

## ICSID KONVANSİYONU'NA GÖRE YATIRIM KAVRAMI

### THE CONCEPT OF INVESTMENT UNDER THE ICSID CONVENTION

Araş. Gör. Dr./Res. Asst., PhD. Melis Avşar\*

#### Öz

*Bu çalışmada, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID) uyarınca “yatırım” kavramı incelenmiştir. ICSID Konvansiyonu ile kurulan Merkezin amacı, taraf devletler ile diğer taraf devlet vatandaşı yabancı yatırımcılar arasında çıkan “yatırım” uyuşmazlıklarını uzlaştırma veya tahkim yolu ile çözmektir. Merkezin, yargı yetkisinin sınırlarını belirleyen “yatırım” kavramı, Konvansiyonda tanımlanmamıştır. Bu sebeple, uygulamada hakem kararlarında yatırım kavramının farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Hakem kararlarında, yatırım kavramının tanımlanmasında kullanılan metotlar da farklılık arz etmektedir. Çalışmada, bu farklı metotlar ve varılan farklı sonuçlar, doktrindeki görüşler de dikkate alınarak incelenmiştir. Çalışmamızın esasını oluşturmamakla birlikte, yatırım kavramının bilinçli olarak tanımlanmadığı ve kapsamının belirlenmesinin taraf devletlere bırakıldığı görüşü hakkında da kısa bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bu görüşe göre yatırım kavramının kapsamı, yatırımcı devletin vatandaşı olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilen iki taraflı yatırımın karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları çerçevesinde belirlenecektir. Bugün, doktrin ve uygulamada çoğunlukla kabul edilen çözüm ise, bir uyuşmazlığın ICSID tahkim merkezinde görülebilmesi için, hem Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında bir yatırım olmalıdır, hem de taraflar da bu uyuşmazlığı bir yatırım uyuşmazlığı olarak görmelidir.*

#### Abstract

*In this article, the concept of "investment" has been examined in accordance with the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID). The objective of the Center established by the ICSID Convention is to resolve the "investment" disputes between the Parties and foreign investors of the other State Party*

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, İstanbul, Türkiye, melis.avsar@istanbul.edu.tr.

\*\* Makale Gönderim Tarihi: 31.10.2017; Makale Kabul Tarihi: 28.12.2017.

*through conciliation or arbitration. The concept of "investment", which determines the borders of the jurisdiction of the center, is not defined in the Convention. For this reason, in practice, it has seen that the concept of investment in referee decisions is defined in different forms. In arbitration decisions, the methods used to define the concept of investment also differ. In this article, these different methods and the different conclusions reached are examined, taking into account the opinions of the doctrine. In addition to not forming the basis of our work, a brief evaluation has been made on the view that the concept of investment is not deliberately defined and its content is left to the state parties. According to this view, the scope of the investment concept will be determined within the framework of the bilateral investment treaties. Today, the most commonly accepted solution in doctrine and practice is that there must be an investment under Article 25 of the Convention, so that a dispute can be seen at the ICSID arbitration center, and the parties should regard this dispute as an investment dispute.*

**Anahtar Kelimeler:** ICSID, Yatırım tahkimi, Yatırım uyuşmazlıkları, Yatırım kavramı, Salini kararı, Phoenix kararı, Quiborax kararı, İki taraflı yatırımın karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları.

**Keywords:** ICSID, Investment arbitration, Investment disputes, Notion of investment, Salini decision, Phoenix decision, Quiborax decision, Bilateral investment treaties.

## Giriş

Bu çalışmada, ICSID Konvansiyonu<sup>1</sup> madde 25’de yer alan ve Merkezin yargı yetkisini (*jurisdiction*) belirlemede kilit bir işleve sahip olan “yatırım” kavramı incelenmiştir. Birinci bölümde, tarihsel süreçte yatırım kavramının ilk defa ne zaman ortaya çıktığı hakkında kısaca bilgi verilmiştir<sup>2</sup>. Tarihsel süreçte yatırımcı, ev sahibi devletin vatandaşları ile aynı kanunlara bile tabi kabul görülmezken, bugün ise yatırımcılara sağlanan korumalar çok çeşitlidir.

İkinci bölümde, çalışmanın esas konusu olan 25. maddedeki yatırım kavramının ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin uluslararası hukuk kuralları incelenmiştir. Bu kuralların kaynağını, bugün örf ve adet kuralı olarak kabul edilen 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. maddesi oluşturmaktadır.

---

1 RG 06.12.1998/20011. Türkiye Konvansiyon’un “Akit devletler arasındaki anlaşmazlıklar” başlıklı 64. maddesine çekince koymuştur.

2 Burada hemen eklemek gerekir ki yatırım kavramının ortaya çıkışı tabiri ile kastedilen, yabancı yatırımın hukukça korunmasına ilişkin tarihsel süreçtir.

Çalışmanın devamında, ICSID hakem kararlarında yatırım kavramının ne şekilde tanımlandığı incelenmiştir. Zira her ne kadar ICSID hakem kararlarının *stare decisis* etkisi<sup>3</sup> (alt mahkemenin emsale uyma zorunluluğu) olmasa da birçok kararda, yatırım kavramının tanımlandığı ve önem atfederek bu bölümde yer verdiğimiz kararlara atıf yapıldığı görülmüştür. Bu inceleme üç alt başlık altında yapılmıştır. Birinci alt başlıkta, yatırım kavramını objektif kriterlerle tanımlayan kararlar incelenmiştir. Bu kararların incelenmesine geçmeden önce kısaca hakemlerce kullanılabilir yöntemlerden bahsedilmiştir. Bu yöntemleri tümdengelim yöntemi (dedüksiyon) ve sezgicilik yöntemi (entüsyonizm) olarak ikili bir gruba ayırmak mümkündür. Bu metotlar arasındaki temel fark, ilk metoda göre, yatırım kavramının mutlaka bir objektif tanımı yapılmalı iken, ikinci metoda göre yatırım faaliyetinin kendine has bir takım özellikleri ifade edilip; her somut olay bakımından yatırımın mevcut olup olmadığının değerlendirmesi özel olarak yapılmalıdır. Her iki metotta ortak olan özellik ise objektif bir yatırım kavramının kabul edilmesidir. Farklı olan nokta bu objektif yatırım kavramının ne şekilde belirleneceğine ilişkin yöntemdedir<sup>4</sup>. Daha sonra kararlar incelenirken bu bölümde ele alınan metotlara dayalı bir tasnif yapılması tercih edilmemiştir. Kronolojik bir sıra gözetilerek yatırım kavramına objektif bir tanım getiren hakem kararları incelenmiştir.

İkinci alt başlıkta yatırım kavramının objektif bir tanımı olmadığı, her devletin akdedeceği yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları veya çok taraflı yatırım anlaşmaları ile yatırım kavramının kapsamının belirleneceği yönündeki ICSID hakem kararları incelenmiştir. Bu yaklaşım, yatırım kavramının subjektif tanımlanması olarak adlandırılmaktadır<sup>5</sup>.

Üçüncü ve son alt başlıkta ise, ICSID hakemlerinin, önüne bir uyuşmazlık geldiğinde, bu uyuşmazlığı görmeye yetkili olup olmadıkları hakkında yapacakları incelemede doktrinde ve hakem kararlarında çoğunlukla kabul edilen çözüm yöntemi incelenmiştir. Bu çözüm, ikili bir inceleme yapılmasını önermektedir. Yabancı doktrinde *double keyhole* veya *dual test* terimleri ile ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Bu çözüme göre, bir uyuşmazlığın yatırım uyuşmazlığı olarak kabul

---

3 Bu tahkimlerin ad hoc tahkim şeklinde görülüyor olması da bir içtihat hukukunun oluşmasını zorlaştırıcı nitelikte olmaktadır. Bkz. Christoph SCHREUER, “Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration”, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on.*, Brill, 2010, sy. 129. Burada eklemek gerekir ki ICSID, bir kurumsal tahkim merkezidir, ancak daimi bir hakem mahkemesi bünyesinde barındırmamaktadır. ICSID bünyesinde görülen her bir tahkim davasında hakem heyetleri ad hoc şekilde oluşturulmaktadır. Bkz. Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, sy. 360.

4 Emmanuel GAILLARD, “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, sy. 404 vd.

5 Farouk YALA, “The Notion of ‘Investment’ in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?”, *Journal of International Arbitration*, Vol 22, No 2, 2005, sy. 106.

6 Terimler için bkz. Christoph H. SCHEURER/Loratta MALINTOPPI/August REINISCH/Anthony SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Ed., Cambridge University Press, 2009, sy. 117.

edilebilmesi için, hem Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında bir yatırım mevcut olmalı, hem de tarafların iradeleri de bu uyuşmazlığı yatırım olarak kabul etmelidir. Yani hem objektif anlamı ile bir yatırım mevcut olmalı, hem de sübjektif olarak da taraflar bu uyuşmazlığı yatırım olarak görmelidir<sup>7</sup>.

Görülebileceği üzere Merkez'in yargı yetkisinin belirlenmesinde yatırım kavramı çok önemli bir rol oynamaktadır. Ayrıca Merkezin yargı yetkisinin konu bakımından (*ratione materiae*) sınırlanması da yatırım kavramının kapsamının sınırlarının çizilmesi ile olacaktır<sup>8</sup>. Bu yüzden yatırım kavramının tanımlanması, yatırım tahkimi açısından kilit bir rol oynamaktadır.

### I. Tarihsel Süreçte Yatırım Kavramının Ortaya Çıkışı

Yabancıların, tâbi olduğu devletin ülkesi dışına çıkararak, bir başka devlette faaliyette bulunmaya başlaması ile birlikte yabancı yatırım kavramı doğmuştur. Yabancı yatırımcının, o devletin vatandaşlarına nazaran sahip olacağı konum ve yabancıların o devlette hak ve fiil ehliyetine ne ölçüde sahip olacağı meseleleri tarihsel süreçte farklılık arz etmiştir<sup>9</sup>. İlk önceleri yabancılar, gittikleri devletin ülkesinde hak ve fiil ehliyetine bile sahip sayılmazken, daha sonraları 1700'lü yıllardan itibaren, yabancıların bulunduğu devletin yerel hukukundan faydalanabileceği fikri kabul edilmeye başlanmıştır<sup>10</sup>. Bu fikirle beraber, yabancıların ev sahibi devlette sahip olacağı malvarlığı ve sair değerlerin, o yabancıya aidiyetinden öte, onun mensubu olduğu devlete de ait bir zenginlik olarak görülmesi gerektiği fikri de yaygınlaşmaya başlamıştır. Sonuç olarak yabancıların, bir başka devletteki malvarlığına veya bir hakkına karşı gelecek herhangi bir yaptırımın aynı zamanda o devlete karşı yapılan bir fiil olduğu sonucuna varılıp, devletin kendi vatandaşını diplomatik himayesine alabileceği teorisi kabul edilmiştir<sup>11</sup>.

1800'lü yıllardan itibaren vatandaş olduğu devletten başka bir devlette ekonomik faaliyet sürdüren yabancıların, bu faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların diplomatik himaye yolu ile çözülmesinin yanında, bir başka yöntem olarak tahkim kullanılmaya başlanmıştır. *Ad hoc* tahkim<sup>12</sup> şeklinde cereyan eden bu tahkimler, doğrudan yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet

7 Ibid s.117.

8 Paolo VARGIU, "Beyond Hallmarks and Formal Requirements: a 'Jurisprudence Constante' on the Notion of Investment in the ICSID Convention", The Journal of World Investment&Trade, Vol 10, 2009, sy. 753.

9 Andrew NEWCOMBE/Lluis PARADELL, Law and Practice of Investment Treaties Standarts of Treatment, Kluwer Law International, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, sy. 3 vd.

10 NEWCOMBE/PARADELL, sy. 4.

11 NEWCOMBE/PARADELL, sy. 4.

12 Ad hoc tahkim, tarafların kendilerinin belirlediği usul kurallarına istinaden yine tarafların kontrolünde gerçekleştirilen tahkimlere denilmektedir. Bkz. ŞANLI, sy. 351 vd.

arasında değil, yatırımcının vatandaşı olduğu devlet ile yatırım faaliyetinin gerçekleştirildiği devlet arasında olmuştur. Bunun ilk örneklerinden biri, Suez Canal Company isimli bir şirket ile Mısır devleti arasında Süveyş Kanalı'ndaki çalışmalardan doğan 1864 tarihli uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesidir.<sup>13</sup> Taraflar arasında her ne kadar bir tahkim anlaşması bulunmasa da uyuşmazlık çıktıktan sonra bunun tahkim yolu ile çözülmesinde anlaşmışlardır<sup>14</sup>.

1900'lü yıllardaki dönemde diplomatik himaye ve onun aracılığı ile işletilen devletler arası *ad hoc* tahkimlerin, güçlü devletlerce suiistimal edilmesi yeni bir sistemin öngörülmesi ihtiyacını doğurmuştur. Özellikle kolonileşmelerin şiddetli olduğu yıllarda zaten işgalci devletler, koloni üzerinde kendi vatandaşlarının haklarını bizzat kendi askeri ve politik güçleri ile de korumaktaydı<sup>15</sup>. Güçlü devletlerin diplomatik himaye kurumunu suiistimal etmeleri neticesinde 1868 senesinde Latin Amerika'da Arjantin'den bir tepki gelmiştir. Arjantinli hâkim Carlos Calvo, bir yabancı Arjantin ülkesinde göstereceği faaliyetlerinde diplomatik himaye korumasından faydalanabilmesi için üç hal öngörmüştür. Bunun dışında kalan konularda ise, diplomatik himaye korumasının işletilemeyeceğine karar vererek, diplomatik himaye kurumunun suiistimal edilmesinin önüne geçmeye çalışmıştır<sup>16</sup>. Calvo doktrini olarak da adlandırılan bu kıstaslar: i. Yabancılar, ev sahibi devletin kendi vatandaşına gösterdiği muameleye nazaran daha iyi bir muameleye tabi tutulmayacak, ii. Yabancıların hakları, ev sahibi devletçe düzenlenecek, iii. Bir uyuşmazlık çıktığında bu uyuşmazlık öncelikle ev sahibi devletin mahkemelerinde çözülmeye çalışılacaktır<sup>17</sup>.

1900'lü yılların başından itibaren yabancıların hukuki durumunun ne olması gerektiğine ve devletlerin sorumluluklarına ilişkin birçok konferans gerçekleştirilip, bu konuda devletler arası bir anlaşma yapılması için taslak metinler hazırlanmıştır<sup>18</sup>. İkinci dünya savaşından sonra ise ulus devletlerin birer birer kurulması, sömürgecilik sisteminin çökmesi ve özellikle sosyalist devletlerin kurulması ile yabancıların hukuki durumunun sadece diplomatik koruma ile yeknesak olmayan bir şekilde korunuyor olması bir sorun haline gelmiştir. Uluslararası Ticaret Örgütü gibi devlet dışı kurumların kurulması ve bu kurumların da girişimi ile 1965 senesinde “Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline

---

13 Detaylı bilgi için bkz. Jason Webb YACKEE, “The First Investor-State Arbitration”, University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series, Paper No 1375, 2015, sy. 3.

14 NEWCOMBE/PARADELL, sy. 8.

15 Bilgin TİRYAKİOĞLU, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayırdarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, sy. 14.

16 NEWCOMBE/PARADELL, sy. 13

17 Bernardo M. CREMADES, “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”, Business Law International, Vol 7, No 1, 2006, sy. 54; İbrahim F. I. SHIHATA, “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol 1, Issue 1, 1986, sy. 1 vd.

18 NEWCOMBE/PARADELL, sy. 15 – 16.

Dair (Washington) Konvansiyonu”<sup>19</sup> birçok devletin katılımı ile akdedilmiştir. Bu anlaşma ile kurulan ICSID<sup>20</sup>’in yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarını çözmek için bir tahkim mahkemesi de mevcuttur<sup>21</sup>. Merkez, yabancıların ev sahibi devlette yaptığı yatırım faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuştur.

ICSID Konvansiyonu’nun hazırlık sürecinde öncelikle Dünya Bankası bir taslak metin hazırlamıştır. Daha sonra bu taslak üzerinden taraf devletlere davette bulunarak taslak metni hazırlayan Hukuk Komitesi’ne delege göndermeleri istenmiştir. Bu Komite, tartışmalar doğrultusunda Taslak metni tekrar yazmış ve onay için Dünya Bankası Yönetim Kurulu’na sunmuştur<sup>22</sup>.

Dünya Bankası’nın hazırladığı ilk taslakta<sup>23</sup>, Merkez’in yargı yetkisinin doğması için iki kriterin var olması yeterli görülmüştür. Tarafların Merkez’e başvurma konusunda rızalarının olması ve uyuşmazlık konusunun 100.000 Dolar’dan fazla olması gerekmektedir. Taslakta konu bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olması eleştirilere konu olmuş, özellikle siyasi veya ticari uyuşmazlıkların Merkez’in yetkisi kapsamına sokulabileceği endişeleri dile getirilmiştir<sup>24</sup>. Gelişmekte olan ülkeler, Merkez’in yargı yetkisinin sınırlarının keskin olarak çizilmesi gerektiği görüşünü savunurken, ağırlıklı olarak başka ülkelerde yatırımda bulunan gelişmiş devletler ise Merkez’in yargı yetkisinin sınırlayıcı bir şekilde tanımlanmaması gerektiği görüşünü savunmuştur<sup>25</sup>. Devletlerin temelde uzlaşmazlık içinde olduğu konu, Merkez’in yargı yetkisinin neleri kapsadığı hakkındadır. Gelişmiş ülkeler, yatırımcılarının ev sahibi devletin ülkesinde yeterince korunamayacağı endişeleri ile ICSID’in yargı yetkisini oldukça geniş tutmaya çalışırken, gelişmekte olan ülkeler ise, devletin egemenlik hakkı kapsamında olabilecek siyasi konuların veya ticari uyuşmazlıkların kapsam içine girebileceği endişeleri ile ICSID’in yargı yetkisinin kapsamının sınırlayıcı ve kesin bir biçimde çizilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu anlaşmazlığı çözmek üzere İngiltere, Hukuk Komitesi’ne bir

---

19 Bundan sonra “Konvansiyon” olarak kısaltılacaktır. Ayrıca Konvansiyon hakkında genel bilgi için bkz. Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, sy. 131 vd.; Nuray EKŞİ, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 29 vd.

20 International Center for Settlement of Investment Disputes. Bundan sonra “Merkez” olarak kısaltılacaktır.

21 NEWCOMBE/PARADELL, sy. 27.

22 Aaron BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction”, Columbia Journal Of Transnational Law, Vol 5, 1966, sy. 263.

23 Taslağın 26. maddesinde Merkezin yetkisi başlığı altında düzenlenen maddeye göre; yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında, yatırımdan veya yatırım ile bağlantılı bir konudan (in connection with any investment) doğan bütün hukuki uyuşmazlıklarda (all legal disputes) Merkez yetkili olacaktır. 1964 Draft convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Washington, DC: World Bank.<http://documents.worldbank.org/curated/en/413761468148148621/Draft-convention-on-the-settlement-of-investment-disputes-between-states-and-nationals-of-other-states> (Çevrimiçi 10.10.2017).

24 Julian Davis MORTENSON, “The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, Harvard International Law Journal, Vol 51, No 1, 2010, sy. 284 (Investment)

25 MORTENSON, Investment, sy. 285.

öneri götürmüştür. Öneriye göre, Merkez'in yargı yetkisinin kapsamı geniş tutulacak ancak yargı yetkisini sınırlamak isteyen devletlere, bireysel olarak kullanabilecekleri bildirimde bulunma (*notify*) hakkı tanınacaktır<sup>26</sup>. İngiltere'nin bu önerisi, büyük ölçüde bugün kabul edilen Konvansiyon'un 25. maddesi ile aynıdır. Konvansiyon'da Merkez'in yargı yetkisini sınırlandırmamak adına yatırım kavramının tanımının yapılmasından kaçınılmıştır. Yatırım kavramını tanımlamak, Konvansiyon'a taraf olan devletlere bırakılmıştır<sup>27</sup>. Taraf devletler, prensipte kendileri için bu tanımları yaparken üç yola başvurabilir. Yatırımcı ile arasındaki tahkim anlaşmasında yatırım kavramını tanımlayabilir, Konvansiyon'un 25/4 maddesine göre Merkez'e neleri yatırım olarak kabul ettiğini bildirebilir<sup>28</sup> ya da Konvansiyon'a taraf olurken Merkez'in yargı yetkisini sınırlayan bir çekince koyabilir<sup>29</sup>. Ancak bu yollardan hiçbiri gelişmekte olan devletlerin endişelerini ortadan kaldıracı nitelikte değildir. Çünkü yatırımcının vatandaşı olduğu devlete nazaran daha güçsüz konumda olan ev sahibi devletçe çekince koyma hakkının kullanılması yolunun etkili bir şekilde kullanılabilmesi ihtimali zayıftır. Zira zaten devletler Konvansiyon'a hiç taraf olmamayı da tercih edebilirler. Ancak bu da ülkesine yatırımcı çekmek isteyen bir devlet tarafından pek tercih edilecek bir yol olmayacaktır<sup>30</sup>. Bu yüzden kanımca devletlerin birbirlerine siyasi baskı uygulayabilmelerine imkân verecek şekilde bir düzenleme yapılması, yani objektif bir yatırım kavramı tanımlanmamış olması, gelişmekte olan devletlerin endişelerini ortadan kaldıracı nitelikte olmamıştır. Çünkü Konvansiyona hiç taraf olmamak veya taraf olmakla beraber m.25/4'deki bildirim hakkını kullanmak<sup>31</sup> ya da Konvansiyona çekince koyarak taraf olmak, pratikte yabancı yatırımı ülkesine çekmek isteyen devletlerce kullanılabilir yöntemlerden değildir. Bugün için Konvansiyona 153 devletin taraf olması, sadece 7 devletin m.25/4'deki bildirim hakkını kullanması<sup>32</sup> ve hiçbir devletin 25. maddeye ilişkin bir çekince koymamış olması, uygulamada bu yöntemlerin etkin bir şekilde kullanılmadığını gösterir niteliktedir. Kaldı ki ICSID hakem heyeti, PSEG v. Türkiye

---

26 MORTENSON, *Investment*, sy. 289-290.

27 Alex GRABOWSKI, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini", *Chicago Journal of International Law*, Vol 15, No 1, 2014, sy. 289.

28 Merkezin yayımladığı Haziran 2017 tarihli rapora göre sadece Çin, Guatemala, Endonezya, Jamaika, Papua Yeni Gine, Suudi Arabistan ve Türkiye m.25/4 kapsamında bildirimde bulunmuştur. Bkz. *Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention*, ICSID/8, June 2017, sy. 13, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf> (Çevrimiçi 1.10.2017).

29 MORTENSON, *Investment*, sy. 293.

30 Yatırımcılar, ev sahibi devletin ekonomik, siyasi, politik istikrarsızlıklarına karşı bir güvence olarak tahkimi görmektedir. Bkz. ŞANLI, sy. 239.

31 Bildirim hakkı, devletler hukukundaki sözleşmeye taraf olurken çekince koyma (*reservation*) hakkı ile aynı hukuki nitelikte değildir. SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 243.

32 Doktrinde bu maddede yer alan bildirimde bulunma hakkının niteliğinin 'çekince' olmadığı kabul edilmekte olup; herhangi bir direkt hukuki etkisi olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 345.

davasında<sup>33</sup>, Türkiye'nin m. 25/4'e ilişkin beyanını<sup>34</sup> dikkate almaksızın bir karara varmışlardır. Karara göre; bir devletin 25/4'de tanınan beyanda bulunma hakkını kullanması, ileride bir yatırım uyuşmazlığını ICSID'e götürme konusunda rıza (*consent*) vermeme hakkını ifade etmektedir. Yoksa somut uyuşmazlık bakımından iki taraflı yatırım anlaşması ile verilen rızanın kapsamını belirlemede bir etkisi olmamaktadır<sup>35</sup>.

Görüleceği üzere m. 25/4 ile Akit devletlere tanınan ve yatırım kavramının kapsamını belirleme imkanı tanıyan bildirimde bulunma hakkı, bağlayıcı bir hukuki araç olarak kabul edilmemektedir.

## II. ICSID Konvansiyonu Çerçevesinde Yatırım Kavramı

### A. Genel Bilgi

ICSID Konvansiyonu madde 25'de Merkez'in yargı yetkisi düzenlenmiştir. Madde 25'e göre; “*Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır.*” Bu madde ile Merkeze başvuru için aranan şartlar düzenlenmiştir. Madde metninden temelde üç şart olduğu görülmektedir: i. Ev sahibi devlet ile yatırımcının mensubu olduğu devlet ICSID'e taraf olmalı, ii. Uyuşmazlığın ICSID tahkiminde görülmesinde tarafların rızası olmalı<sup>36</sup> ve iii. Uyuşmazlık, bir yatırımdan kaynaklanmış olmalıdır<sup>37</sup>.

---

33 PSEG Global Inc., The North American Coal Coporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/5, 04.06.2004. ayrıca bu kararın detaylı bir incelemesi için bkz. İnci ATAMAN FİGANMEŞE, “Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, Uluslararası Tahkim Kongresi, 22-24 Mayıs 2012, İstanbul, sy. 18-35.

34 Türkiye 3 Mart 1989 tarihinde, m. 25/4 kapsamında Türkiye'de bulunan taşınmazlara ilişkin mülkiyet ve aynı hak iddialarında Merkezin yargı yetkisi olmayacağını beyan etmiştir. Ayrıca sadece Türkiye Cumhuriyetinin yabancı sermaye hakkındaki kanunlarına uygun olarak gerekli izinleri almış ve fiilen çalışmaya başlamış olan doğrudan yatırım faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Merkezin yargı yetkisi olacağını beyan etmiştir. Bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST144> (Çevrimiçi 1.10.2017).

35 PSEG v. Türkiye, par. 143.

36 Bu rıza üç şekilde verilebilir: (i) taraflar arasında akdedilen yatırım anlaşmasında, (ii) iki taraflı karşılıklı yatırımın korunması ve teşviki anlaşmalarında ve (iii) ev sahibi devletin kanunlarında. Bkz. İnci ATAMAN FİGANMEŞE, “Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of ‘Arbitration Without Privity’”, *Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul*, C 43, S 60, 2011, sy. 190 vd. Ayrıca bu rızanın en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydına istinaden verilebilmesi hakkında bkz. Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı”, MHB, C. 29, S. 1-2, 2009, sy. 38 vd.

37 ŞANLI, sy. 533; Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim, güncellenmiş ve genişletilmiş 4. Baskı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, sy. 40 vd.

Yargı yetkisinin belirlenmesinde yatırım kavramı kilit bir göreve sahiptir. Ancak buna rağmen, yatırım kavramı Konvansiyonda tanımlanmamıştır<sup>38</sup>. Merkezin, *ratione materiae* yetkisi ancak yatırım kavramına verilecek anlam ile belirlenebilmektedir<sup>39</sup>. Bazı uyuşmazlıklar bakımından ortada bir yatırım olup olmadığını tespit etmek daha kolaydır. Örneğin, ICSID kararlarında ve taraf devletlerde bugün için yatırımcının ev sahibi devlette bir maden işletmesi faaliyeti tartışmasız yatırım olarak kabul edilirken aynı şekilde yabancı ülke vatandaşı bir kişinin o devletin ülkesinde sadece bir otel satın almasının ise bir yatırım olmadığı konusunda tereddüt yoktur<sup>40</sup>. Ancak her uyuşmazlık bakımından, uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek bu kadar kolay değildir.

Konvansiyonda açıkça bir yatırım tanımı yapılmadığı için, yatırım kavramını tanımlarken izlenmesi gereken yolların başında milletlerarası hukuktaki metotlar yer almaktadır. Ayrıca içtihatlar<sup>41</sup> (*case law*) ve doktrin kaynaklarına da başvurulabilir.

ICSID Konvansiyonu, devletler arası bir anlaşma olduğu için, 25. maddede yer alan yatırım tabirinin yorumlanmasında, bugün milletlerarası hukukta örf ve adet kuralı haline gelen 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi<sup>42</sup> (Viyana Sözleşmesi) ilgili hükümlerinde yer alan kurallar kullanılacaktır. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesine<sup>43</sup>. göre; *bir anlaşma, anlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında*

---

38 Laurens J.E. TIMMER, "The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre", *Journal Of International Arbitration*, Vol 29, No 4, 2012, sy. 363.

39 Christoph H. SCHEURER/Loratta MALINTOPPI/August REINISCH/Anthony SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Ed., Cambridge University Press, 2009, sy. 114.

40 Brigitte STERN, "The Contours of the Notion of Protected Investment", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol 24, No 2, 2009, sy. 535. Ekleme gerekir ki burada sadece basit bir satın alma işleminden bahsedilmektedir. Otel işletilmesi gibi faaliyetler, koşullarına göre yatırım kapsamında değerlendirilebilecektir.

41 ICSID tahkiminde hakemler, daha önce verilen hakem kararları ile bağlı değillerdir. Alain PELLET, "The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration", *ICSID Review*, Vol 28, No 2, 2013, sy. 227. Bu yüzden yatırım kavramının tanımlanmasında içtihatlar kati olarak belirleyici olamazlar.

42 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan kurallar örf ve âdet kuralları niteliği taşıdığı için devletler bu kurallara geçmişten beri uymaktadır. Bkz. Melda SUR, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, sy. 19; Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk, gözden geçirilmiş 14. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, sy. 43.

43 Viyana Sözleşmesi m.31:

1. Bir anlaşma, hükümlerine anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir anlaşmanın yorumu bakımından, (anlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a- anlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan anlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b- anlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca anlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Anlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır: a- Taraflar arasında anlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma, b- Tarafların anlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden anlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması. c-Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabul herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir." Türkçe metin için bkz. BM Enformasyon Merkezi UNIC-Ankara, [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/Viyana\\_69.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf) (Çevrimiçi 1.10.2017).

*terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde iyi niyetle yorumlanmalıdır*<sup>44</sup>. Bu çerçevede yapılacak yorum ile elde edilecek sonuç anlaşılmaz veya çok açık bir şekilde saçma olursa madde 32’de düzenlenen tamamlayıcı yorum araçları devreye girer. Anlaşmanın hazırlık çalışmaları<sup>45</sup> ve anlaşmanın yapıldığı koşullar başta olmak üzere tamamlayıcı yorum araçları kullanılabilir<sup>46</sup>. Bu genel kurala göre devletlerarası bir anlaşma yorumlanırken, yorumlanması gereken ifadenin/kuralın olağan anlamı (*ordinary meaning*) kullanılır. Ayrıca o ifadenin hangi bağlamda kullanıldığı ile kullanım amacına da bakılmalıdır. Son olarak tüm yorum faaliyetinin iyiniyetle yapılması gerekir<sup>47</sup>.

Konvansiyonda yer alan yatırım kavramını yorumlamak durumunda kalacak merci, hakem heyetleridir<sup>48</sup>. ICSID Konvansiyonunu bağlayıcı olarak yorumlayabilme yetkisini haiz olarak Merkeze bağlı herhangi bir organ veya kurul mevcut değildir<sup>49</sup>.

Buraya kadar kısaca devletler hukukunda anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kullanılan yorum tekniklerinden bahsedilmiştir. Bununla birlikte yatırım kavramının tanımlanması kapsamında değinilmesi gereken ikinci husus, nasıl bir yöntem/metot kullanılması gerektiğidir.

## **B. Madde 25 Hükümünün Yorumlanması**

ICSID Konvansiyonu madde 25’de yer alan ve Merkezin *ratione materiae* yetkisinin belirlenmesinde esas alınan yatırım kavramından ne anlaşılması gerektiği, anlaşmaların yorumuna ilişkin bir meseledir<sup>50</sup>. Yatırım kavramının her ne kadar Konvansiyonda bir tanımı yapılmamış olsa da, ICSID Konvansiyonu, hukuki nitelik olarak bir devletler arası anlaşmadır ve bu yüzden Konvansiyonda yer alan bir kuralın/ifadenin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin meseleler milletlerarası hukuk kuralları ile çözümlenmelidir<sup>51</sup>. Daha önce ifade ettiğimiz

---

44 VILLIGER, sy. 420; PAZARCI, sy. 91.

45 Konvansiyonun hazırlık çalışmalarındaki tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. MORTENSON, *Investment*, sy. 280 vd.; Michail DEKASTROS, “Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention”, *The Journal of World Investment&Trade*, Vol 14, 2013, s. 304; Konvansiyonların hazırlık çalışmalarının bir yorum aracı olarak kullanılması hakkında geniş bilgi için bkz. Makane Moise MBENGUE, “Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties)”, *ICSID Review*, Vol 31, No 2, 2016, s. 388 vd.

46 VILLIGER, sy. 443; PAZARCI, sy. 92.

47 Detaylı bilgi için bkz. Oliver DÖRR/Kirsten SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 4. Ed., Springer Verlag, Berlin, 2012, sy. 541 vd.; Mark E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden, Boston, 2009, sy. 425.

48 Devletler hukukunda, bir anlaşmanın yorumlanmasında, o anlaşma ile ilgili olan tüm organ ve kişiler yetkili kabul edilmektedir. Bkz. DÖRR/SCHMALENBACH, sy. 530.

49 Oysa NAFTA (North American Free Trade Agreement) bünyesinde, NAFTA Konvansiyonunu bağlayıcı olarak yorumlama yetkisini haiz bir kurul mevcuttur. Bkz. SCHEURER, sy. 149.

50 Joseph M. BODDICKER, “Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term “Investment” in ICSID Arbitration”, *American University International Law Review*, Vol 25, Issue 5, 2010, sy. 1044.

51 TIMMER, sy. 364.

üzere milletlerarası bir anlaşmanın yorumlanmasında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi esas alınmaktadır.

Konvansiyonda yer alan yatırım kavramının tanımlanmasında Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan kurallar kapsamında kabul edilen üç farklı yorum tekniği vardır<sup>52</sup>. Birincisi; ICSID Konvansiyonun başlangıç/giriş metninde yer alan ifadeler de dikkate alınarak amaca uygun bir yorum yapılmasıdır. Bu görüşe göre giriş metninde<sup>53</sup> yer alan “*ekonomik gelişme için uluslararası işbirliği ihtiyacını ve uluslararası özel yatırımların buradaki rolünü...*” ifadesi yatırım kavramının tanımlanırken Konvansiyonun amacının ne olduğunu tespitinde kullanılabilir<sup>54</sup>.

İkinci tekniğe göre, Konvansiyonda yer alan yatırım kavramı yorumlanırken, lafzi yorum yapılması gerekmektedir. Konvansiyonun amacına özel olarak bir anlam yüklemeksizin, sadece lafza bağlı kalarak bir yorum yapılması gerektiği savunulmaktadır<sup>55</sup>. İkinci yaklaşımda, Konvansiyonun giriş bölümünde yer alan ifadeler, yatırım kavramının yorumlanmasında kullanılmaz.

Yatırım kavramına bir tanım getiren ICSID hakem kararlarının bazılarında ilk yaklaşımın kabul edildiği, bazılarında ise ikinci yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir<sup>56</sup>. Bu yaklaşımlardan birinin seçilerek bir yorum yapılması, farkını büyük ölçüde Salini kararı<sup>57</sup> ile getirilen kriterlerden dördüncüsü olan, “ev sahibi devlete ekonomik katkı sağlanması”nın aranıp aranmaması hususunda ortaya koyar. Gerçekten de aşağıda detaylı inceleneceği üzere Salini kararı ile aranan ekonomik katkı şartı, dayanağını Konvansiyonun giriş metninden almaktadır. Ancak ICSID hakemleri her zaman katı katıya Salini kararında yapılan yorum tarzını benimsememişlerdir. Nitekim Quiborax kararında<sup>58</sup> ICSID'in giriş metninde yer alan ifadelerin yatırım kavramının tanımlanmasında dikkate alınmayacağına karar verilmiştir<sup>59</sup>.

---

52 BODDICKER, sy. 1044.

53 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31/2'de açıkça, giriş (preamble) ve sözleşme eklerinin (annex) de sözleşmenin metni kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir.

54 SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 117.

55 Son olarak üçüncü bir yaklaşım ise şüphe halinde devletlerin egemenlik hakkını en az sınırlayacak şekilde bir yorum yapılması gerektiği yönündedir. Bkz. BODDICKER, sy. 1044.

56 GRABOWSKI, sy. 294.

57 Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, 31.07.2001. Yatırım kavramına objektif bir tanım getiren kararlardan en ünlüsü olan Salini kararı ile dört kriter öngörülmüştür. Bu kriterler III. Bölümde incelenecektir. bkz. aşağıda Bölüm III/C.

58 Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/06/2, 27.09.2012.

59 GRABOWSKI, sy. 294.

Yatırım kavramının yorumunda bir başka görüşe göre, Konvansiyonun genel amacına bakmak gerekir. Yatırım kavramı, Konvansiyonun amacı olan yatırımcının korunması ile ev sahibi ülkenin kalkınmasına bir araç olarak buna uygun yorumlanmalıdır<sup>60</sup>. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31/3 uyarınca devletlerin bir anlaşmayı uygulama şekli de anlaşmaların yorumunda dikkate alınması gereken bir husustur. Devletlerin anlaşmayı uygularken çoğu zaman YKTK (BIT)<sup>61</sup> yapma yolunu tercih ettikleri görülmektedir. Ancak farklı YKTK’lerde farklı yatırım kavramlarına yer verilmesi, 25. madde çerçevesinde yatırım kavramı yorumlanırken birbirinden farklı sonuçlara yol açılması anlamına gelmez<sup>62</sup>.

Kanımızca, Konvansiyonun hazırlanma sürecinde bir tanım yapılmasından kaçınılma nedenleri<sup>63</sup> de göz önüne alınarak, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 31 çerçevesinde Konvansiyonun amacına uygun bir yorum yapılması tercih edilmelidir. Ancak amaca uygun yorumun sınırını yoruma ihtiyaç duyulan kuralın lafzı oluşturur<sup>64</sup>. Ayrıca bu lafız kapsamına Konvansiyonun başlangıç bölümünde (*preamble*) yer alan ifadeler de dâhil olarak kabul edilmelidir.

### C. Özellik Arz Eden Bazı Yatırım Çeşitleri

Yatırım tahkiminde, uyuşmazlıkların konusunu oluşturan yatırımlar çok farklı şekillerde yapılabilmektedir. Yatırımcının ev sahibi devlet ile girdiği her ilişkide ortada ICSID Konvansiyonu kapsamında korunması gereken bir yatırım mevcut olmayabilir<sup>65</sup>. Bu durumun en tipik örneği, yatırımcının ev sahibi devlette akdettiği ticari sözleşmelerdir. Bu tip ticari sözleşmelerden doğan taleplere ilişkin uyuşmazlıklar kural olarak ICSID nezdinde çözülemez<sup>66</sup>.

Hangi tür uyuşmazlıkların yatırımdan kaynaklandığına ilişkin önceki bölümlerde yapılan açıklamalar burada yinelenmeden, kısaca özellik arz eden ve ilk etapta esasında ortada bir

---

60 MORTENSON, *Investment*, sy. 311.

61 Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (Bilateral Investment Treaty).

62 MORTENSON, *Investment*, sy. 312.

63 Bkz. Yuk. Sy.5-6.

64 VILLIGER, sy. 425.

65 ZIVKOVIC, sy. 175.

66 Ancak bu talepler aynı zamanda ev sahibi devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırılık oluşturuyorsa ICSID’e götürülebilir. Bkz. Yuval SHANY, “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, *The American Journal of International Law*, Vol 99, No 4, 2005, sy. 839.

yatırım yokmuş algısı oluşturan ancak hakem kararları ve doktrinde kabul edilen bir takım yatırım çeşitlerinden bahsedilecektir<sup>67</sup>.

Bahsedilecek ilk grup, sözleşmeler ve bunlardan doğan haklardır<sup>68</sup>. Uygulamada doktrin ve hakem kararlarına konu olan inşa sözleşmeleri, anahtar teslim inşa sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, üretim sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, teknoloji transferi sözleşmeleri ve joint venture sözleşmeleri yatırım olarak kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Ancak somut bir uyuşmazlıkta bu tipte bir sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olması tek başına yeterli değildir. ICSID Konvansiyonu kapsamında yatırım kavramı içinde de yer alıp almadıkları incelenerek bir sonuca varılmaktadır<sup>70</sup>.

Ekonomik bir faaliyetin, yatırım amaçlı mı yoksa ticari amaçlı mı yapıldığı ayrımını doğru yapmak önemlidir. Örneğin, ithalat/ihracat sözleşmelerinin, ticari faaliyet olduğu kabul edilmektedir, bu yüzden bu sözleşmelerden doğan bir uyuşmazlık yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilmez<sup>71</sup>. Sözleşmeler kapsamında, bilhassa uzun dönemde ev sahibi devlete belirli bir ürünün tedarikini sağlanmasını amaçlayan satış sözleşmelerinin yatırım olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>72</sup>. Ancak uygulamada hakemler satım sözleşmelerinin ticari sözleşmeler olduğundan bahisle yatırım kapsamında korumamaktadırlar<sup>73</sup>. Bu kapsamda eklemek gerekir ki Sapiem v. Bangladeş davası<sup>74</sup> ile sözleşmelerin/sözleşmesel hakların yatırım olarak kabulünde yeni bir kriter getirilmiştir. Davada karara konu uyuşmazlık, İtalyan şirketi Sapiem ile Bangladeş devletine ait Petrobangla Şirketi arasında doğalgaz boru hattı inşasından doğan uyuşmazlığın ICC tahkiminde görülürken Bangladeş mahkemelerinin tahkime müdahale etmesinden çıkmıştır. Sapiem, yerel mahkemelerin bu müdahalesinin İtalya-Bangladeş

---

67 Bu çalışmada ele alınmamakla birlikte ICSID Konvansiyonun amacından yola çıkılarak ev sahibi devlette hukuk bürosu kurulması da bir yatırım olarak kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Yusuf ÇALIŞKAN, “ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will Be Used For the Definition of Investment and the Scope of Consent”, Foreign Investment Law, Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu Editörs, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2016, sy. 102.

68 Sözleşmeler ve bunlardan doğan hakların yatırım kapsamında korunup korunmayacağına ilişkin güncel kararlar için bkz. Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi es Szolgaltato Kft. v. The Republic of Hungary, Award, ICSID Case No. ARB/12/2, 16.04.2014; Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedohaz Vagyonkezelö Zrt. v. The Republic of Hungary, Award, ICSID Case No. ARB/12/3, 14.04.2015.

69 ZIVKOVIC, sy. 175; GIVEN, sy. 474; M. SORNARAJAH, The International Law on Foreign Investment, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, s. 309 (Foreign Investment).

70 Faruk Kerem GİRAY, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, 2. Bs., Beta Yayınları, 2013, sy. 13.

71 Omar E. GARCIA-BOLIVAR, “Protected Investment and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID’s Reach”, Trade, Law and Development, Vol 2, No 1, 2010, s. 149.

72 ZIVKOVIC, sy. 187.

73 Örneğin; Global Trading v. Ukrayna davasında, Ukrayna’ya et ve süt ürünleri ihraç eden Global Trading şirketinin bu çerçevede yaptığı satış sözleşmeleri, ticari sözleşme olarak kabul edilip Konvansiyonun 25. Maddesi kapsamında ortada bir yatırım olmadığına karar verilmiştir. (bkz. Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, Award, ICSID Case No ARB/09/11, 01.11.2010, par. 56)

74 Sapiem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh, Award, ICSID Case No. ARB/05/7, 30.6.2009.

arasındaki İki Taraflı Yatırımın Teşviki ve Korunması Anlaşması'na aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Hakemler, ICC hakem kararı ile tanınan tazminat ödeme hükmünün prensip olarak kamulaştırmaya konu olabilecek hususlardan olduğunu kabul etmiştir<sup>75</sup>. Bu değerlendirmeyi yaparken, sözleşmesel bir hak olan tahkime gitmeyi ve bunun sonucunda verilecek kararın, Sapiem'in Bangladeş'teki bütün yatırımları bir bütün olarak (*entire operation*) değerlendirilmesi neticesinde, bu bütünün içinde yer alan bir unsur olduğu gerekçe gösterilmiştir<sup>76</sup>. Böylelikle sözleşmesel bir hakkın, olayda tahkim şartının, yatırım olarak kabul edilmesi sonucuna varılmıştır. Bu karar beraberinde, devletlerin New York Konvansiyonu'na<sup>77</sup> aykırı olarak yabancı hakem kararlarını (ticari konularda verilen) tenfiz etmemesi halinde, ICSID'e başvuru imkânı tanınarak, ICSID'i bir üst inceleme mahkemesi olarak görüldüğü yönündeki tartışmaları doğurmuştur<sup>78</sup>. ICSID, Ata v. Ürdün davasında<sup>79</sup>, bir adım daha ileri giderek uyuşmazlık konusu inşa sözleşmesinde yer alan tahkim şartının, Ürdün devlet mahkemelerince ortadan kaldırılmasına bağlı olarak; tahkime gitme hakkını bağımsız bir yatırım olarak kabul edip bir değerlendirme yapmıştır<sup>80</sup>.

Tartışmalı olan bir diğer yatırım türü, portföy yatırımlarıdır. Portföy yatırımı olarak ifade edilen yatırım türünde, yatırımcı bir borsa vasıtası ile evsahibi devletin ülkesindeki bir şirketin hisselerini alabilmekte ve şirket yönetimine katılma gayesi olmaksızın daha sonra o hisseyi daha yüksek bedelden satmak ya da şirketten kar payı almak için bu faaliyeti yapmaktadır. Portföy yatırımlarında, hisse senetlerinin el değiştirebilirliğinin olması ve hisse senedini alan kişinin şirketin idaresine katılmaktan ziyade yatırım amacı güdüyor olması, bu şekilde yapılacak yatırımların, ICSID'in yargı yetkisine girmesi konusunu tartışmalı hale getirmiştir<sup>81</sup>. Bir görüşe göre, taraf iradelerine öncelik verilmelidir ve eğer iki taraflı yatırım teşvik anlaşmasında portföyler yatırım olarak tanımlanmışsa, Merkezin yargı yetkisi doğmalıdır. Aksi görüşe göre ise; Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında ekonomik bir katkıdan söz edilemeyeceği için bunlar yatırım kapsamında korunmamalıdır<sup>82</sup>.

---

75 Sapiem v. Banglades, par. 122.

76 Ionna CHAIKA, The non-enforcement of International Commercial Awards as a violation of Bilateral Investment Treaties, International Hellenic University, LLM Thesis, Thessaloniki, 2015, sy. 8.

77 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu

78 Bu tartışmalar için bkz. Friedrich ROSENFELD, "Bridging the Gap between Investment and Commercial Arbitration", Global Fellows Forum, New York University School of Law, New York, 2014, sy. 2. Vd.

79 ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, Award, ICSID Case No. ARB/08/2, 18.5.2010.

80 Ata v. Ürdün, par. 125.

81 M. SORNARAJAH, "Portfolio Investments and the Definition of Investment", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol 24, Issue 2, 2009, sy. 516 (Portfolio Investment); DEKASTROS, s. 287.

82 SORNARAJAH, Portfolio Investment, sy. 518.

Bir başka incelenebilecek konu devlet tahvillerinin yatırım olarak kabulü konusudur. Devlet tahvilleri, bir borçlanma aracıdır ve borçlanma araçlarının Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında yatırım olarak kabul edilip edilemeyecekleri konusunda bir açıklık olmamasına rağmen, hakemler önlerine gelen uyuşmazlıklarda genellikle bu araçları yatırım olarak kabul etmişlerdir<sup>83</sup>. Ancak 2015 tarihli *Postova Banka v. Yunanistan* kararında hakemler, ev sahibi devletin ekonomik gelişmesine katkı şartının gerçekleşmediğinden bahisle, devlet tahvillerini yatırım olarak kabul etmemişlerdir<sup>84</sup>.

Son olarak henüz ICSID’e yapılan bir başvuru olmasa da sosyal medya ile ilgili faaliyetlerin de yatırım olarak değerlendirilebileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Yine benzer şekilde, *cloud computing* (bulut bilişim)<sup>86</sup> olarak adlandırılan teknolojinin kullanımında, olası devlet müdahalelerinin bir yatırım ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği<sup>87</sup> ve bir uyuşmazlık çıktığında ICSID’e başvuru imkanı da Konvansiyonun 25. maddesi kapsamı açısından tartışılabilir niteliktedir. Bu çalışma kapsamında bu tartışmalar yapılmayacak olup, ICSID hakem kararları ekseninde incelemelerde bulunulacaktır.

### III. ICSID Hakem Kararları Işığında Yatırım Kavramı

#### A. Genel Bilgi

Bu bölümün ilk alt başlığında, yatırım kavramının objektif olarak tanımlanmasında kullanılabilir metotlar incelenmiştir. Daha sonra, objektif bir yatırım kavramı tanımı getiren ICSID kararları incelenmiştir. Bu kararlar, kullanılan metotlar baz alınarak değil, kronolojik sıra ile incelenmiştir. İlk olarak *Fedax ve CSOB* kararları dikkat çekmektedir. Daha sonra, *Salini* kararı ile yatırım kavramının tanımlanmasında ortaya koyulan kriterler uygulamada ve doktrinde benimsendiği için *Salini* kararı yatırım kavramının tanımlanmasında mihenk

83 Michael WAIBEL, “Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration”, *The American Journal Of International Law*, Vol 101, 2007, 721.

84 *Postova Banka A.S. and Istrokapital SE v. The Hellenic Republic*, Award, ICSID Case No ARB/13/8, 09.04.2015, par. 361.

85 Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Helene JUNG ENGFELDT, “Should ICSID Go Gangnam Style in Light of Non-traditional Foreign Investments Including Those Spurred on by Social Media? Applying an Industry-Specific Lens to the *Salini* Test to Determine Article 25 Jurisdiction”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 32, No. 1, 2014, sy. 51 vd.

86 “Bilgisayarlar ve diğer cihazlar için istendiği zaman kullanılabilen ve kullanıcılar arasında paylaşılan bilgisayar kaynakları sağlayan internet tabanlı bilişim hizmetlerinin genel adına bulut bilişim denmektedir.” Kaynak: <http://www.wikizero.org/index.php?q=aHR0cHM6Ly90ci53aWtpcGVkaWEub3JnL3dpa2kvQnVsdXRfYmlsacWfaW0> (Çevrimiçi 01.12.2017).

87 Cloud computing teknolojisinin işleyişi ve Trans Pasifik Ortaklık Anlaşması (TPPA) kapsamında yatırım olarak ne şekilde korunduğu hakkında geniş bilgi için bkz. George YIJUN TIAN, “Current Issues of Cross-Border Personal Data Protection in the Context of Cloud Computing and Trans-Pacific Partnership Agreement: Join or Withdraw”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 34, No. 2, 2016, sy. 367-408.

taşlarından birini oluşturmaktadır. Ancak Salini kararı 2001 tarihli bir karardır ve aradan geçen on beş yıllık zaman diliminde bu kararın değişik şekillerde uygulandığı görülmektedir. Bu noktada da iki karar önem arz etmektedir. İlki 2009 tarihli Phoenix kararıdır. Bu karar ile birlikte Salini’de aranan kriterlere ek olacak şekilde iki kriter daha öngörülmüştür. İncelenecek bir diğer karar ise Quiborax kararıdır. Bu karar ile de Salini kararı ile getirilen kriterlerden uzaklaşıldığı görülmüştür.

İkinci alt başlıkta, yatırım kavramının tanımlanmasında taraf iradesine öncelik veren kararlar incelenmiştir. Bu kararlardan önemli olduklarını düşündüğümüz; Lanco kararı ve MHS kararları daha detaylı incelenmiştir<sup>88</sup>.

Son alt başlıkta ise bu iki yolu harmanlayan kararlar incelenmiştir. Bu yaklaşım *double keyhole* terimi ile ifade edilmekte olup yatırımın hem objektif olarak Konvansiyonun 25. maddesi kapsamına girmesini hem de tarafların iradelerinin de o uyumsuzluğu yatırım olarak kabul etme yönünde olması şartlarını birlikte aramaktadır. Bu son bölüm açısından eklemek gerekir ki, burada incelenen kararlar aynı Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında objektif bir yatırım tanımı da getirmiş olabilir. Bu sebeple, objektif bir yatırım tanımı getiren kararlar başlığında kategorize ettiğimiz kararlar ve sübjektif bir yatırım tanımı getiren kararlar başlığında kategorize ettiğimiz kararlar ile *double keyhole* yaklaşımının kullanıldığı kararlar arasında ortak küme bulunabilir.

## **B. Objektif Bir Yatırım Kavramı Tanımı Yapan ICSID Hakem Kararları**

### **1. Yatırım Kavramının Objektif Olarak Tanımlanmasında Kullanılabilecek Metotlar**

ICSID hakem kararlarında, yatırım kavramının tanımlanmasında farklı yöntemlerin kullanıldığı görülmektedir<sup>89</sup>. Bu farklı yöntemler temelde iki grupta toplanmaktadır. Yatırım kavramının, objektif kriterler vasıtası ile belirlenmesi gerektiği yönündeki didaktif yaklaşımla, karşısında yer alan somut olay özelinde yapılacak değerlendirmeler ile yatırımın tespit edilmesi gerektiğini savunan entüsyonist yaklaşımdır<sup>90</sup>. İlk yaklaşımın kabul edildiği hallerde, hakemler önlerine gelen uyumsuzluğun yatırım kaynaklı olup olmadığını tespit için Konvansiyon’un 25. maddesinin yorumlanması sonucu ulaşılan belirli objektif kriterlere göre bir değerlendirme

---

88 Karar tarih ve sayı bilgisi için. bkz. Aşağıda sy. 35-36.

89 GRABOWSKI, sy. 294.

90 Kavramlar için bkz. Emmanuel GAILLARD, “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, sy. 404 vd.; Berk DEMİRKOL, “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law”, *Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, No 1, 2015, sy. 42; DUPONT, s. 253.

yapacaktır. Oysa ikinci yaklaşımda, objektif kriterlere sıkı sıkıya bir bağlılık söz konusu olmamaktadır. Objektif kriterler, somut olayda bir yatırımın olup olmadığının tespitinde kullanılabilse de ikinci yönteme göre Konvansiyon'un 25. maddesinde açıkça yer almayan bu kriterler bağlayıcı nitelikte kabul edilmezler<sup>91</sup>. Bu yüzden, ilk yaklaşımın aksine ikinci yaklaşımı savunan görüşler, Konvansiyon'un 25. maddesi yorumlanmak sureti ile elde edilen bir takım objektif kriterlerin bir uyumsuzlukta kati surette uygulanmaması gerektiğini savunurlar.

ICSID kararlarında ve uygulamada iki metodun sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Bunlar, tümdengelim yöntemi olarak da adlandırılan dedüksiyon yöntemi diğeri de sezgicilik ya da entüsyonizm yöntemidir<sup>92</sup>.

Bu iki farklı yöntemin uygulanması farklı sonuçlara yol açmaktadır. Tümdengelim yönteminin uygulanması, yatırım kavramını sınırlayıcı bir etkiye sahip olurken, entüsyonist yöntem, yatırım kavramının kapsamını genişleten daha liberal sonuçlara sahip bir yöntemdir. Böylelikle ilk yöntem daha çok gelişmekte olan ve ev sahibi konumunda bulunan devletlerin avantajına uygun olurken, ikinci yöntem sermaye sahibi devletlerin menfaatine olmaktadır. Ancak hukuk tekniği açısından bu yöntemlerin farklı sonuçları olmasına rağmen birbirleri arasında bir üstünlükleri yoktur. Bir yöntemin diğerine tercih edilmesinin sebebi, sosyal, kültürel veya politik bir arka plana dayanabilir<sup>93</sup>.

Yatırım kavramının tanımlanmasında hakemlerce her iki yöntemin kullanıldığı da görülmektedir. Bu nedenle her iki yöntem de aşağıda incelenmeye çalışılacaktır. Ancak bu noktada eklemek gerekir ki; ICSID hakem kararlarının içtihat niteliğinde olduğu söylenemez, bu anlamda herhangi bir bağlayıcılıkları yoktur<sup>94</sup>. Somut bir uyumsuzlukta ICSID hakemliğine başvurulması halinde, inceleme yapacak olan hakemler, daha önce benzer konularda başka yargılamalarda verilen kararları isterlerse yol gösterici olarak kullanabilirler<sup>95</sup>.

---

91 STERN, sy. 537.

92 GAILLARD, sy. 407.

93 Rona SEROZAN, "Hukukta Yöntem", Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8 (Özel Sayı), 2013, 2432.

94 Ancak yatırım hukuku bir yandan da içtihatlarla geliştiği için, bu içtihatların bağlayıcılığı olmasa bile önemi büyüktür. Bkz. Jeffery P. COMMISSION, "Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration*, Vol 24, No 2, 2007, s. 132.

95 Velidmir ZIVKOVIC, "Recognition of Contracts As Investments in International Investment Arbitration", *European Journal of Legal Studies*, Vol 5, No 1, 2012, sy. 179; John P. GIVEN, "Malaysia Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol 31, Issue ¾, 2009, sy. 477.

**a. Dedüksiyon (Tümdengelim) Yöntemi.** Tümdengelim yöntemi, yatırımın sahip olması gereken özelliklerden yola çıkılarak yapılan tanımın/kuralın somut olaya uygulanması ile Merkezin yargı yetkisini m. 25 çerçevesinde belirlemektedir<sup>96</sup>. Hukukta en çok başvurulan yöntemlerden biri olan bu yöntem, soyut kuraldan somut olay için sonuç çıkarılmasıdır<sup>97</sup>.

İlk olarak Fedax kararı<sup>98</sup> ile öngörülen ve daha sonradan Salini kararı ile geliştirilen yatırım tanımı, bu yöntemin kullanıldığı diğer kararlarda kullanacak kural olarak esas alınmaktadır. Objektif olarak bir yatırım tanımı yapılması ve hakemlerin önüne gelen bir uyuşmazlığı bu tanım doğrultusunda belirlemesinin çok fazla örneği vardır. Ancak bu yöntemin de kendi içinde bir takım sakıncaları vardır. Bilhassa Salini ile getirilen kriterlere tam anlamıyla uygun olmadığı gerekçesi ile gerçekte yatırım olarak kabul edilmesi gereken bir uyuşmazlık yatırım kapsamına alınmadığından Merkezin yargı yetkisinin daraltılması sakıncasını doğurmaktadır<sup>99</sup>.

Yatırımı, objektif olarak tanımlayan kararların en önemlisi ve hakemlerce en çok atıfta bulunulan Salini kararında, yatırımın dört temel unsura sahip olduğu tespitinde bulunulmuştur. Bunlar; a) parasal katılım, b) süre, c) risk ve d) ev sahibi devletin gelişmesine katkıdır<sup>100</sup>. Çeşitli hakem kararlarında objektif bir yatırım tanımı yapılırken üç, dört, beş veya altı kriterin kullanıldığı da görülmektedir<sup>101</sup>. Örneğin, Bayındır v. Pakistan<sup>102</sup> davasında, hakemler Salini kararında yer alan ilk üç şartın (parasal katkı, süre ve risk) gerçekleşmesinin zaten ev sahibi devlette ekonomik bir katkı yapacağından bahisle ve zaten Pakistan tarafından da aksi bir iddia olmadığı gerekçesi ile, üç şarta bağlı olarak yatırımı tespit etmişlerdir<sup>103</sup>. Bir diğer örnekte, yatırım kavramının tanımlanması için beş şart aranmıştır. Joy Mining v. Mısır<sup>104</sup> davasında, Salini'ye ek olarak beşinci bir şart olarak uyuşmazlık konusu banka garantilerinden düzenli kâr elde edilmesi ve bunun da geri dönüşü olması şartı aranmıştır<sup>105</sup>. Ve hatta Phoenix kararı<sup>106</sup> ile

---

96 GAILLARD, sy. 410.

97 SEROZAN, sy. 2435.

98 Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, 11.08.1997.

99 Sebastien MANCIAUX, "The Notion of Investment: New Controversies", The Journal of World Investment & Trade, Vol 9, Issue 6, 2008, sy. 6.

100 STERN, sy. 536.

101 ZIVKOVIC, sy. 179.

102 Bayındır Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29, 14.11.2005.

103 Bayındır v. Pakistan, par. 137-138.

104 Joy Mining Machinery Limited v. The Arabic Republic of Egypt, Award on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 06.08.2004.

105 Joy Mining v. Mısır, par. 53.

106 Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, Award, ICSID Case No ARB/06/5, 15.04.2009.

yatırım kavramının tanımlanması için altı kriterin somut olayda gerçekleşmiş olması aranmıştır. İlave kriterler, yatırımın iyiniyetle yapılması ve ev sahibi devletin yasalarına uygun olmasıdır<sup>107</sup>.

**b. Entüisyonizm (Sezgicilik) Yöntemi.** Konvansiyonda herhangi yatırım tanımı yapılmamasından yola çıkılan bu yöntemde, bunun kasti bir seçim olduğu ve bu yüzden bir uyuşmazlık geldiğinde hakemlerin doktrin veya uygulama tarafından geliştirilen bir tanımla sıkı sıkıya bağlı olmamaları gerektiği ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Bu yöntemde göre yatırım kavramının tespiti için kriterler öngörülmesi mümkündür. Ancak bu kriterler somut olaya göre bazen tamamen bazen ise kısmen ve hatta hiç uygulanamayabilecektir<sup>109</sup>. Bu yöntemin, objektif veya sübjektif bir yöntem olarak nitelendirilmesi konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, entüisyonist yöntem, yatırım kavramını açıklayan sübjektif teorinin bir görünümüdür<sup>110</sup>. Bir başka görüşe göre ise bu yaklaşımın temelinde objektif teorinin yattığı savunulmaktadır. Çünkü entüisyonist yöntemde de esasında başlangıç noktasını bir takım objektif kriterler oluşturmaktadır. Ancak bu objektif kriterlere mutlak bir bağlılık söz konusu olmamaktadır. Bu görüşe göre objektif teoriye getirilen liberal bakış açısı, entüisyonizm metodunun esasını oluşturmaktadır<sup>111</sup>.

Bu yaklaşım birçok ICSID kararında tercih edilen bir metot olmuştur. Örneğin, *Biwater v. Tanzania*<sup>112</sup> kararında, uyuşmazlık su ve lağım altyapı sistemlerinin yenilenmesine ilişkin projeden doğmuştur. Projenin finansmanı, Dünya Bankası, Afrika Kalkınma Bankası ve Avrupa Yatırım Bankası tarafından gerçekleştirilecektir. Ancak finansman kuruluşlarca projenin gerçekleştirilmesi ve yönetiminin özel bir şirkete verilmesi bir şart olarak koşulmuştur<sup>113</sup>. Projenin yönetimine getirilen şirket *City Water*, bu çerçevede davası *Biwater* ile üç tane sözleşme akdetmiştir. Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan bir uyuşmazlık ICSID'in önüne götürülmüştür<sup>114</sup>. Bu proje sözleşmelerinin yatırım olarak değerlendirilmeleri konusunda, hakemler *Salini testi* olarak da adlandırılan dört kriterin, sıkı sıkıya her davada uygulanmasının bir dayanağı olmadığı ve bu kriterlerin zorunlu ya da emredici olmadığına karar vermiştir<sup>115</sup>. Konvansiyonda bilinçli olarak bir yatırım tanımı yapılmasından kaçınıldığı

---

107 *Phoneix v. Çek Cumhuriyeti*, par. 101 ve 106.

108 GAILLARD, sy. 407.

109 STERN, sy. 537.

110 GAILLARD, sy. 410.

111 STERN, sy. 537.

112 *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No ARB/05/22, 24.07.2008.

113 *Biwater v. Tanzania*, par. 3.

114 *Biwater v. Tanzania*, par. 6.

115 *Biwater v. Tanzania*, par. 312.

da düşünülduğünde, somut birbirinden farklı davalarda tek bir yatırım tanımına bağlı kalarak bir inceleme yapılmasının doğru olmadığını ifade etmişlerdir<sup>116</sup>.

Bir başka örnek *Toto v. Lübnan*<sup>117</sup> kararında uyuşmazlık, İtalyan şirketi Toto ile Lübnan devlet şirketi arasında Arap Otoyolu Beyrut-Şam arası bağlantı yolu inşası hakkında yapılan sözleşmeden doğmuştur<sup>118</sup>. Hakemler, otoyol bağlantı yolu inşasına ilişkin bu sözleşmenin Salini kriterlerini taşıdığına karar vermiştir. Ancak hakemler bu kriterlere sıkı sıkıya bağlı bir inceleme yapılmasını gerekli görmemektedir, eğer bu kriterlerin tamamını taşımasa idi dahi bir yatırımın varlığından söz edilebilecekti<sup>119</sup>. Hakemler bu kararda, Salini kriterlerini kullanmışlar ancak bunu yaparken, Salini kriterlerini esnek bir şekilde, sınır çizici nitelikte değil, niteleyici bir şekilde uygulamışlardır<sup>120</sup>.

## 2. Salini Kararından Önceki Dönem

**a. Fedax Kararı.** Konvansiyonun 25. maddesinde geçen yatırım kavramının tanımlanması gereği ilk olarak Fedax kararında gündeme gelmiştir<sup>121</sup>.

Hollanda'da kurulu Fedax isimli şirket, Venezüella devletinin ihraç ettiği borçlanma araçlarına istinaden doğan bir uyuşmazlığı ICSID önüne götürmek istediğinde, hakemler devletlerin ihraç ettiği borçlanma araçlarının Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında yatırım olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğine ilişkin bir inceleme yapmışlardır<sup>122</sup>.

Yatırımın temel özellikleri olarak şu hususlar tespit edilmiştir:

- i) belirli bir süre sürmüş olması
- ii) belirli bir düzende kâr elde edilmesi ve bunun tekrar kullanılması
- iii) belirli bir riskin olması

---

116 *Biwater v. Tanzania*, par. 313.

117 *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, Decision On Jurisdiction, ICSID Case No ARB/07/12, 11.09.2009.

118 *Toto v. Lebanon*, par. 16.

119 *Toto v. Lebanon*, par. 81.

120 Antoine MARTIN, "Definition of 'Investment': Could a Persistent Objector to the Salini Tests be Found in ICSID Arbitral Practice?", *Global Jurist*, Vol 11, Issue 2, 2011, s. 14.

121 GRABOWSKI; s. 290; Pierre-Emmanuel DUPONT, "The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol 12, 2011, s. 248; C. CHATTERJEE, "Investment-Related Promissory Notes Are Investment under the ICSID Convention-Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela", *The Journal of World Investment*, Vol 3, 148.

122 *Fedax v. Venezuela*, par. 1.

iv) ev sahibi devletin ülkesine önemli bir katkı sağlamasıdır<sup>123</sup>.

Hakemler; borçlanma araçlarının bir mali yılı aşan boyutta olmasından ötürü belirli süre şartının gerçekleştiğine, birkaç yıldır belirli bir kâr elde edildiği ve bunun da gene borçlanma aracı sahiplerine düzenli ödendiğini ve bu finansal araçların ihraç edilmesinin, ev sahibi devletin ekonomisine önemli derecede katkı sağladığının da açık olduğunu ifade ederek, ortada bir yatırım olduğunu tespit etmişlerdir<sup>124</sup>. Hakemler ayrıca risk kavramını da çok geniş yorumlayıp ev sahibi devletin bir ödeme yapmasını gerektiren her uyuşmazlığın kural olarak içerisinde belirli bir riski taşıdığını ifade etmişlerdir<sup>125</sup>. Kararda risk kavramının bu derece geniş yorumlanması, her türden ticari ilişkide yer alan riskten ayırmaması açısından eleştirilmiştir<sup>126</sup>. Fedax kararı ile yatırım kavramına objektif bir tanım getirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu yapılırken bir yatırımın sahip olması gereken özellikler çizilmiştir. Yatırım kavramı belirli bir takım kriterlerle sınırlı olacak şekilde kabul edilmemiştir<sup>127</sup>.

Fedax kararı ile yatırım kavramının tanımlanmasında aranan temel özellikler, daha sonra Salini kararı ile yatırımın tespitinde kullanılan objektif testin şekillenmesinde öncü niteliğe sahiptir olmuştur<sup>128</sup>.

**b. CSOB Kararı**<sup>129</sup>. Uyuşmazlık, Çek hukukuna göre kurulan CSOB Bankası ile Slovak Cumhuriyeti arasında; Çek Cumhuriyeti Ekonomi Bakanlığı, Slovak Cumhuriyeti Ekonomi Bakanlığı ve CSOB Bankası arasında imzalanan “CSOB Bankasının Finansal Konsolidasyonu Anlaşması”nın ihlali iddiasından kaynaklanmıştır<sup>130</sup>. Anlaşma uyarınca Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyetinin ayrılmaları neticesinde, Slovak Cumhuriyetinde kurulacak Slovak Collection Company’ye gelir getirmeyen kredi verecektir<sup>131</sup>. Daha sonra bu kredilerin geri ödenmesi sürecinde sözleşmeye aykırılıktan dolayı CSOB bir takım zarara uğradığı iddiası ile bunun tazmini için Slovak Cumhuriyeti aleyhine ICSID’e başvurmuştur<sup>132</sup>.

Hakemler şu tespitlerde bulunmuşlardır:

---

123 Fedax v. Venezüella, par. 43.

124 Fedax v. Venezüella, par. 43.

125 Fedax v. Venezüella, par. 40.

126 WAIBEL, sy. 726.

127 MARTIN, s.3; STERN, s. 537; DEMİRKOL, s. 42.

128 GRABOWSKI, sy. 290; YALA, sy. 106.

129 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/4, 24.05.1999.

130 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 1.

131 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 2.

132 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 3.

- i) Konvansiyonda yatırım kavramı tanımlanmadığı için, 25. madde yorumlanırken kural olarak sınırlayıcı bir yorum yapılmamalı ve yatırım kavramı geniş yorumlanmalıdır<sup>133</sup>.
- ii) Bir uyuşmazlığın yatırım olarak değerlendirilmesinde, tarafların Merkeze başvurma konusunda verdikleri rızanın içeriğinin önemli bir rolü vardır. Tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan haklar ve borçlara ilişkin meseleleri yatırım olarak kabul etmeleri ve Merkeze başvurulma konusunda rıza göstermeleri, ICSID Konvansiyonu kapsamında ortada bir yatırım olduğunu gösterme açısından güçlü bir delil oluşturur<sup>134</sup>. Ancak taraflar anlaşarak aralarındaki tüm uyuşmazlıkları ICSID’e götürmeyi kararlaştıramaz. Mutlaka objektif olarak da bir yatırım söz konusu olmalıdır<sup>135</sup>.
- iii) Fedax kararında yer alan yorumun bu dava bakımından da geçerli olduğu<sup>136</sup>, ancak yatırım kavramını tanımlamada çoğu dava bakımından Fedax kararında yer alan unsurların fiilen gerçekleşmiş olması, bunları her dava bakımından aranması gereken zorunlu unsurlar hâline getirmez<sup>137</sup>.

CSOB kararı, Fedax kararında olduğu gibi borçlanma araçlarını yatırım kapsamında kabul etmiştir. Fedax ile öngörülen kriterlerin, zorunlu ya da emredici niteliğe sahip olmadığı, somut bir uyuşmazlıkta bu kriterlerin tamamı gerçekleşmemiş bile olsa, ortada bir yatırım olabileceği ifade edilerek yatırımı tanımlamada kullanılan kriterlerin nitelik olarak birer “özellik” oldukları ifade edilmiştir<sup>138</sup>.

### 3. Salini Kararı ile Getirilen Kriterler

Konvansiyonun 25. maddesindeki yatırım kavramına objektif bir tanım getiren kararlar arasında en meşhur olanı Salini kararıdır. Karara konu uyuşmazlık Rabat-Fes arası otoyol inşasından kaynaklanmıştır<sup>139</sup>. 1994 Ağustos ayında bahsedilen otoyolun inşası için, Fas Krallığı’na bağlı olarak ülkedeki otoyolların inşası, bakımı ve işletilmesi ile uğraşan ADM Şirketi (Societe Nationale des Autoroutes du Maroc) tarafından uluslararası bir ihale davetinde

---

133 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 64.

134 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 66.

135 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 68.

136 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 72.

137 CSOB v. Slovak Cumhuriyeti, par. 90.

138 GAILLARD, sy. 407; WAIBEL, sy. 721; YALA, s. 109.

139 Salini v. Fas Krallığı, par. 2/1.

bulunmuş ve bu ihaleye teklif yollayan İtalyan grubu Salini Construttori S.p.A. ve Italstrade S.p.A. (bundan sonra Salini olarak anılacaktır) sunduğu teklif ile kazanmıştır<sup>140</sup>. ADM Şirketi ile Salini arasında, otoyol inşasının 32 ayda tamamlanacağı kararlaştırılmış, ancak inşa 36 ayda tamamlanabilmiştir<sup>141</sup>. ADM bu gecikmeden doğan ödemeleri içermeyen bir hesap yapmıştır, Salini ise bu hesabı ihtirazı kayıtlar (kötü hava koşulları başta olmak üzere teknik gecikmeler yaşandığını ifade etmiştir) ileri sürerek kabul etmiştir<sup>142</sup>. Salini uğradığı zararın tazmini için ICSID tahkimine başvurmuştur. Hakemler, bu uyuşmazlığın yatırım kapsamında olup olmadığına ilişkin şu değerlendirmeleri yapmıştır:

- i) Merkezin *ratione materiae* yargı yetkisi için hem taraflar arasındaki YTKT (BIT) anlamında hem de Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında bir yatırım söz konusu olmalıdır<sup>143</sup>.
- ii) Konvansiyonun 25. maddesinde yatırım kavramı tanımlanmamıştır, ancak bu yatırım kavramına nelerin girdiğinin tespitinde tek belirleyici faktörün tarafların iradesi olduğu anlamına gelmez. Aksine ICSID içtihatları ve doktrinde 25. maddedeki yatırım kavramının bir takım objektif kriterlerle tespit edileceği kabul edilmektedir<sup>144</sup>.
- iii) Doktrinde yatırımın sahip olması gereken unsurlar olarak; katkı, faaliyetin belirli bir süre sürmüş olması, risk ve ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlama olarak belirtilmektedir. Ancak bu şartlar birbirinden bağımsız olarak incelenmemeli, bir bütün olarak ele alınmalıdır. Örneğin, risk unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, faaliyetin süresi ve katkı unsurlarına bağlı olarak değişebilir<sup>145</sup>.
- iv) Katkı unsuruna ilişkin değerlendirme: Salini otoyol inşasında know-how'unu kullanmıştır, inşa için gerekli araçları ve nitelikli personelini getirmiştir. Ayrıca gerekli satın almaların ve işçilerin maaşlarının ödenebilmesi için %1,5 faizli kredi çekmişlerdir. Bu yüzden Salini, parasal, ayni ve endüstriyel katkı sağlamıştır<sup>146</sup>.

---

140 Salini v. Fas Krallığı, par. 2/2.

141 Salini v. Fas Krallığı, par. 4.

142 Salini v. Fas Krallığı, par. 5.

143 Salini v. Fas Krallığı, par. 44.

144 Salini v. Fas Krallığı, par. 52/1.

145 Salini v. Fas Krallığı, par. 52/3-4.

146 Salini v. Fas Krallığı, par. 53.

- v) Süre unsuruna ilişkin değerlendirme: 32 ay olarak kararlaştırılan ve 36 ay süren proje, doktrinde süre kriteri için aranan 2-5 yıl arası sürme şartlarını taşımaktadır<sup>147</sup>.
- vi) Risk unsuruna ilişkin değerlendirme: toplam maliyeti önceden hesaplanamayan ve uzun yıllar süren bir inşaa projesi açıkça bir risk oluşturur<sup>148</sup>.
- vii) Ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlamak unsuruna ilişkin değerlendirme: çoğu ülkede altyapıya ilişkin inşaa yapıma görevi devlete aittir ve ayrıca yapılacak otoyol kamu yararına hizmet edecektir. Ayrıca Salini, yatırımı ile birlikte know-how'ını da getirdiği için, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine bir katkı sağladığının tartışılmasına bile gerek yoktur<sup>149</sup>.

Salini kararında hakemler, Konvansiyonun 25. maddesi anlamında bir yatırımdan bahsedilmek için bu dört kriterin olayda gerçekleşmiş olmasını aramıştır<sup>150</sup>. Bu yüzden yatırım kavramının dedüktif bir şekilde tanımlanması gerektiğinin kabul edilmiş olduğu görülmektedir<sup>151</sup>.

Karada öngörülen bu kriterler, daha sonraki davalarda da kullanılmıştır. Şimdi sırası ile her bir kriterin diğer davalarda ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığı incelenecektir.

**a. Önemli Miktarda Katkı Kriteri.** Yatırımcı, belirli bir sermayeyi ev sahibi devlete getirmek zorundadır. Bu sermaye para olabileceği gibi, nitelikli işçi, ön finansman veya know-how olabilir<sup>152</sup>.

Hakemler, Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında objektif olarak bir yatırımın var olup olmadığı incelemesinde, genellikle bu kriteri tespit etmekte bir güçlükle karşılaşmamaktadırlar<sup>153</sup>.

Hakemler çeşitli kararlarda farklı türde değerleri, bu şartın gerçekleşmesi açısından yeterli kabul etmiştir. Örneğin, Bayındır v. Pakistan davasında; know-how, teçhizat, personel ve

---

147 Salini v. Fas Krallığı, par. 54.

148 Salini v. Fas Krallığı, par. 55-56.

149 Salini v. Fas Krallığı, par. 57.

150 Salini kararına karşı getirilen eleştiriler/Salini kararını destekleyen görüşler hakkında literatür incelemesi için bkz. Peyman GHAFARI, "Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review", The Journal of World Investment & Trade, Vol 12, 2011, sy. 611 vd.

151 GAILLARD, s. 410; DEMİRKOL, s. 45; MORTENSON, Investment, s. 272; STERN, s. 536.

152 Sven Leif Erik JOHANNSEN, "Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention", Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Christian Tietje/Gerhard Kraft (ed.), Heft 87, 2009, sy. 18.

153 SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 130.

parasal değerlerin getirilmesinin, önemli miktarda katkı şartını sağlamaya yeterli olduğuna karar verilmiştir<sup>154</sup>.

Farklı türde katkıların kabul edilmesine rağmen, bunun değer olarak belirli bir miktarı aşması gerekmektedir. *Malaysian Historical Salvors v. Malezya* davasında<sup>155</sup>, hakemler her ne kadar parasal, endüstriyel ve aynı bir katkı yapılmış olsa da bunun miktarının *Salini, Jan de Nul* ve *Bayındır*'a kıyasla çok daha az olduğunu tespit etmiştir. Bu yüzden bu katkı herhangi bir ticari sözleşme ile yapılacak katkıya benzerdir, yatırım boyutuna ulaşmamıştır, yönünde karara varmıştır<sup>156</sup>. MHS sözleşme ile üstlendiği edimi ifa ederken kendi kaynaklarını kullanmış olmasına rağmen, herhangi bir ticari sözleşmeden ötürü bir edim ifa etmekle yükümlü olsaydı gene bu oranda bir kaynak kullanması gerekecekti. Burada yapılan katkının, herhangi bir ticari ilişki boyutunu aşıp, yatırım boyutuna ulaşmış olması kriteri aranmıştır<sup>157</sup>. Bu katkıyı ifade etmek için önemli miktarda bir katkı ifadesi kullanılmaktadır<sup>158</sup>.

Bir yatırımın başka bir kişiye devredilmesi halinde, devralan kişinin de önemli miktarda bir katkıda bulunması yani yeni bir katkı yapılması gerektiği şartı sorunlu olabilmektedir<sup>159</sup>. *KT Asia v. Kazakistan* davasında<sup>160</sup> hakemler, davacının yatırım konusu şirket hisselerini düşük değerden aldığı ve daha sonradan kendisinden kaynaklanan hiçbir katkının da bulunmadığı gerekçeleri ile katkı şartının gerçekleştirilmemiş olduğuna karar vermiştir<sup>161</sup>.

**b. Süre Kriteri.** Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında da gündemde olan bu şarta göre yatırımın asgari bir süre boyunca yapılmış olması gerekir. Bu süre hazırlık çalışmalarında beş yıl olarak kararlaştırılmıştır ancak sonradan Konvansiyon metnine dâhil edilmemiştir<sup>162</sup>.

*Salini* kararına göre bu süre en az 2-5 yıl arası olmalıdır<sup>163</sup>. Sürenin başlangıcında kural olarak sözleşmenin imza tarihi esas alınacaktır<sup>164</sup>. Ancak sürenin hesabında farklı kabullerin olduğu hakem kararları da mevcuttur. Zira bazen uyuşmazlığın mahiyeti gereği sözleşmeye imza tarihi, yatırımın ev sahibi devlette bulunduğu süreyi hesaplamada yetersiz kalabilir.

---

154 *Bayındır v. Pakistan*, par. 131.

155 *Malaysian Historical Salvors SDB, BHD v. The Government of Malaysia*, Award on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17.05.2007.

156 *MHS v. Malezya*, Award, par. 109.

157 Yulia ANDREEVA, "The Tribunal in *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* Adopts a Restrictive Interpretation of the Term Investment", *Journal of International Arbitration*, Vol 25, No 4, 2008, s. 505.

158 MARTIN, s. 8.

159 Matthew WEINIGER/Elizabeth KANTOR, "Case Comment: *KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan: Ratione Personae and Ratione Materiae*", *ICSID Review*, Vol 30, No 3, 2015, sy. 536.

160 *KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan*, Award, ICSID Case No ARB/09/8, 17.10.2013.

161 *KT Asia v. Kazakistan*, par. 205.

162 MANCIAUX, sy. 11; JOHANNSEN, sy. 15.

163 *Salini v. Fas*, par. 54.

164 MANCIAUX, sy. 12; JOHANNSEN, sy. 15.

Örneğin; Jan de Nul v. Mısır davasında<sup>165</sup>, davacı Jan de Nul, Süveyş Kanalı'nın tarakla temizlenmesi için Mısır devleti ile bir sözleşme imzalamıştır<sup>166</sup>. Sözleşmenin imza tarihi 29.06.1992 ve işlemin tamamlanması tarihi ise Temmuz 1994'tür. Ancak her ne kadar imza ile sözleşmenin sona ermesi arasında iki yıldan az bir zaman geçmiş olsa da, yatırım, sözleşmenin imza tarihinden itibaren değil, sözleşme imzalanmadan önce davacı Jan de Nul'un maliyet ve kullanılacak malzemeleri hesaplamak için başlattığı ön değerlendirme anından itibaren başlamıştır<sup>167</sup>.

Sapiem v. Bangladeş davasında<sup>168</sup> da Salini kriteri ile getirilen süre şartından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir takım prensipler ortaya konulmuştur. Karara konu olayda, Sapiem ve Bangladeş arasında doğalgaz boru hattı inşasına ilişkin 14.02.1990 tarihinde bir sözleşme imzalanmıştır<sup>169</sup>. Proje, 17.06.1992 yılında tamamlanıp, Bangladeş şirketi Petrobangla'ya devredilmiştir<sup>170</sup>. Bangladeş; her ne kadar Salini testi ile aranan minimum iki yıl şartı olayda gerçekleştirmiş olsa da, Sapiem bu süre zarfında efektif olarak her an çalışmamıştır, çalıştığı toplam süre ise bir yıl civarındadır, bu yüzden süre şartının gerçekleşmediğini iddia etmiştir<sup>171</sup>. Ancak hakemler Bangladeş'in bu iddiasını gerekçesiz görüp kabul etmemişlerdir. Yatırımın, kesintisiz olarak sürmesi şeklinde bir şartın aranmayacağına karar vermişlerdir<sup>172</sup>.

**c. Risk Kriteri.** Yatırımda olması gereken bir diğer şart, yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde yapacağı yatırım kapsamında bir risk taşıyor olmasıdır<sup>173</sup>. Bu risk, politik olabileceği gibi ticari bir risk<sup>174</sup> ya da yatırım yapılması konusunda kötü bir tercihte bulunmuş olma riskini de içerir. Ancak ev sahibi devletin yatırım projesi kapsamında yükümlülüklerine aykırı davranması riski, bu kapsamda risk olarak kabul edilemez<sup>175</sup>.

Riskin, mutlaka yatırım projesi ile ilişkili bir risk olması gerekir<sup>176</sup>. Aksi takdirde ticari sözleşmelerden doğan risk ile arasındaki fark ortadan kalkar. Zira her ekonomik faaliyet bir miktar risk barındırır.

---

165 Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13, 16.06.2006.

166 Jan de Nul v. Mısır, par. 5.

167 Jan de Nul v. Mısır, par. 5.

168 Sapiem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21.03.2007.

169 Sapiem v. Bangladeş, Decision on Jurisdiction, par. 7.

170 Sapiem v. Bangladeş, Decision on Jurisdiction, par. 12.

171 Sapiem v. Bangladeş, Decision on Jurisdiction, par. 101.

172 Sapiem v. Bangladeş, Decision on Jurisdiction, par. 102.

173 Scheurer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair, a.g.e., sy. 131.

174 Ancak her ticari risk, bu şartın gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir.

175 MANCIAUX, sy. 13.

176 JOHANNSEN, sy. 17.

Bu şartın incelendiği bazı davalara bakacak olursak, *Malaysian Historical Salvors v. Malezya* davasında, uyuşmazlık konusu deniz altındaki bir enkazın kurtarılması olduğu ve bu tip kurtarma sözleşmelerinde olayda olduğu gibi prensip “gömü yoksa ödül de yok” şeklinde olduğundan davada bütün riskin MHS’de olduğu tespit edilmiştir. Yani MHS sözleşme konusu enkazı kurtartmayı başaramazsa sözleşme bedelini talep edemeyecektir. Hakemlerce her ne kadar sözleşmeden doğan tüm riskin MHS’de olduğu tespit edilmiş olsa da, bu riskin tamamıyla bir ticari risk olduğunu ifade etmişlerdir. Bu yüzden dava konusu, ICSID Konvansiyonu m. 25 kapsamında yatırım olarak değerlendirilemez<sup>177</sup>.

Yine bir başka kararda, *Joy Mining v. Mısır* davasında, ticari risk ile yatırımdan doğan riskin farklı olduğu, herhangi bir ticari sözleşmeden doğabilecek riskin yatırım kapsamında korunmayacağı ifade edilmiştir<sup>178</sup>.

Bir başka kararda, *Helnan v. Mısır* davasında<sup>179</sup> ise, hakemler, *Shepherd Hotel*’in yenilenmesi ve beş yıldızlı bir otele dönüştürülmesinde, *Helnan*’ın herhangi bir ticari başarı elde edememe riski altında bulunduğu, bunun da *Salini* kararında yer alan risk kriterini gerçekleştirmeye yeterli görmüştür<sup>180</sup>. Ancak kanımızca burada yatırıma özgü bir riskin varlığından kolaylıkla bahsedilemez. Zira benzer şekilde MHS kararında yatırımcının ticari riskin tamamını taşıyor olması halinde dahi yatırımdan kaynaklanan bir risk olmadığı ifade edilmişken, kararda olduğu gibi otel yenilenmesi ve işletilmesi faaliyetinden herhangi bir ticari başarı elde edememe ihtimalini yatırım riski olarak kabul etmek isabetli olmamıştır.

**d. Ev Sahibi Devletin Ekonomik Gelişimine Katkı Sağlama Kriteri.** Ekonomik gelişime katkı, daha çok şirketler hukuku alanında kabul edilen bir kavramdır. bu hususun yatırımın varlığını tespitite bir kriter olarak aranıyor olması yatırım hukuku ve şirketler hukuku arasında bir bağ kurmaktadır<sup>181</sup>.

Bu kriter dayanağını esasen Konvansiyonun başlangıç kısmının yorumlanmasından almaktadır<sup>182</sup>. Ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı üç şekilde sağlanabilir: Parasal, aynı veya endüstriyel<sup>183</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki kapitalist ekonomide yatırımlar, öncelikle bir gelir elde edilmesi amacı ile yapılmaktadır. Ev sahibi devletin ekonomisine katkı ise bir

---

177 *Malaysian Historical Salvors v. Malezya*, par. 112.

178 *Joy Mining v. Mısır*, par. 58.

179 *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/19, 17.10.2006.

180 *Helnan v. Mısır*, par. 77.

181 MANCIAUX, sy. 9.

182 JOHANNSEN, sy. 19.

183 MANCIAUX, sy. 9.

amaç değil çoğunlukla yatırımcının faaliyetinin bir sonucu olmaktadır. Bu kapsamda şu hususu da eklemek gerekir ki, esasında her ticari faaliyet, faaliyette bulunulan ülkenin ekonomisine bir katkı sağlar. Yatırımı, diğer ticari faaliyetlerden farklı kılan, elde edilecek gelirin belirsiz olması ve yatırımcının dâhil olduğu projenin hemen değil gelecekte kâr sağlayacak olmasıdır<sup>184</sup>.

Ekonomik gelişimine katkı kriteri, ICSID önüne farklı açılardan gelmiştir<sup>185</sup>. Hakemler de bu farklı uyuşmazlıklarda bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir takım tespitlerde bulunmuşlardır. Örneğin, Mitchell v. Kongo davasında<sup>186</sup>, 5 Mart 1999 tarihli Kongo Askeri Mahkemesi emri ile Mitchell hukuk bürosunun ofisi kapatılmış, tüm belgelerine el konulmuştur<sup>187</sup>. Hakemler, Mitchell hukuk bürosunun know-how'unu Kongo devleti ile paylaşmasını, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı olarak görmüşlerdir<sup>188</sup>.

Bir başka davada, Helnan v. Mısır davasında, The Scandinavian Management Company ile Egyptian Hotels Company arasında 08.09.1986 tarihinde Kahire'de bulunan Sheppard Hotel'in işletilmesi için 26 yıllığına bir sözleşme imzalanmıştır<sup>189</sup>. Daha sonra 07.03.2000 tarihinde Egyptian Company, turizm ve otelcilik konusunda faaliyet gösteren devlet şirketi ile birleşmiştir<sup>190</sup>. The Scandinavian Management Company, sözleşmeden doğan haklarını Helnan International Hotels A/S şirketine devretmiştir ve Helnan ile Mısır devlet şirketi arasında 15.10.2002 tarihinde otelin özelleştirilmesi sürecine ilişkin yeni bir sözleşme imzalanmıştır<sup>191</sup>. Uyuşmazlık bu özelleştirme sürecinden doğmuştur. Hakemler, Helnan'ın Sheppard Hotel'i dört yıldan beş yıldızla çıkaracağı ve Mısır ekonomisinde turizmin önemli bir yere sahip olmasından ötürü, Mısır'a ekonomik bir katkının var olacağını kabul etmiştir<sup>192</sup>.

Ekonomik katkının iki anlamı vardır. Yukarıda bahsettiğimiz pozitif katkının yanında son zamanlarda yatırım hukukunda tartışmalı bir konu da, ekonomik katkının bir anlamının da yatırımın ev sahibi devlet ülkesine negatif bir etkisinin olmamasıdır. Örnek olarak, yatırım

---

184 MANCIAUX, sy. 10.

185 Bu noktada eklemek gerekir ki bu şartın, sektör bazlı değerlendirilmesi ve yeni gelişmekte olan sektörlerin sadece bu şartı sağlayamadığı için yatırım olarak kabul edilememesini eleştiren görüşler mevcuttur. Bkz. JUNG ENGFELT, sy. 62.

186 Mr. Patrick Mitchell, The Democratic Republic of Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No ARB/99/7, 01.11.2006.

187 Mitchell v. Kongo, par. 1.

188 Mitchell v. Kongo, par. 33. Ayrıca kararın bir incelemesi için bkz. Yas BANİFATEMİ, "Unresolved Issues in Investment Arbitration", Modern Law for Global Commerca, Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna, 9-12 July 2007, s. 3.

189 Helnan v. Mısır, par. 1.

190 Helnan v. Mısır, par. 4.

191 Helnan v. Mısır, par. 5.

192 Helnan v. Mısır, par. 77.

sebebiyle yolsuzluğa göz yummama, yatırım faaliyeti kapsamında çevreye zararı minimum düzeye indirme gösterilebilir<sup>193</sup>.

#### 4. Phoenix Kararı ile Getirilen Ek Kriter

Karara konu olayda, Phoenix şirketi İsrail tabiiyetindedir. Çek Cumhuriyetinde, iki tane Çek şirketini devralan Phoenix, daha sonra bu şirketler hakkında Çek devleti tarafından yapılan soruşturma ve kontrollerin ve alınan bir takım tedbirlerin yatırımını ihlal ettiği gerekçesi ile Merkeze başvurmuştur<sup>194</sup>.

Hakemler, her ne kadar Salini kriterlerini kabul etse de bu kriterlerin yetersizliğine ilişkin endişeleri dile getirmişlerdir<sup>195</sup>. Gerçekten de somut olay incelendiğinde bu kriterlerin yetersiz kaldığı gözlemlenmiştir. Zira devralınan iki Çek Cumhuriyeti şirketinin yönetim kurulu başkanı Benet Praha, şirketler soruşturma altına girdiğinde İsrail'e gidip İsrail vatandaşlığını kazanmıştır. Daha sonra da kurduğu Phoenix şirketi vasıtası ile bu şirketleri devralıp, İsrail – Çek Cumhuriyeti YKTK'sinden faydalanarak ICSID'e gitmiştir<sup>196</sup>.

Böyle bir olasılık karşısında hakemler iki yeni kriterin daha yatırımın tespitinde kullanılması gerektiğine karar vermiştir. Bu ilave şartlar, yatırımın ev sahibi devletin kanunlarına uygun olarak yapılması ve yatırımın iyiniyetle yapılmış olması şartıdır<sup>197</sup>.

Yatırımın iyiniyetle yapıp yapılmadığını tespit için de dört kriter kullanılabileceğinden bahsedilmiştir. Bu kriterler; i) yatırımın yapılış zamanı, ii) bir ihlal olduğu iddiasının öne sürülme zamanı, iii) uyuşmazlık konusu hukuki işlemin veya sözleşmenin özü, iv) uyuşmazlık konusu yatırımın mahiyetidir<sup>198</sup>. Ancak yatırımın iyiniyetle yapılması şartı, milletlerarası hukuktan doğan bir ihlale işaret etmektedir. Yani milli hukuklarda yer alan iyiniyet kuralına ayrılık ile milletlerarası hukukta yer alan iyiniyet kuralına aykırılık farklı meselelerdir<sup>199</sup>. Phoenix davasında ise milletlerarası hukukta yer alan iyiniyetli davranma yükümlülüğünün ihlali söz konusudur.

---

193 Marek JEZEWSKI, *There Is No Freedom Without Solidarity: Towards A New Definition of Investment in International Economic Law*, Society of International Economic Law, Working Paper No 51/08, Inaugural Conference, Geneva, July 15-17 2008, sy. 31.

194 Phoenix v. Çek Cumhuriyeti, par. 2.

195 Phoenix v. Çek Cumhuriyeti, par. 84.

196 Phoenix v. Çek Cumhuriyeti, par. 3 – 10.

197 Phoenix v. Çek Cumhuriyeti, par. 114.

198 Phoenix v. Çek Cumhuriyeti, par. 136-140.

199 STERN, sy. 548.

Kararda, Salini kriterlerine ek olarak “yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun yapılmış olması” ve “yatırımın iyiniyetle yapılmış olması” şartları aranmaktadır. Doktrinde, Salini kriterlerine ek olarak iki şart daha aranması eleştirilmiştir. Çünkü objektif bir yatırım tanımı yapılmaya çalışılmasındaki amaç, Merkezin o uyuşmazlığı çözümede yargı yetkisini belirlemektir. Oysa öngörülen bu ilave iki kriter bu amaca hizmet etmemektedir. Gerçekten de öngörülen bu ek kriterler ortada bir yatırımın varolup olmadığına tespitinde değil, bir yatırımın ne şartlar altında korunacağına ilişkin kriterler getirmektedir. Bu da Merkezin yargı yetkisini tespit ederken işin esasına ilişkin bir inceleme yapılması sonucuna yol açmaktadır<sup>200</sup>. Bu durum, *Abaclat v. Arjantin* davasında<sup>201</sup> da gündeme gelmiş olup, hakemlerce; Merkezin yargı yetkisinin incelenmesinin yapıldığı aşamada sadece yatırımın mevcudiyeti hakkında bir inceleme yapılabileceği yönünde karar vermişlerdir<sup>202</sup>. Yatırımın ev sahibi devletin kanunlarına uygun olup olmadığına ilişkin bir inceleme ise uyuşmazlığın esasına ilişkin olacağından yargı yetkisinin tespiti aşamasında bu konuda bir değerlendirme yapılamaz<sup>203</sup>. Bir başka davada (*Saba Fakes v. Türkiye*)<sup>204</sup> da yatırımın iyiniyetle yapılmış olması kriterinin aranması kabul edilmemiştir. Hakemler böyle bir kriter aramanın 25. maddenin lafzına aykırı bir yorum yapmadan mümkün olmayacağını ifade etmişlerdir<sup>205</sup>.

## 5. Quiborax Kararı ile Salini Kriterlerinden Uzaklaşılması

Salini kararı ile öngörülen kriterler, yatırım kavramının objektif olarak tanımlanmasında çoğunlukla diğer davalarda da kullanılmıştır. Ancak bu kriterlerden biri olan “ekonomik gelişime katkı sağlama” kriteri bazı hakem kararlarınca kabul edilmemiştir. Bu yöndeki en önemli kararlardan biri Quiborax kararıdır. Karara konu uyuşmazlıkta, Şili şirketi Quiborax, bor üretiminde kullanılan uleksil madeni çıkararak bir madencilik şirkettir. Ayrıca Güney Amerika'nın en büyük bor tedarikçisidir. Üretimini artırmak için faaliyetini Bolivya'ya genişletmek istemektedir<sup>206</sup>. Bu sebeple Bolivyalı bir madencilik şirketi olan ve Bolivya'daki en büyük uleksil kaynaklarının bulunduğu bölgede maden çıkarma haklarının tamamına sahip

---

200 DEMİRKOL, sy. 48.

201 *Abaclat and Others v. The Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/07/5, 04.08.2011.

202 *Abaclat v. Arjantin*, par. 382.

203 *Abaclat v. Arjantin*, par. 383-348. İlaveten, bu karar ile Salini kriterlerinin kullanılması dahi reddedilmiştir. Hakemlere göre, objektif bir yatırım kavramının tespitinde, uyuşmazlık konusunun Konvansiyonun 25. maddesinin ruhuna ve amacına aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Bkz. Celine LEVESQUE, “Case Comment: *Abaclat and Others v. Argentina Republic: The Definition of Investment*”, ICSID Review, Vol 27, No 2, 2012, sy. 249.

204 *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, Award, ICSID Case No ARB/07/20, 14.07.2010.

205 *Saba Fakes v. Türkiye*, par. 112.

206 *Quiborax v. Bolivya* par. 1-7.

Rio Grande şirketi ile bir ortaklık sözleşmesi yapmıştır. Daha sonra Rio Grande, maden çıkarma imtiyazını kendi kurduğu yeni bir şirket olan Non Metallic Minerals (NMM)'e devretmiştir. NMM'nin %50.995'lik hissesini Quiborax devralmıştır. Quiborax'ın CFO'su Allan Fosk da %0.005 oranında bir hisseye sahiptir. Geri kalan %49'luk hisseler ise Rio Grande'nin en büyük hissedarı olan David Moscoso'ya aittir<sup>207</sup>. NMM şirketi bu şekilde faaliyetlerine başlamıştır. Aradan dört yıl geçtikten sonra Bolivya hükümet, NMM'nin madencilik imtiyazlarını kaldırmıştır. Bunun üzerine Quiborax şirketi yatırımının ihlal edildiği nedeniyle ICSID'e başvurmuştur<sup>208</sup>.

Hakemler, davacının başvurusunun yatırımdan doğan bir talep olup olmadığını incelerken Salini kriterlerinin tamamını kullanmamıştır. Salini kriterlerinden biri olan “ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlama” şartı, objektif olarak yatırım kavramının sahip olması gereken bir unsur olarak kabul edilmemiştir<sup>209</sup>. Yatırım yapılması sonucu ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlanması, her ne kadar yabancı yatırım ile ulaşılmak istenen bir sonuç olsa da, objektif olarak yatırım kavramını tanımlarken bir kriter olarak kullanılması gerekmemektedir<sup>210</sup>. Buna karşın hakemlerin bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. Konvansiyonun başlangıç bölümünde yer alan ifadeler dikkate alınmaksızın, sadece 25. maddenin lafzından yola çıkarak “ekonomik katkı” şartının aranmaması hukukta yorum tekniklerine aykırı bulunmuştur. Böyle bir yorumun ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne de aykırı olacağı ifade edilmiştir<sup>211</sup>.

Kanımızca bu dördüncü kriterin aranması, yatırım uyumsuzluğu ve ticari uyumsuzluk ayrımının<sup>212</sup> tespiti açısından önemli bir işleve sahip olmaktadır. Çünkü objektif olarak bir yatırım faaliyetini alelade bir ticari faaliyetten ayırt etmede; süre, katkı ve risk kriterleri tek başına yeterli olmayacaktır. Konvansiyonun amacı ve başlangıç hükümleri de dikkate alındığında, objektif olarak bir yatırımdan bahsedebilmek için, ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı sağlama şartı aranmalıdır.

---

207 Quiborax v. Bolivya par. 10-15.

208 Quiborax v. Bolivya par. 20-23.

209 Quiborax v. Bolivya par. 219.

210 Quiborax v. Bolivya par. 220.

211 Julian Davis MORTENSON, “Case Comment: Quiborax SA et al v Plurinational State of Bolivia, The Uneasy Role of Precedent in Defining Investment”, ICSID Review, Vol 28, No 2, 2013, sy. 259. (Quiborax)

212 Yatırım tahkimi ile ticari tahkim arasındaki farklar için bkz. İnci ATAMAN FİGANMEŞE, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, MHB, C 31, S 1, 2011, sy. 91 vs.

## **B. Taraf İradelerinin Yorumlanması Suretiyle Söbjektif Olarak Yatırım Kavramını Belirleyen Kararlar**

Yatırım kavramının belirli kriterler kullanılmak suretiyle objektif olarak tanımlanması yerine tarafların iradesinden yola çıkarak söbjektif bir tanım yapılması da mümkündür<sup>213</sup>. Bu yöntemin seçilmesindeki amaç, yabancı yatırımcıları ülkeye çekme açısından daha elverişli olmasıdır. Zira yabancı yatırımcı, bir uyuşmazlık çıktığında onu ICSID'e götürme hakkına sahip olduklarını bilerek yatırımını yapmaktadır. Konvansiyonun 25. maddesinde yatırım kavramı tanımlanmadığı için, objektif bir yatırım tanımı yabancı yatırımcı açısından öngörülebilir nitelikte olmamaktadır<sup>214</sup>.

Yatırım tahkiminde taraflar, yatırımcı ve ev sahibi devlet olduğu için burada taraf iradelerinden kasıt, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki birbirine uygun irade beyanları değildir. Yatırımcının mensubu olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmaları ile ortaya konan irade çerçevesinde söbjektif olarak yatırım kavramı tanımlanmaktadır. Örneğin, Generation Ukraine davasında<sup>215</sup> hakemler, Konvansiyon'un 25. maddesinde bilinçli olarak yatırım kavramının tanımlanmadığını, çünkü yatırımın kavramının kapsamının tarafların iradesi ile belirleneceği, bu iradenin de kendini yatırımcının mensubu olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilen YKTK (BIT)'den anlaşılacağı yönünde karar vermiştir<sup>216</sup>. Bir başka örnekte, Fraport Kararı<sup>217</sup>,nda hakemler, Merkezin *ratione materiae* yetkisini belirleyen 25. maddede yatırım kavramının tanımlanmadığını, isterlerse bu kavramın taraflarca tanımlanacağını ifade etmiştir. Taraflar arasında bir YKTK akdedilmişse, burada yer verilen "yatırım" tanımı, Konvansiyonun 25. maddesindeki yatırım kavramına nazaran *lex specialis* bir düzenleme kabul edilir<sup>218</sup>. Görüleceği üzere bu kararda da söbjektif bir yatırım kavramı tanımlanması tercih edilmiş, gerekçe olarak da taraf iradesi ile akdedilen iki taraflı yatırım anlaşmasının, Konvansiyona göre özel kural niteliğine sahip olacağı gösterilmiştir.

25. maddedeki yatırım kavramının söbjektif olarak tanımlanması gerektiği yönündeki görüşlerin dayanağını, Konvansiyonun hazırlık çalışmaları sırasında yatırım kavramının bilinçli olarak tanımlanmadığı ve kavramın içeriğinin taraf iradelerince belirlenmesi gerektiği

---

213 STERN, sy. 538.

214 BODDICKER, s. 1064.

215 Generation Ukraine INC. v. Ukraine, Award, ICSID Case No ARB/00/9, 16.09.2003.

216 Generation Ukraine v. Ukrayna, par. 8.2.

217 Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, Award, ICSID Case No ARB/03/25, 16.08.2007.

218 Fraport v. Filipinler, par. 304-305.

düşüncesi oluşturmaktadır<sup>219</sup>. Bu yaklaşımın kabulü ile ortaya çıkan sonuç, bir uyuşmazlığın taraflarca yatırım olarak kabul edilmesi, Merkezin 25. madde anlamında yargı yetkisinin doğması için yeterli olacaktır<sup>220</sup>. Eklemek gerekir ki, bu yöntem ile yatırım kavramını objektif olarak tanımlayan metotlardan biri olan entüsyonizm yöntemi birbirinden tamamen farklıdır. Her ikisi de yatırım kavramının tanımlanmasında belirli kriterlerin sıkı sıkıya uygulanmasına karşı çıksa da, bahsedilen ilk yöntemde yatırım kavramına ilişkin herhangi bir objektif betimleme yapılmaz, sonuç olarak farklı davalarda farklı kavramlar yatırım olarak kabul edilebilir. Oysa ikinci yöntemde, yatırımı tasvir eden belirli bir takım objektif kriterler olduğu kabul edilir ancak bu kriterlerin her somut olay bakımından daha esnek uygulanması gerektiğini savunur.

Sübjektif yöntemin esas aldığı taraf iradesi kendisini YTKT’lerde gösterir. İki taraflı yatırımın teşviki ve korunması anlaşmalarında genellikle yatırım kavramı, ev sahibi devlete getirilen sermaye olarak değil daha geniş kapsamlı olarak yatırımcının ev sahibi devletin ülkesinde sahip olduğu ya da kontrol ettiği değerler şeklinde tanımlanmıştır<sup>221</sup>. Kanımızca yatırım kavramının çerçevesini herhangi bir objektif kıstasla çizmeksizin, sadece taraf iradelerine bağlı olarak belirlemek doğru bir yöntem olmayacaktır. Buna gerekçe olarak, doğası gereği yatırım uyuşmazlığı olmayan ancak taraflarca yatırım kapsamında kabul edilen bilhassa ticari karakterdeki uyuşmazlıkların ICSID önüne götürülebilmesi tehlikesini gösterilebiliriz. Bu tehlike, Konvansiyonun 54. maddesi<sup>222</sup> ile birlikte değerlendirildiğinde, kabul edilmesi mümkün olmayan bir neticeye yol açmaktadır. Zira 54. maddeye göre, ICSID hakem kararları sadece karara taraf olan ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşı olduğu devlet açısından değil, ICSID Konvansiyonuna taraf olan her devlet bakımından doğrudan icra edilebilir niteliktedir<sup>223</sup>. Böylelikle diğer akit devletlerin sadece yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin verilen kararları doğrudan icra etme iradesine sahip olmalarına rağmen, yatırım dışı diğer uyuşmazlıklara ilişkin verilen kararları da doğrudan icra etmek zorunda kalabileceklerdir.

---

219 Walid Ben HAMIDA, “Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control-Ad Hoca Committee’s Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo”, *Journal of International Arbitration*, Vol 24, Issue 3, 2007, s. 289; DEMİRKOL, s. 43, STERN, s. 538; DEKASTROS, s. 294.

220 JOHANNSEN, sy. 6.

221 *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking*, United Nations Publication, New York and Geneva, 2007, sy. 7; Barton LEGUM, “Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?”, *Making The Most Of International Investment Agreement: A Common Agenda*, Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCATD, 2005, s. 2.

222 ICSID Konvansiyonu m. 54: “Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. ...” madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar*, Cilt II, 2. Bastı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, sy. 122.

223 SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 1123.

YKTK anlaşmaları, ICSID Konvansiyonu madde 25 kapsamında yatırımdan ne anlaşılması gerektiğini bir yerde şekillendiren anlaşmalar olmaktadır<sup>224</sup>. Zira bugün devletler çoğunlukla yatırım kavramını, iki veya çok taraflı yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında (*bilateral investment treaties*) tanımlamayı tercih etmektedirler<sup>225</sup>. Ancak çalışmanın konusu, ICSID Konvansiyonu m. 25’de yer alan yatırım kavramı ile sınırlı olduğundan, YKTK’larda yatırım kavramının ne şekilde tanımlandığına ilişkin detaylı bir incelemeye yer verilmeyecektir. Yatırım kavramının sübjektif olarak belirlenmesi gerektiği yönünde olan kararlardan bazıları kronolojik sıra içinde incelenmiştir.

### 1. Lanco Kararı<sup>226</sup>

Amerika Birleşik Devletlerinde kurulmuş ve faaliyetlerini orada yürüten Lanco International Inc. (Lanco) Şirketi ile Arjantin Ekonomi ve Kamu İşleri ve Hizmetleri Bakanlığı arasında 06.06.1994 tarihinde, Puerto Nuevo şehrindeki liman terminalinin geliştirilmesi ve işletilmesini kapsayan bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır<sup>227</sup>. Daha sonra Lanco, bu süreçte Arjantin devletinin, Arjantin-ABD YKTK’sındaki hükümlere aykırılıkta bulunduğu iddiası ile ICSID’e başvurmuştur<sup>228</sup>.

Hakemler, Konvansiyonun 25. maddesi kapsamında bir yatırım olup olmadığı değerlendirmesini yaparken şu tespitlerde bulunmuştur:

- i) Konvansiyonun 25. maddesine göre Merkezin yargı yetkisi olup olmadığının tespitinde, “ tarafların arasında Merkeze gitme konusunda yazılı bir anlaşma olması” şartı kilit bir rol oynar<sup>229</sup>.

---

224 25. maddedeki yatırım kavramının yorumlanmasında YKTK’lerin kullanılması mümkündür. Bkz. DEKASTROS, sy. 292. Ancak bu husus yatırım kavramının objektif bir sınırı olmayacağı, tamamen taraf iradelerince belirleneceği anlamına da gelmez.

225 Örneğin, Türkiye’nin hazırladığı Model İki Taraflı Yatırımların Teşviki Anlaşması’nda yatırım kavramı tanımlanmamıştır. Sadece doğrudan doğruya yatırımdan doğan uyuşmazlıkların ICSID’e götürülebileceği düzenlenmiştir ve Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların Türk mahkemelerinin yetkisi dâhilinde olacağı ve ICSID’in yargı yetkisi kapsamının dışında olduğu düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU, “Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı”, TBB Dergisi, S. 107, 2013, sy. 168-169; H. Zeynep NALÇACIOĞLU ERDEN, Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 209-212.

226 Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, ICSID Case No ARB/97/6, 8.11.1998.

227 Lanco v. Arjantin, par. 1, 4 ve 5.

228 Lanco v. Arjantin, par. 2.

229 Lanco v. Arjantin, par. 41.

- ii) Tarafların bu rızayı ne şekilde vereceğine ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu rızanın, YTKT anlaşması ile verilmesi mümkündür<sup>230</sup>.
- iii) 25. maddedeki yatırım kavramının sınırları tarafların rızası ile belirlenecektir. Konvansiyonda yatırım kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, taraflar arasındaki YTKT’de tanımlanmıştır ve bu tanım Merkezin yargı yetkisinin sınırlarını belirleyici olmaktadır<sup>231</sup>.

Bu kararda görüleceği üzere Konvansiyondaki yatırım kavramı tamamen sübjektif olarak, tarafların ona yükledikleri anlam ile sınırlı olacak şekilde yorumlanmıştır. Kanımızca taraf iradelerinin yatırım kavramının sınırını çizmede kullanılmasında herhangi bir sakınca yoktur. Örneğin objektif olarak yatırım olarak kabul edilen bir husus, taraflarca akdettikleri YTKK’da bir yatırım olarak görülmemiş olabilir. Bu takdirde yine Merkezin yargı yetkisi olmayacağı söylenebilecektir. Ancak tam tersi mümkün olmamalıdır. Yani taraf iradeleri ile 25. maddedeki yatırım kavramının sınırları genişletilememelidir.

## **2. Malaysian Historical Salvors (MHS) Kararına Karşı Yapılan İptal Başvurusunda Verilen Karar<sup>232</sup>**

İngiliz bir şirket tarafından (MHS) Malezya’da batmış Diana gemisinin enkazını kurtarmak üzere Malezya Arkeoloji Komisyonu ile akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlık, ICSID’e götürülmüş ve hakemler uyuşmazlığa Salini kriterlerini uygulayarak objektif olarak ortada bir yatırım bulunmadığı tespitinde bulunup Merkezin yargı yetkisi olmadığına karar vermişlerdir<sup>233</sup>. Hakemler, Merkezin yargı yetkisine sahip olabilmesi için hem objektif olarak m. 25 anlamında ortada bir yatırım bulunması gerektiğini hem de bu yatırımın taraflar arasındaki YTKK’de de yatırım olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade edip, somut davada ortada objektif olarak bir yatırım olmadığı için, taraf iradelerine bakmaya dahi gerek olmadığına karar vermiştir<sup>234</sup>.

Bu karara ilişkin yapılan iptal başvurusunda hakemler şu tespitlerde bulunmuşlardır:

---

230 Lanco v. Arjantin, par. 43.

231 Lanco v. Arjantin, par. 48.

232 Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia, Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No ARB/05/10, 16.04.2009.

233 MHS v. Malezya, Annulment, par. 1.

234 MHS v. Malezya, Award, par. 6.

- i) “Yatırım” kavramı, hem ICSID Konvansiyonu m. 25’de hem de İngiltere-Malezya YKTK’ında kullanılan bir kavram olduğu için, YKTK’de yer alan yatırım kavramı incelenmeksizin karar verilmesi hatalı olmuştur<sup>235</sup>.
- ii) Taraflar arasındaki YKTK’de bu uyuşmazlığın yatırım kapsamında olduğu tartışmaya yer verilmeyecek şekilde görülmektedir. Oysa davaya bakan hakem, bu açıdan hiçbir değerlendirme yapmaksızın, sadece 25. madde kapsamına girmediğinden bahisle yargı yetkisi olmadığına karar vermiştir<sup>236</sup>.
- iii) ICSID Konvansiyonu 52/1-b’de ifade edilen iptal şartının oluştuğuna, çünkü;
  - a. Taraflar arasındaki YKTK’yı dikkate almaksızın, Konvansiyonun 25. maddesinin yorumlanması sonucu elde edilen kriterleri analiz ettiği,
  - b. Konvansiyonun hazırlık çalışmaları göz önüne alınmaksızın, ki bu dikkate alındığında yatırım kavramının kasti olarak tanımlanmadığı, bunu tanımlamanın taraf iradelerine bırakıldığı ve 25. maddenin herhangi bir sınır çizmediği gerekçeleri gösterilmiştir<sup>237</sup>.

### **C. Double Keyhole Yaklaşımı**

Yatırımın objektif kriterler kullanılmak sureti ile tanımlanması ve bunun karşısında yatırımın sübjektif olarak taraf iradelerine bakılarak tanımlanması gerektiği yaklaşımları incelenmiştir. Her iki yaklaşımın da eleştirilebilecek yanları mevcuttur ve görülmektedir ki bu iki yaklaşımdan birini kabul etmek, her zaman istenen bir sonucu da sağlamayabilecektir. Örneğin; objektif yaklaşımın kabul edildiği ve taraf iradelerinin hiçbir şekilde dikkate alınmadığı bir durumda, taraflarca yatırım olarak görülmeyen bir uyuşmazlığın ICSID’in yargı yetkisine girme tehlikesi doğabilir, Merkezin yargı yetkisinin tarafların isteği dışında genişlemesi söz konusu olabilir. Tam tersi bir durumun sakıncalarını zaten ifade etmiştik. Sadece taraf iradelerine göre Merkezin yargı yetkisini belirlemek, ticari uyuşmazlıkların ICSID’e götürülebilmesine yol açabilir, Merkezin yargı yetkisini doğası gereği yatırım olan uyuşmazlıklar dışına çıkarabilir.

Bu sorunlara cevap olarak, Bu iki yaklaşım karşısında üçüncü bir yaklaşım olarak “*double keyhole*” yaklaşımına göre, yatırım kavramının kapsamının belirlenmesinde çifte bir

---

235 MHS v. Malezya, Annulment, par. 57.

236 MHS v. Malezya, Annulment, par. 61.

237 MHS v. Malezya, Annulment, par. 80.

değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>238</sup>. Buna göre, bir faaliyeti yatırım olarak nitelendirebilmek için hem objektif olarak belirlenen bir takım kriteri taşıyor olması gerekir, hem de sübjektif olarak taraf iradelerinin de bunu yatırım olarak kabul etmiş olması gerekir<sup>239</sup>. Bununla birlikte, ICSID Konvansiyonu madde 25’de yer alan yatırım kavramı ile devletlerin iki veya çok taraflı yatırımı teşvik anlaşmalarında yer alan yatırım kavramı arasındaki ilişki hakkında bir takım tartışmalar vardır. Konvansiyonda yer alan yatırım kavramının, Merkezin yargı yetkisinin üst sınırını oluşturduğu doktrinde çoğunlukla ifade edilmektedir<sup>240</sup>. Devletler, YKTK’de yatırım kavramını daha dar tutup Merkezin yetkisini daraltabileceklerken, aksini yapmaları mümkün kabul edilmemektedir<sup>241</sup>. Ancak uygulamada aksi yönde hakem kararları da verilmiştir.

Ancak kanımızca ve doktrinde de hakim olan görüşe göre, iki taraflı yatırımın teşviki ve korunması anlaşması kapsamında bir yatırım olarak kabul edilen her husus aynı zamanda ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırım olarak kabul edilmeyebilir<sup>242</sup>. Zira devletlerin kendi arasında yaptıkları iki taraflı yatırımı teşvik anlaşmaları ile kabul ettikleri yatırım kavramı, ancak ICSID Konvansiyonu anlamında objektif olarak da yatırım olarak nitelendirilebilirlerse Merkezin yetkisi doğabilir<sup>243</sup>. Tam tersi senaryoda ise yani ICSID Konvansiyonu kapsamında bir yatırımın varlığından bahsedebilmemize rağmen, devletler arasındaki iki taraflı yatırımın teşviki anlaşması kapsamında bir yatırım mevcut değilse bu takdirde ev sahibi devletin zaten ICSID’e gitme konusunda rızası olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır<sup>244</sup>.

ICSID içtihatlarına bakıldığında hakemlerce çoğunlukla *double keyhole* yaklaşımının kabul edildiği görülmektedir<sup>245</sup>. Bu yaklaşımın zayıf noktası, objektif yaklaşıma getirilebilecek eleştirilerin bu yöntemin kabulü halinde de geçerli olacak olmasıdır<sup>246</sup>.

---

238 SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 117; DEKASTROS, sy. 293.

239 MANCIAUX, sy. 7; TIMMER, sy. 365; YALA, sy. 108; Michael HWANG, “Recent Developments in Defining Investment”, ICSID Review, Vol 25, No 1, 2010, s. 22.

240 TIMMER, sy. 364; STERN, sy. 541.

241 BODDICKER, sy. 1031 – 1071.

242 İlhan YILMAZ, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul, 2004, sy. 155; Zeynep ÇALIŞKAN, “Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı”, MHB, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009, sy. 108.

243 SCHEURER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR, sy. 117.

244 YILMAZ, sy. 156; ayrıca rıza konusunda detaylı bilgi için ŞANLI, sy. 537 vd.

245 Bu yaklaşımı kabul eden kararların listesi için bkz. TIMMER, sy. 365.

246 Katharina DIEL, “Interessengerechtere-Effizientere-Verlässlicher: Konkurrierende Formen der Internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit Vergleichende Analyse und Reformbedarf des ICSID Systems” DAJV Newsletter, Vol 36, 2011, sy. 25.

## Sonuç

ICSID Konvansiyonu uyarınca yatırım kavramı ve bunun tanımlanması meselesinde, doktrin görüşleri ve uygulamadaki kararlar kapsamında vardığımız sonuçlar ve bunlara ilişkin değerlendirmelerimiz şöyledir:

1. Konvansiyonun hazırlık süreci incelendiğinde bir yatırım tanımı yapılmamasının başlıca sebebini gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan/az gelişmiş ülkelerin ortak bir paydada buluşamaması yatmaktadır. Gelişmiş devletler, her türlü uyuşmazlığı içine alacak şekilde geniş bir yatırım kavramını kabul ederken, bunun karşısında az gelişmiş ülkeler daha dar bir uyuşmazlık kümesini yatırım olarak kabul etme eğiliminde olmuşlardır. Daha sonra İngiltere'nin her iki menfaati de koruyacağını iddia ettiği önerisi kabul edilmiştir. Bu öneriye göre, Konvansiyonda herhangi bir yatırım tanımı yapılmayacak ancak taraf devletlere bu maddeye çekince koyarak kapsamını daraltma imkânı sağlanacaktır. Bu öneri kanımızca gelişmemiş ülkelerin menfaatini koruyucu nitelikte değildir. Çünkü opt-out hakkı olarak öngörülen bu hakkı, zayıf konumda olan ve ülkesine yatırımcı çekmek isteyen devletin kolaylıkla kullanabileceğini söylemek mümkün değildir. Neticede Konvansiyona taraf olmak da bir tercih olmasına rağmen, ülkesine yabancı yatırımcının gelmesini isteyen devletler açısından taraf olmamak uygulamada mümkün olmamaktadır.

Kanımızca objektif bir tanımın Konvansiyonda yer alması hem yeknesak bir uygulamanın oluşmasını sağlar, hem de uygulamada yatırımın tespitini daha kolay hale getirir. Çalışmamızda bahsettiğimiz üzere yatırım kavramının tanımlanmasında farklı yaklaşımlar, metotlar ve uygulamalar vardır. Böyle bir belirsizlik, zayıf konumda olanı koruyucu nitelikte de uygulanabilir ya da zarar verici nitelikte de. Ancak yapılacak tanımın sınırlayıcı olmaması ve gelecekte değişebilecek yatırım türlerini de dışlamayacak, daha ilkesel nitelikte olması gerekir. Zira milletlerarası hukukta kural yapımı iç hukuklardaki gibi kolay olmadığı için üzerinde ciddi düşünülmüş ve zamanını aşabilecek esnekliğe sahip olan bir tanım olmalıdır.

2. Yatırımın konusunu oluşturabilecek değerler hakkında genellikle devletler YTKT'lere “her türlü değer” gibi çok geniş ifadeler koymaktadır. Ancak bu tarz ucu açık ifadelerin kullanılması, objektif olarak tanımlanan yatırım kavramını genişletici nitelikte kabul edilmemelidir. ICSID yargılamasının ve ICSID hakem kararlarının icrasındaki kolaylıklar sebebiyle artık ticari uyuşmazlıklar bile bir şekilde ICSID'e götürülmek istenmektedir. Ancak böyle bir uygulamanın hayat bulması, uzun vadede ICSID'in prestijini düşürecek nitelikte olabilir. Bu sebeple, objektif olarak bir yatırım tanımı yapılırken hakemler, yatırım kavramının kapsamını çok genişletici yorumlayıp bu yönde kararlar vermemelidir.

## KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, güncellenmiş ve genişletilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- ANDREEVA, Yulia; “*The Tribunal in Malaysian Historical Salvors v. Malaysia Adopts a Restrictive Interpretation of the Term Investment*”, *Journal of International Arbitration*, Vol 25, No 4, 2008, s. 503-506.
- ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; “*Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration By Means of the Notion of ‘Arbitration Without Privity’*”, *Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul*, C 43, S 60, 2011, sy. 187-201. (*Arbitration Without Privity*)
- ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; “*Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar*”, MHB, C 31, S 1, 2011, sy. 91-152. (*Ticari Tahkim Yatırım Tahkimi Farkları*)
- ATAMAN FİGANMEŞE, İnci; “*Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları*”, *Uluslararası Tahkim Kongresi*, 22-24 Mayıs 2012, İstanbul, sy. 18-35. (*ICSID Davaları*)
- AYDOĞMUŞ, Ayşe Yasemin; “*İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkani*”, MHB, C. 29, S. 1-2, 2009, sy. 21-84.
- BANİFATEMİ, Yas; “*Unresolved Issues in Investment Arbitration*”, *Modern Law for Global Commerca*, Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna, 9-12 July 2007, s. 1-14.
- Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends In Investment Rulemaking*, United Nations Publication, New York and Geneva, 2007.
- BODDICKER, Joseph M.; “*Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term ‘Investment’ in ICSID Arbitration*”, *American University International Law Review*, Vol 25, Issue 5, 2010, sy. 1031-1071.
- BROCHES, Aaron; “*The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction*”, *Columbia Journal Of Transnational Law*, Vol 5, 1966, sy. 263-281.

CHAIKA, Ionna; *The non-enforcement of International Commercial Awards as a violation of Bilateral Investment Treaties*, International Hellenic University, LLM Thesis, Thessaloniki, 2015.

CHATTERJEE, C.; “*Investment-Related Promissory Notes Are Investments under the ICSID Convention-Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*”, *The Journal of World Investment*, Vol 3, 147-160.

COMMISSION, Jeffery P.; “*Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*”, *Journal of International Arbitration*, Vol 24, No 2, 2007, s. 129-158.

*Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention*, ICSID/8, June 2017, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf> (Çevrimiçi 1.10.2017).

CREMADES, Bernardo M.; “*Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America*”, *Business Law International*, Vol 7, No 1, 2006, sy. 53-73.

ÇALIŞKAN, Yusuf; “*ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will Be Used For the Definition of Investment and the Scope of Consent*”, *Foreign Investment Law*, Ceyda Süral/Ekin Ömeroğlu Editors, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2016, sy. 91-106.

ÇALIŞKAN, Zeynep; “*Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı*”, MHB, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009, sy. 85-118.

DEKASTROS, Michail; “*Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention*”, *The Journal of World Investment&Trade*, Vol 14, 2013, s. 286-319.

DEMİRKOL, Berk; “*The Notion of 'Investment' in International Investment Law*”, *Turkish Commercial Law Review*, Vol 1, No 1, 2015, sy. 41-50.

DIEL, Katharina; “*Interessengerechtere-Effizientere-Verlässlichere: Konkurrierende Formen der Internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit Vergleichende Analyse und Reformbedarf des ICSID Systems*” *DAJV Newsletter*, Vol 36, 2011, sy. 20-30.

DÖRR, Oliver/SCHMALENBACH, Kirsten; *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 4. Ed., Springer Verlag, Berlin, 2012.

- DUPONT, Pierre-Emmanuel; “*The Notion of ICSID Investment: Ongoing ‘Confusion’ or ‘Emerging Synthesis?’*”, *The Journal of World Investment&Trade*, Vol 12, 2011, s. 245-272.
- EKŞİ, Nuray; *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- GAILLARD, Emmanuel; “*Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, sy. 403-416.
- GARCIA-BOLIVAR, Omar E.; “*Protected Investment and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID’s Reach*”, *Trade, Law and Development*, Vol 2, No 1, 2010, s. 145-168.
- GHAFFARI, Peyman; “*Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*”, *The Journal of World Investment&Trade*, Vol 12, 2011, sy. 603-628.
- GIVEN, John P.; “*Malaysia Historical Salvors Sdn., Bhd. v. Malaysia: An End to the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitrations*”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol 31, Issue 3-4, 2009, sy. 467-500.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 2. Bs., Beta Yayınları, 2013.
- GRABOWSKI, Alex; “*The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*”, *Chicago Journal of International Law*, Vol 15, No 1, 2014, sy. 289-309.
- HAMIDA, Walid Ben; “*Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control-Ad Hoc Committee’s Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*”, *Journal of International Arbitration*, Vol 24, Issue 3, 2007, s. 287-306.
- HWANG, Michael; “*Recent Developments in Defining Investment*”, *ICSID Review*, Vol 25, No 1, 2010, s. 21-25.
- JEZEWSKI, Marek; *There Is No Freedom Without Solidarity: Towards A New Definition of Investment in International Economic Law*, *Society of International Economic Law*, Working Paper No 51/08, Inaugural Conference, Geneva, July 15-17 2008.

- JOHANNSEN, Sven Leif Erik; “*Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID-Konvention*”, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Christian Tietje/Gerhard Kraft (edt.), Heft 87, 2009, sy. 1-34.
- JUNG ENGFELT, Helena; “*Should ICSID Go Gangnam Style in Light of Non-Traditional Foreign Investments Including Those Spurred on by Social Media? Applying an Industry-specific Lens to the Salini Test to Determine Article 25 Jurisdiction*”, Berkeley Journal of International Law, Vol 32, Issue 1, 2014, sy. 44-63.
- LEGUM, Barton; “*Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?*”, Making The Most Of International Investment Agreement: A Common Agenda, Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCATD, 2005, s. 1-6.
- LEVESQUE, Celine; “*Case Comment: Abaclat and Others v. Argentina Republic: The Definition of Investment*”, ICSID Review, Vol 27, No 2, 2012, sy. 247-254.
- MANCIAUX, Sebastien; “*The Notion of Investment: New Controversies*”, The Journal of World Investment & Trade, Vol 9, Issue 6, 2008, sy. 1-24.
- MARTIN, Antoine; “*Definition of ‘Investment’: Could a Persistent Objector to the Salini Tests be Found in ICSID Arbitral Practice?*”, Global Jurist, Vol 11, Issue 2, 2011, s. 1-19.
- MBENGUE, Makane Moise; “*Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties)*”, ICSID Review, Vol 31, No 2, 2016, s. 388-412.
- MORTENSON, Julian Davis; “*Case Comment: Quiborax SA et al v Plurinational State of Bolivia, The Uneasy Role of Precedent in Defining Investment*”, ICSID Review, Vol 28, No 2, 2013, sy. 259 (Quiborax).
- MORTENSON, Julian Davis; “*The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law*”, Harvard International Law Journal, Vol 51, No 1, 2010, sy. 257-318 (Investment).
- NALÇACIOĞLU ERDEN, Zeynep H.; *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- NEWCOMBE, Andrew/PARADELL, Lluís; *Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009.

NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli; *Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar*, Cilt II, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

PAZARCI, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk*, gözden geçirilmiş 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

PELLET, Alain; “*The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*”, ICSID Review, Vol 28, No 2, 2013, sy. 223-240.

ROSENFELD, Friedrich; “*Bridging the Gap between Investment and Commercial Arbitration*”, Global Fellows Forum, New York University School of Law, New York, 2014.

SCHEURER, Christoph H./MALINTOPPI, Loratta/REINISCH, August/SINCLAIR, Anthony; *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Ed., Cambridge University Press, 2009.

SCHREUER, Christoph; “*Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration*”, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on., Brill, 2010, sy. 129-152.

SEROZAN, Rona; “*Hukukta Yöntem*”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8 (Özel Sayı), 2013, 2423-2440.

SHANY, Yuval; “*Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*”, The American Journal of International Law, Vol 99, No 4, 2005, sy. 835-851.

SHIHATA, İbrahim F. I.; “*Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol 1, Issue 1, 1986, sy. 1-25.

SORNARAJAH, M.; “*Portfolio Investments and the Definition of Investment*”, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol 24, Issue 2, 2009, sy. 516-520 (*Portfolio Investment*).

SORNARAJAH, M.; *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, s. 309 (*Foreign Investment*).

- STERN, Brigitte; “*The Contours of the Notion of Protected Investment*”, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol 24, No 2, 2009, sy. 534-551.
- SUR, Melda; *Uluslararası Hukukun Esasları*, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu; “*Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye’nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı*”, TBB Dergisi, S. 107, 2013, sy. 143-172.
- TIMMER, Laurens J.E.; “*The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre*”, Journal Of International Arbitration, Vol 29, No 4, 2012, sy. 363-373.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayındarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.
- VARGIU, Paolo; “*Beyond Hallmarks and Formal Requirements: a ‘Jurisprudence Constante’ on the Notion of Investment in the ICSID Convention*”, The Journal of World Investment&Trade, Vol 10, 2009, sy. 753-768.
- VILLIGER, Mark E.; *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus NIJHOFF Publischers, Leiden, Boston, 2009.
- WAIBEL, Michael; “*Opening Pandora’s Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*”, The American Journal Of International Law, Vol 101, 2007, 711-759.
- WEINIGER, Matthew/KANTOR, Elizabeth; “*Case Comment: KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan: Ratione Personae and Ratione Materiae*”, ICSID Review, Vol 30, No 3, 2015, sy. 533-538.
- YACKEE, Jason Webb; “*The First Investor-State Arbitration*”, University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series, Paper No 1375, 2015.
- YALA, Farouk; “*The Notion of ‘Investment’ in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?*”, Journal of International Arbitration, Vol 22, No 2, 2005, sy. 105-126.
- YIJUN TIAN, George; “*Current Issues of Cross-Border Personal Data Protection in the Context of Cloud Computing and Trans-Pacific Partnership Agreement: Join or Withdraw*”, Wisconsin International Law Journal, Vol. 34, No. 2, 2016, sy. 367-408.

YILMAZ, İlhan; *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul, 2004.

ZIVKOVIC, Velidemir; “*Recognition of Contracts As Investments in International Investment Arbitration*” , European Journal of Legal Studies, Vol 5, No 1, 2012, sy. 174-194.

### **İncelenen Davalar (Alfabetik Sıra ile)/Reviewed Cases (In Alphabetical Order)**

Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelö Zrt. v. The Republic of Hungary, Award, ICSID Case No. ARB/12/3, 14.04.2015.

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, Award, ICSID Case No ARB/08/2, 18.5.2010.

Bayındır İnfaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/29, 14.11.2005.

Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania, Award, ICSID Case No ARB/05/22, 24.07.2008.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/4, 24.05.1999.

Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary, Award, ICSID Case No. ARB/12/2, 16.04.2014.

Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/96/3, 11.08.1997.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, Award, ICSID Case No ARB/03/25, 16.08.2007.

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, Award, ICSID Case No ARB/09/11, 01.11.2010.

Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/19, 17.10.2006.

Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/04/13, 16.06.2006.

Joy Mining Machinery Limited v. The Arabic Republic of Egypt, Award on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/11, 06.08.2004.

KT Asia Investment Group BV v. Republic of Kazakhstan, Award, ICSID Case No ARB/09/8, 17.10.2013.

Lanco International Inc. v. The Argentine Republic, Preliminary Decision: Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, ICSID Case No ARB/97/6, 8.11.1998.

Malaysian Historical Salvors SDB, BHD v. The Government of Malaysia, Award on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/10, 17.05.2007.

Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia, Decision on the Application for Annulment, ICSID Case No ARB/05/10, 16.04.2009.

Mr. Patrick Mitchell, The Democratic Republic of Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No ARB/99/7, 01.11.2006.

Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, Award, ICSID Case No ARB/06/5, 15.04.2009.

Postova Banka A.S. and Istrokapital SE v. The Hellenic Republic, Award, ICSID Case No ARB/13/8, 09.04.2015,

PSEG Global Inc., The North American Coal Coproration, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/5, 04.06.2004.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/06/2, 27.09.2012.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Award, ICSID Case No ARB/00/4, 31.07.2001.

Sapiem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh, Award, ICSID Case No ARB/05/7, 30.6.2009.

Sapiem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, ICSID Case No ARB/05/07, 21.03.2007.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, Decision On Jurisdiction, ICSID Case No ARB/07/12, 11.09.2009.