

# ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNE YÖNELİK KİMİ ELEŞTİRİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Some Criticisms of International Investment Arbitration*

**Dr. Sedat ÇAL\***

Bâis-i şekvâ bize hüzn-i umûmîdir Kemâl,  
Kendi derdi gönlümün, billâh gelmez yâdına!  
Namık Kemal

**1. Giriş**, 2. Genel, 3. Şeffaflık Sorunu, 4. Uluslararası Tahkim Kurumlarının Nitelikleri Bakımından Değerlendirilmesi, 4.1. Öngörülebilirlik sorunu: “Res judicata” ve “stare decicis”, 4.2. “Treaty-Forum shopping” veya yarışan yargılama yerleri sorunu, 4.3. Tahkim heyetinin yapısal kurgu sorunu, 4.4. Demokratik ilkelerin ihlali sorunu, 4.5. “Case building” sorunu, 4.6. Şemsiye Hükümler (“Umbrella Clauses”) sorunu, 4.7. Ticari tahkim ile yatırım tahkimi ayrımının önemi, 4.8. Yeni bir tahkim kurgusu gereksinimi, 5. Uluslararası Tahkim Kurumlarının Yargı Yetkileri Bakımından Değerlendirilmesi, **6. Sonuç ve Nihai Değerlendirme**

## ÖZET

Uluslararası doğrudan yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi konusu, enerji sektöründeki altyapı yatırımlarının

---

\* Kıdemli Uzman - Yatırımlar Direktörlüğü, Enerji Şartı Sekreteryası (Senior Expert - Investment Directorate, Energy Charter Secretariat), Boulevard de la Woluwe, 56, Woluwe Saint-Lambert 1200, Brüksel. Eleştiri ve yorumlar için: cal@encharter.org veya sedatcal@gmail.com.

gerçekleştirilmesi ve işletilmesi bağlamında, 1990'lı yılların ortalarından bu yana ülke gündemini yoğun biçimde etkilemiştir. Uzun tartışmalar sonucunda, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri üzerinden uluslararası tahkimin çok geniş bir kapsam dahilinde uygulanabilmesinin önü açılmıştır. Öte yandan, YKTK andlaşmaları üzerinden yatırım tahkimine cevaz veren uygulamalar ise Anayasa değişiklikleri öncesinde ve sonrasında devam edegelmektedir. Ne var ki, bütün bu süreçte uluslararası tahkime yönelik uygulamanın ortaya çıkarması olası sonuçların ve bu bağlamdaki ciddi eleştirilerin dikkatlerden uzak kaldığı da söylenebilir. Oysa, uluslararası literatürde bu konuya ilişkin önemli uyarılarda bulunduğu ve ciddi eleştiriler getirildiği gözlenmektedir. Dolayısıyla, bahse konu eleştirilerin öncelikle değerlendirilmesi ve ileriye yönelik YKTK andlaşmaları müzakerelerinde mümkün olduğu ölçüde dikkate alınması fevkalade önem arz etmektedir. Bu çalışmada, yatırım tahkimine yönelik eleştirileri kısaca ve genel bir bakışla derlemek suretiyle, konunun Türk hukuk literatüründe yeterince tartışılabilmesi ve uygulayıcılara yol göstermesi temel amacından hareket edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** ICSID, uluslararası yatırım tahkimi, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Andlaşmaları, yabancı doğrudan yatırım (FDI), yatırım uyuşmazlıkları

### ABSTRACT

The issue of having recourse to arbitration for disputes arising out of foreign direct investments has gravely affected the agenda of the Republic of Turkey since the mid-1990s, in the context of constructing and operating infrastructure facilities, mainly in the energy sector. Following debates that took nearly four years, international arbitration has been allowed in investment contracts with the state through constitutional changes made in 1999, and opened the way for a wide scope of applications. Furthermore, even before such changes to the Constitution, foreign investors were – and still are – able to enjoy having recourse to arbitration in investment contracts by way of bilateral investment treaties (BITs). Nevertheless, this whole process seems to have taken into account neither the possible detrimental outcome of the investment arbitration practice nor any theoretical concerns. Yet, serious criticisms and warnings have been raised in the foreign literature by academicians and practitioners. Therefore, it is vitally important that such concerns are urgently considered, and – to the extent possible – adequately addressed in the course of negotiating future BITs. By way of presenting – in an overall yet brief and concise manner – the issues of discussions that have been taking place in the foreign literature, this study aims to introduce these crucial concerns into the Turkish jurisprudence, hoping to provoke discussions among academicians, while also attempting to provide a guidance to practitioners.

**Keywords:** ICSID, international investment arbitration, Bilateral Investment Treaties (BITs), foreign direct investment (FDI), investment disputes

## 1. 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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 yerine<sup>4</sup>, 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.

Bahse konu türden kamu hizmeti alanındaki bir faaliyetlerin özel sektör eliyle görülmesine yönelik sözleşmelerin Türk hukukunda gerek öğretide ve gerek yargı kararlarında öteden beri idare hukuku ilkelerine bağlı imtiyaz

<sup>1</sup> Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB, Mart 2008, s. 1, 2, 5-7.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Bkz. Zabunoğlu, Yahya; Önsöz, içinde Çal; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. ix).

<sup>4</sup> Bahsekonu hatalı uygulamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çal; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 398, 399.

sözleşmesi niteliğinde addolunması<sup>5</sup> 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 söz konusu olamaz; zira bu durum, idare hukukunun bizzat varoluş nedenine aykırıdır.<sup>6</sup>

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız bu gelişmeler sonucunda, 1990'lardan itibaren uluslararası tahkime<sup>7</sup> ilişkin enerji sektörü odaklı tartışmalar ülke gündemini uzun bir süre meşgul etmiş ve hararetle tartışmalar sonrasındaki 1999 Anayasa değişiklikleriyle yeni bir döneme girilmiştir.<sup>8</sup> Hemen belirtmek gerekirse, uluslararası tahkim, bahse konu değişiklikler öncesinde de –yatırımlara ilişkin uluslararası andlaşmalar dolayısıyla- uygulanmaya gelmekte olan bir hukuksal kurum olmuştur.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı kararı; 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.

<sup>6</sup> Bkz. Günday, İdare Hukuku, op. cit., s. 317.

<sup>7</sup> Bu çalışmada, uluslararası tahkim tabiriyle, aksi münhasıran belirtilmediği sürece, yabancı doğrudan yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kastedilmekte ve yeri geldikçe bu kavramın “yatırım tahkimi” ibaresiyle ifade edilmesi tercihinin gidilmekte. 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 söz konusu 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 edebilmektedir.

<sup>8</sup> Bahsekonu sürecin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 357-389.

<sup>9</sup> Şanlı, Cemal; Yatırım Uyuşmazlıklarının 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.

Bununla birlikte, anılan Anayasa değişikliklerinin bu uygulamanın kapsamını çok daha genişleten bir süreci içerdiği ve Türk hukuk düzeninde öngörülemez derecede keskin bir değişim/dönüşüm sürecinin önünü açtığı da iddia edilebilir. Hatta, öğretide tahkime yönelik bu değişikliklerin, talep edilen çerçevenin daha ötesine geçerek “gerekeni aşar bir şekilde düzenleme getir(diği)” de savunulmaktadır.<sup>10</sup> 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.”<sup>11</sup> Özetle, bu süreçte yaşanan gelişmeler sonucunda kaotik bir hukuksal durumun ortaya çıktığı savunulabilir. Öğretiden 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.”<sup>12</sup>*

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, –bahse konu Anayasal değişiklikler öncesinde dahi ülkemiz ile diğer ülkeler arasında imzalana gelen- yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) andlaşmaları üzerinden tahkime gidilebilmeyi öngören bir süreci içermekteydi.<sup>13</sup>

Bahse konu andlaşmalar çerçevesinde yatırımcının ev sahibi ülkeyi (“host state”) tahkim yoluyla dava edebilmesi, bu andlaşmaların en önemli

<sup>10</sup> Bkz. Gülan, Aydın; Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkim Geleceği, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ekim 2001, s. 140. Tahkime yönelik Anayasa değişikliklerinin “gereğini aşan” kapsamı dolayısıyla ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlar hakkında ayrıntılı ve yerinde bir değerlendirme için bahse konu makalenin tümüne bakılması yararlı olacaktır.

<sup>11</sup> Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 191.

<sup>12</sup> Gülan, Aydın / Berkarda, Kemal; İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler, içinde Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, 2002, s. 135.

<sup>13</sup> Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 339-357.

özelliği olarak belirlemektedir ve tahkim alanında bir yenilik olarak 1980'lerden itibaren ortaya çıkmıştır.<sup>14</sup> 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 gidilebilmesi, “*arbitration without privity*” kavramıyla ifade edilmektedir.<sup>15</sup>

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 gibi (sözgelimi, Almanya ile Pakistan arasındaki 1959 tarihli YKTK andlaşmasında, yatırıma ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı yatırımcının ilgili devleti tahkime götürebilmesine izin verilmemiş olup, yatırımcının zarara uğradığı iddia olunan olaya dair uyuşmazlığın ancak ve sadece yatırımcının ülkesi (“*home state*”) tarafından tahkim davasına konu edilebileceği ve böylece münhasıran iki devlet arasında tahkime gidilebileceği öngörülmekteydi<sup>16</sup>), uluslararası andlaşmalara dayanarak bizzat yatırımcının kendisinin uyuşmazlığa muhatap devleti tahkime götürebilmesine cevaz verilen yatırımcı-devlet tahkimi (“*investor-state arbitration*”) şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Ancak, yukarıda belirtilen iki kategorinin hangisinden kaynaklandığı hususundan bağımsız olarak, her durumda yatırım tahkimine

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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, Vol. 14, No. 2, Birleşmiş Milletler, Ağustos 2005, s. 124, 131, 132, 147, 149-151.

<sup>16</sup> Bkz. Lowe, Vaughan; Changing Dimensions of International Investment Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 4/2007, Mart 2007, s. 14.

<sup>17</sup> Bkz. Sornarajah, M; The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2. Bası, 2004, s. 249, 250.

<sup>18</sup> 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%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/Di%c4%9fer/yktk\\_anlasmalari.pdf](http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0statistikler/Uluslararası%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/Di%c4%9fer/yktk_anlasmalari.pdf)).

ilişkin özellikle son yıllarda ortaya çıkan hakem heyeti (“*arbitral tribunal*”)<sup>19</sup> kararlarına yönelik olarak, yabancı literatürde oldukça ciddi eleştiriler getirildiği de gözlenmektedir.

Ülkemizde uluslararası yatırım tahkimine yönelik değişikliklerin tartışıldığı süreçte genellikle ideolojik olarak nitelendirilebilecek tavırlara dayalı<sup>20</sup> pek çok husus gündemi işgal etmiş olmakla beraber, gerek bahse konu 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

<sup>19</sup> 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 “*tribunal*” sözcüğünün Türkçe’de karşılığının yer almamasından ileri geldiği yolunda tesbitlerde bulunduğu 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.

<sup>20</sup> Sözelimi, 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 çekilmektedir; 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, öğretilen 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 ifadelerle dahi tesadüf edilmektedir (bkz. Günöğür, Haluk; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, 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 açlık 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, 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.

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 verilebilmesiyle bağlantılı olarak “(h)akemlerin, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları İdari yargı mercileri kadar adil ve rasyonel çözümleyemeyeceklerine dair hiçbir bilimsel dayanak bulunmamaktadır” şeklinde oldukça keskin ifadelerle dahi yer verilebildiği görülmektedir.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Bkz. Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Eylül 2004, s. 169. Öte yandan, aynı yazar tarafından, ülkemizde kamu hizmetleri alanında tahkime yer verilmesine karşı çıkılması nedeniyle “... yabancı yatırımcılar için, elverişli bir hukuksal ortam bulunmaması sonucu doğacağından, (bu durumun) yatırım yapmayı engelleyici bir faktör” haline geleceğine değinilerek, “... bu risk faktörünü en azından azaltan bir önlem olarak, uyuşmazlıkların çözümünün tahkim yoluyla çözümlenmesi yoluna başvurmak istenmesi tutarsız ve irrasyonel bir yaklaşım değildir” şeklinde bir olumlamaya gidildiği de görülmektedir (bkz. İbid., s. 154). Yine, “.. zaten yatırım yaptıkları gelişmekte olan ülkelerde ki siyasi istikrarsızlıklar, bürokratik engeller ve alacaklarını tahsil edememe gibi genel sorunlar nedeniyle, sadece bu risklerin en aza indirgenmiş olduğu ülkelerde yatırım yapıp, diğer ülkelerden çekilme veya yatırımların maliyetine yukarıda sayılan risk faktörlerini de ekleyerek yatırımın faturasını yükseltme gibi yollara başvuran uluslararası büyük yatırımcılar, ülkemizdeki bu genel sorunlara bir de, hukuksal yapının ve mahkemelerin, aralarında çıkabilecek bir uyuşmazlıkta kendi devletlerini koruma ve kayırma eğilimlerini sezmiş olmaları birçok önemli yatırımı engelleyici etki yaratabilmekteydi.. Bu noktadaki sorun özellikle enerji sektöründe kendini hissettirmiştir... Bu “haksız” imaj ... yatırımcıların ... normalden çok daha yüksek bir bedel talep etmeleri yönünde etki yaratmıştır” yolundaki ifadelerle, tahkimin ülkeye gelecek yatırımlar üzerinde belirleyici etkisi olduğunun vurgulandığı görülmektedir (bkz. İbid, s. 148, 149). Yazar, aynı yolda devamla, “... özellikle ekonomik yönü ağır basan faaliyetler icra eden idari makamların, her geçen gün ulusal sınırları aşan bir şekilde ticaret dünyası ile ilişkiye girmeleri ve serbest ticaret kurallarıyla faaliyet göstermek zorunda olmaları sonucunda, akdettikleri sözleşmelerde tahkime başvurulması da zorunluluk halini almaktadır” ifadesine yer vermektedir (bkz. İbid., s. 157).

(Ancak, yine aynı eserde, enerji sektörüne benzer şekilde tekel konumunda bulunan telekomünikasyon sektöründe yatırım yapacak yabancı yatırımcı ile idare arasında imzalanması öngörülen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde düzenlenebileceği hususuna da değinilmektedir (bkz. İbid., s. 155). Dolayısıyla, tahkimin yabancı yatırımcılar açısından vazgeçilmez bir unsur olarak algılandığı hususu sorgulanmaya açık hale gelmektedir. Kanımızca, enerji sektörü bağlamında idare ile özel sektör arasında imzalanacak yapım ve işletmeyi içeren sözleşmelerde tahkime yer verilmesine yönelik “kaçınılmaz gereklilik” iddiaları, tahkimin yabancı yatırımcılarca bir bahane olarak kullanıldığı yolundaki görüşlere cevaz vermektedir. Bu meyanda, yatırım sözleşmelerinde tahkim olanağını tanıyan Anayasa değişiklikleri sonrasında da yatırımcıların sessiz kaldıkları ve bu nedenle uzun yıllar boyunca yatırımcıların uluslararası tahkimi bir mazeret olarak gördüklerinin anlaşıldığı, başlıca endişe konusunun ise ülkemizin kredibilitésine yönelik risk algılaması olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır (Hergüner’den aktaran:



Bununla birlikte, tahkime gidilmesi yönündeki tüm bu gayretler sergilenirken, öğretide genel kapsamlı bir bakışla ihtiyatlı olmayı telkin eden ve “tahkimin fevkalade cazip bir yol olmadığı” yolundaki görüşlerini cesaretle ortaya koyanların varlığını da belirtmek gerekir.<sup>22</sup>

Yine o dönemde yapılan kimi değerlendirmelerde, yatırım tahkiminin ağırlıklı olarak uluslararası ticari tahkim ile özdeşlik içerisinde bulunduğu gibi bir algılamaya gidildiği de görülebilmektedir<sup>23</sup>, 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 uyumsuzluklar 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.<sup>24</sup> Ticari tahkim ile yatırım tahkimi arasındaki son derece önemli bu ayrıma, ilerleyen kısımlarda ayrıntılı olarak değinilmektedir (bkz. Bölüm 4).

Bu çalışmada uluslararası yatırım tahkimine yönelik olarak yer verdiğimiz temel eleştirilerin her biri, belki kendi başına ayrı bir makale konusu edilecek derecede ayrıntılı irdelemeleri gerektirecek denli yoğunluk içeren konulardan oluşmaktadır. Açıktır ki, bu hususların topluca bir değerlendirmesini hedeflemiş olduğumuzdan, kapsam bakımından her bir konunun oldukça dar biçimde ele alınması ve ayrıntılı analizlere gidilmeksizin, daha ziyade “tarifleyici” bir yaklaşımla değerlendirilmesi zorunluluğuyla karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır.

---

Ahmad, Taimur; Istanbulish, Project Finance Dergisi, Londra, Ağustos, 2000, s. 21). Bütün bu açıklamaların, sorunun daha ziyade bu sektörde –aşırı sayıda ve gerçekleştirilemeyecek sözleşmelerin imzalanmış olması gibi- yanlış politikaların uygulanmış olmasına dayandığı söylemlerine (bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 172, 173) haklılık kazandırdığı söylenebilir).

Ne var ki, aynı yazarın, nihayet daha sonraki tarihli bir çalışmasında konuya ilişkin bakışını dikkat çekici biçimde değiştirdiği ve bu defa da “... tahkimin yatırım ortamının uygunluğu için sadece mütevazı bir katkıdan, “çorbadaki tuzdan” ibaret olduğu söylenebilir” kanısına vardığı görülmektedir (bkz. Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, Haziran 2005, s. 29).

<sup>22</sup> Bkz. Üstündağ, Saim; Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? –II, BTHAE, Ankara, 1999, s. 14.

<sup>23</sup> Bkz. Şanlı, Yatırım Uyumsuzluklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, op. cit., s. 38.

<sup>24</sup> Soysal / Ertuğrul, Kamu Hizmeti ve Tahkim, op. cit., s. 78, 79.

Dolayısıyla, çalışmamızda, yatırım tahkiminin halihazırda uluslararası ölçekte dile getirilen başlıca eleştiri konularına kısa bir bakış ile, bu hususların Türk hukuku tahtında ayrıntılı biçimde değerlendirilmesine ve tartışılmasına katkı sağlamaya yönelik bir girişimde bulunulması yaklaşımı hakim olacaktır. Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekirse, bu çalışmada yer verilen eleştiriler, yatırım tahkimine yönelik eleştirilerin tamamını kapsamaktan çok uzaktır ve burada yer verilenlerin dışında, önemli sayılabilecek çok daha farklı eleştiriler bulunmaktadır.<sup>25</sup>

Bu itibarla, çalışmamızda yer verilen başlıca eleştiri konularının sınırlı bir kapsam dahilinde incelenmiş olduğu gerçeğinin, bu bakış açısıyla değerlendirileceğini ümit ediyoruz.

## 2. Genel

Uluslararası tahkime ilişkin uluslararası andlaşmalar bağlamında en başta gelen eleştirilerden birisi, bu uyuşmazlık çözüm yönteminin, gelişmiş ülkeler tarafından gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelere dayatılan (veya, bir başka deyişle, sermaye ihraç eden ülkelere sermaye gereksinimi içinde bulunan ülkelere karşı kullanılan, hatta, eski dönemlerdeki kapitülasyonları andıran<sup>26</sup>) bir mekanizma olarak tanımlanabileceği, yatırımcı şirketlerin büyük oranda Avrupa Birliği (AB), Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Japonya'nın oluşturduğu üçlüye ait olduğu ve mevcut ikili veya bölgesel andlaşmalar çerçevesinde bir "çıkar dengesizliği" bulunduğu yolundadır.<sup>27</sup> Bu itibarla, küresel bir andlaşma düzenine geçiş yapılacak ise, burada gelişmekte olan ülkelerin çıkarlarının daha adil korunduğu bir mekanizmanın kurgulanmasına gerek duyulduğu; nihayet, bir yandan küresel ölçekte serbestiyet öngörülürken, diğer yandan da kalkınma amaçlı kısıtlamaların –ve ülkelerin düzenleyici işlem yapabilme erklerinin- güvence altına alınmasına özen gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>28</sup>

Bununla birlikte, uluslararası tahkimin yabancı yatırımcıların egemen gücün ölçsüz –ve keyfî- kullanımına karşı bir güvence sağladığı ve yabancı

<sup>25</sup> Bu bağlamda bir örnek vermek gerekirse; yatırım tahkiminde YKTK andlaşmalarının –her anlaşmada olduğu gibi- doğal olarak sadece genel mahiyette düzenleyebildiği veya düzenlenmiş olmakla birlikte belirsizlik içeren pek çok hususun hakem heyetlerine yorum hususunda geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, bundan kaynaklanan belirsizliğin ise yatırımcılardan ziyade devletlerin bütçesi aleyhine tehlikeler yarattığı, bu meyanda, andlaşma metinlerindeki her bir belirsizlikte yatırımcıların korunmasına öncelik verilmesinin yanlış olduğu ileri sürülmektedir (bkz. Harten, Gus Van; Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford University Press, New York, 2007, s. 122, 123).

<sup>26</sup> Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 13, 15, 27, 32, 157, 179, 180, 183.

<sup>27</sup> Kurtz, Jürgen; A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment, UPJIEL, Vol. 23, No. 4, Kış 2002, s. 716, 788.

<sup>28</sup> İbid.

yatırımların daha da artmasını sağlayarak ekonomik gelişmeye katkıda bulunduğu da –tartışmalı olmakla beraber<sup>29</sup>- ileri sürülebilecektir. Keza, yabancı yatırımcıların maruz kalabilecekleri haksız uygulamalar tahtında bağlı oldukları devletin diplomatik korumasına başvurmak zorunda kalmaktan kurtulup kendi başlarına hak mücadelesine girişme özgürlüğüne kavuştukları ve bu meyanda iki devleti karşı karşıya getirerek siyasi gerginliğe yol açmaktan kaçınma olanağını sağladığı da söylenmektedir.<sup>30</sup> Bununla beraber, ilerleyen paragraflarda yer verildiği üzere, bahse konu hukuksal mekanizmanın işlerliğine yönelik önemli eleştirilerin dile getirildiğini de vurgulamak gerektir.

Bu bağlamda, uluslararası yatırım tahkiminin, devletler arasındaki ilişkiler ve bu bağlamda devletler arası tahkime kıyasla önemli derecede farklılık içerdiği ileri sürülebilecektir. İki ülke arasındaki bir tahkim durumunda, bahse konu iki ülke arasında siyasi veya ekonomik tüm ilişkilerin yansıttığı bir denge dikkate alınmakta ve uyumsuzluk buna göre bir seyir izlemektedirken, yatırım tahkiminde sadece yatırımcının çıkarları öne geçmekte ve bu bağlamda daha dar kapsamlı bir dengeye göre karar çıkması olasılığı ağır basmaktadır.

Bu itibarla, YKTK andlaşmalarının günümüzdeki hali dikkate alındığında, bahse konu andlaşmalar vasıtasıyla yatırımcılara doğrudan tahkime başvurma olanağı tanınmasından önceki dönemlerde yatırımcıların kendi ülkeleri üzerinden uyumsuzlukları çözebilmesine olanak tanıyan mekanizma içerisinde iki devlet arasındaki çok farklı mahiyetteki dengeler gözetilebilmektedirken, artık böyle bir olasılıktan bahsedilemeyecektir.

Çalışmamızda, muhtelif tahkim kurumları ve uygulamaları hakkında kimi değerlendirmelere yer vermeyi öngörüyoruz. Bu meyanda, hemen bir

---

<sup>29</sup> Genellikle zorunlu tahkime cevaz verdiği görülen YKTK (“*Bilateral Investment Treaties*” – BITs) andlaşmalarının gelişmekte olan ülkelerde yabancı doğrudan yatırımları artırıp artırmadığı yönünde literatürde çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Bunlardan birine atıf yapmakla yetinmek düşüncesindeyiz; buna göre, YKTK andlaşmaları, yatırım ortamının iyileştirilmesine yönelik atılacak pek çok adımdan sadece birisidir ve genel olarak olumlu etki yarattığı söylenebilir (bkz. Salacuse, Jeswald W.; *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, *The International Lawyer*, Vol. 24, No. 3, Sonbahar 1990, s. 674). Ne var ki, burada asıl önem taşıyan konu, herhangi bir ülke açısından YKTK andlaşması imzalamak suretiyle elde edilen çıkar ile üstlenilen yükümlülüklerin kıyaslamasına gidilmesi olmalıdır. Nihayet, bu bağlamda, ne ICSID Sözleşmesi’ni imzalamış ne de herhangi bir YKTK andlaşmasını onaylamış bulunan Brezilya’nın, buna karşın 2007 yılı itibarıyla Latin Amerika’ya gelen 84 milyar ABD Dolarlık yabancı doğrudan yatırımın 19 milyar ABD Dolarlık kısmını cebzedebilmiş olmasına da dikkat çekilmektedir (bkz. Garcia-Bolivar, Omar E.; *International Law of Foreign Investment at a crossroads: the need to reform*, s. 3 ([http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=omar\\_garcia\\_bolivar](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=omar_garcia_bolivar)).

<sup>30</sup> Loibl, Gerhard; *International Economic Law, içinde International Law, International Law* (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003, s. 717.

temel eleştiriye burada yer vermek uygun olacaktır: Uluslararası tahkimin, YKTK andlaşmaları çerçevesinde yatırımcılara bir imkan olarak tanınmış olması, yatırımcılar açısından devletlerin kamulaştırma ve benzeri nitelikteki tek yanlı faaliyetlerine engel olma gibi, 1960'lı yıllardan beri talep edilegelen meşru bir gereksinimini karşılamaya yönelmesi ilk bakışta makul karşılanabilecek bir mahiyet içermekle beraber, ticari nitelikteki özel çıkarların kamu yararının korunması gereği karşısında daha üstün seviyede bir korumaya kavuşturulması sonucunu doğurduğu söylenebilir. Bu gelişme ise, kamusal ve özel nitelikteki çıkarlar arasındaki dengeyi bozmuş ve bu ikisi arasındaki sınırların ciddi –ve belki de yaşamsal derecede önemli-biçimde belirsizleşmesine götüren bir ortamın yaratılmasına neden olmuştur.<sup>31</sup>

### 3. Şeffaflık Sorunu

Bilindiği üzere, mahkemelerdeki uyuşmazlıklar kamuya açıktır ve duruşmalar, özel hayatın gizliliği gibi nedenlerle mahkeme tarafından aksine bir karar alınmadığı sürece, istekliler tarafından izlenebilir. Ticari ilişkilere dair uyuşmazlıklarda tahkimin öngörülmesi halinde ise, gerek milli tahkim ve gerek yabancı tahkim bakımından, kamuya açıklık söz konusu edilmemekte, hatta kamuoyu bu tür bir ihtilafın varlığından dahi haberdar olmayabilmektedir.

Bu alandaki mevcut kurallara göre ihtilaflar tamamen özel nitelikte sayıldığı veçhile, duruşmalar ihtilafın tarafları dışındakilere kapalı tutulmakta ve kararların duyurulması ancak bir tarafın arzu etmesi halinde mümkün olabilmektedir. Buradaki gizlilik ilkesi, tahkim sürecinin daha hızlı yürütülebilmesine olanak sağlanması ve tarafların ticari sırlarını koruma ve uyuşmazlık dolayısıyla itibar kaybına uğramamaları gibi düşüncelere dayandırılmaktadır.<sup>32</sup>

İhtilafın konusunun iki tacir arasında ve tamamen ticari nitelikteki bir konuya irtibat etmesi halinde, kamuoyunun bundan haberdar olmaması doğal karşılanabilir; hatta, bu tür ihtilaflarda hakem heyetinin kapalı kapılar ardında uyuşmazlık sürecini tamamlamalarının “adaletin temel ilkelerini zedelemeyeceği” de ileri sürülebilir.<sup>33</sup> Oysa ticari tahkime benzer şekilde yapılandırılmış bulunan yatırım tahkiminde genel olarak kamusal çıkarların ve kamuoyunu yakından ilgilendiren unsurların bulunduğu dikkate

---

<sup>31</sup> Leubuscher, Susan; The Privatization of Justice: International Commercial Arbitration and the Redefinition of the State, The Socio-Legal Dynamics of Disputes (Convenor: Linda Mulcahy), Mrs Birkbeck College ([www.fern.org/pubs/reports/dispute%20resolution%20essay.pdf](http://www.fern.org/pubs/reports/dispute%20resolution%20essay.pdf)), 2 Haziran, 2003, s. 5.

<sup>32</sup> International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), OECD Yayını, 2005, s. 11.

<sup>33</sup> İbid.

alındığında<sup>34</sup>, kamuoyunun bu tahkim davalarından haberdar dahi olamamaları, verilen kararların gerekçeleri veya talep edilen tazminat tutarı vb. gibi davaya ilişkin bilgilere erişememeleri, son derece ciddi bir eksikliklerdir.<sup>35</sup> Açıktır ki, "... kamu hizmetinin görülmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan çekişmelerde yargılamanın tahkime bırakılıp, "kamudan gizli" tutulması, affedilmez bir çelişki olur."<sup>36</sup>

Nitekim yatırım uyuşmazlıklarını tacirler arası ticari uyuşmazlıklardan ayıran "kamusal çıkar" boyutu, bu türden ilişkilere dair uyuşmazlıkların kapalı kapılar ardında görülmesine ilişkin ciddi eleştirileri beraberinde getirmiştir.<sup>37</sup> Öte yandan, şeffaf bir kurguya giderek hakem heyetinin faaliyetlerine dışarıdan erişim sağlamak suretiyle, hakemlerin kendilerini daha dikkatli davranmak zorunda hissedebilecekleri; eleştiriye açık tutulmalarının imkan dahiline girmesiyle, etkinliğin ve süreçteki kalitenin artacağı söylenebilir.<sup>38</sup>

Bu açıdan Dünya Bankası Grubu bünyesinde kurulmuş bulunan Yatırım Uyuşmazlıklarından Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Görülmesine İlişkin Uluslararası Konvansiyon ("*International Convention on the Settlement of Investment Disputes*" – ICSID) kapsamında öngörülen tahkim ile sair diğer tahkim kurgulamaları<sup>39</sup> arasında önemli bir fark bulunduğu görülmektedir: ICSID tahkiminde, ihtilafların ICSID Sekretaryası'na başvurularak kaydedilmesi gerekmektedir ve bu kayıt çerçevesinde ihtilafların tarafları, ICSID'e başvurma ve kayıt tarihi ile uyuşmazlığın kısa bir özeti hususundaki

<sup>34</sup> Paulsson, Jan; *Avoiding Unintended Consequences*, içinde Appeals Mechanism in International Investment Disputes, (Eds. Karl P. Sauvant / Michael Chiswick-Patterson), Oxford University Press, New York, 2008, s. 263, 264.

<sup>35</sup> Yannaca-Small, Katia; *Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2005/1, Nisan 2005, s. 2.

<sup>36</sup> Aybay, Rona; *Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim*, Ekonomik Forum, 15 Ağustos, 1999.

<sup>37</sup> Bkz. Yannaca-Small, *Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures*, op. cit., s. 2.

<sup>38</sup> Paulsson, *Avoiding Unintended Consequences*, op. cit., s. 264.

<sup>39</sup> Tahkim, yapısal kurgu bakımından temel olarak ikiye ayrılır: Kurumsal tahkim ve özel hakem kurulu ("*ad hoc*" tahkim). Kurumsal tahkim ile *ad hoc* tahkimi arasındaki temel fark; ilkinde kimi kurumlar tahtında oluşturulmuş bulunan kurallara atf yapılarak, önceden belirlenmiş bu kuralların uygulanmasına karşın, ikincisinde tahkime yönelik kuralların uyuşmazlığın taraflarınca aralarındaki sözleşmeyle belirleniyor olmasından ileri gelmektedir (bkz. Soysal / Ertuğrul, *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, op. cit., s. 74). Bu hususu biraz daha açmak gerekirse, tahkimin *ad hoc* veya kurumsal niteliği, hakem heyetinin oluşturulmasına (ve keza, uyuşmazlığa uygulanacak (UNCITRAL gibi) kuralların ne şekilde ve hangi usul kuralları tahtında uygulanacağına) yönelik kuralların belirlenme yöntemine göre tayin olunmaktadır; ilkinde, bu kurallar taraflar arasında belirlenirken, ikincisinde ise kimi kurumlarca (ICSID veya SCC gibi) konulmuş kurallar çerçevesinde hareket edilmektedir (bkz. Dugan, Christopher F. / Wallace, Don Jr. / Rubins, Noah D. / Sabahi, Borzu; *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2000, s. 35, 36, 236, 237.).

bilgi internet sitesinde erişime açık tutulduğu veçhile, kamuoyunun bu yöndeki uyuşmazlıklardan haberdar olmasına imkan yaratılmaktadır.<sup>40</sup>

Ne var ki, ICSID tahkimindeki bu özellik, Uluslararası Ticaret Odası (“*International Chamber of Commerce*” - ICC) veya İsveç Tahkim Odası (“*Sweden Chamber of Commerce*” - SCC) gibi, ticari ihtilafların görülmesi temel amacıyla kurulmuş tahkim merkezlerinde söz konusu değildir.<sup>41</sup> Bu ise, esasen, ICSID tahkiminin, adından da anlaşılacağı üzere, yatırım uyuşmazlıklarına mahsus bir tahkim kurumu olmasından<sup>42</sup> ileri gelmektedir. Diğer tahkim kurumları ise, asıl olarak ticari nitelikteki uyuşmazlıklara ilişkin olarak yargılama yapmak üzere kurgulanmıştır; mamafih, taraflar arasında öngörülmüş olmak kaydıyla yatırım uyuşmazlıklarına da bakabilmektedir.

Dolayısıyla, ICC veya SCC gibi tahkim kurumlarında da kayıt gerekmele beraber, ICSID’in aksine, kayıtlı davalar hakkında bir bilgi yayımlanmamaktadır. Keza, bu kurumlardaki davaların sadece bir kısmı yatırım uyuşmazlıklarına dair olduğundan, yatırım uyuşmazlıklarının sayısı, tarihi ve genel içeriği hakkında bir bilgiye ulaşma olanağı da bulunmamaktadır.<sup>43</sup> Dahası, taraflar arasındaki sözleşmeye göre “*ad hoc* (kurumsal olmayan)”<sup>44</sup> tahkime gidilmesi halinde, bu defa ortada bir tahkim kurumu ve yönetimi de mevcut olmadığından, herhangi bir kayıttan söz edilememektedir.<sup>45</sup> Dolayısıyla, bu tür tahkim heyetleri her an, her yerde ortaya çıkabilir; sadece uyuşmazlığın tarafları ve hukuk danışmanları ile hakemler tahkim davasının varlığı hakkında bilgi sahibidir.<sup>46</sup>

Keza, hakem heyetlerince verilen kararlar açısından, ICSID tahkimi dışındakilerde genel olarak tarafların iradesi dışında karara erişim sağlanması veya yayımlanması da söz konusu olmamaktadır.<sup>47</sup> Bununla

---

<sup>40</sup> International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), op. cit., s. 12.

<sup>41</sup> Bkz. Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 30.

<sup>42</sup> Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, op. cit., s. 413, 414.

<sup>43</sup> International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), op. cit., s. 12.

<sup>44</sup> “*Ad hoc*” tahkimde, genellikle UNCITRAL kurallarının uygulandığı görülmektedir (bkz. Yannaca-Small, Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures, op. cit., s. 3).

<sup>45</sup> International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), op. cit., s. 12. UNCITRAL, bir Sekretarya’ya sahip olmakla beraber, kendi kuralları çerçevesinde ortaya çıkan tahkim davalarının Sekretarya nezdinde kayıt edilmesini öngörmediği gibi, bu davaların herhangi bir şekilde takibini de yapmamaktadır (İbid., s. 12, 5 no.lu dip not).

<sup>46</sup> Peterson, Luke Eric; Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development, 2003, 8 no.lu dip not (www.iisd.org/pdf/2003/trade\_bits\_disputes.pdf).

<sup>47</sup> Bununla birlikte, son zamanlarda ICC’nin taraf isimleri ve ayrıntılar mahfuz tutulmak suretiyle karar özetlerini yayımladığı görülmektedir (bkz. International Investment Law: A

beraber, ICSID tahkiminde, ICSID Sözleşmesi'nin 48(5) maddesi uyarınca tarafların biri veya her ikisinin izin vermesi durumunda (izin tek taraf veya her iki taraftan alınmasına bağlı olarak farklı yayım organlarında olmak üzere) ICSID Merkezi kararın yayımlanmasını kararlaştırabilmektedir. Tarafların her ikisi de izin vermemekte ise,<sup>48</sup> bu defa Merkez, ICSID Sözleşmesi'nde 2006 yılında yapılan bir değişiklikle 48(4) maddesine istinaden hakem heyetinin verdiği kararın geniş bir özeti ile belli kısımlarını yayımlamakla zorunlu tutulmuştur.<sup>49</sup>

ICSID Sekreteryası, hakem kararlarının Sekreteryası'nın ağ sayfasında erişime açık tutulmak suretiyle yayımlanabilmesi konusunda uyuşmazlığın taraflarını teşvik etmekle birlikte, istatistiksel verilere göre 2005 yılı itibarıyla kararların ancak % 50'sinde taraflardan bu yönde izin alınabilmiş olduğu görülmektedir.<sup>50</sup> Dolayısıyla, bu tür kararlardan davanın tarafı devletin kamuoyunun haberdar olmayabilmesi imkan dahilindedir ve bu itibarla da eleştiriye açık bir yapı ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, tahkim kararlarının tenfizi vesilesiyle devletin yargı organlarına götürülmesi sürecinde görece bir aleniyetin sağlanmış olacağı ileri sürülebilirse de, gerek ICSID tahkim kararlarının tenfizi gerektirmeksizin doğrudan icra kabiliyetini haiz olması ve gerek her türden hakem kararlarının ülke dışında da icra edilebilmesi olanağı karşısında, bu görüşün aleniyet bakımından yeterli bir güvence sağlamadığı açıktır.

Bu bağlamda nihai olarak belirtmek gerekirse, saydamlık eksikliği sadece kamunun davanın varlığından haberdar olmaması hususiyetinden kaynaklanmamaktadır, zira tahkim sürecinin kendisine erişim sağlamak veya nihai karar hakkında bilgi sahibi olmak gibi diğer aşamalarda da gizlilik söz konusudur.<sup>51</sup> Oysa ABD Dışişleri Bakanlığı avukatlarından Legum'un ifadesiyle, "kamu çıkarını ilgilendiren özellikler taşıyan tahkim davalarının gizlilik altında yürütülmesi kabul edilemez."<sup>52</sup>

---

Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), op. cit., s. 13, 14).

<sup>48</sup> International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), op. cit., s. 13.

<sup>49</sup> Parra, Antonio R.; The Development of the Regulation and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal (Enerji Şartı Sekreteryası'nın 20 Ekim, 2006 tarihli Yatırım Grubu toplantısında yapılan sunum), s. 14.

<sup>50</sup> Bkz. Yannaca-Small, Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures, op. cit., s. 4.

<sup>51</sup> Blackaby, Nigel; Public Interest and Investment Treaty Arbitration, içinde International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003, s. 359.

<sup>52</sup> Legum'dan aktaran: Blackaby, Public Interest and Investment Treaty Arbitration, op. cit., s. 358.

#### 4. Uluslararası Tahkim Kurumlarının Nitelikleri Bakımından Değerlendirilmesi

Uluslararası tahkim, tacirler arasındaki ticari ilişkilerin çözümüne yönelik bir alternatif uyuşmazlık çözüm mercii olarak asırlardan beri uygulanmaktadır. Bu meyanda, hakem kurumlarının özellikle uluslararası ticaretin yoğunlaştığı Londra, Paris, İsveç gibi merkezlerde (Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (“*London Court of International Arbitration*” – LCIA), ICC ve SCC gibi) yapılandırıldığı, giderek uluslararası kuruluşlar nezdinde bu türden ticari ilişkilerin hakem heyetlerince görülmesinde esas alınabilecek kurallar oluşturulduğu (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (“*United Nations Commission on International Trade Law*” – UNCITRAL) gibi) görülmektedir.<sup>53</sup>

Uluslararası tahkim, ICC, LCIA, AAA (Amerikan Tahkim Birliği (“*American Arbitration Association*”)) veya ICSID gibi, bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından bağımsız olarak kurulmuş bulunan ve anılan kuruluşların usûle dair hükümlerinin uygulanacağı kurumsal bir yapıyı içermesinden dolayı “kurumsal tahkim” olarak adlandırılan bir düzenleme içinde gerçekleştirilebileceği gibi, “*ad hoc*” tahkimi’ adı verilen ve taraflarca belirlenen kurallara göre veya kolaylık açısından genellikle görüldüğü gibi UNCITRAL veya ICC gibi kuruluşlarca çıkarılmış tahkim kuralları kapsamında kurulabilen<sup>54</sup>, her bir uyuşmazlık çerçevesinde münhasıran oluşturulan<sup>55</sup> hakem heyetlerince de gerçekleştirilebilmektedir.<sup>56</sup>

Öte yandan, etkisini giderek artıran küreselleşmenin de yardımıyla sınırlar ötesi yatırımlarda özellikle son yıllarda görülen artış, yabancı yatırımcıların yatırımların bulunduğu ülke devletinin “kamulaştırma, el koyma veya millileştirme ve benzeri”<sup>57</sup> siyasi kararlarına karşı korunması gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Zira, “doğrudan yabancı sermaye yatırımı kararı alan bir yabancı firmanın, ekonomik ve siyasi istikrarın yanında bu

<sup>53</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Collier, John / Lowe, Vaughan; The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures, Oxford University Press, New York, 2000, s. 46-51.

<sup>54</sup> İbid., s. 46.

<sup>55</sup> Yatırım tahkiminde her hakem kurulu dava konusu edilen uyuşmazlığa münhasır olarak kurulur (bkz. Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christoph; Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, s. 36) ve uyuşmazlığın görülmesiyle görevi sona erer. Dolayısıyla, bu özellik bakımından, *ad hoc* tahkimi ile kurumsal tahkim arasında bir farklılık yoktur.

<sup>56</sup> Dezalay, Yves / Garth, Bryant G.; Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, The University of Chicago Press, 1996, s. 5.

<sup>57</sup> Ormanoğlu, Burhan; Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Mart 2004, s. 50.



kararı almasındaki önemli etkenlerden biri de, yatırım yapacağı ülkedeki hukuk sisteminin ve adalet mekanizmasının işleyiştir.”<sup>58</sup>

Bu meyanda, yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklar tahtında, ticari ilişkilere dair tahkimde olduğu gibi, devletin yargısına müracaat yerine daha tarafsız bir nitelik içerdiği düşüncesiyle uluslararası tahkim kurumundan istifade edilmesinin giderek daha fazla benimsendiği gözlenmiştir. Zira “özellikle kamu hizmeti olarak görülen alanlarda yapılacak yatırımlara ilişkin... sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların... idare ile aynı çatı altında bulunan yargı mekanizmasına götürülmesi, yabancı yatırımcılar açısından, çözümün (tarafsızlığı bakımından) kaygılara sebep olmakta (ve bu nedenle yabancı yatırımcılar tarafından) ulusal mahkemeler yerine uluslararası tahkim mekanizması (tercih edilmektedir).”<sup>59</sup>

Dolayısıyla, ticari tahkimi doğuran gelişmeler ve bunların niteliği ile yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi gereksinimi arasında bu bağlamda çok temel bir farklılığın bulunduğu söylenebilecektir. Yatırımlara ilişkin tahkimde taraflar, aralarındaki ilişkiyi ticari mahiyete indirgediklerini veya böyle telakki ettiklerini kabul noktasında olmak zorunda değildirler. Kuşkusuz, bir devletin yatırımcılarla imzaladığı sözleşmede ticari tahkimi öngörmek suretiyle aradaki ilişkiyi “sözleşme” temeline indirilmesi mümkündür.

Mamafih, yatırımların korunması ihtiyacı temel olarak devletin sözleşmenin ticari tarafı olarak değil ve fakat egemen sıfatıyla gerçekleştirdiği eylemlerine karşı korunma gereksiniminden neşet etmiştir. Nitekim, yatırımların korunmasına ilişkin hemen tüm uluslararası andlaşmaların hükümlerine bakıldığında, kamulaştırma veya eş etki doğuran işlemler veya kâr transferi ile döviz çevirmeye (konvertibilite) izin verilmesi<sup>60</sup> gibi hükümlerin yer alması, bu gerçeklikten kaynaklanmaktadır.

İşte bu gereksinimin bir sonucu olarak, yatırımların korunması temelinde özel düzenlemelere gidilmesi gereği doğmuştur. Buna ilişkin en başta gelen düzenleme ise, ICSID Sözleşmesi’dir. Bu itibarla, ICSID Sözleşmesi, münhasıran yatırımların korunmasına yardımcı olmayı teminen bir tahkim mekanizması kurulmasını öngörmektedir.

Kuşkusuz, yatırımcı ile devlet arasındaki bir sözleşmede<sup>61</sup> tarafların ICSID tahkimine atıfta bulunması söz konusu ise, bir yatırımla ilgili olarak

<sup>58</sup> İbid., s. 23.

<sup>59</sup> İbid., s. 25.

<sup>60</sup> Kimi zaman döviz çevirmeye yönelik risklerin hatalı biçimde “ticari risk” olarak tanımlanabildiği (bkz. İslamoğlu, Abdürrahim; Privatization and Build-Operate-Transfer (Özal Formula), Beril Yayınları, İstanbul, 2001, s. 135) görülmekle beraber, anılan riskin “politik-siyasi riskler” sınıfında yer aldığı açıktır.

<sup>61</sup> ICSID tahkimi, hemen daima ve münhasıran devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmelerden (“state contracts”) –ve doğrudan yatırımla ilişkili olmak kaydına bağlı

ticari mahiyette sayılabilecek uyuşmazlıklar da ICSID tahkimine götürülebilir; bu durum, ICSID Sözleşmesi'nde yatırım kavramının tanımlanmamış olması<sup>62</sup> nedeniyle geniş bir kapsamda yorumlanabilmesinden de ileri gelebilecektir. Ancak, vurgulamak gerekirse, ICSID tahkiminin asıl işlevi ve amacı, bu tür ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak değildir. Aksine, yatırımlardan kaynaklanan ve devletin egemen gücünün kullanılmasıyla ilişkili uyuşmazlıklar konu edilmektedir. ICSID tahkimini diğer ticari tahkimlerden ayıran en temel fark budur. Bu fark, ICSID tahkim uygulamasının gerek şeffaflık ve gerek sair kuralları açısından, diğer tahkimlerden ayrılan yönünü oluşturmakta ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında daha doğrudan “ilişkili” bir tahkim yeri niteliğini kazandırmaktadır.

ICSID tahkiminde “şemsiye” hükümler<sup>63</sup> aracılığıyla sözleşme ihlallerine dair yargı yetkisinin bulunduğu yönünde kararların görülebilmesi, uyuşmazlığın esasının “andlaşma hukuku” kapsamında olduğu ve münhasıran “sözleşme hukuku” uygulamasından bahsedilemeyeceği hususuna halel getirmekten uzaktır (ancak, yine de “şemsiye” hükmün ticari sözleşmedeki tüm uyuşmazlıkları andlaşma hukukuna dönüştürdüğü yolunda görüşlerin dile getirildiği<sup>64</sup> dikkate alındığında, bu konunun hâlâ belirsizliğini koruduğu ve sisler içinde kaldığı<sup>65</sup> söylenebilir). Bu itibarla, ICSID tahkiminin diğerlerine kıyasla yatırım uyuşmazlıklarının niteliğine daha uygun bir yapı içerdiği ve özellikle devletler açısından tercihinde yarar görülmesi gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim, ICSID tahkiminin hem yatırımcılar için, hem de devletler bakımından tarafsız ve düşük maliyetli bir tahkim olanağı sunduğu yönünde görüşlere tesadüf edilmektedir.<sup>66</sup>

---

olarak- doğan uyuşmazlıklara şamildir (bkz. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, op. cit., s. 413, 414).

<sup>62</sup> Bkz. Dost, Süleyman; Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 156; keza, bkz. Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 79. Schreuer, ICSID Sözleşmesi'nin ilk taslaklarında yatırım tanımına yer verilmiş olmakla beraber, daha sonra müzakereler sürecinde ortaya çıkan itirazlara istinaden kaldırıldığını belirtmekte; yine devamla, anılan kavramın Sözleşme'nin temelini oluşturmasına karşın, bu yönde bir tanımlamadan kaçınıldığını, bu anlamda ICSID Sözleşmesi bağlamında açıklık sağlayabilecek yegane bağlantının ise –belki- Sözleşme'nin Önsöz'ünde yer verilen “ekonomik kalkınma için uluslararası işbirliği gereği ve uluslararası özel yatırımların bu bağlamdaki rolü” ibaresi olabileceğini söylemektedir (bkz. Schreuer, Christoph H.; The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2001, s. 121-125).

<sup>63</sup> Bahsekonu kavrama ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Bölüm 4.6.

<sup>64</sup> Gaillard, Emmanuel; Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, New York Law Journal, Vol. 234, No. 68, 6 Ekim, 2005, s. 3.

<sup>65</sup> Goldhaber, Michael D.; Wanted: A World Investment Court, The American Lawyer: Focus Europe, Yaz 2004, s. 2.

<sup>66</sup> Bkz. Rowat, Malcolm D.; Multilateral Approaches to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of ICSID and MIGA, Harvard International Law Journal, Vol. 33, No. 1, Kış 1992, s. 118.

Diğer yandan, ICSID tahkiminde hakem heyetinin kararının ICSID kuralları (52. madde) uyarınca hakem heyetinin yargı yetkisini aşmış olması veya hakimin rüşvet almış olması<sup>67</sup> gibi kimi (kısıtlı) açılardan itiraza konu olabilmeleri<sup>68</sup> de kısmî bir imkan yaratmakta olup, “*Vivendi v. Argentina*” kararı buna dair bir örnek olarak dikkat çekmektedir<sup>69</sup>. Oysa diğer tahkim kurumlarında (ve özellikle “*ad hoc*” tahkimde) bu tür bir olanağa yer verilmemektedir. Bu bakımdan, ICSID tahkiminin en ayırd edici özelliğinin, mahkemelerin müdahalesi olmaksızın kendi iç prosedürü içerisinde ve nihai bir karar süreci olarak yeniden gözden geçirme olanağının tanınması olduğu belirtilmektedir.<sup>70</sup> Dolayısıyla, ICSID tahkiminin bu bakımdan da daha ehven olduğu savunulabilir.

Bununla birlikte, özellikle ICSID bağlamında ifade edilen bir eleştiriye göre, ICSID’in de dahil olduğu Dünya Bankası grubunun içinde yer alan Uluslararası Finansman Kuruluşu (“*International Financial Corporation (IFC)*”) tarafından kimi yatırımlarda hisse sahibi olunması ve bu yatırımlarla ilgili olarak uluslararası tahkimin ICSID bünyesinde görülebilmesi dolayısıyla bir “çıkar çatışması”ndan söz edilebilecektir.<sup>71</sup> Gerçekten de, Dünya Bankası tarafından gelişmekte olan ülkelere sağlanan uygun koşullu kredilerin ve bahse konu Bankanın diğer ticari bankaların kredi vermelerini kolaylaştırıcı etkisi göz önüne alındığında, IFC ile ICSID’in Dünya Bankası Grubu içerisinde yer alıyor olmasının en azından dolaylı bir baskı yaratması olasıdır.<sup>72</sup>

Öte yandan, uluslararası tahkimde hakemlerin mutlaka hukuk eğitiminden geçmiş olmaları gerekmemektedir, “hukuk, iş dünyası veya kamu hizmetinde uzun süreli deneyim ve yetkinlik kazanmış olmak” tercih sebebi olarak görülmekte; “faziletli karar verme (“*virtue judgment*”)

<sup>67</sup> Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, op. cit., s. 967, 968. Öte yandan, tahkime konu sözleşmelerin rüşvetle elde edilmeleri gibi ceza hukukunun konusunu teşkil eden olaylar çerçevesinde tahkim heyetlerinin kendilerini yetkili görmeyebileceklerine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Okuyucu-Ergün, Güneş; Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları, TBB Dergisi, Sy. 70, Mayıs-Haziran 2007, s. 135-161.

<sup>68</sup> Ormanoğlu, Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, op. cit., s. 111.

<sup>69</sup> Bkz. Alexandrov, Stanimir A.; The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations – The Applicants’ Perspective, içinde Annulment of ICSID Awards (Eds. Gaillard and Banifatemi), Juris Publishing, New York, 2004, s. 97-121.

<sup>70</sup> D. M. Lew, Julian / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan M.; Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 792 (anılan süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.*, s. 792-801).

<sup>71</sup> McKay, Emad; Finance: Bias Seen in International Dispute Arbiters, IPS News, 19 Haziran, 2007 (<http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=38229>).

<sup>72</sup> Aynı yönde bkz. Schreuer, Christoph H.; The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures, s. 4 ([www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf)).

yeteneği, tarafsızlık ve uzmanlık esas alınmaktadır.<sup>73</sup> Ancak, her halükarda gerek ICSID ve gerek diğer tahkimlerde hakem olabilmek için asgari bir koşul bulunmamaktadır; bu durum ise doğal olarak endişe duyulmasına yol açmaktadır.<sup>74</sup> Sözgelimi, Türk hukuku tahtında oluşturulan bir tahkim heyetinde, taraflardan birince atanan hakemin “orada burada tamir işleri yapan bir elektrik ustası” olduğuna da tesadüf edilebilmiştir.<sup>75</sup>

Yine, tahkim heyetlerinde genellikle hukuk eğitiminden geçmiş ve hukuk firmalarında görev yapmakta olan avukatlardan yararlanıldığına sıklıkla rastlanmakta olup, bir davada hakem heyeti başkanı olarak tarafsız bir konumda bulunan, yahut hakem heyetinde taraflardan birisince atanmış olmasına karşın yine belli ölçüde tarafsızlığını koruyarak münhasıran uzmanlığını ortaya koyması beklenen kimi hukukçuların, bir başka davada bu defa taraflardan birisi adına avukat sıfatıyla yer alabilmesi<sup>76</sup> eleştiriye açıktır. Nitekim bir görüşe göre bu durum, tarafsız bir yargı düzeninin bu sistemde bulunmadığına delalet etmektedir.<sup>77</sup>

Sonuç itibarıyla, yatırım uyuşmazlıklarının bir tarafının devlet olması ve daha da önemlisi, bu uyuşmazlıklarda andlaşmalar çerçevesinde devletin faaliyetlerinin kamulaştırma anlamına gelip gelmediği gibi, daha ziyade egemen gücün kullanıma irtibat eden ve ticari nitelik içermeyen unsurların incelenmesini gerekli kılmaması karşısında<sup>78</sup>, iki tüccar arasındaki tamamen ticari nitelikte bir uyuşmazlığın çözülmesi sözkonusu imiş gibi bir yaklaşıma sahip olunması ve bu nitelikteki uyuşmazlıkların yukarıda belirtilen şekilde “uzmanlık sahibi” hakemlerce karara bağlanmasının öngörülmesi, gerçekten sorgulanmaya muhtaç bir yapıyı göz önüne sermektedir.

#### 4.1. Öngörülebilirlik sorunu: “Res judicata” ve “stare decisis”

Bilindiği üzere, Latince “res judicata” kavramıyla bir şeyin yargılanmış olması sonucunda tekrar yargılama yasağı, bağlayıcılık ve kesin delil teşkil etme gibi üç etkinin doğacağı kabul edilmektedir.<sup>79</sup> “Stare decisis” ise, bir

<sup>73</sup> Dezalay / Garth, Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, op. cit., s. 8, 34, 35.

<sup>74</sup> Blackaby, Public Interest and Investment Treaty Arbitration, op. cit., s. 361.

<sup>75</sup> Turgut Kalpsüz’ün bu hususa ilişkin beyanı için bkz. Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? – II, op. cit., s. 200.

<sup>76</sup> Buna dair örnek için, uygulamada yer alan –ve bahse konu eleştiriye en azından kısmen haklılık verdiği görülen- bir hukukçu-avukatın kendi ifadesine bakılabilir (bkz. Paulsson, Avoiding Unintended Consequences, op. cit., s. 242.

<sup>77</sup> Bkz. Anderson, Sarah – Grusky, Sara; Challenging Corporate Investor Rule, Institute for Policy Studies ve Food & Water Watch, Nisan 2007, s. 9 (www.ips-dc.org).

<sup>78</sup> Bkz. Onaner, Mehmet; Türkiye’de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 37, 38.

<sup>79</sup> Bkz. Gözler, Kemal; Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine, AÜHFD, Yıl 2007, C. 56, Sy. 2, s. 47. Yazar, bahse konu kavramın Türkçe’de “kesin hüküm” olarak yer almasının yanlış olduğu, doğru bir çeviri için eski hukuk terminolojisinde yer verilmiş olan “emr-i makzi”

mahkeme kararının diğer kararlar üzerinde etkinlik yaratması veya örnek olması anlamına gelmektedir.<sup>80</sup> Uluslararası hukukta, “*stare decisis*” ilkesinin uygulaması bulunmamaktadır; giderek, gerek hakem kararları ve hatta gerek uluslararası mahkemelerin kararları, “*res judicata*”nın dışında bir hukuksal otoriteye sahip olmayıp, sadece kararların tarafları üzerinde ve yalnızca bahse konu davayla sınırlı olarak bağlayıcı olabilmektedir.<sup>81</sup>

Mahkeme kararlarının birbirleri üzerindeki etkisi, içinde bulunulan hukuk düzeni kurgusuna bağlı olarak farklı biçimlerde tezahür edebilmekle birlikte, kıta Avrupası sistemine kıyasla, mahkeme kararlarının hukuksal zemini oluşturduğu “*common law*” veya “*case law*”<sup>82</sup> düzeninde daha etkin bir biçimde uygulandığı söylenebilir. Zira, yasama organınca konulan düzenlemelere dayalı kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak, İngiliz ve Amerikan hukuklarında görülen “*common law*” veya “*case law*” düzeninde hukuk, geleneklerden süzülen ilke ve kuralların mahkeme kararlarında somutlaştırılması ve harmanlanmasıyla yaratılmaktadır. Böylece, önceki bir mahkeme kararının, aynı olguları içeren bir diğer kararda –farklı hükme varmayı gerektirecek bir unsurun bulunmaması kaydıyla- aynı şekilde uygulanması yaklaşımı benimsenmektedir.<sup>83</sup>

Uluslararası yatırım tahkimi ile uluslararası ticari tahkim arasındaki kimi farklılıkların dikkate alınması gereği, bu bağlamda önemli bir sorun oluşturmaktadır. Sözgelimi, uluslararası kamu hukuku tahtında daha önce verilmiş olan hakem kararlarının sonraki hakem kararları üzerinde belirgin bir rol oynadığını söylemek mümkün iken, uluslararası ticari tahkim bakımından önceki kararların nispeten daha az etkinlik kazandığı –en azından tarihsel geçmişi açısından- söylenebilir, zira ticari tahkime ilişkin hakem kararları nadiren yayımlanmaktadır.<sup>84</sup>

Ancak, yatırım tahkiminde ICSID ile beraber UNCITRAL veya SCC gibi ticari tahkim anlayışına dayanan hakem kurgusuna da yer veriliyor olması dikkate alındığında, uluslararası kamu hukuku tahtında devletler arası

---

veya kaziye-i mahkûmunbiha” terimlerinin kullanılabilmesi; ancak, bu terimleri Türkçeleştirme bakımından halihazırda yeni bir karşılık bulunması gerektiği, bu yapıları kadar ise anılan Latince terime yer verilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir (bkz. İbid., s. 58, 59).

<sup>80</sup> Bkz. Kelsey, D. Arthur; The Architecture of Judicial Power – Appellate Review and Stare Decisis (The Judges’ Journal adlı dergide (Vol. 45, No. 2, Bahar 2006) yayımlandığı belirtilmektedir)(<http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Courts/architectjudicialpwr.pdf>).

<sup>81</sup> Collier / Lowe, The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures, op. cit., s. 262.

<sup>82</sup> Bkz. Arat, Tuğrul; Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, AÜHF, Ankara, 1968, s. 25, 26.

<sup>83</sup> Bkz. Black Law Dictionary, West Group, 6. Bası, 1990, s. 216, 276.

<sup>84</sup> Walde, Thomas / Sabahi, Borzu; “Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law”, Vol. 4, No. 6, Kasım 2007, s. 9.

hakem kararlarının ticari tahkime kıyasla daha fazla erişime açık bulunması özelliğinin, yatırım tahkimi bakımından aynı oranda söz konusu edilemeyeceği de söylenebilecektir. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği üzere (bkz. Bölüm 3), ICSID tahkiminde de kararların tam olarak erişime açılması her zaman karşılaşılan bir hususiyet olmaktan beridir; zira bunun için taraflardan en az birinin rızası gerekmektedir.

Yatırım tahkimi bakımından bu meyanda ortaya çıkan önemli bir husus, hakem heyetlerinin kararlarının birbiriyle çelişebilmesi karşısında, öngörülebilirlik ilkesinin en azından belli ölçülerde zedelenmesi olasılığıdır. Her ne kadar hakem heyetlerinin gerek aynı tahkim yeri çerçevesindeki mevcut bilinen kararları ve gerek diğer tahkim yerleri kapsamındaki hakem kararlarını (yine, bilinebildiği ölçüde!) kendi kararlarını oluştururken dikkate almakta oldukları<sup>85</sup> veya önceki hakem kararlarının uygulamada bir başka hakem heyeti üzerinde güçlü bir etkisinin bulunduğu<sup>86</sup> söylenebilirse de, bu yönde bir zorunluluk olmayıp<sup>87</sup>, sonuçta hakem heyetinin kendi itibarlarını düşüneceklerine olan güven duygusundan öte bir korumadan bahsedilememektedir, bunun yeterli güvence sağlamaktan uzak olduğu<sup>88</sup> ise açıktır.

Nitekim, son dönemlerdeki hakem kararlarına bakıldığında, benzer –ve hatta aynı- nitelikteki uyuşmazlıklarda birbirinden farklı kararların verilebildiği görülmektedir. Bu husustaki en bilinen ve literatürde yaygın olarak yer verilen örnek, Çek Cumhuriyeti aleyhine bir yatırımcının gerçek kişi olarak kendi adına ve ayrıca hissedarı olduğu şirketi adına olmak üzere iki ayrı YKTK andlaşması üzerinden iki ayrı tahkim başvurusunda bulunmuş olması, bunların ilkinde davayı kaybetmesine karşın, aynı vakaya dayandırılmış olan diğer davada ise tazminata hak kazanmış olmasıdır.<sup>89</sup>

Bahse konu davada tahkim heyetlerinden birisinin, *res judicata* ilkesinin farklı andlaşmalara dayalı olarak kurulmuş bulunan hakem heyetleri söz konusu olduğunda uygulanamayacağı, bu kavramın sadece aynı yargı yeri altında kurulu hakem heyetleri bakımından geçerli olabileceği yolundaki ifadesi dikkat çekicidir.<sup>90</sup> Esasen, –yukarıdaki paragraflarda da

<sup>85</sup> Schreuer, Christoph; Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, 7 Şubat, 2006, s. 17 ([http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cspubl\\_85.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cspubl_85.pdf)).

<sup>86</sup> Collier / Lowe, The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures, op. cit., s. 262.

<sup>87</sup> Gibson, Christopher S. / Drahozal, Christopher R; Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, Journal of International Arbitration 23(6), 2006, s. 526.

<sup>88</sup> Bkz. Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. vii.

<sup>89</sup> Bahsekonu kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. D'Agostino, Justin / Jones, Oliver; Energy Charter Treaty: a Step towards Consistency in International Investment Arbitration?, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 25, No. 3, 2007, s. 226-230.

<sup>90</sup> Lowe, Changing Dimensions of International Investment Law, op. cit., s. 110, 112.

değindiği üzere- öğretilerde yatırım tahkimine ilişkin olarak yerleşmiş bulunan kurala göre, “*common law*” anlamında önceki hakem kararlarının görülmekte olan davaya esas teşkil etmesi anlayışı söz konusu olmamaktadır.<sup>91</sup> Bununla birlikte, uluslararası yatırım tahkimi bakımından, hakem heyetlerinin benzer olaylara ilişkin önceki kararlara mümkün olduğu derecede uygunluk içerisinde hareket ettikleri de savunulmaktadır<sup>92</sup>, kuşkusuz, bu yöndeki kararlar yayımlandığı ölçüde.

Öğretilerdeki bu görüşe karşın, uygulamaya bakıldığında, öngörülebilirlik ilkesinin ciddi ölçüde zedelendiği gözlenmektedir. Nitekim bu meyanda “son beş yılda yatırım uyuşmazlıklarına dair çok sayıda çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır.”<sup>93</sup> Bunlardan en bilineni olarak, Çek Cumhuriyeti’nin aynı işleminin iki ayrı UNCITRAL hakem heyeti tarafından irdelendiği ve “şemsiye” hükümler konusunda önceki hakem kararının sonraki hakem kararında farklı biçimde uygulandığı –ve böylece birbirinden radikal ölçüde farklı mali sonuçlara yol açtığı görülen- “*SGS v. Philippines*” ve “*SGS v. Pakistan*” davalarındaki hakem kararları gösterilebilir.<sup>94</sup>

Yine, tahkim hukukunda uyumlu kararlar verme sorunu hakkında “Üç Tahkim, Bir Sorun, Üç Çözüm” başlıklı dikkat çekici bir makalesi bulunan Prof. Stern’e göre, uluslararası tahkime ilişkin hakem kararları çerçevesinde 20 tahkim, bir sorun ve 20 çözümün ortaya çıkması potansiyeli (ve tehlikesi!) bulunmaktadır.<sup>95</sup>

Hakem kararları arasında ortaya çıkan fevkalade büyük ve önemli farklılıklar, hatta uyumsuzluk oluşturan yorum farklılıklarının ötesinde, kimi zaman uzmanlarca şaşırtıcı derecede yanlış olarak değerlendirilen kararların<sup>96</sup> sonucu olarak, yatırım uyuşmazlıklarının olağan ticari ilişkilere ilişkin tahkim davalarına kıyasla olağanüstü yüksek mali boyutlara ulaşabildiği görülmektedir. Nitekim, 2003 yılı itibarıyla 60’ın üzerindeki bilinen tahkim davasında, 120 milyon ABD Dolarından “milyarlarca ve milyarlarca” ABD Dolarına kadar değişen tazminat talepleri söz konusudur<sup>97</sup>. Yine, dava konusu meblağın yüksekliği bağlamında, ülkemiz

<sup>91</sup> Schreuer, Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, op. cit., s. 11.

<sup>92</sup> Gaillard, Emmanuel; Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts, International Business Lawyer, May 1999, 214, 217.

<sup>93</sup> Franc, Susan D.; The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73, 2005, s. 1558.

<sup>94</sup> Schreuer, Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, op. cit., s. 16; Paulsson, Avoiding Unintended Consequences, op. cit., s. 247.

<sup>95</sup> Goldhaber, Wanted: A World Investment Court, op. cit., s. 3.

<sup>96</sup> Goldhaber, Michael D.; A “Completely Appalling” Decision, The American Lawyer: Focus Europe, Yaz 2004, s. 1.

<sup>97</sup> Goldhaber, Michael D.; Big Arbitrations, The American Lawyer: Focus Europe, Yaz 2003, s. 22.

aleyhine açılmış ve halen devam etmekte olan Lebananco tahkim davasında yaklaşık 10 milyar Dolar tutarında bir tazminatın talep edilmekte olduğu anımsanacaktır.<sup>98</sup>

Dolayısıyla, bu durum, devletler ve vatandaşları üzerindeki mali açıdan yıkıcı boyutlara varabilen derecedeki olası etkileri dikkate alındığında, hakem mekanizmasına yeni bir çehre kazandırma gereğini ortaya çıkarmakta ve belki de bu yönde -sözgelimi Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) (“*World Trade Organization*” – WTO) nezdinde- bir uluslararası temyiz merciinin kurgulanmasını<sup>99</sup> veya International Institute for Sustainable Development (“IISD”) tarafından hazırlanan Model YKTK Andlaşması’nda öngörüldüğü şekliyle müstakil bir tahkim kurumunun ve temyiz merciinin kurgulanmasını<sup>100</sup> gerekli kılmaktadır (bu hususa ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Bölüm 4.8).

Bilindiği üzere, yatırım tahkiminde bir temyiz merciinden bahsedilememektedir. ICSID kapsamında oldukça sınırlı biçimde bir üst başvuru mercii kurgusu yer almakla birlikte, temyiz niteliğinde olmayıp, son derece dar kapsamlı bir itiraz başvurusuna olanak tanımaktadır. ICSID dışındaki tahkim yerleri bakımından ise, tahkimin görüldüğü ülkelerin mahkemelerinde yerel hukuka göre hakem kararına karşı hukuksal mekanizmaların bulunması mümkündür; ne var ki, hakem kararlarına karşı başvuru mekanizmaları anlamında yerel hukukların genellikle dar ölçekli bir itiraza olanak tanımakta olduğu da bilinmektedir.<sup>101</sup> Bu itibarla, mevcut tahkim düzenlemeleri ve uygulamaları bağlamındaki kısıtlı temyiz olanaklarının olası bir yeni düzenlemeyle getirilebilecek temyiz mekanizmasına karşı kıyaslamasına gidilecek olursa, halihazırdaki uygulamada itiraz yoluna gidilebilmesi olanağı bakımından neredeyse yok mertebesinde bir hukuksal zeminden söz etmek mümkündür.

Dolayısıyla, hakem kararlarındaki çelişkilerin ortadan kaldırılabilmemesine yönelik bir hukuksal kurguya olan gereksinim, hâlâ ortadadır. Ne var ki, bir görüşe göre, uluslararası ölçekte (“*universal*”) bir temyiz merciinin kurgulanması yönündeki önerilerin gelecekte gerçekleşmesi olasılığı çok düşüktür.<sup>102</sup> Her ne kadar bir temyiz mercii

<sup>98</sup> Bkz. Enerji Şartı Sekreteryası, <http://www.encharter.org/index.php?id=213>.

<sup>99</sup> Goldhaber, *Wanted: A World Investment Court*, op. cit., s. 2.

<sup>100</sup> Mann, Howard / Moltke, Konrad von / Peterson, Luke Eric / Cosbey, Aaron; *IISD Model International Agreement on Investments for Sustainable Development: Negotiator’s Handbook*, IISD Yayını, 2. Baskı, Nisan 2006, s. 55.

<sup>101</sup> Yannaca-Small, Katia; *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/1, Şubat 2006, s. 5, 6.

<sup>102</sup> Bkz. Paulsson, *Avoiding Unintended Consequences*, op. cit., s. 242. yazar, daha da ileri giderek, temyiz merciinin ilk derece hakem heyetine kıyasla daha fazla moral otoritesinin bulunacağı varsayımının da gerçekçi bir olasılık şeklinde görülemeyeceği kanısındadır



kurgusu altında dahi birbirinden farklı kararların çıkabilmesinin kaçınılmaz olacağı yorumuna gidilebilse de<sup>103</sup>, mevcut duruma göre çok daha belirgin bir uyumlaştırmanın doğacağı söylenebilir.

Yatırım tahkimine yönelik bir kurgu değişikliğine gidilmemesi halinde, yatırımlara ilişkin uluslararası tahkim konusunda daha şimdiden beliren itirazların daha da yaygınlaşması ve yatırım tahkiminin meşruiyetinin giderek daha şiddetli biçimde sorgulanması kaçınılmaz olacaktır. Giderek, hakem heyetlerince verilen kararlarda devletlerin ödemesine hükmolunan tazminatların gereğinden fazla olduğu yolunda bir algılamının halihazırda yerleşmeye başladığı, bu olumsuz eğilimin devam etmesi ve kararların tatmin edici bir gerekçelendirmeye dayandırılmaması durumunda yatırım tahkiminin uluslararası politik alandaki meşruiyetinin daha da azalacağı vurgulanmaktadır.<sup>104</sup>

Nitekim 2005 yılında hakem heyetince kısmi kararı verilen “*Eureko BV v. Poland*” davasında, hakem heyetinin karara muhalif kalan üyesi Prof. Rajski tarafından düşülen muhalefet şerhinde, “yatırım sözleşmelerinde şirketlere şemsiye hükümler üzerinden geniş bir kapı açılması ve böylece ticari sözleşmedeki her ihlali andlaşma ihlali haline dönüştürerek andlaşma tahkimine götürebilme olanağının tanınması halinde, ileriye yönelik olarak gerçekleştirilecek yatırım faaliyetleri üzerinde çok olumsuz etkiler yaratan, uluslararası sermayenin yatırımlarını aslında baltalayacak bir gelişmeye yol açılmış olunacaktır” uyarısında bulunmaktadır.<sup>105</sup>

Öğretiden aynı yoldaki bir görüşte de, yatırım tahkimi uygulamalarının devletler aleyhine beklenmeyen gelişmelerle sonuçlanmasının, devletlerin yatırım tahkimine yönelik tutumlarını gözden geçirmeye sevk edebileceği ve ileriye yönelik olarak daha kısıtlı veya az sayıda ilave YKTK andlaşmasına yol açabileceği; böylece, yatırımcılar için uzun vadede daha az korumaya mazhar bir sakıncalı duruma evrilen bir ortamı doğurmaya da neden olabileceği değerlendirilmesinde bulunmaktadır.<sup>106</sup> Nitekim, ABD’nin model YKTK andlaşması, son zamanlardaki hakem kararları ışığında değiştirilmiş ve daha kısıtlayıcı türden hükümlere yer verilmiştir. Bu

---

(İbid, s. 258). Bize göre; bu düşünce bir önyargıyı yansıtmaktadır; zira, aynı yaklaşımın ilk derece mahkemelerine kıyasla temyiz mahkemeleri için de geçerli kılınması olasılığı düşünüldüğünde, münhasıran bu varsayımdan hareketle temyiz mahkemelerine de gerek duyulmaması icap ederdi!

<sup>103</sup> İbid., s. 244, 245.

<sup>104</sup> Walde / Sabahi, “Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law”, op. cit., s. 4.

<sup>105</sup> Foster, David; Umbrella Clauses— A Retreat from the Philippines?, International Arbitration Law Review, No. 9(4), 2006, s. 105.

<sup>106</sup> Van Aaken; Anne; Perils of Success? The Case of International Investment Protection, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2007-29, s. 17, 18, 21.

vesileyle, ülkemizin Ağustos 2008 itibarıyla 80 adet YKTK andlaşması imzalamış bulunmasına karşın<sup>107</sup> henüz bir taslak andlaşmasının dahi olmayışının vahim bir eksiklik olarak değerlendirilebileceği hususuna ayrıca değinmekte yarar görüyoruz.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, yatırım tahkiminin henüz emekleme çağında olduğunu ve “gelişme sancıları” çektiğini söylemek ve bu meyanda halihazırda karşılaşılmakta olan güçlüklerin ayırına vararak bu alandaki hukukun gelişmesini desteklemek, böylece, oluşmakta olan meşruiyet krizini asgariye indirmeyi teminen çözümler aramanın gerekli olduğunu savunmak mümkündür.<sup>108</sup>

Bunun yanı sıra, bir yandan yatırımlara yönelik uyuşmazlıkların bir uluslararası mahkeme formatı yerine hakem heyetlerinden müteşekkil bir yapılandırma içerisinde kurgulanmış olması, öbür yandan yatırımların korunmasına yönelik andlaşmalar tahtında hemen daima devletlerin tazminat ödeyecek davalı, yatırımcı uluslararası şirketlerin ise bundan yararlanıcı konumda olmaları hususu dikkate alındığında, heyetteki hakemlerin kendilerine iş olanağı ve maddi yarar sağlayan bu düzeneğin işleyişini devam ettirmekte çıkar sahibi olacakları veçhile bir menfaat çatışmasının sözkonusu olduğu<sup>109</sup> yolundaki eleştiriler de dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların milli mahkemelerde çözümlenmesi düşüncesinin, yatırıma ev sahipliği yapan ülkelerin hukuk düzenindeki yargıçların tarafsız olamayacakları nedeniyle kabul görmemesi ve bunun yerine bahsekonu uyuşmazlıkların uluslararası hakem heyetlerince görülmesi uygulamasına geçiş yapılması, tarafsızlık bağlamında bir adım daha geri gitmiş olmakla itham edilmektedir.<sup>110</sup>

#### 4.2. “Treaty-Forum shopping” veya yarışan yargılama yerleri sorunu

Uluslararası tahkime ilişkin bir diğer sakınca ise, yatırımcıların sırf kendilerine en elverişli tahkim olanağını sağlayan andlaşmadan veya yargı yerinden yararlanmak üzere kurgular yaratabilmeleri gerçeğinden kaynaklanmaktadır (“treaty - forum shopping”).<sup>111</sup> Esasen, onlarca yıldır çokuluslu şirketlerin kendilerine en uygun vergi hükümlerini uygulayan

<sup>107</sup> Bkz. Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları'nın İçeriği ve İşlevleri, op. cit.

<sup>108</sup> Franc, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, op. cit., s. 1523.

<sup>109</sup> Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 5, 6.

<sup>110</sup> İbid., s. 6.

<sup>111</sup> Yannaca-Small, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, op. cit., s. 17-20. Keza, bkz. Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 113-117.

ülkeleri belirleyerek faaliyetlerini bu ülkeler üzerinden gerçekleştirdikleri bilinmektedir.<sup>112</sup> Bu bağlamda ileri sürülen bir görüşe göre;

*“uluslararası mahkemeler ve tahkim heyetleri halihazırda gerçek bir yargısal düzen, yani yapısal ve organize bir kurumsal düzen oluşturmaktan uzaktır. Bunun bir sonucu olarak, çeşitli yargısal organlar arasında işbirliği ve uyum asgari düzeyde kalmıştır ve aynı konuya ilişkin kararları arasında farklılıklar doğacağını beklemek mümkündür. Bu keyfiyet, tarafların yargı yerleri arasında istismara yol açacak biçimde rekabet oluşturmalarını, bu meyanda aynı anda farklı yargı yerlerine başvurmalarını ve bu şekilde nihai kararları etkisiz kılmaya yönelmelerini teşvik edici mahiyettedir.”*<sup>113</sup>

Nitekim NAFTA Sözleşmesi taslağının 11. bölümünde (madde 1113.2) “yatırımcının esaslı faaliyetinin bulunmadığı bir ülkeyle yatırımın yapıldığı ülke arasındaki anlaşmaya dayanılması halinde buna itiraz edilebileceği” öngörülmektedir.<sup>114</sup>

Diğer yandan, yatırımcılar tarafından yarışan yargı yerlerine yönelik seçim olanağının kötüye kullanılması suretiyle, YKTK anlaşmalarında öngörülen farklı yargılama seçeneklerinin daha geniş bir kapsamda uygulanmasına olanak sağlanabildiği ve böylece aynı vakaya dayalı çok sayıda paralel veya çoklu (“multiple”) davalara tesadüf edilebildiği yönünde önemli eleştiriler de bulunmaktadır.<sup>115</sup>

Yine, YKTK anlaşmalarının çoğunda, yabancı şirketlerin hissedarlarının milliyeti yahut hissedarların kontrollü oluşturmasına bakmaksızın veya asgari bir hisse oranı belirlemeksizin dava açılabilmesine izin verilmesi, “forum shopping” konusunun kötüye kullanılmasını teşvik edici mahiyette olmakla eleştirilmektedir.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> Legum, Barton; Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (“*Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*”), Paris, 12 Aralık, 2005, s. 5. Keza, bkz. OECD Sekreteryası, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (“*Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*”), Paris, 12 Aralık, 2005, s. 19.

<sup>113</sup> Shany, Yuval; The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford University Press, 2004, s. 272.

<sup>114</sup> Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review, içinde UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Birleşmiş Milletler Yayını, Cenevre, 2005, s. 21.

<sup>115</sup> Bkz. Yannaca-Small, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, op. cit., s. 20.

<sup>116</sup> Bkz. Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 109, 110, 113-117.

### **4.3. Tahkim heyetinin yapısal kurgu sorunu**

Uluslararası tahkim heyetlerinin yapısal kurgusuna bakıldığında, genellikle iki tarafın kendi hakemlerini seçtiği ve bu iki hakemin mutabık kaldıkları (mutabakata varılamaması halinde ise, hangi tahkime başvurulduğuna bağlı olarak, ilgili tahkim kurallarınca öngörölmüş bulunan bir mekanizma çerçevesinde belirlenen) bir üçüncü hakemin seçilmesiyle heyetin tamamlandığı gözlenmektedir.

Bununla birlikte, üç kişilik hakem heyetinin yerinde bir tercih olmadığı, bunun yerine iki tarafın hakemlerince bir yerine tercihen üç hakemin belirlenmesi yoluna gidilmesinin daha yararlı olacağı, zira üç kişilik hakem heyetlerinde ortaklaşa seçilen üçüncü “tarafsız” hakemin karara varabilmeyi teminen ister istemez bir tarafın hakeminden destek aramak zorunda kalabileceği savunulmaktadır.<sup>117</sup>

Mamafih, bu önerinin hayata geçirilmesi durumunda, mevcut haliyle dahi oldukça yüksek bir maliyete balığ olduğu görölebilen tahkim yargılaması masraflarının daha da artması gibi bir olumsuz sonuçla karşılaşılabilir. Nitekim halihazırdaki uygulamada üç kişilik hakem heyetinin yer aldığı (beş yılı aşkın bir sürenin sonucunda tamamlanabilen) bir tahkim davasındaki yargılama masraflarının yaklaşık 19 milyon ABD Dolarına ulaşabilmiş olması<sup>118</sup>, mevcut haliyle bu kurgunun fevkalade aşırı ölçüde maliyetler içerebildiğini göstermektedir. Bu itibarla, hakem sayısının artırılmasıyla daha yüksek maliyetlerin ortaya çıkması olasılığı, bu türden önerilerin benimsenmesine yönelik caydırıcı bir etki yaratabilecektir.

### **4.4. Demokratik ilkelerin ihlali sorunu**

Yatırım tahkimi konusundaki bir başka önemli eleştiri ise, tahkim dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinin bertaraf edilebileceği yönündedir. Buna göre, yerel mahkemelerin mülkiyet haklarıyla ilgili olarak vereceği kararlardan olumsuz etkilenecek bir yabancı yatırımcıya andlaşmalar üzerinden uluslararası tahkime gitme olanağı tanımak suretiyle, bir devletin yürütme organının kendi yargısı üzerinde egemenlik sağlayacağı savunulabilir; böylece, kuvvetler ayrılığı olarak bilinen temel kavram zedelenmiş olmaktadır.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> Bkz. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, s. 291.

<sup>118</sup> Bahsekonu davaya ilişkin bilgi, Enerji Şartı Sekreteryası'nın 20 Ekim, 2008 tarihinde Brüksel'de yapılan Yatırım Grubu toplantısında bir delegasyon tarafından dile getirilmiştir. Bu bağlamda, anılan tahkim davası örneğinde yatırımcıların yatırım tahkimine yönelik andlaşmalardaki kurgu zayıflıklarını istismar etmeye yönelik girişimlerde buldukları ve yatırımcının gerçek kimliğinin gizlenmesi yoluyla başka bir ülke üzerinden YKTK andlaşması korumasını sağlamaya çalıştıkları anlaşılmaktadır.

<sup>119</sup> M. Sornarajah'm bir tahkim davası vesilesiyle verdiği tanık ifadesi, s. 27 ([http://ita.law.uvic.ca/documents/sornarajah\\_affidavit.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/sornarajah_affidavit.pdf)).

Bahse konu eleştirinin özellikle ICSID tahkimi kararlarının doğrudan uygulanabilirliği bağlamında dikkate alınması gerekeceği ve bu alanda sorun yaşanabileceği düşünülebilir. Zira ICSID tahkimi dışındaki hakem kararlarının iç hukukun öngördüğü düzenlemelerdeki kısıtlar altında uygulanabilmesinin söz konusu olduğu ve bu bağlamda kamu düzenine aykırılık gibi gerekçelere dayanarak bu türden sorunların önüne geçilebilmesi olanağının bulunduğu savunulabilecektir.

Ne var ki, tazminata yönelik hükümler içeren bu türden hakem kararlarının ülkemiz dışında da uygulanabilmesi olasıdır. Nitekim, uygulamada buna yönelik örnekler de görülebilmektedir.<sup>120</sup> Dolayısıyla, bu yoldaki savunmaların yeterli güvence getirmediği ve demokratik ilkelerin ihlal edilebileceğine dair sorunun geçerliliğini korumaya devam ettiği söylenebilir.

Öte yandan, demokrasiyi sadece beş yılda bir sandığa gitmek şeklinde algılayan ve halka karşı hesap verilebilirliği sadece seçimden seçime gerçekleşen bir olgu biçiminde yorumlayan<sup>121</sup> ve dolayısıyla katılımcı demokrasiyi içselleştirememiş bulunan toplumlarda, yaşam ve yürütme organının işbirliğiyle olumsuz hükümler içeren YKTK andlaşmalarının uygulamaya konulması, geniş halk kitlelerini etkileyen tazminat kararlarıyla karşılaşmaya cevaz verebilecektir. Bu itibarla, özellikle bahse konu türden toplumlar bakımından yatırım tahkimi bağlamında demokratik ilkelere yönelik ihlallerin daha fazla gündeme gelebilmesi, dikkat çekici bir olasılık veya gündem konusudur.

#### 4.5. “Case building” sorunu

Öğretideki bir görüşte, yabancı yatırımcıların sahip oldukları geniş kapsamlı olanakları kullanarak gelişmiş olmayan ülkelerdeki bürokrasiyle olan ilişkilerinde daima ileriye yönelik bir tahkim davasına zemin hazırlayacak şekilde ayrıntılı bir “dava zemini geliştirme (“case building”)” uygulamasına giriştikleri, oysa devletler açısından bu yönde bir önlem alma yoluna gidilmesinin genelde ihmal edildiği ve bu nedenle tahkim davalarında şirketlerin çok ayrıntılı bir vakalar-iddialar zemininde hareket edebilme olanağına kavuştukları, davalı devletlerin ise böylesi ayrıntıları içeren

<sup>120</sup> Bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 328.

<sup>121</sup> Bkz. Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004, s. 9. Yazar devamla, “... çağdaş toplum içinde yer alan, meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kurumları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların da, en azından siyasal partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilincine varmamız gerekir” demektedir ve giderek “... **demokrasimiz herşeyden önce “çoğulcu”luk niteliğine sahip bulunmamaktadır**” yargısına varmaktadır (bkz. İbid., s. 9, 10). Keza, bkz. Duran, Lutfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 308.

kayıtlarının genellikle bulunmaması nedeniyle zor duruma düşürüldükleri ileri sürülmektedir.<sup>122</sup>

Gerçekten de, ülkemizdeki bir yatırım uyuşmazlığına ilişkin olarak ortaya çıkan ve bizim de uyuşmazlığa konu yatırım projesine ilişkin hazırlık çalışmalarında kamu adına görev yapmış olmamızdan dolayı “uzman şahit” sıfatıyla kısmen duruşmalarına katıldığımız bir uluslararası tahkim davasında, davacı şirket tarafından uyuşmazlık konusu proje tahtında daha en başından idareyle yapılan her bir görüşmenin ayrıntılı kayıtlarının tutulduğu, buna karşın kamu tarafında bu yönde neredeyse hiç bir kaydın bulunmadığı gözlenmiştir. Bu meyanda, şirketin ileri sürdüğü iddiaları çürütecek ayrıntılı bilgilerin ortaya çıkarılmasına yönelik olarak, kamu tarafında fevkalade güçlüklerle karşılaşıldığını vurgulamak isteriz.

Bu bağlamda nihai bir değerlendirme olarak, yabancı yatırımcılara uluslararası tahkime başvurma olanağı sağlayan andlaşmaların hakem heyetlerince öngörülmeleyen bir kapsamda uygulanmakta olması karşısında, özellikle ev sahibi ülkelerin artık “cini yeniden şişeye sokmayı arzulayacakları”<sup>123</sup> yorumunu yapmak mümkündür. YKTK andlaşmalarının sayısının son yıllarda giderek artması eğilimi ve bu meyandaki uyuşmazlıkların yeni yeni hakem heyetlerinin önüne gelmeye başladığı dikkate alınır, zaman içerisinde daha uyumlu bir kararlar silsilesine ulaşılacağı umulur.

Bu meyanda, daha istikrarlı ve dengeli bir “*case law*” oluşması iyimser bir bakış açısıyla ihtimal dahilinde olmakla beraber, yatırım tahkiminin bu çalışmada yer verilen yapısal sorunlarına çözüm getirilmediği sürece bu olasılığın gerçekleşmesinin fevkalade güçlükler içerdiği ise açıktır.

Bununla birlikte, en azından bundan sonraki olası YKTK andlaşmaları tahtında -özellikle gelişmekte olan- ülkelerin diğer ülkelerle olan müzakere sürecini dikkatle yürütmeleri ve gerekli hukuki yardımı daha en başta müzakereler süreci içerisindeyken almalarının bu yöndeki bir gelişmeyi hızlandıracağı düşünülebilir. Nitekim Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (“*United Nations Conference on Trade and Development*” – UNCTAD) tarafından da YKTK andlaşmalarının müzakere sürecine atfen benzer bir tespitte bulunulduğu; halihazırdaki hakem kararlarının daha çok bu ülkeler aleyhinde ortaya çıktığı ve mağdur duruma düştükleri hususuna değinilmek suretiyle, sorun yaratan bu durumun çözümlenebilmesini

---

<sup>122</sup> Peterson, Luke Eric; Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making, IISD Yayını, Kasım 2004, s. 36.

<sup>123</sup> Schreuer, Christoph; A Decade of Increasing Awareness of Investment Arbitration and Intensive Activity: an Assessment, 12 Aralık, 2005, Paris, s. 3 ([www.oecd.org/dataoecd/5/54/36055388.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/5/54/36055388.pdf)).

teminen bahse konu ülkelere teknik yardım sağlanması gereğine işaret edildiği görülmektedir.<sup>124</sup>

#### 4.6. Şemsiye Hükümler (“Umbrella Clauses”) sorunu

YKTK andlaşmalarında genel olarak yer verildiği gözlenen<sup>125</sup> bir hüküm üzerinden, ilgili devletin yatırımcıya karşı her türlü taahhütlerini yerine getireceği yolunda bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Öğretide “şemsiye” hüküm (“umbrella clause”) adı verilen bu hüküm vasıtasıyla, yatırım yapılan ülkenin yabancı yatırımcıya karşı bir ticari sözleşme içerisinde veya ruhsat vb. gibi türlü düzenlemeler üzerinden vermiş bulunduğu taahhütlerinden hareketle, idare ile yatırımcı arasında imzalanan ticari sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın andlaşma tahtında bir uyuşmazlığa dönüştürülebilmesi yönünde bir uygulamaya gidilebilmesi gündeme gelmiştir. Buna yönelik tartışmalar, ilk kez *SGS v. Pakistan* davası vesilesiyle literatürdeki yerini almıştır.<sup>126</sup>

Bir görüşe göre, “şemsiye” hükümler, 1990’lı yıllarda YKTK andlaşmalarında belirmeden çok daha önce, 1951 yılında İran’da Musaddık rejiminin daha önceki dönemde British Petroleum (BP)’a verilmiş olan gayri adil 60 yıllık petrol imtiyazını halktan gelen şiddetli itirazlara istinaden sonlandırması karşısında, şirketin uluslararası hukukun korumasına gitmek istediği, ancak bunda başarılı olamaması üzerine, hukukçularının tavsiyesiyle “şemsiye” hükümleri devletlerarası andlaşmalara koydurmak suretiyle konuyu uluslararası hukuka taşımayı hedeflediği; sonuç olarak, 20. yüzyılın ilk yarısında sömürgeci devletlerin diplomatik koruması veya onların işbirlikçi yerel hükümetlerinin ihsanlarıyla semiren uluslararası şirketlerin, 20. yüzyılın ortalarından itibaren sömürgeci devletlerin bu niteliklerindeki aşınmayla kendilerine yeni koruma mekanizmaları arayışına gittikleri ve bu çerçevede yatırım andlaşmalarını araç olarak kullandıkları belirtilmektedir.<sup>127</sup>

Öğretide, bahse konu hükümlerin işlevine ilişkin olarak farklı görüşlere tesadüf edilmektedir. Bu kapsamda, anılan hükümlerin yatırımcı ile ev sahibi ülke arasındaki her türden sözleşme ihlalini kendiliğinden uluslararası hukuk tahtında bir andlaşma ihlaline dönüştüreceğini savunanlar olduğu gibi, ancak ve sadece egemen gücün kullanımı derecesindeki sözleşme ihlallerinin andlaşma ihlali olarak addolunabileceği yönünde daha ılımlı bir orta yolu

<sup>124</sup> *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, op. cit., s. 61.

<sup>125</sup> 2004 yılı itibarıyla 2500 adet YKTK andlaşması içerisinde % 40’inin “şemsiye” hükümler içerdiği belirtilmektedir (bkz. Yannaca-Small, Katia; *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3, Ekim 2006, s. 5).

<sup>126</sup> Lowe, *Changing Dimensions of International Investment Law*, op. cit., s. 130.

<sup>127</sup> Hildyard / Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 44, 45.

izleyenlere de tesadüf edilmekte, giderek sözleşme ihlallerinin hiç bir koşul altında andlaşma ihlaline dönüşmeyeceği yolunda diğer bir uç fikri savunan yazarların da olduğu görülmektedir.<sup>128</sup>

Özetle, “şemsiye” hükümler, tahkim koşulu içeren YKTK andlaşmalarında yer verilen ve başlangıçta son derece masum ve zararsız görünebilen sıradan ifadelerin son derece kritik önem taşıdığı; bu bağlamda, bahse konu andlaşmaların imzalanmasından önceki müzakere sürecinde yatırımlara ilişkin tahkim davaları konusunda deneyim sahibi uluslararası hukuk şirketlerinden hukuksal yardım alınmasının ileride karşılaşılabilecek tazminat davalarında yeterli korumayı sağlamayı teminen elzem olduğuna kaçınılmaz bir vurgu yapılmaktadır.

Nitekim bu bağlamda uygulamadan son derece etkileyici bir eleştiriye yer vermek uygun olacaktır; “gelişmekte olan” sınıftaki bir ülkenin temsilcisi tarafından yapılan çarpıcı bir açıklamada, “bu andlaşmalar, ne ifade ettikleri veya tam olarak sonuçları hakkında bilgi sahibi olunmaksızın imzalanmışlardır. Yabancı yatırımcı ile devlet arasında ortaya çıkan ilk uyuşmazlıkta, buradaki kelimelerin aslında neyi ifade ettiklerini öğrenirsiniz”<sup>129</sup> ifadesine yer verilmektedir.

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, kanımızca yatırım andlaşmalarının tamamen ticari nitelikteki sıradan bir sözleşme uyuşmazlığını dahi “şemsiye” hükümler aracılığıyla uluslararası hukuk seviyesinde bir ihtilaf haline getirmesi<sup>130</sup> ve böylelikle uluslararası tahkim şemsiyesinin koruması altına almaya elverişli bir yapı sunmasını yerinde görmek oldukça güçtür.<sup>131</sup>

#### **4.7. Ticari tahkim ile yatırım tahkimi ayrımının önemi**

Yatırım uyuşmazlıklarının sıradan ticari tahkimden çok daha farklı nitelik arz ettiği açıktır. Bir görüşe göre, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına konu olan iddialar, tipik olarak genel kamu politikalarına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır ve bu meyanda özel hukuk tahtındaki uluslararası ticari tahkimden mühlhem olarak öngörülen tahkimin burada uygulanması, asla öngörülmemiş bir amacı gerçekleştirmek anlamına gelmekte olup, yapısal bakımdan uygunsuzdur.<sup>132</sup> Kaldı ki, yatırım tahkimini öngören –ülkemizin

<sup>128</sup> Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yannaca-Small, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, op. cit., s. 7-9.

<sup>129</sup> Pakistan Başsavcısı Mahdum Ali Han’ın Investment Treaty News’e yaptığı açıklama (Investment Treaty News, 1 Aralık, 2006’dan aktaran: Anderson, Sarah / Grusky, Sara; Challenging Corporate Investor Rule, Institute for Policy Studies ve Food & Water Watch, Nisan 2007, s. 3 (www.ips-dc.org).

<sup>130</sup> Hildyard, Nicholas / Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf), s. 44.

<sup>131</sup> Aynı yönde bkz. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, op. cit., s. 433.

<sup>132</sup> Sornarajah’ın bir tahkim davası vesilesiyle verdiği tanık ifadesi, op. cit., s. 5.



de taraf olduğu- Enerji Şartı Sözleşmesi (EŞS (“*Energy Charter Treaty*”)) bağlamında, ticarete ilişkin kuralların uygunsuz biçimde yatırımla ilgili sorunların çözümünde kullanıldığı yolunda eleştiriler de görülmektedir.<sup>133</sup>

Keza, uluslararası kamu hukukuna yönelik tahkim ile uluslararası ticari tahkimi birbirinden ayıran önemli farklılıklardan birisi de, bu iki tahkimin dayandığı esasların, yaklaşımların ve uygulanan kuralların ait olduğu hukuksal zeminin birbiriyle uyumsuzluğudur. Sözgelimi, ilkinde hak ve nasafet kavramları uyumsuzlukların çözümünde etkin bir rol üstlenirken; ikincide hakim olan anlayış, tarafların bir sözleşmeyi eşit koşullarda imzalayan “yetişkin” taraflar olduğu ve dolayısıyla imzalarının sonuçlarına da katlanmaları gerekeceğidir.<sup>134</sup>

Yatırım tahkiminin hem ticari hem de uluslararası kamu hukuku özelliklerini içinde barındıran “karma”<sup>135</sup> niteliğine karşın, yatırım tahkiminde hakem heyetlerinin genellikle ticari tahkim pratiğinden gelmeleri ve böylece ticari tahkim yaklaşımının ağırlık kazanması, bu anlamda önemli bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayıdır ki, yatırım tahkiminin bu karma niteliği karşısında hem ticari hakemlerin hem de uluslararası hukuk profesörlerinin birbirlerini bu “nevi şahsına münhasır” tahkim alanının içerdiği diğer disiplin konusunda uzman olmamakla eleştirdiği görülmektedir.<sup>136</sup>

Keza, tahkime bağlı kılınan ve fakat kamu hizmeti niteliğini taşıyan sözleşmelerin, Anayasa değişiklikleri sonrasında özel hukuk sözleşmeleri olarak düzenlenebilmesi sonucunda, ilişkinin kapsamının sadece sözleşmeden ibaret kalması ve kamu hizmetine yönelik süreklilik, eşitlik ve uyarılma ilkelerinin uygulanamaz hale gelebilmesi de bir olumsuz unsur halinde ortaya çıkabilecektir.<sup>137</sup> Öğretideki bir görüşe göre, kamu hizmetine ilişkin bu ve benzeri “sorunları dramatize etmeye gerek yoktur. Zira özel hukukta da bir tarafın sözleşme koşullarını değiştirmesine veya sözleşmeyi

<sup>133</sup> Walde, Thomas W.; Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty, Conference on Energy-Arbitration, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998, s. 25, 56 no.lu dip not.

<sup>134</sup> Walde / Sabahi, “Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law”, op. cit., s. 9.

<sup>135</sup> Merrills, John; The Means of Dispute Settlement, içinde International Law (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003, s. 540. Bununla birlikte, “karma tahkim (“*mixed arbitration*”)” ibaresiyle yatırım tahkimi kapsamında yatırımcı-devlet arasında tahkime gidilebilmesinin kastedildiği de görülmektedir (bkz. Collier / Lowe, The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures, op. cit., s. 59).

<sup>136</sup> Bkz. Walde / Sabahi, “Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law”, op. cit., s. 8.

<sup>137</sup> Bkz. Gülan, Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, op. cit., s. 150.

feshedebilmesine olanak veren mücbir sebep, zaruret hali vb. gibi yollar kapalı değildir.<sup>138</sup>

Ne var ki, “dramatize edilmemesi” tavsiye edilen bu sorunların, bahse konu özel hukuk kavramlarıyla bertaraf edilebilmesi son derece güçtür. Zira mücbir sebep ve zaruret hali gibi özel hukuk kavramlarının kapsamı ve sonuçları ile idare hukuku kavramı olan uyarlanabilirlik ilkesinin esprisi, mahiyeti ve sonuçları son derece farklıdır; aksi halde, kamu hizmetine ilişkin olarak idare hukukuna tâbi tutulmanın da bir anlamı olmazdı ve özel hukuk kapsamında bu sorunların çözümlenebilmesi imkanından yararlanılmış olurdu.

Öte yandan, uluslararası tahkimin öngörüldüğü bir sözleşmede, hakem heyetlerinin uyuşmazlıklara Türk özel hukukunun bahse konu ilkelerini-hükümlerini uygulayıp uygulamayacakları, şayet uygulamaya karar verilerse Türk hukukundaki bu kavramları hangi anlam ve kapsamda yahut hangi yorumları içerecek şekilde tatbik edecekleri de bir ayrı soru işaretidir. Zira tahkim ile sözleşme artık Türk mahkemelerinin etki alanından çıkmakta ve hakem heyetlerinin tasarruflarının veya tercihlerinin (“ihtiyar”larının) gündeme geldiği bir zemine taşınmış olmaktadır. Bu hususa dair bir örneğe ilerleyen paragraflarda yer vermekteyiz.

Kaldı ki, yatırım tahkimine yönelik hakem heyetlerinin uyuşmazlıklarda uygulanacak maddi hukuk olarak tarafların seçtiği yatırım yeri hukukunu her zaman uygulamadıkları da bilinmektedir. Bu noktada öncelikle kaydetmek gerekirse, hemen aşağıdaki paragrafta yer verilen bir örnek olaydan da anlaşılabilceği üzere, uluslararası tahkimde yerli hukukun uygulanacağı veçhile bir güvencenin bulunduğunu ileri sürmek güçtür. Özellikle yatırım tahkiminde, sıradan ticari uyuşmazlıklara kıyasla, usule ve esasa uygulanacak hukuk bakımından uluslararası hukukun dikkate alınması yönünde çok daha güçlü bir eğilim bulunmaktadır.<sup>139</sup>

Nitekim kimi uluslararası tahkim davalarında tahkim heyetlerince genel olarak yerli hukuk uygulanmakla beraber, uluslararası hukukun hükümleri ile yerli hukukun çeliştiği noktalarda (yatırım sözleşmesinde yerel hukukun uygulanacağı sarahaten belirlenmiş olmasına rağmen) uluslararası hukukun dikkate alınacağı yönünde hükme varıldığı görülmektedir.<sup>140</sup>

Esasen, uluslararası tahkime cevaz veren YKTK andlaşmalarının kendisi uluslararası hukuka tâbidir ve bu andlaşmalardan kaynaklanan tahkimlerde uygulanacak hukuk bakımından klasik yaklaşım uluslararası

<sup>138</sup> Ulusoy, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 21.

<sup>139</sup> Lew / Mistelis / Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, op. cit., s. 764.

<sup>140</sup> Gibson / Drahozal, Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, op. cit., s. 534.

hukuku işaret etmektedir; sözelimi, andlaşmalarda yer alan “hak ve nasafet derecesinde muamele etme (“*fair and equitable treatment*”)” yükümlülüğünün uluslararası hukuka göre yorumlanacağı yönünde hakem kararları bulunmaktadır.<sup>141</sup> Tahkim uzmanları da uygulanacak hukuku –usul kurallarına kıyasla- ikincil derecede önemli bulmaktadır.<sup>142</sup>

Yine, bir sözleşmede yerel hukukun uygulanacağı sarahaten belirlenmiş olsa dahi, uyuşmazlığı yabancı tahkim yerinde görülmesi sırasında hakem heyetince uyuşmazlıkla ilgili olarak kimi hususlarda tahkim yeri hukukunun esas alınacağı da kararlaştırılabilir. Nitekim Türkmence şirketi ile bir yabancı yatırımcı arasındaki imtiyaz sözleşmesi tahtında ortaya çıkan bir uyuşmazlık sürecinde, sözleşmede uyuşmazlığın ICC tahkimi uyarınca çözümü kararlaştırıldığı veçhile konuya bakan ICC tahkim heyetinin kararına İsveç mahkemelerinde itiraz edilmesi üzerine Beşinci Daire tarafından verilen kararda, Türkmence devletinin sözleşmeye taraf olmamasına karşı davanın hem Türkmence ve hem de Türkmence devleti aleyhine açılmış olması keyfiyetinin değerlendirilmesinde uygulanacak hukukun, sözleşmede uyuşmazlığa İngiliz hukukunun uygulanacağı dercedilmiş olmasına karşın, tahkim yeri hukuku (yani İsveç hukuku) olduğu hükümüne varılmıştır.<sup>143</sup>

Sonuç itibarıyla, bahse konu özel hukuk kavramlarının uygulanması olasılığına dayanarak kamu hizmetlerine yönelik tahkim/özel hukuk uygulamalarından doğması olası zararların bertaraf edilebileceğini ummak, yeterince rahatlatıcı bir hukuki analize cevaz vermektan uzak kalıyor kanısındayız.

Keza, tahkime ilişkin değerlendirmelerde konunun özel hukuk-idare hukuku ayrımı bağlamında ele alınması ve kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerin hangi hukuk alanında olması gereği irdelenirken pek çok konuda adli yargıya gidilebildiğinin vurgulanması<sup>144</sup>, yanılıcı sonuçlara yol

<sup>141</sup> Soloway, Julie; NAFTA’s Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest, Choices, IRPP, Vol. 9, No. 2 Şubat, 2003, s. 13.

<sup>142</sup> McLachlan, Campbell / Shore, Laurance / Weiniger, Matthew; International Investment Arbitration (Substantial Principles), (Ed. Mistelis), Oxford University Press, Haziran 2007, s. 6, 7.

<sup>143</sup> Smit, Hans; When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?, Arbitral & Judicial Decisions, içinde The American Review of International Arbitration, Vol. 16, No. 2, 2005, s. 323-337 (uygulanacak hukuk hakkında bkz. İbid., s. 331).

<sup>144</sup> Bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 63-65, özellikle 104 no.lu dipnot (İbid, s. 64). Aynı eserde, idari yargıda tahkime karşı çıkılmış olunması bağlamında, “... bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dururken özel hakemlerce çözümlenmesine karar verilmesi eğer resmi yargı organlarına karşı alınmış bir tavır olarak düşünülürse, bu durum sadece idari yargı için değil, adli yargı için de geçerli olacaktır” ifadesine yer verilmektedir (İbid, s. 152). Burada da aynı yanılsamanın hakim olduğu görülmektedir. Zira, bu bölümde ana metin içerisinde belirttiğimiz üzere, adli yargıda boşanma davalarının hakemler

açabilmektedir. Bir konunun adli yargıya bırakılması ile, özel hukuka bağlı kılınmanın ötesine geçerek tahkime tâbi tutulması arasında, çok önemli bir farklılık bulunmaktadır. Sözgelimi, boşanmaya ilişkin uyuşmazlıklar adli yargının konusu olmakla beraber, mahkemelerin görev alanı dışına çıkarılarak tahkim marifetiyle görülmesi düşünülemez dahi. Dolayısıyla, kamu hizmetine yönelik uyuşmazlıklar ve bu bağlamda yatırım uyuşmazlıklarının her bakımdan tahkime bağlı kılınması ile adli yargıda görülmesi arasındaki farklılığın göz ardı edilmesi, vahim bir yanlışlıktır ve gerçeklerden sapmaya yol açmıştır.

Sonuç olarak, işbu çalışmada ortaya konulan değerlendirmelerin bütünü dikkate alındığında, böylesi bir rahatlıktan neden uzak kalınması gerektiği ve sorunların aşılarda yeterince “dramatize edilecek” boyutta olduğu ileri sürülebilir.<sup>145</sup>

Bu noktada bir hususa daha değinmek yararlı olacaktır: Anayasa değişikliklerinde sadece idari sözleşmelerde tahkime yer verilebilmesine yönelik bir düzenlemeyle yetinilmeyerek, neredeyse değişiklikler öncesindeki durum itibarıyla tahkime ilişkin ortaya çıkan “her bir direnç noktasının temel gerekçelerini aksini belirtmek suretiyle bertaraf edebilme amacıyla”<sup>146</sup> yapılmış düzenlemelerle kamu hizmetlerinin yasama tasarrufuyla özel hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirilebilmesine cevaz verilmiş olması dikkat çekicidir. Böylece, sadece idari sözleşmelerde tahkim imkanı tanınmakla yetinilmemiş, gerçekte idari olan ve idari sayılması gereken sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılabilmesi imkanı da bu arada getirilmiştir.<sup>147</sup>

---

tarafından görülmesi hiç bir şekilde gündeme dahi gelemezken ve münhasıran ticari nitelikte, iki tacir arasındaki işlemler için hakeme gidilebilmesi sözkonusu iken, kamu hizmetine yönelik yatırım tahkimi konusunu münhasıran ticari mahiyette bir konu olabileceği gibi değerlendirip, buradan hareketle bu yoldaki uyuşmazlıkların da ticari tahkime benzer şekilde hakem heyetlerinin yargı yetkisine bağlı kılınmasının savunulmasını kabul edebilmek, kanımızca olanaksızdır. Bu itibarla, atıfta bulunulan eserdeki kıyaslama ve değerlendirmenin hatalı çıkarımlara götüreceği ve yanlış sonuçlara yol açacağı düşüncesindeyiz. Açıktır ki, ülkemizde kamu hizmetlerine yönelik tahkim konusundaki tartışma, bu husustaki uyuşmazlıkların idari yargı veya adli yargı yerlerinde görülmesi ayrımına ilişkin olmayıp; aksine, bahsekonu türden uyuşmazlıkların idari yargı yerine hakem heyetlerince görülüp görülemeyeceği üzerinde cereyan etmiştir.

<sup>145</sup> Yatırım tahkiminin ne denli öngörülmeven sonuçlar doğurduğuna yönelik yabancı literatürde çok sayıda çalışmaya tesadüf edilmektedir. Bu bağlamda özellikle International Institute for Sustainable Development adlı kuruluşun yayınlarına (bkz. [www.iisd.org](http://www.iisd.org)) ve keza müstakil bir çalışma olarak da Harten’in yayımlanmış doktora tezine bakılmasını öneririz (bkz. Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, op. cit.).

<sup>146</sup> Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 147.

<sup>147</sup> İbid.

Bu gelişme, ilginç bir değerlendirme yapmaya elverişlidir: Anayasamızın 47. maddesine göre, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir.<sup>148</sup> Dolayısıyla, Anayasamızda kimi özel sektör faaliyetlerinin özel hukuka tâbi olarak faaliyet gösterirken, aynı zamanda kamu hizmeti niteliğini taşımaya da devam ettikleri hususunun kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Ancak, bu faaliyetler genel olarak idareyle bir sözleşme bağı içinde bulunmaksızın, idare tarafından verilen ruhsata binaen yürütülmektedir ve bu itibarla ruhsat bakımından idare hukukuna bağlı durumdadır. Bu türden faaliyetler üzerinde, idarenin idare hukuku ilkelerini uygulayabilmesi olanak dahilindedir; zira, idareyle özel girişimci arasında özel hukuka bağlı kılınmış bir sözleşme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yukarıda belirttiğimiz, kamu hizmetine ilişkin süreklilik, eşitlik ve uyarlama gibi ilkelerin uygulanması imkan dahilinde olacaktır.

Oysa, bir defa özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bir bağ içine girildikten sonra, bahse konu ilkelerin uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, öğretide tahkime yönelik değişiklikler sonrasında da idarenin özellikle tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinde idare hukuku ilke ve kuralları uyarınca denetim görevinin devam edeceği ve böylece kamu hukukunun uygulama alanı bulacağı yönündeki görüşlerde<sup>149</sup> pratik anlamda isabet görmek zor olacaktır. Zira doğal olarak, idare ile özel girişimci arasında özel hukuka tâbi bir sözleşme ilişkisine girildiği andan itibaren, aradaki ilişkiyi münhasıran bu sözleşmenin hükümleri belirleyecek ve idarenin bu kapsamda öngörülmemiş her türden müdahale girişimi, tahkim mahkemelerinin tazminat yaptırımıyla karşılaşmaya aday olacaktır.

Her ne kadar teorik olarak bu türden sözleşmelerde idarenin kamu hukuku ilkelerini uygulamasının pratikte önüne geçecek nitelikte hükümlere yer verilmeyebileceği düşünülebilirse de, yatırımcıların uygulamada anılan türden sözleşmelerde bu yönde bir uygulamayı bertaraf etmeye yönelik

<sup>148</sup> Bu hususa ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, op. cit., s. 23.

<sup>149</sup> Bkz. Ulusoy, Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, op. cit., s. 15-19; keza, bkz. Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 54-56. Yine, elektrik sektöründe 4628 sayılı Kanun çerçevesinde lisans (ruhsat) verilerek elektrik hizmetlerinin özel sektör tarafından görülmesiyle ilgili olarak, dağıtım sektöründe işletme hakkının devri sözleşmeleriyle özel sektör tarafından bahsekonu faaliyetin yürütülmesinin kamu hizmeti niteliğinde olacağı veçhile, devletin hizmetin yürütülmesi sırasında denetim ve sorumluluğunun, dolayısıyla kamu müdahalesinin sözkonusu olduğu da ileri sürülmektedir (bkz. Şanlı, Yeliz; Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, MD, C. 26, Sy. 254, Bahar 2007, s. 59, 60, 62-66, 69, 70). Bununla beraber, dağıtım sektöründe özel sektör ile idare arasında bir sözleşmenin imzalanması sözkonusu olduğundan, bu müdahalenin pratikte gerçekleşmesi için anılan sözleşmelerde buna aykırı bir hükme yer verilmemiş olması önkoşuldur. Aksi halde, bahsekonu sözleşmelerin hükümlerine aykırı biçimde yapılacak bir olası müdahale, tahkim yoluyla tazminat taleplerini gündeme getirebilmesi olasılığı karşısında, pratik anlamıyla uygulanamaz bir niteliğe bürünebilecektir.

hükümleri bilhassa talep edecekleri açıktır. Kaldı ki, uygulamada sözleşmelerin hemen tamamen bu bağlamda düzenlene geldiği bilinmektedir.

Bu itibarla, ulusal yargı organlarında kamu düzenine ilişkin hususiyetlerin bu türden uyuşmazlıklarda dikkate alınması gereği gibi, yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin uluslararası tahkim yargısında da benzer şekilde bir “uluslararası kamu düzeni” hassasiyetinin oluşması gerektiği kanaatindeyiz (sözgelimi, küresel ölçekte sorunlar karşısında hemen her ülkede uygulanmaya başlanan -küresel ısınma veya çevre sorunları kapsamında vergiler konulması veya başka önlemler alınması gibi- bir önlemler paketi karşısında, uluslararası kamu düzeninin gerekleri bu tür hakem heyetlerince dikkate alınabilmelidir<sup>150</sup>).

Nihayet, ticari tahkim ile yatırım tahkimine ilişkin önemli bir farklılığa daha burada yer vermeyi gerekli görüyoruz. Bilindiği üzere, ticari tahkime ilişkin düzenlemeler, iç hukuk tahtındaki düzenlemelere göre tebellür etmektedir. Bu itibarla, ticari tahkime yönelik olarak uygulamalar sırasında görülen eksikliklerin düzeltilmesini teminen, iç hukukta yeni yasal düzenlemeler getirilmek suretiyle değişikliklere gidilmesi imkan dahilindedir. Böylece, uygulamada ortaya çıkan sorunların ileriye yönelik olarak bertaraf edilmesi mümkündür. Bu durum, kuşkusuz, önemli bir hukuksal rahatlık yaratmaktadır.

Bununla birlikte, yatırım tahkimine yönelik düzenlemelerin ülkemizde çıkarılan yasal düzenlemelerden (4686 sayılı Kanun) kaynaklanması yanında, daha da önemli bir hukuksal zemini bulunmaktadır: YKTK andlaşmaları ile EŞS'nin hükümleri. Bahse konu andlaşmalar uyarınca, yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmede tahkime yer verilmiş olmasa dahi, anılan andlaşmalarda tahkim koşuluna yer verilmesine bağlı olarak, yatırımcının yatırıma dair bir uyuşmazlığı tahkime götürebilmesi olanağı tanınmaktadır.

İşte bu ikinci grup tahtında ortaya çıkan tahkim bağlamında, uygulamada görülebilecek herhangi bir olumsuzluğun ileriye yönelik uyuşmazlıklar bakımından bertaraf edilebilmesine yönelik bir yasal düzenlemeye gidilebilmesinin, pratikte olanak dışı kalacağı söylenebilir. Esasen, bahse konu andlaşmalardaki tahkim hükümleri, işte bu tür egemen gücün kullanımı risklerine karşı getirilmiş bulunmaktadır!

---

<sup>150</sup> Bakü-Tiflis-Ceyhan (BTC) Boru Hattı Projesi'ne ilişkin olarak ülkemizin imzaladığı uluslararası andlaşmalar ve bu kapsamda ilgili özel şirketlerle imzaladığı sözleşmeler bağlamında bu hususun aslında uygulamaya yansıyan bir konu olduğuna yönelik bir değerlendirme için bkz. Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, s. 46 (bahsekonu makale, olumlu hakem raporuna istinaden SBFĐ'nin 2008 yılı 4. sayısında yayımlanmak üzere Yayın Kurulunca 1 Eylül, 2008 tarihi itibarıyla kabul edilmiştir).

Dolayısıyla, bahse konu andlaşmaların kendi metinlerinde değişikliğe gidilmesi yegane çare olarak geriye kalmaktadır. Ne var ki, uluslararası andlaşmaların değiştirilmesi, kural olarak ancak tarafların karşılıklı rızalarıyla mümkün olabilmektedir. Bu durumda, YKTK andlaşmaları bakımından her iki ülkenin de aynı derecede rahatsızlık duyacağı bir olumsuzluğun ortaya çıkması halinde –ancak- böylesi bir olasılığın gündeme gelebilmesinden söz edilebilecektir.

Açıktır ki, böylesi bir olasılık, fevkalade istisnai koşullarda ancak ortaya çıkabilir. Bildiğimiz kadarıyla, bugüne kadar buna dair bir örneğe tesadüf edilmediğini de belirtmekte yarar görürüz. Bu bağlamda atıf yapılabilecek yegane örnek, tahkim heyetlerinin YKTK andlaşmalarını uygularken ortaya çıkan yorum gereksinimi konusunda iki devletin ortaklaşa bir açıklamada bulunmak suretiyle bahse konu andlaşmada yer verdikleri metinde neyi ifade etmeyi öngördükleri hususunda ortaya çıkabilmiştir.<sup>151</sup> Bu ise, iki devletin andlaşma metnini değiştirme konusunda karşılıklı olarak uzlaşmalarından çok daha farklıdır ve konunun içerdiği zorluk derecesi bakımından oldukça “hafif” bir uzlaşma seviyesini işaret etmektedir.

Kaldı ki, YKTK andlaşmalarındaki iki devletin bir uzlaşma gitmesi olasılığına kıyasla, EŞS bağlamındaki bir değişiklik için tüm üye ülkeler arasında bir mutabakatın sağlanması gereksinimi, bir çözüme gidilebilmesi olasılığını çok daha güç, giderek olanaksız hale getirmektedir. Zira EŞS’nin 42. maddesi uyarınca, anılan Sözleşme üzerindeki bir değişikliğin tüm üyelerce kabul edilmemesi durumunda, değişiklik ancak ve sadece –varsa- kabul eden üyeler arasında geçerli olabilmekte, diğer üyelere karşı ise Sözleşme bahse konu değişikliklerden etkilenmeksizin mevcut haliyle geçerliliğini korumaya ve hükmünü icraya devam etmektedir.

#### **4.8. Yeni bir tahkim kurgusu gereksinimi**

Yatırımların mevcut tahkim hükümleri ve ilgili uluslararası andlaşmalar kapsamında görülmesinin istenilen sonuçları doğurmadığını ileri süren kimi görüşlere göre, halihazırda giderek artan endişeler karşısında, yabancı yatırımlara ilişkin daha adil ve dengeli bir uluslararası hukuk düzenine geçiş yapılması ve yatırımların yeni bir uyumsuzluk mekanizması kurgulanmak suretiyle haline gidilmesi gereği bulunmaktadır.<sup>152</sup> Bu meyanda, Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş bulunan ve devletler arası uyumsuzlukların tarafların iznine istinaden önüne götürülebildiği Uluslararası Adalet Divanı

<sup>151</sup> Bahsekonu örnek, Çek Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasındaki YKTK andlaşması bağlamında ortaya çıkmıştır ve bahsekonu Andlaşma’da iki tarafın andlaşma hükümlerinin yorumuna dair, bağlayıcı olmayan nitelikte ortak açıklamada bulunabileceklerine dair bir hükme yer verilmiş olması karşısında gündeme gelebilmiştir (bkz. Schreuer, *Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, op. cit., s. 18).

<sup>152</sup> Garcia-Bolivar, *International Law of Foreign Investment at a crossroads: the need to reform*, op. cit., s. 18.

(UAD)<sup>153</sup> benzeri kamusal nitelikte yargı organları oluşturulması yoluna gidilmesinin çok daha uygun olacağı savunulmaktadır.<sup>154</sup>

Bu bağlamda belirtmek gerekirse, yatırım uyuşmazlıklarında her bir olay için sonradan oluşturulan hakem heyetlerinin, daimi ve oturmuş bir yapı içeren uluslararası mahkemelere kıyasla meşruiyetlerinin çok daha kuşkulu olduğu kabul görmektedir.<sup>155</sup> Dolayısıyla, mevcut yatırım tahkimi kurgusu itibariyle, en azından tahkim kararlarının temyiz edilebileceği, yargı yetkisi zorunlu tutulacak bir temyiz mercii oluşturulması ve bu meyanda UAD'nın – milli temyiz mahkemelerine benzer biçimde- küresel bir temyiz mahkemesi olarak düşünülebileceği de ileri sürülmektedir.<sup>156</sup>

Giderek, yatırım tahkimin uluslararası ticari ilişkilere yönelik kurgulanmış bulunan ticari tahkimden farklı olduğu ve bu meyanda kamusal nitelikte, daimi olarak görev yapmak üzere seçilmiş hakimlerden (“*tenured judges*”) oluşturulacak bir uluslararası yatırım mahkemesi kurulması yolunda, çok daha radikal boyutta önerilerin<sup>157</sup> de getirildiği hususuna vurgu yapmakta yarar görüyoruz.

Kanaatimizce, yatırım tahkimine ilişkin olarak yukarıda belirtilen eleştirilerde yer verilen sakıncaları bertaraf etmeye yönelik girişimlere bir an önce başlanması son derece yararlı olacaktır. Bu yöndeki çabalar, mevcut kurgudaki yapısal eksikliğin giderilmesi veya en azından asgariye indirilmesi suretiyle, bu bağlamdaki dengesiz çıkar dağılımının yol verdiği haklı eleştirilerin sistemin işleyişine temelden zarar vermesini önlemeye de katkı sağlayacaktır.

### **5. Uluslararası Tahkim Kurumlarının Yargı Yetkileri Bakımından Değerlendirilmesi**

Yatırımların korunmasına ilişkin olarak uluslararası tahkime olanak sağlayan YKTK andlaşmaları veya EŞS gibi çok taraflı andlaşmalar dolayısıyla devletlerin düzenleyici işlemler veya yasal kurallar ihdas edemeyecekleri, zira bu durumun kamulaştırma niteliğine büründüğü yolundaki bir iddianın konusu yapılarak, ilgili andlaşmalar kapsamında tahkime götürülmek suretiyle devletler aleyhine tazmin yükümlülüğüne yol açacağı ileri sürülebilecektir.

<sup>153</sup> Anılan yargı organı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thirlway, Hugh; The International Court of Justice, içinde International Law (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003, s. 559-587.

<sup>154</sup> Franc, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, op. cit., s. 1594.

<sup>155</sup> Walde / Sabahi, “Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law”, op. cit., s. 11.

<sup>156</sup> Shany, The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, op. cit., s. 273.

<sup>157</sup> Bkz. Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., s. 180-184.



Bu bağlamda, YKTK andlaşmalarının gelişmekte olan ülkeler bakımından genel kamu çıkarına yönelik yasal veya idari düzenlemelere gitmelerini engelleyici veya kısıtlayıcı bir işlev gördüğü ve böylece devletlerin en temel haklarından mahrum bırakıldıkları yönünde eleştirilere rastlanmaktadır.<sup>158</sup> Nitekim YKTK andlaşmalarının sayısında son dönemlerdeki olağanüstü artış çerçevesinde “yabancı sermayeyi cezbetme konusunda yaşanan yoğun rekabet ve yabancı şirketlerin görece üstün güçleri karşısında, herhangi bir devletin bireysel olarak hem yabancı sermayeyi cezbedici hem de toplumsal ve çevre konularında sürdürülebilir nitelik taşıyacak bir düzenleyici mevzuat ve yatırım ortamı oluşturmasının güç olduğu”<sup>159</sup> vurgulanmaktadır.

Gerçekten de, bir devletin sözelimi çevreyi koruma ile ilgili bir düzenlemeye gitmesi durumunda bundan etkilenen yabancı yatırımcının kamulaştırma benzeri işlem iddiasıyla tahkime gidip gidemeyeceği veya hakem heyetlerince bu hususun ne şekilde değerlendirileceği sorusu gündeme gelebilmektedir. Buna ilişkin hakem kararlarında farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.<sup>160</sup>

Bununla birlikte, devletlerin düzenleyici yetkisinin bertaraf edilmekte olduğu yolundaki endişeler karşısında çok beklenen bir rahatlatıcı karar, nihayet yakın zamanlarda verilen *Methanex* davası kararıyla ortaya çıkmış ve böylece yatırımlara ilişkin tahkimlerin devletlerin düzenleyici işlemlerde bulunma yetkilerini ortadan kaldırmadığı yolundaki yaklaşımların, bu yönde destekleyici bir hakem kararına dayanması olanağı doğmuştur.<sup>161</sup>

Anılan kararın konusu, Kanada’da yerleşik Methanex şirketinin ürettiği ve kurşunsuz benzin üretiminde oktan yükseltici niteliğiyle katkı maddesi olarak kullanılan MTBE (“*methyl tertiary butyl ether*”) maddesinin su kaynaklarına karıştığı ve halk sağlığını tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle Kaliforniya eyaletince 2002 yılında anılan ürünün kullanılmasına yasak getirilmesi, buna karşın yatırımcı şirket tarafından bu yasağın anılan maddenin kullanılmasından değil ve fakat Kaliforniya eyaletinin çevre korumaya ilişkin yasaların öngördüğü koruyucu nitelikteki diğer önlemleri almamasından kaynaklandığını ve dolayısıyla bu yasağın haksız olduğunu ve kendi yatırımı üzerinde öngörülemez derecede olumsuz etki yarattığını, bu

---

<sup>158</sup> Mann, Howard / Moltke, Konrad von; A Southern Agenda on Investment?: Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States, op. cit., s. 3, 4.

<sup>159</sup> Bradlow, Daniel D. / Escher, Alfred; Legal Aspects of Foreign Direct Investment (Eds. Bradlow / Escher), Kluwer Law International, 1999, s. xii.

<sup>160</sup> Bkz. Tollefson, Chris; NAFTA’s Chapter 11: The Case for Reform, Choices, IRPP, Vol. 9, No. 2, Şubat 2003, s. 51, 52.

<sup>161</sup> Paulsson, Jan; Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (“*Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*”), Paris, 12 Aralık, 2005, s. 2.

çerçevede 1 milyar ABD Doları tutarında tazminata hükmedilmesi gerektiğini iddia etmesidir.<sup>162</sup>

NAFTA hükümlerine dayanılarak açılan bahse konu tahkim davasında, hakem heyetince dava konusu yasağın kamulaştırmaya eş bir sonuç doğurmadığı<sup>163</sup>, davacının iddiasını ispatlayabilmek için davalı idarenin yabancı yatırımcılara karşı yerli şirketleri koruma niyetinde olduğu ve kayırdığı hususlarını ortaya koyması gerektiği<sup>164</sup> kararlaştırılmıştır.

Dolayısıyla, yatırımcının faaliyeti üzerinde ticari anlamda tam bir bozucu etki yaratsa dahi, “yatırımcıyla imzalanan sözleşmede böylesi düzenlemelerden kaçınılacağı yönünde bir taahhütte bulunulmadığı sürece, kamu yararı çerçevesinde, ayrımcı bir uygulama sonucunu doğurmaksızın eşit biçimde uygulanan ve böylece yabancı yatırımcıyı da etkileyebilen bir düzenleyici işlemin kamulaştırma anlamına gelmeyeceği”ne<sup>165</sup> vurgu yapılmakta; böylece, devletin iç hukuktaki bu türden yasal düzenlemeler veya işlemler çerçevesinde uluslararası hukuk uyarınca tazminat ödemekten kaçınılabilmesinin hakem heyetlerince mümkün kılınabildiği ve bu meyanda uluslararası tahkim meyanında hakem heyetlerince devletlere politika tercihlerini ciddi ölçekte uygulayabilme olanağının yaratıldığı<sup>166</sup> da görülebilmektedir.

Öte yandan, sivil toplum örgütlerinin davaya müdahil olarak katılmasına izin verilmesi nedeniyle, usûl hukuku bakımından da karar, bir örnek teşkil etmektedir.<sup>167</sup>

Baku-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi kapsamındaki Ev Sahibi Hükümet Anlaşması (ESHA)’nda, sözgelimi, çevre açısından yerel mevzuatın değil fakat sektördeki uygulamalar itibarıyla ortaya çıkan uluslararası standartların uygulanacağı belirtilmekte ve dolayısıyla yatırımcıya uygulanacak çevre standardının yerel hukuk tahtındaki bir yeni düzenlemeyle değiştirilmeyeceği taahhüt edilmektedir.<sup>168</sup> Bu durumda, uluslararası hukuk tahtında yerleşmiş kuralların çok ötesinde kısıtlamalar

<sup>162</sup> Mann, Howard; The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles, IISD Yayını, Ağustos 2005, s. 2.

<sup>163</sup> Mann, The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles, op. cit., s. 2, 3.

<sup>164</sup> Dolzer, Rudolf; National Treatment: New Developments, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (“*Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*”), op. cit., s. 3, 9 no.lu dip not.

<sup>165</sup> Mann, The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles, op. cit., s. 7.

<sup>166</sup> Paulsson, Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?, op. cit., s. 3.

<sup>167</sup> Mann, The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles, op. cit., s. 11.

<sup>168</sup> Bkz. Çal, Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi, op. cit., s. 18, 19.

içerdiği vurgulanan bahse konu düzenlemeler nedeniyle, ileride iç hukuk tahtındaki olası bir düzenleyici işlem dolayısıyla yatırımcının tahkime giderek devleti tazminata mahkum ettirebilmesi olanağından, hatta, bu olasılık nedeniyle devletin yeni bir düzenlemeye gitmekten kaçınması ve çevre koruma amaçlı düzenlemelerden kaçınması sonucunun doğacağından bahsedilebilir.<sup>169</sup> Bununla birlikte, özellikle YKTK andlaşmalarında veya yatırımcıyla imzalanan sözleşmede kullanılan ifadelerin düzenleniş tarzına bağlı olarak, hakem heyetlerince farklı sonuçlara varılması da ihtimal dahilindedir.

## 6. Sonuç ve Nihai Değerlendirme

Bu çalışmada, yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların hakem heyetlerince çözüme kavuşturulması yönünde son yıllarda artan hızla etkinlik kazanan 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, bunda başlıca etken olmuştur.

Yatırım tahkimine yönelik olarak yabancı literatürde yer verilen eleştirilerde, bir meşruiyet krizinden söz edilecek derecede önemli gelişmelerin yaşandığı hususuna vurgu yapılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, YKTK andlaşmaları üzerinden ICSID tahkimine gidilebilme olasılığına karşın, bunun daha da yaygınlaştırılarak, devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmelere de tahkim koşulunun konulabilmesine olanak sağlayan –hatta bunun ötesine geçerek kamu hizmetine yönelik sözleşmelerin özel hukuka bağlı kılınabilmesini sağlayarak gereğini aşan düzenlemeler getiren- 1999 yılı Anayasa değişiklikleri sürecinde gözlenen “tahkim sevdası”nın ne denli zararlara yol açabileceği, artık kanıtlanmış durumdadır denebilir.

Öte yandan, bahse konu gelişme, sonradan ortaya çıkmış ve fakat o dönemler itibarıyla öngörülmesi olanaksız bir nitelik de arz etmemektedir. Nitekim, konuya ilişkin olarak Anayasa değişikliklerinin hemen öncesinde, tahkim lehinde yaşanan gayretli furyaya karşın, o dönemdeki son derece sınırlı deneyimlerimize karşın bu konuya değinerek uyarılarda bulunduğumuz iki ayrı çalışmadan kısa alıntılara bu bağlamda yer vermekte yarar görüyoruz:

*“Enerji sektöründeki mevcut yapısal bozukluklar giderilmeden, yani sistemde liberizasyona geçilerek rekabetçi bir ortamda fiyat tesbiti sağlanmadan uluslararası tahkime imkan tanınması, kapsamı tam olarak tahmin edilemeyecek bir endişenin -en azından- kapısını aralamaya*

<sup>169</sup> Bernasconi-Osterwalder; International Legal Framework on Foreign Investment, op. cit., s. 7.

*adaydır.*<sup>170</sup>

*“Bizce esas olan, sektöre rekabet getirilmesi ve özel sektörün kazancı ile orantılı bir ticari riski üstlenmesidir. Aksi halde böylesi bir garantili “ticaret” için yerli ve yabancı yatırımcıların neden bu denli rağbet gösterdiğini anlamak zor değildir. (Pazar içi) rekabetin hemen hiç olmadığı bir sektörde girdi ve üretilen mal devletçe ve üstelik de 20-30 yıl boyunca garanti ediliyorsa(,) ... (b)öylesi bir yapısal arıza ortada dururken(,) uluslararası tahkim meselesinin ısrarla gündeme getirilmesi bize pek anlamlı gelmiyor. Eskiden meydanlara toplanan halka “canbaza bak” denilip dikkatleri belli bir noktaya çektikten sonra maksada uygun başka işlere tevessül edildiği rivayet olunur. Buradan mühlhem olarak, uluslararası tahkimin bu denli gündeme geldiği noktada akla şu soru geliyor: “Sahi, canbaz nerede?”.”<sup>171</sup>*

Bütün bu gelişmelerin sonucunda, ülkemizin gerek 1999 Anayasa değişiklikleri ile izleyen uyum yasaları kapsamında yatırımcılarla imzaladığı sözleşmeler ve gerek imzalamış –ve büyük oranda onaylamış- olduğu çok sayıdaki YKTK andlaşmaları kapsamında tahkim davalarıyla karşı karşıya gelmesi süreci çoktan başlamış durumdadır.

Bundan da önemlisi, ülkemiz bakımından yeni YKTK andlaşmalarının müzakeresi ve imzalanması yönündeki süreç, görüldüğü kadarıyla devam etmektedir. Ne var ki, bunca sayıdaki YKTK andlaşması pratiğine karşın, pek çok gelişmiş ülkenin aksine, ülkemizin halihazırda ileriye yönelik YKTK andlaşmalarının müzakerelerinde kullanacağı bir taslak andlaşma metninin bulunmaması, önemli ve temel bir eksiklik olarak kendisini göstermektedir.

Özetle, yatırımlara ilişkin tahkim olanağının bahse konu Anayasa değişiklikleriyle daha da yaygınlaştırılması, halihazırda devam etmekte olan yahut sonuçlanmış durumdaki davalar dikkate alındığında, ülkemiz açısından olumsuz sonuçların doğmasına neden olmuş görünmektedir. Bu itibarla, Türk hukukunun konuya eğilmesi ve yatırım tahkimine yönelik bir süreden beri maruz kaldığı davalardan edindiği deneyimleri ile bu meyandaki görüşleri ışığında kendi çözüm önerilerini sunmak suretiyle, yabancı literatürde yaygın biçimde tartışma konusu edilen olası reform çalışmalarına katkı sağlamaya yönelmesi, son derece önem arz etmektedir.

Böylece, gelişmekte olan bir ülkenin bakış açısını yansıtmak suretiyle, uluslararası ölçekte yatırımların korunabilmesine ilişkin düzenlemeler bağlamında daha dengeli bir yapıya geçiş sürecinin hızlanacağı kanısındayız.

<sup>170</sup> Çal, Sedat; *“Uluslararası Tahkim”*: Olmalı mı, Olmamalı mı?, Dünya Gazetesi, 16 Temmuz, 1999.

<sup>171</sup> Çal, Sedat; *“Uluslararası Tahkim”* ya da *Canbaz Nerede*, Dünya Gazetesi, 8 Temmuz, 1999.

Bu durum, ülkemizin bugüne kadar konuya ilişkin nispeten “edilgen” görülebilecek yapısından sıyrılıp, kendi çıkarlarını gözeten “etken” bir konuma gelmesini de kolaylaştıracaktır.

Nihayet, ülkemizin tarafı olduğu mevcut anlaşmalardan doğabilecek risklerin değerlendirilebilmesi ve yatırım tahkimiyle ilgili olarak gelişmelerin yakinen izlenmesi, ilgili kamu kuruluşları bakımından bir an önce yerine getirilmesi ve ihmal edilmemesi gereken bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada yer verilen eleştirilerin, dolayısıyla, bu amaca hizmet edebilmesi ve gerek öğretide ve gerek uygulayıcılar nezdinde tartışmaların başlamasına yardımcı olması başlıca temennimizdir.

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

Ziya Paşa

**KISALTMALAR**

AAA	: American Arbitration Association
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ASO	: Ankara Sanayi Odası
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BIT(s)	: Bilateral Investment Treat(y)(ies)
Bkz.	: Bakınız
BP	: British Petroleum
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization – WTO)
E.	: Esas
Ed(s)	: Editör(ler)
ELDER	: Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği
ESHA	: Ev Sahibi Hükümet Anlaşması
EŞS	: Enerji Şartı Sözleşmesi
FDI	: Foreign Direct Investment (Yabancı Doğrudan Yatırım)
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Convention on Settlement of Investment Disputes
IFC	: International Financial Corporation

IISD	: International Institute for Sustainable Development
IPS	: Inter Press Service News Agency
IRPP	: Institute for Research on Public Policy
İbid	: Aynı yerde
K.	: Karar
LCIA	: London Court of International Arbitration
M.	: Madde
MD	: Mülkiye Dergisi
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agreement
MTBE	: Methyl Tertiary Butyl Ether
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
No.	: Numara
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)
Op. cit.	: Aynı kaynak
PFI	: Private Finance Initiative
Prof.	: Profesör
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayfa
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
SCC	: Sweden Chamber of Commerce (İsveç Tahkim Odası)
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law

UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
UPJIEL	: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
v.	: versus
Vb.	: Ve bunun
Vol.	: Volume
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması



## KAYNAKÇA

### **Kitap, Makale ve Basın Haberleri:**

- Ahmad, Taimur; Istanbulish, “Project Finance” Dergisi, Londra, Ağustos, 2000.
- Akyol, Taha; Ecevit ve “Gerici Sol”, Milliyet Gazetesi, 8 Kasım, 2006.
- Alexandrov, Stanimir A.; The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations – The Applicants’ Perspective, *içinde* Annulment of ICSID Awards (Eds. Gaillard and Banifatemi), Juris Publishing, New York, 2004.
- Anderson, Sarah – Grusky, Sara; Challenging Corporate Investor Rule, Institute for Policy Studies ve Food & Water Watch, Nisan 2007 (www.ips-dc.org).
- Arat, Tuğrul; Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, AÜHF, Ankara, 1968.
- Aust, Anthony; Modern Treaty Law and Practice, Cambridge University Press, 2000.
- Aybay, Rona; Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim, Ekonomik Forum, 15 Ağustos, 1999.
- Bernasconi-Osterwalder; Nathalie; International Legal Framework on Foreign Investment, Background Paper prepared for the Fifth Ministerial Conference “Environment for Europe”, 23 Mayıs, 2003.
- Black Law Dictionary, West Group, 6. Bası, 1990.
- Blackaby, Nigel; Public Interest and Investment Treaty Arbitration, *içinde* International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003.
- Bradlow, Daniel D. / Escher, Alfred; Legal Aspects of Foreign Direct Investment (Eds. Bradlow-Escher), Kluwer Law International, 1999.
- Collier, John / Lowe, Vaughan; The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures, Oxford University Press, New York, 2000.
- Çal, Sedat; Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi (bahsekonu makale, olumlu hakem raporuna istinaden SBFĐ’nin 2008 yılı 4. sayısında

yayımlanmak üzere 1 Eylül, 2008 tarihi itibarıyla Yayın Kurulunca kabul edilmiştir).

- Çal, Sedat; Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB Yayını, Mart 2008.
- Çal, Sedat; “Uluslararası Tahkim”: Olmalı mı, Olmamalı mı?, Dünya Gazetesi, 16 Temmuz, 1999.
- Çal, Sedat; “Uluslararası Tahkim” ya da Canbaz Nerede, Dünya Gazetesi, 8 Temmuz, 1999.
- D’Agostino, Justin / Jones, Oliver; Energy Charter Treaty: a Step towards Consistency in International Investment Arbitration?, Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 25, No. 3, 2007.
- Dezalay, Yves / Garth, Bryant G.; Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, The University of Chicago Press, 1996.
- Dolzer, Rudolf; National Treatment: New Developments, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (“*Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*”), Paris, 12 Aralık, 2005.
- Dolzer, Rudolf / Schreuer, Christoph; Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008.
- Dost, Süleyman; Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Dugan, Christopher F. / Wallace, Don Jr. / Rubins, Noah D. / Sabahi, Borzu; Investor-State Arbitration, Oxford University Press, 2000.
- Duran, Lûtfi; İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Foster, David; Umbrella Clauses– A Retreat from the Philippines?, International Arbitration Law Review, No. 9(4), 2006.
- Fox, Jason / Tott, Nicholas; The PFI Handbook, Jordan Publishing Limited, 1999.
- Franc, Susan D.; The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73, 2005.
- Gaillard, Emmanuel; Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses, New York Law Journal, Volume 234, No. 68, 6 Ekim, 2005.

- Gaillard, Emmanuel; Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts, International Business Lawyer, Mayıs 1999.
- Gal-Or, Noemi; NAFTA Chapter Eleven and the Implications for the FTAA: the institutionalization of investor status in public international law, içinde Transnational Corporations, Vol. 14, No. 2, Birleşmiş Milletler, Ağustos 2005.
- Garcia-Bolivar, Omar E.; International Law of Foreign Investment at a crossroads: the need to reform, ([http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=omar\\_garcia\\_bolivar](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=omar_garcia_bolivar)).
- Gibson, Christopher S. – Drahozal, Christopher R; Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, Journal of International Arbitration 23(6), 2006.
- Goldhaber, Michael D.; A “Completely Appalling” Decision, The American Lawyer: Focus Europe, Yaz 2004.
- Goldhaber, Michael D.; Big Arbitrations, The American Lawyer: Focus Europe, Summer 2003.
- Goldhaber, Michael D.; Wanted: A World Investment Court, The American Lawyer: Focus Europe, Yaz 2004.
- Gözler, Kemal; Res Judicata’nın Türkçesi Üzerine, AÜHFD, Yıl 2007, C. 56, Sy. 2.
- Guasch, Luis J.; Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right, World Bank Institute, 2004.
- Gülan, Aydın; Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ekim 2001.
- Gülan, Aydın / Berkarda, Kemal; İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler, içinde Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, 2002.
- Günday, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2003.
- Günday, Metin; Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.
- Günuğur, Haluk; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, TBB Yayını, Ankara, 16 Temmuz, 1999.
- Harten, Gus Van; Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford University Press, New York, 2007.

- Hildyard, Nicholas - Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf).
- International Investment Law: A Changing Landscape (A Companion Volume to International Investment Perspectives), OECD Yayını, 2005.
- Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review, içinde UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Birleşmiş Milletler Yayını, Cenevre, 2005.
- İslamoğlu, Abdürrahim; Privatization and Build-Operate-Transfer (Özal Formula), Beril Yayınları, İstanbul, 2001.
- Kalpsüz, Turgut; İçinde Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? – II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999.
- Kelsey, D. Arthur; The Architecture of Judicial Power – Appellate Review and Stare Decisis (The Judges' Journal adlı dergide (Vol. 45, No. 2, Bahar 2006) yayımlandığı belirtilmektedir) (<http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Courts/architectjudicialpwr.pdf>).
- Kurtz, Jürgen; A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment, UPJIEL, Vol. 23, No. 4, Kış 2002.
- Legum, Barton; Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum ("*Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*"), Paris, 12 Aralık, 2005.
- Leubuscher, Susan; The Privatization of Justice: International Commercial Arbitration and the Redefinition of the State, The Socio-Legal Dynamics of Disputes (Convenor: Linda Mulcahy), Mres Birkbeck College (www.fern.org/pubs/reports/dispute%20resolution%20essay.pdf), 2 Haziran, 2003.
- Lew, Julian D. M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stefan M.; Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Loibl, Gerhard; International Economic Law, içinde International Law, International Law (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003.
- Lowe Vaughan; Changing Dimensions of International Investment Law, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Working Paper No 4/2007, Mart 2007.

- Mann, Howard - Moltke, Konrad von - Peterson, Luke Eric - Cosbey, Aaron; IISD Model International Agreement on Investments for Sustainable Development: Negotiator's Handbook, IISD Yayını, 2. Baskı, Nisan 2006.
- Mann, Howard - Moltke, Konrad von; A Southern Agenda on Investment?: Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States.
- Mann, Howard; The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles, IISD Yayını, Ağustos 2005.
- McLachlan, Campbell / Shore, Laurance / Weiniger, Matthew; International Investment Arbitration (Substantial Principles), (Ed. Mistelis), Oxford University Press, Haziran 2007.
- Mekay, Emad; Finance: Bias Seen in International Dispute Arbiters, IPS News, 19 Haziran, 2007 (<http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=38229>).
- Merrills, John; The Means of Dispute Settlement, içinde International Law (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003.
- Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? – II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999.
- Nas, Nesrin; Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ekim 2001.
- OECD Sekreteryası, Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda), Paris, 12 Aralık, 2005.
- Okuyucu-Ergün, Güneş; Tahkimde Ceza Hukuku Sorunları, TBB Dergisi, Sy. 70, Mayıs-Haziran 2007.
- Onaner, Mehmet; Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.
- Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Ormanoğlu, Burhan; Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara, Mart 2004.
- Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004.

- Parra, Antonio R.; The Development of the Regulation and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal (Enerji Şartı Sekreteryası ("Energy Charter Secretariat")'nın 20 Ekim, 2006 tarihli Yatırım Grubu toplantısında yapılan sunum).
- Paulsson, Jan; Avoiding Unintended Consequences, içinde Appeals Mechanism in International Investment Disputes, (Eds. Karl P. Sauvant / Michael Chiswick-Patterson), Oxford University Press, New York, 2008, s. 263, 264.
- Paulsson, Jan; Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?, içinde OECD tarafından ICSID ve UNCTAD ile birlikte düzenlenen Sempozyum (Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda), Paris, 12 Aralık, 2005.
- Peterson, Luke Eric; Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making, IISD Yayını, Kasım 2004.
- Peterson, Luke Eric; Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development, 2003 ([www.iisd.org/pdf/2003/trade\\_bits\\_disputes.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf)).
- Rowat, Malcolm D.; Multilateral Approaches to Improving the Investment Climate of Developing Countries: The Cases of ICSID and MIGA, Harvard International Law Journal, Vol. 33, No. 1, Kış 1992.
- Salacuse, Jeswald W.; BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, The International Lawyer, Vol. 24, No. 3, Sonbahar 1990.
- Schreuer, Christoph H.; The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2001.
- Schreuer, Christoph H.; The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures, s. 4 ([www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf)).
- Schreuer, Christoph; Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration, 7 Şubat, 2006 ([http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cspubl\\_85.pdf](http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/cspubl_85.pdf)).
- Schreuer, Christoph; A Decade of Increasing Awareness of Investment Arbitration and Intensive Activity: an Assessment, 12 Aralık, 2005, Paris ([www.oecd.org/dataoecd/5/54/36055388.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/5/54/36055388.pdf)).
- Shany, Yuval; The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals, Oxford University Press, 2004.
- Smit, Hans; When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?, Arbitral & Judicial Decisions,

- çinde* The American Review of International Arbitration, Vol. 16, No. 2, 2005.
- Soloway, Julie; NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest, Choices, IRPP, Vol. 9, No. 2, Şubat 2003.
- Sornarajah, M.; (bir tahkim davasındaki tanık ifadesi) ([http://ita.law.uvic.ca/documents/sornarajah\\_affidavit.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/sornarajah_affidavit.pdf)).
- Sornarajah, M; The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2. Bası, 2004.
- Soysal, Mümtaz – Ertuğrul, İlter; Kamu Hizmeti ve Tahkim, MD, C. 23, Sy. 217, 1999.
- Şanlı, Cemal; Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, *çinde* 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.
- Şanlı, Yeliz; Elektrik Piyasası ya da Elektrik Kamu Hizmeti, MD, C. 26, Sy. 254, Bahar 2007.
- Thirlway, Hugh; The International Court of Justice, *çinde* International Law (Ed. Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003.
- Tollefson, Chris; NAFTA's Chapter 11: The Case for Reform, Choices, IRPP, Vol. 9, No. 2, Şubat 2003.
- Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği (ELDER) Yayını, Ankara, Haziran 2005.
- Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Eylül 2004.
- Ulusoy, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları, *çinde* Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ekim 2001.
- Van Aaken; Anne; Perils of Success? The Case of International Investment Protection, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2007-29.
- Walde, Thomas / Sabahi, Borzu; "Compensation, Damages, and Valuation in International Investment Law", Vol. 4, No. 6, Kasım 2007.
- Walde, Thomas W.; Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty, Conference on Energy-Arbitration, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998.

Yannaca-Small, Katia; Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/1, Şubat 2006.

Yannaca-Small, Katia; Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/3, Ekim 2006.

Yannaca-Small, Katia; Transparency and Third Party Participation in Investment-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, No. 2005/1, Nisan 2005.

Zabunoğlu, Yahya; Önsöz, içinde Sedat Çal, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, TOBB, Mart 2008.

#### **Ağ Erişim Kaynakları:**

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%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/Di%c4%9fer/ykkt\\_anlasmalari.pdf](http://www.hazine.gov.tr/irj/go/km/docs/documents/Hazine%20Web/%c4%b0statistikler/Uluslararası%c4%b1%20Do%c4%9frudan%20Yat%c4%b1r%c4%b1m%20%c4%b0statistikleri/Di%c4%9fer/ykkt_anlasmalari.pdf)).

#### **Yargı Kararları:**

Anayasa Mahkemesi’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).

Danıştay 1. Dairesi’nin 24 Eylül, 1992 tarih ve Esas No: 1992/232, Karar No: 1992/294 sayılı kararı.