

İSLAM İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI ÜYELERİ ARASINDAKİ YATIRIM ANLAŞMALARINDA YATIRIM KAVRAMI VE ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ KARARLARININ İNCELENMESİ

The Concept of Investment in Investment Agreements Between the Members
of the Organisation of Islamic Cooperation and Review of the Decisions in
International Investment Arbitration

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet DÜLGER*

Geliş Tarihi: 9.07.2024 | Yayına Kabul Tarihi: 24.12.2024

Öz

Devletler arasında yapılan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) anlaşmalarında yatırım genellikle bir çerçeve çizilmek suretiyle tanımlanmakta, bazı mal varlığı değerleri ile ticari faaliyetler de genel özellikleriyle sayılmaktadır. İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) üyesi devletlerin birbirleriyle yaptıkları iki taraflı YKTK anlaşmalarında da yatırımın tanımına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca, İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nda yer alan yatırım tanımı da uluslararası yatırım hukuku bakımından önem arz etmektedir. İİT üyesi devletler arasındaki uluslararası yatırım rejiminin ortaya konulmasında hakem heyetlerinin kararları da önem arz etmektedir. Buna karşılık, uluslararası yatırım hukukunun uyumsuzluk çözüm merkezlerinden olan ICSID'in kurucu anlaşmalarında yatırımın tanımına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Bu uluslararası anlaşmalardaki yatırım tanımına dair düzenlemelerin anlaşılabilmesi

Abstract

In bilateral agreements on the protection and reciprocal protection of investments (BITs) between states, investment is generally defined by drawing a framework, and some assets and commercial activities are also listed with their general characteristics. BITs concluded between the member states of the Organization of Islamic Cooperation (OIC) also contain provisions on the definition of investment. In addition, the definition of investment in the OIC Multilateral Investment Treaty is also important in terms of international investment law. The decisions of arbitral tribunals are also important in determining the international investment regime between OIC Member States. On the other hand, the founding treaties of ICSID, one of the dispute settlement centers of international investment law, do not contain a definition of investment. In order to understand the provisions on the definition of investment in

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı,
ahmet.dulger@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2527-2099

için İİT üyesi devletlerden Türkiye, Ürdün, Libya, Türkmenistan ve Özbekistan'ın birbirleri arasında yaptıkları YKTK anlaşmaları, İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması ve örnek olarak farklı ülkelerin YKTK anlaşmalarında yer alan yatırım kavramları ad hoc ve ICSID tahkimi bünyesinde gerçekleşen uluslararası yatırım tahkimi içtihatları da incelenerek değerlendirilmiştir. Bu sayede uluslararası yatırım tahkimi bakımından hangi mal varlığı değerlerinin yatırım olarak kabul edilebileceği ortaya konmuştur. Tahkime gitme hakkı yatırım olarak kabul edilen değerlerden biridir. Ev sahibi devlette uzun süreli ve tekrar eden alım-satım ve kiralama sözleşmeleri yapmak ile ev sahibi devlete know-how getirilmesi de yatırım olarak kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yabancı yatırımcı, uluslararası yatırım, İslam İşbirliği Teşkilatı, ICSID, tahkim

these BITs, the OIC Multilateral Investment Treaty, and the BITs concluded between OIC member states of Türkiye, Jordan, Libya, Turkmenistan and Uzbekistan, as well as the concepts of investment in the BITs of different countries have been evaluated by examining the international investment arbitration jurisprudence in ad hoc and ICSID arbitration. In this way, it is revealed which assets can be considered as investments in international investment arbitration. The right to arbitration is one of the assets recognized as an investment. Entering into long-term and recurring purchase, sale and lease agreements in the host state and bringing know-how to the host state are also considered as investments.

Key words: Foreign investor, international investment, Organisation of Islamic Cooperation, ICSID, arbitration

GİRİŞ

Ekonomik kalkınmanın önemli bir itici gücü olan yatırım, İslam İşbirliği Teşkilatı¹ (İİT) üye devletleri arasındaki İslam Konferansı Örgütü Üye Devletleri Arasında Yatırımların Teşviki, Korunması ve Garanti Edilmesi Anlaşması² (İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması) ve İkili Yatırım Anlaşmalarında (BITs / YKTK

¹ İngilizce adı "Organisation of Islamic Cooperation" olan İİT 1969'da kurulmuş olup merkezi Cidde/Suudi Arabistan'dadır. 57 ülke İİT'nin üyesidir. Bunlar: Azerbaycan, Ürdün, Afganistan, Arnavutluk, BAE, Endonezya, Özbekistan, Uganda, İran, Pakistan, Bahreyn, Brunei, Bangladeş, Benin, Burkina Faso, Tacikistan, Türkiye, Türkmenistan, Çad, Togo, Tunus, Cezayir, Cibuti, Suudi Arabistan, Senegal, Sudan, Suriye, Suriname, Sierra Leone, Somali, Irak, Umman, Gabon, Gambia, Guyana, Gine, Gine-Bissau, Filistin, Comoros, Kırgızistan, Katar, Kazakistan, Kamerun, Cote D'Ivoire, Kuveyt, Lübnan, Libya, Maldivler, Mali, Malezya, Mısır, Fas, Moritanya, Mozambik, Nijer, Nijerya, Yemen. Bkz. <https://new.oic-oci.org/SitePages/CommonPage.aspx?Item=1> (Erişim Tarihi: 03/09/2024).

² İngilizce adı "Agreement for Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference" olan bu Anlaşma 1981 yılında kabul edilmiş olup 10 devletin resmi olarak onaylamasıyla 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. 29 ülke açısından yürürlüktedir. Bunlar: Burkina Faso, Kamerun, Mısır, Gabon, Gambia, Gine, Endonezya, İran, Irak, Ürdün, Kuveyt, Lübnan, Libya, Mali, Moritanya, Fas, Umman, Pakistan, Katar, Suudi Arabistan, Senegal, Somali, Sudan, Filistin, Suriye, Tunus, Türkiye, Birleşik Arap Emirlikleri, Uganda. Bkz. <https://new.oic-oci.org/SitePages/CommonPage.aspx?Item=17> (Erişim Tarihi: 03/09/2024).

anlaşmaları) tanımlanmıştır.³ İİT ülkelerinin farklı ekonomik beklentilerini yansıtan bu anlaşmalar, ortak ilkeleri, karşılıklı faydaları ve yatırımcıların haklarının korunmasını vurgulayan incelikli bir yatırım anlayışını içermektedir. Çalışmamızda, İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması ile bazı İİT üye devletleri arasında yapılmış olan YKTK anlaşmalarındaki yatırım tanımları incelenecektir.⁴ Bu kapsamda olmak üzere, İİT üyesi devletler ile bu ülkelerin tabiiyetindeki kişiler arasında gerçekleşen uluslararası yatırım tahkimi davalarında verilen hakem kararları incelenerek söz konusu YKTK anlaşmalarındaki yatırım tanımı araştırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, makalemizde İİT üyesi devletler arasındaki YKTK anlaşmalarının tamamı incelenmeyecektir. Zira birçok YKTK anlaşması diğerleriyle yatırım tanımı bakımından aynı veya çok benzer hükümleri içermektedir. Bunun yerine uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetlerinin yatırım tanımına dair verdiği kararlardan dikkate değer olanlar göz önüne alınarak bu davalardaki tarafların tabiiyetinde bulunduğu ülkeler ile ev sahibi devlet arasında yapılmış YKTK anlaşmaları incelenecektir. Bu kapsamda Türkiye, Ürdün, Libya, Türkmenistan ve Özbekistan arasında yapılmış YKTK anlaşmaları kapsamında gerçekleştirilen uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetleri tarafından yatırımın tanımına dair varılan sonuçlar dikkate değerdir.

Bu bakımdan, İİT üyesi devletler arasında yapılan yatırım anlaşmalarının finansal işlemlerin ötesine geçtiğini; geniş bir varlık ve faaliyet yelpazesini kapsadığını ifade etmek gerekir.⁵ Tipik olarak, bu anlaşmalar yatırımı, genellikle

³ Bunlar arasında mesela 8 Ağustos 2006 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Suudi Arabistan Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (Türkiye – Suudi Arabistan YKTK Anlaşması) (Resmî Gazete 04.02.2009/27130), 16 Mart 1995 tarihli Pakistan İslam Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma (Pakistan – Türkiye YKTK Anlaşması) (Resmî Gazete 12.02.1997/22903), Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin 25 Ekim 2011 Tarihli Anlaşma (Türkiye – Azerbaycan YKTK Anlaşması) (Resmî Gazete 02.05.2013/28635), Türkiye Cumhuriyeti ile Malezya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin 25 Şubat 1998 Tarihli Anlaşma (Türkiye – Malezya YKTK Anlaşması) (Resmî Gazete 10.05.2000/24045M), 14 Şubat 2011 tarihli Pakistan İslam Cumhuriyeti ile Kuveyt Devleti Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunmasına İlişkin Anlaşma (Pakistan – Kuveyt YKTK Anlaşması) (Bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/160/pakistan> Erişim Tarihi 03/09/2024) sayılabilir.

⁴ Çalışmanın kapsamının makaleye uygun uzunlukta tutulması ve konu bütünlüğünün sağlama amacıyla tüm üye devletleri incelemek mümkün olmayacaktır. İİT'deki farklı ülkeleri temsil etmek amacıyla aşağıdaki ülkeler uluslararası yatırım tahkimi davalarındaki kararlara konu olmaları ve Türkiye menşeli şirketler ile ilgileri nedeniyle seçilmiştir: Türkiye, Ürdün, Libya, Türkmenistan, Özbekistan.

⁵ Türkiye – Suudi Arabistan YKTK Anlaşması ve Pakistan – Türkiye YKTK Anlaşması gibi çeşitli YKTK anlaşmalarında taşınır ve taşınmaz mallar, hisseler ve fikri mülkiyet hakları genelde yatırım olarak kabul edilmektedir.

geleneksel sermaye kavramlarının ötesine geçen ve fikri mülkiyet, teknoloji transferi ve diğer maddi olmayan varlıkları da içeren, kazanç veya kâr beklentisiyle kaynakların ve sermayenin ev sahibi ülkeye getirilmesi olarak nitelendirir.

İİT üyesi devletler arasında yapılan uluslararası yatırım anlaşmalarının öne çıkan bir özelliği de adalet ve hakkaniyet ilkelerine yapılan vurgudur. Bu anlaşmalar, yabancı yatırımcıyı teşvik eden ve keyfi muameleye karşı kendisine güvence sağlayan bir ortam yaratmayı amaçlarlar.⁶ Buna ek olarak, uluslararası yatırım uyumsuzluklarının çözümünü için uyumsuzluk çözüm mekanizmaları da bu anlaşmalarda belirtilmektedir.⁷ Uluslararası tahkimi de içeren bu mekanizmalar, İİT içinde istikrarlı ve öngörülebilir bir yatırım ortamı oluşturmaya da hizmet etmektedir.

Bu anlaşmalarda yatırımın tanımına ilişkin yeknesak bir yaklaşım bulunmadığından, bu anlaşmalara dayalı olarak görülen uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetleri bu tür tanımların çeşitli özelliklerinin tartışılmasında birincil rolü üstlenmektedir.⁸ İİT üyesi devletlerin vatandaşlığı ve tabiiyetindeki kişiler, ev sahibi devletlerle olan uyumsuzluklarının bu tahkim yargılamalarında çözülmesini talep ettiklerinde, hakemler gerçek yatırımın ne olduğu ve uluslararası yatırım hukuku kapsamına girip girmediği konusundaki görüşlerini ortaya koyarlar.⁹ Her bir anlaşmadaki düzenlemelerin kendilerine özgü içeriğe sahip olmasının doğal sonucu olarak, hakem kararlarında bu tür tartışmaların sonuçları birbirinden farklıdır.

⁶ Mesela, İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nın "Yatırım Garantileri" başlıklı 10. maddesi, Türkiye – Azerbaycan YKTK Anlaşması'nın "Kamulaştırma" başlıklı 6. Maddesi, Türkiye – Malezya YKTK Anlaşması'nın "Kamulaştırma" başlıklı 5. Maddesi yatırımların güvenliğinin sağlanmasına ve yatırım ortamının keyfi muameleden ari tutulmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

⁷ Mesela, İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 17. maddesinde ve Türkiye – Suudi Arabistan YKTK Anlaşması'nın 9. maddesinde ad hoc tahkim, Pakistan – Kuveyt YKTK Anlaşması'nın 8. maddesinde ICSID tahkimi seçilmiştir.

⁸ Davalı devletler, ev sahibi devletlerde bir yatırım bulunmadığı iddiasına dayanarak yargı yetkisine itiraz etmektedirler. Bu tür itirazlar, yatırımı tanımlayan maddeler kapsamında tartışılmaktadır. Zira hakem heyetlerinin davaya bakma yetkisi uluslararası yatırımın varlığına bağlıdır. Örneğin, Bayındır v. Pakistan davasında Hakem Heyeti, yargı yetkisine karar vermek amacıyla, kendisinin geçerli bir YKTK anlaşması kapsamında gerçek yatırımın ne olduğunu belirlemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v Pakistan İslam Cumhuriyeti, ICSID Dava No.ARB/03/29, Yetki Hakkında Karar, 14 Kasım 2005, para.108.

⁹ Malaysian Historical Salvors v. Malezya ICSID davası kararında, Hakem Heyeti bir sözleşmenin içtihatlarla ve yürürlükteki mevzuatta kabul edilen yatırım kavramı kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. Malezya, ICSID Dava No.ARB/05/10, Yetki Hakkında Karar, 17 Mayıs 2007, para.49. Buna karşılık, Union Fenosa v Mısır Arap Cumhuriyeti davasında Hakem Heyeti, söz konusu sözleşmenin yatırım olması için gerekli koşulları karşıladığına karar vermiştir. Bkz. Union Fenosa Gas, S.A. v. Mısır Arap Cumhuriyeti, ICSID Dava No.ARB/14/4, Karar, 31 Ağustos 2018, para.6.66.

Çalışmamızda, öncelikle, uluslararası yatırım hukukunun genel bir çerçevesi çizilecektir. Uluslararası yatırım hukukunun kaynakları olarak hangi mevzuatın yer aldığı ve bu mevzuatta uluslararası yatırımın nasıl tanımlandığı da ilk bölümde incelenecektir. Türkiye'nin Model YKTK Anlaşması da bu bölümde değerlendirilecektir. İkinci bölümde ise, İİT üyesi devletler arasındaki uluslararası yatırım anlaşmalarının yatırım tanımı bakımından ayırt edici özellikleri incelenecektir. Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu bazı YKTK anlaşmaları bu bölümde değerlendirilecektir. Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarının konu edildiği uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetlerinin bu uluslararası yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımlarına yönelik yaklaşımları incelenecektir. İnşaat, enerji ve ulaştırma gibi sektörlerin yer aldığı bu davalarda hakem heyetlerinin nelere dikkat ettiği ön plana çıkarılacaktır. Bu sayede İİT üyesi devletler arasındaki YKTK anlaşmalarının yatırım kavramı bakımından nasıl yorumlandığı ortaya konulacaktır.

1. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU

1.1. Genel Olarak

Devletler arasında yapılan iki veya çok taraflı yatırım anlaşmaları uluslararası yatırım hukukunun konusuna girer. Bu anlaşmaların özelliklerinden önce uluslararası yatırım hukukunun kavram olarak neyi ifade ettiğini belirtmekte fayda vardır.

Uluslararası yatırım hukukunun asıl aktörleri yabancı yatırımcı, ev sahibi devlet ve yatırımcının devleti olarak sıralanabilir. Bunların haricinde devletlerin kurumları, organları, yabancı yatırımcının hissedarlık yapısında bulunan diğer kişiler ve, hatta, bu üç aktörün dışında kalan üçüncü kişi, kurum ve şirketler de uluslararası yatırım hukukunda ilgili olay bağlamında etkili olabilir. Bu aktörlerin aralarındaki ilişkilerin düzenlenmesini uluslararası yatırım hukuku ve ilgili devletlerin yerel hukukları gerçekleştirir. Ülkesinde yatırım yapılan ev sahibi devletin (host state) dışında bir devletin vatandaşı olan veya tabiiyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ev sahibi devlet bakımından yabancı yatırımcıdır. Yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu veya tabiiyetinde bulunduğu devlet ise yatırımcının devleti (home state) olarak adlandırılır.¹⁰

¹⁰ Buna kaynak devlet de denmektedir. Bkz. Mustafa Erkan (2013). *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.179.

Uluslararası yatırım hukukunun hangi ticari işlemleri konu edindiği de dikkate değerdir. Zira uluslararası ticaretin, yani sınır aşan mal ve hizmet ticaretinin, hukuki teknik bir kavram olarak yatırım olup olmadığı anlaşmaların hangi işlemlere uygulanacağını belirlemede önemlidir. Hem yatırım hem de ticaret kavramları kâr amacıyla bir işletme faaliyetinin gerçekleştirilmesini içerir. Her iki kavram açısından da, bu ticari işletme mal veya hizmet üzerine kurulu olabilir. Ancak yatırım ve ticarete söz konusu olan faaliyetin doğası birbirinden farklıdır.¹¹ Ticaret kapsamında olan faaliyet herhangi bir malın alım veya satımı üzerine olabileceği gibi bir hizmetin alınması veya sağlanması şeklinde de olabilir. Buna karşılık, mal alım-satımı veya tek seferlik bir hizmet sağlanması yatırım olarak kabul edilemez.¹²

Bu faaliyetlerin tabi olduğu mevzuat ve kendilerine hukuki koruma getiren metinler de farklıdır.¹³ İki ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan koruma ve garantiler sadece yatırımlar için geçerlidir.¹⁴ Bu anlaşmalar yalnızca yatırım olarak nitelendirilen varlıklara uygulanır. Ticari faaliyetlerin ise bu anlaşmalardan yararlanması mümkün değildir. Bunun yerine, ticaretin tarafları arasında yer alan sözleşmeler veya, varsa, uluslararası ticaret alanındaki uluslararası anlaşmalar ticari faaliyetlerin korunmasında kullanılır.¹⁵

1.2. Uluslararası Yatırım Hukukunun Kaynakları

Uluslararası yatırım hukukunun kaynakları ulusal ve uluslararası kaynaklar olarak sıralanabilir. Uluslararası yatırım hukukunun tüm aktörleri arasındaki ilişkiler bu kaynaklara göre şekillenir. Buna göre ilgili aktörün hakları ve yükümlülükleri tespit edilir. Bir uyuşmazlık olduğunda da ilgili kaynakta yer alan düzenlemeye göre karar verilir.

¹¹ Ilias Bantekas (2015). **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge University Press, Cambridge, s.285; İnci Ataman-Fıganmeşe (2012). “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 31, Sayı: 1, ss.91-152, s.93; Melis Avşar (2017). “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Cilt: 37, Sayı:2, ss.169-221, s.184.

¹² İnci Ataman-Fıganmeşe (2012). “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 31, Sayı: 1, ss.91-152, s.93.

¹³ İnci Ataman-Fıganmeşe (2012). “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 31, Sayı: 1, ss.91-152, s.101-102.

¹⁴ Ilias Bantekas (2015). **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge University Press, Cambridge, s.286.

¹⁵ Yusuf Çalışkan (2011). “Dispute Settlement in International Investment Law”, **Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism**, Editör: Yusuf Aksar, Martinus Nijhoff, Leiden, s.155.

Ulusal kaynaklar her bir aktörün kendi devletinin hukukunu ifade eder. Yabancı yatırımcının kuruluşu, temsili, organlarının yetkileri, hakları ve yükümlülükleri dahil birçok konuda yabancı yatırımcının vatandaşı olduğu veya tabiiyetinde bulunduğu devletin mevzuatı ulusal kaynak olarak uluslararası yatırım hukukunda etki sahibidir. Bu devletin tüzel kişilerin faaliyet alanlarına ilişkin getirdiği sınırlamalar yabancı yatırımcının gerçekleştirdiği işlemlerin geçerliliği tartışması olduğunda göz önüne alınabilir. Aynı şekilde tüzel kişi yabancı yatırımcının hissedarlık yapısına ilişkin düzenlemeler de uluslararası yatırım hukukunda belirleyici olabilir.

Ev sahibi devletin hukuku da uluslararası yatırım hukukunun ulusal kaynaklarından¹⁶ Uluslararası yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olması gerektiği şartı YKTK anlaşmalarında yer alabilmektedir. Buna göre ev sahibi devletin idare, ceza ve özel hukuk dahil çeşitli mevzuat düzenlemeleri bir uluslararası yatırımın hukuka uygun olarak var olması noktasında önem arz edebilir. Ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik aldığı kararlar ve yatırıma müdahale teşkil edebilecek işlemler de bu devletin mevzuatı çerçevesinde uluslararası yatırım hukuku incelemesine konu olabilir.

Bunların haricinde uluslararası yatırımın ilgili olduğu başka ulusal hukukların da kaynak olarak etki doğurması söz konusu olabilir. Yatırıma yönelik ticari faaliyetlerin ülkesinde gerçekleştiği, transit olarak geçiş yaptığı veya geçici olarak bulunduğu devletlerin mevzuatı bu kapsamda düşünülebilir. Bu devletlerin hukuk düzenlemeleri uluslararası yatırım hukuku davalarında iddia ve savunmaların oluşturulmasında hukuka uygunluğu veya aykırılığı ortaya koymak için kullanılabilir.

Uluslararası kaynaklardan ilki olarak Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VCLT)¹⁷ sayılabilir. Zira VCLT, uluslararası yatırım hukukundaki diğer uluslararası anlaşmaların yorumlanmasında kullanılan bir kaynaktır. Uluslararası hukukta anlaşma yorumlamanın temel metinlerinden olan VCLT uyarınca herhangi bir iki ve çok taraflı yatırım anlaşmasındaki hükümlerin nasıl

¹⁶ Stephan Wilske ve Sarah Kimberly Hughes (2015). "Investment Treaty Arbitration Involving Turkey and Turkish Parties", *Arbitration in Turkey*, Editör: Ali Yeşilırmak ve İsmail Esin, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.244.

¹⁷ 1969 tarihli Sözleşmenin İngilizce adı "Vienna Convention on the Law of Treaties"tir. VCLT'ye Türkiye taraf değildir. Ancak, VCLT devletler arasındaki uluslararası hukuk kuralı olarak kabulü ve genel uygulaması nedeniyle uluslararası hukuk kapsamında örf-adet kuralı niteliğinde olup bağlayıcıdır.

yorumlanacağı değerlendirilir.¹⁸ VCLT'nin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre "Bir antlaşma, kendi bağlamı içinde ve amacı ışığında antlaşma hükümlerine verilmesi gereken olağan anlama uygun olarak iyi niyetle yorumlanacaktır." Buna göre, uluslararası yatırım hukuku kapsamında olan yatırımla ilgili anlaşmalarda VCLT'de yer alan ilkeler doğrultusunda değerlendirmeler yapılır.¹⁹

İki ve çok taraflı yatırım anlaşmaları ise bir başka uluslararası kaynağı oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Kurumu (UNCTAD) verilerine göre yaklaşık 3.000 adet YKTK anlaşması bulunmaktadır.²⁰ Bunlar yalnızca iki ülke arasındaki yatırım ilişkilerini kontrol eder. En temel amacı kalkınma adına yabancı yatırım çekmek ve yurtdışındaki yatırımların korunması olan bu anlaşmalarda yatırım güvenliği, yatırım tarafsızlığı ve yatırım ortamının geliştirilmesi gibi genel amaçlar altında uluslararası yatırımlara uygulanacak kuralların ilkeleri ortaya konulur.²¹ Çok taraflı yatırım anlaşmaları da benzer amaçların ikiden fazla devlet tarafından birbirlerine taahhüt edilmesi şeklinde oluşturulur.²² AB ile ABD arasında yapılması planlanan Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı (Transatlantic Trade and Investment Partnership / TTIP), Türkiye ve AB'nin de taraf olduğu Enerji Şartı sözleşmesi (ECT/Energy Charter Treaty) ve Türkiye'nin de taraf olduğu İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması bunlardan bazılarıdır.

Son olarak, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi amacıyla devletlerin çok taraflı olarak imzaladıkları uluslararası anlaşmalar da kaynaklardan biri olarak sayılabilir. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme²³ (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States / "ICSID Konvansiyonu") bunlardan biridir. Bu Konvansiyon'un temel amacı, elverişli bir yatırım ortamı yaratarak yabancı yatırımları kolaylaştırmaktır.

¹⁸ Yusuf Çalışkan (2002). **The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment**, Dissertation Publication, Boca Raton, s.11-12

¹⁹ İnci Ataman-Fıganmeşe (2012). "Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 31, Sayı: 1, ss.91-152, s.110.

²⁰ United Nations Trade and Development (UNCTAD) (2023). **IIA Issues Note**, Sayı 3, s.4.

²¹ İsmail Emrah Karayel (2020). ICSID Tahkimi ve **ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, Yayınlanmış Doktora Tezi**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, s.69.

²² Banu Şit Köşgeroğlu (2012). **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.53-55.

²³ ICSID Konvansiyonu Türkiye bakımından 02.04.1989'da yürürlüğe girmiş ve şu anda toplam 165 ülkenin taraf ve üye olduğu bir uluslararası anlaşmadır. Bkz. RG 20.04.1988/19791.

Bu amaca ulaşmak için Konvansiyon, devletler ve yabancı yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını çözmek için tarafsız bir uluslararası yatırım tahkimi mekanizması sağlar.

1.3. ULUSLARARASI YATIRIMIN TANIMI

Yabancı yatırımcının sahip olduğu her mal varlığının uluslararası yatırım olup olmadığı çözümlenmesi gereken bir meseledir. Yukarıda sayılan uluslararası yatırım hukukunu düzenleyen birçok kaynaktan bununla ilgili düzenleme bulunmaktadır. Buna rağmen, her bir kaynaktaki düzenleme yatırım tanımı bakımından farklı hükümler içermektedir. Bu da yabancı yatırımcının mal varlığının bu kaynaklardaki düzenlemelere göre değerlendirilmesini gerektirir. Özellikle uluslararası yatırım anlaşmalarındaki farklı yatırım tanımları yargılamayı gerçekleştiren hakem heyetlerinin uygulamasını ortaya koymak bakımından dikkate değerdir.

Yatırımın tanımına ilişkin düzenlemeler uluslararası yatırım hukuku kapsamındaki birçok meselenin çözüme kavuşması bakımından önemlidir. Öncelikle uluslararası yatırım uyuşmazlığının önüne getirildiği hakem heyetinin veya mahkemenin yetkisinin olup olmadığının tespiti, uluslararası yatırım anlaşmalarındaki yatırım tanımlarının yorumlanmasını gerektirir.²⁴ Uyuşmazlığın konusu bir uluslararası yatırım hakkında değilse söz konusu uluslararası anlaşmalarda belirlenen hakem heyeti veya mahkemenin yetkisizliği söz konusu olacaktır.²⁵ Böyle bir durumda uluslararası yatırımdan kaynaklı bir uyuşmazlık bulunmadığından uluslararası yatırım anlaşmaları çerçevesinde hakem heyeti veya mahkemenin davayı yetkisizlik nedeniyle reddetmesi gerekir.

Uyuşmazlığın ve taleplerin konusu da yatırımın tanımına göre belirlenecektir. Bir başka deyişle uyuşmazlığın esasında bulunan mal varlığının hangileri olduğu ancak bunların uluslararası yatırım değerlendirmesine tabi tutulması halinde tespit edilebilir. Uluslararası yatırım olmayan mal varlığı değerlerinin uluslararası yatırım anlaşmalarına dayalı olarak tazmini istenemez. Bu durum zararın hangi mal varlığı üzerinde gerçekleştiğini ve, dolayısıyla, tazminatın hesaplanmasını da etkiler. Uluslararası yatırım üzerinde gerçekleşen zarar tespit edilerek bunun ilgili tazmin yöntemine göre hesabı yapılır.

²⁴ Gary Born (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.33

²⁵ Mustafa Erkan (2013). **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, Ankara, s.178.

Esasında uluslararası yatırım anlaşmalarında bulunan diğer maddelerin uygulanabilirliği sorununun çözülmesi ve kapsamının belirlenmesi yatırımın tanımının değerlendirilmesiyle olur. VCLT madde 31’de de belirtildiği üzere uluslararası yatırım anlaşmasında bir mal varlığının yatırım olarak belirtilmesi de doğrudan uyuşmazlığı çözen kurum için bağlayıcı değildir. Hakem heyeti veya mahkeme uluslararası anlaşmayı da göz önüne alarak yatırımın tanımı ve kapsamını değerlendirecektir.

Bu değerlendirmede Black’s Law Dictionary²⁶ ismindeki hukuk sözlüğü de sıkça göz önüne alınmaktadır. Bu sözlükte yer alan tanıma göre yatırım, “gelir elde etmek amacıyla mülk veya varlık edinmek için yapılan bir harcama; bir sermaye harcaması; edinilen varlık veya yatırılan meblağ”dır.²⁷ Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere birçok malvarlığı değeri yatırım tanımına girer. Ayrıca, yatırım, doğası itibarıyla da ekonomik ve hukuki özellikleri olan bir kavramdır. Ancak uluslararası yatırım kavramıyla bazı malvarlıkları ve işlemlerin yatırım tanımı dışında bırakılması söz konusu olabilir.²⁸

Mal alım-satımı ile tek seferlik hizmet sağlamanın uluslararası yatırım tanımına girmeyeceği kesindir.²⁹ Bunun yerine, ev sahibi ülkeye daha uzun süreli ve daha fazla bağlılık içeren ticari işlemlerin söz konusu olması gerekir. Aynı şekilde, alınan risk karşılığında ev sahibi ülke ekonomisine yapılan katkı da önemli bir unsurdur. Birçok uluslararası yatırım tahkimi kararı, bir yatırımın, belli bir risk unsuruna maruz kalacak ve ev sahibi devletin kalkınmasına yardımcı olacak şekilde bir süre için para veya diğer varlıkların katkısını içerdiğini öne sürmüştür.³⁰ Yabancı yatırımcının uluslararası yatırımını ev sahibi ülkede bir taahhüt ve

²⁶ Henry Campbell Black (1968). **Black’s Law Dictionary**, West Publishing Co., 4. Baskı, St. Paul.

²⁷ Henry Campbell Black (1968). **Black’s Law Dictionary**, West Publishing Co., 4. Baskı, St. Paul, s.960.

²⁸ Yatırım tanımlama yöntemleri olarak malvarlığı esasına dayanan geleneksel yöntem, tautological-yatırımın özelliklerine dayalı tanımlama, kapalı liste yöntemi ve dışında bırakma-sınırlandırma yöntemi kabul edilmektedir. Bkz. Zeynep Çalışkan (2009). “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl: 29, Sayı: 1-2, ss.85-118, s.89.

²⁹ Nigel Blackaby vd. (2015). **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 6. Baskı, Oxford, s.456

³⁰ Bunun en meşhur örneği Salini v. Fas davasıdır. Bkz. Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Fas Krallığı, ICSID Dava No. ARB/00/4, Yetki Hakkında Karar, 23 Temmuz 2001, para.43,58. Birçok başka karar da kaynaklarda ifade edilmektedir. Bkz. Christoph Schreuer vd. (2009). **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2. Baskı, Cambridge, s.128-134; Gary Born (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.421.

bağlılık çerçevesinde gerçekleştirmesi de bu kapsamda ifade edilmektedir.³¹ Çeşitli uluslararası yatırım anlaşmaları ile içtihatlarda bu unsurların çerçevesi çizilmiştir.³²

1.3.1. ICSID KONVANSİYONU'NA GÖRE YATIRIM TANIMI

ICSID Konvansiyonu'nda yatırım tanımlanmamıştır.³³ Uluslararası yatırım için gerekli kriterler de ICSID Konvansiyonu'nda belirtilmemiştir. Yalnızca Konvansiyon'un 25.maddesinde ICSID nezdinde tahkim yargılaması gerçekleştirecek hakem heyetinin yetkisiyle³⁴ ilgili düzenlemede şu ifadeler yer verilmiştir:

“Merkezin yargı yetkisi, bir Akit Devlet (veya bir Akit Devletin Merkeze bu Devlet tarafından atanan herhangi bir kurumu) ile diğer bir Akit Devletin vatandaşı arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan ve uyuşmazlığın taraflarının Merkez'e getirilmesine yazılı olarak rıza gösterdiği her türlü hukuki uyuşmazlığı kapsar.”

Buna göre, uluslararası yatırım uyuşmazlığına bakan hakem heyetinin yetkisinin olabilmesi için doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık olması gerekir.³⁵ Her anlaşma terimi gibi, bu terim de kelimenin olağan anlamına uygun olacak şekilde yorumlanmalıdır.³⁶ ICSID Konvansiyonu madde 25(1)'in açıkça ortaya koyduğu üzere, her davacının ICSID'de talepte bulunurken yerine getirmesi

³¹ Nigel Blackaby vd. (2015). **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 6. Baskı, Oxford, s.456. Uluslararası yatırım tahkimi kararlarında da bu durum ifade edilmektedir. Bkz. Fedax N.V. v. Venezuela Cumhuriyeti, ICSID Dava No.ARB/96/3, Karar, 09/03/1998, para.43.

³² Gary Born (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.421.

³³ Gary Born (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.421; Nigel Blackaby vd. (2015). **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 6. Baskı, Oxford, s.456; Miray Azaklı Köse ve Melis Avşar (2021). “Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler”, **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 41, Sayı: 2, ss.605-644, s.614; Melis Avşar (2017). “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Cilt: 37, Sayı:2, ss.169-221, s.178.

³⁴ Yusuf Çalışkan (2011). “Dispute Settlement in International Investment Law”, **Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism**, Editör: Yusuf Aksar, Martinus Nijhoff, Leiden, s.132; Işıl Egemen Demir (2014). **ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.93-94.

³⁵ Rudolf Dolzer ve Christoph Schreuer (2012). **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford, s.238-239; Gary Born (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.33; İlias Bantekas (2015). **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge University Press, Cambridge, s.284; Yusuf Çalışkan (2011). “Dispute Settlement in International Investment Law”, **Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism**, Editör: Yusuf Aksar, Martinus Nijhoff, Leiden, s.136; Zeynep Çalışkan (2009). “Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl: 29, Sayı: 1-2, ss.85-118, s.99; Bilgin Tiryakioğlu (2003). **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, s.148; İsmail Emrah Karayel (2020). **ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, s.92-93.

³⁶ Melis Avşar (2017). “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Cilt: 37, Sayı:2, ss.169-221, s.179.

gereken yargı yetkisi ön koşullarından biri doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan hukuki uyumsuzluk olduğunu ispatlamasıdır.³⁷ Pratik anlamda bu gereklilik, “ev sahibi Devletin eylemleri ile bu eylemlerin uluslararası yatırım anlaşmalarıyla korunan yatırım üzerindeki etkileri arasında doğrudan bir neden-sonuç ilişkisi olması” gerektiği anlamına gelmektedir.

ICSID uluslararası yatırım tahkimine ilişkin *Salini v. Fas*³⁸ kararında ICSID Konvansiyonu ve ilgili YKTK anlaşması bağlamında ticari işlemlerin uluslararası yatırım olarak kabulü için gerekli kriterler yönünden bir değerlendirme yapılmıştır. Bağlayıcı olmasa da, daha sonra birçok hakem kararında ve uluslararası yatırım hukuku literatüründe de *Salini v. Fas* kararındaki bu kriterler göz önüne alınmıştır. Buna göre, uluslararası yatırım ile ilgili diğer şartları sağlayan bir ticari işlemin yatırım olarak kabulü için ilgili proje veya işlemin (1) belirli bir süresinin olması, (2) ev sahibi devletin ülkesinde bir taahhüt/bağlılığının bulunması, (3) düzenli olarak kâr ve getiri sağlamayı amaçlaması ve buna karşılık risk içermesi, (4) ev sahibi devletin kalkınmasına önemli bir katkı sağlaması gereklidir.

1.3.2. YKTK (BIT) ANLAŞMALARINA GÖRE YATIRIM

İki ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında ise yatırım tanımına yer verilmektedir.³⁹ Uluslararası yatırım anlaşmaları yatırım tanımı açısından farklılıklar⁴⁰ içerebilse de, 11 Temmuz 1995 tarihli İsviçre ve Pakistan Arasında Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması⁴¹ madde 1(2) hükmü birçok farklı yatırım

³⁷ Lucy Reed, Jan Paulsson ve Nigel Blackaby (2004). **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.14; Işıl Egemen Demir (2014). **ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.20; İsmail Emrah Karayel (2020). **ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, s.80-81.

³⁸ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Fas* Krallığı, ICSID Dava No. ARB/00/4, Yetki Hakkında Karar, 23 Temmuz 2001 (“*Salini v Fas*”).

³⁹ Christoph Schreuer vd. (2009). **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2. Baskı, Cambridge, s.122-125; Rudolf Dolzer ve Christoph Schreuer (2012). **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford, s.63; Muthucumaraswamy Sornarajah (2010). **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 3. Baskı, Cambridge, s.190; Nigel Blackaby vd. (2015). **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 6. Baskı, Oxford, s.452; Gary Born (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.426; Lucy Reed, Jan Paulsson ve Nigel Blackaby (2004). **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.44.

⁴⁰ Banu Şit Köşgeroğlu (2012). **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.161; İsmail Emrah Karayel (2020). **ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, s.69.

⁴¹ Bu Anlaşmanın makalemizde örnek olarak seçilmesinin nedeni birçok farklı ülke arasındaki YKTK anlaşmalarındaki yatırım varlıkları ve işlemlerini bir arada göstermesi ve İLT üyesi bir devlet ile yapılmış olmasıdır. Anlaşma metni için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/160/pakistan> (Erişim Tarihi 03/09/2024).

işlemine içermesi bakımından örnek olarak incelenebilir. Bu madde şu şekildedir:

- “Yatırım terimi her türlü varlığı ve özellikle aşağıdakileri kapsar*
- (a) taşınır ve taşınmaz mallar ile irtifak hakları, ipotekler, rehinler gibi diğer aynı haklar;*
 - (b) hisseler veya şirketlere diğer her türlü katılım;*
 - (c) para veya ekonomik değeri olan herhangi bir edim hakkındaki talepler;*
 - (d) telif hakları, sınai mülkiyet hakları (patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, ticaret veya hizmet markaları, ticari isimler, menşe işaretleri gibi), know-how;*
 - (e) doğal kaynakları arama, çıkarma veya kullanma imtiyazları da dahil olmak üzere kamu hukuku kapsamındaki imtiyazlar ve kanunla, sözleşmeyle veya kanuna uygun olarak yetkili makamın kararıyla verilen diğer tüm haklar.”*

Bu maddede olduğu gibi YKTK anlaşmalarında hangi mal varlığı değerlerinin yatırım olarak kabul edileceği genel özellikleriyle veya çeşitli kategoriler altında sayılmaktadır. Söz konusu yatırımın örnek kategorilerden birinin kapsamına girmesi halinde, böyle bir maddenin yorumlanmasında özel bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bazı YKTK anlaşmaları ise yatırımın daha çok ekonomik doğasıyla ilgili kavramsal bir çerçeve çizer.⁴² Bundan farklı olarak kaynakların taahhüdü, kâr beklentisi veya riskin üstlenilmesine atıfta bulunularak yatırımın özelliklerinin çizildiği uluslararası yatırım anlaşmaları da bulunmaktadır.⁴³ Bu örnek YKTK anlaşmalarından da görüldüğü üzere yatırım, belirli mal varlığı değerlerini dışarıda bırakmak üzere, olabildiğince geniş olarak tanımlanmaktadır.⁴⁴

Türkiye'nin Model YKTK Anlaşması⁴⁵ da nelerin yatırım olacağını saymaktadır. Model YKTK Anlaşması'nın 1. maddesi şu şekildedir:

⁴² Mesela 23 Ekim 1992 tarihli Ukrayna ve Danimarka Arasındaki Yatırımların Teşviki ve Karşılıklı Korunması Anlaşması kalıcı ekonomik ilişkiler kurma amacına odaklanmaktadır. Yatırım tanımının yer aldığı 1. Maddesinde de bunu ifade ederek yatırımı tanımlamıştır.

⁴³ ABD ve Şili arasındaki 2003 tarihli Serbest Ticaret Anlaşması bunlardan biridir. 10. maddesinde bu şekilde bir yatırım tanımlaması kullanılmıştır.

⁴⁴ Lucy Reed, Jan Paulsson ve Nigel Blackaby (2004). **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.46; Bilgin Tiryakioğlu (2003). **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, s.167; Zeynep Çalışkan (2009). “Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl: 29, Sayı: 1-2, ss.85-118, s.93.

⁴⁵ Tam adı “Agreement Between the Republic of Turkey and ... Concerning The Reciprocal Promotion and Protection of Investments” olan Türkiye'nin Model YKTK Anlaşmaları 2006, 2009, 2014, 2015 ve 2016 tarihli olanlar olmak üzere farklı tarihlerde güncellenmiştir.

“Yatırım, aşağıdakilerle sınırlı olmamakla birlikte, özellikle aşağıda belirtilenleri de kapsamak üzere her türlü varlığı ifade eder:

- (i) hisse senetleri veya şirketlere diğer herhangi bir katılım şekli,
- (ii) Yatırımdan elde edilip tekrar yatırılan gelirler, para alacağı veya bir yatırım ile ilgili mali değeri olan diğer haklar.
- (iii) taşınır ve taşınmaz malların yanı sıra, malın ülkesinde bulunduğu Tarafın hukukuna uygun olarak oluşturulan ipotek, haciz, rehin ve diğer benzer haklar,
- (iv) fikri ve sınai mülkiyet hakları, patentler, endüstriyel tasarımlar, ticari markalar, know-how ve diğer benzer haklar,
- (v) doğal kaynaklarla ilgili imtiyazlar da dahil olmak üzere, kanun veya sözleşme ile verilen ticari imtiyazlar.”

Bu anlaşmalar kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yalnızca şekli olarak değil gerçekten bir yatırım olup olmadığının incelenmesi gerekir.⁴⁶ Taşınır ve taşınmaz mal varlıkları, ipotek, rehin ve kefalet dahil çeşitli mal varlığı hakları, şirket hissedarlıkları, borsada işlem gören hisse senetleri, çeşitli alacak hakları bu kavramlara dahildir.⁴⁷ Bu şekilde geniş kavramsal tanımlamanın amacı uluslararası yatırım ile ilişkili çok çeşitli faaliyetlere uluslararası yatırım anlaşması koruması sağlanabilmesini temin etmektir.⁴⁸ Söz konusu mal varlığı değerlerini ev sahibi ülkede oluşturarak veya buraya getirerek yasal, siyasi ve ekonomik değişikliklerden kaynaklanan riskleri göz önünde bulunduran yabancı yatırımcının kâr amacıyla bir bağlılık içerisinde ticari faaliyetlerini gerçekleştirmesi ev sahibi devletin ekonomik kalkınmasını da artırır.

Uluslararası yatırım anlaşmalarıyla korunmaya değer bulunan, korunması amaçlanan bir yatırım uluslararası yatırım hukukunun ilgilendiği meselelerin çözümünde son derece önemlidir. Devletler arasında sermaye ve teknoloji akışını teşvik eden, ev sahibi ülkeye nakit akışı gerçekleştiren bu ticari faaliyetler böylece uluslararası yatırım anlaşması korumasından faydalanacaktır.⁴⁹

⁴⁶ Mustafa Erkan (2013). **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, Ankara, s.247; Işıl Egemen Demir (2014). **ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki**, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.198-200.

⁴⁷ Stephan Wilske ve Sarah Kimberly Hughes (2015). “Investment Treaty Arbitration Involving Turkey and Turkish Parties”, **Arbitration in Turkey**, Editör: **Ali Yeşilırmak ve İsmail Esin**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.246-247.

⁴⁸ Muthucumaraswamy Sornarajah (2010). **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 3. Baskı, Cambridge, s.10.

⁴⁹ Yusuf Çalışkan (2002). **The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment**, Dissertation Publication, Boca Raton, s.37.

2. İSLAM İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATI ÇOK TARAFLI YATIRIM ANLAŞMASINA GÖRE YATIRIM

2.1. Genel Olarak

İİT üyesi devletlerin kendi aralarında yaptıkları birçok uluslararası yatırım anlaşması bulunmaktadır. Bunlar iki devletin karşılıklı olarak yaptığı YKTK anlaşmaları ve ikiden fazla tarafın bir araya gelerek oluşturduğu çok taraflı yatırım anlaşmalarıdır. Bunlardan biri olan İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması, İİT üyesi devletler tarafından imzalanmış ve şu anda 30 devlet açısından yürürlükte olan çok taraflı bir uluslararası yatırım anlaşmasıdır.

Bu anlaşmada, üye devletler arasında gerçekleşen uluslararası yatırımların tabi olduğu muamele standartları, sermaye transferleri, zararın tazmini ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri dahil birçok konuda düzenleme yapılmıştır. İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması diğer uluslararası yatırım anlaşmalarıyla birlikte bulunur (coexist). Yani diğer YKTK anlaşmalarının uygulanmasını engellemekte, aynı kapsama giren durumlarda ilgili diğer anlaşmalarla birlikte uygulanmaktadır. Bu nedenle, uluslararası yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının görüldüğü davalarda hem İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'na hem de ilgili ülkeler arasındaki YKTK anlaşmalarına dayanılmaktadır.⁵⁰

2.2. İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'na Göre Yatırımın Tanımı

İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nın 1. maddesinin 5. fıkrası bir yatırım tanımı içermektedir. Bu madde şöyledir:

“Yatırım: İşbu Anlaşma uyarınca, bir âkit tarafın ülkesinde izin verilen alanlardan birinde kâr elde etmek amacıyla sermayenin kullanımı veya aynı amaçla sermayenin bir âkit tarafa transferi.”

Bu maddeye göre bir ticari faaliyetin yatırım olarak kabul edilebilmesi için çeşitli özelliklerin bulunması gerekir. Bu maddenin yorumlanmasından anlaşılmaktadır ki (i) kâr elde etmek amacıyla (ii) bir âkit tarafın ülkesinde (iii) sermayenin kullanımı veya (iv) aynı amaçla sermayenin bir âkit tarafa transferi yatırım olarak kabul edilmiştir.

⁵⁰ Buna örnek olarak 2009 tarihli Libya – Türkiye YKTK Anlaşması ve İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanan Mustafa Orhan Özer ve Nurettin Mendost Dirlik v. Libya ve 1980 tarihli Arap Yatırım Anlaşması ve ve İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanan Qatar Airways Group Q.C.S.C. v. Bahreyn Krallığı davaları sayılabilir.

İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'na dayanılarak açılan uluslararası yatırım uyuşmazlığı davalarında yatırımın tanımına dair detaylı ve incelemeye değer değerlendirme bulunmamaktadır. Bunun nedeni uyuşmazlıkların farklı konularda ortaya çıkmasının yanında maddenin düzenleniş biçimi de olabilir. Yukarıdaki maddenin çerçeve niteliği bu tartışmaların ortaya çıkmasını engellemiş olabilir. Ancak asıl neden İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nın uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında doğrudan dava konusu edildiği durumların çok sınırlı olmasıdır.⁵¹ Yukarıda da saydığımız bazı örnekler dahil az sayıdaki dava dışında, İİT üyesi devletler arasında gerçekleşen uluslararası yatırım tahkimi davalarında İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'ndan ziyade uyuşmazlığın tarafı devletler arasındaki YKTK anlaşmaları konu olmuştur.

2.3. İİT Üyesi Devletler Arasındaki YKTK Anlaşmalarına Göre Yatırımın Tanımı

İİT üyesi devletler arasındaki YKTK anlaşmaları yatırımın tanımına dair çeşitli ifadeler içermektedir. Bunlardan birbiriyle aynı olan anlaşmalar bulunduğu gibi farklılıklar içerenler de bulunmaktadır. Bunun nedeni yatırımın hem birçok farklı işlemi ve malvarlığını kapsamına almasının hedeflenmesi hem de farklı devlet tarafların kendilerine özgü hususları anlaşmalarına koymalarıdır.

Yatırım kavramı uluslararası yatırım uyuşmazlığı davalarında özellikle hakem heyetleri tarafından değerlendirilmiştir. Bu anlaşmalarda yer alan yatırım tanımına ilişkin maddelerin çeşitli özellikleri davaya konu uyuşmazlık çerçevesinde yorumlanmıştır.

Aşağıda ayrıca incelenen uluslararası yatırım tahkimi davalarındaki hakem kararları uluslararası yatırımın anlaşılması bakımından birçok özellikli hususu içerisinde barındırmaktadır. Ancak bu davalardan farklı başka davalarda da İİT üyesi devletler arasındaki YKTK anlaşmaları uyuşmazlığa konu olmuştur. Bu davaları ayrıca detaylı olarak incelememizin sebebi bu kararlarda yatırımın tanımına ilişkin kapsamlı ve özgün açıklamaların yer almamasıdır.⁵²

⁵¹ Stephan Wilske ve Sarah Kimberly Hughes (2015). "Investment Treaty Arbitration Involving Turkey and Turkish Parties", *Arbitration in Turkey*, Editör: Ali Yeşilirmak ve İsmail Esin, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, s.256.

⁵² Bunların haricinde İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması ve İİT üyesi devletler arasındaki YKTK anlaşmalarına dayanılan Olayan Financing Company v. Katar ve Primesouth International Offshore S.A.L. v. Irak Cumhuriyeti davaları da devam etmektedir.

Mesela bu kapsamda ifade edilebilecek bir karar Al Warraq v. Indonesia⁵³ davasında verilmiştir. Suudi Arabistan vatandaşı Davacı ev sahibi devlet olarak Endonezya'daki şirkette sahip olduğu hisselerin yatırım olduğunu ve İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması kapsamında zarara uğratıldığını iddia etmiştir. Hakem Heyeti İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'ndaki yatırım tanımının geniş anlamıyla anlaşılması gerektiğini ifade ederek Davacının uluslararası yatırıma sahip olduğunu kabul etmiştir.⁵⁴

2.3.1. Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ve Ürdün Haşimi Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın⁵⁵ (Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması) 1. maddesinin 2. fıkrası yatırım tanımını şu şekilde ifade etmiştir:

“Yatırım, ev sahibi tarafın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak, münhasıran aşağıdakilerle sınırlı olmamakla birlikte, her türlü varlığı ve özellikle aşağıdakileri kapsayacaktır:

- (i) Hisse senetleri veya şirketlere diğer herhangi bir katılım şekli
- (ii) Tekrar yatırım yapılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili ve mali değeri olan ifa edilebilen diğer haklar,
- (iii) Taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, haciz, rehin ve benzeri diğer her türlü aynı haklar,
- (iv) Telif hakları, patentler, lisanslar, endüstriyel tasarımlar, teknik süreçler gibi sınai ve fikri mülkiyet haklarının yanı sıra markalar, know-how ve diğer benzer haklar,
- (v) Bundan sonra tanımlanacağı üzere, her bir tarafın ülkesinde doğal kaynak arama, çıkarma veya işletme imtiyazları da dahil olmak üzere, kanunla veya sözleşmeyle verilen ticari imtiyazlar.”

Malvarlığı esasına dayalı bir yatırım tanımının kabul edildiği bu maddede yatırım olması için gerekli özellikler sıralanmamıştır. YKTK anlaşması çerçevesinde koruma altına alınan mal varlıklarının münhasır ve kapsamlı bir listesi oluşturulmamıştır. Yalnızca ev sahibi Devletin yasalarına uygun olma şartı mevcuttur. Buna göre, ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak gerçekleştirilen

⁵³ Ad hoc tahkim olarak görülen bu davanın künyesi Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Endonezya Cumhuriyeti, Karar, 15 Aralık 2014 (Al-Warraq v. Endonezya).

⁵⁴ Al-Warraq v. Endonezya, para.515-517.

⁵⁵ 02/08/1993 tarihli bu anlaşma 23/01/2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Resmî Gazete 17.11.2005/25996). Bu iki Devlet arasında 2016 tarihinde yeni bir YKTK Anlaşması yapılmış olup henüz yürürlüğe girmemiştir.

yatırımlar korumadan faydalanacak, buna aykırı ticari işlemler YKTK anlaşması korumasından faydalanamayacaktır.

Ayrıca genel bir sınıflandırmanın kabul edildiği madde uyarınca devlet borçlanma senetleri veya diğer özellikli yatırım araçları da uluslararası yatırım olarak kabul edilir. Ayrıca portföy yatırımları da kapsam dahilindedir. Buna göre hisse senedi, tahvil veya başka bir finansal varlık da zaman içinde getiri sağlaması ve/veya değerinin artması amacıyla yatırımcının sahipliğinde bulunursa portföy yatırımı olarak kabul edilebilir.⁵⁶ Aktif bir yatırım olarak ticari faaliyetin yönetilmesi söz konusu olmasa da mal varlığının pasif sahipliği olarak portföy yatırımı da kabul edilmiştir.

Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması'ndaki yatırım tanımı ATA Construction v. Ürdün⁵⁷ davasındaki hakem kararında incelenmiştir. Türkiye tabiiyetindeki Davacı 5,9 Milyon ABD Doları tazminat talebiyle açtığı davada ticari hakem kararlarının ve ticari tahkime gitme hakkının, ICSID Konvansiyonu ve YKTK anlaşmaları kapsamında yatırım olarak değerlendirilebilmesi meselesi konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Davacı ile Ürdün Devleti kontrolündeki bir kuruluş arasındaki sözleşme kapsamında Davacı tarafından baraj inşa edilmiş ancak barajda daha sonra çökmeler meydana gelmiştir. Bu sözleşmenin tarafları arasında tazminat talebiyle açılan tahkim davasını Davacı kazanmıştır. Daha sonra bu karar Ürdün mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine uluslararası yatırım tahkimine başvuran Davacı, verilen hakem kararı ile lehine hükmedilen tazminatın hukuka aykırı olarak kamulaştırıldığını ve adil ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edildiğini öne sürmüştür.

ICSID Hakem Heyeti ise, tahkime gitme hakkını ayrı bir yatırım olarak kabul ederek Davacı lehine karar vermiştir. Bir başka deyişle, tahkim anlaşmasının yapılmış olması ve nihayetinde verilen hakem kararı Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması'ndaki yatırım tanımı değerlendirilerek uluslararası yatırım olarak kabul edilmiştir. Bunu yaparken Hakem Heyeti yatırımın neyi ifade ettiğini şu şekilde açıklamıştır:

⁵⁶ Mustafa Erkan (2013). *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Yetkin Yayınları, Ankara, s.181-182; Melis Avşar (2017). "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, Cilt: 37, Sayı: 2, ss.169-221, s.185.

⁵⁷ ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Ürdün Haşimi Krallığı, ICSID Dava No. ARB/o8/2, Karar, 18 Mayıs 2010. (Ata v. Ürdün).

“Yatırım yalnızca bir hak ile ifade edilemez. Bunun yerine, yatırım, mülkiyette olduğu gibi birbirlerinden ayıramayan hakların ve diğerlerinden bağımsız olan hakların bir arada bulunmasıyla oluşan bir grup haktır. Bu nedenle, aynı yatırımla ilgili “devletin aldığı tedbirler” bir BIT’in farklı maddelerindeki konularda ihlale sebep olabilir. Böylece, davalı Devletin aynı yatırımla ilgili farklı hukuki argümanlarla ve noktalardan savunma yapması söz konusu olur. Aynı şekilde, hakem heyetlerinin aynı tedbirin bir hakkı ihlal ettiğine karar verirken diğer hak bakımından ihlal olmadığına karar vermesi söz konusu olabilir.”⁵⁸

Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması’ndaki yatırım tanımında yer alan “para alacakları” veya “alacak hakkı” olarak tercüme edilebilecek ifade de Hakem Heyeti tarafından incelenmiştir. Tahkim anlaşmasının, tahkime gitme hakkı vermesi çerçevesinde tahkimin bir alacak hakkı ortaya çıkaracağı kabul edilmiştir. Bu inceleme şu şekilde yapılmıştır:

“Taraflar, bir hakem kararının kendi başına ‘yatırım’ tanımına giren bir para alacağı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği veya talebin ileri sürülebilmesi için temel yatırımın hala var olması gerekip gerekmediği konusunda anlaşmazlığa düşmüştür. Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması madde I(2)(a)’ya göre “para alacağı” veya “mali değeri olan ifa bir ‘yatırım’dır.”⁵⁹

“Tahkime gitme hakkı YKTK Anlaşması anlamında ayrı bir “yatırım”dır. Çünkü Madde I(2)(a)(ii) yatırımı, diğerlerinin yanı sıra, ‘bir yatırımla ilgili mali değeri olan ifaya ilişkin diğer haklar’ olarak tanımlamaktadır. Tahkime gitme hakkı, ‘bir yatırımla ilgili mali değeri olan ifaya ilişkin haklar’dandır. Bu hak, yeni Ürdün Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle (ki bu kanun BIT’in yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiştir) değil, Ürdün Yargıtay’ının kararıyla iptal edilmiştir.”⁶⁰

Böylece, Türkiye – Ürdün YKTK Anlaşması’nın yatırım tanımında yer alan “alacak hakkı” kapsamına hakem kararının gireceği kabul edilmiştir. Bu gerekçelerle Hakem Heyeti’nin yetkili olduğu kabul edilmiş ve, nihayetinde, tahkime devam edilmesine karar verilmiştir.

⁵⁸ Ata v. Ürdün, para.96.

⁵⁹ Ata v. Ürdün, para.112.

⁶⁰ Ata v. Ürdün, para.117.

2.3.2. Türkiye - Libya YKTK Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Sosyalist Libya Arap Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın⁶¹ (Türkiye – Libya YKTK Anlaşması) 1. maddesinin 2. fıkrası da malvarlığına dayalı bir yatırım tanımı içermektedir. Portföy yatırımlarının ve diğer özellikli finansal araçların da yatırım tanımına dahil olduğu bu YKTK Anlaşması yatırım sayılacak mal varlıklarının sınırlı bir listesini içermemektedir. Yatırımın, ev sahibi devletin hukukuna uygun olma şartı bu anlaşmada da aranmıştır.

Türkiye – Ürdün YKTK Anlaşması'ndan yatırımın tanımı bakımından tek farkı bir şirketin yüzde 10'undan daha az hissesinin borsada satın alınmasının kapsam dışında bırakılmasıdır. Böyle bir işlem yatırımın tanımıyla ilgili diğer şartları karşılarsa dahi uluslararası yatırım olarak kabul edilmeyecektir. Bu da göstermektedir ki, portföy yatırımları Türkiye – Libya YKTK Anlaşması bakımından kapsam dışında bırakılmıştır.

Cengiz v. Libya⁶² davasında verilen hakem kararı Türkiye – Libya YKTK Anlaşması uyarınca yatırımın neyi ifade ettiği konusunda dikkate değerdir. Türkiye tabiiyetindeki Davacı birçok altyapı projesinin yapılması, inşası için devlet şirketiyle anlaşmalar yapmıştır. Ayrıca Davacı, Cengiz Libya adlı Libya tabiiyetindeki şirketin de yüzde 65 çoğunluk hissedarı ve dolaylı olarak da gelirin tamamına sahip durumdadır. Buna karşılık, ev sahibi devletin ülkesinde gerçekleşen iç savaş esnasında Devletin eylemleri nedeniyle inşaat alanlarının tahribata uğradığı ve tüm bu yatırımlara zarar verildiği iddiası öne sürülerek 302,6 Milyon ABD Doları tazminat talep edilmiştir.

Türkiye – Libya YKTK Anlaşması madde 1(2) uyarınca “hisseler” veya “şirketlere diğer her türlü katılım”, “para alacakları” ve “taşınır ve taşınmaz mallar” yatırım olarak nitelendirilmektedir. Bunu ve delilleri inceleyen Hakem Heyeti, Davacının YKTK Anlaşması kapsamında bir yatırıma sahip olduğunu kanıtladığı sonucuna varmıştır. Hakem Heyeti'nin bu konudaki değerlendirmesi şu şekildedir:

⁶¹ 25/11/2009 tarihli bu Anlaşma 2011'de yürürlüğe girmiştir (Resmi Gazete 14.04.2011/27905).

⁶² Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Libya, ICC Dava No.21537/ZF/AYZ, 2016. (Cengiz v. Libya).

“Türkiye ve Libya, YKTK Anlaşması madde 1(2)’de yatırımları son derece geniş bir şekilde ‘her türlü varlık’ olarak tanımlamış ve ardından biri şirket hisseleri veya iştirakleri olmak üzere beş kategoride örnek olarak ve bunlarla sınırlı olmamak üzere bir liste üzerinde anlaşmışlardır.”⁶³

Davacının Libya’da bulunduğu süre boyunca yatırım yapıp yapmadığı hem inşaat hem de şirketleşme faaliyetleri bakımından incelenmiştir. Davacının yatırım olarak sahip olduğu mal varlığı değerlerinden birinin Libya’da girişimcilik yapmak üzere Libya tabiiyetindeki bir şirketin yüzde 100 “etkin” (kontrol sahibi) hissesi olduğu Hakem Heyeti tarafından kabul edilmiştir.⁶⁴ Bunun da Libya’daki 3.000 hektarı aşan bir alanın altyapı tasarımı ve inşasıyla birlikte uluslararası yatırım olarak kabul edilmesi söz konusu olmuştur. Bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“Cengiz, Libya’da doğrudan bir yatırım yapmış, doğrudan kontrolü altında yerel bir işletme kurmuş ve Libya pazarı için hizmet üretmiştir. Yabancı yatırımcı tarafından yerel bir işletmenin kurulması, ev sahibi Devlette ekonomik kalkınmanın ilerletilmesi için en etkili araçtır. Yabancı yatırımcı fon, varlık ve know-how getirir, işgücü istihdam eden bir işletme kurar, vergi öder, mal ve hizmet sunar - tüm bunlar zenginlik yaratan faaliyetlerdir. Yatırımın tanımı ne olursa olsun, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede bulunan bir işletmenin doğrudan sahibi olduğu ve yönettiği doğrudan yabancı yatırımın bu nitelikte olduğuna şüphe yoktur.”⁶⁵

Hakem Heyeti’nin bu açıklamaları da göstermektedir ki, Davacının ev sahibi Devlete getirdiği veya burada sahip olduğu birçok mal varlığı yatırım olarak kabul edilmiştir. Öyle ki, fiziki olmayan bilgiye dayalı mal varlığı değerleri de bu kapsamda sayılmıştır.

2.3.3. Türkiye - Türkmenistan YKTK Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ve Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması⁶⁶ (Türkiye – Türkmenistan YKTK Anlaşması) da 1. maddesinin 2. fıkrasında Türkiye - Ürdün YKTK Anlaşması’ndaki yatırım tanımıyla aynı düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, çok geniş bir yatırım

⁶³ Cengiz v. Libya, para.244.

⁶⁴ Cengiz v. Libya, para.245.

⁶⁵ Cengiz v. Libya, para.246.

⁶⁶ 1992 tarihli bu Anlaşma 1997’de yürürlüğe girmiştir.

tanımıyla beraber çeşitli finansal araçlar ve portföy yatırımları da ev sahibi devletin hukukuna uygun olma şartıyla yatırım olarak kabul edilmiştir.

Türkiye – Türkmenistan YKTK Anlaşması'ndaki yatırım tanımının ortaya konulmasında dikkate değer bir karar Çap ve Sehil v. Türkmenistan⁶⁷ davasında verilmiştir. Bu davada Davacıların devlet kurumlarıyla yaptıkları sözleşmeler neticesinde inşaat projeleri şeklinde yatırımlar yapması söz konusudur. Davacıların inşaat alanlarına erişiminin engellendiği, malvarlıklarının kamulaştırıldığı, alacaklarının ödenmediği ve sözleşmelerinin feshedildiği iddialarıyla YKTK Anlaşması'nın ihlal edildiği öne sürülmüştür. Hakem Heyeti yetkili olduğuna karar vermesine rağmen esas bakımından davayı reddetmiştir.

Davacılar, Türkmenistan'da bir ticari girişim kurduklarını ve bir şube ve bir yan şirket kurduklarını, yeni malzemeler almak ve yeni işler sağlamak için kârlarını yeniden yatırdıklarını, inşaat operasyonları hakkındaki bilgileri şeklinde fikri mülkiyet haklarını getirdiklerini ve Devlete ait veya kontrol edilen kuruluşlarla yapılan sözleşmelerle imtiyazlar aldıklarını iddia etmişlerdir.⁶⁸

Türkiye – Türkmenistan YKTK Anlaşması madde 1(2)'deki yatırım tanımıyla bu kavrama dahil olan varlıkların sınırlı olmayan bir listesi de ortaya konulmuştur. Hakem Heyeti tarafından bu madde göz önüne alınarak Davacıların Türkmenistan'da sahip oldukları ve kontrol ettikleri varlıkların niteliğine, ardından da bu varlıkların ilgili olduğu faaliyetlere bakılmıştır.⁶⁹ Bununla ilgili, karardan şu tespitler önem arz etmektedir:

*“Tek tek ele alındığı takdirde inşaat ve tadilat sözleşmeleri bir yatırım anlamına gelmeyebilir. Buna karşılık, birkaç yıl boyunca giderek artan önemde ve hacimde bir dizi büyük sözleşme, Türkmenistan'da yatırım yapma anlamında taahhüt ve yerleşikliğe işaret etmektedir. Bu, sadece yürütülen kapsamlı işlerle değil, aynı zamanda yeni ve tekrarlanan sözleşmelerin başarıyla ihale ile kendilerine verilmesi ve gerçekleştirilen işin Davalı temsilcileri tarafından da kabul edilmesiyle de kanıtlanmaktadır.”*⁷⁰

⁶⁷ Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Dava No.ARB/12/6, Karar, 4 Mayıs 2021. (Çap ve Sehil v. Türkmenistan).

⁶⁸ Çap ve Sehil v. Türkmenistan, para.667.

⁶⁹ Çap ve Sehil v. Türkmenistan, para.670.

⁷⁰ Çap ve Sehil v. Türkmenistan, para.673.

Yatırımın sahip olması gereken özelliklerden süreklilik bu şekilde ifade edildikten sonra ev sahibi devlete herhangi bir katkı olup olmadığı da incelenmiştir. Zira YKTK Anlaşması'nın hedefleri doğrultusunda uluslararası yatırımın aldığı risk ve kâr beklentisiyle birlikte ev sahibi devletin gelişimine katkısı da önemli bir özelliktir. Hakem Heyeti bu durumu şu şekilde incelemeye tabi tutmuştur:

“Davacılar Türkmenistan’a katkıda bulunmuşlardır. Türkmenistan’ı sadece bir veya iki proje için ziyaret etmiş değillerdir. Yaklaşık dokuz yıl boyunca yerine getirdikleri ve bu süre zarfında Devletin sahip olduğu veya kontrol ettiği kuruluşlarla 63 sözleşme imzaladıkları şekilde yatırım anlamında bir taahhütte bulunmuşlardır. Buna ek olarak, Davacıların toplam sözleşmelerinin değerinin 800 milyon ABD Dolarını aştığı, 1.000’den fazla yerel Türkmen çalışanı istihdam ettikleri ve ofis ve diğer tesisleri kiraladıkları göz önüne alındığında, Davacıların Türkmenistan’da yatırım yapmak anlamında önemli bir taahhütte bulundukları ve katkıda bulundukları ortadadır. İlişkilerin nihai olarak kopmasının ve Sözleşmelerin sona ermesinin nedenleri ne olursa olsun, bu durum Çap ve Sehil’in Türkmenistan’daki yatırım ve taahhütlerinin niteliğini ortadan kaldıramaz.”⁷¹

Bu gerekçelerle Hakem Heyeti, Davacıların Türkmenistan’da hem ICSID Konvansiyonu madde 25’i hem de YKTK Anlaşması madde 1(2)’yi karşılayan bir yatırımı olduğu sonucuna varmıştır.⁷²

2.3.4. Türkiye - Özbekistan YKTK Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ve Özbekistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması’nın⁷³ (Türkiye – Özbekistan YKTK Anlaşması) 1. maddesinin 2. fıkrasında da Türkiye – Ürdün YKTK Anlaşması’ndakinin aynı şekilde bir yatırım tanımlamasına yer verilmiştir. Bu sayede, çeşitli finansal araçların ve portföy yatırımlarının da dahil edildiği yatırım tanımının bu anlaşma tarafından da benimsendiği belirtilebilir. Yine, ev sahibi devletin hukukuyla uyumlu bir yatırım olması gerektiği de benimsenmiştir.

⁷¹ Çap ve Sehil v. Türkmenistan, para.681.

⁷² Çap ve Sehil v. Türkmenistan, para.682.

⁷³ 1992 tarihli bu Anlaşma 1995’te yürürlüğe girmiş ancak 2020’de yürürlüğü sona ermiştir.

Türkiye – Özbekistan YKTK Anlaşması'na dayanılarak açılan Güneş Tekstil ve diğerleri v. Özbekistan⁷⁴ davasına bu noktada değinilebilir. Davacılar, Özbekistan'da Turkuaz adında bir alışveriş merkezine sahip olmakla birlikte birden fazla başka alışveriş merkezi de Turkuaz adı altında işletilmekteydi. Davada iddia konusu edilen husus ise Davacıların vergiye dair usulsüzlükleri iddiasıyla Davacıların yatırımlarına yönelik Devlet tarafından alınan kararlar ve yapılan işlemlerdir. Bu kapsamda, Davacıların sahibi olduğu veya işletmesi altında bulunan alışveriş merkezlerine el konulduğu Davacılar tarafından iddia edilmiştir. Davacıların mal varlığına yönelik fiziksel zarar verilmesi ve Davacıların çalışanlarının çeşitli gümrük, ithalat ve vergi suçlamaları nedeniyle haklarında davalar açılarak hüküm verilmesi de bu kapsamda dava konusu edilmiştir.

Davacının iddialarının haklı bulunduğu ve ihlal kararı verildiği davada Hakem Heyeti, Davacıların ev sahibi Devlette gerçekleştirdiği faaliyetlerin Türkiye – Özbekistan YKTK Anlaşması anlamında uluslararası yatırım olduğunu kabul etmiştir. Alışveriş merkezlerinin mülkiyetini elinde bulundurmak Davacılar açısından bir uluslararası yatırım olarak tespit edilmiştir. Ayrıca, ev sahibi Devletin ülkesinde kurulan ve yürütülen işletme faaliyetleri de uluslararası yatırım olarak kabul edilmiştir.

⁷⁴ Güneş Tekstil Konfeksiyon Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Dava No. ARB/13/19.

SONUÇ

Uluslararası yatırım hukukunun kaynakları uluslararası yatırımın ne olduğunu tespit etmede kullanılır. Hem yerel kaynaklar hem de uluslararası kaynaklarda yer alan düzenlemeler yatırımı tanımlayabilir. Bunlardan en önemlisi ise uluslararası anlaşmalardır. Bir yabancı yatırımcının ev sahibi devlette gerçekleştirdiği ticari faaliyet olarak uluslararası yatırım bu anlaşmalardaki hükümlere tabidir.

Uluslararası anlaşmalardan ise iki ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımın bir kavram olarak tanımına yer verilmektedir. Makalemizde incelediğimiz İİT üyesi devletler arasındaki iki ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında da yatırımın ne olduğuna dair hükümler bulunmaktadır. Böylece hangi mal varlığı değerlerinin yatırım olmadığı da dışarıda bırakma yöntemiyle ortaya konulmuş olmaktadır.

Türkiye, Ürdün, Libya, Türkmenistan, Özbekistan gibi birçok İİT üyesi devlet kendi aralarında ve karşılıklı olarak YKTK anlaşmaları yapmışlardır. Genel özellikleri itibarıyla bu anlaşmalarda oldukça geniş bir kapsamda mal varlığının yatırım olarak tanımlandığını ifade edebiliriz. Taşınır ve taşınmaz mal varlığından hisse senetleri, fikri mülkiyet hakları ve alacak haklarına kadar birçok mal varlığı yatırım olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında söz konusu ev sahibi devletin hukukuna uygun olma şartı da yatırımın tanımında genel olarak kabul edilmektedir.

İİT Çok Taraflı Yatırım Anlaşması da yatırımı tanımlamıştır. YKTK anlaşmalarına göre daha dar bir kavramsal çerçeve çizen bu anlaşmada kâr elde etmek amacıyla sermayenin bir üye devlette konumlanması şeklinde bir yatırım tanımına yer verilmiştir.

İİT üyesi devletler arasındaki uluslararası yatırım anlaşmalarında yer alan yatırım tanımının yorumlanmasına ilişkin önemli olan bir diğer kaynak ise ICSID Konvansiyonu'dur. Doğrudan bir yatırım tanımı içermese de ICSID Konvansiyonu'nda ve YKTK anlaşmalarında yer alan maddelerin hakem heyetleri tarafından yorumlanmasıyla uluslararası yatırım tahkimi davaları bakımından genel bir yatırım anlayışının ortada olduğunu belirtmek mümkündür. Buna göre, kâr elde etmek amacıyla ve ev sahibi ülkedeki gelişmeler çerçevesinde risk alarak gerçekleştirilen kısa süreli olmayan işlemler yatırım olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, ev sahibi devletin gelişimine katkı yapılması da uluslararası yatırım tahkimi içtihatları bakımından dikkate alınan bir kriter olabilmektedir.

İİT üyesi devletler arasındaki uluslararası yatırım anlaşmalarını inceleyen hakem heyetleri birbirinden çok farklı mal varlığı değerlerini ve ticari faaliyetleri yatırım olarak nitelendirmiştir. Tahkime gitme hakkı, tahkim anlaşması bunlardan biridir. Ev sahibi devlette şirket kurulması veya ev sahibi devletteki yerel şirkette doğrudan ve kontrol sahibi hissedar olunması da yatırım olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, ev sahibi devletin ülkesine uluslararası yatırımcı tarafından fon, varlık ve know-how getirilmesi, burada işgücü istihdam eden bir işletme kurulması ve vergi ödenmesi de yatırım olarak sayılabilir. Tek seferlik hizmet sözleşmeleri ile mal alım-satım sözleşmeleri genel olarak uluslararası yatırım olarak kabul edilmese de, diğer unsurlar olduğu takdirde, büyük hacimli ve tekrar eden inşaat ve tadilat sözleşmeleri yapmak, önemli bedeller karşılığında kira sözleşmesi yapmak ve personel istihdam etmek ile mal ve hizmet sunulması da uluslararası yatırım olarak kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci (2012). “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 31, Sayı: 1, ss.91-152.
- AVŞAR, Melis (2017). “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Cilt: 37, Sayı:2, ss.169-221.
- AZAKLI KÖSE, Miray ve Melis Avşar (2021). “Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler”, **Public and Private International Law Journal**, Cilt: 41, Sayı: 2, ss.605-644.
- BANTEKAS, Ilias (2015). **An Introduction to International Arbitration**, Cambridge University Press, Cambridge.
- BLACK, Henry Campbell (1968). **Black’s Law Dictionary**, West Publishing Co., 4. Baskı, St. Paul.
- BLACKABY, Nigel vd. (2015). **Redfern and Hunter on International Arbitration**, Oxford University Press, 6. Baskı, Oxford.
- BORN, Gary (2012). **International Arbitration: Law and Practice**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- ÇALIŞKAN, Yusuf (2002). **The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment**, Dissertation Publication, Boca Raton.
- ÇALIŞKAN, Yusuf (2011). “Dispute Settlement in International Investment Law”, **Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism**, Editör: Yusuf Aksar, Martinus Nijhoff, Leiden.
- ÇALIŞKAN, Zeynep (2009). “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, Yıl: 29, Sayı: 1-2, ss.85-118.
- DOLZER, Rudolf ve Christoph Schreuer (2012). **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2. Baskı, Oxford.
- EGEMEN DEMİR, Işıl (2014). **ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki**, Filiz Kitabevi, İstanbul.

- ERKAN, Mustafa (2013). **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, Ankara.
- KARAYEL, İsmail Emrah (2020). **ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri.
- REED, Lucy, Jan Paulsson ve Nigel Blackaby (2004). **Guide to ICSID Arbitration**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- SCHREUER, Christoph vd. (2009). **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge University Press, 2. Baskı, Cambridge.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (2010). **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, 3. Baskı, Cambridge.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu (2012). **Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin (2003). **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara.
- UNITED NATIONS TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD) (2023). **IIA Issues Note**, Sayı 3.
- WILSKE, Stephan ve Sarah Kimberly Hughes (2015). "Investment Treaty Arbitration Involving Turkey and Turkish Parties", **Arbitration in Turkey**, Editör: Ali Yeşilırmak ve İsmail Esin, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.