

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

(YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ ÇERÇEVESİNDE)

**KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ
VE TAHKİM**

137443

YÜKSEK LİSANS TEZİ

A. MURAT YAVAŞ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

137443

ANABİLİM DALI: KAMU HUKUKU
PROGRAMI : KAMU HUKUKU

DANIŞMAN: YARD. DOÇ. DR. MÜSLÜM AKINCI

KOCAELİ, 2003

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ *SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

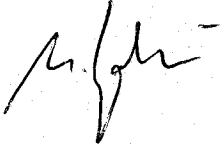
(YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ ÇERÇEVESİNDE)
KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİM

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: A. MURAT YAVAŞ

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Tarih ve No: 26.03.2003, 2003/04

Doç. Dr. Mehmet Bahtiyar



Yrd. Doç. Dr. Mahmut Göçer



Yrd. Doç. Dr. Müslüm Akıncı



KOCAELİ, 2003

ÖNSÖZ

Tahkim, taraflar arasında doğmuş veya doğması muhtemel olan uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında, genellikle taraflarca belirlenen ve adına hakem denilen tarafsız ve bağımsız özel kişiler aracılığıyla nihai olarak karara bağlanması anlamına gelmektedir. Her ne kadar Anayasa'ya göre uyuşmazlıkların devletin mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerekli ise de, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında hakemlerce karara bağlanmasının tarihçesi de insanlık tarihinin çok eski devirlerine dayanmaktadır.

Tahkim konusunun önem kazanmasında milletlerarası hukuk alanında hukukların bir örnekleştirilmesi çalışmalarının da büyük bir önemi vardır. Milletlerarası hukuk alanında faaliyet gösteren kuruluşların bünyesinde toplanan çok sayıda devletin ortak iradelerinin ürünü olan tahkimle ilgili hukuki düzenlemelerin, devletlerin tahkimle ilgili iç hukuk düzenlemelerine kaynaklık teşkil ettiğini, hatta New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu gibi uluslararası hukuk düzenlemelerinin devletlerce çok az değişiklik yapılarak aynen iktibas edildiğinin söylenmesi sanıyorum ne demek istendiğini daha iyi anlatacaktır.

Milletlerarası ticari tahkim gibi son derece güncel ve önemli bir konu üzerinde çalışmak gerçekten zevkli bir işti. Hemen hemen hukukun her alanından uzmanlaşmış yazarın çekinmeden el attığı milletlerarası ticari tahkim konusunda çalışmanın en büyük zorluğu yeni çıkan kaynakları takip etmektir. Bunun yanında diğer bir olumsuzluk da kütüphanelerdeki kaynak sayısının azlığı, özellikle de yeni çıkan kaynakların hemen hiç bulunmamasıydı.

Son olarak, konu hakkında yayınlanan kaynakların çokluğuna karşın, yazarların genelde birbirini tekrarla yetinmek suretiyle değişik ve orijinal fikirlere eserlerinde yer vermemelerinin, bu çalışmanın tekrardan ibaret olmasını önlemek amacıyla daha fazla yazarın görüşüne yer vermeme engel olmasını da bu alanda çalışmanın bir başka zorluğu olarak belirtebilirim.

İzmit, Ocak 2003

A. Murat Yavaş

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	II
ÖZET	VIII
ABSTRACT	IX
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM KAVRAMI

I) Milletlerarası Ticari Tahkimin Tarihçesi	6
1) Roma Hukukunda Tahkimin Niteliği	8
2) Alman ve İsviçre Hukuklarında Tahkim	8
3) Fransız Hukukunda Tahkimin Kökeni	9
4) Osmanlı - İslam Hukukunda Tahkim Kurumu	9
II) Tahkimin Konusu	10
III) Tahkim Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği	14
1) Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü	14
2) Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü	15
3) Karma (Muhtelit) Görüş	16
IV) Yabancı – Ulusal – Uluslararası Tahkim Kavramları	17
1) Ulusal - Yabancı Hakem Kararı Ayırımı	17
A) Otorite Kanunu Kriteri	20
B) Mekan Kriteri	21
2) Ulusal - Uluslararası Tahkim Ayırımı	23
V) Tahkimin Çeşitleri	29
1) Kamusal Tahkim - Özel Tahkim	29
2) Süreli Tahkim - Süresiz Tahkim	29
3) Tek Dereceli Tahkim - İki Dereceli Tahkim	30
4) Kesin Tahkim - Tanıma ve Tenfiz Kararını Gerektiren Tahkim	30
5) Kurumsal Tahkim – Ad Hoc Tahkim	31

6) Ulusal Tahkim - Uluslararası Tahkim	32
VI) Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yanları	32
1) Tahkimin Olumlu Yanları	32
A) Bağımsızlık - Tarafsızlık	32
B) Gizlilik	33
C) Basitlik - Ucuzluk	34
D) Adalete ve Taraf İradelerine Uygunluk	35
E) Uygulanabilirlik (İcraîlik)	35
F) Tahkimin Diğer Olumlu Yanları	36
2) Tahkimin Olumsuz Yanları	36
A) Hakemlerin Niteliği	36
B) Gizlilik	37
C) Masraflar ve Ek Prosedür	37
D) Diğer Olumsuzluklar	38

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME İLİŞKİN SÖZLEŞMELER VE TAHKİM KURUMLARI

I) Genel Olarak	39
II) Milletlerarası Tahkim – Milli Egemenlik Çatışması Sorunu	40
III) Tahkim Konusunda Yapılan Başlıca Uluslararası Sözleşmeler	43
1) Cenevre Protokolü	43
2) Cenevre Sözleşmesi	43
3) New York Sözleşmesi	43
4) Avrupa Sözleşmesi	44
5) Washington Sözleşmesi (ICSID)	45
IV) İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları (YKKTA)	46
1) Genel Olarak	46
A) Bir Taraf Devletle Diğer Taraf Devletin Yatırımcısı Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar	47
B) Antlaşmanın Tarafı Olan Devletler Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar	48

2) Yatırım Uyuşmazlığı Kavramı	48
V) Tahkim Kurumları	49
1) Ulusal Tahkim Kurumları	49
2) Milletlerarası Tahkim Kurumları ve UNCİTRAL Ad Hoc Tahkimi	50
A) Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)	50
a) ICSID'İN İdari Yapısı	52
aa) İdari Konsey	52
bb) Sekreterlik	52
cc) Paneller	52
b) Merkezin Finansmanı	53
c) Merkezin Yargılama Yetkisi	53
d) Hakem Heyetinin Oluşumu ve Çalışma Tarzı	53
e) Hakem Kararı	54
f) Hakem Kararının Tanınması ve Yürürlüğü	54
g) Yargılama Giderleri	55
B) Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (ICC)	55
a) ICC Tahkim Divanı'nın İdari Yapısı	56
b) Tahkim Sürecinin Başlaması	56
c) Hakem Heyetlerinin Göreve Başlaması	57
d) Hakem Kararı	58
e) Hakem Kararlarının Tenfizi	58
C) UNCİTRAL Tahkim Kuralları	59
a) Tahkim Sürecinin Başlaması	59
b) Hakemlerin Göreve Başlaması	60
c) Hakem Kararı	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ ALANINDA

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM

I) Kamu Hizmeti Kavramı	62
1) Kamu Hizmetinin Özellikleri	64
2) Kamu Hizmetinin Çeşitleri	66

3) Kamu Hizmetlerinin Yerine Getirilme Yöntemleri	67
A) Kamu Hizmetlerinin Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Yürütülmesi	67
a) Emanet Yöntemi	68
b) Kamu Kurumu Yöntemi	69
B) Kamu Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi	69
a) Müşterek Emanet Yöntemi	71
b) İltizam Yöntemi	71
c) Ruhsat (İzin) Yöntemi	72
II) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri	73
1) Tanım	73
2) Yap – İşlet - Devret Finansman Modeli	75
A) Kavram Sorunu: Model mi, Sözleşme mi?	75
B) Yap – İşlet – Devret Modeli	76
C) Yap – İşlet – Devret Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği	77
a) Hukuksal Düzenlemelere Göre Yap – İşlet - Devret Sözleşmelerinin Niteliği	77
b) Yüksek Mahkemelerin Nitelendirmesi	80
aa) Danıştay'ın Yaklaşımı	80
bb) Konu ile İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları	81
3) Yap - İşlet – Devret Sözleşmeleri İmtiyaz Sözleşmesi Sayılabilir mi?	88
4) Yasama Organı Bir Yasa İle Yargı Yolu Değişikliği Yapabilir mi? Yani Görevli Yargı Yolunu Yasa Belirleyebilir mi?	92
A) Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı	92
B) Danıştay'ın Yaklaşımı	93
5) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları'nın Ortaya Çıkardığı Hukuki Durum	95
A) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının 3996 Sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu'nun Uygulanma Kabiliyeti Üzerindeki Etkisi	96
a) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Karşısında 3996 Sayılı Kanun'un Uygulanma Kabiliyeti Kalmamıştır	96
b) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra da 3996 Sayılı Kanun Mevcut Hükümleri İtibariyle Uygulanabilir	97
B) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerine Tahkim Koşulu Konmasına Engel Olur mu?	98

6) Fransız Hukukunda Tahkim	101
A) Fransız Hukukunda Tahkim Yasağı	102
B) Tahkim Yasağının Kuramsal Temelleri	103
C) Tahkim Yasağının İstisnaları	104
a) Mevzuatla Getirilen İstisnalar	104
b) İctihadî İstisnalar	105
D) Sonuç	107
7) Çözüm Önerileri	107
A) Kısa Vadeli Çözüm Önerileri	108
B) Orta Vadeli Çözüm Önerileri	110
C) Uzun Vadeli Çözüm Önerisi	112
III) Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yapılan İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü Konusunda Mevcut Hukuki Durum	113
1) Anayasa’da Yapılan Değişiklikler	114
2) 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun	115
3) Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	116
4) 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’un Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun	116

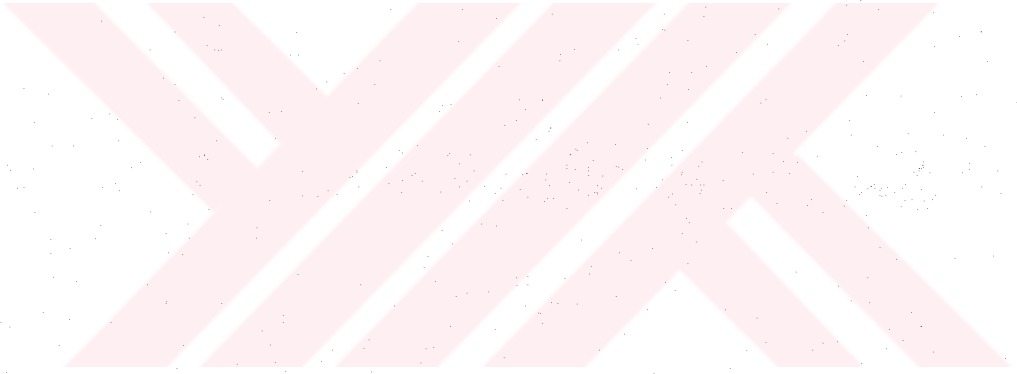
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DEĞİŞTİRİLEN ANAYASA VE YASA HÜKÜMLERİNE GÖRE KAMU

HİZMETİ KAVRAMI VE KAMU HİZMETİNİN YENİ GÖRÜLÜŞ YÖNTEMİ

I) Son Değişikliklere Göre Kamu Hizmeti Kavramı	119
II) Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilerce Yeni Görülüş Yöntemi	121
1) Değişik 47/4. Maddenin Anlamı	121
2) Madde 47/4 ile Getirilen, Kamu Hizmetinin Özel Kişilerce Yeni Görülüş Yöntemi	124

A) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Özel Hukuk Sözleşmelerinin İhale Aşamasında Kamu Hukuku Kurallarının Uygulanması	126
B) Kamu Hizmetinin Konusunun Doğal Tekel Olması Halinde	127
C) Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Hizmetten Yaralananlara Zarar Verilmesi Halinde	130
3) Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Sözleşmesi ile Yürütülmesinin Özellikleri	131
III) Genel Değerlendirme	132
SONUÇ	134
YARARLANILAN YAYINLAR	137



ÖZET

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında tahkim konusunun ele alındığı bu çalışmada, ilk olarak tahkim kurumunun tarihçesine ve günümüzdeki durumuna değinilmiş; daha sonra da öğreti ve konu ile ilgili yüksek mahkeme kararları ışığında imtiyaz sözleşmeleri alanında tahkimin (ulusal ve uluslararası) mümkün olup olmadığı saptanmaya çalışılmıştır.

Tahkim kurumunun incelendiği ilk kısımda kısaca ad hoc ve kurumsal tahkim alanında en bilinen üç tahkim kurum ve prosedürüne de değinilmiştir. Diğer yandan iç hukukumuzda 1988 yılında dahil ettiğimiz ICSID Sözleşmesi'ne ve öngördüğü tahkim prosedürüne, bu sözleşmenin tenfiz konusunda arzettiği önem nedeniyle biraz daha ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Çalışmada gündemi yakalayan sempozyum, konferans, panel gibi faydalı sonuçlar veren bilimsel faaliyetlerden geniş ölçüde yararlanılmıştır. Değişiklik öncesi dönemde idari yargı denetimi dışına çıkarılmasına Yüksek Mahkemelerin izin vermediği bir konuda, hem ulusal hem de yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uluslararası tahkime gidilebilmesinin kabulünün hukukumuz bakımından ne büyük bir değişimi ifade ettiği açıklanmaya çalışılmıştır.

Konuların açıklanmasında gerek öğretilerdeki görüşlerden gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarından geniş ölçüde yararlanılmıştır. Öğretilerdeki görüşlerden yararlanılırken, mümkün olduğu ölçüde karşıt fikirlere yer vermeye ve alıntıları yorumsuz olarak sunmaya; mahkeme kararlarının da karşı oylarına yer vermeye çalışılmıştır.

Sonuç olarak Türk hukuku bakımından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden çıkacak uyuşmazlıklar hakkında tahkim yolunun öngörülebileceği, bu konuda sözleşme metninde bir açıklık bulunmaması halinde ise sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların aynen değişiklik öncesi dönemde olduğu gibi idari yargı denetimine tabi olacağı ifade edilerek çalışmaya son verilmiştir.

ABSTRACT

In this study where the arbitration issue in privileging agreements is dealt the past and the to-day's status of arbitration are mentioned and it has been tried to find out in light of the doctrine and juridical decisions whether the arbitration in this field is applicable or not.

In the first part where the concept of the arbitration is researched the shortly known ad hoc and three arbitrage societies known in corporate arbitration field and their procedures are also mentioned. Besides the ICSID Treaty, which is incorporated in our juridical system in 1988 takes place in details because of its importance.

In this study, benefit has been taken from scientific contemporary activities such as symposiums, conferences and panels; the different point of views in the doctrine and juridical decisions are added in the explanation of the issue, besides the opposite opinions in the doctrine and the opposite votes in juridical decisions are also mentioned here.

Finally, the study has been closed up with the indication that, in regard of Turkish Juridical System, the arbitration could be foreseen for disputes arising from privileging agreements and that the matter would be subject to administrative jurisdiction in case of non-clearness.

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı Geçen Eser
a.g.m.	Adı Geçen Makale
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
b	Baskı (Basım)
bkz.	Bakınız
C	Cilt
dn	Dip Not
E	Esas
HD	Hukuk Dairesi
ICC	Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı
ICSID	Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümlemesi İçin Uluslararası Merkez
m.	Madde
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
NY	New York Sözleşmesi
RG	Resmi Gazete
S	Sayı
s	Sayfa
T	Tarih
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade
vb	Ve Benzeri
vd	Ve Devamı
vs	Ve Saire
Yİ	Yap - İşlet
YİD	Yap - İşlet - Devret

GİRİŞ

Tahkim konusu ülkemizde yakın tarihlere kadar yalnızca 'Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' (HUMK) tarafından (m. 516-536) düzenlenmişken, 80'li yıllarda bu alanda büyük bir gelişim görülmeye başlanmış ve ilk olarak "yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edileceğini" belirtmek suretiyle bu konudaki belirsizliğe son veren 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun' (MÖHUK) 1982 yılında yürürlüğe konulmuştur.

Milletlerarası ticari tahkim alanında özellikle son yıllarda yaşanan baş döndürücü gelişmeyi ortaya koymak için, ülkemizde 1927 yılında yürürlüğe konulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun milli tahkimle ilgili hükümlerinde (m. 516-536) günümüze kadar hiçbir değişiklik yapılmamış olmasına rağmen, milletlerarası tahkim alanında gerek Anayasa'da gerekse kanunlarda değişiklik yapıldığını, hatta 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı 'Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun' ile 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun salt milletlerarası tahkim konusunu düzenlemek amacıyla çıkarıldığını belirtmek yeterli olacaktır.

Milletlerarası ticari tahkim konusu, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünü esas almaktadır. Özellikle gelişmekte olan devletlerin ihtiyaç duydukları alt yapı yatırımlarını finanse edecek bir bütçeye sahip olmamaları nedeniyle, alt yapı yatırımı şeklinde gerçekleşen ticari ilişkilerin artmış olması, devletlerle yabancı ve çok uluslu şirketlerin ilişkilerini sıklaştırmış, bu da uyuşmazlık çıkma ihtimalini artırmıştır. Uyuşmazlıkların çözümünde öne çıkan prosedür ise tahkim yöntemidir.

Devletimiz yönünden alt yapı yatırımlarının yüksek maliyetli olması ve sahip olunan kaynakların da son derece sınırlı olması nedeniyle yerli ve yabancı (uluslararası) sermayeye duyulan ihtiyaç, hem alt yapı yatırımları ile ilgili sözleşmelerde bir '**finansman modeli**' olarak yap - işlet - devret yönteminin ortaya çıkmasını; hem de bu sözleşmelerin uygulanması safhasında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesini zorunlu hale getirmiştir.

Yüksek maliyetli alt yapı yatırımlarının gerçekleştirilebilmesi için çok büyük mali kaynaklara ihtiyaç vardır. Devletlerin, yabancı sermayeden yararlanmadan bu

yatırımları gerçekleştirebilmesi çok uzun bir süreyi gerektirmekte ve devlet söz konusu yatırımı tamamlayana kadar, yeni ve büyük alt yapı yatırımı ihtiyaçları baş göstermektedir. Bir de Türkiye gibi ekonomik kriz mağduru bir ülke söz konusu olunca, gerek yatırımlara ayrılan kaynak, gerekse yatırımların tamamlanma süresi istenilen düzeye ulaşmamaktadır.

Ülkemizde özellikle son iki yıl içinde yaşanan ekonomik ve siyasi krizler, kamu yatırımlarını olumsuz yönde etkilemiş ve DPT verilerine göre hali hazırda 4 binin üzerindeki yatırım projesine 167 katrilyonluk bir kaynak aktarımı gerekirken, belirtilen sebeplerle ancak 9 katrilyon 835 trilyon lira ayrılabilmiştir. Bu durumun olağan bir sonucu olarak yeterli ödenek verilemediği için özellikle tarım sektöründe yatırımların tamamlanma süresi 25 yılı bulmaktadır.¹

Bu açmazdan çıkmanın yolu ise yabancı sermayeden azamî oranda yararlanmak ve bunun için de kamu hizmeti ile ilgili sözleşmelerde tahkime, özellikle de milletlerarası tahkime imkan sağlayacak düzenlemeleri yapmaktan geçmektedir. Ancak hiç şüphesiz tahkimin kabulü, tek başına yabancı sermayenin gelişi için yeterli değildir. Nitekim yabancı sermayenin gelişi için, tahkim kadar önemli bazı hususların da yerine getirilmesi gerektiğine çalışmada değinilmiştir.

Bu hususların başında ‘Genel Değerlendirme’ ve ‘Sonuç’ kısımlarında yer verilen siyasi ve ekonomik istikrar, hukuki öngörülebilirlik ve saydamlık, bölgesel pazarlara yakınlık ve üretim maliyetlerinin düşüklüğü gibi unsurların gelmekte olduğunun belirtilmesi, tahkimin yabancı sermaye girişinde tek başına fazla bir öneme sahip olmadığına daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır. Nitekim öğretilerde konu hakkında ileri sürülen görüşlerin bu yönde olduğuna çalışmada değinilmiştir.

Ülkemizin, Anayasa ve ilgili yasalarda kamu hizmeti alanındaki sözleşmelerde milletlerarası tahkime imkan sağlayan değişiklikleri yapmış olmasına rağmen, doğrudan yabancı sermaye girişinde olağanüstü bir artış görülmemesi ve Türkiye’nin, 1,5 trilyon dolar civarındaki doğrudan yabancı sermaye yatırımlarından aldığı payın binde 6 olması (2001 yılındaki parasal karşılığı 900 milyon dolar), buna karşılık yukarıda sayılan hususlardan özellikle ekonomik ve siyasi istikrarsızlıklar nedeniyle yurt dışına kaçan yatırım tutarının söz konusu yasal değişikliklerden

¹ Yücel Kayaoğlu; “Kamuda Proje Çok Ama Kaynak Yok.”, Türkiye, 05.02.2002, s. 7

sonraki dönemde 500 milyon doları bulması, bu durumun en açık göstergeleridir.²

Bu sayılan hususlarla ilgili olarak, hem yabancı sermayenin gelmemesi, hem de yerli sermayenin yurt dışına (özellikle eski Doğu Bloku ülkelerinden Bulgaristan ve Romanya'ya) kaçmasının nedenlerinin ortaya çıkarılması için, konu hakkında teknik içerikli bir çalışma yapılması zorunluluğunun konu ile ilgilenen yazarlar³ tarafından ifade edilmeye başlanması da; yabancı sermaye girişinin sağlanması ve yerli sermayenin yurt dışına kaçmasının engellenmesi için milletlerarası tahkime imkan sağlanmasının tek başına yeterli olmadığı açık bir ifadesidir.

Tahkime imkân veren yasal düzenlemelerin yapılması, yabancı sermayenin ülkemize çekilmesi bakımından gerekli olduğu gibi, yabancı sermayenin çekilmesi de ülkemizin düzenli ve sürdürülebilir bir ekonomik büyüme hızı yakalaması bakımından önemlidir. Nitekim, yerli ve yabancı ekonomistlere göre 'Türkiye'nin sürdürülebilir bir büyüme hızı yakalayabilmesi için, her yıl en az 6 milyar dolarlık yabancı sermaye girişine ihtiyaç vardır.'⁴ Şu anda ülkemizin sahip olduğu yabancı sermaye miktarının yaklaşık yıllık 900 milyon dolar olduğu düşünülürse, yabancı sermaye girişinin ülkemiz için arzettiği önem daha iyi anlaşılır.

Yabancı sermayenin ülkelerin kalkınmasında ne büyük bir öneme sahip olduğunu anlamak için, 40-50 yıl öncesine kadar ekonomik kalkınmışlık bakımından Türkiye'nin çok gerisinde iken, yabancı sermayenin ülkelere girişi ile büyük bir kalkınma hamlesi gerçekleştiren ve 'gelişmiş ülkeler' kategorisine dahil olan Güney Kore ve İrlanda gibi ülkelerde yabancı sermayenin oynadığı role bakmak yeterli olacaktır. Nitekim, son birkaç yıl içinde dünyada gerçekleşen toplam doğrudan yabancı yatırımların yaklaşık olarak yüzde 70-85'lik bir kısmının gelişmiş ülkelere gitmesi de, yabancı sermayeyi çekme kabiliyeti ile gelişmişlik düzeyinin birbiriyle doğru orantılı olarak arttığını göstermektedir.⁵

Doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının ülkemize gelmesinin, siyasi partiler başta olmak üzere ülke ekonomisi ile bir şekilde ilgili olan, bu alanda çalışmalar yapan çevreler tarafından hem ekonomik krizden çıkışın, hem de sağlıklı bir büyüme hızı yakalanmasının anahtarı olduğunun ifade edilmesi de bu yüzden olsa

² İbrahim Kıbrızlı; "Yabancı Sermaye Neden Gelsin ki ?", *Zaman*, 26.09.2002, s. 13

³ Kıbrızlı; *Zaman*, 26.09.2002, s. 13

⁴ **Türkiye**; 07.02.2002, Ekonomi Servisi, "Büyüme Yabancı Sermayeye Bağlı", s. 7

⁵ Doğan Cansızlar; "Yabancı Sermaye Arenası (Konferans)", İstanbul, 2002

gerektir.⁶

Milletlerarası ticari tahkim konusunda bir çok ülke son gelişmelere de paralel olarak reform niteliğinde düzenlemeler yapmışlardır. Özellikle de 'milletlerarası kurumsal tahkim' alanında hem çok sayıda devletin ortak iradesinin ürünü olan sözleşmelerin kabul edilmesi hem de milletlerarası ticari tahkim kurumları bünyesinde yürütülen tahkim yargılamasına başvuruların artış göstermesi ulusal ve uluslararası alanda tahkimin önemini artırmıştır. Bu özel yargı yolunun devlet yargısı karşısında sahip olduğu avantajlar ve bu konuda yapılan yeni düzenlemeler konu hakkında bilimsel çalışmalar yapılmasını bir zaruret haline getirmektedir.

Konunun önemi ve duyulan ihtiyaç bu alanda çalışmanın önde gelen gerekçelerini teşkil etmektedir.

Bu çalışmada öncelikle milletlerarası ticari tahkimin tarihçesi ve zaman içinde geçirdiği mahiyet değişikliği ile bugünkü hali incelenmiş, ticari değil devletlerarası siyasi ihtilafları konu alan ve devletler hukukunun alanına giren⁷ milletlerarası tahkim konusuna değinilmemiştir.

Uluslararası alanda genel kabul görmüş milletlerarası ticari tahkim kurumlarına da 'kurumsal tahkim' kısmında yer verilmiş ve bu kurumlar bünyesinde yürütülen tahkim yargılaması ve prosedürü hakkında özet bilgiler verilmiştir.

Çalışmada, farklı görüşlere sahip çok sayıda hukukçunun bir araya geldiği ve çeşitli fikirlerin tartışıldığı, yararlı sonuçlar veren kurultay, sempozyum, konferans gibi gündemi yakalayan çalışmalardan geniş ölçüde yararlanılmıştır.

Çalışmanın izleyen bölümlerinde konu ilgili Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ışığında 'kamu hizmeti' ve 'imtiyaz sözleşmesi' kavramlarına değinilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonucunda Türk hukuk öğretisinin gündemine iyice yerleşen Yap - İşlet - Devret Modeli inceleme konusu yapılmış; Yüksek Mahkeme'nin iptal kararları sonrasında ortaya çıkan hukuki sorunların aşılması için doktrinde ileri sürülen çözüm önerilerine yer verilmiş ve yeni yapılan Anayasa ve kanun değişiklikleri sonrası kamu hizmeti ve tahkim konusunda

⁶ Nesrin Nas; "Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim", **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 64 ve Kıbrızlı; **Zaman**, 26.09.2002, s. 13

⁷ Uğur Emek; 1999/3, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Tahkim**, Perşembe Konferansları (Rekabet Kurumu Yayını), Ankara, s. 4

mevcut duruma değinilmiştir.

Yüksek Mahkemelerin, siyasi iktidarın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında tahkime imkan sağlayan düzenlemeleri iptal ettiği kararlarına yer verilen kısımda adli-idari yargı ayırımının ve Türk idare hukukunun da kaynağını teşkil eden Fransız hukukundaki son duruma ve Fransız Yüksek Mahkemelerinin bu konu hakkındaki yaklaşımlarına özet olarak yer verilmiştir.

Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda, öğretilerde 'kamu hizmetinin yeni bir yerine getirilme yöntemi' olarak da kabul edilen 'kamu hizmetinin özel kişilerce özel hukuk sözleşmesi ile yerine getirilme yöntemi'ne yer verilmiş ve kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülmesi halinde kamu hukuku kurallarının müdahalesinin söz konusu olduğu üç istisnai duruma değinilerek çalışmaya son verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM KAVRAMI

I) Milletlerarası Ticari Tahkimin Tarihçesi

Tahkimin bugünkü niteliğinin kabulü hakkında bir sonuca varılabilmesi için kurumun hangi ihtiyaçtan doğduğunun, çeşitli hukuk düzenleri tarafından kuruma hangi hukuki niteliklerin tanındığının ve tarih boyunca ne tür nitelik değişimlerine uğradığının incelenmesi önemlidir. Bu nedenle aşağıda tahkimin ortaya çıkışına ve çeşitli toplumların hukuk düzenlerine hangi niteliğiyle intikal ettiğine kısaca değinilmiştir. Bu kısımda tahkimin tarihçesinin derinlemesine incelenmesi söz konusu olmadığı gibi, esasen böyle bir incelemenin bu çalışmanın amacını ve boyutlarını aşacağı da açıktır. Dolayısıyla bu kısımda tahkimin tarihçesine sadece âdet olduğu üzere ve tahkimin niteliğinin incelendiği ileriki kısımda varılacak sonuca dayanak teşkil edebilecek kadarı ile değinilmiştir.

Bir devlet fikrinin insan zihninde henüz oluşmadığı ilk devirlerde kişilerin davranışlarını sınırlayan hiçbir hukuki düzenleme mevcut olmadığı gibi, hakların yerine getirilmesini sağlayacak bir yargı organı da yoktu. Dolayısıyla bu durum insanları yargı organı dışındaki değişik adalet arayışlarına yöneltmiştir.

İlk devirlerdeki bu kargaşa ortamı 'ihkak-ı hakkı' toplumsal bir olgu olarak ortaya çıkarmış ve hakkını almanın tek yolu olarak kabul edilmesine neden olmuştur. Tarihsel süreçte ihkak-ı haktan daha sonra, örf ve adet kuralı niteliğinde de olsa bazı kurullarla bağlı olmayı gerektiren ve bu özelliği nedeniyle de ihkak-ı hakka göre daha insancıl bir nitelik gösteren 'uyuşma' kurumu ortaya çıkmıştır.

"...Uyuşma toplumlar arasında ekonomik ilişkiler sıklaşmaya başladıktan ve ortak pazarlar kurulduktan sonra önem almıştır. Malla değişim ekonomik ilişkilerin aracı olmaktan çıkarak, para kullanılmağa başladıktan sonra, uyuşmalar daha kolaylıkla yapılmaya başlanmış, hâkimler, din adamları, rahipler çatışmaların uyuşmalarla sona ermesini teşvik etmişlerdir...Bu arada Devlet de gittikçe belirmeğe başlamış, önce uyuşmayı zorunlu hale sokmuş, sonra bunun karşılığında uyuşma bedelinden bir kısmını almıştır."⁸

⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, 12. b., İstanbul: Beta Basım-Yayımlar A.Ş., 1997, s. 43

Devletin bir kurum olarak kendisini göstermeye başlamasıyla birlikte kişiler arasındaki ihtilafların daha hukuki yöntemlerle çözülmeye başlandığı görülmektedir. Ancak tabii ki devlet, henüz yeni oluşmaya başladığı bu ilk devirlerde yeterince güçlü olmadığı gibi, sağlam ve düzenli işleyen bir yargı örgütüne de sahip değildi.

“Devletin ve özellikle yargı gücünün zayıf olduğu dönemlerde, uyuşmazlıklar taraflar dışındaki kimselerce giderilmeğe çalışılmış ve böylece tahkim kurumu genel yargıdan önce doğmuş ve varlığını bugüne kadar geliştirerek sürdürmüştür.”⁹

Görüldüğü gibi tarihsel süreçte insanî ilişkilerin kargaşa içinde yaşandığı ilk devirlerde hakkın yerine getirilmesi vasıtası olarak ‘ihkak-ı hak’ ilkesi yürürlük bulmuş, devlet tüzel kişiliğinin oluşmasıyla birlikte karşılıklı ilişkiler alanında ortaya çıkan kargaşaya son verilmesi amacıyla ‘uyuşma’ kurumu kabul edilmiştir. Devletin otoriteyi henüz tam olarak ele alamadığı bu dönemde düzenli işleyen bir yargı örgütünün kurulamamış olması nedeniyle ve ekonomik ilişkilerin de giderek yoğunlaşması sonucunda fertler, iradelerini bağlayacak kuralı bir sözleşme –tahkim sözleşmesi- vasıtası ile koymuşlardır.

“Bir görüşe nazaran hiçbir hukuk kuralının bulunmadığı bu ilk durumda ihtilafa düşen taraflar iradeleri ile tarafsız bir kimsenin kararına tâbi olmayı kabul etmişlerdir.”¹⁰ Böylece tahkimin, teorik olarak devlet yargısından daha önce ortaya çıkan ve ilk devirlerdeki şekliyle ‘ilkel bir hukuk kurumu’¹¹ olduğu nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Tahkimin ortaya çıkış sürecine kısaca değindikten sonra çeşitli hukuk düzenlerinin ilk devirlerinde kurumun hangi niteliğiyle kabul edildiğine kısaca yer vermekte yarar vardır. Ancak aşağıda yalnızca günümüz Türk hukuku ile yakın ilişki içinde bulunan veya Türk hukukunun kaynağını oluşturan belli başlı hukuk sistemlerine tahkim kurumunun hangi nitelikte intikal ettiğine değinilmiştir. Bu hukukların tahkim kurumuna günümüzdeki yaklaşımlarına ise yer verilmemiştir.

Bu inceleme, ileriki kısımda değinilecek olan, tahkimin günümüzde kabul edilen niteliği ve bu konudaki karşıt görüşlerin haklılığı konusunda yol gösterici bir destek noktası teşkil edecektir.

⁹ Alim Taşkın; **Hakem Sözleşmesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000, s. 2

¹⁰ Yavuz Alangoya; **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, s. 9

¹¹ Taşkın; 2000, s. VII

1) Roma Hukukunda Tahkimin Niteliği

Kıta Avrupası hukuklarının temelini oluşturan Roma Hukuku'nun daha ilk devirlerinde tahkim, bir uyuşmazlık çözme mekanizması olarak görülmüştür. Hatta 'Roma Usul Hukuku'nun başlangıçtaki ilk basamağını hususi bir tahkim yargılamasının teşkil ettiği' ileri sürülmüştür. Roma hukukunun ilk devirlerinde yargının menşinde tahkimin bulunduğunu kabul etmeyen yazarlar da tahkimin bu hukukta bir yargı olarak mevcut olduğunu belirtmişlerdir.¹²

Roma hukukunun daha sonraki devrelerinde tahkim, devlet yargılamasının bir ikamesi olarak kabul edilmiştir. "Hakem mahkemesi de devlet mahkemelerinde olduğu gibi taraflar arasındaki ihtilafı bir hükümlle halledecektir."¹³ Hakem hükmü ile hâkimin hükmü arasında sadece her iki tür hükmün icrası bakımından bir fark olduğu kabul edilmiş; bunun haricinde iki hüküm de birbirine paralel ve yargısal nitelikte görülmüştür.

Sonuç olarak tahkim, Roma hukukunda yargının bir çeşidi olarak ve alternatif bir yargı yolu şeklinde benimsenmiş, hakemin verdiği hükmün **yargı kararı niteliğinde** olduğu kabul edilmiştir.

2) Alman ve İsviçre Hukuklarında Tahkim

Bu hukukların kökenini de Roma Hukuku oluşturmakla birlikte, tahkim bu hukuklara Roma Hukuku'ndan farklı bir nitelikle geçmiştir.

"Tahkim artık Roma hukukunda olduğu gibi normal yargılama yanında mevcut bir ikame yargılama niteliğinde değildir."¹⁴

Tahkimde yapılan bir uzlaştırma faaliyetinden ibarettir. Dolayısıyla da hakem yargısal bir kararla ihtilafı çözümlenecek olmayıp, sadece taraflar arasında sulhü sağlamakla yetinecektir. Böylece taraflar arasındaki uyuşmazlık yargısal bir kararla değil, barışçı yollarla ve anlaşmayla sona erecektir.

Görüldüğü gibi tahkim Alman ve İsviçre hukuklarına Roma hukukundaki gibi yargısal nitelikte bir faaliyet olarak intikal etmemiş; akdî yönünün ağır bastığı kabul edilmiştir. Böylece tahkim sözleşmesi, bu hukuk sistemlerinde **özel hukuk sözleşmesi** niteliğinde kabul edilmiştir.

¹² Alangoya; 1973, s. 9-10 ve orada anılan yazarlar.

¹³ Alangoya; 1973, s. 10-11, dn. 12

¹⁴ Alangoya; 1973, s. 12

3) Fransız Hukukunda Tahkimin Kökeni

Tahkim, Alman – İsviçre hukuklarından farklı olarak Fransız hukukuna tamamen Roma Hukuku'ndaki niteliğiyle geçmiştir.

Fransız devriminin ardından 1789 yılında, devlet kurumlarına duyulan tepkinin bir sonucu olarak diğer hukuksal kurumlar yanında tahkim de kaldırıldı. “Ancak 24 Ağustos 1790 tarihli Adlî Teşkilat Hakkındaki Kanun'un birinci maddesi ile getirilen düzenlemede tahkim ihtilafların çözüme kavuşturulmasında en uygun yol olarak benimsendi. Bu benimseme o tarihteki devlet kurumlarına karşı halkın tepkisinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.”¹⁵

Sonuçta bu tür düzenlemelerin de etkisiyle halkın ihtilafların çözümünde hakem mahkemelerine başvuru sayısında büyük artış olmuş ve müessesenin önemi mübalağalı bir şekilde yükseltilmiştir.¹⁶

Öğretide, tahkimin Fransız hukukuna da Roma hukukunda kabul edilen niteliğiyle yani bir **yargısal faaliyet** olarak intikal ettiği görüşü savunulmaktadır. Nitekim 1510 tarihli bir Ordonance ile (sur la reformation de la justice) hakem mahkemelerinin ihtilafların **hükmen** halli hususunda bir yol olduğunun kabul edilmiş olması da bu görüşü doğrular niteliktedir.¹⁷

4) Osmanlı – İslam Hukukunda Tahkim Kurumu

Osmanlı Devletinde tahkimle ilgili ilk düzenlemeler batı kökenlidir. Bu hukukta tahkimi ilk olarak kabul eden kanun, Fransız Ticaret Kanunu'nun kısmen değiştirilerek iktibas edilmesi suretiyle oluşturulan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'tir. Kanun 40. ve 52. maddeleri arasında tahkimle ilgili düzenlemeler getirmektedir. Bu kanunun ardından çeşitli hukuki metinlerde de tahkime yer verilmiştir. Örneğin 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'nda, deniz sigorta mukavelelerinde, bundan doğacak ihtilafların mümeyyizler (hakemler) vasıtasıyla halledilebileceğine ilişkin bir şart konabileceğine dair bir düzenlemeye yer verilmiştir.¹⁸

¹⁵ Kemal Dayınlarlı; **HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1997, s. 6

¹⁶ Alangoya; 1973, s. 14

¹⁷ Alangoya, 1973, s. 14 (dn. 12 ve orada anılan yazarlar.)

¹⁸ Rasih Yeğengil; **Tahkim (L'arbitrage)**, İstanbul, 1974, s. 77

Batı kökenli bu düzenlemeler dışında kaynağını İslam hukukunda bulan metinlerde de tahkime yer verilmiştir. Örneğin, Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir kurul tarafından yaklaşık sekiz yılda hazırlanan ‘Mecelle-i Ahkamı Adliye’nin, usul hukukuyla ilgili olan ‘Kitab-ül Kaza’ kısmında yer alan 1790. maddesinde, “Tahkim hasmeynin (tarafların) husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hakim ittihaz etmelerinden ibarettir.” ifadesi yer almaktadır.

Kanun’un 1841-1851. maddeleri arasında da tahkim usulü düzenlenmiştir. Mecelle’nin 1790. maddesinde hakem bir **hakim olarak** mütalaa edilmiştir. Bu ifade öğretilerde ‘hakemin Mecelle’de, yalnızca ifade olarak hakim gibi mütalaa edildiği¹⁹ şeklinde yorumlanabildiği gibi; ‘hakemlerin hakimlerden sadece ‘tarafı sultaniden mansup’ olmamaları dolayısıyla ayrılabilceği²⁰ de ileri sürülmektedir.

Mecelle’nin 1850. maddesinde tarafların hakemlere sulh olma yetkisini de verebileceklerinin ifade edilmiş olması karşısında Mecelle’de hakemin faaliyetinin yargısal nitelikte kabul edilmiş olduğu sonucuna varılabileceği de iddia edilmektedir.²¹

“Görüldüğü gibi Mecelle, hakim ve hakem arasında ‘nasp’ ların ortaya çıkardığı farklar dışında bir ayırım yapmamış, hakemi de **hakim olarak** mütalaa etmiştir. Yani Mecelle’ye göre de hakem bir yargı sonucunda bir hükümle taraflar arasındaki ihtilafı halledecektir.”²²

Öğretilerde ileri sürülen buna benzer görüşlere dayanarak, tahkim kurumunun Osmanlı Devletinde Roma Hukuku’na uygun olarak ve **yargısal nitelikte** kabul edildiği sonucuna varılabilir.

II) Tahkimin Konusu

İnsanların toplu halde yaşamaya başlamalarıyla birlikte bireyler arasında toplumsal yaşamın çeşitli alanlarıyla ilgili uyuşmazlıkların çıkması kaçınılmaz olmuştur. Devletin kurulup sağlam bir hukuki yapıya kavuşmasının ardından “tüzel kişi” kavramı toplumsal yaşama dahil olmuş ve ilk tüzel kişi olan devletin kuruluşunu hukuk düzenlerinin izin verdiği ölçüde kamu hukuku ve özel hukuk tüzel

¹⁹ Taşkın; 2000, s. 2

²⁰ Alangoya; 1973, s. 15

²¹ Alangoya; 1973, s. 15

²² Alangoya; 1973, s. 15

kişilerinin oluşturulması izlemiştir. Böylece uyuşmazlıkların bireylerle tüzel kişiler arasında da çıkabilmesi imkan dahiline girmiştir.

Hiç şüphesiz bireyler arasında çıkan uyuşmazlıklarla, bireyler ve tüzel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklar nitelik olarak çok farklı olabilecektir. Bu durum son derece tabiidir; çünkü aradaki sosyal ilişkiler de zorunlu olarak çok farklıdır. Genellikle gerçek kişiler arasında aile hukuku, şahsın hukuku ve borçlar hukuku ile ilgili uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Buna karşılık gerek gerçek ve tüzel kişiler arasında, gerekse tüzel kişilerin kendi aralarında çıkan uyuşmazlıklarda ticarî uyuşmazlıklar ilk sırayı almaktadır.

Tahkimin konusu ile ilgili olarak sorulabilecek ilk soru her türlü ihtilaf hakkında tahkime gidilebilip, gidilemeyeceğidir. Teorik olarak böyle bir şey mümkünse de özellikle devletin bir kurum olarak ortaya çıkmasıyla birlikte yargı tekeline de zamanla ele almaya başladığı görülmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak da hukuk düzenlerince hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın her türlü uyuşmazlık hakkında tahkime gidilebilmesi devletin sahip olduğu egemenlik hak ve yetkisine ve sağlamakla yükümlü olduğu kamu düzenine aykırı görülmüş; tahkimin konusunu teşkil edebilecek ihtilaflar da genellikle buna benzer gerekçelere dayanılarak ve kanunla sınırlanmıştır. Türk hukukunda da durum aynı şekildedir.

Tahkim konusu Türk hukukunda bir çok hukuki düzenlemenin konusunu teşkil etmektedir. Bu düzenlemeler içinde 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu” (HUMK) Cumhuriyet sonrası Türk hukukunda tahkime yer veren ilk kanun olması nedeniyle öncelikle incelenecektir.

HUMK'nın ‘Tahkim’ başlıklı sekizinci babında yer alan 518. maddede, “Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.”²³ denilmek suretiyle tahkimle çözülecek uyuşmazlık konularına sınırlama getirilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığına göre sadece çözümü tarafların iradesine de tabi olabilen ve çekişmeli yargının konusunu teşkil eden ticarî ve benzeri meselelerde tahkime gidilebilir.

“Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için (özellikle sulh yolu ile) serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek

²³ Saim Üstündağ, Yavuz Alangoya; **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 3. b., İstanbul, 1996, s. 281

olmaksızın geçerli ise o uyuşmazlık hakkında tahkim yapılabilir.”²⁴

Buna karşılık “iki tarafın iradesine tabi olmayan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim mümkün değildir. Örneğin boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz.”²⁵

Aynı yazar tahkime konu olabilecek uyuşmazlıklar olarak misal kabilinden ‘alacak, menkul ve gayrimenkul mal davaları ile iş uyuşmazlıkları’²⁶ nı zikretmekte ise de Türk hukuku bakımından, Türkiye’deki gayrimenkul mallar hakkında kanun hükmü gereği tahkime gidilemeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin 4. fıkrasında da bu husus açıkça ifade edilmiştir:

“Bu kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.”²⁶

Nitekim Yargıtay da MK’nın 633. maddesi ile ilgili bir kararında, “Tapu Sicil Nizamnamesi’nin 19. ve Tapu Kanunu’nun 26 ve 27. maddeleri uyarınca, tapu kayıtlarında vuku bulan intikallerin yalnızca tapu memur ve muhafızları önünde yapılan beyanlar veya mahkeme kararı ile gerçekleşebileceği”nin kabul edilmiş olması nedeniyle, gayrimenkullerle ilgili mülkiyet ve sair aynı hak uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesine izin vermemektedir.”²⁷

Belirtilenlerin dışında kamu düzeni ölçütü de tahkimin konusunu sınırlamak amacıyla kullanılmaktadır. Bu nedenle de kamuyu ilgilendiren suç ve ceza hukuku ile ilgili konularda da tahkime gitmek mümkün değildir.

Bizi asıl ilgilendiren konu ise idare hukuku alanında tahkimin geçerli olup olmadığıdır. Bu konu ile ilgili olarak Anayasa’da ve ilgili mevzuatta değişiklik yapılmadan öncesine kadar doktrindeki ağırlıklı görüş ‘idare hukukunda tahkimin caiz olmadığı’ şeklindeydi.

Bilindiği gibi özel hukuk ilişkilerinde tarafların eşitliği söz konusudur. İdare hukuku alanında ise taraflar arasında eşitlik değil; tabiiyet (bağımlılık) ilişkisi söz

²⁴ Kuru; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 4, 4. b., Ankara: Sevinç Matbaası, 1984, s. 4003

²⁵ Emek; 1999/3, s. 4

²⁶ R.G., T. 05.07.2001, S. 24453

²⁷ Yar. 15. HD., 19.02.1985, T. 1726-4538 Sayılı Karar

konusu olup, bu da ilişkinin taraflarından biri olan idarenin üstünlüğü anlamına gelmektedir. Ayrıca idare bütün işlem ve eylemlerinde kamu yararını gözetmek zorundadır. Tahkimde ise taraflar eşit olup, verilen kararlar tarafların eşit değerdeki iradelerinin ifadesidir; dolayısıyla kararlar verilirken kamu yararının gözetilmesi söz konusu değildir. Bu durum idare hukukunun tahkime müsait olmamasının nedenlerinden biri olarak kabul edilmektedir.

Aksi görüşü savunan yazarlardan Sayın Şanlı'ya göre ise: "İdari sözleşmelerden; hususen Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Anayasa'nın 155. ve İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 2/1-c maddelerine göre idari yargının kapsamında olması, tahkime mani bir durum değildir...Tahkim adli yargı kadar idari yargı alanında da –tarafların sözleşmesine dayalı olarak- alternatif bir ihtilaf çözme usulüdür. Yeter ki ihtilaf, hukukun emredici kuralları çerçevesinde tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin olsun. Doktrinde ileri sürülen karşı görüşlere rağmen uygulamada, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda tahkim kabul edilmiştir."²⁸

Tahkimin yalnızca iki tarafın arzusuna tabi uyuşmazlıklarda mümkün olduğu gerçeğinden hareket eden Sayın Kuru'ya göre ise "İdari yargıya giren uyuşmazlıklar, nasıl tarafların anlaşması ile adliye mahkemelerinde görülemiyorsa (başka bir deyimle, nasıl yargı yolu-görev sözleşmesi geçersiz ise), idari yargıya giren uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi yapılamaz. Çünkü idari yargıya giren uyuşmazlıklar, yalnız iki tarafın arzusuna tabi olmayan uyuşmazlıklardır."²⁹

Öğretide savunulan bu ağırlıklı görüşe rağmen uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 1995 tarihli iptal kararına kadar idari sözleşmelere konan tahkim şartı geçerli sayılmış ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için idare mahkemeleri yerine hakemlerde dava açılabilmiştir.³⁰

İlgili AYM kararı ile idari yargı alanında tahkimin mümkün olmadığının kabul edilmesinin ardından, Danıştay da idari sözleşmelere konan tahkim şartını sözleşme

²⁸ Cemal Şanlı; "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", **AVRASYA GÜNLERİ - Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 18-19 Haziran 1998, s. 132-133

²⁹ Kuru; 1991, s. 4003

³⁰ Kuru; 1991, s. 3998

metninden çıkarmaya başlamıştır.³¹

Mahkeme kararları ile yatırımlarının önü kesilen hükümet, öğretide bu duruma çözüm bulabilmek için en son çare olarak gösterileni yapmış ve idare hukuku alanında yer alan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yanında milli veya milletlerarası tahkim yoluyla da halline imkan veren bir dizi anayasa ve yasa değişikliğini gerçekleştirmiştir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda halen idari yargıya dahil bazı uyuşmazlıklar da milli ve milletlerarası tahkimin konusunu teşkil edebilmektedir.

III) Tahkim Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği

Tahkim sözleşmesinin hukuksal niteliği hakkında doktrinde başlıca üç görüş ileri sürülmüştür: Bunlar; maddi hukuk sözleşmesi görüşü, usul hukuku sözleşmesi görüşü ve karma (muhtelit) görüştür.

1) Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre tahkim sözleşmesiyle taraflar hakeme kendi yerlerine karar almak üzere bir temsil yetkisi vermektedirler. Dolayısıyla da tahkim sözleşmesinin, taraflarca hakemlere verilen özel bir vekalet niteliğinde olduğu ve hakemlerin buna dayanarak verdikleri kararın; tarafların kendi aralarında yaptıkları sulh akdine benzediği söylenebilecektir.³²

Maddi hukuk sözleşmesi görüşünü savunanlar, tahkim sözleşmesinin, meydana geliş, uygulanış ve hükümleri bakımından tamamiyle Borçlar Hukuku kurallarına tabi olduğunu³³ dolayısıyla da maddi hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu iddia etmektedirler.

Hakemliğe ilişkin hükümlerin Borçlar Kanunu'nda değil de Usul

³¹ Konu ile ilgili AYM ve Danıştay kararlarına ileride ayrıntılı olarak değinilmiştir. (Bkz.: s. 81 vd.)

³² Yakup Yurtseven; "Milletlerarası Hakemlikte Uyuşmazlığın Esasına Tatbik Edilecek Klasik Hukuk Kaidesi" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1986), s. 9

³³ Saim Üstündağ; "Yabancı Hakem Kararı Kavramı", **II. Tahkim Haftası - Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 25-26 Kasım 1983, s. 6, dn. 3, (Ayrıca bkz: Vahit Polatkan; "Türk Hukukunda Tahkim Usulü", **Yaklaşım (Aylık Dergi)**, Sayı 94, Ekim-2000)

Kanunu'nda (HUMK) yer almış olmasının, aslında hususi (özel) hukukta yer almak üzere ihdas olunan hakemlik kurumunun niteliğini değiştirmeyeceği³⁴ şeklindeki görüş şöyle gerekçelendirilmektedir:

“Diyebiliriz ki Prosedür hukukunun buradaki hükmü tamamen özel mahiyettedir, yani bu hukuk mucibince taraflara, Devlet mahkemelerine başvurmadan çekinebilmek, ihtilaflarını hususi sıfatı haiz fertler önünde tespit ettirebilmek salâhiyeti tanınmıştır. Böyle bir yetki âkitlere, bir amme hukuku tasarrufu, bir kanun, hatta Usul Kanunu tarafından bahşedilmiş olabilir. Fakat bu yetkiyi bir kez ihraz ettikten sonra tarafların aralarında tesis ettikleri rabıta hangi nevidense mahiyeti de ona göre tayin edilmek lazımdır.” şeklinde görüş belirten yazar, “Nasıl ki özel hukuk alanında amme menfaatlerine müteallik bulunan bir çok kaidelere rastlanıyor ve bu kaideler özel hukukun belli kısımlarını birer amme hukuku cüz'ü mahiyetine çevirebilme istidadını gösterebiliyorsa prosedür hukuku alanında da hususi menfaatlere taalluk eden ve daha ziyade fertlerin serbest tanzimine bırakılan münasebetler de vardır ki tahkimi bu münasebetler arasında zikretmek mümkündür.”³⁵ diyerek, tahkimin maddi hukuk sözleşmesi olduğu şeklindeki görüşünü gerekçelendirmeye çalışmaktadır.

2) Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşteki yazarlar ise tahkim sözleşmesinin devlet mahkemesine giden yolu kapadığı (tahkim definin dermeyanı sureti ile) ve hakem mahkemesinin yetkisini tesis ettiği gerekçesi ile, ayrıca tahkimin HUMK'da düzenlenmiş olmasına da dayanarak tahkim sözleşmesinin bir 'usul hukuku sözleşmesi' niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler.

Bu görüşün taraftarları; hakemlik sözleşmesinin niteliğini tayin için 'asıl etkilerinin hangi hukuk alanında doğduğuna' bakmak gerekeceğini ileri sürmekte ve görüşlerini, hakemlik sözleşmesinin en önemli etkisini devlet mahkemesinin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini (tahkim defi ile) kaldırmak suretiyle usul hukukunda meydana getirmesine³⁶ dayandırmaktadırlar.

³⁴ Yurtseven; 1986, s. 9-10

³⁵ Rabi Koral; İç Hukukumuzda Tahkim, Hukuk Fakültesi Mecmuasının Cilt XIII, Sayı 3, 1947 nüshasından ayrı bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 4

³⁶ Bkz. Yurtseven; 1986, s. 13-14 ve Üstündağ; 1983, s. 6, dn. 3

3) Karma (Muhtelit) Görüş

Tahkim sözleşmesinde hem usul hukuku ve hem de maddi hukuk unsurlarının bir arada bulunduğundan hareket eden bir görüştür. Kendi içinde ikiye ayrılan bu görüşün taraftarlarının bir kısmına göre, tahkimde maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin unsurlar bir arada bulunmakta ise de tahkimin temeli akittir ve akdin neticeleri kendini ağırlıklı olarak usul hukuku alanında gösterir.

Diğer kısımda yer alan görüş sahipleri de tahkimin temelinde bir akit bulunduğunu kabul etmekle birlikte, tahkimdeki yargısal niteliğin kamusal değil özel bir yargı niteliğinde olduğunu; dolayısıyla da tahkimin neticelerini esas olarak usul hukukunda değil maddi hukukta göstereceğini ileri sürmektedirler.³⁷

Yukarıda (tarihçe kısmında) tahkim kurumunun çeşitli hukuk sistemlerinde hangi hukuki nitelikte kabul edildiğine değinilmiş ve tahkimin bazı hukuk düzenlerinde yargısal (usul hukuku görüşü), bazı hukuk düzenlerinde ise sulh fonksiyonu nedeniyle sözleşmesel nitelikte (maddi hukuk görüşü) kabul edildiği ifade edilmişti.

Sonuç olarak, tahkimin genellikle usul kanunlarında düzenlenmiş olması ve yargısal bir fonksiyonun ifadesi olması nedeniyle usulî bir yönünün olduğu açık olmakla birlikte; akdi bir temelden kaynaklanması ve varlığını tarafların iradelerinden alıyor olması nedeniyle maddi hukuka ilişkin bir yönü de ihtiva ettiğinin kabulü bir zorunluluktur.

Hukuksal nitelik, hakem kararının tenfiz yönteminin ve aşağıda değinildiği üzere milliyetinin belirlenmesi bakımından büyük öneme sahiptir. Tahkim sözleşmesinin bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilir ve bu şekilde nitelendirilirse, o takdirde yabancı bir hakem kararı Türkiye’de Türk hakem kararı gibi uygulanacak, infaz edilecektir. Buna karşılık bir Usul Hukuku sözleşmesi olduğu kabul edildiği takdirde, yabancı bir hakem kararının Türkiye’de icra edilebilmesi için yetkili Türk mahkemesince tenfizine karar verilmiş olması gerekecektir. Dolayısıyla görüldüğü gibi tümüyle farklı sonuçlar doğmaktadır.³⁸

Esasen tahkimin hukuksal niteliğini saptamaya yönelik bütün bu görüşlerin günümüzde fazla bir önemi kalmamıştır. Şöyle ki, milletlerarası hakem kararlarının

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yurtseven; 1986, s. 12

³⁸ Ziya Akıncı; “Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, C. 1, s. 114

ne şekilde tenfiz edileceğinin henüz bir açıklığa kavuşturulamadığı dönemlerde hakem kararının **niteliğinden** hareket edilerek kararın tenfiz usulü saptanmaya çalışılıyordu. Yani, hakem kararlarının hukuki niteliği yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizinde uygulanacak usulü tayin ediyordu.³⁹

“Bugün artık gerek ikili ve çok taraflı andlaşmalar ve gerekse MÖHUK karşısında (m. 43 vd.) yabancı hakem kararının icrası hukuki bir temele oturtulduğuna göre, bunların nasıl icra edileceğinin henüz düzenlenmemiş olduğu dönemlerde yapılan hukuki nitelik değerlendirmeleri yolu ile, bu konuda elverişli bir sonuca varma çabalarına artık gerek kalmamaktadır.”⁴⁰

Bilindiği gibi MÖHUK’un kabulünden önce Türk hukukunda milletlerarası hakem kararlarının tenfizi konusunda bir hüküm yoktu. HUMK’nın 516-536. maddeleri arasında sadece milli hakem kararlarının tenfizi düzenlenmişti. MÖHUK’un kabulü ile birlikte milletlerarası hakem kararlarının tenfiz şartları belirlenmiştir. Dolayısıyla da artık yabancı bir hakem kararının tenfiz usulünü tespit etmek için, hukuki niteliğinin tespitine lüzum kalmamıştır.

IV) Yabancı – Ulusal – Uluslararası Tahkim Kavramları

1) Ulusal – Yabancı Hakem Kararı Ayırımı

Türk hukuku bakımından hakem kararlarının tenfizi HUMK ve MÖHUK tarafından düzenlenmiştir. HUMK, tenfizi yalnızca Türk hakem kararları bakımından düzenlemiştir. MÖHUK’ta (m. 43) ise yabancı hakem kararlarının tenfizinden bahsedilmiş, ancak ‘yabancı hakem kararı’ kavramının tanımı yapılmamıştır.

Doktrinde hakem kararlarının ne zaman milli veya yabancı hakem kararı sayılacağı, hatta hakem kararlarının yerli, milli, yabancı, milletlerarası şeklindeki isimlendirmelerinden hangilerinin uygun düşeceği konularında uzun tartışmalar yapılmıştır.

Hakem kararlarının milliyetinin tespiti bir çok bakımdan önem taşır:

- Türk hukuku gibi hakem kararlarının milli olup olmamasının tenfiz rejiminde farklılığa neden olduğu hukuk düzenlerinde, hakem kararının tenfiz usulünü belirleyebilmek için milliyetinin veya en azından milli hakem kararı olup

³⁹ Aysel Çelikel; **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Basım – Yayımlar - Dağıtım A.Ş., 5. (Tıpkı) Bası, 1997, s. 380

⁴⁰ Üstündağ; 1983, s. 6, dn. 3

olmadığının tespiti bir zorunluluktur. Karar, eğer milli hakem kararı ise HUMK'ya göre; aksi halde MÖhuk'a –ICSID hükümleri saklı kalmak üzere- göre tenfiz edilecektir. Dolayısıyla da kararın milliyeti, tenfiz usulü açısından büyük öneme sahiptir.

- Yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından MÖHUK'un 44. maddesinin ikinci fıkrasının yollamada bulunduğu aynı Kanun'un 38. maddesine göre 'yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için kararın hukukuna tabi olduğu devlet ile Türkiye arasında yabancı hakem kararlarının tenfizini mümkün kılan hukuki veya fiili bir karşılıklı muamelenin bulunması şarttır.' Bunun belirlenebilmesi ise kararın milliyetinin tespitini gerektirmektedir.

Burada hemen şunu ifade edelim ki çok sayıda devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin tenfizle ilgili düzenlemeleri hakem kararlarının tenfizinde karşılıklılık (mütekabiliyet) olup olmadığının tespiti için kararın milliyetinin saptanması zaruretine son verdiği gibi, ülkemizin de tarafı olduğu Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon (ICSID)'un 54. maddesinde yer alan "Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir." şeklindeki ifade nedeniyle, Türkiye ile ICSID'a taraf olan diğer ülkeler arasında hakem kararlarının tenfizi için mütekabiliyetin aranmasına lüzum kalmamıştır. Esasen sözleşme hükümleri çerçevesinde buna imkan da yoktur.

- Hakem kararlarında milliyet tespitinin önemi MÖHUK'un 45. maddesinin (-i) bendinden de anlaşılmaktadır. Bu bende göre yabancı bir hakem kararının tenfizi için, o kararın tâbi olduğu hukuka göre kesinleşmiş olması şarttır. Kararın tâbi olduğu hukukun tespiti ise milliyetinin belirlenmesini gerektirir.

Görüldüğü gibi hakem kararlarının tenfizi için milliyetin saptanması bir çok bakımdan önem taşımaktadır. Fakat yukarıda da değindiğimiz gibi tenfizle ilgili düzenleme getiren gerek iki ve gerekse çok taraflı antlaşmalar -günümüzde özellikle tahkimle ilgili çok taraflı antlaşmalara katılımın büyük bir yoğunluk kazandığı da düşünülecek olursa- hakem kararlarında milliyetin aranmasına lüzum bırakmamaktadır. Son olarak MÖHUK'un 1. maddesi ile uluslararası sözleşme hükümlerinin saklı tutulduğunu belirtmekle yetinelim.

Hakem kararlarında milliyetin önemine değindikten sonra milli hakem kararlarıyla milli olmayan hakem kararlarının ne şekilde ayrılabilmesine ve ne şekilde isimlendirilebileceklerine dair doktrinde yaşanan tartışmalara ve uygulamadaki duruma kısaca bakılabilir.

Tahkimin milli, yabancı ve milletlerarası niteliğinin tayini, tâbi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi açısından büyük öneme sahiptir. Doktrinde milli tahkim yerine ‘mahalli’, ‘yerli’ ve ‘iç tahkim’ kavramları da kullanılmakta ve tahkimin ne zaman yerli, mahalli ya da milli; ne zaman yabancı ya da milletlerarası nitelikte olacağı hususu tartışmalara neden olmaktadır.⁴¹

Türk hukukunda MÖHUK’un 1982 yılında yürürlüğe girmesine kadar ‘yabancı hakem kararı’ kavramına yer veren bir hukuki düzenleme mevcut değildi. Bu dönemde hakem kararlarının yabancılık vasfının tayininde çeşitli ölçütlerden yararlanıldığı gibi; yabancı hakem kararlarının tenfiziyle ilgili bir düzenleme mevcut olmadığı için bir hakem kararının yabancı olduğu saptandıktan sonra tenfizin hangi usule göre olacağı da tahkimin hukuki niteliği konusundaki nitelendirmelere göre belirleniyordu.

Tenfiz konusuna yukarıda değinildi. Yabancı hakem kararı kavramının Türk hukukunda pozitif bir metinde tanımlanmadan önce hangi ölçütlere dayanılarak belirlendiğine değinmekte yarar vardır.

Öğretide, hakem kararlarında yabancılığın tayininde, hakemlikte uygulanan usul hukukunun, kararın verildiği ülkenin, hakemlerin milliyetinin, tarafların milliyeti gibi hususların ölçüt olarak kullanılabileceği ifade edilmişse de, bunlardan sadece ilk ikisi öğreti ve uygulamada kabul görmüştür.

Bu ölçütlerden hakemlerin milliyeti, hakem kararlarına yabancılık niteliği vermekte kullanılamaz. Çünkü, mevzuatımızda aksine hüküm bulunmadığına göre hakemler aynı milliyetten olabilecekleri gibi farklı milliyetlerden de olabilirler. Bu ise içinden çıkılmaz hukuki sorunların doğmasına neden olabileceğinden ölçütün uygulamaya elverişli olmadığını gösterir.

Aynı şeyler tarafların milliyetine dayanarak hakem kararlarına yabancılığın izafe edilmesi esasına dayanan ölçüt için de söylenebilir. “Hakemlik ilişkisinin taraflarının

⁴¹ Selçuk Öztekin; “İç Hukukta Tahkim”, AVRASYA GÜNLERİ-Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel), Alkım Yayınevi, İstanbul, 18-19 Haziran 1998, s. 110

tabiyeti(nin), hakem kararlarının yabancılık niteliğine bir etkisi olmaz. Çünkü taraflar tabiyetsiz olabilir, farklı tabiyette olabilir, çifte tabiyete sahip olabilirler. Ayrıca tarafların tabiyetini tesbitte uygulanan yasalar çatışması kuralları her hukuk sisteminde farklıdır. İşte bu sebepler yüzünden hakemlik ilişkisinin taraflarının tabiyeti hakem kararlarına yabancılık unsuru izafe edebilecek nitelikte bulunmamıştır.”⁴² Dolayısıyla yalnızca ilk iki ölçüt uygulamaya yansıtılabilecek nitelikte görüldüğünden kısaca açıklamakta fayda vardır.

A) Otorite Kanunu Kriteri

İrade serbestisi ilkesine dayanan bu kritere göre tarafların iradeleriyle seçtikleri ve hakemlik faaliyeti esnasında uygulanan **usul kanunu** yabancılığın tespitinde esas alınacaktır. “Buna göre, yabancı bir devletin usul kanunu uygulanarak verilen kararlar yabancı hakem kararıdır.”⁴³ “Uygulanmış olan usul kanununun hangisi olduğu belirlenemiyorsa taraf iradelerinin yorumu yoluna gidilebilir.”⁴⁴

Yargıtay’ın da önceleri bu kriteri uygulayarak yabancılık vasfını tayin ettiği kararları vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.11.1951 tarih ve 109 sayılı kararında, hakem kararının milliyetini tayinde ‘kararın verilmesinde uygulanan hukukun’ etkili olacağını şu şekilde ifade etmiştir:

“...tahkimnamenin ve esas mukavelenin tabi olduğu yer bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olunabileceğine ve bir hakem kararı **yabancı bir kanun otoritesi altında** verilmiş ise o karar yabancı hakem kararı sayılabileceğine...”⁴⁵ Görüldüğü gibi karar bu kriterin etkisi altında verilmiştir.

B) Mekan Kriteri

Doktrinde ve uygulamada toprak esası⁴⁶ veya mülkilik teorisi⁴⁷ olarak da

⁴² Yurtseven; 1986, s. 29

⁴³ Ergin Nomer, Nurseli Gelgel, Nuray Ekşi; **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., 2000, s. 3

⁴⁴ Yurtseven; 1986, s. 28

⁴⁵ Aysel Çelikel, Ergin Nomer; **Devletler Hususi Hukuku**, 6. b., İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., 1997, s. 221, Rabi Koral; **Yabancı Kanunlara Tebean Verilen Hakem Kararlarının Türkiye’de İcrası**, İ.H.F.M., C. XVII, 1951, s. 184

⁴⁶ Nomer, Gelgel, Ekşi; 2000, s. 3

⁴⁷ Üstündağ; 1983, s. 5

isimlendirilen bu teoriye göre, ‘yabancı bir ülkede verilen hakem kararı, yabancı hakem kararıdır.’ Görüldüğü gibi bu ölçüt, hakem kararının verildiği yere göre yabancılık vasfını tayin etmektedir.

Yargıtay 15. HD.’nin 10.3.1976 tarih ve 76-1052 sayılı kararında “...İsviçre’nin Lozan şehrinde toplanan, orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararın Yargıtay’ın devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetimine tabi tutulması olanaksızdır. Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararı yabancı hakem kararı olarak nitelermek gerekir.”⁴⁸ demek suretiyle hakem kararının, verildiği ülkenin milliyetini taşıyacağı ifade edilmiştir.

Hemen şunu da ilave edelim ki, Yargıtay 11. HD. tarafından 28.11.1978’de verilen bir kararda “... davada dayanılan hakem kararı yabancı bir kanunun (İngiliz Kanunu) otoritesi altında verilmiş ve Türk kanunlarına atıf yapılmamış olduğundan yabancı hakem kararı olduğunu kabul zorunludur.”⁴⁹ denmesi **mekan kanunu** ölçütünün terk edilip tekrar **otorite kanunu** ölçütüne dönüldüğünü göstermektedir.

Yukarıda belirtilen bütün ölçütlere ek olarak bazı hukuki düzenlemelerde ve mahkeme kararlarında tek bir ölçüt ile yetinilmeyip, milliyetin tespitinde birden fazla ölçütün bir arada kullanıldığı da görülmektedir.

Birden fazla kritere yer veren hukuki düzenlemelere örnek olarak ülkemizin de taraf olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi’ni gösterebiliriz. Bu sözleşmenin 1. maddesindeki “İşbu sözleşme, gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, tanıma ve icra talebinin dermeyan edildiği ülkeden **başka bir devlet ülkesinde verilen** hakem kararlarının tanınmasına ve icrasına uygulanır.”⁵⁰ şeklindeki ifade **mekan kriterinin** kabul edildiğini düşündürmekteyse de, aynı sözleşmenin tanıma ve tenfiz şartlarını düzenleyen 5. maddesinin (a) bendinde geçen “...sözleşmenin taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunduğu...” ve yine 5. maddenin (d) bendinde geçen “Hakem mahkemesinin teşekkülünün veya

⁴⁸ Rabi Koral; **Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi**, İstanbul, 1976, s. 5 vd.

⁴⁹ Kuru; 1984, s. 4128

⁵⁰ **MTO Tahkim Rehberi** (Milletlerarası Ticari İhtilafları Önleme ve Çözme Hakkında), ICC Yayını, 1986, s. 154

tahkim usulünün, tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde tahkimin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığı ...” şeklindeki ifadeler sözleşmenin uygulama alanında birden fazla ölçüte yer verildiğini göstermektedir.

Birden fazla ölçüte yer veren mahkeme kararlarına örnek olarak ise Yargıtay’ın bazı uygulamalarını gösterebiliriz. “Yargıtay genellikle usul hukuku kriterine eğilim göstermektedir; ancak, mekan kriterine öncelik veren kararları olduğu gibi, bazı hallerde tek bir kıstasa yer vermediği, usul hukuku kriteri ile -çok kere tali olarak, tahkim usulüne Türk hukukunun uygulanıp uygulanmadığının tespit edilemediği durumlar için- tahkim prosedürünün cereyan ettiği yer (mekan) kriterini birlikte uyguladığı da görülmektedir.”⁵¹

Hakem kararlarının milliyetinin tespit edilmesi zorunluluğunun nedenleri kısaca izah edildi. Esasen bütün bu görüşlerin ve uygulamaya da akseden ölçütlerin, günümüzde tahkim hukukunun gelişim seyri dikkate alındığında fazla bir öneminin kalmadığı, hatta gelişim bu hızla devam ettiği takdirde yakın gelecekte bir hiç düzeyinde kalacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Nitekim iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler dünyayı küçük bir köy haline getirdiği gibi, küreselleşmeyle bağlantılı oluşumlar ve devletlerarasında ekonomik konularla ilgili olarak yapılan uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla bütün dünya küçük bir ekonomik ortak pazar olma yolundadır. Tahkim hukuku alanında yapılan çalışmalar, özellikle iç hukukların bir örnekştirilmesi konusu etrafında yoğunlaşmaktadır.

“Bugünkü hukuk sistemlerinin genel sözleşme ve muhakeme hukukunun hakem yargısı için esas teşkil eden problemleri çerçevesindeki farklılığından ötürü, bu alanda yaklaşan (muhtelif ülke hukuklarını ahenkli hale getiren) hukuk birliğinin tesisine dahi ulaşmak mümkün değildir. Nitekim bu gerçeği antlaşmalara konan mahfuziyet kayıtlarının çokluğu açıkça ortaya koymaktadır.”⁵²

Yaklaşık yirmi yıl önce dile getirilen bu görüşler, gerek tahkim hukuku gibi devletlerin egemenlik haklarıyla yakından ilgili ve bu nedenle de çok zor taviz verilebilen bir konuda kısa sayılabilecek bir sürede meydana gelen olumlu değişikliklerin daha iyi anlaşılmasını sağlaması ve gerekse de tahkim hukuku alanında iç hukukların uyumlulaştırılmasının önemini ifade etmesi bakımından dikkate değerdir. Yakın geçmişte böyle bir gelişmeye ihtimal dahi verilmezken

⁵¹ Öztekin; 1998, s. 110

⁵² Üstündağ; 1983, s. 18

günümüzde çok sayıda devletin katıldığı uluslararası sözleşmeler vasıtasıyla devletlerin tahkimle ilgili iç hukuk düzenlemeleri süratle bir örnekleşmeye doğru gitmektedir.

Devletler, tahkim konusundaki iç hukuk düzenlemelerini konu ile ilgili uluslararası sözleşmeleri iç hukuklarına aynen veya küçük değişikliklerle ictibas etmek suretiyle vücuda getirmeye başlamışlardır. Şüphesiz bu durum iç hukukların uyumlulaştırılmasında çok büyük bir öneme sahip olduğu gibi, tenfizde milliyetin tespiti zorunluluğunu da ortadan kaldıracı olumlu bir gelişmedir. Burada, MÖHUK'un da New York Sözleşmesi'nden geniş ölçüde yararlanılmak suretiyle oluşturulduğu belirtilmelidir.

2) Ulusal – Uluslararası Tahkim Ayırımı

Bu görüş taraftarları hakem kararlarında uyrukluğu esas almanın doğru olmadığı düşüncesinden hareketle hakem kararlarının, milli – yabancı şeklinde değil, milli – milletlerarası hakem kararları şeklinde ayrılması gerektiğini ileri sürmektedirler.

“ ... hakemlikte dikkatlerden uzak tutulmaması gereken cihet bunun menşeye itibariyle ister maddi ister usuli mahiyette telakki edilsin akti bir münasebete dayandığı, iki tarafa akdi esaslar dairesinde haklar ve vecibeler yüklediği netice olarak da hakemliğe ilmen ‘milliyet’ izafesinin doğru olmadığı keyfiyettir...nasıl ki diğer milletlerarası hukuka tabi akitler için, ‘bu bir Fransız alım satımıdır veya İtalyan yahut da Türk nakliye mukavelesi veya Alman sigorta aktidir’ denmemiş ise aynı şekilde hakemlikle ilgili mukaveleler ve bu mukavelelere dayanılarak verilen hakem kararları için, ‘bunlar şu veya bu millete mensup hukuki muamelelerdir’ denmesinin doğru olmadığı, çünkü bunların **tarafsız** hukuki işlemler olduğu öne sürülmüştür.”⁵³

“Demek oluyor ki, yabancı bir kanuna teb’an verilmiş bir hakem kararında mündemiç bulunan yabancılık unsuru tahkime amme hukuku mahiyetini izafeye mesnet teşkil edemeyeceği gibi, haddizatında yabancı **hakem kararlarından değil**

⁵³ Brachet; *De l’execution internationales des sentences arbitrales*, Paris, 1928, s. 11 (Rabi Koral; “Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı”, **II. Tahkim Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler-Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 22-23’ten naklen)

de yabancı kanun hükümlerine teb'an verilmiş hakem kararlarından bahsedilmesi hukukun icaplarına daha uygun bulunan bir keyfiyettir.”⁵⁴

Hakem kararlarına milliyet izafesinin doğru olmadığı şeklindeki görüş şu gerekçelerle de desteklenmeye çalışılmıştır. Türk kanununun otoritesi altında verilen bir karar Türkiye'ye göre milli sayılabilir. Ancak aynı karar diğer bütün hukuklara göre yabancıdır. Aksi de düşünülebilir. Fransız kanununun otoritesi altında verilmiş bir hakem kararı bize göre yabancı fakat Fransa'ya göre milli bir hakem kararıdır. Görüldüğü gibi bu yönden düşünülürse millilik ve yabancılık kavramlarının izafi terimler olduğu ve mutlak hakikati belirtmekten uzak olduğu sonucuna varılabilecektir.

Yazar, açıklanan sakıncaları dikkate almak şartıyla eskiden beri kullanılagelen hatta pratik faydaları da bulunan bu gibi deyimlerin, örneğin Fransız hakem kararı deyimine Fransız kanununun otoritesi altında verilen hakem kararı anlamı verilerek kullanılmasında bir sakınca görmediğini ifade etmektedir. “Nitekim gerek 1958 tarihli New York anlaşması gerekse 20.5.1982 tarih ve 2675 sayılı kanunumuz ‘yabancı hakem kararı’ terimini kullanmış bulunmaktadır.”⁵⁵

Hakemliğin irade kanununa değil yer (mahâl) kanununa tâbi olduğunu (mekan kriteri) savunanlar da hakem kararı teriminden, şahıslar için olduğu gibi yabancı bir devletin vatandaşı olan hakem kararı değil, yabancı bir memleket arazisinde verilen hakem kararı mefhumunu ifade etmek istediklerinden; bu teorinin de hakem kararına milliyet izafesine yönelik bir teori olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁶

Milliyeti tayin konusunda her ülkede aynı ölçütün mevcut olduğu esastan hareket eden yukarıdaki görüşlerin, bu hususta memleketlerin değişik kriterler kullanabilecekleri düşünüldüğünde haklılığı daha kolay anlaşılacaktır. Mesela bir hukuk sisteminde iradenin bağımsızlığı ölçütünün uygulanması neticesinde milli olarak nitelendirilen bir hakem kararı, başka hukuk sisteminde mekan ölçütünün tatbiki neticesinde o memleketin hakem kararı sayılabilir. Dolayısıyla farklı milliyet ölçütlerinin uygulanması halinde aynı hakem kararının farklı hukuk sistemlerince farklı milliyetlere mensup olduğunun kabul edilmesi gibi garip durumlarla

⁵⁴ Rabi Koral; **Yabancı Kanunlara Teb'an Verilen Hakem Kararının Türkiye'de İcrası**, İ.H.F.M. Cilt XVII, S. 1-2'den Ayrı Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1951, s. 34

⁵⁵ Rabi Koral; 1983/1, s. 23, dn. 10

⁵⁶ Brachet; 1928, s. 10 (Koral; 1951, s. 24'ten naklen)

karşılaşılabilecektir.” Hatta işi birden fazla (çeşitli) memleketlerin hukuk sistemine göre telakki ettiğimiz taktirde aynı hakem kararının birden fazla milliyete tabi tutulduğuna ve bazen tersine, aynı hakem kararının hiçbir millete izafe edilmemesi dolayısıyla adeta vatansız olduğuna rastlayabiliriz.”⁵⁷

Hakemliğin milli – yabancı kriterine göre ayırma tutulmasına karşı ileri sürülen son bir sakınca olarak da, yabancılık kriterine göre ayırt edilmeye çalışılan hakem kararlarının yabancı – milli kararlar mı, yoksa yabancı – milletlerarası kararlar mı olduğu hususunun açıklanmaya muhtaç bulunduğu keyfiyeti gösterilmektedir.

“Gerçekten eğer bir hakemliğin bütün unsurları tek bir hukuk nizamına tabi ise mesela Fransa’da ikametgahı bulunan iki Fransız arasında, Fransa’da akdedilen bir alım satımdan dolayı Fransız hakem mahkemesinin Fransız usul hükümlerine göre verdiği bir kararın Türkiye’de tenfizi bahis konusu olursa bu durumda yabancı – milli bir hakem kararı karşısında bulunduğumuz söylenmektedir.

Bunun aksine eğer bir hakemlikte o hakemliği husule getiren unsurlar kısmen veya tamamen ayrı hukuk nizamlarına tabi iseler bu taktirde yabancı – milli bir hakemlik münasebeti değil, yabancı – milletlerarası bir hakemlik karşısında olduğumuzu söyleyebiliriz.”⁵⁸

Nitekim bu görüşü savunanlara göre; İtalya’da akdedilen bir alım-satım akdi dolayısıyla Türkiye’de bir İsviçreli tacir ile bir Fransız taciri arasında cereyan eden ve esas mukavelesi İtalyan kanununa tabi, başkanı İsveçli olan bir hakem mahkemesi huzurunda cereyan eden bir hakemlik için bunun muayyen bir milliyete tabi bir hakemlik olduğu söylenemediği cihetle bu hakemlik neticesinde verilen hakem kararının *yabancı* bir hakem kararı değil milletlerarası bir hakem kararı olduğu neticesine varmak gereklidir.⁵⁹

Görüldüğü gibi bu görüşteki yazarlar yukarıda sıralanan sebeplerle ve benzer başka sebeplere de dayanarak hakem kararlarına milliyet izafe etmenin doğru

⁵⁷ Fragistas; *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé Rev. crit. De droit int privé*, 1960, I, S.1, s. 5-6 ve Fouchard, *L’arbitrage Commercial International*, Paris, 1965, s. 16-17 ve 19 (Koral; 1951, s. 24’ten naklen)

⁵⁸ Koral; 1951, s. 24, 25

⁵⁹ Fouchard; 1965, s. 16-17, René David; *Arbitrage international–Arbitrage étranger*, Sonderdruck aus der festchrift für Hans G. Ficker, 1964, Frankfurt, s. 123 (Koral; 1951, s. 25’ten naklen)

olmadığını, dolayısıyla da sakıncalı bulunan milli – yabancı hakem kararı ayırımı yerine milli – milletlerarası hakemlik ayırımının daha isabetli olacağını ifade etmişlerdir.

Bu görüşe muhalif kalan Sayın Üstündağ'a göre ise:

“Sadece yabancı hakem kararı vardır. Buna karşılık milletlerarası hakem kararı diye bir şey mevcut değildir. Zira her hakem kararı, hukuki bağlayıcılığını sadece muayyen bir milli hukuktan alır. Bir devletler üstü özel ya da usul hukuku nizamının eksikliğinden ötürü, bir hakem kararı bağlayıcılığını devletler üstü ve devletler dışı hukuktan almaz. Buna karşılık milli hukuk nizamlarından büyük ölçüde çözülmüş uluslararası hakem kararlarının mevcut bulunduğu -bu söylenenlere rağmen- iddia edilmektedir.”⁶⁰ Yazar görüşünü desteklemek için milletlerarası antlaşmaların da daima köklerini herhangi bir milli hukukta bulan hakem kararlarından hareket ederek düzenleme getirdiklerini iddia etmektedir.

Diğer yandan hakem kararlarının milli – yabancı yerine milli – milletlerarası şeklinde ayırma tabi tutulması ve **milletlerarası nitelikte** hakem kararlarının varlığının kabul edilmesi halinde Türk hukukunda milletlerarası hakem kararlarının tenfiz edilemeyeceği de iddia edilmiştir. Bu görüşe göre:

“...MÖHUK hakem kararlarının tanınması ve tenfizi şartlarını yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartlarına tabi kılmıştır.

Burada ise mütekabiliyet (karşılıklılık) arandığı için milletlerarası nitelikteki hakem kararlarının tenfizi mümkün olamayacaktır. Çünkü burada mütekabiliyetin bulunup bulunmadığı tesbit edilemeyecektir. Mütekabiliyetin bulunup bulunmadığını tespit için ise bu tür kararlara bir milliyet izafesi mümkün değildir. Çünkü hangi kıstaslar uygulanarak milliyet izafe edilecektir, işte bu tür kıstasları tespit mümkün olmadığından uluslararası nitelikteki kararların tenfizi çok güç hatta olanaksız olacaktır.”⁶¹

Öncelikle şunu ifade edelim ki ulusal üstü bir hukuk düzeni oluşturma çabaları uluslararası antlaşmalar yoluyla ve iç hukukların bir örnekleştirilmesi suretiyle son hızla devam etmekteyse de, henüz tam olarak ulusal üstü bir tahkim hukuku oluşturulabilmiş değildir. Dolayısıyla da devletlerin milletlerarası tahkimle ilgili iç hukuk düzenlemeleri halen çeşitli farklılıklar arz edebilmektedir.

⁶⁰ Üstündağ; 1983, s. 3, dn. 1

⁶¹ Yurtseven; 1986, s. 34

Karşılıklılık (Mütakabiliyet) şartı gerek milli kanunlarda ve iki taraflı yatırım sözleşmelerinde gerekse çekince dermeyanı suretiyle çok taraflı tahkim anlaşmalarında varlığını muhafaza etmektedir. Bu nedenle hakem kararları için ulusal üstü anlamına da gelebilecek olan 'milletlerarası hakem kararı' yerine, 'yabancı hakem kararı' ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır. Halen uygulamada önemini muhafaza eden mütakabiliyet şartının uygulanabilirliğinin devamı için hakem kararlarında milliyetin tespiti zorunlu olduğuna göre bunun tespiti için de hakem kararlarının milletlerarası değil, bir milliyete mensubiyetini ifade edecek şekilde '**yabancı hakem kararı**' olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır.

Nitekim MÖHUK'un 43. maddesinin başlığında milletlerarası değil yabancı hakem kararlarının tenfizinden bahsedilmiş olması da yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle isabetli olmuştur.

Ancak 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe giren '4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda **yabancı hakem kararı** ibaresine yer verilmemiş, bunun yerine kanunun 2. maddesinde yabancılık unsurundan bahsedilmiş ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların, milletlerarası nitelik taşıyacağı ifade edilmiştir.

Kanun'un 2. maddesine göre yabancılık unsurunun varsayılacağı haller şunlardır:

"Madde 2- Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

Asıl sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından

sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”⁶²

Kanun ayrıca 2. maddesinin son fıkrasıyla ‘Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim’ konusunu düzenleyen 4501 sayılı Kanun hükümlerini de saklı tutmuştur.

UNCITRAL Kanun Örneği’nin 1. maddesinin 3. fıkrasında yer alan benzer bir tanım karşısında milletlerarası tahkimin, yabancılık unsuru taşıyan tahkimden farklı olduğunu savunan görüşe mensup bazı yazarlar, milletlerarası tahkim kavramı altında bir hakem kararının mutlaka belirli bir devletle ilişkilendirilmesi gereğinin ortadan kalktığını, diğer bir ifadeyle ‘hakem kararının milliyeti’ diye adlandırabileceğimiz hususun ortadan kalkmış olması nedeniyle hakem kararının milliyetini araştırmak gerekmeyeceğinden kararın tenfiz aşamasında da ‘karşılıklılık’ koşulunun aranmayacağını, “milletlerarası tahkim kavramının, yabancı tahkim kavramından farkı, bu kavram altında bir tahkim davasının veya hakem kararının mutlaka belirli bir devletle ilişkilendirilmesi (Türk hakem kararı, Alman hakem kararı, Fransız hakem kararı vs.) gereğini, hakem kararının milliyeti diye isimlendirebileceğimiz bu ilişkinin çeşitli hukuki sonuçları ile birlikte, ortadan kaldırmasıdır. Bu ayırımın önemli sonuçlarından bir tanesi, milletlerarası hakem kararlarının tenfizinde karşılıklılık koşulunun aranmamasıdır.”⁶³ diyerek dile getirmektedirler.

Türk hukukunda 4686 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte bu Kanun’un 2. maddesi gereğince, MÖHUK’ta yer alan milli - yabancı hakem kararları ayırımının yerini milli-milletlerarası hakem kararları ayırımının aldığı söylenebilirse de, -taraf olunan milletlerarası antlaşma hükümleri saklı kalmak üzere- milletlerarası hakem kararlarında karşılıklılık şartının aranmayacağı iddia edilemez. Çünkü MÖHUK’un ‘karşılıklılık’ şartını düzenleyen 38. maddesi ilga edilmiş değildir.

⁶² R.G., T. 05.07.2001, S. 24453

⁶³ Mahmut Birsal, Ali Cem Budak; “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum, Bildiriler – Tartışmalar)**, 11 Nisan 1997, s. 207

V) TAHKİMİN ÇEŞİTLERİ

“Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması...”⁶⁴ şeklinde tanımlanan tahkim kavramı çeşitli ölçütlere göre tasnif edilmektedir.

1) Kamusal Tahkim – Özel Tahkim

Kamu kurum ve kuruluşları arasında gerçekleştirilen ve tarafların iradesinin söz konusu olmaması nedeniyle ‘mecburi tahkim’ olarak da nitelendirilen tahkim türü ‘kamusal tahkim’ olarak isimlendirilir. Bu tahkim türünde tahkim prosedürüne ilişkin bütün konular kamu otoritesince düzenlenir. 3533 ve 3836 sayılı Kanun hükümleri gereğince kamu kurumları arasında cereyan eden tahkim kamusal tahkime örnektir.

Bireyler arasında veya bireylerle özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişileri arasında söz konusu olan tahkim türü ise ‘özel tahkim’dir. Tahkimin bu türüne taraflar kendi istekleriyle başvurup, usule ilişkin bütün hususları da kendileri belirleyebildiklerinden ‘ihtiyari tahkim’ de denmektedir. İhtiyari tahkime kamusal makamların müdahalesi –tenfiz (icra) safhası dışında– söz konusu değildir.

2) Süreli Tahkim – Süresiz Tahkim

Taraflar arasındaki ihtilafın çözümü için bir sürenin öngörüldüğü tahkim, ‘süreli tahkim’dir. İç hukuk bakımından tahkimin süresini düzenleyen HUMK’nın 529. maddesine göre “Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hüküm vermeğe mecburdurlar.”⁶⁵ Ancak sürenin usulüne göre uzatılması mümkündür.

Milletlerarası Tahkim Kanunu (4686 sayılı Kanun) da konuyu milletlerarası hakem kararları bakımından düzenlemiştir:

“Madde 10 –B) Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.”

Bu kanuna göre de sürenin uzatılması mümkündür. Sürenin amacı, süresi içinde ihtilafın hallini sağlamak, sürenin dolmasıyla hakemlerin görevinin

⁶⁴ Baki Kuru; *Hukuk Muhakemeleri El Kitabı*, İstanbul, 1995, s. 1068

⁶⁵ Üstündağ, Alangoya; 1996, s. 284

sona erdiğini tespit etmek veya sürenin uzatılması taleplerinin yapılabilmesini sağlamaktır.

3) Tek Dereceli Tahkim – İki Dereceli Tahkim

Uyuşmazlık hakkında hakem veya hakemlerin verdiği karar kesin olup bu karar aleyhine bir üst mercie itiraz edilemiyor veya iptal talebinde bulunulamıyorsa tahkim tek derecelidir. 3813 sayılı Türk Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'da yer alan 'Tahkim Kurulu'yla, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda yer alan 'Yüksek Hakem Kurulu'nun kararları kesin olduğundan, tek dereceli tahkime örnek teşkil ederler.

“Uyuşmazlıklarda başvuru tahkim heyetince verilen kararlara itiraz hakkının tanınması ve itiraz üzerine ikinci bir üst tahkim heyetince veya resmi yargı makamınca karar verilebilmesi durumlarında iki dereceli tahkim söz konusu olmaktadır.”⁶⁶

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 'Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu' başlıklı 15. maddesinde 'hakem kararlarına karşı iptal davası açılabilmesinin' ifade edilmiş olması, iki dereceli tahkimi çağrıştırmaktaysa da, burada da hakem kararları verildiği anda kesin ve icrai kabiliyete sahip olup, kararın itiraz üzerine bir üst makamca incelenmesi söz konusu değildir. Ayrıca iptal talebinde bulunulmasının kararın yürürlüğü üzerinde bir etkisi de yoktur. Dolayısıyla '4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenen tahkim yöntemi de tek derecelidir.

4) Kesin Tahkim – Tanıma ve Tenfiz Kararını Gerektiren Tahkim

Hakem kararı verildiği anda kesin ve icrai kabiliyete sahipse, yani kararın yerine getirilebilmesi için ayrıca bir tanıma-tenfiz kararı alınması gerekmiyorsa kesin tahkim söz konusudur.

ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesinde geçen “Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir.” şeklindeki ifade, ICSID tahkiminde verilen hakem kararlarının kesin nitelikte olacağını göstermektedir. Dolayısıyla ICSID tahkimi

⁶⁶ Ahmet Aldemir; “Tahkim Özelleştirme ve Anayasa Değişikliği (1)”, *Yerel Yönetim ve Denetim (Aylık Dergi)*, C. 4, S. 11, Kasım 1999, s. 38

çerçevesinde verilen hakem kararları, nasıl devletlerin mahkemelerinin nihai kararları tanıma ve tenfize lüzum olmaksızın yerine getiriliyorsa, aynı şekilde üye devlet ülkesinde yerine getirilecektir.

“Şayet verilen karar borçlunun ülke mahkemelerince tenfiz-infaz edilebilmesi yolunda karar verilmesini gerektiriyorsa, tenfize bağlı tahkimden bahsedilir.”⁶⁷

Bu tahkim türüne de ICC tahkimi örnek gösterilebilir. “ICC tahkiminde tarafların iradesiyle bu tahkim tercih edildiğinden taraflar için karar kesindir ancak borçlu ve aleyhine hüküm verilen tarafın ülkesinde kararın icrası, daha doğru bir ifadeyle cebri icrası için ülke mahkemesinden tenfiz-infaz kararı alınması gerekmektedir.”⁶⁸

5) Kurumsal Tahkim – Ad Hoc Tahkim

Uygulamada tahkim, ‘kurumsal tahkim’ ve ‘ad hoc tahkim’ olmak üzere iki şekilde işlemektedir.⁶⁹ Kurumsal tahkimde tahkim usulüne uygulanacak kurallar önceden düzenleyici işlemlerle belirlenmiştir. Bu tür tahkimde kurallar uyuşmazlık çıkmadan belirlenmiş olduğu için taraf iradelerinin tahkim prosedürü üzerinde fazla bir etkisi söz konusu olmamaktadır.

Kurumsal tahkimde Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) gibi uluslararası tahkim kurumları ile bazı ülkelerin ticaret odaları hakemlik hizmeti vermektedir.

“Ülkemizde de İstanbul ve İzmir Ticaret Odaları ve TOBB, kurumsal tahkim hizmeti vermektedir. Bu kurumlar, tahkimin nasıl yapılacağına dair kurallara sahip olup, özellikle tebligat ve diğer sekreteryaya hizmetlerinin yanı sıra hakemlerin seçimi, süre uzatımının gerekip gerekmediği, hakemlerin istifası veya reddi gibi bazı önemli konularda tahkimin işleyişine katkıda bulunurlar. Uyuşmazlığın kurumsal tahkimde çözülmesi durumunda, hakem ücretinin yanı sıra, başvuru tahkim kurumuna belirli bir miktar idari ücret ödenir.”⁷⁰

Kurumsal olmayan (ad hoc) tahkimde ise kurumsallaşma söz konusu olmayıp sadece münferit uyuşmazlığı çözmek için görevlendirilen hakem veya hakemler

⁶⁷ Aldemir; 1999, s. 39

⁶⁸ Aldemir; 1999, s. 41

⁶⁹ Kurumsal tahkim ile ad hoc tahkim arasındaki farklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz : Cemal Şanlı; **Milletlerarası Ticari Tahkim**, İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., 1998, s. 72-96

⁷⁰ Akıncı; 2000, C.1, s. 108

vardır. Tahkim prosedürünü yöneten bir kurum ve sekreteryanın olmaması nedeniyle 'şahıs tahkimi' diye de adlandırılan bu tahkim türünde tarafların her konuda geniş bir seçim hakları vardır. Hakemin veya hakem heyetinin görevi uyuşmazlığın çözümlenmesi ile sona ermekte olup kurumsal tahkimde olduğu gibi aynı tür uyuşmazlıklar hakkında devamlı olarak vazife ifası yükümlülüğü söz konusu değildir. "...Ulusal tahkimde yalnız tarafları ilgilendiren konularda, örneğin ticari anlaşmazlıklarda tahkime gidildiğinde şahıs tahkimi uygulanmaktadır."⁷¹

İleride uluslararası tahkim kurumları ve tahkimle ilgili sözleşmeler incelenirken bu konuya tekrar dönülecektir.

6) Ulusal Tahkim – Uluslararası Tahkim

Doktrinde ulusal-uluslararası tahkim yerine iç-dış tahkim kavramları da kullanılmaktadır.⁷²

Bu konuda daha önce geniş açıklama yapıldığı için tekrarında fayda görmüyor ve ilgili kısma yollama yapmakla yetiniyorum. Ancak yine de mevzuatımızda en son yapılan değişiklikler sonucunda, bir tahkimin uluslararası olarak nitelenebilmesi için 'yabancı unsur' taşınması gerektiğini ifade etmekte fayda vardır.⁷³

VI) Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yanları

'Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yanları' başlığı altında, kurumun özellikle milli mahkemeler karşısında sahip olduğu avantaj ve dezavantajlar belirtilmiştir. Aşağıda öncelikle tahkimin milli mahkemelere göre sahip olduğu üstünlüklere tespit edilebildiği kadarıyla değinilmiştir.

1) Tahkimin Olumlu Yanları

A) Bağımsızlık - Tarafsızlık

Uluslararası ticaretle uzak veya yakın ilişki içinde bulunan herkesin tahkimi tercih etmesinde en önemli etkenlerden biri de tahkimin bağımsız ve tarafsız bir yargılama kurumu olarak kabul edilmesidir.

⁷¹ Aldemir, 1999, C. 4, S. 11, s. 39

⁷² Bkz., Kemal Dayınlarlı; **Milli – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 35

⁷³ Bkz. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Madde 2

“Uyuşmazlıkların çözümünde yargı merciinin tarafsız ve bağımsız olması, taraflar bakımından vazgeçilmez bir unsurdur.”⁷⁴ Taraflar veya bir taraf uyuşmazlığı çözmekle yükümlü milli mahkemenin tarafsız ve adil bir hüküm veremeyeceğini çeşitli sebeplerle düşünebilir. “Mahkemenin kendi milliyetinden olan tarafa karşı bağımsız olamayacağı yönünde şüpheler olabilir.”⁷⁵

Gerçekten de yabancı yatırımcılar mevzuatımızda tahkime imkan veren değişiklikler yapılmadan önceki dönemde, Danıştay’ın devletle yatırımcı arasında çıkan ihtilafları çözüme yetkisini şu sözlerle eleştirmekte idiler:

“Bir yandan Şuray-ı Devlet yani devletin danışmanı, devlete danışmanlık yapıyor öbür taraftan devlet ile özel kesim arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözümlüyor. Dolayısıyla Şuray-ı Devlet ya da Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları tarafsız bir şekilde çözümlemesi konusunda endişelerimiz var.”⁷⁶

Bu sözlerde haklılık payı olduğuna şüphe yoktur. Nitekim doktrinde de ‘milli mahkemelerin daima bir devlete bağlı olmalarının teorik olarak bağımsız oldukları kabul edilse bile uygulamada bağlı oldukları devletin sosyal, siyasal ve ekonomik politikalarının etkisi altında kalmalarına neden olacağı; halbuki tahkimde tarafların, o güne kadar sergilediği tavır ve davranışlarla veya verdiği kararlarla objektifliğini ispatlamış kişileri davalarının hakimi (hakemi) olarak seçebilecekleri’⁷⁷ belirtilmek suretiyle tahkimde bağımsızlık-tarafsızlık unsurunun önemi ifade edilmeye çalışılmıştır.

B) Gizlilik

Bilindiği gibi resmi yargılamada ‘duruşmaların aleniliği’ ilkesi vardır. Yani dava ile ilgisi olsun olmasın herkes duruşmada bulunabilir. Halbuki tarafların kamuyla paylaşmak istemedikleri ticari vb. nitelikte sırları da olabilir.

⁷⁴ Cemal Şanlı - Nuray Ekşi; **Uluslararası Ticaret Hukuku**, İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., 2000, s. 74

⁷⁵ Emek; 1999/1, s. 18

⁷⁶ Metin Günday; “**Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler**”, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, 2002, s. 188

⁷⁷ Şanlı - Ekşi; 2000, s. 74, 75

Resmi yargıda tarafların talebi ve mahkemenin kararı olmadıkça kural, ‘alenilik’ tir. Hakem yargılamasında ise beklentilere uygun olarak tam tersi bir durum söz konusudur.

“Yani kamuoyu tahkim duruşmalarının dışında tutulmaktadır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, tahkim dökümanları ve tarafların ifadeleri gizli tutulmaktadır.”⁷⁸

Prosedürün sadece taraflar arasında ve sadece ilgililerin katılımıyla gerçekleşmesi neticesinde taraflara ait kişisel, ailevî, meslekî, ticarî, şirketsel sırların kamuoyuna malolması engellenmekte; böylece de resmi yargıda uygulanan aleniyet ilkesinin getirdiği sakıncalar tahkimde oluşmamaktadır.⁷⁹

C) Basitlik – Ucuzluk

Devletler mahkemelerde daha ucuz ve hızlı bir yargılama prosedürünü yerleştirmek için çeşitli reformlar yapmakta iseler de, bu tür çalışmalarda bürokratik yapının doğası gereği belirli bir noktadan ileriye gidilememektedir. Tahkim yargılamasında ise resmi yargıdaki bürokratik engellerin, zaman kaybına neden olan ek prosedürlerin (temyiz vb.), mahkemeyi ve tarafları bağlayıcı kanunların yerini sadece tarafların iradeleri almakta, bu durum da milli mahkemelere oranla tahkimin, kararların daha çabuk verilebileceği bir usul olduğu gerçeğini teyit etmektedir.

“Tahkim usulü ‘seri karara bağlama’ ve ‘gizlilik’ nedenleriyle yabancılar tarafından tercih edilmektedir.”⁸⁰

Tahkim usulünde yargılama gideri de nispeten az olmaktadır.⁸¹ Yargılamanın basit ve süratli olması, milli mahkemelere göre enflasyona da bağlı olarak parasal taleplerin aşırı değer kaybını önlemekte, taraflar için dolaylı yoldan meydana gelebilecek bir gelir kaybına da engel olmaktadır.

⁷⁸ Emek; 1999/1, s. 18 Ayrıca bkz. : <http://www.ttb.org.tr>

⁷⁹ Aldemir, 1999, s. 37

⁸⁰ Algan Hacaloğlu; Uluslararası Tahkim ile İlgili Olarak Anayasa’nın 47., 125., 155. Maddelerinde Değişiklik Öngören Yasa Tasarısı Hakkında Bilgilendirme ve Tartışma Notu, 25 Temmuz 1999, s. 7

⁸¹ Tahkimin az masraflı olduğu görüşü doktrinde tam bir kabul görmemektedir. Bkz.: Gülan; 2001, s.

D) Adalete ve Taraf İradelerine Uygunluk

Tahkim usulünde taraflar tahkimin görüleceği yer ve davaların karara bağlanması esnasında uygulanacak usul hukukunun yanı sıra uyuşmazlığın esasına tatbik edilecek maddi hukuku da kararlaştırabilmektedirler. Dolayısı ile de verilecek kararın en baştan tarafların iradelerine uygun olması sağlanmakta ve icra safhasında da taraflar yönünden herhangi bir isteksizlik söz konusu olmamaktadır.

Resmî yargılamada ise karar verme mevkiinde yer alan hakim kanunla bağlı olduğundan, kararını taraf iradeleri yerine kanuna uydurmaya gayret etmektedir. Dolayısıyla taraflar, iradelerine uygun olmayabilecek bir kararla karşılaşabilmektedirler.

Diğer yandan hakemler, ‘milli hakimlere göre uluslararası ticaretin mahiyet ve ihtiyaçları ile bağdaşmayan mahalli hukukların emredici ve kamu düzeni kuralları dışına kolayca çıkabilmekte, ihtilaf konusu ilişkinin dahil olduğu sektörlerde cari olan kural ve teamülleri ve hususen taraf anlaşmalarını kolayca uygulayarak karar verebilmektedirler. Böylece tahkimde, mahalli mahkemelere göre, uluslararası ticaretin ihtiyaç ve niteliğine, **tarafların beklentilerine ve adalet ilkelerine** çok daha uygun kararlar verebilmektedirler.’⁸²

E) Uygulanabilirlik (İcrailik)

Öğretide tahkimin taraflarca tercih edilmesinin en önemli sebebi olarak, kararlarının yüksek bir uygulama kabiliyetine sahip olması gösterilmektedir.

“Kanaatimizce, tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesinde en ciddi ve kapsamlı sebep, mahalli mahkeme kararlarına nispetle hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylıktır.”⁸³

⁸² Şanlı - Ekşi; 2000, s. 76 Yazarların tahkimde kararların adalete daha uygun olduğu yönündeki görüşleri, hakemlerin sayılan diğer hususları göz önünde bulundurmaları durumunda şüphesiz doğrudur. Fakat bilindiği gibi tahkimde taraflar diğer hususların yanında tahkime uygulanacak usul hukukunu ve maddi hukuku da tespit edebilmektedirler. Tarafların tespit ettikleri ve olayda uygulanacak bu kurallarda ise adalete ve hukuka aykırılıklar bulunabilecektir. Sonuçta hakemlerin bu kuralları uygulayarak verecekleri karar da adil olmayabilecektir. Ancak tarafların söz konusu kuralları en baştan ve serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları düşünülecek olursa, tarafların iradelerine uygun olan kararın adil olmamasına baştan rızalarını göstermiş olmaları karşısında, karardaki adaletsizliğin gerek taraflar gerekse kamu vicdanı karşısında herhangi bir yıpratıcı etkisinin olmayacağı söylenebilir.

⁸³ Şanlı - Ekşi; 2000, s. 76

Gerçekten de ihtilafın halli için uygulanan prosedür taraf iradelerine ne kadar uygun olursa olsun eğer neticede alınan kararlar icra edilemiyorsa kimse o prosedürü tercih etmez. Halbuki tahkimde bizatihi kararlara icra kabiliyeti kazandırmak için bir yığın iki ve çok taraflı sözleşme yapılmıştır.

Nitekim günümüzde, Birleşmiş Milletler tarafından yapılmış olan ve bizatihi tenfiz konusunu düzenleyen 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre 'taraf devletlerden birinde verilen hakem kararlarının, diğer taraf devlet ülkelerinde tenfizi mümkün olabilmektedir.'

Diğer yandan ileride ayrıntılı olarak değinilecek olan, Türkiye'nin 3460 sayılı Kanun'la 1988 yılında kabul ettiği ICSID Sözleşmesi'nin 54. maddesine göre de 'taraf devletler sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirmekle yükümlüdür.'

Bu gibi iki ve çok taraflı sözleşmelerin tahkim kararlarına icrailik ve tahkim prosedürüne de yaygınlık kazandırdığına şüphe yoktur.

F) Tahkimin Diğer Olumlu Yanları

Tahkimin avantajlarından biri olarak da büyük alt yapı yatırımları için daha kolay kreditor bulunması ve bunun tabii bir neticesi olarak da tüm dünyada özellikle son dönemlerde global krizin etkisiyle yükselen borçlanma maliyetlerinin, tahkimi kabul eden ülkeler için daha düşük olması gösterilmektedir.⁸⁴

2) Tahkimin Olumsuz Yanları

A) Hakemlerin Niteliği

Doktrinde, hukuk eğitimi almamış kişilerin de tahkim davasında hakem olarak uyuşmazlığı çözmeye görev alacak olması tahkimin dezavantajlarından biri olarak kabul edilmektedir.⁸⁵

Aşağıda da değinileceği gibi tahkimin her avantajı aynı zamanda bir dezavantaj; her dezavantajı da başka yönden bir avantaj teşkil edebilmektedir. Örneğin hakemlerin niteliği yönünden bu tespiti şöylece doğrulayabiliriz:

Her ne kadar hukuk eğitimi almamış kişilerin karar mevkiinde yer alabilmesi bir

⁸⁴ Nas; 2001, s. 64

⁸⁵ Aldemir; 1999, s. 36

olumsuzluk olarak görülmekteyse de, tahkime konu olan uyuşmazlıkların niteliği düşünüldüğünde bunun pek de önemli olmadığı sonucuna varılabilecektir. Çünkü tahkimde uyuşmazlığın niteliğine göre konunun uzmanlarının hakemlik yapması mümkündür. Ayrıca tarafların talebi halinde hukukçuların görev alması imkan dahilinde olduğu gibi, tahkimin bu özelliği nedeniyle mahkemelerde olduğu şekilde aynı resmi hakimin davaya bakması gibi bir olumsuzluğun da önüne geçilmekte ve ihtilafın niteliğine göre konunun uzmanı olan kişilerin hakem olarak seçilebilmesi nedeniyle söz konusu dezavantaj bir başka yönden avantaja dönüşmektedir.

B) Gizlilik

Yukarıda 'gizliliğin' tahkim davaları için olumlu bir nitelik olduğu ifade edildi ise de, gizlilik bazı durumlarda dezavantaja da dönüşebilmektedir. Şöyle ki:

"Tahkimin en önemli özelliklerinden bir tanesi gizliliktir. Hem tahkim davaları hem de sonuçlar üçüncü kişilere kapalıdır. Çok taraflı sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarda, her bir tarafın kendi arasındaki sözleşmeye göre tahkime gidildiğinde; (Birden fazla davacının ya da davalının bulunduğu benzer konulu ihtilaflarda mahkemeler yerine tahkime gidildiğinde, tarafların rızası olmaksızın davaları birleştirmek mümkün olmadığı için) dava arkadaşı sayısı kadar tahkim duruşması görülecektir. Bu ise farklı hakem davalarında farklı ve birbirine çelişik kararlar ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu çelişkili kararlar kaybeden tarafın karara itiraz etmesini gerçekleştirebilecektir."⁸⁶ Bunun ise tahkim sürecinin uzamasına neden olacağı açıktır.

Görüldüğü gibi yukarıda tahkim için bir avantaj olarak görünen 'gizlilik', bir başka yönden dezavantaja dönüşebilmektedir.

C) Masraflar ve Ek Prosedür

Her ne kadar tahkimin basit ve ucuz bir ihtilaf çözme yöntemi olduğunu ve bunun bir avantaj teşkil ettiğini ifade etmiş de olsak, az önce değinildiği gibi bazı istisnai durumlarda tahkim davalarının ayrı ayrı sonuçlandırılması hem tahkim yargılamasının prosedürünü artıracak hem de ek bir zaman ve para kaybına sebep olacaktır.

⁸⁶ Emek; 1999/1, s. 20

D) Diğer Olumsuzluklar

Bu kısımda daha çok tahkimin dolaylı dezavantajları olarak ifade edilebilecek olan bazı olumsuzluklara değinilecektir. Bunlardan biri tahkimin devletlerarası siyasi misilleme imkanını bertaraf etmesidir.

Esasen tahkim bir devletin egemenlik yetkisinden kaynaklanan hareket serbestisini elbette ortadan kaldıramaz; ancak tahkim düzenlemeleri nedeniyle uluslararası hukukun dayatacağı ağır yaptırımların yanı sıra tazminat ödeme yükümlülüğünün de doğabilecek olması fiilen devletlerin dilediği gibi hareket edebilme ve bu arada tabii ki siyasi misillemede bulunma imkanını bertaraf etmektedir.

Örneğin, ‘bir süre önce Fransız parlamentosu sözde Ermeni soykırımı ile ilgili haksız bir karar aldı. Türkiye bu karara misilleme olarak Fransız şirketleri ile yapılmış bazı ihaleleri iptal ettiği gibi, bir kısım ihalelere de Fransız şirketlerinin girmesini engelledi. Muhtemelen bu ihaleler Tahkim Kanunu TBMM’de kabul edilmeden önce yapılmış olmalıdır. Aksi halde Türkiye’nin bu ihaleleri siyasi misillemede bulunmak amacıyla ve bir politika aracı olarak iptal etmesi mümkün olmazdı.’⁸⁷

Tahkimin dolaylı dezavantajlarından bir diğeri olarak tahkimle ‘çevre, sağlık ve benzeri hakların’ korunamayacak olması hususu ifade edilmektedir.

Gerçekten de “kamu yararını ilgilendiren alanlarda idari yargının yetkilerinin uluslararası tahkim ile ikame edilmesi halinde ‘çevre, sağlık, kentli, konut ve benzeri hakları’ ihlal edilen, mağdur olan yurttaşların ‘bireysel başvuru ve yargı haklarını’ kullanabilmelerinin pratikte imkansız hale geleceği açıktır.”⁸⁸

⁸⁷ Coşkun Efendioğlu; Tahkim Varken Misilleme Kolay mı?; <http://www.bianet.org>

⁸⁸ Hacaloğlu; 1999, s. 6

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİME İLİŞKİN SÖZLEŞMELER VE TAHKİM KURUMLARI

I) Genel Olarak

Öğretide ve uygulamada konuyu ifade etmek için tam bir terim birliği sağlanabilmiş değildir. Milletlerarası ticari tahkim kavramı yerine, milletlerarası tahkim kavramı kullanılabilir. Milletlerarası tahkim kavramı esas olarak devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvuru ve aslında devletler umumi hukukunun konusuna giren bir ‘üst’ kavram izlenimi vermektedir. Bu nedenle de yanlış anlamaya müsait olan milletlerarası tahkim kavramı yerine, inceleme konumuzu daha doğru şekilde ifade eden milletlerarası ticari tahkim kavramının kullanılması isabetli olacaktır.⁸⁹

Açıklanan nedenlerle 4686 sayılı Kanun’a ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’ isminin konulması devletlerarası ihtilafların çözümü konusu ile ilgili olduğu izlenimini verdiği için uygun olmamıştır.

Milletlerarası ticari tahkim kavramında geçen ‘milletlerarası’ ibaresinin, uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığını ifade ettiği daha önce belirtildiği gibi, yabancı unsurla neyin kastedildiği de 4686 sayılı Kanun’a dayanarak önceki kısımda izah edildi. Şimdi uyuşmazlığın ticari nitelikte olmasının ne anlama geldiğine değinilecektir.

“UNCİTRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Kanunu, **ticari** terimini, akdî nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın, ticari bir mahiyet taşıyan bütün hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır.”⁹⁰ Böyle olmakla birlikte milletlerarası bir hakem kararının ne zaman ticari mahiyette sayılacağına ilişkin bir açıklamaya kanun metninde rastlanamamaktadır. Ancak Model Kanun’un 1. maddesine eklenen ve Kanun metnine dahil olan bir dipnotunda, ticari uyuşmazlıkların akdi ilişkilere ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmadığını belirtilmesinin ardından, hangi uyuşmazlıkların **ticari** sayılacağı sınırlandırıcı olmayan sayma yoluyla

⁸⁹ Nomer, Ekşi, Gelgel; 2000, s. 3-4, Emek; 1999/3, s. 4

⁹⁰ Emek; 1999/3, s. 5

belirtmiştir.⁹¹

Ticari deyimine yer vermemekle birlikte 4686 sayılı Kanun'un 4. maddesinde geçen "Tahkim anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır."⁹² şeklindeki tanım da UNCİTRAL Model Kanunu'na paralel olarak, uyuşmazlığın **akit dışı** nitelikte olmasının ticari tahkim kavramı kapsamına girmesine engel teşkil etmeyeceğini ifade ettiği şeklinde yorumlanabilir.

Sonuç olarak gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse Türk hukukunda **ticari** kavramına geniş anlam verilmekte olduğu ve mevcut bir hukuki ilişkiden kaynaklanması şartıyla akdi ve akit dışı, mevcut ve gerçekleşmesi muhtemel bütün uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde geniş yoruma tabi tutulduğu söylenebilir.

II) Milletlerarası Tahkim – Milli Egemenlik Çatışması Sorunu

Egemenliğin somut görünüm şekillerinden birisi olan uyuşmazlıkları çözme yani yargı yetkisinin, milletlerarası hakemler veya tahkim kurumlarınca kullanılacak olması nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimin egemenliğin devri sonucunu doğuracağından endişe edilmektedir.⁹³

Doktrinde milletlerarası ticari tahkime muhalif olan hukukçular bu tutumlarına gerekçe olarak, milletlerarası ticari tahkimin devletin sahip olduğu egemenlik hakkının belli oranda devri anlamına gelmesi hususunu göstermektedirler.

1982 Anayasası'nın 'Egemenlik' başlıklı 6. maddesine göre "Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir." Milletin sahip olduğu egemenlik yetkisi uluslararası alanda milleti temsil eden devlet tüzel kişiliği tarafından kullanılır. İç hukukta devlet, Milleti temsilen sahip olduğu egemenlik yetkisini Yasama, Yürütme ve Yargı organları vasıtasıyla kullanır. Devletin millet adına kullandığı egemenlik yetkisinin somut görünüm şekillerinden birini teşkil eden yargı yetkisini düzenleyen Anayasa'nın 9. maddesine göre, "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız

⁹¹ Birsal, Budak; 1997, s. 207

⁹² R.G., T. 05.07.2001, S. 24453

⁹³ Bu tür endişelerin yersizliği konusunda bkz.: Zergül Özbilgiç; "Uluslararası Antlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru", **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 69

mahkemelerce kullanılır.” Bu ana kuralın tek istisnası usul ve amaçları kanunlarımızda belirtilen tahkim yargısıdır.

Önce tahkim yanlısı görüşlere yer verelim. Bir görüşe göre yalnız tahkim yargısı için değil, genel olarak yargılama faaliyeti için milli çıkarlara aykırı veya milli çıkarlara uygun şekilde nitelendirmeler yapılamaz. Yargılamada milli çıkarların gözetilmesi söz konusu değildir. Yargılamada esas olan faaliyetin âdil olmasıdır.⁹⁴ Tahkim de **özel bir yargılama faaliyeti**⁹⁵ olduğuna göre kuralları doğru koyarsanız ulusal çıkarlara aykırı bir yönü kalmayacaktır.

Yazar, uluslararası şirketlerin devlete, tahkim yargısını kullanmak suretiyle dayatmalarda bulunabileceklerinden endişe etmeye yer olmadığını:

“Bu şirketler Türkiye devletinin kamusuna, bunu dayatacak kadar güçlülere bunu başka şekillerden, yollardan dayatırlar. Yargılama bile yapmadan alırlar bu parayı...”⁹⁶ diyerek dile getirmektedir.

Yazar, milletlerarası tahkimin adli kapitülasyonlara yol açacağı iddiasını da, ‘Kurtuluş Savaşı sonrasında, Osmanlı devleti döneminde kurulup bu devletin yıkılmasıyla Türkiye Cumhuriyeti devletine intikal eden yabancı şirketlerin millileştirme suretiyle tasfiyesi için yapılan protokollerin hepsinde tahkim şartı olduğunu, dolaylı yoldan Lozan’ı imzaladıktan sonra adli kapitülasyonlara ulaşılmadığını’ örnek göstererek çürütmektedir.

Gerçekten de devletimizin en zayıf olduğu bir dönemde ve savaş ortamında yapılan tahkim anlaşmaları adli kapitülasyonlara neden olmamışsa, günümüzde gerek askeri gerekse ekonomik yönden çok daha güçlü olan devletimiz için bu tür endişeler duyulmaması gerektiği iddia edilebilirse de, her tarihsel olgunun kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği gerçeği de gözardı edilmemelidir.

Milletlerarası ticari tahkimin egemenliğin devri anlamına gelmeyeceği görüşüne mensup olan bir başka yazar da, sorunun ‘Uluslararası tahkim’ ve ‘Uluslararası ticari tahkim’ kavramlarının birbirinin yerine kullanılmasından kaynaklandığını iddia etmekte ve “Uluslararası tahkim, iki devletin kendi arasında anlaşmazlığından kaynaklanan ihtilaflarda başvurulmuş bir yöntem ve devletler hukukunu ilgilendiren bir alandır... tahkimin egemenlik hakkının devri olduğunu iddia edenlerin

⁹⁴ Yücel Sayman; Sorular - Tartışmalar, İzmir Barosu Hukuk Kurultayı, İzmir, 2000, s. 301

⁹⁵ Bkz. 4501 Sayılı Kanun Madde 2-a

⁹⁶ Sayman; 2000, s. 301

endişelerinin bu tahkim türünde (örneğin AB yüksek mahkemesi, DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organı) yoğunlaşması gerekmektedir.” demektedir.⁹⁷

Esasen tahkimin, milli egemenliğin devri anlamına geldiği şekilde yorumlanmasının nedeni, devletin ihtilafın tarafı olması halinde karşı tarafla eşit konumda olmasıdır. Bilindiği gibi tahkim sözleşmesi özel hukuk akdi niteliğindedir. Özel hukukta hukuki ilişkinin tarafları arasında eşitlik ilişkisi vardır. Buna karşılık kamu hukuku alanında devletle hukuki ilişkinin karşı tarafı arasında tabiyet (bağımlılık) ilişkisi vardır. Dolayısıyla da devletle, ilişkinin karşı tarafını teşkil eden özel veya tüzel kişi arasındaki münasebet kamu hukuku alanına giriyorsa, devletin karşı tarafla eşitliği söz konusu olmayıp, devlet tek taraflı hukuki işlemlerde bulunma yetkisine sahiptir. İleride yer verilen yasal değişiklikler öncesinde tahkimin, tarafların eşitliğini esas alan özel hukuka tabi bir akit olduğundan, devletin kamu hukuku alanına giren dolayısıyla da karşı tarafa göre üstün konumda olmasını gerektiren sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesinin Türk hukukuna aykırı olduğu gibi; ‘devletin tek taraflı emretme kudreti’ anlamına gelen egemenlik hakkının, kamu hukukuna dahil olan sözleşmeler bakımından devri anlamına geleceğinden bu alanda tahkime gidilmesine cevaz verilemeyeceği ifade edilmiştir.

Burada önemli olan devletin yatırım sözleşmelerinin özel hukuka mı yoksa bir kamu hukuku dalı olan idare hukukuna mı girdiğinin tespitidir. Bu tespit yapılırken çeşitli ölçütlerden yararlanılır. Bu ölçütlerden biri de **kamu hizmeti** ölçütüdür.

Devletin yaptığı bir yatırım sözleşmesinin konusu kamu hizmeti niteliğindeyse o sözleşme idare hukukuna tabi olacak, dolayısıyla da devlet bu sözleşme bakımından tek taraflı emretme kudretine sahip olacağı gibi sözleşmenin karşı tarafına göre üstün bir konumda bulunacaktır. Bu nedenle de kamu hizmetiyle ilgili idari bir sözleşmeden çıkan uyuşmazlıktan dolayı, tarafların eşitliği esasına dayanan tahkime gidilmesinin, devletin tek taraflı emretme kudretinin (egemenliğinin) yargı yetkisi bakımından hakeme veya hakemlere devri anlamına geleceği, bunun ise Anayasa’nın ‘egemenliğin devredilmezliği’ ilkesine aykırı olduğu halen ileri sürülmektedir.

Görüldüğü gibi burada anahtar kavram **kamu hizmetidir**. Türk hukukunda Anayasa’da ve kanunlarda kamu hizmetinin tanımlanmamış olması nedeniyle bu konuda bir belirsizlik hasıl olmaktadır. İleride değinileceği gibi AYM, de bir yasal kamu hizmeti tanımı bulunmaması nedeniyle kendi kamu hizmeti tanımını yapmış,

⁹⁷ Emek; 1999/3, s. 4

keyfi denemese de hukuka sıkı şekilde bağılılığı ifade eden, realist olmayan, ülke gerçeklerini ve kamu hizmeti anlayışında çağın gereği olarak oluşan yeni yaklaşımları gözardı eden bir tutumla devletin yatırım sözleşmelerinde tahkime gidilmesine imkan veren yasal düzenlemeleri iptal etmiştir. İlgili AYM kararlarına ileriki kısımlarda yer verilmiştir.

III) Tahkim Konusunda Yapılan Başlıca Uluslararası Sözleşmeler

1) Cenevre Protokolü

Milletlerarası ticari tahkim alanında uluslararası düzeyde hazırlanan ilk sözleşme olarak dikkati çekmektedir.

1923 yılında kabul edilen bu protokolle, milletlerarası düzeyde yapılan tahkim antlaşmalarına geçerlilik kazandırmak ve bunları belli bir hukuki düzene oturtmak, ayrıca da söz konusu tahkim sözleşmelerinde öngörülen yaptırımların sözleşme metninde kalmamasını, uygulamaya yansıtılabilmesini sağlamak amaçlanmıştır.

2) Cenevre Sözleşmesi

Daha önce kabul edilen Cenevre protokolüyle bağlantılı olan bu sözleşmeyle, protokolün sadece tahkim kararının verildiği ülkede değil, protokole taraf olan ve ihtilafın karşı tarafını teşkil eden ülkede de uygulanmasını sağlamak amaçlanmıştır. Sözleşme 1927 tarihlidir.

3) New York Sözleşmesi

Ülkemizin de dahil olduğu bir çok ülke tarafından milletlerarası tahkimle ilgili iç hukuk düzenlemelerinin oluşturulmasında geniş ölçüde yararlanılmış olan bu sözleşme 10 Haziran 1958 tarihlidir. Yüz otuzun üzerinde ülke tarafından imzalanan sözleşmeyi ülkemiz, 20.5.1991'de yürürlüğe giren 3731 sayılı Kanun'la onaylamıştır.

Ülkemiz bu sözleşmeye, sözleşmenin 1. maddesinin 3. paragrafına uygun olarak bir çekince koymuştur. Buna göre:

“Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmenin 1. ve 3. paragraflarına uygun olarak, sözleşmeyi sadece ‘karşılıklılık’ esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; ayrıca sözleşmeyi yalnız akdi ve akit dışı hukuki münasebetlerden

kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre 'ticari' mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan eder.”

“NY (New York) Sözleşmesi, âkit devletlerin geçerli tahkim anlaşmalarını uygulamalarını istemekte, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için çok daha açık kurallar getirmektedir. Sözleşme hakem kararlarının uygulanmasını isteyen tarafın kararın uygulanması için gerekli koşulların yerine getirildiğini ispat etmesini isteyen Cenevre Protokolü ve Sözleşmesi'nin kurallarını tersine çevirerek; kararın tenfizi ve tanınmasına direnen tarafın, gerekçelerini sunması ve ispat etmesi gerektiği yönünde hüküm getirmiştir (m. 5).”⁹⁸

BM himayesinde oluşturulan sözleşme, Cenevre Protokolü ve Cenevre Sözleşmesi'nin yerini almakta ve bunların en büyük olumsuzluklarından biri olan hakem kararının uygulanması için gereken şartların sağlandığını ispat yükünü kararın infazını isteyen karşı tarafa bırakmak suretiyle tahkim kararlarının etkili bir şekilde yerine getirilmesini önleyici düzenlemelerini devre dışı bırakarak, tahkim kararlarının etkin şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kararın tanınması ve tenfiziyle ilgili düzenlemeler getirmektedir.

Halen milletlerarası ticari tahkim alanında hakem kararlarının tanınma ve tenfiziyle ilgili en geniş üye ağına sahip olan sözleşmedir.

4) Avrupa Sözleşmesi

BM Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun desteğiyle 21.04.1961'de oluşturulmuştur. Türkiye tarafından 21.5.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun⁹⁹ ile onaylanarak iç hukuka intikal ettirilen bu sözleşme özellikle, milletlerarası tahkimin işleyişi ile ilgili kurallar öngörmekte, milletlerarası ticaret alanındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak verilecek hakem kararlarının tenfiziyle ilgili hükümler içermemekte ve bu konuyu New York Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine bırakmaktadır. Bu nedenle de Avrupa Sözleşmesi'nin, New York Sözleşmesi'ni tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁰

Bu sözleşmeyle öncelikle Doğu-Batı ticaretinin geliştirilmesi amaçlanmış, bu amaca uygun olarak da tahkim prosedürü, New York Sözleşmesi'nden daha geniş

⁹⁸ Emek; 1999/1, s. 21

⁹⁹ R.G., T. 23.09.1991, S. 21000

¹⁰⁰ Ziya Akıncı; Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, 1991, s. 101

şekilde düzenlenmiştir. Nitekim hakem kararlarının sadece tanınması ve tenfizi safhalarını düzenleyen New York Sözleşmesi'nin aksine Avrupa Sözleşmesi'nin, taraflar arasındaki tahkim şartı veya anlaşmasına istinaden hakemlerin ihtilafa el koymalarından, kararın verildiği safhaya kadarki kısmını düzenlemekte olması da bunun bir göstergesidir.¹⁰¹

5) Washington Sözleşmesi (ICSID)

BM bünyesinde oluşturulan New York Sözleşmesi'nin ardından 1965 yılında Dünya Bankası nezdinde yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü sağlamak amacıyla, ICSID Sözleşmesi adıyla da anılan sözleşme Washington'da imzalanmıştır. İnceleme konumuzla yakından ilgili olması nedeniyle ileriki kısımda üzerinde en fazla durulmuş olan da bu sözleşmedir.

Ülkemiz tarafından 27.5.1988 tarih ve 3460 sayılı Kanun'la onaylanarak yürürlüğe konulan bu sözleşme ile Dünya Bankası bünyesinde 'Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez' adıyla bir milletlerarası tahkim kurumu oluşturulmuştur.

Sözleşmeyle amaçlanan, bir âkit ülke yatırımcısı ile diğer bir âkit ülke arasında çıkan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesini sağlamaktır. Sözleşmenin 54. maddesi ile, ilgili tahkim kurumu tarafından verilen kararların bağlayıcı olacağının ifade edilmesi ve sözleşme tarafı devletlere sözleşmeye uygun olarak alınmış olan her kararı kabul etme ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirme yükümlülüğünün getirilmiş olması sözleşmenin etkinliğini artırıcı hususlardır.

Türkiye Sözleşme'yi onayladığı 3460 sayılı Kanun'la sözleşmeye bazı çekinceler de koymuştur. Buna göre:

- "Yabancı sermayeyle ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID'a götürülebilmesi,

- Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısıyla Türkiye'de bulunan gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID'a

¹⁰¹ Cemal Şanlı, "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", **Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, BATİDER Yayınları, Ankara, 1990, s. 3

götürülmemesi,

- Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer ülkelerle imzalayacağı "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına" ilişkin münferit ikili antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesi'nin 64. maddesine rezerv konulması" kaydıyla ICSID Sözleşmesi onaylanmıştır.

Milletlerarası ticari tahkim alanında genel kabul görmüş olmaları nedeniyle yer verdiğimiz yukarıdaki sözleşmeler dışında, Moskova Sözleşmesi (1972) ve Panama Sözleşmesi (1975) de dikkati çeken diğer milletlerarası sözleşmelerdir.

IV) İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları (YKKTA)

1) Genel Olarak

Yukarıda sözü geçen bütün bu sözleşmelerin ortak özelliği çok taraflı olmaları, birden fazla devletin katılımına açık olmalarıdır. Türkiye çok taraflı sözleşmelere taraf olmasının dışında 60'ın üzerinde devletle "iki taraflı karşılıklı yatırımların korunması ve teşviki amaçlı anlaşma" (YKKTA) imzalamış ve bunların büyük bir kısmı TBMM tarafından onaylanarak uygun bulunmuştur. Bu sözleşmelerin 1999 yılı sonu itibariyle 40 tanesi yürürlüğe konmuştur.

YKKTA'nın gündeme gelmesinin nedeni olarak, özellikle bazı devletler için büyük bir yıkıma neden olan II. Dünya Savaşı sonrasında, gelişmekte olan ülkelerin, gelişmiş ve sermaye ihraç eden ülkelerin teknolojik birikimlerine, organizasyon becerilerine ve dolayısıyla sermayelerine olan ihtiyaçları gösterilmektedir.¹⁰²

Bu iki taraflı sözleşmelerde, 'sözleşme tarafı devletlerden biri ile diğer taraf devletin bir yatırımcısı arasında çıkan yatırım uyuşmazlıklarının ICSID (her iki tarafın da Washington Sözleşmesi'nin tarafı olması halinde), Milletlerarası Tahkim Divanı (ICC) veya UNCİTRAL Tahkim Kuralları'na uygun olarak çözüme bağlanacağı' ifade edilmiştir.

"Esasında çok taraflı tahkim antlaşmaları uluslararası hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde daha büyük bir öneme sahiptir. Ancak bu gerçek, iki taraflı antlaşmaları daha az önemli kılmamaktadır. New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülkede yatırım yapılması durumunda iki taraflı antlaşmalar daha da önem

¹⁰² Emek, 1999/1, s. 24

kazanmaktadır.”¹⁰³

İki taraflı yatırım antlaşmalarında öngörülen tahkim mekanizmasının işleyişi duruma göre iki farklı şekilde gerçekleşmektedir:

A) Bir Taraf Devletle Diğer Taraf Devletin Yatırımcısı Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar

İkili, bölgesel veya çok taraflı antlaşmalarda öngörülen, tahkim mekanizmasının bir işleyiş şeklidir. Uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle karşılıklı görüşmeler yoluyla ve iyi niyet çerçevesinde uzlaşma ortamının oluşturulmasını esas almaktadır. Taraflar arasında iyi niyet görüşmeleri çerçevesinde bir uzlaşma sağlanamadığı takdirde tahkim yoluna gidilmektedir.

Bazı iki taraflı yatırım anlaşmalarında ICSID’da olduğu gibi, verilen hakem kararlarının uyuşmazlığın her iki tarafı için de kesin ve bağlayıcı olacağı, taraf devletlerin hakem kararlarını iç hukuklarına uygun olarak yerine getirecekleri hükme bağlanabilmektedir.

Antlaşmalarda uzlaşma sağlanamaması halinde gidilecek tahkim kurum ve mekanizmaları ile uygulanması kararlaştırılan tahkim kuralları farklılık gösterebilmekle birlikte genellikle üç tahkim mekanizması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bunlar:

-Her iki sözleşme tarafı devletin de Washington Sözleşmesi’ne taraf olması halinde ICSID,

-Milletlerarası Tahkim Divanı (ICC) veya

-Her iki devletin BM üyesi olması şartıyla, UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre oluşturulacak bir hakem heyetidir.

ICSID’in diğer iki tahkim mekanizmasından özellikle, verilen hakem kararlarının yerine getirilmesi bakımından farkı vardır. Şöyle ki, ICSID tahkimine göre uyuşmazlık çözümlendiği takdirde ICSID’ı kuran Washington Sözleşmesi’nin tenfizle ilgili hükümleri verilen hakem kararının tenfize de uygulanır.

Dolayısıyla da hakem kararının yabancı yatırımcı lehine verilmiş olması halinde, kararda ödenmesine karar verilen miktar, New York Sözleşmesi’ne göre tenfiz talebinde bulunulmasına gerek olmaksızın, Türkiye Cumhuriyeti Hazinesi tarafından

¹⁰³ Emek; 1999/1, s. 23

hakem kararında belirtilen para cinsi üzerinden, aynen Türk mahkemeleri tarafından verilmiş bir nihai kararın yerine getirilmesi gibi, ödenecektir.¹⁰⁴ Diğer iki uyuşmazlık çözme mekanizmasının uygulanması halinde ise verilen hakem kararlarının tenfizi New York Sözleşmesi'ne göre gerçekleştirilecektir.

B) Antlaşmanın Tarafı Olan Devletler Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar

Devletler arasında uyuşmazlıklar, antlaşmanın yorumu ve tenfiziyle ilgili olarak çıkabilir. Bu durumda da antlaşma tarafı devletler soruna, iyi niyet kurallarını esas almak suretiyle uzlaşma çerçevesinde son vereceklerdir. Fakat taraflar uyuşmazlığın çıktığı tarihten itibaren altı ay içinde bir uzlaşmaya varamazlarsa, uyuşmazlık talep üzerine tahkime götürülebilecektir. Oluşturulacak hakem heyeti üç üyeden teşekkül edecek ve nihai kararını üç ay içinde verecektir. Karar oy çokluğuyla alınacak ve taraflar için bağlayıcı olacaktır.

2) Yatırım Uyuşmazlığı Kavramı

İki taraflı yatırım antlaşmalarında geçen 'yatırım' kavramının ne anlama geldiği de önemlidir. Bu konu ile ilgili olarak söz konusu antlaşmalarda genellikle 'yatırım' ve 'yatırım ihtilafı' kavramları kullanılmakta olup, bu kavramların tanımlarına da yer verilmektedir.

Resmi Gazete'nin 2.2.1999 tarihli sayısında yayınlanan "Türkiye Cumhuriyeti ile Letonya Cumhuriyeti arasında yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki amaçlı antlaşma"da 'yatırım' kavramı şöyle tanımlanmıştır:

"Yatırım terimi, ev sahibi tarafından kanun ve nizamlarına uygun olmak kaydıyla, her türlü mal varlığını ve sınırlayıcı olmamakla beraber özellikle aşağıdakileri kapsar:

- a) Hisse senetleri veya şirketlere katılımın diğer şekilleri,
- b) Yeniden yatırımda kullanılan hasılatlar, para alacakları veya mali değeri olup kanunen ifa edilebilen bir yatırımla ilgili diğer haklar,
- c) Taşınır ve taşınmaz mallar ile ipotek, tedbir, rehin gibi diğer aynı haklar ile diğer benzer haklar,
- d) Telif hakkı, patent, lisans, sınai tasarım, teknik proses ile bunların yanı sıra

¹⁰⁴ Birsal, Budak; 1997, s. 192, 193

ticari marka, peştemaliye, know-how gibi sınai ve fikri mülkiyet hakları ile diğer benzeri haklar,

e) Doğal kaynakların aranması, işletilmesi, istihracı, işletilmesi imtiyazları da dahil olmak üzere, her bir tarafın ülkesinde kanunla veya bir sözleşme ile belirlenmiş iş imtiyazları.”¹⁰⁵

Diğer yandan ABD ile Türkiye arasında yapılan iki taraflı yatırım sözleşmesinde ise ‘yatırım’ yerine ‘yatırım ihtilafı’ kavramına yer verilmiş ve kavramın tanımı şu şekilde yapılmıştır:

“Yatırım ihtilafları:

- a) Bir taraf ile karşı tarafın yatırımcısı arasındaki bir yatırım sözleşmesinin uygulanması ve yorumlanması,
- b) Bir tarafın yatırımlarla ilgili makamının, söz konusu yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin uygulanması ve yorumlanması,
- c) Bir yatırım ile ilgili olarak ve söz konusu anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ortaya çıkan ihtilafı ifade eder.”

V) Tahkim Kurumları

1) Ulusal Tahkim Kurumları

Türkiye’de uluslararası alanda genel kabul görmüş tahkim kurumlarının henüz oluşturulamamış olması, ülkemizde iç tahkimin yaygın bir uygulamasının olmamasına bağlanmaktadır.

Ülkemizde hukuki düzenlemelerle oluşturulmuş zorunlu tahkim kurumları ve hakem kurullarının yanı sıra ihtiyari tahkim alanında da İstanbul Ticaret Odası (İTO) Hakem Kurulu ile TOBB hakemlik hizmeti vermektedir.

Ulusal tahkim bakımından, çalışma yaşamında Yüksek Hakem Kurulunu ve Özel Hakemi, spor alanında Tahkim Kurulunu, kamu kurumları arasındaki ihtilaflarda bakanlar kurulunca görevlendirilen bir bakan ile 1982 yılına kadar Yargıtayca görevlendirilen Yargıtay Daire Başkanını, bugün ise o yer en yüksek dereceli hukuk mahkemesinin başkan veya hakimini ve diğer alanlarda sivil kişilerce seçilen diğer kişileri Tahkim Kurumu ve Hakemlere örnek olarak sayabiliriz.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Bilgi için bkz.: Nomer, Gelgel, Ekşi; 2000, s. 67

¹⁰⁶ Aldemir; 1999, s. 43

2) Milletlerarası Tahkim Kurumları ve UNCİTRAL Ad Hoc Tahkimi

Daha önce kurumsal tahkim ve ad hoc tahkim ayırımı hakkında bilgi verildiği için bu kısımda farklarına değinilmeyecektir. Sadece uluslararası alanda genel kabul görmüş tahkim kurum ve mekanizmalarına değinilmekle yetinilecektir.

Bilindiği gibi tahkime gidebilmek için taraflar, ihtilaf çıkmadan önce yaptıkları esas sözleşmeye bir tahkim şartı koyabilecekleri gibi ihtilafın çıkmasından önce veya sonra da aralarındaki ihtilafın halli için tahkime gitmeyi ayrı bir sözleşme ile kararlaştırabilirler. Tarafların mevcut veya çıkması muhtemel uyuşmazlık hakkında tahkime gitmeyi kararlaştırmalarının ardından uyuşmazlığın bir tahkim kurumu himayesinde mi (kurumsal tahkim) yoksa özel olarak seçilmiş hakem himayesinde mi (ad hoc tahkim) görüleceğini karara bağlamaları gerekir.

Milletlerarası alanda çok sayıda tahkim kurumu ve hakem heyeti faaliyet göstermektedir. Bunlara örnek olarak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (ICC), Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Yatırım Uyuşmazlıklarının Halli İçin Uluslararası Merkez (ICSID), Amerika Ülkeleri Ticari Hakemlik ve Uzlaştırma Merkezi (CAMCA), Amerikan Tahkim Örgütü (AAA), Dünya Ticaret Örgütü Tahkim Kurulu belirtilebilir.

Bu kısımda, sayılan tahkim kurum ve mekanizmalarından uluslararası alanda genel kabul görmüş ve en geniş uygulama alanına kavuşmuş olmaları nedeniyle sadece ilk üçüne değinilmiştir.

A) Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)¹⁰⁷

Söz konusu Merkez, Washington Sözleşmesi'nin 68. maddesi gereğince 14.10.1966 tarihinde faaliyete geçmiştir. Merkezin amacı, 'sözleşme hükümlerine uygun olarak âkit devletlerle âkit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamak'tır.

ICSID, özellikle yatırım anlaşmazlıklarının çözüm safhasında siyasi etkileme

¹⁰⁷ Bu kısımda ICSID kavramı, hem "Washington Sözleşmesi'ni" hem de bu sözleşme ile kurulan "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez'i" ifade etmek üzere kullanılmıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. : Nuray Ekşi; "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)", Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel), İstanbul, Mayıs-1999

çabalarını minimize ederek uyuşmazlık taraflarının istekleri doğrultusunda ve çıkarlarına uygun çözümler sağlamayı amaçlamaktadır. Bunu sağlamak için de sözleşmede alternatif çözüm yolları öngörülmüştür.

Sözleşmede tarafların karşılıklı iyi niyet çerçevesinde anlaşmalarını temin etmek için 'uzlaşma' kurumu ihdas edilmiş, anlaşmanın bu yolla sağlanamaması halinde ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi esası benimsenmiştir.

Özellikle son dönemde akdedilen iki taraflı yatırım sözleşmelerinde (YKKTA), uyuşmazlıkların ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesi önceden kararlaştırılabileceği gibi; ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan devletle, taraf devletin ülkesinde yatırım yapan diğer akit devlet yatırımcıları arasında akdedilen 'münhasır yatırım sözleşmeleri' ile de kararlaştırılabilir.

ICSID'a yapılan başvurular arasında enerji, sanayi, bankacılık-finans, tarım, madencilik gibi uyuşmazlık konuları ilk sırayı almaktadır. Merkez'e 1999 yılı itibariyle 3'ü arabuluculuk, 38'i de hakemlik istemi olmak üzere 41 başvuru yapılmıştır.

Sözleşme'nin 6-c maddesinde geçen "Arabuluculuk ve Hakemlik davalarının prosedürü kurallarını (bundan böyle arabuluculuk ve hakemlik kuralları olarak anılacaktır.) kabul edecektir." hükmüne istinaden İdari Konsey, 25 Eylül 1967 tarihinde yapılan ilk toplantısında tahkim ve uzlaştırma prosedürüyle ilgili bazı düzenleme ve kuralları kabul etmiştir.

Söz konusu düzenleme ve kurallar 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ve kuralların sözleşme taraflarını ilgilendiren yönü sözleşmenin 69. maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

"Her Âkit Devlet, sınırları içinde bu sözleşmenin geçerli olmasını sağlayacak kanuni veya diğer önlemleri alır."

ICSID, sahip olduğu bazı özellikler nedeniyle diğer tahkim kurumlarından ve hakemlik mekanizmalarından çok farklı bir tahkim kurumu mahiyetindedir. Bu özelliklerden bazıları şöyledir¹⁰⁸:

- ICSID bir uluslararası sözleşmeyle kurulmuştur.
- Uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulmuş bir örgüt olmasının yanında, Dünya Bankası nezdinde uluslararası düzeyde ekonomik yapılanmayı teşvik eden

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Emek; 1999/1, s. 28-29

bir kurum hüviyeti taşımaktadır.

- ICSID Tahkim Kuralları, ICSID Sözleşmesi'nde yer alan milletlerarası hukuk normlarının bir araya gelmesinden oluşmaktadır. İç hukuk ve milli mahkemelerin etkisinden hiçbir zaman soyutlanmayacak ticari tahkimden farklı olarak, ICSID, iç hukuktan bağımsız, kendi kendini yöneten bir sistem olarak kabul edilmektedir.
- ICSID Tahkimi'nin mecburi bir tahkim yolu olması nedeniyle taraflar, ICSID Tahkimi'ne gitme konusunda karara vardıkları andan itibaren bu karardan tek yanlı olarak vazgeçme hakları sona ermektedir.
- ICSID Sözleşmesi'nin 53 ve 54. maddeleri gereğince, verilen hakem kararları kesin ve bağlayıcı nitelikte olacak ve taraf devletlerce kendi devletinin mahkemelerinin nihai bir kararı gibi kabul edilerek yerine getirilecektir.

a) ICSID'in İdari Yapısı

ICSID'in idari yapısı 'İdari Konsey', 'Sekreterlik', 'Arabulucular Paneli' ve 'Hakem Paneli'nden oluşmaktadır.

aa) İdari Konsey: Her âkit devletten gelen birer temsilciden oluşur. Dünya Bankası Başkanı, İdari Konsey'in de başkanıdır; fakat oy hakkı bulunmamaktadır. Konsey üyeleri ve başkan Konsey'den herhangi bir karşılık almaksızın hizmet vereceklerdir. İdari Konsey, Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen yetkileri kullanarak aynı maddede açıklanan işlevleri yerine getirecektir (ICSID m. 4-8).

bb) Sekreterlik: Bir Genel Sekreter ve birden fazla Yardımcı Sekreter ve personelden oluşur. Genel Sekreter Merkez'in yasal temsilcisi ve asli memuru olacaktır. Sözleşmenin hükümleri ve İdari Konsey'in kabul ettiği kurallara uygun olarak Merkez'in idaresinden ve personel atamasından sorumlu olacaktır. Genel Sekreter ve Yardımcı Sekreterler 6 yıldan fazla olmamak üzere İdari Konsey tarafından seçilirler (ICSID m. 9-11).

cc) Paneller: Arabulucular ve Hakemler Paneli, her biri kalifiye kişilerden, burada çalışmaya gönüllü ve atanacak personelden oluşur. Her âkit devletin panellere

kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından 4 hakem atama yükümlülüğü vardır. Panellerde görev yapacak hakemler, yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye gibi konularda uzman olan ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olacaklardır (ICSID m. 12-16).

b) Merkezin Finansmanı

Sözleşme'nin 17. maddesine göre:

“Eğer Merkezin harcamaları, sağladığı olanaklar karşılığı elde edilen gelirlere veya diğer gelirlere karşılanamıyorsa, geri kalan kısım Dünya Bankası'na üye olan ülkelerden onların Banka sermayesine katkı payları oranında; Banka'ya üye olmayan ülkelerden ise, İdari Konsey'in belirleyeceği kurallar içinde sağlanacaktır.”

c) Merkezin Yargılama Yetkisi

Merkez'in yargılama yetkisi, âkit ülkeler -ya da onları oluşturan alt birimler veya ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler- ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkez'e sunmuş diğer âkit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsar ve Merkez'in yargı yetkisi yazılı rıza beyanı suretiyle doğduktan sonra, hiçbir taraf bu beyanını tek taraflı olarak geri alamaz (ICSID m. 25).

d) Hakem Heyetinin Oluşumu ve Çalışma Tarzı

Hakemlik davasının oluşturulmasını isteyen tarafın bu talebini ve anlaşmazlık konularıyla ilgili diğer bilgileri içeren yazılı bildirim Genel Sekreterlik tarafından kaydedilmesinin ardından en kısa zamanda hakem heyeti oluşturulur. Hakem heyeti tarafların üzerinde anlaşacağı tek sayıda tayin edilmiş hakemden veya yalnız bir hakemden oluşacaktır (ICSID m. 36-37).

Heyet yetkili olup olmadığını kendisi kararlaştıracaktır. Heyet, anlaşmazlık hakkında taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir (ICSID m. 41-42).

Taraflar başka türlü anlaşmadığı takdirde, davanın herhangi bir aşamasında, heyet uygun görürse:

- Tarafları belge ve delil göstermeye çağırabilir.

- Anlaşmazlık alanını ziyaret edebilir ve uygun gördüğü soruşturmayı yürütebilir (ICSID m. 41, 42, 43).

Hakem heyetinin yargılama esnasında uyacağı kurallar ICSID Sözleşmesi'nin 44. ve 49. maddeleri arasında sıralanmıştır.

e) Hakem Kararı

Heyet, kararlarını üye çoğunluğu ile alır. Karar gerekçeli olur. Hakem kararı, Genel Sekreter'in tasdikinin ardından taraflara tebliği ile yürürlüğe girer. Merkez, tarafların rızası olmadan kararı yayınlamaz. Kararın anlamı ve kapsamı hakkında taraflar arasında bir anlaşmazlık olması halinde, Genel Sekreter'e yazılı başvuruda bulunularak 'kararın yorumlanması' istenebilir.

Ayrıca taraflardan biri Genel Sekreter'e yazılı başvuruda bulunarak, karar verildiğinde heyetçe ve başvuruda bulunan tarafça bilinmeyen, başvuruyu yapanın ihmal nedeni ile bilmemezlik etmediği, bilinmesi kararı etkileyecek nitelikte bir gerçeğin ortaya çıkması nedeni ile 'kararın düzeltilmesini' de isteyebilir.

Taraflardan biri şu hallerde Genel Sekreterliğe yazılı başvuruda bulunarak kararın geçersiz kılınmasını da isteyebilir:

- Heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı,
- heyetin yetkisini aştığı,
- heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı,
- mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olduğu,
- kararın, dayandığı gerçekleri belirtmediği...

Böyle bir talep ulaştığında Başkan, Hakem Paneli'nden 3 kişiyi ad hoc komiteye atar. Bu komite üyeleri de sözleşmenin 52. maddesindeki nitelikleri taşımak zorundadır. Komite belirtilen durumlara göre kararın tümünü veya bir parçasını geçersiz kılmaya yetkilidir (ICSID m. 48-52).

f) Hakem Kararının Tanınması ve Yürürlüğü

Hakem kararları tarafları bağlayıcı niteliktedir ve bir üst makama götürülmesi söz konusu değildir. Taraflar, yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş olmadıkça karara uyacaklar ve gereğini yerine getireceklerdir. Her üye ülke ICSID Sözleşmesi'ne uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın

parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir (ICSID m. 53, 54).

g) Yargılama Giderleri

Hakemlik davası bakımından, taraflar başka türlü anlaşamadığı takdirde heyet, davaya ilişkin taraflarca yüklenilecek masrafları tayin eder ve bu masraflar ile heyet üyelerinin ödenek ve masraflarının ve Merkez olanaklarını kullanmanın masraflarının nasıl ve kim tarafından ödeneceğine karar verir. Bu karar da hakem kararının bir parçasını oluşturur (ICSID m. 61).

B) Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (ICC)

“Teşkilatlanmış tahkim alanında en önemli kuruluşlardan biri şüphesiz merkezi Paris’te olan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı’dır.”¹⁰⁹ Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı, uyuşmazlıkların ICC Tahkim ve Uzlaştırma Kuralları çerçevesinde hakem heyetleri tarafından çözümlenmesini sağlayan idari nitelikte bir organizasyondur.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından 1923 yılında Paris’te kurulmuştur. Kuruluşundan bu yana 10000’in üzerinde anlaşmazlık başvurusunda bulunulan Divan, dünya’nın en eski ve ele aldığı dava çeşitliliği bakımından en büyük hakemlik kurumu olma vasfına sahiptir.

“Halen uygulanmakta olan ICC kuralları 1988 yılı başında yürürlüğe girmiştir. Tahkim Divanı’nın merkezi Paris olmasına rağmen, Dünya’nın her yerinde organize olabilmektedir.”¹¹⁰

1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren yeni ICC Tahkim Kuralları’nın 1. maddesine göre, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı’nın işlevi, milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla ve ICC Tahkim Kuralları’na uygun

¹⁰⁹ Mahmut Birsal; “Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Türkiye’de Tenfizi”, **II. Tahkim Haftası - Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler-Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 143

¹¹⁰ Yurdakul Yiğitgüden (Hazırlayan); **Türkiye’de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Politikaları ve Çalışmaları**, İstanbul Ticaret Odası (Yayın No:1999-57), Midas Basım-Yayın-Tanıtım, İstanbul, 1999, s. 96

bir tarzda çözümlenmesini sağlamaktır.

“Tahkim hizmetinin yanı sıra ICC, tarafların talebi halinde, uluslararası ticarete özel uzmanlık gerektiren konularda ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünde ‘bilirkişi’ (expert) tayin edebilir; acil durumlarda, tahkim öncesi karar alınması için ‘hakem’ (referee) atayabilir; tarafların tahkime gitmeden anlaşmalarını sağlayacak ‘uzlaştırma’ (conciliation) prosedürünü işletebilir.”¹¹¹

a) ICC Tahkim Divanı’nın İdari Yapısı

ICC Tahkim Divanı, Milletlerarası Ticaret Odası’na (ICC) bağlı bir hakemlik kurumudur. Divan, ICC sulh kurallarının ve tahkim kurallarının uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür. Tahkim Divanı işlevlerini, gerek ICC’den gerekse onun diğer organlarından bağımsız olarak yerine getirir.

ICC Tahkim Divanı’nın bir başkanı, bir başkan yardımcısı ve 50 üyesi vardır. Divan Başkanı ICC Konseyi tarafından seçilmekte ve başkan yardımcısı da yine Konsey tarafından atanmaktadır.

“Tahkim Divanı, kendi kurallarına göre yürütülen tahkim duruşmalarının denetimini yapmaktadır. Divan, hakemlik talebiyle sunulan ihtilafların çözümünde kendisi karar vermemektedir. Bunun yerine anlaşmazlık konusu dava üzerinde nihai ve bağlayıcı kararı verecek hakemleri atamakta veya tarafların üzerinde anlaşığı hakemleri onaylamaktadır.”¹¹²

ICC Tahkim Divanı uyuşmazlığı bizzat karara bağlamaz, ancak uyuşmazlığın çözümü esnasında ilgili tahkim kurallarının uygulanmasını sağlamak için her türlü yetkiye sahiptir. Tahkim prosedürünün layıkıyla yürütülmesini sağlamak amacıyla ICC’nin 30’un üzerinde personelin görev yaptığı bir sekreteryası vardır. İdari hizmetlerin yürütülmesi ile görevli olan sekreteryada Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve çeşitli işlerle görevli danışmanlar görev yapmaktadır.

b) Tahkim Sürecinin Başlaması

ICC’nin 4. maddesine göre, tahkim sürecinin başlaması için uyuşmazlık konusu

¹¹¹ Emek; 1999/1, s. 32 Ayrıca Bkz: **MTO Tahkim Rehberi** (Milletlerarası Ticari İhtilafları Önleme ve Çözme Hakkında), ICC Yayını, 1988

¹¹² Emek; 1999/1, s. 32

ile ilgili bilgileri içeren ve hakemlerin atanması hakkındaki talebi ihtiva eden yazılı bir talebin ICC'ye sunulması gereklidir (ICC m. 4).

Talepte bulunulurken idari masraflar için 2000 dolar harç ücreti ödenmelidir (ICC m. 30). Uyuşmazlıklarını ICC tahkimiyle çözümlenmek isteyen tarafların, tahkim sözleşmelerinde ICC'nin standart tahkim maddesine yer vermeleri tavsiye edilmektedir.

c) Hakem Heyetlerinin Göreve Başlaması

Hakemlerin seçimi konusunda tarafların irade serbestisi kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde taraflarca hakemlerin kararlaştırılmamış olması ve bu konuda bir uzlaşmaya da varılamaması halinde Tahkim Divanı, uyuşmazlık konusunun önemi ve uyuşmazlığın miktarı gibi, uyuşmazlığın üç hakemin atanmasını haklı gösterecek nitelikte olduğunu düşündüğü haller hariç olmak üzere tek bir hakem tayin eder (ICC m. 8). Tahkim divanı, uyuşmazlığı bizzat karara bağlamadığından taraflarca hakemin açıkça belirlenmediği hallerde karar, Divan tarafından değil, Divan tarafından seçilen hakemlerce verilir.

Tek hakemli davalarda hakem veya üç hakemli davalarda heyet başkanı ve Divan'ın atayacağı hakemler, zorunlu olmadıkça ve taraflar mutabık kalmadıkça, anlaşmazlık taraflarının milliyetinden başka bir milliyetten olmalıdır (ICC m. 9).

Taraflardan birisi hakemin tarafsızlığı ve hakemlik vasıflarındaki yetersizliği konusunda Divan'a yazılı olarak itirazda bulunabilir. Divan elindeki bilgilere göre hakemler hakkında değerlendirmesini yapar. Hakem hakkındaki itirazın Divan tarafından kabulü veya bütün tarafların talebi halinde hakem yeniden seçilir (ICC m. 11-12).

Yalnız hakemlerin seçiminde değil tahkim prosedürüne ilişkin bir çok konuda taraflara geniş bir irade serbestisi tanınmıştır. Nitekim ICC Tahkim Kuralları'na göre taraflar tahkime uygulanacak hukuku, tahkimin dilini, tahkim heyetinin görev yerini ve hakemlerin dostane aracı olarak nesafet ve hakkaniyet kurallarına göre karar verip veremeyeceğini aralarında anlaşarak belirleyebilir. Böyle bir anlaşmanın yapılmamış olması halinde hakem heyeti uygulanacak hukuk kuralını kendisi tespit eder. Hakem heyeti ayrıca baktığı bütün davalarda taraflar arasındaki sözleşme hükümleriyle ilgili ticari gelenekleri dikkate alabilir (ICC m. 14, 16-17).

d) Hakem Kararı

Hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlıkla ilgili soruşturma esnasında geniş yetkiler tanınmıştır. Hakemler, bütün davalarda taraflara eşit fırsat tanımak şartıyla taraflardan belge talebinde bulunabilir, şahit dinleyebilir, uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurabilir (ICC m. 20-21).

ICC Sözleşmesi'nin 24. maddesine göre, hakem veya hakem heyeti tarafından nihai kararın altı ay içinde verilmesi gerekli ise de istisnai bazı durumlarda Tahkim Divanı tarafından sürenin uzatılması mümkündür.

Karar birden fazla hakemden oluşan bir hakem kurulunca veriliyorsa kural, 'oy çokluğuna göre verilme'dir. Çoğunluğun sağlanamaması halinde karar kurul başkanınca alınır. Hakem kararları yazılı ve gerekçeli olur (ICC m. 25).

Hakem kurulunca alınan karar resmiyet kazanmadan önce, kararda bulunabilecek şekli hataların düzeltilmesi için MTO Tahkim Divanı'na gönderilir. Divan'ın inceleme yapmasının nedeni hakem kararının doğruluk derecesini ve uygulanabilirliğini arttırmaktır. Nitekim ICC Sözleşmesi'nin 35. maddesinde Divan ve hakem heyetlerine, hakem kararlarının hukuken uygulanabilirliğini temin etme görevi yüklenmiştir. Hakem kararı Tahkim Divanı tarafından onaylanmadıkça uygulanma kabiliyetinden yoksundur; taraflara da bildirilmez (ICC m. 27).

Hakemlerin ücretleri, harcamaları, Tahkim Divanı'nın idari nitelikteki masrafları, atanmış olması halinde bilirkişi ücretleri ve sair harcamalardan oluşan tahkim masraflarının hangi tarafça ödeneceği veya taraflarca nasıl paylaşılacağı da nihai kararda gösterilir (ICC m. 31).

e) Hakem Kararlarının Tenfizi

ICC Sözleşmesi'nin 28. maddesine göre, Sözleşme'ye uygun olarak verilen hakem kararları tarafları bağlar ve taraflarca başka bir makam önüne götürülmeden ve ertelenmeden uygulanır.

Hakem kararlarında tenfizin sağlanması bakımından tenfizle ilgili uluslararası sözleşmelerin, özellikle de en geniş uygulanma ağına sahip olan New York Sözleşmesi'nin önemi gözardı edilmemelidir.

C) UNCITRAL Tahkim Kuralları¹¹³

UNCITRAL Tahkim Kuralları, Birleşmiş Milletler Uluslar arası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun 15 Aralık 1976 tarihli Genel Kurul toplantısında kabul edilmiştir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları ile kurumsal tahkim yerine ad hoc tahkim sistemi esas alınmıştır. Uyuşmazlıklarının çözümü için ad hoc tahkimde karar kılacak taraflara, hakemlik prosedürü sırasında uygulanacak usul kuralları konusunda yardımcı olunması amaçlanmıştır.

Çeşitli ülkelerden hukukçuların görüşleri esas alınarak oluşturulan tahkim usul kurallarında, uyuşmazlıklarla ilgili çeşitli unsurların gösterebileceği farklılıklar dikkate alınarak kuralların mümkün oldukça esnek nitelikte olmasına özen gösterilmiştir.

a) Tahkim Sürecinin Başlaması

Tahkim prosedürünün UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde cereyan edebilmesi için tarafların, aralarındaki belli uyuşmazlıkların UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre çözümleneceği konusunda yazılı bir anlaşma yapmaları şarttır.

Tarafların, aralarındaki ana sözleşmeye koyacakları tahkimle ilgili maddede veya ana sözleşmeden ayrı olarak yapacakları bir tahkim sözleşmesinde aşağıdaki standart tahkim maddesine yer vermeleri halinde yazılı anlaşma şartı yerine gelmiş olacaktır. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 1. maddesinde tarafların sözleşmelerinde yer vermeleri tavsiye edilen standart tahkim maddesi şöyledir:

“Bu sözleşmeden doğan veya bununla ilgili olan ya da sözleşmenin ihlali, feshi veya feshine ilişkin her türlü anlaşmazlık, fikir ayrılığı ve hak iddiası UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde çözümlenir.”

Aralarındaki uyuşmazlığın halli için tahkim yoluna başvurmak isteyen tarafın, UNCITRAL Kuralları'nın 3. maddesinde belirtilen tahkim konusu uyuşmazlıkla ilgili hususları ihtiva eden yazılı ihbarnameyi karşı tarafa göndermesiyle tahkim süreci başlamış olur.

UNCITRAL Tahkim Kuralları ad hoc tahkim esasına göre düzenlendiğinden

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. : Mahmut T. Birsal - Ali Cem Budak; “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler”, Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 11Nisan 1997

ve tahkim sürecini yürütecek bir tahkim kurumu, dolayısıyla da sekreteryaya bulunmadığından taraflar bütün yazışmaları kendi aralarında yapacaklardır.

b) Hakemlerin Göreve Başlaması

Hakemlerin sayısı tarafların anlaşmasıyla belirlenir. Taraflar, en son karşı tarafın tahkim ihbarnamesini almasından itibaren on beş gün içinde de hakem sayısında anlaşamazlarsa tahkim üç hakemle yürütülür. Taraflar belirtilenlerin haricinde anlaşamaz ve hakemi atayacak bir makam da gösteremezlerse, her iki taraf da Lahey'deki Daimi Tahkim Divanı'nın Genel Sekreterince hakemi atayacak kurumun belirlenmesini isteyebilir (UNCITRAL m. 5-6).

Hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının temini için hakemleri atayacak kurum, hakemlerin, tarafların milliyetinden farklı milliyetten olmalarına dikkat etmelidir (UNCITRAL m. 6).

Hakem kurulu, oluşturulduktan sonra göreve başlar. UNCITRAL Kuralları da hakemlere geniş yetkiler vermiştir. Taraflar arasında eşitliğe riayet etmek şartıyla hakemler tahkim prosedürünü istedikleri gibi yürütebilirler. Hakemler önünde duruşma yapılması mümkün olduğu gibi sözlü delillerin dinlenmesi, yazılı delillerin ibrazı, şahit ikamesi ve gerektiği takdirde bilirkişi incelemesine karar verilmesi de mümkündür.¹¹⁴

Hakemlerin dostane aracı olarak veya hakkaniyet kurallarına göre karar verebilmeleri için tarafların hakemlere bu konuda yetki tanımaları ve tahkime uygulanacak hukukun da buna izin vermesi şarttır (UNCITRAL m. 33).

Hakemler karara varırken taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini dikkate almak zorunda oldukları gibi, kararda uygulanması mümkün ticari teamülleri de göz önünde bulunduracaklardır (UNCITRAL m. 33).

c) Hakem Kararı

Tahkim prosedürü üç hakem tarafından yürütülmüşse karar oy çokluğuyla alınır. Her bir hakem farklı görüşteyse veya başka bir nedenle oy çokluğu sağlanamazsa hakem heyetinin başkanı daha sonra heyetçe değiştirilmesi mümkün olmak üzere

¹¹⁴ Süha Tanrıver; "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 104

kararı tek başına alır. Karar tarafları bağlayıcı ve kesin nitelikte olup, yazılı şekilde ve gerekçeli olarak verilir. UNCITRAL Kuralları'na göre yürütülen tahkim prosedüründe de gizlilik esastır; hakem kararları ancak tarafların rıza göstermeleri halinde açıklanabilir.

Hakem kararının verilmesine kadar taraflar, aralarındaki uyuşmazlık hakkında bir uzlaşmaya varırlarsa iki durum söz konusu olabilir:

- Hakem heyeti esas hakkında karar vermeden dosyayı kapatır,
- taraflarca talep ve hakem heyetince de kabul edilmiş olması halinde tarafların uyuşmazlık hakkında vardıkları anlaşma, heyet tarafından hakem kararı olarak tespit edilir.

Uzlaşmanın tespitine ilişkin bu heyet kararının gerekçeli olması şart değildir (UNCITRAL m. 34).

Tahkim masrafları da hakem kararının bir parçasını teşkil eder. UNCITRAL Kuralları'nın 38. maddesine göre tahkim masrafları şunlardan ibarettir:

- Her hakem için ayrı ayrı tespit edilecek ücretler,
- bilirkişi ve heyetçe talep edilen diğer hizmetlerin ücretleri,
- heyetin onayladığı sınırlar dahilinde şahitlerin seyahat harcamaları,
- tahkim sırasında talep edilmiş olmak şartı ile hakem heyetinin makul gördüğü ölçüde, kazanan tarafın yapmış olduğu temsil ve hukuki yardım masrafları,
- gerektiğinde hakem atamasına yetkili olan otoriteye ödenecek ücret ve onun yaptığı masraflar ile Lahey'deki Daimi Tahkim Divanı Sekreteri'nin yapmış olduğu harcamalar.

Hakem kararında masrafların hangi tarafa ait olduğu ve tutarı gösterilir. Davada varılan sonuca göre masrafların taraflar arasında paylaşılmasına da karar verilebilir (UNCITRAL m. 40-41).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ ALANINDA

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM

I) Kamu Hizmeti Kavramı¹¹⁵

Kamu hizmetinin görülüş yöntemlerinden birini teşkil eden imtiyaz sözleşmelerinden önce, İdare Hukuku'nun alanını tespit etmekte kullanılan ölçütlerden biri olan kamu hizmeti üst kavramı üzerinde duralım.

Kamu hizmeti kavramı, maddi ve şekli olmak üzere iki değişik anlamda kullanılmaktadır. Maddi anlamda kamu hizmeti 'faaliyet, iş, kamu yararına yönelik hizmet'; şekli anlamda kamu hizmeti ise, 'teşkilat, kamu kuruluşu' gibi hususları ifade etmektedir.

Bu kısımda üzerinde durulacak olan ise maddi, diğer bir deyişle fonksiyonel anlamda kamu hizmetidir. Dolayısıyla, bundan sonra kamu hizmeti deyimıyla ifade edilmek istenen de maddi anlamda kamu hizmeti olacaktır.

Öğretide ve mahkeme kararlarında bir çok ve birbirine benzer tanımlar yapılmakta ise de, henüz üzerinde uzlaşılmış tek bir kamu hizmeti tanımı yoktur. Bu durum biraz da yasama organının kamu hizmeti alanıyla ilgili düzenlemelerinde yasal bir kamu hizmeti tanımı vermemesinden kaynaklanmaktadır.

Kamu hizmetiyle ilgili tanımlar genellikle kamu hizmetinin sahip olması gereken niteliklerden hareket edilerek yapılmaktadır.

Kamu hizmeti, "bir kamu kurumunun, ya kendisi tarafından, ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet"¹¹⁶ olarak tanımlanabilir. Öğretide 'kamu hizmetinin modern tanımı' olarak kabul edilen bir başka kamu hizmeti tanımı ise şöyledir:

"Kamu yararı içermesi ve düzgün gerçekleşmesi için kamu müdahalesinden başka bir imkan bulunmaması nedeniyle, siyasi otorite tarafından, özel faaliyetler

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: İl Han Özay; **Gün Işığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Yay., 1996, s. 241-248, A.Şeref Gözübüyük; **İdare Hukuku**, 9. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 1996, s. 242, Kemal Gözler; **İdare Hukukuna Giriş**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 1. b., 2002, s. 205-207

¹¹⁶ Tahsin Balta; **İdare Hukuku I - Genel Konular**, Ankara: SBF Yayını, 1972, s. 18

için söz konusu olamayacak bir yükümlülükler ve ayrıcalıklar rejimine tabi tutulan faaliyetler kamu hizmetidir.”¹¹⁷

Gerek öğretide gerekse Yüksek Mahkeme kararlarında kamu hizmeti kavramını ifade etmek üzere yapılan tanımlara göre, her hizmet kamu hizmeti sayılamayacağı gibi; bir hizmetin bizzat kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi de, o hizmetin kamu hizmeti sayılması için gerekli ve/veya yeterli bir unsur değildir.

Bir hizmetin kamu hizmeti sayılabilmesi için en azından iki şartı yerine getirmesi gerekir. Bunlar:

- Organik şart: Faaliyetin doğrudan kamu tüzel kişileri tarafından veya ilgili kamu tüzel kişisinin gözetim ve denetimi altında özel kişiler tarafından yürütülmesi gerekir.
- Maddi şart: Faaliyet kamuya yönelmiş ve aynı zamanda kamuya yararlı olmalıdır.

“Organik şarttan çıkan sonuç şudur: Kamu tüzel kişilerinin denetimi altında olmayan, özel kişiler tarafından yürütülen faaliyetler, kamu yararı amacına yönelik olsa veya bu faaliyetlere özel hukuku aşan bir takım hükümler uygulansa bile bunlar kamu hizmeti oluşturmazlar.”¹¹⁸

Bu şartlar bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması için gerekli ve zorunlu ise de yeterli değildir. Nitekim maddi şart hakkında da şu hususa dikkat edilmelidir: Bir hizmet kamuya yönelik ve kamuya yararlı olsa da, kamuya yararı dolaylı yoldan ise kamu hizmeti sayılmaz. “Örneğin kamu kuruluşunun özel mallarına ilişkin hizmetler, dolaylı olduklarından kamu hizmeti sayılmazlar.”¹¹⁹

Dolayısıyla bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğine sahip olup olmadığı belirlenirken, yalnızca kamu tüzel kişileri veya bunların yakın denetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yürütülüyor olması ve kamuya yönelik ve kamuya yararlı olması ile yetinilmeyerek, hizmetin kamuya doğrudan yararlı olması da aranmalıdır.

Bir hizmetin toplumsal ihtiyaçlar da dikkate alınarak kamu hizmeti sayılması,

¹¹⁷ Ali Ulusoy; “Deprem ve Kamu Hizmetlerinin Etkinliği”, **Deprem ve Hukuk**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999

¹¹⁸ Gözler; 2002, s. 201-202

¹¹⁹ Nitekim kamu tüzel kişilerinin özel malları ile ilgili hizmetler kamu hizmeti sayılamayacağı gibi, bu mallarına ilişkin olarak yaptıkları sözleşmeler de idari sözleşme olarak kabul edilmemekte ve özel hukuka tabi tutulmaktadır. (Gözübüyük; 1996, s. 242)

kamu hizmeti niteliğinde olduğunun kabulü halinde kamu kuruluşlarınca üstlenilmesi; bir faaliyetin özel hukuk kişileri ile birlikte veya tekel olarak kamu hizmeti durumuna getirilmesi siyasal bir kararla olur.

Kural, Anayasa'nın 123. maddesi gereğince kamu hizmetlerinin kanunla kurulması ise de, milli ve mahalli kamu hizmetleri arasında kuruluş bakımından fark vardır. Milli kamu hizmetlerini kurma yetkisi yasama organına aittir. Yani milli kamu hizmetleri yalnızca kanunla kurulabilir. Çünkü, "bir kamu hizmetinin kurulması, Anayasamızın 48'inci maddesinde güvence altına alınan özel teşebbüsler hürriyetine getirilen bir sınırlandırma niteliğindedir. Dolayısıyla bu sınırlama ancak Anayasamızın 13'üncü maddesinde öngörülen şartlar dahilinde yapılabilir. Bu şartlardan birisi de sınırlamanın 'ancak kanunla' yapılması şartıdır."¹²⁰

Mahalli kamu hizmetlerinin kurulması için, bu konunun bir kanunla düzenlenmesi gerekli değildir. Nitekim il, belediye ve köy halkının ortak ve yerel gereksinimlerini karşılamak üzere, yerel kuruluşlar, bazı hizmetleri kamu hizmetine dönüştürebilirler.¹²¹

Kamu hizmeti niteliğine son verilmesi, kamu hizmetinin kaldırılması, idare hukukunda geçerli olan 'aksine işlem' ve 'usul ve şekilde paralellik' ilkelerine göre olur. Buna göre, bir kamu hizmetini kurma yetkisi hangi makama ait ise, kaldırma yetkisi de aynı makama aittir; aynı şekilde bir kamu hizmeti hangi tür hukuki işlemle ve hangi usulle kurulmuşsa, kaldırmak için de aynı hukuki işlem ve usule uyulur.

1) Kamu Hizmetinin Özellikleri

Kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetlerin bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bu özellikleri, 'kamu hizmetine hakim olan ilkeler'¹²² şeklinde ifade etmek de mümkündür. Bu ilkelerin başlıcaları şunlardır:

- Süreklilik, düzenlilik, değişkenlik ve uyarlanma: Kamu hizmetlerinin kesintisiz ve istikrarlı bir şekilde yürütülmesi ve toplumsal ihtiyaçlardaki ve kamu yararı anlayışındaki değişimlere uyum sağlaması gerekir. Sayılan hususlar kamu hizmetleri için olmazsa olmaz niteliktedir. Nitekim Anayasa

¹²⁰ Gözler; 2002, s. 208

¹²¹ Gözübüyük; 1996, s. 242-243

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özay; 1996, s. 241-248, Gözübüyük; 1996, s. 242, Gözler; 2002, s. 205-207

Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi, 'özellikle düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli unsurlarındandır. Çünkü bunların bulunmaması halinde toplum yaşamı altüst olur.'¹²³

- Kamu hizmetinin meccaniliği¹²⁴ (karşılıksızlığı): Doktrinde ve teoride "kamu hizmetlerinden yararlanma bedelsizdir."¹²⁵ şeklinde ifade edilen bu ilke, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğinin belirlenmesinde tam bir kesinlik arzetmemektedir. Çünkü kamu hizmeti, paralı olabileceği gibi, parasız da olabilir. Aynı zamanda bir kamu hizmeti olan kolluk hizmetleri ücretsizdir; buna karşılık iktisadî nitelikli kamu hizmetlerinin ücretli olması kuraldır.¹²⁶

Yukarıda yer verilen kamu hizmeti tanımlarının ortak noktası, kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetlerin, 'toplum yaşamı için önem taşıması'dır. Bu faaliyetler karşılığında kâr içeren bedel alınması, hizmetten yararlanmayı güçleştirdiği ölçüde kamu düzenini bozacağından, hukuka aykırı kabul edilmelidir. Bu nedenle kamu hizmeti bedelsiz ya da yararlanan herkesin karşılayabileceği bir bedelle sunulmalıdır.¹²⁷

Kural, kamu hizmetlerinin bedelsiz sunulması ise de, doktrinde, sosyal ve ekonomik hayatın gerçekleriyle bağdaşmayan bedelsizlik ilkesinin, iki yolla devre dışı bırakılabileceği ifade edilmektedir.

Birinci yol, kamu hizmetleri arasında ayırım yapılarak, bazılarının bedel karşılığı ve hatta kâr edilerek sunulabileceğinin kabul edilmesidir. Nitekim uygulamada, idari kamu hizmetlerinin bedelsizliği kabul edilmekle birlikte, yukarıda da değinildiği gibi iktisadî kamu hizmetlerinin bedel karşılığı sunulması ise kuraldır.

İkinci yol, kamu hizmeti olarak nitelenen bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkarılmasıdır. Kamu hizmeti kavramının yeniden tanımlanması suretiyle, sadece bedelsiz veya kâr amacı güdülmeden sunulan faaliyetlerin

¹²³ Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 32, s. 159-166)

¹²⁴ Meccanilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Turan Yıldırım; "Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı", Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 36-46

¹²⁵ Yıldızhan Yayla; **İdare Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985, s. 67

¹²⁶ Gözübüyük; 1996, s. 243

¹²⁷ Yıldırım; 2001, s. 41-42

kamu hizmeti sayılması yoluna gidilebilir; kamu hizmetini ifade etmek üzere yeni bir kavram da geliştirilebilir.¹²⁸

- Eşitlik ve tarafsızlık: Eşitlik ilkesi kamu hizmetinden yararlananlara, Anayasa'nın 'kanun önünde eşitlik' başlıklı 10. maddesi'ne uygun olarak eşit muamele talep etme hakkı verirken; tarafsızlık ilkesi ise hizmeti sunan idareye, sahip oldukları bazı nitelikler nedeniyle hizmetten yararlananlar arasında ayırım yapmama yükümlülüğü yükler.

2) Kamu Hizmetinin Çeşitleri

Kamu hizmetleri konu bakımından başlıca dört kümede incelenebilir. Bunlar:

- a) İdari kamu hizmetleri,
- b) İktisadi kamu hizmetleri,
- c) Sosyal kamu hizmetleri,
- d) Bilimsel, teknik ve kültürel kamu hizmetleridir.

Bu hizmetlerden, konumuzla yakın ilgisi nedeniyle yalnızca ilk ikisi üzerinde durulacaktır. Bu iki tür kamu hizmetinin birbirinden ayrılması için bazı kriterler kullanılmaktadır. Bunlar teşrii kriter ve içtihadi kriterdir.¹²⁹

Teşrii kriter (kanunla nitelendirme): Kanun koyucunun bir kamu hizmetini 'idari' veya 'iktisadi (sınai ve ticari)' olarak nitelendirdiği hallerde, bu nitelendirmeye uygun olarak hizmetin idari veya iktisadi kamu hizmeti olduğu kabul edilir.

İçtihadi kriter: Kamu hizmetinin niteliği ile ilgili olarak kanun koyucunun herhangi bir nitelendirmede bulunmaması durumunda, içtihadi kriterler uygulanır. Buna göre şu üç şartın varlığı halinde iktisadi; şartlardan en az birisinin olmaması halinde ise idari bir kamu hizmeti söz konusu olur. Şartlar şunlardır:

- Konu şartı: Hizmetin konusu özel işletmelerin faaliyet konusuna benzer olmalıdır.
- Finansman biçimi şartı: Hizmet, kullanıcılarının ödediği parayla finanse edilmelidir.
- İşletme usulü şartı: Hizmet, özel sektördeki usullerle işletilmelidir.

¹²⁸ Ali Ulusoy; "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorilerine Etkileri", *Amme İdaresi Dergisi*, Haziran, 1998, s. 21 vd.

¹²⁹ Gözler; 2002, s. 203-204

İdari ve iktisadi kamu hizmetleri ayırımından çıkan en önemli sonuç ise, kural olarak idari hizmetlerin kamu hukukuna, iktisadi hizmetlerin ise özel hukuka tabi olmasıdır. İdari kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için yapılan sözleşmeler, idari sözleşme niteliğindedir. İktisadi kamu hizmetleri alanında ise, özel hukuk sözleşmeleri söz konusudur. Dolayısıyla da kural olarak idari kamu hizmetleri ile ilgili uyuşmazlıklar idari yargıda, iktisadi kamu hizmetleri ile ilgili uyuşmazlıklar da adli yargıda çözümlenir.

3) Kamu Hizmetlerinin Yerine Getirilme Yöntemleri

Kamu hizmeti kural olarak devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilir. Ancak bazı kamu hizmetleri doğrudan kamu kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilebileceği gibi, bunların gözetim ve denetimi altında özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerin de yerine getirilebilir. “Kamu hizmetinin kamu kuruluşunca veya onun denetim veya gözetiminde yapılmasına karar veren organ ise siyasal iktidar, yani idaredir.”¹³⁰

İdarenin yetkisi kamu hizmetinin kamusal veya özel kişiler tarafından yürütülmesine karar vermekle sınırlı değildir. Nitekim yukarıda değinildiği gibi bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabulü de siyasal bir kararla olur.

İdarenin takdiri sonucunda bir kamu hizmetinin yerine getirilmesinin kamu kesimi veya özel kesimin üzerinde bırakılmasının ardından, hizmetin hangi yöntemle görüleceği sorunu ortaya çıkar.

Yukarıda belirtilen ayırma uygun olarak kamu hizmetinin görülüş biçimleri de ikiye ayrılarak incelenebilir. Bunlar: Kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri tarafından işletilme yöntemleri ve kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından işletilme yöntemleridir.

A) Kamu Hizmetlerinin Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Yürütülmesi

Kamu hizmetleri **bir kamu tüzel kişisi tarafından** iki değişik şekilde işletilebilir:

- Bir kamu hizmeti, o hizmetten sorumlu olan kamu idaresi (devlet, il özel idaresi, belediye, köy) tarafından doğrudan doğruya işletilebilir.

¹³⁰ Atilla İnan; “İdare Hukukunda Kamu Hizmetini Yerine Getirme Yöntemleri”, **Yerel Yönetim ve Denetim (Aylık Dergi)**, C. 5, S. 7, s. 48, Temmuz-2000

- Bir kamu hizmeti, o hizmetten sorumlu olan kamu idaresinin (devlet, il özel idaresi, belediye, köy) kurduğu diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından işletilebilir.

Bunlardan birincisine ‘emanet usulü’, ikincisine ise ‘kamu kurumu usulü’ denir.¹³¹

a) Emanet Yöntemi

Kamu hizmetinin kendi örgüt ve personeli kullanılmak suretiyle bizzat kamu kurumları tarafından yerine getirilmesine ‘emanet yöntemi’ denir.

Emanet yönteminin en belirgin ve usulü diğerlerinden ayıran niteliği hizmetin bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan yürütülmesidir. Ancak hizmetin mutlaka kamu hukuku kurallarına göre yürütülmesi zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla da hizmetin bağlı olacağı rejimin, yani kamusal ya da özel usullerle yürütülüyor olmasının bir önemi yoktur. Nitekim, ‘idari kamu kurumları’ tamamen İdare Hukuku ilke ve yöntemlerine bağlı bulunmalarına karşın, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi ‘iktisadi’ alanda etkinlik gösteren kamu kurumları Özel Hukuk kurallarına tabidir. Bu durumda idarî ve iktisadî kamu hizmetlerini ayırıcı asıl ölçütün **kamu hukuku ya da ondan etkilenen tüzel kişilik** olduğu söylenebilir.¹³²

Her ne kadar kamu iktisadi teşebbüsleri özel hukuka göre kurulmakta ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyet göstermekte iseler de, kamu iradesi ile kurulup malvarlıkları da kamusal kaynaklardan sağlandığına göre bunların da üstlendikleri kamu hizmetlerini ‘emanet yöntemi’ ile yürüttüklerini kabul etmek gerekir.¹³³

Emanet yönteminin diğer ayırıcı özelliklerine şunlar örnek gösterilebilir:

- Emanet yönteminde kamu hizmetini yürüten birimlerin hizmeti kuran ve üstlenen kamu idaresinden ayrı bir tüzel kişiliği yoktur.
- Emanet yönteminde kamu hizmeti, hizmetten sorumlu olan kamu idaresinin kendi örgüt, araç-gereç, personel ve malvarlığı ile yürütülür ve hizmetin gereklerine uygun yürütülmemesi halinde sorumluluk idareye aittir.

¹³¹ Gözler; 2002, s. 209

¹³² Gözübüyük; 1996, s. 246 ve Özay; 1996, s. 251

¹³³ Sıddık Sami Onar; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966, s. 43-44

b) Kamu Kurumu Yöntemi¹³⁴

Bu yöntem hizmetin, hizmetten sorumlu olan kamu idaresince doğrudan işletilmek yerine, kamu idareleri (devlet, mahalli idareler) tarafından kurulan ayrı bir kamu tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesi esasına dayanmaktadır.

Kamu kurumları tarafından yürütülen bütün kamu hizmetleri bu yönteme örnek gösterilebilir. Kamu kurumu yöntemiyle idari ve iktisadi kamu hizmetleri yürütülebilir. Üniversiteler idari kamu hizmeti yürüten kamu kurumlarına örnek gösterilebilirken, KİT'ler iktisadi kamu hizmeti yürütürler.

Bu yöntemin özellikleri ise şöyle sıralanabilir:

- Bir kamu hizmetini kamu kurumu yöntemiyle yürüten kuruluşun, kendisini kuran kamu idaresinden ayrı bir tüzel kişiliği vardır.
- Bu kamu kurumları kendilerini kuran kamu idareleri karşısında özerkliğe sahiptirler.
- Kamu kurumu yönteminde 'uzmanlık ilkesi'nin geçerli olması nedeniyle ilgili kamu kurumları sadece özgüledikleri kamu hizmetini yürütmek amacıyla faaliyet gösterebilirler.
- İlgili kamu kurumları mutlaka bir kamu idaresine (devlet veya mahalli idarelere) bağlıdır.

B) Kamu Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi

Kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesi kuraldır. Ancak bazı kamu hizmetleri özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından da yerine getirilebilmektedir.

Kamu hizmetleri özel hukuk kişileri tarafından başlıca dört şekilde yerine getirilebilir. Bunlar:

- Müşterek emanet,
- iltizam,
- ruhsat (izin),
- imtiyaz yöntemleridir.

Öğretide kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yerine getirilme usullerinin sayılanlardan ibaret olmadığı, bunların haricinde 'vekalet usulü' ve 'isimsiz

¹³⁴ Gözler, 2002, s. 210

sözleşmeler' gibi kamu hizmetini yerine getirme yöntemlerinin de bulunduğu ifade edilmektedir.¹³⁵ Belirtilen dört yöntemin açıklanmasına geçmeden önce vekalet ve isimsiz sözleşmeler yöntemlerine kısaca değinilebilir.

Vekalet Yöntemi: Vekalet yoluyla işletme usulü olarak da adlandırılan bu usule göre, bir özel hukuk kişinin kamu idaresi ile yaptığı bir sözleşme uyarınca, götürü bir gelir karşılığında kâr ve zararı kamu idaresine ait olmak üzere kamu hizmetlerinin yürütülmesi söz konusu olmaktadır. Müşterek emanet usulüne benzeyen bu usul, vekilin ücretlendirilmesi nedeniyle müşterek emanetten farklıdır.

İsimsiz Sözleşmeler: İdare ile özel kişiler arasında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak imtiyaz, müşterek emanet ve iltizam dışında başka tipte sözleşmeler yapılabileceği gibi, bu sözleşmelerin çeşitli unsurları kullanılarak karma bir sözleşme de yapılabilir. Nitekim Fransız hukukunda da bu tip sözleşmelerin yapılabileceği kabul edilmektedir.

Doktrinde Yap-İşlet-Devret modeline de kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından yürütülmesi usullerinden biri olarak yer verildiği görülmekteyse de,¹³⁶ 1999 yılı ve sonrasında yapılan anayasal ve yasal değişiklikler öncesi dönemde gerek doktrinde hakim olan görüşe,¹³⁷ gerekse de ilgili Yüksek Mahkeme kararlarına göre YİD ayrı bir özel hukuk sözleşmesi değil, bir idari sözleşme türü olan imtiyazın değişik bir **finansman modeli** olarak kabul edildiğinden, YİD'ye 'kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülmesi' kısmında değil, ayrı bir başlık altında ileride değinilmiştir.

Kamu hizmetlerinin özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesi yöntemlerinin en bilinen ve en sık kullanılanları olarak müşterek emanet, iltizam, ruhsat (izin) ve imtiyaz yöntemleri belirtilebilir. Aşağıda önce ilk üç yöntem kısaca açıklanmış; daha sonra da asıl inceleme konumuzu oluşturan imtiyaz yöntemine ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

¹³⁵ Gözler; 2002, s. 214

¹³⁶ Bkz. Gözübüyük; 1996, s. 247

¹³⁷ Nitekim bkz.: Özay; 1996, s. 252 "...son zamanlarda bir de yap-işlet-devret formülü ile anlatılan ve bizim icadımız olduğu söylenen bir usul de eklenmek isteniyorsa da, kanımca bu sonuncusu 'imtiyaz'dan başka bir şey olmadığından..." ve Lale Sirmen; "Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (Bildiriler-Panel)**", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996, s. 11

a) Müşterek Emanet Yöntemi

Yöntem, bir kamu hizmetinin hasar ve zararı kamu idaresine ait olmak üzere hizmeti yürüten özel hukuk kişisine gelirden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesi esasına dayanır.

Bu yöntemde idare ile özel hukuk kişisi arasında idari nitelikte karma bir sözleşme imzalanır. Hemen belirtilmelidir ki buradaki karmalık, yukarıda değinilen isimsiz sözleşmelerden farklıdır. Karmalık niteliği burada, aynen imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin hem idari düzenleyici hem de akdi hususları ihtiva etmesinden kaynaklanmaktadır.

Müşterek emanet sözleşmesinin en belirgin ve imtiyaz sözleşmesinden farkını oluşturan özelliği, hasar ve zararın kamu idaresine ait olmasıdır. Bu yöntemde sermaye idareye aittir. Özel hukuk kişisi hizmeti yürütmesinin karşılığı olarak hizmetten yararlananlardan aldığı ücretin bir kısmı ile masrafları karşılar. Ücretin diğer kısmı ise kamu idaresi ile özel hukuk kişisi arasında, aralarındaki sözleşmeye göre paylaşılır. Paylaşılacak bir fazlalık olmaması durumunda özel hukuk kişisi sözleşme hükümleri gereğince ya hiçbir şey elde edememekte ya da ancak kendi hakkını isteyebilmektedir. Böyle bir durumda eğer varsa zarar, idarenin sermayesinden veya payından karşılanmaktadır.¹³⁸

İmtiyaz sözleşmesinin geniş bir uygulama alanına sahip olmasına karşılık müşterek emanet sözleşmesinin ülkemizde sadece bir örneğinin bulunduğu ifade edilmektedir. Osmanlı İmparatorluğu döneminde 'sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi hizmeti' ile ilgili olarak yapılan sözleşmeler, müşterek emanet sözleşmesinin tek örneğidir.¹³⁹

b) İltizam Yöntemi

Bir özel hukuk kişisinin, kamu idaresi ile yaptığı kamu hizmetine ilişkin idari bir sözleşme uyarınca, idareye ödenmesi önceden kararlaştırılmış belli bir ücret karşılığı sermaye, kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere hizmeti yürütmesidir.

Günümüzde hiçbir uygulaması olmamasına rağmen özellikle Osmanlı İmparatorluğu döneminde vergi toplama işleri iltizam yöntemine göre özel hukuk

¹³⁸ Onar; 1966, s. 541

¹³⁹ Onar; 1966, s. 45

kişileri tarafından yerine getirilmiştir.¹⁴⁰ Cumhuriyet döneminde ise sadece göl ve nehirlerle deniz kenarlarındaki dalyanları işletmek için kullanılmıştır.¹⁴¹

Bu yöntemde kamu hizmetini veren idareye, iltizam veren; hizmeti yerine getiren özel hukuk kişisine, mültezim ve hizmetin yerine getirilmesine ilişkin sözleşmeye de 'iltizam sözleşmesi' denir.

İltizam sözleşmesine göre kamu hizmetini yerine getirmekle yükümlü olan özel hukuk kişisinin, hizmetten yararlananlardan aldığı ücretle idareye ödeyeceği ücret arasındaki fark, onun gelirini oluşturur.

c) Ruhsat (İzin) Yöntemi

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yukarıda sayılan diğer yürütülüş biçimlerinden farklı olarak ruhsat yönteminde, karşılıklı iradelerin uyuşması esasına dayanan bir idari sözleşme değil; tek yanlı bir idari işlemle özel hukuk kişisinin görevlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Ruhsat yönteminin söz konusu olması için ortak ve genel ihtiyaçlara cevap verici nitelikte bir hizmetin söz konusu olması gerekir.

Ruhsat yönteminin uygulanmasının seçimlik nitelikte iki şartı vardır. Bunlar:

- Ruhsat verilecek konuda yasa ile idare lehine bir tekel oluşturulmamış veya
- Belli bir özel hukuk tüzel kişisine 'imtiyaz' verilmemiş olmasıdır.¹⁴²

Türkiye'de toplu taşımacılık hizmetleri, özel eğitim kurumları ve hastaneler, özel radyo-televizyon yayınları kamu hizmetlerinin ruhsat yöntemiyle yürütülmesinin en bilinen örnekleridir.

Hizmetin ruhsatla yürütülmesi bir sözleşmeye dayanmadığından, tek taraflı ruhsat verilmesi işlemi, ilgili özel hukuk kişisine bir mükellefiyet yüklemeyiz. Bu nedenle özel hukuk kişisi herhangi bir yükümlülük altına girmesi söz konusu olmaksızın hizmeti yapmaktan her zaman vazgeçebileceği gibi; hizmeti usulüne uygun yürütmemesi ve hizmet gereklerine uygun hareket etmemek suretiyle hizmeti aksatması nedeniyle kamu idaresi tarafından verilen ruhsatın iptali halinde özel hukuk kişisinin kural olarak herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi bağlamında ruhsata konu olan faaliyetler

¹⁴⁰ Özay; 1996, s. 254, dn. 398

¹⁴¹ Gözübüyük; 1996, s. 246 ve Gözler; 2002, s. 213

¹⁴² Özay; 1996, s. 255

bir yandan idarenin kendisi tarafından ‘emanet’ usulü ile yürütülebilirken, diğer yandan kamu idareleri tarafından bazı kamusal kuruluşlara ‘imtiyaz’ olarak devredilebilir¹⁴³ ve ayrıca özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine aynı tür etkinliklerde bulunmak için izin (ruhsat) de verilebilir.

II) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

1) Tanım

Kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesine ilişkin yöntemlerden ilk üçüne değindikten sonra, asıl inceleme konumu oluşturan ‘imtiyaz’ yöntemini ayrı bir başlık altında ve geniş şekilde incelemenin uygun olacağı kanısındayım.

“Kamu hizmetinin ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak, Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine ‘imtiyaz usulü’ adı verilir.”¹⁴⁴

İmtiyaz yönteminin en önemli özelliği sermaye, kâr, hasar ve zararın özel hukuk kişisine ait olması ve imtiyaz sözleşmesi ile, imtiyazı alan özel kişiye sözleşmenin adından da anlaşılabilceği gibi bazı ayrıcalıkların (imtiyaz) tanınmış olması, özellikle de imtiyazı alan için söz konusu kamu hizmetinin bir tekel oluşturmasıdır.

Hatırlanacağı üzere ruhsat yönteminden bahsedilirken, ruhsat için gerekli olan iki seçimlik şarttan birinin söz konusu kamu hizmetinin ‘belli bir özel hukuk tüzel kişisine imtiyaz olarak verilmemiş olması’ olduğu ifade edilmişti. İmtiyaz sözleşmesinin imtiyazı alan lehine tekel oluşturma özelliği, onun ruhsat yönteminden ayrılmasını sağlayan farklardan birini oluşturmaktadır.

İmtiyaz yönteminde kamu hizmeti özel kişi tarafından, hizmetten yararlananlardan alınan ücret karşılığında ve kendi kâr ve zararına yürütüldüğünden,

¹⁴³ Özay; 1996, s. 250. Yazar, kamu hizmetinin bir kamu kurumuna tekel oluşturacak şekilde (imtiyaz olarak) devri halinde, hizmetin hangi yöntemle görülmekte olduğunun doktrinde ihtilafı olduğunu şu sözlerle ifade etmektedir: “Emanet usulü öğretide herkes tarafından kabul edilen bir görülüş biçimi sayılmaktaysa da, imtiyaz söz konusu olduğunda buna sahip olan belli tür bir kamu kurumu ise bu bazılarınca emanet, bazılarınca da (kanunla verilmiş) kamu hizmeti imtiyazı, dolayısıyla usulü sayılabilmektedir.” Ayrıca bkz. Lûtfi Duran; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 331 Nitekim Yayla’ya göre de asıl imtiyaz sözleşmesi, bir kamu hukuku tüzel kişisi ile özel hukuk tüzel kişisi arasında yapılandır. (Yayla; 1985, s. 123)

¹⁴⁴ Özay; 1996, s. 256, Ayrıca bkz. Metin Günday; İdare Hukuku, Ankara, 1998, s. 284

özel hukuk kişisi idarenin nam ve hesabına değil, kendi nam ve hesabına hizmeti yerine getirir.

İmtiyaz yönteminde, kamu idaresi ile anonim şirket niteliğindeki özel hukuk tüzel kişisi arasında idari bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmesi yapılır. Bu sözleşme, maddi yönden karma işlem niteliğindedir. Bu nitelik imtiyaz sözleşmelerine özgü olmayıp, idari bir sözleşme olmasının sonucudur.

İmtiyaz verme işlemi, 'sözleşme' ve 'şartname' olmak üzere iki işlemden oluşur. İmtiyaz sözleşmesi, idarenin tek yanlı olmayan işlemlerinden biri ise de, içeriğini oluşturan iki işlemten biri olan şartname, kamu hizmetinin niteliği gereği idareye özel hukuk tüzel kişisi karşısında bazı üstünlükler tanıyan bu arada idarenin tek yanlı iradesiyle değiştirebileceği düzenleyici hükümler içeren bir kural işlem niteliğindedir.

İmtiyazda, gerek şartname gerekse de imtiyaz işleminin içeriğine dahil olan diğer belgeler kural olarak idarenin tek taraflı iradesi ile belirlendiğinden ve diğer taraf idarenin tespit ettiği şartları sadece kabul veya reddetmek durumunda olduğundan imtiyaz sözleşmelerinin iltihaki sözleşme niteliğinde olduğu¹⁴⁵ ifade edilmekte ise de; iltihaki sözleşmelerde "...akdin hükümlerini taraflardan biri tespit etmekte diğer tarafa sadece bu akdi yapıp yapmama serbestisi kalmaktadır... Ancak, akdin bütün hükümlerinin önceden bir tarafça tespit edildiği hallerde iltihaki sözleşmeden söz etmek isabetli olur. Akdin bazı hükümleri taraflarca düzenlenip bazı hükümlerinde genel işlem şartlarına yollama yapılan hallerde artık 'iltihaki sözleşme' deyiimi kullanılamaz."¹⁴⁶ şeklindeki görüş karşısında, bu ifadenin isabeti şüphelidir.

Nitekim, bilindiği gibi imtiyaz sözleşmelerinin, işleme asıl iki yanlı işlem niteliğini veren, taraflardan biri olan özel hukuk kişisinin sahip olduğu mali konulardaki hakları ile ilgili kısmı sübjektif nitelikte hükümler içermekte olduğundan, bu kısmın sadece idarenin iradesi ile değil, tarafların karşılıklı iradeleri ile belirlenmesi karşısında imtiyaz sözleşmelerinin 'iltihaki sözleşme' niteliği iyice tartışmalı hale gelecektir.

İmtiyaz sözleşmeleri, genellikle çok büyük alt yapı yatırımlarını gerektiren hizmetlerin yürütülmesi için yapıldığı ve yüksek miktarda sermaye gerektiren bu tip faaliyetlerde özel hukuk kişisinin yaptığı sermaye harcamasını geri alarak kâra

¹⁴⁵ Gözler, 2002, s. 185

¹⁴⁶ Kemal Oğuzman; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995, s. 19-20

geçebilmesi çok uzun bir süreyi gerektirdiğinden sözleşme 40-50 yıl gibi uzun bir süreyi kapsamakta ve sürenin bitiminde kamu hizmeti bütün tesis ve işletmeleri ile birlikte ve her türlü borçlarından arınmış olarak, sözleşme hükümleri çerçevesinde genellikle de bedelsiz olarak idareye geçmektedir.

Belediye Kanunu'nun 19/A maddesine göre mahalli idareler de yerel nitelikli bazı kamu hizmetlerini imtiyaz usulü ile yaptırabilirler. Mahalli idarelerde idari nitelikte bir işlem olan kamu hizmetlerinin imtiyaz suretiyle gördürülmesi kararı, ilgili idarenin karar organı tarafından verilir. Belediyelerde, belediye meclisi tarafından alınan imtiyaz verilmesi kararı, vesayet denetimi çerçevesinde İçişleri Bakanlığı'nın onayı ile yürürlüğe girer.

İleride yer verilmiş olan AYM kararlarıyla, yap-işlet-devret modeline göre yapılan kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerin gerçekte birer imtiyaz sözleşmesi olduğu ve imtiyaz sözleşmelerinin de kanunla idari yargı denetimi dışına çıkarılamayacağı esası benimsendiği için önce yap-işlet-devret modeline değinilmelidir.

2) Yap – İşlet - Devret Finansman Modeli

A) Kavram Sorunu: Model mi, Sözleşme mi?

Yap-işlet-devret doktrinde ve uygulamada gerek sözleşme gerekse de bir model¹⁴⁷ olarak kabul edilmektedir. İsim sorunu önemsiz gibi görünmekteyse de gerçekte öyle değildir. İsim bir bakıma hukuksal niteliğin göstergesidir.

Yap-işlet-devret modelinde tahkim sorununun çözümünün de, konu ile ilgili mevzuat değişikliğinden önceki dönemde haklı olarak yap-işlet-devretin hukuki niteliğinin saptanmasına bağlı olduğu ifade edilmekteydi.¹⁴⁸

Şöyle ki yap-işlet-devretin sözleşme olarak kabul edilmesi halinde yasama organının yeni bir model öngören ve özel hukuka tâbi bir sözleşme ihdas ettiği izlenimi olduğu halde; bir sözleşme olarak değil de finansman modeli olarak kabul edilmesi halinde ise yasamanın nevi şahsına münhasır yeni bir sözleşme ihdas

¹⁴⁷ "...altyapı yatırımlarında klasik devlet borçlanmasının haricinde bir finansman modeli olarak kullanılan YİD modeli..." (Serdar Paksoy; "Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim", **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 159)

¹⁴⁸ Yiğitgüden; 1999, s. 101 (Görüş Prof. Dr. Erden Kuntalp'e aittir.)

etmeyip sadece kamu hizmetinin görülme yöntemlerine dair mevcut sözleşmelere (imtiyaz sözleşmelerine) yeni bir finansman modeli getirdiği izlenimi oluşmaktadır.¹⁴⁹ Şüphesiz bu izlenimlerin pratikte, yasama organınca anayasal veya yasal bir kamu hizmeti tanımı yapılmadıkça hiçbir önemi yoktu. Bu konuya ileride ‘çözüm önerileri’ kısmında değinilmiştir.

B) Yap – İşlet – Devret Modeli

YİD Modeli ülkemizde ilk olarak 1980’li yılların başlarında iç finansman kaynaklarının yetersizliği karşısında önemli alt yapı yatırımlarının gerçekleştirilememe riski nedeniyle izlenmeye başlanan özelleştirme stratejilerinin bir sonucu olarak gündeme gelmiştir. Amaç, alt yapı yatırımlarının gerçekleştirilebilmesi için yetersiz iç finansman kaynakları yanında ve yerine, gerek milli ve gerekse milletlerarası sermayeden yararlanmaktır. Bu durum 3996 sayılı ‘Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun’un gerekçesinde de şöyle ifade edilmiştir:

“Ülke kalkınmasında önem taşıyan, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve yaygın bir işletmecilik anlayışında yapılması yararlı olan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin yanı sıra, Türk kanunlarına göre kurulmuş olan sermaye şirketleri ve Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre Türkiye’de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı şirketlerin de görevlendirilmesi, kamunun kıt kaynaklarının en gerçekçi biçimde kullanılması açısından büyük önem taşımaktadır.

Kanun’da öngörülen yatırım ve hizmet alanlarında, rekabetçi bir ortamın oluşturulması, finansman ve yönetim açısından kendine yeterli bir modelin geliştirilmesi ile devletin bütçe imkanlarının daha ağırlıklı kamu hizmetlerine kaydırılarak, özel sektör ve yabancı kuruluşların söz konusu yatırım ve hizmet alanlarına çekilmesi, ekonomik kaynak sorunlarına çözüm getireceği gibi hedeflenen gerçekçi büyüme doğrultusunda yatırımların hayata geçirilmesi, yeni iş olanaklarının yaratılması ve işsizliğin giderilmesi konularında da yardımcı olacaktır.”¹⁵⁰

¹⁴⁹ Bkz.: Zabunoğlu; 1996, s. 51

¹⁵⁰ R.G., T. 19.12.1984

C) Yap – İşlet – Devret Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği

YİD sözleşmelerinin hukuksal niteliğinin tespit edilebilmesi için ilk bakılması gereken kaynak sözleşmeyi ihdas eden yasal düzenlemelerdir. Ayrıca konu ile ilgili olarak doktrinde yapılan çalışmalar ve mahkeme kararları da hukuki niteliğin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

a) Hukuksal Düzenlemelere Göre Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin Niteliği

YİD Modeline ilişkin ilk hukuki düzenleme -her ne kadar kanunda YİD ismi geçmiyorsa da- 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun” ile enerji sektöründe yapılmış olan düzenleme ve ona ekli uygulama yönetmeliğidir.¹⁵¹ Daha sonraki dönemde yapılan aynı modele ilişkin diğer bir düzenleme de 2.6.1988 tarih ve 3465 sayılı “Kara Yolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”dur.

Bütün bu düzenlemelerden sonra 08.06.1994 tarih ve 3996 sayılı ‘Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun’ çıkarılmıştır. Her ne kadar öğretilerde bu kanunun ‘modele genel bir çerçeve kazandırmak amacıyla’¹⁵² yürürlüğe konduğu ifade edilmekteyse de, kanunun ihdas sürecine kısaca değinmek tek amacın bu olmadığını gösterecektir.

1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun hükümlerine göre elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme müsaadesinin verilmesi, ‘görev sözleşmesi’ ve ‘işletme hakkı devir sözleşmesi’ olmak üzere iki sözleşme ile gerçekleştirilmekteydi. Bunlar, ‘elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi üzerine yapılacak görev sözleşmesi ile görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (KİT’ler dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesi sonucu yapılacak işletme hakkı verilmesi

¹⁵¹ R.G., T. 23.02.1987, S. 19381

¹⁵² Uğur Emek; “Yap-İşlet-Devret (YİD) ve (Yİ) Modellerinin Türkiye Uygulaması: Kamu İmtiyazı Kavramı ve Uluslararası Tahkim Konularında Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (1. Enerji Şurası Kapsamında Oluşturulan ‘11. Numaralı Enerji Sektörüne Özel Sektörün Katılımı... Alt Komisyonuna Sunulan Tartışma Metni’, **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü (Ek III)**, s. 61

sözleşmesi'dir.¹⁵³

Bir süre sonra bu sözleşmelerin aslında imtiyaz sözleşmesinden başka bir şey olmadığı, dolayısıyla da bu sözleşmelerde de imtiyaz sözleşmeleri için Anayasa ve 10.6.1910 tarihli 'Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un öngördüğü usule uyulması gerektiği şeklinde görüşler ortaya atılmaya başlanmıştır. Bunun üzerine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı bu konudaki belirsizlik ve tereddütlerin giderilmesi amacıyla 26.2.1992 tarihinde Başbakanlığa yazdığı bir yazı ile konu hakkında Danıştay'dan istişari mütalaa alınmasını talep etmiştir.

Danıştay 1. Dairesi 24.9.1992 tarih ve 992-294 sayılı kararı ile; "kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesinin söz konusu olduğu, söz konusu sözleşmelerin (YİD sözleşmelerinin) de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bütün özelliklerini taşıması nedeniyle imtiyaz sözleşmeleri için mevzuatta öngörülen usule uyularak yapılması gerektiği"¹⁵⁴ şeklinde görüş belirtmiştir.

Bu karardan sonra Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı 3096 sayılı Kanun'a 'Bu kanuna göre yapılacak sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olur, imtiyaz teşkil etmezler' şeklinde bir madde eklenmesine ilişkin 28.05.1993 tarihli bir kanun tasarısını Başbakanlığa göndermişse de, Başbakanlık 10.06.1993 tarihli cevap yazısında '3096 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin imtiyaz sözleşmelerinin bütün unsurlarını taşıması nedeniyle, bu kanuna göre görevlendirilen şirketlerle yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunun açık olduğu, sözleşmelere özel hukuk hükümlerinin uygulanmasının Anayasa'ya aykırılık oluşturacağını ileri sürerek Bakanlığın hazırladığı tasarıya itibar etmemiştir.¹⁵⁵

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın imtiyaz sözleşmeleri için Anayasa ve kanunların öngördüğü Danıştay incelemesinden kaçmak ve YİD sözleşmelerinde milletlerarası ticari tahkime gidilebilmesini sağlamak için, 3096 sayılı Kanun'da öngörülen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi değil, müşterek emanet sözleşmesi

¹⁵³Turgut Tan; "İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi", YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara, 1996, s. 24

¹⁵⁴ Danıştay 1. Dairesi; 24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294, (Danıştay Dergisi, 1993, S. 87/b, s. 33-40)

¹⁵⁵ Yiğitgüden; 1999, s. 94

olduğunu ileri sürmek suretiyle Anayasa ve ilgili kanunları dolanma girişimi de hukuk çevrelerinde kabul görmemiştir.

Bütün bu yorum ve değerlendirmeleri dikkate alan ve Danıştay'ın 'Aktaş'¹⁵⁶ davasında işletme hakkı devir sözleşmesini 'imtiyaz' olarak nitelendirmek suretiyle iptal etmesinden de tedirgin olan Bakanlar Kurulu'nun girişimiyle 22.2.1994 tarihinde 3974, 08.06.1994 tarihinde de 3996 sayılı Kanunlar çıkarılmıştır.¹⁵⁷

3974 sayılı 'Elektrik Hizmetlerinin Özelleştirilmesine İlişkin Kanun ile özel sektörün enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurması ile ilgili sözleşmelerin **imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulması** hususu hükme bağlanmıştır.

3996 sayılı 'Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde ise "Yüksek Planlama Kurulu tarafından belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında **imtiyaz teşkil etmeyen nitelikte** bir sözleşme yapılacağı, bu sözleşmelerin **özel hukuk hükümlerine tabi olacağı**" hususu hükme bağlanmıştır.

Elektrik enerjisi üretimi ile ilgili sözleşmeler de 3996 sayılı Kanun'un kapsamına alınmışsa da daha sonra 3.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren 4047 sayılı Kanun ile bu kanunun kapsamından çıkarılmıştır. YİD Modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek enerji sektörüne ilişkin projeler bir süre 1984 tarihli 3096 sayılı Kanun kapsamında yürütüldükten sonra 20.12.1999 kabul tarihli 4493 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılmasına İlişkin 3996 sayılı Kanun'un Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun"un 1. maddesiyle 'elektrik üretim, iletim ve ticareti' ibaresinin 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesine

¹⁵⁶ Danıştay Aktaş olayı dolayısıyla verdiği kararda şu görüşlere yer vermiştir: "Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir süre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir...mevzuatın ve dava konusu sözleşmelerde mevcut hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'nin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bütün unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır."

Danıştay 10. Dairesi; 29.4.1993, E.1991/1, K.1993/1752

¹⁵⁷ Özay; 1996, s. 264

eklenmesiyle yeniden 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

Görüldüğü gibi konu ile ilgili hukuki düzenlemelerde, yap-işlet-devret sözleşmeleri olarak isimlendirilen bu sözleşmelerin, idare hukuku imtiyaz sözleşmelerinden farklı olduğu ve özel hukuka tabi olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla yasal düzenlemelerin YİD Sözleşmeleri'ni özel hukuka tâbi 'kendine özgü bir sözleşme'¹⁵⁸ niteliğinde kabul ettiği söylenebilir.

b) Yüksek Mahkemelerin Nitelendirmesi

aa) Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay bu konudaki düşüncesini ilk olarak yukarıda da değindiğimiz 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu'nun ortaya çıkış süreci esnasında verdiği bir danışma kararında da göstermiştir.

Danıştay bu kararında şu görüşlere yer vermiştir:

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur.”

Kararın devamında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetinin kurulmasını ve işletilmesini konu edinen idari bir sözleşme olduğunu ifade eden Yüksek Mahkeme, “...kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kâr ve zararına olarak kurulur ve işletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, idarenin kendisine devrettiği tahsil hakkıdır. Ayrıca, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak olan bedel veya ücret, esasları kanunla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur ve son olarak kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir devre için verilir...bu karakterlerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır.”¹⁵⁹ demiştir.

Danıştay'a göre yukarıda açıklanan nedenlerle, yap-işlet-devret sözleşmesi olarak isimlendirilen 3096 sayılı Kanun kapsamındaki iki tip sözleşmeden, hem üretim şirketi sözleşmesi hem de görev şirketi sözleşmesinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden hiçbir farkı yoktur ve bu nedenle de gerek üretim şirketi

¹⁵⁸ Sirmen; 1996, s. 15

¹⁵⁹ Danıştay 1. Dairesi; 24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294, (Danıştay Dergisi, 1993, S. 87/b, s. 33-40)

sözleşmesi gerekse görev şirketi sözleşmesi imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıyor olmaları nedeniyle imtiyaz sözleşmesi niteliğindedirler.

bb) Konu ile İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları

Gerek 3974 gerekse 3996 sayılı Kanun'ların bazı maddelerinin Anayasa'ya ve ilgili kanunlara aykırı olduğu iddiasıyla AYM'ye yapılan iptal başvuruları sonuç vermiş ve söz konusu maddeler AYM tarafından iptal edilmiştir. Aşağıda ilk olarak AYM'nin iptal kararlarından önce, bu kararların verilmesinde esas alınan ilgili mevzuata yer verilmiş daha sonra ise AYM'nin iptal kararları incelenmiştir.

AYM'nin konu ile ilgili iptal kararlarını verdiği sıradaki hukuki durum:

- Anayasa m. 155/2: “Danıştay davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve **imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek** idari uyuşmazlıkları çözümlmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”
- 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun ‘Danıştay’ın Görevleri’ başlıklı 23. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi: “Danıştay tüzük tasarılarını ve **imtiyaz sözleşmelerini inceler.**”
- 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun ‘İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay’da Görülecek Davalar’ başlıklı 24. maddesinin 1. bendinin (j) alt bendinin son satırı: “**imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler.**”
- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ‘İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı’ başlıklı 2. maddesinin 1. bendinin (c) alt bendine göre: “Genel Hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” idari dava türleri arasında sayılmaktadır.
- 3996 sayılı Kanun m. 5: “Yüksek Planlama Kurulu'nca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir.”

Anayasa Mahkemesi ilk olarak 3974 sayılı Kanun'un bazı maddelerini iptal etmiştir. İptal edilen 22.2.1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun'un ek 5. maddesi ile ‘Enerji Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin

3291 sayılı Kanun'a dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurmak veya işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre, üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin 'özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu' ve '**imtiyaz teşkil etmeyeceği**' hususu düzenlenmiştir. Kararda özetle şu görüşler dile getirilmiştir:

"...Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir....

...İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir 'idari sözleşme' uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine 'imtiyaz' denir. ...Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler 'kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri' olarak tanımlanmaktadır..."¹⁶⁰

Anayasa Mahkemesi bu kararın ardından YİD Modelini düzenleyen 3996 sayılı Kanun'un bazı maddelerini iptal ettiği kararında, ilgili kanunda özel hukuk hükümlerine bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin idari sözleşme olduğunun kuşkusuz olduğunu ifade ettikten sonra şu görüşlere yer vermiştir:

"...Anayasa yargısı alanında bir hizmetin 'kamu hizmeti', bir sözleşmenin de 'imtiyaz sözleşmesi' olup olmadığı **niteliğine bakılarak** saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz."¹⁶¹

¹⁶⁰Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı...

¹⁶¹Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 32, s. 159-166) "Anayasa Mahkemesi'nin, yalnız yap-işlet-devret modeline ilişkin yasal düzenlemeler konusunda verdiği kararlarda değil, fakat daha önceki kararlarındaki yaklaşımı da (kamu hizmetinin mutlaka devlet veya kamu tüzel kişilerince yerine getirilmesinin zorunlu olmadığını belirtmekle birlikte) kamu hizmeti imtiyazını, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yolu gibi kabul yönündedir." (Tan; 1996, s. 28)

AYM, daha önce verdiği bir çok kararında da somut bir pozitif hukuk normunu esas almak yerine **nitelik denetimi** yapmış; bu durum doktrinde yoğun şekilde eleştirilmiştir. (Bkz: s. 83 vd.)

Bu kararlara göre enerji üretimi, iletimi ve dağıtım etkinliği kamu hizmeti olarak kabul edilmiş, YİD sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen gerekçelere dayanarak 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci cümlesinde geçen "...imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte..." ifadesiyle, "Bu sözleşme özel hukuka tabidir." şeklindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oy birliğiyle,

İptal nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı yasanın 14. maddesinin ikinci tümcesini oluşturan "Bu kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafi Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz." kuralının iptaline oy çokluğuyla karar vermiştir.¹⁶²

Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki kararları öğretilde, "Kamu hizmetinin en iyi hangi yöntemle gerçekleştirileceğine karar verme, halkın iradesini temsil eden yasama organının takdirindedir. Bu takdir sadece somut anayasa hükümleriyle sınırlanabilir. 'Niteliği gereği' veya 'önemli' kamu hizmetleri gibi soyut ve muğlak bir takım kategoriler yaratılarak, bu takdirin sınırlanması önemli bir meşruiyet sorunu yaratmakta ve hukuk devleti ilkesini zedelemektedir."¹⁶³ denilerek eleştirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararlarını, kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazı kavramlarının kendi görüşüne göre ifade ettiği anlamı esas alarak vermiştir. Öğretilde ve mahkeme kararlarında bir çok kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazı tanımına rastlanmaktaysa da Anayasa'da ve yasalarda kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları tanımlanmamıştır. Anayasa mahkemesi'nin iptal kararı vermesinde en önemli etkenlerden biri de budur.

Özellikle kamu hizmeti kavramının günümüzde kazandığı anlam ile Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararlarında benimsenen kamu hizmetinin geleneksel anlamı

¹⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 32, s. 159-166) Bu kararın eleştirisi için bkz.: Birsnel; 2001, s. 120-128

¹⁶³ Ali Ulusoy; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramı, "Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti", Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 22

tam olarak örtüşmemektedir. Eğer Anayasa veya kanun düzeyinde günümüzün kamu hizmeti anlayışına uygun bir kamu hizmeti tanımına yer verilmiş olsaydı, bu tür bir dava karşısında Anayasa Mahkemesi, kanunda yap-işlet-devret olarak nitelenen sözleşmenin gerçekte kendi yaptığı kamu hizmeti tanımı gereğince imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu görse de, yasal tanıma bakarak sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin olmadığını tespit etmesi halinde iptale karar veremeyecekti.¹⁶⁴

Ancak bu görüş, günümüzde bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının yer ve zamana göre yasamanın veya yetkisi varsa idarenin takdirine bağlı olup, hukuki düzenlemelerle bir kamu hizmeti tanımı getirilmesinin son derece değişken¹⁶⁵ bir niteliğe sahip olan kamu hizmeti kavramında kalıplaşmaya ve değişen hayat şartları ile uyumsuzluğa neden olacağı gibi düşüncelerle eleştirilmektedir.

Adli-İdari yargı ayırımının ve Türk İdare Hukuku'nun kaynağını teşkil eden Fransız hukukunda, Fransız Anayasa Konseyi'nin aynı konu hakkındaki yaklaşımı, Türk Anayasa Mahkemesi'nin tutumuna göre son derece farklıdır.¹⁶⁶ Konsey'in 1986 yılından itibaren artık yerleşmiş olan kamu hizmeti anlayışının iki önemli özelliği vardır:

- Birincisi, kamu hizmetini Konsey, siyasi iradenin (yasa koyucunun) toplumun değişen ve zorunlu ihtiyaçlarından kamu hizmeti olarak damgalanmasını uygun gördüğü faaliyet olarak tanımlamakta ve dolayısıyla niteliği (doğası) gereği kamu hizmeti şeklinde, soyut ve kriteri belli olmayan bir kamu hizmeti anlayışını kabul etmeyerek, bizzat somut Anayasa ve yasa hükümlerine dayanmaktadır.
- İkinci olarak da Konsey, yasa koyucunun Anayasa'nın bazı hükümlerinde devletin üstlenmesi zorunlu tutulan bazı kamu hizmetlerini, Anayasa'nın bu hükümleri değişmeden ortadan kaldıramayacağını ifade etmektedir.

¹⁶⁴ Anayasal veya yasal düzeyde bir kamu hizmeti tanımı getirilmesi yönündeki görüş için 'çözüm önerileri' kısmına bkz. s. 106 vd.

¹⁶⁵ “..Kamu hizmetlerinin nitelikleri ve büyüklüğü sürekli olarak değişim eğilimindedir.” (F. Rıfat Ortaç; İktisadi Verimlilik Açısından Bir Hizmetin Devlet Tarafından veya Özel Sektörce Yürütülmesi, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti”, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 47)

¹⁶⁶ Ulusoy; 2001, s. 6-7

Burada hemen belirtilmelidir ki, Konseyin kamu hizmeti anlayışının birinci özelliği Türk Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmemekte ve mahkemenin kamu hizmeti anlayışını büyük oranda ikinci özellik şekillendirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli tarihlerde verdiği bir kısım kararlarında bu yaklaşım açıkça görülmektedir.¹⁶⁷

Bu kararlara göre, Yüksek Mahkeme tarafından '**önemli**' olarak nitelenen sağlık, elektrik hizmetleri, eğitim ve öğretim, dış ticaretin düzenlenmesi gibi hizmetler, Anayasa'da açıkça zikredilmiş olmasalar da, '**doğaları gereği önemli kamu hizmetleri**' olup, yasa koyucunun iradesi de dahil hiçbir hukuki düzenleme ile kamu hizmeti olma nitelikleri kaldırılamaz.¹⁶⁸

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında Fransız Anayasa Konseyi'nden farklı olarak kamu hizmeti niteliğinin tespitinde Anayasa'dan belli bir hükmü dayanak göstermek yerine, '**önemlilik**' ve '**zorunluluk**' gibi keyfi ve sübjektif değerlendirme ürünü kriterlere yer verilmesi hukuki güvenlik ilkesiyle çeliştiği gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir.

Diğer yandan nitelik denetimi idare hukukunda geçerli olan 'yetkide paralellik' ilkesine de aykırıdır. Bilindiği gibi bu ilke ile bir işlemi yapmada yetkili olan makamın, onu kaldırmada da yetkili olacağı ifade edilmektedir. Halbuki Anayasa Mahkemesi nitelik denetimi sonucunda, kamu hizmetini kanunla kuran yasamanın kendi kurduğu bazı kamu hizmetlerinin bu niteliğine son veremeyeceğini ifade etmek suretiyle 'yetki paralelligi' ilkesine aykırı hareket etmiştir.¹⁶⁹

Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmetinin tespitinde somut Anayasa ve yasa hükümleri yerine, keyfi ve sübjektif değerlendirme ürünü bazı kriterleri kullanarak kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin bütün sözleşmelerin idare

¹⁶⁷ Örneğin Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 32, s. 159-166)

¹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ali Ulusoy; "Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi", ('Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler' konulu panelde sunulan tebliğ), Ankara, 1999

¹⁶⁹ Gözübüyük; 1996, s. 244, "İdare hukukunda geçerli olan yetki paralelligi ilkesinin yasama organı bakımından iki istisnası olduğu söylenebilir. İlk olarak yasama kamu hizmetlerini kanunla kurabilecekse de, AYM'nin nitelik denetimi nedeniyle bazı faaliyetleri kamu hizmeti olmaktan çıkaramayacaktır. İkincisi de şudur, yasama Anayasa'da yer alan ve doktrinde 'zorunlu kamu hizmetleri' olarak nitelenen bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olma niteliklerine son veremeyecektir."

hukukuna ve idari yargıya tâbi olduğuna karar vermesi nedeniyle karşımıza idari yargı ile adli yargı yolları ayırımının nasıl mümkün olacağı sorunu çıkmaktadır.

Bilindiği gibi ülkemizde Kıta Avrupa'sı hukuklarında olduğu gibi idari yargı ile adli yargı ayrıdır. İdari ve adli yargı ayırımına anayasal düzeyde yer verilmesi halinde, bu iki yargı düzenini birbirinden kesin olarak ayırt etmeye yarayacak kriterlerin de hukuki düzenlemelerde yer alması şarttır. Böylece yargı yolu uyuşmazlığı çıkma ihtimali çok azalacağı gibi Uyuşmazlık Mahkemesi'ne de çok istisnai bazı durumların dışında gidilmeyecek, hem zaman yönünden hem de mali yönden küçümsenemeyecek bir tasarruf sağlanmış olacaktır. Böyle bir kriterin sözleşmeler hukuku alanında da bir fonksiyonu olacak ve bu kritere bakılarak bir sözleşmenin idare hukukuna tabi bir idari sözleşme mi, yoksa özel hukuka tabi bir sözleşme mi olduğu kolaylıkla tespit edilebilecektir.

“Yönetmelik yargı ile adli yargının görev alanlarının belirtilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Yasalarda yer alan kuralların bu açıdan kimi kez yetersiz olduğu görülmektedir. Yasalarda açık bir hüküm bulunmayan durumlarda bir konunun yönetmelik yargının görev alanı içine girip girmediğini saptamak için çeşitli ölçütler kullanılmış ve kullanılmaktadır.”¹⁷⁰

Uygulamada yargı yolu uyuşmazlıklarını gidermekle görevli olan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatlarıyla bazı ölçütler geliştirilmiştir. Ancak ne yazık ki bu içtihatlar da istikrarlı bir uygulama sağlamaktan uzaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari-adli yargı arasındaki görev alanı ayırımını tespit ederken kullandığı ölçütler şunlardır:

- **Hakimiyet – Temşiyet (Eşitlik) Ayırımı**

Bu ölçüt görev alanının tespitinde idarenin kamu erkini kullanarak yaptığı işlemler ile kamu erkini kullanmadan yaptığı işlemler ayırımını esas almakta ve kamu erkinin kullanılması suretiyle yapılan işlemlerin yönetmelik yargının görev alanına, diğerlerinin ise adli yargının görev alanına gireceğini kabul etmektedir.

İlk gruba giren işlemlere hakimiyet tasarrufu, ikinci gruba girenlere de temşiyet tasarrufu denmiş ve görev alanları ayırımında kriter olarak **kamu erki** kriteri kabul edilmiştir. Böylece Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatları ile adli-idari yargı arasındaki görev ayırımında esas alınan ilk kriterin **kamu erki** olduğu söylenebilir.

¹⁷⁰ A.Şeref Gözübüyük; “Yönetmelik Yargı”, 11. Bası., Ankara: Turhan Kitabevi, 1997, s. 78-87

- **Kamu Hizmeti Ölçütü**

Uyuşmazlık Mahkemesi daha sonra verdiği kararlarda kamu erki ölçütünü terk ederek kamu hizmeti ölçütünü kullanmaya başlamıştır. Bu ölçütlere göre bir işlem, eylem ya da sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması, bunların kamu hizmeti amacıyla yapılması halinde söz konusu işlemin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi idari yargının, konu ve/veya amacın kamu hizmeti olmaması halinde ise adli yargının görev alanına girer.¹⁷¹

Sonuç olarak sözleşmeler alanı söz konusu olduğunda, kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan bir sözleşmenin (en azından şimdiye kadar) idari sözleşme haline geldiği, idari yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir.¹⁷²

- **Yönetmel İşlem - Yönetmel Eylem - Yönetmel Sözleşme Ölçütü**

Danıştay Kanunu ve idari yargı ile ilgili belli başlı kanunlar Danıştay'ın ve İdare Mahkemeleri'nin görevlerini belirtirken 'idari işlem', 'idari eylem' ve 'idari sözleşme' kavramlarını kullanmışlardır. Uyuşmazlık Mahkemesi de idari yargının görev alanını belirlerken, öğretide bu kavramlara verilen anlamlardan da yararlanarak söz konusu kavramları yargı yolu ayırımının tespitinde ölçüt olarak kullanmaktadır.

Görüldüğü gibi görev alanının belirlenmesinde Uyuşmazlık Mahkemesi çeşitli ölçütler geliştirmiştir. Esasen idari yargı – adli yargı ayırımını esas alan Türk hukuk düzeninin, bu iki ayrı yargı yolunu ayırt etmeye imkan sağlayacak bir kriter göstermemiş olması karşısında meselenin içtihatla halli kaçınılmaz olmaktadır.

Ancak bu içtihadî ölçütler de ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğu gibi ölçüt olarak kullanılan kavramların içerik yönünden belirsiz olması subjektif değerlendirmeleri beraberinde getirmektedir. Bu belirsizlik kendisini bilhassa kamu hizmeti ölçütünde göstermektedir.

“Bilindiği gibi ‘kamu hizmeti’ belirsiz kavramlardandır, anlamı çoğu kez kullanıldığı yere göre değişmektedir.”¹⁷³ İçeriği belirsiz olup kullanıldığı yere göre

¹⁷¹“Anayasa ve ilgili mevzuatta yapılan son değişikliklerle, “kamu hizmetlerinin tümü idare hukukuna tâbi olmayıp, bazıları özel hukuka da tâbi kılındığından, kamu hizmeti ölçütü idare hukukunun düzenleme alanını belirlemede yetersiz hale gelmiştir. Bu nedenle, son tahlilde, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesi yasama organının takdiri içinde olmaktadır.” (Emek; 2001, s. 24)

¹⁷² Gülan; 2001, s. 144

¹⁷³ Gözübüyük, 1997, s. 79

değişen, yasal bir tanımı olmadığı gibi doktrinde üzerinde uzlaşılan tek bir tanımı da bulunmayan bir kavramın Anayasa Mahkemesi tarafından idari yargının görev alanının tespitinde esas alınması doktrinde eleştirilmiş ve söz konusu iptal kararlarının sübjektif bir değerlendirmenin ürünü olduğu haklı olarak ifade edilmiştir.¹⁷⁴

3) Yap – İşlet - Devret Sözleşmeleri İmtiyaz Sözleşmesi Sayılabilir mi?

Anayasa ve konuyla ilgili mevzuatta imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay tarafından **inceleneceği** ve bu sözleşmelerin uygulanması safhasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların idari dava olarak Danıştay'da çözümleneceği ifade edilmişse de, Anayasa'da ve diğer hukuki düzenlemelerde kamu hizmeti kavramına ve kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerine bir tanım getirilmediği daha önce de ifade edilmişti.

Bu durumda çeşitli unsurları ve ölçütleri göz önünde bulundurmak suretiyle bu kavramları tanımlamak doktrine ve mahkemelere düşmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen her iki kararında da kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarına açıklık getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu hizmeti, 'devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.'

Anayasa Mahkemesi imtiyazı ise şöyle tanımlamaktadır: 'Kamu hizmetinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca, özel hukuk kişilerinince yürütülmesidir.'

Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanan kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının içerdiği unsurlar ve konu ile ilgili yasal düzenlemelerin içerdiği hükümler, 'eğer ortada bir kamu hizmeti varsa 'Yap-İşlet-Devret' modeli diye anılan bu usulün 'imtiyaz'dan başka bir şey olmadığını kanıtlamaktadır.'¹⁷⁵

¹⁷⁴ Emek; 1999/1, s. 69

¹⁷⁵ Özay; 1996, s. 263

Doğru Yol Partisi Grubu adına Grup Başkanı tarafından Anayasa Mahkemesine, 12.5.1994 tarihinde gönderilen bir yazılı açıklamada, “Anayasada imtiyaz sözleşmelerinin tanımlanmadığı; bu nedenle imtiyaz sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tayininin Anayasa’ya bakılarak değil, bunu düzenleyen yasa hükümlerine bakılarak yapılması gerektiği” ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise ‘bu savın aynı zamanda, imtiyaz sözleşmesi Anayasa’da tanımlanmadığı için hangi sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamına gireceğine ya da bu kapsamdan sayılmayacağına yasa koyucunun karar vermesi ve onun da Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi tutulmaması görüşünü içerdiğini’ mütalaa ederek, başvuruyu kararında şöyle değerlendirmiştir:

“...Oysa Anayasa yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi olup olmadığı **niteliğine bakılarak** saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz.”

Doktrinde Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı eleştirilmiş ve getirilen kamu hizmeti tanımının objektivist nitelikte olduğu ileri sürülerek, ‘bu içtihattan, kamu hizmeti «niteliğindeki» faaliyetlerin hangileri olduğunu da son tahlilde ancak Anayasa Mahkemesi’nin belirleyebileceği anlamının çıkmakta’ olduğu; ‘hatta bu içtihadın, doğuştan kamu hizmeti olarak «vaftiz edilen» bu faaliyetleri Anayasa koyucunun bile kamu hizmeti olmaktan çıkaramayacağı gibi bir sonuca götürebileceği’ ifade edilmiştir.¹⁷⁶

Nitekim, Ltfi Duran’a göre de, “«nitelikçe» kamu hizmeti olan bir faaliyet zaten yoktur ve düşünülemez. Çünkü insanların faaliyetleri, kamusal ve özel kesimlere, özlerinin ve niteliklerinin gereği ve zorlaması ile değil, belli bir dönemde ve belli bir yerdeki topluma egemen olan iktisadî ve sosyal sistemin ibrazı, yani belirli irade ile ayrılır. Binaenaleyh, her faaliyet kamu hizmeti olmaya elverişlidir ve fakat bu niteliği kazanması veya yitirmesi yer ve zaman koşulları uyarınca, siyasi yöneticilerin iradesine bağlıdır.”¹⁷⁷

Nitekim bu görüş çeşitli yazarlardan da destek görmektedir: “Artık günümüzde, bir faaliyetin kamu hizmeti olması veya olmaması yer ve zamana, yasama organının

¹⁷⁶ Ulusoy; 2001, s. 2

¹⁷⁷ Duran; 1982, s. 344

takdirine veya yetki bulunması durumunda idarenin takdirine bağılı olup, tamamen değişkendir.”¹⁷⁸

Anayasa Mahkemesi, 1995/23 sayılı kararında, “kamu hizmetinin ne olduğunun belirlenmesinin geçerli ölçütünün, öğretilde Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile yasamanın iradesi altında olduğunu, ancak Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmelerinin de saklı olduğunu” ifade etmekte ve ‘etkinliği irdeleyip **nitelendirmeden** Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı olmadığı’ni ileri sürerek, “bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığına tespitinde **niteliğine bakılması gerektiği**”ni ifade etmek suretiyle “eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak bir özel girişim marifetiyle gördürülecekse imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir” demektedir.¹⁷⁹

Anayasa Mahkemesi daha önce de çeşitli kararlarında bir yasama metnine verilen adın, mahkemenin denetim yetkisini kaldırmaya yetmeyeceğini ve Mahkemenin söz konusu metnin gerçekten Anayasa hükümleriyle yargı denetimi dışına çıkarılmış düzenlemelerden olup olmadığını tespit etmek için anayasal denetim görevini yerine getireceğini ve metnin **nitelik itibariyle** de Anayasa’da sözü geçen, yargı denetimi kapsamı dışına çıkarılmış metinlerden olduğunu tespit etmesi halinde denetim görevine son vereceğini, aksi durumda ise metne verilen adla kendisini bağılı saymadan denetim görevine devam ederek iptal veya redde karar verebileceğini ifade etmiştir.

Yüksek Mahkeme’nin aşağıdaki kararında bu yaklaşım açıkça görölmektedir:

“Yasama meclislerince Anayasa’da öngörölenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi olup olmadığı saptanırken, uygulanan yöntem kadar o metin veya belgenin **içeriğinin niteliği** üzerinde de durulup değer ve etkisinin belirlenmesi gerekmekte ve bu açıdan yapılan değerlendirme, söz konusu metin veya belgenin Anayasa’ca denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkinlikte olduğunu ortaya koyuyorsa, onun da denetime bağılı tutulmasında zorunluluk vardır.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ İsmet Giritli - Tayfun Akgöner; “İdare Hukuku Dersleri”, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987, s. 129

¹⁷⁹ Emek; 1999/1, s. 64

¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, 24. 9.1990, E. 1990/31, K. 1990/24, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 26, s. 402-403)

Doktrinde de Anayasa Mahkemesi'nin **nitelik** denetimi taraftar bulmakta ve işlemin niteliğine bakılarak denetim yapma yerine yasama organınca işleme verilen adla mahkemenin kendini bağlı sayarak niteliğe hiç temas etmemesi halinde, denetime tâbi olan bir işlemin, denetime tâbi olmayan bir işlem biçiminde yapılarak denetimden kaçırılmasının her zaman mümkün olabileceği ifade edilmektedir.¹⁸¹

Dikkat edilirse yukarıda anlatılanların inceleme konumuzla da örtüştüğü rahatlıkla görülebilecektir. Çünkü inceleme konumuzda yasama organının yargı denetimine tabi tuttuğu bir işlemin başka bir ad verilerek yargı denetimi dışına çıkarılması söz konusudur. Aradaki fark ise, yasamanın, daha önce Anayasal denetime engel olmak için yapmak istediğini, bu defa idari yargı denetiminden kurtulmak için yapmış olmasıdır.

Bilindiği gibi yasama organı yap-işlet-devret ile ilgili hukuki düzenlemeleri, artan altyapı yatırım maliyetleri karşısında iç finansman kaynaklarının yetersizliği nedeniyle yerli ve yabancı sermayeden yeterince istifade edebilmek amacıyla yapmıştır. Yatırım finansmanının sağlanmasında özellikle yabancı sermayenin büyük bir önemi vardır. Yabancı sermaye ise yatırım yapmak için, 'söz konusu yatırımdan kaynaklanacak ihtilafların taraflı davranabilecek ve siyasi iradenin etkisi altında kalabilecek devlet mahkemeleri yerine milletlerarası ticari tahkim yoluyla çözümlenmesinin öngörülmesini', yapılacak yatırım sözleşmelerinin ön şartı olarak ileri sürmektedir.

İhtiyaç duyulan alt yapı yatırımlarının özel kişilere çok uzun süreli sözleşmelerle yaptırılmasının gerekmesi ve söz konusu sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bütün unsurlarını taşıması gerekiyordu. Ancak bir sorun vardı; o da imtiyaz sözleşmelerinin idare hukuku kapsamına giren idari nitelikte bir sözleşme olması ve idare hukuku alanında Anayasa ve ilgili yasa hükümleri gereği tahkimin mümkün olmamasıydı. Halbuki yabancı yatırımcı yatırım yapmak için tahkimi ön şart olarak ileri sürüyordu.

Sonuçta başka bir çıkış yolu bulamayan siyasi irade kolayına geleni yaptı ve bütün unsurlarıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu görülen yatırım sözleşmelerine yap-işlet-devret isminin verilmesi ve sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğunun ifade edilmesi ile yetinildi. Bir de işi sağlama almak istercesine yap-

¹⁸¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. Baskı., Ankara:Yetkin Yayınları, 1995, s. 353

işlet-devret sözleşmelerini düzenleyen kanunlara ‘Bu kanuna tabi olan sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi teşkil etmez.’ şeklinde hükümler kondu.

Biraz önceki kısımda yap-işlet-devret sözleşmelerinin gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde bütün unsurları yönünden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edildiği belirtilmişti. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında idari yargı yetkili olduğuna ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu açık olan yap-işlet-devret sözleşmelerini düzenleyen kanunlarda ise bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olması nedeniyle adli yargının yetkili olduğu kabul edildiğine göre yapılan işlemin hukuki niteliği kanunla yargı yolunun değiştirilmesidir.

4) Yasama Organı Bir Yasa ile Yargı Yolu Değişikliği Yapabilir mi ? Yani Görevli Yargı Yolunu Yasa Belirleyebilir mi?

A) Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen 3974 ve 3996 sayılı Kanunların bazı maddelerini iptal ettiği kararlarında niteliği gereği idari sözleşme sayılması gereken yap-işlet-devret sözleşmelerinin kanun hükmüyle özel hukuka tabi tutulmasının Anayasa'nın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2., Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 11., Kanuni hakim güvencesi ilkesine yer veren 37. ve idarenin işlemlerine karşı gidilecek yargı yolunu düzenleyen 125. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştı.

“Aslında, bu kararlar, Yüksek Mahkeme'nin 1961 Anayasası döneminden gelen genel bir yaklaşımının sonucudur. 1961 Anayasası'nın 114. ve 140. maddelerini (1982 Anayasası m. 125 ve 155) birlikte yorumlayan Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa idarenin kendine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukuka (idare hukuku) bağlı olduğunu ve bu hukukun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların da kural olarak Danıştay'da çözümleneceğini kabul eden idari sistem (= idari rejim) kurmuştur. Danıştay'ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünü adli yargıya tabi tutma konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisi yoktur.”¹⁸²

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde de aynı yaklaşımı

¹⁸² Tan; 1996, s. 35-36 ve 25.05.1976 tarih, E.976/1, K.976/28 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 14, s. 185)

sürdürmüştür. Nitekim Yüksek Mahkeme 1982 Anayasası döneminde verdiği bir kararında, 'İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olması, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğu anlamına gelmektedir. Yasama organının idare hukuku alanına giren bir eylem ve işleme karşı adli yargıyı görevli kılması Anayasa'nın 'kanuni hakim güvencesi'ne ilişkin 37. ve Danıştay'a ilişkin 155. maddelerine aykırılık oluşturur.'¹⁸³ şeklinde görüş belirtmiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda istikrarlı bir yaklaşım sergilediği söylenemez. Nitekim Yüksek Mahkeme, aynı konu hakkında daha sonra verdiği bir kararında aksi sonuca varmıştır. Bu kararda AYM: 'Uyuşmazlık konusu eylem idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak idari bir işlem ya da karar olsa da söz konusu yasanın (1475 sayılı İş Kanunu) değişik 108. maddesi ile bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü yoktur.'¹⁸⁴ diyerek, bu defa yasama organının bir kanunla yargı yolunu değiştirebileceği ve bunun Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır.

Görüldüğü gibi yasamanın, çıkaracağı bir kanunla yargı yolunun değişmesi sonucunu doğuracak bir uygulamaya neden olmasının mümkün olup olmadığı konusunda Yüksek Mahkeme istikrarlı bir tutum göstermemektedir. Anayasa Mahkemesi son olarak 3996 sayılı Kanun'un bazı maddelerini iptal ettiği kararında, yasamanın görevli yargı yolunun değişmesi sonucunu doğuracak bir kanun yapamayacağını' dolaylı olarak ifade etmiştir.

B) Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay, konu hakkında görüş belirtme fırsatı bulduğu bir kararda yasamanın bir kanunla görevli yargı yolunu değiştirmesine olumlu bakmaktadır. Nitekim karar aynen şöyledir:

“İdarenin üst konumda olmasına dayanan ve idare hukuku çerçevesinde yapılan

¹⁸³ Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 24. s. 465)

¹⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, T. 10.7.1990, E. 1989/28, K. 1990/18, (RG; 28.7.1993, S. 21651, s. 22 vd.)

işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının yetkisi ve görevi içinde bulunduğu ortadadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünün adli yargı yerlerince görülebilmesi **bu konuda açık bir yasa maddesinin bulunmasına bağlıdır**”¹⁸⁵

Doktrinde de ağırlıklı görüş, yargı yolunun çıkarılacak bir kanunla değiştirilmesine olumlu bakmaktadır.¹⁸⁶ ‘Yönetimin bazı işlem ve eylemlerinden doğan davalara bakma görevinin yasa ile adli yargıya verilmesi durumunda, dava konusu işlemin **niteliğine bakılmaksızın** davanın adli yargıda görüleceğini’¹⁸⁷ ifade eden yazarlar olduğu gibi, ‘Danıştay ile idari yargı yerlerinin idare alanında genel yetkili mahkemeler olmasının, görev konularından kiminin ya da bir bölümünün **kanunla** adli yargıya verilmesine engel olmadığını’¹⁸⁸ ileri süren yazarlar da konuya olumlu yönde bir yaklaşım göstermektedirler.

“Hatta, 1982 Anayasası’nın (m. 155) Danıştay’ı düzenlerken, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak, ‘idari’ nitelmesi yapmadan ‘davaları görmek’ dediği için ‘kanun koyucunun görevli yargı yerini belirlemedeki yetkisi mutlakdır denilebilir’ diyenler de vardır.”¹⁸⁹

Anayasa Mahkemesi’nin, yasamanın çıkaracağı bir kanunla, görevli yargı yolunun değiştirilemeyeceği yönündeki kararının isabet derecesi hakkında bir kanıya varılabilmesi için aşağıdaki görüşün göz önüne alınması da faydalı olacaktır.

“Gerçekten Anayasa idari ve adli yargı ayırımını veya daha genel deyimle ‘idari rejim’i anayasal bir ilke olarak benimsemekle beraber idari uyuşmazlığın veya bu iki ayrı yargı düzeni arasındaki görev ayırımının ölçütlerini vermemektedir. Dolayısıyla bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına sokan yasanın Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülebilmesi için söz konusu uyuşmazlığın ‘idari’ niteliğinin **Anayasa’dan hareketle** ileri sürülebilmesi gerekir ki, bunu söylemek imkansızdır.”¹⁹⁰

¹⁸⁵ Danıştay 8. Dairesi, T. 7.11.1991, E.1991/1400, (Danıştay Dergisi, 1991, S. 84-85, s. 613 vd.)

¹⁸⁶ Gülhanım (Sızlı) Erol, **Kamu Hizmetinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye**, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara, Nisan 1999, s. 145

¹⁸⁷ Gözübüyük, 1997, s. 88

¹⁸⁸ İl Han Özay; “**Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı**” İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara, 1982, s. 29

¹⁸⁹ Yayla; 1985, s. 31

¹⁹⁰ Tan; 1996, s. 37

Bu ve benzeri görüşler Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararlarının objektif hukuki düzenlemelere dayanmadan ve tamamıyla subjektif değerlendirmelerin etkisi altında verildiğini göstermektedir.

5) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları'nın Ortaya Çıkardığı Hukuki Durum

Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen kararları gereğince idari nitelikte bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerine, adli yargıda çözümlenebileceğine dair **kanuni düzenleme yapılması**¹⁹¹ imkansızdır. Diğer yandan bu kararlara göre yap-işlet-devret sözleşmeleri, dolayısıyla da yap-işlet-devret sözleşmelerini düzenleyen kanunlarda geçen elektrik enerjisi üretimi, iletimi ve dağıtımını etkinliğini konu alan sözleşmeler bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

Bu durumda söz konusu sözleşmelerin Anayasa ve yasa hükümleri gereği bir idari yargı yeri olan Danıştay'ın denetimine tabi olması ilgili yasal değişiklikler öncesi dönemde kaçınılmaz olmakta idi. Ayrıca imtiyaz sözleşmeleri idare hukuku alanında yer aldığından ve idare hukuku alanındaki hukuki ilişkilerde tarafların eşitliği değil, idarenin üstünlüğü söz konusu olduğundan idare tek taraflı fesih gibi üstün hak ve yetkilere sahip olmakta idi.

Sayılanlardan başka, imtiyaz sözleşmeleri üzerinde Danıştay'ın inceleme yetkisinin varlığı da sözleşmenin hazırlık safhasını bir hayli uzatmakta ve Danıştay incelemesi için belli bir süre sınırının konmamış olması, olumsuzluğu daha da artırmakta idi.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla ortaya çıkan en büyük olumsuzluk ise, hiç kuşkusuz, 'yasama organının bir yasayla görevli yargı yolunun değiştirilmesini sağlayamayacağına' karar verilmiş olmasıdır. 'Çözüm önerileri' kısmında ayrıntılı olarak değinildi ise de, şu hususu şimdiden belirtelim ki bu karar siyasi iradenin bu açmazdan çıkabilmek için 'Anayasa'yı değiştirmekten başka çaresi olmadığını'¹⁹²

¹⁹¹ Nitekim, yasama da bu nedenle çareyi Anayasa'yı değiştirmekte bulmuştur.

¹⁹² Aynı görüş için bkz., Yahya Zabunoğlu; "Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Projesi", **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu** (Bildiriler - Panel), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996, s. 52

göstermekteydi.

Yargı yolunun değiştirilememesi ise imtiyaz sözleşmeleri alanında milli ve milletlerarası tahkime gidilemeyeceği anlamına geliyordu. Çünkü idari yargı alanında hem yetki hem de görev kamu düzenindedir. Dolayısıyla bir idari sözleşmenin tarafları idari yargının yetki ve/veya görevini ortadan kaldıran, mesela tahkime imkan sağlayan bir düzenleme yapamazlar. Her ne kadar 1994 yılında 4001 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile kaldırılmasına kadar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesinde "İdari sözleşmelerde, sözleşme ile yetkili mahkeme belirlenebilir." şeklinde bir hüküm var idiyse de, bu hükmün sadece yer yönünden yetki konusuna münhasır olduğu ve idari yargının görevini kaldırarak bir sözleşmeye izin vermediği gözden uzak tutulmamalıdır.

A) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu'nun Uygulanma Kabiliyeti Üzerindeki Etkisi¹⁹³

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonucunda yap-işlet-devret sözleşmelerinin uygulama imkanının kalıp kalmadığı konusunda doktrinde iki görüş vardır. İlk olarak ele alınacak görüşe göre Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları karşısında yap-işlet-devret modeli işlemez hale gelmiştir. Diğer görüş taraftarları ise modelin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen mevcut hükümleriyle de işletilebileceğini iddia etmektedir.

Bu görüşlerin izahına geçmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarından sonra 3996 sayılı Kanun'un iptale konu olan 5. maddesinin son şeklini hatırlayalım:

3996 sayılı Kanun m. 5: "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında bir sözleşme yapılır."

Kanun'un 14. maddesi ise 5. maddenin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmadığı gerekçesiyle bütünüyle iptal edilmiştir.

a) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Karşısında 3996 sayılı Kanun'un Uygulanma Kabiliyeti Kalmamıştır

Bu görüşün sahipleri görüşlerini şu gerekçelere dayandırmaktadırlar:

¹⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Zabunoğlu; 1996, s. 49-54

3996 sayılı Kanun'un, iptalin kapsamı dışında kalan maddeleri itibariyle uygulanması imkansızdır; çünkü, ilgili maddedeki kısmi nitelikte de olsa iptalden sonra, YİD Modeline göre devlet kuruluşları ile projeyi üstlenen firmalar arasında imzalanan sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi sayılmakta olup, Danıştay'a göre YİD Modeli uygulanacak projenin **konusu** ve **niteliği** önemli değildir. Her tür YİD projesi imtiyaz sözleşmesi sayılmaktadır.

İmtiyaz sözleşmesi sayılmanın sonucu olarak bu sözleşmelerin Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmesi anayasal ve yasal zorunluluğunun dışında (ya da onun yanı sıra idari sözleşmeler olma asli kimlikleri baskın bulunduğundan) uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde, bu uyuşmazlıkların idari yargıda (özellikle Danıştay'da) çözümlenmesi gerekecektir. Bu durumda kuşkusuz, uyuşmazlığın çözümlenmesinde idare hukuku ve idari yargılama usul hukuku ilkeleri uygulanacaktır.

Yukarıda sıralanan tespitlerin bir sonucu olarak, YİD sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, tahkim (özellikle uluslararası tahkim) mekanizmaları işlemeyecektir. Bu durum ise yabancı yatırımcıları tedirgin edici niteliktedir.

b) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra da 3996 sayılı Kanun Mevcut Hükümleri İtibariyle Uygulanabilir

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili iptal kararlarına karşı oy yazan iki Sayın üyeye göre, "Olayda, 3996 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin iptali istenmiş ve istem maddedeki bazı sözcükler yönünden kabul edilmiştir. İptal kararından sonra madde kalan sözcüklerle anlam ifade etmekte ve idarenin yap-işlet-devret esasına göre sözleşme yapmasına olanak tanınmaktadır."

Bu görüş, kuramsal nitelikte olduğu, uygulamaya nasıl aksedeceği sorusuna cevap vermediği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁹⁴ Bu görüşün diğer gerekçeleri ise şunlardır:

"Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetinin özel girişimciler eliyle gördürülmesinin en eski ve tipik yöntemidir. Ancak imtiyaz sözleşmesi dışındaki bir modelle de kamu hizmetlerinin yerine getirilebileceğinin kabul edilmesi gerekir.

¹⁹⁴ Zabunoğlu; 1996, s. 50

Dolayısıyla da kamu hizmetinin imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde yap-işlet-devret sözleşmeleri ile özel kesime gördürülme imkanının varlığı kabul edilmelidir.”¹⁹⁵

Anayasa'nın 47. maddesinde 'Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilmesi' imkanı kabul edilmiştir. Bu kuraldan yola çıkılarak, kamu hizmeti niteliği taşıyan yatırım iş ve hizmetlerin özelleştirilmesi mümkündür. Bilindiği gibi Anayasa'da açık bir hüküm olmadığı halde 'özelleştirme' kurumu, Anayasa'nın bu hükmünden yola çıkılarak, bir temel yasa ile (4046 sayılı Yasa) düzenlenmiştir ve özelleştirme Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Aynı şekilde kamu hizmeti niteliği taşıyan yatırım, iş ve hizmetlerin de 3996 sayılı Kanun'a göre yap-işlet-devret modeli ile gördürülmesi (bir tür özelleştirme sayılmak suretiyle) mümkün olmalıdır.

Yap-işlet-devret 3996 sayılı Kanun'un ilgili hükmünde de ifade edildiği gibi sadece bir finansman modeli değildir, bir finansman modeli olmak yap-işlet-devretin nitelik ve unsurlarından sadece biridir; yap-işlet-devret, bir işlemler ve sözleşmeler bütünüdür ve bir süreç oluşturur. Bunlar göz önünde tutularak 3996 sayılı Kanun'un 2 ve 4. maddeleri çerçevesinde yap-işlet-devret modeli Bakanlar Kurulu kararnamele ile bütün unsurları ele alınmak suretiyle düzenlenebilir.

Yap-işlet-devret modeli 3996 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde de ifade edildiği gibi çok sayıda alanı kapsamakta ve kapsadığı konular nitelik ve nicelik bakımlarından farklılıklar göstermektedir. Maddede sayılan konuların bir bölümü genel idarenin ilgili birimleri ile katma bütçeli, kimi özel yasalara bağlı hizmet ademi merkezियeti ilkesine göre belirli oranda hatta özerk kamu kurum ve kuruluşlarının, yasa ile belirlenmiş görev ve yetki hizmeti alanları içinde kalmaktadır. Bu nedenle yap - işlet - devret modelinin uygulanması, özellikle ve öncelikle bu kurum ve kuruluşların kendi yasalarında yapılacak bir değişiklikle (yap-işlet-devret modeline göre yatırım ve hizmet üreteceğinin yasalarına konulması suretiyle) sağlanabilir.¹⁹⁶

B) Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerine Tahkim Koşulu Konmasına Engel Olur mu?

Yüksek Mahkeme'nin ilgili iptal kararlarının yap-işlet-devret sözleşmelerinde tahkim yolunu kapatıp kapatmadığı konusunda öğretilerde savunulan iki görüş vardır.

¹⁹⁵ Bkz: Tan; 1996, s. 28-29

¹⁹⁶ Zabunoğlu; 1996, s. 51

Birinci görüş, Anayasa Mahkemesi kararıyla, yap-işlet-devret sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmelerin imtiyaz niteliğinde idari sözleşmeler olduğunun saptandığını, imtiyaz sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklara bakma görevinin Anayasa ve ilgili yasa hükümleriyle Danıştay'a verilmiş olması nedeniyle de yerli ve yabancı tahkime gidilemeyeceğini iddia etmektedir.¹⁹⁷

Bu görüş yap-işlet-devret sözleşmelerinden çıkan ihtilaflarda tahkime gidilemeyeceği iddiasını, doktrinde hakim fikir durumundaki 'idari yargı alanına giren uyuşmazlıklarda tahkimin caiz olmadığı' düşüncesine dayandırmaktadır.

Nitekim aynı görüşü savunan Sayın Duran'a göre de 'İdare hukuku'nun genel kuralı idari sözleşmelere tahkim şartının konulmasını yasaklamıştır. Bu sebeple, idari sözleşme olduğunda kuşku bulunmayan yap-işlet-devret anlaşmalarında uyuşmazlıkların hakem tarafından çözümlenmesi yolunda öngörülen düzenlemeler idari yargı kanunlarında bulunan görev kurallarına ve kamu düzenine aykırı olduğundan hükümsüz ve yok sayılır.'¹⁹⁸

İkinci görüş ise 'Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yap-işlet-devret sözleşmelerini Danıştay incelemesine tabi kılan kısmının söz konusu sözleşmelere tahkim şartı konulmasına mani bir sonuç yaratmadığını'¹⁹⁹ iddia etmektedir.

Bu görüşün savunucularına göre idari sözleşmelerden, hususen yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Anayasa'nın 155. ve İYUK'un 2/1-c maddelerine göre idari yargının kapsamında olması, tahkime mani bir durum değildir. İdarenin idare hukuku sözleşmeleri dışında kalan özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar da adli yargının kapsamındadır.

Sözleşmeler hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, sözleşmenin hukuki niteliğinden hareketle adli ve idari yargı alanında taksimi, bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun kapatıldığı anlamına gelmez. Tahkim adli yargı

¹⁹⁷ Oktay Varlıer; 1996, "Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi", **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**, Ankara, 19 Haziran 1996, s. 5

¹⁹⁸ Lâtfi Duran, "Yap-İşlet-Devret", XLVI (1991), 1-2, **AÜSBFD.**, s. 164

¹⁹⁹ Şanlı; 1998, s.125-133 ve Şanlı; **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım, 1996, s. 315-316 ve Yücel Sayman - Nuray Ekşi, "Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Yatırım İhtilaflarının Tahkim Yolu ile Çözümü", **Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler-Panel)**, İstanbul, Mayıs-1999

kadar, idari yargı alanında da – tarafların sözleşmesine dayalı olarak-, alternatif bir ihtilaf çözme usulüdür. Yeter ki ihtilaf, hukukun emredici kuralları çerçevesinde tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin olsun.

Doktrinde ileri sürülen karşı görüşlere rağmen uygulamada, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda tahkim kabul edilmiştir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararıyla yap-işlet-devret sözleşmelerinin idari yargı kapsamına alınmış olması, bu sözleşmelerde tahkim yolunun kapatıldığı anlamına gelmez.

Tahkim yolunun sadece 'adli yargı' içinde yer alan bir ihtilaf çözme usulü olduğu ileri sürülerek de idari yargı alanına giren konularda tahkime gidilemeyeceği iddia edilemez. Tahkim hem adli, hem de idari yargı alanında – tarafların sözleşmesine ve ihtilaf konusu ilişkinin akdi niteliğine bağlı olarak- alternatif bir ihtilaf çözme yöntemi olarak kabul edilmiş olup, kanun koyucu 3533 sayılı Kanun'la kamu kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü kabul ettiği gibi 3460 sayılı Yasa ile onaylanan ICSID Sözleşmesi ve pek çok devletle imzalanan iki taraflı YKKT Antlaşması ile T.C. Devletin taraf olduğu **uluslararası idari sözleşmelerden** doğan yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümünü kabul etmiştir. Bu düzenlemeler karşısında tahkimin sadece ve münhasıran adli yargı alanında yer bulduğunu idari yargı alanına dahil ihtilaflarda kullanılamayacağını söylemek gerçekçi değildir.

Sonuç itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla idari sözleşmelerin Danıştay incelemesi dışında tutulması ve idari sözleşmelerden, hususen yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adliye mahkemelerine götürülmesi yolu kapatılmış olup, söz konusu iptal kararı sadece idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların adliye mahkemelerine götürülmesine mani olucu bir tesire sahiptir.

Dolayısıyla, iptal kararı tahkime nispetle değil, adliye mahkemelerine nispetle idare mahkemelerinin yetki ve görev alanını belirlemiştir. Bu sebeple, söz konusu iptal kararının hiçbir yerinde yap-işlet-devret sözleşmeleri alanında tahkim yolunun kapatıldığı anlamına gelebilecek bir ifade kullanılmamıştır.

Diğer yandan iptal kararının adliye mahkemeleri yanında, tahkimi de dışta bıraktığı şeklinde yorumlanması; Türkiye'nin imzaladığı uluslararası sözleşmelerle çeliştiği sonucunu doğurur. Çünkü Türkiye 3460 sayılı Kanun'la onayladığı ICSID

Sözleşmesi ile idare ile yatırımcı arasındaki sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümünde yegane usul olarak tahkimi kabul etmiştir.

Ayrıca çok sayıda devletle yapılan YKKT Antlaşması ile de Türkiye ile yabancı akit devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler arasında akdedilen ve genellikle idare hukuku sözleşmesi niteliğinde olan yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü kabul ve taahhüt edilmiştir.

Esas olarak idari yargı alanında tahkimin geçerli olmadığını savunmasına rağmen, '1980'lerin siyasi iktidarının yap-işlet-devret formülü çerçevesinde yabancı kuruluşlarla bir çok sözleşmeler yaptığını ve bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartı nedeniyle gerçek bir yargısal denetimin yürümeyeceğini ifade eden Sayın Duran da, Türkiye'nin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmasının yap-işlet-devret sözleşmelerinin idari yargı tarafından denetimini imkansız hale getirebileceğini; çünkü Türkiye'nin ICSID'a koyduğu çekincelerin yap-işlet-devret uygulamalarının yabancı hakemler önüne götürülmesini önleyecek nitelikte olmadığını²⁰⁰ ileri sürmektedir.

Türkiye'nin uluslararası idari sözleşmeler alanında ihtilaf çözme yöntemi olarak ikili ve çok taraflı akitlerle kabul ettiği tahkimi, 3996 sayılı Kanun kapsamına giren işlerde reddettiği sonucuna varılamaz. Kanunlar ve Anayasa Mahkemesi kararları, devletin imzaladığı uluslararası sözleşmeleri etkisiz ve anlamsız kılacak biçimde yorumlanamaz. Böyle bir yorum 'hukuk devleti' ilkesi ile bağdaşmaz. Türk kamu kurumlarının ve Türk Yüksek Mahkemeleri'nin, devletin anlaşma ile kabul ettiği bir düzenlemeyi yok farzetmeleri uluslararası hukuk bakımından kabul edilemez.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararının yap-işlet-devret sözleşmelerine tahkim şartının konmasını önlemeyeceği iddia edilmiştir.

Yüksek mahkemelerin ve doktrinin konuya yaklaşımına değindikten sonra Türk idare hukukunun kaynağını teşkil eden Fransız hukukunun, idari sözleşmelerde tahkim konusundaki yaklaşımına da kısaca göz atmak yararlı olacaktır.

6) Fransız Hukukunda Tahkim²⁰¹

Anglosakson hukuklarının aksine, Kara Avrupası hukuklarında adli ve idari

²⁰⁰ Duran; 1991, s. 169-170

²⁰¹ Bu kısmın yazımında, Yan Laidie; "Kamu Hizmetlerindeki İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 14 Ocak 2000, s. 482-490'dan yararlanılmıştır.

yargı ayırımını esas alan ikili bir hukuk sistemi benimsenmiştir. Türk hukukunda da özellikle 19. yüzyılda Fransa örneğine uygun bir yüksek mahkeme olan Şura-yı Devlet'in (Danıştay) kurulması ile ikili bir hukuk sistemi esas alınmıştır. Bu itibarla idari yargı sistemimizin esasını teşkil eden Fransız idare hukukunun tahkim konusuna bakışının Türk idare hukuku bakımından da yol gösterici nitelikte olduğundan şüphe edilemez.

Tarihçe kısmında tahkim kurumunun Fransız Hukukundaki tarihi gelişimi anlatıldı. Burada ise günümüzdeki durumu incelenmektedir. Bu itibarla 'Türk idare hukukunda tahkim' konusunun işlendiği bu çalışmada, Fransız idare hukukunun tahkim konusundaki yaklaşımına da yer vermek lüzumu hissedilmiş ve aşağıda bu konuya kısaca değinilmiştir.

A) Fransız Hukukunda Tahkim Yasağı

Kamu kuruluşlarının taraf oldukları uyuşmazlıklarda tahkime gidilir mi sorunu, Türk sisteminin büyük ölçüde benzediği Fransız idare hukuku sisteminde de güncel bir tartışma konusudur.²⁰² Bu konuda yapılabilecek ilk tespit, Fransız idare hukukunda **kamu hizmetleri ile ilgili ihtilaflarda** tahkimin 'kural olarak' kabul edilmediği hususudur. Ancak aşağıda kısaca değinilen bazı istisnai alanlarda tahkim kabul edilmektedir. Kamu hizmetleri ile ilgili sözleşmelerde tahkime yer verilmemesinin nedeni olarak ise 'kamu ile ilgili ihtilaflar için' tahkimin Fransız hukukunda kabul edilmemiş olması gösterilmektedir.

Fransız hukukunda tahkim yasağı uzun bir geçmişe dayanmaktadır. 19. yüzyılın başlarından itibaren mahkeme içtihatları, kamu hukuku tüzel kişileri ile ilgili ihtilaflarda tahkimin reddi yönünde olagelmıştır. Birinci imparatorluk döneminde 'Eski Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu' da kamu tüzel kişileri ile ilgili ihtilaflarda tahkime müracaat edilmesini menetmişti. Nitekim Fransız Danıştay'ı 1824 ve 1825 yıllarında verdiği kararlarında idari sözleşmelerde yer alan tahkim hükümlerini iptal ederek bu yasağı desteklemiştir.

29 Nisan 1806 kabul tarihli Fransız Hukuk Usulü Kanunu'nun 1003. maddesine

²⁰² Ata Sakmar - Nuray Ekşi; "Fransa Örneği Işığında Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu Sözleşmelerin Tahkime Elverişliliği Sorunu", **Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler-Panel)**, İstanbul, Mayıs-1999

göre:

“Her şahıs serbestçe tasarruf edebileceği haklar konusunda tahkim yoluna başvurabilir.” Aynı Kanun’un 1004. maddesine göre de; “Yiyecek, konut ve giyimle ilgili bağış ve vasiyetler, karı koca arasında ayrılık ve boşanma işleri, «ahkâmı şahsiye» konuları ve savcılığa tebliği gerekli davaların hiçbirisi hakkında tahkim yoluna başvurulamaz”²⁰³

Günümüzde Fransız hukukundaki tahkim yasağı 5 Haziran 1972 tarihli Medeni Kanun’un 2060 ve 2061. maddelerine dayanmaktadır. Kanun’un 2060. maddesine göre: “Kamu kurum ve kuruluşlarını ilgilendiren ve daha genel olarak kamu düzenini ilgilendiren hususlara ilişkin ihtilaflarda tahkim memnudur.” Aynı kanunun 2061. maddesine göre ise: “İhtilafların halli hususunda kanunda belirtilmeyen usuller keenlemeyekündür.”

Bu konuda Fransa’daki durum Türkiye’dekinden biraz daha farklıdır. Çünkü Fransız devleti ve kamu kuruluşlarının genel bir tahkim yasağı vardır. Bunların tahkim ehliyetleri yoktur... Türk hukukunda ise devlet veya kamu kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmeler için tahkimi kesin ve açık bir şekilde yasaklayan bir kural yoktur.²⁰⁴

Fransız hukukunda tahkim yasağının geçerlilik bulması için söz konusu ihtilafın ‘bir kamu kurum veya kuruluşu ile ilgili olması’ gerekli ve yeterlidir. Yasağın kapsamına giren ‘kamu kurumu’ ifadesi, gerek merkezi gerekse mahalli idareleri, ‘kamu kuruluşu’ da sınıai veya ticari mahiyet taşıyan ve ticari alanda faaliyet gösteren birimleri kapsamaktadır.

Böylece Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile getirilen tahkim yasağı, Medeni Kanun’un 2060. maddesi ile daha açık bir şekilde ifade edildiği gibi; yasak ilgili şahıslara ve konulara yaydırılmak edilmek suretiyle daha da genişletilmiştir.

B) Tahkim Yasağının Kuramsal Temelleri

Fransız hukukunda tahkim yasağının gerekçesini teşkil eden kuramsal temellere örnek olarak şunları belirtebiliriz:

Her şeyden önce kamu kuruluşları kendilerini ilzam etme bakımından özel

²⁰³ Turgut Kalpsüz ve Diğerleri; **Yabancı Ülkelerde Tahkim**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1969, s. 89

²⁰⁴ Sakmar - Ekşi; 1999.

şahısların sahip oldukları miktarda serbestliğe sahip değillerdir. Kamu kuruluşları genel boyutlu amaçlara sahiptirler ve bu amaçlar onların imtiyazlı şekilde hareket etmelerini ve kamu hukukunun sıkı çerçevesine bağlı kalmalarını meşru kılar.

İdari meselelerde tahkimin reddi öğretisi tarafından, kaza organlarının anayasal düzeni koruma zaruretiyle de izah edilmektedir.

Fransız Danıştay'ının eski başkan yardımcılarında Edouard Laferrière de 1896 yılında yayınlanan bir kitabında tahkimin özellikle anlaşma hukukunda reddinin nedenini şu sözlerle izah etmişti:

“Devletin prensibi ihtilaflarını hakemlere götürmemek olduğu için tahkim, gerek hakemlerin verecekleri kararların keyfi olabilmesi ve gerekse kamu düzeni mülahazalarının devletin kanun tarafından tesis edilmemiş kaza organlarında yargılanmasının istenmemesi sebebiyle devlet sözleşmelerinde yer alamaz.”²⁰⁵

C) Tahkim Yasağının İstisnaları

Bu bölümün başlangıç kısmında Fransız hukukunda tahkimin ‘kaideten’ yasak olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla kuralın bazı istisnaları da vardır. Tahkim yasağına getirilen istisnalar ikiye ayrılarak incelenebilir. Bunlar, mevzuatla getirilen istisnalar ve içtihadi istisnalardır. Aşağıda önce mevzuat tarafından getirilen istisnalar incelenmiştir.

a) Mevzuatla Getirilen İstisnalar

5 Haziran 1972 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 2060. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Sınai ve ticari devlet teşekkülleri kararname ile tahkimi kabul edebilirler.” Ayrıca bir sınai veya ticari devlet teşekkülü bir kamu hizmeti imtiyazına sahip olduğu takdirde tahkime gidebilir.²⁰⁶

Ancak bu istisna hükmünün uygulama alanı çok sınırlıdır ve pratik uygulaması, hükümde sözü geçen kararnamelerin yayınlanmaması sebebiyle hemen hiç düzeyinde kalmıştır.

Sonuç olarak belirtilen nedenlerle tahkim yasağı sınai ve ticari devlet teşekkülleri bakımından esas hüküm olarak kalmakta, kanun koyucu sadece muhtelif teşekküllerin statülerini belirleyerek tahkim yolunu bunlara açabilmektedir.

²⁰⁵ Laidie; 2000, s. 485

²⁰⁶ Ayrıca bkz. : Tan; 1996, s. 66

Tahkim yasağına mevzuat tarafından getirilen ikinci istisna 17 Nisan 1906 tarihli Kanun'un 69. maddesinde yer almakta olup; akdi meseleler, yani bilhassa bayındırlık ve ikmal anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkındadır. Madde aynen şöyledir: "Bayındırlık ve ikmal sözleşmelerine ilişkin giderlerin tasfiyesi konusunda çıkan ihtilaflarda devlet, iller ve belediyeler Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun üçüncü kitabında belirtildiği şekilde tahkime müracaat edebilirler." Aynı hüküm yerel kamu teşekküllerini de kapsayan Devlet İhale Kanunu'nda da yer almaktadır.²⁰⁷

Belirtilen bu hükümler tahkim yasağının istisnasını teşkil etmekte iseler de; gerek tahkimden ziyade uzlaşma kurumunu öngörmeleri ve yalnızca ikmal ve bayındırlık anlaşmaları ile bu anlaşmalardan kaynaklanan ihtilaflarda giderlerin tasfiyesini kapsamaları, gerekse de bir kamu kurumunun bir kamu hizmetinin ifası veya bir kamu tesisinin inşa ve idaresini bir şahsa devreden anlaşmaları ihtiva etmemeleri nedeniyle son derece sınırlı bir uygulama alanına sahiptirler.

b) İçtihadî İstisnalar

Bu istisnalar özellikle Fransız Danıştay'ı ve idare mahkemelerinin kararlarıyla getirilmiştir. İlk içtihadî istisna, Paris Bölge İdare Mahkemesi'nin 10 Nisan 1957 tarihinde Myrtoon Steamship Company - Hazine arasındaki dava nedeniyle verdiği kararda görülmüştür. Mahkeme bu kararında, 'geleneksel tahkim yasağının uluslararası bir karakter taşımamaları şartı ile iç düzeni ilgilendiren sözleşmeler için geçerli olmayacağını' belirtmiştir.

Yine 14 Nisan 1964 tarihinde San Carlo ve 2 Mayıs 1966 tarihinde Hazine-Galaksi davalarında verdiği kararlarda Fransız İstinaf Mahkemesi, Eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yasağın uluslararası ticaret adetlerine uygun şartlar altında ve bu adetlere uyacak biçimde yapılan bir uluslararası sözleşmede geçerli olmayacağını hükme bağlamış ve bu çerçevede sözleşmeye konan tahkim maddesinin geçerliliğini kabul etmiştir.²⁰⁸

Fransız Danıştay'ı da Eurodisneyland davası nedeniyle verdiği 6 Mart 1986 tarihli kararında 'uluslararası ticaret sahasında uygulanan prensiplere uygun' sözleşmeleri tahkim yasağından istisna etmiştir. Danıştay bu davada Fransa devleti,

²⁰⁷ Bkz. : Tan; 1996, s. 66

²⁰⁸ Bkz. : Sakmar – Ekşi; 1999.

yerel yönetimler ve Walt Disney Productions arasında Marne-la-Vallée'de bir eğlence parkı tesisini öngören sözleşmenin '**ticari bir nitelik taşımadığı için**' bu ilkelerin kapsamına girmediği kanısına varmışsa da, kamu birimlerinin uluslararası ticaretle ilgili hususlarda ihtilafların halli için tahkime müracaatlarına izin vermektedir.

Danıştay'a göre, idari sözleşmelerde tahkim yasaktır; kamu idaresi birimleri tahkimi ancak basit bir kişi gibi hareket ettikleri, yani bir özel hukuk sözleşmesi yaptıkları hallerde kabul edebilirler. Dolayısıyla da kamu hizmeti ifasına ilişkin veya genel hukuk hükümleri ihtiva eden sözleşmelerde tahkime yer verilemez.

Daha yeni tarihli iki içtihadi istisnaya değinerek bu bahse son verelim. Bu kararlardan ilki Paris Bölge İdare Mahkemesi tarafından 24 Şubat 1994 tarihinde verilmiştir. Tunus Donanım Bakanlığı - Sciété Bec Frères davası nedeniyle verilen kararda mahkeme tahkimi, 'idari sözleşmelere ilişkin uluslararası ekonomik ihtilaflara' da teşmil etmiştir. Mahkeme dava konusu sözleşmenin **idari** niteliğine rağmen, bayındırlık işleri ihalelerinde tahkim hükmünün geçerliliğini kabul etmiştir. Kararda, tahkimin uluslararası niteliğinin ihtilafın gerisinde yatan ekonomik ilişkinin karakterinde mündemiç olduğu belirtilmiş ve 'tahkimin uluslararası olması için incelenen ekonomik işlemin hudutlar ötesi bir mal, hizmet veya tedavi hareketi olması yeterlidir.' sonucuna varılmıştır.

Aynı mahkeme 13 Haziran 1996 tarihinde bir başka davada aldığı kararla da bu yaklaşımını sürdürmüştür. Sonuç olarak Paris Bölge İdare Mahkemesi'ne göre, 'bir sözleşmenin idari karakteri uluslararası ticarete açılmasını tecviz etmez ve içinde genel hukuk hükümlerinin yer alması veya bir kamu hizmeti misyonunun ifasına mahsus bir araç teşkil etmesi de önem taşımaz.' Dolayısıyla bu mahkemeye göre, Fransız kamu idaresi birimleri ile yabancı şirketler arasında yapılan **idari sözleşmelerde** tahkime yer verilmesi Fransız hukukuna aykırı değildir.²⁰⁹

Ancak burada hemen şunu belirtelim ki, mahkemenin bu görüşü İstinaf Mahkemesi'nce teyit edilmiş değildir ve uygulamada bir kamu kuruluşunun uluslararası ticaret koşullarına göre imzaladığı sözleşmede tahkime, yalnızca sözleşme bir **özel hukuk sözleşmesi** ise onay verilmektedir.

²⁰⁹ Laidie; 2000, s. 483

D) Sonuç

Sonuç olarak Fransız hukukunda yasal ve içtihadi bazı istisnaların dışında tahkimin kural olarak yasak olduğu söylenebilecektir. Söz konusu istisnalar da kamu hizmetlerinin ifasını ve/veya özel şahıslara devrini öngören kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yasağı kapsamı dışına çıkmasını sağlayamamaktadır.

Fransa'da 1934 yılında tahkimin kamu hizmeti imtiyazlarından kaynaklanan mali ihtilaflara da teşmili için çalışmalar yapılmışsa da bir sonuç alınamamıştır. Nitekim Danıştay'a göre de 'kamu kurumlarının tahkimi kabul edebilme imkanı, yalnızca basit bir kişi gibi hareket ettikleri, yani bir özel hukuk sözleşmesinin tarafı özellikle de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri veya genel hukuk hükümleri ihtiva eden sözleşmelerde tahkime gitmek mümkün değildir.'²¹⁰

Danıştay her ne kadar uluslararası bir sözleşmede yer aldığı sürece uluslararası tahkim ilkesini kabul eğiliminde ise de; bir kamu hukuku sözleşmesi söz konusu olduğunda yasak ilkesi uluslararası meselelerde de geçerlidir ve tahkime ancak bir spesifik uluslararası sözleşme veya yasal hüküm mevcut olduğu takdirde imkan tanınmaktadır.²¹¹

7) Çözüm Önerileri

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının ortaya çıkardığı sonuçlara yukarıda değinildi. Siyasi iktidarı rahatsız eden en önemli sonuç ise, yap-işlet- devret sözleşmelerinin imtiyaz niteliğinde idari sözleşme sayılması karşısında, uyuşmazlık durumunda yetkili kurumun Danıştay olması nedeniyle, yerli ve yabancı tahkime gidilememesi²¹² olarak görünmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili iptal kararlarının ortaya çıkardığı olumsuzlukların bertaraf edilmesi için ne gibi hukuki yöntemlerin uygulanabileceği konusunda öğretilerde bir çok çözüm önerisi ileri sürülmüştür.

Bu öneriler üç kısma ayrılmak suretiyle incelenebilir: Kısa, orta ve uzun vadeli çözüm önerileri... İlk olarak, öğretilerde soruna kısa vadede çözüm sağlamak amacıyla ileri sürülen önerilere bakalım.

²¹⁰ Laidie; 2000, s. 482-490

²¹¹ Laidie; 2000, s. 482-490

²¹² Varlıer; 1996, s. 5

A) Kısa Vadeli Çözüm Önerileri

Bu önerinin sahipleri sorunu aşmak için hiçbir hukuki düzenleme yapmaya gerek olmadığını, mevcut hukuki düzenlemelerin soruna bir çözüm bulmak için yeterli olduğunu iddia etmekte idiler. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında geçen 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulamayacağı' şeklindeki ifadede hareket noktasını bulan bu görüşün sahiplerine göre:

"Herhangi bir yasal düzenlemeye gidilmeden Anayasa'nın 90. maddesi uygulamada, hemen, değerlendirilebilir...Anayasa, antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle iç hukuk yönünden antlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan 'kanun hükmünde' sözcüklerinin, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre, iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin, yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması ve böylece, sözleşmelerin, sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınmasının yolunun kapatılmış olması, bu sözleşmelerin, iç hukukta yasalar üstü konumda olduğunu, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır.

Bu hükmün uygulamada değerlendirilmesi durumunda en azından Türkiye'nin YKKT Antlaşması yaptığı ülkelerden gelen yatırımcılar ile yapılan imtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmeden kaynaklanan anlaşmazlıkların halinde tahkime gidilebilmesinin önü açılmış olacaktır."²¹³

Bu çözüm önerisinin iki nedenle sorunun çözümü için elverişli olmadığı söylenebilir. Birinci neden, gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne verilmesi gereken anlam konusunda genel bir uzlaşmanın sağlanamamış olmasıdır.

Gerçekten doktrinde ilgili maddenin ne şekilde yorumlanması gerektiği ve

²¹³ Emek; 1999/1, s. 65-66 Nitekim Lutfi Duran'a göre de '1988'de onaylanan Icsıd Sözleşmesi'nin Türkiye'de yürürlüğe girmesiyle, artık bundan sonra yabancılarla yapılan YİD Sözleşmelerine tahkim şartı konması engellenemez ve tahkime gidilebilir.' (Lütfi Duran; "Yap-İşlet-Devret", XLVI, 1-2, AÜSBFD, Ankara, 1991)

uluslararası sözleşmelerin değeri ve normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda dört farklı görüş vardır. Bu farklı görüşler maddeler halinde şöyle sıralanabilir:

1. görüş: Uluslararası sözleşmeler, Anayasa üstü bir hukuki değerdedir,²¹⁴
2. görüş: Uluslararası sözleşmeler, Anayasa'ya eşit hukuki değerdedir,²¹⁵
3. görüş: Uluslararası sözleşmeler, Anayasa ile yasa arasında bir hukuki konumdadır,²¹⁶
4. görüş: Uluslararası sözleşmeler, yasa ile eşit hukuki değere sahiptir.²¹⁷

Aynı yaklaşıma Yüksek Mahkemelerin kararlarında da rastlanmaktadır. Dolayısıyla da Anayasa'nın ilgili hükmüne dayanılarak böyle bir sonuca varılamaz. Anayasa Mahkemesi'nin şimdiye kadar sözleşmelerin Anayasa ile eşit veya anayasa üstü bir hukuki değerde olduğu yönünde verilmiş bir karar olmadığı gibi böyle bir uyuşmazlık karşısında Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesini esas almak suretiyle sözleşmelerin kanunlara eşdeğerde olduğunu kabul etmesi halinde durumda herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Çünkü bu halde uluslararası sözleşmelerin herhangi bir kanundan –Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi dışında- hiçbir farkı kalmayacaktır. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen ancak Anayasa'ya aykırı olan bu tür bir hukuki düzenlemeyle

²¹⁴ Sami Selçuk; **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 14 Ocak 2000, s. 359

Necmi Yüzbaşıoğlu; "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", İHMD, C. II, S. 1, Mayıs 1994

Ender Ethem Atay; "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 14 Ocak 2000, s. 410

²¹⁵ Bahri Öztürk; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4.b., Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s. 136

²¹⁶ Erdoğan Teziç; **Anayasa Hukuku**, 3.b., İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım, 1997, s. 8

Öztürk; 1999, s. 185

Emek; 1999/1, s. 56

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin yap-işlet-devrette ortaya çıkan sorunların uluslararası tahkim kuruluşlarında çözümlenmesine karşı çıkmasını eleştiren uzmanlar da, bu kararların isabetli olmadığı şeklindeki görüşlerini, iki taraflı yatırım anlaşmalarının bir kez onaylandıktan sonra yasaların üzerinde kabul edilmesi ve bunlara uyulması zorunluluğunun olmasına bağlamaktadırlar. (Ahmet Çelik; "Yap-İşlet-Devret Yargıda Tıkandı.", **Cumhuriyet**, 15.07.1996, s. 8)

²¹⁷ Özbudun; 1995, s. 354-355,

Gözübüyük; 1996, s. 53-54 ve Hüseyin Pazarıcı; **Uluslararası Hukuk Dersleri (1. Kitap)**, 6.b., Ankara: Turhan Kitabevi, s. 31-34

karşılaşan Anayasa Mahkemesi'nin bu düzenlemeyi iptal etmesi düşünülemeyeceğine göre –Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir yetkisi olmadığı gibi, uluslararası sözleşmelere aykırılık etmek devletlerin uluslararası alanda sorumluluğuna da neden olur.- hukuki polemige neden olacak nitelikte bir karar vermek yerine, tahkim şartını içeren iki taraflı yatırım sözleşmelerini görmezlikten geleceğini -zaten AYM'nin mevzuat değişikliği öncesi dönemde yaptığı da aynen buydu- kabul etmek varılabilecek en doğru sonuç olacaktır. Türk Yüksek Mahkemeleri'nin, devletin gerek iki gerekse çok taraflı anlaşmalar ile kabul ettiği bir düzenlemeyi yok farzetmelerinin, uluslararası hukuk bakımından devletin ağır sorumluluğuna neden olabilecek kabul edilemez bir durum olduğu açıktır.

Bu görüşün, sorunun çözümü için elverişli olmamasının ikinci nedeni ise, yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olmadığı ve Anayasa'nın 90. maddesi hükmünün amaca uygun yorumu ile meselenin hallolabileceği iddia edilirken Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı verdiği dönemde de söz konusu hükmün (Anayasa m. 90/5) yürürlükte olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nce kaale bile alınmadığının gözardı edilmiş olmasıdır.

B) Orta Vadeli Çözüm Önerileri²¹⁸

Bilindiği gibi idari yargıda gerek yetki gerekse görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, tarafların tahkim yoluna gitme konusunda yapacakları tahkim sözleşmesinin hukuken geçerliliği yoktur.

Bu durumda orta vadede çözüm sağlamak üzere yeni bir yasal düzenleme yapılması ve oluşturulan bu düzenleme ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idari yargı kapsamından çıkarılarak adli yargı kapsamına alınması teklif edilmiştir.

Kamu hizmeti imtiyaz yönteminin günümüze uyarlanması gerektiğinin ileri sürüldüğü bu görüşe göre yöntemin yasal çerçevesi yeniden çizilmeli buna da Osmanlı döneminden kalan 1326 tarihli 'Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'un kaldırılması ile başlanmalıdır.²¹⁹ Gerek İmtiyaz yönteminde

²¹⁸ Bu kısımdaki teklifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Gülhanım (Sızlı) Erol; **Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye**, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara, 1999, s. 143-147

²¹⁹ Bu Kanun'un zımnen yürürlükten kalktığı hakkındaki görüş için bkz.: İnan; 2000, s. 49

zaman içinde meydana gelen değişim gerekse günümüzün şartları da göz önünde bulundurularak imtiyaz yönteminin yalnızca idari kamu hizmetleri için uygulanabileceği şeklinde bir düzenlemeye gidilmelidir.

İmtiyazın özelliği olarak kabul edilen imtiyaz sahibinin hizmetin kurulması ve/veya işletilmesini tüm koşulları ile üstlenmesi koşulunun katılığını kaybettiğinin genel kabul gören bir gerçek olduğu, öte yandan imtiyaz sahibinin gelirini hizmetin yürütülmesi sırasında yararlananlardan aldığı ücretle karşılaması ve bu ücretin idarenin onayı ile belirlenmesinin artık imtiyazın ayırt edici özelliği olmaktan çıktığı iddia edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın, çıkarılacak bir kanunla görevli yargı yolunun değiştirilmesine cevaz veren kararlarının bulunduğuna ve doktrinde de idarenin eylem ve işlemlerinden doğan davaların yasa ile açıkça adli yargının görevine dahil edilmesi halinde, dava konusu işlemin niteliğine bakılmadan davanın adli yargı yerinde çözümleneceğinin kabul edildiğine değinen yazar; Anayasa'nın idari rejimi anayasal bir ilke olarak benimsediğini, ancak idari yargı ile adli yargı arasındaki görev ayırımının kriterlerini vermediğini, dolayısıyla da bir uyuşmazlığı adli yargının görev alanına dahil eden bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının kabul edilebilmesi için söz konusu uyuşmazlığın idari olduğunun Anayasa'ya bakılarak saptanabilmesi gerektiğini, bunun ise mümkün olmadığını ifade ederek ve bu açıklamalara dayanarak hazırlanacak yeni imtiyaz kanunu içinde imtiyaz kanunundan doğacak uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenebileceğine ilişkin bir maddenin yer almasının mümkün olduğunu ve bunun Anayasa'ya aykırı olmayacağını iddia etmektedir.

Böyle bir düzenlemenin hazırlanması halinde, bu düzenlemeye sadece uyuşmazlıkların adli yargıya tabi olacağına ilişkin bir maddenin konulmasının yeterli olmadığını, Danıştay Kanunu ve İYUK'un konu ile ilgili maddelerinin de imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesini imkan dahiline sokacak şekilde değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.²²⁰

²²⁰ Bu kanunlara 'İmtiyaz sözleşmelerine tahkim kaydı kanunla konulabilir.' şeklinde bir ekleme yapılarak sorunun çözümlenebileceği konusundaki görüş için bkz. : İbrahim Kaplan; "Alt Yapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli", Ankara Sanayi Odası Yayını No: 42.

Yazara göre, kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların adli yargıya tâbi kılınması halinde bu uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gitmek de imkan dahiline girecektir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay tarafından incelenmesi konusuna da değinen yazar, bu konuyla ilgili Anayasa hükmü –Anayasa m. 155- kaldırılmadığı takdirde Danıştay Kanunu’na imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay’da nasıl inceleneceğine dair bir hüküm konulması ve bu hükümde Danıştay’ın inceleme esnasında hangi hususları dikkate alarak değerlendirme yapacağına ve incelemenin süresine ilişkin düzenlemelerle, ‘incelemenin süresinde tamamlanamaması halinde imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin mevcut haliyle kabul edilmiş sayılacağına’ dair bir hükmün konulmasını teklif etmektedir.

C) Uzun Vadeli Çözüm Önerisi

Bu görüş sorunun çözümü için uzun vadeli bir teklifi esas almakta ve Anayasa değişikliğini savunmaktadır. Anayasa değişikliğinin esasını ise iki maddeye inhisar ettirmektedir. Bunlar:

- İmtiyaz sözleşmelerini Danıştay incelemesine tabi tutan 155. maddenin kaldırılması,

- Anayasa’ya, kamu hizmetini tanımlayan yeni bir maddenin konulmasıdır.

Anayasa’ya kamu hizmeti tanımının konulması gerektiği şeklindeki görüşün gerekçesi olarak kamu hizmeti kavramının içeriğinin belirsizliği ve Anayasa Mahkemesi’nce geniş yorumlanması gösterilmektedir.

“Nitekim Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Yap – İşlet - Devret Kanunu’nun iptal kararında şu hususları dile getirmektedir:

‘Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti kavramı çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmaktadır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti; Devlet ya da kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Anayasa Mahkemesi’nin **etkinliğin niteliğine göre yaptığı kamu hizmeti tanımı oldukça geniş ve sübjektiftir.** Kamu hizmeti tanımı durağan değil, teknolojik gelişmelere uyumlu, dinamik ve çağdaş bir perspektifle

değerlendirilmelidir. İmtiyaz yönteminin iktisadi nitelikte olmayan adalet, sağlık, eğitim gibi ‘**idari doğal kamu hizmetlerini**’ kapsayacak ve sınai ve ticari nitelikteki ‘**iktisadi kamu hizmetlerini**’ kapsamayacak şekilde tanımlanmasının günümüz koşullarına daha uygun olacağı uluslararası platformda kabul görmüş bir gerçektir.”²²¹

Bu durumda Anayasa’ya şöyle bir kamu hizmeti tanımı konulmasının uygun olacağı ifade edilmektedir:

“Bir kanun hükmüyle yürütülmesi devlet veya diğer kamu tüzel kişilerine görev olarak verilen, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını gerçekleştirmek için kamuya sunulan, düzenli faaliyetler kamu hizmetidir. Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerine kanun hükmüyle verilen görev, bir hizmetin yürütülmesini gözetim ve denetim altında tutmak ise, özel kesim eliyle yürütülen o hizmet kamuya sunulmakla birlikte kamu hizmeti değildir.”²²²

III) Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yapılan İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü Konusunda Mevcut Hukuki Durum

Türk hukuk öğretisinde ileri sürülen düşünceler ve yabancı finans çevreleriyle yatırımcıların taviz vermez tutumları, son olarak da ilgili Yüksek Mahkeme kararları Anayasa değişikliği sürecinin başlamasını sağlamıştır.

“Bütçe rakamlarından da anlaşılacağı üzere yatırıma ayrılan ödeneğin düşüklüğü, ... bütçe açığının olması sonucu öz kaynaklarla yatırımın imkansızlığı nedeniyle, yabancı sermayenin ülkede yatırım yapmasını sağlamaktan başka yol da bulunmamaktadır.

Bu nedenle yabancı sermayenin ülkede yatırım yapabilmesi, ileri teknoloji ve büyük sermaye gereken yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilebilmesi için ortaya çıkan engellerin kaldırılması düşüncesiyle Anayasa değişikliğine gidildi.”²²³

Türkiye esasen iç hukukta milletlerarası tahkime imkan sağlayan düzenlemelere idari sözleşmeler bakımından sahip değil idiyse de, taraf olduğu gerek iki gerek çok taraflı sözleşmelerle milletlerarası tahkimi kabul etmişti. Ancak iç hukukun ilgili

²²¹ Emek; 1999/1, s. 69

²²² Erol, 1999, s. 148

²²³ Aldemir; 1999, C. 4, S. 12, s. 50

hükümleri ile sözleşmeler arasında mevcut çelişik durum iç hukukta bir belirsizliğe neden olmuş, sözleşmelerin teorik olarak iç hukukun üstünde olduğu gerçeği de göz önünde bulundurularak Anayasa değişikliğine gidilmiştir.

1) Anayasa'da Yapılan Değişiklikler

Konu ile ilgili düzenlemelere Anayasa'nın milletlerarası ticari tahkimi engelleyen hükümlerinin değiştirilmesi suretiyle başlanmıştır. "13.8.1999 Tarih ve 4446 sayılı Anayasa'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un"²²⁴ 1. maddesi ile Anayasa'nın 47. maddesinin kenar başlığı 'Devletleştirme ve özelleştirme' olarak değiştirilmiş ve maddeye iki yeni fıkra eklenmiş, 2. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesine bir fıkra eklenmiş ve 3. maddesi ile de Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Buna göre ilgili maddeler şöyle değiştirilmiştir:

4446 sayılı Kanun m. 1: Anayasa'nın 47. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkralar şöyledir:

Anayasa madde 47/3: Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Anayasa madde 47/4: Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.

4446 sayılı Kanun m. 2: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki hükümler eklenmiştir.

Kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime, ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

4446 sayılı Kanun m. 3: "Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrası, aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Danıştay davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nca gönderilen

²²⁴ R.G., T. 14.08.1999, S. 23786

Kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri Hakkında **iki ay içinde düşüncesini bildirmek**, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.”

Bu değişikliklerle, özelleştirme konusu ilk defa anayasal dayanağa kavuşturulmuş, kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği belirlenmiş, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların Danıştay’da çözülmesi yerine milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi imkanı getirilmiş ve yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için milletlerarası tahkime gitmeye izin verilmiştir.

Ayrıca Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi sınırlandırılarak, iki ay içinde ‘**düşüncesini bildirme**’ şekline çevrilmiştir.

2) 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun²²⁵

Anayasa’da yapılan değişikliklerin ardından kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek amacıyla dokuz esas ve bir geçici maddeden oluşan bir kanun çıkarılmıştır. Kanun sadece yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları düzenlemektedir.

Bu Kanun’un geçmişe yönelik bazı uygulamaları da içeren 7. maddesi ile geçici 1. maddesi tartışma konusu olmuş ve sonuçta tahkimin geriye dönük olarak işlemesine imkan sağlanmıştır. Taraflar bu Kanun’a göre **yabancılık unsuru taşıyan** imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları ad hoc veya kurumsal tahkime götürebilirler.

Kanun’un hakem kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin düzenleme getiren 5. maddesi 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 17. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²²⁵ R.G., T. 22.01.2000, S. 23941

Kanun'un 6. maddesine göre: "Bu kanunda veya usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır."

3) Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²²⁶

4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Kanun'la Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Danıştay Kanunu'nun 23/d maddesi değiştirilerek Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında '**düşüncesini bildireceği**' ifade edilmiş ve bu konudaki süre de iki ay ile sınırlanmıştır.

Ayrıca 4492 sayılı Kanun'la, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için idari yargıya başvuru yolu da kapatılmıştır.

4) 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap – İşlet – Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun²²⁷

Yukarıda, Anayasa Mahkemesi tarafından 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinin iptal edildiği açıklanmıştı. Buna karşılık milletlerarası tahkime iç hukuk bakımından imkan sağlayan düzenleme ve değişikliklerin yapılmasından sonra 5. madde yeniden "4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılmasına İlişkin Kanun'u Değiştiren Kanun"un 2. maddesi ile yürürlüğe girmiştir. Buna göre 5. maddenin son hali şöyledir:

3996 sayılı Kanun m.5: "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, **özel hukuk hükümlerine tâbidir.**"

²²⁶ R.G., T. 21.12.1999, S. 23913

²²⁷ R.G., T. 22.12.1999, S. 23914

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DEĞİŞTİRİLEN ANAYASA VE YASA HÜKÜMLERİNE GÖRE KAMU

HİZMETİ KAVRAMI VE KAMU HİZMETİNİN YENİ GÖRÜLÜŞ

YÖNTEMİ

Önceki kısımda yer verilen Yüksek Mahkeme kararlarıyla yatırımlarının önü kesilen siyasi irade, yukarıda belirtilen çözüm önerilerinden, uzun vadeli öneri olarak nitelendirdiğimiz öneriyi uygulamaya geçirmek suretiyle ilgili anayasa ve yasa hükümlerini değiştirmiştir.

Bilindiği gibi 13.08.1999 tarihinde Anayasa'nın 47, 125 ve 155. maddelerinde gerçekleştirilen değişiklik ile, 47. maddenin kenar başlığı 'devletleştirme ve özelleştirme' olarak değiştirilmiş ve maddeye iki yeni fıkra eklenerek özelleştirme işleminin anayasal dayanağa kavuşturulması sağlanmış, idare organlarının yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından ve özel hukuka tâbi olarak yürütülmesine yasama organının karar verebilmesine imkân sağlanmış, 125. maddede kamu hizmetleri ile ilgili sözleşmelerde çıkabilecek uyuşmazlıklarda millî ve milletlerarası tahkime gidilebilmesi kabul edilmiş ve 155. maddede Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için söz konusu olan öndenetim yetkisi nitelik yönünden sınırlanarak, 'inceleme' yerine 'düşüncesini bildirme'ye dönüştürülmüştür.

Yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçelerinden biri olarak, özellikle enerji yatırımlarını konu alan imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer verilememesi nedeniyle kreditorlerin finansman sağlamayacaklarını ifade etmelerinden dolayı, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime imkan veren mevzuat değişikliğinin yapılması halinde bu altyapı projelerine daha kolay kredi bulunabileceği hususu ileri sürülmüştür.

"Gerçekte yabancı yatırımcılar ise, sadece imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer verebilmeyi değil, aynı zamanda doğal tekel niteliğindeki hizmetlerin özelleştirilmesini düzenleyen YİD sözleşmelerinin de özel hukuk kapsamına alınmasını istiyordu. Diğer bir deyişle yabancı yatırımcının rahatsızlık duyduğu konu sadece idari yargının ağır ve taraflı çalışması değil, aynı zamanda idare

hukukunun bizzat kendisiydi.²²⁸

Nitekim kanun koyucu yabancı yatırımcıların bu taleplerine kulak vermiş ve 13.08.1999 tarihli Anayasa değişikliği ile doğal tekel niteliğindeki kamu hukuku sözleşmelerinin de idare hukukunun yanı sıra özel hukuka tabi olarak yürütülmesine imkan sağlanmış; uyum yasaları kapsamında YİD Modeli ile ilgili kanunlarda değişiklik yapan 4493 sayılı Kanun'la da YİD sözleşmelerinin **tekel niteliğinde kamu hizmeti** içerip içermediğine bakılmaksızın bütünüyle özel hukuk kapsamına alınması sağlanmıştır.²²⁹

Daha önceki kısımda yer verilen, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinin kamu hukukuna tâbi olduğuna, kamu hizmetlerinin özel kişilerce yalnız imtiyaz sözleşmeleri ile gördürülebileceğine ve kamu hukuku imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milli ve milletlerarası tahkime gidilmesinin öngörülemeyeceğine dair Anayasa Mahkemesi'nin kararları hatırlanacak olursa, söz konusu değişikliklerin daha önceki hukukî duruma göre bazı yönlerden son derece önemli ve köklü yenilikleri içerdiği söylenebilecektir.

Değişiklik öncesi dönemde Danıştay ise, imtiyaz sözleşmeleri alanında sahip olduğu inceleme yetkisi nedeniyle, incelemeyi makul kabul edilemeyecek ölçüde geciktirdiği ve inceleme esnasında imtiyaz sözleşmesi tasarılarından idareye yükümlülük yükleyen veya idarenin sorumluluğunu öngeren hükümleri çıkarmak suretiyle, devletin sahip olduğu mâli imkanlarla gerçekleştirmesi mümkün olmayan ve gerçekleşmesinde kamu yararı bulunan kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini geciktirdiği ve hatta özellikle yabancı yatırımcıların kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ile ilgili sözleşmeleri yapmaktan kaçınmalarına neden olduğu gerekçeleriyle eleştirilmekteydi.

Bu kısımda, konu ile ilgili yüksek mahkeme kararlarının yanı sıra adli-idari yargı ayırımının ve Türk idare hukukunun kaynağını teşkil eden Fransız hukukunun konu hakkındaki durumuna ve doktrinde ağırlığı olan yazarların görüşlerine de kısaca değinilmiştir.

Bu kısımda ayrıca, mevzuatta yapılan yeni değişiklikler ile kamu hizmeti kavramının yeni anlamı ve kamu hizmetinin özel kişilerce yeni görülüş şekli

²²⁸ Emek; 1999/2, s. 92 - 104

²²⁹ 4493 sayılı Kanun'la 3996 sayılı Kanun'a getirilen değişikliğin Anayasa'ya aykırılığı hususunda bkz.: Emek; 2001, s. 32, dn.3

hakkında ortaya çıkan durum inceleme konusu yapılmıştır. Bu bağlamda hemen şunu belirteyim ki, ilgili anayasa ve kanun değişikliklerinin meydana getirdiği en büyük yenilik tahkimi de dolaylı olarak imkan dahiline sokan, ‘kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesi usulü’nün kabul edilmiş olmasıdır. Bu düzenleme zaten, kamu hizmetleri alanında tahkime imkan sağlıyordu. Ancak Anayasa koyucu kamu hizmetleri alanında tahkime gidebilmeyi de ayrıca hükme bağlamıştır.

I) Son Değişikliklere Göre Kamu Hizmeti Kavramı

Mevzuatımızda 13.08.1999 tarihinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinin kamu hizmetinin daha önce incelediğimiz tanım ve kriterinde herhangi bir değişiklik getirip getirmediğinin belirlenmesinde öncelikle göz önünde bulundurulacak olan hüküm Anayasa’nın değişik 47. maddesi olacaktır.

‘Devletleştirme’ kenar başlığını taşıyan bu maddeye, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’un 1.maddesi ile iki yeni fıkra eklenmiş ve maddenin kenar başlığı ‘Devletleştirme ve özelleştirme ‘ olarak değiştirilmiştir.

Maddeye eklenen fıkralardan biri ile (madde 47/3) Türk hukukunda dayanağını bir kanunda bulan ‘özelleştirme’ konusu, Anayasal dayanağa kavuşturulmuş; diğer fıkra (madde 47/4) ile de kamu hizmetlerine yeni bir görülüş usulü getirilmiştir. Söz konusu 47. maddenin 4. fıkrası aynen şöyledir:

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Anayasa değişikliğinin kamu hizmeti tanım, kriter ve hukuksal rejiminde bir değişim getirip getirmediği tartışmasında belirleyici faktör, bu değişiklikle Anayasa’nın 47. maddesine 4. fıkra olarak eklenen hükmün nasıl değerlendirileceğidir.²³⁰

Bu fıkranın yeni bir kamu hizmeti görülüş usulü getirdiği açık olmakla birlikte, kamu hizmeti kavramının içeriğinde herhangi bir değişime neden olup olmadığının belirlenebilmesi için konunun ayrıca incelenmesi gereklidir. Bu nedenle aşağıda önce yeni Anayasa değişikliklerine göre kamu hizmeti kavramı incelenmiş, ardından son değişikliklerle getirilen kamu hizmeti görülüş yöntemine yer verilmiştir.

²³⁰ Ulusoy; 2001, s. 1

Çalışmanın önceki kısımlarında Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti anlayışını yansıtan kararlarına değinmiş ve Yüksek Mahkemenin anayasal denetim görevini yerine getirirken söz konusu hizmetin **niteliğine** bakarak denetim görevini yerine getirdiğini ifade etmiştik.

Türk hukuk öğretisinde, 'nitelik bakımından kamu hizmeti' kriterinin taraftarları olduğu gibi, bu kararları yoğun şekilde eleştiren yazarların da varlığına işaret edilmiş ve çözüm önerileri kısmında da bu tür subjektif nitelendirmelerin sonucu olan kararların önüne geçmek için Anayasa'ya, objektif değerlendirmeye müsait bir kamu hizmeti tanımı koyma teklifinde bulunulduğu belirtilmişti.

Siyasi iktidar sonuçta, uzun vadeli teklif olarak doktrinde ileri sürülen görüşe uyarak, Anayasa'yı değiştirme yönünde iradesini kullanmıştır. Ancak, şu anda incelediğimiz kamu hizmeti kavramıyla doğrudan ilgili olan tek madde durumundaki 47. maddenin 4. fıkrasının kamu hizmetinin tanımını veya bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesini sağlayacak kriteri içerdiği söylenemez. Aynı şekilde, "13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Anayasa'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la değiştirilen diğer iki madde olan 125 ve 155. maddeler de bu konuda herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, değişik 125 ve 155. maddelerden de kamu hizmetinin gerek tanımı gerekse de kriteri konusunda herhangi bir sonuç çıkarma imkanı yoktur.

Söz konusu 47. maddenin 4. fıkrasında her ne kadar kamu hizmeti ibaresi geçmemekte ise de;

"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen **yatırım ve hizmetlerden** hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmündeki '**yatırım ve hizmetler**' ifadesinin kapsamına kamu hizmetlerinin de girmekte olduğu hususu gayet açıktır. Bu hükümde kamu hizmetlerinin tanımlandığı veya bir kamu hizmeti kriteri getirildiği ise söylenemeyecektir. İfadede geçen **yatırım** kavramının kamu hizmetini ifade etmekte olduğu açık ise de, **hizmetler** deyimine kamu hizmetlerinin yanı sıra idarenin kamu hizmeti dışındaki -örneğin özel malları ile ilgili faaliyetler- faaliyetlerinin de gireceği, 'idarenin üstlendiği bütün faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde

olduğu²³¹ şeklindeki karşı görüşe rağmen, haklı olarak iddia edilmektedir.²³²

Bu hükümde, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun belirlenmesini sağlayacak bir kritere yer verilmediği gibi, hangi tür kamu hizmetlerinin bizzat idarece veya kamu hukuku kurallarına göre; hangi tür kamu hizmetlerinin de özel kişilerce ve özel hukuka göre yürütülebileceğinin ifade edilmemiş olması karşısında bu hususlarda Anayasa koyucunun idareye geniş bir irade serbestisi tanımış olduğu hususundaki kabulün doğruluğuna aşağıda değinilmiştir.

Sonuç olarak madde 47/4 hükmünden kamu hizmeti kavramı ile ilgili bir anlam çıkarmanın mümkün olmadığı ve hükmün sadece kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülüş usullerine yeni bir usul eklemek amacına münhasır olduğu söylenebilecektir. Yukarıda değindiğimiz 125 ve 155. maddelerin de kamu hizmeti kavramıyla ilgili bir düzenlemeye yer vermemeleri karşısında, 13.08.1999 tarihli Anayasa değişikliğinin, kamu hizmeti kavramıyla ilgili tanım ve kavramın içeriğinin tespitine imkan sağlayacak bir kriter getirmeyip, sadece yeni bir kamu hizmeti görülüş yöntemi ihdas ettiği söylenebilecektir.

II) Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilerce Yeni Görülüş Yöntemi

1) Değişik 47/4. Maddenin Anlamı

Yukarıda madde 47/4 ile ilgili açıklama yapılırken, bu fıkranın kamu hizmeti kavramıyla ilgili bir tanım veya kriter getirmediği, yalnızca kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülüş yöntemlerine yeni bir yöntem eklediği ifade edilmişti. Bu çalışmanın AYM'nin kamu hizmeti ile ilgili kararlarının eleştirildiği kısımda²³³ Anayasal veya yasal düzeyde bir kamu hizmeti tanımına yer verilmesi halinde Yüksek Mahkeme'nin iptal kararlarının önüne geçilebileceği ifade edilmişti. Ancak değiştirilen 47. maddede herhangi bir kamu hizmeti tanımına yer verilmediği halde,

²³¹ Pertev Bilgen; "YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (Bildiriler-Panel)", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996, s. 80

²³² "Türk ve Fransız doktrininde idarenin üstlendiği tüm faaliyetlerin kamu hizmeti markası taşımadığı, idarenin kamu hizmeti dışında, kamu hizmetlerinin finansmanına destek için sırf kâr amacına yönelik özel faaliyetleri bulunabildiği gibi; planlama, ekonomik destek ve sübvansiyonlar gibi ulusal ekonomiyi geliştirici ekonomik faaliyetlerinin ve yeni bir tür olarak, regülasyon faaliyetlerinin de bulunduğu kabul edilmektedir." (Ulusoy; 2001, s. 4-5, dn.7)

²³³ Bkz.: s. 83 vd.

'kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerin özel kişilerce özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülebileceğinin kabul edilmiş olması' karşısında artık AYM'nin iptal kararı verme ihtimali ortadan kalkmıştır.

Esasen yeni getirilen 47/4. madde hükmü karşısında artık Anayasa mahkemesi'nin nitelik denetiminin devre dışı bırakıldığı ve bir anayasal kamu hizmeti tanımına gerek kalmadığı söylenebilirse de, 'yürütülen yatırım ve hizmetlerden **hangilerinin** özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilceğinin kanunla belirleneceği' şeklindeki fıkrada geçen **hangilerinin** ifadesi şüphe hasıl edecek niteliktedir. Bir görüşe göre **hangilerinin** ifadesi sadece **bazı kamu hizmetlerinin** özel kişilerce ve özel hukuka tabi olarak görülmesi anlamına gelir.²³⁴ Başka bir görüşte bu ifade 'özel kişilerce görülmesi mümkün olan hizmetlerin ilgili düzenlemelerde tâdâdi olarak belirtilmek suretiyle özel kişilere gördürülmesi' olarak yorumlanmaktadır.²³⁵

Burada hemen şu hususu belirtelim ki, Türk hukukunda özel kişilerce yürütülmesi yasaklanan bir kamu hizmeti alanı yoktur. Yani hukukumuzda göre her türlü kamu hizmeti özel kişiler tarafından yürütülebilir.²³⁶ Bu iki görüş arasında halli gereken mesele ise şudur: acaba kanun koyucu her türlü kamu hizmetinin özel kişilerce ve **özel hukuka tabi olarak** yürütülmesini madde 47/4'e dayanarak öngörebilir mi?²³⁷

Özel kişilerce bütün kamu hizmetlerinin yürütülebileceğini ve Türk hukukunun bu konuda herhangi bir sınırlama getirmediğini ifade etmiştik. Ancak, acaba özel kişiler bütün kamu hizmetlerini **özel hukuka tabi olarak** yürütebilirler mi? İşte bu sorunun cevaplanmasında bize değişik 47. madde yol gösterecektir.

Değişik 47. maddenin 4. fıkrasındaki 'yürütülen yatırım ve hizmetlerden **hangilerinin** özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilceğinin kanunla belirleneceği' şeklindeki ifadede geçen '**hangilerinin**' sözcüğü doktrinde, '**bazı kamu hizmetlerinin** özel kişilerce ve **özel hukuk rejimine tabi olarak** yürütülmesinin öngörüleemeyeceği' şeklinde yorumlanmaktadır.²³⁸ Dolayısıyla, bütün kamu

²³⁴ Ulusoy; 2001, s. 11

²³⁵ Emek; 2001, s. 32, dn. 40

²³⁶ Nitekim bkz. : Ulusoy; 2001, s. 11 ve s. 83

²³⁷ Bir görüşe göre, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde **kamu hukuku kurallarına tabi olma** artık kamu hizmetinin bir unsuru ve şartı değildir. (Duran; 1982, s. 306)

²³⁸ Ulusoy; 2001, s. 12

hizmetlerinin özel kişilerce yürütülebileceği, ancak bazı kamu hizmetlerinin özel kişilerce **yalnızca kamu hukukuna tabi olarak** yürütülebileceği madde 47/4'ün lafzına dayanılarak söylenebilecektir. Bu durumda da karşımıza özel kişilerce **yalnızca kamu hukuku kurallarına tabi olarak** yürütülebileceği kabul edilen kamu hizmetlerinin **hangileri** olduğunun tespiti sorunu çıkmaktadır.

Pozitif hukuk metinlerinde **yalnızca kamu hukuku kurallarına tabi olarak** yürütülebileceği açıkça öngörülen kamu hizmeti türleri yoktur. Ancak doktrinde Anayasa'nın zorunlu olarak kamu hukuku rejimine tabi tuttuğu minimum bir kamu hizmeti alanının bulunduğu iddia edilmektedir. Bu alana ise, Anayasa metninden açıkça bir sonuç çıkarmak mümkün olmamakla birlikte **egemenlikle doğrudan bağlantılı** olan kamu hizmetlerinin (ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması vb.) gireceğinin kabul edilebileceği savunulmaktadır. Yani bu görüşe göre örneğin ulusal savunma kamu hizmeti de özel kişilerce yürütülebilecek ancak ilişkiye kamu hukuku kuralları uygulanacaktır.²³⁹ Çünkü söz konusu kamu hizmeti niteliği gereği özel hukuka tabi olmaya müsait değildir.

Başka bir görüşe göre ise, 'kamu hizmetlerinden bazılarının özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesi iktisadi ve teknolojik gelişmelere uygunsada, bu hizmetlerin hangileri olduğunun tayini için, yasama organının yine de **objektif bir ölçüt** kullanması gereklidir.'²⁴⁰ Yani bu görüşe göre hangi kamu hizmetlerinin yalnızca kamu hukuku kurallarına göre yürütülebileceğine kanun koyucunun karar verebilmesi için elinde Anayasa veya yasa hükmü gibi objektif bir ölçüt olmalıdır; yoksa '**egemenlikle doğrudan bağlantılı**' gibi sübjektif değerlendirme ürünü bir ölçüt yeterli olmayacaktır.

Diğer yandan bu ikinci görüşe göre, madde 47/4'te geçen **hangilerinin** ifadesi bazı kamu hizmetlerinin özel kişilerce sadece kamu hukuku kurallarına göre yürütülmesi zorunluluğunu ifade etmekle kalmamakta, aynı zamanda yasa koyucunun yatırım ve hizmetleri bir kanunla kamu hukukundan özel hukuk kapsamına alırken, bunları tādāt etmesi (tek tek sayması) gereğini de ifade etmektedir.²⁴¹

²³⁹ Ulusoy; 2001, s. 11-12

²⁴⁰ Emek; 2001, s. 25

²⁴¹ Yazar belirtilen nedenle, 3996 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun'un herhangi bir ayırımında bulunmadan ve tek tek faaliyet bazında karar vermeden, 3996 sayılı

Sonuç olarak madde 47/4'ün kamu hizmetlerinin özel kişilerce ve özel hukuka tabi olarak yürütülmesini imkan dahiline soktuğu, ancak bazı kamu hizmetlerinin -bu hizmetlerin hangileri olduğu maddede açıkça belirtilmemekle birlikte²⁴²- özel kişilerce yalnız kamu hukukuna tabi olarak yürütülebileceğini âmir olduğu söylenebilir.

2) Madde 47/4 ile Getirilen, Kamu Hizmetinin Özel Kişilerce Yeni Görülüş Yöntemi

Önceki kısımlarda ayrıntılı olarak değindiğimiz AYM kararlarına göre Yüksek Mahkeme 13.08.1999 tarihli anayasa değişikliğine kadar, bir kamu hizmetinin uzun süreli olarak özel kişiler tarafından yürütülmesinin ancak imtiyaz yöntemine göre mümkün olacağı görüşüyle, bir kamu hizmetinin özel kişilerce özel hukuka tabi olarak yürütülmesini öngören kanun hükümlerini iptal etmekteydi. Bu görüşün büyük alt yapı yatırımları ve yatırımcılar için arzettiği sakıncalara ise yukarıda yer verilmişti.

Açıklanan nedenlerle, AYM'nin iptal kararlarıyla yatırımlarının önü kesilen ve başka bir çıkış yolu bulamayan hükümet, çareyi AYM'nin iptal kararlarını devre dışı bırakmak için Anayasa'yı değiştirmekte bulmuştur.

Madde 47/4'ün getirdiği ilk yenilik, kamu hizmetinin özel kişilerce ve özel hukuka tabi yürütülme yönteminin getirilmiş olmasıdır. Hemen şunu belirtelim ki kamu hizmetlerinin özel kişilerce özel hukuka tabi olarak yürütülmesi yöntemi mevzuatımıza ilk defa 13.08.1999 tarihli Anayasa değişikliği sonucunda değişik 47/4. madde ile girmiş değildir. Daha önce de değinildiği gibi 3096, 3465, 3974, 3996 sayılı Kanun'lar ve bu kanunları değiştiren 4046 ve 4047 sayılı Kanun'larla kamu hizmetleri özel kişilerce özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmüştür. Hatta AYM'nin söz konusu kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi olarak yürütülemeyeceği gerekçesiyle bu kanunların bazı maddelerini iptal etmesine kadar olan zaman içinde bazı alt yapı yatırımlarının özel hukuk sözleşmeleri ile yapılmasına başlanmış ve

Kanun kapsamındaki YİD modelini tamamen özel hukuk kapsamına almasının madde 47/4 hükmü karşısında Anayasa'ya uygunluğunun tartışılabileceğini ifade etmektedir. (Emek; 2001, s. 32, dn.40)

²⁴² Özel kişilerce sadece kamu hukukuna tabi olarak yürütülebilecek kamu hizmetlerinin hangileri olduğunun pozitif bir hukuki düzenlemede belirtilmemiş olması, keyfi ve sübjektif değerlendirmelere açık kapı bırakmaktadır.

süreç tamamlanarak bitirilmiştir. Yani bu Anayasa değişikliği yapılmadan önce de hukuken ve fiilen var olan bir yöntemdi, özel kişilerce özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hizmetlerinin yürütülmesi yöntemi...

Fransız hukukunda tahkim kısmında²⁴³, Fransız hukukunda endüstriyel ve ticari nitelikte kamu hizmetlerinde 1921 yılından beri yüksek mahkemelerin içtihatları ile bu hizmetlerin özel hukuka tabi olarak yürütülmesinin kabul edildiği ifade edilmişti.

Aynı yaklaşım Türk yüksek yargı organlarında da yansımaları bulmuş ve gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse de Uyuşmazlık Mahkemesi ekonomik yönü ağır basan (iktisadi kamu hizmetleri) kamu hizmetlerinin tamamının özel hukuka tabi tutulmasını kabul etmemekle birlikte, özel hukuk-kamu hukuku karışımı karma bir hukuki rejimle özel kişilerce yürütülmesini kabul etmişlerdir.²⁴⁴

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, 'iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinde özel hukuk kurallarının uygulanması kamu hizmetlerinin etkin, kolay ve çabuk biçimde yürütülmesi amacının bir gereğidir.'²⁴⁵

Bu kararlarla bazı kamu hizmetlerinin özel kişilerce kısmen özel hukuka tabi olarak yürütülmesi konusunda idareye takdir yetkisi tanındığı açık olmakla birlikte, bir kamu hizmetinin tamamen özel hukuka tabi olarak yürütülmesinin bir kamu hizmeti görülüş yöntemi olarak kabul edilmesinin yukarıda belirtilen kanunlar mahfuz kalmak üzere ilk defa anayasal düzeyde Anayasa'nın değişik 47/4. maddesi ile getirildiği bilinmelidir.

Özel kişilerce kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi olarak yürütülmesinin kabul edilmesi, söz konusu ilişkiye hiçbir halde kamu hukuku kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu yöntemle yürütülecek kamu hizmetlerine hem sözleşmenin yürürlüğe girmesine kadarki aşamada yani ihale aşamasında, hem de eğer söz konusu sözleşme doğal tekel (imtiyaz) niteliğinde bir kamu hizmetinin yürütülmesini konu alıyorsa sözleşmenin uygulanması aşamasında, ayrıca özel kişinin yürüttüğü hizmetin gereği gibi işlememesi veya hizmetten yararlananların hizmetin yürütülmesi nedeniyle bir zarara uğramaları halinde zararlarının tazminini idareden, idari yargıya başvurarak talep etmeleri halinde özel

²⁴³ Bkz., s. 101 vd.

²⁴⁴ A. Şeref Gözübüyük –Turgut Tan; 1998, **İdare Hukuku - Genel Esaslar**, C. 1, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 438-439

²⁴⁵ U.M., T. 04.03.1981, E. 81/4 (Gözübüyük - Tan; 1998, s. 438'den alınmıştır.)

hukuka tabi olan sözleşmeye, kamu hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır. Kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi halinde, özel hukuk akdine kamu hukukunun uygulandığı üç duruma aşağıda kısaca değinilmiştir.

A) Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Özel Hukuk Sözleşmelerinin İhale Aşamasında Kamu Hukuku Kurallarının Uygulanması

Özerk bütçeli kuruluşlar ile bazı özel bütçeli kuruluşlar dışında, devlet ve diğer idari birimler tüm alım, satım, hizmet, yapım ve benzeri işlerinde '2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun hükümlerine ilgili kuruluşlar uymak zorundadırlar.

Bu Kanun'a göre ihale esnasında açıklık (aleniyet), ve serbest rekabetin sağlanması gibi ihale ilkelerine uyulur. 2886 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak işlerde, ihale yapılıp yürürlüğe girinceye kadarki aşamada kamu hukuku kuralları uygulanır ve bu aşamada idari yargı görevlidir.²⁴⁶ Dolayısıyla ihale aşamasında söz konusu ilkelere uyulup uyulmadığı kamu hukuku kuralları uygulanmak suretiyle idari yargıda karara bağlanacaktır.

Bir görüşe göre, yüksek yargı organlarının yerleşmiş içtihatları²⁴⁷ ile idarenin, 2886 sayılı Kanun'un uygulanmadığı ihalelerinde bile açıklık ve serbest rekabet ilkelerine uyulması gerektiğinin ve bu ilkelere uyulup uyulmadığının idari yargıda denetlenebileceğinin ifade edilmiş olması ve 2886 sayılı Kanun'un 1. maddesinde idarenin yüklendiği diğer işlerin yanı sıra 'hizmet' işlerinin de ifade edilmiş olması, aslında Anayasa değişikliğinden önce de idarenin üstlendiği bazı hizmetlerin, ihale aşamasına kadar kamu hukuku, bu aşamadan sonra ise özel hukuka tabi tutulması için yasal bir dayanağın bulunduğunu göstermekteydi.²⁴⁸

Bu görüş karşısında ve Yüksek Mahkeme içtihatları gereğince 2886 sayılı Kanun kapsamında yer almayan il özel idareleri ve özerk bütçeli idareler ile KİT'ler gibi idare organlarının YİD gibi özel hukuk sözleşmelerinin ihale aşamasında kamu hukuku kuralları uygulanacak ve idari yargı görevli olacak; sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra ise özel hukuk kuralları uygulanacaktır.

Böylece yüksek mahkeme içtihatlarının uygulamaya aksettirilmesi sonucunda

²⁴⁶ Metin Günday; **İdare Hukuku**, 3. b., Ankara: İmaj Yayıncılık, 1998, s. 145

²⁴⁷ AYM., T. 28.02.1996, E. 95/38, K. 96/7 (R.G., T. 24.05.1996, s. 67) Diğer yüksek mahkeme içtihatları için bkz : Ulusoy; 2001, s. 16, dn. 40

²⁴⁸ Ulusoy; 2001, s. 16

YİD sözleşmelerinin ihale aşamasında açıklık ilkesine uyulmadığı ve ilgili kanunlarda açıklık ve rekabet ilkelerine ilişkin tatmin edici hükümlerin bulunmadığı eleştirileri de karşılanmış olacaktır.²⁴⁹

Aşağıda değinilecek olan doğal tekel hallerinde ise özel hukuk sözleşmesinin sadece ihale aşamasında değil, yürürlüğe girmesinden sonraki aşamada da kamu hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır.

B) Kamu Hizmetinin Konusunun Doğal Tekel Olması Halinde

Eğer kamu hizmetinin yürütülmesine dair özel hukuk sözleşmesinin konusu bir doğal tekel (imtiyaz) ise, Anayasa'nın 167. maddesinde tekelleşmenin önlenmesi ve rekabetin korunmasının devlete görev olarak verilmiş olması karşısında, konu yine idare hukukundan tamamen ayrı tutulamayacak ve devletin idari birimleri ve bir bağımsız idari otorite²⁵⁰ olan Rekabet Kurumu gerekli denetimi yapacaktır.²⁵¹ Bu denetim doğal ve hukuksal tekeller üzerinde fiyat ve kalite denetimi şeklinde olabilecektir.²⁵²

Bu durumda biraz geriye dönüş yaparak Anayasa Mahkemesi'nin YİD modelini düzenleyen Kanun'un (3996 sayılı Kanun) bazı maddelerinin iptali ile ilgili olarak verdiği kararda kamu hizmetlerinin uzun süreli olarak özel kişilerce yürütülmesinin ancak idari nitelikte bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmeleri ile mümkün olacağı gerekçesiyle, tamamına yakını tekel konusu hizmetleri konu alan²⁵³ 3996 sayılı Kanun'un 'kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile görülebileceği' şeklindeki hükümlerini iptal ettiğini hatırlayalım.

Halen, **tekel konusu olan kamu hizmetlerinin** Anayasa'nın 47. maddesi gereğince özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmesinin kabul edilmiş olmasına

²⁴⁹ Ulusoy; 2001, s. 17-18, Bilgen; 1996, s. 70-71 ve Tan; 1996, s. 33

²⁵⁰ Bağımsız idari otoriteler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: İbrahim Kaboğlu (Editör); **Bağımsız İdari Otoriteler**, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998

²⁵¹ Ulusoy; 2001, s. 18 Nitekim bu nedenle 'sektörü düzenleyen kurallar oluşturulmadan ve özel mülkiyetli firmaları denetleyecek bağımsız düzenleyici kurumlar (Bağımsız idari otoriteler) kurulmadan önce, doğal tekellerin özelleştirilmemesi gerektiği' ifade edilmektedir. (Emek; 2001, s. 29, 33)

²⁵² Nurkut İnan; **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri** (Bildiriler - Panel), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996, s. 68

²⁵³ Emek; 2001, s. 32, dn. 40

rağmen, yine Anayasa'nın 167. maddesi gereğince bu özel hukuk sözleşmesinin tekel niteliğinde bir kamu hizmetini konu alması halinde hem sözleşmenin ihalesi hem de uygulanması esnasında açıklık ve serbest rekabete uygunluk ilkelerinin denetimi yönünden kamu hukuku kurallarına tabi olması, Anayasa değişikliğinden önceki dönemle şimdiki dönem arasında 'tekel konusu kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi' bakımından fazla bir fark olmadığını göstermektedir.²⁵⁴

Dolayısıyla da değişikliklerden önceki dönemde AYM'nin bir özel hukuk kişisine bir kamu hizmetinin uzun süreli olarak gördürülmesini öngören sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul ederek, söz konusu kanun hükümlerini iptal eden kararlarının, yalnızca sözleşmenin konusunun bir **tekel niteliğinde kamu hizmeti** olması halinde mümkün olduğu, özel hukuk sözleşmelerinin tekel konusu kamu hizmeti ile ilgili olmaması halinde ise bir kamu hizmetinin uzun süreli olması halinde bile özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesini kabul edebileceği iddia edilebilirdi.

Zaten dikkat edilirse Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarını ortada bir imtiyaz sözleşmesi bulunmasına dayandırmıştır. İmtiyaz ise ayrıcalık demektir ve ancak tekel niteliğinde bir kamu hizmetinin yürütülmesi halinde söz konusu olabilir.

Bu durumda Anayasa değişikliğinin, idari nitelikte bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkime gidilmek suretiyle çözümlenebilmesi ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisini, iki ay içinde düşüncesini bildirmeye çevirme dışında hiçbir yenilik içermediği söylenebilecektir.

²⁵⁴ Yukarıda, 3996 sayılı Kanun kapsamındaki altyapı yatırımlarının tamamına yakınının tekel niteliğinde olduğu ifade edilmişti. Tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinin, tekel niteliğinde olmayan kamu hizmetlerinden farklı olarak kamu hukukundan tamamen soyutlanamaması, idarenin genel amacı olan kamu yararının bir gereğidir. Nitekim şu görüşler de altyapı işleri şeklindeki tekel nitelikli kamu hizmetlerinin kamu hukukundan tamamen soyutlanamayacağını dolaylı olarak ifade etmektedir:

“Özel sektöre devredilecek altyapı hizmetlerinin sektörleri doğal tekel niteliğindedir ve rekabete açılmaları teknik olarak mümkün değildir. Bu nedenle diğer sektörlerdeki özelleştirme yöntemleri bunlara uygulanamaz.” World Bank; 1996, s. 57. (Emek; 2001, s. 26'dan naklen) Burada 'özelleştirme yöntemleri' ifadesi ile kamu hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi usullerinin ifade edilmek istendiği hususu izah gerektirmeyecek kadar açıktır. Bu görüş de esasen, tekel niteliğinde bir kamu hizmeti özel hukuka tabi olarak yürütülse de uygulama aşamasında kamu hukuku kurallarının uygulanmasını haklı göstermektedir.

Dolayısıyla kamu hizmetlerinin özel kişilerce özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi yönteminin madde 47/4 ile getirilmiş olmasının da hukukumuzda herhangi bir yeniliği ifade etmediği, Anayasa değişikliğinden önce de idarenin üstlendiği bazı hizmetlerin (tekel konusu olmayan kamu hizmetleri) ihale aşamasına kadar kamu hukuku, bu aşamadan sonra ise özel hukuk hükümlerinin uygulanması için yasal bir dayanağın bulunduğu ifade edilmiş olması²⁵⁵ karşısında Anayasa'da böyle bir değişiklik yapılmasaydı da imtiyaz konusu olmayan kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi olarak yürütülebileceği, gerek 3996 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunların kapsamındaki tekel konusu olmayan kamu hizmetlerinin değişiklik öncesi dönemde özel hukuk sözleşmesi ile görülebileceğinin yukarıdaki gerekçelerle ifade edilmiş olması, gerekse de 2886 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamına, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu işlerin kapsamı ifade edilirken **hizmetlerin** de ayrıca dahil edilmiş olması nedeniyle iddia edilebilirdi.

Çünkü şu andaki hukuki durumun da eskiden bir farkı yoktur. Nitekim madde 47/4 kapsamına giren tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılan sözleşmeler özel hukuka tabi kılınsa da, gerek ihale, gerekse uygulama aşamasında – idari yargı denetimi dışında- kamu hukuku kuralları belli ölçüde uygulanmaya devam edilecektir.

Söz konusu 47/4. maddenin tek yeniliği, tekel niteliğinde olmayan kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesini öngören kanuni düzenlemeleri kamu hukuku kurallarının uygulanması gerektiği gerekçesiyle AYM'nin iptal etmesine engel olmasıdır. Tekel niteliğinde hizmetlerin özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmesine dair düzenlemeleri AYM, Anayasa hükmü icabı iptal edemeyecekse de bunun pratikte fazla bir önemi olmayacak ve tekel konusu kamu hizmetlerini konu alan özel hukuk sözleşmelerine gerek ihale gerekse uygulama aşamasında kamu hukuku kuralları uygulanacaktır.

Nitekim öğretilde, hukukumuzda kamu hizmetlerinin gerek idari bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmesi ile gerekse de özel hukuk sözleşmeleri ile özel kişiler tarafından yürütülebileceği, tekel konusu olmayan bir kamu hizmetinin yürütülmesi söz konusu olduğunda sözleşmeye, sadece ihale aşamasında kamu hukuku kurallarının uygulanacak olmasına karşın tekel konusu bir kamu hizmeti söz konusu

²⁵⁵ Ulusoy; 2001, s. 16

olduğunda hizmet, özel hukuk kişisi tarafından özel hukuk sözleşmesi ile yürütülse de, ilişkiye hem ihale safhasında hem de uygulama safhasında kamu hukuku kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir.²⁵⁶

Diğer yandan tekel konusu bir hizmetin ‘imtiyaz sözleşmesi’ ile kamu hukukuna tabi olarak yürütülmesi halinde de ilişkiye hem ihale safhasında hem de uygulama safhasında kamu hukuku kurallarının uygulanacağı açıktır. Bu durumda tekel konusu bir kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmesi ile veya özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesi arasında bir fark olmadığı gibi bir düşünce hasıl olabilecektir.²⁵⁷

Böyle bir sonuca varmamak için, tekel konusu bir kamu hizmeti özel kişi tarafından imtiyaz sözleşmesi ile yürütülecekse ilişkinin her aşamasında kamu hukuku kurallarının –imtiyaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörüldüğü durumlar dışında- bütünüyle uygulanacağı, buna karşılık aynı tür kamu hizmetinin özel kişi tarafından özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesi söz konusu olduğunda ise sözleşmenin sadece ihale aşamasında kamu hukuku kurallarının bütünüyle uygulanacağı ve uygulama aşamasında ise sadece açıklık ve serbest rekabet ilkelerine uyulup uyulmadığı hususlarının denetlenmesi bakımından kamu hukuku kurallarının uygulanması gerektiği şeklindeki bir yorum Anayasa koyucunun abesle iştiğal etmediğinin kabulü bakımından uygun olacaktır.

C) Hizmetin Yürütülmesi Esnasında Hizmetten Yararlanana Zarar Verilmesi Halinde

Bilindiği gibi bir kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmemesi veya hizmetin yürütülmesi esnasında hizmetten yaralananlara zarar verilmesi halinde, bu hizmetten yararlananlar hizmeti yürütmekle yükümlü olan idareye başvurarak hizmetin gereği gibi yürütülmesini veya uğradıkları zararın tazminini talep edebilecekleri gibi, bu talebin idare tarafından yerine getirilmemesi halinde idari yargıya da başvurabilirler.

Şüphesiz bir kamu hizmetinin bizzat o hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan idare yerine, idare hukuku veya özel hukuk sözleşmesi ile özel bir kişi tarafından yürütülmesi, hizmetten yararlananların hizmetin asıl sorumlusu olan idareye

²⁵⁶ Ulusoy; 2001, s. 16, 19

²⁵⁷ ‘Tek fark, ulusal veya uluslararası tahkim öngörülmeven imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargıya ait olmasıdır.’ denebilir.

başvurmak suretiyle yukarıda belirtilen talepleri ileri sürmelerine ve bu talepler idare tarafından yerine getirilmediği takdirde de haklarını idari yargıda aramalarına engel olmayacaktır.

Dolayısıyla bu halde de özel hukuka tabi bir kamu hizmetinin yürütülmesi sözleşmesinin uygulanması esnasında istisnaen, sadece hizmetin asıl sorumlusu olan idare ile hizmetten yararlananlar arasında kamu hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır.

3) Kamu Hizmetinin Özel Hukuk Sözleşmesi ile Yürütülmesinin Özellikleri

Bilindiği gibi kamu hizmetinin bir idare hukuku sözleşmesi olan imtiyaz sözleşmesi yerine, özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesi halinde ilişkiye özel hukuk kurallarının uygulanması gerekecektir.

İdare hukukunda 'idarenin üstünlüğü' ilkesinin yerini özel hukukta ' taraflar arasında eşitlik' ilkesi alacak, bu nedenlerle idarenin diğer tarafa göre üstün hak ve yetkilerle donatılmasına izin verilmeyecektir.

Bu durumun tabii bir sonucu olarak, idarenin idari sözleşmeler alanında sahip olduğu tek taraflı fesih ve sözleşme koşullarını tek taraflı olarak değiştirme yetkileri, iki tarafça sonradan kabul edilmediği veya sözleşme yapılırken müzakere edilip de sözleşme metnine konulmadığı sürece söz konusu olmayacaktır.

Diğer yandan, hizmetin özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesi halinde sözleşmenin kuruluş ve yürürlüğe girdiği anın belirlenmesi hususlarına da Borçlar Kanunu'nun akitlerin kuruluşu ve yürürlüğü ile ilgili genel kısmındaki hükümlerin uygulanacağı muhakkaktır.

Ancak daha önce de değinildiği gibi kamu hizmetine ilişkin özel hukuk sözleşmelerinin ihale safhasına kamu hukuku kuralları uygulanacağı gibi sözleşme konusunun tekel niteliğinde bir kamu hizmetine ilişkin olması halinde uygulama safhasında da kısmen kamu hukuku kurallarının müdahalesi söz konusu olacaktır. Ayrıca sözleşme konusunun tekel niteliğinde kamu hizmeti olup olmadığına bakılmaksızın, hizmetten yararlananların hizmetin yürütülmesinde mevcut aksaklıklar için hizmetin asıl sorumlusu olan idare ve idari yargıya başvuruları da kamu hukuku kurallarına tâbi olacaktır

III) Genel Değerlendirme

Ülkemizde büyük alt yapı yatırımlarının yapılabilmesi için Türk hukukunda tahkime imkan sağlanması zorunluluğu ve bunun nedeni önceki kısımlarda açıklanmıştır. Ancak acaba tahkime imkan sağlayıcı yasal düzenlemelerin yapılması yabancı sermayenin gelişi için tek başına yeterli midir; yoksa bunun için tahkim yanında başka hususlarında yerine getirilmesi gerekir mi?

Tahkim yasağının kaldırılması sonucunda Türkiye'ye giren yabancı sermaye miktarında bir artış olup olmadığı ile ilgili olarak, 21. dönem Saadet Partisi Ankara Milletvekili Zeki Çelik'in soru önermesine verdiği cevapta Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanı Kemal Derviş, 'kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde çıkabilecek hukuki uyumsuzluklarda tahkime imkan veren Anayasa değişikliğinden sonra, Türkiye'ye giren yabancı sermayede artış olduğunu' belirtmiştir. Bakan Derviş, Türkiye'nin dünyadaki tüm doğrudan yabancı sermaye yatırımlarındaki payının oldukça yetersiz olmakla birlikte, tahkim yasağının çıkmasından sonra yabancı sermaye yatırımlarında belli bir artışın olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁸

Nitekim, Hazine müsteşarlığı verilerine göre de tahkimin çıktığı 1999'dan sonra 2000 yılında, izin verilen yabancı sermaye toplamı bir önceki yıla göre 1 milyar 360 milyon dolar artarak, 3 milyar 60 milyon dolara ulaşmıştır. 2001 yılında ise, ... 2 milyar 759 milyon dolarlık yabancı yatırıma izin verildi.²⁵⁹

Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanı Kemal Derviş'e göre, "... tahkime imkan veren yasal düzenlemeler, doğrudan yabancı sermayenin bir ülkede yatırım yaparken dikkate aldığı, 'bölgesel pazara yakınlık, siyasi ve ekonomik istikrar, hukuki öngörülebilirlik ve saydamlık²⁶⁰, iş gücü ve enerji maliyetleri' gibi ölçütlerden sadece birisini oluşturmakta olup, ülkemizin doğrudan yabancı sermaye yatırımlarında dünyada hak ettiği yeri alabilmesi için, hâli hazırda bir dizi reformlar eşliğinde sürdürülen ekonomik programın kararlılıkla uygulanması gereklidir."

Ülkemize yabancı sermaye girişinin istenilen düzeye gelememesinin nedenleri ve istenilen düzeye gelebilmesi için tahkim dışında gerekli olan diğer hususlara, Bakan Derviş'in ifade ettikleri dışında ülkemizin şartlarına özgü olarak aşağıda

²⁵⁸ Kemal Derviş; "Tanıtıma Önem Vereceğiz", *Türkiye*, 07.02.2002

²⁵⁹ Türkiye; 17.02.2002, "Yabancı sermaye girişi katlandı.", Haber Merkezi, s. 5

²⁶⁰ Nitekim yabancı yatırımcıların bir ülkede yatırım yapma kararlarını etkileyen unsurlardan biri de liberal bir hukuki altyapıya sahip olunmasıdır. (Özbilgiç; 2001, s. 69)

sayılanlar da dahil edilmelidir.²⁶¹

“Son 10 yıldan bu yana koalisyon hükümetleri ile yönetilme ve sürekli erken seçim ortamından çıkılamaması, bürokrasinin esnek olmayan muhafazakâr anlayışı, piyasalara iki haneli yüksek enflasyon ve faiz kısıkcacının uzun zamandır hâkim olması, TL’nin istikrarsız yapısı, ekonominin temel girdilerini teşkil eden kamu tarafından üretilen ve verilen hizmet fiyatlarının dünya fiyatlarının üzerinde olması, kamunun kaynak açığı dolayısıyla piyasadaki fonlara yüksek reel getiri vererek el koyması, IMF destekli uygulanan sıkı maliye ve para politikasının bir sonucu olarak vergi oranlarının yüksekliği ve iç talebin gerilemesi, yakın dış pazar niteliğindeki doğrudan sınır komşusu olduğumuz ülkelerle dış ticaretin geliştirilememesi ...”²⁶²

Yabancı sermayenin ülkemize gelmesi için “... başta enerji olmak üzere girdilerin teşvik verilerek dünya fiyatları düzeyine çekilmesi, üretim tesislerinin kurulacağı arazi ve alt yapı hizmetlerinin bedelsiz sağlanması, Gelir ve Kurumlar Vergisi’ne muafiyet uygulaması getirilmesi, istihdam üzerindeki işverene binen yüklerin hafifletilmesi, bürokratik işlemlerin kolaylaştırılması²⁶³ ve hızlandırılması” gibi konularda gerekli düzenlemelerin yapılması gereğine dikkat çekilmekte ise de; son dönemde Romanya, Bulgaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Rusya Federasyonu ve Slovakya gibi eski Doğu Bloku ülkelerinin yabancı yatırımcılara cazip teşvik ve muafiyet imkanı yaratması karşısında, Türkiye için mevcut handikapların devre dışı bırakılmasının söz konusu tedbirlerin alınması halinde bile zor olacağı ifade edilmektedir.²⁶⁴ Anlaşılan o ki, Türkiye yabancı sermaye konusunda da treni kaçırmak üzeredir.

²⁶¹ Paksoy; 2001, s. 163

²⁶² Kıbrızlı; 26.02.2002, s. 13

²⁶³ Yabancı sermayenin ülkemize gelmesi için, bürokratik işlemlerin kolaylaştırılması ve hızlandırılması şarttır. Nitekim bu amaçla, bürokrasi sürecinin hızlandırılması, kolaylaştırılması ve ülkemize yabancı sermayenin çekilmesi amacıyla sürdürülen çalışmalar sonucunda, özel sektör ile kamu temsilcilerinin birlikte temsil edildikleri yatırım ortamının iyileştirilmesi için ‘Koordinasyon Kurulu’ kurulmuştur. “Kurul, yatırımın her aşamasında, alınması gerekli tüm izin ve onayların gözden geçirilerek azaltılmasını sağlayacaktır.” (Derviş; 07.02.2002, s. 5)

²⁶⁴ Kıbrızlı; 26.02.2002, s. 13

SONUÇ

İmtiyaz, kamu hizmetinin özel kişilerce gördürülmesi yöntemlerinden birini oluşturmaktadır. Ülkemizde Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinden beri uygulanmaktadır.

Önceleri devletin egemenlik yetkisine dayanarak ve hiçbir yasal düzenlemeye gerek görülmeksizin özellikle de yabancılara imtiyaz tanınmak suretiyle kamu hizmetlerinin yürütülmesi sağlanmıştır. II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan '1326 tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun' ile imtiyaz yönteminin hukuksal çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Osmanlı Devletinin yıkılması ile, Osmanlı Devleti Döneminde verilen imtiyazların devlet tarafından satın alınmak suretiyle tasfiyesi yönüne gidilmiş ve imtiyaz konusu kamu hizmetlerinin yürütülmesi kamu kurumlarına verilmiştir. Bu dönemden sonra bazı istisnalar dışında kamu hizmeti imtiyaz yönteminin uygulamasına rastlanmamıştır.

1980'li yıllardan sonra finansman ihtiyacının ortaya çıkardığı yeni bir modelden söz edilmeye başlanmıştır. Yüksek miktarda sermaye ve teknolojik birikim gerektiren, uzun vadeye dayalı alt yapı yatırımları yapılmasını amaçlayan Yap-işlet-devret modeli, esas olarak idare hukuku alanında yer alan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin uygulanmasını sağlayan yeni bir finansman modelinden ibarettir.

Bilindiği gibi yatırım sözleşmeleri çok uzun bir vadeye yayılmıştır. Böyle uzun süreli hukuki ilişkilerde uyumsuzlukla karşılaşılması kaçınılmazdır. Yatırım sözleşmelerinin bir çok teknik hususu içeriyor olması da uyumsuzlukların ihtisas sahibi olanlarca ele alınarak çözümlenmesini bir zaruret haline getirmektedir. Böyle olunca yabancı yatırımcıların uyumsuzlukların neden idari yargı ve devlet mahkemeleri yerine milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesini istedikleri daha kolay anlaşılabilir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarıyla devletin alt yapı yatırımları sekteye uğramışsa da, anayasa ve kanunlarda gerekli değişiklikler süratle yapılarak yabancı yatırımcının önündeki engeller kaldırılmıştır.

Yapılacak yatırım sözleşmelerinin konusunun, Anayasa Mahkemesi'nin objektif dayanaktan yoksun, sübjektif değerlendirmesi sonucunda kamu hizmeti alanında olduğunun kabul edilmesi ile bu alanda yapılacak sözleşmelerin özel hukuka değil

idare hukukuna tabi olduğunun, dolayısıyla da milletlerarası tahkime konu olamayacağını tespiti yatırım sözleşmelerinde tahkime imkan tanımıyordu.

Yasama organı tarafından, öğretilerde ileri sürülen kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazı gibi kavramların anayasa ve ilgili kanunlarda tanımlanması suretiyle yapı-ışlet-devret modeli çerçevesinde yürütülen imtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetini konu almaması nedeniyle idari sözleşme teşkil etmemesi ve sonuç olarak da idari yargı alanına girmeyeceği için tahkimin imkan dahiline girmesi gibi dolambaçlı teklifler dikkate alınmamış ve anayasa ve kanunlarda gerekli değişiklikler yapılarak idari yargı alanındaki imtiyaz sözleşmelerinde de tahkime imkan sağlanmıştır.

Yapılan değişiklikler sonucunda şu anda Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında milli ve milletlerarası tahkime gidilmesi mümkündür. Ancak milletlerarası tahkime yalnızca 'yabancılaşma unsuru' taşıyan uyuşmazlıklarda gidilebilmektedir. Diğer yandan milli veya milletlerarası tahkim öngörülmemiş imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları çözümleme yetkisi ise aynen değişiklik öncesi dönemde olduğu gibi Danıştay'a aittir. Süreci hızlandırmak amacıyla Danıştay'ın daha önce var olan imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki 'inceleme' yetkisinin, 'iki ay içinde düşüncesini bildirme'ye çevrildiğine de çalışmada değinilmiştir.

Gerek hükümet yetkililerinin açıklamalarına gerekse de Hazine Müsteşarlığı verilerine göre, tahkime imkan sağlayan mevzuat değişikliğinin yapıldığı 1999 yılından sonra Türkiye'ye giren doğrudan yabancı sermaye miktarında belli bir artış olmuşsa da; bu artış henüz istenilen düzeye ulaşamamıştır. Bu durum da yabancı sermayenin bir ülkeye gelmesi için tahkim imkan sağlanmasının tek başına yeterli olmadığını, hatta tahkimden çok daha önemli ve yerine getirilmesi öncelikli-zorunlu bazı hususların bulunduğunu göstermektedir.

'Genel Değerlendirme' başlığı altında ayrıntılı olarak yer verilen bu hususların yalnızca yabancı sermayenin bir ülkeye girişi için değil, aynı zamanda yerli sermayenin dış ülkelere kaçmaması için de gerekli olduğunun ifade edilmesi sanıyorum tahkime oranla ne büyük bir öneme sahip olduklarının daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Türkiye'de tahkime imkan sağlayıcı yasal düzenlemelerin yapılmasından sonraki dönem içinde hem yabancı sermaye girişinde beklenenin aksine olağanüstü bir artışın görülmemesi hem de yerli sermayenin özellikle eski Doğu Bloku ülkelerinden

Romanya ve Bulgaristan'a kaçış göstermesi bu saptamanın doğruluğunu ortaya koymaktadır.

Nitekim bu ülkelerde ucuz iş gücü, 5-6 yıllık vergi muafiyet ve istisnaları, azaltılan bürokratik süreçler, düşük maliyet vb. elverişli düzenlemeler ile siyasi ve ekonomik istikrar yerli ve yabancı yatırımcılar için daha öncelikli hususları teşkil etmektedir.

Sonuç olarak yabancı yatırımcının önündeki tahkim engeli kalkmışsa da, ondan çok daha önemli olduğu kabul edilen bürokratik engeller, siyasi istikrarsızlık, ağır vergi yükü, emlak fiyatlarının yüksekliği, politik risk²⁶⁵ ve bunlara eklenebilecek olan ve yukarıda sayılan daha bir çok olumsuzluk²⁶⁶ yatırımcıyı ürkütmektedir. Bundan dolayı, tahkim engelini kalkmış olmasının ülkemize yabancı yatırımcı gelişini -yabancı sermayenin bir ülkeye girmek için aradığı en önemli şartın siyasî ve ekonomik istikrar olduğu da düşünülecek olursa- kısa süre içinde olağanüstü şekilde artıracığı düşüncesi gerçekçi bir yaklaşım değildir.

²⁶⁵ Doktrinde 'tahkimin asıl amacının birinci derecede risk olan politik riski izole ederek garantilerin garanti alınmasını sağlamak' olduğunun belirtilmesi de politik riskin yabancı yatırımlar için arzettiği önemi ifade etmesi bakımından dikkate değerdir. (Nas; 2001, s. 65)

²⁶⁶ Diğer olumsuzluklar için bkz : Faruk Sabuncu; "Uluslar arası Tahkim - Ekonomi Açısından Mali Mevzuatın Değerlendirilmesi", **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslar arası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara: Liberte Yayınları, 2001, s. 170

YARARLANILAN YAYINLAR

AKGÜNER, Tayfun – **BİLGEN**, Pertev – **GİRİTLİ**, İsmet; **İdare Hukuku**, İstanbul, 2000

AKINCI, Ziya; “Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Ankara, 14 Ocak 2000

AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, 1991

ALANGOYA, Yavuz; **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973

ALDEMİR, Ahmet; “Tahkim Özelleştirme ve Anayasa Değişikliği (1-2)”, **Yerel Yönetim ve Denetim (Aylık Bilimsel ve Mesleki Dergi)**, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Derneği Yayını, Cilt 4, Sayı 11-12, Kasım-Aralık, 1999, Ankara

ANSAY, Tuğrul; “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu”, **II. Tahkim Haftası - Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983

ATAY, Ender Ethem; “Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 14 Ocak 2000

BALTA, Tahsin; **İdare Hukuku I - Genel Konular**, SBF Yayını, Ankara, 1972

BİLGEN, Pertev; 1996, “**YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996

BİLGEN, Pertev; **İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, 1970

- BİRSEL**, Mahmut T.; 2001, “Enerji Yatırımları ve Anayasa’nın 125. Maddesi’nde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara
- BİRSEL**, Mahmut; 1980, “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye”, E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, No: 1 - 4’ten Ayrı Bası, İzmir
- BİRSEL**, Mahmut T. - **BUDAK**, Ali Cem; “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler”, Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 11 Nisan 1997
- BİRSEL**, Mahmut; 1983, “Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerine Göre Verilen Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanun Hükümleri Dairesinde Türkiye’de Tenfizi”, **II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983
- BRACHET**, De L’execution Internationales Des Sentences Arbitrales; Paris, 1928
- CANSIZLAR**, Doğan; “Yabancı Sermaye Arenası (Konferans)”, İstanbul, 2002
- ÇELİK**, Ahmet; “Yap – İşlet – Devret Yargıda Tıkanı.”, **Cumhuriyet**, 15.07.1996
- ÇELİKEL**, Aysel - **NOMER**, Ergin; **Devletler Hususi Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., 1997
- ÇELİKEL**, Aysel; **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul: Beta Basım - Yayım-Dağıtım A.Ş., 2000
- ÇETİNTEMEL**, Harun; **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, 14 Ocak 2000

DAYINLARLI, Kemal; 1997, **HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim**, Ankara:
Dayınlarlı Hukuk Yayınları

DAYINLARLI, Kemal; 1994, **Milli – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara: Seçkin Yayınları

DAYINLARLI, Kemal; 1983, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi”, **II.Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983

DEĞİRMENCİ, Koray; “Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Küresel Hukuk Kurulmasına İlişkin Diğer Girişimler”, Türk-İş İnternet Sitesi, 2002

DERVİŞ, Kemal; “Tanıtıma Önem Vereceğiz”, **Türkiye**, 07.02.2002

DURAN, Lûtfi; 1982, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul,

DURAN, Lûtfi; 1985, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)”, **Amme Hukuku Dergisi**, Cilt 18, Sayı 4

DURAN, Lûtfi; 1991, “Yap – İşlet - Devret”, XLVI, 1-2, **AÜSBFD**, Ankara

DÜLGEROĞLU, Deniz; “Uluslar arası Tahkim”, **Hekimden Hekime (Aylık Dergi)**, Ekim-Kasım-Aralık, 1999

EKŞİ, Nuray; “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)”,

Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların

Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel), İstanbul, Mayıs-1999

EMEK, Uğur; 1998, “Enerji Yatımları ve Uluslararası Ticari Tahkim”, **İşletme ve Finans (Aylık Dergi)**, Kasım-1998, Ankara

EMEK, Uğur; 1999/1, **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, DPT Yayımı,

- İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi, Ankara, Haziran 1999
- EMEK, Uğur; 1999/2, “Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri”, Vergi Dünyası (Aylık Dergi), Sayfa 218, Ekim-1999**
- EMEK, Uğur; 1999/3, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Tahkim, Perşembe Konferansları (Rekabet Kurumu Yayını), Ankara**
- EMEK, Uğur; “Yap-İşlet-Devret (YİD) ve (Yİ) Modellerinin Türkiye Uygulaması: Kamu İmtiyazı Kavramı ve Uluslararası Tahkim Konularında Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 1. Enerji Şurası Kapsamında Oluşturulan 11. Numaralı Enerji Sektörüne Özel Sektörün Katılımı ve İlgili Yasal Düzenlemeler Alt Komisyonuna Sunulan Tartışma Metni**
- EMEK, Uğur; 2001, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti” (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara**
- EROL, Gülhanım (Sızlı); Kamu Hizmetlerinin, Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi Ve Türkiye, DPT Uzmanlık Tezleri, Ankara, 1999**
- FRAGİSTAS; Arbitrage étranger Et Arbitrage International En Droit Privé Rev. Crit. De Droit Int Privé I, S.1, Paris, 1960**
- FOUCHARD, L’arbitrage Commercial International, Paris, 1965**
- GEMALMAZ, Semih; “AİHS ve İç Hukuktaki Yeri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 14 Ocak 2000**
- GİRİTLİ İsmet - AKGÜNER Tayfun; “İdare Hukuku Dersleri”, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987**
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz – GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; Avrupa İnsan Hakları**

- Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994
- GÖZLER**, Kemal; 2002, **İdare Hukukuna Giriş**, Ekin Kitabevi Yayınları,
1. Bası, Bursa
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; 1996, **İdare Hukuku**, 9. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; 1997, **Yönetmelik Yargı**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref – TAN, Turgut; 1998, **İdare Hukuku - Genel Esaslar**,
Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara
- GÜLAN**, Aydın; Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin
Geleceği, “**Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve
Kamu Hizmeti**” (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001
- GÜNDAY**, Metin; 1996, **İdare Hukuku**, Ankara
- GÜNDAY**, Metin; 1998, **İdare Hukuku**, 3. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara
- GÜNDAY**, Metin; 2002, “**Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de
Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler**”, Türkiye Cumhuriyet
Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim
Müdürlüğü, Ankara
- HACALOĞLU**, Algan; **Uluslararası Tahkim ile İlgili Olarak Anayasa’nın 47.,
125., 155. Maddelerinde Değişiklik Öngören Yasa Tasarısı
Hakkında Bilgilendirme ve Tartışma Notu**, 25 Temmuz 1999
- İNAN**, Nurkut; **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve
Çözüm Önerileri (Bildiriler-Panel)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma
Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996
- İNAN**, Atilla; “**İdare Hukukunda Kamu Hizmetini Yerine Getirme Yöntemleri**”,
Yerel Yönetim ve Denetim (Aylık Dergi), C. 5, S. 7, Temmuz 2000, Ankara
- KABOĞLU**, İbrahim (Editör); **Bağımsız İdari Otoriteler**, Alkım Yayınları,

İstanbul, 1998

KALPSÜZ, Turgut; “Türk Hakem Kararı Kavramı”, **II. Tahkim Haftası - Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler-Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983

KALPSÜZ, Turgut - **GÜRDOĞAN**, Burhan - **KARADENİZ**, Özcan - **TÜRK**, Hikmet Sami; **Yabancı Ülkelerde Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yay., Ankara, 1969

KAPLAN, İbrahim; “**Alt Yapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**”, Ankara Sanayi Odası Yayını No: 42.

KAYAOĞLU, Yücel; “Kamuda Proje Çok Ama Kaynak Yok.”, **Türkiye**, 05.02.2002

KIBRIZLI, İbrahim; “Yabancı Sermaye Neden Gelsin ki?”, **Zaman**, 26.09.2002

KORAL, Rabi; 1983/1, “Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı”, **II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler–Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983

KORAL, Rabi; 1983/2, “Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi Ex Contractu İfa Davası ve Yargıtay İçtihatları”, **II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler - Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983

KORAL, Rabi; 1951, **Yabancı Kanunlara Teb’an Verilen Hakem Kararlarının**

- Türkiye’de İcrası - III (Birinci Kısım), İ.H.F.M. Cilt XVII, S. 1-2’den**
Ayrı Bası, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1951
- KORAL, Rabi; Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1976**
Tarihli Kararının Eleştirisi,
- KORAL, Rabi; 1947, İç Hukukumuzda Tahkim II,** Hukuk Fakültesi
Mecmuasının Cilt XIII, Sayı 3, 1947 Nüshasından Ayrı Bası,
İsmail Akgün Matbaası, İstanbul
- KURU, Baki; 1984, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3-4, 4. Baskı, Sevinç**
Matbaası, Ankara
- KURU, Baki; 1995, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul**
- KURU, Baki – Arslan, Ramazan – Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 10. Bası,**
Ankara: Yetkin Yayınları, 1998
- LAİDİE, Yan; “Kamu Hizmetlerindeki İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, Ankara**
Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 14 Ocak 2000
- NAS, Nesrin; “Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim”, Hukuk ve Ekonomi**
Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Editör: Ali
Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001
- NOMER, Ergin – EKŞİ, Nuray – GELGEL, Günseli; Milletlerarası Tahkim, 1.**
Basım, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000
- OĞUZMAN, Kemal; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi: İstanbul,**
1995
- ONAR, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966**
- ORTAÇ, F. Rifat; “İktisadî Verimlilik Açısından Bir Hizmetin Devlet Tarafından**
veya Özel Sektörce Yürütülmesi”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden**
Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Editör: Ali Ulusoy), Liberte

Yayınları, Ankara, 2001

ÖZAY, İl Han; 1996, **Gün Işığında Yönetim**, Alfa Yay., İstanbul, 1996

ÖZAY, İl Han; 1982, **Türkiye’de İdari Yargının İşlev ve Kapsamının İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayını, Ankara, 1982

ÖZBİLGİÇ, Zergül; “Uluslararası Anlaşmalar Bakımından,Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 4.Baskı,Yetkin Yayınları, Ankara, 1995

ÖZTEK, Selçuk; “İç Hukukta Tahkim”, **AVRASYA GÜNLERİ – Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**, Alkim Yayınevi, İstanbul, 18-19 Haziran 1998

ÖZTÜRK, Bahri; **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999

PAKSOY, Serdar; 2001, “Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara

PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk Dersleri: 1. Kitap**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997

POLATKAN, Vahit; “Türk Hukukunda Tahkim Usulü”, **Yaklaşım (Aylık Dergi)**, Sayı 94, Ekim-2000

RENÉ DAVID; **Arbitrage international – Arbitrage étranger**, Sonderdruck Aus Der Festschrift Für Hans G. Ficker, 1964, Frankfurt

- SABUNCU, Faruk;** “Uluslararası Tahkim: Ekonomi Açısından Mali Mevzuatın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001
- SAKMAR, Ata - EKŞİ, Nuray;** “Fransa Örneği Işığında Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu Sözleşmelerin Tahkime Elverişliliği Sorunu”, **Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler-Panel)**, İstanbul, Mayıs-1999
- SAYMAN, Yücel;** Sorular - Tartışmalar, **İzmir Barosu Hukuk Kurultayı**, İzmir, 2000
- SAYMAN, Yücel – EKŞİ, Nuray;** “Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında Yatırım İhtilaflarının Tahkim Yolu ile Çözümü”, **Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**, İstanbul, Mayıs-1999
- SELÇUK, Sami;** **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Ankara, 14 Ocak 2000
- SİRMEN, Lale;** “Sözleşme Hukuku Açısından Yap – İşlet - Devret Modeli”, **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran 1996
- ŞANLI, Cemal;** 1990, “21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku”, **Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, BATİDER Yayınları, Ankara
- ŞANLI, Cemal;** **Milletlerarası Ticari Tahkim**, İstanbul: Beta Basım – Yayım – Dağıtım A.Ş., 1997
- ŞANLI, Cemal–Ekşi, Nuray;** **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 1. Basım, Beta Basım-

Yayım-Dağıtım, İstanbul, 2000

ŞANLI, Cemal; 1998, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, Avrasya Günleri, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu (Bildiriler - Panel), Alkım Yayınevi, İstanbul, 18-19 Haziran 1998

ŞANLI, Cemal; 1996, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Basım – Yayım - Dağıtım A.Ş., İstanbul

ŞANLI, Cemal; 1983, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu”, II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler – Tartışmalar), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25-26 Kasım 1983

TAN, Turgut; 2000, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 14 Ocak 2000

TAN, Turgut; 1996, “İdare Hukuku Açısından Yap – İşlet - Devret Sözleşmesi”, YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler - Panel), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara

TANRIVER, Süha; “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001

- TAŞKIN**, Alim; **Hakem Sözleşmesi**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000
- TEKİNALP**, Ünal; “Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti”, **I. Tahkim Haftası**, Ankara, 1965
- TEZİÇ**, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, Beta Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul, 1997
- ULUSOY**, Ali; 1998, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler, Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorilerine Etkileri”, **Amme İdaresi Dergisi**, Haziran 1998
- ULUSOY**, Ali; 1999/1, Deprem ve Kamu Hizmetlerinin Etkinliği, “**Deprem ve Hukuk**”, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999
- ULUSOY**, Ali; 1999/2, “Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi” (**Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler**’ konulu panelde sunulan tebliğ), Ankara, 1999
- ULUSOY**, Ali; 2001, Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulü Kavramları, “**Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**” (Editör:Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim; 1977, **Kanun Yolları ve Tahkim**, 3. Bası., İstanbul, 1977
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim; 1983, “Yabancı Hakem Kararı Kavramı”, **II. Tahkim Haftası – Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi (Bildiriler – Tartışmalar)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 25 - 26 Kasım 1983
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim; (1997), **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt 1-2, 6. Bası, Alfa Basım – Yayım - Dağıtım, İstanbul

- ÜSTÜNDAĞ, Saim – ALANGOYA Yavuz; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 3. Bası, İstanbul, 1996
- VARLIER, Oktay**; 1996, “Yap – İşlet - Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi”, **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler - Panel)**, Ankara, 19 Haziran 1996
- VARLIER, Oktay**; 1999, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim”, **Görüş (Aylık Dergi)**, Eylül-1999
- WORLD BANK**; From Plan To Market, World Development Plan, Oxford University Pres, New York
- YAYLA, Yıldızhan**; 1985, İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul
- YAYLA, Yıldızhan**; “Sosyal Devletten İktisadî Devlete (Veya Kamu Hizmetinin Sonu)”, **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 1, Sayı 1
- YEĞENGİL Rasih; Tahkim (L’arbitrage)**, İstanbul, 1974
- YILDIRIM, Turan**; “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti** (Editör: Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ankara, 2001
- YILMAZ, Ejder**; Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim (Tebliğ), **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 11 Nisan 1997
- YİĞİTGÜDEN, Yurdakul (Hazırlayan); “Türkiye’de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Politikaları ve Çalışmaları”**, İstanbul Ticaret Odası (Yayın No:1999-57), Midas Basım - Yayın - Tanıtım, İstanbul, 1999

YURTSEVEN, Yakup; “Milletlerarası Hakemlikte Uyuşmazlığın Esasına Tatbik Edilecek Klasik Hukuk Kaidesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans

Tezi)”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1986

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk

Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İHMD, C. II, S. 1, Mayıs 1994

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi – **BATUM**, Süheyl; **Anayasa Hukukunun Temel**

Metinleri, Beta Basım – Yayım - Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1997

ZABUNOĞLU, Yahya; 1996, “Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal

Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir

Düzenleme Modeli”, **YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya**

Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler - Panel),

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 19 Haziran

1996

ZABUNOĞLU, Yahya; 2000, “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti

İmtiyaz Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**,

14 Ocak 2000

MTO Tahkim Rehberi (Milletlerarası Ticari İhtilafları Önleme ve Çözme

Hakkında); ICC Yayını, 1986

www.turkelektrik.com, Tahkim

www.izto.org.tr, Ülkemizde ve Dünyada Ticari Tahkim

www.botyid.com, İmtiyaz Sözleşmelerinde Ticari Tahkim ve Vergi Uygulamaları

www.toplumsalbellek.org, Türkel Minibaş, “Yabancı Sermayenin Gözüaydın”

16.06.2001

www.bianet.org, Coşkun Efendioğlu, “Tahkim Varken Misilleme Kolay mı?”,

www.ttb.org.tr, Tahkim Yasası ne Getiriyor?

RG; T. 23.02.1987, S. 19381

RG; T. 24.01.1995, S. 22181

RG; T. 23.09.1991, S. 23000

RG; T. 14.08.1999, S. 23786

RG; T. 21.12.1999, S. 23913

RG; T. 22.12.1999, S. 23914

RG; T. 22.01.2000, S. 23941

RG; T. 05.07.2001, S. 24453

RG; T. 23.09.1991, S. 21000

RG; T. 19.12.1984, S. 23090

Türkiye; 07.02.2002, Ekonomi Servisi, “Büyüme Yabancı Sermayeye Bağlı”

Türkiye; 02.01.2002, s.7, “Projeler 2002’yi Bekliyor.”

U.M., T. 4.3.1981, E. 81/4 Sayılı Karar

Anayasa Mahkemesi Kararı; T. 25.5.1976, E.976/1, K.976/28 sayılı, (**Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 14, s. 185)

Anayasa Mahkemesi Kararı; T. 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, (**Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 24. s. 465)

Anayasa Mahkemesi Kararı; T. 24. 9.1990, E. 1990/31, K. 1990/24, (**Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı 26, s. 402-403)

Anayasa Mahkemesi Kararı; T. 28.6.1995 ve E. 1994/71, K. 1995/23, (**Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Cilt 1, Sayı 32, s. 159-166)

Anayasa Mahkemesi’nin 9.12.1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 Sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi Kararı; T. 10.7.1990, E. 1989/28, K. 1990/18, (RG; 28.7.1993, S. 21651, s. 22 vd.)

Anayasa Mahkemesi Kararı; T. 28.02.1996, E. 95/38, K. 96/7 (R.G., T. 24.05.1996, s. 67)

Yargıtay 15. HD., T. 19.02.1985, 1726-4538 Sayılı Karar

Yargıtay HGK., T. 07.11.1951, 109 Sayılı Karar

Yargıtay 15. HD., T. 10.03.1976, E. 75/1617 K. 76/1052 Sayılı Karar

Danıştay 8. Dairesi; T. 7.11.1991, E.1991/1400, K. 1991/1753, (**Danıştay Dergisi**, 1991, S. 84-85, s. 613 vd.)

Danıştay 10. Dairesi; T. 29.4.1993, E.1991/1, K.1993/1752

Danıştay 1. Dairesi; 24.09. 1992, E. 1992/232, K. 1992/294, (**Danıştay Dergisi**, 1993, S. 87b, s.33-40)

Danıştay 1. Dairesi; 24.09.1992, E. 1992/232, K. 1992/294, (**Danıştay Dergisi**, 1993, S. 87/b, s. 33-40)

T.C. YÜKSEK İHTİSAP KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ