf etmelidir<sup>875</sup>. Görüleceği üzere, sözleşmenin yeniden müzakere usulünü ve esaslarını açıkça belirlemediği durumda, uygulanacak ilke ve esasların çerçevesini iyi niyet ve dürüstlük kuralı çizmektedir.

---

<sup>873</sup> Uribe, R., M., s. 227.

<sup>874</sup> Uribe, R., M., s. 227. Sözleşmede açıkça yeniden müzakere bildiriminin şekli de düzenlenmiş olabilir. Bu tür düzenlemeler bildirimin şekli ile bildirim takip eden bir bekleme dönemini ve tarafların görüşmelerine ilişkin hükümler de içerebilmektedir. Açıklama için bkz. Horn, N., *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, s. 174 vd.

<sup>875</sup> Uribe, R., M., s. 227.

Yeniden müzakerenin yukarıda belirtmiş olduğumuz ilkeler çerçevesinde yürütülmesine rağmen, tarafların sözleşmeyi her iki tarafın menfaatine uygun olarak uyarlama çabaları sonuçsuz kalmış olabilir. Belirtelim ki, yeniden müzakere sırasında bir tarafın yapacağı teklifin diğer tarafça kabul edilmesine ilişkin yükümlülüğün bulunmadığı doktrinde<sup>876</sup> ve Fransa Yüksek Mahkemesi'nin (*Cour de cassation*) bir kararında<sup>877</sup> da açıkça belirtildiği gibi, yargı kararlarında kabul edilmektedir. Bununla birlikte, teklifin kabul edilme yükümlülüğünün bulunmaması, yapılan teklife hiçbir önem atfedilmediği anlamına gelmemelidir. Görüşümüze göre, teklif yapılan tarafın mutlak teklifi reddetme hakkının bulunduğu da düşünülmemelidir. Zira, teklif yapılan tarafın teklifi kabul etmemesi hakkın kötüye kullanımı teşkil ediyorsa bu halde mahkemenin yapılan teklife göre sözleşmeyi uyarlaması ya da teklif yapan tarafın zararının tazminine hükmetmesi düşünülebilir. Nitekim, yukarıda belirtmiş olduğumuz Fransa Yüksek Mahkemesinin (*Cour de cassation*) kararında da açıkça “*teklif yapılan tarafın hakkını kötüye kullandığına ilişkin açık delilin yokluğunda*” teklifin kabul yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu yüzden, mahkeme ya da hakemler yapılan teklifin makul olup olmadığını belirlerken teklif yapılan tarafın teklifi kabul etmesi halinde uğrayacağı zararı ya da düşeceği pozisyonu, teklif yapan tarafın teklifteki menfaati ve teklifin kabulü halinde bulunacağı pozisyonu karşılaştırabilir. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, hakim ya da hakemin yapması gerekenin değişiklikle ortaya çıkan yükün taraflar arasında paylaştırılması olmadığını, yalnızca borçlu için ifanın çekilebilir hale getirilmesi olduğunu ifade etmektedir<sup>878</sup>. Teklifin makul olduğunun ispat külfeti teklifi yapan tarafta olacaktır<sup>879</sup>. Yine mahkeme ya da hakemler yeniden müzakereye

---

<sup>876</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. Uribe, R., M., s. 228,

<sup>877</sup> Örneğin, Fransa Yüksek Mahkemesi (*Cour de cassation*) 3 Ekim 2006 tarihli kararında, ısı tedarikine ilişkin sözleşmenin alıcısının uyarlama yükümlülüğünün bulunmadığına ve alıcının hakkını kötüye kullandığına ilişkin açık delilin yokluğunda, yeniden müzakere ve uyarlama sürecinin başarısız olmasının alıcıya atfedilemeyeceğine karar vermiştir. Isı tedarikine ilişkin sözleşme kapsamına doğal gaz fiyatı yaklaşık %87 oranında arttığında satıcılar sözleşmenin uyarlanmasını talep etmiş, alıcının kabul etmemesi üzerine, satıcılar edimin ifasını durdurmuşlardır. Bunun üzerine, alıcı sözleşmenin feshi ile zararın tazminine ilişkin dava açmıştır.

<sup>878</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 313; her iki taraf için de öngörülemez ve durumlardaki esaslı değişikliğin her iki tarafı da eşit olarak etkilediği uluslararası sözleşmeler için hakem heyetinin kaybı taraflar arasında eşit paylaştırmaktan başka çaresi olmadığı görüşü için ayrıca bkz. Berger, K., P., *Adaptation of Long-Term Contracts*, s. 603.

<sup>879</sup> Uribe, R., M., s. 229.

konu olayın toplumun genelini (ya da ilgili sektör genelini) etkileyip etkilemediğini (diğer bir ifadeyle, söz konusu olayın sadece sözleşmenin karşı tarafını etkileyip etkilemediğini) ve söz konusu durumun geçici nitelikte olup olmadığını da ele almalıdırlar. Buna göre, sonradan ortaya çıkan durum toplumun genelini değil de sadece sözleşmenin tarafını etkilemişse ya da söz konusu durum geçici nitelikteyse, istisna teşkil eden uyarlamaya karar verilmesi olasılığı daha da azalacaktır. Esasen, bu hallerde, somut olayın özelliklerine göre, yeniden müzakere yükümlülüğü dahi doğmamış olabilir.

## 2. Otomatik Uyarlama

Otomatik uyarlama, tarafların önceden kararlaştırdıkları tetikleyici olayın gerçekleşmesi üzerine ya da önceden kararlaştırılan belirli dönemlerde, belirli bir sözleşme hükmünün, yine sözleşmede belirlendiği şekilde uyarlanmasını ifade etmektedir. Sözleşmelerde yer alan döviz kuruna bağlı fiyat düzenlemeleri döviz kuruna karşı koruma sağlamak üzere otomatik uyarlama teşkil etmektedir<sup>880</sup>. Özellikle Türkiye açısından yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilen altyapı ve üst yapı projelerinin finansman ihtiyacı, 3996 sayılı Kanun<sup>881</sup> kapsamında, yurtdışından sağlanan krediler ile sağlanmaktayken, projelerin geliri Türk lirası olarak elde edilmektedir. Son yıllarda yap-işlet-devret modeliyle yapılan otoyol yatırımları bu duruma örnek teşkil etmektedir. Bu nedenle, yıllık ya da altı aylık olarak döviz kurunun (ve dolayısıyla kullanıcıların kullanım bedelinin) yeniden tespit edilmesi uygulama halini almıştır. İşte bu tür kur uyarlamaları sözleşmeye ya da mevzuata göre otomatik olarak gerçekleştirilmektedir<sup>882</sup>.

Yine, özellikle belirli bir eserin meydana getirilmesi şeklindeki yatırımlarla ilgili olarak, ileride ekipman, malzeme, hammadde ve işçilik fiyatlarında oluşabilecek artışların adil bir şekilde karşılanması ihtiyacı için otomatik uyarlama düzenlemeleri

---

<sup>880</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 173. Sözleşme tarafları akdi ilişkinin yeni şartlara uyarlanmasını sözleşmede kabul etmiş olabilirler. Özellikle, altın ya da yabancı para değer kaydı böyledir, bkz. Oğuzman/Öz, s. 604.

<sup>881</sup> 3396 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun, 13/6/1994 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>882</sup> Bu şekilde bir döviz kuru uyarlama kloxunun bulunmadığı durumda, uluslararası ticari uyumsuzluklarda tarafların döviz kuru riskini aldıkları kabul edilmektedirler, bkz. Draetta/Lake/Nanda, s. 174. Oysa, döviz kuru riskinin alınıp alınmadığı, görüşümüze göre, diğer tüm hallerde olduğu gibi, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

kullanılabilmektedir<sup>883</sup>. Dünya Bankası Satın Alma Rehberinin<sup>884</sup> 2.24 ve 2.25 maddelerinde; süresi 18 ayı geçen sözleşmeler için ihale belgelerine işçilik, ekipman, malzeme ve yakıt gibi ana kalemlerle ilgili olarak fiyat uyarlama düzenlemeleri konulabileceği, gelecekte enflasyonun yerel ya da uluslararası olarak yüksek olması beklendiği durumlar için ise, 18 aydan kısa süreli sözleşmelerde de bu tür düzenlemelere yer verilebileceği belirtilmektedir. Yine, fiyatın önceden belirlenen, her bir kırımın belirli göstergelere bağlandığı, bir formül dahilinde uyarlanacağı ifade edilmektedir. Düzenlemeye göre, Dünya Bankası 18 ayı aşan sözleşmeleri uzun süreli sözleşme olarak görmekte ve 18 ayı aşan sözleşmelerin bir formüle dayalı olarak uyarlamaya tabi olmasını kabul etmektedir.

Uygulamada fiyat uyarlamaları için belirli eşik değerlerin de tespit edildiğine şahit oluyoruz<sup>885</sup>. Yıl bazında ya da tüm iş süresi dikkate alınarak fiyatın içinde yer alan kırımlar için ayrı ayrı ya da kümülatif olarak fiyatı oluşturan unsurlarda belirli bir yüzdeyi aşan değişimler fiyat uyarlama mekanizmasını tetiklemektedir. Bir diğer yöntem de belgelendirilmiş maliyet değişimleri oranında fiyatın uyarlanmasıdır. Belirtmek gerekir ki, otomatik uyarlamaya konu maliyet değişimi genellikle malzeme, ekipman ya da işçilik gibi unsurlarda oluşan değişime ilişkindir. Bununla birlikte, işin yapımı sırasında önceden öngörülemeyen bir nedenle maliyetin artması (örneğin otoyol projesinde proje alanında arkeolojik bulgularla karşılaşılması nedeniyle yol güzergahının değiştirilmesi ve bu nedenle maliyetin değişmesi) da uygulamada belirli formüller dahilinde fiyat uyarlamalarına konu olmaktadır.

Otomatik uyarlamanın sıklıkla karşılaşıldığı bir durum da eser sözleşmesinde bir üçüncü kişinin (mühendis, müşavir ya da bilirkişi) kararına göre ayıplı malın yenisiyle

---

<sup>883</sup> Feliciano, F., P., *Role of Investment Agencies in Developing Countries in the Management and Negotiation of Contracts*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985, s. 153.

<sup>884</sup> Rehber erişim için: <http://pubdocs.worldbank.org/en/492221459454433323/Procurement-GuidelinesEnglishJuly12014.pdf>. Erişim tarihi: 22 Şubat 2019.

<sup>885</sup> Feliciano, F., P., s. 153-154.

değiştirilmesi ya da ayıbın giderilmesi ya da mühendisin vereceği sertifika ile işverenin ilave maliyet artı kar olmak üzere ödeme yapması halidir<sup>886</sup>.

### 3. Endekse Dayalı Uyarlama

Uzun süreli sözleşmelerin fiyat uyarlaması için pek çok yöntem bulunmaktadır. Bu yöntemlerden biri de fiyat artışlarına esas olmak üzere bir ya da fazla endekse atıf yapmaktır. Özellikle, Türkiye bakımından, taksitli satış, hizmet ve kira sözleşmelerinde altın ya da döviz değer kaydı, toptan eşya değer kaydı gibi kayıtlar yer alabilmektedir<sup>887</sup>. Piyasa fiyatını uyarlamanın en kolay yolu olarak endekslemek görülebilir<sup>888</sup>. Bu şekilde taraflar ileride oluşacak fiyat riskini minimize etmek istemektedirler. Ancak, kararlaştırılan endeksin değişen koşulları takip etmeme riski mevcuttur<sup>889</sup>. Bu nedenle, Goldberg, uzun süreli sözleşmelerde fiyat uyarlama için pek çok yöntem olduğunu, ancak hiçbirinin mükemmel olmadığını belirtmektedir<sup>890</sup>. Yazar ayrıca tarafların yapabilecekleri en iyi şeyin belki de

---

<sup>886</sup> Horn, N., *Standard Clauses On Contract Adaptation In International Commerce*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985, s. 138.

<sup>887</sup> Eren/Ünsal, s. 2587.

<sup>888</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 329.

<sup>889</sup> Belirtelim ki, gelecekteki fiyat artışlarına (ya da azalışlarına) ilişkin riskin giderimi için endekse dayalı fiyat formülü uzun süreli sözleşmelerde sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bununla birlikte, endeksin arzu edildiği şekilde artışı takip etmemesi mümkün olduğu gibi, endeksin artık hiç kullanılmaması ya da hiç oluşmaması gibi hallerle de karşılaşılması olasıdır. Alcoa davasında, taraflar arasındaki sözleşmede ücret artırımını için bir formüle yer verilmiştir. Buna göre, başlangıçtaki fiyatın 0.03 Dolar/Pound'luk kısmı Endüstri Malları Toptan Satış Fiyat Endeksi (EMTSFE)'ndeki değişikliklere göre, 0.037 Dolar/Pound'luk kısmı ise ALCOA işçilerine ödenen saatlik ücrete göre endekse dayalı olarak artacaktır. Sürüm ücreti haftalık Mühendislik Haber Raporunda (*Engineering News-Record*) yayımlanan ortalama endekse bağlı olarak, işçi ücretleri dışında kalan maliyet ise EMTSFE'deki artışlara göre değişmektedir. İşçi ücretleri ise ALCOA'nın işçilere ödediği saatlik ücrete endekslenmiştir. ALCOA pound başına 4 cent olmak üzere net gelir elde etmeyi hedeflemektedir. 1973 yılından başlayarak OPEC'in petrol fiyatlarında artışa sebebiyet veren hareketleri ve beklenmedik kirlilik kontrolü maliyetleri ALCOA'nın elektrik maliyetlerini artırmıştır. Elektrik maliyeti işçi ücretleri dışında kalan maliyetin önemli bir kısmını teşkil etmektedir ve EMTSFE'deki artışa oranla elektrik maliyetleri çok daha hızlı artmıştır. Dolayısıyla, Sözleşmede belirlenen endeks ALCOA'nın üretim maliyetindeki önemli ve öngörülemez artışı takip edememiştir. Bu açıklamalar ışığında, ALCOA v. Essex davasında sonradan ortaya çıkan piyasa fiyatındaki artışın endekse rağmen taraflarca öngörülemediğinin ve sonuçları itibarıyla dayandığı temel varsayımın gerçekleştiğinin ve ifanın katlanılamayacak kadar güçleşmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Alcoa v. Essex davası bilinçli/eğitilmiş sözleşme taraflarının dahi geleceğe dair yanlış varsayımlarda bulunabileceğinin iyi bir örneğidir.

<sup>890</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 331.

sabit fiyat üzerinde anlaşmak olduğunu ifade etmektedir<sup>891</sup>. Zira, piyasa fiyatındaki ya da maliyetteki artış halinde tarafların iyi niyetle sözleşmeyi yeniden müzakere etmeleri, anlaşmaya varılamaması halinde sözleşmenin feshi her zaman mümkündür.

Yabancı yatırım sözleşmelerinde de sıklıkla fiyat ya da faiz oranları ile ilgili olarak otomatik değişime konu olmak üzere belirli endekslere yer verilmektedir. En yaygın atıfta bulunulan endekslerden biri bankaların kısa vadeli borçlanmalar için birbirlerine uyguladıkları referans faiz oranı LIBOR (*London Interbank Offered Rate*)’dur<sup>892</sup>. Sözleşme tarafları ödünç ya da avanslara ya da temerrüt halinde uygulanacak faiz oranı konusuna LIBOR’a atıfta bulunmaktadırlar. LIBOR ise bankaların piyasa koşullarına göre belirledikleri faiz oranlarının ortalaması olarak her gün belirlenmektedir. Uzun ya da orta vadeli kredinin süresi boyunca dönemsel olarak faiz oranı her bir dönemin başında tespit edilmektedir<sup>893</sup>.

Fransa’da uyarlama konusunda görülen bir uyuşmazlıkta<sup>894</sup>, tavan ve taban ücretlerine ilişkin karmaşık bir endekse rağmen, sözleşmenin kurulmasından sonra, ham petrolün satış fiyatı maliyetinden daha düşük hale gelmiştir. Makul bir fiyatın tespiti amacıyla taraflar sözleşmeyi yeniden müzakere etmişlerse de meselenin dostane yollarla çözülmesi mümkün olmamıştır. Mahkemenin yaklaşımı uyarlama yoluna gitmek değilse de uyarlamanın yolunu açmak olmuştur. Mahkeme taraflardan kendisinin atadığı bir “gözetmen” nezdinde uyuşmazlık konusunda bir sözleşme yapmalarını istemiştir<sup>895</sup>.

Ülkemizde döviz kurlarında yaşanan dalgalanmalar nedeniyle, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’a 4 (g) maddesine; “*Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer*

---

<sup>891</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 331.

<sup>892</sup> Salacuse, W., J., *Renegotiating International Project Agreements*, s. 1332.

<sup>893</sup> Horn, N., *Standard Clauses On Contract Adaptation In International Commerce*, s. 119.

<sup>894</sup> E.D.F. v. Societe Shell Francaise, Paris, 1978.

<sup>895</sup> Peter, W., s. 251-252.

*ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.”* hükmü eklenmiştir<sup>896</sup>. Anılan maddede belirli işlemlerin bedellerinin döviz olarak belirlenemeyeceği belirtildikten sonra, dövize endeksli olarak da bedelin düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ’de yapılan değişiklikle<sup>897</sup> de “*Uluslararası piyasalarda fiyatı döviz cinsinden belirlenen kıymetli madenlere ve/veya emtiaya endekslenen ve/veya dolaylı olarak dövize endekslenen sözleşmeler, 32 sayılı Kararın 4. maddesinin (g) bendi uygulaması kapsamında dövize endeksli sözleşme olarak değerlendirilir.*” düzenlemesi getirilmiştir. Buna göre, uluslararası piyasalarda fiyatı döviz cinsinden belirlenen kıymetli madenlere ve emtiaya endesleme yapılması da döviz endeksleme olarak kabul edilecektir. Tebliğ’in 8. maddesinde ise dövizle ya da dövize endeksli olarak belirleme yasağının istisnaları sayılmıştır.

İstikrarın sözleşmede esneklik sağlanmakla edinilebileceği belirtilmektedir<sup>898</sup>. Sözleşmedeki bu esneklik bazen belirli bir formül, bazen de belirli bir endeks olabilir. Şu kadar ki, söz konusu formülün ya da endeksin daima hukuki ihtilafın önüne geçeceğini düşünmek fazlasıyla iyimser bir düşüncedir. Fiyat belirli bir endekse tabi tutulduğu sözleşmelerde bile, taraflar fiyat artışı aşırı ise ve endeks fiyat artışını yeterince takip edemiyorsa, fiyat endeksine rağmen, uyarlamamanın mümkün olabileceği ifade edilmektedir<sup>899</sup>. Taraflar endeksi tedarikçi lehine maliyet artı bir miktar kar olarak tasarlamış ve öngörülebilir şartlar altında korunmayı amaçlamış olabilirler. Bu halde, fiyat artış formülüne rağmen fiyata ilişkin sözleşme hükmünün uyarlanması uygun olacaktır<sup>900</sup>.

---

<sup>896</sup> RG: 13.09.2018/30534.

<sup>897</sup> RG: 06.10.2018/30557.

<sup>898</sup> Kröll, S., s. 437.

<sup>899</sup> Hillman, R., s. 11.

<sup>900</sup> Hillman, R., s. 11.



#### 4. Tek Taraflı Uyarlama

##### a. Sözleşmenin Bir Tarafının Uyarlama Konusunda Yetkilendirmesi

Tek taraflı uyarlama sözleşmenin bir tarafına verilen, diğer tarafın rızasına bağlı olmaksızın sözleşme koşullarını değişen koşullara uyarlama yetkisini ifade etmektedir. Elbette ki, bu hakkın kullanılması sözleşmede açık bir şekilde düzenlenmesine bağlıdır. Bu yüzden ki, lehine tek taraflı uyarlama hakkı tanınan taraf sözleşmede belirlenen koşullar meydana geldiğinde tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin ilgili hükmünü değişen koşula uyarlayabilmekte, diğer taraf ise sözleşme sınırları içinde kalınmış olması ve yapılan uyarlamanın dürüstlük ilkesine aykırı olmaması kaydıyla itiraz edememektedir. Bu tür bir düzenlemeye kredi sözleşmelerinde banka lehine artan maliyet düzenlemeleri örnek olarak gösterilebilir<sup>901</sup>. Banka bir idari tasarruf nedeniyle (örneğin, düzenleyici otoritenin sermaye yeterliliği oranlarını artırması) maliyetinin artması halinde artan maliyeti sözleşmedeki şartlarla kredi borçlusuna yansıtmaktadır.

Öte yandan, uluslararası eser sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmenin kurulmasından sonra eserde tek taraflı olarak değişiklikler talep edebilmesine ilişkin hükme yer verilmesi istisnadan çok kural halini almıştır<sup>902</sup>. Buna göre, sözleşmede bu şekilde bir hükme yer verilmişse, iş sahibi eser tamamlanmadan önce belirli değişiklikler talep edebilir. Ancak, bu halde, yüklenicinin maliyeti artar ya da azalırsa hakkaniyete uygun düşecek şekilde uyarlama yapılması gerekecektir.

Esasen, sözleşmede hüküm olmamasına rağmen, eserin inşası sırasında iş sahibi talepte bulunmuş, yüklenici de kabul etmek suretiyle gerekli değişikliği yapmışsa, maliyetteki artış ya da azalışa göre yine uyarlama yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Şu kadar ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 480/3 maddesine göre eser daha önce öngörülenden daha az emek ve masrafla tamamlanmışsa iş sahibi yine kararlaştırılan ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla, Türk maddi hukukuna tabi bir sözleşmede iş sahibinin eserin

---

<sup>901</sup> Horn, N., *The Concepts of Adaptation and Renegotiation In The Law of Transnational Commercial Contracts*, s. 4.

<sup>902</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 208.

tamamlanmasından evvel talep edeceği değişiklikler nedeniyle öngörülenden daha az emek ya da masraf gerektirse, bedelin azaltılması için uyarılama müessesine başvurulması ancak taraflar arasında bu hususun sarıh bir şekilde kararlaştırılması ile mümkün olduğunu kabul etmek gerekecektir. Değişiklik talebi nedeniyle emek ve masrafta artış olması halinde yükleniciye ödenmesi gereken tazminatın hesabı ihtilafa açıktır. Tazminatın hesabında değişikliğin yol açtığı maliyetin yanı sıra, yüklenicinin ticaret erbabı olduğu nazara alınarak, makul karın da tazminata eklenmesi gerekir.

#### **b. En Çok Gözetilen Taraf Kaydı**

En çok gözetilen taraf kayıtları tek taraflı uyarılama hallerinden birini teşkil etmektedir<sup>903</sup>. Ev sahibi devletin mevzuat değişikliği ya da bir idari tasarrufla ya da sözleşmesel olarak bir üçüncü devlete daha avantajlı imkanlar sağlaması mümkündür<sup>904</sup>. En çok gözetilen taraf kaydı lehine tesis edilen tarafa sözleşmenin diğer tarafının daha lehe olacak şekilde bir üçüncü kişi ile sözleşme yapması halinde lehe olan hükümlerin lehine en çok gözetilen taraf kaydı tesis edilen taraf için de uygulanmasını, ilk yapılan sözleşmenin sonraki sözleşmenin lehe hükümleri ile otomatik olarak uyarlanmasını<sup>905</sup> ifade etmektedir. Yatırım anlaşmaları bakımından ise, en çok gözetilen ulus kaydı akit devletin sonradan imzalayacağı andlaşmalarda diğer tarafa sağladığı hakların daha lehe olması halinde aynı haklardan akit devletin ve yabancı yatırımcının da yararlanmasını, dolayısıyla, andlaşmanın sonraki andlaşmalarda yer alan lehe düzenlemeler doğrultusunda, otomatik olarak uyarlanmasını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir başka devlet ya da o devlet yatırımcısına daha alt bir standart uygulanmayacağı taahhüt edilmektedir<sup>906</sup>. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın<sup>907</sup> 3/2

---

<sup>903</sup> Bartels, M., s. 33.

<sup>904</sup> Yılmaz, A., Ç., s. 256.

<sup>905</sup> Kanaatimizce en çok gözetilen taraf kayıtları teknik anlamda “uyarılama” değildir. Bu halde sözleşmenin “uyarlanması” değişen bir koşula bağlı değildir. Üçüncü kişi lehine daha lehe bir sözleşme yapılması yeterlidir.

<sup>906</sup> Karaoğlu, A., O., s. 132.

<sup>907</sup> RG: 21.3.1993/21531.

maddesinde karşılıklı olarak en çok gözetilen taraf kaydı düzenlenmiş olup, madde şu şekildedir:

*“Akit Taraflardan Hiçbiri, Kendi Ülkesindeki Diğer Akit Tarafın Vatandaş veya Şirketlerince Yapılan Yatırımların, İdaresi, Bakımı, Kullanımı faydalanılması veya tasarrufuna, kendi vatandaş veya şirketlerinden ya da herhangi bir üçüncü ülkenin vatandaş veya şirketlerinden daha az elverişli muamele uygulayamaz.”*

Esasen en çok gözetilen taraf kaydı düzenlemesine akit devlet lehine de yer verilmesi teknik olarak mümkündür<sup>908</sup>. En çok gözetilen taraf kaydı genel olarak tüm sözleşme hükümlerini kapsayacak şekilde düzenlenebileceği gibi, yalnızca belirli bir konu ile de sınır olabilir. Örneğin, hammadde temini, ihracat-ithalat düzenlemeleri ya da mali mevzuatla sınırlı olmak üzere en çok gözetilen ulus kaydı hakkı tanınması mümkündür<sup>909</sup>. Bununla birlikte, en çok gözetilen taraf kaydının yatırım anlaşmalarındaki çözüm yollarını da içine alıp almadığı uygulamada tartışma konusu olmuştur<sup>910</sup>.

Öte yandan, en çok gözetilen taraf kaydının istikrar kloxunun bir istisnasını teşkil ettiği ifade edilmektedir.<sup>911</sup> Esasen, söz konusu iki düzenleme konuları ve korumaya çalıştıkları haklar itibarıyla birbirlerinden farklıdırlar. Şöyle ki, istikrar kloxu, kararlaştırılan belirli düzenlemelerin sözleşmenin süresi boyunca aynı kalacağını düzenlemektedir. En çok gözetilen taraf kaydında ise devletin yapacağı sonraki sözleşmelerde yer alan yabancı yatırımcı haklarının daha lehe olması halinde bu haklardan önceki yatırımcının da istifade etmesini teminen sözleşme hükümlerinin bu doğrultuda tek taraflı olarak uyarlanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle, istikrar kloxu ve en çok gözetilen taraf kaydının birlikte düzenlenebileceği, birbirlerinin ikamesi olmadıkları görüşündeyiz. Bununla birlikte, istikrar kloxu bulunmayan bir sözleşmede yer alan en çok gözetilen taraf kaydı nedeniyle

---

<sup>908</sup> Bartels, M., s. 34.

<sup>909</sup> Bartels, M., s. 34.

<sup>910</sup> Tartışma konusu yapılan davalardan biri Mafezzini davasıdır. İkili Yatırım Anlaşması'nda yer alan yerel mahkemeye başvurmadan, en çok gözetilen ulus kaydına istinaden ICSID nezdinde dava açılması hakemler tarafından uygun bulunmamıştır. Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 12 November 2000.

<sup>911</sup> Bartels, M., s. 35.

yatırımcının daha lehe hükümlere sahip olması halinde, ev sahibi devletin sağlanan ilave menfaat nedeniyle oluşacak açığı vergi gibi kalemlerle kapatabileceği akla gelmektedir.

Son dönemde, diğer yatırımcılar ile ileride yapabilecekleri sözleşmelerinde yeterli esnekliğe sahip olmak üzere, ev sahibi devletlerin en çok gözetilen taraf kayıtlarına sözleşmelerinde istisnai olarak yer verdikleri görülmektedir. Diğer nedenler arasında ise, yabancı yatırımların gün geçtikçe ülke ekonomilerinde daha önemli yer tutması ve yabancı yatırımcının sonraki yatırımcıların sözleşme şartlarına ilişkin bilgi edinme imkanının sınırlı oluşu gösterilebilir.

## 5. Arabulucunun Müdahalesi

Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlığa dair karar verme yetkisi bulunmayan bir üçüncü kişinin müdahalesiyle uyuşmazlığın giderilmesi faaliyetinin tamamını ifade etmektedir. Hakem ya da hâkim gibi mesele hakkında karar verme yetkisi bulunmadığından, daha doğru bir ifadeyle, faaliyeti tavsiyeden öteye gitmediğinden, taraflar bakımından yargılamada olduğu kadar kurallarla bağlı olmayan esnek bir süreçtir. Bu anlamda arabuluculuk müzakerenin bir çeşididir. Arabulucunun işi tarafların birlikte uyuşmazlıkla ilgili olarak bir anlaşmaya varmalarını kolaylaştırmaktan öte değildir. Paris Temyiz Mahkemesi önünde görülen bir davada<sup>912</sup>, mahkeme tarafları bir arabulucuya (*observer*) sevk etmiş ve tarafların anlaşmamaları halinde ise mahkeme yeni fiyatı belirleme hakkını saklı tutmuştur. Esasen, TTK'nun 5/A maddesinde yapılan düzenlemeyle<sup>913</sup> konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Belirli bir para borcunun uyarlanmasına ilişkin davalar bakımından da geniş yorumla mahkemelerin

---

<sup>912</sup> EDF v. Shell Française, 1977. Önemle belirtmek isteriz ki, taraflar arasındaki sözleşmede aşırı ifa güclüğü klotuna yer verilmiş ve tarafların fiyatı yeni koşullara uyarlamak üzere görüşecekleri düzenlenmiştir. Paris Temiz Mahkemesinin yargılamasından önce hakemler tarafından aşırı ifa güclüğü klotuna dayanılması ve uyarlama için gerekli şartların oluştuğuna karar verilmiştir. Davanın açıklaması ve hakemlerin yetkisine ilişkin olarak bkz. Gaillard, Emmanuel, Savage John (Ed.), Fouchard Galliard Goldman On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, s. 29.

<sup>913</sup> RG: 19.12.2018/30630.

zorunlu arabuluculuğa başvurulmasının gerektiğine karar verdikleri görülmektedir<sup>914</sup>. Öte yandan, uyarılama talebi alacaklının alacak ya da tazminat istemine karşı savunma olarak da ileri sürülebileceğinden zorunlu arabuluculuğa konu olması mümkündür. Bu şekilde, arabuluculuk belirli bir para borcuna dayalı uyarılama davası için bir dava şartı haline gelmiş durumdadır. Şüphesiz ki, Türk mahkemelerinin ayrıca tarafları sulhe davet etmek, taraflar arasında uyuşmazlığın yeniden ele alınmasına teşvik etme yetkisi ve bizce görevi bulunmaktadır. HUMK'nun 140(2) maddesinde, açıkça hâkim tarafları sulhe ve arabuluculuğa sevkeder denilerek yetkinin yanında bunun bir görev olduğu belirtilmektedir. Kanaatimize göre, özellikle uzun süreli sözleşmeler kapsamındaki uyarılama davaları yönünden tarafların mahkeme tarafından yeniden müzakereye davet edilmesi usul ekonomisi bakımından da en uygun olanıdır.

Belirtmek gerekir ki, yatırım sözleşmelerinde yer alan arabuluculuk düzenlemelerinin tarafların iradesinin aksine işlemesi söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle, arabuluculuk taraflarca her uyuşmazlığın hakem heyetine ya da milli mahkemeler önüne gitmesini önlemek, uyuşmazlığın en kısa sürede ve taraflarca çözülmesini sağlamak amacıyla başvurulmuş bir müessesedir. Arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın giderilememesinden dolayı tarafların sorumlu tutulabilmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü taraflar uyuşmazlığın bir üçüncü kişinin müdahalesiyle ve yine tarafların müşterek kararıyla giderilmesini amaçlamaktadırlar. Uyuşmazlık arabuluculuk faaliyetine rağmen giderilemezse tarafların ya da bir tarafın yetkili mahkeme ya da tahkim heyetine başvurmasına engel bulunmamaktadır<sup>915</sup>.

Çoğu tahkim merkezi nezdinde arabuluculuk kuralları mevcuttur. Söz konusu tahkim merkezlerinden, ICC kendi Arabuluculuk Komitesinin yetkisini “uluslararası karakterdeki her türlü ticari uyuşmazlık” olarak tanımlamaktayken, yine yatırım tahkimi konusunda

---

<sup>914</sup> İstanbul Anadolu 4. ATM, 17.5.2019, 2019/116 E., 2019/566 K.; İstanbul Anadolu 10. ATM, 30.9. 2019, E. 2019/1107 E., 2019/669, K. Bununla birlikte, belirli bir para borcuna dayanmayan (örneğin, sözleşmenin süresinin uyarlanmasına ilişkin istemlerde) uyarılama için arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olmadığı düşünülebilir.

<sup>915</sup> Bartels, M., s. 81.

önemli yer tutan, ICSID Konvansiyonu “Merkezin genel yetkisine giren uyuşmazlıkları” arabuluculuk yönünden yetkisi içinde görmektedir<sup>916</sup>.

Yatırım tahkimi bakımından önemi nedeniyle ICSID nezdinde arabuluculuk hususuna biraz daha ayrıntıyla değinmeyi uygun buluyoruz. ICSID Konvansiyonuna göre Arabuluculuk Komitesi taraflarca mutabık kalınacak bir ya da herhangi bir tek sayıda arabulucudan oluşmaktadır. Taraflar arabulucu sayısında anlaşamazlarsa Komite her bir tarafın atayacağı bir arabulucu ve iki arabulucunun birlikte atayacakları ve başkan olacak üçüncü arabulucu olmak üzere üç arabulucudan oluşacaktır. Taraflardan birinin arabulucu atamaması nedeniyle bu şekilde komisyonun teşekkülü mümkün olmamışsa, ICSID Genel Sekreteri taraflardan birinin talebi üzerine ve taraflara danışmak suretiyle Merkezin listesinde yer alan arabulucular arasından kendisi atayacaktır. Komisyonun görüşmeleri, taraflardan bilgi alınması ve duruşma gibi hususlarda detaylı kurallar ICSID’in İdari Konseyinin Arabuluculuk Kurallarında<sup>917</sup> yer almaktadır.

Arabuluculuk usulü tarafların anlaşmaya varmasıyla, taraflardan birinin sürece dahil olmaması halinde ya da arabulucuların tarafların arabuluculukla bir anlaşmaya varmalarının mümkün olmadığı sonucuna varmaları durumunda son bulmaktadır. Yine belirtmek gerekir ki, tarafların arabuluculuk sürecindeki sözlü ya da yazılı beyanları müteakip tahkim sürecinde herhangi bir maksatla kullanılamayacaktır.

Arabuluculuk Komitesi ICSID İdari Konseyinin ücretler hakkındaki düzenlemelerine uygun olarak ve Genel Sekreter’e danışarak kendi ücretini belirleyecektir. Taraflarca aksine anlaşma olmadığı durumda masraflar taraflar arasında eşit paylaşılacaktır. ICSID Arabuluculuk kurallarının ayrıntılı yapısı akla uygunken, kurallar aynı zamanda işlemleri zorlaştırmakta, bu nedenle tarafların arabuluculuk müessesine başvurma isteğini azaltmaktadır<sup>918</sup>.

---

<sup>916</sup> Bartels, M., s. 82.

<sup>917</sup> İlgili Arabuluculuk Kurallarına şu link’ten erişilebilir: [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID\\_Mediation\\_Rules.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Mediation_Rules.pdf) (Son Erişim Tarihi: 6 Mayıs 2022). Ayrıca, kurallar ile ilgili olarak bkz. Bartels, M., s. 83.

<sup>918</sup> Bartels, M., s. 85.

Arabuluculuğun avantajları şöyle sıralanabilir: Masraflar nispeten azdır, tarafın menfaatine uygun olmayan anlaşmaya varılması riski düşüktür ve uyuşmazlığın arabuluculukla sona erdirilmesi halinde taraflar arasındaki ticari ilişkinin sürdürülebilme olasılığı mahkeme ya da tahkim heyetinin kararına oranla yüksektir. Elbetteki arabuluculuk faaliyetinin başarıya ulaşması baştan itibaren tarafların uyuşmazlığın dostane yollarla çözümü için belirli fedakârlıklar yapmayı kabul etmeleriyle mümkündür<sup>919</sup>. Diğer bir ifadeyle, bir taraf talebinin tamamına kavuşurken diğer tarafın eli boş dönmeyi kabul edeceği bir arabuluculuk mümkün değildir; taraflar belirli fedakarlıklar yapmak suretiyle uzlaşmaya varmaktadırlar.

Arabuluculuk hususunda önemli bir tartışma konusu arabuluculuk faaliyetleriyle varılan sonucun icra edilebilir olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, bu husus, 1958 tarihli New York Konvansiyonu gibi bir düzenlemeye bağlanması gereklidir<sup>920</sup>.

## **6. Hâkimin ya da Hakemin Müdahalesi**

Yabancı yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar genellikle tahkime ya da mahkemeye başvurulmaksızın, sözleşme hükümlerinin yeniden müzakeresi ile çözüme kavuşturulmaktadır. Uygulamada hakemler genel olarak taraflarca benimsenmeyecek çözümler yerine daha yaygın prensipleri uygulama eğilimindedirler<sup>921</sup>. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda uluslararası uygulamanın tarafların gerçek iradelerinin araştırılması yönünde olduğunu söylemek doğru olacaktır. Bu iradenin araştırılmasında ise sadece sözleşme ile bağlı olmadan sözleşme öncesi ve sonrasında tarafların birbirleriyle münasebetleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Mahkemenin sözleşmeye müdahalesi konusunda çeşitli endişeler dile getirilmektedir<sup>922</sup>. Bu endişelerden ilki, tarafların sözleşmeyi dikkatlice tasarladıkları, bu

---

<sup>919</sup> Bartels, M., s. 88.

<sup>920</sup> Bartels, M., s. 89.

<sup>921</sup> Al Qurashi, Z., s. 270.

<sup>922</sup> Hâkimin sözleşmeye müdahalesine ilişkin hukuki tartışmalar için bkz. Barnett, Randy, E., Perspectives On Contract Law, Aspen Publishers, Third Edition, 2005, s. 423, Hillman, R., s. 7 vd, Gotanda, J. Y., s. 1471.

nedenle, sonradan ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğü gibi durumların riskini de üstlendikleri, mahkemenin sözleşmeye müdahale etmek suretiyle, iyi tasarlanmış bir sözleşmeyi uyarlayarak, sözleşme özgürlüğünü zedeleyeceği ve belirsizliğe neden olacağına ilişkindir. Öncelikle, yukarıda izah ettiğimiz üzere, sözleşmeye bağlılık prensibinin en katı uygulandığı hukuk sistemlerinde bile sonradan ortaya çıkan olağanüstü durumlarla ilgili olarak, hâkime sözleşmeye müdahale etme, en azından, ifa yükümlülüğünün sona erdirilmesine karar verme imkânı tanınmaktadır. Diğer taraftan, günün koşullarında, ilgili tarafın, aksi açıkça düzenlenmediği müddetçe ya da işin doğası gereği riskin üstlenilmiş olduğunun kabulü gerekmedikçe, sözleşmeden doğan öngörülebilir ya da öngörülemeyen her türlü riskin ilgili tarafça üstlenildiğine karar verilmesi de mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce mahkemenin müdahalesi genel olarak sözleşme özgürlüğünü zedelemeye yönelik olmayıp, bilakis değişen koşullar çerçevesinde, sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkindir. Esasen, hâkim ya da hakem sözleşmeyi sona erdirebilir, sözleşmenin içeriğini ve süresini değiştirebilirse de hâkim ya da hakemin sözleşmeye müdahalesi sınırsız da değildir<sup>923</sup>. Öte yandan, mahkemenin uyarlamasındaki belirsizlik tarafları uyuşmazlığı sulhen çözmelerinde itici güç de olabilir<sup>924</sup>.

Ayrıca, mahkemelerin uyarlamanın hangi hallerde uygun olacağını tespit etme hususunda yeterli bilgi ve deneyime sahip olmadıkları da eleştiri konusu yapılmaktadır<sup>925</sup>. Öncelikle, mahkemenin müdahale yetkisinin sınırının çizildiği hukuk sistemleri için bu eleştirinin haklı olduğu söylenemez. Zira, müdahalenin şartları da mahkemenin şartlar oluştuğunda alabileceği önlemler de düzenleme altına alınmaktadır. Bu şekilde yetkinin sınırları çizilmektedir. Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupa hukukları bakımından durum böyle olmakla birlikte, mahkemenin müdahalesinin genel olarak sözleşmenin sona

---

<sup>923</sup> Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 313.

<sup>924</sup> Hillman, R., s. 32. Bununla birlikte, belirtelim ki, ICSID tarafından tahkimin taraflarca sulh zemini olarak kullanılması uygun görülmemektedir.

<sup>925</sup> Gotanda, J. Y., s. 1471.



erendirilmesi ile sınırlı olduğu<sup>926</sup> ve çok istisnai hallerde bu imkânın tanındığı Anglo-Sakson hukuk sistemi için de sorun görünmemektedir.

Bir diğ er eleştiri konusu da mahkemelerin uzun süreli karmaşık ticari sözleşmeleri uyarlama konusunda yeterince donanıma sahip olmamalarıdır. *Hillman*, haklı olarak, bu eleştiriye, karmaşık davaların yalnızca uzun süreli sözleşmelere mahsus olmadığı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında hakemlerin ve arabulucuların da uyarlama problemlerinde hakimlerden daha nitelikli olmadıkları yanıtını vermektedir<sup>927</sup>. Ayrıca, hakimlerin diğ er davalarda olduğu gibi, taraflardan, vekillerinden ve uzmanlardan yardım almasına da bir engel yoktur<sup>928</sup>. Mahkeme uyarlarken uygun bir fiyat formülü tespit etmek amacıyla tarafların mevcut şartlar altında formüle edilmiş ya da uyarlanmış diğ er benzer sözleşmeleri dikkate alabilir<sup>929</sup>. Mahkeme taraflarca uzlaşma için yapılan teklifleri de kararına esas alabilir<sup>930</sup>.

Yatırım sözleşmelerini de kapsayan uzun süreli sözleşmeler için taraflar güçlü ilişki bağları ve iş birliği içerisinde sözleşmenin ifa edileceğini ummakta, sözleşme hükümlerine süresi boyunca değişmeksizin mutlak olarak uygulanacağı gözüyle bakmamaktadırlar<sup>931</sup>. Zira, özellikle hammadde tedarikine ilişkin uzun süreli sözleşmelerin tarafları genellikle, gelecekteki fiyat gibi riskleri gidermekten ziyade, diğ er tarafla kurulan iş birliğinden istifade etmeyi amaçlamaktadırlar<sup>932</sup>.

Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde mahkemenin ya da hakemlerin uyarlama yetkisine sahip olmaları halinde sözleşmeye bağlılık prensibinin tehlike altında olduğu ifade

---

<sup>926</sup> Yukarıda izah ettiğimiz üzere, Alcoa davasında, Amerikan mahkemesi karşılıklı ifa yükümlülüklerinin sona erdirilmesi yerine sözleşmenin uyarlanmasını tercih etmiştir, s. 189, d. 784. Belirtelim ki, Amerikan hukuk uygulaması için oldukça liberal olan bu yaklaşım sonraki mahkeme kararlarında takip edilmemiştir.

<sup>927</sup> Hillman, R., s. 26. Aynı görüşte bkz. Barnett, R., E., s. 423.

<sup>928</sup> Barnett, R., E., s. 423.

<sup>929</sup> Hillman, R., s. 22.

<sup>930</sup> Hillman, R., s. 22.

<sup>931</sup> Hillman, R., s. 4.

<sup>932</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 327; Hillman, R., s. 5.

edilmektedir<sup>933</sup>. Esasen, uyarlama yetkisinin mahkeme ya da hakemler tarafından her iki tarafın da menfaatleri gözetilmek suretiyle doğru bir şekilde kullanılması halinde sözleşmenin ayakta tutulmasına imkân tanınacağından, bu anlamda sözleşmeye bağlılık prensibinin korunduğunu düşünüyoruz. Yine, mahkemenin uyarlama yetkisinin taraf özerkliğini sınırladığı ve bu suretle taraflar için yeniden bir sözleşme kurulduğu belirtilmektedir<sup>934</sup>. Bu fikre de kısmen katılmıyoruz. Zira, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması maksadıyla başlatılan yeniden müzakere süreci başarısız olduğu için mahkeme ya da hakem heyetinden bu konuda karar vermesi istenmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin uyarlanması için yeniden müzakere edilmesi öncelikle tarafların takdirindedir. Ancak, hakemlerin de yeniden müzakerenin başarısız olması halinde tarafları uyarlama konusunda tekliflerini sunmaya davet edecekleri ifade edilmektedir<sup>935</sup>. Sözleşmeyi değişen koşullara en iyi uyarlayacak olanlar yine tarafların kendileridir. Mahkeme ya da hakemlere verilen yetki tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözmeleri noktasında teşvik edici bir unsurdur. Esasen, hakemlerin de tarafları kendi bulguları ışığında sözleşme hükümlerini yeniden müzakere etmeye davet edebileceği de belirtilmektedir<sup>936</sup>.

ICC kurallarına göre tek hakem tarafından 1971 yılında verilen bir başka tahkim kararında<sup>937</sup>, Hindistan ve Pakistan devletleri arasında yaşanan ihtilafın, sözleşme tarafının ifa yükümlülüğünden kurtulması için yeterli bir gerekçe teşkil etmediğine hükmedilmiştir. Hakem, Profesör Lalive, edimin değişen koşullara uyarlanması hususunu kararın gerekçesinde;

*“... ahde vefa prensibinin tehlikeli bir istisnasını teşkil eden Rebus sic stantibus’un katı ve dar yorumlanması gerektiği evrensel olarak kabul edilmektedir. Farklı ülkelerden uluslararası hukukçular ifada temerrüdü mazereti olarak değişen koşullar müessesesi hakkında her ne görüşe sahip olurlarsa olsunlar, şüphesiz rebus sic*

---

<sup>933</sup> Frick, J. G., s. 146.

<sup>934</sup> Frick, J. G., s. 146.

<sup>935</sup> Berger, K., P., *Adaptation of Long-Term Contracts*, s. 602.

<sup>936</sup> Ng’ambi, S., P., s. 23.

<sup>937</sup> ICC Dava No. 1512 (1971). Bir Pakistan Bankasının bir Hindistan şirketine hitaben düzenlemiş olduğu garanti kapsamında ülkeler arasında yaşanmakta olan silahlı çatışmanın ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı iddiasına dayanmaktadır. Davanın kısa açıklamasına şu linkten ulaşılabilir: [https://www.trans-lex.org/201512/\\_/icc-award-no-1512-yca-1976-at-128-et-seq/](https://www.trans-lex.org/201512/_/icc-award-no-1512-yca-1976-at-128-et-seq/). (Son Erişim Tarihi: 18 Haziran 2022).

*sitantibus (bazen “frustration”, mücbir sebep”, “emprevizyon” ve benzeri şekillerde anılmaktadır) olarak adlandırılan doktrininin uygulamasının, değişikliğin mahiyetinin esaslı olması dışında, somut olaydaki sözleşme tipi, dürüstlük ve hakkaniyet gereklilikleri ile olayın tüm özellikleri de nazara alınarak, uygulanmasını haklı kılacak mücbir sebeplerle sınırlandırılması ihtiyacını kabul edeceklerdir.”*

şeklinde ifade etmiştir. Hakemler karara varırken tarafların gerçek niyetlerini araştırmışlar sonuç olarak ülkeler arasındaki ihtilafa dayanarak tarafın edimini yerine getirmekten kaçınmasını haklı bulmamışlardır. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme taraflarının ülkeleri arasında ortaya çıkan bir kriz taraflardan birinin ya da her iki tarafın da ediminin ifasını imkânsız hale getirebileceği gibi, aşırı ifa güçlüğüne de sebebiyet verebilir. Somut olayda ise, ihtilafın tarafların gerçek niyeti de araştırılmak suretiyle, aşırı ifa güçlüğüne yol açacak nitelikte olmadığına karar verilmiştir<sup>938</sup>.

Bruner, değişen koşulların tahkim uygulamasında hukukun genel prensipleri arasında olduğunu kabul etme eğiliminde olduğunu belirtmektedir<sup>939</sup>.

CMS v. Arjantin Davasında<sup>940</sup> hakem heyeti:

*“... Hakem Heyeti, Arjantin Krizinin şiddetli olduğu ve ancak tümüyle ekonomik ve sosyal çöküntüye yol açmadığı konusunda ikna olmuştur. Arjantin krizi dünyanın farklı bölgelerindeki ülkeleri etkileyen diğer yakın zamandaki krizlerle karşılaştırıldığında, söz konusu diğer krizler uluslararası sözleşmesel ya da uluslararası andlaşmalardaki yükümlülüklerin ortadan kalkmasına yol açmamışlardır. Yeniden müzakere, uyarılama ve [borç] öteleme olmuştur ancak uluslararası yükümlülükler aynen korunmuştur.”*

ifadesine yer vermektedir. Arjantin 1989 yılında ekonomik reformlar çerçevesinde devletin sahip olduğu belirli endüstrilerde özelleştirme yapmıştır. Bu alanlardan biri de gaz dağıtım endüstrisidir. Özelleştirme kapsamında sekiz gaz dağıtım şirketi oluşturulmuş olup, bunlardan bir tanesi, Transportadora de Gas del Norte (TGN)’dir. 1995 yılında, CMS, Arjantin devletinden TGN’in %25’ini satın alarak hissedar hale gelmiştir. TGN’in de aralarında bulunduğu doğalgaz kamu hizmet sağlayıcıları mevzuata göre her altı ayda bir

<sup>938</sup> Draetta/Lake/Nanda, s. 199.

<sup>939</sup> Bruner, Christoph, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration, s. 417.

<sup>940</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, Award, s. 102. Karar metnine <https://www.italaw.com/cases/288> adresinden erişim sağlanabilir. Erişim tarihi: 8 Şubat 2019.

tarifeleri Birleşik Devletler Üretici Fiyat Endeksine göre ayarlama hakkına sahiptiler. Ekonomik kriz nedeniyle, Arjantin'in talebi üzerine, doğalgaz şirketleri, oluşacak maliyetin bir yıl içinde tazmin edilmesi kaydıyla, doğalgaz ücretlerinin ayarlanmasının altı aylık süre ile durdurulmasını kabul etmişlerdir. Arjantin söz konusu maliyeti tazmin etmemiş ve sonunda da gaz şirketlerinin tarifeleri ayarlama hakkını tamamen iptal etmiştir. Bu suretle, CMS ICSID nezdinde Arjantin devletini dava etmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, Arjantin ekonomik kriz nedeniyle, yasalaştırdığı Olağanüstü Hal Kanunu (*Emergency Law*) Yeniden Müzakere Komisyonu tarafından lisansların yeniden müzakeresi sürecini öngörmektedir. Arjantin CMS'e yeniden müzakere kapsamında tarifede %7'lik artış yapmayı teklif etmiştir.

Taraflar uyarlama konusunda anlaşamazlarsa, çözümlerden biri, şüphesiz, edimin uyarlanmasına karar verilmediği durumda, edimin ifası yükümlülüğünün ortadan kalktığına mahkemenin karar vermesidir<sup>941</sup>. Bu çözüm esasen uyarlamanın mümkün olmadığı hallere uygun düşebilir. Diğer bir çözüm ise, mahkemenin tarafları iyi niyetle müzakereye ya da arabuluculuğa davet etmesidir<sup>942</sup>. Belirtmek gerekir ki, mahkemenin daveti taraflar üzerinde etkili olabilirse de tarafların davete uymak zorunlulukları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, yatırım uyuşmazlıkları gibi, uzun süreli ve bir an önce çözümünde her iki tarafın da menfaatinin bulunduğu uyuşmazlıklar da mahkeme ya da hakem heyetinin tarafları sulhe yönlendirmesinin bir değerinin bulunmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Tarafların mahkeme ya da hakem heyetinin yönlendirmesine rağmen uyarlama konusunda anlaşamamaları halinde ise mahkemenin ya da hakem heyetinin şartları varsa sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamasından başka çare görünmemektedir. Uyarlamanın tarafların beklentilerini destekleyen, aynen ifanın bir çeşidi olduğu ifade edilmektedir<sup>943</sup>. Esasen, uyarlanan edim asıl edimin yerine geçmekte sözleşme bu şekilde ayakta tutulmaktadır.

CMS davası ile ilgili olarak, yukarıda Türkçe metnine yer verdiğimiz, hakem heyetinin, aşırı ifa güçlüğü savunmasının kabul etmeme gerekçesine değinilen bölüm kanaatimizce pek çok açıdan eleştiriye açıktır. Öncelikle, aşırı ifa güçlüğü için, krizin

---

<sup>941</sup> Barnett, R., E., s. 422.

<sup>942</sup> Barnett, R., E., s. 422.

<sup>943</sup> Barnett, R., E., s. 424.

ekonomik ve sosyal çöküntüye yol açması ölçütü aranması aşırı ifa güçlüğüne uygulamasını önemli ölçüde sınırlamakta, pek çok durumda bu müesseseye dayanılmasını imkânsız hale getirmektedir. Öte yandan, hakem heyeti ulusal yükümlülükler açısından yeniden müzakere, uyarlama ve borç ötelemenin söz konusu olduğunu, uluslararası yükümlülüklerin aynen korunduğunu belirterek ulusal ve uluslararası yükümlülükler arasında ayrıma gitmiştir. Kanaatimizce, bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. Somut olayda, taraflar uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmediklerinden, ICSID Konvansiyonu’nun 42(1) maddesine göre hakem heyeti ev sahibi devletin hukuku ile uygulanabildiği ölçüde uluslararası hukuku uygulamak durumundadır. Ev sahibi devletin hukukunun uygulandığı “ulusal” uyuşmazlıklarda yeniden müzakere, uyarlama ve borç ötelemesinin kabul edilmesine rağmen, sırf uluslararası uyuşmazlık kapsamında olması nedeniyle bir diğer yükümlülük için bu hukuki müesseselerin kabul edilmemesinin doğru olmadığı görüşündeyiz.

#### **a. Sözleşme Hükümlerine Göre Uyarlama**

Sözleşmede açıkça belirli şartların zaman içerisinde değişmesi ve buna bağlı olarak edimler arasındaki dengenin bozulması halinde, bu şartların değişen koşullara uyarlanarak taraflar arasında hüküm ifade etmesi düzenlenmiş olabilir. Özellikle, yabancılık unsuru taşıyan, uzun süreli ve sürekli edimli sözleşmelerde sıklıkla bu tür düzenlemelere rastlanmaktadır<sup>944</sup>. Uyarlama konusunda açık düzenlemenin bulunmadığı durumda yeniden müzakerenin gerekliliği ifade edilmektedir<sup>945</sup>. Esasen, kanaatimizce yeniden müzakere uyarlamamanın bir önceki evresi ve parçasıdır. Uyarlama klozunun bulunduğu durumda da yeniden müzakere ihtiyacı bulunmaktadır. Uyarlama klozunun bulunmadığı ve uygulanacak hukukta uyarlamaya ilişkin açık düzenleme yer almadığı durumda ise yeniden müzakere daha da önem arz etmekte, zaruri bir hal almaktadır. Yine, belirtmek gerekir ki, sözleşmenin açık hükmüne rağmen, uygulanacak hukukun da bu uyarlama hükmünü

---

<sup>944</sup> El Sheikh, Fath el R., A., s. 102.

<sup>945</sup> Horn, N., *Standard Clauses On Contract Adaptation In International Commerce*, s. 119.

yasaklamamış olması, diğer bir ifadeyle, uyarlama hükmünün icrasının mümkün olması gerekir<sup>946</sup>.

Tanımı itibariyle uzun süreli olan yabancı yatırım sözleşmelerine, yeniden müzakere, uyarlama, mücbir sebep, aşırı ifa güçlüğü gibi sözleşmesel esneklik veren hükümlerin konulması değişen koşullar karşısında taraflara uyarlama imkânı tanımakta ve bu sayede uyuşmazlıkların önlenmesi söz konusu olabilmektedir<sup>947</sup>. Belirtelim ki, gelişmiş ülkelerde dahi sözleşmeye bağlılık prensibi mutlak olarak uygulama alanı bulmamaktadır<sup>948</sup>.

ICC uygulamasında sözleşmenin açıkça aşırı ifa imkânsızlığı halinde yeniden müzakere edileceği ve sonrasında uzlaşılammışsa hakemlere havale edileceğini düzenlediği durumlarda hakemlerin anılan hükme dayanarak karar verdikleri görülmektedir. Tarafların gerçek amaçlarının araştırıldığını ve sözleşmede kısmen ya da eksik olarak zikredilmiş olması durumunda dahi, tarafların bu iradelerinin hakemlerce geniş bir şekilde yorumlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

#### **i. Uyarlama Klozları**

Yabancı yatırım sözleşmelerinde zaman içinde değişen koşullara sözleşmenin uyarlanması için yeniden müzakere ve/veya uyarlama klozlarına da yer verilmektedir. Bu uygulamanın halen gelişim sürecinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Esasen, anılan klozların istikrar klozlarına oranla her iki tarafın da amaç ve menfaatlerine daha uygun düştüğü ve sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen özel durumlar için taraflara esneklik sağladığı haklı olarak savunulmaktadır<sup>949</sup>. Diğer yandan, mahkeme ya da hakemlerin ulaşacağı neticenin her iki tarafın da arzu etmediği şekilde olabilecek olması nedeniyle aynı zamanda eleştirilmektedir<sup>950</sup>. Uyarlamanın müzakeresi hususuna sözleşmede sıklıkla yer verilmeyişinin bir nedeni de tarafların bazen bu hükümleri sözleşmeye koyma

---

<sup>946</sup> Horn, N., *The Concepts of Adaptation and Renegotiation In The Law of Transnational Commercial Contracts*, s. 8.

<sup>947</sup> Sornarajah, M., Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts, *Journal of International Law* 5, No. 2, 1998, s. 109.

<sup>948</sup> El Sheikh, Fath el R., A., s. 102.

<sup>949</sup> Al Qurashi, Z., s. 263.

<sup>950</sup> Gotanda, J. Y., s. 1466.

hususunda isteksiz olmalarıdır<sup>951</sup>. Nitekim uyarlama ve yeniden müzakere klotlarına belirsizlik yaratacağı inancıyla sözleşme taraflarının kuşkuyla yaklaştığı doğrudur. Bir diğer çekince ise tüm olayları kapsayacak şekilde ve tarafların farklı menfaatlerine uygun mükemmel klotun bulunmayışıdır.

Bununla birlikte, hakemlerin belirli kararları veremeyeceği sözleşmede düzenlenebilir. Örneğin hakem heyetinin taraflar adına yeni sözleşme yapma anlamına gelecek bir karar alamayacakları ya da sözleşme koşullarını değiştirmeyecekleri sözleşmede düzenlenebilir<sup>952</sup>. Bu halde hakem heyetinin sözleşme koşullarını uyarlama yetkisinin olmadığı genel olarak kabul edilmelidir. Ancak, çok istisnai hallerde, örneğin sözleşmenin aynı zamanda hakkaniyete göre karar verileceğini düzenlediği durumda, hakem heyeti uyarlama yasağına rağmen sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamayı uygun görebilir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu tüm sözleşmeler için söz konusu iken uzun süreli sözleşmelerde tipiktir. Sözleşmeye bağlılık prensibinin uygulaması ne kadar esnekse o kadar çok tarafların iş birliğini gerektirmektedir. Aynı şekilde sözleşme süresi uzadıkça uyarlama ihtiyacı da artmaktadır<sup>953</sup>. Bu yüzden özellikle doğal kaynakları ilgilendiren yabancı yatırım sözleşmeleri istikrar klotları ile birlikte mücbir sebep hallerini de kapsayacak şekilde yeniden müzakere ve uyarlama klotlarını içermektedir<sup>954</sup>. Uyarlama klotunun bulunmadığı ve hatta uygulanacak hukukun uyarlamayı kabul etmediği hallerde tarafların ad hoc olarak yeniden müzakere eğiliminde olduklarını belirtmek doğru olacaktır<sup>955</sup>. Nitekim, uzun süreli olarak yapılan ev sahibi devletin sözleşmenin eksiksiz ifasında menfaati bulunduğu, yabancı yatırımcının büyük ihtimalle henüz yatırımının karşılığını almadığı ya da önemli miktarda zaman ve harcama yaptığı durumlarda, uyuşmazlığın çözümü her iki taraf için de elzemdir.

---

<sup>951</sup> Frick, J. G., s. 145.

<sup>952</sup> Bartels, M., s. 115.

<sup>953</sup> Frick, J. G., s. 145.

<sup>954</sup> Horn, N., *Standard Clauses On Contract Adaptation In International Commerce*, s. 119.

<sup>955</sup> Frick, J. G., s. 145.

Uyarlama klotları çok çeşitli ve çok farklı içerikte olabilir. Peter, uyarlama klotlarının bağlayıcı karar verecek bir üçüncü kişinin müdahalesine en uygun düştüğünü düşünmektedir<sup>956</sup>. Ancak bu tür klotların hepsinin gayesi şüphesiz işlemin karmaşık yapısının sözleşmesel detayların tamamını öngörmeyi ve tanımlamayı imkansızlaştırdığı durumda sorunu çözmektir<sup>957</sup>. Değişen koşullara uyum açısından en geniş esneklik belki de hiç uzun süreli bir sözleşme ilişkisine girilmemesidir. Ancak, tezimizin konusunu teşkil eden yatırım sözleşmelerinin yukarıda izah ettiğimiz üzere uzun süreli olmaları kural nispeten kısa süreli olmaları ise istisnadır. Bu nedenle, taraflara esneklik sağlayacak çözüm uzun süreli bir sözleşme yapmamaları değildir. Esneklik özellikle uyarlama klotları ile ve sözleşme planlaması ile sağlanabilir. Peter, aynı zamanda uyarlama klotlarının uyuşmazlıktan kaçınma ve uyuşmazlığın halli için de önemli olduğunu ifade etmektedir<sup>958</sup>.

Uluslararası sözleşmeler için uluslararası organizasyonlar nezdinde standart sözleşme klotları hazırlanmak üzere çalışmalar yapılmaktadır. FIDIC İnşaat Sözleşmesi Genel Şartları'nda<sup>959</sup> fiyat artış ve azalışları için farklı örnek uyarlama klotları mevcuttur.

1982 tarihli Sudan Hükümeti ile Sun Sudan Oil Company arasında imzalanan Petrol Üretimi – Paylaşım Sözleşmesinin 32. maddesinde:

*“... Hükümet ve müteahhit, Sudan'daki mevcut koşulları göz önünde bulundurarak, petrol endüstrisindeki değişen koşulları nazara alarak, sözleşmenin adil ve hakkaniyetli işlemlerini sağlamak üzere bir tarafın uygun göreceği tadilleri, ayarlamaları, uyarlamaları ve netleştirilmesi gereken hususları gözden geçirmek ve tartışmak üzere yıllık olarak birbirlerine danışacaklardır...”*

denilmektedir<sup>960</sup>. Buna göre, taraflar hem petrol endüstrisindeki gelişmeler hem de Sudan'daki mevcut koşulları dikkate alarak yıl içinde ortaya çıkan uyarlama ya da değişiklik önerilerini yıllık olarak ele almak üzere sözleşmişlerdir. Dikkat çekici husus ise, sözleşmenin

---

<sup>956</sup> Peter, W., s. 233.

<sup>957</sup> Frick, J. G., s. 168.

<sup>958</sup> Peter, W., s. 234.

<sup>959</sup> FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering. Uyarlama klotları FIDIC gibi meslek organizasyonları tarafından standart hüküm haline getirilmektedir, açıklama için bkz. Peter, W., s. 234.

<sup>960</sup> El Sheikh, Fath el R., A., s. 105.



yapıldığı 1982 yılından günümüze globalleşmenin de etkisiyle koşulların değişme hızının son derece artmış olduğudur. 1982 yılında öngörülen bu ihtiyacın günümüzde evleviyetle bulunduğunun kabulü gerekir.

## ii. Tahkim Klozları

Çoğu uluslararası yatırım sözleşmesi uygulamada tahkim klozunu barındırmaktadır. Bunun en temel nedeni ev sahibi devletin kendi mahkemelerinde yargılanması durumunda adilane bir sonucun çıkmayacağı fikridir<sup>961</sup>. Uygulamada maden imtiyazlarında uyuşmazlık çıktığında yatırım sözleşmesinin tarafları sürekli olarak beklenen kardan mahrum olmamak için uyuşmazlığın en kısa sürede çözülmesi için baskı altındadırlar. Yabancı yatırım sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğü ve yeniden müzakere klozlarında tahkim şartına yer verilmesine yaygın olarak rastlanmaktadır. Taraflar yeniden müzakere sürecinde uzlaşamamaları halinde uyuşmazlık uygulamada sıklıkla kararlaştırıldığı şekilde tahkim yargılamasıyla çözülecektir. Bu halde ise, hakemlerin sözleşmede bu konuda açık hüküm bulunmayan hallerde gönülsüz oldukları bilindiğinden, yeniden müzakerenin maksadına ulaşmak mümkün olmayabilecektir<sup>962</sup>. Bu nedenle, yeniden müzakere, uyarılma ve tahkim klozları kimi durumda iç içe geçen düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yatırım sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıkların büyük çoğunlukla ICC tahkim divanına, Dünya Bankası nezdinde kurulan ICSID'e ya da ad hoc tahkime götürüldüğünü belirtelim<sup>963</sup>. ICC'nun uzun yıllardır süre gelen faaliyeti özellikle yatırımcılar arasında söz konusu kuruma olan güvenin tesisinde önemli rol oynamıştır. ICSID ise resmi statüsü ve Merkezin dayandığı Konvansiyonun geniş ölçüde devlet arasında kabul edilmiş olması nedeniyle gelişmekte olan ülkelerin güvenliğini kazanmıştır<sup>964</sup>. ICSID tahkimlerinde şu ana kadar verilen kararlar yatırımcıların ev sahibi devletin avantajlı olabileceği endişesini teyit

---

<sup>961</sup> Bartels, M., s. 94.

<sup>962</sup> Berger, K. P., s. 1352.

<sup>963</sup> Bunun nedeni olarak belirli uluslararası ticari faaliyetlerde bazı tahkim kurumlarına diğerlerine oranla daha fazla güven duyulduğu belirtilebilir. Ad hoc tahkim seçiminde ise taraflardan en az birinin kurumsal tahkime olan güveninin bulunmadığı düşünülebilir. Bartels, M., s. 97.

<sup>964</sup> Bartels, M., s. 97.

etmemektedir<sup>965</sup>. Dolayısıyla yabancı yatırımcıların da ICSID tahkimine olan güveninin arttığını söylemek yanlış olmayacaktır.

### **b. Uygulanacak Hukuka Göre Uyarlama**

Yukarıda karşılaştırmalı hukuk sistemlerine ilişkin yapmış olduğumuz inceleme Anglo Sakson hukuklarının katı yaklaşımı dışında, belirli seviyelerde ve koşullara tabi olmak üzere tüm hukuk sistemlerinin bir uyarlamayı kabul ettiğini görmekteyiz. Sözleşmede tarafların açıkça değişen koşullar halinde edim yükümlülüğünün uyarlanacağını kabul etmedikleri durumlarda, uyarlamanın dayanağını sözleşmeye uygulanacak hukuk teşkil edecektir. Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından ICSID Konvansiyonu'nun 42. maddesine göre hakem heyeti uyuşmazlık hakkında tarafların açıkça tespit ettikleri hukuka göre karar verecektir. Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse kanunlar ihtilaf kuralları dahil olmak üzere ev sahibi devletin hukuku ve uygulanabildiği ölçüde uluslararası hukuk uygulanacaktır. Yabancı yatırım sözleşmeleri yönünden uluslararası hukuka yapılan atfın bilinçli bir atf olduğu düşünülmelidir. Uluslararası hukukun asli kaynakları arasında yer alan hukukun genel prensipleri ve uluslararası örf âdetin ve yardımcı kaynaklar arasında yer alan yargı kararları ile öğretinin ne kapsamda dikkate alınacağı ise açık değildir. Görüşümüze göre, uluslararası hukukun asli ve yardımcı kaynaklarının tümünün değerlendirmeye alınması uygun olur. Bununla birlikte, uluslararası örf âdetin, hukukun genel ilkelerinin ve yardımcı kaynakların yabancı yatırımlar bakımından ayrı öneme sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, yabancı yatırımlar geçmişten günümüze büyük oranda hukukun genel prensiplerine ve uluslararası örf âdete de değinen yargı kararları ve öğreti ile gelişmiş ve şekillenmiştir.

PECL'nin 6.111 maddesi<sup>966</sup>, taraf ediminin aşırı derecede güçleşmesi halinde de (maliyetinin artması ya da karşı edimin değerinin azalması halinde) edimin ifasının zorunlu olduğunu belirttikten sonra, aşırı ifa güçlüğüne koşulların değişmesine bağlı olduğu durumda, tarafların sözleşmenin uyarlanması ya da feshine ilişkin yeniden müzakere

---

<sup>965</sup> Bartels, M., s. 97.

<sup>966</sup> Madde metnine [https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/) linkinden ulaşılabilir. (Son Erişim Tarihi: 14 Temmuz 2022).

yükümlülüklerinin bulunduğunu, tarafların anlaşamamaları durumunda ise, mahkemenin sözleşmeyi mahkeme tarafından belirlenecek tarihte ve şartlarla sona erdirmeye ya da değişen koşullar nedeniyle ortaya çıkan kayıp ya da karın taraflar arasında adil bölüşümünü sağlayacak şekilde sözleşmeyi uyarlayabileceği düzenlenmektedir. Madde metnine bakıldığında, önemli birkaç husus göze çarpmaktadır. Öncelikle, uyarlama yetkisi dışında mahkemeye sözleşmenin sona erme tarihini ve şartlarını belirleme yetkisi verilmiştir. Değişen koşulların bir taraf lehine geliri artırdığı durumda bu gelirin de adil bir şekilde dağılımı için sözleşmenin uyarlanması imkânı tanınmıştır. Söz konusu hükme, yatırımın değişen koşullar nedeniyle öngörülenden çok daha kazançlı olması halinde ev sahibi devletin dayanabileceği düşünülebilir. Madde metninde ayrıca, mahkemenin, dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak yeniden müzakere talebini reddeden ya da müzakereleri sona erdiren tarafın uğranılan zararı tazmin etmesine hükmedebileceği düzenlenmektedir.

DCFR'nin III.-1:110 maddesinde de<sup>967</sup> PECL ile paralel olarak, maliyet artışının ya da değer kaybının yol açtığı aşırı ifa güçlüğü halinde, ifayla borçlunun sorumlu tutulmasının önemli ölçüde adaletsizliğe yol açacağı durumda, makul surette ve hakkaniyete uygun olarak edimin, değişen koşullara uyarlanabileceği ya da yükümlülüğün mahkeme tarafından uygun bulunan tarih itibarıyla ve şartlarla sona erdirilebileceği ifade edilmektedir. Genel olarak kabul edilen, değişen koşulların sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmaması, bu hususların borçlu tarafından göz önünde bulundurulmamış olması, borçlunun riski üstlenmemiş olması ve makul surette ve iyi niyetle şartların uyarlanması için gayret sarf etmesi gibi koşulların yanı sıra borçlunun değişen koşulların olasılığını ya da ölçeğini de makul surette öngörememiş olması belirtilmektedir. Görüşümüze göre öngörememenin kapsamına değişen koşulların ölçeğinin de eklenmesi isabetli olmuştur. Buna göre, taraflarca sözleşme süresinde savaş çıkması öngörülebilirse de savaşın edimin ifasına etkisi, diğer bir anlatımla, ölçeği öngörülememişse, bu halde de uyarlama ya da sözleşmenin sona ermesi talep edilebilecektir. Aynı husus, ekonomik kriz için de geçerli olmalıdır. Yargıtay pek çok kararında Türkiye'nin enflasyonist bir ülke olduğunu belirterek, ekonomik krizlerin öngörülebilir olduğunu ifade etmektedir. Ekonomik kriz öngörülebilirse de ölçeğinin her

---

<sup>967</sup> Madde metnine [https://www.dcfri.uni-osnabrueck.de/php/show.php?provision\\_id=175](https://www.dcfri.uni-osnabrueck.de/php/show.php?provision_id=175) linkinden erişilebilir. (Son Erişim Tarihi: 14 Temmuz 2022).

zaman öngörülmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Belirtelim ki, PELC’de yerinde olarak belirtilen dürüstlük ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak müzakereden kaçınma ya da müzakerelerin sona erdirilmesi halinde söz konusu tarafın uğranılan zararı tazmin etmesine karar verilebileceği DCFR maddesinde açıkça düzenlenmemektedir.

## **B. Yeniden Müzakere ve Uyarlamaya İlişkin Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**

### **1. ICSID Uygulamasında Uyuşmazlık Yokluğu Görüşü**

Yatırım sözleşmesinde yeniden müzakere klotuna yer verilmiş olsa bile, tarafların başarıyla sözleşmenin şartlarını yeniden müzakere edemedikleri durumda taraflar arasında ICSID Konvansiyonu anlamında bir uyuşmazlığın mevcut olup olmadığının tartışmalı olduğu ifade edilmektedir<sup>968</sup>. ICSID Konvansiyonu’nun 25/1 maddesine ilişkin resmi yorumda, “...hukuki ihtilaf” ifadesi, hakların çatışması Merkezin yargı yetkisine dahil iken, sadece bir çıkar çatışması yargı yetkisine dahil olmadığından, özellikle kullanılmıştır. Uyuşmazlık bir hakkın ya da yükümlülüğün mevcudiyeti ya da kapsamına ilişkin ya da bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle ödenecek tazminatın mahiyeti ya da ölçüsüne ilişkin olmalıdır...” denilmektedir<sup>969</sup>. ICSID Konvansiyonunun 25/1 maddesi anlamında “hukuki ihtilaf”ın varlığı davacının hukuki bir talepte bulunmasına bağlıdır<sup>970</sup>. Dolayısıyla, sözleşmenin ICSID hakem heyetince uyarlanması davacının gerçek bir hukuki talepte bulunmasına dayanmaktadır. Bu nedenle, taraf iyi niyetle sözleşmenin yeniden müzakere

---

<sup>968</sup> Gotanda, J. Y., s. 1465. ICSID Konvansiyonuna göre tahkim davasının başlatılması uyuşmazlığın bulunmasına bağlı olduğu için yeniden müzakerenin anlaşma olmaksızın sonuçlanması halinde taraflar arasında uyuşmazlığın bulunmadığına karar verilirse, bu halde dava ICSID Konvansiyonunun kapsamı dışında kabul edilecektir. Gotanda, milli hukukun hakem heyetinin sözleşmenin şartlarını uyarlamasını bir uyuşmazlık olarak kabul etmediği durumda, hakem heyetinin sözleşmeyi uyarlama yetkisinin bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, ihtilaf yokluğu nedeniyle yetkisiz olunmasına rağmen hakem heyetinin kendisini yetkili görmesi ve karar vermesi halinde kararın hemen hemen bütün ülkelerin tarafı olduğu New York Konvansiyonuna göre tanıma ve tenfizinin mümkün olmayacağını da ifade etmektedir, Gotanda, J. Y., s. 1466.

<sup>969</sup> Berger, K. P., s. 1375.

<sup>970</sup> 1965 yılında ICSID Genel Kurulu’na sunulan İcra Direktörleri Raporunda (Report of the Executive Directors) “Hak uyuşmazlıkları ICSID’in yargı yetkisinin kapsamına dahil olmasına karşın, saf menfaat çatışmaları kapsama dahil değildir. “Hukuki uyuşmazlık” terimi bu hususu ifade etmek üzere kullanılmıştır.” denilmektedir. Konvansiyonun kabulünden önce sunulan bu raporda da bu husus açıkça ifade edilmektedir. Açıklama için ayrıca bkz. Kröll, S., s. 430.

edilmesi gerektiğini ifade ederken, yeniden müzakere için şartların da oluştuğunu ikna edici şekilde belirtmelidir.

Sözleşmede yer alan yeniden müzakere klotuna rağmen tarafın yeniden müzakereden kaçınması sözleşmenin ihlali anlamına geleceğinden şüphe yoktur<sup>971</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmede yer alan yeniden müzakere klotunun yorumlanmasına ilişkin bir davada taraflar arasında uyuşmazlık bulunduğu takdirde ihtilafın bulunduğu, dolayısıyla, tahkime gidilmesinin koşulunun gerçekleştiği söylenebilir<sup>972</sup>. Aynı şekilde otomatik uyarlamaya ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, yeniden müzakerenin uzlaşma olmadan sona erdiği durumda tazminat istemi gibi hallerde taraflar arasında ihtilaf olduğu açıktır. Ayrıca, haklı olarak, tarafların bir üçüncü kişinin müdahalesini aradıkları durumda, taraflar arasındaki görüş farklılığının “uyuşmazlık” seviyesine ulaştığının kabulünün gerektiği ifade edilmektedir<sup>973</sup>. Zira, taraflardan biri mevcut durumun devamını isterken, diğer taraf sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını arzu etmektedir. Bu durum ise, sözleşmenin ihlali, yatırımın millileştirilmesi ya da milli ya da uluslararası hukukun tek taraflı uygulanmasına yol açabilecek niteliktedir<sup>974</sup>.

Yeniden müzakere klotuna bağlı olarak iyi niyetle müzakereye rağmen uzlaşmaya varmak mümkün olmamışsa bu halde hakemlerin hukuka ve hakkaniyete uygun bir karar vermek suretiyle taraf edimlerinin değişen koşullara uyarlama hususunda yargı yetkilerinin bulunduğu kanaatindeyiz. Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bakımında da sözleşmenin uyarlanması taleplerinin tahkime elverişli olduğu ve kanundan kaynaklanan bir engelin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>975</sup>.

---

<sup>971</sup> Marcantonio, J. B., ICSID As A Forum For Renegotiation and Adaptation, Horn, Norbert (Ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985, s. 238.

<sup>972</sup> Berger, K. P., s. 1372.

<sup>973</sup> Marcantonio, J. B., s. 238.

<sup>974</sup> Marcantonio, J. B., s. 238.

<sup>975</sup> Gölcüklü, İlyas, Milletlerarası Tahkimde Hakemlerin Sözleşmeyi Yeni Koşullara Uyarlaması, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Bildiri Tam Metin Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 70.

Ancak, İhtilafın olup olmadığını belirlemek yukarıdaki hallerdeki kadar her zaman kolay değildir. Özellikle tarafların yeniden müzakere klotunun yorumuyla ilgili hakem ya hakemlere müracaat etmedikleri durumda, tarafların yalnızca birinin hakem ya da hakem heyetinden uyarılma talebinde bulunduğu halde, taraflar arasında ihtilafın mevcut olup olmadığı konusunun gündeme gelmesi olasıdır<sup>976</sup>. Bugüne kadar, yalnızca bir “anlaşmazlık” ya da görüş ayrılığının tahkime elverişli olmadığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, “anlaşmazlık” ve “uymazlık” arasındaki sınırın net bir şekilde çizilmesi mümkün gözükmemektedir<sup>977</sup>. Berger’e göre, muhtemel müzakerenin neticesi o kadar geniştir ki, taraflar arasındaki sözleşmenin uyarılmasına ilişkin görüş farklılığı klasik tahkim yargılamasının açık “evet ya da hayır” uygulamasına uymamaktadır. Aksine, tarafların sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine hakem heyetinin kararı geçmektedir<sup>978</sup>.

ICSID sisteminde ise, hakem heyetinin, tarafların hak ve yükümlülükleri konusunda karar vermedikleri için, uyarılma konusunda yetkili olmadıkları farz edilmektedir. Bu nedenle, hakem ya da hakemler önlerine gelen ihtilafı çözmekle görevli olacaklardır.

## **2. Yabancı Yatırım Sözleşmelerinin Uyarılmasının Ekonomik Yönü**

Yukarıda açıkladığımız üzere, fiyat uyarılmasının en kolay yollarından biri fiyatın uygun görülen bir endekse tabi tutulmasıdır. Yeniden müzakere ise doğru ve güncel bilgiyi kullanarak daha etkin bir şekilde sözleşmeyi uyarlamaya imkân verebilir<sup>979</sup>. Ekonomist Goldberg, “ağır hakkaniyete aykırılık” maddelerinin fiyatın bütünüyle kontrolden çıktığı durumda yeniden müzakereyi gerektirdiğini söylemektedir<sup>980</sup>. İfa maliyetinin fiyatın üstüne çıkması halde de teorik aşırı ifa güçlüğüne uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir<sup>981</sup>. Fiyatın yeniden müzakere edilmemesi halinde ise sözleşme mevcut haliyle ifa edilecek ya

---

<sup>976</sup> Berger, K. P., s. 1372. Marcantonio, J. B., s. 236.

<sup>977</sup> Berger, K. P., s. 1374.

<sup>978</sup> Berger, K. P., s. 1373.

<sup>979</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 331.

<sup>980</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 331.

<sup>981</sup> Sanlı, Kerem Cem, *Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomi Analizi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 446.

da sözleşmenin feshi ve/veya uyuşmazlığın mahkeme ya da hakemler tarafından çözülmesi ile sonuçlanacaktır. Öte yandan, tarafların her biri yatırım sözleşmesini belirli menfaatler elde etmek üzere yapmaktadırlar. O yüzden her iki tarafın da sözleşmenin ifasında menfaati bulunmaktadır. Sözleşmenin yeniden müzakereye açılması hususunda iş birliği yapılmaması ekonomik olarak her iki taraf bakımından kayıplara sebebiyet verebilecek niteliktedir<sup>982</sup>. Aynı şekilde yeniden müzakerenin bir tarafın lehine diğer tarafın kaybına yol açan bir işlem olarak görülmemesi gerektiği, artan fiyat karşılığında, satıcının da sözleşme süresinin uzatılmasını teklif edebileceği ifade edilmektedir<sup>983</sup>. Yeniden müzakereden sonuç alınamaması halinde ise, hâkim ya da hakemin ifa maliyeti ve edimin alacaklıya değeri hakkında doğru ve güvenilir bilgiye ihtiyacı olacaktır<sup>984</sup>.

Uzun süreli sözleşme yapılması halinde taraflar yalnızca gelecekteki fiyatın nasıl oluşacağına dair endişelerini gidermek için değil, aynı zamanda iş birliğinin getirilerine de sahip olmak istemektedirler<sup>985</sup>. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra koşulların değişmesi halinde fiyatın aynı şekilde uygulanması durumunda edimi değişmeyen taraf için hak edilmeyen bir zenginleşmenin olduğu da ifade edilmektedir<sup>986</sup>. Aynı şekilde, riskin giderilmesi amacıyla bir tür sigorta yaptırılabilirliği düşünülse de öncelikle risk de bir maliyettir<sup>987</sup>. Aynı zamanda, her riskin sigorta ettirilmesi de mümkün olmayabilir. Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımında ise, uluslararası örgütler nezdinde yabancı yatırımcılara belirli şartlara tabi olmak üzere sigorta/garanti sağlanabilmektedir. Mesela, MIGA Konvansiyonu'nun 13. Maddesinde yer alan kriterleri karşılayan yatırımcılara ev sahibi devletin de onayıyla ticari olmayan risklere karşı garanti verilebilmektedir.

---

<sup>982</sup> Bartels, M., s. 52.

<sup>983</sup> Goldberg, V., *Framing Contract Law*, s. 331.

<sup>984</sup> Sanlı, K., C., s. 447.

<sup>985</sup> Goldberg, Victor, Readings in the Economics of Contract Law, Goldberg, Victor (Ed.), *Price Adjustment in Long-Term Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, s. 225.

<sup>986</sup> Frick, J. G., s. 167.

<sup>987</sup> Posner, Richard A., Rosenfield, Andrew M., *Economic Analysis of Contract Law, Antitrust Law and Safety Regulations*, Wahl, Jenny B. (Ed.), *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, Garland Publishing, Inc., New York, London, 1998, s. 91.

### 3. New York Konvansiyonu Çerçevesinde Uyarlama Kararının Tenfizi

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu (New York Konvansiyonu), 1923 tarihli Tahkim Klotlarına İlişkin Cenevre Protokolünün yerine almak üzere, Uluslararası Ticaret Odasının 1953 yılında hazırlamış olduğu taslağa dayanmaktadır. Uluslararası Ticaret Odasının başlattığı çalışma Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi nezdinde de karşılığını bulmuş ve Konsey 1955 yılında tadil edilmiş taslağı Birleşmiş Milletler nezdinde tartışmaya açmış ve bunun neticesinde New York Konvansiyonu kabul edilmiştir. New York Konvansiyonu 1 Ekim 1992 tarihinde Türkiye bakımında yürürlüğe girmiştir.

Türkiye Konvansiyonun I (3) maddesinde verilen yetki ile çekince koymak suretiyle yalnızca Konvansiyona taraf olan devletlerde verilen hakem kararlarının Konvansiyona göre tenfizini kabul etmiştir<sup>988</sup>. Buna göre, Türkiye dışında Konvansiyona taraf bir devlette verilen hakem kararları yabancı olup, Konvansiyona göre tenfizleri söz konusudur. Bu anlamda iki Türk arasında Türkiye dışında bir ülkede verilen hakem kararı da Konvansiyonun kapsamına dahildir. Aynı şekilde, Konvansiyona göre, tenfizi istenen ülkede verilen ancak yabancı nitelikteki hakem kararları da Konvansiyon hükümlerine göre tenfiz olunmaktadır. Türk hukuku bakımından, yabancı nitelikteki ve tarafların kendi iradeleriyle Milletlerarası Tahkim Kanununun kapsamı dışına çıkardıkları tahkimde verilen hakem kararları da Konvansiyona göre tenfiz edilecektir.

New York Konvansiyonu V. maddesinde genel olarak tenfiz engelleri düzenlenmekte olup, V(1)(c) maddesinde hakem heyetinin tahkim sözleşmesi veya tahkim şartındaki yetkilerini aşarak karar vermiş olması tenfiz engelleri arasında gösterilmiştir<sup>989</sup>. Buna göre, anılan hüküm tahkim klotunun kapsamı ile tarafların hakem heyeti tarafından çözümü için hakem heyetinin önüne getirdikleri meselenin tespiti konularını akla getirmektedir<sup>990</sup>. Hakem heyetinin tahkim klotundan doğan yetkisi daha geniş olmakla birlikte tarafların

---

<sup>988</sup> Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, s. 799.

<sup>989</sup> De Cuyper, J., Peter, W., s. 794.

<sup>990</sup> Van Der Berg, Jan, s. 15.



çözümü için hakem heyetine ilettikleri mesele daha dar olabilir. Ayrıca, hakem heyeti uyuşmazlığı görmekte iken, kendilerine verilen yetki taraflarca açıkça ya da örtülü olarak genişletilebilir<sup>991</sup>. Bununla birlikte, hakem heyetinin yetkisini aşırp aşmadığının değerlendirilmesi esasa ilişkin kararın yeniden değerlendirilmesine de yol açmamalıdır<sup>992</sup>. Nitekim, ilke olarak, hakem kararının maddi ve hukuki olgular bakımından tanıma ve tenfize karar verecek mahkemece gözden geçirilmesi mümkün değildir<sup>993</sup>. Ayrıca, hakemler tarafların talepleri ile bağılı olup, talep fazlasına hükmedemezler.

Uyarlama yönünden hakem heyetinin yetkisini aşırp aşmadığının tespiti önem arz edecektir. Zira, hakem heyeti yetkisini aşması halinde sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kararın New York Konvansiyonu göre tenfizi mümkün olmayacaktır<sup>994</sup>. Hakemlerin tahkim anlaşması ile yetkilendirilmedikleri bir konuda karar vermeleri yetki aşımı olarak değerlendirilmektedir<sup>995</sup>. Şanlı, uygulamada, “işbu Sözleşmeden doğan veya onunla ilgili olan tüm uyuşmazlıklar” şeklinde yapılan tahkim anlaşmasının verdiği yetkiyi kullanan hakemlerin, sözleşmenin kuruluş, yorum ve ifasından doğan ya da sözleşme ile ilgili tüm sorunları karara bağlama yetkisine sahip olacaklarını ifade etmektedir<sup>996</sup>. Bu şekilde düzenlenen standart tahkim klotunun hakemlere yalnızca uyuşmazlığı çözme yetkisi verdiği, sözleşmeyi yeniden yazma ya da tadil etme yetkisi verdiğine ilişkin görüş de mevcuttur<sup>997</sup>. Aynı şekilde, hakemlerin tarafların seçtikleri hukuku uygulamamaları yetki aşımı olarak değerlendirilmektedir<sup>998</sup>. Bununla birlikte, Russi, yeniden müzakere sürecinin başarısız olması halinde hakemlerin sözleşmenin uyarlanması konusunda yetkili olacakları

---

<sup>991</sup> Van Der Berg, Jan, s. 15.

<sup>992</sup> Van Der Berg, Jan, s. 15.

<sup>993</sup> Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 476.

<sup>994</sup> Russi, L., s. 107.

<sup>995</sup> Akıncı, Z., s. 511.

<sup>996</sup> Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 482.

<sup>997</sup> Zwolankiewicz, Agata, Hardship and Force Majeure as Grounds for Adaptation and Renegotiation of Investment Contracts: What Is the Extent of the Powers of Arbitral Tribunals?, Erasmus Law Review, V. 14, N. 2, 2021, s. 99.

<sup>998</sup> Ruhi, Ahmet Cemal, 1958 Tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 95.

ve farklı hukuk sistemlerinde de tanıma ve tenfize konu olacağını ifade etmektedir<sup>999</sup>. Hakem heyeti uyarlama konusunda yetkisi tahkim sözleşmesinden, meseleye uygulanacak hukuktan ya da tarafların tahkim yargılaması sırasında açık ya da örtülü olarak verecekleri yetkiye dayanabilir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere, yatırım uyuşmazlıkları bakımından ev sahibi devletin hukukunun yanı sıra uluslararası hukuk da uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle, hakemlerin yetkilerini aşp aşmadıklarına milli hukukun yanı sıra uluslararası hukuk da göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Tabii, uluslararası hukukun yazılı kaynakları dışında diğer yazılı olmayan kaynaklar da dikkate alınacaktır. Uluslararası hukukun yazılı olmayan kaynaklarının tespiti kadar, birbiriyle yarışan hukukun genel prensipleri halinde, yetkinin aşılp aşılmadığı sorunu zorluk arz edebilecek niteliktedir. Kanaatimize göre, hakem heyetinin tarafların seçtikleri milli hukuka ve uluslararası hukuka göre yabancı yatırım sözleşmesinin uyarlanmasına karar vermeleri halinde, tahkim anlaşmasında bu konuda açıkça yetkili kılınmamış olmaları hakem kararının tenfizine sorun teşkil etmemelidir. Bu bakımdan hakemler ve taraflarca imza altına alınan görev belgesi de önem arz etmektedir<sup>1000</sup>. Öte yandan, uyarlamayı yapan üçüncü kişinin kararının bir hakem kararı olması halinde ancak bunun şartları varsa New York Konvansiyonuna göre tenfizi mümkündür<sup>1001</sup>.

New York Konvansiyonu V (2) (b) maddesinde ayrıca yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizinin talep edildiği devletin yetkili makamının, söz konusu hakem kararının tanınması ya da tenfizinin o devletin kamu düzenine aykırı olacağını tespit ettiği durumda da hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Yabancı hakem kararının tenfizine ve tanınmasına karar verecek mahkeme kamu düzenini

---

<sup>999</sup> Russi, L., s. 108.

<sup>1000</sup> Tahkim anlaşması ve görev belgesi arasında çatışma olduğu takdirde hangisinin uygulanması gerektiği tartışma konusu olmuştur. YHGK bir kararında tarafların vekillerine verilen tahkime ilişkin yetkiyle sözleşmenin değiştirilemeyeceğine karar vermiştir, YHGK, E. 2006/15-609, K. 2006/656, T. 18.10.2006. Tahkim anlaşması ile görev belgesinin farklılık arz etmesi halinde hangisinin uygulanacağına ilişkin tartışma için bkz. Ruhi, A., C., *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s. 30 vd.

<sup>1001</sup> Peter, W., s. 233. Yazar üçüncü kişinin müdahalesinin yalnızca sözleşmesel “tahkim” teşkil ettiği, diğer bir ifadeyle, yargısal bir tahkimden söz edilmediği durumda, New York Konvansiyonuna göre tenfizin mümkün olmayabileceğini belirtmektedir.

re'sen dikkate alır<sup>1002</sup>. Tenfiz incelemesinde kamu düzenine aykırılığın incelenebilmesi için hakem heyetinin kararına esas aldığı bazı vakıaların inceleme konusu yapılması da gerekebilecektir<sup>1003</sup>. Bir tanıma göre, kamu düzeni, belirli bir ülkede hâkim olan hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki sistemin temel kural ve kurumlarını ifade etmektedir<sup>1004</sup>. Çelikel/Erdem ise, kamu düzeni kurallarını, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü olarak tanımlamaktadır<sup>1005</sup>. Nomer de kamu düzeninin içeriğinin tam olarak tespitinin, kamu düzeni anlayışındaki değişkenlik nedeniyle, mümkün olmadığını ve özellikle anayasal haklar ile münferit kanun hükümlerinin temelini oluşturan ana prensiplerin milli anlayışlarının kamu düzenini teşkil ettiğini ifade etmektedir<sup>1006</sup>. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, 2012 tarihli kararında<sup>1007</sup>, kamu düzeninin çerçesini, “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*” şeklinde çizmiştir.

---

<sup>1002</sup> Ruhi, Ahmet, Cemal, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, (**Kamu Düzeni**) Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019., s. 87. Bu yönde yüksek mahkeme kararı için ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD., 2011/19737 E., 2012/25406 K., T. 13.11.2012, (Erişim Tarihi: 22 Mart 2022).

<sup>1003</sup> Şanlı, C., s. 516 – 517. Yazar, vakıaların inceleme konusu yapılması gerektiği duruma örnek olarak, borçlunun tüm borcunu ödemiş olmasına rağmen, sahte belgelere istinaden hakem kararının verilmesi halinde, mahkemenin taraflarca dayanılan belgeleri incelemek durumunda olacağını ifade etmektedir.

<sup>1004</sup> Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, s. 831; benzer bir tanım için ayrıca bkz. Şanlı, C., s. 513.

<sup>1005</sup> Çelikel, Aysel, Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 17. Bası, İstanbul, 2021, s. 141.

<sup>1006</sup> Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2021, s. 164 – 165.

<sup>1007</sup> YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012, (Erişim Tarihi: 26 Mart 2022). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, kamu düzenine aykırılığı, benzer şekilde “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*” olarak tanımlamıştır, YHGK, E. 2013/11-1135, K. 2014/973, T. 26.11.2014 (Erişim Tarihi: 26 Mart 2022).

Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi için yapılan başvuru üzerine, mahkeme yabancı hakem kararının konusunun kamu düzenine aykırı olması, hakemlerin bağımsızlığı ve yargılama usüllerinin kamu düzenine aykırı olması hallerinde kararının tanınması ve tenfizine engel teşkil edecektir<sup>1008</sup>. Bununla birlikte, yalnızca yabancı hukukun uygulanması ve yabancı hukuka göre verilen kararın Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizine engel teşkil etmemelidir<sup>1009</sup>. Kamu düzenine aykırılık bakımından önem arz eden husus, tenfizi istenen hakem kararının, Türkiye'nin hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki sisteminin temel kural ve kurumlarına aykırı olup olmadığıdır<sup>1010</sup>. Belirtelim ki, milli hukuktaki kamu düzeni kavramı ile milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni anlayışı farklıdır<sup>1011</sup>. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni çok daha dar kapsamlıdır. Yabancı hukuk, kamu menfaati ve ahlaki sebeplerle konulmuş kurallara aykırı olduğu ölçüde uygulanmamaktadır<sup>1012</sup>. Diğer bir ifadeyle, kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanıma ve tenfizin reddedilebilmesi için hakem kararının devletin hukuk düzeninin temel ilkeleri ya da genel hukuk ilkeleri ile çatışması ve ağır bir şekilde bu ilkeleri zedelemesi gerekmektedir<sup>1013</sup>. Nomer de yabancı hukuk kuralının kamu düzeninin müdahalesine uğraması için kuralın uygulanmasının o ülkede tahammül edilemeyecek ölçüde kamu düzenini ihlal etmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>1014</sup>. Yine, tanıma ve tenfizi istenen hakem kararının devletin genel ahlak kurallarına aykırı olması da kamu düzeni bakımından tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul edilmektedir. Genel ahlak kuralları ise zaman ve yere göre değişmektedir. Temel bir hukuk kuralına aykırılık nedeniyle kamu

---

<sup>1008</sup> Akıncı, Z., s. 543.

<sup>1009</sup> Yargıtay 2. HD., 2005/1149 E., 2005/4090/ K., 16.3.2005 tarihli kararında, İngiltere mahkemesinin vermiş olduğu kararın Türk kamu düzenine aykırı olması gerekçesiyle tenfizin reddi yönünde ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın temyiz incelemesinde, “*Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması mahkeme kararının tanınması veya tenfizine engel teşkil etmez. Türk kamu düzeni, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşikâr olan değerlere mühhasır olduğunun kabulü gerekir.*” gerekçesiyle kararı bozmuştur.

<sup>1010</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 833 – 834.

<sup>1011</sup> Dayınlarlı, Kemal, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 23.

<sup>1012</sup> Dayınlarlı, K., s. 24.

<sup>1013</sup> Ruhi, A., C., *Kamu Düzeni*, s. 91.

<sup>1014</sup> Nomer, E., s. 178.

düzenine aykırı olarak kabul edilen bir durum, aynı zamanda genel ahlak kuralına da aykırılık teşkil edebilir. Örneğin, kumar alacağına ilişkin hakem kararı hem temel hukuk ilkelerine hem de genel ahlaka aykırı olmasından dolayı tenfiz edilemeyecektir<sup>1015</sup>. Hakemlerin bağımsız olmaması da yine kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Başka bir ifadeyle, hakemin uyuşmazlık ya da taraflara ilişkin olarak menfaat çatışmasının bulunması halinde de hakem kararı kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz edilmeyecektir<sup>1016</sup>. Yabancı hakem kararının tenfizinin Türk ekonomik hayatının temel ilkelerine aykırılık teşkil edeceği durumda da kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilecektir<sup>1017</sup>.

#### 4. ICSID Hakem Kararlarının Yetki Aşımı Nedeniyle İptali İstemi

ICSID hakem kararları, ICSID Konvansiyon'un 53. maddesine göre, Konvansiyon'da açıkça düzenlenen haller hariç olmak üzere, temyize ya da başka bir başvuru yoluna tabi değildir. Konvansiyonun 52. maddesinde ise, ICSID hakem kararının iptal nedenleri ile iptal başvuru usulü düzenlenmiştir. Buna göre, diğer iptal nedenlerinin yanı sıra, hakemlerin açıkça yetkilerini aşmış olmaları da hakem kararının iptal nedeni olarak gösterilmiştir<sup>1018</sup>. Hakem kararının iptaline ilişkin başvuru ise ICSID İdari Konsey Başkanı tarafından atanacak ad hoc hakem heyeti tarafından karar bağlanacaktır<sup>1019</sup>. Belirtmek gerekir ki, bir ICSID hakem kararının ad hoc hakem heyeti tarafından iptal edilmesi uygulamada oldukça istisnaidir<sup>1020</sup>. Zira, hakem kararının iptal sebeplerinin sınırlıdır ve iptal şartları yüksek standartlara bağlanmıştır. Hakemlerin yetkilerini aşmaları tarafların tahkim anlaşmalarının dışına çıkmaları durumunda ortaya çıkmaktadır<sup>1021</sup>. Hakemlerinin yetkilerini aşmaları için aranan

---

<sup>1015</sup> Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 832.

<sup>1016</sup> Akıncı, Z., s. 547; Şanlı, C., s. 519.

<sup>1017</sup> Çelikel/Erdem, s. 766.

<sup>1018</sup> Karaoğlu, A., O., s. 221.

<sup>1019</sup> ICSID Konvansiyonu md. 52 (3).

<sup>1020</sup> 2011 - 2020 yılları arasında ICSID tahkim kurallarına göre toplam 225 hakem kararı verilmiş olup, bu kararların 88'i için ICSID'e iptal başvurusunda bulunulmuştur. İptali istenen 88 hakem kararının ise ad hoc hakem heyetleri tarafından yalnızca 7'sinin iptaline karar verilmiştir. İstatistik için bkz. [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The\\_ICSID\\_Caseload\\_Statistics\\_2022-2\\_ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_ENG.pdf) s. 16. (Erişim Tarihi: 23 Nisan 2022).

<sup>1021</sup> Dolzer/Schreier, s. 304.

standart ise söz konusu yetki aşımının “açık” olmasıdır. *Teco v. Guatemala* davasında, Ad hoc hakem heyeti, yargı yetkisi olmamasına rağmen yargı yetkisinin kullanılması ya da yargı yetkisine sahip olunmasına rağmen yargı yetkisinin kullanılmaması suretiyle tarafların rızalarının ötesine geçilmişse ya da taraflarca kararlaştırılan hukukun uygulanmaması halinde, hakemlerin yetki aşımı yapmış olacaklarını ifade etmiştir<sup>1022</sup>. *CDC v. Seychelles* davasında, ad hoc hakem heyeti, yetki aşımının “açık” olmasından, yetki aşımının ilk bakışta bariz olmasının kastedildiğini, tartışılabilir ya da hakem heyetinin kararında dayandığı hususların incelenmesini gerektiren konularda yetki aşımından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir<sup>1023</sup>. *Rumeli v. Kazakhstan* davasında, ad hoc hakem heyeti, kararı veren hakem heyetinin yaklaşımının makul ya da savunulabilir olması halinde, ad hoc hakem heyeti farklı bir görüşte olsa bile, hakem kararının yetki aşımı nedeniyle iptal edilmeyeceğini söylemiştir<sup>1024</sup>. Yine, tarafların seçmiş oldukları ya da tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda ICSID Konvansiyonu’nun 42 (1) maddesine göre uygulanması gereken hukukun dışında bir hukukun meseleye uygulanmış olması da yetki aşımı olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, hakem heyeti tarafından doğru hukukun yanlış uygulanması, kararın neticesi yanlış bile olsa, iptal sebebi olamayacaktır<sup>1025</sup>. *Tulip v. Türkiye* davasında, ad hoc hakem heyeti de aynı hususa işaret ederek, belirli bir kuralın yanlış uygulanmasının yetki aşımı olmadığını belirtmiştir<sup>1026</sup>. Bir diğer yetki aşımı da ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesine göre bir hukuki uyuşmazlığın bulunmamasına rağmen hakem heyetinin karar vermiş olması halidir<sup>1027</sup>. Yukarıda açıkladığımız üzere<sup>1028</sup>, kanaatimizce, yeniden müzakere yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde ortada bir hukuki ihtilaf mevcuttur ve bu halde

---

<sup>1022</sup> *TECO Guatemala Holdings LLC v. Republic of Guatemala*, (ICSID Case No. ARB/10/23) (Annulment Proceedings), Decision on Annulment, 5 April 2016, p. 77.

<sup>1023</sup> *CDC Group Plc V. Republic of Seychelles*, ICSID Case No. Arb/02/14, Decision On Annulment, 29 June 2005, P. 41.

<sup>1024</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16), Decision of the ad hoc Committee, 25 March, 2010, p. 96.

<sup>1025</sup> *Dolzer/Schreuer*, s. 305.

<sup>1026</sup> *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. Arb/11/28, Decision On Annulment, 30 December 2015, p. 58.

<sup>1027</sup> *Karaoğlu, A., O.*, s. 262.

<sup>1028</sup> Yukarıda bkz. s. 251 vd.

hakem heyetinin, diğer şartlarında mevcut olması kaydıyla, yargı yetkilerinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Belirtelim ki, ICSID Konvansiyonun 54. maddesine göre Konvansiyona uygun olarak verilen hakem kararlarını üye devletler bağlayıcı olarak kabul etmek ve parasal yükümlülükler bakımından da kendi devleti mahkemesinde verilmiş gibi yerine getirmek yükümlülüğü altındadırlar. Kararın uygulamasının Konvansiyon hükümlerine göre durdurulmadığı durumda üye devlet karara uymak zorundadır. Kararın uygulaması da üye devletin kararların uygulanmasına ilişkin yapmış olduğu kanunlar uyarınca yapılmaktadır. Bu suretle, yabancı yatırım uyuşmazlığının çözümünde hakem heyetinin yetkisini aştığı ileri sürülmekteyse, bu hususun ICSID hakem kararının iptali isteminde değerlendirilmesi gerekmektedir. Hakem heyetinin yargı yetkisinin bulunmamasına rağmen uyuşmazlıkta kendini yetkili görmesi kadar yetkilendirildiği bir hususta karar vermemesi de yetki aşımı olarak değerlendirilmektedir<sup>1029</sup>. Öte yandan, tarafların seçtikleri hukuku hakemlerin uygulamaması yetki aşımıyken, doğru hukukun uygulanmasında yapılan hata, yanlış bir karara sebebiyet verse dahi ICSID hakem kararının iptalini gerektirmemektedir<sup>1030</sup>.

Bu başlık altında yapılan açıklamalar ışığında, hakem kararına karşı iptal başvurusu üzerine, yeniden müzakere ve uyarlama bakımından yetki aşımı incelerken, öncelikle ICSID hakem heyetinin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığına ve uyuşmazlığa, tarafların seçtikleri ya da ICSID Konvansiyonu 42(1) maddesine göre ev sahibi devletin milli hukukunu ve uygulanabildiği ölçüde uluslararası hukuku uygulayıp uygulamadığına bakılması gerekecektir. Hakem heyetinin uyuşmazlığa bakmaya yetkili olduğuna karar verilirse, tarafların seçtikleri hukukun, bunun yokluğunda ise, ev sahibi devlet hukuku ile uluslararası hukuk hükümlerine göre uyarlamanın kabul edilip edilmediği ve şartları incelenecektir. Belirtelim ki, yeniden müzakere ve uyarlamanın sözleşmeden kaynaklandığı durumda, hakem heyeti uygulanacak hukuk ile birlikte sözleşme hükmünü uygulayacaktır.

---

<sup>1029</sup> Zenginkuzucu, D., M., s. 127. Vivendi davasında, ad hoc tahkim heyeti, hakem heyetinin yetkili olmasına rağmen davacıyı milli mahkemelere yönlendirmesini yetki aşımı olarak görmüştür, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002.

<sup>1030</sup> Dolzer/Schreuer, s. 305.

Bu halde esasen sözleşmeye bağılılık ilkesinin uygulanması söz konusudur. Hakem heyetinin doğru uygulanacak hukuku uygulaması halinde, yeniden müzakere ve uyarlamaya ilişkin kuralın yanlış uygulanması tek başına yetki aşımı olarak değerlendirilmeyecektir. Bu anlamda, New York Konvansiyonu'nun V (1) (c) maddesindeki yetki aşımı ile ICSID Konvansiyonu'nun 52. maddesinde düzenlenen yetki aşımının kapsamı aynı değildir.





## SONUÇ

Karşılaştırmalı hukukta sözleşme hükümlerinin her ne olursa olsun durağan ve değişmez olarak kalması ve uygulanması anlayışının terk edildiği görülmektedir. Sözleşmeye bağlılık prensibinin en katı şekilde uygulandığı hukuklarda dahi sözleşmenin yapıldığı zamanda öngörülemeyen belirli durumların tarafların ifa yükümlülüklerini ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Sözleşmeye bağlılık prensibi hakkaniyet gerektirdiği ölçüde yumuşatılmakta ve istisnalar ortaya atılmaktadır. Sözleşme boyunca ekonomik dengenin muhafaza edilmesi amaçlanmaktadır.

Yabancı yatırım sözleşmeleri uzun süreli olmaları nedeniyle uygulamada değişen koşullara bağlı olarak yeniden müzakere edilmekte olup bu anlamda dinamik bir yapıya sahiptirler. Ev sahibi devlete önemli miktarda katkı olması ve sözleşmenin tasfiyesindeki zorluklar da yeniden müzakereyi zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, yeniden müzakere, çoğunlukla yazılı olmamakla beraber, uygulamayla ev sahibi devlet ve yabancı yatırımcı arasında değişen koşullar ışığında bir zorunluluk olarak görülmeye başlanmıştır. Nitekim, taraflar arasındaki pek çok uyuşmazlık bugün başlangıçtaki sözleşmenin taraflarca yeniden müzakere edilmesiyle ya da mahkeme ya da hakemler gibi bir üçüncü kişinin müdahale ettiği durumda, yine tarafların sulh olmalarıyla sonuçlanmaktadır. Yeniden müzakere bir yükümlülük olarak görülmekle birlikte, yeniden müzakere taraflara diğer tarafın yapmış olduğu teklifi kabul etme yükümlülüğünü getirmemektedir. Bununla birlikte, tarafların etkin ve yapıcı olarak yeniden müzakereye katılmaları esastır. Aksi halde yeniden müzakere yükümlülüğü hiç yerine getirilmemiş olacaktır. Yeniden müzakere sırasında yapılan tekliflerin kabul zorunluluğu bulunmamakla birlikte, yapılan tekliflerin hiç öneminin bulunmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Zira, teklifler uyuşmazlığı gidermekle görevli mahkeme ya da hakemlere yol gösterici olabilir. Özellikle, uyarlamaların sözleşmesel olarak kabul edildiği ya da geniş anlamda uygulanacak hukukun uyarlamaya imkân tanıdığı hallerde mahkeme ya da hakemler tarafların yapmış oldukları teklifleri kararlarına esas almaları mümkündür.

Doğrudan ve dolaylı yatırım ayrımı yabancı yatırımların korunması bakımından teorik bir ayrım olarak görünmektedir. Zira, son dönem yatırım andlaşmalarında yatırım geniş

olarak tanımlanmakta, “her türlü malvarlığı” gibi ifadelerle de ekonomik faaliyetler büyük ölçüde kapsam içine alınmaktadır. Bu bakımdan yatırımların korunması bakımından, ikili ve çok taraflı yatırım andlaşmalarının yatırım ve yatırımcı tanımları önem arz etmektedir. Yatırım andlaşmalarının gelişimi devletlerin yabancı yatırımlar ile ev sahibi devletler arasında yaşanan uyuşmazlıkları yakından takip ettiklerini göstermektedir. Buna göre, portföy yatırımlarını da içine alacak şekilde yapılan yatırım tanımları portföy yatırımcılarına da korumadan yararlanma imkânı sağlamaktadır. Portföy yatırımlarının ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinin koşullarını karşılayıp karşılamadığı ise ayrı bir konudur. Konvansiyonu’nun 25. maddesinin yatırım andlaşmasının yatırım düzenlemesi karşısında dar yorumlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, taraf devletler ICSID Konvansiyonu’nun amacı dışında belirli ekonomik faaliyetleri yatırım olarak koruma altına alabilirler. Ancak, hakem heyetlerinin, Konvansiyonun 25. maddesinde belirtilen, “uyuşmazlığın doğrudan bir yatırımdan kaynaklanması” koşulunu sağlamayan ekonomik faaliyetler yönünden tarafların Merkezin yetkisini kararlaştıramayacaklarına karar vermeleri söz konusu olabilecektir. Özellikle sözleşmede öngörülen yeniden müzakere yükümlülüğünün bir tarafça ihlal edilmesi ya da bir tarafın uyarılama istemin diğer tarafça kabul görmemesi hallerinde kanaatimizce somut bir uyuşmazlık söz konusudur. Diğer şartların da sağlanması kaydıyla hakem heyetlerinin böyle bir uyuşmazlığa bakma yetkisine sahip olduğu görüşündeyiz.

Uzun süreli sözleşmeler bakımından açık risk tahsisinin yapılmadığı halleri de kapsar şekilde, yeniden müzakerenin kapsam ve sınırlarını çizmek üzere yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından esneklik sağlayan düzenlemelere yer verilmesi değerlendirilmelidir. Yeniden müzakere ve uyarlamaya ilişkin sözleşmeye konulacak hüküm hem sözleşme istikrarı hem de esneklik sağlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, Sözleşme gelecekteki olaylara uyarılama için yeterince esneklik sağlıyorsa, bu halde sözleşmeye bağlılık ilkesi de korunmuş olacaktır. Bu yüzden hakem heyeti ya da hâkim için sözleşme hükmüne bağlı uyarılama kanunun uygulanmasından doğan uyarlamadan daha kolay ve sorunsuzdur. Yeniden müzakere taraflara yargılamaya gitmeksizin sözleşmenin diğer tarafına değişen konuya ilişkin bilgi vermek ve makul surette taraflar arasında meselenin çözümü için imkân tanıyacaktır. Sözleşmeyi değişen koşullara en iyi şekilde uyarlayacak

olan yine tarafların kendisidir. Yeniden müzakerenin usul ekonomisine en uygun olduğunda da şüphe bulunmamaktadır. Yeniden müzakerenin hangi hallerle sınırlı olacağını başlangıçta öngörmek mümkün olamayabileceği gibi, taraflar da düzenlemenin kapsamında anlaşılabilmektedirler. Bu nedenle, yeniden müzakere klotunun esneklik sağlayacak şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Ayrıca, yeniden müzakere sürecinin genel hatları ile düzenlenmesi ve tarafların uyması gereken kuralların da gösterilmesi faydalı olacaktır. Yeniden müzakerenin başarısız olması halinde uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceğinin ve özellikle mahkeme ya da hakemlerin ekonomik dengenin bozulduğu hallerde uyarılma yetkilerinin bulunup bulunmadığının belirtilmesi de bu konudaki sonraki tartışmaları engelleyecektir. Esasen, mahkeme ya da hakemlerin uyarılma yetkisinin bulunması, taraflara yeniden müzakere sürecinde uyuşmazlığı çözmeleri konusunda motivasyon sağlayacağına da şüphe yoktur. Zira, taraflar uyuşmazlığı sözleşmeye taraf olmayan bir mahkeme ya da hakemden çok daha iyi uyarılma bilgi ve imkanına sahiptirler. Öte yandan, sözleşmede yeniden müzakere, mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü gibi düzenlemelere yer verilmesi sözleşmeye bağlılık prensibini de zayıflatmayacaktır. Bilakis, bu düzenlemeler sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği uygulanacak ve tarafların bunlara uygun hareket etmeleri gerekecektir.

Yabancı yatırım sözleşmeleri kapsamında yeniden müzakere ihtiyacı pek çok farklı durumda ortaya çıkabilmektedir. Ev sahibi devletin sömürge olmaktan kurtulması, siyasi ve yönetim değişiklikleri, doğal kaynaklara ilişkin gelir beklentisinin karşılanmaması, kazanç paylaşımına ilişkin öngörülen dengenin bozulması ya da doğal kaynağın öngörülen kalite ya da ekonomik değerin çok üstünde çıkması, ev sahibi devletin bağlı olduğu uluslararası örgütlerin uygulamaları gibi nedenlerle, ev sahibi devletlerin yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakereye açabilmektedirler. Yabancı yatırımcı açısından ise teknik aksaklıklar, emtia ya da hammadde fiyatlarındaki dalgalanma ve maliyet artışları, en çok gözetilen ulus kayıtları, geleceği ilişkin yanlış varsayımlar ile mücbir sebepler yeniden müzakerenin temel nedenleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen ev sahibi devletler ya da yabancı yatırımcılar için yeniden müzakere nedenleri burada sayılanlarla sınırlı değildir. Küresel ekonomide yaşanan gelişmeler ile küresel ısınmanın önüne geçilmesi gibi çevresel konularda devletlerin

tasarrufları gibi çok farklı nedenlerle gelecekte yabancı yatırım sözleşmelerinin yeniden müzakere edilmesi muhtemel gözükmetedir.

Yeniden müzakere klozlarına yatırım sözleşmelerinde sözleşmesel istikrarın sağlanması amacıyla daha sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bununla birlikte, mücbir sebep ya da aşırı ifa güçlüğü klozları da yeniden müzakere için dayanak oluşturabilmektedir. Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü klozlarının kapsamı bu bakımdan da önemlidir. Ancak, yeniden müzakere yükümlülüğü yalnızca sözleşmeden kaynaklanmamaktadır. Sözleşmede yeniden müzakere klozunun ya da yeniden müzakere için kullanılabilecek aşırı ifa güçlüğü ya da mücbir sebep klozu gibi bir hükmün bulunmadığı durumlarda da yeniden müzakerenin dayanağını, ev sahibi devletin iç hukuku, tarafların seçtiği hukuk ya da uluslararası hukuk teşkil edebilmektedir.

TBK'da yapılan değişiklikle aşırı ifa güçlüğü TBK 138. maddede kanun kapsamına alınmıştır. Kanun değişikliğine kadar yargı ve öğreti tarafından da dürüstlük kuralına bağlı olarak kabul gören uyarılama bizce de yerinde olarak yazılı kurallara tabi tutulmuştur. Bununla birlikte, yapılan düzenleme kanaatimizce birkaç noktada eksiktir. Öncelikle, kanunda sadece aşırı ifa güçlüğü değil, işlem temelinin çökmesinin düzenlenmesi daha uygun olurdu. Nitekim, işlem temelinin çökmesi aşırı ifa güçlüğü de içine alan daha geniş bir hukuki kavramdır. İfanın aşırı güçleşmediği, ancak başlangıçtaki, amacın ortadan kalktığı, karşı edimin değerinin önemli ölçüde azaldığı ya da değersizleştiği durumlar da mümkündür. Elbette, kıyasen aşırı ifa güçlüğü düzenlemesi bu hallere de uygulanabilir. Diğer yandan, TBK 138. madde uyarılamanın bir ön koşulu olarak yeniden müzakere istemini ya da ihbarını içermemesi yönünden de noksanıdır. Aşırı ifa güçlüğü de dahil olmak üzere tüm işlem temelinin çöktüğü hallerde mahkeme ya da hakemlerden uyarılama istenmeden önce diğer taraf yeniden müzakereye davet edilmiş olmalıdır. Bununla beraber, mahkemelerin uyarlamaya ilişkin istemlerde tarafları öncelikle uyuşmazlığı yeniden müzakere ile çözmeleri hususunda teşvik etmeleri ve arabuluculuk müessesesinden etkin olarak istifade etmeye yönlendirmeleri de önemlidir. Sonuç olarak sözleşme şartlarının değişen koşullara uyarlanması konusu gelişmekte olan bir konu olup, gelecekte daha sıklıkla hakem ve hakimlerin uyarılama istemleriyle karşı karşıya kalmaları olasıdır.

Taraflar sözleşmelerine yeniden müzakere ve uyarlama klozu dahil etmek istiyorlarsa hakem ya da hâkim için belirli kriterleri düzenlemeleri yerinde olacaktır. Özellikle, yeniden müzakereyi tetikleyecek olayların kapsamı, yeniden müzakerenin usulü, süresi, yeniden müzakere yoluyla tarafların uzlaşmadığı durumda hakem ya da hâkimin uyarlama hususunda yetkili olup olmadıkları ve hakem ya da hâkimin sözleşme uyarlarken kullanabileceği ya da yararlanabileceği hususların yeniden müzakere ya da uyarlama klotunda düzenlenmesi yeniden müzakere ve uyarlamanın başarılı olması açısından önem arz edecektir. Söz konusu kriter ve unsurlar uyarlama konusunda hakem ya da hâkime ışık tutacaktır. Bununla beraber, sözleşmede yeniden müzakere ya da uyarlama klotuna yer verilmesi tarafların uyuşmazlığı sulhen çözmeleri kendi aralarında çözmeleri için de teşvik edici olacaktır.

Anılan düzenlemelere bakıldığından yeniden müzakere usulü olarak birtakım kurallara yer verildiğini görüyoruz. Bu kurallara göre, yeniden müzakere isteminde bulunacak tarafın gecikmeden, tüm gerekçeleriyle birlikte durumu diğer tarafa bildirmesi ve yeniden müzakere için makul bir sürenin öngörülmesi gerekmektedir. Yeniden müzakere sırasında edimin ifasının devam edip etmeyeceği ise son derece hassas ve tartışmalı bir husustur. Yukarıda belirttiğimiz çok uluslu çalışmalar ve Fransız Medeni Kanunu içerisinde şüphesiz bu konuda en liberal yaklaşım PICC’de belirtilmiştir. Edimin ifasının güçleştiği olağanüstü hâllerde uyarlama konusunda anlaşılmadıkça edimin ifasından kaçınılabileceği maddenin yorum bölümünde düzenlenmiştir. Yabancı yatırım sözleşmeleri bakımından da olağanüstü durumlarda edimin ifasının bekletilmesinin doğru yaklaşım olduğu kanaatindeyiz. Belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye ya da tahkime başvurulması halinde edimin ifasının bekletilip bekletilemeyeceğine mahkeme ya da hakem heyeti karar verecektir. Mahkeme ya da hakem heyetinin uyuşmazlık halinde bu hususu öncelikle karara bağlaması usul ekonomisine uygundur. Yine, mahkemenin edimin ifası hususunda diğer tarafın icra ya da haciz işlemleri yapmasının önüne geçilebilmesi için tedbir kararı verebileceğini de kabul etmek gerekir. Nitekim, Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi de kiracı davacının Covid-19 salgınına bağlı olarak aşırı ifa güçlüğü nedeniyle açmış olduğu uyarlama davasında, kira bedelinin yarısının ödenmesine ilişkin ihtiyati tedbir istemine ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin red kararını kaldırarak,

kararlaştırılan kira bedelinin yarısının ödenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı isteminin kabulüne karar vermiştir<sup>1031</sup>. Mahkeme ayrıca, salgının etkilerinin tamamen ortadan kalktığında kiranın eski hale gelmesi gerektiğini, tedbirin de bu dönem için uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce mahkemenin tedbir kararı vermesine bir engel yoktur. Esasen, davanın esasını halleder şekilde tedbir kararı verilememesi gerekirse de mahkeme Covid-19 salgınının geçici ve olağanüstü nitelikte olması ve davacının haksız çıkması halinde, tedbiren ödenmeyen kısmın davalı tarafından talep edilmesinin mümkün olması gerekçesiyle hakkaniyet gereği davadaki asıl talebi tedbiren kabul etmiş görünmektedir.

Yeniden müzakere ya da uyarlama davası sırasında edimin ifasına devam edilip edilmeyeceği konusunda, karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Genel kabul gören kural yeniden müzakerenin ve uyarlama davası sırasında edimlerin aynen devam edeceği yönündedir. Özellikle COVID salgınına bağlı kira bedelinin uyarlanmasına ilişkin davalarda COVID salgınının etkileri devam ettiği süresince kira bedelinin belirli bir bölümünün (örneğin yarısının) ödenmesi için davacıların ihtiyati tedbir taleplerinin Bölge Adliye Mahkemelerinde kabul edildiği durumlarla karşılaşılmaktadır. Kanaatimizce uyarlama davalarında tedbir istenmesine bir engel bulunmamaktadır. COVID salgınının ağır olumsuz etkileri, işletmelerin devlet tasarrufu ile kapalı kalması ve gelir elde edememeleri mahkemeleri de adilane çözüm bulma yoluna sevk etmiştir. Elbette, tedbir ve uyarlama yalnızca salgının etkilerinin önemli ölçüde devam ettiği süre için talep edilebilecektir. Bununla birlikte, yeniden müzakere ve uyarlama konusunda son yıllarda öğreti ve yasa koyucunun meşğul olması ve bunların düzenleme altına alınması tesadüften ibaret değildir.

Ticari sözleşmelerde özellikle fiyatın, değiştirilmesi ya da değişen koşullara uyarlanması için kullanılan formül ya da endeks gibi mekanizmaların yabancı yatırım sözleşmelerinde de artan oranda kullanıldığı görülmektedir. Buna karşın, bu formül ya da endeksin daima uyuşmazlıkların önüne geçeceğini düşünmek gerçekçi değildir. Fiyatın belirli bir endekse ya da formüle tabi tutulduğu sözleşmelerde bile, taraflar fiyat artışı aşırı ve endeks ya da formül fiyat artışını yeterince takip etmiyorsa, fiyat formülü ya da endeksine rağmen, uyarlamanın mümkün olduğu kabul edilmelidir.

---

<sup>1031</sup> Bursa BAM 4. HD., E. No: 2020/1103, K. No: 2020/1103.

Şüphesiz, tüm yeniden müzakere ya da uyarlama istemlerinin sözleşmesel bir hakka dayandığını ya da haklı olduğunu söyleyemeyiz. Öte yandan, sözleşmeye bağlılık prensibinin tüm dünyada kabul gören bir prensip olduğu, uluslararası alanda yeniden iş yapmak isteyecek ya da varlığını devam ettirme arzusunda olan tüm devlet, kuruluş ve kişilerin yükümlülüklerini ihlal etme lüksünün bulunmadığı açıktır. Sözleşmeye bağlılık prensibi esas, sözleşme koşullarının değişen koşullara uyarlanması ise istisna niteliğindedir. Esasen, sözleşme taraflarının uzun süreli sözleşmeler yaparken zaman içinde tipik değişiklikler olabileceğinin bilincinde olmaları ve buna göre dikkatli davranmaları da beklenmektedir. Ancak, yabancı yatırım sözleşmeleri gibi bazı sözleşmelerin istense de kısa süreli olarak yapılmaları mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, yabancı yatırımcı ve ev sahibini kısa süreli sözleşme yapmak suretiyle ihtiyatlı olmaya davet etmek çözüm olmaktan uzaktır.

## KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- AKINTÜRK, Turgut,**  
**ATEŞ, Derya** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul, 2020.
- AL FARUQUE, Abdullah** : Renegotiation and Adaptation of Petroleum Contracts: The Quest for Equilibrium and Stability, The Journal of World Investment & Trade, V.9, I. 2, 2008.
- AL QURASHI, Zeyad, A.** : Renegotiation of International Petroleum Agreements, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, The Netherlands, 2005.
- ALTER, Michel** : The French Law of Business Contracts: General Principles, (çev: Alain A. Levasseur), Louisiana State University, Paul M. Hebert Law Center Publications Institute, 1986.
- ARAT, Ayşe** : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin, Ankara, 2006.
- AYDEMİR, Deniz Kırılı** : Yabancı Yatırımların Korunması, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.



- AYHAN, Halis** : Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Şartların Esaslı Değişikliği İlkesi, Rebus Sic Stantibus İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYOĞLU, Tolga** : Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet ve Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- BAĞCI, Ferit** : 1980 Sonrası Türkiye’de Yabancı Sermaye Hareketleri ve Dış Politikaya Yansımaları, Güvenlik Stratejileri Dergisi, İstanbul, Haziran 2009, Yıl: 5, S: 9.
- BAHTİYAR, Mehmet** : Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler – Soru Örnekleri, Güncellenmiş 15. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2021.
- BAKLACI, Pınar,**  
**AKINTÜRK, Esen** : Enerji Şartı Anlaşması, DEÜİFD, C: 7, S: 2, 2006.
- BARLAS, Nami** : Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- BARTELS, Martin** : Perspectives On Contract Law, Aspen Publishers, Third Edition, 2005.
- BARTELS, Martin** : Contractual Adaptation And Conflict Resolution, Based on Venture Contracts For Mining Projects In

Developing Countries, Çev. James E. Silva, Kluwer Law and Taxation Publishers, V:8, Deventer/The Netherlands, 1985.

**BAYKAL, Mehmet** : Hukuksal ve Kurumsal Bağlamda Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

**BAYSAL, Başak** : *Sözleşmenin Uyarlanması*, BK. m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

**BAYSAL, Başak** : *Yeniden Müzakere Ödevi*, (Makale) Hasan Erman’a Armağan, DR Yayınları, İstanbul, 2015.

**Beale, H., G., (Ed.)** : Chitty on Contracts, Thomson Reuters (Legal) Limited, Thirteen Edition, V: 1, 2008.

**BEATSON, J.** : Anson’s Law of Contract, Oxford University Press, 28th Edition, USA, 2002.

**BEATSON, Jack,**  
**FRIEDMAN, Daniel** : Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford University Press, New York, 1995.

**BERGER, Klaus, Peter** : Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, Vanderbilt Journal of International Law, Volume: 36, No: 4, August 2003.

- BERGER, Klaus, Peter** : Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Distruptions: Three Salient Problems, (**Adaptation of Long-Term Contracts**) Kluwer Law International BV, Journal of International Arbitration V. 37, N. 5, The Netherlands, 2020.
- BERNARDINI, Piero** : Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments, Journal of World Energy Law & Business, V. 1, No. 1, 2008.
- Beydoğan, T., Ayhan** : Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, Sayı: 4, Yıl: 2011.
- BISHOP, R. Doak,** : *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
- CRAWFORD James,**
- REISMAN, W., Michael**
- BLUM, Brian, A.** : Contracts, Fourth Ed., Aspen Publishers, USA, 2007.
- BURCUOĞLU, Haluk** : Hukukta Uyarlama-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövize Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, S: 23, C: 20, 1996.
- CAMERON, Peter, D.** : Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas

Investors, Association of International Petroleum Negotiators, Final Report, 5 July 2006, <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf>.

**CAMERON, Peter, D.**

Stabilization Clauses: Do They Have a Future? Bahrain Chamber for Dispute Resolution, International Arbitration Review, V. 7 N. 1, June 2020.

**CANBOLAT, Ferhat**

: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Uluslararası Menkul Kıymet Yatırım Uyuşmazlıklarında Tahkim, Legal Yayıncılık,

**CEVİZ, Resul**

: İstanbul, Mayıs 2016.

**ÇAKIR, Hüseyin, Melih**

: Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015.

**ÇELEBİ, ÇAKIR, Betül F.**

: Joint Venture'ın Hukuki Niteliği, Dergipark, YBHD, Ankara, Yıl 2, S. 2017/2.

**ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, Bahadır**

: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 17. Bası, İstanbul, 2021.

**ÇELİKEL, Aysel, NOMER, Ergin**

: Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları, Beta, İstanbul, 1997.

- DAYINLARLI, Kemal** : Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2011.
- DE CUYPER, Jean-  
Quentin, PETER,  
Wolfgang** : Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility: Consideration of the Ground of the Ghana/Valco Case, International Business Law Journal, 775, 1995.
- DEMİRKOL, Berk** : Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı, (Etkin Vatandaşlık Makale) GSÜHFD, S. 2, İstanbul, Nisan 2016.
- DEMİRKOL, Berk** : Tahkim ve Uygulanacak Hukuk, Ed. Akıncı, Ziya, Demirkol, Berk, Yatırım Tahkiminde Çeşitli Meselelere Uygulanacak Hukuk: Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Uygulama Alanı Tanıdığı Durumlar, (Uygulanacak Hukuk Makale) İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Yayınları-IV, Onikilevha Yayıncılık, Şubat 2021.
- DIMATTEO, Larry, A.** : Equity’s Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century’s Equitable Reformation of Contract Law, New England Law Review, V. 33, 1999.

- DOĞAN, Gülmelihat** : Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TBBD, Mart-Nisan Sayısı, 2014.
- DRAETTA, Ugo, LAKE, Ralph B., NANDA, Ved, P.** : Breach and Adaptation of International Contracts, An Introduction to Lex Mercatoria, Butterworth Legal Publishers, USA, 1992.
- GÖKYAYLA, Cemile, Demir, SÜRAL, Ceyda** : 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, DEÜHFD, C: 6, S: 2, İzmir, 2004.
- DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph** : Principles of International Investment Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- EL SHEIKH, Fath el Rahman Abdalla** : Legal Criteria For The Revision And Adaptation Of International Commercial Contracts: The African And Arab Perspective, Horn, Norbert (Ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985.
- ERDEM, Bahadır** : Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet, Cemil, Eskiörük, Serhat, Türk Milletlerarası Tahkim Hukunda “Lex Mercatoria”, Onikilevha Yayınları, İstanbul, Mayıs 2014.

- ERDEM, Ercüment** : Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Yıldırım, Ahmet, Cemil, Eskiörük, Serhat, Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi, Onikilevha Yayınları, İstanbul, Mayıs 2014.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2021.
- EREN, Fikret, DÖNMEZ, Ünsal** : Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Erkan, Mustafa** : International Energy Investment Law, Stability Through Contractual Clauses, Wolters Kluwer Law & Business, Great Britain, 2011.
- ERTEN, Rıfat** : Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.
- EVREN, Çınar, Can** : Kamu – Özel İşbirlikleri, Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukuki Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Mayıs 2016, Ankara.
- FELICIANO, P. Florentino** : Role of Investment Agencies in Developing Countries in the Management and Negotiation of Contracts, Horn, Norbert (Ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985.

- FESSLER, Daniel, Wm.,** : Contracts, Morality, Economics And The  
**LOISEAUX, Pierre, R.** Marketplace, Cases And Materials, West Publishing Co., Minnesota, 1982.
- FRICK, Joachim, G.** : Arbitration And Complex International Contracts, With Special Emphasis On the Determination Of The Applicable Substantive Law and On The Adaptation Of Contracts to Changed Circumstances, Kluwer Law International, Zurich, 2001.
- FURMSTON, Michael** : The Law of Contract, Butterworths Common Law  
**(Ed.)** Series, Second Ed., LexisNexis UK, Great Britain, 2003.
- GAILLARD, Emmanuel,** : Fouchard Galliard Goldman On International  
**SAVAGE John (Ed.)** Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999.
- GEYİKDAĞI, Necla** : Osmanlı Devleti'nde Yabancı Sermaye 1854-1914, Hil Yayın, İstanbul, 2008.
- GİRAY, Faruk, Kerem** : Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, Beta, İstanbul, 2013.
- GIRSBERGER, Daniel,** : Fundamental Alteration of the Contractual  
**ZAPOLSKI, Paulius** Equilibrium Under Hardship Exemption,



[https://www.mruni.eu/upload/iblock/434/7\\_Girsberger.pdf](https://www.mruni.eu/upload/iblock/434/7_Girsberger.pdf), 2012.

**GOLDBERG, Victor** : *Framing Contract Law*, En Economic Perspective, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2006.

**GOLDBERG, Victor** : Readings in the Economics of Contract Law, Goldberg, Victor (Ed.), *Price Adjustment in Long-Term Contracts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

**GOTANDA, John, Y.** : Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume: 36, No: 4, August 2003.

**GÖLCÜKLÜ, İlyas** : Milletlerarası Tahkimde Hakemlerin Sözleşmeyi Yeni Koşullara Uyarlaması, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Bildiri Tam Metin Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020.

**GÖZLER, Kemal** : İdare Hukuku, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, C. II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Mayıs 2019.

**GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut** : İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019.

- GÜMÜŞ, Alper** : Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m 138), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜNER, Ümit, Yılmaz, A.** : Çok Uluslu Şirketler Türkiye Ekonomisi İçin Tehdit Mi? Fırsat Mı? DÜSBD, C: 2, S: 26, 2010.
- İZMİRLİ, AYHAN, Lale** : Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması, (Ticari Sözleşmeler) Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- KANIŞLI, Erhan** : İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2018.
- KARAOĞLU, Ali Osman** : Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KRÖLL, Stefan** : The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts, Horn, Norbert (Ed.), Kröll, Stefan (Ass. Ed.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2004.
- HILLMAN, ROBERT, A.** : Court Adjustment Of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law, Duke Law Journal, V: 1987, No: 1, USA, 1987.

- HORN, Norbert** : *Adaptation and Modification of Contracts* in view of a Changed Circumstances, TelAviv University Studies In Law, V:11, 1992.
- HORN, Norbert** : Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985.
- HORN, Norbert** : *The Concepts of Adaptation and Renegotiation In The Law of Transnational Commercial Contracts*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985.
- HORN, Norbert** : *Standard Clauses On Contract Adaptation In International Commerce*, Horn, Norbert (Ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985.
- İNCE, Nurten,** : Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Kulfeti Mi? BTHD., C. XXXIII, S. 1, Ankara, Mart 2017.
- İZMİRLİ, AYHAN, Lâle** : Uluslararası Yatırım Hukukunda “Yatırım” Kavramı, (Makale) SDÜHFD, Cilt. 8, S. 2, 2018.

- MALBELEĞİ, Nida** : İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak “Uyarlama”), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- MCLACHLAN, Campbell,** : International Investment Arbitration, Substantive Principles, Oxford University Press, New York, 2008.  
**SHORE, Laurence,**  
**WEINIGER, Matthew**
- KAPLAN, İbrahim** : Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2007.
- KARLUK, S., Rıdvan** : Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları, İTO Ekonomik Yayınlar Dizisi, No: 13, İstanbul, 1983.
- KAYA, Talat** : Ticaret Şirketleri Bakımından Tâbiyet Planlaması ve Uluslararası Yatırım Hukuku Açısından Doğurduğu Sonuçlar, AHBVÜHFD, C. XXV, Y. 2021, S. 4.
- KEŞLİ, Ahmet, T.** : (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, Group Law Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KJOS, Hege, Elisabeth** : The Primary Applicability of International Law and the Role of National Law, Applicable Law in

Investor–State Arbitration, Oxford University Press, 2013.

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** : İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart Mıdır? Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

**KÖK DEĞERLİ, Saadet** : Uluslararası Teamül Kurallarının Gelişiminde Uluslararası Yargı Kararlarının Rolü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

**KUL, Eyüp** : Yapım Sözleşmelerinde Asgari Ekonomik Menfaat Taahhüdü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

**MACAULAY, Stewart,** : Contracts: Law In Action, The Michie Company  
**KIDWELL, John,** Law Publishers, USA, 1995.  
**WHITFORD, William,**  
**GALANTER, Marc**

**MARCANTONIO, J. Barrigan** : ICSID As A Forum For Renegotiation and Adaptation, Horn, Norbert (Ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/The Netherlands, 1985.

**MONROE, Leigh** : Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal, American Journal of International Law, 136, 1998.

- NALULE, R., Victoria** : What is the Problem with Stabilization Clauses in Petroleum Agreements? The Journal of Sustainable Development, Law and Policy, V. 13 N. 1, 2022.
- NEHF, James, P.** : Corbin on Contracts, Revised Edition, Perillo, Joseph, M., (Ed.) V: 14, Matthew Bender & Co., Inc., 2001.
- NG'AMBI, Sangwani, Patrick** : Efficient and Flexible: The Case for Renegotiation Clauses in Concession Agreements, Zambia Law Journal, V. 45, 2014.
- NICHOLAS, Barry** : Force Majeure In French Law, McKendrick, Ewan (Ed.) Force Majeure And Frustration Of Contract, Lloyd's of London Press Ltd., Second Edition, Great Britain, 1995.
- NOMER, Ergin** : Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2021.
- NOMER, Ergin, EKŞİ, Nuray, ÖZTEKİN GELGEL, Günseli** : Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- NOMER, N., Haluk** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2018.

- OĞUZMAN, M. Kemal,** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt – 1, Güncellenip Genişletilmiş 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- ÖZ, Turgut**
- ORAK, Cem Çağatay** : Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.
- (Editörler Kurulu) ÖZ,** : İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük  
**Turgut, ACAR, Faruk,** Kanunu, C. 6, 7, 8, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.  
**GÖKYAYLA, Emre,**  
**DEVELİOĞLU, Murat**
- PAK, Elif** : Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü (TBK MD. 138), Seçkin, Ankara, 2020.
- PETER, Wolfgang** : Arbitration and Renegotiation of International  
**(with the assistance of Jean-** Investment Agreements, Second Revised and  
**Quentin de Kuyper and** Largest Edition, Kluwer Law International, The  
**Benedict de Candolle for the** Hague, 1995.  
**second edition)**
- POLATOĞLU, Mehmed,** : Atatürk Dönemi’nde Maden ve Enerji Alanında  
**Gökhan** Kurulan ve Sonraki Dönem Türkiye Sanayisine  
Katkı Sağlayan Bir İktisadî Devlet Teşekkülü:  
Etibank, TAD, C. 38, S. 66, 2019, s. 444 – 478.
- POSNER, Richard A.,** : Economic Analysis of Contract Law, Antitrust Law  
**ROSENFELD, Andrew M.** and Safety Regulations, Wahl, Jenny B. (Ed.),  
Impossibility and Related Doctrines in Contract

Law: An Economic Analysis, Garland Publishing, Inc., New York, London, 1998.

- REİSOĞLU, Safa** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2008.
- REISMAN, W. M.** : Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
- RUBINS, Noah,**  
**KINSELLA, N. Stephan** : International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide, Oceana Publications Inc., 2005.
- RUHİ, Ahmet Cemal** : 1958 Tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (*Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- RUHİ, Ahmet Cemal** : Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi, (*Kamu Düzeni*) Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.
- QUATAERT, Donald** : Osmanlı İmparatorluğu 1700 – 1922, Çev. Ayşe Berktaş, İletişim Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2016.
- RUSSE, Luigi** : Chronicles of a Failure: From a Renegotiation Clause to Arbitration of Transnational Contracts, Connecticut Journal of International Law, V:24, I:1, 2008.



- SALACUSE, W. Jeswald** : *Renegotiating International Project Agreements*, Fordham International Law Journal, Volume 24, Issue 4, 2000.
- SALACUSE, W. Jeswald** : *Renegotiating International Business Transactions: The Continuing Struggle of Life Against Form*, Fordham International Journal, Volume: 35, No: 4, Winter, 2001.
- SALACUSE, W. Jeswald** : *Renegotiations in International Business*, Negotiation Journal, Volume: 4, No: 4, 1988.
- SANLI, Kerem Cem** : Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomi Analizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SCHEFER K. N.** : International Investment Law, Text, Cases and Materials, Edward Elgar Publishing, 2016.
- SCHREUER, Christoph, H.** : The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- SCOTT, Robert, E., KRAUS, Jody, S.** : Contract Law And Theory, Matthew Bender & Company, Inc., Fourth Edition, USA, 2007.
- SEROZAN, Rona** : Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış Veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000.

- SINGH, Jagriti** : Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries, (September 9, 2015), <https://ssrn.com/abstract=2658185>.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy** : The International Law on Foreign Investments, (*Foreign Investment*) 5th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy** : *Supremacy of the Renegotiation Clause in Intenational Contracts*, Journal of International Law 5, No. 2, 1998.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy** : *International Commercial Arbitration: The Problem Of State Contracts*, Longman Singapore Publishers (Pte) Ltd, Singapore, 1990.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy** : *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- SPEIDEL, Richard, E.** : *Contracts In Crises*, Excuse Doctrine And Retrospective Government Acts, Carolina Academic Press, USA, 2007.
- SPEIDEL, Richard, E.** : *Court-Imposed Price Adjustments* Under Long-Term Supply Contracts, Northwestern University Law Review, V:76, No:3, 1981.
- SUR, Melda** : Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, İstanbul, 2018.

- ŞANLI, Cemal, ESEN, Emre, ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci** : Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basın Yayım, İstanbul, 2021.
- ŞANLI, Cemal** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- TAN, Turgut** : Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, AÜSBFD, C: 47, S: 3, 1992.
- TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, H. Murat** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TİLE, Latif** : Uyarılama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin** : Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.
- TOPUZ, Seçkin** : Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

- TREITEL, Sir, Guenter** : Frustration and Force Majeure, Sweet & Maxwell Limited, Second Edition, England, 2004.
- TSCHANZ, Pierre-Yves** : The Contributions of the Aminoil Award to the Law of State Contracts, 18, International Lawyer, 245, 1984.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe, Nur,** : Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar),  
**ARIKOĞLU, Enver,** (Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından), Beta,  
**AKÜN, Verda Neslihan,** İstanbul, 2017.  
**BAŞKARACAOĞLU, Elif**  
**(Derleyen ve**  
**Düzenleyenler)**
- UNAT, İlhan** : Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.
- URIBE, Rodrigo, Momberg** : The Effect Of A Change of Circumstances On The Binding Force Of Contracts, Comparative Perspectives, Ius Commune Europaeum Series, V: 94, First Edition, 2011.
- VAMVOUKOS,** : Termination of Treaties in International Law, The  
**Athanassios** Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude, Clarendon Press, Oxford, 1985.
- VAUGHAN, Josh** : Arbitration in the Aftermath of the Arab Spring: From Uprisings to Awards, The Ohio State Journal on Dispute Resolution, V. 28:2, 2013.

- WAEDELDE, W. Thomas,** : Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation, Texas International Law Journal, V:31, I:2, USA, 1996.
- NDI, George**
- WEIL, Patrick** : The Sovereign Citizen, Denaturalization and the Origins of the American Republic, *The American Historical Review*, V:119, I: 2, April 2014.
- Yannaca-Small, Catherine** : Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements, International Investment Law, Understanding Concepts and Tracking Innovations içinde, OECD, 2008.
- Liberti, Lahra**
- Yıldırım, Yasin, Kaman,** : İdare Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, Özdemir, Üstün, Okay Güncellenmiş 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Tekinsoy**
- YILMAZ, Alper, Çağrı** : Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Alper, Çağrı** : MIGA Konvansiyonunun Uygulama Alanı ve Konvansiyon Kapsamındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Çözüm Yöntemleri, (**Makale**), MÜHFHAD, Cilt: 24, S. I, Haziran 2018.

- ZACCARIA, Elena, Christine** : The Effects of Changed Circumstances In International Commercial Trade, International Trade & Business Law Review, August 2005.
- ZENGİNKUZUCU, Dikran, M.** : Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm, Kurumlar Kurullar Süreçler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ZEVLİLER, Aydın, ERTAŞ, Şeref, HAVUTÇU, Ayşe, ACABEY, M., Beşir, GÜRPINAR, Damla** : Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, (Temel Bilgiler), Turhan Kitapevi, 10. Bası, Ankara, 2018.
- ZEVLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, K, Emre** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, 20. Bası, İstanbul, 2020.
- YASED** : Dünya’da ve Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Beklentiler, Yased Yayınları, İstanbul.
- YILMAZ, İlhan** : Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında “Gerçek Bağlantı İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu, GSÜHFD, S. 1, İstanbul, 2021.
- DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI** : Sekizinci Kalkınma Planı, Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Ankara, 2000.

- WORLD BANK** : 2000, Private Capital Flows Historical Perspective, Global Development Finance, <http://siteresources.worldbank.org/INTGDF2000/Resources/CH6--118-139.pdf>
- WORLD BANK** : PPP Reference Guide 3.0, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/PPP%20Reference%20Guide%20Version%203.pdf>
- UNCTAD** : World Investment Report 2022, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf)
- ZWOLANKIEWICZ, Agata** : Hardship and Force Majeure as Grounds for Adaptation and Renegotiation of Investment Contracts: What Is the Extent of the Powers of Arbitral Tribunals?, Erasmus Law Review, V. 14, N. 2, 2021.