

Dr. Sedat ÇAL

**ULUSLARARASI
YATIRIM TAHKİMİ
ve
KAMU HUKUKU
İLİŞKİSİ**



Uluslararası Yatırım Tahkimi
ve
Kamu Hukuku İlişkisi

Dr. Sedat ÇAL

**ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ
VE
KAMU HUKUKU İLİŞKİSİ**



seçkin

Ankara, 2009

Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi

Sedat ÇAL

Uluslararası İlişkiler Dizisi: 14

ISBN 978-975-02-0975-8

Birinci Baskı:

Nisan 2009

© **Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.**

Bu kitabın her türlü yayın hakkı Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.'ye aittir. Yayınevinin izni olmadan, eğitim ve tanıtım amaçlı kısmi alıntılar hariç olmak üzere hiçbir şekilde kitabın tümü veya bir kısmı yayınlanamaz ve çoğaltılamaz.

Sayfa Tasarımı:

Ayşegül Genç

Kapak Tasarımı:

İsmail Çam

Yayın ve Dağıtım:

Merkez: Seçkin Yayıncılık, Sağlık Sokak No: 19/B-21 06410 Sıhhiye, ANKARA

Tel: (0-312) 435 30 30 (Pbx), Faks: (0-312) 435 24 72

Şube: Strazburg Cd. No:23/B Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 230 52 62 ankarasube@seckin.com.tr

Şube: Ankara Adliye Sarayı K Blok Zemin Kat Sıhhiye, ANKARA Tel: (0-312) 309 52 48

Şube: Abide-i Hürriyet Caddesi 179E (Şişli Ceza Adliyesi Altı) Şişli-İSTANBUL Tel: (0-212) 234 34 77

Web Adresi: www.seckin.com.tr, E-posta: yayin@seckin.com.tr

Baskı:

Seçkin Yayıncılık, Tel: (0-312) 435 30 30

TELGRAFHANE

Uyumayacaksın
Memleketinin hali
Seni seslerle uyandıracak
Oturup yazacaksın
Çünkü sen artık o sen değilsin
Sen şimdi ıssız bir telgrafhane gibisin
Durmadan sesler alacak
Sesler vereceksin
Uyuyamayacaksın
Düzelmeden memleketin hali
Düzelmeden dünyanın hali
Gözüne uyku giremez ki...
Uyumayacaksın
Bir sis çanı gibi gecenin içinde
Ta gün ışığıncaya kadar
Vakur metin sade
Çalacaksın.

(1952)

Melih Cevdet ANDAY

O, bir Çin bilgesinin öğüdünü tutarcasına yetmişbeşinde ceviz çillendirip dağa taşa eken, hayatının her aşamasında kendisini üretmeye ve topluma yarar sağlamaya adanmış, “en hayırlınız, etrafına en yarar sağlayandır” düsturunu amel edinmekte rahat bulmuş “Enstitü”lü öğretmen ve –belki daha doğru bir deyişle- “Üretmen”, Kastamonu Göl’ün Anadolu’ya –Doğan Cüceloğlu Hocamızın özenle vurgulayarak değindiği üzere- saçtığı binlerce aydın ışıktan biriydi..

Tek söz etmeksizin bana sadece “hâl”iyle mükemmel bir örnek olabildiği için ömrümce taşıyacağım minnet borcumu bu kitapla bir nebze olsun ödemeye çalıştığım –ve maalesef bu kitabı kendisine takdim edebilmek üzere yetiştirmeye çok çabalasam da, habis hücrelerle zaman yarışını kaybettiğim-;

Babam Tahsin ÇAL’ın

Aziz Hâtırasına...

Ve “yalnız”,

ve benzersiz ülkemin eşsiz güzel insanlarına,

sevgiyle....

Teşekkür Yerine...

Deniz kenarında gözalcı güzellikteki efsunkâr deniz kabukları veya küçücük ama harikulade desenleriyle büyüleyici taşlar, biteviye süren dalgaların, rüzgarın, kumun veya diğer taşların, velhasıl onlarca dış etmenin katkısıyla ancak ortaya çıkabilir. Toplumsal bir varlık olarak insanın bireysel yapılanması da toplumsal bir üretdir aslında.

“Suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar” yaklaşımıyla hümanist ceza hukuku öğretisinin özünü dile getiren Hocamız Faruk Erem’in bu sözündeki “insan” ibaresini “toplum” sözcüğüyle değiştirmenin uygun olacağını savlamak olasıdır. Buradan ilham alarak, benzer bir yaklaşımla, bireyin sadece “suç” algılamasına bağlı kılınan eylemlerinde değil ve fakat aynı zamanda ürettiği olumlu faaliyetlerde de toplumun önemli katkılarının belirdiği söylenebilir. Dolayısıyla, bu anlamda dışsal etkenlerin şekillendirici boyutunu vurgulamak, aslında bir gerçekliğin sadece yeniden ifadesi ve giderek hakşinâslığın gereği olacaktır.

Bu itibarla, işbu çalışmanın ortaya çıkışında da, pek çok “dışsal katkı”dan, etkilenmeden ve yönlendirmeden söz edilmesi gerekir. Bu, kimi zaman bir akademisyen dostumuz, bazan bir meslekdaşımız yahut –“hiç ummadığın keşfeder esrar-ı derûnun; sen herkesi kör, alemi serser mi sanırsın” deyişinin vurguladığı gibi- sokaktaki herhangi bir birey aracılığıyla, veyahut doğanın yorulmaksızın her an karşımıza çıkardığı çeşitli devinimlerden istidlal edilen çıkarımlar yoluyla gerçekleşir. Bunların her biri kendi doğrudan veya dolaylı katkılarını değişik zaman dilimlerinde cömertçe sağlamış olmakla, çalışmamızın bu haline gelebilmesinde asıl belirleyici öğeleri teşkil etmişlerdir.

İşte, bu uzun soluklu süreçte “irili ufaklı” katkılarını sağlayan, tanıdığım yahut “ülfet kurmadığım”, farkındalık içerisinde etkilendiğim veya “farkettirmeden bu inşa sürecine dahil olan” tüm “dışsal etkenler”e çok şey borçluyum. Onlarsız bu eser kuşkusuz mevcut haliyle karşınıza çıkamazdı.

Bu itibarla, elinizdeki bu çalışma, bir anlamda toplumdan bilinçli veya bilinç dışı alınan unsurların bir başka sentez içerisinde topluma geri verilmeye çalışılması olarak da betimlenebilir. Giderek çoğu zaman nerede dışsal katkıların ve hangi noktada içsel iradenin işbu çalışmaya vücut veren düşüncelerin “küçük yahut bazan olağanüstü büyük hacimli yapı taşlarını” oluşturduğu da karışır. Bütün bu süreç, belli ki “küllî iradenin” de dahilyle, şairin “bir büyük boşlukta bozulan rüya”sına benzer bir “muamma” halini alır.

Öte yandan, doğaldır ki diyalektiğin bir gereği olarak her sentez kendisini teze dönüştürür ve karşıt tezini yaratarak yeni sentezlere –belki cazibeli ve kışkırtıcı- bir davetiye çıkarır. Bu anlamda, işbu çalışmaya karşıt tez

üreteceklere öncelikle teşekkür borçlanacağımız da açıktır; zira, “barika-i hakikat, müsademe-i efkârdan doğar.” Hakikat bilgisi ise, öykülerinde dünyayı sevgiyle kucaklayan Tarık Buğra’nın dünyamızı “berbat” ettiğini söylediği kişisel “sempati” veya “antipati”lerin dışında kalmayı gerektirir ve bilimde yegâne amaçtır.

Sonuç olarak, bu eser müellifinin imzasıyla sunulduğu veçhile, her tür eksiklik veya kaçınılmaz hata, kuşkusuz yazarına aittir. Ancak, eserdeki olası olumlu yönlerin ortaya çıkabilmesi, tek tek isimlerini sayamayacağımız denli çok sayıdaki “görünür/bilinir veya saklı kahramanlar”ının “irili ufaklı” katkılarıyla mümkün olabilmiştir. Bu anlamda, “Anadolu harcının karılmasında” en etkin isimlerden birinin sözüyle teşekkürümüzü bağlamak uygun olsa gerektir:

Nâgehân bir şara vardım,
Ol şarı yapılır gördüm,
Ben dahi bile yapıldım,
Taş ü toprak arasında.

Hacı Bayram-ı Velî

Önsöz

Yabancı yatırımlar, uluslararası hukukun üzerinde en çok tartışılan konularından biri olmuştur. Yabancı yatırımlara ve yatırımcılara ev sahibi devletlerin sağlayacağı muamelenin standartı konusunda gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki görüş ayrılıkları halen varlığını sürdürmektedir. Bu görüş ayrılıklarına rağmen, devletler değişik nedenlerle, özellikle doğrudan yabancı yatırımları ülkerine çekmek için teşvik programları da dahil olmak üzere olumlu bir yatırım ikliminin oluşması için çaba göstermektedir. Bu nedenledir ki, bir yandan yabancı yatırımların tüm boyutlarını kapsayacak, tüm ülkelerin üzerinde uzlaşabileceği uluslararası düzenleme girişimlerinin başarısızlıkla sonuçlandığına, öte yandan da yabancı yatırımları kendi ülkerine çekebilme stratejilerinin bir parçası olarak devletlerin birbirleriyle iki taraflı yatırım anlaşmaları yaptıklarına tanık oluyoruz.

Bu çelişen davranışların temel nedeni, yabancı yatırımlara sağlanacak hukuki koruma konusunda yapılan her girişimin, aynı zamanda ekonomik, siyasi ve tarihsel bazı faktörlerin etkisi altında kalması ve bu faktörlerden bağımsız olarak yabancı yatırımlarla ilgili bir hukuki düzenleme getirilmesinin günümüzün şartları altında mümkün olmamasıdır. Bu koşullar altında, yabancı yatırım uyumsuzluklarının tahkim yoluyla çözümüne ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler de zaman zaman siyasi, ekonomik ve hatta tarihsel nedenlerle yoğun eleştirilerin konusu olmaktadır. Yabancı yatırım ilişkisinin taraflarından birinin ev sahibi devlet olması ve yabancı yatırımcının geleneksel anlamda kamu hizmeti olarak vasıflandırılan alanlarda yatırım yapacak olması ise, başka tartışmaları da gündeme getirmektedir.

Sevgili Sedat Çal'ın büyük bir özenle hazırlamış olduğu bu eser, böylesine tartışmalı olan bir konuya değişik bir perspektiften bakabilmemiz için hepimize bir fırsat sunuyor. Bu konuda yazmanın hem heyecan verici olduğunu, hem cesaret gerektirdiğini düşünüyorum. Sevgili Sedat, Ön Söz yazmam için bana elinizdeki kitabın taslağını sunduğu zaman, her sayfasını büyük bir heyecanla gözden geçirme fırsatını buldum. Değerlendirmem sona erdiğinde, Sedat'ın kendine özgü üslubu ile bu değerli eseri yaratırken heyecan ve cesaretini okuyucuya yansıttığı kanaatine vardım.

Elinizde tuttuğunuz bu eser, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlü ile kamu hukuku arasındaki ilişkiyi ortaya koyarken, bir çok konuyu yeniden sorgulamamıza yol açacak zengin bir içerik ve bakış açısı sunmaktadır. Yazarın görüşlerine katılsak da katılmasak da, bu eser bizleri düşünmeye ve sorgulamaya yöneltecek, belki de doğru soruları sormaya başlayacağız. Türk hukukuna yapacağı katkıyı şimdiden görebildiğim, yoğun bir çaba ve özverinin ürünü olarak ortaya çıkan bu eserin, okuyucuya yararlı olmasını diliyorum, Sevgili Sedat'ı bize kazandırdığı bu eser nedeniyle yürekten kutluyorum.

Nisan 2009

Ankara

Prof. Dr. Bilgin Tiryakiođlu
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yıldız arayıp gökte nice turfa müneccim,
Gaflet ile görmez kuyuyu reh-gûzerinde.

Ziya Paşa

İçindekiler

Teşekkür Yerine.....	7
Önsöz.....	9
Kısaltmalar.....	15
Giriş.....	21

Birinci Bölüm ULUSLARARASI TAHKİM VE KAMU HİZMETİ

I. ULUSLARARASI TAHKİM	33
A. Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru	38
B. "Milli/Milletlerarası" ile "Yerli/Yabancı" veya "İç/Dış" Tahkim Ayırmaları.....	39
C. Milli-Milletlerarası Tahkim Ayırımı.....	42
D. Uluslararası Tahkimin Uygulamaya Konulması (İcrası)	51
II. ULUSLARARASI TAHKİMİ DOĞURAN VEYA UYGULAMAYI YÖNLENDİREN KAYNAKLAR	55
A. Devletler Arasında Uluslararası Kamu Hukuku Tahtında İmzalanan Andlaşmalar	55
B. Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu.....	59
C. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu.....	61
D. ICSID Sözleşmesi (Konvansiyonu).....	65
E. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA).....	74
F. Uluslararası Ticarete İlişkin Çok Taraflı veya Bölgesel Uluslararası Andlaşmalar	77
G. Uluslararası Yatırımların Korunmasını İçeren Çok Taraflı veya Bölgesel Nitelikli Uluslararası Andlaşmalar.....	95
1. MAI	95
2. NAFTA.....	99
3. Enerji Şartı Sözleşmesi	102
a. Genel	102
b. EŞS ve Yatırım Tahkimi	114
H. Uluslararası İkili Andlaşmalar (Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması "YKTK" Andlaşmaları).....	130
I. Devletler ile Yabancı Yatırımcılar Arasında Yatırımlara İlişkin Olarak İmzalanan Sözleşmeler	145
İ. Milletlerarası Tahkim Kanunu	149
J. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu.....	152
G. Milletlerarası Ticarete İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu	156

III. KAMU HİZMETİ VE YATIRIM SÖZLEŞMELERİ İLİŞKİSİ.....	158
A. Kamu Hizmeti Açılımları.....	158
B. Kamu Hizmetinin Kurulması ve Yatırım Sözleşmeleri.....	174
IV. KAMU HİZMETİ VE ULUSLARARASI TAHKİM İLİŞKİSİ.....	179
V. KAMU HİZMETİNE İLİŞKİN YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDE ULUSLARARASI TAHKİME YER VERİLEBİLMESİNE YÖNELİK ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ SÜRECİ.....	195
A. Anayasa Değişiklikleri Öncesindeki Durum.....	195
1. 3096 Sayılı Kanun.....	196
2. 3996 Sayılı Kanun.....	198
B. Anayasa Değişiklikleri Sonrasındaki Gelişmeler.....	212

İkinci Bölüm KAMU HUKUKU PERSPEKTİFİNDE YATIRIM TAHKİMİ

I. YATIRIM TAHKİMİNİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ.....	231
• Yatırım Tanımı.....	240
II. YTKK ANDLAŞMALARINI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME.....	247
A. Genel.....	247
B. YTKK Andlaşmalarının Kurgusu.....	253
C. YTKK Andlaşmalarının Mahiyeti.....	256
D. Uyuşmazlıkların Kapsam ve Niteliği.....	260
III. YATIRIM TAHKİMİ KURGUSU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME.....	271
A. Genel.....	271
B. Yatırım Tahkiminin Ticari Tahkimden Ayrılan Yönü: Kamu Hukuku Karakteri.....	273
1. Genel.....	273
2. Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Ayrımının Önemi.....	279
3. Ülkemizdeki Uygulamalar Işığında Yatırım Tahkimi - Ticari Tahkim Ayrımına Bakış.....	294
C. Yatırım Tahkiminin Nitelik İtibariyle Değerlendirilmesi.....	305
1. Şeffaflık Sorunu.....	305
2. Dava Zeminini Kurgulama ("Case Building") Sorunu.....	310
3. Yeni Bir Tahkim Kurgusu Gereksinimi.....	311
4. Demokratik İlkelerin İhlali.....	313
5. Şemsiye Hükümler ("Umbrella Clauses").....	316
D. Uluslararası Tahkim Kurumlarının Nitelikleri Bakımından Değerlendirilmesi.....	318
1. Öngörülebilirlik Sorunu: "Res Judicata" ve "Stare Decicis".....	323
2. "Treaty/Forum Shopping" veya Yarışan Yargılama Yerleri.....	330
3. Tahkim Heyetinin Yapısal Kurgusu.....	333
E. Uluslararası Tahkim Kurumlarının Yargı Yetkileri Bakımından Değerlendirilmesi.....	334
IV. ŞEMSIYE HÜKÜMLER.....	337
A. Şemsiye Hükümlerin Ortaya Çıkış Süreci.....	338
B. YTKK Andlaşmaları Kapsamında Uygulama.....	340

Yargı Yerinin Münhasırlığı veya Yolların Çatallaşması ("Fork in the Road") Sorunu	342
1. Şemsiye Hükümlerin Düzenleniş Biçimleri	344
2. Şemsiye Hükümlerin Odaklandığı Başlıca Sorunlar	346
3. Tahkim Kararlarında Ortaya Çıkan Durum	349
• Egemen Gücün Kullanımı Ölçütü	359
4. Türkiye'nin Taraf Olduğu YKTK Andlaşmaları Bakımından Değerlendirme	362
C. Enerji Şartı Sözleşmesi ve Şemsiye Hükümler	365
D. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşmaları ve Şemsiye Hükümler	367
E. YKTK Andlaşmalarının Müzakere Sürecine Yönelik Değerlendirme	371
Sonuç	381
Kaynakça	387
Kavramlar Dizini	423

Kısaltmalar

A.Ş.	: Anonim Şirketi
AAA	: American Arbitration Association (Amerikan Tahkim Birliği)
AAPL	: Asian Agricultural Products Ltd.
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACK	: Avrupa-Cenevre Konvansiyonu
AEŞ	: Avrupa Enerji Şartı
AFP	: Agence France-Presse
AIA	: Association for International Arbitration
AIOC	: Anglo-Iranian Oil Company
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJWH	: Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy
AKÇB	: Avrupa Kömür ve Çelik Birliği
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AnBD	: Ankara Barosu Dergisi
APEC	: Asia-Pacific Economic Cooperation
ASO	: Ankara Sanayi Odası
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BAHUM	: Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat

BIT(s)	: Bilateral Investment Treat(y)(ies) (Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşma(sı)(ları))
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
CEPAL	: La Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIEL	: Center for International Environmental Law
CRBM	: Campagna per la Riforma della Banca Mondiale
CTEI	: Centre for Trade and Economic Integration
Çev.	: Çeviren
DKA	: DTÖ Kuruluş Andlaşması
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DSB	: Dispute Settlement Body (Uyuşmazlık Çözüm Organı)
DSİ	: Devlet Su İşleri
DSU	: Dispute Settlement Understanding (Uyuşmazlıkların Çözümü Mutabakatı)
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
ECOSOC	: Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi
Ed(s)	: Editör(ler)
EELR	: European Energy Law Report
EJIL	: European Journal of International Law
ELSİAD	: Elektrik Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
EMD	: Elektrik Mühendisliği Dergisi
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EPK	: Enerji Piyasası Kanunu
ESHA	: Ev Sahibi Hükümet Anlaşması
EŞS	: Enerji Şartı Sözleşmesi

E.T.	: Erişim Tarihi
EUI	: European University Institute
FCN	: Friendship, Commerce and Navigation (Dostluk, Ticaret ve Denizcilik)
FDI	: Foreign Direct Investments (Yabancı Doğrudan Yatırımlar)
FERN	: Forests and the European Union Resource Network
FIJL	: Foreign Investment Law Journal
FT	: Financial Times
FTC	: Free Trade Commission (Serbest Ticaret Komisyonu)
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade (Ticaret ve Tarifelere İlişkin Genel Andlaşma)
GKC	: Güney Kıbrıs Cumhuriyeti
GSMH	: Gayri Safi Milli Hasıla
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IALR	: International Arbitration Law Review
ICAF	: Investment Contract Aid Facility (Yatırım Sözleşmeleri Yardım Oluşumu)
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi)
IDRC	: The International Development Research Centre
IFC	: International Finance Corporation (Uluslararası Finans Kuruluşu)
IFRI	: French Institute of International Relations
IISD	: International Institute for Sustainable Development
ILSA	: International Law Students' Association
IPS	: Inter Press Service
IRPP	: Institute for Research on Public Policy
ITN	: Investment Treaty News
ITO	: International Trade Organization (Uluslararası Ticaret Örgütü)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İbid	: Aynı yerde
İHD	: İşletme Hakkının Devri

İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İSEDAŞ	: İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
JENRL	: Journal of Energy and Natural Resources Law
JIEL	: Journal of International and Economic Law
JWT	: Journal of World Trade
K.	: Karar
LCIA	: London Court of International Arbitration (Londra Uluslararası Tahkim Divanı)
LTD	: Liberal Düşünce Topluluğu
M.	: madde
MAI	: Multilateral Agreement on Investments (Yatırımların Korunmasına İlişkin Çok Taraflı Anlaşma)
MD	: Mülkiye Dergisi
MFN	: Most Favoured Nation (En Çok Gözetilen Ülke)
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency (Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu)
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usulü Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Andlaşması)
NGO	: Non-Governmental Organizations (Sivil Toplum Örgütleri)
NYK	: New York Konvansiyonu
NYU	: New York University
ODTÜ	: Orta Doğu Teknik Üniversitesi
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development (Uluslararası Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma)
OGEI	: Oil, Gas and Energy Law Intelligence

Op. cit.	: Aynı kaynak
Para.	: Paragraf
PCA	: Permanent Court of Arbitration (Daimi Tahkim Divanı)
PFI	: Private Finance Initiative (Özel Finansman Girişimi)
Prof.	: Profesör
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
S.	: Sayfa
SBD	: Sakarya-Bolu-Düzce
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce (Stokholm Ticaret Odası)
SIEL	: Society of International Economic Law
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
STA	: Serbest Ticaret Andlaşması (Free Trade Agreement)
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TDM	: Transnational Dispute Management
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.
TEÜAŞ	: Türkiye Elektrik Üretim A.Ş.
TİD	: Türkiye İdare Dergisi
TMMOB	: Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TWN	: Third World Network
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı (International Court of Justice)
UDAD	: Uluslararası Daimi Adalet Divanı (Permanent Court of International Justice)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu)

UNCLOS	: United Nations Convention on the Law of the Sea (Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konvansiyonu)
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
UPJIEL	: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
V.	: Versus
Vb.	: Ve benzeri
Vbn.	: Ve bunun
Vd.	: ve devamı
VJTL	: Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vol.	: Volume
WTO	: World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
WWF	: World Wildlife Fund
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması

“De te nabula narratur”¹

Horace

Giriş

Ülkemizde 1980’lerden sonra izlenen ekonomi politikası kapsamında devletin özelleştirmeler yoluyla veya yeni yatırımlar için özel sektör girişimlerine öncelik vermek suretiyle ekonomik faaliyetlerden elini çekmeye başlaması eğilimi ağırlık kazanmıştır.² Bu bağlamda, anılan dönem itibariyle pek çok ülkede benimsendiği görülen piyasa ekonomisi odaklı liberal politikalara koşut biçimde, geleneksel olarak kamu tarafından üstlenilen altyapıya yönelik hizmetler de aynı yaklaşım çerçevesinde ele alınmıştır.³ Böylece, gelişmekte olan ülkenin acilen gereksinim duyduğu elektrik enerjisinin karşılanmasını teminen, tekelci bir yapı içeren elektrik enerjisi sektöründe gerekli altyapının özel sektör eliyle kurulması ve işletilmesine yönelik düzenlemeler gündeme gelmiştir.

Altyapı sektöründeki faaliyetlerde öncelikli olarak özel sektöre ağırlık verilmesi yolundaki bu yaklaşım, “kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi furyası” olarak da nitelendirilmektedir.⁴

Öngörülen bu çerçevenin gereği olarak sektörde önce liberal bir piyasa yapısına geçiş yapılması ve hemen akabinde özel sektörün –liberal piyasa yapısı içerisinde ruhsat alınması kaydıyla- idarenin denetimi ve gözetimi altında faaliyette bulunmasına izin verilmesi yerine⁵, kanımızca yanlış bir politika izlenmiş ve tam tersi bir uygulamaya girişilmiştir. Buna göre, piyasa yapısı oluşturulmaksızın, sektörde kamu kuruluşlarının dikey bütünleşik yapıdaki teknelci konumunu korumak suretiyle, ülkede acilen gereksinim duyulan elektrik enerjisi üretimine yönelik olarak idare ile özel sektör arasında sözleşmeler imzalanması ve üretilecek elektrik enerjisinin anılan kamu kuruluşlarına satılması öngörülmüştür.

¹ “Bu öyküde senin sözün ediliyor” (aktaran: Marks, Karl; Kapital – Kapitalist Üretim Eleştirel Bir Tahlii, (Çev. Alaattin Bilgi), Eriş Yayınları, 2003, s. 16). Bahsekonu ifadeyi “bu, senin hikayendir” olarak aktarmanın daha uygun olacağı da söylenebilir.

² Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Mart 2008, s. 1, 2, 5-7.

³ Bkz. Guasch, Luis J.; Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right, World Bank Institute, 2004, s. ix; keza, bkz. Fox, Jason / Tott, Nicholas; The PFI Handbook, Jordan Publishing Limited, 1999, s. 6.

⁴ Bkz. Zabunoğlu, Yahya; Önsöz, içinde Çal; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. ix).

⁵ Anılan uygulamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 398, 399.

Bahsekonu türden kamu hizmeti alanındaki faaliyetlerin özel sektör eliyle görülmesine yönelik sözleşmelerin Türk hukukunda gerek öğretide ve gerek yargı kararlarında öteden beri idare hukuku ilkelerine bağlı imtiyaz sözleşmesi niteliğinde addolunması⁶ ise, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla görülmesine ilişkin hükümlere bu sözleşmelerde yer verilmesine dair hukuksal sorunları gündeme getirmiştir. Öğretiden buna ilişkin bir görüşe göre, bireylerarası eşit ilişkilerin hakim olduğu özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların hakem aracılığıyla çözülmesi cevaz görebilecekken, hakemlerin genel kamu çıkarlarını gözetmesi beklenemeyeceğinden dolayı, idare hukukuna ait bir uyuşmazlıkta hakeme müracaat sözkonusu olamaz. Zira, bu durum, idare hukukunun bizzat varoluş nedenine aykırıdır.⁷

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız bu gelişmeler sonucunda, 1990'lardan itibaren uluslararası tahkime⁸ ilişkin enerji sektörü odaklı

⁶ Bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve E. 1992/232, K. 1992/294 sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 tarihli RG'de yayımlanmıştır). Yine, bkz. Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 536; Günday, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2003, s. 234.

⁷ Bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 317.

⁸ Uluslararası tahkim, kavram olarak devletler arasındaki kamu hukukuna dayanan uyuşmazlıkların çözümü kapsamında öngörülen bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak da kullanıldığı için, uluslararası mahiyetteki ticari uyuşmazlıkların yerel mahkemeler yerine uluslararası hakem heyetlerince görülmesi anlamındaki uluslararası ticari tahkim kavramıyla çoğu zaman karıştırılabilmektedir. Öte yandan, devlet ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulması halinde buna "karma tahkim" adı verildiği de görülmektedir (bkz. Merrils, John G.; The Means of Dispute Settlement, içinde International Law, (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003, s. 540). Buradaki tahkim ticari mahiyette olabileceği gibi, devletleştirme veya el koyma şeklinde (İran ile ABD uyuşmasını taşıyan kişi veya şirketler arasındaki davalar örneğinde olduğu gibi (bkz. İbid.) kamusal nitelikte bir içerik de taşıyabilecektir.

Bu kitapta, uluslararası tahkim tabiriyle, aksi münhasıran belirtilmediği sürece, bir devlet ile diğer devletin vatandaşları veya tüzel kişileri arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik uluslararası tahkim, bir başka deyişle, yabancı doğrudan yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kastedilmekte ve yeri geldikçe bu kavramın "yatırım tahkimi" ibaresiyle ifade edilmesi tercihine gidilmektedir. Esasen, İngilizce'deki "*investment arbitration*" tabirinin karşılığı olarak da "yatırım tahkimi" ibaresinin yerinde bir tercih olacağı kanısındayız. Öte yandan, yatırımlardan değil ve fakat ticari mahiyetteki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözülmesi ise, "ticari tahkim" ibaresiyle karşılanmaktadır.

Bu iki tahkimin arasındaki temel fark olarak; ilkinde devletin egemen gücünün kullanımına karşın uyuşmazlıkların, ikincisinde ise devlet veya özel kişi ile diğer bir özel kişi arasındaki ticari nitelikteki uyuşmazlıkların sözkonusu edildiği söylenebilir. Kuşkusuz, yatırımlara ilişkin olarak devletin taraf olduğu sözleşmelerdeki uyuşmazlıklar kimi zaman egemen gücün kullanımı mahiyetinde olmaksızın sadece ticari nitelik de arz edebilmekte ve bu halde de uyuşmazlığın yine aynı hakem yerinde çözümü öngörülebilmektedir. Doğal olarak, bu durumda ortaya çıkan tahkimin ticari tahkimden bir farkı kalmamaktadır. Şu halde, yatırım tahkiminde baskın unsurun "egemen gücün kullanımına" ilişkin uyuşmazlıkların çözümü olduğu, ancak uygulamaya bakıldığında yerine göre bu nitelikte olmayan "münhasıran ticari mahiyetteki" uyuşmazlıkların da aynı hakem mercii tarafından görülmesi olanağının tanınmış bulunduğu söylenebilir. Bu bakımdan yatırım tahkimi, kimi zaman ticari tahkimi de içerebilen, karma bir boyutta tezahür

tartışmalar ülke gündemini uzun bir süre meşgul etmiş ve hararetli tartışmalar sonrasında 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle yeni bir döneme girilmiştir.⁹ Hemen belirtmek gerekirse, uluslararası tahkim, bahsekonu değişiklikler öncesinde de –yatırımlara ilişkin uluslararası anlaşmalar dolayısıyla- uygulanagelmekte olan bir hukuksal kurum olmuştur.¹⁰

Bununla birlikte, anılan Anayasa değişikliklerinin bu uygulamanın kapsamını çok daha genişleten bir içeriğe sahip olduğu ve Türk hukuk düzeninde öngörülemez derecede keskin bir değişim/dönüşüm sürecinin önünü açtığı da iddia edilebilir. Hatta, öğretilerde tahkime yönelik bu değişikliklerin, talep edilen çerçevenin daha ötesine geçerek “gerekeni aşar bir şekilde düzenleme getir(diği)”de savunulmaktadır.¹¹ Nitekim, getirilen bu düzenlemelerle “... sadece bu hizmetlere ilişkin sözleşmelerin niteliği değiştirilmekle kalmamış, aynı zamanda kamu hizmetleri sistemi ve kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler de alt-üst edilerek ihlal edilmiştir.”¹² Özetle, bu süreçte yaşanan gelişmeler sonucunda “kaotik” bir hukuksal durum ortaya çıktığı savunulabilir. Öğretilerden bu bağlamda çarpıcı bir değerlendirmeye burada yer vermekte yarar görüyoruz:

*“Radikal değişikliklerin, hukuku oluşturan ve geliştiren tüm aktörlerin (yargı, doktrin, kamuoyu) “ortak akıl” süzgecinden geçirilmeden yapılması, beklenen işlevleri yerine getirememeleri sonucunu doğuracak ve sadece hukuku başkalaştırmak baskısı ile kalmayarak, kendilerinin de girdikleri hukuk aleminin etkisiyle “dönüşüm” geçirerek konulma amaçları dışına çıkma sonucunu doğurması kuvvetle muhtemeldir.”*¹³

edebilmektedir. Ne var ki, ileride (bkz. Bölüm I, A) değindiğimiz üzere, karma tahkim kavramının *de lege feranda* ticari uyumsuzlukları içermemesi gerektiği, bu tabirin sadece devletlerin egemenliğinden doğan ve –dolayısıyla ticari sözleşmelerde belirse dahi- ticari nitelik içermeyen uyumsuzlukların devletler arasında veya devletler ile özel kişiler arasında görülmesini belirtiyor sayılması gerektiği kanısındayız.

⁹ Bahsekonu sürecin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 357-389.

¹⁰ Bkz. Şanlı, Cemal; Yatırım Uyumsuzluklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, içinde Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası (ASO) Yayını, 1998, s. 38.

¹¹ Bkz. Gülan, Aydın; Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 2001, s. 140. Tahkime yönelik Anayasa değişikliklerinin “gereğini aşan” kapsamı dolayısıyla ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar hakkında ayrıntılı ve yerinde bir değerlendirme için anılan makalenin tümüne bakılması yararlı olacaktır.

¹² Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) Yayını, Ankara, 2001, s. 191.

¹³ Gülan, Aydın / Berkarda, Kemal; İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler, içinde Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, 2002, s. 135.

Bir başka açıdan, uluslararası tahkime yönelik değişiklikler çerçevesinde idare ile özel girişimcilerin kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin yabancı doğrudan yatırımlar bağlamında imzaladıkları sözleşmelerde tahkime olanak tanınması, kendine özgü bir ilave kategori oluşturmakla birlikte, bir ikinci kategori daha bulunmaktadır: Konusu bir kamu hizmeti de olabilen ve fakat idare ile özel sektör girişimcisi arasında bir sözleşme imzalanmaksızın, kamu (idare) hukuku tahtında –ruhsat verilmek suretiyle- yürütülen faaliyetler. Bu ikinci kategoriye giren yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar ise, –bahsekonu Anayasal değişiklikler öncesinde dahi ülkemiz ile diğer ülkeler arasında imzalanagelen- yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) andlaşmaları (ve keza enerji sektörüne münhasır bir çok taraflı andlaşma mahiyetindeki Enerji Şartı Sözleşmesi (“*Energy Charter Treaty*” – EŞS) üzerinden tahkime gidebilmeyi öngören bir süreci içermektedir.¹⁴

Bahsekonu andlaşmalar çerçevesinde yatırımcının ev sahibi ülkeyi (konak ülke - “*host state*”) tahkim yoluyla dava edebilmesi, bu andlaşmaların en önemli özelliği olarak belirmektedir ve tahkim alanında bir yenilik olarak 1980’lerden itibaren ortaya çıkmıştır.¹⁵ Yabancı literatürde, YKTK andlaşmalarında olduğu üzere, yatırımın yapıldığı devlet ile yabancı yatırımcı arasında herhangi bir sözleşme imzalanmaksızın, yatırımcının müzakere etmediği ve tarafı olmadığı devletlerarası andlaşmalar üzerinden tahkime gidebilmesi, “*arbitration without privity*” kavramıyla ifade edilmektedir.¹⁶ Böylece, arada herhangi bir sözleşme bulunmaksızın tahkime yoluna başvurulabilmesi, yatırım tahkimini ticari tahkimden ayıran en belirgin özelliklerden birisi olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁷

Öte yandan, yatırım tahkimi, uluslararası tahkim ve uluslararası ticari tahkim terimleri arasında rahatlıkla bir karışıklık doğabilmektedir. Dolayısıyla, bu anlamda açıklayıcı bir ifadeye yer vermek yararlı olacaktır. Yatırım tahkimi tabiri, ilk olarak görünüşte bir yatırımın var olması gerektiğine işaret ediyor. Kuşkusuz, bu yatırım yabancılar tarafından yapılmış olmalıdır. Bu meyanda, yatırım uyuşmazlığı tabirinin, Yatırım Uyuşmazlıklarından Kaynaklanan

¹⁴ Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 339-357.

¹⁵ Bernasconi-Osterwalder; Nathalie; International Legal Framework on Foreign Investment, Background Paper prepared for the Fifth Ministerial Conference “Environment for Europe”, 23 Mayıs, 2003, s. 6.

¹⁶ Bkz. Gal-Or, Noemi; NAFTA Chapter Eleven and the Implications for the FTAA: the institutionalization of investor status in public international law, içinde Transnational Corporations, C. 14, Sy. 2, Birleşmiş Milletler (BM), Ağustos 2005, s. 124, 131, 132, 147, 149-151; Paulsson, Jan; Arbitration Without Privity, ICSID Review, C. 10, Sy. 2, s. 232 vd.; Salacuse, Jeswald W.; BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, The International Lawyer, C. 24, Sy. 3, Sonbahar 1990, s. 655, 661. “*Arbitration without privity*” ifadesi, tahkimi doğuran kaynak itibarıyla “tarafı bulunmayan sözleşmesel ilişkiden doğan tahkim” şeklinde çevrilebilir.

¹⁷ Bkz. Mistelis, Lew / Lew, J. D. M.; Regulation and Infrastructure of International Commercial Arbitration, University of London, 2005, s. 19.

Uyuşmazlıkların Görülmesine İlişkin Uluslararası Konvansiyon (“*International Convention on the Settlement of Investment Disputes*” – ICSID)’un tahkim sürecinde kullanılmasından dolayı da bir yanlış algılamaya gidilebilmektedir.

Oysa, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (“*United Nations Commission on International Trade Law*” – UNCITRAL) yahut Milletlerarası Ticaret Odası (“*International Chamber of Commerce*” – ICC) kuralları tahtında görülen veya sair *ad hoc* tahkimleri de yatırım tahkimi olarak adlandırılabilir. Öğretiden bir görüşe göre, yatırım tahkimi ve yatırım uyuşmazlığı, andlaşmaya veya sözleşmeye dayanılarak, yabancılar tarafından gerçekleştirilmiş belirli bir yatırım tahtında doğan uyuşmazlıklar olarak betimlenmektedir.¹⁸

Genel olarak yukarıdaki yaklaşıma katılmakla beraber, bu tanımda isabet olmayan bir yön de görmekteyiz. Zira, kanımızca, yatırımlara ilişkin olarak ortaya çıksa dahi, münhasıran ticari nitelikte bulunan ve YKTK andlaşmaları kurgusunda öngörülen “egemen gücün kötüye kullanılması” hususuyla ilişkilendirilemeyen uyuşmazlıklar, ki bunların kural olarak ICSID dışı tahkimlerde görülmesi sözkonusu olmaktadır¹⁹, yatırım tahkimi olarak nitelendirilmeye elverişli sayılmamak gerekir. Yatırım tahkimi kapsamı dışında kalması gerektiğini düşündüğümüz bu türden uyuşmazlıkların, uluslararası ticari uyuşmazlıklar olarak değerlendirileceği ise açıktır.

Bu noktada bir hususa açıklık getirmekte yarar görüyoruz: YKTK andlaşmaları bağlamındaki yatırım tahkimi, değişik biçimlerde tezahür edebilmektedir. Yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar, ikili uluslararası andlaşmalara istinaden devletler arasında tahkime gidilmek suretiyle çözümlenebildiği gibi²⁰, uluslararası andlaşmalara dayanarak bizzat yatırımcının

¹⁸ Zeiler, Gerold; Treaty v. Contract: Which Panel?, Transnational Dispute Management (TDM) - Provisional Issue, Şubat 2007, s. 3.

¹⁹ Bununla birlikte, yabancı yatırımlara ilişkin ticari sözleşmelerde ICSID tahkimine gidileceği hususu öngörülmüş ise, bu durumda uyuşmazlığın devletin egemen gücünden mi yoksa sadece ticari nitelik içeren bir husustan mı kaynaklandığı konusu, ICSID tahkim heyetinin yargılama yetkisine halel getirmeyecektir. Nitekim, ICSID nezdinde 1986 yılına değin görülen tahkim davalarının YKTK andlaşmaları tahtında egemen gücün kullanımına ilişkin hususları değil, sözleşme tahtındaki münhasıran ticari nitelik içeren uyuşmazlıkları kapsadığı görülüyor (bkz. Parra, Antonio R.; Applicable Law in Investor-State Arbitration, (Fordham University tarafından 18-19 Haziran, 2007 tarihinde düzenlenen “International Arbitration and Mediation (Investor-State Arbitration Panel)”de sunulan bildiri (http://www.arbitration-icca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor-state_arbitration.doc)).

²⁰ Sözgelimi, Almanya ile Pakistan arasındaki 1959 tarihli YKTK andlaşmasında, yatırıma ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı yatırımcının ilgili devleti tahkime götürülebilmesine izin verilmemiş olup, yatırımcının zarara uğradığı iddia olunan olaya dair uyuşmazlığın ancak ve sadece yatırımcının ülkesi (konuk ülke - “*home state*”) tarafından tahkim davasına konu edilebileceği ve böylece münhasıran iki devlet arasında tahkime gidilebileceği öngörülmekteydi (bkz. Lowe, Vaughan; Changing Dimensions of International Investment Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper, Sy. 4/2007, Mart 2007, s. 14).

kendisinin uyuşmazlığa muhatap devleti tahkime götürebilmesine cevaz verilen yatırımcı-devlet tahkimi (“*investor-state arbitration*”) şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.²¹ Çalışmamızda yatırım tahkimine ilişkin olarak konu edilen eleştiriler, bu alanda ortaya çıkan davaların neredeyse tamamını teşkil ettiği görülen bu ikinci türdeki yatırım tahkimine ilişkindir.

Öte yandan, Anayasa değişiklikleri sonrasında da ülkemizin diğer ülkelerle YKTK andlaşmaları imzalamaya devam etmekte olduğu gözlenmektedir.²² Ancak, yukarıda belirtilen iki kategorinin hangisinden kaynaklandığı hususundan bağımsız olarak, her durumda yatırım tahkimine ilişkin özellikle son yıllarda ortaya çıkan hakem heyeti (“*arbitral tribunal*”)²³ kararlarına yönelik olarak, yabancı literatürde oldukça ciddi eleştiriler getirildiği de gözlenmektedir.

Ülkemizde uluslararası yatırım tahkimine yönelik değişikliklerin tartışıldığı süreçte genellikle ideolojik olarak nitelendirilebilecek tavırlara dayalı²⁴ pek çok

²¹ Bkz. Sornarajah, M; The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2. Bası, 2004, s. 249, 250.

²² Bkz. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları'nın İçeriği ve İşlevleri, Hazine Müsteşarlığı, Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü Yayını (tarihsizdir) (http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0statistikler/Uluslararası%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/Di%c4%9fer/yktk_anlasmalari.pdf).

²³ İngilizce'deki “*arbitral tribunal*” kavramının Türkçe karşılığı olarak hangi ifadenin kullanılacağı konusu, aslında tartışmalara da neden olabilmektedir. Nitekim, milletlerarası tahkim konusunda hukuki değerlendirmeleri öngören kimi bilimsel sempozyumlarda bu hususun ayrıntılı biçimde tartışıldığı ve “hakem mahkemesi” veya “hakem heyeti” gibi Türkçe karşılıkların önerildiği, bu tartışmalar sürecindeki başlıca sorunun ise “*tribuna*” sözcüğünün Türkçe'de karşılığının yer almamasından ileri geldiği yolunda tesbitlerde bulunulduğu görülmektedir (bkz. Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? – II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (BTHAE), Ankara, 1999, s. 96-99, 200-207). Nihayet, bu hususa ilişkin düzenlemeler getirmek üzere bilahare çıkarılan 21 Haziran, 2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda “hakem veya hakem kurulu” ibaresine yer verilmiş olduğuna da değinmekte yarar görüyoruz. Sonuç olarak, işbu çalışmada “hakem heyeti” kavramına yer verilmesini tercih ettiğimizi belirtmek isteriz. Bununla beraber, ifade kolaylığı (veya hakem heyetinin teşkili açısından heyetin bireysel kimliğinden daha ziyade “kurul” kimliğinin öne çıktığını düşündüğümüz yerlerde gereği) bakımından yeri geldikte “hakem” veya “hakem kurulu” ibarelerinin de kullanıldığı görülecektir.

²⁴ Sözgelimi, bir görüşe göre, “... 21. yüzyıla büyük altyapı açıklarıyla giremeyiz... kapitülasyon kompleksi ile gelişmiş global dünyanın bir parçası olamayız... (yatırımlara ilişkin sözleşmelerde uluslararası tahkim kurumuna yer verilmemesi nedeniyle devasa enerji yatırımları için (enerji sektöründe o dönem gündemde olan 23 adet yap-işlet-devret (YİD) projesinde yaklaşık 4.6 milyar ABD Dolarına gereksinim duyulduğu ifade edilmekteydi) küresel finans piyasalarından kaynak çekzetmek gereklidir; sonuç olarak)... bunu gerçekleştirebilen ülkeler ayakta kalacak, gerçekleştiremeyenler maalesef yok olmaya mahkum olacaklardır” (bkz. Nas, Nesrin; Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 67). Yine, öğretiden bir görüşte, uluslararası tahkimin uygulanacağı kamu hizmetlerine yönelik sözleşmeler bağlamında Osmanlı döneminin kapitülasyonlarına atıfta bulunan muhalif görüş sahiplerine karşılık babında “(y)üz yıl önceki raylar.. (bunların) üzerinden bir asır geçmiş... hâlâ biz mazinin molozlarını rendelemeye devam edersek, gideceğimiz bir metre mesafe yoktur” yollu veciz ifadelere dahi tesadüf edilmektedir

husus gündemi işgal etmiş olmakla beraber, gerek bahsekonu dönemde ve gerek değişikliklerin sonrasında geçen yaklaşık on yıllık sürede, en çok ele alınması gerekirken üzerinde neredeyse hiç durulmamış olan aslı unsurların, daha açık ifadeyle, yatırım tahkimine yönelik yabancı literatürde irdelenmiş veya uygulama sırasında ortaya çıkan –yahut teorik bakımdan çıkması olası- olumsuz yönlerin dikkatlerden uzak kaldığı söylenebilir.

Giderek, özellikle Anayasa değişikliklerinin tartışıldığı dönemlerde tam aksi yönde söylemlerin geliştirildiği ve bu meyanda sözgelimi, yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin hükümlere imtiyaz sözleşmelerinde yer verilebilmesi konusunda olumlu görüşlere yer verildiği de görülmektedir.²⁵

Bununla birlikte, tahkime gidilmesi yönündeki tüm bu gayretler sergilenirken, öğretilerde genel kapsamlı bir bakışla ihtiyatlı olmayı telkin eden ve “tahkimin fevkalade cazip bir yol olmadığı” yolundaki görüşlerini cesaretle ortaya koyanların varlığını²⁶ da belirtmek gerekir.

Yine o dönemde yapılan kimi değerlendirmelerde, yatırım tahkiminin ağırlıklı olarak uluslararası ticari tahkim ile özdeşlik içerisinde bulunduğu gibi bir algılamaya gidildiği de görülebilmektedir.²⁷ Ancak, bu durumun gerçeği yeterince yansıtmaktan çok uzak kaldığı söylenebilir. Zira, açıktır ki, ticari tahkimde “eşitler arası” ve “ticari” mahiyette bir ilişki türü söz konusu iken, yatırım tahkiminde devletin “egemen” sıfatıyla giriştiği eylemlerden doğan uyuşmazlıklar öne çıkmaktadır.

Aynı dönemlerde bu hususa başarılı biçimde değindiği gözlenen bir çalışmada, tahkime yönelik o dönemdeki taleplerin kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerdeki kamusal hukuk açısından düzenlemelerde bulunabilme erkini sonlandırmayı ve konuyu ticari sözleşme boyutuna indirgeyerek ticari tahkim anlayışına dönüştürmeyi hedeflediği açıkça belirtilmektedir.²⁸ Ticari tahkim ile

(bkz. Günuğur, Haluk; *içinde İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Yayını, Ankara, 16 Temmuz, 1999, s. 66) Giderek, dönemin Başbakanınca “uluslararası tahkime karşı çıkanlar, çağ değişiminin ayırıcısına varamamış” olmakla itham edilmekte (bkz. Akyol, Taha; *Ecevit ve “Gerici Sol”*, Milliyet Gazetesi, 8 Kasım, 2006); dönemin Cumhurbaşkanı tarafından ise “ya uluslararası tahkim, ya açıklık ve işsizlik” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir (Süleyman Demirel’in Birecik Barajı derivasyon tünellerinin hizmete alınış törenlerinde yaptığı konuşmadan aktaran: Soysal, Mümtaz / Ertuğrul, İlter; *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, Mülkiye Dergisi (MD), C. 23, Sy. 217, 1999, s. 58). Bu konudaki diğer çarpıcı örnekler için bkz. Çal, *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, op. cit., s. 357, 358.

²⁵ Bkz. Ulusoy, Ali; *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s. 169.

²⁶ Bkz. Üstündağ, Saim; *içinde Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? –II*, BTHAE, Ankara, 1999, s. 14.

²⁷ Bkz. Şanlı, *Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar*, op. cit., s. 38.

²⁸ Bkz. Soysal / Ertuğrul, *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, op. cit., s. 78, 79.

yatırım tahkimi arasındaki son derece önemli bu ayrıma, ilerleyen kısımlarda ayrıntılı olarak değinilmektedir (bkz. Bölüm II, C-II).

Bu çalışmada uluslararası yatırım tahkimine yönelik olarak ele aldığımız temel unsurların her biri, belki çok daha kapsamlı biçimde ele alınmayı ve ayrıntılı irdelemeleri gerektirecek denli yoğunluk içeren konuları kapsamaktadır. Bu itibarla, çalışmamızın temel amacı itibarıyla, anılan hususların daha ziyade “tarifleyici” bir yaklaşımla değerlendirilmesi tercihine gidilmiştir.

Bu bağlamda, çalışmamızın içerisinde asıl olarak ağırlık vermeye çalıştığımız husus, yatırım tahkimi kavramının üzerine oturtulduğu uluslararası ticari tahkim kurgusunun yatırım tahkimiyle ne denli uyumlu bir yapı içerdiğini sorgulamak ve yatırım tahkiminin ticari tahkimden ayrılan kamu hukuku karakterini özellikle değerlendirmek suretiyle, eleştirel bir denemede bulunmaya çabalamak yönünde olacaktır.

Kuşkusuz, Derbil’in ifadesiyle, eleştiri “hukukçuya düşen işlerin en incesi” ve “hukukçunun en cılız yeri” olsa da, “tehlikesi ne olursa olsun” eleştiri yapılmalıdır, zira, “tenkit ederken yanlışlık yapılsa bile bunda kazanç vardır. Çünkü, başka bir hukukçu böyle bir tenkit yanlışlığını düzeltirken gerçekliğe, yani topluluğun doğru buluşma ve ihtiyaçlarına uygun bir düşünüşe daha çok yaklaşabilir.”²⁹

Arat da benzer bir yaklaşımla konuya eğilmekte ve hukuk alanında eleştirinin önemine dikkat çekmektedir; buna göre:

*“Hukukçu, kendini teyit edenden çok, kendini eleştireni okuyacaktır; bu eleştiriler “ETKİLENMEYE” de amade olacaktır. Eleştiriden etkilenmeyen bir normatif yapı ve onu reel hayata transfer etmeyen adli bir mekanizma asla gelişemez.”*³⁰

Yatırım tahkiminin ülkemizde 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle kamu hizmetine dair sözleşme kurgusu içerisinde yer alabilmesine olanak tanınması sürecinde, öğretide ve uygulama içerisinde yer alanlar tarafından pek çok görüş serdedilmiş bulunmaktadır. Ancak, genel olarak bu görüşlerde ekonomi-finans perspektifinin hak ettiği ilgiyi pek göremediği söylenebilir. Oysa, disiplinlerarası bir mahiyet içeren bu alanda konunun ekonomik-finansal boyutunun da –diğer veçheleriyle bir arada- ele alınması, tahkime yönelik projelerin ve bu projelerin içinde yer aldığı sektörlerin neden tahkime

²⁹ Bkz. Derbil, Süheyp; İdare Hukuku, C. I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayını, Ankara, 1940, s. VI.

³⁰ Arat, Tuğrul; Önsöz, içinde Rifat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, BTHAE, Ankara, 2005, s. VIII.

gereksinim gösterdiği hususunun belirlenebilmesi bakımından gerekli bir önkoşudur kanısındayız.

Nitekim, hukuk eğitimimizin ilk yıllarında bu konuya özel bir özen gösterilmiş olduğu dikkati çekmektedir. Sözgelimi, Ankara Hukuk Fakültesi'nde 1965 yılında bir araya gelen Profesörler Kurulu'nun verdiği kararda, sınavlarda başarılı sayılmak için tüm derslerden en az ortalama yedi puan almış olmak şartı bulunurken, buna ilaveten İktisat, Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku derslerinin her birinden en az yedi puan alınmış olmak koşulu da getirilmişti.³¹ Böylece, hukuk derslerinin yanısıra, iktisat dersinin de ne denli bir ağırlık ve önem arz ettiği vurgulanmış oluyordu.

Öte yandan, idare hukuku ile yatırım tahkiminin ne denli ilgili olduğunu açıklamak da, bu çalışmanın içeriği ve temel amacı itibarıyla son derece önemlidir. Bu konuda ikili bir ayrıma gidilebilir.

Öncelikle, yatırım uyuşmazlıklarının genel olarak altyapıyla ilgili uyuşmazlıklara ilişkin olduğu yönünde bir yaygın kanıdan söz etmek mümkündür. Bunun geri planında ise, ülkemizde 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri sırasında konunun münhasıran altyapıya ilişkin yatırımlar tahtında idare ile özel girişimciler arasında imzalanan sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi düşüncesi etrafında gelişmiş olması yatmaktadır.

İşte, bu sözleşmelerin altyapı hizmetlerine irtibat etmesi, altyapıya ilişkin hizmetlerin ise kamu hizmeti olarak algılanması çerçevesinde konu, birdenbire “kamu hizmetinin özel sektör eliyle görülmesine ilişkin sözleşmeler” cephesine taşınmaktadır. Bu sözleşmelerin özel sektör eliyle görülmesi ise, Türk hukukunda “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” şeklinde ifade edilen formülasyona evrilmektedir. Bu haliyle de, imtiyaz sözleşmelerinin idare hukuku kurallarına tabi olacağı ve bunlarda tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümünün öngörülemeyeceği, bu uyuşmazlıkları ancak Danıştay'ın görebileceği öğretide hakim görüş olmuştur. Daha önemlisi, Anayasa yargısı ve Danıştay da aynı kanıya varmıştır. Böylece, konunun idare hukukuyla ilk olarak karşı karşıya geldiği söylenebilir.

Ancak, kamu hizmetine ilişkin yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar dışında da, yatırım uyuşmazlıklarının gündeme gelmesi, idarenin egemen gücünü kötüye kullanması çerçevesinde sözkonusu edilebilmektedir. Esasen, YKTK andlaşmaları tam da bu konuyu düzenlemektedir. Buna göre, yatırımcıyla bir sözleşme bağı içinde bulunmaksızın faaliyet gösteren özel girişimciler üzerinde

³¹ Bkz. Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit; Ankara Hukuk Fakültesinin Kuruluş ve İlk Yılları, Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl. Armağanı, Ankara, 1966, s. 44.

idarenin egemen gücünü kullanması yolu tasarrufları çerçevesinde doğacak uyuşmazlıklar, anılan andlaşmalar üzerinden tahkime götürülebilecektir.

Bu yatırımlar için kamu hizmetine (veya altyapı faaliyetine ilişkin) olma zorunluluğu da yoktur. Herhangi bir ticari faaliyet de, idarenin kamu gücünü kötüye kullanımı nedeniyle YKTK andlaşmalarının koruması altında tahkime gidebilir. Burada idarenin kötüye kullandığı kamu gücü “kolluk faaliyeti” anlamında cereyan edebileceği gibi, klasik anlamıyla kolluk faaliyeti sayılmayan vergi veya kamulaştırma gibi faaliyetler üzerinden de ortaya çıkabilir. Öte yandan, bunların da geniş anlamda kamu hizmeti olduğu söylenebilir. Zira, kamu hizmeti okuluna göre, idarenin her faaliyeti aslında bir kamu hizmetidir ve genel anlamda kamu hizmeti olarak adlandırılır.³²

Bu itibarla, dar anlamda kamu hizmetiyle irtibatlandırılın veya irtibatlandırılmasın, altyapıya ilişkin olsun veya olmasın, idarenin her türlü faaliyeti dolayısıyla yatırım tahkimine giden bir süreç doğabilmektedir. Özetle, belirtmek gerekirse, yatırım tahkimi, devletin kamu gücünü kötüye kullanması çerçevesinde ortaya çıkar. İrtibat ettiği husus bir yatırım olabileceği gibi, yatırımla alakalı olmayan bir ticari ilişki de buna kaynaklık edebilir.

Aslında bu anlamda çalışmamızın başlığı olarak “yatırım tahkimi” yerine, devletin egemen gücünü kötüye kullanımına ilişkin tahkim” ibaresine yer verilebilirdi. Fakat bu defa, egemen gücün kötüye kullanımı hususunun devletler arasındaki uyuşmazlıkları da kapsayacağı düşünülme gerekecekti. Bu hususu da dikkate aldığımız zaman, “devletin egemen gücünü kötüye kullanımı nedeniyle özel kişilerle arasında doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim” gibi uzun bir başlık, çok daha doğru ve uygun olurdu. Ancak, gerek yerel ve gerek uluslararası literatürde uluslararası yatırım tahkimi (“*international investment arbitration*”) ibaresinin yaygın biçimde kullanıldığı hususu dikkate alındığında, işbu çalışmada da aynı yönde hareket etmemiz gerektiğini düşündük.

Bu itibarla, çalışmamızda hemen daima yer verdiğimiz yatırım tahkimi tabirinin işbu açıklamalar ışığında yorumlanması ve değindiğimiz yönde algılanması doğru olacaktır.

Çalışmamızın içerisinde muhtelif yerlerde değinildiği üzere, YKTK andlaşmaları kapsamındaki tahkim davaları, sadece idari sözleşmelerle kısıtlı olmayıp, sözelimi kamu hizmeti olarak algılanmayan alanları da kapsamak

³² Karahanoğulları, Onur; *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 19 vd.. Öte yandan, öğretilerden bir görüşte değinildiği üzere, kolluk ile kamu hizmeti birbirinden farklıdır (bkz. Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun; *İdare Hukuku*, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 817). Ancak, kanımızca bu görüşte zikredilen unsurlar, kolluk faaliyetlerinin mahiyetleri gereği beliren kimi özelliklere dayandırılmakta olup (bkz. İbid.), özü itibarıyla genel anlamda kamu hizmeti olarak nitelendirilmesine aykırı düşmeyeceği savlanabilir.

üzere idarenin her türlü ruhsatı altında yürütülen özel hukuk alanlarında da sözkonusu olabilmektedir.³³ İşte, bu alanlarda idarenin egemen gücünü kötüye kullandığı yollu iddialara istinaden açılacak tahkim davaları dikkate alındığında, konunun kamusal nitelikli bir alana irtibat ettiği açıktır. Maamafih, bu hususa ilişkin öğretilerde bir çalışmaya tesadüf etmek de zordur.

Dünya genelinde geçerli olduğu gözlenen “YKTK andlaşmaları imzalama furyası”nda ülkemizin de aynı yolu izlemiş olması ve bu süreçte ne uygulayıcılar tarafından ne de öğretilerde olası zararlı sonuçların açık biçimde öngörülmemiş yahut sarahaten dile getirilmemiş olunması, bugün ülkenin karşısına çıkan davalar vesilesiyle acı bir deneyim şeklinde geri dönüş yapmaktadır. Bu itibarla, çalışmamızda yatırımlarla bağlantılı olarak uluslararası tahkimin ayrıntılı bir değerlendirmesine gitmeye çalışmak suretiyle, konunun ülkemizde hak ettiği yeri almasına yardımcı olmayı başlıca amacımız olarak öngördük.

Bu çalışmada, yatırım tahkiminin kamu hukukuyla ilişkili yönüne ağırlık vererek ticari tahkim kurgusu temeline oturtulmasının yerindeliliğini sorgulamanın yanı sıra, yatırım tahkimi kapsamında son yıllarda “geometrik hızla artış gösteren”³⁴ gelişmelerin doğurduğu olumsuz sonuçlara ilişkin eleştiriler, topluca ve özet olarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Özellikle yabancı yatırımcılar tarafından devletler aleyhine tahkime gidilmesine ilişkin olarak yabancı literatürde bu yönde çok sayıda çalışmaya rastlanmakla beraber, konunun Türk hukukunda ve kamuoyunda yeterince irdelenmediği yönündeki kanaatimiz de, bunda başlıca etken olmuştur.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilk olarak uluslararası tahkim ile kamu hizmeti kavramları üzerinde durulacak ve bu iki kavram arasındaki bağlantı irdelenecektir. Bilahare uluslararası tahkime dayanak oluşturan veya yönlendirici nitelik içeren temel kaynaklar ele alınacaktır. Yine bu bölüm içerisinde kamu hizmeti ile yatırımlar ve yatırım sözleşmelerine geçişin ne şekilde ortaya çıktığı incelenecektir. Nihayet, uluslararası tahkimin ülkemizde bir sorun olarak ortaya çıktığı son on yıllık sürecin gelişimine göz atılarak bu süreçte yaşananlar özetlenecek, sonrasında ne gibi bir gelişmeye şahit olduğuna da hemen arkasından değinilecektir.

³³ Sözgelimi, *Lauder v. Czech Republic* tahkim davasının konusu, Çek Cumhuriyeti’ndeki bir yabancı yatırımcının sahibi olduğu televizyon yayıncılığı girişiminin ruhsat iptali dolayısıyla zarar gördüğü iddiasına dayanmaktadır (bkz. Cheng, Tai-Heng; Power, Authority and International Investment Law, American University International Law Review, C. 20, 2005, s. 482, 483).

³⁴ 1972-1995 yılları arasındaki uzun bir süre boyunca yıllık ortalama dava sayısı 1,5 iken, sadece 2003-2004 yıllarındaki ortalama 29’a yükselmiştir (bkz. Hoekman, Bernard / Newfarmer, Richard; Preferential Trade Agreements. Investment Disciplines and Investment Flows, Journal of World Trade (JWT), C. 39, Sy. 5, Kluwer Law International, 2005, s. 965).

İkinci bölümde ise, çalışmanın asıl kurgusunu oluşturan, uluslararası ticari tahkim ile yatırım tahkimi ayrımı üzerinde durulacaktır. Bu meyanda, yatırım tahkiminin kamusal nitelikleri itibariyle ticari tahkimden ayrılan yönü ayrıntılı biçimde değerlendirilecek ve bu meyanda yatırım tahkiminden doğan başlıca sorunlara da yer verilecektir. Doğal olarak bu minvalde yatırımların ikili veya çok taraflı andlaşmalar bağlamında korunmasına yönelik kurgu temelinde ne gibi eksikliklerin bulunduğu özellikle değinilmektedir.

Batıl hemîşe batıl ü bîhudedir veli;
Müşkül odur ki suret-i haktan zuhur eder!

Nabî

Birinci Bölüm

ULUSLARARASI TAHKİM VE KAMU HİZMETİ

I. ULUSLARARASI TAHKİM

Uluslararası tahkim, uluslararası ticari tahkim ve tahkim kavramları arasında çoğu kez bir karmaşa doğabildiği hususuna daha önce kısaca değinilmişti. Bu itibarla, uluslararası tahkim konusunda öncelikle tanımlama üzerinde bir irdelemeye gitmek zaruri görünmektedir.

Devletler arasındaki siyasi uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak iki devletin uyuşmazlık doğduktan sonra aralarında mutabakata vararak tahkim yoluna başvurmaları (“*ad hoc*” tahkim) veya daha önceden ikili yahut çok taraflı bir uluslararası anlaşma kapsamında tahkime gidileceğinin öngörülmesine dayanarak tahkime gitmeleri mümkündür.¹ Bu yönde devletler arasındaki modern tahkimin ABD ile Büyük Britanya arasındaki 1794 tarihli “*Jay Treaty*” ile başladığı ve yine bu iki devlet arasındaki –modern anlamdaki tahkim kurgusunu oluşturan, tek sayıdaki (üç veya beş adet) hakem heyeti kurgusu içerisinde çoğunlukla karar almaya dayalı ilk örnek olarak ortaya çıkan²- “*Alabama Claims*” tahkiminin başarısı üzerine ciddi biçimde yaygınlaşma eğilimine girdiği belirtilmektedir.³

Bu tahkimin genellikle “uluslararası tahkim” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Ancak, hemen değinelim ki *Jay Treaty* içerisinde sadece devletlerarası tahkim değil, devletler ile özel kişiler arasındaki “karma tahkim” de yer almaktadır.⁴ Ancak, aradan bir yıl geçtikten sonra bu anlaşma tahtında kurulan Tahkim Komisyonu kaldırılmıştır.⁵

¹ Merrils, The Means of Dispute Settlement, op. cit., s. 540.

² Merrils, John G.; International Dispute Settlement, 3. Bası, Cambridge University Press, 1998, s. 91.

³ Bkz. Brownlie, Ian; Principles of Public International Law, 5. Bası, Oxford University Press, 1998, s. 704.

⁴ Bkz. Collier, John / Lowe, Vaughan; The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures, Oxford University Press, New York, 2000, s. 32, 37.

⁵ Bkz. Dugan, Christopher F. / Wallace, Don Jr. / Rubins, Noah D. / Sabahi, Borzu; Investor-State Arbitration, Oxford University Press, 2000, s. 35.