

## Uluslararası Yatırım Tahkiminde Dava Hakkının Kötüye Kullanılması ve Cascade v Türkiye ICSID Kararının Değerlendirilmesi

### *Abuse of Process in International Investment Arbitration and Evaluation of Cascade v Türkiye ICSID Award*

Ahmet Dülger<sup>ID</sup>

İstanbul Medeniyet Üniversitesi,  
İstanbul, Türkiye,  
ahmetdulger3@gmail.com



**Öz:** Uluslararası yatırım tahkimi genellikle devletler arasında yapılmış yatırımların teşviki ve korunması anlaşmalarının (YKTK) kabul ettiği usulde yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında gerçekleşir. Bu davalar ad hoc olabileceği gibi ICSID, PCA gibi kurumsal tahkim merkezleri nezdinde de görülebilir. YKTK anlaşmalarının gerektirdiği şartları sağlamayan yatırım ve yatırımcılar bu anlaşmalardaki esas ve usule dair yabancı yatırımın korunmasına dair hükümlerden faydalanamazlar. Ancak, yerli bir yatırımcının yalnızca YKTK anlaşmalarındaki uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla görünüşte bir yabancı yatırımcı olduğu ve uluslararası yatırım yaptığı izlenimi oluşturması mümkündür. Yerli yatırımdaki hisselerin muvazaalı olarak yabancı kişilere devredilmesi, gerçek bir yatırım maksadıyla yapılmayan ev sahibi ülkeye yönelik para transferleri gibi birçok yöntemle bu izlenim oluşturulabilir. Ancak bunun uluslararası yatırım tahkiminde dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmesi nedeniyle hakemlerin yetkisinin doğması engellenebilir. Böylece, YKTK Anlaşmaları ve ICSID Konvansiyonu gibi anlaşmalarla kendisine koruma sağlanması amaçlanmayan yatırımların uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanması engellenmiş olabilir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu davalardan biri olarak Cascade v Türkiye ICSID davasında Hakem Heyeti Davacının gerçek bir yabancı yatırımcı olmadığından bahisle dava hakkının kötüye kullanılması tespitinde bulunarak davayı yetki yönünden reddetmiştir. Yerli yatırımcının kendisine yönelik bir devlet müdahalesini öngörebilecek durumda olmasının akabinde Cascade'ın yatırımı devralması ve Türkiye'de yatırım teşkil edecek işlemler yapmasının ICSID tahkimine yönelik hakemlere geçerli bir yetki vermediği kabul edilmiştir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının yalnızca yeniden yapılandırma hallerinde değil, şirket hisselerini devralma halinde dahi söz konusu olabileceği kararda belirtilmiştir. Makalemizde Cascade v Türkiye kararı dahil birçok uluslararası yatırım tahkimi kararı incelenerek dava hakkının kötüye kullanılması bağlamında öngörülebilirlik dahil meselelerin unsurları değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yatırım, Tahkim, ICSID, Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Geliş Tarihi/Received: 02.11.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 15.01.2025  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
07.02.2025

**Abstract:** International investment arbitration usually takes place between the foreign investor and the host state, according to the BITs. These cases may be ad hoc or before arbitration centers such as ICSID, PCA. Investors who do not meet the requirements of the BITs cannot benefit from the foreign investment protection provisions. It is possible for a domestic investor to create the appearance of the existence of an international investment for the sole purpose of benefiting from BITs and ICSID. Since this constitutes an abuse of process in international investment arbitration, the jurisdiction of the arbitrators may be declined. Investments that are not intended to be protected by the BITs and the ICSID Convention may be prevented from benefiting from these agreements. In Cascade v. Türkiye ICSID case, the Arbitral Tribunal dismissed the case on jurisdictional grounds, finding that the Claimant was not a genuine foreign investor. It was held that the fact that Cascade took over the investment and carried out transactions that may constitute an investment in Türkiye after the domestic investor was in a position to foresee a state intervention against it did not fulfill the jurisdiction requirements for ICSID arbitration. It is stated in the decision that the abuse of process may be in question not only in cases of restructuring, but also in cases of acquisition. This article analyzes many international investment arbitration decisions, including the Cascade decision, and evaluates the elements of the issues, including foreseeability, in the context of abuse of process.

**Keywords:** Investment, Arbitration, ICSID, Abuse of Process, Bilateral Investment Treaty

## Extended Abstract

The subject of this Article is the abuse of process in international investment arbitration and its features which are evaluated by the legal academia as well as investment tribunals. The decision in *Cascade v the Republic of Türkiye* arbitration case, which involves many issues related to the abuse of process, reveals many of these features. The concept of “abuse of process” occurs when a local investor tries to restructure their investment as an international one in order to utilize Bilateral Investment Treaty (BIT) and/or International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitration processes to combat intervention by the host state into the investment. In order to prevent such actions from circumventing the law, the abuse of process doctrine allows for declining jurisdiction in international investment arbitration cases.

*Cascade Investments NV* (“*Cascade*”), a Belgian company, filed a claim against the Republic of Türkiye before ICSID in 2018. The Arbitral Tribunal in this case issued its award on September 20, 2021. The importance of this case lies in the fact that it is the first case brought against Türkiye in terms of investments in the press sector, and that it also contains important findings in terms of the genuineness of international investment in the context of abuse of process.

*Cascade*, claiming to have international investments in the media sector in Türkiye, claimed EUR 126,060,000, excluding interest, based on Türkiye’s BIT with Belgium and Luxembourg. It alleged that Türkiye had breached the terms of BIT. *Cascade*'s shareholding in the Turkish companies, *CMD* and *Feza*, formed the basis of its claims as a foreign investor. In response, the Arbitral Tribunal rejected *Cascade*'s claims on the grounds that it lacked jurisdiction over the dispute. The decision was made because *Cascade*'s investments were not genuine foreign investments. Even though *CMD* and/or *Cascade* did not actually foresee the dispute with the Turkish state, it was objectively foreseeable. As a result, the Claimant's case was considered to be done only for protection under the BIT and, thus, an abuse of process.

This Article critically analyzes the methodology and reasoning used by the arbitral tribunals, including the Arbitral Tribunal in *Cascade* case, within the framework of abuse of process in international investment arbitration. The fact that the main remarkable feature of the *Cascade* award is the abuse of process is the reason for our focus on this award. Various aspects of the cases on jurisdiction are also presented. However, other aspects of jurisdiction will be addressed only to the extent of their relevance to abuse of process. The substantive aspects of the cases are addressed only to the extent that they are relevant.

The main question we seek to answer is what conditions must be met for an investment to benefit from BIT protection without constituting an abuse of process. The provisions in BITs defining investment and investor are important in this context. For a genuine foreign investment to exist, the commercial transaction must be examined in terms of person and time. Thus, it is ensured that the principle of abuse of rights (*bona fide*) is taken into account while examining the compliance of the investment with the BIT.

In the first section, the background of the *Cascade* case and the decision will be summarized. Some of the transactions that took place in the case and the claims and defenses of the parties will be examined in this section within the framework of their relevance to our subject matter. In addition, the issues evaluated in this Article within the scope of abuse of process will also be indicated. In the second section, as the first of these issues, what constitutes an investment within the framework of the doctrine of abuse of process will be evaluated. This section will examine the characteristics of an investment protected by international treaties and how they are addressed in international investment arbitration jurisprudence. The timing of the investment and the state intervention under the doctrine of abuse of process will be analyzed in the third and fourth sections. In these sections, it will be analyzed how the

situation where the intervention has already commenced and the situation where it has not yet commenced but is foreseeable affects the abuse of process. The fourth section will also examine what, and to what extent, the investor should be expected to foresee the intervention by the state it seeks to avoid. The Arbitral Tribunal's decision in Cascade and its assessment of jurisdiction and, in particular, the abuse of process will be set out in each section. The assessments made by arbitral tribunals in other cases in international investment arbitration on each issue will also be analyzed throughout the Article.

## Giriş

Uluslararası yatırım tahkimi bakımından dava hakkının kötüye kullanılmasının<sup>1</sup> hakemlerin yetkisiyle ilişkisi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Hakem heyetlerinin yetkisine etkisi bulunan dava hakkının kötüye kullanılması ve bununla ilgili birçok meseleyi içeren Cascade v Türkiye Cumhuriyeti<sup>2</sup> ICSID davası da çalışmamızın temelinde yer almaktadır.

Belçika tabiiyetindeki bir şirket olan Cascade Investments NV ("Cascade") tarafından Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı 2018 yılında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Uluslararası Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes / "ICSID") nezdinde açılmış olan bu davada Hakem Heyeti 20 Eylül 2021 tarihinde kararını açıklamıştır. Bu davanın önemi basın sektörünü ilgilendiren yatırımlar açısından Türkiye'ye karşı açılmış ilk dava olmasının yanında dava hakkının kötüye kullanılması bağlamında uluslararası yatırımın gerçekliği bakımından temel kriterler içeren saptamalar içermesindedir.

Basın sektöründe iştigal eden yatırımları olduğu iddiasında bulunan Cascade, faiz hariç 126,060,000 Euro talep ettiği davasında Türkiye'nin Belçika ve Lüksemburg ile yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmasına<sup>3</sup> (Bilateral Investment Treaty / "BIT" veya "YKTK Anlaşması") dayanarak Türkiye'nin bu anlaşmadaki hükümleri ihlal ettiğini iddia etmiştir.<sup>4</sup> Cascade'ın Türkiye tabiiyetindeki Cihan Medya Dağıtım A.Ş. ("CMD") ve Feza Gazetecilik A.Ş.'de ("Feza") hissedar olması yabancı yatırımcı olarak iddialarının temelini oluşturmaktadır. Buna karşılık, Hakem Heyeti, Cascade'ın davaya konu taleplerini söz konusu uyuşmazlık bakımından yetkili olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Cascade'ın dava hakkını kötüye kullanması bunun nedeni olarak belirtilmiştir. Cascade'ın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eden işlemleri, CMD ve Feza dahil yerli yatırımcıların Türkiye Cumhuriyeti Devleti ("Devlet") ile aralarındaki uyuşmazlıkla bağlantılıdır. Bu uyuşmazlık neticesinde yerli yatırımların yabancı yatırım görünümüne sokulması amaçlanmıştır. Böylece, YKTK Anlaşması ve Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme<sup>5</sup> (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States / "ICSID Konvansiyonu") korumasından faydalanılabilecektir. Bu da hakem heyetinin dava hakkının kötüye kullanılması nedeniyle yetkisizlik kararı vermesine neden olmuştur.

Çalışmamız uluslararası yatırım tahkiminde dava hakkının kötüye kullanılması çerçevesinde özel olarak Cascade v Türkiye kararında Hakem Heyeti'nin bu sonuca ulaşırken kullandığı metodolojiyi ve gerekçeyi

<sup>1</sup> "Dava hakkının kötüye kullanılması" olarak ifade ettiğimiz durum İngilizce'de genelde "abuse of process" olarak belirtilmektedir. "Sürecin kötüye kullanılması", "suistimal" veya "istismar" ifadeleri de alternatif olarak düşünülebilir. Fakat, uluslararası yatırım tahkiminin sağladığı dava hakkına aslında sahip olmaması gereken kişilerce kötü niyetli olarak gerçekleştirilen işlemler neticesinde açılan davaların "dava hakkının kötüye kullanılması" ifadesiyle en doğru şekilde ifade edilebiliyor olması bu ifadeyi seçmemizde etkili olmuştur. Doktrinde benzer durumlar için "tahkim yargılaması usulünün suiistimali" ifadesi de kullanılmaktadır. Bunun için bkz. Ekin Deniz İlhan, *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024), 28.

<sup>2</sup> Cascade Investments NV v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/18/4, Karar, 20 Eylül 2021 ("Cascade v Türkiye").

<sup>3</sup> 27 Ağustos 1986 imzalanarak 4 Mayıs 1990'da yürürlüğe giren bu Anlaşmanın tam adı Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'dır. RG 20.04.1989/20145.

<sup>4</sup> Cascade v Türkiye, para. 166.

<sup>5</sup> ICSID Konvansiyonu Türkiye bakımından 02.04.1989'da yürürlüğe girmiş bir uluslararası anlaşmadır. Bkz. RG 20.04.1988/19791.

eleştirel bir şekilde analiz etmekte, yetkiye dair davanın çeşitli yönlerini ortaya koymaktadır. Davanın esasa dair yönlerine ise yalnızca konumuz ile ilgileri nispetinde değinilmiştir.

Cevabını aradığımız temel soru yabancı yatırımın YKTK Anlaşması korumasından yararlanabilmesi için hakem heyetinin yetkisi bakımından, dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmeden, hangi şartları sağlaması gerektiğidir. YKTK Anlaşmalarındaki yatırım ve yatırımcıyı tanımlayan hükümler bu kapsamda önem arz eder. Gerçek bir yabancı yatırımın var olması için ticari işlemin kişi ve zaman yönünden incelenmesi gerekir. Böylece yatırımın YKTK Anlaşması ile uyumluluğu incelenirken hakkın kötüye kullanılması ilkesinin (bona fide)<sup>6</sup> dikkate alınması sağlanmış olur.

Çalışmamızda hem diğer uluslararası yatırım tahkimi davalarındaki hakem heyetlerinin hem de Cascade v Türkiye davasındaki hakem heyetinin kendi yetkilerine yönelik dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında verdikleri kararlar açıklanacaktır. Yetkinin dava hakkının kötüye kullanılması dışındaki diğer hususlarına yalnızca konumuz ile ilgileri nispetinde değinilecektir. Cascade v Türkiye kararının asıl içeriğinin ve hakem heyetinin yetki açısından vardığı sonucun temel dayanağının dava hakkının kötüye kullanılması olması bu hususa odaklanmamızın sebebi olup yetki incelememiz açısından yeterli bir değerlendirmeyi sunmamıza olanak sağlamıştır.

İlk bölümde, kavram olarak dava hakkının kötüye kullanılmasının genel özellikleri ve bu kavramın hakem heyetlerinin yetkisi ile olan ilişkisi değerlendirilmiştir. Genel olarak Cascade v Türkiye kararına konu olayın geçmişi ve karar da özetlenecektir. Davada gerçekleşen bazı işlemler ile tarafların iddia ve savunmaları konumuzla ilgileri çerçevesinde bu bölümde incelenecektir. Ayrıca, dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında çalışmamızda değerlendirilen meseleler de belirtilecektir. İkinci bölümde dava hakkının kötüye kullanımı teşkil eden yatırım işlemlerinin özellikleri incelenmiştir. Bu özelliklerden ilki olarak dava hakkının kötüye kullanılması doktrini çerçevesinde yatırımın neler olduğu değerlendirilecektir. Uluslararası anlaşmalar tarafından korunan bir yatırımın özellikleri ve bunun uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında nasıl ele alındığı incelenecektir. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininde yatırımın ve devletin müdahalesinin zamanı bakımından değerlendirmeler ise üçüncü ve dördüncü özelliklerin incelendiği başlıklar altında yapılacaktır. Yatırıma müdahalenin halihazırda başlamış olduğu hal ile henüz başlamadığı fakat öngörülebilir olduğu halin dava hakkının kötüye kullanılması bakımından nasıl bir etki yaptığı burada değerlendirilecektir. Ayrıca, yatırımcının kaçınmaya çalıştığı devletin müdahalesiyle ilgili neyi, ne kadar öngörmesinin bekleneceği de incelenecektir. ICSID hakem heyetinin Cascade v Türkiye davasında verdiği kararın yetki ve özellikle tahkim davasının kötüye kullanılması hakkındaki değerlendirmeleri her bir bölümde ortaya konulacaktır. Uluslararası yatırım tahkimindeki diğer davalarda hakem heyetleri tarafından her bir konuda yapılan değerlendirmeler de çalışmamızın tamamında incelenecektir.

## **I. Kavram Olarak Dava Hakkının Kötüye Kullanılması ve Yetki ile İlişkisi**

### **A. Genel olarak**

ICSID nezdinde açılan uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetlerinin yargılamayı gerçekleştirip geçerli bir nihai karar verebilmesi için hem ICSID Konvansiyonu'nun hem de yargılamaya konu anlaşmaların yetkiye dair hükümlerinin şartlarının sağlanmış olması gerekir.<sup>7</sup> Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin incelenebilmesi için bu şartlara genel olarak değinmekte fayda vardır.

<sup>6</sup> Emmanuel Gaillard, "Abuse of Process in International Arbitration", *ICSID Review* (2017), 19; Julien Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), 126; İsmail Emrah Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği* (Kayseri: Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020), 226.

<sup>7</sup> Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 200; Miray Azaklı Köse- Melis Avşar, "Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler", *Public and Private International Law Bulletin* 41/2 (2021), 616; Mate Khvedelidze, "Criteria for Determining the Affiliation of a Foreign Investor to a Particular State in an Investment Arbitration Dispute", *Alternative Dispute Resolution Yearbook* 12/1 (2023), 102.



ICSID tahkimi nezdindeki davalarda hakem heyetlerinin geçerli olarak yetkiye sahip olabilmesi için çeşitli şartların sağlanması olması gerekir. Bu şartlar ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir:

“Merkezin yargı yetkisi, bir Âkit Devlet (veya bir Âkit Devletin Merkeze bildirilen herhangi bir organı veya kurumu) ile diğer bir Âkit Devletin vatandaşı arasında doğrudan bir yatırımdan kaynaklanan ve uyuşmazlığın taraflarının Merkeze getirilmesine yazılı olarak rıza gösterdiği her türlü hukuki uyuşmazlığı kapsar.”

ICSID'in yargı yetkisi, ICSID Konvansiyonu'na taraf bir devlet ile yine buna taraf olan başka bir devletin vatandaşı arasında hukuki nitelikte bir yatırım uyuşmazlığı olmasını gerektirir.<sup>8</sup> Buna ek olarak, uyuşmazlığın iki tarafının (ev sahibi devlet ve yatırımcı) ICSID'in yargı yetkisine rıza göstermiş olması gerekmektedir.<sup>9</sup>

“Diğer bir Âkit Devletin vatandaşı” ifadesi ise aynı maddenin 2. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, ICSID nezdindeki davada hakem heyetinin bir yatırım uyuşmazlığını yargılama konusunda yetkiye sahip olabilmesi için yatırımcının ev sahibi devlet dışında bir devletin vatandaşı olması gerekir. Yatırımcının vatandaşı olduğu bu devletin ICSID Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet olması da şarttır. Yatırımcının bu vatandaşlığının hem uyuşmazlığın taraflarının ICSID tahkimine rıza gösterdiği tarihte hem de tahkim talebinin kaydedildiği tarihte geçerli olarak var olması gerekmektedir.

ICSID nezdindeki tahkim davalarında hakem heyetlerinin yetkisi yalnızca yabancı yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı taleplerini içeren yatırım uyuşmazlıkları ile sınırlıdır. Yatırım kavramı bu denli önemli olmasına rağmen ICSID Konvansiyonu'nda yatırım tanımı yapılmamıştır.<sup>10</sup> Bu nedenle birçok ICSID tahkimi davasında hakem heyetleri çeşitli görüşler çerçevesinde yatırımın tanımına yönelik değerlendirmeler yapmış ve kararlarını oluşturmuşlardır.<sup>11</sup> Özet olarak, bir yatırımın, riske maruz kalarak bir süre için para veya diğer varlıklar şeklinde ev sahibi devletin kalkınmasına yardımcı olmayı

<sup>8</sup> Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 284-285; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (İstanbul: Beta Yayınları, 7. Basım, 2019), 580-581; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 881; Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003), 148-149; Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005), 205; Banu Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 48-49; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 20; Miray Azaklı Köse, *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 176.

<sup>9</sup> Rudolf Dolzer - Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2. Basım, 2012), 238-239; Lucy Reed vd., *Guide to ICSID Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004), 14; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 609; Yusuf Çalışkan, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, *Tuğrul Arat'a Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 135; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2021) 60/63; Burak Terzi, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 96; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 100; Yasemin Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı”, *Public and Private International Law Bulletin*, 29(1-2), 2009, 37-38.

<sup>10</sup> Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 114; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 885.

<sup>11</sup> Nigel Blackaby vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 6. Basım, 2015), 456; Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012), 421; Bilgin Tiryakioğlu, “Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki”, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı*, ed. Ceyda Süral Efeçinar vd. (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2018), 14; Çalışkan, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu”, 137-138; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 179; Aydoğmuş, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı”, 38; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 94-96; Azaklı Köse - Avşar, “Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler”, 612-613; Melis Avşar, “ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı”, *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 37/2 (2017), 179. Ayrıca Örnek bazı kararlar için bkz. Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v Fas Krallığı, ICSID Dava No ARB/00/4, Yetki Hakkında Karar, 23 Temmuz 2001 (“Salini v Fas”); Fedax N.V v Venezuela Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/96/3, Karar, 9 Mart 1998.

içerdiği ifade edilmektedir.<sup>12</sup> Buna göre, bir emtia satış sözleşmesinin, daha fazlası olmaksızın, ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesi kapsamında bir yatırım olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilebilir.

ICSID nezdindeki uluslararası yatırım uyuşmazlıkları ICSID tahkimini uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirleyen hükümler içeren sözleşmeler veya iki taraflı yatırım anlaşmaları uyarınca ortaya çıkar.<sup>13</sup> Genel olarak tahkim hukukunda olduğu gibi ICSID tahkimi de yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet tarafından ICSID tahkimine rıza gösterilmesi halinde mümkündür. Bu rıza genellikle ya bir yatırım sözleşmesinde yer alan bir tahkim şartı ya da bir yabancı yatırım kanunu, bir YKTK anlaşması veya başka bir anlaşmada verilen bir rıza şeklindedir.

ICSID nezdinde gerçekleşen uluslararası yatırım tahkimi davalarında yargılamaya konu olan anlaşmalar YKTK olabileceği gibi, şartları mevcutsa, uyuşmazlığın tarafları arasındaki diğer sözleşmeler de olabilir. YKTK anlaşması haricindeki devlet ile yatırımcı arasındaki diğer sözleşmelerde tahkim davasının açılması için öncelikle arabuluculuğa başvurulması, belirli bir süre tarafların uzlaşmak için görüşmeler yapması gibi çeşitli şartlar bulunabilir.<sup>14</sup> Bu sözleşmelerdeki şartlar taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir. Bu şartlara uygun olarak gerekli usulî işlemler yapıldıktan sonra ICSID tahkiminin başlatılması mümkün olur.

YKTK anlaşmaları bakımından ise, genel olarak, yetkiye dair şartlar ICSID Konvansiyonu'ndakilere benzer düzenlemeler içermektedir.<sup>15</sup> YKTK anlaşmalarının büyük çoğunluğu uluslararası yatırım tahkimine atıfta bulunan hükümler içermektedir.<sup>16</sup> Tahkime gidilmesi için ilk şart olan rıza da taraf devletler bakımından YKTK anlaşmalarındaki yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin maddelerle sağlanmaktadır. Böylece, her bir âkit tarafın tahkime açıkça rıza gösterdiği beyan edilmiş olmaktadır.<sup>17</sup> Bu maddeler aynı zamanda diğer âkit devletin yatırımcılarına yönelik bir tahkim anlaşması yapılması teklifidir. Söz konusu yabancı yatırımcı tarafından tahkim davası başlatılmak üzere başvuru yapıldığı takdirde de bu teklif kabul edilerek tahkimin rıza şartı yerine getirilmiş olmaktadır.<sup>18</sup>

YKTK anlaşmalarındaki yetkiye dair bir diğer husus ise nelerin yatırım ve yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edildiğidir. Çoğu YKTK anlaşması yatırımı tanımlayan "taşınır ve taşınmaz malvarlıkları", "hisse senetleri" ve "malvarlığı değerleri" gibi birçok faaliyet ve girişimi içine alabilecek geniş ifadeler ve birkaç açıklayıcı kategori içerir.<sup>19</sup> Mesela, şirket hisselerinin veya borçlanma senetlerinin alınması gibi finansal

<sup>12</sup> Christoph Schreuer vd. *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge: Cambridge University Press, 2. Basım, 2009), 128-134; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 421; Blackaby vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 456; Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, 167; Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, 151; Avşar, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", 199. Salini v Fas, davasında bu ifade edilmiştir. Bkz. Salini v Fas, para. 43,58.

<sup>13</sup> Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 33.

<sup>14</sup> Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 111.

<sup>15</sup> Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 420.

<sup>16</sup> Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 258; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 874.

<sup>17</sup> Reed vd., *Guide to ICSID Arbitration*, 38-39.

<sup>18</sup> Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 416; Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011), 176; İnci Ataman-Figanmeşe, "Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Public and Private International Law Bulletin* 31/1 (2012), 107.

<sup>19</sup> Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 63; Schreuer vd. *The ICSID Convention: A Commentary*, 122-125; Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 3. Basım, 2010), 190-191; Born, *International Arbitration: Law and Practice*, 426; Blackaby vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 452; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 605; Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 2-3; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 184-185; Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, 163; Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, 40; Avşar, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", 183. Mesela, Birleşik Krallık - Şili YKTK Anlaşması madde 1(1)(a) bu bakımdan örnek verilebilir: "Bu Anlaşmanın amaçları doğrultusunda: (a) "yatırım" her türlü varlık anlamına gelir ve münhasıran olmasa da özellikle aşağıdakileri içerir: (i) taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, rehin veya haciz gibi diğer mülkiyet hakları; (ii) bir şirketin hisseleri, borsadaki hisse senetleri ve tahviller ile bir şirkete diğer her türlü katılım; (iii) para veya mali değeri olan bir sözleşme kapsamındaki herhangi

yatırımlar da genellikle yatırım teşkil edecektir.<sup>20</sup> Uluslararası yatırım tahkimi davası açarak söz konusu YKTK anlaşmasına dayanan yabancı yatırımcının bu hükümler çerçevesinde korunan bir yatırım yaptığını kanıtlaması gerekir.<sup>21</sup>

Dava hakkının kötüye kullanılması iddiaları değerlendirilirken yukarıda sayılan yetkiye ilişkin şartların bazılarının mevcut olabileceğinin unutulmaması gerekir. Bir başka deyişle, ICSID Konvansiyonu veya YKTK anlaşmalarındaki yetkiye dair şartların bazıları veya tamamı gerçekleşmiş olsa dahi ICSID nezdinde açılan davanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmesi mümkündür. Ancak, dava hakkının kötüye kullanılması durumunda yetkiye dair şartlardan özellikle yabancı yatırım ve yatırımcı olması şartlarının bazılarının veya tüm unsurlarının sakatlanmış olması söz konusudur. Bu nedenle, dava hakkının kötüye kullanılmasına dair unsurların ayrıca ve özellikle incelenmesi gerekir.

Bu incelemeyi yaparken belirtmek gerekir ki dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin üzerinde uzlaşmış özellikleri bulunmamaktadır. Öğretide ve hakem kararlarında birçok farklı özellik dava hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir. Öyle ki, çalışmamızda dava hakkının kötüye kullanılması olarak ifade ettiğimiz durum “şirketlerin taşınması”<sup>22</sup>, “tabiiyet planlaması”<sup>23</sup>, “jurisdiction shopping”<sup>24</sup>, “treaty shopping”<sup>25</sup>, “round tripping”<sup>26</sup> gibi farklı isimlerle de anılabilmektedir. Ancak, uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak yegâne amacıyla aslında gerçek olmayan<sup>27</sup> bir yatırımın söz konusu olduğu bu durumu en iyi izah eden kavramın “dava hakkının kötüye kullanılması” olduğu düşünüldüğünden bu ifade tercih edilmiştir.<sup>28</sup>

Farklı isimlendirmeler bulunmasının nedenlerinden biri uluslararası yatırım tahkimi koruması elde etmek için yapılan işlemlerin, geliştirilen stratejilerin her olayda farklı şekilde olabilmesidir.<sup>29</sup> Bu da her olayın özelliklerine uygun başka bir isimlendirmenin yapılabilmesini sağlamaktadır. Ayrıca, her bir uluslararası yatırım olayının özellikleri farklı olacağı gibi yatırımcı ile devletin ilişkileri de kendine özgü önlemleri ve işlemleri gerektirebilir. Bu nedenlerle dava hakkının kötüye kullanılmasının özelliklerinin sınırlı bir listesini de yapmak zordur.

Birçok farklı olayda yapılan işlemleri ve stratejileri göz önüne aldığımızda dava hakkının kötüye kullanılmasının uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla yerli yatırımcının yanında veya onun yerine bir yabancı yatırımcının konumlandırılmasından ibaret olduğunu belirtmek mümkündür. Bunun için asıl yatırımcının şirket olduğu durumda uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak üzere bağlı şirketler kurulması söz konusu olabilir.<sup>30</sup> Paravan şirket (shell

---

bir edime ilişkin talepler; (iv) fikri mülkiyet hakları, teknik süreçler ve know-how; (v) doğal kaynakları arama, çıkarma veya işletme imtiyazları da dahil olmak üzere, kanunla veya sözleşmeyle verilen ticari imtiyazlar.”

<sup>20</sup> Yeşilirmak, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 168. Ayrıca, mesela, Amerika Birleşik Devletleri’nin ‘bir yatırımı, hisse senetlerini ve bir işletmedeki diğer sermaye katılım biçimlerinin yanı sıra tahvilleri, borç senetlerini ve diğer borçlanma araçlarını ve kredileri’ içerecek şekilde tanımlayan 2012 tarihli güncel Model YKTK Anlaşması madde 1 buna örnektir.

<sup>21</sup> Reed vd., *Guide to ICSID Arbitration*, 44.

<sup>22</sup> “Migration of companies” veya “hülle” kavramlarıyla ifade edilen bu durumda yatırımcı, şirketi başka bir ülkeye taşımaktadır. Bkz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 327; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 270.

<sup>23</sup> Cascade v Türkiye, para. 335.

<sup>24</sup> Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 327.

<sup>25</sup> Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 242/270; İlhan, *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, 29-30.

<sup>26</sup> Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 328.

<sup>27</sup> Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 200/226; Khvedelidze, “Criteria for Determining the Affiliation of a Foreign Investor to a Particular State in an Investment Arbitration Dispute”, 106.

<sup>28</sup> Aynı yönde bkz. Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 16.

<sup>29</sup> Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 3; Thomas Walde, “Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, ed. Katia Yannaca-Small, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 163; Tiryakioğlu, “Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki”, 19.

<sup>30</sup> Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 3; Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, 46.

company)<sup>31</sup> olarak isimlendirilen bir durumda görünüşte yatırım yapan ve ev sahibi devletin ülkesinde yabancı yatırımcı olarak gözüken bir kişi varken amaç asıl yatırımcının gizlenmesidir.<sup>32</sup> Bir başka deyişle, asıl yatırımcı “alter ego”<sup>33</sup> olarak bulunmakta ve görünüşteki yabancı yatırımcıyı kontrol etmektedir.<sup>34</sup> Söz konusu yabancı yatırımcı tüzel kişi olduğu takdirde tüzel kişilik perdesinin aralanması neticesinde asıl dava ve yatırım sahibinin yerli yatırımcı olduğu ortaya çıkmaktadır.<sup>35</sup> Bir başka durumda ise yerli yatırımcının sermaye veya fonlarını kendi ülkesinden başka bir ülkeye transfer etmesinin akabinde bunları tekrar kendi ülkesine yabancı yatırım görüntüsü altında sokması söz konusu olabilir. Böylece uluslararası yatırım tahkimi korumasının yanı sıra yerli yatırımcının kendi devletin hukuku uyarınca yabancı yatırımcılara verilebilecek avantajlı muameleler de hedeflenir.<sup>36</sup>

Ayrıca, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin hangi prensipleri kaynak alarak var olduğunun değerlendirilmesi de gereklidir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının “hakkın kötüye kullanılması” yasağının kapsamında veya onun bir alt konusu olduğu ifade edilebilir.<sup>37</sup> Bu kabul edilecek olursa, tarafların uluslararası hukuk ve özellikle de uluslararası yatırım hukuku kapsamındaki iyi niyet<sup>38</sup> yükümlülükleriyle dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin ilişkili görülmesi mümkündür. Bazı hakem heyetleri dava hakkının kötüye kullanılmasını bu şekilde tanımlamıştır. Mesela, sektörel faaliyetlerin devlet tarafından millileştirilmesinden kaynaklı YKTK ihlali iddialarının ve bununla ilgili şirket yeniden yapılandırmasının olduğu Mobil Corporation v Venezuela davasında hakem heyeti, şu tespitleri yapmıştır:

“Tüm hukuk sistemlerinde (...) hukukun kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla çerçevesi çizilmiş kavramlar vardır. Bu bağlamda ‘good faith’ (iyiniyet), ‘detournement de pouvoir’ (gücün kötüye kullanılması) veya ‘abus de droit’ (hakkın kötüye kullanılması) kavramlarına atıfta bulunulabilir.”<sup>39</sup>

Bu konuda önemli değerlendirmelerin olduğu Phoenix v Çek Cumhuriyeti<sup>40</sup> davasında ise, Çek Cumhuriyeti hükümeti ile anlaşmazlığı olan bir Çek vatandaşı İsrail vatandaşlığına geçmiştir. Daha sonra Çek Cumhuriyeti’nde daha önce sahip olduğu şirketleri satın alarak Çek Cumhuriyeti-İsrail YKTK Anlaşması kapsamında uluslararası yatırım tahkimine başvurmuştur. Yetkisizlik kararı veren hakem heyeti, davacının yalnızca ICSID yargı yetkisine erişim sağlamak amacıyla kurulmuş bir tüzel kişilik

<sup>31</sup> Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 247; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 125.

<sup>32</sup> Mesela, Yukos Universal Ltd v Rusya Federasyonu davasında Rusya, davacının Enerji Şartı Anlaşması (ECT) kapsamında bir yatırımcı olarak nitelendirilmemesi gerektiğini, çünkü Rus vatandaşları tarafından sahip olunan ve kontrol edilen bir paravan şirket olduğunu savunmuştur. Bkz. Yukos Universal Limited v Rusya Federasyonu, PCA Dava No AA 227, Nihai Karar, 18 Temmuz 2014. Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti ICSID davasında da Uzan ailesi tarafından paravan şirketler ve kişiler kullanılarak Türkiye aleyhine ICSID tahkimine başvurulduğu davalı tarafından savunma olarak öne sürülmüştür. Bkz. Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/07/20, Karar, 14 Temmuz 2010 (“Saba Fakes v Türkiye”).

<sup>33</sup> Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması* (İstanbul: Beta Yayınları, 2. Basım, 2012), 11/43.

<sup>34</sup> Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 202.

<sup>35</sup> Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, 295; Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 246; Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 208-209; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 233; Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 19. Bu yönde karar örnekleri için bkz. Tokios Tokelos v Ukrayna, ICSID Dava No ARB/02/18, Yetki Hakkında Karar, 29 Nisan 2004, para. 21; Saluka Investments BV v Çek Cumhuriyeti, UNCITRAL PCA, Kısmi Karar, 17 Mart 2006, para. 241.

<sup>36</sup> Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 328.

<sup>37</sup> “Tabiiyetin gerçekliği” ilkesinin esas dayanağının hakkın kötüye kullanılması olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 113.

<sup>38</sup> Fourret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 126.

<sup>39</sup> Mobil Corporation ve diğerleri v Venezuela, ICSID Dava No ARB/07/27, Yetki Hakkında Karar, 10 Haziran 2010, para. 169-173 (“Mobil v Venezuela”). Hakem Heyeti, söz konusu yeniden yapılandırma gerçekleşikten sonra Venezuela tarafından alınan millileştirme tedbirlerine ilişkin uyuşmazlık hakkında yargı yetkisine sahip olduğuna, ancak yeniden yapılandırma öncesinde ortaya uyuşmazlıklara ilişkin talepler hakkında yargı yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. Ayrıca, Pac Rim Cayman LLC v El Salvador Cumhuriyeti davasındaki Hakem Heyeti de Mobil v Venezuela davasındaki bu yaklaşımı kabul ettiğini belirtmiştir. Bkz. Pac Rim Cayman LLC v El Salvador Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/09/12, Davalının Yetki İtirazları Hakkında Karar, para. 2.44 (“Pac Rim v El Salvador”).

<sup>40</sup> Phoenix Action LTD v Çek Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/06/5, Karar, 15 Nisan 2009 (“Phoenix v Çek Cumhuriyeti”).



olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti dava hakkının kötüye kullanılması hakkında şu açıklamaları yapmıştır:

“Hiç kimse anlaşmalarla tanınan hakları kötüye kullanamaz ve daha genel olarak, her hukuk kuralı kötüye kullanılmaması gerektiğine dair zımni bir hüküm içerir. (...) Uluslararası iyi niyet ilkesi (...) sadece buna uygun olarak yapılan ve sistemi kötüye kullanmaya teşebbüs etmeyen yatırımların korunmasını sağlamak için ICSID'in uluslararası tahkim mekanizmasına (...) [da uygulanır].”<sup>41</sup>

Son olarak, dava hakkının kötüye kullanılması olduğunun tespiti halinde bunun sonuçlarının neler olacağı da dikkate değerdir. Zira uluslararası yatırım tahkimi davasının dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder şekilde açıldığının hakem heyeti tarafından tespiti halinde bunun sonuçlarının, yani davaya etkisinin, ne olacağı hakkında farklı görüşler öne sürülebilir. Mesela; dava hakkının kötüye kullanılması söz konusu olduğunda hakem heyetinin yargılamayı gerçekeştirmek üzere yetkisinin bulunmadığının kabulü mü gerekir? Yoksa, hakem heyetinin yetkisi bulunmasına rağmen davayı reddetmek için hakem heyetinin bir dayanağa sahip olduğu mu kabul edilmelidir?

Bu konuda, Pac Rim davasında hakem heyeti dava hakkının kötüye kullanılmasının “hukuken teorik olarak, Hakem Heyeti'nin yargı yetkisinin varlığına bir engel olarak değil; daha ziyade, yargı yetkisinin var olduğunu varsayarak, bu yargı yetkisinin kullanılmasına bir engel teşkil ettiğini” öne sürmüştür. Bununla birlikte, “mevcut amaçlar doğrultusunda, bunun herhangi bir fark oluşturmayan bir ayrım olduğunu” da eklemiştir.<sup>42</sup>

Nihayeti itibariyle iki görüş de davanın reddedilmesi sonucunu kabul eder. Ancak yöntem ve gerekçelendirme birbirinden farklıdır. Aslında yerel olan bir yatırımın çeşitli işlemlerle yalnızca YKTK anlaşması ve ICSID tahkim sisteminden yararlanmak üzere yeniden yapılandırılması neticesinde hakem heyetinin yetkisinin olmadığının kabul edilmesi yerinde olacaktır.<sup>43</sup> Zira davanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder şekilde ICSID'de açıldığı durumunda aslında hakem heyetinin var olmayan bir yetkisinin kabulü mümkün değildir. Buna rağmen hakem heyetinin yetkili olmasına karşılık bunu kullanamayacağı görüşü isabetli değildir. Hakem heyetinin yetkisine dair bir aldatmacanın hakem heyetine yetki verdiği düşünülemez.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 107, 113.

<sup>42</sup> Pac Rim v El Salvador, para. 2.10.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 3-4; John David Branson, “The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 189; Üzeyir Karabiyik, “Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: A Focus on Frivolous Claims”, *Adalet Dergisi* 68/1 (2022), 488.

<sup>44</sup> Bu sonuca varmayı sağlayan ve dava hakkının kötüye kullanılmasını engelleyen çeşitli hukuki araçlar da mevcuttur. Devletler bu tür sistemin kötüye kullanılması girişimlerinin başarılı olmasını engellemek amacıyla çeşitli tedbirler almışlardır. Bazı YKTK anlaşmaları şirketlerin fiili kontrolünün âkit devletlerden birinde olmasını şart koşmuştur, böylece gerçeke de üçüncü bir devletten kontrol edilen bir şirket yabancı yatırımcı olarak kabul edilmemektedir. Başka bir yöntem ise, şirketin tabiiyetinin YKTK anlamında diğer âkit devlette olması şartının yerine getirilmesi için şirketin kurulduğu yerden etkin bir şekilde yönetilmesinin şart koşulmasıdır. Daha modern YKTK anlaşmalarında ise kurulduğu ülkeden yönetilmeyen bir şirketin YKTK anlaşmasının korumasından mahrum bırakılmasına izin veren ‘denial of benefits’ (korumanın/faydaların reddi) maddesi bulunmaktadır. Bu sayede, şirketin sadece diğer ülkede kurulmasıyla yabancı tabiiyette kabul edilmesi engellenmiş olur. Bkz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 329; Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, 11; Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*, 47; Erkan, *Millîlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 252-253; İlhan, *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, 33.

## B. Cascade v Türkiye kararında ortaya çıkan meseleler

### 1. Cascade v Türkiye kararındaki olayların ve uyuşmazlığın özeti

Cascade 2006 yılında Belçika'da kurulan bir şirkettir.<sup>45</sup> Mayıs 2015<sup>46</sup> ve Şubat 2016'da gerçekleştirilen işlemlerle Türkiye tabiiyetindeki bir şirket olan CMD'nin toplam %99.93 oranındaki hissesini Cascade almıştır.

Mart 2014'te İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından CMD ve CMD'nin o tarihte çoğunluk hissedarı olan Feza'ya yönelik bir soruşturma başlatılmıştır.<sup>47</sup> 14 Aralık 2014'te ise, Feza tarafından basımı gerçekleştirilen ve CMD'nin dağıtımını yaptığı Zaman Gazetesi'nin genel yayın yönetmeni gözaltına alınmıştır.<sup>48</sup>

CMD'nin yoğun ticari ilişkide olduğu, yayınlarının dağıtımını gerçekleştirdiği bazı şirketlere kayyım atanmıştır. Kayyım atamasıyla kastedilen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun<sup>49</sup> ("CMK") 133. maddesi uyarınca şirket yönetimi içim kayyım tayini tedbiridir. Bu maddeye göre, "suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir." Bu kapsamda olmak üzere, 6 Ekim 2015'te Koza-İpek Holding A.Ş.'ye, 17 Kasım 2015'te ise Kaynak Holding A.Ş.'ye mahkeme tarafından kayyım atanmıştır.<sup>50</sup> 4 Mart 2016 tarihinde ise Feza'ya mahkeme tarafından kayyım atanmıştır. Aynı gün Feza tarafından Cascade'a 660.000 Euro para transferi yapmıştır.<sup>51</sup> Yine aynı gün, Feza tarafından kendi çalışanları işten çıkarılarak kendilerine tazminat hak edişleri yapılmıştır ve ertesi gün bu çalışanlar tekrar işe alınmıştır. Son olarak, 11 Mart 2016 tarihinde CMD'ye mahkeme tarafından kayyım atanmıştır.<sup>52</sup>

Diğer iddiaların yanında, CMD'nin CMK'nın 133. maddesi kapsamında yönetiminin mahkeme kararıyla kayyım devredilmesi neticesinde Cascade'ın Türkiye'deki yabancı yatırımlarının YKTK Anlaşması'ndaki adil ve eşit muamele ilkesi (Fair and Equitable Treatment / FET) ile kamulaştırma yasağı (Expropriation) yönünden ihlal edildiği davanın esas bakımından konusunu oluşturmaktadır. Sonuç olarak davacı Cascade, diğer taleplerinin yanında, faiz hariç 126,060,000 Euro'nun kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Davalı Türkiye Cumhuriyeti ise, diğer taleplerinin yanında, gerçek bir yabancı yatırım olmaması nedeniyle Hakem Heyeti'nin yetkisinin olmadığından dolayı davanın reddini talep etmiştir.

### 2. Dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen meseleler

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, yaptığı inceleme neticesinde, yetkisiz olduğu sonucuna vararak davacının tüm taleplerini reddetmiştir. Hakem heyeti, yetki yönünden ret kararı verdiğinden dolayı davacının esasa dair talepleri hakkında karar vermediği gibi bunlar hakkında detaylı inceleme de yapmamıştır.<sup>53</sup> Bu nedenlerle, hakem heyetinin incelemesi YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu bağlamında kendisinin yetkili olup olmadığı hakkındadır. Bu inceleme içerisinde ise davacının davasının

<sup>45</sup> Cascade v Türkiye, para. 90. Şirketin 6 kurucusu, Kararda Belçika vatandaşı olarak belirtilen Ali Aktan, Ahmet Tanrıku, Hüseyin Şahin, Kenan Sezer, İskender Kapaklıkaya ve Mustafa Ünal'dır. Ayrıca, kuruluş tarihindeki ünvanı "Cascade 2006" olan şirket 07/12/2015'te ünvanını bu davadaki Davacı olan "Cascade Investments" olarak değiştirmiştir. Referans kolaylığı açısından şirket, ilgili zamandaki ünvanı ne olursa olsun, bu makalede "Cascade" olarak anılacaktır.

<sup>46</sup> Bu satın almanın tam tarihi konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Ayrıca, satın almanın karşılığı paranın ödenip ödenmediği konusunda da ihtilaf vardır. Cascade v Türkiye, para. 93.

<sup>47</sup> Bu soruşturmanın başlangıcından itibaren CMD'nin de soruşturma kapsamında olup olmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Cascade v Türkiye, para. 119-120.

<sup>48</sup> Cascade v Türkiye, para. 122.

<sup>49</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

<sup>50</sup> Cascade v Türkiye, para. 132-135.

<sup>51</sup> Bu para transferinin amacı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmaktadır. Cascade v Türkiye, para. 137.

<sup>52</sup> Cascade v Türkiye, para. 144.

<sup>53</sup> Cascade v Türkiye, para. 323-324.

bir dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edip etmediği asıl konuyu oluşturmakta olup, yetkiye dair diğer konuların ve itirazların yanında, asıl incelenen husus olmuştur.<sup>54</sup> Zira dava hakkının kötüye kullanılması hakem heyetinin yetkili olmasını engelleyen kesin bir eşiktir. Bir başka deyişle, davalı tarafından ileri sürülen diğer tüm yetki itirazları reddedilse bile dava hakkının kötüye kullanılması kabul edildiği takdirde hakem heyetinin yargı yetkisinin olmadığı sonucuna varılır.<sup>55</sup>

Davalı, hakem heyetinin yargı yetkisine ve taleplerin kabul edilebilirliğine şu başlıklarda itiraz etmiştir:

- (i) Cascade, YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu kapsamında korunan bir yatırım yapmadığı<sup>56</sup> için hakem heyetinin rationae materiae yetkisi yoktur
- (ii) Cascade, YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu kapsamında kendisi korunan bir yatırımcı olmadığı<sup>57</sup> için hakem heyetinin rationae personae yetkisi yoktur;
- (iii) Cascade CMD'yi aldığı dönemde, CMD ve Feza ile davalı arasındaki uyuşmazlığın zaten var olduğunu bildiği için davacının davası ve talepleri dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder<sup>58</sup>;
- (iv) Cascade CMD'yi, CMD ve Feza ile davalı arasındaki uyuşmazlığı makul olarak öngörebildiği bir zamanda satın aldığı için davacının davası ve talepleri dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eder.<sup>59</sup>

Bu itirazların tamamı birbiriyle bağlantılıdır ve nihayetinde, dava hakkının kötüye kullanılması doktrini kapsamında değerlendirmeyi gerektirir. Öngörülebilirlik iddiası kadar korunan<sup>60</sup> bir yatırım ve yatırımcı olup olmadığı da dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin unsurlarını oluşturur.

Davalı, davacının davasının dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğini çünkü yatırımın yapıldığı iddia edilen tarihte bir uyuşmazlığın zaten mevcut olduğunu veya en azından o tarihte uyuşmazlığın makul ölçüde öngörülebilir olduğunu iddia etmiştir. Bu kapsamda, davacının iyi niyetle yatırım yapan gerçek bir yatırımcı olmadığı öne sürülmüştür.<sup>61</sup> Buna karşılık davacı ise CMD hisselerine yatırım yaptığı uyuşmazlığın kuvvetle muhtemel olmadığını ve bu hisseleri satın almasının bir uyuşmazlığı uluslararasılaştırmak değil, hissedarlık yapısını zenginleştirmek için tasarlanmış normal bir ticari işlem olduğunu iddia etmiştir.<sup>62</sup>

Bu davada CMK'nın 133. maddesi kapsamında Cascade'ın yatırım yaptığını iddia ettiği şirketlere, bu şirketlerin Fetullahçı Terör Örgütü ("FETÖ") ile irtibatı neticesinde kayyım atandığından tarihsel arka planı olan siyaset ve iş dünyasını ilgilendiren birçok olay da hakem heyeti tarafından incelenmiştir. Yerli şirketlere kayyım atanması neticesinde yatırımının zarar gördüğünü iddia eden yabancı bir şirket olduğundan hakem heyeti şu önemli tespiti yapmıştır:

"Bir ICSID Hakem Heyeti, bir Devletin kendi vatandaşlarının kendi Devletlerindeki yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahip değildir, ancak yalnızca ICSID Konvansiyonu ve geçerli bir uluslararası yatırım anlaşması veya başka bir anlaşmada belirlenen [uluslararası yatırım] koruması şartlarını karşılayan gerçek, iyi niyetli 'yabancı' yatırımları içeren uyuşmazlıkları çözme yetkisine sahiptir."

<sup>54</sup> Cascade v Türkiye, para. 340.

<sup>55</sup> Cascade v Türkiye, para. 324.

<sup>56</sup> Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(D).

<sup>57</sup> Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(C).

<sup>58</sup> Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(A).

<sup>59</sup> Cascade v Türkiye, Bölüm (V)(A).

<sup>60</sup> Uluslararası yatırım tahkimini ticari tahkimden ayıran en önemli özelliklerden biri, uyuşmazlığa ve yargılamaya konu söz konusu faaliyetin niteliğidir. YKTK anlaşmalarında yer alan koruma ve garantiler yalnızca 'yatırımlar' için geçerlidir. Bu nedenle çalışmamızda "korunan yatırım" ifadesi tercih edilmiş ve YKTK anlaşmalarınca uluslararası yatırım tahkiminde korunmak üzere dava konusu yapılamayan ticari faaliyet ve yatırımlardan ayrıştırılmak istenmiştir.

<sup>61</sup> Cascade v Türkiye, para. 321.

<sup>62</sup> Cascade v Türkiye, para. 321.

Hakem heyetine göre tarafların iddialarının değerlendirilmesinde önemli olan, Cascade'ın CMD'yi, CMD ile davalı arasındaki bir uyuşmazlığın objektif bir bakış açısıyla makul ölçüde öngörülebilir olduğu bir zamanda satın almış olup olmadığıdır.<sup>63</sup> Bunun için de, "CMD'nin hisselerinin Cascade'a devredilmesiyle sonuçlanan işlemlerden önce nelerin bilindiğini veya makul olarak öngörülebileceğini belirlemek için çeşitli devlet işlemlerinin ne zaman ve ne için yapıldığı ve CMD'nin önceki ve mevcut hissedarlarının bilgilerinin neler olduğu" inceleme konusu yapılmıştır.<sup>64</sup>

## II. Dava Hakkının Kötüye Kullanımı Teşkil Eden Yatırım İşlemlerinin Özellikleri

### A. Genel olarak

Uluslararası yatırım tahkiminde hakem heyetinin yetkisinin geçerli olarak tesis edilmesini engelleyen dava hakkının kötüye kullanılması birçok unsurun bir araya gelmesiyle söz konusu olabilir. Aşağıda sayılan özelliklerden yalnızca birinin gerçekleşmiş olması her zaman uluslararası yatırım tahkimi davalarında dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmeyebilir. Zaten sözde yatırımın ve yatırım tahkimi davasının genel olarak tüm özellikleriyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirme yapıldığında ve aşağıda sayılan özelliklerin tamamı bulunduğu anda dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği sonucuna varılabilir.

Dava hakkının kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için, öncelikle, gerçek bir yatırım olmadığı tespit edilmesi gerekir. Uluslararası anlaşmalar ve ilgili yerel mevzuat kapsamında gerçek bir uluslararası yatırım varsa bunun dava hakkının kötüye kullanıma imkân sağlaması mümkün değildir. Zira uluslararası yatırım hukukunda korunmak istenen gerçek bir yatırım gerçekleşmiş olur. Bunun bağlantılı fakat ayrı bir özellik ise yatırıma müdahalenin halihazırda başlamış olması ve söz konusu devlet müdahalesinin daha önceden öngörülebilir olmasıdır. Bir başka deyişle, görünüşte gerçek bir yatırım olsa dahi bu yatırımın asıl amacı zaten öngörülmüş olan devlet müdahalesinden kaçınmak, etkisini azaltmak veya uluslararası yatırım tahkiminde bu müdahaleden tazminat elde etmek ise dava hakkının kötüye kullanılması doktrinine göre sonuca gidilir. Ayrıca, görünüşte geçerli olan bu yatırımın yapıldığı zamanda devletin yatırıma yönelik müdahalesinin başlamış olması da gereklidir.

### B. Uluslararası anlaşmalar tarafından korunan bir yatırım olmaması

#### 1. Genel olarak

Uluslararası yatırım tahkimi davalarında hakem heyetlerinin dava hakkının kötüye kullanılması incelemesi yaparken gerçek bir yabancı yatırımın olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Esasen bu değerlendirme de dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin temel meselesini oluşturmaktadır. Zira dava hakkının kötüye kullanılması, öyle olmadığı halde gerçek bir yatırım olduğu iddiası ve görüntüsüyle uluslararası yatırım tahkimi sisteminin ve sürecinin kötüye kullanılmasıdır. Bir başka deyişle, ICSID Konvansiyonu ve YKTK anlaşması ile uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü sistemi, herhangi bir yatırımcının korunmasının ön koşulu olan önemli bir ekonomik faaliyet olmaksızın, yalnızca bu uluslararası hukuk kurallarında yer alan haklardan yararlanmak amacıyla gerçekleştirilen girişimleri ve faaliyetleri korumaz.<sup>65</sup> Zira bu tür girişimler uluslararası anlaşmalarla yabancı yatırımların artırılması ve ülkelerin gelişimine katkıda bulunulmasının amaçlandığı uluslararası yatırım hukukunun hedeflerine hizmet etmemektedir.<sup>66</sup> Bu nedenle bunlar uluslararası yatırım tahkimi sisteminin, dava hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir.

<sup>63</sup> Cascade v Türkiye, para. 321.

<sup>64</sup> Cascade v Türkiye, para. 321.

<sup>65</sup> Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 93; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 203.

<sup>66</sup> Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 328; Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 203; Gaillard, "Abuse of Process in International Arbitration", 10; Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 118-119; Avşar, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", 196-197.



ICSID ve YKTK anlaşması korumasından faydalanılabilmesi için, bir uluslararası yatırımın mevcut olması gerekmektedir. Zira genelde YKTK anlaşmalarının, özelde ise uluslararası yatırım tahkimi sisteminin amacı bu yeni uluslararası yatırımların teşvik edilmesi, korunması ve hukuki güvenliklerinin sağlanmasıdır.<sup>67</sup> Buna karşılık, uluslararası yatırım tahkimi aşamasına kadar yerli olan bir yatırımın yalnızca bir YKTK anlaşması korumasından faydalanabilmek için yabancı bir şirkete hisse devri yoluyla geçirilerek YKTK anlaşması korumasından faydalanılması uluslararası yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanılmasıdır.<sup>68</sup>

## 2. Uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında meselenin incelenmesi

ST-AD v Bulgaristan<sup>69</sup> davası, görünüşte yabancı yatırımcı olan davacının aslında ev sahibi devletin vatandaşı olarak kabul edilmesi nedeniyle yetkisizlik kararı verilen davalara bir örnektir. Almanya tabiiyetindeki davacı ST-AD'nin Bulgaristan tabiiyetindeki LIDI-R'in hisselerini yerli yatırımcının Bulgaristan devletiyle uyuşmazlığın ortaya çıkmasından yalnızca üç gün sonra satın almış olması davanın dava hakkının kötüye kullanılması bakımından temelini oluşturmaktadır. Hakem heyeti, davacının Almanya-Bulgaristan YKTK Anlaşması kapsamında haksız yere yargı yetkisi oluşturmaya çalıştığı ve ICSID tahkiminde dava hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Hakem heyeti, davaya konu olan işlemlerin zamanına bakıldığında bunların tek amacının "tüm [...] yerel dava süreçleri başarısız olduktan sonra LIDI-R'ye bir Alman yatırımcı getirerek [uluslararası] yargı yetkisi oluşturmak" olduğunu tespit etmiştir. Böyle bir davada yargı yetkisini kabul etmenin iki taraflı yatırım anlaşmalarının altında yatan temel hedeflere aykırı olacağı da belirtilmiştir.<sup>70</sup> Ayrıca, YKTK anlaşması sisteminin korumak için tasarlanmadığı yatırımların, yani uluslararası yatırımlar olarak gizlenmiş yerli yatırımların veya uluslararası tahkime erişim sağlamak amacıyla uluslararası uyuşmazlık olarak yeniden yapılandırılmış yerli uyuşmazlıkların bu korumadan faydalandırılmaması gerektiği de kararda belirtilmiştir.<sup>71</sup>

Bu konuda başka kararlar da örnek gösterilebilir. Mesela, Alaplı Elektrik BV v Türkiye<sup>72</sup> bunlardan biridir. Hollanda tabiiyetindeki bir şirketin davacı olduğu bu davada enerji santrali inşası ve yönetilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin konu olduğu bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacının yatırımlarının Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty/ECT) ve Türkiye - Hollanda YKTK Anlaşması<sup>73</sup> çerçevesinde davalı tarafından ihlal edildiği iddia edilmiştir. Davacının hissedar ve etkin yöneticisinin Türk vatandaşı olması dahil yatırımın yeniden yapılandırılmasıyla ilgili meseleler dava hakkının kötüye kullanılması iddialarını gündeme getirmiştir. Hakem heyeti, oyçokluğuyla, yetkisiz olduğuna karar vermiş ve şu tespitleri yapmıştır:

<sup>67</sup> Walde, "Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges", 161; Yusuf Çalışkan, *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment* (Dissertation Publication, 2002), 54-55; Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism*, ed. Yusuf Aksar, (Leiden: Martinus Nijhoff, 2011), 124/126; Çalışkan, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu", 304; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 57; Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, 68-69; Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 163; Aydoğmuş, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı, 76; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 223.

<sup>68</sup> ST-AD GmbH v Bulgaristan Cumhuriyeti, PCA Dava No 2011-06, Yetki Hakkında Karar, para. 423 ("ST-AD v Bulgaristan"). Bu işlemin kötüye kullanım teşkil etmesi için bir hile kastının bulunması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 204; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 232.

<sup>69</sup> ST-AD v Bulgaristan.

<sup>70</sup> ST-AD v Bulgaristan, para. 423.

<sup>71</sup> ST-AD v Bulgaristan, para. 423.

<sup>72</sup> Alaplı Elektrik B.V v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/08/13, Karar, 16 Temmuz 2012 ("Alaplı v Türkiye").

<sup>73</sup> Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma, RG 20.04.1989/20145.

“Yatırım iyi niyetli bir yatırım olmadığından, uyuşmazlığın temelindeki gerçeklerin zaten bilindiği ve bir uyuşmazlığın zaten yüksek bir olasılık olduğu bir zamanda gerçekleştirildiğinden, ICSID/YKTK Anlaşması/ECT mekanizması tarafından sağlanan uluslararası korumadan yararlanamayacağından, Hakem Heyeti'nin bu yatırım üzerinde yargı yetkisi yoktur.”<sup>74</sup>

Netice itibarıyla oy çokluğuna katılan fakat farklı bir gerekçeye dayanan Hakem Profesör Brigitte Stern, bu davada uluslararası yatırım tahkimi korumasından yararlanabilecek “korunan bir yatırım” olmadığını, çünkü yatırım faaliyetlerine yeni bir Hollandalı hissedarın dahil edilmesinin “herhangi bir ekonomik gerekçesi olmadığı gibi, asıl amacın Türk şirketi ile Türk makamları arasında zaten önemli anlaşmazlıkların olduğu bir zamanda ICSID tahkimine erişim sağlamak olduğunu” belirtmiştir. Bu koşullar altında, işlem “gerçekleştirildiği tarihte, uluslararası yatırım koruma sisteminin kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu kabul edilmiştir.”<sup>75</sup>

Uluslararası anlaşma koruması olmayan ve ICSID tahkimine başvurma hakkı bulunmayan yatırımcının bu korumayı elde etmek üzere başka bir devlette yeniden yapılandırmaya gittiği bir başka dava ise Tokios Tokeles v Ukrayna<sup>76</sup> davasıdır. Bu uyuşmazlıkta, Litvanya'da kurulmuş bir şirket, Ukrayna'nın Litvanya-Ukrayna YKTK Anlaşmasını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Litvanyalı şirketin hisselerinin %99'u ve doğrudan yönetimi iki Ukrayna vatandaşına aittir. Davalı Ukrayna, YKTK Anlaşmasının amacının devletin kendi vatandaşlarını değil yabancı yatırımcıları korumak olduğu ve ICSID yargı yetkisinin bir âkit devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki bir uyuşmazlık durumunda geçerli olarak var olabileceğini belirterek yetki bakımından itiraz etmiştir.<sup>77</sup> Bu bakımdan, Litvanya şirketinin gerçek hissedarlık yapısının tespit edilebilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği savunulmuştur. Ancak hakem heyeti, çoğunlukla verdiği kararda, YKTK Anlaşmasının amacına değil, sadece lafzına bakarak şirketin tabiiyetinin belirleyici olduğuna ve davacının YKTK Anlaşması bakımından Litvanyalı bir yatırımcı olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti, 'davacının Litvanya topraklarında kurulmuş gerçek bir hukuki varlığa sahip olduğuna' ve Ukrayna vatandaşlarının şirketi ICSID yargı yetkisine erişim sağlamak amacıyla kurmadıklarından şirketin kontrolünün kimde olduğunun önemli olmadığına işaret ederek yetkili olduğuna karar vermiştir.<sup>78</sup>

Bu kararlar da göstermektedir ki, korunan bir yatırım olup olmadığının incelenmesinde yatırımın yeniden yapılandırılmasının amacı ve zamanlaması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, yatırımın yeniden yapılandırılması, yerli bir yatırımın yabancı bir hissedarın sonradan katılımıyla uluslararası bir niteliğe sahip kılınmasıdır. Böyle bir yapılandırmanın her durumda dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Yeniden yapılandırma neticesinde gerçek bir korunan yatırımın mevcut olması da söz konusu olabilir. Yabancı yatırımcı, yatırımın ticari olarak daha iyi bir seviyeye gelmesi amacıyla veya yatırımın hukuken güvenliğinin artırılması için uluslararası yatırım

<sup>74</sup> Alaplı v Türkiye, para. 417.

<sup>75</sup> Alaplı v Türkiye, para. 390.

<sup>76</sup> Tokios Tokeles v Ukrayna, ICSID Dava No ARB/02/18, Karar, 26 Temmuz 2007.

<sup>77</sup> Çok benzer bir durum ve savunma Libananco v Türkiye Cumhuriyeti davasında da vardır. Davacı, Türkiye'deki iki şirketin çoğunluk hissedarı olduğunu ve bu kapsamda yaptığı yabancı yatırım bulunduğu iddia etmiş, buna karşılık davalı ise yatırımın asıl sahibinin Davacının hissedarları olan Türk vatandaşları olduğu savunmasında bulunmuştur. Bunun üzerine Hakem Heyeti yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Bkz. Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/06/8, Karar, 2 Eylül 2011. Aynı durum Uzan ailesi tarafından açılan bir başka ICSID tahkim davası olan Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti davasında da söz konusu olmuştur. Hollanda vatandaşı Davacı Türkiye tabiiyetindeki Telsim şirketinin çoğunluk hissedarı olduğunu ve davalı tarafından YKTK anlaşmasına aykırı işlemler yapıldığını öne sürmesine rağmen Hakem Heyeti asıl yatırımcının Türk vatandaşları olmasını göz önüne alarak uluslararası yatırım tahkiminin kötüye kullanılması olduğundan yetkisizlik kararı vermiştir. Bkz. Saba Fakes v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/07/20, Karar, 14 Temmuz 2010. Bir başka örnek ise yine Uzan ailesi tarafından kurgulanan Cementownia v Türkiye Cumhuriyeti ve Europe Cement v Türkiye Cumhuriyeti davalarıdır. Libananco ve Saba Fakes v Türkiye davalarında olduğu gibi Hakem Heyetleri uluslararası yatırım tahkimi sisteminin kötüye kullanımı amacı olduğundan yetkisizlik kararı vermiştir. Cementownia “Nowa Huta” S.A. v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/06/2, Karar, 17 Eylül 2009; Europe Cement Investment & Trade SA v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB(AF)/07/2, Karar, 13 Ağustos 2009.

<sup>78</sup> Tokios Tokeles v Ukrayna, para. 147.

tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla yatırıma katılmış olabilir. Bu konuda Philip Morris v Avustralya<sup>79</sup> davasında hakem heyeti şu tespitleri yapmıştır:

“Yeniden yapılandırma, [ICSID tahkiminde dava açma] olasılığından bağımsız olarak gerekçelendirilmişse, bir yeniden yapılandırmanın ardından YKTK Anlaşmasına dayanarak dava açmak, kural olarak, hakkın kötüye kullanılması olmayacaktır”<sup>80</sup>.

“Aynı zamanda, öngörülebilir bir ihtilafla ilgili olarak YKTK Anlaşmasının avantajlarını elde etmek için bir yatırımı yeniden yapılandırmak sürecin kötüye kullanılması anlamına gelebilir (...). Davacı, vergi veya diğer ticari nedenlerin yeniden yapılandırma için belirleyici olduğunu kanıtlayamamıştır”.<sup>81</sup>

Dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmeyen bir yatırım olmasının ilk hali yabancı yatırımcının ticari amaçlarla yerli yatırıma ortak olmasıdır. Yeniden yapılandırmanın iyi niyetli olarak ticari sebeplerle yapılmış olduğu durumlarda gerçek ve uluslararası anlaşmalar çerçevesinde korunan bir yatırımdan bahsedilebilir. Yabancı hissedarın yatırım ilişkisine katılmasının ticari olarak avantajları olması ve bu sebeple gerçekleştirilmiş olması durumunda bu iyi niyetin varlığı kabul edilir. Mesela, yatırımcı şirketin bulunduğu ülkedekinden daha avantajlı vergi hukuku düzenlemeleri bulunan yabancı bir ülkedeki yatırımcı tarafından hisselerinin alınması durumunda uluslararası bir yatırımın varlığından söz edilebilir. Orascom v Cezayir<sup>82</sup> davasında hakem heyeti bu durumu şöyle açıklamıştır:

“Bir yatırımın (...) farklı devletler üzerinden yapılandırılması hukuka aykırı değildir. Bu yapılandırma meşru olarak kurumsal ve vergisel bir planlamayı veya uyumsuzluk öncesi YKTK Anlaşması [korumasından faydalanmak üzere] tabiiyeti planlamayı amaçlayabilir.”<sup>83</sup>

Dava hakkının kötüye kullanılması ile daha ilgili olan diğer hal ise ev sahibi devletin müdahalesinden korunmak için yatırımın hukuki güvenliğini artırmak üzere yapılan yeniden yapılandırmadır. Yerli yatırımın gelecekte karşılaşılabilecek olumsuz devlet müdahalelerine karşı bir önlem olarak gerçekleştirildiği hallerde de gerçek bir korunan yatırımın varlığı söz konusu olabilir. Halihazırda mevcut olmayan, yalnızca varsayımsal olarak ileride gerçekleştirilebilecek müdahalelere karşı yeniden yapılandırma uluslararası yatırım tahkimi bakımından geçerli bir yeniden yapılandırma olarak kabul edilebilir. Birçok uluslararası yatırım tahkimi davasında da bu kapsamdaki bir yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil etmediği, bir yatırımın uluslararası yatırım tahkimi korumasından mahrum kalmasına sebep olmadığı belirtilmiştir. Mesela, Phoenix v Çek Cumhuriyeti davasında hakem heyeti yabancı yatırımcıların, “yatırımlarını uluslararası [hukuk çerçevesinde] koruma ihtiyaçlarına en uygun şekilde ve yatırımlarını gerçekleştirecekleri aracı serbestçe seçerek” yapılandırabileceklerini kabul etmiştir.<sup>84</sup> Renée Rose Levy v Peru<sup>85</sup> davasında ise hakem heyeti şu tespitleri yapmıştır:

“Yatırım anlaşması avantajlarını elde etmek için tasarlanmış bir kurumsal yapının organizasyonu veya yeniden düzenlenmesi, bunun yatırımı ev sahibi devletle gelecekteki olası ihtilaflardan korumak amacıyla yapıldığı durumlar da dahil olmak üzere, kendi başına hukuka aykırılık teşkil etmez.”<sup>86</sup>

<sup>79</sup> Philip Morris Asia Limited v Avustralya, PCA Dava No 2012-12, Yetki ve Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar, 17 Aralık 2015 (“Philip Morris v Avustralya”).

<sup>80</sup> Philip Morris v Avustralya, para. 570.

<sup>81</sup> Philip Morris v Avustralya, para. 545, 584.

<sup>82</sup> Orascom TMT Investments S.a.r.l. v Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/12/36, Karar, 31 Mayıs 2017 (“Orascom v Cezayir”).

<sup>83</sup> Orascom v Cezayir, para. 542.

<sup>84</sup> Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 94.

<sup>85</sup> Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v Peru Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/11/17, Karar, 9 Ocak 2015 (“Renée Rose Levy v Peru”).

<sup>86</sup> Renée Rose Levy v Peru, para. 184.

Tidewater ve diğerleri v Venezuela<sup>87</sup> ICSID davasında da hakem heyeti benzer şekilde şunları belirtmiştir:

“Bir yatırımcının kendisini ev sahibi devletle gelecekte yaşanabilecek genel ihtilaf riskinden korumaya çalışması son derece meşru bir amaçtır ve yatırım koruma anlaşması rejimini kötüye kullanmak değildir.”<sup>88</sup>

Cascade v Türkiye davasında da uluslararası anlaşmalarla korunan gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığı dava hakkının kötüye kullanılması iddiaları çerçevesinde inceleme konusu olmuştur. Bu davada kabul edildiği üzere, davacının dava konusu edilen malvarlığı değerlerinin ve ticari faaliyetlerinin davalının işlemleriyle zarara uğratıldığı iddiası ve davacının tazmin talebinin kabul edilebilmesi için davanın açıldığı yer olan ICSID’in yetkisinin var olması gerekir. Bununla birlikte davacının iddialarına dayanak yaptığı uluslararası anlaşmalardaki yetki şartlarının da sağlanması gerekir. Bu iki gereklilik, birlikte, davacının yabancı bir yatırımcı olması ve işlemlerinin uluslararası yatırım olarak kabul edilmesini gerektirir. Aksi takdirde davacının talep ettiği koruma ve tazmin kendisine sağlanamayacaktır.

Korunan ve gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığı konusunda Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti tarafından bir uluslararası hukuk incelemesi yapılmıştır.<sup>89</sup> Dava hakkının kötüye kullanılması çerçevesinde bir inceleme yapmadan önce uluslararası hukukun genel prensipleri Cascade’ın bir uluslararası yatırım yapıp yapmadığını belirlemede kullanılmıştır. Bu kapsamda, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VCLT)<sup>90</sup> davaya konu edilen YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu’ndaki hükümlerin yatırımı nasıl tanımladığında göz önüne alınmıştır. VCLT’nin 31. maddesinin 1. fıkrası uyarınca her uluslararası anlaşma “kendi bağlamında ve amacı ışığında [terimlerinin] olağan anlamına uygun olarak iyi niyetle yorumlanmalıdır.” ICSID Konvansiyonu ve YKTK Anlaşması, belirli bir amacı gerçekleştirmek ve buna ulaşılmasını sağlamak için belirli bir uyumsuzluk çözüm süreci oluşturmuştur.

ICSID Konvansiyonu uluslararası yatırım hakkında bir tanım içermemesine rağmen, yatırımın bir terim olarak doğasında var olduğu kabul edilen ve kendiliğinden ifade ettiği hususlar yatırımın yorumlanmasında kullanılabilir.<sup>91</sup> Bu durum VCLT madde 31(1) uyarınca uluslararası anlaşmalardaki terimlerin olağan anlamının tespit edilerek yorumlanması kuralıyla da uyumludur. Yatırım teriminin olağan anlamı, davalarda taraflardan en azından biri aksini iddia etse dahi, ICSID Konvansiyonu’nun uygulanamayacağı, uluslararası yatırım tahkimi korumasının sınırlarını belirleyen objektif bir tanıma içerir.<sup>92</sup> Bu nedenle yatırımın olağan anlamının tespiti önemli olup uluslararası anlaşmaların hükümlerinin incelenmesini gerektirir.

ICSID Konvansiyonu’nun giriş kısmında “ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliğine duyulan ihtiyaç ve uluslararası yatırımın kalkınmadaki rolü”ne atıfta bulunmaktadır.<sup>93</sup> Buna göre, ICSID uluslararası yatırım tahkiminin amacının Konvansiyon’a taraf devletin vatandaşlarını kendi devletlerinin olası müdahalelerinden korumak olmadığı, buna karşılık “devletler ve yabancı yatırımcılar arasındaki uyumsuzlukların çözümünü kolaylaştırmak” olduğu ve “uluslararası sermayenin bu sermayeyi çekmek

<sup>87</sup> Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe C.A. v Venezuela Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/10/5, Karar, 13 Mart 2015 (“Tidewater ve diğerleri v Venezuela”).

<sup>88</sup> Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para. 184-185.

<sup>89</sup> Cascade v Türkiye, para. 328-329.

<sup>90</sup> 1969 tarihli Sözleşmenin İngilizce adı Vienna Convention on the Law of Treaties’tir.

<sup>91</sup> Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 65; Avşar, “ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”, 180.

<sup>92</sup> Cascade v Türkiye, para. 329.

<sup>93</sup> Dolzer - Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 238; Halil Rahman Başaran, *Uluslararası Tahkim* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 61.



isteyen ülkelere daha kolay bir şekilde gitmesini teşvik etmek” olduğu belirtilmiştir.<sup>94</sup> Hem anlaşma metni hem de amacı ve hedefi ışığında ICSID Konvansiyonu’ndaki yatırım kavramının, yabancı bir yatırımcının ev sahibi devlette gerçek bir ekonomik faaliyette sürekli olarak bulunmak niyetiyle ve iyi niyetli olarak yatırım yapmasını gerektirdiği Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti tarafından da kabul edilmiştir.<sup>95</sup> Ayrıca, bunun aksine, ICSID uluslararası yatırım tahkimi sisteminin, yerli yatırımcılar tarafından kendi devletlerinde yapılan yatırımlarına uygulanmak üzere tasarlanmadığı; mevcut veya yaklaşan bir uyuşmazlık nedeniyle yatırımın yabancı bir tabiiyet veya milliyet altında yeniden yapılandırılarak sadece ICSID Konvansiyonu korumasına ve uluslararası yatırım tahkimine erişim elde etmek için tasarlanmadığı da belirtilmiştir.<sup>96</sup>

Aynı durumun genel olarak YKTK anlaşmaları ve özel olarak da Cascade v Türkiye davasındaki YKTK Anlaşması olan BLEU-Türkiye YKTK<sup>97</sup> Anlaşması için de geçerli olduğu belirtilmiştir. BLEU-Türkiye YKTK Anlaşmasının başlığı, amacının “yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması” olduğunu teyit etmektedir ve giriş bölümü, âkit devletlerin bir devletin vatandaşlarının diğerinin topraklarına yatırım yapmasını teşvik etmek için “aralarında daha fazla ekonomik işbirliği için elverişli koşullar yaratmayı arzuladıklarını” açıklamaktadır. Başka bir deyişle, YKTK Anlaşmasının amacı yerli yatırımcıların yatırımlarını korumak değil, YKTK Anlaşmasına taraf bir devletin yatırımcılarının diğer devletlerdeki iyi niyetli yatırımlarını teşvik etmek ve korumaktır. Bu niyet, YKTK Anlaşmasının “şirketlere [ortak olarak katılma şeklinde girişimi] veya bunlara yatırılan sermayeyi ve diğer her türlü varlık olarak katkı” yatırım olarak tanımlayan maddesinde de görünmektedir. Hakem heyeti bu kapsamda yaptığı incelemeyi de şu şekilde ifade etmiştir:

“Yabancı bir yatırımcının önceden var olan bir yerli yatırımı aniden satın aldığı bir bağlamda, bu satın almanın ev sahibi Devlette ‘ekonomik faaliyette’ bulunma niyetiyle, iyi niyetli ticari nedenlerle yapılıp yapılmadığını incelemek bu hükümlerin gereğidir. Bu gereklilik, sadece [yerli yatırımdaki] ortaklığı ev sahibi Devletin dışına aktarmayı amaçlayan ve aksi takdirde YKTK Anlaşması korumasına hak kazanmayacak olan yerel bir uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisi sağlamayı amaçlayan işlemlerle karşılanmayacaktır.”<sup>98</sup>

Bunları ifade etmekle birlikte hakem heyeti, bu davada yatırım hakkında kesin bir tanım yapılmasının gerekli olmadığını belirterek yatırım hakkında herhangi bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Ancak, taraflar arasındaki ilişkilerin uluslararası hukuk boyutu ve dava hakkının kötüye kullanılması olup olmadığı analizi VCLT’de belirtilen yorum ilkeleri göz önüne alınarak yapılmıştır. Bunun nihai amacının ise belirli bir yatırımcının ICSID Konvansiyonu’nun korumayı amaçladığı nitelikte ve sadece şeklen olmayıp esas itibarıyla de gerçek bir yatırım yapıp yapmadığının belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir.<sup>99</sup>

Sonuç olarak, hukuken geçerli ve meşru olarak, ticari sebeplerle veya yatırımın hukuken korunmasını artırmak amacıyla yapılan yeniden yapılandırılmaların uluslararası yatırım tahkimi sistemini kandırmaya yönelik yapılan yapılandırma faaliyetlerinden ayrı tutulması gerekir. Bir yatırımın gerçek olmayan bir şekilde uluslararasılaştırılması halinde yapay olarak yerli bir yatırımın herhangi bir meşru ve geçerli sebep olmadan yabancı yatırımcılara devredilmesi söz konusudur. Bu halde, halihazırda var

<sup>94</sup> Cascade v Türkiye, para. 330; Çalışkan, *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment*, 54; Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, 158; Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 91.

<sup>95</sup> Cascade v Türkiye, para. 330-331.

<sup>96</sup> Cascade v Türkiye, para. 331.

<sup>97</sup> 1986 tarihli Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği (BLEU) – Türkiye İki Taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşması.

<sup>98</sup> Cascade v Türkiye, para. 331.

<sup>99</sup> Cascade v Türkiye, para. 329.

olan veya öngörülebilir<sup>100</sup> durumda olan devlet müdahalesinden kaçınmak amacı vardır. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalandırmayarak engellemeye çalıştığı durum da budur. Uluslararası yatırım anlaşmalarıyla korunması amaçlanmayan ve dolayısıyla gerçek olmayan yatırımların uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmasının önüne geçmek amaçlanır.<sup>101</sup>

Meşru ve hukuken geçerli bir yeniden yapılandırmayı sürecin kötüye kullanılmasından ayırt ederken sorulması gereken sorular yabancı yatırımcının yatırım işlemlerine “ne zaman” ve “neden” girdiği olmalıdır. Daha önce ev sahibi devletin vatandaşları tarafından sahip olunan veya yönetilen yerel bir şirketteki hisselerin yabancı yatırımcıya devredilmesinin zamanlaması ve koşulları önemlidir.

### C. Yatırıma müdahalenin başlamış olması

#### 1. Genel olarak

Yatırımın ne zaman yeniden yapılandırılarak uluslararası bir hale getirildiğinin tespitinde ilk incelenecek zaman dilimi ev sahibi devletin müdahalesinin yeniden yapılandırma anında zaten başlamış olduğu andır. Yani bu durumda, yatırım yabancı hissedara devredilirken ev sahibi devletin yatırım üzerinde müdahale teşkil edecek işlemleri uygulanmaya başlamıştır.<sup>102</sup> Yatırım üzerinde olumsuz sonuçlar ve zarar da doğmaya başlamış olabilir. Bu hal, dava hakkının kötüye kullanılması bakımından en açık örneği oluşturur. Öyle ki, gerçek ve korunan uluslararası yatırım olup olmadığının dahi incelenmesine gerek olmadan uluslararası yatırımcının dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde sisteme dahil edildiğini tespit etmek mümkündür. Zira yerli yatırım hakkındaki devlet müdahalesi gerçekleşmeye başlayarak yatırımcının kaçınmak istediği uyuşmazlık zaten var olmuştur. Bu andan sonraki yatırımın el değiştirmesi işlemlerinin dava hakkının kötüye kullanılması oluşturacağı açıktır. Bu görüş birçok uluslararası yatırım tahkimi kararında da bu şekilde yer almıştır.<sup>103</sup>

#### 2. Uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında meselenin incelenmesi

Pac Rim davası kararı devletin müdahalesinin akabinde yatırımın uluslararasılaştırılmak amacıyla devredilmesinin dava hakkının kötüye kullanılması olduğunu ifade eden kararlardandır. Bu durum hakem heyeti tarafından şöyle açıklanmıştır:

<sup>100</sup> Renée Rose Levy v Peru davasında bu durum Hakem Heyeti tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Uyuşmazlığın öngörülebilir olduğu bir zamanda anlaşmanın korumalarından yararlanmak amacıyla gerçekleştirilen bir yeniden yapılandırma, koşullara bağlı olarak, sürecin kötüye kullanılması anlamına gelebilir.” Bkz. Renée Rose Levy v Peru, para. 185.

<sup>101</sup> Aynı yönde görüşler için bkz. Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, 221.

<sup>102</sup> Ancak halihazırda başlamış olan devlet müdahalesi, dava hakkının kötüye kullanılması doktrinine dahi gerek kalmadan, hakem heyetinin yetkisini ortadan kaldırabilir. Ratione temporis incelemesi, yani hakemlerin zaman bakımından yetkisi, kapsamında hakemlerin uyuşmazlık hakkındaki yetkisinin o uyuşmazlığın gerçekleştiği zamana yönelik mevcut olması gerekir. Ratione temporis incelemesi neticesinde hakemlerin yetkisi o uyuşmazlığın zamanına yönelik mevcut olmayabilir. Dava hakkının kötüye kullanılmasından önceki zaman dilimini ilgilendiren bu inceleme neticesinde hakemlerin zaman bakımından yetkisi olmadığından herhangi bir dava hakkının kötüye kullanılması incelemesine gerek kalmaz. Bu ayrımı Renée Rose Levy v Peru kararından şu bölümle ifade etmek mümkündür: “Eğer bir davacı, itiraz edilen [devlet işleminin] gerçekleştiği tarihten sonra bir yatırım edinmişse, hakem heyeti ratione temporis yargı yetkisinden yoksun olacaktır ve sürecin kötüye kullanılması incelemesine gerek kalmaz. (...) [Buna karşın, davacının] yatırımını itiraz edilen işlemde önce edinmiş olması halinde (...) hakem heyeti ratione temporis yargı yetkisine sahiptir ancak yatırımın bir dava hakkının kötüye kullanılması olması nedeniyle hakemlerin yetkisiz olması söz konusudur.” Bkz. Renée Rose Levy v Peru, para. 182. Philip Morris v Avustralya davasındaki Hakem Heyeti'nin şu tespitleri de bu noktada belirtilebilir: “[a]Her ne kadar bazen mevcut bir uyuşmazlık varken yeniden yapılandırma durumunda da hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceği söylene de, eğer uyuşmazlık zaten mevcutsa, o zaman hakem heyeti normalde ratione temporis yargı yetkisinden yoksun olacaktır.” Bkz. Philip Morris v Avustralya, para. 351.

<sup>103</sup> Mesela Phoenix v Çek Cumhuriyeti davasında Hakem Heyeti şu tespitlerde bulunmuştur: “Phoenix, (...) vergi ve gümrük makamlarıyla sorunlar yaşayan (...) ve banka hesapları on sekiz ay boyunca dondurulmuş olan bir ‘yatırım’ satın almıştır. (...) Başka bir deyişle, Phoenix tarafından iddia edilen tüm zararlar, sözde yatırım yapıldığında zaten meydana gelmiştir. (...) Gerçekten de söz konusu olan yatırım öncesinde çeşitli devlet müdahaleleri ve zararlar ortaya çıkmıştı.” Bkz. Phoenix v Çek Cumhuriyeti, para. 136, 138. ST-AD v Bulgaristan davasında da benzer tespitler şu şekilde yapılmıştır: “Yatırıma zarar veren olayların tamamı Davacı'nın yatırımını edinmesinden yıllar önce meydana gelmiştir (...) ve Davacı'nın yatırım ortamına girdikten sonra gerçekleştiğini söyleyebileceği tek olay da gerçek değildir”. Bkz. ST-AD, para. 419.

“Bir yatırımcının, yatırımını olumsuz etkileyen olayların meydana geldiğini fark ettiği andan sonra uluslararası bir anlaşma kapsamında yargı yetkisi elde etmek için [yatırımın mülkiyetini] değiştirmesi açık olarak sürecin kötüye kullanılmasıdır.”<sup>104</sup>

Böyle bir durumda uluslararası anlaşmalar kapsamında devletlere dava açılabilmesine imkân sağlayarak koruma altına alınmak istenen bir uluslararası yatırım yoktur. Yatırımın uluslararası hale getirilmesinin sebebi devlet ile yerel yatırımcı arasında uyuşmazlığın doğmuş olması ve oluşacak zararların uluslararası yatırım tahkimiyle tazmin edilmesi amacıdır. Bu halde, varsa, yalnızca yerel bir yatırım ve yerel yatırımcıdan bahsedilebilir. Dava hakkının kötüye kullanılmasının zamanlamasıyla ilgili benzer bir değerlendirme de Lao Holdings kararında şu şekilde yapılmıştır:

“Eğer bir şirket, işlerin kötüye gitmeye başladığı bir anda ve bir uyuşmazlık çıkması kuvvetle muhtemel hale gelmişken ICSID'in yargı yetkisini elde etmek için tabiiyetini değiştirirse bu sürecin kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.”<sup>105</sup>

Dava hakkının kötüye kullanılmasının en açık halini oluşturan bu durumda zaten ortada var olan bir devlet müdahalesi sonucunda ortaya çıkan bir uyuşmazlık vardır. Bu yerel uyuşmazlık bakımından uluslararası yatırım tahkimi sisteminin sağladığı korumalardan faydalanmak için gerçek olmayan bir uluslararası yatırım görüntüsü oluşturmak dava hakkının kötüye kullanılması nedeniyle hakemlerin yetkisiz olması sonucunu doğurur. Bu halde yatırıma devlet müdahalesinin başladığı andan itibaren uyuşmazlık ortaya çıkmış olacak ve başka bir ekonomik sebeple açıklanması mümkün değilse iddia edilen uluslararası yatırımın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği kabul edilecektir.

Davacının iddia ettiği uluslararası yatırımına davalı devletin müdahalesinin halihazırda başlamış olup olmadığı Cascade v Türkiye kararında da incelenmiştir. Davacı Cascade, CMD'nin hisselerini satın aldığı sırada devlet ile bir uyuşmazlığın halihazırda çıkmış olmadığını iddia etmiştir. Bu nedenle, Cascade'ın hisse alım işlemlerinin yalnızca bir hissedarlık yapısı değişimi olduğu ifade edilmiştir.

Ancak hakem heyeti bu iddianın, gerçek olsa dahi, dava hakkının kötüye kullanılması belirlemesi yapmada asıl olmadığını belirtmiştir.<sup>106</sup> Buna göre, yatırıma müdahalenin başlamış olması bu dava kapsamında dava hakkının kötüye kullanılması için uygulanabilir bir değerlendirme noktası değildir. Devletin çeşitli tedbirleri aldığı ve dolayısıyla belirli bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarih önemlidir. Bu tarih öngörülebilirlik değerlendirmesinde göz önüne alınır. Buna karşılık, halihazırda ortaya çıkmamış bir uyuşmazlığın yine de yatırımcı tarafından makul olarak öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesine daha çok önem verilmiştir. Bu nedenlerle, Devletin müdahale teşkil eden işlemlerinden önce gerçekleşen olaylar incelenerek öngörülebilir bir müdahalenin olup olmadığı hakkında daha detaylı inceleme yapılmıştır.

#### **D. Yatırıma yönelik devlet müdahalesinin öngörülebilmesi**

##### **1. Genel olarak**

Dava hakkının kötüye kullanılması bakımından tespiti daha zor olan zamanlama meselesi yatırımın uluslararası olarak yeniden yapılandırılmasından sonra ev sahibi devletin yatırıma müdahale ettiği haldir. Bu halde yerli yatırımcı yatırımını yeniden yapılandırarak uluslararası bir yabancı yatırım haline çevirir. Bu yapılandırmanın akabinde ise devletin uluslararası yatırıma müdahale teşkil eden işlemleri gerçekleşir. İşte bu durumda söz konusu yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiği itirazında bulunulursa gerçek bir uluslararası yatırım olup olmadığının tespiti için dava hakkının kötüye kullanılması doktrini bakımından inceleme yapmak gerekir.

<sup>104</sup> Pac Rim v El Salvador, para. 2.100.

<sup>105</sup> Lao Holdings N.V v Lao Halkın Demokratik Cumhuriyeti (I), ICSID Dava No ARB(AF)/12/6, Yetki Hakkında Karar, 21 Şubat 2014, para. 76.

<sup>106</sup> Cascade v Türkiye, para. 338.

Bu incelemede dikkate alınacak unsurlar ise yeniden yapılandırmanın zamanı, içeriği ve müdahale teşkil eden devlet işlemlerinin özellikleri çevresinde oluşmuştur. Bu unsurlar gerçek bir uluslararası yatırım olmadığı sonucuna varılmasına neden olabilir. Zaten gerçek dava hakkının kötüye kullanılması da budur. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin asıl çıkış amacı bu şekilde uluslararası yatırım tahkimi sistemine girmek amacıyla yapılan yeniden yapılandırmaların önlenmesidir. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin engellenmesini istediği bu yatırımlar, devletin müdahalesinden önce yeniden yapılandırılarak uluslararası olması sağlanmasına rağmen yalnızca uluslararası yatırım tahkimi sisteminden yararlanabilmek için gerçekleştirilenlerdir.

Öngörülebilirlik (foreseeability) kavramının temelde yer aldığı bu dava hakkının kötüye kullanılması durumunda yerli yatırımcının, yatırımına devlet tarafından müdahale edileceğini öngörmesi nedeniyle ve bundan korunma yegâne amacıyla yatırımı uluslararası olarak yeniden yapılandırması kastedilir. Kendi devleti tarafından yatırıma müdahalede bulunulacağını öngören yerli yatırımcı uluslararası yatırım tahkiminden faydalanmak amacıyla yatırımı yeniden yapılandırır. Bu yapılandırma yerli yatırımın tamamının veya bir kısmının yabancı yatırımcıya devredilmesi şeklinde olabileceği gibi yabancı yatırımcının yerli yatırıma başka bir şekilde iştirak etmesi şeklinde de gerçekleşebilir.

Yukarıda da incelendiği üzere, yatırıma henüz müdahale başlamadan bir yeniden yapılandırma olduğu için tamamen meşru ve ticari sebeplerle yabancı yatırımcının bu işlemleri gerçekleştirmiş olması söz konusu olabilir. Bu nedenle söz konusu yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edip etmediği değerlendirilirken olayların tüm özellikleri detaylı olarak incelenmelidir. Yalnızca gerçekten bir suistimal amacı varsa ve yalnızca uluslararası yatırım tahkimi sisteminden yerel bir yatırımı faydalandırmak amaçlanıyorsa dava hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilebilir. İşte bunun tespiti için öngörülebilirliğin unsurlarının değerlendirilmesi gerekir.

Bu değerlendirmeyi yaparken Cascade v Türkiye kararında göz önüne alınan hususlar ve hakem heyetinin değerlendirmeleri dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin uygulamasına dair önemli özellikleri ortaya koymuştur. Hakem heyetinin yetkiye dair incelemesinde dava hakkının kötüye kullanılması olup olmadığı asıl soruyu oluşturmuştur. Bu sorunun içinde de öngörülebilirlik temel inceleme konusudur. Yani Cascade'ın CMD'nin hisselerini aldığı tarihlerde devlet ile CMD ve Feza arasında bir uyuşmazlığın olduğuna veya olabileceğine dair Cascade'ın veya objektif olarak üçüncü kişi yatırımcının öngöründe bulunmasının söz konusu olup olmadığı sorusu etrafında inceleme yapılarak yetki bakımından karar verilmiştir.

Hakem heyeti, öngörülebilirlik değerlendirmesinin dava hakkının kötüye kullanılması bakımından inceleme yapılırken en önemli unsur olduğunu ve belirli bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten önceki olayların incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>107</sup> Bu incelemeyi yaparken dosyadaki tüm delillerin ve iddialar ile savunmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir. Böylece Cascade'ın iddia ettiği yatırımının ev sahibi devlet olarak Türkiye'de gerçek bir "ekonomik faaliyette bulunmayı" mı, yoksa yeniden yapılandırmadan önce uluslararası yatırım tahkimine gidemeyeceği için, yaklaşan bir uyuşmazlık nedeniyle ICSID uluslararası tahkim koruması elde etmeyi mi amaçladığı tespit edilebilmiştir.

Tarafların iddia ve savunmaları kapsamında hakem heyeti dört başlıkta öngörülebilirlik incelemesini yapmıştır:

- (a) Uyuşmazlık kimin için öngörülebilir olmalıdır?
- (b) Ne derecede öngörülebilirlik olmalıdır?
- (c) Öngörülebilir olması gereken şey tam olarak nedir?

<sup>107</sup> Cascade v Türkiye, para. 340.



(d) Dava hakkının kötüye kullanılması kavramı yalnızca yeniden yapılandırma işlemleriyle mi sınırlıdır, yoksa önceki hissedarlarla bağlantısı olmayan, yeni bir hissedar tarafından yapılan bir devralmaya da bu doktrin uygulanabilir mi?

## 2. Uluslararası yatırım tahkimi içtihatlarında meselenin incelenmesi

### a. Devletin müdahalesini öngörmesi gereken kimdir?

Dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen işlemler düşünüldüğünde, devletin müdahale edeceğini öngörüp yerli yatırımı uluslararası olarak yeniden yapılandıran ve yabancı yatırımcıyı yatırıma dahil eden yerli yatırımcının kendisidir. Zira yatırımın zarara uğramasını istemeyen, devlet müdahalesinden arı kalmasını isteyen en başta yerli yatırımcının kendisidir. Ancak, devletin müdahalesini öngören veya öngörmesi gereken kişinin yerli yatırımcının kendisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Acaba, dava hakkının kötüye kullanılması halinden bahsedebilmek için yerli yatırımcının kendisinin mi bu devlet müdahalesini öngörmüş veya öngörebilir olması gereklidir? Yoksa, yatırımcının değil, herhangi bir makul üçüncü kişi yatırımcının bu müdahaleyi öngörmesinin beklenmesi mi gerekir?

Öngörülebilirliğin tespit edilmesi için kullanılan değerlendirme ölçütü subjektif veya objektif olma testiyle<sup>108</sup> açıklanabilir. Böylece bu sorular, öngörülebilirliğin subjektif mi yoksa objektif mi olması gerektiği şeklinde de sorulabilir. Devletin müdahalesi yatırımcının kendisi tarafından öngörülmesi subjektif öngörülebilirlikten bahsedilecektir.<sup>109</sup> Yatırımcıdan başka bir üçüncü kişi yatırımcı tarafından öngörülmesi gerekiyorsa da bu objektif öngörülebilirliktir.

Yatırımcının kendisinin devletin müdahalesini öngörebilmesini beklemek objektif olarak üçüncü kişi yatırımcının öngörmesini beklemekten daha sıkı şartlar içeren bir standart getirmektedir. Yani, subjektif test kabul edildiği takdirde yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması olabilmesi için daha yüksek bir kesinlikte öngörülebilirlik aranır. Yatırımcının söz konusu müdahaleyi öngörmesini beklemek davacı yatırımcının talep ettiği test olacakken, objektif testin uygulanmasını da davalı devlet ister. Zira subjektif olarak yatırımcının kendisinin öngörmesi için dava hakkının kötüye kullanılması bakımından daha kesin, açık ve daha az şüphe içeren deliller olması gerekir.

Subjektif test kabul edildiği takdirde yatırımcının yatırımı, devlet ile ilişkileri ve ev sahibi devletteki gelişmeleri göz önüne alarak yatırıma devletin müdahalesini öngörmüş olması beklenir.<sup>110</sup> Yatırımcının kendisine, bağlı şirketlerine veya ana şirkete, hissedarlarına ve tabii ki yatırımın kendisine yönelik, henüz devlet müdahalesi olmasa da müdahale edileceğini öngörmesini sağlayan işlemlerin, kararların veya açıklamaların olması gerekir. Söz konusu yatırımla aynı sektörde yer alan üçüncü kişi yatırımcılara yönelik müdahaleler de öngörülebilirlik değerlendirmesinde göz önüne alınabilir.

Objektif olarak üçüncü kişi yatırımcının devlet müdahalesini öngörebilir olmasının kabul edilmesi halinde ise, yatırımcının kendisinin devlet müdahalesini öngörüp öngörmediğinin bir önemi olmayacaktır.<sup>111</sup> Hatta, yatırımcının devlet müdahalesini öngörmesi gerekirdi diyerek de dava hakkının kötüye kullanılması incelemesi yapılmasına gerek olmayacaktır. Zira bu durumda makul ve basiretli bir üçüncü kişi yatırımcının gözünden olaylar değerlendirilmelidir. Bu objektif üçüncü kişi yatırımcının

<sup>108</sup> Objektif ve subjektif test ifadeleri doktrin ve hakem heyeti kararlarında da yer almaktadır. bkz. Garibaldi, "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", 109; Philip Morris v Avustralya, para. 538-554.

<sup>109</sup> Eric de Brabandere, "'Good Faith', 'Abuse of Process', and the Initiation of Investment Treaty Claims", *Journal of International Dispute Settlement*, 3(3), 2012, 27.

<sup>110</sup> Subjektif kriterin genel olarak ilgili kişinin niyetini, bir yönde hareket etmesi için sahip olduğu motivasyonu ifade ettiği ve dava hakkının kötüye kullanılması bağlamında da kötü niyetin ortaya konulması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Oscar M. Garibaldi, "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 13(2), 2021, 108.

<sup>111</sup> İlgili kişinin niyetine bakmadan yalnızca objektif bir değerlendirmeyle dava hakkının kötüye kullanılmasından bahsedilmesinin objektif kriter olduğu hakkında bkz. Garibaldi, "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", 48.

gerekli ve uygun şekilde inceleme ve değerlendirmeleri neticesinde devletin söz konusu yatırıma müdahale edebileceğini öngörebilecek durumda olması yeterlidir.<sup>112</sup> Yatırımcının kendi ihmali veya yetersiz incelemesi nedeniyle bu müdahalenin geleceğini öngörmemiş olsa dahi üçüncü kişi yatırımcının bunu öngörebilecek durumda olduğu kabul edilebiliyorsa dava hakkının kötüye kullanılması açısından öngörülebilirliğin gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Mesela, Tidewater ve diğerleri v Venezuela davasında hakem heyeti bu yöndeki değerlendirmesini şu şekilde ifade etmiştir: “yeniden yapılandırmanın objektif amacının, yatırımcının devletle yaşadığı uyuşmazlık nedeniyle bir uluslararası yatırım anlaşması koruması elde etmesini kolaylaştırmak olup olmadığı incelenmelidir”.<sup>113</sup> Bununla birlikte, hakem heyeti, yeniden yapılandırma sırasında kamulaştırmanın yakın olduğunun makul bir şekilde öngörülebilir olmadığını tespit etmiş ve buna bağlı olarak dava hakkının kötüye kullanılmasına dayalı itirazı reddetmiştir.<sup>114</sup>

Subjektif testin oldukça yüksek bir standart getirmesine karşılık objektif test uluslararası yatırım yapan yatırımcıların genelinden makul bir dikkatle devlet ile ilişkileri takip etmelerini beklemektedir. Yatırımcının kendisinin devlet müdahalesini öngörmesini beklemek, dava hakkının kötüye kullanılması teşkil eden birçok durumun öngörülebilirlik testini geçememesine neden olabilir. Zira yatırımcının öngördüğünü ispatlamak için açık ve kesin sayılabilecek delillere ihtiyaç vardır. Bu seviyede bir öngörülebilirliği beklemek uluslararası yatırım tahkiminin yatırımın tüm taraflarına sağlamayı amaçladığı dengeli korumaya aykırı olur. Ayrıca, subjektif test, bir anlamda, yatırımcının kötü niyetli hareket ettiğinin de açık olarak ortaya konulmasını gerektirir. Buna karşılık, dava hakkının kötüye kullanılması doktrini yatırımcının kötü niyetli hareket ettiğini ispatlamayı gerektirmemelidir.<sup>115</sup> Kötü niyete dair açık bir delil bulunmasa bile, yeniden yapılandırma ile uluslararası olan bir yatırım, halin şartlarına göre bir dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edebilir.<sup>116</sup> Böylece, uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak için uluslararası anlaşma veya ICSID Konvansiyonu şartları sağlanmayabilir. Çünkü devlet ile bir uyuşmazlık zaten makul üçüncü kişi yatırımcı için objektif olarak öngörülebilir olmuştur.

Bu nedenlerle, ilgili kişinin hakkını kötüye kullanması teşkil eden niyetinin varlığını zorunlu gören görüşe<sup>117</sup> karşılık, öngörülebilirliğin objektif test kapsamında üçüncü kişi yatırımcı tarafından öngörülebilir olma şeklinde anlaşılması gerekir.<sup>118</sup> Yatırımcının kendisi devlet müdahalesini öngörmemiş olsa dahi, tüm deliller ve olaylar değerlendirildiğinde, makul bir inceleme ile üçüncü kişi yatırımcının devletin müdahalesini öngörebilir durumda olması yeterli olmalıdır.

Cascade v Türkiye davasında da devletin müdahale teşkil eden işlemlerini kimin öngörmesi gerektiği hakkında iki farklı görüş değerlendirilmiştir. Davacı, subjektif öngörülebilirlik değerlendirmesi olarak yatırımcı tarafından öngörmenin gerçekleşmiş olmasının şart olduğunu iddia etmiştir. Buna göre, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin öngörülebilirlik unsurunun gerçekleşmesi için davacının kendisinin davalı ile bir uyuşmazlığı öngördüğü sonucuna varılması gereklidir.<sup>119</sup> Bir başka deyişle, davacıya göre, davacının devletin müdahale teşkil eden işlemlerini, kararlarını öngörmüş olması gerekmektedir. Davalı ise, öngörülebilirlik testinin objektif olduğunu ve makul bir yatırımcı için bir

<sup>112</sup> Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 465

<sup>113</sup> Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para.150.

<sup>114</sup> Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para.194-197.

<sup>115</sup> Philip Morris v Avustralya, para. 539.

<sup>116</sup> Strabag SE ve diğerleri v. Polonya Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ADHOC/15/1, Yetki Hakkında Kısmi Karar (4 Mart 2020), para.6.9.

<sup>117</sup> Bu görüşlerin özellikleri genel olarak ilgili kişinin dava hakkının kötüye kullanılması niyetine açıkça sahip olması gerektiği şeklinde belirtilmektedir. Bkz. Garibaldi, “Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis”, 48.

<sup>118</sup> Aynı yönde bkz. Tidewater ve diğerleri v Venezuela, para.194. Tidewater ve diğerleri davasında hakem heyeti “böyle bir kamulaştırmanın yakın olduğuna dair [ilgili zamanlarda] makul/öngörülebilir bir ihtimal var mıydı?” sorusu üzerinden bu değerlendirmeyi yapmıştır.

<sup>119</sup> Cascade v Türkiye, para. 342.

uyuşmazlığın öngörülebilir olduğu sürece dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin unsuru olarak öngörülebilirlik şartının karşılanacağını iddia etmiştir.<sup>120</sup>

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, davalının savunmaları kapsamında objektif öngörülebilirlik testini benimsemiştir.<sup>121</sup> Bunu yaparken hakem heyetinin ilk inceleme noktası “öngörülebilir” (foreseeable) kelimesinin sözlük anlamı ve kelime yapısıdır. Kelimenin tanımı itibarıyla objektif (nesnel) bir anlama sahip olduğu belirtildikten sonra “gerçekten öngörülen” (actually foreseen) değil “öngörü-yapılabilir” (able to foresee) şeklinde bir kelime yapısına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kavramın özünde, bir gelişmenin doğası gereği (makul olarak) öngörülebilir olup olmadığına odaklanılmıştır. Buna karşılık, belirli bir yatırımcının objektif olarak öngörülebilir olan bir gelişmeyi gerçekten öngördüğünün kanıtlanması bu unsur bakımından zorunlu değildir.

Ayrıca, davacının iddia ettiği gibi subjektif öngörülebilirliğin kabul edilmesi halinde değerlendirme kriterinin ve bunu ispat standardının oldukça yüksek olacağı da hakem heyetince ifade edilmiştir.<sup>122</sup> Subjektif olarak davacının devletin eylemlerini öngördüğünü ispat etmek için açık delillere ihtiyaç duyulur. Bu da her zaman mümkün olmayabilir. Zira devletin yatırıma yönelik olumsuz eylemlerini öngörerek ICSID uluslararası yatırım tahkimine uygun şekilde tabiiyeti yeniden yapılandıran yatırımcıların bu niyetlerine ilişkin arkalarında bir belge bırakmamaları ve bu niyetleri ile öngörülerini reddetmeleri kuvvetle muhtemeldir. Buna ek olarak, objektif öngörülebilirliğin benimsendiği durumda dahi yatırımcının da üçüncü kişi yatırımcı gibi devletin müdahalesini öngördüğüne dair deliller bulunabilir.

Objektif öngörülebilirliğin kabulüyle birlikte, gerekli araştırmayı yapan, piyasadaki koşulları ve devlet ile ilişkileri takip eden üçüncü kişi yatırımcının devletin müdahalesini öngörebilmesi söz konusudur. Cascade v Türkiye kararından bununla ilgili verilebilecek örneklerden biri devlet ile bazı medya şirketleri arasında gerçekleşen olaylardır. Aralık 2013 tarihinden itibaren Zaman Gazetesi, Feza, CMD gibi FETÖ ile iltisaklı medya şirketlerinin devlete karşı bir tehdit oluşturduğunun ve buna karşılık devletin de bu şirketlere yönelik tedbirler almayı planladığının herkesçe bilindiği Cascade v Türkiye kararında belirtilmiştir.<sup>123</sup> Bu durum kamuya açık şekilde yayın yapan sosyal medya sitelerinde açıklanarak herkes tarafından bilinir hale gelmiştir. Hakem kararında buna örnek olarak çeşitli sosyal medya hesapları tarafından Zaman Gazetesi veya FETÖ ile iltisaklı medya şirketlerinin sahipleri ile yöneticilerine yönelik el koyma veya çeşitli tedbirlerin alınacağını yazılması verilmiştir.<sup>124</sup> Böylece, yatırımcı bile olmayan herhangi bir kişi tarafından da CMD, Feza veya diğer ilgili şirketlere el koyma veya kayyım tedbiri gibi kararların alınabileceği ortaya konulmuştur. Bu durumda, yalnızca Cascade’ın değil herhangi bir üçüncü kişi yatırımcının da bu tedbirleri öngörebilir hale geldiği kabul edilmiştir.

Hakem heyeti bu durumda masum ancak makul olmayan bir şekilde özensiz davranan bir yatırımcının cezalandırılmasının söz konusu olabileceğini ifade etmiştir.<sup>125</sup> Gerçekten, yatırım yapmadan önce makul ve özenli bir araştırmayla öngörülebilecek devlet müdahalesini ihmali neticesinde öngöremeyen bir yatırımcı bulunabilir. Ancak bu durumun da öngörülebilirlik değerlendirmesinin subjektif testteki kadar yüksek bir standarda bağlı kılınmasını gerektirmediği hakem heyetince belirtilmiştir.

Philip Morris kararında<sup>126</sup> olduğu gibi, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin yatırımcının kötü niyetli olduğunu ispat etmek gibi yüksek bir ispat standardını gerektirmediği sonucuna Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti tarafından da varılmıştır.<sup>127</sup> Buna göre, kötü niyete dair herhangi bir

<sup>120</sup> Cascade v Türkiye, para. 342.

<sup>121</sup> Cascade v Türkiye, para. 343.

<sup>122</sup> Cascade v Türkiye, para. 344.

<sup>123</sup> Cascade v Türkiye, para. 360-362.

<sup>124</sup> Cascade v Türkiye, para. 367.

<sup>125</sup> Cascade v Türkiye, para. 344.

<sup>126</sup> Philip Morris v Avustralya, para. 539.

<sup>127</sup> Cascade v Türkiye, para. 344.

kanıt olmasa bile, yatırımın içinde bulunduğu koşullar itibariyle ve devlet ile uyumsuzluğun makul bir yatırımcı için objektif olarak öngörülebilir olması nedeniyle bu sözde yabancı yatırım uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalandırılmayacaktır. Bu nedenle, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin varlığı kabul edilmelidir.

### **b. Devletin müdahalesinin ne kadar öngörülmesi gerekir?**

Devletin müdahalesinin ne kadar yakın bir ihtimal olduğu da öngörülebilirlik değerlendirmesinde önemlidir. Devletin yatırıma müdahalesinin ne kadar, hangi seviyede öngörülebilir olması beklenmelidir? Bir başka deyişle, “yüksek olasılıkla” bir müdahalenin olacağı mı öngörülmalıdır, yoksa daha az seviyede bir ihtimal yeterli midir? Bu soruların cevabını verebilmek için sürecin değerlendirilmesi gerekir. Yatırımcı ile devlet arasında devam eden ilişki içerisinde her iki taraf için de olumlu ve olumsuz birçok olay söz konusu olabilir. Taraflar için olumlu veya olumsuz olarak nitelendirilebilecek birçok karar bu süreçte alınabilir. Bu olaylardan, kararlardan bazıları uluslararası yatırım tahkimi korumasındaki tarafların menfaatlerinin korunmasında öngörülebilirlik için belirleyici olarak kabul edilmelidir.

Bunu yaparken unutmamak gerekir ki, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin amacı, sadece yabancı yatırımcılar tarafından ev sahibi devlette gerçek bir ekonomik faaliyet çerçevesinde yapılan iyi niyetli yatırımlara uluslararası yatırım tahkimi korumasının tanınmasıdır. Buna karşılık, yaklaşan bir uyumsuzluk veya müdahale nedeniyle yerli yatırımların yalnızca uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak üzere uluslararası yatırım görünümü almak için yeniden yapılandırılması bu kapsamda koruma göremez.

Devlet müdahalesinin ve uyumsuzluğun objektif olarak bir yatırımcı tarafından öngörülebilir olmasına kadar bir süre geçer. Bu sürede, yukarıda belirtildiği üzere, birçok olay olmuş ve kararlar verilmiş olabilir. Bu sürenin başından müdahalenin artık “yüksek bir ihtimal” olarak öngörülebilir olduğu son anına kadar gerçekleşen anlara öngörülebilirliğin derecesi atfedilebilir. Philip Morris kararında bu derecelendirme ve geçen sürenin dava hakkının kötüye kullanılması ile ilgisi şu şekilde açıklanmıştır:

“Öngörülebilirlik, Pac Rim/El Salvador davasında Hakem Heyeti tarafından ortaya konan iki uç nokta arasında yer almaktadır. [Bu iki uç nokta] çok yüksek bir olasılık ve olası bir ihtilaf halleridir. Bu temelde, bir yatırımcının belirli bir uyumsuzluğun öngörülebilir olduğu bir zamanda bir yatırım anlaşmasının korumasını elde etmek için kurumsal yapısını değiştirmesi durumunda, bir yatırımcı-devlet tahkiminin başlatılması hakların veya sürecin kötüye kullanılması teşkil eder.”<sup>128</sup>

Ne kadar öngörülebilirliğin aranması gerektiği değerlendirmesinde bunun bir süreç olduğu göz önüne alınmalıdır. Bu nedenle belirli bir anın kesin olarak eşik olarak kabul edilmesi kolay değildir.<sup>129</sup> Yatırımcının devlet ile ilişkisi devam ederken, yukarıda bahsedildiği üzere, olumlu veya olumsuz birçok olay yaşanabilir. Bunlardan hangisinin öngörülebilirliği sağladığı konusunda yatırım ve müdahale arasında geçişkenlik arz eden gri alanların olduğu unutulmamalıdır.<sup>130</sup> İşte tam da bu nedenle, ilgili tüm faktörlere odaklanarak bütüncül bir analiz yapmak gerekir.<sup>131</sup> Müdahalenin öngörülebilirliğinin ilişkilerin bozulmaya başladığı ilk anda gerçekleşmesini beklemek yatırım gibi uzun soluklu bir ilişkide ani bir tepki olur. Zira ilişki süresince devletin müdahaleden vazgeçmesi ve ilişkilerin tekrar normal hale gelmesini beklemek de söz konusudur. Buna karşılık, devletin müdahalesinden önce yatırımcıyla

<sup>128</sup> Philip Morris v Avustralya, para. 554.

<sup>129</sup> Aynı yönde bkz. Pac Rim v El Salvador, para. 2.99.

<sup>130</sup> Pac Rim v El Salvador, para. 2.99.

<sup>131</sup> Philip Morris v Avustralya davasında Hakem Heyeti, Pac Rim davasındaki Hakem Heyeti'nin de kabul ettiği üzere “yeniden yapılandırmanın içinde bulunduğu koşulların ve olayların ‘kabul edilemez manipülasyonlar’ veya ‘kötü niyetle’ hareket edildiğine dair deliller ortaya koyup koymadığını” tespit etmek için diğer koşulların da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Philip Morris v Avustralya, para. 586-588.



ilişkilerin bozulduğu bu dönem ne kadar uzun süre devam ederse, yatırıma müdahale o kadar öngörülebilir hale gelir.

Tüm bunlar göz önüne alındığında, dava hakkının kötüye kullanılması bakımından devletin müdahalesinin yüksek bir ihtimal olarak öngörülebilir olması gerekir.<sup>132</sup> Yani, olağan her uyuşmazlık halinde devletin müdahale edeceği öngörülmeliydi sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Devlet ve yatırımcı arasındaki ilişkinin bozulması akabinde devletin müdahale edeceğine dair ihtimalin orta seviyenin üstünde olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, devletin müdahalesinin kuvvetle muhtemel veya kesinlik kadar yüksek bir oranda öngörülebilir olmasını da beklememek gerekir.

Cascade v Türkiye davasında davacıya göre devletin müdahalesinin “kuvvetle muhtemel” (highly probable) olduğunun öngörülmüş olması gerekirken, davalı bunun derecesinin “makul ölçüde öngörülebilir” (reasonably foreseeable) olması gerektiğini savunmuştur.<sup>133</sup> Hakem heyeti bu noktada da davalı ile aynı görüşe sahiptir. Buna göre, devlet ile uyuşmazlığın makul ölçüde öngörülebilir olması durumunda dava hakkının kötüye kullanılmasının varlığı söz konusu olabilir.

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, devletin müdahalesinin zaman bakımından yakın olmasını veya ihtimal olarak çok yüksek olmasını bir şart olarak kabul etmemiştir.<sup>134</sup> Yalnızca devlet müdahalesinin makul bir inceleme ile öngörülebilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre tüm şartlar değerlendirildiğinde uygun bir araştırma yapan makul bir yatırımcının, satın almakta olduğu yatırımın, haklarını olumsuz yönde etkileyecek önemli bir devlet müdahalesi riskiyle karşı karşıya olduğunu anlaması gerekir.

Mesela, Başbakan tarafından Zaman Gazetesine reklam verilmemesi ve abonelik yapılmaması şeklindeki boykot çağrısı hakem heyeti tarafından bu kapsamda değerlendirilmiştir.<sup>135</sup> Bununla birlikte FETÖ ile iltisaklı medya şirketlerinin çalışanı gazetecilerin gözaltına alınarak bu şirketler ile devlet arasındaki uyuşmazlık hakkında sorgulanması da dikkate alınmıştır. Bu medya şirketlerine yönelik ceza soruşturmasının başlatılması da yabancı yatırımcı tarafından önemli bir devlet müdahalesinin yaklaşmakta olduğunu öngörüsünün yapılabileceği hakem heyeti tarafından belirtilmiştir.<sup>136</sup> Esas itibarıyla tüm bunlar yerli yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlığın artarak devam ettiğini ortaya koymaktadır. Böylece devletin yatırıma müdahalesi ihtimalinin de uyuşmazlık sona ermediği müddetçe artması söz konusu olmuştur.

Buna ek olarak, Cascade v Türkiye kararında devralma yoluyla yatırımı satın alan kişinin devletin müdahalesi riskini göze almak için gerçek bir ticari sebebinin bulunmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca, yerli yatırımcı olağan işlemlerinin aksine malvarlığını korumak için olağandışı işlemlerde bulunmaktadır. Tüm bunlar da, ekonomik amaçların değil, yaklaşan devlet müdahalesi nedeniyle uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanılması amacının olduğunu gösterir. Bu kapsamda hakem heyeti CMD ve Feza'nın devlet müdahalesi riski veya başka sebeplerle satışlarının düştüğünü, malvarlığının azaldığını ve ticari faaliyetlerinin daraldığını ortaya koymuştur. Tüm bunlara rağmen, bu şirketlere Cascade'ın yatırım yapması olağan ekonomik menfaatlerle açıklanamaz kabul edilmiştir.<sup>137</sup> Bununla birlikte, CMD ve Feza'nın 2014 öncesinde herhangi bir taşınır veya taşınmaz malvarlığını veya hissedarı oldukları

<sup>132</sup> Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 326-327. Banro v Kongo davasında da Kanada tabiiyetindeki Davacı şirketin Amerika Birleşik Devletleri'ne taşınması (göçü/migration) bu kapsamda değerlendirilmiştir. Kanada o dönemde ICSID Konvansiyonu'na taraf olmadığından uluslararası yatırım tahkimi koruması elde etmek için böyle bir işlem gerçekleştirilmiştir. Şirketin taşınması, davanın açılmasından hemen önce gerçekleştirilerek ICSID yargı yetkisinin Amerika Birleşik Devletleri tabiiyetindeki şirket üzerinden sağlanması amaçlanmıştır. Ancak bunun Hakem Heyeti'ne geçerli bir yargı yetkisi verilmediği kabul edildiğinden dava yetkiden reddedilmiştir. Banro American Resources Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v Kongo Demokratik Cumhuriyeti, ICSID Dava No ARB/98/7, Karar, 1 Eylül 2000, para. 26.

<sup>133</sup> Cascade v Türkiye, para. 345.

<sup>134</sup> Cascade v Türkiye, para. 345.

<sup>135</sup> Cascade v Türkiye, para. 363.

<sup>136</sup> Cascade v Türkiye, para. 365.

<sup>137</sup> Cascade v Türkiye, para. 382.

şirketleri satmak gibi bir düşünceleri olduğuna dair herhangi bir delil bulunmamasına rağmen, yaklaşan devlet müdahalesi nedeniyle, bunlar doğrudan veya dolaylı olarak yabancı yatırımcıya satılmıştır.<sup>138</sup> Bu satışlar için Cascade dışında herhangi bir başka yatırımcıyla görüşüldüğüne dair delil de bulunmamaktadır. Bu da 2013 sonrasında gelişen uyuşmazlığın neden olduğu bir uluslararası yatırım tahkimi koruması elde edilmesi faaliyeti olarak açıklanmıştır.<sup>139</sup>

Tüm bunlar da göstermektedir ki devletin müdahalesinin bir an sonra, yani kuvvetle muhtemel, olmasının dava hakkının kötüye kullanılmasının varlığı için aranması söz konusu değildir. Zira öngörülebilirliğin kuvvetle muhtemel değil makul seviyede olması dava hakkının kötüye kullanılması tespitinin daha kolay yapılmasını sağlar. Buna karşılık, kuvvetle muhtemel bir müdahale olması gerektiği kabul edilecek olursa, yatırımın yeniden yapılandırılması aşamasında öngörülebilir durumda olan fakat henüz kuvvetle muhtemel seviyesine çıkmamış bir müdahale durumu olduğundan dava hakkının kötüye kullanılması tespiti yapılamayacaktır. Bu da, aslında, gerçek bir yatırım amacı olmayan ve uluslararası yatırım tahkimi sisteminin amaçlarına aykırı gerçekleşen işlemlere koruma getirmek gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkarır. Bu nedenle, gerçek olmayan yatırım işleminin zaten öngörülebilir devlet müdahalesinin henüz kuvvetle muhtemel bir tehdide dönüşmeden önce yapılmış olması sayesinde bu işleme uluslararası yatırım tahkimi koruması sağlayarak dava hakkını kötüye kullanımı ödüllendirmemek gerektiği hakem heyeti tarafından ifade edilmiştir.<sup>140</sup>

Hakem heyeti, uyuşmazlığın henüz öngörülemez olduğu andan müdahaleden hemen önceki kuvvetle muhtemel olduğu an arasında devam eden bir ilişki içerisinde öngörülebilirliğin zaman olarak konumlandırılmasının zor olduğunu ifade etmiştir. Philip Morris kararına atıfla, devlet ile yatırımcı arasındaki ilişkilerin bozulduğu sürenin artmasıyla müdahalenin de o kadar fazla öngörülebilir hale geleceği belirtilmiştir.<sup>141</sup>

Bu nedenlerle hakem heyeti, Cascade v Türkiye davasındaki tüm delilleri göz önünde bulundurarak, dava hakkının kötüye kullanıldığını göstermek için ciddi ve inandırıcı delillerin ortaya çıkardığı bir yüksek standardı aradığını ifade etmiştir. Ancak bu yüksek standart “kuvvetle muhtemel” bir devlet müdahalesini öngörmek şeklinde değildir. Böylece yeniden yapılandırma olarak yatırımın yapıldığı tarihte olumsuz Devlet işleminin kuvvetle muhtemel olduğunu kanıtlama gerekliliği kabul edilmemiştir.

### **c. Devletin müdahalesi kapsamında neyin öngörülmesi gerekir?**

Öngörülebilirliğin unsurlarının incelenmesi kapsamında devletin müdahalesi kapsamında “neyin”, “hangi olayın” veya “hangi kararın” öngörülmesi gerektiği de incelenmelidir. Uyuşmazlığın ve devletin müdahalesinin öngörülmesiyle kastedilenin devletin hangi kararı neticesinde gerçekleşecek müdahaleyi ifade ettiği de diğer unsurlar gibi önemlidir. Öngörülmesi gereken husus, yatırımcı ve devlet arasındaki uyuşmazlık nedeniyle devletin özel olarak alacağı bir karar mıdır? Öyle ise, bu müdahale teşkil eden kararın tam olarak ne olduğunun öngörülmesi gerekir. Bunu öngörmenin daha zor olacağı ve dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin bu şekilde uygulanmasının davacı olan yatırımcının lehine olacağı açıktır. Buna karşılık, öngörülmesi gereken hususun daha genel olarak uyuşmazlığın ve yatırıma yönelik devlet tarafından alınacak önlemlerin, kararların olduğu da ifade edilebilir.

Neyin öngörülmesi gerektiğiyle ilgili kullandığımız kavramlardan uyuşmazlığın ne demek olduğu öncelikle incelenmelidir. Bir ilişkinin tarafları arasında birçok olay gerçekleşebilir. Bunlardan hangisinin bir uyuşmazlık olduğu sorusu uluslararası yatırım tahkimi davalarında ortaya çıkabilir. Zira hem YKTK anlaşmaları hem de ICSID Konvansiyonu bakımından da hakem heyetinin yetkili olabilmesi için taraflar arasında bir hukuki uyuşmazlığın var olması gerekir.<sup>142</sup> Uluslararası yatırım tahkimi

<sup>138</sup> Cascade v Türkiye, para. 375.

<sup>139</sup> Cascade v Türkiye, para. 382.

<sup>140</sup> Cascade v Türkiye, para. 346.

<sup>141</sup> Cascade v Türkiye, para. 347.

<sup>142</sup> Fouret vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 107.

davalarına bakan hakem heyetleri, hukuki boyutu olmayan siyasi ve ekonomik uyuşmazlıklardan farklı olarak ve onlardan ayırıştırarak, hukuki uyuşmazlıkların ne olduğunu ve olmadığını belirleme yetkisine sahiptir.<sup>143</sup> Anlaşmalara ve teamül hukukuna dayanması nedeniyle uluslararası hukukun bir alt türü olan yatırım tahkiminde de hukuki bir uyuşmazlığın var olup olmadığı uluslararası hukuk kuralları tarafından belirlenir.<sup>144</sup>

East Timor davasında Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice / "ICJ") uyuşmazlığı, "bir hukuk kuralı veya olgu hakkındaki anlaşmazlık, taraflar arasındaki hukuki görüş ayrılığı veya çıkar çatışması" olarak tanımlamıştır.<sup>145</sup> Bu çerçevede anlaşmazlık pek çok farklı husustan kaynaklanabilir. Yatırımcının tabi olduğu hukuki rejimin değiştirilmesinden yatırımdan elde edilen kazancın ev sahibi ülke dışına çıkarılmasına kadar birçok konuda taraflar arasında görüş veya çıkar çatışması ortaya çıkabilir.

Yalnızca bir görüş ayrılığının ise taraflar arasındaki bir uyuşmazlık olarak kabul edilemeyeceğini, yatırımcının haklarının ihlal edildiği iddiasını ortaya çıkaran en azından bazı devlet kararlarının alınmaya başlamış olmasının uyuşmazlığın tespiti için gerekli olduğunu belirtmeliyiz.<sup>146</sup> Mesela, ülke içerisindeki altyapı yatırımlarının daha fazla devlet veya özel sektör tarafından yapılmasını öngören karar açıklamaları yalnızca siyasi birer eylem olarak görülebilir. Ancak bu açıklamalar neticesinde yatırımın bulunduğu statüyü kaybetmesi, fiziksel olarak yerinden edilmesi ve sonuç olarak mali kayıp veya itibar kaybı yaşaması durumunda ilgili bir YKTK anlaşması kapsamında ev sahibi devletin yatırımcıya karşı yükümlülüklerini ihlal ettiği kabul edilebilir.<sup>147</sup>

Daha keskin görüş ayrılıkları veya çıkar çatışmaları ortaya çıkaran haller söz konusu olduğunda ise taraflar arasında uyuşmazlığın var olduğundan şüphe olmaz. Mesela, herhangi bir şekilde yatırımın kontrolünün yatırımcının elinden alınması bu anlamda bir müdahalenin söz konusu olduğu hallerdendir. Yatırımcının mülkiyet hakkını kullanmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı kamulaştırma işlemleri devletin çeşitli kararlarıyla yatırıma müdahalesini oluşturabilir.<sup>148</sup> Aynı şekilde, orantısız vergi artışları, lisans veya izinlerin reddedilmesi veya iptal edilmesi, ev sahibi devletin pasif kalarak yabancı yatırımcıyı korumaması gibi haller de devletin müdahalesine örnektir.<sup>149</sup> Ev sahibi devlet tarafından yabancı yatırıma el konulması, doğrudan veya dolaylı kamulaştırılması, yatırımdan elde edilen gelirlere el konulması veya bunların yatırımcı tarafından elde edilmesinin engellenmesi veya zorlaştırılması bu tanıma uyan çıkar çatışmalarındandır. Yatırımın ekonomik değerinin azaltılması şeklinde devletin işlemleri de bu anlamda müdahale teşkil eden kararlardandır. Böyle durumlarda yatırımcının yatırımdan kaynaklı beklentilerinin zarara uğratılması söz konusu olur. Doğrudan yatırıma el konulmamasına rağmen yatırımın ekonomik değerinin azalmasına veya yatırımcının kontrolünün engellenmesine sebep olan işlemler olan dolaylı kamulaştırma teşkil eden kararlar da devletin müdahalede bulunduğu hallerdir.<sup>150</sup>

Uyuşmazlık neticesinde müdahale için devletlerin birçok farklı hukuki ve politik araca başvurmaları mümkündür. Yatırımcıyla öngörülebilir bir uyuşmazlık ortaya çıkması bağlamında bu araçlardan

<sup>143</sup> Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 191-192.

<sup>144</sup> Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, 285.

<sup>145</sup> Uluslararası Adalet Divanı, East Timor Davası (Portekiz v Avustralya), Karar, 30 Haziran 1995, ICJ Reports 1995, 90, para. 22.

<sup>146</sup> Schreuer vd. *The ICSID Convention: A Commentary*, 94-95. Aynı şekilde Maffezini v İspanya davasında da buna işaret edilmiştir. Bkz. Emilio Agustin Maffezini v İspanya Krallığı, ICSID Dava No ARB/97/7, 13 Kasım 2000, para. 94 ("Maffezini v İspanya").

<sup>147</sup> Bantekas, *An Introduction to International Arbitration*, 285.

<sup>148</sup> Hümeýra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 50-52.

<sup>149</sup> Nalçacıoğlu Erden, *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*, 221 vd.

<sup>150</sup> Hümeýra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması", *Public and Private International Law Bulletin*, 41(2), 2021, 841.

hangisinin kullanılacağını yatırımcının tahmin etmesini beklemek doğru olmayacaktır.<sup>151</sup> Böyle bir öngörü beklemek, dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin amaçlarıyla da tutarlı değildir. Mesela yatırımcının, devletin belirli bir karar alarak müdahalede bulunacağını öngörerek yatırımını uluslararası olarak yeniden yapılandığı hal bu bakımdan dikkat çekicidir. Yatırımcının özel olarak bu kararı öngörmesinin öngörülebilirlik kapsamında şart olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Bu durumda devlet öngörülenden başka bir kararı alırsa öngörülebilirliğin şartları gerçekleşmediğinden dava hakkının kötüye kullanılması olmadığı sonucuna varılacaktır.

Peki dava hakkının kötüye kullanılması doktrini gerçekten bu durumu kapsam dışında bırakmalı mıdır? Dengeli bir uluslararası yatırım tahkimi sistemi oluşturmak için bu durumun da dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında kalarak yasaklanması gereklidir. Zira bu durumda da kendi tabiiyetindeki devlet ile uyumsuzluk yaşayan ve sadece uluslararası yatırım tahkimi korumasından yararlanmak için yatırımını uluslararası olarak yeniden yapılandıran bir yatırımcı vardır.<sup>152</sup> Yabancı yatırımcının yapay olarak sisteme dahil edildiği bu durum da dava hakkının kötüye kullanılmasıdır ve korumadan faydalanamamalıdır. Zira uluslararası anlaşmalar ve ICSID Konvansiyonu açısından bakıldığında, bu durumda söz konusu hukuki metinlerin korumak için tasarlandığı gerçek bir yabancı yatırım yoktur. Çünkü, söz konusu yeniden yapılandırma yatırımın ekonomik olarak daha iyi hale gelmesi amacıyla değil sadece önceden var olan bir yerli yatırımı içeren bir uyumsuzluğu uluslararası hale getirmek için yapılmıştır.

Dava hakkının kötüye kullanılması değerlendirmesinde önemli olan, yatırımın “uluslararasılaşmasının” içinde bulunduğu koşullardır. Bir başka deyişle, uluslararası yeniden yapılandırma iyi niyetli olarak mı gerçekleştirilmiştir yoksa yalnızca sahte bir görüntüden mi ibarettir? Yoksa yatırımcının, devletin zaten yaklaşmakta olan bir uyumsuzluğa yönelik alabileceği kararları doğru tahmin edip etmediği bu değerlendirmede önem taşımaz.

Cascade v Türkiye kararının bu kapsamda özellik arz ettiği konuların başında devlet ile yatırımcı arasındaki uyumsuzluktan dolayı herhangi bir müdahalenin gelebileceğinin öngörülmesini kabul etmesi gelmektedir. Davacı Cascade’ın devletin aldığı tedbirlerden, mesela, şirketlere kayyım atanmasını mı öngörmesi gerektiği bu kapsamda değerlendirilmiştir. Öngörülmesi gereken işlem veya olay bu değilse, davacının genel olarak devlet tarafından müdahale teşkil eden bir eylemde bulunacağı, karar alacağı mı öngörülebilmiş olmalıdır sorusu sorulmuştur.

Davacı Cascade, “özellikle 2013’ün sonlarında yoğunlaşan Zaman Gazetesi üzerindeki baskı” da dahil olmak üzere Devlet’in çeşitli medya şirketlerine ve yöneticilerine karşı “yeni yöntemler” kullandığını iddia etmiştir.<sup>153</sup> Davacı tarafından da ifade edilen bu husus yabancı yatırımcının yerli yatırımı devralmasından önce devletin birçok farklı tedbiri alarak yatırıma zarar verilebileceğinin öngörülebildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Hakem heyeti de devlet tarafından çeşitli medya şirketlerinin FETÖ’nün kontrolünde olan, onun amaçlarını uygulayan ve FETÖ tarafından finanse edilen şirketler olarak tanımlandığı bilgisi karşısında devletin bu şirketlere yönelik tedbir kararı alabileceğinin öngörülebilir olduğunu kabul etmiştir.<sup>154</sup>

Cascade v Türkiye kararında devletin alabileceği tedbirlerden bazıları daha detaylı olarak da öngörülebilir kabul edilmiştir. FETÖ ile iltisaklı gazetecilerin ceza alabileceği, söz konusu medya şirketlerinin kapatılabileceği veya bunlara el konulabileceği şeklinde geleneksel medyada olduğu kadar sosyal medyada da yer alan söylentiler hakem heyeti tarafından dikkate alınmıştır.<sup>155</sup> Hakem heyeti

<sup>151</sup> Uluslararası Adalet Divanı, East Timor Davası (Portekiz v Avustralya), Karar, 30 Haziran 1995, ICJ Reports 1995, 90, para. 22.

<sup>152</sup> Aynı yönde bkz. Karayel, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, 152.

<sup>153</sup> Cascade v Türkiye, para. 361.

<sup>154</sup> Cascade v Türkiye, para. 361-362.

<sup>155</sup> Cascade v Türkiye, para. 369-370.

tarafından kararda öngörülebilirlik bakımından vurgulanan daha çarpıcı bir olay ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bir milletvekili tarafından Başbakan'a yönelik olarak bu medya şirketlerine el konulacağına doğru olup olmadığı şeklindeki sorudur.<sup>156</sup>

Bu soru ve söylentilerin doğrudan davacı Cascade veya CMD hakkında olup olmaması da öngörülebilirlik açısından bir fark oluşturmamıştır. Devletin alacağı öngörülen tedbirlerin yalnızca genel olarak mı yoksa detaylı özellikleriyle mi öngörüldüğü de hakem heyetinin değerlendirmesini ve vardığı sonucu değiştirmemiştir. Burada önemli olan devletin söz konusu yatırıma veya benzer durumdaki diğer yatırımlara yönelik alabileceği herhangi bir tedbirin öngörülebilmesidir.

Hakem heyeti, ayrıca, birçok uluslararası yatırım tahkimi kararını ve görüşü incelemiştir. Bunlardan Maffezini v İspanya kararında da ifade edilen Profesör Christoph Schreuer'in görüşü benimsenmiştir.<sup>157</sup> Buna göre şu tespit yapılmıştır:

“Makul bir şekilde öngörülebilir olması gereken şey, Devletin yatırımcı ile arasındaki bir uyumsuzluk nedeniyle yatırıma karşı bazı olumsuz eylemlerde bulunacağıdır; bu eylemler ortaya çıktığında yatırımcının haklarını etkileyecek ve dolayısıyla [uluslararası yatırım tahkimi davasında] somut bir talep olarak ifade edilebilecektir.”<sup>158</sup>

Hakem heyetinin bu tespiti Philip Morris v Avustralya davasında hakem heyetinin “uluslararası yatırım tahkimi davasına yol açabilecek tedbirlerin alınacağına dair (...) makul bir ihtimal olduğunda uyumsuzluğun öngörülebilir olduğu” sonucuna varmasıyla da uyumludur.<sup>159</sup> Buna göre, yatırımcının somut olayda devletin aldığı tedbiri önceden öngörebilmiş olması beklenemez. Bunun yerine, bir uluslararası yatırım tahkimi davasına neden olabilecek herhangi bir tedbirin alınabileceğinin öngörülmüş olması dava hakkının kötüye kullanılması doktrini çerçevesinde zorunlu görülmüştür.

Sonuç itibariyle, öngörülebilir olması gereken şey, devletin yatırımcı ile arasındaki bir uyumsuzluk nedeniyle yatırıma karşı bazı olumsuz işlemlerde bulunacağıdır. Cascade v Türkiye kararında ifade edildiği üzere, davacı Cascade'ın böyle bir davaya imkân verecek zararların doğmasına neden olabilecek şekilde devletin karar alacağını, tedbir uygulayacağını öngörebilir durumda olması halinde öngörülebilirliğin bu şartı gerçekleşmiştir. Bu tedbirler alındığında yatırımcının hakları etkilenen ve dolayısıyla yatırımcının dava veya başka bir şekilde talepte bulunması söz konusu olacaktır.<sup>160</sup> Buna göre, devletin nihayetinde alacağı kararların ve yapacağı işlemlerin öngörülmesi beklenemez. Bunun yerine, sadece uluslararası yatırım tahkiminde ileri sürülebilecek bir talebe neden olacak ölçüde yatırıma zarar verebilecek devlet işlemlerini öngörmek yeterlidir.

#### **d. Dava hakkının kötüye kullanılması yalnızca yeniden yapılandırma hallerinde mi olabilir?**

Cascade v Türkiye davasının dikkat çekici yanlarından bir tanesi de dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin farklı bir yöntemle gerçekleştirilmiş yatırımın uluslararası hale getirilme işlemlerine uygulanmış olmasıdır.<sup>161</sup> Dava hakkının kötüye kullanılmasının kabul edildiği diğer birçok davada yerli yatırımın alıcısı satıcıyla, en azından, alt şirket-ana şirket ilişkisi içerisindedir.<sup>162</sup> Bu durumda satıcı, yatırımı kendisinin hissedar olduğu veya kendisinin hissedarlarından olan bir alıcıya devretmiştir. “Yeniden yapılandırma” (restructuring) olarak adlandırılan bu durum yerli yatırımın bir grup içerisinde yeniden konumlandırılmasıdır. Cascade v Türkiye davasında ise durum böyle değildir. Davacı Cascade, CMD'nin hisselerini devralmadan önce CMD veya Feza ile aralarında herhangi bir hissedarlık ilişkisi

<sup>156</sup> Cascade v Türkiye, para. 371.

<sup>157</sup> Maffezini v İspanya, para. 94.

<sup>158</sup> Cascade v Türkiye, para. 351.

<sup>159</sup> Philip Morris v Avustralya, para. 554.

<sup>160</sup> Maffezini v İspanya, para. 94.

<sup>161</sup> Cascade v Türkiye, para. 352-353.

<sup>162</sup> Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 326.



bulunmamaktaydı. Cascade, CMD'nin hisselerini şirket dışından herhangi bir üçüncü kişi gibi devralarak görünüşte bir "devralma" (acquisition) yapmıştır.

Davacı Cascade, dava hakkının kötüye kullanılmış olduğunun kabulü için dava hakkının kötüye kullanılması değerlendirmesinin olduğu davalarda yukarıda da incelenen üç şarttan bir başka şartın daha sağlanmasının gerektiğini iddia etmiştir.<sup>163</sup> Buna göre, yatırımın asıl sahibi olan yerli yatırımcının hisselerini devretmesi akabinde dahi çeşitli yöntemlerle yatırıma bağlı kalması gerekir. Aksi takdirde, yani yatırımın yerli yatırımcıyla bağlantısı olmayan bir kişi tarafından devralınması halinde, bu bir yeniden yapılandırma olmayacak, söz konusu işlemin bir devralma olarak tanımlanması gerekecektir. Bir devralma olduğu takdirde de dava hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır. Zira bu durumda yerli yatırımcıyla bir bağlantısı olmayan üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen bir yatırım vardır.

Davacı bu iddiasını, yerli yatırımcının iddia edilen dava hakkının kötüye kullanılmasından bir çıkarı olması gerektiğine dayandırmaktadır. CMD'nin, hisseleri davacı Cascade'a devrederek şirketin yönetiminden ve hissedarlık ilişkisinden ayrıldığı varsayımı yapılmaktadır. Bu nedenlerle davacı, devralma işleminin bir yeniden yapılandırma olmadığından dolayı dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin bu olayda uygulanamayacağını iddia etmiştir.

Hakem heyeti bu iddiaları ve olayın bütünündeki delilleri değerlendirdiğinde davacının bu iddiasını reddederek devralma durumunda da dava hakkının kötüye kullanılması olabileceğini kabul etmiştir.<sup>164</sup> Zira dava hakkının kötüye kullanılması doktrinindeki davaların genelinde yeniden yapılandırma olmasına rağmen, yeniden yapılandırmanın dava hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmesinde geçerli olan hususlar bir devralma halinde de bulunabilir. Yatırımın yeniden yapılandırılmasının altında yatan sebepler, mesela yatırımın uluslararası hale getirilerek YKTK anlaşması ve ICSID Konvansiyonu koruması sağlanması, bir devralma durumunda da yatırımcı için söz konusu olabilir. Aslında başka ICSID davalarında da hakem heyetleri bu sonuca varacak tespitlerde bulunmuştur. Mesela Orascom v Cezayir davasında hakem heyeti, kötüye kullanımın yasaklanmasına ilişkin "genel ilkelerin (...) şimdiye kadar (...) uluslararası yatırım tahkimi davalarındakinden (...) farklı bağlamlarda da geçerli olabileceğini" belirtmiştir.<sup>165</sup>

Cascade v Türkiye davasında hakem heyeti, bir devralmanın, normalde, gerçek bir satış teşkil etmesi ve yalnızca ticari amaçlarla yapılarak ev sahibi devlette gerçek bir ekonomik faaliyette bulunulması niyetiyle yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>166</sup> Bunun için devralmaya konu hisselerin gerçek ve piyasadaki emsallere uygun değerle satılması gerekir. Böyle bir durumda yatırımın el değiştirmesi olarak devralmanın dava hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğine dair şüpheye de mahal yoktur. Ancak nadiren gerçekleşen bazı durumlarda bunun aksi söz konusu olabilir. Bu noktada hakem heyetinin açıklamaları şu şekildedir:

"Bir davadaki deliller, ev sahibi Devlet ile makul ölçüde öngörülebilir bir uyuşmazlık nedeniyle yapılan işlemin iyi niyetine ilişkin endişelere yol açacak kadar olağandışı ise şüpheli koşulların değerlendirilmesi uygun olacaktır. Kuşkusuz, satıcı ve alıcı arasındaki ilişkinin niteliği araştırılması gereken önemli bir unsurdur, ancak bu ilişki aynı holding veya şirket yapısı içinde olmak veya aynı şirkette hissedar olmak ile sınırlı değildir; bir hakem heyeti, satıcı ve alıcı arasındaki işlemin gerçek amaçlarına ışık tutabilecek diğer ortak

<sup>163</sup> Cascade v Türkiye, para. 352.

<sup>164</sup> Cascade v Türkiye, para. 354.

<sup>165</sup> Bu davada Hakem Heyeti, doktrinin çoğunlukla "ev sahibi devletle bir uyuşmazlığın ortaya çıktığı veya öngörülebilir olduğu bir zamanda bir yatırımın YKTK anlaşması korumasından yararlanmak için yeniden yapılandırıldığı durumlarda" kullanıldığını kabul etmiş, ancak "dikey bir şirketler zincirinde birden fazla şirketi kontrol eden bir yatırımcının (...) farklı şirketlere yönelik devlet tarafından gerçekleştirilen tedbirlerden ve zarardan kaçınılmaya çalışıldığı halde de kötüye kullanımın söz konusu olabileceğini" belirtmiştir. Bkz. Orascom v Cezayir, para. 540-542.

<sup>166</sup> Cascade v Türkiye, para. 354.

çıkarların var olabileceği ihtimalini de incelemelidir. [Bunun amacı] işlemin, ilgili uluslararası anlaşma ve ICSID Konvansiyonu'nun korumayı amaçladığı türden bir yabancı yatırımla sonuçlanıp sonuçlanmadığını veya uluslararası anlaşma korumasına sahip olmayanlar tarafından, yalnızca öngörülebilir bir anlaşmazlık nedeniyle mevcut bir yerli yatırımı uluslararası anlaşma şemsiyesi altına almak için yapıp yapılmadığını belirlemektir.”<sup>167</sup>

Uluslararası yatırım tahkimi sisteminin getirdiği korumadan yalnızca gerçek yabancı yatırımcıların yararlanması amaçlandığı için hakem heyeti Cascade'ın gerçek bir yabancı yatırımcı olup olmadığını belirlemek için devralma işlemini bu şekilde incelemiştir. Dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin genel olarak kabul ettiği yeniden yapılandırma işlemlerine benzemese bile Cascade'ın CMD'yi devralması işleminin de dava hakkının kötüye kullanılması olduğuna karar verilmiştir.

Bu da göstermektedir ki, dava hakkının kötüye kullanılması yalnızca yeniden yapılandırma durumlarında gerçekleşmelidir diye bir kuraldan bahsedilemez. Yeniden yapılandırmada olduğu gibi yabancı yatırımcının gerçek olmayan bir uluslararası yatırımı devralma halinde de söz konusu olabilir. Yalnızca uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmanın amaçlandığı bir devralma durumunda da dava hakkının kötüye kullanılması doktrini çerçevesinde gerçek olmayan ve koruma görmeyen bir yatırımdan bahsedilebilir.

## Sonuç

Uluslararası yatırım tahkiminde hakemlerin yetkisi ilgili uyuşmazlıkta uygulanan ulusal mevzuat ve uluslararası anlaşmalarla belirlenir. Uluslararası anlaşmalardan sıkça uygulanarak hakemlerin yetkilerinin kaynağını oluşturan metinler YKTK anlaşmalarıdır. Uluslararası tahkim yargılamasının nezdinde gerçekleştiği, yargılamaların yönetilmesinden sorumlu olan tahkim merkezlerinden biri olarak ICSID'in kurucu mevzuatı ICSID Konvansiyonu da hakemlerin yetkisinin oluşturulması ve değerlendirilmesinde önemli bir yere sahiptir. Bu uluslararası anlaşmalarda yer alan şartlar hakemlerin yargılamayı gerçekleştirmek üzere yetkisi olup olmadığını tespit eder. Hakemlerin yetkisini belirleyen bu şartlar geçerli olarak mevcut olsa bile gerçek ve korunan bir uluslararası yatırımın olması da temel bir zorunluluktur.

Dava hakkının kötüye kullanılması doktrini olarak ifade edilen durum hakemlerin yetkisini ortadan kaldıran hallerdendir. Bu doktrinin amacı uluslararası yatırım tahkiminde yalnızca gerçek uluslararası yatırımların korumadan yararlanarak tahkimde yabancı yatırımcıların ve devletlerin menfaatlerinin korunmasının sağlanmasıdır. Buna göre, yalnızca uluslararası yatırım tahkimi koruması elde etmek amacıyla yerli bir yatırımın gerçek olmayan bir uluslararası yatırım olarak yeniden yapılandırılması veya devralınması halinde dava hakkının kötüye kullanılması durumunun varlığı kabul edilecektir.

Dava hakkının kötüye kullanılmasının varlığının değerlendirilmesinde uluslararası anlaşmalar tarafından korunan bir yatırımın olup olmadığı ilk incelenen husustur. Zira uluslararası yatırım tahkimini ortaya çıkaran uluslararası anlaşma koruması yalnızca gerçek uluslararası yatırımlar içindir. Yerli bir yatırımın, yatırımcının kendi devletine karşı korunmak üzere uluslararası yatırım tahkiminde yargılamaya konu olması mümkün değildir.

Yabancı yatırımcının sürece “ne zaman” dahil olduğu da bu incelemede önem arz eder. Yerli yatırımcı ne zaman yatırımdan çıkmıştır veya yabancı yatırımcıyı kendisi yanında yatırıma ne zaman dahil etmiştir? Yatırıma müdahalenin halihazırda başlamış olduğu durumda uyuşmazlıktan yatırımın korunması için yatırımın uluslararası hale getirilmek üzere yeniden yapılandırılması dava hakkının kötüye kullanılması doktrininin en açık görünümüdür. Bu durumda yalnızca uluslararası yatırım tahkimi korumasından faydalanmak amacıyla yatırımın yabancı yatırımcıya devredilmesi söz konusu

<sup>167</sup> Cascade v Türkiye, para. 354.

olur. Bu da uluslararası yatırım tahkiminde hakem heyetinin yetkisizliği sonucunu dava hakkının kötüye kullanılması kapsamında doğurur.

Buna karşılık, devlet müdahalesinin henüz başlamamış olmasına rağmen yatırıma devlet tarafından müdahale edileceğini öngören yerli yatırımcı yabancı yatırımcıyı sürece dahil edebilir. Yabancı yatırımcı yatırımı tamamen veya kısmen devralarak uyuşmazlığın uluslararası hale getirilmesini sağlar. Böylece devlet yatırıma müdahale ettiği takdirde uğranılan zararların uluslararası yatırım tahkimi koruması çerçevesinde talep edilebilmesinin mümkün olması amaçlanır. Ancak uluslararası hukuk düzeni de kötü niyeti korumayacağı gibi uluslararası anlaşmalarla oluşturulan tahkim sisteminin suistimal edilmesine izin vermeyecektir.

Objektif olarak öngörülebilir hale gelmiş olan bir uyuşmazlık nedeniyle devletin müdahale teşkil eden işlemlerde bulunabileceğinin öngörülmesi üzerine yapılan yeniden yapılandırma veya devralma işlemleri dava hakkının kötüye kullanılması teşkil edecektir. Yabancı yatırımcının görünüşte gerçek bir uluslararası yatırım yapmış olmasına rağmen uluslararası yatırım tahkimi korumasının kendisine sağlanması söz konusu olmayacaktır.

Dava hakkının kötüye kullanılmasının bu şekilde kabul edildiği kararlardan bir tanesi de Cascade v Türkiye davasıdır. Birçok yönüyle diğer kararlardan önemli ölçüde farklılık arz eden bu davada hakem heyeti devlet ile yatırımcı arasındaki ilişkileri bütüncül olarak incelemiştir. Basın sektöründeki şirketlerin yer aldığı bu davada hakem heyeti özellikle öngörülebilirlik çerçevesinde benzer olaylar için önemli çıkarımlarda bulunmuştur.

Cascade v Türkiye davasında yalnızca ekonomik beklentiler ve bunlara dayalı yapılan işlemler dava konusu değildir. Birçok siyasi gelişme ve hatta askeri darbe girişimi iddia ve savunmalarla ilgilidir. Cascade v Türkiye davasının diğer uluslararası yatırım tahkimi davalarından ayırt edici özelliklerinden biri de budur.

Ayrıca, öngörülebilirlik incelemesi kapsamında çeşitli unsurlar hakem heyeti tarafından olaya uygulanması aşamasında bu unsurların birbirleriyle bağlantılı ve, zaman zaman, iç içe geçmiş olması nedeniyle çalışmamızda değerlendirilmiştir. Unsurların her birinin ayrı ayrı hangi olay ile ilgili olduğu ve olaylar kapsamında o unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmiştir. Bu nedenlerle, kararın uluslararası yatırım tahkimi hukuku bakımından özellikleri ile hakem heyetinin bu kapsamda yaptığı değerlendirmeler soyut ve genel olarak incelenmiş olup hakem heyetinin bu hukuki değerlendirmelerini dava konusu olaya uygularken yaptığı tespitler de ayrıca incelenmiştir. Öngörülebilirliğin her bir unsuruna ilişkin yapılan değerlendirmeler de birlikte açıklanmıştır.

## Kaynakça

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 5. Basım, 2021.
- Ataman-Figanmeşe, İnci. "Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar". *Public and Private International Law Bulletin* 31(1) (2012), 91-152.
- Avşar, Melis. "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı" *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 37(2) (2017), 169-221.
- Aydoğmuş, Yasemin. "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvurma İmkânı", *Public and Private International Law Bulletin*, 29(1-2), 2009, 21-84.
- Azıklı Köse, Miray – Avşar, Melis. "Ata v Jordan Kararı Kapsamında Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Bazı Meseleler" *Public and Private International Law Bulletin* 41(2) (2021), 605-644.
- Azıklı Köse, Miray. *Devletin Uluslararası Yatırım Tahkiminde Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Bantekas, Ilias. *An Introduction to International Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Başaran, Halil Rahman. *Uluslararası Tahkim*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.
- Blackaby, Nigel vd. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 6. Basım, 2015.
- Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.
- Brabandere, Eric de. "'Good Faith', 'Abuse of Process', and the Initiation of Investment Treaty Claims", *Journal of International Dispute Settlement*, 3(3), 2012, 1-28.
- Branson, John David. "The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration" *Journal of International Arbitration* 38/2 (2021), 187-214.
- Çalışkan, Yusuf. "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Hükümlere Uygulanabilirliği Sorunu" *Tuğrul Arat'a Armağan*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Çalışkan, Yusuf. *The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment*. Dissertation Publication, 2002.
- Çalışkan, Yusuf. "Dispute Settlement in International Investment Law" *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanism*. ed. Yusuf Aksar. 123-184. Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.
- Dolzer, Rudolf - Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2. Basım, 2012.
- Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- Garibaldi, Oscar M. "Abuse of Rights in Investment Disputes: A Critical Analysis", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 13(2) (2021), 33-118.
- Giray, Faruk Kerem. *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

- Egemen Demir, Işıl. *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Erten, Rifat. *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005.
- Esen, Emre. *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Basım, 2012.
- Fouret, Julien vd. *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Gaillard, Emmanuel. "Abuse of Process in International Arbitration" *ICSID Review* (2017), 1-21.
- İlhan, Ekin Deniz. *Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Karabıyık, Üzeyir. "Abusive Conduct in Investor-State Arbitration: A Focus on Frivolous Claims", *Adalet Dergisi* 68/1 (2022), 487-512.
- Karayel, İsmail Emrah. *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2020.
- Khvedelidze, Mate. "Criteria for Determining the Affiliation of a Foreign Investor to a Particular State in an Investment Arbitration Dispute" *Alternative Dispute Resolution Yearbook* 12/1 (2023), 101-107.
- Nalçacıoğlu Erden, Hümeysra Zeynep. *Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Nalçacıoğlu Erden, Hümeysra Zeynep. "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Kültürel Mirasın Korunması", *Public and Private International Law Bulletin*, 41(2) (2021), 827-873.
- Reed, Lucy vd. *Guide to ICSID Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2004.
- Schreuer, Christoph vd. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2. Basım, 2009.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3. Basım, 2010.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta Yayınları, 7. Basım, 2019.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul: Beta Yayınları, 2023.
- Şit Köşgeroğlu, Banu. *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Terzi, Burak. *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Tiryakioğlu, Bilgin. "Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki". *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı*. ed. Ceyda Süral Efeçinar vd. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2018.
- Tiryakioğlu, Bilgin. *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2003.



Walde, Thomas. "Equality of Arms in Investment Arbitration: Procedural Challenges". *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. ed. Katia Yannaca-Small. 161-188. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Yeşilirmak, Ali. *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.