

Kamu-Özel Hukuk Sarkacında Yatırım Tahkimini Düşünmek

Dr. Sedat ÇAL

Özet

Yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü, sömürge düzeninin –eyemli olmayabilse dahi, en azından- hukuksal bağlamda sona erdiği İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki “*post-kolonyalist*” dönemin en dikkat çekici gündem konularından birisidir. Bu meyanda ICSID gibi yabancı yatırımlara özgülenmiş uluslararası konvansiyonlar üzerinden kamu hukuku ağırlıklı görülebilen andlaşmalar kurgulanmış olduğu gibi, UNCITRAL gibi özel hukuka ilişkin konvansiyonların hem ticari hem yatırım tahkimine olanak sağlayan hukuksal düzlemleri de gözlenmektedir. Yine, uyuşmazlıkların çözümüne yönelik kurumsal temeli oluşturan hukuksal kaynağın “*sözleşme*” veya “*uluslararası andlaşma*” olmasına göre ayrıca bir değerlendirmeye gidilmesi de gerekecektir.

Dolayısıyla, yatırım tahkiminin hem konu olarak, hem de kendisine zemin veren hukuksal andlaşmalar bağlamında gerek özel hukukun ve gerek kamu hukukunun yer edinebildiği bir karma niteliği içerdiği savlanabilir. Böylece, yatırım tahkimi konusunda ikili (*düalist*) bir yapının ortaya çıktığı söylenebilir. Bu yargının bir sonucu olarak, bu tür uluslararası andlaşmalar örgüsünde yatırım tahkiminin ne sadece özel hukuk, ne de münhasıran kamu hukuku bağlamında ele alınabilecek bir kavram olmadığı vurgulanabilir.

Giderek değinilirse, tahkime bağlı kılınan uyuşmazlıklarda verilen kararların birbiri üzerinde zorunlu bir hukuksal bağlayıcılığın sözkonusu olmamasına karşın, hakem heyetleri yine de önceki kararlardan yararlanabilmekte veya dikkate alabilmektedir. Böylece, sözgelimi özel hukuk tahtında çözüme bağlanan bir uyuşmazlık dolayısıyla daha çok belirginlik kazandırılan bir hukuksal kavram, kamu hukuku alanındaki işlemlere dayanan bir başka uyuşmazlıkta yönlendirici bir rol üstlenebilmektedir. Bunun doğal bir sonucu ise, örneğin hak ve nasafetle muamele ilkesinin işlendiği yahut ekonomik zarar kavramının ele alındığı bir SCC kararının daha sonraki ICSID uyuşmazlıklarında yönlendirici işlev gösterebilmesi yoluyla ortaya çıkabilmektedir.

Özetle, yatırım tahkimi üzerinden özel hukuk - kamu hukuku sarkacını bütüncül bir yöntem eşliğinde irdelemek suretiyle öğretiyeye katkı sağlanabileceği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yatırım Tahkimi, Ticari Tahkim, Özel Hukuk, Kamu Hukuku, ICSID, Ekonomik Zarar.

Thinking Investment Arbitration in the Public-Private Law Pendulum

Sedat Çal, Ph.d.

Assoc. Prof., Hacettepe University Law School

Abstract

Resolving international disputes arising from foreign investments have been one of the most challenging issues in the post-colonialist era which have come to an end in legal –if not in praxis- terms by the end of World War II. In this context, some international treaties with public law orientation like ICSID, which has been devoted solely to engineer an investment dispute settlement mechanism, have been structured, while at the same time other international fora like UNCITRAL has also been designed which is primarily based on private law features and deals with international disputes with both commercial and investment arbitration. Moreover, it should be underlined that a further analysis would be necessary, depending on whether the legal institutional design for resolving such dispute is authorised for hearing those disputes through a contract between the parties or by an international treaty.

Therefore, it can be asserted that investment arbitration presents a hybrid nature, both in terms of its subject under discussion and also for the private and public law character creating its own establishment, that is, contract vs. treaty. As a result, it may be claimed that a dualist structure emerges under the investment arbitration regime. This may lead to the conclusion that the concept of international investment arbitration design can neither be taken solely in the context of private law, nor it can be fully comprehended within the boundaries of public law by its own.

It further needs to be followed furthermore, in that, although arbitral awards for such disputes are neither subject to the *stare decisis* principle nor have a binding power on subsequent cases, arbitral tribunals still pay attention to the awards of other tribunals issued in like circumstances. Thus, a legal concept interpreted in a certain manner in a certain arbitral award under the principles of private law may easily have a decisive role or impact upon another dispute with public law character. One natural outcome of this feature, for example, is that an arbitral award by a SCC tribunal analysing the fair and equitable treatment principle or

economic damage concept could provide a navigating role on the decision making process by a subsequent ICSID tribunal using the same principle or concept.

In summary, the paper strives to provide a contribution to the jurisprudence by analysing in a holistic manner the public-private law pendulum in the context of investment arbitration.

Key Words: Investment Arbitration, Commercial Arbitration, Public Law, Private Law, ICSID, Economic Damages.

Kamu-Özel Hukuk Sarkacında Yatırım Tahkimini Düşünmek

İçindekiler

<i>Kısaltmalar</i>	5
Giriş	6
I. “ <i>Kamusallık</i> ” bağlamında yatırım tahkimi – ticari tahkim ayrımı ve farklı ölçütler gereksinimi.....	7
II. Kamu-özel hukuk bağlamında hukuksal kavramların başkalaşımı	10
Sonuç	15
Kaynakça.....	16

Kısaltmalar

AIELN	: Asian International Economic Law Network
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BIT(s)	: Bilateral Investment Treat(y)(ies) (Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşma(sı)(ları))
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi)
İbid	: Aynı yerde
JIEL	: Journal of International Economic Law
K.	: Karar
Op. cit.	: Aynı kaynak
S.	: Sayfa
SCC	: Stocholm Chamber of Commerce (Stokholm Ticaret Odası)
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TDM	: Transnational Dispute Management dergisi
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu)
Vd.	: Ve devamı
WTO	: World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması
YKY	: Yapı Kredi Yayınları

Kamu-Özel Hukuk Sarkacında Yatırım Tahkimini Düşünmek¹

Dr. Sedat Çal²

Giriş

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kamusal yargılama düzenleri içinde yargıçlar yerine tarafların üzerinde anlaştıkları hakemler aracılığıyla çözüme kavuşturulmaları, tarihsel süreçte çok eski zamanlardan beri karşılaşılan uygulamalardır. Özellikle ticarete ilişkin uyuşmazlıkların kamusal nitelik içermediği anlayışıyla, bireylerin kendi aralarındaki uzlaşma düzenleri (hakemler ve dolayısıyla tahkim dizgeleri) uygulamasına gidilmesinde temel olarak itiraz edilen bir yön de bulunmamaktadır. Kamu düzenini ilgilendiren hususlar ortaya çıkmadığı sürece bir ticari uyuşmazlığın hakemler eliyle çözüme bağlanması ve bu kararın kamusal güç eliyle uygulanması ise bilindiği üzere tenfiz yoluyla mahkemeler üzerinden gerçekleştirilmekte, bu süreçte kamu düzenine ilişkin bir aykırı yön olmadığı sürece sorun görülmemektedir. Giderek ticari ilişkilerin dışındaki alanlarda dahi seçimlik uzlaşma mekanizmalarına yer verilerek daha etkin bir adalet anlayışına hizmet edileceği kabul görüyor durumdadır. Günümüzde uluslararası ticarete ilişkin uluslararası tahkim mercilerinin bu bağlamda işlev görmesinde temel olarak “*ontolojik*” bir sorun görülmediği söylenebilir.

Öte yandan, uluslararası sermaye akışının yahut başka deyişle yabancı yatırımların devletle ekonomik ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarında, konu çetrefilleşmektedir. Yabancı yatırımların korunması sorununun, esas olarak İkinci Dünya Savaşı’nı izleyen dönemin sömürgeciliği hukuksal bakımdan kaldırmasıyla gündeme geldiği gözlenmektedir. Sömürge ülkelerindeki yatırımların korunması bakımından daha önceleri bir sorunla –doğal olarak- karşılaşılmazken, sonraki dönemde artık başgösteren belirsizlik, sermaye ihraç eden gelişmiş ülkeleri yatırımlarının korunmasına yönelik dizgeler kurgulamaya yönlendirmiştir. Bu bağlamda ilk kez 1959 yılında Almanya ile Pakistan arasındaki ikili anlaşmayla, yatırımların karşılıklı desteklenmesi ve korunmasına yönelik uluslararası anlaşmalar kurgusu yaşama geçirilmiş oldu. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) anlaşmaları – “*Bilateral Investment Treaties –BITs*”) süreci, özellikle piyasadaki ekonomi anlayışının tek

¹ İşbu makale, 28 Şubat – 1 Mart, 2013 tarihlerinde İstanbul’da düzenlenen Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması Kongresi’nde sunulan bildirinin yazıya geçirilmiş şeklidir. Çalışmanın İngilizcesi, yurtdışındaki bir yayınevi tarafından anılan Kongre’deki bildirilerin derlendiği bir kitap içindeki bölüm olarak yakın bir gelecekte ayrıca yayımlanacaktır.

² Doçent; Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı.

paradigma olarak egemenliğini küresel ölçekte kabul ettirdiği 1980 sonrasında dikkat çekici bir ivmeye kavuşmuştur. Nitekim, YKTK andlaşmalarının 3 bini aşan bir yüksek sayıya ulaşması, durumu açıkça ortaya koymaktadır. Bu andlaşmaların çoğunluğu, yabancı yatırımcılar ile yatırımların yapıldığı devletler arasında doğacak uyuşmazlıklarının konak ülke yargılıkları (mahkemeleri) yerine uluslararası tahkim kurgusu içinde çözümleneceğini öngörmektedir. Bunu kısaca yatırım tahkimi ifadesiyle kavramsallaştırdığımızı belirtelim.

Bu noktada değinmek gerekir ki, yatırım tahkimi YKTK andlaşmalarından doğabileceği gibi, bu tür bir andlaşma olmaksızın, konak devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki bir yatırım sözleşmesine de dayanabilmektedir. Dolayısıyla, ilkinde siyasal risklere karşı korunmanın, ikincisinde ise temel olarak ticari nitelikteki uyuşmazlıkların tahkim kapsamına alındığı söylenebilir (ancak bu durum mutlak değildir; zira, ilkinde şemsiye hükümler aracılığıyla ticari hususlar andlaşma uyuşmazlığına dönüştürülebilmekte, ikincisinde ise siyasal risklerin kapsanabilmesi olanağı bulunmaktadır).

Şu halde, yatırım tahkimine değinirken, burada siyasal risklerin içerdiği “*kamusallık*” ile birlikte ticari uyuşmazlıkların yer alabildiği bir “*karma*” yapının doğduğu gözlemlenebilir. Bu karma yapıyı daha da karmaşıklaştıran husus ise, bunların ICSID gibi yatırım tahkimine özgülenmiş bir kurumsal tahkim yerine bağlı kılınabildiği gibi, UNCITRAL yahut Stokholm Ticaret Odası (SCC) tahkimi gibi, uluslararası ticari uyuşmazlıkları görmek üzere kurgulanmış tahkim merkezlerine de götürülebilmesidir. Aşağıda, işte bu karma yapının özel-kamu hukuku bağlamında ne tür sorunlara yol verdiğine değiniyor olacağız.

I. “*Kamusallık*” bağlamında yatırım tahkimi – ticari tahkim ayrımı ve farklı ölçütler gereksinimi

Yatırım tahkiminde karşılaşılan uyuşmazlıklar, yabancı yatırımcılar ile konak ülkeler arasındaki ilişki bağlamında mutlaka devletlerin düzenleyici işlevi üzerinden ortaya çıkmıyor; bunu özellikle vurgulamak gerekir. Yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına yönelik ikili veya çok taraflı andlaşmalarda sıklıkla yer verildiği görülen şemsiye hükümler üzerinden, yabancı yatırımcılar ile konak ülkeler arasındaki tamamen ticari nitelikteki sözleşmelerden kaynaklanan –yine tamamen- ticari nitelikteki uyuşmazlıklar, birdenbire uluslararası andlaşma uyuşmazlığına dönüşüvermektedir. Bu, ele alınması gereken bir veçhedir. Bir diğer boyuta bakılırsa, anılan andlaşmalar bağlamında, konak ülkelerin egemen gücü kullandıkları

“düzenleyici” işlev dolayısıyla da uyuşmazlıklar belirebilmektedir ve yatırım tahkimine konu edilmektedir. İşte, yatırım tahkiminin kimi zaman münhasıran ticari nitelikteki bir uyuşmazlığı –uluslararası ticari tahkim geleneğine uygun biçimde- çözmeye yeltendiği açıktır. Ne var ki, kimi zaman da, az önce değindiğimiz, konak ülkeleri düzenleyici işlevlerinin doğurduğu “kamu gücü kullanımı” kaynaklı sorunlar gündeme gelmektedir. Bunların giderek artan sayıda yatırım tahkimine konu edildiği öğretilerde vurgulanmaktadır.³

Dolayısıyla, önümüzdeki soru, yatırım tahkiminin bu “kamu gücü kullanımı” konularında ne denli uygun bir uyuşmazlık çözüm yeri olduğuna yöneliktir. Ticari nitelikteki uyuşmazlıklara uygulanagelen “özel hukuk” alanında geliştirilmiş ölçütler, esaslar veya kabuller yahut yaklaşımlar, işbu “kamusal” nitelikteki uyuşmazlıklara ne denli uygulanabilir sayılacaktır? İşte, sorunumuzun odaklandığı yer burasıdır ve öğretilerde de değinildiği üzere, “bir çok ICSID hakem heyeti uluslararası tahkimin özel hukuk kökenlerinden geliştirilmiş değerlendirme ölçütlerini kullanmaya devam etmektedir.”⁴ Yine, öğretilere göre;

“uluslararası tahkim heyetlerinin kamu hukuku tahtında daha uygun değerlendirme ölçütleri geliştirebilmeleri için, öncelikle uyuşmazlıkların kamusal niteliğini ortaya koyan sınırları iyice belirleyebilmeleri ve buna göre uyuşmazlıkta hangi hususa kamusal hukuk nitelikli seçimlik ölçütleri uygulayacaklarını kararlaştırabilmeleri gerekmektedir. Böylece, düzenleyici veya idari nitelikteki hususlara kamu hukuku ölçütleri uygulanmalıdır; dahası, bunların içindeki bir grup alt kümeye –ki bunları “anayasal benzeri (“quasi constitutional”)” terimiyle ifade edebiliriz- bu seçimlik ölçütler evveliyetle uygulanmak gerekir.”⁵

Şu halde, “uluslararası hakem heyetlerinin bu uyuşmazlıklarda kamu hukuku bağlamını gözden kaçırarak, devletlerin kamusal düzenleyici etkinliklerini yargılamak üzere uygun seçimlik ölçütler kullanma açısından uyumlu bir öğreti geliştirmekte başarısız oldukları”⁶ söylenebilecektir.

³ Burke-White, William W. & von Staden, Andreas, Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor- State Arbitrations", Scholarship at Penn Law, Paper 286, 2009, s. 2 (http://lsr.nellco.org/upenn_wps/286) (E.T. 14 Şubat, 2013).

⁴ İbid, s. 3.

⁵ İbid, s. 9.

⁶ İbid, s. 2.

Yatırım tahkiminin, uluslararası ticarete ilişkin tahkimle aynı düşünsel kurgulama içerisinde algılanıyor olması, yatırım tahkimi olarak bilinen alanda ağırlığın ticari olmayan ilişkilere irtibat etmesi nedeniyle ciddi bir “uygunluk” sorunu doğurmaktadır. Ülkemizde bu hususa ilişkin irdelemelere yeterince gidilmediği söylenebilir. Dahası, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri sürecinde konunun sanki münhasıran ticari ilişkilere irtibat eden bir husus gibi algılanmış olması ve özellikle ağırlıklı olarak özel hukuk alanından yaklaşmış olunması herhalde yerinde görülemez. Zira, öğretilen bir görüş içerisinde dikkat çekici biçimde vurgulandığı üzere;

“(ö)zel hukukçuların kamu hukuku yaklaşımlarını pek fazla anlamak istemeyişinden kaynaklanan sorunlar da var. Aksi varit (değil) pek, çünkü kamu hukukçuları zannediyorum ki özel hukuk(u) biraz daha fazla inceleme, onunla aşinalık kurma eğilimine sahiptirler de, özel hukukçular kamu hukukuna pek fazla iltifat etmezler diye düşünüyorum. Bir parça da zaman zaman ortaya çıkan yanlış anlayışlar, bazı meseleleri tam kavrayamama gibi durumlar bundan kaynaklanıyor bence.”⁷

Dolayısıyla, konumuz bağlamında ayrıca değinmek gerekir ki, ülkemiz bakımından olduğu kadar, uluslararası tahkim uygulamalarına bakıldığında hakem heyetleri itibariyle aynı hususun geçerli olduğu ve uluslararası ticarete ilişkin olarak özel hukuk alanındaki değerlendirme ölçütlerinin yatırım tahkiminde uygulanmasının isabetsizliği savlanabilecektir.

Yatırım tahkiminin kamu hukukuyla ilintisi ve bu bağlamda ticari uyuşmazlıklar için kurgulanmış uluslararası tahkime elverişli olmaması yönünde ciddi eleştiriler getirildiği biliniyor. Bu çalışmada buna ilişkin açıklamalara gitmeksizin, sadece bir kaç akademik yayına yollamada bulunmakla yetinilecektir.⁸ Keyfiyetin yatırım tahkimi bağlamında bir “meşruiyet krizi”ne yol açtığı değinilerine de, yine kısaca yollamada bulunmakla yetinelim.⁹ Yine

⁷ Azrak, Ülkü; *içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, 16 Temmuz, 1999, TBB Yayını, s. 26.

⁸ Örneğin, bkz. van Harten, Gus; *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, New York, 2007; keza, bkz. Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009; Çal, Sedat, *Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi*, AÜHFD, C. 57, Sy. 4, 2008, s.135-190.

⁹ Bkz. Burke-White, William W.; *The Argentina Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, C. 3, Sy. 1, Mart 2008; Franc, Susan D.; *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration:*

ekleyelim ki, yatırım tahkimindeki giderek artan meşruluk sorunu, kısmen devletlerin kamu hukukuna giren etkinliklerini yargılayan hakem heyetlerinin değerlendirme ölçütlerindeki uygunsuzluktan ve seçtikleri ölçütlerin öğretisel kurgusunda açıklığın bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bu ölçütler uluslararası tahkimin özel hukuk kökeninden türetilmemelidir; aksine, karşılaştırmalı kamu hukuku bağlamındaki benzer durumlara dayandırılmalıdır, ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları bu konuda yol gösterici olabilir.¹⁰

Yine, Kalderimis'e göre, uluslararası ticarete ilişkin küresel andlaşmalar kurgusu devletlere özel kişiler karşısında pek çok kamu gücü politikası kullanma olanağını sağlarken, yatırımlarda bu durum sözkonusu edilmemekte, bu da yatırım konularında tahkim heyetlerinin "hukuk yaratması" gereksinimini doğuruyor görünmektedir. Oysa, yapılması gereken, YK TK dizgesinde egemen gücün kamu siyaseti kullanımına yönelik olarak, kamusal mallar konularında uygun siyaset izleyebilecekleri ayrık alanların yaratılmasıdır.¹¹

II. Kamu-özel hukuk bağlamında hukuksal kavramların başkalaşımı

Özel hukuk tahtında belirginlik kazanmış kavramların kamu hukukunda dönüşüm yahut başkalaşım geçirebildiğine değinmek gerekir. Kamu hukuku, doğal olarak özel hukuk tahkimini de etkileyecektir; örneğin, uluslararası ticari tahkimde bir taraf devlet ise, buradaki tamamen ticari niteliği haiz ilişkide "zaruret hali" kavramı bir özel hukuk kavramı olarak kendi başına yalıtık kalmayacaktır. Yatırım tahkiminde geliştirilen "kamusal sorumluluklar yahut zorunluluklar" bağlamı yorumlar, bu kavramın devletin ticari şapkasıyla belirlediği ticari uyuşmazlıklar tahtında da yatırım tahkimindeki "dönüşmüş" şekliyle uygulama alanı bulabilecektir. En azından kuramsal olarak böylesi bir olasılık düşünülebilir kanısındayım. Dolayısıyla, burada sözkonusu olan, sadece hak ve nasafetle muamele gibi "ilkelerin" yatırım

Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73, 2005; Walde, Thomas / Sabahi, Borzu; "Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law", C. 4, Sy. 6, Kasım 2007.

¹⁰ Bkz. Burke-White & von Staden; Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor- State Arbitrations, op. cit., s. 3.

¹¹ Bkz. Kalderimis, Daniel; Investment Treaties and Public Goods, AIELN Conference, 3 Ağustos 2009' da sunulan bildiri (http://aie.ln1.web.fc2.com/Kalderimis_panel3.pdf) (E.T. 14 Şubat, 2013).

tahkiminde bir şekilde yorumlanması anlamında bir etkileşim değildir; bunlara ek olarak, terimlerin veya kavramların da ilkelerle birlikte etkileşimli kullanım olasılığı vardır.

Bir görüşe göre, Alman öğretisinde kabul gördüğü üzere¹², bir özel hukuk kurumu olan “sözleşme”, idare hukukuna yabancı bir kavramdır ve sözleşme kavramının eşitler arası ilişkileri gerektirmesi dolayısıyla, idarenin üstün yetkiler kullanabilmesi gereği karşısında, idare hukukunda sözleşmeden söz edilemez. Fransız öğretisinden Duguit de aynı görüşü paylaşmaktadır. Ancak, zaman içerisindeki gelişmelerin bu görüşü teyid etmediği ve kamu hizmetlerinde görülen artışların etkisiyle sözleşme kurumunun idare hukukunda cevaz görmeye başladığı; ancak, diğer kimi kurumlar gibi, **özel hukuktaki kavramların idare hukukuna geçiş yaparken mahiyetini değiştirerek kamu hizmetlerinin ve idare hukukunun bünyesine uygun bir hal aldığı** görüşü savunulmaktadır.¹³

Örneğin, kamu hizmeti olarak nitelendirilen kimi hizmet alanlarında özel girişimin bu türden hizmetleri yürütmesi durumunda, hizmetten alınan bedelin ne denli özel hukuk karakterini koruyacağı hususu yeterince kuşkuyla sayılabilir. Bu duruma bir “*metafor*”¹⁴ kullanarak açıklık getirmeye çalışalım. Bilindiği üzere, Anadolu’da yerel görenek ve gelenekler çerçevesinde, mutlu günlerde veya toplumu kaynaştıran acı olaylar karşısında insanlarımız biraraya gelir, bu meyanda yemek veya tatlı ikramları da yapılır. Buradaki toplanmalarda sunulan ikramlara yaklaşım, doğal olarak “*degüstatif*” bir saik içermez. Başlıca amaç, deyim yerindeyse “*tazakkum etmek*” değil, mutlu veya acı bir günü dostlarla birlikte paylaşmak, bir deyişle “*kıvançta ve tasada ortak olmak*”tır. Sunulan ikramlar, sadece bir yan unsur mahiyetinde –ancak- değerlendirilebilir. Başka bir deyişle, bu türden toplantılarda

¹² Aynı yönde bkz. Azrak, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, *op. cit.*, s. 32.

¹³ Bkz. Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1591.

¹⁴ “*Metaforlar sayesinde genel bir dünya görüşü ya da anlayış ifade edilir. (...) (D)ilbilimci George Lakoff ve filozof Mark Johnson “metaforun özü bir şeyi bir başka şey üzerinden anlamak ve deneyimlemektir” derler. (...) (M)etafor sadece süslü bir eklenti değildir. Aksine dünyayı temel olarak anlama ve anladığımızı başkalarına iletme biçimimizdir. (...) Bu metaforlar anlayışımızı ve eylemlerimizi etkilerler. (...) Metaforlar aynı zamanda bilim için de esastır çünkü halihazırda aşına olduğumuz bir şeyin terimlerini kullanmadan yeni bir şey betimlemenin yolu yoktur*” (bkz. Nelson, Julie; Hayatımızdaki Ekonomi, (Çev. Didem Kizen), YKY, İstanbul, 2011, s. 49, 50).

sunulan ikramlar, bahsekonu toplumsal olayların içerisinde bir “amaç” değildir ve esasen “araç” işlevini görmektedir.

İşte, bu “metafor”a benzer biçimde, kamu hizmetlerindeki bedel konusu da, verilen hizmet veya bu bağlamda oluşturulan ilişki çerçevesinde asıl olarak amaçlanan unsur değildir; münhasıran bu etkinliğin “fer’i” nitelikteki bir ögesi olarak belirir. Öğretiden bir görüşteki ifadeyle;

“... iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinin karlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi esas olduğundan, bu hizmetler karşılığı olarak hizmetten yararlananlardan alınan paraların kar elde etme amacına yönelik bir fiyat olduğu söylenebilir. Ancak gene de kamu hizmetlerinin nesnellik ve eşitlik ilkelerinden tam olarak ayrılmamak ve bu hizmetlerden yararlananların da ödeme güçlerini gözönünde tutarak bu fiyatı belirlemek gerekir. Zira, her ne kadar bu hizmetlerin karlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi öngörülmekte ise de, asıl amaç kar elde etmek değil ve fakat toplumsal gereksinimleri gidermek suretiyle kamu yararını sağlamak olmalıdır. Kar olsa olsa, esas itibariyle kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bu faaliyetlerin bir sonucu olabilir.”¹⁵

Dolayısıyla, bir kamu hizmetinin görülmesinde özel girişime yer verildiği takdirde, idare ile özel girişimci arasındaki sözleşmenin veya ruhsatın etrafında doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, etkin bir işlev görebilecektir. Zira, asıl amaç, “kâr” elde etmek değil, bir kamusal hizmetin görülmesini temin etmektir. Kazanç, –hemen yukarıdaki paragrafta da değinildiği üzere- ancak bir sonuç olarak ortaya çıkabilir.¹⁶

Tarafları özel kişiler olan, yahut bir tarafı idare olsa dahi konusu kamusal nitelik içermeyen, tamamen ticari nitelik taşıyan (devletin kırtasiye malzemesi alımına yönelik sözleşme gibi) durumlarda, iki tarafın hak ve yükümlülüklerini belirleyen başlıca unsur “ticari ortam” iken, kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin sözleşmeler –benzetmemizden ödünç olarak yer verirsek- “düğün veya cenaze evinde yenilen yemek” bağlamında ele alınabilir.¹⁷

¹⁵ Günday, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2003, s. 302.

¹⁶ Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 851.

¹⁷ Nitekim, Anadolu’nun pek çok köşesinde çok zarif bir uygulamaya rastlanır. Buna göre, herhangi bir kamusal zorlama olmaksızın, tamamen toplumsal dayanışma saikiyle, yerel otobüs şirketleri tüm cenaze törenlerine bedelsiz taşıma hizmeti verir. Bu güzel gelenek, yöre halkına müşteri

Yani, amaç, ortam, kısaca her şey farklı bir zeminde cereyan eder. Aslolan, ziyarete gelenlerin “*tâkatsiz kalmamaları*” veya bir başka deyişle “*girişimleri*” nedeniyle bir de üstüne “*zulüm görmemeleri*”; özetle ve kısaca, belirli ölçüde bir asgari ikramın sunulmasıdır.

Kamu hizmetlerindeki bedel de buna benzetilebilir; aslı amaç, girişimcinin “*tâkatsiz kalmasını*” önlemektir. Ancak, “*mükellef bir ziyafet*” de bu ortamın amaçsal çerçevesi içerisinde yer almaz. “*Etkinliğin*” toplumsal boyutu, girişimciyi de kapsamak durumundadır.

Şimdi, bu varsayımsal metafordan nasıl sonuç çıkarabileceğimize dair bir örnek vererek, konuyu daha anlaşılır kılmaya çalışalım: Bilindiği üzere, yüksek nüfuslu kentlerimizin çoğunda yerel ulaştırma alanında etkinlik gösteren özel halk otobüsleri işlev görmektedir. Danıştay’ın bir kararına göre¹⁸, yaşlılar, gaziler, öğrenciler gibi kimi toplum katmanları, belediyece işletilen otobüslerde olduğu gibi özel halk otobüslerinden de – toplumsal dayanışma saikiyle- indirimli tarife karşılığında yararlanacaklardır. Bu karar, kuşkusuz belediyeden ruhsat alarak yatırıma girilen ve hizmeti sunan özel halk otobüs sahipleri bakımından gelirlerin azalması sonucunu doğuracaktır. Belediyenin normal taşıma tarifesinde artışa giderek, indirimli tarife dolayısıyla ortaya çıkan gelir kaybını telafi etmeye çalışması düşünülebilecektir. Yine, örneğin son günlerde basına yansıdığı üzere, şehirlerarası taşımacılıkta belli gruptaki kişilere bedelsiz yolculuk hakkı tanınması gibi bir zorunluluk getirilirse, taşımacılık yapan “*yabancı*” girişimcilerin bundan doğacak zararlarının hukuksal koruma kapsamına girmesi soru işareti doğurabilecektir. Giderek kamu hizmeti yahut yeni seçimlik adlandırma ile “*evrensel hizmet yükümlülükleri*” niteliğindeki uygulamalarda sorunların doğabileceği hususu düşünülme gerekir.

Ancak, buradaki temel sorun, zararın nasıl hesaplanacağına yatmaktadır. İndirim tutarı kadar artış yapılarak girişimcinin beklenen gelir düzeyi mi, yoksa indirim tutarı dolayısıyla girişimcinin taşıma birim maliyetinden eksik kalan tutarın karşılanması –ve belki bir miktar bunun üzerine çıkılması- mı esas alınacaktır? Buna verilecek yanıt, tamamen ticari nitelikteki bir ilişkide kuşkusuz birincisidir. Ancak, kamusal boyut içeren bir ilişkide, bir başka deyişle kamu hizmetlerinde, esas olanın faaliyetin “*kamusal rengi*” olduğu ve dolayısıyla, beklenen gelirin karşılanması veya “*kâr*” odaklı bir hizmet anlayışının bu alanda

sıfatıyla verilen hizmetin, bir tür “*evrensel hizmet*” yükümlülüğü şeklindeki gönüllü uygulamasını temsil ediyor denilebilir.

¹⁸ Bkz. Danıştay 10. Dairesi’nin 25 Haziran, 1997 tarih ve E. 1997/160, K. 1997/2583 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 95, s. 641 vd.

geçerli olmadığı hususu, olası savlar arasında değerlendirilebilir kanısındayım. İşte bu durum, bizi yukarıda yer verdiğimiz metafor ile örtüşen bir konuma getirebilecektir.

Bu analize geçerlik tanınabildiği ölçüde, konu, yatırım tahkimi boyutunda da gündeme gelebilecektir. Bu anlamda, sözgelimi, uluslararası ticari tahkimin münhasıran ticari nitelikteki ilişkiyi görmesine karşın, yatırım tahkiminde devletin kamusal boyut içeren eylemlerinin dava konusunu teşkil etmesi, bu husustaki kararlarda farklı yargılara yer verme gereğini doğurabilecektir. Sözgelimi, genel ekonomik kriz nedeniyle devletin aldığı ekonomik önlemler paketinden zarar gören yabancı yatırımcı bakımından, zararın belirlenmesinde özel ticari ilişkilere kıyasla daha farklı kamusal ölçütlerin uygulanması gündeme gelebilir. Nitekim, geçtiğimiz yıllarda Arjantin'in ekonomik bunalım nedeniyle kimi kamu hizmeti alanlarındaki tarifeleri döviz yerine yerel para cinsinden sabitlemesi, çok sayıda yatırım tahkimi davalarına yol açmıştır.¹⁹

Bu yönde bir başka örnek daha verelim: Endonezya'da ekonomik kriz nedeniyle elektrik talebinin düşmesi sonucunda yabancı yatırımcının elektrik üretim santralinden 30 yıl boyunca elektrik almayı yükümlenen kamu elektrik şirketi, ikinci yıldan sonra artık bu sözleşmede öngörülen elektrik miktarını alamayacağını bildirmiştir. Sözleşmeye göre, bir kısmı ilave üniteler kurmak şeklinde, daha gerçekleştirilecek kapasite artırım yatırımları da bulunmaktadır.²⁰ Bu durumda, sadece sözleşme hükümlerine bakılacak ve olay sadece ticari sözleşme yahut ticari ilişki boyutunda değerlendirilecek olursa, yatırımcının tüm “gerçekleşmiş” ve sözleşmeye göre yapılacak yatırımlar dolayısıyla “beklenen” kârının tazmini gerekebilecektir. Nitekim, tahkim heyeti aynen bu şekilde konuyu karara bağlamakta tereddüt göstermemiştir. Ancak, öğretilerde bu tür durumlarda en azından yapılacak yatırımlar bakımından konunun beklenen gelir ve kâr kaybı ölçülerine göre değil, gerçekleştirilmiş harcamalardan ötürü üstlenilmiş durumdaki maliyetler ölçüğünde kurgulanması gerektiği de savunulmaktadır.²¹

Yine, örneğin sorumluluk kavramı bakımından özel hukuk ile kamu hukuku arasında farklı ölçütlerin uygulanabildiği görülmektedir. Buna göre, sağlık hizmetleri itibariyle özel

¹⁹ Bkz. Spears, Suzanne A.; The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements, Journal of International Economic Law (JIEL), Vol. 13(4), 2010, s. 1043.

²⁰ Bkz. Marrella, Fabrizio / Marboe, Irmgard; “Efficient Breach” and Economic Analysis of International Investment Law, TDM - Provisional Issue, Mart 2007, s. 7, 8.

²¹ Bkz. *İbid.*, s. 9-11.

hastanelerde özel hukuk tahtında hafif kusurlardan dolayı sorumluluk ilkesi geçerliyken, kamu hastanelerinde idarenin sorumlu tutulabilmesi için ağır kusurun varlığı aranmaktadır.²²

Hukuksal kavramların başkalaşım veya dönüşümüne son bir örnek daha verelim. Sözelimi, bir YKTK andlaşmasında yer alan zorunlu (“*necessary*”) terimi kamu hukuku tahtında mı, özel hukuk tahtında mı ele alınarak yorumlanacaktır? Öğretideki bir görüşe göre, “*bu terimi tarafların çelişen hak ve çıkarlarını dengeleyecek biçimde kamu hukuku tahtındaki değerlendirme ölçütleri itibariyle ele alarak yorumlamak gerekir.*”²³

Sonuç

Yatırım tahkimi bağlamında özel hukuk kendi başına tüm sorunlara yanıtlar getirecek bir etkinlik noktasından uzak kalmaktadır. Bu tahkim türünde uyuşmazlık konuları giderek artan oranda kamu hukuku alanıyla ilintili hususları içermektedir ve dolayısıyla kamu hukuku kökenli sorunlara münhasıran özel hukuk kavram ve terimleriyle çözümler getirebilmek olanağı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, dengeli bir özel/kamu hukuku ilişkisini bütüncül bir bakış açısını dikkate alarak kurgulamak gereksinimi ortadadır.

²² Gözler, Kemal / Gürsel, Kaplan; İdare Hukukuna Giriş, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2012, s. 308. Bu yönde iki yargı kararı için bkz. Danıştay 10. Dairesi’nin 6 Ekim, 1982 tarih ve E. 1982/1959, K. 1982/2613 ile 3 Mayıs, 1995 tarih ve E. 1995/2379, K. 1994/3258 sayılı kararları.

²³ Burke-White & von Staden; Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor- State Arbitrations, op. cit., s. 11.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler:

- Azrak, Ülkü; içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, 16 Temmuz, 1999, Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Burke-White, William W. & von Staden, Andreas, Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor- State Arbitrations", Scholarship at Penn Law, Paper 286, 2009, s. 2 (http://lsr.nellco.org/upenn_wps/286) (E.T. 14 Şubat, 2013).
- Burke-White, William W.; The Argentina Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, C. 3, Sy. 1, Mart 2008.
- Çal, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Çal, Sedat, Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 4, 2008, s.135-190.
- Franc, Susan D.; The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73, 2005.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- Gözler, Kemal / Gürsel, Kaplan; İdare Hukukuna Giriş, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2012, s. 308.
- Günday, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2003.
- Kalderimis, Daniel; Investment Treaties and Public Goods, AIELN Conference, 3 Ağustos 2009'da sunulan bildiri (http://aie ln1.web.fc2.com/Kalderimis_panel3.pdf) (E.T. 14 Şubat, 2013)
- Marrella, Fabrizio / Marboe, Irmgard; "Efficient Breach" and Economic Analysis of International Investment Law, TDM - Provisional Issue, Mart 2007.
- Nelson, Julie; Hayatımızdaki Ekonomi, (Çev. Didem Kizen), YKY, İstanbul, 2011.
- Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Spears, Suzanne A.; The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements, Journal of International Economic Law, Vol. 13(4), 2010.

van Harten, Gus; Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford University Press, New York, 2007.

Walde, Thomas / Sabahi, Borzu; “Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law”, C. 4, Sy. 6, Kasım 2007.

Yargı Kararları:

Danıştay 10. Dairesi'nin 25 Haziran, 1997 tarih ve E. 1997/160, K. 1997/2583 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 95.

Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Ekim, 1982 tarih ve E. 1982/1959, K. 1982/261 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin 3 Mayıs, 1995 tarih ve E. 1995/2379, K. 1994/3258 sayılı kararı.