

ÖNSÖZ

Ülkemizde son yıllarda ekonomi ile hukukun kesiştiği ve toplum hayatını yakından ilgilendiren alanlarda önemli gelişmeler yaşanmaktadır. 1980 sonrasında yapılan yasal düzenlemeler ve imzalanan uluslararası antlaşmalarla gelinen noktada Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti Açısından Türk Kamu Yönetimine Etkileri değerlendirilecektir.

Bu değerlendirme yapılırken uluslararası tahkimin tarihi gelişimi, uluslararası tahkimin nitelikleri, tahkim türleri, uluslararası tahkime ilişkin düzenlemeler, uluslararası çok taraflı ve iki taraflı sözleşmeler, başlıca uluslararası tahkim merkezleri ve uygulanan tahkim kuralları, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve bunlarda kullanılan modeller, bunlara uygulanan tahkim kuralları ve yasal mevzuat tarih sırasına göre anlatılmıştır.

Uluslararası tahkim konusu, henüz Türk hukuku için çok yeni, öte yandan gittikçe yoğunlaşan ve karmaşık hale gelen uluslararası ilişkiler açısından incelenmesi gereken bir konudur. Kamu hizmeti açısından yapılan incelemeler içeren tez konusu itibariyle uluslararası tahkimi bu yönden değerlendirmektedir.

Bu konuda danışmanlığımı üstlenen Sayın Hocam, Doç. Dr. Atilla Güney'e bana karşı sabrından ve ümitle çalışmamı desteklemesinden ötürü saygı ve şükranlarımı sunuyorum.

ÖZET

Tahkim kurumu her ne kadar yerli ve yabancı hukuk sistemlerinde son yıllarda özellikle de küreselleşen dünyada uluslararası ticari ilişkilerin yoğunlaşması nedeniyle popüler kavram ve pratik bir amaç haline geldiyse de kökleri çok eskiye dayanan bir kurumdur. Devlet yargısının kurumsal olmadığı dönemlerden beri varlığını sürdürmüş olan tahkim, yargının devlet eliyle organize bir biçimde görülmeye başlanması ile geri planda kalmış ancak günümüzde ekonomik ilişkilerin ve dolayısıyla ticaretin dünya üzerinde serbest hareketiyle yeniden tercih edilir hale gelmiştir.

Uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlere iştirak eden sermayedar şirketler, bu faaliyetlere iştirak etmeden evvel kar, zarar ve risk analizleri yapmakta ve kararlarını daima bu analiz sonuçlarına göre oturtmaktadırlar. Ayrıca sözleşmenin yapımı sırasında muhtemel hukuki ihtilafları kaynağında önleme çabası içindedirler. Bu nedenle tahkim kurumu uluslararası ticaret uygulayıcıları tarafından bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii olarak algılanmaktadır.

Son yıllarda taşımacılık ve haberleşme de yaşanan gelişmeler uluslararası yatırım ilişkilerinin artmasına ve üretim faktörlerinin dünya üzerinde hızla yer değiştirebilmesine imkan vermektedir. Böylece Dünya küresel bir köy olma haline dönüşme süreci yaşamaktadır.

Türkiye’de kamu yatırımlarında en önemli sorun uyuşmazlıkların çözümünde eşit konumda olmak isteyen yabancılarla yaşanan sorunlardır. Yabancı şirketler yatırımların garantisi için devlet yargısı yerine tahkim istemektedir. Bu nedenle bir çok ülke ile yabancı yatırımların korunması için ikili sözleşme yapılmıştır. Bunun yanında çok taraflı sözleşmelere de üye olunmuştur. Bu sözleşmelere göre yasal düzenleme gerçekleştirilmiştir.

ABSTRACT

Although it has become one of the most popular concept and a practical purpose in both domestic and foreign law systems particularly due to the concentration of the international commercial relations in the globalizing world, the roots of Arbitration Tribunal dates back to very old times and eras. Since the times when state adjudication was not yet institutional, arbitration which used to carry on its existence had been kept at the back plan as adjudication began to show up in an organized manner by the state, however by the free moving of the economic relations and consequently the trade throughout the world, made arbitration tribunals return to the business arena.

Capital owner corporations taking part in the international business and economic activities are performing profit, loss and risk analyses prior to taking up these activities and always basing their decisions according to the results of these analyses. Moreover, while executing the agreement, they are engaged in preventing the probable legal disputes in their own resources. Therefore, arbitration tribunal is comprehended as an independent and impartial adjudication authority by the international trade implementers.

The developments witnessed in transportation and communication in the recent years gave possibility to the increase of international investments and the fast translocation of consumption factors on the world. Thus, the world is undergoing the process of conversion into a global village.

The most essential issue in the public investments in Turkey is the issues faced with the foreigners who want to be in an equal position in the settlement of the disputes. Foreign corporations prefer arbitration to state adjudication as guarantee for the investments. This is why bilateral agreements were signed with many countries for the protection of the investments. Besides, memberships were obtained in multilateral agreements as well. Legal arrangement was made pursuant to these agreements.

İÇİNDEKİLER	Sayfa No
ÖNSÖZ	i
ÖZET	ii
SUMMARY	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	ix
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: ULUSLAR ARASI TAHKİM	6
I.1. Tahkim Kavramı.....	6
I.2. Uluslararası Tahkimin Tarihi Gelişimi	6
I.3. Uluslararası Tahkimin Nitelikleri.....	9
I.3.1. Tahkimin Uluslararası Niteliği.....	10
I.3.2. Tahkimin Ticari Niteliği	12
I.3.3. Tahkimin Hukuki Niteliği.....	14
I.4. Tahkim Türleri	17
I.4.1. Ulusal ve Uluslararası Tahkim.....	17
I.4.2. Zorunlu ve İhtiyari Tahkim.....	18
I.4.3. Geçici ve Kurumsal Tahkim	18
I.4.4. Kamuda Tahkim – Özel Tahkim ve Karışık Tahkim	19
II. BÖLÜM: ULUSLARARASI TAHKİME İLİŞKİN DÜZENLEMELER	21
II.1. Uluslararası Tahkim Ve İç Hukukumuzda Yapılan Düzenlemeler	21
II.2. Yabancı Sermaye Ve Tahkime İlişkin Uluslararası Düzenlemeler.....	25
II.2.1. GATT Antlaşması.....	26
II.2.2. GATS ve TRİPS Antlaşması	28
II.2.3. İki Taraflı Andlaşmalar	29

II.2.3.1. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları	30
II.2.3.2. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları.....	31
II.2.4. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları	42
II.2.4.1. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması	43
II.2.4.2. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi	55
II.2.5. Tahkime İlişkin Önemli Uluslararası Sözleşmeler	57
II.2.5.1. Cenevre Protokolü	57
II.2.5.2. Cenevre Sözleşmesi	57
II.2.5.3. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkında Sözleşme	57
II.2.5.4. Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi	60
II.2.5.5. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme	61
II.2.5.6. Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Amerikan Devletleri Arasındaki Sözleşme	63
II.3. Başlıca Uluslararası Tahkim Merkezleri ve Uygulanan Tahkim Kuralları.....	64
II.3.1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez	..64
II.3.1.1. ICSID'in İdari Yapısı.....	66
II.3.1.2. ICSID'in Yargılama Süreci	68
II.3.1.3. Tahkim Kararı	73
II.3.1.4. Tahkim Kararına İtiraz.....	74
II.3.1.5. Tahkim Kararının İptali	75
II.3.1.6. Tahkim Kararının Tanıma ve Tenfizi	76
II.3.1.7. Tahkim Masrafları	77

II.3.2. Uluslararası Ticaret Odası	79
II.3.2.1. ICC Bünyesinde Bulunan Tahkim Dışındaki Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	82
II.3.2.2. Uyuşmazlığın Dostane Çözümü	82
II.3.2.3. Belgelere Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Ekspertizi	84
II.3.2.4. Bilirkişilik	86
II.3.2.5. ICC Tahkim Süreci	87
II.3.2.6. ICC Tahkim Öncesi Hakemlik	98
II.3.2.6.1. ICC Tahkim Öncesi Hakemlik Süreci.....	101
II.3.2.6.2. ICC Tahkim Öncesi Hakem Kararı	102
II.3.2.6.3. ICC Tahkim Maliyetleri.....	102
II.3.2.7. Geçici Tahkim Davalarında Atama Otoritesi Mercii Hizmeti	103
II.3.3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu	105
II.3.3.1. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve Tahkim Süreci.....	108
II.3.3.2. Tahkim Kurulu'nun Oluşturulması	109
II.3.3.3. Tahkim Yeri	110
II.3.3.4. Tahkim Dili	111
II.3.3.5. Tahkim Kurulu Yargılamasına İtiraz.....	111
II.3.3.6. Tarafların Yükümlülüklerini Yerine Getirmemeleri	111
II.3.3.7. Uygulanacak Hukuk	112
II.3.3.8. Karar	112
II.3.3.9. Maliyetler	113

III. BÖLÜM: ULUSLARARASI TAHKİM VE KAMU HİZMETİ AÇISINDAN

TÜRK KAMU YÖNETİMİNE ETKİLERİ.....	115
III.1. Kamu Hizmeti ve Kamu İmtiyazı Kavramı	115
III.1.1. Kamu Hizmeti	115
III.1.2. Kamu İmtiyazı	117
III.2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri	118
III.2.1. 1980’li Yıllara Kadar İmtiyaz Yönteminin Ülkemizdeki Gelişimi .	121
III.2.2. 1980’lerden Sonraki Durum.....	123
III.2.3. Tahkime Giden Yolda Yapılan Yasal Düzenlemeler	124
III.3. Yap İşlet Devret Modeli.....	137
III.3.1. Yap İşlet Devret Modeli İşleyişi (Enerji Sektörü).....	141
III.4. Yap İşlet Modeli.....	146
III.5. İşletme Hakkı Devri Modeli.....	147
III.6.Kamu İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Tahkim	148
SONUÇ	159
KAYNAKÇA	175

KISALTMALAR LİSTESİ

AAA	: American Arbitration Association
AB	: Avrupa Birliği
ADR	: Alternative Dispute Resolution
AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
Arb. Int.	: Arbitraton İnternational
BİT	: Bilateral Invesment Treaty
BK	: Borçlar Kanunu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
BM	: Birleşmiş Milletler
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
CFTA	: Cartagena Serbest Ticaret Anlaşması
DOCDEX	: Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DYYK	: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu
ECT	: Enerji Şartı Anlaşması
FOSFA	: Federation of Oil Seeds and Fats Association
GAFTA	: Grain and Feed Trade Association
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
HD	: Hukuk Dergisi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
IBRD	: International Bank for Reconstruction and Development
ICC	: International Chamber of Commerce

IACAC	: Inter-American Arbitration Commission
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ICSID	: International Center For Settlement Of Investment Disputes- Dünya Bankası Sözleşmesi
İD	: İşletme devri
ILC	: International Law Commission
IMF	: International Monetary Fund
ITO	: International Trade Organization
İTY	: İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
LCIA	: London Court of International Arbitration
Ltd	: Limited
MAİ	: Multilateral Agreement of Investment
MİGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NY	: New York Sözleşmesi
OAS	: Organization of American States
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
RG	: Resmi Gazete
TBB	: Türkiye Borolar Birliği

TRIPS	: General Agreement on Trade –Related Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UCP	: Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
UNCİTRAL	: United Nations Commision on International Trade Law
UNCTAD	: Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı
URC	: Uniform Rules for Collections
URDG	: Uniform Rules for Demand Guarantees
URR	: Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursement under Documentary Credits
USAD	: Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
WTO	: World Trade Organization
YD	: Yargıtay Dergisi
YDK	: Yüksek Denetleme Kurulu
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet –Devret
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YKKT	: Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki

GİRİŞ

Uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetler toplumların en önemli kalkınma ve gelişme araçlarından biridir. Ancak bu uluslararası faaliyetlere uygulanacak uluslararası anlamda gelişmiş bir yargı ve hukuk sistemi yoktur. Uluslararası ticari sözleşmeler ile buna bağlı ilişkiler, kural olarak, sözleşme veya işlemin doğrudan irtibatlı olduğu ulusal yasalarla yürütülmektedir.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde ulusal mahkemelere gidilebileceği gibi sözleşme ile kararlaştırılmışsa veya taraflar anlaşmışsa, uzlaştırma ve uluslararası ticari tahkime müracaat da edilebilir. Ulusal mahkemeler, bağlı oldukları devlet adına yargılama faaliyeti icra eden ihtilaf çözme kurumlarıdır. Yerel hakimler bağlı oldukları devletin sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel politikalarına az veya çok bağlıdırlar. Bu durum, mahkeme devletinin vatandaşı olmayan taraf bakımından, kendisine karşı tarafsız davranılmayacağı endişesinin kaynağını teşkil eder.

Tahkim, tarafların ya uyuşmazlık çıkmadan evvel daha sonra aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için ya da aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre yine aralarında beraberce kararlaştırdıkları özel kişilere, hakemlere müracaat ettikleri ve bu kişilerce alınacak kararlara uyacakları kurum olarak adlandırılır.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere tahkim hukuki anlaşmazlıkların çözümü için geliştirilmiş bir yöntemdir. Devlet yargısı yanında ve bunun dışında alternatif bir yargı sistemidir. Taraflar anlaşarak, devlet yargı sisteminin dışında aralarındaki anlaşmazlığı çözerken kullanılacak metodu, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, ihtilafı çözecek özel kişileri, bunların yetkilerini, hakemlerin toplanma yerlerini, yargılama dilini belirlemektedir. Devlet yargısında olmayan bu serbesti tahkim yargısında ziyadesiyle

bulunmaktadır.

Tahkim şartı veya sözleşmesi konusunda zorlayanların başında IMF¹, IBRD², WTO³, OECD⁴, ve ICC⁵ ve uluslararası şirketler yer almaktadır. MAI⁶ gibi anlaşmaların önündeki engellerin kaldırılması da amaçlanmaktadır.

Türkiye’de hükümetlerin 1973-1979 döneminde imzaladıkları çeşitli küresel anlaşmalar ulus devleti mali açıdan zayıflatmış, 24 Ocak 1980 kararları adı altında atılan liberalizasyon adımları ile ekonomi bağımlı hale getirilmiş, ardından 1988 yılında imzalanan ICSID⁷ ve MIGA⁸ ile bağımlılık hızlandırılmıştır. 13 Ağustos 1999 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile kamu hizmeti ve bu hizmetin görülmesi anlayışında yeni bir boyut getirilmiş ve bu alan yabancı sermayenin ülkeye daha rahat girebilmesi ve kendini güvenli bir ortamda hissetmesine uygun bir biçimde yeniden şekillendirilmiştir.

Bu araştırma çerçevesinde, Türkiye’nin tahkimi kabul ediş ve uygulama süreci, anayasal ve yasal çerçevenin hazırlanması ve tahkimi öngören anlaşmaların hangi koşullarda kabul edildiği, tahkimi öngören ulus ötesi şirketlerin ulusal hukukunda tahkimi zorunlu görüp görmediği, kamu hizmetlerinin özel teşebbüse gördürülüp gördürülmediği, ayrıca uygulamada çıkan sorunlar incelenmeye çalışılacaktır.

Uluslararası tahkime ilişkin yayın ve doküman, konunun güncel olması ve ülke menfaatlerine doğrudan tesir etmesi ve kamu hizmetlerinin yabancı yatırımcılara korumasız şekilde açılması nedeniyle oldukça fazladır.

Araştırmanın konusuna bağlı kalınarak mevcut literatürden yararlanarak

1 Uluslararası Para Fonu -International Monetary Found

2 Yeniden Yapılanma ve Geliştirme Uluslararası Bankası- Dünya Bankası - International Bank for Reconstruction and Development

3 Dünya Ticaret Örgütü –World Trade Organisation

4 Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı- Organisation for Economic Co-Operation and Development

5 Uluslararası Ticaret Odası- International Chamber of Commerce

6 Çok Taraflı Yatırım Anlaşması -Multilateral Agreement of Investment

7 Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme - International Center For Settlement Of Investment Disputes

8 Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı -Multilateral Investment Guarantee Agency)

tahkimin geçmişten günümüze Türkiye ekonomisine ve yönetsel yapısına etki süreci, uygulamada çıkardığı sorunlar, değişimler ve tahkim ısrarının ardındaki nedenler ve kamu imtiyazı, yap-işlet, yap-işlet-devret modelleri örnek olay olarak ele alınarak, araştırılacaktır. Ayrıca, kamu kaynaklarının yetersizliği gerekçesi ile, adeta yeni bir kamu finansman modeli olarak sunulan yap-işlet-devret ve yap-işlet modelleri kamu hizmeti olduğu için imtiyaz sözleşmelerine konu olmaktadır. Bugün yapılmak istenen kamu hizmetini imtiyaz kapsamında çıkararak özel hukuk alanına dahil etmektir. Çalışmada yap-işlet devret Anayasa değişikliği ile bu süreç tamamlanmıştır.

Araştırmanın amacı, uluslararası tahkimle birlikte ortaya çıkan değişimleri neden ve sonuçları ile birlikte ortaya koymaktır. Hukuki anlaşmazlıkların çözümü için devlet yargısı yanında alternatif yargı olarak öngörülen tahkimin uygulamada az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde ortaya ne gibi sorunları çıkardığı konusu ile, ulusal çıkarlar veya kamu yararı söz konusu olduğunda sermayenin denetlenmeksizin, yoluna devam etmesini sağlayacak alternatif bir yargı makamı mı öngörülüyor incelenecektir.

Araştırmanın önemi ise, son dönemde ısrar edilen ve zorunlu kılınan anlaşmalarda neden tahkimin öngörüldüğü ve küreselleşme sürecinde sermayenin önündeki tüm engellerin birer birer kaldırılmasının arkasındaki nedenler araştırılarak çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Araştırmanın varsayımları ise şöyledir;

-Hukuki ihtilafın çözümü için devlet yargısı dışında alternatif yargı olarak gösterilen tahkim, uygulamada sermayedar şirketlere üstünlük tanımakta ve sözleşme tahkimle güçlendirilmektedir.

-Uluslararası şirket karşılaştacağı her türlü bürokratik ve hukuki engel karşısında (ulusal çıkarlar karşısında), kendi ülke hukukunun uygulanmasının getirdiği

güvencelerle faaliyet yürütme olanağı kazanmış olmaktadır.

-Uluslararası tahkim, yeni iş olanakları sağlayacağı, yabancı sermaye yatırımlarını artıracığı şeklinde kamu oyuna sunulmuş ancak, Türkiye tahkimi kabul ettikten sonra istihdamda artış gözlemlenmemiştir.

-Tahkim Türkiye'nin 20 yılı aşkın süredir içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal krizden kurtulmak için yürürlüğe koymaya çalıştığı yapısal uyum politikalarının bir parçasıdır. Tahkimin arkasında sermayenin çıkarlarına öncelik tanıyan bir devlet öngörüsü yatmaktadır. Bunun önemli bir sonucu sermayenin istediği alana istediği koşullarda yatırım yapabilmesi ve ticari ilişkileri sürdürebilmesi için kamu özel ayırımının ortadan kaldırılmasıdır.

Araştırmanın yöntemi olarak belirtilen amaçlara ulaşabilmek ve varsayımları doğrulamak için öncelikle literatür taraması yapılacak, konuya ilişkin erişilebilen yazılı kaynaklar incelenecektir. İkinci olarak Türkiye'nin gerçekleştirdiği Anayasal değişiklik, yasal düzenlemeler, yapılan uluslararası tahkime ilişkin önemli çok taraflı anlaşmalar ve ikili anlaşmalar incelenecektir. Çalışmada, konuya ilişkin yazılı bilimsel çalışmaların içerik analizinin yanı sıra, uluslararası tahkime müracaat sonuçları karşılaştırmalı olarak analiz edilecektir.

Uluslararası tahkim kavramı, etki ettiği alan itibariyle birden çok ülkeyi ilgilendirdiğinden oldukça yaygınlık göstermektedir. Bu araştırmanın sınırlılıklarında uygulanan ilk sınırlılık ülke sınırlaması olacaktır. Konu itibariyle IMF, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, OECD ve ICC'nin uluslararası tahkimle ilgili çalışmaları genel olarak değerlendirilecektir.

Ayrıca bu çalışmada, hem iç hukukta uygulaması hem de uluslararası uygulaması bulunan tahkimin sadece uluslar arası ölçekte olanı incelenecek ulusal tahkim

değerlendirme dışında bırakılacaktır. Ayrıca araştırmanın konusunun geniş ve sürekli değişime açık olması karşısında zamansal olarak 1998 ve sonrasında sınırlandırılacak o tarihten günümüze kadar olan dönem değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

I. BÖLÜM: ULUSLARARASI TAHKİM

I.1 Tahkim Kavramı

Tahkim, tarafların ya uyuşmazlık çıkmadan evvel daha sonra aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için ya da aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre yine beraberce kararlaştırdıkları özel kişilere (hakemlere) müracaat ettikleri ve bu kişilerce alınacak kararlara uymayı kabul ettikleri kurum olarak adlandırılır.

Bir başka deyişle tahkim hukuk uyuşmazlıklarının mahkemeler yerine hakemler eliyle çözümlenmesidir (Akyol, 2000:51). Bir başka tanımda, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması şeklinde ifade edilmiştir (Kuru, 2001:5874). Daha kapsamlı bir tanımda da, tahkim kanununun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesi biçiminde ifade edilmektedir (Birsel ve Budak, 1997:171). Tüm bu tanımlarda önemli unsurlardan ilki hakemlerin anlaşmazlığın çözümüne ilişkin yargısal faaliyetinin taraflar arasındaki sözleşmeye veya sözleşmeye konulan şarta dayanması, ikincisi hakem veya tahkim heyetinin anlaşmazlığı mahkemeler gibi çözüme görevidir (Dost, 2006:7).

I.2. Uluslararası Tahkimin Tarihi Gelişimi

Yargının devlete ait bir görev ve devletin bir fonksiyonu haline gelmesi tarih içinde gerçekleşen bir gelişmenin sonucudur. Buna karşın çok eski zamanlardan beri, çeşitli sebeplerle uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulduğu görülmüştür.

Hakemlik müessesesi insanlar arasında ticari ve ekonomik ilişkilerin doğduğu ilk dönemlerden beri varlığını sürdürmektedir.

Uluslararası ilk tahkime, iki Sümerli kent devleti olan Lagaş ile Umma arasında, M.Ö. 3100 yıllarında yapıldığı tahmin edilen barış anlaşmasının bir maddesinde rastlanmaktadır. Bu maddeye göre, söz konusu iki devlet, sınır uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözmeyi yükümlenmekte ve sınır uyuşmazlığı ortaya çıktığı zaman bir üçüncü devlet kralının hakem olarak atanması öngörülmektedirler. Yunan kent devletleri arasında da, M.Ö. 5. asırdan itibaren, tahkim uygulaması görülmeye başlanmıştır (Erdoğan, 2004:27). Ortaçağda ise, devletler arası uyuşmazlıkların, Papa'nın ya da imparatorların tahkimine sunulduğu görülmekte olup, 1225-1465 yılları arasında 46 tahkim kararına rastlanmaktadır (Meray, 1959:352).

Roma, Yunan, Cermen, Hint ve İslam Hukuku gibi bütün temel hukuk sistemlerinde tahkime yer verilmiştir (Yeğengil, 1974:11). Roma'da devlet tarafından adaletin dağıtımını, ancak miladın ikinci asrı sonlarında belirmiş ve tatbik olunmaya başlamıştır. Bu dönemde, hakemlik müessesesi mecburi bir usul haline gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, hakemi tayin edecek olan taraflar değil, devlettir. Burada devletin yetkili organlarının kararı ve iradesi geçerli olduğu içindir ki, tahkim mecburi bir çözüm yolu olarak Roma Hukukunda yer almıştır (Oğuzoğlu, 1959:323-325). Roma Hukukunda tahkim (compromissum), bir uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığı devletin organları önüne götürmeden, bir üçüncü kişi tarafından karara bağlanması hususunda anlaşmalarıdır. Tarafların ayrıca hakem tarafından verilecek karara uyacaklarını birer stipultio (sözlü akit) ile kabul etmeleri gerekirdi. Yani taraflar, karşılıklı olarak gerçekleştirdikleri stipultiolar ile tahkime ilişkin anlaşmayı teminat altına alırlardı. Bu yolla taraflar, hakem olarak tespit ettikleri kişinin vereceği kararı (sentetia) uyulmaması halinde, birbirlerin bir miktar parayı

ceza olarak vereceklerini karşılıklı olarak taahhüt ederlerdi (Önder, 2008). 12. ve 13. yüzyıllarda, İtalyan şehirleri ve İsviçre Kantonları arasındaki ilişkilerde de tahkim sıkça kullanılmaktaydı (Oppenheim, 1952:33).

Tarihi gelişim içinde ABD ile İngiltere arasında 1794 de yapılan tahkim öngören Jay Antlaşması'ndan, yine aynı devletler arasında 1872 de yapılan ve önemli bir tahkim örneği olan Alabama Davasına kadar 70 tahkim davasına rastlanır (Meray, 1959:354).

Tahkim ve hakemlik, 19. yüzyılda büyük gelişme göstermiştir. Devletler akdettikleri tahkim anlaşmaları ile, karma komisyonları, tarafsız devlet veya kişileri hakem seçerek, aralarındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirmişlerdir. Hakem mahkemelerinden başarılı sonuçlar almaları üzerine, 1899 da toplanan 1. La Haye Konferansı sonucunda Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Yollardan Çözülmesi Sözleşmesi⁹ imzalanmıştır (Brownlie, 1998: 704). Söz konusu sözleşme ile sürekli bir Hakem Mahkemesi¹⁰ kurulmuştur. Ancak bu gerçek anlamda sürekli görev yapan bir hakem mahkemesi olmayıp, sadece hakemlik yapacak nitelikteki uluslararası hukuk uzmanlarının listesini tutan bir kuruluştur. Sözleşmeye göre her onaylayan devlet, dörde kadar uzmanın ismini Hakem mahkemesine bildirebilir. 6 yıllığına seçilen bu uzmanlar, mahkemenin bir tür üyeleridir. Büro listedeki isimleri sürekli güncel halde tutarak onaylayan devletlere bildirir. Aralarındaki uyuşmazlığı hakem yolu ile çözmeyi kararlaştıran devletler, hakemlerini bu listeden seçerler (Brownlie, 1998:705).

1907 La Haye Sözleşmesi'nden¹¹ sonra da hayatını sürdüren sürekli tahkim mahkemesi 1900 ile 1932 yılları arasında sadece 20 davaya bakabilmiş ve bundan sonra

9 The 1899 Hauge Convention for the Pacific Settlement of International Disputes

10 Permanent Court of Arbitration

11 The 1907 Hauge Convention for the Pacific Settlement of International Disputes

USAD¹² ile bunu takiben UAD¹³ gölgesinde çok az davaya bakabilmiştir.

Milletler Cemiyeti döneminde, evrensel düzeyde zorunlu tahkimi öngören ilk uluslararası sözleşme 1928 Genel Tahkim Sözleşmesi¹⁴ dir. Yine bu dönemde devletlerin bir çok ikili tahkim antlaşması imzaladığına ve Türkiye'nin de, uzlaştırma konusu dahil olmak üzere, 1928-1933 yılları arasında 16 ikili uzlaştırma ve tahkim antlaşması imzaladığı bilinmektedir. Lozan Antlaşması da, bir çok hükmü ile tahkime başvurulmasını öngörmektedir (Erdoğan, 2004:29). Örneğin antlaşmanın 3. maddesi ile Musul sorununun İngiltere ve Türkiye arasında 9 ay içinde çözüme bağlanamaması durumunda uyuşmazlığın Milletler Cemiyeti Konseyine götürülmesinin öngörülmesi (Pazarcı, 2000:455).

Uluslararası Hukuk Komisyonu¹⁵ 1899 ve 1907 II La Haye Sözleşmelerinden de yararlanarak bir dizi tahkim kuralları geliştirmiş ve bunlar 14.11.1958 tarihli Hakemlik Usulü Üzerine Model Hukuk¹⁶ başlığı altında, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir (Hillier, 1999:233).

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) da kendi bünyesinde bir Hakemlik ve Uzlaştırma Sözleşmesi¹⁷ hazırlamıştır. 5.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren sözleşme bir hakem mahkemesi kurmuş ve uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak ayrıntılı usul kuralları öngörmüştür. Sözleşmeye göre, bir uyuşmazlık ancak tarafların uzlaşması ile Hakem Mahkemesine götürülebilir. Ayrıca taraflar belirli konuları hakem mahkemesinin yetkisi dışında tutabilirler (Ipsen, 1999:1022).

I.3. Uluslararası Tahkimin Nitelikleri

Tahkim davaları tekdüze bir süreç niteliği göstermez. Tahkimin içeriği,

12Uluslararası Sürekli Adalet Divanı

13 Uluslararası Adalet Divanı

14General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 1928

15ILC- International Law Commission

16 Model Rules on Arbitral Procedure

17 Convention on Conciliation and Arbitration with in the OSCE

tarafların milliyeti, tahkim yeri, tahkim usul hukuku ve ihtilafın karakterine göre değişiklik arz edebilmektedir (Emek, 1999a:7). Standart olmamakla birlikte tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası hukuki metinler ile bu konudaki uygulamalardan tahkimin niteliklerini, uluslararası, ticari ve hukuki olmak üzere üç boyutta ortaya koymak mümkündür. Tahkimin niteliklerinin belirlenmesinin, tahkim sisteminin işleyişinin açıklığa kavuşturulmasında önemli bir yeri bulunmaktadır.

1.3.1. Tahkimin Uluslararası Niteliği

Ticari ilişkilerin uluslararası boyutlara varması ve birbirleri ile uyumlu olmayan bir çok ülke mevzuatının tahkim konusunda farklı kurallar içermesinden dolayı, ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkim mekanizması daha yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Tahkimin uluslararası niteliğini belirlemede tek bir kriter bulunmamaktadır. Burada tarafların milliyeti, taraflar arasında var olan sözleşmenin niteliği, toprak esası gibi farklı kriterler kullanılabilir. Tahkimin uluslararası niteliğinin, hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasında önemli bir etkisi bulunmaktadır.

1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinde sözleşme hükümlerinin, gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, tanınması ve uygulanması istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve uygulanması hakkında uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylece New York Sözleşmesi'nde, hakem kararının tabiiyetinin, tahkim yerinin bulunduğu ülke toprakları (toprak esası) olduğu kabul edilmiştir.

Tahkim müessesesinin ulusal veya uluslararası olup olmadığını belirlemede genellikle "uluslararası sözleşme" kavramı kullanılmaktadır. Bu konudaki klasik görüş,

sözleşmenin vatandaşlık, ikametgah veya mutad mesken, sözleşmenin konusu olan şey, hizmet veya ödemeler olarak yabancı bir unsur taşıması halinde, bir uluslararası sözleşmeden bahsedilebileceği yönündedir.

Günümüz yaklaşımlarında ise, tahkim şartının veya tahkim sözleşmesinin varlığını oluşturan ana sözleşmenin ekonomik karakteri tahkimin uluslararası nitelikte olup olmadığını ortaya koymaktadır. Bu yaklaşıma göre uluslararası olma karakterini tespitite, sözleşmenin ekonomik karakteri ön planda tutulmakta ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeler, şahsi ve coğrafi anlamda yabancılik unsuru taşımasa veya bu unsur zayıf olsa dahi uluslararası sözleşme olarak kabul edilmektedir (Ekşi, 1992:3).

Bu kıstas esas alındığında, coğrafi anlamda bir yabancılik unsuru taşımayan veya birden çok hukuk sistemi ile irtibata sahip olmayan fakat uluslararası ticareti ilgilendiren bir sözleşme "uluslararası sözleşme" olarak kabul edilebilecek ve tarafların Uluslararası Özel Hukuk anlamında irade serbestileri geçerli kabul edilecektir (Emek, 1999:7). Bu anlamda, örneğin, aynı iki ülke vatandaşı arasındaki sözleşmenin, uluslararası tahkim şartını içeren, uluslararası bir kuruluşun standart bir sözleşmesi olması durumunda taraflar, devlet yargısı yerine uyuşmazlığın çözümü için uluslararası tahkim mekanizmasını kullanabileceklerdir.

Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu¹⁸'nin hazırlamış olduğu ticari tahkime ilişkin Model Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrasında da tahkimin uluslararası nitelikte sayılacağı haller belirlenmiştir. Buna göre;

- a) Bir tahkim anlaşmasının tarafların iş yerlerinin, anlaşmanın imzalandığı tarihte, ayrı devletlerde olması halinde,
- b) Aşağıdaki yerlerden birinin, tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması halinde;

Tahkim anlaşmasında veya ona dayanarak belirlenmiş olan hallerde, tahkim yeri ya da;

18United Nations Commision on International Trade Law -UNCITRAL

ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerlerden biri veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yer,

c) Tarafların, tahkim anlaşmasının konusunun birden çok devletle ilişkili olduğu hususunda açıkça anlaşmaları halinde, tahkim uluslararası bir nitelik taşıyacaktır (Dost, 2006:20).

Ulusal mevzuatımızda uluslararası nitelik ve yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği ilk defa 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile tarif edilmiştir. MTK 2. madde de yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin uluslararası nitelik kazanacağını ifade etmektedir. Uluslararası ticaretin yarar alanına giren akitler ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar için başvuru tahkimi uluslararası ticari tahkim olarak tanımlamak mümkündür (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:3-4).

I.3.2. Tahkimin Ticari Niteliği

İki tarafın iradesine tabi olmayan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim mümkün değildir. Tahkim mekanizması, ticari nitelikte sayılan durumlarda kullanılmaktadır (Birsal, Budak, 1997:207). Örneğin boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz.

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinin üçüncü fıkrasında; "her devlet sözleşmenin tatbikini, akdi veya akdi olmayan hukuki münasebetlerden mütevellit ihtilaflar arasından kendi milli kanununa nazaran münhasıran ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini açıklayabilir" denilerek, sözleşmeyi imzalayan devletlere, sözleşme hükümlerini kendi iç hukuk kurallarının ticari iş mahiyetinde saydıkları işler hakkında uygulayabilmeleri imkanı sunulmuştur. Diğer bir ifade ile, sözleşme hangi konuların ticari iş sayılacağını tek tek belirlemek yerine, ticari iş sayılacak ve dolayısıyla sözleşme kapsamına girecek durumları belirleme konusunda imzacı devletlere bir esneklik

getirmiştir.

Türkiye de, New York Sözleşmesi'nin sağladığı bu esnekliği kullanarak, sözleşmenin onaylanmasını uygun bulan 3731 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile, sözleşme hükümlerinin sadece karşılıklılık esasına göre sözleşmeye taraf ülkede verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını beyan etmiştir.

UNCITRAL Model Kanunu ise ticari nitelikteki işleri, sözleşmeye bağlı ilişki olsun veya olmasın ticari bir içerik taşıyan tüm hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır. Model Kanun'un 1. maddesinde geçen ticari terimini açıklayan dipnotta, Kanun'da kullanılan bu terimin kapsamına girecek ilişki türleri sayılmıştır. Ancak bu sayma yolu ile açıklama, sınırlayıcı değildir. Kanun, gelişen ticari ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkabilecek yeni ticari ilişkileri de kapsamına almaktadır. Model Kanun'da sayılan ve ticari nitelikte sayılan ilişkiler şunlardır:

Mal ve hizmet alışverişi, mal veya hizmet sağlanması ile ilgili her türlü ticari işlem, ticari temsilcilik ve acentelik, factoring, leasing (finansal kiralama), müteahhitlik, müşavirlik, mühendislik, yatırım, lisans, finansal hizmetler, bankacılık, sigortacılık, kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri, ortak girişim (joint-venture), diğer sanayi veya ticari işbirliği türleri, deniz, hava, demiryolu, veya karayoluyla mal veya yolcu taşımacılığı.

Aynı şekilde, devletlerin yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarında yer verilen;

- a) Yatırım sözleşmesinin uygulanması ve yorumlanması,
- b) Yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması,
- c) Yatırım sözleşmesi ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ilgili olarak ortaya çıkan ihtilaflarda milletlerarası tahkimin "ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar" sınırı genişletilmiştir (Birsal, Budak, 1997:197-198).

Uluslararası nitelikteki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkezi kuran sözleşme ise ICSID in yargılama yetkisini sözleşmeye taraf olan devletler ile diğer taraf devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki

uyuşmazlıklar ile sınırlandırmaktadır. ICSID tahkim uygulamasında yatırım kavramı geniş tutulmaktadır. Ayrıca devletlerin yapmış oldukları iki taraflı yatırım anlaşmalarında (İTY) yatırım kavramına giren unsurlar sınırlayıcı olmaksızın sayılmakta ve geniş olarak uygulanmaktadır.

Sonuç olarak Türkiye'nin bugünkü hukuk sisteminde, akdi veya akdi olmayan nitelikteki ticari anlaşmazlıklar ile uluslararası nitelikli yatırım uyuşmazlıkları tahkim yolu ile çözülebilmektedir (Dost, 2006:23).

I.3.3. Tahkimin Hukuki Niteliği

Tahkim, devletlerin yargı organlarından bağımsız ve kendine özgü nitelikleri olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Burada mahkeme ve hukuk formasyonu olan kişiler (avukat, yargıç vb.) söz konusu değildir. Tayin olunan hakemlerin hukuk formasyonlarının olması koşulu aranmamaktadır. Uyuşmazlık tarafları ya önceden belirlenmiş hakem listelerinden hakem tayin etmekte ya da tahkim kurumu tarafından istekli ve daha çok teknik nitelikleri fazla olanlar arasından hakem tayini yapılmaktadır. Bu durum, kimi yazarlara göre tahkim kuruluna hukuki bir kurum olma niteliği vermeyi önlemektedir. Bir diğer kesim ise, tahkim mekanizmasını içeren ikili veya çok taraflı anlaşmaların devletler genel hukukuna tabi olmasına karşın, tahkimin kendisinin uluslararası hukuka tabi olmadığı görüşünü savunmaktadırlar (İnan, 1998:16-20).

Buna göre, uluslararası tahkim kurullarındaki ana kurallar sadece tahkim heyetinin nasıl seçileceği, nasıl çalışacağını hükme bağlamaktadır; ancak uyuşmazlık hakkında nasıl karar verileceği konusunda herhangi bir kural içermemektedir. Atanan hakemler özel hukuk kurallarına göre karar verir. Özel hukuk kurallarının belirlenmesi de tamamen devletler özel hukukunun bağlama kuralları ile belirlenir. Diğer taraftan imzalanan uluslararası sözleşmelerde ve ikili yatırım anlaşmalarında yer alan tahkime

ilişkin maddelerin sözleşmeyi veya anlaşmayı imzalayan devletler tarafından uygulanmaması, uluslararası hukuk bakımından sorumluluk gerektirmektedir.

New York Sözleşmesi'nin 3. maddesinde; "akit devletlerden her biri hakem kararının muteberliğini tanıyacak ve kararın öne sürüldüğü memlekette cari prosedür kaidelerine tevkifan, aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde, bunun icrasına hüküm verecektir...." denilerek, sözleşmeye taraf devletler için hakem kararlarının uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı şekilde, 1965 tarihli Washington Sözleşmesi 'nin 25 inci maddesinde de; "merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır.

Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz." denilerek, ICSID tahkimini kabul eden tarafların bu kabullerini tek taraflı geri alamayacakları hükme bağlanmaktadır. Sözleşmenin 53 ve 54. maddelerinde ise, hakem kararlarının tarafları bağlayıcı olacağı, kararın daha üst bir makama götürülemeyeceği, her bir taraf devlete, kararda verilen parasal yükümlülükleri kendi mahkemelerinin nihai kararı gibi uygulama ve sözleşmede yer verilen haller dışında kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyma ve hükümlerim yerine getirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Benzer bir şekilde devletlerin kendi aralarında yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarında da tahkim konusuna geniş yer verdikleri ve tahkime gidilmesi sonucunda hakem kurulu tarafından verilecek olan kararın nihai ve tarafları bağlayıcı olacağını baştan kabul ettikleri görülmektedir. Tahkim sürecinde uygulanacak hukuk kurallarını belirleme konusunda genellikle uyuşmazlık taraflarının bir serbestliği bulunmaktadır. Oluşturulan

tahkim heyeti de uyuşmazlığa ilişkin kararını taraflarca kararlaştırılan hukuk kurallarına göre vermektedir. Böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde tahkime ya taraf devlet hukuk kuralları ya da uluslararası hukukun uyuşmazlığa uygulanabilir kuralları uygulanmaktadır. Dolayısıyla tahkim sürecinde kullanılan standart bir hukuk kuralları bütünü bulunmamakta, uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların anlaşmalarına göre değişiklik gösterebilmektedir.

Günümüzde tahkim, uluslararası düzeyde ikili ve çok taraflı anlaşmalar bünyesinde yerini almış durumdadır. Aynı şekilde, yabancı hakem kararları ve tahkime yönelik olarak çok sayıda devletin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme yapılmış durumdadır. Uluslararası hukuk kurallarını ana kaynaklarından olan antlaşma ve sözleşmelerde tahkim konusunun düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda konunun uluslararası hukuk düzeyinde kabul gördüğü ve bir yer edindiği açık bir şekilde görülmektedir (Ormanoğlu, 2004:32).

Türkiye açısından bakıldığında, Anayasa'nın 90 inci maddesi hükmüne göre, usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmünde sayılmış ancak, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurma imkanı tanınmamıştır. Dolayısıyla tahkime yönelik veya tahkim hükümleri içeren ve usulüne uygun olarak iç hukukta yürürlüğe konulan uluslararası anlaşma ve sözleşmeler ile ikili anlaşmalar kanun hükmündedirler.

Anayasa'ya aykırılıklarının öne sürülememesi de bu tür anlaşma ve sözleşmelere, kanunlara oranla görece bir üstünlük atfedildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Türkiye'nin uluslararası tahkime ilişkin New York Sözleşmesi ve Washington Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelere taraf olması ve birçok ülke ile akdetmiş olduğu yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında tahkime yer

verilmiş olması da uluslararası ticaret ve hukuk alanında tahkimin Türkiye tarafından kabul edilmiş olduğunu göstermektedir (Birsell, Budak, 1997:172-173).

Tahkim mekanizmasının iç hukukta işleyişi bakımından ise; tahkim, bir yandan tahkim sözleşmesinin tarafları arasında bir sözleşme ilişkisini kapsamakta ve bu özelliği ile bir özel hukuk müessesesi mahiyetini taşımakta; diğer yandan da esas olarak devlete ait bulunan yargılama yetkisinin, kanun koyucunun belirlediği sınırlar içinde, hakemler tarafından kullanılması anlamını taşıdığı için, bir usul hukuku müessesesi özelliğini göstermektedir (Şanlı, 1996:242-243).

Tahkim hem adli hem idari yargı alanında –tarafların sözleşmesine ve ihtilaf konusu ilişkinin akdi niteliğine bağlı olarak- alternatif bir ihtilaf çözme yöntemi olarak kabul edilmiştir. Doktrinde ileri sürülen karşı görüşlere rağmen uygulamada idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda tahkim kabul edilmiştir. Çünkü, Türkiye, 3460 Sayılı Kanunla onayladığı Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma ile Türkiye ‘nin taraf olduğu ve çok defa idari nitelikteki uluslararası yatırım sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözümünde tahkimi yegane usul olarak kabul etmiştir (Şanlı, 1998:38).

I.4.Tahkim Türleri

Tahkimin ulusal ve uluslararası oluşuna göre, zorunlu ve ihtiyari olmasına, geçici (ad hoc) ve kurumsal olmasına, tahkime müracaat eden tarafların kamu veya özel kişi olup olmasına göre temelde dört değişik sınıflandırması yapılabilir.

I.4.1 Ulusal ve Uluslararası Tahkim

Ulusal hukuk düzenlemeleri içinde bulunan ve uygulama alanı ülkesel olan tahkim türüne ulusal tahkim (iç tahkim) denir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.518 ile sınırlı alan içinde (tarafların karşılıklı rızaları ile) mahkemelerin yargı yetkisinin yerine

geçebilen, usul hukukunun tali bir kurumudur.

Uluslararası tahkim ise, uluslararası ticari ilişkilerle ve uluslararası hukuk düzenlemeleri ile ilgili olan ve yabancılık unsurunun bulunduğu tahkim türüdür (Kaplan, 2002:26). Uluslar arası tahkimin en bariz özelliği, taraflara ve hakemlere, tahkimin teşkilatlandırılması ve şekillendirilmesinde geniş bir irade serbestisi ve hareket alanı tanınmasıdır (Kalpsüz, 1997:8).

I.4.2 Zorunlu ve İhtiyari Tahkim

İhtiyari tahkim tarafların iradeleri ile başvurabilecekleri tahkim yoludur. Burada taraflar bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmaya mecbur değildir. Tarafların bir sözleşmeyle veya sözleşmeye konulan bir şart ile kendi özgür iradeleri ile kabul ettikleri tahkime ihtiyari tahkim adı verilir.

Zorunlu tahkim ise ancak kanun hükmü ile belirlenir. Kanunla öngörülmüş ise hakeme başvurmak mecburidir. Buna zorunlu tahkim denir. Ulusal hukukta örnek olarak mecburi tahkim öngören yasalara şunlar örnek gösterilebilir: 3533 SK Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun, 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu, 1615 S. Gümrük Kanunu, 3039 S. Çeltik Ekimi Kanunu vs. (Kuru, Aslan, Yılmaz, 1990:581-582).

I.4.3 Geçici ve Kurumsal Tahkim

Uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın çözümünün kendi denetimlerinde cereyan etmesini arzuladıkları ve bunun içinde tahkimin tüm unsurlarını kendilerinin tayin ettiği tahkim türüne geçici tahkim (ad hoc arbitration) denir. Bu durumda taraflar herhangi bir tahkim kurumuna tabi olmaksızın hakem veya tahkim heyetini, tahkim yerini, tahkim usulünü, uygulanacak hukuku tespit ederler veya bu konuda hakemlere yetki verirler.

Dolayısı ile tahkim heyeti taraflar arasında somut uyuşmazlığın çözümü için geçici olarak ve her hangi bir kuruma bağlı olmaksızın kurulmuş olmaktadır (Şanlı, 1986:17). Ad hoc tahkime ilişkin en gelişmiş ve modern kurallar, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuk Komisyonu- UNCITRAL tarafından hazırlanmıştır.

Kurumsal tahkim (institutional arbitration) ise uyuşmazlığın çözümünün tahkim için oluşturulmuş kurumların himayesinde yapıldığı ve tahkim kurallarının da bu kurumlar tarafından tespit edildiği tahkim usulüdür. Uluslararası ticarete, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne ilişkin bir çok kurum vardır. Milletlerarası Ticaret Odası, Amerikan Tahkim Kurumu,¹⁹ Londra Tahkim Kurumu,²⁰ Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu,²¹ en çok bilinen tahkim kurumlarıdır. Sektör ve belirli alanda faaliyet gösteren kurumlar ise bitkisel yağ sektöründe Yağlı Tohumlar ve Hayvani Yağlar Federasyonu,²² pamuk alanında Liverpool Cotton Rules, hububat sektöründe Hububat ve Yem Ticareti Birliği,²³ Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi²⁴ tahkim kurumları örnek verilebilir. Ülkemizde de İstanbul Ticaret Odası ve İzmir Ticaret ve Sanayi Odası'nın tahkim faaliyeti mevcuttur (Akıncı, 2003:24).

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkezi yatırım ihtilaflarının tahkim yolu ile halli için idari hizmet vermektedir .

I.4.4. Kamuda Tahkim – Özel Tahkim ve Karışık Tahkim

Uyuşmazlığın çıktığı ve tahkime başvuran tarafların kamu veya özel kişiler olmasına göre sınıflandırmada ilki devletler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkimdir (public arbitration). Bu tahkime ilişkin kurumlar doğrudan doğruya

19 AAA-American Arbitration Association

20 LCIA- The London Court of International Arbitration

21 SCC- The Stockholm Chamber of Commerce

22 FOSFA- Federation of Oil Seeds and Fats Association

23 GAFTA- Grain and Feed Trade Association

24The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal

uluslararası sözleşme ile kurulur ve Devletler Genel Hukuku alanına giren uyuşmazlıkları çözmekle görevlidir. İkincisi özel tahkim (private arbitration) denilen ve özel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarla ilgili tahkimdir. Milletlerarası Ticaret Odası tahkim yargılaması özel tahkime örnek verilebilir. Üçüncü ise uyuşmazlığın taraflarının devlet ve özel kişilerin olduğu karışık tahkim (mixed arbitration) denilen tahkimdir. ICSID tahkimi örnek verilebilir (Dost, 2006:11).

I.BÖLÜM: ULUSLARARASI TAHKİME İLİŞKİN DÜZENLEMELER

II.I. Uluslararası Tahkim Ve İç Hukukumuzda Yapılan Düzenlemeler

Tahkim kavramına, Türk Hukuku'nda çeşitli düzenlemelerde yer verilmiştir. 1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HUMK) (R.G., 2,3,4 Temmuz 1927-622,623,624), tahkimi düzenlemektedir. Ayrıca, Türkiye'nin 1980 yılından itibaren yoğun uluslararası ilişkilere girmesi, ülkemizdeki gerçek ve tüzel kişilerin dışa açılması, dolayısıyla dış ülkelerde yerleşik kişi ve kuruluşlar ile yaptıkları sözleşmelerin artışı ve bunlardan doğan anlaşmazlıkların giderilmesi amacıyla 1982 yılında 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) (R.G., 22 Mayıs 1882-17701) yürürlüğe konulmuştur ve bu kanunda da tahkime ilişkin düzenlemeler vardır. Bundan başka Türkiye, 1980'lerden sonra tahkim alanında önem taşıyan hemen hemen tüm uluslararası sözleşmelere taraf olmuştur (Akıncı, 2003:24).

Uluslararası tahkim konusunda Türkiye'deki düzenlemeler yeni sayılacak niteliktedir. Her ne kadar daha önceki tarihlerde uluslararası sözleşmeler imzalanmışsa da esaslı düzenlemeler son zamanlarda (1999 sonrası yıllarda) yapılmıştır. 13. 08. 1999 tarih ve 4446 sayılı kanun Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun la yapılan ve uluslararası tahkime izin veren Anayasa Değişikliği, Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere dair 21.01.2000 tarih ve 4051 sayılı kanun (R.G., 22 Ocak 2000-23941), 4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli "Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., 22 Aralık 1999-23913), 4493 sayılı ve 20.12.1999 tarihli "Bazı Yatırım Hizmetlerinin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına

İlişkin Kanun (R.G., 22.Aralık 1999- 23914), 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (R.G., 5 Temmuz 2001-24453), 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu, 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 2575 Sayılı Danıştay Kanunu, 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu değişiklikleri sayılabilir.

Türk hukukunda sadece çekişmeli yargıya giren hukuki uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaktadır. Cezai veya idari yargıda tahkim uygulanmamaktadır. İdari yargıda tahkime yer verilmemekle beraber, uygulamada, idari sözleşmelere bazen tahkim şartı da konulmakta ve bu idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için, idari mahkemeler yerine, hakemlerde dava açılmaktadır. Ancak, özel sektör kuruluşlarının Yap İşlet Devret (YİD) modeli çerçevesinde kamu altyapı yatırımlarına katılımını düzenleyen kanunlarda; bu projelerin uygulama sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer verilebilmesi yönünde yapılan düzenlemeler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. 3996 sayılı kanunun 5. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 tarih ve E. 1994/71 ve K. 1995/23 sayılı Kararıyla iptal edilmeden önceki metinlerine göre imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilebilmekteydi (Birsal, 2001:122).

Anayasasa Mahkemesi 1995 yılında altyapı yatırımlarının yap-işlet-devret modeli ile yaptırılmasına imkan veren 3974 ve 3996 sayılı kanunlarının; kamu kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde üçüncü kişilerle yapacakları uygulama sözleşmelerinin ‘imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasını’ öngören maddelerini iptal etmiştir.

YİD uygulama sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasının

pratik sonuçlarından birisi; sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların hallinde, sözleşme taraflarının karşılıklı rızası ile uluslararası ticari tahkime gidebilmesidir. Anayasa mahkemesi mezkur kararlarında yaptığı kamu hizmeti tanımı ile, YİD sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyazı olarak mütalaa etmiştir. Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinin yönetimi ise idare hukukuna tabidir. İdare hukukunda tahkime yer verilmediğinden, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenen YİD uygulama sözleşmelerinde anlaşmazlıkların çözüm yöntemi olarak tahkim şartı konulamaz hale gelmişti.

Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri dikkate almadan verdiği bu karar neticesinde Türkiye, o güne kadar imzalamış olduğu Dünya Bankası bünyesindeki ICSID ve 37 tane uluslararası sözleşme ile çelişen tutum içerisine girmiştir. Bunu önleyebilmek, ortadan kaldırabilmek için Anayasa m. 47, m.125, m. 155 de değişikliğe gidilmiştir.

Değişiklik öncesi haliyle 47 madde başlığı sadece devletleştirme olup madde metni “ - Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir ” iken madde başlığına bir de özelleştirme eklenmiştir. 13/8/1999 tarih ve 4446 Sayılı Kanun 1 m. ile “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir” şeklinde değişiklik yapılmıştır (TC Anayasası, 1982).

47. madde de yapılan değişiklik ile maddenin başlığı “devletleştirme ve

özelleştirme'' olarak belirlenmiş ve özelleştirme anayasal güvence altına alınmıştır. Ayrıca kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceğinin yasama organınca kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Böylelikle Anayasa Mahkemesi tarafından imtiyaz olarak nitelenen bazı hizmetlerin idare hukuku yerine özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilmesi imkanı sağlanmıştır.

Anayasa madde 125'e göre, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. "Kamu hizmetleri 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" şeklinde ek hüküm getirilmiştir. 125. madde de yapılan değişiklik ile, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülebilmesi öngörülmüştür. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği belirtilmiştir (Birsal, 2001: 132).

Anayasa 155. maddesinde değişiklik de ise, Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Devamında değişiklikten sonra, Danıştay, davaları görmek, başbakan ve bakanlar kurulunca gönderilen 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, düzenlemesi getirilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 155. maddesi 2. fıkrasıyla,

"Danıştay, davaları görmek, Başkan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşünce bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlenmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir" şeklindeki görevi değiştirilerek, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz ve şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında inceleme yetkisi iki ay içinde düşüncesini bildirmek şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişikliklerin neticesinde idare hukukunun kapsamını tayin etme konusunda yasama organına yetki verilmiştir. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan yabancılaşma unsuru taşıyan uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülebileceği şeklinde açık bir düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda anayasa mahkemesi kararları ile uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükleri arasındaki çatışmayı 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılmasına dair kanunla 'kamu hizmeti imtiyazı' ve 'uluslararası tahkim konularında TC Anayasasında değişiklik yapmıştır. Böylece uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler ile Yargıtay kararları arasındaki çatışma giderilmiştir (Özkan, 2007). Böylece Tahkim, Anayasa'nın 9. maddesindeki "yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" kuralının bir istisnası haline gelmiştir.

II.2 Yabancı Sermaye Ve Tahkime İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

II. Dünya Savaşının sona ermesinden itibaren hayati iki sorunla karşılaşmıştır. İlk olarak, savaş sırasında tahrip edilmiş olan ulusal ekonomilerin istikrara kavuşturularak işler hale getirilmesi; ikincisi, döviz kurlarındaki keskin ve hızlı düşüş ve dalgalanmalar ve buna bağlı olarak oluşan yüksek enflasyonun yıkıcı sonuçlarını ortadan kaldırmak için bir uluslararası para değişim sistemi oluşturulması gerekmiştir. 22.06.1944 Bretton Woods

Konferansında görüşülerek Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası kurulması kararlaştırılmış, mali ve finansal kuruluşlar kurulmuştur. Şavaş sonrası özellikle dünyanın güçlü ekonomilerine sahip ülkeleri uluslararası ekonomi ve ticari ilişkilerin serbest pazar ekonomisi ilkeleri çerçevesinde yürümesi için yoğun çaba sarfetmiştir (Ünal, 2005:370). ve bu çerçevede uluslararası ekonomik ve siyasi ilişkileri düzenleyecek yeni kurumsal antlaşmalar yapılmıştır.

II.2.1 GATT Antlaşması

Dünya’da uluslararası ticareti geliştirmek için dış ticaret politikalarında serbestleşmeye gitmek genel kabul gören bir politika olmuştur. Ticari serbestleşme, korumacı politikaların bertaraf edilmesi ve gümrük tarifelerinin azaltılması çalışmalarının başlangıcı olan Ticaret ve Tarifeler Üzerine Genel Antlaşmanın²⁵ 1948 yılında imzalanması ile hız kazanmıştır. GATT Antlaşması dünya ticaretini liberal modele göre düzenleyen bir antlaşmadır. Antlaşma da taraf devletler açısından önemli yükümlülükler öngörülmüştür. Bunlar kısaca; en çok gözetilen ulus kaydı, bir devlet ticari ilişkide bulunduğu diğer bir devlete ayrıcalıklı bir statü tanımışsa, o devlete sağladığı ayrıcalık ve kolaylıkları antlaşmaya taraf olan bütün devletlere de tanımak zorundadır. Bu kural mutlak değil bazı istisnaları vardır.

İthal gümrüklerinin indirilmesi sağlayarak uluslararası ticareti geliştirmek, ayrımcılık yasağı, ithal kotaları ile devletlerin vergi ve diğer masraflar dışında ithal malları üzerine diğer yükler getirmelerini yasaklamıştır. Dürüstlük ve anti –dumping; GATT ‘ın en önemli amaçlarından birisi serbest ticaretin yararlarından herkesin faydalanmasını sağlamak ve uluslararası ticaretin önündeki engelleri asgari düzeye indirmektir. Bunun için uluslararası ticaretin dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılması gerekir.

²⁵GATT- General Agreements on Tariffs and Trade

İhracat yardımları; Antlaşmada 16. md de taraf devletlerin kendi mallarının ihracını teşvik veya yabancı bir malın ülkesine ithalini engellemek amacıyla ihraç veya ithal malların subvanse etmeleri yasaklanmıştır (Ünal, 2005:364-366).

GATT süreci 1994 yılında, Türkiye' nin de dahil olduğu ve 132 ülkenin taraf olduğu Dünya Ticaret Örgütü' nü ²⁶ kuran Marrakesh Antlaşması ile kapsamlı ve örgütlü bir yapıya ulaşmıştır. DTÖ antlaşmalar sistemi, belki de, uluslararası ticaretteki gelişmenin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. DTÖ ticaret sistemi üye ülkelerin, ticaret politikaları uygulamasında şeffaf, öngörülebilir ve yerli/yabancı ayrımı gözetmeyen düzenlemeler yapmalarını öngörmektedir. Sistem, akit devletlerin ticari düzenlemelerinin DTÖ kurallarına uymayan yönleri hakkında, bu üyeleri, diğer üye devletlerin DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organına (AHO) şikayet edebilmelerine imkan vermektedir. AHO üyeler arasındaki ticaret politikalarından kaynaklanan ihtilafların halli konusunda siyasi (veya idari) bir çözüm mekanizmasıdır (Arat, 1996:10).

Önce GATT sonrada DTÖ sistemi, uluslararası ticaretin geliştirilmesi için ticaretin önündeki engellerin kaldırılmasının yanı sıra üye ülkelerin ticareti düzenleyen kurallarının uyumlaştırılmasını da hedeflemektedir. Bu uyumlaştırılmanın sağlanması için bir yaptırım mekanizmasına ihtiyaç duyulduğu içinde AHO kurulmuştur. Diğer bir deyişle DTÖ ticari sisteminin iki temel amacı; mal ve hizmetin dünya ölçeğinde serbestçe dolaşımı için üye devletlerin ülke pazarına yabancıların girmesini zorlaştıran engelleri önce azaltmasını zaman içerisinde de kaldırmasını temin etmek; bu kurallara uymayan ve bundan şikayetçi üye devletler arasındaki ihtilafı da AHO'da çözümlenektir.

DTÖ' ünün işlemeye başlaması ile günümüz uygulanan uluslararası hukukta geçerli olan kurallar ortaya çıkmış olmaktadır (Pazarcı, 2006:321). GATT özellikle ticari

26DTÖ-World Trade Organisation

engellerin azaltılması, uluslararası ticaretin geliştirilmesi ve uluslararası ekonomik ilişkilerin düzenlenmesi konularında ağırlıklı bir role sahip olmuştur (Telli, 1991:57).

II.2.2 GATS ve TRİPS Antlaşması

DTÖ Antlaşmasının 4. maddesi ile yapılan iki önemli düzenleme: Hizmetler Alanındaki Ticarete ilişkin Genel Antlaşma²⁷ ve Ticarete Konu olan Fikri Mülkiyet Haklarına ilişkin Genel Antlaşma²⁸ dir.

GATS hizmetler alanındaki uluslararası ticareti düzenlemiştir. Kapsadığı hizmetlerin ticareti konusunda ayırım gözetmeme ilkesini temel ilke kabul etmektedir. GATT' ın kapsamadığı hizmet sektörünü oluşturan (sigortacılık, taşımacılık iletişim hizmetleri, muhasebe hizmetleri, film, televizyon endüstrisi gibi alanlar) bu antlaşma ile düzenlenmiştir. Sınır ötesi hizmet ticareti kavramı çok geniş kapsamlı olup, diğer taraf devlet ülkelerinde yapılacak bütün hizmetleri içerir.

TRIPS ise ticarete konu olan fikri mülkiyet haklarına ilişkin sınır ötesi ticareti düzenlemektedir. Fikri mülkiyet hakları telif hakkı, markalar, coğrafi işaretler, ticari desen ve modeller, patent gibi haklardır. Bu anlaşmalarda belirlenen kurallar bağlayıcı olduğundan iç hukuk açısından objektif değer taşır (Ünal, 2005:369).

Ticari serbestleşme konusunda uluslararası ölçekte benzer ve öngörülebilir şeffaf kuralların bulunması, uluslararası şirketlere yabancı pazarlara girme konusunda kolaylık sağlamaktadır. Ancak uluslararası şirketler yabancı pazarlara girdikten sonra tesis ettikleri ticari ilişkilerden kaynaklanabilecek potansiyel anlaşmazlıkların halli konusunda da, uluslararası ölçekte, benzer, öngörülebilir ve şeffaf kurallara sahip olmak istemektedir. Dünya, pazarlarının küreselleşmesi ile birlikte ülke milli pazarlarının birbirlerinden bağlantısızca işledikleri; ticaret ve mesafe engelleri ile zaman ve kültür farklılıkları

27GATS – General Agreement on Trade in Services

28TRIPS - General Agreement on Trade –Related Intellectual Property Rights

nedeniyle bölündükleri bir sistemden; milli pazarların tek bir küresel pazar içinde bütünleştikleri bir sisteme doğru gitmektedir. Bu gidişin bir sonucu olarak, uluslararası şirketler ticaret yaptıkları her ülkede farklı bir hukuk sistemi ve adli mekanizma ile çalışmak istememekte hatta yabancı ülke mahkemelerinin potansiyel ihtilafların halinde kendi vatandaşı olan tarafa karşı tarafsız kalamayacağından endişe etmektedir. Bu nedenle de uluslararası şirketler, uluslararası pazarlardaki ticari ilişkilerden kaynaklanan potansiyel ihtilafın halli için; devlet mahkemeleri dışında, kendilerinin de eşit olarak temsil edileceklerine inandıkları bir mekanizma olan uluslararası ticari tahkim kuralları çerçevesinde oluşturulacak hakem heyetine gitmek istemektedir.

Gerçekten 21. yüzyılın eşiğinde gittikçe artan bir biçimde, insanların yer değiştirmeleri (emek ve mesleki hizmet sektörleri dahil), ham, yarı mamul ve mamul madde pazarlarının ülke boyutundan, dünya boyutuna ulaşması, know-how (teknik bilgi), fikri ve sınai hakları; döviz, kredi ve sermaye gibi yatırım ve ödeme araçlarının elektronik iletişim sistemleriyle olağanüstü akışkanlık kazanmaları, aşırı milliyetçilik akımlarına rağmen, insanlık evriminde, küreselliğe gidişi karşı konulmaz bir hale getirmiştir. Bu değişimin sonucu olarak, iki veya çok taraflı milletlerarası antlaşmalar, milletlerarası kuruluş veya bölgesel birlik örgütleri tarafından hazırlanan model kanunlar ve benzeri düzenlemeler ile milletlerarası teamül, örf ve adet kurallarından oluşan bir milletlerarası ticaret hukuku geliştirmiştir (Birsell, Budak, 1997:183-184).

II.2.3. İki Taraflı Antlaşmalar

Uluslararası ticari ve ekonomik ilişkileri dolayısıyla devletler, yabancı sermaye yatırımlarına yönelik olarak, aynı zamanda uluslararası tahkim konusunu da içeren, iki farklı şekilde anlaşma yapabilmektedirler. Bunlardan birincisi, iki egemen devlet tarafından imzalanan iki taraflı anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalar genellikle, Yatırımların

Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları adı ile akdedilmektedirler. İkinci olarak da devletler, bir uluslararası örgüt, birim veya kuruluş tarafından hazırlanan ve birçok devletin taraf olduğu anlaşmalara taraf olabilmektedirler. Çok taraflı anlaşma olarak tanımlanan bu tür anlaşmalarda, imzacı devletle birlikte birden fazla devlet aynı anlaşmaya taraf olmaktadır. Çok taraflı anlaşma hükümleri tüm taraf devletlere uygulanmakta ve herhangi bir taraf devlet lehinde hükümlere yer verilmemektedir (Pazarcı, 2006:101).

II.2.3.1. İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları

Uluslararası sermaye yatırımları konusunda yabancı yatırımcıların, yatırım yapacakları ülkelerde hukuki anlamda koruma gözetiyor olmasının bir neticesi olarak devletlerin kamulaştırma, el koyma, millileştirme ve benzeri uygulamalarına karşı bir güvence elde etme arayışları ortaya çıkmıştır. Yabancı sermayeyi ülkelerine çekmek isteyen ülkeler ekonomik alanın dışında hukuki alanda da yabancı yatırımcıların bu tür kaygılarını gidermeye yönelik düzenlemeler yapmaktadırlar.

Yabancı yatırımların korunması ihtiyacı, özellikle çok uzun yıllardan beri yatırımcının mensup olduğu devletlerin şikayetçi olduğu kamulaştırma ve eş etkili önlemler, uluslararası düzeyde ve uluslararası hukuk bakımından bazı çabaların ortaya çıkmasına neden olmuştur (Tiryakioğlu, 2001:173). Yabancı sermaye çekmek isteyen ülkelerin, kendi iç hukuk kurallarını bu yönde düzenlemelerinin yanı sıra bu tür ülkeler, uluslararası düzeyde de birtakım yatırım anlaşmaları yaparak yabancı yatırımcıların hukuken karşılaşacakları muamelelere ilişkin kaygılarını en aza indirme yoluna gitmektedirler.

Bu anlamda, ev sahibi devlette yatırımların adilane ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulması ve milletlerarası tahkim kurallarının benimsenmesi, yabancı yatırımcıların kendi ülkesi dışında yatırım yapması için çok önemli ön koşullardır (Birsell,

1998b:22) Bu yöndeki anlaşmalardan en önemlileri, genellikle iki devlet arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) Anlaşmalarıdır.²⁹ Her ülkenin kendi yatırımcılarını, diğer ülkelerdeki yatırımları dolayısıyla korumak istemeleri bütün devletlerce paylaşılan ortak bir dış politika noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle, her devlet yatırım ilişkisi içine girmek istediği diğer devletle yatırımının korunması ve teşviki alanında ikili anlaşmalar yapma yoluna gitmektedir. Yabancı yatırımcı ile devlet arasında bir uyuşmazlık çıktığında ikili anlaşmalar kurtarıcı olmaktadır (Dost, 2006:131).

İkili yatırım anlaşmalarının³⁰ en önemli özelliği, yabancı yatırımın hukuki kapsam ve çerçevesini çizerek, bu tür yatırımın tabi olacağı hukuki muameleyi belirlemeleridir. Bu yatırım anlaşmalarının tarafları devletler olmaktadır. Bir tarafta yatırımın yapıldığı devlet, yani ev sahibi devlet, öteki tarafta yatırımcının geldiği kaynak devlet (yatırımcının mensup olduğu devlet) vardır (Tiryakioğlu, 2001:174).

II.2.3.2. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) anlaşmaları iki taraflı anlaşmalardır. Bu anlaşmaların ana amacı, taraf ülkeler arasında sermaye ve teknoloji akımını teşvik etmek, yönetim bilgi ve becerisini artırmak (Özbilgiç, 2001:131), kendi yatırımcılarına farklı pazarlara girme imkanı yaratmak ve ilgili ülkenin hukuk düzeni içinde yatırımların nasıl korunacağını tespit etmektir. Bu ana amacın dışında, genel anlamda, ülkelerin ekonomik politikaları doğrultusunda ülke müteşebbis ve sermayesinin dış ülkelere açılması, ülke dışında çeşitli pazarlara açılma, yabancı sermaye ve ileri teknolojinin ülkeye girmesi yoluyla ülke ekonomisinin dünya ekonomisi ile entegrasyonunun sağlanması gibi hedefler de YKKT anlaşmaları ile elde edilmek istenmektedir.

²⁹Agreements Concerning Reciprocal Promotion and Protection of Investments

³⁰Bilateral Investment Treaties-BITs;

YKKT anlaşması yapılacak ülkenin belirlenmesindeki en önemli ilke, yatırım ve ticaret ilişkisinin yoğunluğu ve bu anlamda anlaşma yapılacak ülkede belirli bir potansiyelin var olmasıdır. Diğer bir anlatımla ülkeler, ticari ve yatırım anlamında ilişkilerinin arttığı veya artmasını istedikleri ülkelerle bu yönde anlaşmalar yapmaktadırlar.

YKKT anlaşmaları, yatırımın hukuki çerçevesinin çizilmesi ve yatırımın tabi olacağı hukuki muamelenin belirlenmesinde çok önemli rol oynamaktadır. Bundan amaç yabancı yatırımları korumak, yatırımları geliştirmek ve arttırmak ve yatırımları serbestleştirmektir. Uluslar arası yatırımların ister kabul eden devletle bir sözleşmeye bağlı olsun ister olmasın, karşılaşılan en büyük sorun bunların millileştirilmesi ya da herhangi bir yöntemle el konulmasıdır (Pazarcı, 2006:333).

Ekonomik gelişmeye katkısı ile birlikte YKKT anlaşmaları, kaynak devlet yatırımcılarının yapacakları yatırımların tabi olacağı hukuki muameleyi belirlemek, anlaşma kapsamına giren yatırımlara hakkaniyete uygun ve adil imkanlar sağlamak, yatırım yoluyla ülkedeki istihdamın artışına katkıda bulunmak, özel teşebbüs yatırımlarının teşviki dolayısıyla ekonomik refahı artırmak, bu tür yatırımlara ilişkin olarak istikrarlı bir ortam meydana getirmek, ekonomik kaynakların en etkin şekilde kullanımını sağlamak, yatırımlarda her iki ülkenin de karşılıklı çıkarlarını korumak, yabancı yatırımcıların akit ülkelerde yatırım yapma arzusunu güçlendirmek amacıyla da imzalanmaktadır (Sayman, 1999:20). Çeşitli ülkeler arasında imzalanmış YKKT ilişkin 1600 'den fazla ikili anlaşma mevcuttur (Özbilgiç, 2001:73).

YKKT anlaşmalarında, anlaşma kapsamında korunmaya tabi yatırım türleri örnek olarak sayılmak suretiyle kapsam bakımından uygulama alanı, çok geniş bir biçimde belirlenmektedir (Aytaç, 2001:5). Hangi yabancı yatırımın korunacağı tek tek sayılmış olmakla beraber, bu sayma örnek kabilindedir; tahdidi değildir. Yani yatırım

anlaşmasında belirtilenlerin dışında kalan yatırım türleri de anlaşma kapsamına girebilmektedir (Tiryakioğlu, 2001:176).

Şirketlerin öz varlıkları, borçları, alacakları, hizmet ve yatırım sözleşmeleri gibi her türlü mâl varlıklarının yanı sıra;

- taşınır ve taşınmaz mal varlıkları ve bunlara bağlı mülkiyet hakları,
- nakit sermayeleri ve nakit alacakları,
- hisse senetleri, tahviller ve benzeri şirket katılımları,
- makine ve teçhizatın,
- know-how (teknik bilgi), patent, marka ve telif hakları gibi endüstriyel, fikri ve sınai mülkiyet hakları,
- yasalar ve yasalara uygun olarak akdedilmiş bir sözleşme uyarınca elde edilmiş hakları,
- lisans ve izinleri,
- hasılat ve faiz ödemelerinin yeniden yatırım,

gibi konuların, YKKT anlaşmaları kapsamında yatırım olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi, anlaşmalarda kullanılan yatırım terimi genellikle bunlarla sınırlandırılmamakta ve bu sayılanlar dışında kalan yatırım türleri de kapsama dahil edilmektedir (Dost, 2006:134).

YKKT anlaşmalarının esas amaçlarından biri olan yabancı yatırımcılara hukuki korumanın sağlanmasına yönelik olarak bu tür anlaşmalarda, ev sahibi devletin ulusal mevzuatına uygun davranma zorunluluğu getirildiği görülmektedir. Bunun anlamı, yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkede yapacakları yatırımlarda sınırsız bir özgürlüğe sahip olmadıkları ve bu nedenle de ev sahibi devlet mevzuatına uygun davranma yükümlülüğünde olduklarıdır. Diğer bir ifade ile, ev sahibi ülkeler bununla, yabancı yatırımcıların yapacakları yatırım tekliflerini inceleme, izin verme ve denetleme imkanını ellerinde tutmaktadırlar.

Anlaşma tarafı olan devletlerin, diğer taraf yatırımcılarına adil ve hakkaniyet ölçüleri içerisinde muamele etmeleri ve yatırımların işletilmesi, yönetimi, sürdürülmesi, kullanılması ve tasfiyesini haksız bir şekilde engellememeleri de bu anlaşmalarla

düzenlenmektedir. Ev sahibi devletler, bu tür anlaşmalarla hukuki nitelikli güvenceler sağlayarak diğer taraf yatırımcıların kendi ülke topraklarında yatırıma teşvik etme imkanına sahip olmaktadır.

Yatırımların korunması ve teşviki ile yatırımlara uygulanacak muameleler konusunda iki önemli ilke bulunmaktadır. Bu ilkelere birincisi, eşit işlem (ulusal muamele-national treatment) ilkesidir (Trakman, 2001:386). Bu ilke uyarınca ev sahibi devletler, diğer devlet yatırımcılarına kendi yatırımcılarına uyguladıklarından daha az elverişli muameleyle tabi tutamamaktadırlar. Diğer bir ifade ile yabancı yatırımcılar, yerli yatırımcılarla aynı muamelelere tabi olacaklardır. İkincisi ise, en çok gözetilen ulus kaydı (the most favored nation clause) ilkesidir. Bu ilke doğrultusunda ev sahibi konumunda bulunan devletler, kendi kanunları ve ilgili mevzuatı çerçevesinde yatırımcılara, üçüncü bir ülke yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muamelelerden daha elverişsiz bir muamelede bulunmayacaklarını diğer devlet nezdinde taahhüt etmektedirler (Birsell, 1998b:530).

Her YKKT anlaşması, kamulaştırma açısından mutlaka güvenceler getirmektedir. Ev sahibi devletler, kaynak devlet yatırımcılarının malvarlıklarına yönelik olarak birkaç istisna durum haricinde kamulaştırmaya gidememektedirler. Burada kamulaştırma geniş anlamda kullanılmaktadır. Devletleştirmeler, el koymalar ve kamulaştırma ile eş etkili önlemler de kamulaştırma gibi kabul edilmektedir. Her ne suretle olursa olsun kamulaştırma kamu yararına dayanmalı ve tazminat eşliğinde olmalıdır. Buna göre, yabancı yatırımcıların sahip oldukları yatırımlar hakkında ancak kanun ve diğer mevzuat dahilinde, ayrımcı olmayacak şekilde, kamu yararı amacıyla, yeterli ve etkin tazminat ödemesi yapılmak koşuluyla kamulaştırma yapılabilmektedir (Altıntaş, 1998:25).

Aynı zamanda YKKT anlaşmaları, ev sahibi devlet topraklarında ortaya

çıkabilecek savaş, ayaklanma, sıkıyönetim, iç karışıklıklar, olağanüstü hal, kamu düzeninin bozulması veya isyan gibi durumlarda diğer taraf yatırımcılarının zararlarını karşılama yükümlülüğü de getirmektedirler.

YKKT anlaşmaları çerçevesinde her bir taraf devlet yatırımcısı, yatırımından elde ettiği hasılatı, yatırımın bir kısmının veya tamamının tasfiyesinden elde ettiği geliri, kamulaştırma tazminatlarını, yatırım uyuşmazlıklarından doğan ödemeleri, ev sahibi devlet vatandaşı olmayıp da çalışma izni alarak çalışan yabancı uyruklu personelinin maaş, ücret ve benzeri gelirlerini ve yatırımlarla doğrudan ilgili kredilerden kaynaklanan ana para ve faiz ödemelerini serbestçe kendi ülkesine veya diğer bir ülkeye transfer etme hakkına sahiptir (Ormanoğlu, 2004:53-61).

İki devlet arasında yatırım ilişkisini ve bunun hukuki çerçevesini ortaya koyan YKKT anlaşmaları, aynı zamanda bu yatırım ilişkileri nedeniyle akit iki devlet veya yatırımcı ile akit devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerini de içermektedir. Devletlerin, kendi ülkelerinde yapılan yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik kendi iç hukuk kurallarında yaptıkları düzenlemeler ve yabancı yatırımcı ile ev sahibi konumundaki devlet arasında yapılan yatırım sözleşmelerinde yer verilen uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hükümlerin yanında, tahkim konusunda uluslararası hukuk anlamında yükümlülükler ve sorumluluklar getirmesi açısından YKKT anlaşmaları önem arz etmektedir (Dost, 2006:143).

YKKT anlaşmaları, yatırım uyuşmazlıklarının ve çözüm yollarını iki başlık altında toplamaktadır: Bir akit taraf ile diğer akit tarafın yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıklar ve akit taraflar arasındaki uyuşmazlıklar. Bu iki kategori YKKT anlaşmalarında ayrı ayrı düzenlenmektedir.

İlk olarak uyuşmazlık, ev sahibi devlet ile diğer devlet yatırımcısı arasında

ortaya çıkmaktadır. Burada çözümü öngörülen uyuşmazlıklar, genellikle ikiye ayrılmaktadır:

- Bir akit tarafın yabancı yatırım otoritesince diğer akit tarafın yatırımcısına verilen yatırım izninin uygulanması ve yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar,
- Bir yatırımla ilgili olarak YKKT anlaşması ile verilen veya onaylanan bir hakkın ihlalinde kaynaklanan uyuşmazlıklar.

Böyle bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde çözüm yöntemi olarak ilk aşamada taraflar arasında uzlaşma ve müzakereler öngörülmektedir. Diğer bir ifade ile, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, hemen tahkime götürülmesi yerine öncelikle taraflar arasında yapılacak müzakereler ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır.

Tarafların, müzakereler neticesinde bir çözüme ulaşmalarını sağlayabilmek amacıyla bu müzakere süreçleri, belli süreler ile kısıtlanmaktadır. Genellikle, müzakereler için 6 ay ile 12 ay arasında bir süre kısıtlaması konulmaktadır. Müzakereler için tespit edilen süreler içinde bir çözüm bulunamaması halinde ilgili yatırımcının önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan birincisi uyuşmazlığı, yatırımın yapıldığı akit tarafın yetkili mahkemesi veya tahkim mahkemesine götürmektir. Ancak yabancı yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerdeki yargı süreçleri hakkındaki kaygıları nedeniyle bu yol genellikle tercih edilmemektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için başvurulacak ikinci seçenek ise ulusal tahkim veya mahkemeler dışında herhangi bir tahkim mekanizmasına başvurmaktır. İster bölgesel nitelikli (Bölgesel tahkim kuruluşlarından bazıları şunlardır: Amerikan Tahkim Birliği, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi vs) isterse uluslararası nitelikli tahkim kuruluşu olsun YKKT anlaşmalarında

başvurulabilecek tahkim kuruluşlarına tek tek ismen yer verilmek zorunluluğu vardır.

Yatırım anlaşmalarının bazen birden çok kurumsal tahkimi alternatif olarak bir arada, bazen de bunlardan sadece birini tercih ettiği gözlenmektedir (Tiryakioğlu, 2001:178).

Uluslararası nitelikli tahkim kuruluşları hemen tüm YKKT anlaşmalarında yer alırken, bölgesel tahkim kuruluşlarına ise bütün yatırım anlaşmalarında yer verilmemektedir. Uyuşmazlıkların çözümünde bölgesel nitelikteki tahkim kuruluşlarına başvurma yolu, akit devletlerin takdir ve tercihinine bağlı olarak YKKT anlaşmalarına konulabilmektedir.

Bunun yanında, genellikle YKKT anlaşmalarında, uluslararası tahkim kuruluşları olarak ICSID, UNCITRAL ve ICC tahkimi öngörülmektedir. YKKT anlaşmalarında iki tarafın da Devlet ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme'ye taraf olması halinde uyuşmazlık ICSID tahkimine götürülebilmektedir (Birsell, 2001:113). Aynı şekilde, her iki akit devletin Birleşmiş Milletler üyesi olması halinde uyuşmazlığın çözümü amacıyla UNCITRAL tahkimine de başvurulabilmektedir. Bu iki uluslararası tahkim kuruluşu dışında anlaşmada yer verildiği takdirde ICC tahkimi de uyuşmazlığın çözümü için kullanılabilir. Standart olmamakla beraber bazı YKKT anlaşmalarında akit taraf yatırımcısının uluslararası tahkime gidebilmesi için bazı koşulların varlığı aranırken bazılarında ise tahkime gidebilmek için herhangi koşul aranmamaktadır. Tahkim yoluna gitme konusunda YKKT anlaşmalarında yer verilen koşullardan bazıları şunlardır:

- Tahkim başvurusunun, uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten itibaren belli bir süre (genellikle bir yıl) içinde yapılmış olması,

- Uyuşmazlığın, uyuşmazlığa taraf olan devletin adli veya idari mahkemelerine

veya yetkili başka organlarına götürülmemiş olması,

- Uyuşmazlığın taraf olan devletin adli veya idari mahkemelerine götürülmüş olması halinde belli bir süre içinde (genellikle bir veya iki yıl) mahkeme tarafından nihai kararın verilmemiş olması,

- Uyuşmazlığın, yatırımcı tarafından önceden kararlaştırılmış kurallara göre çözümlenmek üzere herhangi bir mercie götürülmemiş olması. YKKT anlaşmaları, uyuşmazlığın tahkime götürülmesi durumunda tahkim kurullarının oluşturulma ve çalışma biçimlerine, karar alma şekillerine, hakem kurulunun ücret ve giderlerinin paylaşımına yönelik düzenlemeler de getirmektedirler. Böylece taraflar, tahkime gitmeden önce tahkim sürecinin belli aşamalarını karşılıklı olarak tespit etme imkanını kullanmaktadırlar.

Bütün YKKT anlaşmalarında, tahkim sonucunda verilecek kararların her iki taraf için de kesin ve bağlayıcı olduğu ve tarafların, söz konusu tahkim kararını kendi kanunları ve ilgili mevzuatı çerçevesinde yerine getirme yükümlülüğünde olduklarına yönelik amir hükümler yer almaktadır.

İkinci olarak Akit Devletler Arasındaki Uyuşmazlıklar, YKKT anlaşmasını imzalayan devletler arasında bu anlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Akit devletler arasında anlaşmanın uygulanması ve yorumu konusunda uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde uyuşmazlığın çözümü için kullanılacak ilk yol, doğrudan müzakere yoludur. Genel olarak altı aylık bir süre sınırının konulduğu bu görüşme sürecinde tarafların uyuşmazlığı giderememeleri halinde taraflardan herhangi biri uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünü talep edebilir (Dost, 2006:144).

Bu durumda, yatırımcı ile akit devlet arasındaki uyuşmazlıklarda yapılanın aksine bir tahkim kuruluşuna başvuru söz konusu değildir. Uyuşmazlık taraflar kendi

hakemlerini tayin etmekte ve bu iki hakem de oluşacak tahkim kuruluna başkanlık edecek üçüncü hakemi tespit etmektedir (tahkim talebinden itibaren iki ay içerisinde). Oluşturulan kurul, kararını oy çokluğu ile almaktadır ve kararlar kesin ve tarafları bağlayıcı niteliktedir. Genellikle anlaşmalarda üç kişiden oluşturulması öngörülen tahkim kurulunun, yine anlaşmada yer alan süre sınırları içerisinde başkan seçme, tahkim kurallarını saptama (başkanın seçiminden itibaren genellikle üç ay içerisinde), gerekli duruşmaları ve işlemleri yapma (üçüncü hakemin seçildiği tarihten itibaren sekiz ay içerisinde) ve kararını verme (son işlem veya son duruşma tarihinden itibaren iki ay içerisinde) yükümlülüğü bulunmaktadır.

Tahkim kuruluna başkan seçiminde veya uygulanacak tahkim kurallarının belirlenmesinde ortaya çıkabilecek gecikme veya anlaşmazlık halinde sorunun giderilmesi için Uluslararası Adalet Divanı'nın yardımını talep etme hususu da YKKT anlaşmalarında genellikle yer almaktadır.

Akit taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde ortaya çıkan farklılıklardan biri de tahkim kuruluna karar vermesi için getirilen süre kısıtlamasıdır. Oysa ki akit devletler, kurumsal tahkimde böyle bir sınırlayıcı inisiyatife sahip değildirler. Kurumsal tahkimde karar süreci, kurumun kendi iç kuralları doğrultusunda yürütülmektedir. Bu konudaki bir diğer farklılık ise asıl olarak tarafların tahkim nedeniyle ortaya çıkacak giderleri eşit şekilde paylaşmalarıdır. Ancak tahkim kurulu bunun aksine karar da verebilmektedir.

Kurumsal tahkimde ise yapılan giderlerin taraflarca ne şekilde ve hangi oranlarda karşılanacağı ancak tahkim kurulunun vereceği nihai kararda belli olmaktadır. Akit taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir uluslararası tahkim kuruluna götürülmüş ise ve kurulda tahkim davası devam ediyorsa uyuşmazlığın, başka bir uluslararası tahkim

kuruluna götürülme imkanı bulunmamaktadır.

YKKT anlaşmalarının genel olarak, 10 yıllık geçerlilik süreleri bulunmaktadır. Ancak bu 10 yıllık sürenin bitiminde veya daha önce akit devletlerden herhangi birisi tarafından anlaşma sona erdirilmez ise bu sürenin sonunda da anlaşma otomatik olarak yürürlüğünü sürdürmektedir. Taraflardan birinin, söz konusu 10 yıllık sürenin bitiminden ya da sona erme tarihinden sonra herhangi bir zamanda geçerli olmak üzere karşı tarafa belli bir süre öncesinden (genellikle bir yıl veya altı ay) yazılı bir bildirimde bulunması koşuluyla, anlaşmayı sona erdirebilme imkanı bulunmaktadır.

Türkiye, ülkede var olan ekonomik kaynak eksikliğini kısa ve orta vadede giderebilmek ve gerekli ekonomik kalkınmayı sağlamak açısından sabit sermaye yatırımlarına gereksinimi olan bir ülkedir. Yerli sermaye yatırımlarının ekonomik kalkınma hedefini yakalamada yetersiz kalması nedeniyle ülkeye yabancı sermaye yatırımı çekme yoluna gitmektedir. Bu anlamda izlenen yol, ticaret ve yatırım ilişkilerinin yoğun olduğu ve gelecekte bu ilişkilerin artma potansiyeline sahip olduğu ülkeler ile ikili yatırım anlaşmaları yapmaktır.

Türkiye'nin usulüne uygun şekilde onaylayıp yürürlüğe koymuş olduğu YKKT anlaşmalarının gerekçeleri incelendiğinde hükümetlerin bu anlaşmalar ile Türkiye ekonomisinin küreselleşen dünya ekonomisi içinde etkin bir şekilde yer almasını hedefledikleri görülmektedir. Bu çerçevede hükümetler, Türkiye'de yapılan yabancı yatırımlarının korunması ve ülkemize daha fazla yabancı sermaye girişinin özendirilebilmesi ve böylece akit taraf devletleri ile daha yakın ekonomik işbirliği için uygun şartlar yaratılması, daha istikrarlı bir yatırım ortamının temini, ülkemizde yatırım yapanlar ile devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm yollarının açıkça tespit edilmesi ve yabancı yatırımcılara ekonomik ve hukuki güvence sağlanabilmesi

amacıyla yabancı ülkelerle YKKT anlaşmaları yapma yoluna gitmektedirler (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000: 80).

Yabancı ülkelerle yapılacak yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarına ilişkin hizmetleri ve müzakereleri yürütmek görevi, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2/f maddesi ile Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir.

Türkiye ilk YKKT anlaşmasını, Federal Almanya Cumhuriyeti ile 20.06.1962 tarihinde imzalamış ve bu anlaşma 6/2218 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 55 ile onaylanıp yürürlüğe girmiştir. Bu ilk anlaşma, "sermaye yatırımlarının karşılıklı olarak akden himayesi ve teşvikinin, hususi iktisadi teşebbüsü canlandırıp her iki memleketin refahını artırmaya yarayacağı" anlayışı, "bir devletin vatandaş ve şirketlerine diğer devlet arazisinde müsait şartlar yaratmak" amacı ve "iki devlet arasındaki iktisadi işbirliğini geliştirmek" arzusunu taşımaktadır. Görüldüğü gibi iki ülkenin de amacı, diğer taraf yatırımcıları için elverişli koşullar yaratarak ülkelerindeki ekonomik kalkınmayı ve dolayısıyla ekonomik refahı artırmaktır.

Türkiye, 1962 yılında imzaladığı bu ilk anlaşmanın ardından yaklaşık 23 yıl herhangi bir yabancı devlet ile YKKT anlaşması imzalamamıştır. Ancak 1985 yılından itibaren Türkiye, yabancı devletlerle bu tür ikili anlaşma ilişkilerini yoğunlaştırmaya başlamıştır. Nitekim 1985-1989 yılları arasında yedi devlet ile YKKT anlaşması imzalanmıştır. Türkiye diğer yabancı ülkelerle, en fazla 1990-1999 döneminde YKKT anlaşması imzalamış bulunmaktadır. Bu dönemde 44 devlet ile YKKT anlaşması imzalanmış ve bunlardan 41 tanesi onaylanıp yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. 2000-2003 döneminde ise beş devlet ile bu anlaşmalar yapılmış durumdadır. Dolayısıyla, Türkiye'nin 1962 yılından itibaren imzalamış olduğu toplam YKKT anlaşması sayısı 59'a, onaylanarak

yürürlüğe konulan anlaşma sayısı da 54'e ulaşmıştır.

YKKT anlaşmalarında yer alan uluslararası tahkim mekanizması konusunda ise, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (R.G., 14 Ağustos 1999-23786) teklifi hakkında TBMM Anayasa Komisyonu'nun verdiği 10 Ağustos 1999 46. birleşim, (2/187) Esas No'lu Raporu'nda, küreselleşen dünyada ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinde yatırım yapmalarının artık olağan hale geldiği ve bu oluşumun karşısında yatırımların güvence altına alınması için bir çok genel ya da ikili uluslararası sözleşmeler imzalandığı ve bu sözleşmelerde ilişkilerden doğacak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili hükümlere yer verildiği, bu noktada tahkimin önemli bir uyuşmazlık çözümü olarak ortaya çıktığı görülür (Şanlı, 1986: 35).

II.2.4. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları

Uluslararası yabancı sermaye yatırımlarına yönelik olarak kendi aralarında yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarının dışında devletler, içeriğinde tahkime ilişkin hükümler barındıran ve bir uluslararası örgüt bünyesinde hazırlanmış olan çok taraflı yatırım anlaşma veya sözleşmelerine de taraf olabilmektedirler.

Çok taraflı yatırım anlaşmalarında iki kurum (DTÖ ve OECD) önemli rol oynamaktadır. OECD'nin MAI'ye kadar yaptığı düzenlemeler, gizli yatırım engelleriyle ilgili düzenlemeler, serbest sermaye akışı ve çok uluslu girişimler için genel kılavuzluğu içermektedir. DTÖ ise, doğrudan yabancı yatırımlarla ilgili anlaşmalara muhatap olduğundan, çok taraflı organizasyonlara daha fazla katkıda bulunmuştur (Giray, 2003:240). Örneğin, DTÖ bünyesinde imzalanan Yatırım Önlemleri Anlaşması³¹ ve Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması gibi anlaşmalar yabancı yatırımlara ilişkin hükümler

³¹The Agreement on Trade-Related Investment Measures -TRIMs

içermektedirler.

Bu anlamda hazırlanmış olan iki önemli belge bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Çok Taraflı Yatırım Anlaşması, ikincisi ise Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi'dir. Bu çok taraflı olması düşünülen iki girişimden MAI anlaşma taslağı, özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından olumlu karşılanmamış ve oluşan tepkilerin yoğunluğu üzerine geri çekilmiştir. MIGA sözleşmesi ise 1988 yılında imzalanarak yürürlüğe girmiş durumdadır.

II.2.4.1. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması

Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI), çokuluslu şirketlerin, ulus devletleri karşısındaki hak ve yetkilerini düzenleyen bir sözleşme olduğunu söyleyebiliriz (Candoğan, 2007). Yabancı yatırımları bütün boyutları ile düzenleyen ve yatırımın ülkeye girişinden uyuşmazlık aşamasına kadar yatırımın her aşamasını ilgilendiren geniş kapsamlı bir çok taraflı yatırım anlaşması taslağıdır. 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması'nın imzalanması ile birlikte mal ve hizmet ticareti kapsamında yapılan düzenlemelerin uluslararası sermaye için de yapılması gerekliliğı, DTÖ üyesi ülkeler arasında kabul görmüş ve böylece ABD'nin önderliğinde ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı üyesi ülkelerin katılımıyla, 1995 yılında "tek bir küresel ekonomi için ortak anayasa" olarak nitelendirilen Çok Taraflı Yatırım Anlaşması müzakereleri başlamıştır. Bu müzakereler, oluşabilecek tepkileri önleyebilmek amacıyla gizli yürütülmüş ancak, 1997 yılında anlaşmanın içeriğine ilişkin bilgiler kamuoyuna sızdırılmıştır.

Bu anlaşma taslağı ilk önce GATT'ın (General Agreement on Tariffs and Trade-Gümrük ve Ticaret Genel Anlaşması) Uruguay zirvesinde ele alınmak istendi. Fakat buradaki az gelişmiş ülkeler "çatlak sesler" çıkardılar. Bunun üzerine ABD ve AB ülkeleri, en uygun kurumsal ortamın "zenginler kulübü" olarak bilinen OECD (Organization for Economic Cooperation and Development-Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü) olduğuna karar

verdiler (Oran, 2001:35).

Bunun nedeni, üye ülke sayısının çok olduğu GATT'ta taslağın savunmasını yapabilmeyen ve oluşacak itirazları, tepkileri göğüsleyebilmeyen zor olmasıdır. Kurum olarak OECD'nin seçilmesindeki önemli etkenlerden biri de budur. OECD'ye 29 devlet üye bulunmakta ve bu ülkelerin çoğunluğunu gelişmiş ülkeler oluşturmaktadır. Müzakerelerin 26 Mayıs 1997'de tamamlanması ve taslak metnin OECD Bakanlar Konseyi'nde imzaya açılması gerekirken, ilgili ülkeler arasındaki keskin fikir ayrılıkları, çevre ve işçi hakları savunucularının sert muhalefeti, koşulların en gelişmiş ülkeler için bile ağır olması, 70 ülkeden 700'ü aşkın sivil toplum örgütünün MAI karşıtı kampanya başlatmaları (Oran, 2001:36) pazarlık sürecinde değişik delegasyonlar tarafından ek süre istenmesi (Dinçer, 1998:24) gibi nedenlerle taslak hakkındaki müzakereler 28 Nisan 1998 tarihine ertelenmiştir (Bozer, 2001:152).

Ancak, bu tarihteki müzakerelerde, Fransa'nın çabaları sonucu altı aylık bir erteleme daha yaşanmıştır. MAI'ye ilişkin bilgilerin kamuoyuna sızması nedeniyle anlaşma taslağına olan tepkiler artmış ve bu süre içerisinde Kanada, yabancı yatırımcıların çevre tahribatına yol açabileceği yönünde ciddi itirazlarda bulunarak MAI'nin çevre ve kültür alanlarındaki hükümlerine katılmayacağına ilişkin rapor hazırlamıştır.

Aynı dönemde, daha önce müzakere tarihini erteletmiş bulunan Fransa, 1998 yılının Ekim ayında anlaşmaya katılmayacağını resmen açıklamıştır. Bunun üzerine anlaşma taslağı geri çekilmiş ve taslak, OECD'den Dünya Ticaret Örgütü bünyesine transfer edilmiştir. Bunun nedeni, Dünya Ticaret Örgütü'nün OECD'ye göre daha geniş üye tabanına sahip bir kuruluş olması ve DTÖ bünyesinde imzalanacak böyle bir anlaşmanın ticari yaptırım gücünün çok daha fazla olacağı düşüncesidir.

Daha sonraki dönemlerde ise; birçok ülkeden, özellikle Kanada ve Fransa'dan

yükselen tepkilerle bu girişimden, DTÖ'nün 1997'deki Singapur, 1998'deki Cenevre toplantılarında gündeme alınmış olmasına rağmen, herhangi bir sonuç elde edilememiştir. 30 Ekim-3 Aralık 1999 tarihleri arasında DTÖ Bakanlar Konseyi Seattle'da toplanmış ancak çok taraflı yatırım anlaşması hakkında yine herhangi bir karar alınamamıştır. Bu sonucun oluşmasında, toplantı öncesi çok taraflı yatırım anlaşmalarının az gelişmiş ülkeler aleyhine yaratacağı etkiler hakkındaki yorumlar ve geçmişte yaşanan ilk MAI deneyiminin önemli payı bulunmaktadır.

9-14 Kasım 2001 tarihinde ise Doha'da bir toplantı yapılmıştır. "Doha Kalkınma Round'un da ilk defa DTÖ'nün yatırımlara yönelik çok taraflı yatırım anlaşması hazırlanması gündeme gelmiştir. Böylece çok taraflı yatırım anlaşması küresel düzeyde tekrar tartışmaya açılmış, DTÖ tarafından hazırlanacak yatırım anlaşması, uluslararası ticaretin gelişimini sağlayan sadece doğrudan yabancı yatırımlara yönelmiştir (Giray, 2003:139).

OECD üyesi olması nedeniyle Türkiye de MAI taslağına ilişkin müzakerelerde bulunmuştur. Ancak Türkiye, anlaşma taslağına dair bir takım çekinceler koymuştur. Bu çekincelerden başlıcaları şunlardır:

Yabancı yatırım 50.000 dolardan az olamaz ve tekel statüsündeki bir şirketin çoğunluk hissesini alamaz; yatırım için ön izin şarttır. Yabancılar doktor, dişçi, ebe, hemşire, eczacı, veteriner, gözlükçü, noter, yeminli mali müşavir, avukat, başhekim olarak çalışamaz. Yabancı sermaye sadece faaliyet alanıyla ilgili taşınmaz alabilir. İç hatlarda havayolu taşımacılığı yapamaz. Hipermarketçilik hariç, perakende ticaret yapamaz. Radyo-TV yayıncılığı yapamaz. En önemlisi, yabancı sermayeli kuruluşlarla anlaşmazlıkta Türk yargısı yetkilidir; uluslararası yargıya gidilemez (Oran, 2001:42).

MAI denemesi, bu dönemde yatırımlarla ilgili böyle bir uluslararası çok taraflı anlaşmanın yapılmasının mümkün görünmediğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla yatırımlara tüm veçheleriyle ve dünya çapında uluslararası korumanın sağlandığı bir

uluslararası anlaşma yoktur. Ancak şunu söylemek mümkündür: Yatırımların korunması, devletlerin ortak olarak paylaştığı bir değer olduğuna göre, tek çare, her devletin, yatırım ilişkisi içine girmek istediği diğer devletle, yatırımların korunması ve teşviki konusunda birebir iki taraflı sözleşme yapmalarındır (Tiryakioğlu, 2001:173).

Gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkeler, ülkelerindeki tasarruf yetersizliğinden kaynaklanan sermaye birikimlerinin az olması dolayısıyla yabancı sermayeye olan ihtiyaçlarını giderebilmek, onu kendi ülkesine çekebilmek için belli şartları yerine getirmek durumundadırlar. Çünkü sermaye ve yatırımın, gelişmekte olan ülkeler için ekonomik kalkınmada çok önemli bir yeri vardır.

Oktar TÜREL ve Cem SOMEL, gelişmiş ülkelerin MAI'yi gerekçelendirmek için şu argümanları kullandıklarını ifade etmektedirler:

(i) Yabancı yatırımlar tasarruf yetersizliği çeken gelişmekte olan ülkenin kalkınmasına ve dünya ölçeğinde yatırımların etkinliğinin artmasına katkıda bulunur.

(ii) Özellikle DYSY (Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımı), gelişmekte olan ülkenin teknoloji ve iş bilgisi edinmesinde ve uluslararası piyasalara girmesinde büyük önem taşır.

(iii) İlk iki argümanın doğal uzantısı olarak, yabancı yatırımcılara herhangi bir sektör, bilgi vs. kısıtlaması olmadan yatırım yapma fırsatı verilmelidir (savunma bir istisna alanı oluşturabilir).

(iv) Yabancı yatırımcıların yurtiçindekilerle tamamen eşit muamele görmeleri sağlanmalıdır; bunun aksi bir uygulama çarpıklıklar ve etkinlik kayıpları yaratır.

(v) Pek çok gelişmekte olan ülke, yabancı yatırımları özendirmek için farklı modeller geliştirerek saydamlığı ortadan kaldırmakta ve sermayenin karar alma süreçlerini etkinlikten uzaklaştırmaktadır. Giderek söz konusu farklılaşmanın gelişmekte olan ülkenin aleyhine sonuçlar vereceği de iddia edilmektedir; çünkü her gelişmekte olan ülke yabancı yatırımları kendisine çekebilmek için çoğu kez yeni ve daha da kapsamlı tavizlere açık bir tutum sergilemektedir.

(vi) Sermayenin hareketliliği önüne getirilen bu türlü engeller kaldırılırsa yabancı yatırımlar artacak, bundan da gelişmekte olan ülke yarar görecektir (Türel, Somel, 2000:49-50).

MAI şartlarında, savunulan görüşlerde yabancı sermaye yatırımları herkes için

iyidir ve az gelişmişlikten kurtulmanın önemli bir aracıdır. Yabancı sermaye bu ülkelere teknoloji getirir, istihdam yaratır, kar tekrar yatırıma dönüştürür, ihracata yönelir. Yine bu nedenlerle, devletler yabancı sermayeyi çekecek önlemler almalı, bu sermayenin en çok gereksinim duyduğu şeyi, istikrar ve garanti ortamını sağlamalıdır (Oran, 2001:39-40).

Günümüzde küreselleşmenin hızlanması, dünyada çok taraflı yatırım anlaşmalarının oluşturulma gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Ancak uluslararası yatırımlar yoluyla küreselleşmenin hızlanması, uluslararası yatırımların önemine dikkati çekmiştir. Küreselleşme, dünyadaki kıt kaynakların etkin kullanımını maksimize etmede dünya ekonomileri için artan uluslararası işbirliğini gerektirmektedir (Giray, 2003:136).

Bütün bu nedenlerin yanında, MAI taslağının giriş kısmında da; dürüst, şeffaf ve önceden tahmin edilebilir yatırım rejimlerinin dünya ticaret sistemini tamamlayacağını ve güçlendireceği, yatırımlarla bağlantılı uluslararası işbirliğinin güçleneceği, yaşam standartlarının yükseltilmesine katkıda bulunulacağı, yatırım rejimlerinin liberalizasyonu için yüksek standartlar yardımı ile uluslararası yatırımların, geniş ve çok taraflı bir yapıya kavuşturma ve etkin bir uzlaşmazlık çözüm mekanizması yardımı ile de yatırımların koruma altına alınması, şirketler ve devletler arasındaki karşılıklı güveni geliştirme ve yatırımlar için daha arzu edilen bir ortama katkıda bulunma gibi nedenler sıralanmıştır.

Küreselleşmenin etkisi ile çok uluslu şirketler her tür yapıya bürünerek dünyanın herhangi bir yerinde herhangi bir zorlukla karşılaşmadan faaliyet gösterebilmektedirler. Küreselleşme genel anlamda, ticari ve finansal akımlar, teknoloji değişimi ile bilgi ve işgücünün hareketliliğinin artması nedeniyle ülkeler arasında ekonomik ilişkilerin yoğunlaşması ve ülke ekonomilerinin dünya ekonomileri ile entegrasyonu şeklinde ifade edilebilir. Küreselleşmeyi tarihin akışı içinde ortaya çıkan bir olgu (realite) olduğu kadar; uluslararası ticaretin yaygınlaşması, emek ve sermaye

hareketlerinin artması, ülkeler arasındaki ideolojik kutuplaşmaların sona ermesi, teknolojideki hızlı değişim sonucunda ülkelerin gerek ekonomik, gerekse siyasal ve sosyo-kültürel açıdan birbirlerine yakınlaşmaları olarak da tanımlayabiliriz (Aktan, Şen, 1999:2-3).

Küreselleşme sonucu çok uluslu şirketler bazen yabancı bir şirket olarak ortaya çıkarken, bazen bağlı şirket aracılığı ile yerli şirket, bazen de ortak girişim (joint-venture) veya yap-işlet-devret yatırımcısı, ihracatçı şirket veya benzeri şekilde karşımıza çıkabilmektedirler.

Yabancı bir pazara girmeyi düşünen bir firmanın önünde farklı üç seçenek bulunmaktadır. Birincisi malları kendi ülkesinde üretip, yabancı bir ülkeye satmak kaydıyla ihracat yapmak, ikincisi, piyasasına girmek istediği ülkedeki bir firmaya kendi teknolojisini ve marka ismini kullanmasına izin vererek lisans anlaşması yapmak, üçüncüsü ise, piyasaya doğrudan sermaye yatırımı yapmak kaydıyla girmektir (Oksay, 1998:18). Firmalar (veya çok uluslu şirketler), ihracat ve lisans yoluyla elde edemeyeceği bazı avantajlara sahip olmak için doğrudan sermaye yatırımı yaparlar. Bunun nedeni ise yerel piyasaya ait uygulamalardaki farklılıklar, ekonomik ve kültürel ve benzeri sorunlarla karşılaşmadan bu şirketlerin temel güdüsü olan kar maksimizasyonunu gerçekleştirebilmektir.

MAI, uluslararası sermayenin girdiği ülkede, üretimden pazarlamaya kadar mülkiyet edinme de dahil olmak üzere hiçbir sınırlama ve denetimle karşılaşmadan yer alabilmesi için hükümetleri ortak paydada buluşturmaya yönelik hukuki bir düzenleme girişimidir.

Uluslararası yatırımları belirleyen yasaların liberalleşmesi, yatırımların korunması ve küreselleşmenin yaygınlaştırılması amacıyla çok yönlü bir çerçeve anlaşması

niteliği gösteren MAI'nin temel amaçlarından biri çok uluslu yatırımlara veya şirketlere uygulanan muamelelerde tam eşitlik ve şeffaflık sağlanarak uluslar arası sermayeye de aynı muamelenin uygulanmasını sağlamak ve ulusal sorunların çözümünde çok uluslu sermayenin bir araç olarak kullanılmasını engellemektir. Zaten anlaşma taslağında yer alan "eşit muamele" ve "en çok gözetilen ulus" ilkeleri de çok uluslu şirketlerin yatırım yaptıkları ülkelerde karşılaşmak istedikleri ortamı sağlamaya yöneliktir. Diğer bir ifade ile, yatırım yaptıkları ülkelerde yatırımlar hakkında hukuki güvenceler arayan çok uluslu şirketler, yatırım yaptıkları ülkelerin yatırım mevzuatı ve bu devletlerle imzaladıkları yatırım sözleşmeleri dışında uluslararası hukuk alanında da birtakım güvencelere sahip olmak istemektedirler.

Kamulaştırma, mal varlığı edinebilme, yerli yatırımcılara karşı ayrımcı muamele tabii tutulmama, vergi muafiyeti elde etme, gelir ve karını yatırım yaptıkları ülkelerin dışında bir ülkeye transfer edebilme ve benzeri konularda yatırım yapılacak ülkenin verdiği güvenceler ve sağladığı kolaylıklar çok uluslu şirketlerin yatırım çıkarlarını yakından ilgilendirmektedir. Bu açıdan MAI, çok uluslu şirketlerin uluslararası platformda hukuki ve mali menfaatlerini karşılamaya yönelik olarak hazırlanan uluslararası bir sözleşme taslağı görünümündedir.

MAI ile ulaşılmak istenen asıl hedef, sermaye önündeki tüm engellerin kaldırılması ve bu yolla daha etkin kaynak dağılımının sağlanması olarak ortaya konulmaktadır. Bu anlamda MAI taslağında temel olarak şu unsurlar üzerinde durulmaktadır:

- Uluslararası sermaye hareketlerine yönelik tüm sınırlamaların kaldırılması ve tüm sektörlerin uluslararası yatırıma açılarak kar ve sermaye transferleri ile yatırım miktar ve alanlarının tamamen serbest bırakılması: Anlaşmaya taraf her bir ülke, başka bir anlaşma tarafının yatırımcısının kendi ülkesinde yaptığı yatırımla bağlantılı bütün ödemelerin ülke içine veya dışına serbestçe, gecikmeksizin transfer edilmesini sağlayacaktır.

- Anlaşmaya taraf olan ülke yatırımcısının yaptığı bir yatırım, kamu çıkarı amacını gözeten kamulaştırmalar hariç olmak üzere, doğrudan veya dolaylı bir biçimde kamulaştırılmayacaktır.

- Yabancı yatırımcıların üretecekleri ürünlerin üretilme şekillerine ve pazarlama yöntemlerine herhangi bir sınırlama konulamayacaktır.

- Yabancı yatırımcıların hiçbir şekilde yerli yatırımcılardan daha elverişsiz uygulamalara tabi tutulamaması: Anlaşmaya taraf olan her bir ülke, diğer anlaşma tarafı ülkenin yatırımcılarına kendi ülkesindeki yatırımcılar ile onların yatırımlarına kuruluş, işleyiş, genişleme, yönetim, kullanım, uygulama, satış veya yatırımların diğer çeşit kullanımları sırasında uyguladığından daha az avantajlı bir muamele uygulayamayacaktır (eşit muamele ilkesi). Anlaşmaya taraf olan her bir ülke, başka bir anlaşma tarafı ülkenin yatırımcılarına ve onların yatırımlarına, bir başka ülkenin yatırım ve yatırımcılarına uyguladığından daha az elverişli bir muamele uygulayamayacaktır (en çok gözetilen ulus ilkesi). "MAI'deki ulusal işlem ilkesi için bir istisna bulunmaktadır. Bu ilkeyle yerli şirketler aleyhine yabancı yatırımcılara negatif ayrımcılık yapılmasının yasaklanması önerilmiştir. Fakat yabancı şirketler yararına pozitif ayrımcılık yapılmasına izin verilmektedir. Pozitif ayrımcılık, yerli şirketler açısından yabancı yatırıma tercihli bir işlem sunmaktadır.

- Yatırımlara ilişkin herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda yabancı yatırımcıların yatırım yaptıkları ülke hükümetlerini dava edebilme ve tazminat talebinde bulunabilme imkanı veren bir uluslararası tahkim mekanizması oluşturulacaktır (Giray, 2003:140).

Bir yatırımcı tarafından dolaylı veya doğrudan sahip olunan veya kontrol edilen her çeşit varlık, şirket, bir şirkete hisse ortaklığının çeşitli biçimleri ve buradan doğan haklar, tahviller, krediler ve diğer borçlanma biçimleri ile bunlardan doğan haklar, inşaat, yönetim, üretim veya gelir ortaklığı sözleşmeleri de dahil olmak koşulu ile sözleşmelerden kaynaklanan haklar, para veya iş talepleri, fikri haklar (telif ücreti gibi), imtiyaz, lisans, yetki ve izin türünden sözleşme veya yasa doğrultusunda verilen haklar, kiralama, finansal kiralama, ipotek ve rehin gibi mülkiyet hakları ile bağlantılı ve taşınır, taşınmaz, somut ve soyut diğer haklar, MAI taslağında yatırım olarak tanımlanmaktadır (Wagner, 1999:480-481).

Anlaşmanın uygulama alanı ülke toprakları, suları ve taraf olan ülkenin kıyısının bulunduğu denizleri ve taraf ülkenin bir adalar ülkesi olması durumunda ise bütün

ülke suları, anlaşmaya taraf ülkenin, kendi bağımsızlık ve yargı haklarını uluslararası hukuk doğrultusunda ülke ötesi sularda (karasuları) da koruyacağı kuralından hareketle o ülkenin karasuları olarak belirlenmiştir.

Anlaşma tarafları arasında anlaşmanın yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde MAI'de öngörülen, öncelikle müzakere yoludur. Buna göre, uyuşmazlık taraflarından birinin uyuşmazlığın diğer tarafını, yazılı olarak, müzakereye davet etmesi öngörülmüştür. Diğer taraf ise müzakere talebini takip eden 30 gün içinde söz konusu müzakerelere katılacaktır. Müzakerelerin 60 gün içinde bir çözümle sonuçlanmaması durumunda çok taraflı müzakere yolu devreye girmektedir. Bu durumda uzlaşmazlık tarafları, anlaşmaya bağlı olarak, anlaşmanın Taraf gruplarından sorunun dikkate alınmasını talep edebilirler. Taraf grupları, 60 gün içerisinde konu hakkındaki görüş ve önerilerini bildirmek durumundadır. Çok taraflı müzakerelerden de bir sonuç elde edilememesi halinde taraflar, kendi aralarında üzerinde mutabık kalacakları çözüm büroları, arabulucular veya uzlaştırıcılara sorunun çözümü için başvurabilirler. Tüm bu müzakere, çok taraflı müzakere ve arabuluculuk veya uzlaşma mekanizmaları boyunca yaşanan süreçlerin gizli tutulması esastır (Erdoğan, 2004: 192).

Anlaşma taraflarından birinin MAI anlaşmasının ihlaline yol açan bir fiilde bulunması sonucu taraf devletler arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, taraflardan birinin talebi üzerine tahkime götürülebilecektir. Ancak uyuşmazlığın tahkime götürülebilmesi için yukarıda sözü edilen müzakere gereklerinin yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Uyuşmazlığın tahkime sunulması halinde uyuşmazlık tarafları, tahkim talebinden itibaren 30 gün içinde biri başkan olmak üzere üç kişilik tahkim kurulunu oluşturacaklardır. Taraflar, tahkim kurulu üyelerini ICSID Genel Sekreterliği tarafından önerilen kişiler arasından seçmek durumundadırlar. Hakem atamalarının yapılamaması veya yapılmaması

durumunda taraflar, bu görevi yerine getirmesi için ICSID Genel Sekreteri'ni davet edebilirler. Oluşturulacak tahkim kurulu üyeleri bağımsız ve tarafsız olacaklardır. Kurul üyelerinin hukukçu olmaları koşulu aranmamaktadır. Sadece önerilecek olan üyelerin tahkim kurulunda hizmet yapmaya istekli ve nitelikli olanlar arasından seçileceği belirtilmektedir. Bu durum kurula hukuki bir kurum olma niteliği vermeyi önlemektedir (Minibaş, 2008).

MAI hükümlerine göre, bir uyuşmazlık tarafının talebi üzerine veya taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa tahkim kurulu, bir uyuşmazlık tarafınca ileri sürülen sağlık, çevre, güvenlik veya diğer bilimsel veya teknik konulardaki herhangi bir iddiaya ilişkin bilimsel veya teknik inceleme kurulları veya uzmanlar kullanabilir.

Devletten devlete işletilen tahkim prosedüründe tahkim kurulu, uyuşmazlık hakkında MAI anlaşması hükümleri doğrultusunda karar verme ve uluslararası hukukun uygulanabilir hükümleri çerçevesinde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlama ile görevlendirilmektedir. Tahkim kurulu karar çalışmalarını gizlilik içinde yürütecek ve kararını kurulun oluşumunu takip eden 180 gün içerisinde taraflara iletacaktır. MAI taslağında düzenlenmiş olan tahkim sürecinde, tahkim kurulunun vermiş olduğu kararların nihai ve taraflar açısından bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.

Uyuşmazlığa taraf devletlerden her biri tahkim sürecine katılma maliyetini kendisi karşılayacaktır. Tahkim kurulunun toplam maliyeti ise uyuşmazlık taraflarınca eşit olarak paylaşılacaktır. Ancak kurul, tarafların farklı ağırlıklarda ödeme yapmasını da kararlaştırabilecektir. MAI taslağında tahkim kararlarının tamamen veya kısmen geçersiz sayılması veya iptali için birtakım subjektif sayılabilecek kriterler yer almaktadır. Bu kriterler, tahkim kurulunun doğru ve uygun bir şekilde oluşturulamaması, tahkim kurulunun açık bir şekilde yetkilerini aşması, tahkim üyelerinden biri ya da kararda etkili

olacak uzmanlardan birinin hukuk dışı (kirli) ilişkiler içinde olması veya delillerin bu tür bir ilişkiye dayanması, temel bir tahkim prosedür hükmünden ciddi bir şekilde sapılması ve hükmün dayandırılmış olduğu gerekçenin geçersizliğidir. Bu yöndeki bir talep için zamanaşımı süreleri; kararın alınmasından veya böyle bir durumun fark edilmesinden itibaren 120 gün ve karar tarihinden itibaren her halükarda 5 yıldır (Erdoğan, 2004:191).

Bir anlaşma tarafı devlet ile başka bir anlaşma tarafının yatırımcısı arasında ortaya çıkan, MAI anlaşması çerçevesinde daha önce yapılan bir taahhüdün ihlali ve bu nedenle yatırım veya yatırımcıya zarar verdiği ya da kayba veya hasara yol açtığı iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda sadece yatırımcıya tahkime gitme olanağı verilmiştir. Devletler, yatırımcı aleyhine tahkim davasına gidememektedirler.

MAI, bu tür uyuşmazlıklarda bunun mümkün olduğunca görüşme veya müzakereler yolu ile çözümlenmesi hükmünü getirmektedir. Ancak bu yolla sorunun giderilememesi durumunda ikinci yol olarak yatırımcıya, uyuşmazlığa taraf olan devletin idari mahkemeleri veya herhangi bir yetkili mahkemesine başvurabilme imkanı getirilmiştir. Bu yöntemi kullanmak istemeyen yatırımcılar, önceden üzerinde anlaşılmış olan uyuşmazlık çözüm prosedürlerine veya MAI taslağında belirlenen tahkim kuruluşlarına başvurma imkanına sahiptirler. MAI taslağı, yukarıdaki süreçlerin kullanılarak uyuşmazlığın giderilememesi durumunda yatırımcıya, ICSID Sözleşmesi, ICSID Ek İmkanlar Hükümleri, UNCITRAL tahkim kuralları ve ICC tahkim hükümlerinden birine başvurma imkanı da sunmaktadır (Erdoğan, 2004:186).

Anlaşma taslağında belirtilen kuruluşlara tahkim başvurusu için uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten itibaren 60 gün ve her hal ve şartta 5 yıllık bir zamanaşımı süresi getirilmektedir. Tahkim başvurusuna hukuki dayanak olarak ise; ICSID Sözleşmesi'nin 2. bölümü ile ICSID Ek Hükümleri, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 1. maddesi, ICC'nin

tahkime ilişkin hükümleri ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkında New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan hükümler, taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümü için yazılı anlaşmayı ve yazılı izni oluşturacaktır (Saraç, 2003:4).

Tahkim başvurusu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça üç kişiden oluşacak tahkim heyetine yapılacaktır. Tahkim heyetinin birer üyesi uyuşmazlık taraflarınca, başkanlık yapacak üçüncü hakem tarafların anlaşmasıyla belirlenecektir. Tarafların hakem tayin edememeleri durumunda bu görevi ICSID veya ICC yerine getirecektir.

Tahkim heyeti çalışmaları gizli olarak sürdürülecek ve hakemlerin tarafsızlığı ile bağımsız çalışmaları sağlanacaktır. Uyuşmazlık taraflarından davacının talebi ve tahkim komisyonunun uygun görmesi halinde, uyuşmazlık başvurusunda bulunan tarafın ileri sürdüğü sorun ile ilgili bilimsel veya teknik bir kuruldan veya uzmandan çevre, sağlık, güvenlik veya diğer bilimsel veya teknik konular hakkında yazılı görüş istenebilmektedir. Bu durumda devletlerin yatırımcılar konusunda tahkime gitmesi söz konusu olmadığından davalı konumdaki devletlerin bilirkişi veya uzman raporu talep etme hakkı bulunmamaktadır.

Tahkim heyetinin çalışmaları sonunda vereceği nihai karar gerekçeli, tarafları bağlayıcı ve kesindir. Uyuşmazlık tarafları, bu kararları kendi iç hukuk düzenlerinde uygulamakla yükümlü kılınmaktadır. Tüm bu tahkim sürecinin New York Sözleşmesi kapsamında olan taraf devlette yürütülmesi gerektiği ve her bir anlaşma tarafının tahkim sürecinde verilen herhangi bir hükümden kaynaklanan parasal yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğu da MAI taslağında yer almıştır (Erdoğan, 2004:192).

II.2.4.2. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi

Dünya Bankası grubunu oluşturan beş kuruluştan birisi olan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi MIGA'yı kuran sözleşme, 11 Ekim 1985 yılında

Seul'de imzalanmış ve 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Antlaşma yatırımları ticari olmayan rizikolara karşı sigortalamak ve gelişmekte olan ülkelere sermaye akımını ve teknoloji girişini teşvik etmek amacıyla düzenlenmiştir (Ünal, 2005:381). MIGA'nın misyonu, kalkınma için özel yatırımları teşvik etmek, doğrudan yabancı yatırımcıları ticari olmayan risklere karşı sigorta etmek ve üyelerine teşvik ve danışmanlık hizmeti vererek gelişmekte olan ülkelerde cazip bir yatırım iklimi sağlamaktır (Öztürk, 1998:362).

MIGA'nın 163 üyesi vardır ve Dünya Bankası üyesi devletler, MIGA'ya da üye olabilmektedir. Türkiye, 11.10.1985 tarihinde MIGA Sözleşmesi'ni imzalamış ve 27.05.1988 tarihinde, TBMM tarafından 3453 sayılı Kanun (R.G., 02 Haziran 1988-19830) ile sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur. MIGA Sözleşmesi, 88/13325 sayılı BKK (R.G., 06 Aralık 1988-20011) ile onaylanmıştır.

Kuruluş yatırım garantisini ancak aşağıdaki şartlarla sağlamaktadır:

- Özel kişi ise ev sahibi ülke haricinde bir üyenin vatandaşı olması,
- Tüzel kişi ise bu tüzel kişilik ve onun ana iş merkezinin bir üye ülkede kurulu olması veya sermayesinin çoğunluğuna bir üye veya üyelerin ya da bunların vatandaşlarının sahip olması,
- Tüzel kişiliğin, özel sektöre ait olsun veya olmasın ticari amaçla çalışması.

Bununla birlikte, yatırım garantisi alacak yatırımın yeni ve en az 3 yıl süreli bir yatırım olması gerekmektedir. Yatırım kavramı, mevcut bir yatırımın genişletilmesi, modernizasyonu ve mali açıdan yeniden yapılandırılması projeleriyle, özelleştirme kapsamındaki bir kamu kurumunun satın alınması gibi yatırımları kapsamına almaktadır.

Finans sektörü, alt yapı, petrol ve gaz sektörü, madencilik, telekomünikasyon, hizmetler, tarıma dayalı sanayi ve imalat gibi sektörler MIGA garantisinin alınabilmesi için uygun sektörlerdir. Tütün üretimi ve işlenmesi, spekülasyon amaçlı yatırımlar, savunma

sanayi, yasadışı ilaç ve alkol üretimi gibi alanların MIGA garantisinden faydalanma imkanı bulunmamaktadır (MIGA, 2008).

MIGA'nın faaliyetleri, yabancı sermayenin gelişmekte olan ülkelerde kamulaştırma ve benzeri önlemler, sözleşmenin ihlali, yatırımcının ev sahibi ülkeden başka bir ülkeye kar ve sermaye transfer ederken kur farkı veya ev sahibi devletin çeşitli şekillerde koyduğu engeller yüzünden uğradığı zararlar, transfer kısıtlamaları, savaş ve sivil karışıklıklar gibi ticari olmayan risklere karşı korunarak teşvik edilebilmesi için garantiler sağlamak alanında yoğunlaşmaktadır (Erten, 1998:210).

MIGA Sözleşmesi'nde tahkim hususu düzenlenmiştir. Buna göre, kuruluşa üye olan devletler ve bunların vatandaşları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, tarafların seçecekleri hakemlerden oluşacak tahkim heyeti tarafından karara bağlanacaktır. Tahkim heyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, kendi usulünü belirlemekte serbesttir. Bu anlamda heyet, Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Washington Sözleşmesi'ne uygun biçimde belirlenecek tahkim kurallarınca süreci yönlendirir.

Oluşturulan tahkim heyeti, kararlarını oy çokluğu ile almaktadır ve nihai karar gerekçeli olarak yazılı şekilde taraflara iletilmektedir. Tahkim heyeti, MIGA Sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için süreç boyunca MIGA Sözleşmesi hükümlerini, taraflar arasındaki ilgili anlaşmayı, kuruluşun tüzük ve yönetmeliklerini, uluslararası hukukun uygulanabilir hükümlerini, ilgili ülkenin iç hukukuna ve varsa yatırım sözleşmesinin uygulanabilir hükümlerini kullanabilmektedir.

Her bir üye, tahkim heyetinin vermiş olduğu her kararı, kendi mahkemelerinde alınmış nihai yargı kararı gibi ülke topraklarında bağlayıcı ve uygulanabilir saymak yükümlülüğündedir. Karar, topraklarında uygulanacağı devletin infaza ilişkin yürürlükte

bulunan mevzuatı çerçevesinde uygulanacaktır. Taraflar arasında aksi yönde bir anlaşmanın olmaması halinde hakem ücret ve giderleri, ICSID tahkiminde uygulanan oranlara göre belirlenmektedir (Tiryakioğlu, 2001:167).

II.2.5. Tahkime İlişkin Önemli Uluslararası Sözleşmeler

II.2.5.1. Cenevre Protokolü

Uluslararası düzeyde hazırlanan ilk önemli sözleşme 1923 tarihli The Geneva Protocol- Cenevre Protokolüdür. Protokolün başlıca amacı uluslararası tahkim anlaşmalarının geçerliliğini temin etmektir. Diğer bir amaç ise tahkim anlaşmasının yaptırımlarının uygulamaya geçmesini sağlamaktır (Emek, 1999a:24).

II.2.5.2. Cenevre Sözleşmesi

1927 Tarihli The Geneva Convention - Cenevre Sözleşmesinin temel amacı Cenevre Protokolünün kapsamını geliştirmek ve böylece taraf ülkelerden birinde verilen bir kararın, sadece o ülkede değil, başka bir taraf ülkede de uygulamasını sağlamaktır (Emek, 1999a:24).

II.2.5.3. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması

Hakkında Sözleşme

10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkında Sözleşme - New York Sözleşmesi, yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasını düzenlemek amacıyla taşımaktadır. Bu nedenle, sözleşme herhangi bir tahkim sürecini içermemektedir. Sözleşme tahkim kararı verildikten sonraki aşamayı düzenlemektedir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:125). Sözleşmenin 1. maddesinde yabancı tahkim kararı tanımlanmaktadır. Buna göre sözleşme gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen tahkim kararlarının tanınmasına ve icrasına uygulanır. Sözleşme aynı

zamanda tanınması ve icrası istenen devlette ulusal sayılmayan tahkim kararları hakkında da uygulanır (Esin, Lew, Wegen, 2003:141).

Sözleşmenin düzenlediği yabancı hakem kararları hem geçici (ad hoc) tahkimde hakemlerin vermiş oldukları kararları hem de daimi tahkim kuruluşlarının verdiği tahkim kararlarını kapsamaktadır.

İmza, onay veya katılım sırasında sözleşme ile devletlere tanıma ve uygulamaya yönelik olarak iki önemli esneklik tanınmıştır. Bunlardan birincisi devletlere, karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına göre, sadece sözleşmeye taraf diğer devlette alınmış olan kararları tanıma ve uygulama seçeneğinin sunulmasıdır. Böylece sözleşmeye taraf devletler, karşılıklı olarak yalnızca diğer sözleşme tarafı devlet ülkesinde alınan yabancı hakem kararlarını tanıma ve uygulama yoluna gidebilmektedir. İkinci olarak da devletler, kendi ulusal hukuk kurallarının ticari olarak nitelendirdiği, sözleşmeye bağlı olsun veya olmasın, hukuki ilişkilerden doğacak farklılıklarda sözleşme hükümlerinin uygulanacağı yönünde bildirimde bulunabilirler. Böyle bir farklılık veya uyuşmazlığın söz konusu olmadığı durumlarda devletler kendi iç hukuk kurallarını uygulayabileceklerdir (Turhan ve diğ., 2002:189-190).

New York Sözleşmesi'ne göre, verilmiş olan yabancı hakem kararları sözleşme tarafı devletleri bağlayıcı niteliktedir. Taraf devletler yabancı hakem kararlarının, kendi ülkelerindeki hukuk kuralları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Hakem kararının uygulanması gerektiğini tahkim davasını kazanan taraf değil uygulanmama gerekçelerini tahkim davasını kaybeden taraf ispat ile yükümlü tutulmuştur. New York Sözleşmesi hükümleri, sözleşmeye taraf olan devletlerin yapmış oldukları diğer ikili veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasına ilişkin hükümlerin geçerliliğini etkilememektedir.

New York Sözleşmesi, uluslararası ticaretin gelişmesi için yapılmış en önemli düzenlemedir. Sözleşme, 133 devlet tarafından imzalanmış durumdadır . 08 Mayıs 1991 tarihinde 3731 sayılı Kanun (R.G., 21 Mayıs 1991-20877) ile TBMM tarafından New York Sözleşmesi'nin onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme, 91/2151 sayılı BKK ile onaylanmıştır (R.G., 25 Eylül 1991-21002). Ayrıca, Sözleşmenin 1. maddesinin 3. paragrafına uygun olarak, sözleşmeyi sadece mütekabiliyet esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devletin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; sözleşmeyi yalnız akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi şartları sözleşmenin V. maddesinde sayılmıştır. Buna göre geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması, yazılı olması gerekir. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği esasa uygulanacak hukuka göre tespit edilir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:126). Sözleşme esasa uygulanacak hukuku, tarafların seçtiği hukuk, bunun olmaması halinde kararın verileceği yer hukuku şeklinde ifade etmiştir (Esin, Lew, Wegen, 2003:143).

Aleyhine tahkim kararı verilen tarafın hakem ve tahkim heyetinin belirlenmesinde, tahkim prosedüründe veya delililerini sunarken haklarının ihlal edilmiş olması tenfizi engelleyen bir sebeptir. Taraflar uyuşmazlıklarını çözmek üzere tahkim şartı veya anlaşması ile hakemleri yetkili kılarken , hakemlere sınırsız yetki vermezler ve hakemlerin yetkilerini tahkim şartında belirlerler. Bu yetkinin aşılması tenfizi kısmen engeller. Tahkim heyetinin oluşumu veya tahkim prosedürü, tarafların seçmiş olduğu usul hukuku kurallarına veya böyle seçim yoksa tahkim kararının verildiği yer hukukuna aykırı ise tahkim kararının tenfizi red edilebilecektir. Tahkim kararının nihai olmaması veya

verildiği ülkede iptal edilmiş olması da tenfize engeldir. Ayrıca tahkim kararının kamu düzenine aykırı olması da tenfize engeldir. Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olmaması durumu da tenfizi engeller (Dost, 2006:33-34).

II.2.5.4. Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun katkılarıyla hazırlanan ve Cenevre Sözleşmesi olarak bilinen Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi,³² 21. 04. 1961 de imzalanmıştır. Türkiye'de sözleşme, 21 Mayıs 1991 tarihinde 3730 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylaması uygun bulunmuş (R.G., 21 Mayıs 1991-20877) ve 91/2138 sayılı BKK ile onaylanmıştır (R.G., 23 Eylül 1991-21000).

Cenevre Sözleşmesi'nin genel amacı, Avrupa ülkeleri arasında ticaretin gelişmesine yardım etmek, bu ülkeler arasında tahkimin kurumsallaşması ve işlemesine engel olabilecek güçlükleri gidermektir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:23). Bu nedenle sözleşme, imzacı devletler veya vatandaşları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların geçici (ad hoc) hakemlik prosedürü ya da daimi tahkim kurumları vasıtasıyla çözümünü öngörmektedir.

17 Aralık 1962 tarihinde imzalanan ve 25 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Uygulanması Hakkında Anlaşma ile, Cenevre Sözleşmesi 'nin hakemlik müessesesinin oluşturulması yönündeki 4. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Ancak anılan anlaşma, sekiz devlet tarafından onaylanmış bulunmaktadır.

Bu çok taraflı anlaşma, milletlerarası ticari işlemlerden doğan ve muamele merkezleri değişik ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ihtilafların

³²Cenevre Sözleşmesi -European Convention on International Commercial Arbitration

çözümü için hakemlik müessesesine müracaat edildiği takdirde, tahkimin örgütlenme ve işlemlerini düzenleyen hakemlik anlaşmaları, hakemlik prosedürü ve uygulanacak maddi hukuk hakkında hükümler, hakem kararını ve kararın iptalini gerekli kılan sebepleri, hakem mahkemesi ile yerel yargı organları arasındaki ilişkileri düzenlemektedir (Yılmaz, 1990:15-16).

Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'ni tamamlayan bir yardımcı kaynak niteliğindedir (Birsal, Budak, 1997:188). Cenevre Sözleşmesi hükümleri, sözleşmeye taraf olan devletlerce yapılan ve tahkime ilişkin hükümler içeren ikili veya çok taraflı anlaşmaların geçerliliğini herhangi bir şekilde etkilememektedir.

II.2.5.5. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım

Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme

Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Washington Sözleşmesi,³³ 18 Mart 1965 tarihinde imzaya açılmış ve 14 Ekim 1966 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, yatırım yapılan ülke ile yatırımcılar arasında bu münasebetleri sebebiyle ortaya çıkabilecek ve uluslararası çözüm yöntemlerine konu olacak uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir hakemlik ve arabuluculuk mekanizması oluşturmaktadır. Washington Sözleşmesi, birçok devlet tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır. Bu anlamda dünyada en çok kabul gören sözleşme niteliğini de taşımaktadır. Sözleşme Türkiye tarafından, 24 Haziran 1987 tarihinde imzalanmış, TBMM tarafından 3460 sayılı Kanun (R.G., 2 Haziran 1988-19830) ile onaylanması uygun bulunmuş ve 1988/13325 sayılı BKK (R.G., 6 Aralık 1988-20011) ile onaylanıp yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyi onaylayan 3460 sayılı Kanun ile Türkiye ;

a) Yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş

33Washington Sözleşmesi- The Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes

ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID' e götürülebilmesi,

b) Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısıyla Türkiye'de mevcut gayrimenkullar üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarının ICSID' e götürülmemesi,

c) Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer ülkelerle imzalayacağı "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına" ilişkin münferit ikili antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin ICSID Sözleşmesinin 64. maddesine çekince konulması kaydıyla Sözleşmeyi onaylamıştır (Emek, 1999b).

Washington Sözleşmesi'nin en belirgin niteliği, yabancı yatırımcılar ile devletler arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak bir birim kurulmasına imkan sağlamasıdır. Söz konusu birim, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez -ICSID'dir. Bir çok devletin bu sözleşmeyi ve dolayısıyla ICSID'i onaylamış olmaları, kurumsal olarak tahkim mekanizmasının dünya devletleri arasında önemli oranda kabul gördüğünü ortaya koymaktadır. ICSID'in ICSID hakemlik kurumu bir akit ülke yatırımcısının diğer bir akit ülkedeki yatırımlarından doğan ihtilafların çözümünü sonuçlandırmayı amaçlamaktadır.

Washington Sözleşmesi Dünya Bankasının bünyesinde oluşturulmuştur. Banka ICSID hakem kararlarının tenfizi konusunda yardımcı olabilmektedir. ICSID kurulmasındaki amaç, Washington Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda arabuluculuk ve hakem hizmetleri vererek devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmaktır. Sözleşme, tahkim talebinden başlayarak nihai tahkim kararına kadar olan tüm tahkim süreç ve işlemlerini düzenlemektedir. ICSID tahkim kuralları da kapsamlı tahkim düzenlemeleri içeren sözleşme hükümleri doğrultusunda hazırlanmıştır

(Birsell, 1998b:531).

Sözleşmeye göre hiçbir akit devletin kendi rızası olmaksızın, herhangi bir uyuşmazlık, uzlaştırma veya tahkime götürülemez. Bununla birlikte tarafların kendi rızaları neticesinde, uyuşmazlıklara ilişkin ICSID bünyesinde alınan hakem kararları tarafları bağlayıcıdır. Her bir üye devlet, bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı olarak kabul etmek ve kararın getirdiği yükümlülükleri kendi ülkesinde yerine getirmek mecburiyetindedir. Hiçbir devlet, bu yükümlülüklerin kendi kanunları ile çeliştiğini öne sürerek kararları uygulamaktan kaçınmaz (Ormanoğlu, 2004:91).

II.2.5.6. Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Amerikan Devletleri

Arasındaki Sözleşme

Latin Amerika ülkeleri uluslararası ticari tahkimin önemine inanmalarına rağmen, uzunca bir süre Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'nın çıkarları ve dolayısıyla onların etkisi altındaki tahkim kuruluşlarına güvenmediklerinden; New York sözleşmesini kabul etmekte ağır davranmış; bunun yerine New York Sözleşmesinin bir çok prensibini kabul eden Panama Sözleşmesini³⁴ tercih etmişlerdir.

Panama Sözleşmesinin iki önemli özelliği bulunmaktadır. Birinci olarak, sözleşme tahkim sözleşmelerinin icrası ile ilgili hüküm taşımamaktadır. İkinci olarak, eğer taraflar tahkim prosedürü üzerinde anlaşmaya varamazlar ise Amerika Kıtası Ticari Hakemlik Komisyonun³⁵ kuralları (şu anda UNCITRAL tahkim kuralları) devreye girecektir.

Panama Sözleşmesi, 30 Ocak 1975 yılında her ülkenin tam yetkili hükümet temsilcileri tarafından kabul edilmiş ve imzalanmıştır. Sözleşme, 16 Temmuz 1976 tarihinde genel anlamda yürürlüğe girmiş ancak taraf devletlerin farklı tarihlerde

³⁴ Panama Sözleşmesi- The Panama Convention

³⁵ Inter-American Arbitration Commission (IACAC-)

sözleşmeyi onaylamaları sebebiyle her ülkede uygulanma tarihi de doğal olarak, farklılık göstermiştir. Sözleşmeye ilişkin sekreteryaya hizmetlerini, OAS Genel Sekreterliği yerine getirmektedir. Panama Sözleşmesi'nin, Amerikan Devletler Örgütü³⁶- OAS bünyesinde gerçekleştirilmesi dolayısıyla sadece OAS'a üye devletler bu sözleşmeye taraf olabilmektedir. Bu bakımdan Panama Sözleşmesi, uluslararası olmaktan öteye bölgesel bir nitelik arz etmektedir. OAS üyesi olmayan devletlerin bu sözleşme hükümlerine başvurması mümkün bulunmamaktadır. Bu anlamda Sözleşme, OAS üyesi devletler veya bunların vatandaşları ile üye devletler arasındaki ticari ilişkilerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini amaçlamaktadır.

4 Nisan 1999 tarihinde Bolivya'nın da sözleşmeyi onaylaması ile sözleşmeye taraf olan devlet sayısı 17 olmuştur. Bu ülkelerin çoğunluğunu Güney Amerika ülkeleri³⁷ oluşturmaktadır. Sözleşmenin geçerlilik süresi hakkında bir zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle sözleşme, süresiz şekilde geçerliliğini koruyacaktır. Ancak taraf devletlerden biri, önceden Genel Sekreterliğe bildirmek suretiyle sözleşmeye taraf olmaktan çekilebilir. Bu durumda sözleşme, çekilme talebinin kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl sonra o ülkede yürürlükten kalkar (Ormanoğlu, 2004:91).

II.3. Başlıca Uluslararası Tahkim Merkezleri Ve Uygulanan Tahkim

Kuralları

II.3.1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez

Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID), Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile kurulan uluslararası bir kuruluştur.

³⁶ Organization of American States-OAS

³⁷Arjantin, Bolivya, Brezilya, Ekvador, Kolombiya, Paraguay, Peru, Uruguay, Şili ve Venezuela Güney Amerika kıtasından, El Salvador, Guatemala, Honduras, Kosta Rika, Meksika ve Panama Orta Amerika kıtasından, ABD de Kuzey Amerika kıtasından.

Tahkim Kuralları,Devletler ile Diğer Devletlerin vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkındaki Sözleşme³⁸ çerçevesinde hazırlanmıştır (Özsunay, 2003:274). Sözleşme hükümlerine göre ICSID, taraf devletler ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümünü sağlamaktır (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:51). Burada amaç, uluslararası sermayenin dünya üzerindeki serbest dolaşımını hızlandırmak ve devletler ile diğer devlet vatandaşı yatırımcılar arasında karşılıklı güveni tesis etmek ve ilerletmektir. ICSID tahkimi yatırımcı ile ev sahibi ülkenin menfaatleri arasında bir denge kurulacak şekilde düzenlenmiştir. ICSID, özerk bir uluslararası kuruluş olup Dünya Bankası ile yakın ilişkilidir.

ICSID Sözleşmesi'ne bağlı olarak işleyen hakemlik ve arabuluculuk hizmetlerine başvuru tamamıyla uyuşmazlık taraflarının isteğine bağlıdır. Tarafların ICSID arabuluculuk ve tahkim hizmetlerine başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.

ICSID'de tahkim davaları çoğunlukla kamulaştırma, hak ihlali, yabancı yatırımcılar ile devletler arasında yapılmış olan ticari ve yatırıma ilişkin sözleşme hükümlerinin ihlali ve yabancı yatırımcıların maruz kaldığı devlet alt birimlerinin politik faaliyetleri gibi nedenlerle açılmaktadır.

ICSID bağlamında yatırım uyuşmazlığından kastedilen genel olarak yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklardır. Buna göre, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırım ilişkisinden doğan tüm hukuki sorunlar yatırım uyuşmazlığı olarak nitelendirilmiş ve sözleşmeye dahil edilmiştir.ICSID tahkim şartı genellikle, üye ülke hükümetleri ile diğer üye ülke vatandaşı yatırımcılar arasında yapılan yatırım sözleşmelerinde yer almaktadır. Aynı şekilde ICSID tahkimine, dört tane çok

38 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States

tarafli ticaret ve yatırım anlaşması içerisinde de yer verilmiştir. Bu ticaret ve yatırım anlaşmaları daha çok bölgesel bir nitelik göstermektedirler. Bunlar, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), Enerji Şartı Anlaşması (ECT), Cartagena Serbest Ticaret Anlaşması (CFTA), Güney Ülkeleri Ortak Pazarı Colonia Yatırım Protokolü'dür.

II.3.1.1. ICSID'in İdari Yapısı

Merkezin yerleşim yeri Washington D.C. de Dünya Bankasında bulunmaktadır. ICSID, uluslararası tüzel kişiliğe sahip bir kuruluştur. Bu nedenle ICSID sözleşme yapma, taşınır ve taşınmaz mal edinme, malvarlıkları üzerinde her türlü tasarrufta bulunma ve hukuki dava açma hakkına sahiptir.

Bir idare konseyi ve sekreteryası mevcut olup ayrıca bir uzlaştırma kurulu ve hakemler kurulu vardır. İdari konsey her akit devletten gelen bir temsilciden oluşmakta, farklı bir atama yapılmadıkça devletlerin Dünya Bankası'ndaki guvernörü ICSID idari konseyinin de doğal üyesidir. Dünya Bankası Başkanı İdari Konseyin de başkanıdır (Esin, Lew, Wegen, 2003:151). İdari konseyin görevleri ICSID'in idari ve mali tüzüklerini kabul etmek, tahkim ve arabuluculuk prosedür kurallarını belirlemek, Dünya Bankası idari olanak ve hizmetlerinden yararlanma amacıyla Banka ile yapılan düzenlemeleri onaylamaktır.

Sözleşmeye göre Uzlaşma ve Tahkim Kurullarına her bir akit devlet 4 kişiyi atayacaktır. Başkan her bir kurula akit devletlerce bu görev için atanan kişiler arasından 10 ar kişi atayabilmektedir. Atanan her kişi ayrı devlet vatandaşı olmak zorundadır (Esin, Lew, Wegen, 2003:153). Kurullara atanacaklar yüksek ahlak sahibi hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen bağımsız yargılama yapabilecek kişiler olmalıdır (Turhan, 2002:62). Kurul üyeleri, altı yıllık dönemler içinde hizmet vermektedirler. Herhangi bir kurul üyesinin ölümü veya istifası halinde, bu üyeyi atayan

makam tarafından geri kalan hizmet süresinin tamamlanması için yeni bir üye atanır. Bir kişi aynı zamanda iki kurul heyetinde de görev yapabilir. Her üye ataması Genel sekreter'e bildirilir ve kurul üyeliği, bu bildirim tarihinden itibaren yürürlüğe girer.

Sekreterlik bir genel sekreter bir veya birden fazla sekreter yardımcısı ve ilgili personelden oluşur (Esin, Lew, Wegen, 2003:152). Genel sekreter ICSID Sözleşme hükümleri ve İdari Konseyin kabul ettiği kurallara uygun olarak Merkezin idaresinden ve personel atanmasından sorumludur (Erdoğan, 2004:172). Genel sekreter ayrıca arabuluculuk ve merkezin yargı yetkisinde görmediği başvuruları red etme yetkisine de sahiptir (Esin, Lew, Wegen, 2003:158). Talebin red edilmemesi için uyuşmazlığın konusunun hukuki nitelikte olması ve doğrudan taraflar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarından kaynaklanması gerekir (Kaplan, 2003:597). ICSID, sözleşme ile kendisine verilmiş olan yetki ve fonksiyonları yerine getirebilmek için sözleşmeye taraf olan ülke topraklarında belli bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanmaktadır.

ICSID'in sahip olduğu taşınır ve taşınmaz mallar ile diğer varlıkları, sözleşmeye taraf ülkelerin tüm ulusal yasal işlemlerinden bağışiktır. Aynı şekilde Başkan, İdari Konseyi üyeleri, hakem ve arabulucu olarak görev yapanlar ile İdari Konseyi tarafından kurulan komite üyeleri, memurlar ve Sekreteryaya çalışanları görevlerini yerine getirirken içinde buldukları hareketlerden, göçmen kısıtlamalarından, yabancı uyruklu kişilere ilişkin işlemlerden, kambiyo kısıtlamalarından ve yaptıkları yolculuklardan dolayı sözleşmeye taraf ülkelerin tüm ulusal yasal işlemlerinden bağışık tutulurlar. Bu bağışıklıklar, sözleşme hükümleri çerçevesinde uyuşmazlık taraflarına, onların acentelerine, temsilcilerine, danışmanlarına, avukatlarına ve tahkim sürecinde dinlenecek şahit ve bilirkişilere de uygulanır.

ICSID'in değerleri, taşınır ve taşınmaz malları ile diğer varlıkları ve gelirleri ile

sözleşme tarafından verilen yetkiye dayanarak yaptığı faaliyet ve işlemleri, her türlü vergi ve gümrük işlemlerinden muaftır (Ormanoğlu, 2004:101). Yerel vatandaşlar hariç olmak üzere, ICSID tarafından Başkan'a, İdari Konsey üyelerine, memurlar ve Sekreteryaya çalışanlarına verilen maaş, yolluk ve diğer ödeneklerinden, hakem ve arabuluculara sözleşme hükümleri doğrultusunda ifa ettikleri görevler nedeniyle ödenen ücret ve gündeliklerden vergi alınamaz.

II.3.1.2.ICSID'in Yargılama Süreci

ICSID tahkimi tamamen gönüllü bir sisteme dayanmaktadır. Tahkim için tarafların rızası şarttır (Akyüz, 2003:337). Uyuşmazlığın ICSID prosedürüne göre çözülebilmesi için sadece tarafların bu sözleşmeyi kabul etmeleri yetmez, mutlaka uyuşmazlığın ICSID'a göre çözüleceği üzerinde yazılı bir anlaşma ile anlaşmış olmaları gerekir. Gerek uyuşmazlığa taraf olan devlet, gerekse diğer taraf olan özel kişinin vatandaşı olduğu devlet ICSID sözleşmesine taraf olmalıdır. Uyuşmazlık yatırımla doğrudan ilişkili bir sorundan doğmuş olmalıdır (Akıncı, 2003:103).

Ancak, taraflar bir kez kabul ettikleri takdirde, yükümlülüklerini yerine getirmek ve tahkim durumunda verilen karara uymak ve uygulamak mecburiyetindedirler. Diğer bir deyişle taraflar bu kabullerini tek taraflı olarak geri çekemezler. Ayrıca uyuşmazlığa taraf olsun veya olmasın sözleşmeyi imzalayan devletlerin sözleşmeye uygun olarak verilen kararları tanımak durumundadırlar. Bu tür kararlar sözleşmede öngörülen iptal, fesih gibi yollar hariç olmak üzere herhangi bir temyiz veya başka hukuki yola tabi değildirler (Ormanoğlu, 2004:97).

Tahkime gitmek isteyen bir ülke veya ülke vatandaşı, bu istemini yazılı olarak genel sekreterliğe bildirir. Burada tarafların tahkime gidebilmesine ilişkin daha önceden yaptıkları irade beyanları, uyuşmazlığın hangi konularda ortaya çıktığı ve taraf kimlikleri

belirlenir. Yapılan inceleme sonucunda başvuru konusunun merkezin yetki alanına girdiği anlaşılırsa, başvuru kabul edilecektir (Turhan, 2002:68-69). Bundan sonra taraf iradelerine uygun olarak hakem heyetinin oluşturulmasına gidilecektir (Esin, Lew, Wegen, 2003:158-159).

Heyet, tarafların anlaştığı tek sayıda hakemden oluşabilmektedir. Uyuşmazlık taraflarının hakem sayısı ve atama usulü üzerinde anlaşma sağlayamamaları halinde heyet, üç hakemden oluşturulur. Taraflar arasında bu yönde bir anlaşma olmaması halinde tahkim talebinde bulunan taraf, talebin kaydedildiği tarihi izleyen 10 gün içinde diğer tarafa, hakem tayini ve atama yöntemi konusundaki önerilerini iletir. Karşı taraf, bu öneriyi aldığı tarihten itibaren 20 gün içinde öneriyi kabul ettiğini bildirir veya kendi önerilerini sunar. Tahkim talebinde bulunan taraf diğer tarafın önerisini aldıktan sonra 20 gün içinde kabul veya ret cevabını iletir. Her halde tahkim talebinin kaydedildiği tarihten itibaren 60 gün içinde taraflar arasında bir anlaşma sağlanamaz ise ilgili sözleşme hükümlerine göre hakem tayin edilir. Buna göre hakemlerden birer tanesi taraflarca, heyete başkanlık edecek üçüncü hakem ise taraflar arasında yapılacak anlaşma ile atanır. Atanan hakemler, ilk oturumdan önce yemin ederek göreve başlarlar (Ormanoğlu, 2004:104). Tahkim heyeti, tahkim talebinin kaydedildiği tarihten itibaren 90 gün içinde teşkil etmez ise taraflardan birinin talebi üzerine Başkan, taraflara da danışarak hakem veya hakemleri tayin eder. Başkan tarafından tayin edilen hakem veya hakemler, uyuşmazlığa taraf devlet vatandaşı veya uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşı olamazlar.

Tahkim heyeti, sözleşme doğrultusunda kendisine verilen yetkilerle sınırlı olarak görevini yerine getirir. Taraflardan birinin uyuşmazlığın heyetin yetkileri dışında olduğu yönündeki itirazlarını heyet, öncelikli olarak ele alır veya uyuşmazlık konuları içerisinde görüşür. Heyet uyuşmazlığa, tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk kurallarını

uygular ve bu kurallar doğrultusunda karar verir. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde Heyet, uyuşmazlığa ve sözleşmeye taraf olan devlet hukukunu ve uyuşmazlığa uygun uluslararası hukuk kurallarını uygular (Esin, Lew, Wegen, 2003:159).

Heyetin, uygulanacak hukukun belirsiz olduğu veya uygulanacak herhangi bir hukuk kuralının bulunmadığı alanlarda açık olmayan, belirsiz bir karara varması söz konusu değildir. Ancak bu durum, Heyetin uyuşmazlık konusunda, tarafların anlaşması halinde, hakkaniyet ve iyiniyet kurallarına göre karar vermesinde bir sakınca oluşturmaz (Öztekin, 1990:146-148). Uyuşmazlık taraflarınca başka bir yönde anlaşma yapılmadıkça Heyet, sürecin herhangi bir aşamasında gerekli gördüğü takdirde taraflardan doküman ve diğer kanıtlayıcı belgeleri talep edebilir, uyuşmazlıkla ilgili yerleri ziyaret edip bu yerlerde incelemeler yapabilir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:81).

Heyet ayrıca, tahkim kuralları veya taraflarca üzerinde anlaşılan diğer kurallar hakkında doğabilecek ihtilafları karara bağlama yetkisine sahiptir ve her bir tarafın haklarının korunmasına yönelik geçici tedbirler alabilir (Özsunay, 2003:274). Taraflardan birinin tahkim sürecinde, herhangi bir şekilde savunma yapmaması durumunda uyuşmazlığın diğer tarafı Heyet'ten, kendisine sunulmuş olan belge ve kanıtlar doğrultusunda bir karar vermesini talep edebilir. Bu durumda heyet, karar vermeden önce karşı tarafa savunma yapması için ek bir süre tanır. Bu süre sonunda da heyet savunma yapılmayacağı izlenimini alırsa, kararını verir.

Tahkim heyeti, heyetin teşkil tarihinden itibaren 60 gün içinde veya tarafların kararlaştırabilecekleri başka bir süre içerisinde ilk oturumunu düzenler. Oturum tarihi, Tahkim Heyeti Başkanı tarafından üyelerle müzakere edilerek belirlenir. Sonraki oturumlar ise Heyet üyeleri ve Genel Sekreter tarafından uyuşmazlık taraflarına danışılarak tespit

edilir. Heyet, oturumlarını ICSID merkezinde düzenlemektedir. Ancak tarafların anlaşması ve Heyet'in onaylaması halinde oturumlar, ICSID'in bu yönde anlaşma yaptığı diğer merkez veya kuruluşlarda da yapılabilir.

Sözleşmeye göre, ICSID prosedürlerinin yürütüleceği yer konusunda taraflar Merkez'in bu amaç doğrultusunda anlaşma yaptığı kurum merkezleri çerçevesinde, anlaşmakta serbesttirler. ICSID, Lahey'deki Daimi Tahkim Mahkemesi, Kahire ve Kuala Lumpur'da bulunan Bölgesel Tahkim Merkezleri, Melbourne'de bulunan Avustralya Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi, Sydney'deki Avustralya Ticari Uyuşmazlık Merkezi, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi ve Bahreyn'de bulunan Körfez İşbirliği Konseyi Ticari Tahkim Merkezi ile bu yönde anlaşmalar yapmış bulunmaktadır.

Bunun yanı sıra ICSID, uluslararası tahkim konusunda diğer önemli merkezlerden olan Amerikan Tahkim Birliği ve Uluslararası Ticaret Odası bünyesinde yer alan Uluslararası Tahkim Mahkemesi ile yakın ilişki içerisinde bulunmaktadır. Heyetin bu yerleri onaylamaması, oturumların ICSID merkezinde yapılacağı anlamına gelir. Heyetin oturum yerini ve tarihlerini taraflara bildirme görevini genel sekreter yerine getirir.

Uyuşmazlık tarafları tahkim sürecinde herhangi bir vekil, hukuk danışmanı veya avukat tarafından temsil edilebilir. Temsil söz konusu olduğunda, temsil edilen uyuşmazlık tarafı, temsilcisinin ismini ve temsil sınırlarını genel sekreter'e bildirir. Genel sekreter, tahkim kurulu ve uyuşmazlığın diğer tarafını bu konuda bilgilendirir.

Taraflar, tahkim sürecinde savunma ve iddialarını yazılı ve sözlü olmak üzere iki şekilde ortaya koyabilirler. Yazılı prosedür, tahkim talebi ile birlikte başlayan ve iki aşamada gerçekleşen bir süreçtir. İlk aşamada, tahkim talebinde bulunan taraf uyuşmazlıkla ilgili iddiaların, uygulanması gereken hukukun ifade edildiği ve diğer bilgilerin sunumunun yapıldığı bir dilekçe verir. İkinci aşamada ise uyuşmazlığın diğer

tarafı, önceki aşamada öne sürülenleri kabul veya reddettiğini ve karşı iddia ve hukuki dayanaklarını içeren bir karşı-dilekçe sunar. Tarafların anlaşmış olması veya tahkim heyetinin gerek görmesi durumunda bu iki aşamaya ek olarak, tahkim talebinde bulunan tarafın karşı-dilekçeye cevabını ve diğer tarafın bu ikinci cevaba vereceği cevabı kapsayan iki yazılı aşama daha gerçekleştirilir. Yazışma prosedürde uygulanan ve uyuşmazlık taraflarının iddia ve taleplerinin değişimini sağlayan bu yazışma aşamaları tahkim heyetinin belirleyeceği süre limitleri dahilinde yapılmaktadır.

Sözlü prosedür, tahkim heyetinin yapacağı duruşmada tarafların, vekillerinin, hukuk danışmanları ve avukatlarının, şahit ve uzmanlarının katılımı ile gerçekleştirilir. Bu kişilerin dışında tanıklığına ihtiyaç duyulan kişilerin duruşmalara katılımına heyet karar verir. Prosedür boyunca heyet üyeleri, taraflara ve onların temsilcilerine soru sorma ve açıklama isteme yetkisine sahiptirler. Duruşmalara katılacak olan şahitler ve uzmanların yemin etmesi gerekmektedir.

Duruşma öncesi konferans, genel sekreter'in talebi veya tahkim heyeti Başkanı'nın takdirine bağlı olarak, gerekli görülmesi halinde düzenlenmektedir. Duruşma öncesi konferans, tahkim heyeti ve uyuşmazlık tarafları arasında yapılır. Böyle bir konferansın düzenlenmesindeki amaç, taraflar arasında bilgi alışverişini sağlamak, tahkim prosedürünü hızlandırmak için tarafların sonradan karşı çıkamayacağı koşulları tespit etmektir. Bunun yanı sıra tarafların talebine bağlı olarak, uyuşmazlığa neden olan konuların ele alınıp çözümü yönünde fırsat yaratmak ve böylece dostane bir çözüme ulaşmak amacıyla da bu konferans düzenlenebilmektedir.

Tahkime konu olan olaya ilişkin tarafların yaptıkları savunmalar ve ileri sürdükleri iddiaların sunumunun tamamlanmasının ardından sürecin kapandığı ilan edilir. Tahkim heyeti, olayın doğasını kesin bir şekilde etkileyen yeni kanıtların bulunması veya

belli noktaların aydınlatılmasının çok önem arz etmesi durumlarında süreci yeniden açabilir. Taraflar, tahkim heyeti karar vermeden önce uyuşmazlık konusunda bir anlaşmaya ve çözüme giderlerse tahkim heyeti, tarafların yazılı talebi üzerine tahkim sürecini keser. Tarafları, anlaşmanın imzalı tam metnini genel sekretere gönderip yazılı olarak tahkim heyetinden bu anlaşmanın karar olarak somutlaştırılmasını talep edebilir.

II.3.1.3. Tahkim Kararı

Tahkim heyeti kararı sürecin kapanmasını takip eden 60 gün içinde düzenlenir ve imzalanır. Bu süre, kararın düzenlenememesi halinde Tahkim heyeti tarafından 30 gün daha uzatılabilir. Heyet kararının tüm üyelerin oylarının çoğunluğu ile almaktadır (Dost, 2006:170). Oylamada çekimser oylar, olumsuz oy olarak kabul edilir. Karar, oy veren tüm üyelerin imzalaması ve Tahkim heyeti başkanı tarafından onaylanması suretiyle geçerlilik kazanır. Karar, tahkim heyetine iletilmiş olan tüm sorunları kapsayacak şekilde gerekçelerini de içerir. Çoğunluk kararına katılmayan üyeler, farklı düşündükleri noktaları karara ekleyebilirler. Heyet tarafların rızası olmadıkça alınan kararı yayımlayamaz (Esin, Lew, Wegen, 2003:160).

Tahkim heyeti kararı yazılı olur ve aşağıdaki unsurları içerir:

- Uyuşmazlığa taraf olanların her birinin isim ve unvanları,
- Tahkim heyeti'nin sözleşme hükümlerine göre kurulduğuna ilişkin ifade ile kuruluş yönteminin tasviri,
- Tahkim heyeti üyelerinin isimleri ve kendilerini atayan otoritelerin tanımı,
- Tarafların vekil, hukuk danışmanı ve avukatlarının isimleri,
- Tahkim heyeti toplantılarının tarihleri ve yeri,
- Sürecin kısa bir özeti,
- Tahkim heyeti tarafından elde edilen bulgular,

- Tarafların yaptıkları sunumlar,
- Tahkim heyeti'ne iletilen uyuşmazlığa ilişkin tüm sorular hakkında Heyet'in verdiği gerekçeli hükümler,
- Tahkim süreci maliyetine ilişkin Tahkim heyeti tarafından verilen hükümler.

Alınan kararların onaylı örnekleri genel sekreter tarafından uyuşmazlık taraflarına gönderilir. Onaylı örneklerin taraflara gönderildiği gün, karar tarihi olarak kabul edilir. Heyet, kararın verildiği tarihten itibaren 45 gün içinde taraflardan birinin genel sekreterlik nezdindeki talebi üzerine, uyuşmazlığın diğer tarafım da haberdar ederek, kararda gerektiği halde yer verilmeyen veya ihmal edilen konulara ilişkin ek karar alabilir. Böylece ilk karardaki yazım hataları ile aritmetik ve benzeri hataların düzeltilmesi imkan yaratılmaktadır. Alınan bu karar, ilk kararın bir parçası haline gelir ve taraflara bildirilir (Esin, Lew, Wegen, 2003:160-161).

II.3.1.4. Tahkim Kararına İtiraz

Uyuşmazlığın ICSID'in yargılama yetkisi alanına girmediği ve Tahkim heyetinin yetkisi dışında kaldığı yönünde yapılacak itiraz, tahkim heyeti tarafından değerlendirilir. Bu yöndeki bir itiraz, heyet tarafından belirlenecek süre içinde Genel Sekreterliğe yapılmalıdır. Böyle bir itiraz söz konusu olduğunda tahkim süreci ertelenir. Bu sürede heyet başkanınca, taraflardan itiraza ilişkin bulgularını sunmaları istenir.

Tahkim heyeti yapılan itirazı haklı bulursa bu yönde bir karar alır. Ancak itirazın reddedilmesi durumunda süreç kaldığı yerden yeniden başlar.

Verilmiş olan bir kararın anlamı ve kapsamı hakkında uyuşmazlık tarafları arasında anlaşmazlığın ortaya çıkması halinde taraflardan biri, genel sekreterliğe hitaben yazılmış bir yazı ile kararın yorumlanmasını talep edebilir. Yorum talebi, genel sekreterlik tarafından karar alan heyete iletilir. Bunun mümkün olmaması halinde yeni bir heyet

oluşturulur. Yeni oluşturulan bu heyet, kendi kararını verinceye kadar eski kararın uygulanmasını erteleyebilir. Aynı şekilde taraflardan biri kararın revizyonu için genel sekreterliğe yazılı olarak müracaat edebilir.

Revizyon talebinde bulunabilmek için belirli şartlar gerekmektedir. Bu nedenle, revizyon talebinde bulunan tarafın kararın özünü kesin bir şekilde etkileyecek yeni bir belge, kanıt veya benzeri bir olayın ortaya çıktığını, bu gerçeklerin karar anında heyet tarafından bilinmediğini, tahkim talebinde bulunan tarafın ihmal veya özensizliğinden dolayı bu gerçekleri bilemediğini kanıtlaması gerekmektedir. Kararda revizyon talebi, bu tür bulguların elde edilmesinden itibaren 90 gün ve her halde kararın verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde yapılmalıdır (Esin, Lew, Wegen, 2003:161).

Revizyon talebi kararı veren heyete, bu mümkün değil ise yeni oluşturulacak heyete iletilir. Yeni heyet, gerekli gördüğü takdirde eski kararın uygulanmasını erteleyebilir. Revizyon talebinde bulunan taraf, talebinde eski kararın uygulanmasının ertelenmesine de yer vermiş ise heyetin bu konudaki kararına kadar eski kararın uygulanması ertelenir.

II.3.1.5. Tahkim Kararının İptali

Karar hakkında tarafların izleyebilecekleri diğer bir yol ise kararın iptalini istemektir. Ancak kararın iptali istemi sınırlı nedenlere dayanabilir. Taraflardan her biri, genel sekreterliğe yazılı olarak bildirmek koşuluyla aşağıdaki nedenlerden dolayı kararın iptalini isteyebilirler:

- Tahkim heyeti'nin gerektiği şekilde oluşturulmaması,
- Tahkim heyeti'nin açıkça yetkilerini aşması,
- Tahkim heyeti üyelerinden biri veya bir kısmı hakkında yolsuzluğun tespit edilmesi,

- Prosedür kurallarından birinden önemli ve ciddi bir sapmanın bulunması,
- Kararın dayandığı gerçeklerin açıkça ortaya konmaması (Esin, Lew, Wegen, 2003:162).

İptal talebi, kararın alındığı tarihten itibaren 120 gün içinde yapılmalıdır. Ancak yolsuzluk nedeniyle iptal isteminde talep, yolsuzluğun tespitinden itibaren 120 gün ve her halde kararın alındığı tarihten itibaren üç yıl içinde yapılmalıdır. İptal talebinin alınmasını müteakiben başkan, hakem kurulu heyetinden üç kişilik geçici (ad hoc) bir komite tayin eder. Kararı veren heyet üyeleri ve bu üyeler ile aynı uyruktan kişiler, taraf devlet veya vatandaşı uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşı, bu devletlerin kurul heyetine atamış oldukları veya aynı uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapmış olanlar geçici (ad hoc) komiteye üye olamazlar. Komite, kararın tümünü veya belli kısımlarını iptal etme yetkisine sahiptir. Komite, kararını verene kadar esas kararın icrasını erteleyebilir. İptal talebinde bulunan tarafın talep yazısında bu yönde bir istekte bulunması halinde de komite kararına kadar esas kararın uygulanması ertelenebilir. Komite tarafından kararın tamamının iptal edilmesi durumunda uyuşmazlık taraflarından birinin talebi üzerine sorun, oluşturulacak yeni bir Tahkim heyetine iletilebilir.

Tahkim heyetinin uyuşmazlık hakkında verdiği karar tarafları bağlayıcı niteliktedir. ICSID Sözleşmesi'nde belirlenmiş olan durumlar haricinde karar, temyiz edilemez veya başka bir hukuki yola tabi tutulamaz. Uyuşmazlık tarafları, karar hükümleri ile bağlıdırlar ve karar hükümlerini uygulamakla yükümlüdürler. Sözleşmede öngörülen şartlar nedeniyle kararın uygulanmasının ertelenmesi durumunda bu bağlayıcılık ortadan kalkar.

II.3.1.6. Tahkim Kararının Tanıma ve Tenfizi

Sözleşmeye taraf olan devletler verilen bağlayıcı kararı tanımak ve kendi

ülkesinde alınmış bir mahkeme kararı gibi uygulamak zorundadır. Aynı şekilde devletlerin, kararda öngörülen parasal yükümlülükleri de belirlenen şartlar doğrultusunda yerine getirme mükellefiyetleri de vardır. Federal anayasaya sahip ve sözleşmeye taraf olan bir devlette Heyet kararları, federal mahkeme kararları gibi uygulanır.

Verilen kararın sözleşme tarafı devlet topraklarında tanınmasını ve uygulanmasını isteyen tarafın, o devletin bu amaçla yetkilendirdiği mahkeme veya otoriteye, kararın Genel Sekreterlik tarafından onaylanmış olan bir kopyasını iletmesi gerekmektedir. Sözleşmeye taraf her devlet bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeyi veya diğer otoriteyi ve daha sonra bu atamada yapılacak değişikliği Genel Sekreter'e bildirmek durumundadır. Kararın bir ülkede uygulanması, o devlet ülkesinde yürürlükte bulunan ve yargı kararlarının icrası ile ilgili hukuk kuralları gereğince yapılacaktır (Şanlı, 1998:9). Hakem kararının kamu düzenine aykırılığı iddiasıyla tanıma tenfiz engellenmeyecektir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:83).

II.3.1.7. Tahkim Masrafları

Tahkim Masrafları konusunda ise, taraflar üzerinde başka türlü anlaşmadığı takdirde, hakem heyeti davaya ilişkin taraflarca yüklenilecek masrafları tayin eder. Heyet, bu masraflar, heyet üyelerinin ödenek ve masrafları ve Merkez olanaklarını kullanmanın masraflarının nasıl ve kim tarafından ödeneceğine de karar verir (Esin, Lew, Wegen, 2003:164).

Tahkim talebi ücreti, uyuşmazlık taraflarından birinin tek başına veya diğer taraflarla ortak şekilde tahkim talebinde bulunması dolayısıyla alınan ücrettir. 7.000 dolar olan bu miktar, Genel Sekreterlik tarafından belli süreler için tespit edilmekte ve taraflara geri ödenmemektedir.

Hakemler, Tahkim Heyeti'ni ilgilendiren toplantılara katıldıkları her gün için

ve tahkim süreci ile ilgili diğer çalışmaların günlük 8 saatine denk gelen kısmı için ücret almaktadırlar. Toplantılar nedeniyle ödenecek ücretlere, toplantılara gidiş-dönüş günleri de dahil edilmektedir. Diğer çalışmaların 8 saatin altında kalan periyotları için ise uygulanan ücretin 1/8 oranındaki miktar uygulanır. Hakem ücretlerinin standart düzeyi, toplantı günü veya günlük 8 saatlik diğer çalışma başına 2.000 dolardır.

Ücretler için belirlenen bu miktar, Tahkim Heyeti'nin daha yüksek miktar üzerinde karar vermemesi halinde geçerlidir (Ormanoğlu, 2004:114). Geri ödenebilir seyahat giderleri, Tahkim Heyeti'nin yapacağı toplantılara katılma nedeniyle yapılan seyahat masraflarından oluşmaktadır. Yolculuk, ikamet yerinden toplantı yerine aynı istikamette yapılmış olmalıdır. Hakemlerin, herhangi bir ulaşım terminaline gidiş-dönüşü esnasında yaptıkları hamaliye, taksi ücreti, vergiler, bahşişler ve diğer arazi giderleri talep etmeleri ve belgelendirmeleri kaydıyla, karşılanmaktadır.

Havayolu veya karayolu yolculuklarında hakemler, ekonomik sınıfın bir üst sınıfında yolculuk yapma yetkisine sahiptirler. Yolculukta kullanılan biletin ibrazı, bu giderin hakemlere geri ödenebilmesi için şarttır. Hakemler ücret, gündelik ve seyahat giderleri dışında doğrudan yaptıkları iletişime ilişkin giderler ve tahkim sürecinde kullandıkları dokümantasyon giderleri gibi masrafların karşılanması talebinde bulunma yetkisine sahiptirler. Ücret, gündelik ve diğer giderlerin geri ödenmesi için yapılacak talepler, kanıtlayıcı belgeler ile birlikte Sekreteryaya sunulur. Sekreteryaya, talebi onayladıktan sonra tahkim süreci için oluşturulan hesaptan yöneten Dünya Bankası'na gönderir. Dünya Bankası bu tür ödemeleri, çek ile veya hakemlerin isteği doğrultusunda belirlenen banka hesabına havale yapmak suretiyle yapar.

ICSID yönetsel giderlerini karşılamak amacıyla taraflardan 3.000 dolar alınmaktadır. Bu giderler ICSID'in tahkim heyeti'nin teşkili esnasında yaptığı giderler,

tahkim sürecinde özel durumlarda kullanılan tercümanlara, raportörlere ve sekreterlere yapılan ve geri ödenebilir olan nakit harcamalar, ICSID merkezi dışında görülen tahkim davalarındaki giderler ile tahkim heyeti sekreterinin seyahat ve ikamet giderlerini kapsamaktadır. Yönetmelik giderler, genel sekreterlik tarafından belli periyotlarla yeniden belirlenir ve taraflardan avans niteliğinde tahsil edilir.

Genel sekreterlik tarafından belirlenen ve uyuşmazlık taraflarından birinin ICSID'den çeviri ve fotokopi gibi özel hizmet talebi üzerine bu tür hizmetler karşılığı olarak tahsil edilen ödemeleri kapsamaktadır. Özel hizmetler karşılığı olarak alınacak miktarlar, Dünya Bankası idari prosedürü uyarınca belirlenmiş olan oranlara dayanılarak belirlenmektedir.

ICSID Sözleşmesi hükümlerine göre yönetilmeyen bir tahkim davasında uyuşmazlık taraflarından birinin ICSID Genel Sekreterliği'ne hakem tayini veya hakemler hakkında oluşan tereddütleri giderme amacıyla başvurması halinde 3.500 dolar ücret ödemesi gerekmektedir (Ormanoğlu, 2004:116).

II.3.2. Uluslararası Ticaret Odası

Uluslararası Ticaret Odası -International Chamber of Commerce - ICC, uluslararası ticaretin şartlarını iyileştirmek, özel sektörün rolünü güçlendirmek, uluslararası ticarete işbirliği sağlamak için 1919 da kurulmuştur (Erdoğan, 2004:147). Merkezi Paris'tedir. ICC'nin ana amacı, dengeli büyüme ve uluslararası ticaretin serbestleştirilmesine katkıda bulunmak, bu nedenle ekonomik ve hukuki anlamda etkili bir faaliyet yürütmektir (Şanlı, 1998:78). Tarafları farklı vatandaşlığa sahip kişiler arasındaki ticari uyuşmazlıkların, başka bir vatandaşlığa sahip hakemler tarafından çözülmesi amaçlanmaktadır. Belçika, İngiltere, Fransa, İtalya ve ABD özel sektör temsilcilerinin meydana getirdiği bu oluşum günümüzde, 130 ülkede temsilciliği bulunan ve binlerce

üyesi bulunan bir kuruluş haline gelmiştir (Berber, 1999:6).

ICC, pazar ekonomisi içerisinde uluslararası ticari ilişkilerin geliştirilmesi için ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünden uluslararası iş dünyasının kendi iç düzenlemelerine, uluslararası ticari hayatta karşılaşılan problemler ve çarpıklıkların giderilmesine yönelik çalışmalardan ticari suçlarla mücadeleye kadar uzanan geniş bir yelpazede faaliyet göstermektedir (Ersoy, 1999:12). Bu anlamda ICC'nin işlevlerini şöyle sıralamak mümkündür:

- Uluslararası ticaret alanında uygulanacak standart ve kuralları tespit etmek,
- Ekonomik büyüme ve ülke refahının artmasında rol oynamak,
- İş dünyasında gerekli birikim, teknik yardım ve bilgiyi yaymak,
- Uluslararası platformlarda iş çevrelerinin savunuculuğunu yapmak.

ICC, ulusal hükümetlerle ilişkilerini o ülkelerde bulunan ulusal komiteleri aracılığı ile yürütmektedir. Hükümetlerin, mülkiyet hakları, taşımacılık politikaları, ticaret hukuku veya çevre gibi konularda aldıkları kararlarda iş çevreleri adına fikir üretmekte ve onları temsil etmektedir. ICC Başkanlığı, bu anlamda, her yıl G-8 Zirvesi'nin yapıldığı ülkenin liderleri ile bir araya gelerek zirveye uluslararası iş dünyasının fikirlerini aktarmaktadır (Erdoğan, 2004:151).

ICC, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün sürdürülebilir kalkınma, kalkınma finansmanı ve bilgi toplumu konularındaki toplantılarına iş dünyasının katılımını sağlamakta öncü bir rol üstlenmektedir. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı³⁹ ile birlikte ekonomik anlamda az gelişmiş ülkelerin doğrudan yabancı sermaye çekebilmeleri yönünde çalışmalar yürütmektedir.

ICC'nin 16 tane uzmanlık komisyonu bulunmaktadır. Bu komisyonlar

39 UNCTAD -United Nations Conference on Trade and Development

bankacılık teknikleri, finansal hizmetler ve vergileme, rekabet hukuku, mülkiyet hakları, iletişim ve bilgi teknolojisi, hava ve deniz taşımacılığı, uluslararası yatırım rejimleri ve ticaret politikaları gibi alanlarda çalışmalar yapmaktadır.

1923'te ICC' nin tahkim grubu olarak kurulan Uluslararası Tahkim Mahkemesi⁴⁰ uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hakemlik yolu ile çözümünde önemli bir mekanizma görevi yürütmektedir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:35).

ICC tahkim hizmetleri, dünya ekonomisindeki hızlı küreselleşme ve uluslararası ticaretin genişlemesine paralel olarak yıldan yıla artmaktadır. Uluslararası iş dünyası için önemli bir sorun ve tehdit oluşturan bu tür uyuşmazlıklar iş çevrelerinin tahkime olan eğilimlerini artırmaktadır. Bu durumun başlıca nedenleri şunlardır:

a) Uluslararası ticarete tarafların genellikle farklı yasal ve kültürel yapıları olan ülkelerden olmaları,

b) Taraflardan birinin diğer taraf ülkesindeki dava prosedürüne başvurması halinde karşılaşılabilecek dezavantajlar,

c) İki taraf arasında bulunan fiziki mesafeler,

d) Taraflardan birinin ülkesindeki ulusal mahkemelere olan güvensizlik,

e) Tahkimin ulusal dava süreçlerine bir alternatif oluşturması,

f) Tahkim sürecinin gizli olması,

g) Tahkim sürecinde hakemlerin, tahkim yerinin, uygulanacak hukuk kurallarının ve kullanılacak dilin uyuşmazlık taraflarınca serbestçe belirlenebilmesi (Ormanoğlu, 2004:120).

40 International Court of Arbitration-ICA

II.3.2.1. ICC Bünyesinde Bulunan Tahkim Dışındaki Uyuşmazlık Çözüm Yolları

ICC bünyesinde, Uluslararası Tahkim Mahkemesi dışında üç önemli uyuşmazlık çözüm hizmeti veren birim bulunmaktadır. Bunlar, Uyuşmazlığın Dostane Çözümü,⁴¹ Yazılı Belgelere Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Ekspertizi,⁴² ve Expertise bilirkişiliktir.

II.3.2.2. Uyuşmazlığın Dostane Çözümü

ICC ADR Kuralları, tarafsız bir kişinin yardımı ile ticari uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözümü yönünde kullanılan bir süreçtir. ADR Kuralları 2001 yılında, Uzlaştırma Kuralları'nın yerine getirilmiştir (Redfern, Hunter, 1986:30). ICC ADR Kuralları'na göre taraflar kendi durumlarına en uygun çözüm tekniğini seçmekte serbesttir. Tarafsız bir kişi aracılığı ile uyuşmazlık taraflarının, görüşmeler yoluyla aralarındaki farklılıkları veya uyuşmazlıkları gidermeye yönelik bu aracılık hizmeti, uyuşmazlık taraflarından birer yönetici ve birer tarafsız kişiden oluşan ve bu kişilerin çözüm önerileri ve düşüncelerini açıkladığı panel olarak düzenlenen mini-duruşma veya herhangi bir hukuk kuralının tarafsız bir yorumla değerlendirilmesi şeklinde olabilir. Bu tür çözüm tekniklerinin ortak yönü, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tarafsız kişi tarafından verilen kararların bağlayıcı yönünün olmamasıdır. Bu kişiler doğrudan uyuşmazlığa taraf olanlarca veya ICC tarafından atanabilir. İkinci durumda taraflar, seçilecek kişide aranacak yeterlilikleri veya sahip olacakları nitelikleri açıkça belirtmelidirler.

ICC'nin bu alandaki en yeni girişimi olan ADR Kuralları, gelişen uluslararası ticarete ortaya çıkan kaçınılmaz çatışmaların çözümü için tasarlanmıştır. ADR Kuralları, 75 ülkenin iş çevrelerinden oluşan temsilcileri ile uyuşmazlık çözümünde uzman kişiler

41 Amicable Dispute Resolution-ADR,

42 Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise-DOCDEX

arasındaki görüşme ve tartışmalar sonucu oluşturulmuştur. Burada amaç, iş çevrelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların kendi gereksinmelerine en uygun ve dostane bir şekilde çözüme ulaştırılmasıdır. ADR Kuralları'nın farklı olan yanı, tarafları uyuşmazlığın çözümüne yardım edecek tekniği seçmelerinde tamamen özgür bırakmasıdır. Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde arabuluculuğa başvurulur (Şanlı, 2002:59-61).

Dostane çözüm yolu olarak ICC ADR, ICC Tahkiminden ayrılmaktadır. Her ikisi de uyuşmalık çözüm yolu olarak birbirine alternatif olmakla birlikte bazı hallerde birbirini tamamlayıcı bir fonksiyon üstlenmektedir. Örneğin, tarafların dostane bir çözüme ulaşamamaları halinde ICC Tahkim yoluna başvurmaları mümkündür (Akıncı, 2003:29). Bir dava veya tahkim sırasında veya öncesinde taraflar arasında ortaya çıkacak basit sorunların üçüncü bir tarafın yardımıyla ve basit kurullarla kolayca çözülmesi şeklinde ortaya çıkan ADR, tarafların sözleşmelerinde veya herhangi bir zamanda bu yola başvuracakları yönünde anlaşmaları suretiyle kullanılabilir.

Tarafsız kişinin seçilmesinden sonra uyuşmazlığın tarafları ile kullanılacak çözüm yolu ve izlenecek özel ADR prosedürü konusunda bir anlaşmaya varılabilmesi için tartışma ve görüşmeler başlar. Böyle bir anlaşmaya varılamaz ise arabuluculuk yöntemi kullanılır. ADR süreci aşağıda belirtilen hallerde sona erer:

- a) Tarafların yazılı olarak anlaşmaları,
- b) Tarafların birinin veya birkaçının görüşmeler sonrasında ADR sürecinin sürdürülmeyeceğini tarafsız kişiye yazılı olarak bildirmesi,
- c) ADR sürecinin tamamlandığının tarafsız kişi tarafından yazılı olarak bildirilmesi,
- d) Tarafsız kişinin düşüncesine göre ADR sürecinin taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye elverişli olmadığına taraflara yazılı olarak bildirilmesi,

e) ADR süreci için konulan süre sınırının sona ermesi ve bunun taraflara yazılı olarak bildirilmesi,

f) ICC tarafından, ödenmesi gereken miktarın ödeme tarihini takip eden 15 gün içinde yatırılmadığının yazılı olarak uyuşmazlık taraflarına ve tarafsız kişiye bildirmesi,

g) ICC tarafından uyuşmazlığa ilişkin tarafsız kişinin atanmadığının veya atama imkanının olmadığı uyuşmazlık taraflarına yazılı olarak bildirilmesi (Chusman ve diğ., 1991:156).

Genel prensip olan gizlilik gereği taraflar arasındaki çözüm anlaşması açıklanmaz ve bu anlaşma, herhangi bir adli, tahkim veya benzeri bir süreçte kanıt olarak kullanılamaz. Gizlilik prensibi ancak tarafların bu konuda anlaşmaları veya uygulanan hukuk kurallarının bunu gerektirmesi halinde hükümsüz kalabilir.

ADR sürecine yapılan başvuru ile birlikte ICC'ye 1.500 dolar ödenmektedir. Bu miktar taraflara geri ödenmez. Sürecin başlayabilmesi için ADR Kuralları'nda düzenlenen şekliyle ICC tarafından tespit edilen yönetsel giderler ve tarafsız kişinin ücret ve harcamalarını karşılayacak bir miktarda avansın taraflarca yatırılması gerekmektedir. Yönetsel giderler 10.000 doları aşamaz. ADR sürecinin toplam maliyeti ICC tarafından belirlenir. Taraflarca yapılmış olan fazla ödeme kendilerine iade edilir. Tarafsız kişinin ücret ve giderleri ICC tarafından, tarafsız kişiye ve uyuşmazlık taraflarına danışılarak, saat başına olmak üzere, belirlenir (Akıncı, 2003:31).

II.3.2.3. Belgelere Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Ekspertizi

ICC Bankacılık Komisyonu tarafından, Akreditifler Hakkındaki Tekdüze Teamüller ve Kurallar,⁴³ Akreditiflerde Bankalar Arası Masrafların Karşılanması Hakkındaki Tekdüze Kurallar,⁴⁴ Tahsiller Hakkındaki Tekdüze Kurallar⁴⁵ ve Talep

⁴³Uniform Customs and Practice for Documentary Credits-UCP

⁴⁴Uniform Rules for Bank-to-Bank Reimbursement under Documentary Credits-URR

Garantileri Hakkındaki Tekdüze Kurallar'ın ⁴⁶ uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümünü kolaylaştırmak amacıyla DOCDEX kurulmuştur. DOCDEX'i, Uluslararası Bilirkişilik Merkezi⁴⁷ yönetmektedir. DOCDEX özel, bilirkişi odaklı, belgelere dayalı kredilerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası dava ve tahkime alternatif oluşturan ve bağlayıcılığı olmayan bir çözüm yoludur (Üstündağ, 2000:940).

DOCDEX sistemi, 1 Ocak 1997'de yürürlüğe girmiş ve 15 Mart 2002'de yeniden düzenlenmiştir. Bu mekanizmada, Sekreteryaya ile birlikte ICC Bankacılık Teknikleri ve Uygulamaları Komisyonu çözüm üretmektedir.

Bilirkişiler bağımsızdır ve ICE tarafından atanmaktadır. Üç kişiden oluşan bilirkişi heyeti, uyuşmazlık konusunda hızlı ve acil bir çözüm için panel düzenlemek suretiyle tavsiyelerde bulunurlar. Duruşma söz konusu değildir ve alınan kararların bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. Kararların bağlayıcı olabilmesi, tarafların önceden bu yönde anlaşmaları gerekmektedir.

DOCDEX kararı alabilmek için, yapılan başvuru ile birlikte standart ücret olarak 5.000 dolar ödenmesi gerekmektedir. DOCDEX bünyesindeki bilirkişilerin yaptıkları paneller gizli kalır. Taraflar isterlerse bu panellere katılabilirler. Bilirkişiler ve uyuşmazlığın tarafları arasındaki tüm haberleşme ve iletişimler ICE'ye gönderilir. Bilirkişiler, ICC Bankacılık Teknikleri ve Uygulamaları Komisyonu tarafından hazırlanan listeden seçilirler. Bilirkişi Paneli Başkanlığı, ilgili belgeleri aldıkları tarihten itibaren 30 gün içinde bir karara varmak zorundadır. Karar, Komisyon'un teknik başkanı tarafından UCP, URR ve kendi yorumlarına uygunluğu açısından incelenir. Karar metninde yapılan savunmaların özeti, ele alınan konuların tanımı ve nedenleri ile birlikte alınan karar yer

45Uniform Rules for Collections-URC

46Uniform Rules for Demand Guarantees- URDG

47International Center for Expertise-ICE

alır.

Uyuşmazlık konusu kredi miktarının 500.000 doları aşması halinde ICE'nin takdirine bağlı olarak ilave ücret alınabilmektedir (Ormanoğlu, 2004:125).

II.3.2.4. Bilirkişilik

ICC Bilirkişilik Merkezi (ICE), 1976 yılında kurulmuştur. Sözleşmeye bağlı olarak teknik ve mali konularda çalışmaktadır. Üç ana alanda faaliyetini sürdürmektedir: Bilirkişi önerme, bilirkişi atama ve bilirkişilik sürecinin yönetimi. ICC Bilirkişilik Merkezi'ne yapılabilecek başvuru nedenleri şunlardır:

- a) Sözleşme imzalanmadan önce teknik ve mali konularda yardım almak,
- b) Herhangi bir devir işlemi sırasında bir şirketin varlıklarının değerini tespit etmek,
- c) Uzun dönemi kapsayan sözleşmelerde yeniden değerlendirme konusunda öneriler almak,
- d) Endüstriyel kuruluşun performansının ölçülmesi ve teknik niteliklerinin uygunluğunun tespit edilmesi,
- e) Teknoloji transferine ilişkin sözleşmelerde kanuni alanın tespitinde yardım almak,
- f) Endüstriyel kuruluşun yapılanması esnasında gerçek durumun tespitine ilişkin kayıtları yorumlamak,
- g) Tarafların, hakimin veya tahkim kurulunun talebi üzerine adli mahkemede veya tahkim davasında bilirkişi önerilmesi veya atanması.

ICC Bilirkişiliği, taraflardan biri veya birkaçı tarafından talep edilebilir. Taraflar, sözleşmelerinde veya ilişkilerinin herhangi bir aşamasında bilirkişi tayinine karar verebilirler. Taraflar ICC'den bir bilirkişi önermesini veya atamasını ya da bilirkişilik

prosedürünü yönetmesini talep edebilirler. ICE'nin, tamamı uzmanlardan oluşan bir daimi komitesi ve her biri bulunduğu ülkeden bilirkişi önerebilecek 80 ulusal komitesi bulunmaktadır. ICE Bilirkişiliği, uyuşmazlığın dostane çözümü ve taraflar arasındaki farklı düşüncelerin giderilmesi yönünde yardımda bulunmaktadır. Tarafların anlaşması durumunda yapılan tespitler bağlayıcı olabilir (Yeğengil, 1974:145).

Talep üzerine ICE, uyuşmazlık konusuna uygun olabilecek bilirkişiyi önerir. Talepte bulunan taraf, tavsiye edilen bilirkişiyi kabul veya ret edebilir. Ancak ICE'nin bilirkişi ataması halinde her iki taraf da bunu kabul etmek zorundadır. Bilirkişi olarak özel veya tüzel bir kişilik belirlenebilir. Atanan bilirkişinin görevini, düzenlenen talimat doğrultusunda yürütmesi gerekir. Bilirkişinin esas görevi bulguları tespit etmektir. Bunun için tarafların konu hakkındaki görüş ve düşüncelerini alır. Bilirkişi, ancak taraflar arasında yapılmış olan bir anlaşmanın kendisine verdiği yetki dahilinde tavsiyeler verebilir. Böyle bir anlaşma yok ise bilirkişi raporu tarafları bağlayıcı nitelikte olmaz (Yıldırım, 1990:325). Bilirkişinin düzenlediği rapor, taraflara ICE tarafından iletilir ve raporda yer verilen düşünceler hakim veya hakemleri bağlayıcı olmasa da göz önünde bulundurulur.

ICE, bilirkişi önerisi veya tayini için 2.500 dolar talep etmektedir. Bu miktar, talep edilen her bir bilirkişi için ayrı ayrı ödenir. Bunun yanı sıra, bilirkişi ücreti ve giderleri ile ICE'nin yönetsel giderleri de ödenecek miktara eklenir. Ancak yönetsel giderler, toplam bilirkişi ücretlerinin % 15'ini geçemez. Bu ücretler, bilirkişi olarak, atanan uzmanın nitelikleri ve hazırladığı şartnamenin kapsamına göre farklılık gösterir. ICE, bilirkişilik maliyetlerini karşılayacak avans miktarlarını taraflara ve bilirkişiye danışarak tespit eder (Ormanoğlu, 2004:141).

II.3.2.5. ICC Tahkim Süreci

ICC tahkimine ilişkin hizmetler 1 Ocak 1998'de yürürlüğe giren ICC Tahkim

Kuralları doğrultusunda yürütülmektedir (Akıncı, 2003:149). Tahkime konu olan tüm uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim Mahkemesi (ICA) ve Tahkim Kurulu, tahkim kurallarının doğası ile hareket etmekte ve alınan kararların hukuki alanda uygulanabilir olmasını sağlamak için uğraş vermektedir. ICC'nin tahkime yönelik hizmetleri, üç ana alanda yürütülmektedir: Tahkim, Otorite Tayin Mercii ve Tahkim Öncesi Hakemlik.

Tahkim mekanizmasına yönelik olarak ICC tahkim süreci, uyuşmazlık Taraflarından birinin tahkim talebinde bulunması ile başlar ve Tahkim Kurulu'nun nihai kararı ile sona erer.

Tahkim talebi, Uluslararası Tahkim Mahkemesi Sekreteriyasına yazılı olarak yapılır. Talep, Sekreteryaya ulaştığı gün kaydedilir. Tahkim talebini alan Sekreteryaya hak iddia eden tarafa, makbuz karşılığında talebin alındığını ve yetkili kurul üyeleriyle dosya ile ilgili diğer sorumlu üyelerin adlarını ve detaylı irtibat yollarını bildirir (Berber, 1996:19).

Yazılı talep aşağıdaki öğeleri içermelidir:

- a) Her iki tarafın tam adları, tanımları ve adresleri,
- b) İddialara neden olan uyuşmazlığın temel nitelikleri ve koşullarının tanımı,
- c) Uyuşmazlığa konu olan parasal miktara ilişkin yazılı talep,
- d) İlgili anlaşmalar, özellikle tahkim anlaşması,
- e) Tahkim Kurulu'nun yapısıyla ilgili ayrıntılar,
- f) Tahkim yeri konusundaki öneriler, uygulanabilir hukuk kuralları ve tahkim dili.

Talep ile birlikte yönetsel giderleri karşılamak için 2.500 dolar ödenmektedir. Bu miktar, tahkim süreci sonunda geri ödenmez. Ancak talepte bulunan tarafça ileride yapılacak ödemelerden mahsup edilir. Talep yazısı, dava edilen taraf sayısı kadar çoğaltılır

ve birer örneği hakemlere ve Sekreteryaya verilir. Sekreteryaya sunulan dokümanların incelenmesinden sonra Genel Sekreter, şartname düzenleninceye kadar geçecek süredeki hakemlik masraflarını karşılayacak miktarda geçici avansın yatırılmasını ister. Bu avans miktarı, tahkim sürecinin ileriki aşamalarında Mahkeme tarafından tespit edilen ödemelerden davacı taraf adına mahsup edilir.

Talebin bir örneği Sekreterya tarafından davalı tarafa gönderilir. Davalı taraf karşı iddialarını içeren cevabını, Sekreterya tarafından uzatılmadığı sürece talebin alındığı tarihi takip eden günden itibaren 30 gün içinde vermek durumundadır. Bu süre içerisinde verilmesi halinde davalı tarafın cevabı, tayin edilen hakemlere, davacı taraf veya taraflara ve Sekreteryaya iletilir (Esin, Lew, Wegen, 2003:6).

Tahkim süreci, Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından yönetilir. Mahkeme genel toplantısını ayda bir kez tüm üyelerinin katılımı ile yapar. Mahkemenin tüm oturumları gizlidir. Davalı ve davacı taraf katılamaz. Dava talebine davalı tarafın verdiği karşı cevabı takiben olay mahkemeye sunulur. Mahkeme, olayı inceledikten sonra tahkim sürecinin başlayıp başlamayacağına karar verir. Mahkemedен, ilk bakışta (prima facie) taraflar arasında tahkim anlaşmasının var olup olmadığı konusunda ikna olması gerekir. Sekreterya, mahkeme kararlarını doğrudan taraflara bildirir (Esin, Lew, Wegen, 2003:5).

Taraflar, tahkim anlaşmalarında veya daha sonra hakem sayısını belirlemekte serbesttirler. Tahkim konusunda tek veya üç hakem tayin edilebilir. Taraflar arasındaki anlaşmada bu hususta herhangi bir hüküm yoksa mahkeme, tek bir hakem tayin eder. Eğer uyuşmazlık konusu miktar az ve taraflar üç hakem tayin etmişler ise Sekreterya tarafları, hakemlik ücretlerinin ve gündeliklerinin üç katına çıkacağı ve tek hakeme göre üç hakemin olayı incelemesinin daha uzun süre alacağını bildirir (Esin, Lew, Wegen, 2003:9).

Hakem veya hakemleri seçmede taraflar serbesttirler. Mahkeme veya Genel

Sekreter taraflarca aday gösterilen hakemleri onaylar. Mahkeme hakem tespitinde bulunmayan taraf adına tek veya üçüncü hakemi tayin edebilir. Tüm davalarda, muhtemel hakemlerden bağımsız olduklarını beyan etmeleri istenir. Mahkeme tarafından tayin edilmeyen hakemler, mahkeme tarafından onaylanmak zorundadır.

Uyuşmazlığın çözümü için tek bir hakeme başvurulacağı durumlarda, taraflar arasında bir anlaşma mevcut değil ise hakem, Mahkeme tarafından atanır.

Eğer uyuşmazlığın çözümünde üç hakeme başvurulacak ise, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, davacı ve davalı taraf, mahkeme onayına sunmak üzere birer hakem adayı gösterirler. Taraflardan birinin hakem tayin edememesi durumunda atama Mahkeme tarafından yapılır. Üç hakemli Tahkim Kurulu'na başkanlık edecek üçüncü hakemi Mahkeme tayin eder.

Üçüncü hakemin tayini esnasında mahkeme genellikle, ICC ulusal komitelerinin önerisini alır. Mahkeme, komitelerin önerisini ret veya kabul etme yetkisine sahiptir. Mahkeme, bazı özel durumlarda ICC ulusal komitesinin bulunmadığı bir ülkeden de hakem seçip atayabilir.

Mahkemenin tayin ettiği tek veya üçüncü hakem tarafsız bir ülkeden seçilir. Diğer bir deyişle, tek veya üçüncü hakem, herhangi bir itiraz olmadığı sürece, tarafların tabiiyetinde buldukları ülke dışındaki bir ülkeden seçilir (Esin, Lew, Wegen, 2003:8).

Bununla birlikte, hakem adayı gösteremeyen taraf adına mahkemenin hakem tayin ettiği zaman o tarafın ülkesinde bulunan ulusal komitenin önerisini alması gereklidir.

Taraflardan birinin hakemlerin bağımsız olmadığı veya başka bir sebeple bir veya daha fazla hakem hakkında yapacağı itirazları mahkeme sonuçlandırır. Mahkemenin bu konudaki kararı nihaidir.

ICC tahkim davalarında çoğunlukla tahkim yeri, taraflarca kararlaştırılan yer

olarak belirlenir. Tahkim yeri konusunda anlaşma sağlanamadığı zaman, mahkeme tahkim yerini tespit eder. Tahkim yeri, davalı ve davacı taraf devletleri dışında "tarafsız" bir ülke olarak belirlenir.

Mahkeme, ICC yönetsel giderleri ile hakem ücret ve giderlerini de kapsayacak maliyet üzerinden makul ölçüde bir avans tespiti yapar. Yönetsel giderlere ve hakem ücretlerine ilişkin maliyet tahmini ICC Tahkim Kuralları'na ekli cetveller vasıtasıyla yapılır. Cetvellerdeki miktarlar, tahkime konu olan uyuşmazlığın toplam parasal değerine bağlı olarak belirlenmiştir. Uyuşmazlığa konu olan parasal miktar arttıkça taraflarca ödenmesi gereken tahkim maliyetlerinin oran azalmaktadır.

Hakem ücretleri mahkeme tarafından tahkim sürecinin sonunda hakemin çalışma yoğunluğu, harcanan zaman, duruşmaların hızı ve uyuşmazlığa konu olayın karmaşıklığı gibi kriterler göz önünde bulundurularak belirlenir.

Şartname, Tahkim Kurulu oluşturulduktan ve tespit edilen avans miktarı taraflarca ödendikten sonra belirlenir. Sekreteryaya, şartname ve dava dosyasının birer örneğini Tahkim Kurulu üyelerinin her birine iletir. Bu aşamadan sonra tarafların, doğrudan Tahkim Kurulu ile iletişim kurmaları gerekmektedir.

Tahkime konu olan olayın değerlendirmesi yapılmadan önce Tahkim Kurulu, Tahkim Şartnamesi'ni düzenlemek zorunluluğundadır. Şartname (görev belgesi) , tarafların ve hakemlerin tam adları ve tanımları, tahkim yeri, her bir tarafın iddia özetlerinin yanı sıra nihai kararın hukuki olarak yerine getirilmesini sağlayabilmek için uygulanacak prosedür kuralları ve gerekli diğer koşulları da içermelidir.

Bununla birlikte, Tahkim Kurulu tarafından uygun olmadığına karar verilmedikçe, çözümüne yönelik çalışılacak konuların listesine de şartnamede yer verilir. Bu aşamada Tahkim Kurulu tahkim sürecinde izlenecek geçici bir program oluşturur.

Şartname, dosyanın Tahkim Kurulu'na iletildiği tarihten itibaren iki ay içinde mahkemeye sunulur.

Tahkim davasında uygulanacak şartnamenin hazırlanması, hukuki, psikolojik ve teknik bir çok amaca ve faydaya yöneliktir. Bunlardan bazıları şöyle sıralanabilir:

- Taraflarca öne sürülen iddia ve verilen cevapların düzenli hale getirilmesi ve planlanması,

- Uyuşmazlık konusu olaya uygulanacak hukukun ve tahkim sürecinde kullanılacak dilin tespiti ile uyuşmazlığın içeriğine uygun diğer noktaları kayıt altına alınması ve böylece sorunun önemli noktalarına ilişkin belirginliğin sağlanması,

- Tarafların, sorunun aydınlatılması vasıtasıyla uzlaşmaya varmalarının kolaylaştırılması (Berber, 1996:123-124).

ICC nezdindeki tahkim davalarının önemli bir oranı, tahkim sürecinde kullanılacak şartnamenin hazırlanması aşamasında tarafların anlaşması nedeniyle geri çekilmektedir.

Şartname, taraflarca imzalanması veya taraflardan birinin imzalamaması halinde Mahkeme tarafından onaylanmasını takiben yürürlüğe girer. Tahkim Kurulu, bu süreçte uyuşmazlık konusu ile ilgili araştırmalarını sürdürür. Aynı zamanda Kurul tarafların iddia, savuma ve iddialara karşı cevaplarını da alarak araştırma sürecini kapatır ve nihai kararı vermek için çalışmaya başlar. Tahkim Kurulu, verilecek nihai kararın mahkemeye sunulacağı zaman Sekreteryaya bildirir. Nihai karar, şartnamenin taraflarca imzalanması ve mahkeme tarafından onaylanmasını takip eden 6 ay içinde verilir. Bu süre, mahkeme tarafından uzatılabilir.

Taraflar ve hakemler, tahkim süresince uygulanacak prosedür kurallarını belirlemekte serbesttirler. Ancak bu tespit yapılırken uygulanması zorunlu veya gerekli

hükümler de göz önünde bulundurulur. Örneğin taraflar, araştırmanın kapsamının genişletilebilmesi veya sorgulamanın yapıp yapılmayacağı konusunu belirlemek durumundadırlar. Tahkim Kurulu en kısa sürede, elverişli tüm yöntemleri kullanarak dava konusunun açık ve net bir şekilde ortaya konması yönünde çalışır. Taraflar, dinlenebilme hakkına sahiptir. Kurul bu süreçte, daha fazla delil elde etmek amacıyla uzman veya şahit davet edebilir, uyuşmazlık tarafları dışında bir başka tarafın çağrılmasına karar verebilir.

Taraflar tahkim davasında kullanılacak dili tespit etmekte serbesttirler. Tahkim sürecinde kullanılacak dil konusunda taraflar bir anlaşmaya varamazlar ise Tahkim Kurulu, bu süreçte kullanılacak dil veya dilleri belirler (Esin, Lew, Wegen, 2003:12).

ICC Kuralları bu süreçte, Tahkim Kurulu'na geçici veya koruyucu tedbirler alma yetkisi vermektedir (Esin, Lew, Wegen, 2003:15). Bu durum, tarafların herhangi bir yetkili hukuk otoritesine koruyucu veya geçici tedbir için başvurma haklarını etkilemez (Kaplan, 2003:603).

Taraflar arasında olaya uygulanacak hukuk kuralı konusunda bir anlaşma mevcut değilse Tahkim Kurulu, uyuşmazlığa en uygun olacağını tespit ettiği hukuk kuralına başvurur. Bütün tahkim davalarında Kurul, sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari teamülleri dikkate alır. Tarafların bu hususta anlaşmaları halinde Kurul, dostane aracı olarak hareket eder ve kararlarını, hakkaniyet ve iyi niyet kurallarına göre alır.

Tahkim prosedürünün son aşamasını tahkim süreci sonunda verilen karar oluşturmaktadır. Bu son evre iki aşamadan oluşmaktadır.

Tahkim prosedürü kapandıktan sonra Tahkim Kurulu, nihai kararın taslağını incelenmek üzere mahkemeye sunar. Mahkeme taslak karar üzerindeki incelemesini Kurul'un bağımsız yapışım etkilemeden doğrudan olayın özüne ilişkin yapar. Bunun yanı sıra mahkeme, inceleme sürecinde tahkim yerinde uygulanan hukukun getirdiği

zorunlulukların karara yansıtılıp yansıtılmadığını da gözetmek durumundadır.

Nihai karar, mahkeme tarafından onaylandıktan sonra hakemler tarafından imzalanır. Kararın tahkim yerinde ve kararda belirtilen tarihe imzalandığı varsayılır (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:40).

Nihai karar, Sekreteryaya tarafından uyuşmazlık taraflarına bildirilir. ICC tahkiminde birçok davanın karara bağlanması bir yıldan fazla bir süre gerektirmektedir. Bunun ana nedenlerinden biri tahkim sürecinin organizasyonu, inceleme ve araştırmaların zaman almasıdır. Tahkim sürecinde tespit edilmiş olan zaman limitleri mahkeme ve Sekreteryaya tarafından izlenmektedir. Tahkim Kurulu'nun teşkili, mali ve diğer koşulların sağlanmasından sonra tahkim davasında iki önemli zaman kısıtlaması bulunmaktadır. Bunlar, şartnamenin mahkemeye sunulmasındaki iki aylık süre ile nihai kararın verilmesindeki altı aylık süredir. Mahkeme bu süreleri gerektiği takdirde uzatma yetkisine sahiptir (Esin, Lew, Wegen, 2003:16).

Tahkim sürecindeki maliyetler; hakem ücretleri ve giderlerini, mahkeme tarafından belirlenen ICC yönetsel giderlerini, tahkim kurulu tarafından davet edilen bilirkişi ve uzmanların ücret ve giderlerini, uyuşmazlık taraflarınca tahkim nedeniyle karşılanan diğer hukuki maliyetleri, kapsamaktadır (Esin, Lew, Wegen, 2003:19).

Tahkim süreci sonunda, mahkeme tarafından hakemlerin ücret ve giderleri ile ICC yönetsel giderleri tespit edildikten sonra Tahkim Kurulu, nihai kararda toplam tahkim maliyetini de karara bağlar. Kararda, bu maliyetin taraflardan hangisine karşılanacağı veya taraflar arasında hangi oranlarda paylaşılacağı da belirtilir.

Hakem ücretleri uyuşmazlık konusu olayın parasal değerine bağlı olarak, ICC Tahkim Kuralları ekinde yer alan cetvelde belirlenen esaslar doğrultusunda mahkeme tarafından belirlenir. Ücretleri belirlemede mahkeme, hakemlerin çalışmalarını, harcanan

zamanı, süreçlerin hızını ve uyumsuzluğun karmaşıklık boyutunu dikkate alır.

Birim ücretler, hakem sayısı ile çarpılır. Ancak ücretler, bir hakem ücretinin üç katını aşamaz. Olağan dışı durumlarda mahkeme gerektiğinde, hakem ücretlerini ICC Tahkim Kurallarına ekli cetvelde belirlenen sıranın bir alt veya bir üstündeki sıradan tespit edebilir. Uyuşmazlığa konu olan olayın parasal değeri belirlenmemiş ise mahkeme, hakem ücretlerini takdirine bağlı olarak belirler.

Hakem ücretleri, uyuşmazlık konusu miktar arttıkça azalan bir oran seyri izlemektedir . Örneğin, 10 milyon dolarlık bir uyuşmazlık durumunda hakem ücretleri maksimum bu değer %0,616'sı tutarında olurken, 100 milyon dolar tutarında bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde, hakem ücreti olarak ödenecek maksimum oran, uyuşmazlık konusu değer %0,112'si olarak belirlenmiştir.

ICC Tahkim Sürecinde Hakemlere Ödenecek Ücretler Uyuşmazlık Konusu Toplam Miktar (ABD Doları) (www.iccwbo.org, Erişim tarihi ; 13.04.2008)

Hakem Ücretleri	Minimum	Maksimum
50.000'e kadar	2.500 \$	17,00%
50.001-100.000 arası	2,00%	11,00%
100.001-500.000 arası	1,00%	5,50%
500.001-1.000.000 arası	0,75%	3,50%
1.000.001-2.000.000 arası	0,50%	2,75%
2.000.001-5.000.000 arası	0,25%	1,12%
5.000.001-10.000.000 arası	0,10%	0,62%
10.000.001-50.000.000 arası	0,05%	0,19%
50.000.001-80.000.000 arası	0,03%	0,14%
80.000.001-100.000.000 arası	0,02%	0,11%
100.000.000 üzeri	0,01%	0,06%

Hakemlerin yaptıkları masraflar da mahkeme tarafından yönetilmektedir. Hakem giderleri seyahat, konaklama, barınma, yemek, kurye hizmetleri, duruşmalar nedeniyle hakemler tarafından yapılan diğer masrafları kapsamaktadır.

Yönetmelik giderler, tahkim davasının ICC Tahkim Mahkemesi tarafından yönetilmesi nedeniyle talep edilen ücreti ifade etmektedir. Tahkim talebi ile birlikte ödenen 2500 dolar, ICC yönetmelik giderleri için ödenmektedir. Bu miktar geri ödenmediği için kayıt ücreti veya dosya ücreti olarak da adlandırılmaktadır. Bu tür giderler, mahkeme tarafından Ek'te yer alan cetvel esasları doğrultusunda belirlenmektedir. Uyuşmazlığın parasal miktarı belli değil ise mahkeme yönetmelik giderleri kendisi takdir eder. Olağan dışı durumlarda mahkeme, cetvelde belirlenen değerlerin bir alt veya bir üstündeki basamağına ait değerden yönetmelik giderleri belirleyebilir.

Yönetmelik giderlere ilişkin aşağıdaki tabloda görüldüğü üzere uyuşmazlık konusu miktara bağlı olarak yönetmelik giderler, oransal olarak azalan bir seyir izlemekte ve üst limit olarak 88.800 dolar aşmamaktadır.

Tahkim Kurulu tarafından uzman veya bilirkişi görevlendirilmesi durumunda Kurul, bu kişilerin ücret ve giderlerini de belirler. Uzman veya bilirkişi ücret ve giderlerinin uyuşmazlık taraflarınca ödenmesinden ve bu ödemelerin idaresinden Kurul sorumludur. Uzman veya bilirkişinin maliyeti ICC tarafından talep edilen ödeme içinde yer almaz. Uyuşmazlık taraflarınca tahkim nedeniyle üstlenilen hukuki temsil ve benzeri maliyetleri kapsamaktadır. Bu tür maliyetler, Tahkim Kurulu'nca verilen nihai kararda yer alan maliyetler içerisinde gösterilirler.

ICC ön ödeme sistemi, hakemlerin ve kurumun ücret ve giderlerini karşılayarak tahkim sürecinin devamını sağlamak amacıyla kurulmuş bir sistemdir. Yapılan bu ön ödemeler uzman ve bilirkişi ücret ve giderleri ile hukuki diğer giderleri

kapsamamaktadır. Ön ödemeler üç şekilde düzenlenmiştir:

Yönetmelik giderlere ilişkin yapılan ilk ön ödeme, tahkim talebinde bulunan tarafça tahkim talep yazısı ile birlikte yapılan 2.500 dolarlık ödemedir.

Tahkim talebinin incelenmesinden sonra Genel Sekreter, şartname düzenleninceye kadar ki tahkim sürecindeki maliyetleri karşılaması düşünülen geçici bir ön ödeme yapılmasını tahkim talebinde bulunan taraftan ister.

ICC Tahkiminde Yönetmelik Giderler -Uyuşmazlık Konusu Miktar Yönetmelik Giderler

(www.iccwbo.org, Erişim tarihi ; 13.04.2008)

50.000'e kadar	2.500 \$
50.001-100.000 arası	3,50%
100.001-500.000 arası	1,70%
500.001-1.000.000 arası	1,15%
1.000.001-2.000.000 arası	0,70%
2.000.001-5.000.000 arası	0,30%
5.000.001-10.000.000 arası	0,20%
10.000.001-50.000.000 arası	0,07%
50.000001-80.000.000 arası	0,06%
80.000.000 üzeri	88.000 \$

Bu avans; cetvelde belirlenen yönetmelik giderlerin, cetvelde yer alan en düşük hakem ücretinin, şartnamenin düzenlenmesi nedeniyle Tahkim Kurulu tarafından talep edilecek karşılanabilir giderlerin, toplamından fazla olamaz. Bu hesaplamalar, tahkim talebinde bulunan tarafın iddiaları esas alınarak yapılır. Geçici avans miktarı, tüm tahkim süresince yapılan ön ödeme miktarlarının %25'i ile %35'ini oluşturmaktadır.

Mahkeme, iddia ve karşı iddiaları hesaba katarak, tahkim talebinde bulunan taraf ile cevap veren tarafça eşit miktarda ödenecek maliyete ilişkin ön ödeme miktarını

belirler. Tahkim talebinde bulunan tarafça daha önce ödenen 2.500 dolarlık kısım payından düşülür. Mahkeme tarafından belirlenen bu avans miktarı tüm tahkim süreci için hesaplanmaktadır ve prosedürün herhangi bir aşamasında revize edilebilir.

Taraflardan birinin payına düşen miktarı ödememesi halinde ödeyen taraf, diğeri namına da ödeme yapması için davet edilebilir (Akıncı, 2003:161).

II.3.2.6.ICC Tahkim Öncesi Hakemlik

Tahkim öncesi hakemlik⁴⁸ prosedürü için düzenlenen kurallar, 1 Ocak 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu prosedür tarafların, uyuşmazlığa ilişkin acil ve geçici önlemler alabilmek amacıyla bir hakeme başvurmalarına yöneliktir. Taraflar arasındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve acilen çözümlenmesi gereken sorunlar, tarafların uzmanlığında ve tarafsızlığında müştereken anlaştıktan üçüncü bir kişinin geçici olarak müdahalesini gerektirebilmektedir. Bu durumda geçici de olsa üçüncü kişinin müdahalesi, daha büyük sorunların ortaya çıkmasına ve sözleşmenin daha başında ifasının imkansızlığı sebebiyle geçersiz olmasına engel olan bir çözüm yoludur.

Taraflar, hakemi kendileri seçer. Aksi takdirde hakem, ICA başkanı tarafından seçilir. Hakem kararları, Tahkim Kurulu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, tarafları bağlayıcı niteliktedir. Tahkim öncesi hakemlik prosedürüne başvurabilmek için uyuşmazlık tarafları arasında bu konuda yazılı bir anlaşmanın bulunması gerekir.

Tahkim öncesi hakemlik prosedürü, sözleşmeden doğan ilişkiler esnasında ortaya çıkan sorunlara hızlı bir şekilde çözüm üretebilmek amacıyla oluşturulmuştur. Bu sürecin nitelikleri şöyle sıralanabilir:

- Sözleşmeden doğan bir süreçtir.
- Acil önlemlerin alınması gereken durumlar için uygun bir prosedürdür.

48 ICC Pre-Arbitral Refree Procedure

- Kısa sürede sonuçlanan hızlı bir süreçtir.

- Hakem veya bir başka yetkili mercii (Mahkeme veya Tahkim Kurulu) farklı şekilde karar almadıkça bu süreçte alınan tedbir ve kararlar taraflar açısından bağlayıcıdır.

Tahkim öncesi hakemlik, içinde uzun dönemli işlemleri barındıran sözleşmelerin uygulanmasında ortaya çıkacak ve mahkeme veya Tahkim Kurulu'ndan gerekli zamanda karar elde edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda kullanılan bir prosedürdür (Akıncı, 2003:159). Bu tür durumlarda süreç, ortaya çıkan soruna yönelik hızlı çözüm üretebilecek bir hakem tayin edip, hakemi soruna ilişkin elde edilmiş bulguların tetkiki, kaydı, korunması ve soruna ilişkin bağlayıcı karar verme yetkisi ile donatmaktadır.

Bu süreçte kullanılacak hukuk kurallarının tanınması ve kabul edilmesi bir ülkeden diğerine uygulanmakta olan hukuk açısından farklılık göstermektedir. Dolayısıyla bu prosedüre müracaat edecek tarafların, olaya uygulanacak hukuk kurallarına uyacaklarını beyan etmeleri gerekmektedir.

Tahkim öncesi hakemlik sürecinde hakemlerin yetkileri şunlardır:

- Sözleşme taraflarından birinin doğrudan veya onarılamaz zararını önlemek için acilen gerekli ve sorundan önceki duruma dönülmesi yönünde ciddi tedbir kararları vermek,

- Tarafların haklarını ve mülki varlıklarını korumak,

-Taraflardan birinin diğerine veya başka bir şahsa yapacağı parasal ödemeleri tespit etmek,

- Sözleşmeye dayanan belgelerin sunulması, imzalanması ve dağıtılması gibi işlemlerde tarafların atacağı adımları belirlemek,

- Elde edilen bulgu ve kanıtların değerlendirilmesi ve korunmasına yönelik

önlemler almak.

Bu yetkiler, taraflar arasında yapılacak yazılı bir anlaşma ile değiştirilebilmektedir. Taraflarca yazılı olarak başka şekilde kararlaştırılmamış ise hakem (referee), tahkim hakemi (arbitrator) gibi görev yapamaz. Hakem, taraflarca istenenin dışındaki bir konuda karar veremez.

Tahkim öncesi hakemlik prosedürünü kullanma yönündeki anlaşmanın yazılı olması gerekmektedir. Hakem tayin edilmesini isteyen taraf, talep yazısının ekleri ile birlikte iki nüshasını Sekreteryaya göndermek zorundadır. Aynı şekilde, karşı tarafı da bu durumdan haberdar etmesi gerekmektedir. Talep yazısı ile birlikte dosya açılabilmesi için 1.500 dolar ödenir. Talep, taraflarca üzerinde anlaşılan herhangi bir dilde veya böyle bir anlaşma yoksa tahkim öncesi hakemlik prosedürünün kullanılacağına ilişkin anlaşmanın dilinde yapılır. Talep yazısı şu öğelerden oluşmaktadır:

- Tarafların adı, adresi ile taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kısa olarak tanımı,
- Talebin dayanağını oluşturan anlaşmanın bir örneği,
- Talep edilen hususlar ve bunların hakem yetkileri dahilinde çözülebileceğine ilişkin dayanakların açıklanması,
- Taraflarca anlaşılmış ise hakemin adı,
- Mesleki ve teknik nitelikleri, uyrukluğu, kullanılacak dili de içeren hakem tayinine ilişkin bilgiler,
- Talebin gereken diğer taraflara da gönderildiğine ilişkin kanıtlayıcı belgeler.

Karşı taraf, talebi aldıktan sonra 8 gün içinde Sekreteryaya yazılı cevap vermek ve cevabın bir örneğini talepte bulunan taraf ile varsa diğer taraflara da göndermek zorundadır.

Hakem, talepte bulunulmadan önce veya sonra taraflarca anlaşma yoluyla

seçilebilir. Seçilen hakemin adı ve adresi Sekreteryaya bildirilir. Cevabın alınmasından veya 8 günlük sürenin sona ermesinden sonra ilk bakışta (prima facie) taraflar arasında bir anlaşma olduğu kanıtlanınca ICA Başkanı, üzerinde anlaşılmış olan hakemi tayin eder (Özsunay, 2003:272).

Hakem atanınca Sekreteryaya, tarafları bu konuda bilgilendirir ve dosyayı hakeme iletir. Bu aşamadan sonra sunulacak dokümanların, bir örneği Sekreteryaya olmak üzere taraflarca doğrudan hakeme iletilmesi gerekmektedir. Taraflardan birinin atanan hakeme itiraz etmesi durumunda nihai kararı, ICA Başkanı verir. Hakemlerin,

- Ölümü veya görevini yerine getirememesi,
- Hakkındaki itirazın geçerli olması,
- ICA Başkanı'nın, görevini tahkim öncesi hakemlik kuralları doğrultusunda ve

zamanında yerine getiremediğine karar vermesi,

durumlarında yerine bir başka hakem atanabilir. Bu durumda yeni hakem, prosedüre yeniden başlar. Hakemler konusundaki atama, itiraz veya yer değiştirme işlemleri açıklanmaz.

II.3.2.6.1. ICC Tahkim Öncesi Hakemlik Süreci

Hakemlik süreci, karşı tarafın talep yazısına cevabı ile başlar. Yetki alanı ile ilgili kararları hakemin kendisi alır ve süreci, kendisine tarafların anlaşmalarında ve tahkim öncesi hakemlik kurallarına bağlı olarak verilen yetki sınırları içinde yönetir. Geçici önlem için görev belgesinin hazırlanmış olması gerekli değildir. Geçici önlem gerekçeli bir emir (order with reasons) sağlanacağı gibi bir kararla da (award) sağlanabilir (Esin, Lew, Wegen, 2003:15).

Hakem süreç boyunca, taraflarca kendisine sunulan belge ve bilgileri inceler. Gerekli gördüğünde konuya ilişkin daha geniş inceleme ve soruşturma için tarafları

bilgilendirir. Soruşturma ve inceleme kapsamında sözleşmenin uygulandığı yerleri ziyaret eder, uzman raporlarını inceler, uyuşmazlıkla ilgili bulunduğu kişileri dinler. Bu araştırma ve soruşturmanın sonuçları yorumları alınmak üzere taraflara bildirilir.

II.3.2.6.2.ICC Tahkim Öncesi Hakem Kararı

Hakem tarafından alınan kararlar gerekçeleri ile birlikte Sekreteryaya gönderilir. Hakem kararını, dosyanın kendisine ulaşmasını takip eden 30 gün içinde verir. Bu süre, Başkan tarafından kendi inisiyatifi ile veya hakemin talebi üzerine uzatılabilir. Hakem kararları, Sekreteryaya tarafından uyuşmazlık taraflarına bildirilir ve sadece tarafları bağlar.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya herhangi bir uyulması zorunlu hüküm yok ise taraflarca yapılan tüm sunumlar, bildirimler veya tahkim öncesi hakemlik prosedürü için hazırlanan tüm dokümanlar gizli kalır. Hakem, Sekreteryaya tarafından uyuşmazlık taraflarına bildirilmeden kararlarını açıklamaya veya kararlarına yönelik ek gerekçeler sunmaya zorlanamaz. ICC veya çalışanları, Başkan veya yardımcıları ve hakemler, kurallar ile ilgili herhangi bir ihmal veya hareketten dolayı oluşacak zarar veya kayıptan sorumlu tutulamazlar. Ancak, hakem bilinçli ve kasıtlı olarak yaptığı hukuk dışı hareketlerin sonuçlarından sorumludur (Ormanoğlu, 2004: 141).

II.3.2.6.3.ICC Tahkim Maliyetleri

Tahkim öncesi hakemlik prosedürünün maliyetleri şu öğelerden oluşmaktadır: Yönetsel giderler, hakem ücretleri ve giderleri, uzman maliyetleri. Yönetsel giderler karşılığında alınan miktar geri ödenmemektedir. Bu giderler, kuralların gerektirdiği ve ICC tarafından sunulan idari hizmetlerin karşılığı olarak alınmaktadır. Hakem ücret ve giderleri, ICA Genel Sekreteri tarafından belirlenmektedir.

Maliyetlerin uyuşmazlık taraflarından hangisine ne oranda karşılanacağı

hakem kararında belirtilir. Dosyanın açılabilmesi için 1.500 dolar yönetsel giderlerin, 2.500 dolar hakem ve uzman ücretlerinin karşılığı olarak toplam 4.000 dolar avans alınmaktadır. Maliyetler için ödenmesi gereken avans miktarı, talepte bulunan tarafça ödenmektedir. Bu miktar ödenmedikçe hakem kararları taraflara iletilmez ve geçerli olmaz.

II.3.2.7. Geçici Tahkim Davalarında Atama Otoritesi Mercii Hizmeti

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların tahkim ile çözümü yollarından bir diğeri de Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından oluşturulan tahkim kurallarını kullanmaktır. Uyuşmazlık taraflarının UNCITRAL tahkim kurallarını kullanma yönünde seçim yapmaları ve hakem atama otoritesi olarak tercih etmeleri halinde ICC, tahkim prosedürünü yönetmek için atama otoritesi olarak görev yapmaktadır.

UNCITRAL Tahkim Kuralları, BM Güvenlik Konseyi tarafından tüm dünyadaki iş çevrelerince kullanılabilmesi için önerilmiş ve 1976 yılında kabul edilmiştir. Bu kurallar, uluslararası ticari ilişkiler bağlamında geçici (ad hoc) tahkim için hazırlanmıştır ve tarafların anlaşamadıkları durumlarda hakemleri tayin edecek otoriteyi belirleme konusunu düzenlemektedir (Ormanoğlu, 2004:142).

Bu anlamda ICC, UNCITRAL tahkimim seçen uyuşmazlık taraflarına, yetenekli ve ehil hakem tayini konusundaki tecrübesi ile yardımcı olmaktadır. ICC, otorite tayin mercii olarak seçildiği zaman yetenekli ve tecrübeli hakemlerin listesini hazırlar ve taraflara sunar. Bu nedenle yalnızca profesyonel, iş yaşamında belli bir kariyeri olan ve öncelikle hakem olarak kapasitelerini kanıtlamış olan kişiler ICC tarafından liste hazırlama aşamasında dikkate alınır. Seçimler, ayda iki kez toplanan üç üyeli komite tarafından yapılır. Komite'ye ICA Başkanı veya Başkan Yardımcısı başkanlık eder.

Tek hakemler veya üç üyeli kurullarda başkanlık yapacak olan üye, uyuşmazlık taraflarının tabiiyeti dışında bir devletin vatandaşları arasından seçilir. Üç üyeli kurullarda

tarafardan birinin yardımcı hakemi atamakta başarısız olması durumunda ICC, yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf adına hakem adayı gösterir. Adayın yansız ve bağımsız olması sağlanır. Hakemler konusundaki tereddütler ICA tarafından karara bağlanır.

Taraflar, hakemlerce talep edilen ücret ve bu ücretlere ait peşinatlar hakkında ICC'den bir açıklama isteme hakkına sahiptirler. Taraflardan birinin ve Tahkim Kurulu'nun talep etmesi durumunda ICC, toplam tahkim maliyeti ve ücretler belirleninceye kadar ödenen peşinattan tutabilir. Atama otoritesi olarak ICC'ye yapılacak başvurular için 2.500 dolar ödenmesi gerekmektedir.

Üç hakem tayininin gerekli olduğu durumlarda taraflardan her biri bir hakem atamak durumundadır. Ancak taraflardan biri hakem tayin etmez ise diğer taraf, aday gösterme işleminin taraflarca seçilen tayin otoritesi tarafından yapılmasını isteyebilir. UNCITRAL Kuralları'na göre bu durumda ICC, UNCITRAL Komitesi vasıtasıyla takdir yetkisini kullanarak, ikinci hakemi tayin eder.

UNCITRAL Kuralları'na göre, bütün hakemler bağımsız ve yansız olmak zorundadır. Hakemlerin bağımsızlığı veya yansızlığı hakkında oluşabilecek haklı kuşku ve tereddütler nedeniyle hakemler değiştirilebilirler. Bu tür durumlarda karar, otorite tayin mercii tarafından verilir. ICA, üyelerinden birinin raporu doğrultusunda yapacağı Genel Kurul oturumu vasıtasıyla bu görevini yerine getirmektedir.

Hakemlerden birinin ölümü, istifası veya çekilmesi, tahkim davasını yürütemeyecek olması veya hakkındaki tereddüt ve kuşkuların devam etmesi halinde vekil hakemler atanırlar. Bu gibi durumlarda ICC, UNCITRAL Tahkim Kuralları doğrultusunda vekil hakem tayinini yapar.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre hakem ücretleri, tahkime konu olayın

parasal değeri, olayın karmaşıklığı, hakemler tarafından harcanan zaman ve diğer ilgili koşullar dikkate alınarak belirlenmektedir. ICC, kendi tahkim kuralları doğrultusunda hakem ücretlerinin minimum ve maksimum miktarlarını belirleyen bir cetvele sahiptir. Taraflardan birinin talebi üzerine ICC, danışma mahiyetinde UNCITRAL Komitesi aracılığı ile hakem ücretleri hakkında görüş vermektedir. Ayrıca taraflardan birinin talebi halinde ICC, UNCITRAL Komitesi vasıtasıyla ödenecek peşinat ve ek peşinat miktarı konusunda da görüş vermektedir.

II.3.3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

UNCITRAL Arbitration Rules Çeşitli ülkelerin hukukçuların görüşü alınarak hazırlanarak UNCITRAL'in 15 Aralık 1976 tarihli Genel Kurulunun 31/98 sayılı kararı ile kabul edilmiş, tahkim kuralları; ticari anlaşmazlıkların çözümünde hakemlik müessesesine başvurmaya rıza gösteren taraflara, tahkim davasının usulüne ilişkin olarak kapsamlı bir kurallar bütünü sağlamaktadır (Birsell, Budak, 1997:201). Bu kurallar, uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanan ihtilafların çözülmesi usullerinden biri olarak tahkimin; farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sistemlere sahip olan ülkelerde uygulanabilecek şekilde esnek olmasını hedeflemiştir. Bu nedenle, kurumsal tahkimde olduğu gibi yeknesak bir kural demeti yerine, uluslararası ekonomik münasebetlerin uyumlu bir biçimde gelişmesine daha da katkıda bulunacağı göz önüne alınarak, ad hoc (özel seçilmiş) tahkim sistemi benimsenmiştir (Emek,2006).

Komisyon, BM Genel Kurulu tarafından seçilmiş olan 36 üye ülke devletin temsilcilerinden oluşmaktadır. Komisyon üyeleri altı yıllık dönemler için seçilmekte ve her üç yılda bir üyelerin yarısı yenilenmektedir. Komisyon bünyesinde altı çalışma grubu yer almaktadır. Komisyon üstlenmiş olduğu görevleri bu çalışma grupları vasıtasıyla yerine getirmektedir. Çalışma gruplarının görev alanları; özel sektör tarafından finanse edilen

altyapı projeleri, uluslararası tahkim ve arabuluculuk, taşımacılık hukuku, elektronik ticaret, iflas hukuku ve ticari güvenlidir.

Komisyon'un çalışma yöntemi yıllık toplantılar şeklindedir. Ayrıca oluşturulan çalışma grupları da yılda bir veya iki kez toplanarak görev alanlarına giren konulara ilişkin çalışmalar yapmaktadırlar. BM'nin diğer üye devletleri ile ilgili uluslararası kuruluşlar, Komisyon toplantılarına gözlemci statüsünde katılabilmektedirler.

Uluslararası ticaret kavramı burada sözleşmeye bağlı olsun veya olmasın sınırlı bir şekilde değil, ticari nitelik taşıyan tüm ilişkileri kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Böylece mal ve hizmet arzı veya değişiminden kaynaklanan ilişkiler, dağıtım anlaşmaları, ticari mümessillik veya acentalık, faktoring, finansal kiralama, danışmanlık hizmetleri, mühendislik, müteahhitlik, yatırım, bankacılık, sigortacılık, kamusal malların işletilmesi ve imtiyaz sözleşmeleri, joint-venture gibi endüstriyel işbirlikleri, mal ve insan taşımacılığı gibi ticari özellik gösteren tüm ilişkiler bu kavram içerisinde yer almaktadır. Geniş anlamda uluslararası yatırımları da kapsamı nedeniyle UNCITRAL'in ticari anlamda yaptığı düzenlemeler ve bu alanda aldığı kararlar uluslararası yatırımlara da uygulanabilmektedir. Bu anlamda, Komisyon uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda da çalışmalar yapmış, uluslararası tahkim mekanizmasına ilişkin UNCITRAL Model Kanunu ile UNCITRAL Tahkim Kuralları'nı geliştirmiş ve uygulamaya koymuştur.

Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Kanun Örneği (UNCITRAL Kanun Örneği), New York ve Cenevre Sözleşmeleri'nden farklı olarak, bir milletlerarası antlaşma değildir. İsminden de anlaşılacağı üzere, UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir.

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) de Ad Hoc Tahkim Kuralları incelenmektedir. UNCITRAL tahkim kurallarının ICSID ve ICC'den temel farkı hakem heyetinin ad hoc (özel seçilmiş) olması, yani tahkimi yöneten bir kurumun bulunmamasıdır. Taraflar bu tahkim türünde hem hakemlerin atanması hem de hakemlerin uyacakları kuralları belirlemede önemli bir yetkiye ve esnekliğe sahiptir. Bu üç tahkim türü, diğer uluslararası tahkim kurumlarıyla karşılaştırıldığında, uluslararası ticarete en çok başvuru mekanizmadır (Emek, 2006).

Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni kendi resmi dillerine tercüme etmek suretiyle bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kendi hazırlayacakları bir kanun tasarısında, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler (Birsal, Budak, 1997:201-202).

Komisyon ayrıca, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nı benimseyen tahkim kuruluşlarına ve bu kurallar doğrultusunda atama otoritesi olarak görev yapan tahkim kuruluşları ve diğer kuruluşlara, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre yönetilen tahkim süreçlerinde kullanılacak idari, teknik ve sekreteryaya hizmetlerini içeren bir tavsiye paketi hazırlamıştır. 1996 yılında tahkim süreci hazırlığı hakkında notlar hazırlanarak tahkim uygulayıcılarına, tahkime konu olan olayların bir listesi sunularak bu süreçte tahkim kurullarının verdikleri kararlar ve bunların dayanakları ortaya konmaya çalışılmıştır.

UNCITRAL Tahkim Kurallarında MTO 'da olduğu gibi kurumsallaşmış bir tahkim ve buna ilişkin düzenlemeler yoktur. Burada sadece ad-hoc tahkim için kurallar bulunmaktadır (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:65).

Komisyon kurulmadan önce kabul edilmiş bulunan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkındaki New York Sözleşmesi de içeriği

açısından Komisyon'un çalışma alanına girmekte ve bu çalışmaların tamamlayıcı bir parçasını oluşturmaktadır (Dayınlarlı, 2000:41).

II.3.3.1. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve Tahkim Süreci

15 Aralık 1976 tarihinde BM Genel Kurulu'nun 31/98 sayılı Kararı ile kabul edilen UNCITRAL Tahkim Kuralları, ticari alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne yönelik olarak geniş kapsamlı prosedür kuralları oluşturmak düşüncesi sonucu ortaya çıkan kurallardır. Bu kurallar, genellikle geçici (ad hoc) tahkim süreçlerinde kullanılmakla birlikte kurumsal tahkim süreçlerinde de kullanılabilir (Ersoy, 1999:19). UNCITRAL Tahkim Kurallarının uyuşmazlık konusuna uygulanabilmesi için uyuşmazlık tarafları arasında var olan anlaşma veya sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması gerekmektedir (UNCITRAL Kuralları, m. 3). Tahkim şartı adı verilen bu hüküm uyarınca taraflardan birinin başvurusu veya ortak şekilde başvuru üzerine UNCITRAL tahkim süreci başlar (Ormanoğlu, 2004:147).

Aralarında ortaya çıkan uyuşmazlık nedeniyle tahkime gitmek isteyen taraf, diğer tarafa bir tahkim bildiriminde bulunur. Tahkim süreci, tahkim bildiriminin karşı tarafça alındığı gün başlamış kabul edilir. Tahkim bildiriminde;

- Uyuşmazlığın tahkime götürülmesi talebine,
- Uyuşmazlık taraflarının adlarına ve adreslerine,
- Tahkim şartına veya ayrı bir tahkim anlaşmasına yapılacak olan atıfa,
- Uyuşmazlığın ortaya çıktığı sözleşmeye yapılacak atıfa,
- İddiaya, iddiaya ilişkin açıklamalara ve uyuşmazlık miktarına ilişkin kanıtlara,
- Eğer varsa, talep edilen hukuki yardım ve çözümlere,
- Taraflarca daha önceden anlaşılmamış ise hakem sayısı hakkındaki öneriye,

yer verilmiş olmalıdır. Bununla birlikte, bildirimde tek hakemin atanması ve hakem atama otoritesinin tespitine ilişkin önerilere de yer verilebilir (Emek, 1999b).

Uyuşmazlık tarafları seçecekleri kişiler tarafından temsil edilebilir ve onlardan yardım alabilirler. Bu durumda temsil edilen taraf, temsilcilerinin isim ve adresleri ile yetkilerini karşı tarafa bildirir. Bildirimde ayrıca, bu kişilerin temsil veya yardım amacıyla tayin edildiğinin açıkça belirtilmiş olması gerekir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:43-46).

II.3.3.2. Tahkim Kurulu'nun Oluşturulması

Tahkim Kurulu, tek veya üç hakemin atanmasından sonra oluşur. Tek hakemin tayin edilmemesi veya tayin edilememesi hallerinde üç hakemli Tahkim Kurulu teşkil edilir. Kurul, Tahkim Kurallarını eksiksiz uygulamakla, taraflara eşit şekilde davranmakla ve tarafların kendilerini savunmalarına ve iddialarını ortaya koymalarına imkan vermekle yükümlüdür (UNCITRAL, m. 5).

Tarafların önceden anlaşmamış olmaları halinde ve tahkim bildiriminin karşı tarafa ulaşmasından itibaren 15 gün içinde uyuşmazlık taraflarının tek hakem tayininde anlaşmamaları halinde uyuşmazlığın çözümü için üç hakem tayin edilir.

Tek hakem tayin edilecek ise her iki taraf da kendi hakemini ve onu tayin edecek otorite önerilerini birbirine sunar. Taraflar, önerileri aldıkları tarihten itibaren 30 gün içinde atanacak tek hakem üzerinde anlaşma sağlayamazlarsa hakemi, atama otoritesi belirler. Tarafların atama otoritesini belirleyememesi veya atama otoritesinin, talep edildiği halde hakem tayin edememesi halinde taraflardan birinin Lahey'de bulunan Daimi Tahkim Mahkemesi Genel Sekreteri'nden atama otoritesinin belirlenmesini talep etmesi gerekmektedir (UNCITRAL, m. 6/2).

Hakem atama otoritesinin belirlenmesi ile birlikte bu kurum veya kişi,

uyuşmazlık taraflarına en az üç kişiden oluşan bir hakem listesi gönderir. Gönderilen bu listelerden 15 gün içinde her iki taraf da uygun buldukları isimleri atama otoritesine bildirirler ve tek hakem bu kişiler arasından seçilir. Seçilen hakem, uyuşmazlık tarafları ile aynı milliyetten olamaz (UNCITRAL, m. 6/4).

UNCITRAL kuralları m. 9 ve m. 10 da üç hakemin atanması durumunda uyuşmazlık tarafları birer hakem tayin eder ve bu iki hakem de başkanlık edecek üçüncü hakemi seçerler. Taraflardan birinin hakem tayin edememesi ve üçüncü hakemin tayininde başarısız olunması durumunda hakem atama görevini atama otoritesi yerine getirir (Esin, Lew, Wegen, 2003:123-124).

Hakem değişikliğine, tahkim sürecinde hakemlerden birinin ölümü, istifası, görevini yapamaması, fiili (defacto) ve hukuki (dejure) olarak fonksiyonlarını yerine getirmemesi halinde başvurulur. Bu gibi durumlarda önceki hakem yerine aynı süreç izlenerek yeni bir hakem tayin edilir. Tek veya başkanlık yapan hakemin değişmesi durumunda daha önce yapılan oturumlar tekrarlanır. Diğer hakemlerin değişmesi durumunda ise önceki oturumların tekrarı tahkim kurulunun takdirine bağlıdır (Esin, Lew, Wegen, 2003:127).

Genel olarak tarafların talebi üzerine tahkim sürecinde kurul, sözlü tartışma açabilir, bilirkişi ve şahit dinleyebilir. Böyle bir talep olmaması halinde kurul, sürecin oturumlar şeklinde veya belgeler üzerinden yürütülmesine karar verebilir. Tarafların kurula sundukları bilgi ve belgelerin bir örneğini diğer tarafa da sunma zorunlulukları vardır (UNCIRAL, m. 15).

II.3.3.3.Tahkim Yeri

Uyuşmazlık taraflarınca tahkim yeri tespit edilmemiş ise Tahkim Kurulu, uyuşmazlığın niteliklerine uygun bir yeri, tahkim yeri olarak belirler (UNCITRAL, m.

16/1). Kurul, tahkim yeri olarak tarafların üzerinde anlaştıkları bir ülkeyi belirleyebilir ve toplantı ve duruşmalarını bu ülkenin herhangi bir yerinde yapabilir. Tahkim süreci sonucunda karar tahkimin yapıldığı yerde alınır (Esin, Lew, Wegen, 2003:128).

II.3.3.4. Tahkim Dili

Uyuşmazlık taraflarının anlaşmasına bağlı olarak Tahkim Kurulu, tahkim sürecinde kullanılacak dil veya dilleri belirler (UNCITRAL, m. 17/1). Böylece yapılacak iddia ve savunmalar, yazılı olarak sunulacak bildirimler ve sözlü oturumlarda belirlenen bu dil veya diller kullanılır. Orijinal dillerde yapılacak savunma veya belge sunumlarının, belirlenmiş olan dil veya dillere çevirisini de içermesi gerekmektedir (Esin, Lew, Wegen, 2003:128).

II.3.3.5. Tahkim Kurulu Yargılamasına İtiraz

Tahkim Kurulu, tahkim şartı veya tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkındaki itirazları karara bağlama yetkisine sahiptir. Ayrıca kurulun tahkim şartının bulunduğu sözleşmenin varlığı ve geçerli olup olmadığını belirleme yetkisi de bulunmaktadır. Sözleşmenin tamamen geçersiz olduğu yönündeki kurul kararı tahkim şartının, kuralın kendinden işlemesi nedeniyle (ipso jure), geçersizliğine sebep olmaz. Kurul yargı yetkisi hakkındaki itirazları öncelikli konu olarak görüşür (Esin, Lew, Wegen, 2003:136).

II.3.3.6. Tarafların Yükümlülüklerini Yerine Getirmemeleri

Kurul tarafından belirlenmiş olan süre içerisinde davacı tarafın yeterli bir neden göstermeden iddiasını ulaştırmaması halinde Kurul, tahkim sürecinin sonuçlandırılması yönünde karar alır. Davalı tarafın belirlenen sürede savuma bildiriminde bulunmaması durumunda ise Kurul, tahkim sürecinin devamına karar verir (UNCITRAL, m. 34).

Uyuşmazlık taraflarından birinin geçerli bir neden olmadan duruşmalara katılmaması durumunda Kurul, tahkim sürecim devam ettirir. Kurul'un taraflardan talep ettiği kanıtların, belirlenen süre içerisinde sunulmaması halinde karar, istenen kanıtların yokluğunda verilir (UNCITRAL, m. 32).

Kurul oturumları, uyuşmazlıkla ilgili tüm tarafların ve şahitlerin dinlenmesi ve taraflarca başka kanıtların sunulmayacağı Kurul tarafından anlaşılması üzerine kapatılır.

II.3.3.7. Uygulanacak Hukuk

Tahkim Kurulu, uyuşmazlık taraflarınca uyuşmazlığın içeriğine uygun olduğu konusunda anlaşılmış bulunan hukuk kurallarını uygular. Böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde ise Kurul, kanunların çatışmasına ilişkin kuralların belirlediği hukuk kurallarını uygular. Kurul, tarafların açıkça yetki vermesi ve uygulanan hukukun izin vermesi halinde dostane aracı (amicable compositeur) olarak hareket eder ve kararlarını, hakkaniyet ve iyi niyet kurallarına (ex aequo et bono) göre alır. Tüm tahkim davalarında ise Kurul, kararlarını sözleşme koşulları ve olaya uygulanabilir ticari teamüller doğrultusunda verir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:44).

II.3.3.8. Karar

Tahkim Kurulu'nun üç hakemden oluşması durumunda nihai karar ve tahkim süreci içerisindeki diğer Kurul kararları hakemlerin çoğunluğu tarafından verilir. Kurul, nihai kararın yanı sıra geçici ve ara kararlar da alabilir. Kurul'un verdiği nihai kararlar tarafları bağlayıcı niteliktedir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:46). Taraflar kararı geciktirmeksizin uygulamak zorundadır. Karar, ancak taraflar kabul ederse yayımlanabilir. Karar verilmeden önce tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşmaları durumunda Kurul ya tahkim sürecini bitirir ya da tarafların isteği üzerine anlaşma şartlarını nihai karar olarak kaydeder. Bu durumda karar gerekçesiz olarak verilir

(Ormanoğlu, 2004:152).

Nihai kararın alınmasından itibaren 30 gün içinde taraflardan biri, diğer tarafı bilgilendirmek suretiyle Tahkim Kurulu'ndan kararın yorumlanmasını talep edebilir. Karar yorumu, talep tarihini izleyen 45 gün içinde yazılı olarak verilir. Karara ilişkin yorumlar nihai kararın bir parçası sayılır. Kararda yapılan hesaplama, yazım veya baskı hatalarının düzeltilmesi yönündeki başvuru, kararın alımı tarihinden itibaren 30 gün içinde yapılır. Bu yöndeki talepleri kurul, 30 gün içinde karara bağlar. Tahkim sürecinde iddia edilmiş ancak nihai kararda yer verilmesi gerekirken ihmal edilen veya unutulan konuların karara eklenmesi yönünde yapılacak başvurular da Kurul tarafından talep tarihin izleyen 60 gün içinde sonuçlandırılır (UNCITRAL, m. 32).

II.3.3.9. Maliyetler

Heyet tahkim masrafını tespit eder. UNCITRAL m.38 de belirtildiği üzere tahkim masrafı şunları kapsamaktadır :

- 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 Sekreterinin yapmış olduğu harcamalar.

Tahkim masrafları kural olarak davayı kaybeden tarafa aittir. UNCITRAL 40. madde de bununla beraber, hakem heyeti davadaki gelişmeleri dikkate alarak, makul

bulması halinde, masrafları taraflar arasında paylaşırabilir. Tahkim masraflarının toplam tutarı ve içeriği hakem kararında yer alır. Hakem heyeti, oluşturulmasının akabinde, tarafların hakem ücretleri ve diğer tahkim masrafları için münasip bir avans yatırmalarını talep edebilir. UNCITRAL 41 madde de uyuşmazlık taraflarının avans talebini aldıkları tarihten itibaren 30 gün içinde belirlenen avansı yatırmaları gerekmektedir. 30 günün sonunda avansın yatırılmaması halinde kurul tahkim sürecinin kapanması veya ertelenmesi kararı alır (Emek, 1999a).

Tahkim Kurulu'na ait giderler Kurul tarafından uyuşmazlığın parasal miktarı, olayın karmaşıklığı, olay hakkında hakemlerin harcamış oldukları zaman ve diğer durumlar göz önünde bulundurularak belirlenir. İlke olarak, davayı kaybeden taraf bu maliyetleri karşılar. Bunla birlikte Tahkim Kurulu, uyuşmazlık konusu olayın şartlarını dikkate alıp uygun gördüğü takdirde her bir maliyeti uyuşmazlık tarafları arasında dağıtabilir (Kalpsüz, 1990:22).

III. BÖLÜM: ULUSLARARASI TAHKİM VE KAMU HİZMETİ

AÇISINDAN TÜRK KAMU YÖNETİMİNE ETKİLERİ

Bu bölümde, uluslararası tahkimin kamu hizmeti açısından Türk Kamu Yönetimine etkileri değerlendirileceğinden yukarıda anlatılanlar ışığında yabancı kişiler eliyle gerçekleştirilebilecek kamu yatırımlarında kamu imtiyazı ve yap işlet devret (YİD) ve yap işlet (Yİ) modelleri ve bundan doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yolu ile çözümü anlatılacaktır.

Kamu hizmetinin görülüş usullerinden biri kabul edilen kamu imtiyazı, kamu hizmeti, bunları yerine getirirken kullanılan modeller YİD, Yİ modelleri, konu çerçevesinde incelenecektir.

III.1. Kamu Hizmeti ve Kamu İmtiyazı Kavramı

III.1.1. Kamu Hizmeti

Kamu hizmetinin çeşitli tanımları bulunmaktadır. Kamu hizmeti kısaca, bir kamu kurumunun, ya kendisi tarafından, ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet (Gözübüyük, 1999:235) olarak tanımlandığı gibi daha geniş şekilde, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimi ve denetimi altında genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak da tanımlanmaktadır (Varlier, 1996:5). Bir başka tanımda kamu hizmeti, kamu yararının gerektirdiği ihtiyaçları karşılamak üzere yürütülen faaliyetlerdir (Özay, 1992:113). Onar'ın tanımında :

Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından kamu tüzel kişileri veya bunların nezaret ve murakabaları (kontrolleri) altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme hizmeti denilmektedir (Onar, 1952: 13).

Kamu hizmeti, Anayasa Mahkemesinin 1994/71 E sayılı kararına göre devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ve çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Ülke çapında genel (ulusal savunma), yerel (belediye otobüsü) veya bölgesel (demiryolu ulaşımı) veya toplumun belirli bir kesimine (ilköğretim) yönelik verilebilir. Bir hizmetin kamu hizmeti sayılması için, tekel olması veya tümüyle kamu tarafından verilmesi gerekmez, ya da tam tersine, bir hizmet tümüyle özel kesim tarafından verilse bile bir kamu hizmeti olabilir: Çünkü, Anayasa yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir (Soysal, 1999:61).

Kamu hizmeti kamu kesiminde yer alan tüzel kişiler veya özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri tarafından yerine getirilebilir. Bir faaliyetin bir kamu tüzel kişisi tarafından kendi örgüt, araç gereç, personel ve mal varlığı ile yürütülmesi emanet usulü ile gerçekleştirilir.

Kamu hizmetinin bir özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesi usulü ise imtiyaz, ruhsat, iltizam ve müşterek emanet usulleridir (Tan, 1996:32).

Müşterek emanet usulü, bir kamu hizmetinin hasar veya zararı yönetime ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk tüzel kişisine gelir üzerinden pay verilmek sureti ile yürütülmesidir. Yürütülen hizmetin sermayesi idareye aittir. Hizmeti üstlenen kişi bilgi ve emeği ile hizmeti yürütmekte, yaptığı masrafları da hizmetten yararlanan kişilerden elde edilen gelirden bir pay olarak karşılamaktadır. Bu yöntemin uygulaması olarak Osmanlı Devleti döneminde sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi gösterilmektedir. Ancak,

öğretide 3096 sayılı yasaya göre yapılan işletme hakkı devir sözleşmesi de müşterek emanet olarak değerlendirilmektedir (Sezer, 2000:24).

İltizam usulünde, idarece kurulmuş bulunan bir hizmet, önceden kararlaştırılan götürü veya orantılı bir bedel karşılığında özel bir kişi tarafından yürütülmektedir. İltizam usulü ile Osmanlı İmparatorluğu'nda tarım ürünleri vergilerinin toplanması yoluna gidilmiştir. İltizam usulü bugün terk edilmiştir.

Ruhsat (izin usulü), Ülkemizde kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesi usulleri arasında en fazla başvuru alan yöntemlerden birisi de ruhsat (izin) yöntemidir. Bu yöntemde, hizmetin görülmesi konusunda idare ile özel hukuk kişisi arasında bir sözleşme bulunmayıp; aksine, idarenin tek taraflı bir işlemle vereceği izinle özel hukuk kişisi hizmeti yürütebilmektedir. Fakat, özel hukuk kişileri bu hizmetleri yürütürken kamu hizmetinin temel ilkelerine uymak zorundadır. Aksi takdirde izin geri alınması gibi yaptırımlara muhatap olabilirler. Örneğin özel eğitim kurumlarının faaliyetleri ve özel sağlık kuruluşların etkinlikleri bu kategoride değerlendirilen hizmetlerdir. İzin alma suretiyle yürütülen hizmetler üzerinde idarenin sahip olduğu denetim yetkisi, kolluk denetimini aşmış, hizmetin içten denetimi diğer bir ifade ile hiyerarşiye yaklaşan denetim şeklini alır (Özay, 1996:232).

III.1.2. Kamu İmtiyazı

Kamu hizmetinin ilgili yönetim ile aralarında imzalanmış bulunan sözleşmeye dayalı olarak bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yerine getirilmesine imtiyaz usulü adı verilir. Kamu hizmetinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denilmektedir (Günday, 2001:183). Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu

yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır (Yücel, 2005:5-6).

III.2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

Kamu hizmetinin kurulmasını veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir. Anayasa Mahkemesi, 28.06.1995 T., E.1994/71, K.1995/23 ve 09.12.1994 T., E.1994/43, K. 1994/42-2. kararında, bir kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı, kendisine ait olmak üzere, özel hukuk kişilerince yerine getirilmesini imtiyaz ve konusu kamu hizmetlerinin kurulmasını veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelemiştir. Bir diğer kararında da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini, kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan sözleşmeler şeklinde tanımlamıştır (Anayasa Mahkemesi 22.12.1994 T., E. 1994/70, K.1994/65-2).

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesini nitelediği ilk karar olarak kabul edilen 1935 tarihli kararında Danıştay, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini, yardımcı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istidası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukaveleler olarak tanımlamıştır (Karahanoğulları, 2002:323). Daha sonraki Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 13.05.1977 T., E. 1976/456, K. 1977/254 sayılı kararında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, devletin aslen sahibi bulunduğu bir kamu hizmetini başka bir şahsa veya kuruluşa devretmesinden ibarettir. Ancak, bu devir keyfiyeti, kamu idaresi ile kar ve zararı kendisine ait olmak üzere hizmetin yürütülmesini

yüklenen arasında uyuşma sonucunda imzalanan bir akit olduğunu belirtmiştir (Karavelioğlu, 2001:35).

Mahkeme kararlarına göre değerlendirme yapıldığında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri konusunda şu ortak noktalar sayılabilir: İmtiyaz sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesidir. Bu sözleşmeler üzerinde idare, denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. Bu sözleşmelerde hizmeti yapanlara (imtiyaz sahibine) kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınır. Bu sözleşmeler imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kâr ve zararına olarak kurulur ve işletilir. Bu sözleşmelerde imtiyaz sahibine “tahsil hakkı” devredilir. Hizmetten yararlananlardan alınacak bedel veya ücret, esasları yasayla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur. Kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir devre için verilir (Yücel,2005:75).

Bu sözleşmeler aslında özel hukuk sözleşmelerinden farklı, idare hukuku ilkelerine ve kurallarına tabi olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde kamu hizmetini yürütecek olan özel kişi, ki imtiyaz sahibi hizmetten yararlananlardan tahsil edeceği, alacağı ücret ya da gelir karşılığı masrafları, kârı-zararı tamamen kendisine ait olmak üzere belli bir kamu hizmetini kurmakta ve uzun bir süre, işletmekte ya da daha önce idare tarafından kurulmuş olan tesisleriyle kurulmuş olan bir kamu hizmetini işletmektedir (Azrak, 1976:48).

Dolayısıyla bir kamu hizmeti eğer bir sözleşmeye konu yapılacaksa; bir kamu hizmetinin yürütülmesi, işletilmesi, bir sözleşme konusu yapılacaksa bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejime tabi olması doğaldır. Çünkü özel hukuk sözleşmelerinde iki taraf eşit konumdadır, iki taraftan hiçbirisinin iradesine bir başkası karşı tarafa oranla bir ayrıcalık, bir üstünlük tanınmaz ama konusu kamu hizmeti olan, konusu belli bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesi olan bir sözleşme, imtiyaz sözleşmesi

söz konusu olduğunda taraflardan bir tanesi idare öteki taraf özel kişidir.

İdare, kamu yararını temsil eder, kamu yararının sağlanması idarenin amacıdır. Öteki taraf özel kişi özel kişi kuşkusuz özel çıkar ve yararları doğrultusunda böyle bir işe kalkışır. İdare, kamu yararını gözettiği, özel kişi kendi özel çıkar ve yararları doğrultusunda hareket ettiği için kamu yararı kuşkusuz özel çıkar ve yararları üstün sayılır, dolayısıyla bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi söz konusu olduğunda idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen türden üstünlükler ayrıcalıklar tanınmıştır.

İdare karşı tarafın muvaffakatı olsa da olmasa da sözleşme yapıldıktan sonra sözleşmeyi tek yanlı olarak değiştirebilir ve karşı taraf da buna uymak mecburiyetindedir. Çünkü idare kamu hizmetlerine değişen koşul ve durumlara uydurmak uyarlamak durumundadır bu temel bir ilkedir, kamu hizmetine egemen olan temel ilkedir ve dolayısıyla bir imtiyaz sözleşmesi söz konusu olduğunda idare, o kamu sözleşme konusu kamu hizmetinin düzenini değiştirebilir, sözleşmede değişiklik yapabilir, öbür taraf buna uymak mecburiyetindedir. Sözleşmeyi feshedebilir, hatta süresi dolmadan feshedebilir çünkü hizmetin asli sahibi kendisidir, sorumlusu kendisidir (Giritli, Bilgen, Akgüner, 2001:860). Toplumla karşı o hizmeti yürütmekten sorumlu olan yürütme ve idaredir. Sıkı gözetim, denetim ve yaptırım yetkileri vardır. Özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen türden üstünlükler ve ayrıcalıklar, karşı tarafa da gene özel hukuk sözleşmelerinde yani imtiyaz sahibine de gene özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen türden üstünlük ve ayrıcalıklar tanınmıştır (Duran, 1982:439). İmtiyaz sahibi lehine kamulaştırma yapılabilir, imtiyaz sahibi resim ve harçlardan muaf tutulabilir, özel mülkiyette bulunan ya da kamu mülkiyetinde bulunan taşınmazlara el koyabilir, geçici olarak onları işgal edebilir (Günday, 2001:184).

III.2.1. 1980' li Yıllara Kadar İmtiyaz Yönteminin Ülkemizdeki Gelişimi

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olan imtiyaz yöntemi, Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde oldukça geniş uygulama alanı bulmuştur. Mali ve teknik yetersizlik ve tasarruflara bağlı olarak ulusal sermaye birikiminin olmaması nedeniyle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren elektrik, su, telefon, demiryolları ve rıhtımlar gibi pek çok kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi, imtiyaz yoluyla yabancı müteşebbislere bırakılmıştır. Ancak o dönemde, uygulanan bu imtiyaz yöntemine ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin herhangi bir hukuki düzenlemenin bulunmuyor olması, bu yöntemin Osmanlı İmparatorluğu aleyhine ve yabancı müteşebbisler lehine bir uygulamaya dönüşmesine yol açmıştır (Günday, 2001:185).

Bu sözleşmeler topluca değerlendirildiğinde, imtiyazı veren Osmanlı İmparatorluğu lehine bir takım güvenceler öngörülmüş olduğu ve Osmanlı İmparatorluğu'nun ileri sürdüğü bazı şartların kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Sözleşmelerde, imtiyaz sahibinin, sözleşmenin onanmasından itibaren belirli bir süre içerisinde teminat yatırması öngörülmüş; yapılacak işlerin belirli süreler içerisinde tamamlanmaması halinde, idareye yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. Bundan başka, pek çok sözleşmede, imtiyaz sahibi şirketin çalıştıracağı yabancı personel sayısı sınırlandırılmıştır. Nihayet, yabancı gerçek ya da tüzel kişilere imtiyaz verilmekle birlikte, imtiyazın belirli bir süre sonunda bunların kuracakları Osmanlı şirketlerine devri şart koşulmuştur. Bu hükümlerin ciddi güvenceler teşkil ettiği düşünülebilirse de, uygulama bu yönde olmamıştır. Osmanlı İmparatorluğu imtiyaz sahibi şirketlere karşı ılımlı davranmış; sözleşmelerden doğan yetkilerinin çoğunu kullanmamıştır. Bunun en önemli nedeni, bu imtiyazlar verilirken, kamu yararı düşüncesinden çok, yabancı devletlerin diplomatik ve mali baskılarının etkili olmuş olmasıdır. Osmanlı imtiyazlarında, kamu yararının böylesine

geri planda kalmasının ardında yatan bir başka neden de, bu günkü anlamda kamu hizmeti anlayışının yerleşmemiş olmasıdır. Osmanlı İmparatorluğu, imtiyaz sözleşmelerine kamu hizmetlerini gördürmenin bir yöntemi olmaktan çok, bir gelir aracı olarak bakmıştır (Öztürk, 2000:37-41).

Ancak imtiyaz yönteminin devlet aleyhine kullanılmaya başlanan bir olgu olarak belirmesi rahatsızlık yaratmış ve bu yöntemin uygulanmasını kapsayan bir kanuni düzenlemeye gidilmiştir. Bu amaçla, II. Meşrutiyet'in ilanından hemen sonra 1910 tarihli 1326 Sayılı, Menafi-i Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Kanun, kamu hizmetlerine ilişkin imtiyazların sadece Türk anonim şirketi statüsündeki şirketlere verileceğini hükme bağlamıştır. Böylece, yabancılara artık imtiyaz yöntemiyle belli kamu hizmetlerinin gördürülmesi yolu kapatılmıştır (Aslan, Arat, 2005:23).

Cumhuriyet'in kurulmasından sonraki yıllarda, izlenen devletçi politikanın da bir gereği olarak, bu imtiyazların tümü, satın alınmak (rachat) suretiyle sona erdirilmiş bu yolla görülmekte olan kamu hizmetleri de, yeni kurulan kamu kurumlarına görev olarak verilmiştir (Tan, 1995:291). 1924 Anayasası'nda imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay'ın görüşünün alınacağı, daha sonra bu sözleşmelerin 26. madde uyarınca TBMM tarafından onaylayacağı hükmü getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle, kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde son söz, 1924 Anayasası'nda, TBMM'ye bırakılmıştır (Aslan, Arat, 2005:24).

1950'li yıllara kadar imtiyaz yöntemine hiç başvurulmamıştır. 1950'lerden itibaren Demokrat Parti iktidarının liberal ekonomik politikaları doğrultusunda imtiyaz yöntemine tekrar başvurulduğu görülmektedir. Ancak 1950'li yıllardaki imtiyaz uygulaması da az sayıda örnekle sınırlı kalmıştır (Tan, 1996:308).

1961 Anayasası'nda ise TBMM'nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi

kaldırılmış, buna mukabil Danıştay'ın bu konudaki yetkileri artırılmıştır. 1961 Anayasası'nın 140. maddesi ile Danıştay, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemekle görevlendirilmiştir. Böylece Danıştay'ın salt görüş bildirme olan yetki ve görevi bu kez inceleme yetki ve görevine dönüştürülmüştür. Bunun nedeni, 1961 Anayasası ile TBMM'nin kaldırılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini onaylama yetkisini Danıştay'a daha güçlü yetki vererek dengelemek arzusudur (Aslan, Arat, 2005:24).

III.2.2. 1980'lerden Sonraki Durum

1980'li yıllardan itibaren çeşitli yasal düzenlemelerle, büyük finansman gerektiren hizmetlerin devlet yerine özel kesim tarafından gördürülmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Bu dönemde kamu hizmetlerinin yürütülmesinde, piyasacı neo-liberal anlayış doğrultusunda kamu kaynaklarının yetersizliği gerekçesiyle devleti hem yerli hem de yabancı özel sermayeyi imtiyaz yöntemiyle devreye sokarak küçültme isteği ekonomik politikalarda ağırlıklı bir yer teşkil etmektedir.

Türkiye 1980 den sonra yatırımlarının finansmanını genellikle dış borçlarla gerçekleştirmiştir. Oysa bugün gelinen noktada artan dış borç stokundan dolayı ayrıca dünyada yaşanan ekonomik krizler ve ülkede yaşanan siyasi istikrarsızlıklar fon sahiplerini çekingen davranmaya itmiş ve dış kaynak bulmak zorlaşmıştır. Vergi gelirlerinin istenen seviyede olmaması nedeniyle iç borçlanmaya başvurulması sonucunda iç borç stoku da artmıştır. Bunun sonucunda reel faizler yükselmiş ve enflasyon oranları büyümüştür (Kazgan, 1988:340).

Devletin tek başına bu yatırımların finansmanını gerçekleştirmesi pek olası görülmemektedir. Başlangıç yatırım maliyeti çok yüksek olan ve maliyeti karşılayacak nakit girişimlerinin çok uzun döneme yayıldığı altyapı yatırımlarına devlet tarafından yeterli kaynak ayrılması çok zor bir durumdur. Ancak diğer yandan sanayileşme için

önemli girdi niteliğinde olan elektrik, ulaşım, su gibi temel altyapı hizmetlerinin de yerine getirilmesi kesin bir zorunluluktur.

1980 sonrası kurulan hükümetlerin programlarında, özellikle yabancı sermayeye vurgu yapılarak bu durum ortaya konmuştur. Yabancı sermaye yatırımlarının teşviki için karşılıklı menfaate dayalı, güven verici ve istikrarlı bir ekonomik ortamın sağlanması, kalkınma hızının artırılması ve işsizliğin azaltılması, yabancı yatırımcıların uzun vadeli doğrudan yatırımlara teşvik edilmesi, orta ve uzun vadede elektrik ihtiyacının karşılanmasında yerli ve yabancı özel girişimcinin sektöre daha aktif katılımını sağlama, yatırımlarda yap-işlet devret modelinin kullanımına işlerlik kazandırılması, kamu açıkları ve sıcak para girişine dayalı büyüme modeli yerine, verimlilik artışı, atıl üretim faktörlerinin harekete geçirilmesi, uluslararası ölçekte mal ve hizmet üretimi ile doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının artırılmasına bağlı bir büyüme modeli geliştirilmesi gibi konular 1980 sonrası hükümet programlarında yer almıştır.

Yabancı sermayeyi çekebilmek için 1980'li yıllardan itibaren çeşitli yasal düzenlemelere gidilmiştir, bunlardan birincisi 4 Aralık 1984 yılında çıkartılan 3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Dağıtımını ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'dur (R.G., 19 Aralık 1984-18610).

Daha sonra 1988 yılında 3465 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu, Otoyolu Bakımı, Yapımı ve İşletilmesiyle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 1994'te 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun çıkartılmıştır.

III.2.3. Tahkime Giden Yolda Yapılan Yasal Düzenlemeler

3096, 3465 ve 3996 sayılı kanunlar farklı konularda getirilen farklı tarihli düzenlemeler olmakla birlikte, ortak özellikler taşımakta ve kural olarak, yap-islet-devret

sözleşmesi olarak nitelenebilecek sözleşme ve türleri öngörmektedirler (Öztürk, 2000:128).

3096 Sayılı kanun özel hukuk hükümlerine tabii sermaye şirketleri statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi yapacak tesisi kurmak ve bu tesisi işletmekle görevlendirilmesine ya da kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış ve yapılacak olan üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının bu şirketlere yerli ya da yabancı şirketlere devredilmesini öngörmektedir.

3096 sayılı kanun görevlendirilecek şirket ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında bir sözleşme yapılmasını öngörmektedir. Görevli şirket ile bakanlık arasında bir sözleşme yapılmasını öngörmektedir ve bu sözleşmenin süresinin en çok 99 yıl olacağını öngörmektedir. Sözleşme süresinin bitiminde tüm tesisler ile taşınır ve taşınmaz malların her türlü borç ve taahhütlerden arındırılmış olarak devlete geçeceği öngörülmektedir. Ayrıca idareye tek yanlı olarak sözleşmeyi feshedebilme yetkisi tanınmaktadır. Nihayet enerji satış tarifelerinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın onayı ile yürürlüğe gireceği ve kamulaştırmaya gereksinim ortaya çıktığında da görevli şirket lehine, bedeli kuşkusuz görevli şirket tarafından karşılanmak kaydıyla, kamulaştırma yapılabileceği öngörülmektedir. Dolayısıyla 3096 sayılı kanun eski imtiyaz kanun ile mukayese edildiğinde sadece görevlendirilecek olan şirket bakımından farklı bir düzenleme getirmektedir (Günday, 2001:187).

İlk yasal düzenleme örneklerinin enerji sektöründe, özellikle elektrik üretimi ve iletimi ile dağıtımını konusunda ortaya çıkması bir rastlantı değildir. Çünkü, enerji konusu Türkiye'nin gündeminde en başta yer alan konulardan birisidir ve belki de birincisidir ve elektrik enerjisi gereksiniminin karşılanması, yüksek teknolojinin uygulanması ile kullanılması zorunluluğu YİD modelinin yasal düzenlemeye konu kılınıp kullanılabilir bir model haline getirilmesini, önce enerji sektöründe ve onun da elektrik enerjisi düzleminde

gündeme getirmiştir (Zabunoğlu, 1996:46).

Eski imtiyaz kanununda (1326 Sayılı Kanun), imtiyazın sadece Türk anonim şirketi statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisine verilmesi mümkün iken, 3096 sayılı kanunla ilk kez imtiyazın, hem sermaye şirketi statüsündeki bir yerli şirkete hem de yabancı şirkete verilebileceği öngörülmüştür. Bunun dışında 3096 sayılı kanunda öngörülen idare ile görevli şirket arasında akdedilecek olan sözleşme klasik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen tüm öğelerini içermektedir.

3465 Sayılı kanun özel hukuk hükümlerine tabi ve sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin; otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğü'ne devrine ilişkin esasları düzenlemektedir (R.G., 2 Haziran 1988-19830). 3465 sayılı kanun, Karayolları Genel Müdürlüğü ile sermaye şirketleri arasında, erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesini amaçlamakta ve en fazla 49 yıl süreli bir sözleşme imzalanmasını öngörmektedir. Böylelikle otoyolların yapım, bakım ve işletimi konusu da özel hukuk kişilerine imtiyaz yöntemi ile gördürülebilmektedir. 3465 sayılı kanun uygulama bakımından, kapsamı ve düzenlediği alan itibarıyla 3096 sayılı kanundan daha dar bir alana hitap etmektedir.

Her iki kanun uyarınca yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ilkelerine ve bunun doğal sonucu olarak Danıştay incelemesine tabi olması nedeniyle idare ile özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelerin uygulanmasında, başta sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne imkan tanınmaması gibi sıkıntılar doğmuştur.

1980 sonrası dönemde, devletin kaynak yetersizliği nedeniyle özel kişilere

görmek istediği ve büyük kaynak gerektiren hizmetlerin bu nitelikleri iki önemli problemin giderilmesini gerektirmiştir. Bu belirsizliklerden ilki kamu hizmeti kavramının tanımlanması sorunu, diğeri ise kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin kamu imtiyaz sözleşmesi olarak algılanması nedeniyle idare hukukuna tabi tutulmasının yol açtığı hukuki sorundur. Elektrik ve otoyollara ilişkin bu düzenlemelerden sonra modeli genel bir hukuki zemine oturtmak amacıyla üçüncü düzenleme olarak, yatırımlarda yap-işlet-devret modelinin kullanılmasına ilişkin 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

08.06.1994 yılında Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-işlet-devret Modeli Çerçevesinde Yürütülmesine İlişkin 3996 sayılı kanun çıkartılmıştır. Bu kanun ile elektrik ve otoyollar dışında köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu arıtma tesisi haberleşme demir yolu, deniz ve hava limanları gibi merkezi idare kuruluşlarıyla yerinden yönetim kuruluşlarının görev alanı içindeki hizmetler ileri bir teknoloji ve çok masraflı yatırım gerektirecek pek çok kamu hizmetinin kurulması, işletilmesi ve devredilmesi konusunda yerli sermaye şirketleri ile Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca Türkiye’de faaliyette bulunmasına izin verilmiş yabancı şirketlerin görevlendirilmesine olanak tanınmıştır.

3996 sayılı kanuna göre bu kanunda sözü edilen yatırım ve hizmetleri Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırmak isteyen idareler Yüksek Planlama Kurulu’na başvuracaklardır. Yüksek Planlama Kurulu'ndan izin aldıktan sonra nitelikleri belirtilen bir yerli ya da yabancı şirketle sözleşme yapacaklardır, sözleşmenin süresi de 49 yıldan fazla olmayacaktır. Kanuna göre üretilecek hizmet ya da malların karşılığı olarak ödenecek olan ücretler yani hizmetten yararlanacak olandan alınacak olan ücretler idarenin bağlı ya da ilgili olduğu Bakanlık tarafından belirlenecektir (Ormanoğlu, 2004:222).

Yapılan yatırım ve hizmetler sözleşmenin hitamında tüm tesisleriyle, taşınır taşınmaz malları ile birlikte ve her türlü taahhütten arındırılmış olarak idareye geçecektir. Yine burada da görevlendirilecek şirket lehine gereksinim duyulması halinde kamulaştırma yapılabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla 3996 sayılı kanun da aslında klâsik kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini bütün öğelerini içeren bir sözleşmenin akdedilmesini öngörmüştür. 3996 sayılı kanunda öngörülen sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm öğelerini içermesine karşın 3996 sayılı kanunun 5. maddesinde “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu kanun hükümleri uyarınca akdedilecek olan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabiidir” düzenlemesi bilahare Anayasa Mahkemesince, Anayasanın Danıştay’a ilişkin 155. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (R.G., 20 Mart 1996-22586). 22.2.1994 tarihinde 3974 Sayılı Elektrik Hizmetlerinin Özelleştirilmesine İlişkin Kanun (R.G., 13 Haziran 1994 – 21959) ile ilgili sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeksizin özel Hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Bu kanunun bazı maddeleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (R.G., 24 Ocak 1995- 22181).

Anayasa Mahkemesinin, enerji alanında YİD modeli çerçevesinde görevli şirketlerle bakanlık arasında imzalanan sözleşmelerin “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olduğu ve “özel hukuk sözleşmesi” olarak imzalanamayacağı yönünde kararlar vermesi ve bu konuda iki ayrı kanunda yapılan değişiklikleri aynı gerekçelerle iptal etmesi üzerine, bu alanda “özel hukuk sözleşmesi” niteliğinde sözleşme yapılabilmesi ve “tahkim” usulünün uygulanabilmesi için yeni bir model arayışına girilmiştir

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine olanak sağlayan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul edilerek kamu hukuku ilke

ve kurallarına tabii tutulmasının belli başlı iki sonucu ortaya çıkmıştır.

İlk olarak, bu sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayıldıklarında Anayasanın 155. maddesi ve Danıştay Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca Danıştay'ın ön denetimine, incelemesine tabii tutulacaktır, Danıştay bu sözleşme tasarılarına son biçimini verecektir.

İkinci olarak da, bu sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıklar idari yargıda ve dolayısıyla Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da çözümlenecektir. Bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi sayılmasının belli başlı iki sonucu budur (Emek, 1999).

Türkiye'de kamu hizmetleri alanında, kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi alanında faaliyet göstermek isteyen yabancı yatırımcılar bu iki nedenle şikayet ve yakınmalarını dile getirmişlerdir.

Yabancı yatırımcıların şikayet ve yakınmalarının etkisiyle 13.8.1999 tarihli ve 4446 kanun ile 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın bazı maddelerinde doğrudan doğruya kamu hizmetleri ile ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili değişiklikler yapılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına "4446 sayılı kanun ile" kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğacak uyuşmazlıkların ulusal veya uluslararası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir." cümlesi eklenmiştir, akabinde uluslararası tahkim söz konusu olması için, yabancı unsur koşulu aranmıştır (Yeşilırmak, 1999:163). Dolayısıyla bu Anayasa değişikliğiyle demek ki kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar da taraflar isterse sözleşmeye tahkim koşulunu koyabilecekler ve böylece bu sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıkların çözümü Danıştay'ın görev alanı dışına çıkartılmış olacaktır, Anayasal

dayanak bu şekilde sağlanmıştır (Birsal, 1998a:113-139).

Yine aynı kanun ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 44. fıkraya göre devlet kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangisinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından, hangisinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredileceği kanunla belirlenir, düzenlemesi getirilmiştir (Saraç, 2003:5).

Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrası da değiştirilmiş ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki görevi inceleme olmaktan çıkartılmış, salt bağlayıcı olmayan bir görüş bildirmeye dönüştürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi görüşünde, Danıştay'ın inceleme yetki ve görevine ilişkin olarak : "Aslında bu sözleşmelerle yani kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile kamu hizmetinin görülmesi uzun süre özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için Danıştay ön denetimine tabii tutulmalarında kamu yararı vardır. Çünkü bu sözleşmeler ile bir kamu hizmeti uzunca bir süre özel kesime gördürülecektir, bundan doğabilecek sakıncalı durumları başında önleyebilmek için Danıştay'ın ön denetimine tabii tutulması lazımdır." denilmektedir.

Bu Anayasa değişikliğinin hemen akabinde Anayasa değişikliklerinin uyum yasaları birbiri ardına çıkartılmaya başlanmıştır. Önce 18 Aralık 1999 tarih ve 4492 (R.G., 21 Aralık 1999-23913) sayılı kanun ile Danıştay Kanununun ve İdari Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddeleri değiştirilmiş, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde inceleme görevi o da iki ayla bağlı olmak üzere görüş bildirme görevi haline dönüştürülmüş ve ancak tahkim yolu öngörülmemiş olan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davaların idari yargıda görüleceği öngörülmüştür, yani Anayasaya uyum sağlanmıştır (Birsal, 2001:133).

Kısa süre sonra 4493 sayılı yasa Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinde Yapılan Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun çıkarılmıştır (R.G., 21 Aralık 1999- 23914).

Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkındaki Kanun'da değişiklik yapılarak, bir yandan 3096 sayılı kanun kapsamında olan elektrik üretim iletim ve dağıtım ve ticareti faaliyeti de 3996 sayılı kanun kapsamı içine sokulmuş öte yandan da 3996 sayılı kanun uyarınca idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak olan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabii tutulacağı öngörülmüştür. Böylece aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine konu olabilecek hizmetlerin hemen tümüne yakınının özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesine olanak tanımıştır (Günday, 2001:189).

Bu gibi kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilince bu gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların da aslında bir özel hukuk müessesesi olan tahkim yoluyla çözümlenmesinin önündeki önlem ortadan kalkmıştır. Kendiliğinden ortadan kalkmıştır çünkü bunlar özel hukuk sözleşmesi haline sokulmuştur ve dolayısıyla bunlara her özel hukuk sözleşmesinde olduğu gibi tahkim koşulu ulusal ya da uluslararası tahkim koşulu konabilecektir.

3996 sayılı kanun kapsamında bulunan hizmetlerin hemen hepsi ya merkezi idarenin ya da yerel yönetimlerin görev alanı içindeki kamu hizmetleri olduğu gibi 4493 sayılı kanun ile bu kanunun kapsamı içine alınan elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti faaliyeti de bir kamu hizmetidir. Böylece yapılan düzenleme ile konusu herhangi bir etkinlik olmayıp tatmininde kamu yararı olan bir kamusal gereksinimi karşıladığı için

kamu hizmeti olarak kabul edilen ve üstlenilen bir etkinliğe ilişkin sözleşme özel hukuk sözleşmesi olacaktır (Günday, 2002: 313).

4446 Sayılı kanun ile yapılan Anayasa değişikliği doğrultusunda çıkartılan bir başka kanun 21 Ocak 2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun 'dur (R.G., 22 Ocak 2000-23951). Bu kanun ile Anayasının 125. maddesinin birinci fıkrasında 4446 sayılı kanunda yapılan değişikliğe uyum sağlanmıştır veya o doğrultuda bir düzenleme yapılmıştır.

4501 Sayılı kanun özellikle YİD ve Yİ modelleri çerçevesinde yapılmış olan sözleşmelerin uygulamaya geçirilmesi ve yabancı sermayeli yatırımları ülkemize çekebilmek için hazırlanmıştır (Birsell, 2001:130). Kanun sadece yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları düzenlemektedir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000: 89).

Bu kanunun tanımlar başlıklı ikinci maddesinde de yabancılık unsuru tanımlanmıştır, buna göre sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik hükümlerine göre yabancı menşeli olması, sözleşmeye taraf şirketin ortaklarından en az birinin yabancı menşeli olması yabancılık unsurunun kabulü için yeterlidir. Sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gereklidir (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:89).

Sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak olan şirket ortaklarından herhangi birinin şirketteki hisse oranı ne olursa olsun %1 dahi olsa böyle bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık yabancı öğeli uyuşmazlık sayılacaktır ya da sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı Türk menşeli olsa bile sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı

kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılması gerekli ise sözleşmenin tarafı olan şirketin bütün ortaklarının Türk olmasına karşın yabancı unsurun kabulü gerekecektir. Kanunla yabancılık unsuru kavramı genişletilmiştir ve yapılacak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hemen tamamında yabancılık unsuru bulunabilecek ve dolayısıyla uluslararası tahkime gidilebilecektir (Özbilgiç, 2001:81-82).

4501 sayılı kanunun 7. maddesi, 3996 sayılı kanunun geçici birinci maddesinin ikinci fıkrasını değiştirmiş, buna göre 4501 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce 3096 sayılı kanun ile 3465 sayılı kanuna göre akdedilmiş ve uygulamaya sokulmuş bulunan sözleşmelerin de özel hukuk hükümlerine tabii tutulmasına olanak tanımıştır (Saraç, 2003:10).

Eskiden yapılmış olan 4501 sayılı kanundan önce yapılmış olan 3096 sayılı kanuna göre akdedilmiş olan ve uygulamaya sokulmuş olan sözleşmelerin de bu kanunun yayımından itibaren bir ay içinde görevli şirketin başvurusu ile ilgili idarenin müracaatı üzerine bakanlar kurulu kararı ile özel hukuk sözleşmelerine göre uyarlanması mümkün olabilecektir. Tahkim geriye doğru uygulanacağı projeler, Of-Solaklı Hidroelektrik Santrali, Kovada-3 Hidroelektrik Santrali, Mansurlar 1-2 Hidroelektrik Santrali, Gürce Hidroelektrik Santrali, Lamas 3-5 Hidroelektrik Santrali, Germencik Jeotermal Aralık Hidroelektrik Santrali, Kavşak Bendi ve Hidroelektrik Santrali, Yukarı Akçay hidroelektrik Santrali, Arıt Hidroelektrik Santrali, Akköy 1-Hidroelektrik Santrali, Akköy Hidroelektrik Santrali, Aslancık Barajı ve Hidroelektrik Santrali, Boyabat Barajı ve hidroelektrik Santrali, Çamlıhemşin Hidroelektrik Santrali ,Taraklı Hidroelektrik Santrali,Erenler Hidroelektrik Santrali, Yedigöze Barajı ve Hidroelektrik Santrali ,K. Ereğli Doğalgaz Santrali, Eskişehir Doğalgaz Santrali, Kırklareli Doğalgaz Santrali, Yalova Doğalgaz Santrali, Konya Ilgın Linyit Santrali, İşletme Hakkı Devredilecek Termik

Santral Projeleri: Orhaneli Termik Santrali, Soma Termik Santrali, Tunçbilek Termik Santrali Kangal Termik Santrali, Yeniköy Termik Santrali, Kemerköy Termik Santrali, Yatağan Termik Santrali, Çayırhan Termik Santrali, Kocaeli-Gebze (Cedaş) Ankara-Kırıkkale (Akeda) Sakarya-Bolu (SBD) Samsun-Ordu-Sinop (Parkur) Kırşehir-Nevşehir-Niğde-Aksaray (Andaş) Yozgat-Sivas-Tokat (Kızılırmak) Elazığ-Malatya, Tunceli-Bingöl (GAP)Kahramanmaraş-Adıyaman (Akedaş) Şanlıurfa (Şuredaş), Zonguldak-Çankırı-Bartın-Karabük (Batı Karadeniz), Tekirdağ-Kırklareli-Edirne (Tektaş), Aydın-Denizli-Muğla (Aydem), Trabzon-Rize-Artvin, Gümüşhane, Giresun (Zigana) İstanbul Trakya Yakası (İsedaş) Bursa-Yalova (Buryal) projeleridir. (Hürriyet, 2000)

4501 sayılı kanunun geçici birinci maddesine göre ise bu kanun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olup da kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilmemiş olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine de bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içerisinde görevli şirketin başvurusuyla ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar kurulu kararı ile tahkim koşulu konulabilecektir (Hürriyet, 2000).

Tahkim esas sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi ile yapılabilir. Tahkim şartı ve sözleşmesinde, tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem veya hakem heyetinin seçimi, sayısı, nitelikleri, tahkim heyetinin yetkisi, tahkim heyetini yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, tahkim heyetinin delil toplama yetkisi, usulü, hakemlik ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti, vb konular ayrıntılı düzenlenmiştir (Şanlı, 1996: 223).

Yabancı yatırımcıların Türkiye’de yatırım yapmalarını teşvik etmek, yabancı yatırımcıları yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi kılmak ve yabancı yatırımcıların

Türkiye’deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye, tazminat ve lisans bedellerini yurt dışına serbestçe transfer edebilmelerini teminat altına almak maksadıyla 17.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu” çıkarılmıştır (R.G., 17 Haziran 2003-24141). 6224 sayılı “Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu” yürürlükten kaldırılmıştır (R.G., 18 Ocak 1954-6224).

4875 sayılı kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yatırım ve yatırımcı kavramlarında uluslararası standartların sağlanması, yabancı yatırımcıların haklarını koruyarak doğrudan yabancı yatırımların arttırılmasını temin etmektedir. Eski kanun, Yabancı Sermayeyi Tesvik Kanunu, m.1 de , yatırım yapılacak teşebbüsün memleketin iktisadi gelişmesine yararlı olması ve Türk özel teşebbüslerine açık bulunan bir faaliyet alanında çalışması şartıyla yabancı sermayenin ithaline müsaade etmekte idi. Ayrıca 6224 sayılı eski kanun Türkiye’ye ithal edilecek yabancı sermayeye bir sınırlama getirmiş ve yabancı sermayenin ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olamayacağını hükme bağlamıştı. (4105 sayılı kanunla 6224 sayılı kanuna ilâve edilmiştir). Yeni yasada böyle bir sınırlama yoktur.

6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’na istinaden çıkarılmış olan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nın üçüncü maddesinde; yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşların Türkiye’de yatırım yapmak amacıyla şirket kurmak, mevcut bir ortaklığa katılmak, şube ve irtibat bürosu açmak istemeleri halinde Hazine Müsteşarlığı’ndan izin almaları gerektiği belirtilmişti. Hatta mevcut yabancı sermayeli şirketler, yeni yatırım yapmak veya kapasitelerini arttırmak, tasfiyelerini istemek, birleşmek, bir başka işletmeye iştirak etmek istediklerinde yine Hazine Müsteşarlığı’nın iznini almak zorundaydılar. 4875 sayılı yeni kanunun 1. m. sinde bu izin sistemini tümüyle ortadan kaldırmış ve izin ve onay sistemini bilgilendirme sistemine dönüştürmüştür.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yabancı yatırımcı tanımı genişletilmiştir. 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nda yabancı yatırımcı tanımına yer verilmemiştir. 07.06.1995 tarih ve 95/6990 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı'nda; yabancı ülkelerin vatandaşlığını haiz olan gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde, bu ülkelerin kanunlarına göre teşekkül etmiş tüzel kişiler yabancı yatırımcı sayılmıştır (Teoman, 1997:197).

Eski kanun ve buna bağlı olarak çıkarılmış bulunan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı'nda yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları yabancı yatırımcı olarak kabul edilmemiştir. Oysa 4875 sayılı yeni kanunun 2. maddesinin a/1 bendinde kimlerin doğrudan yabancı yatırımcı sayılacakları gösterilmiştir. Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan;

- yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip gerçek kişiler
- yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları
- yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler
- uluslararası kuruluşlar yabancı yatırımcı olarak kabul edilmişlerdir.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu “Yabancı Yatırımcı” tanımına önemli bir değişiklik getirerek, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarına da Türkiye'ye doğrudan yatırım yapmaları şartıyla “Yabancı Yatırımcı” statüsü vermiştir. Kanunun uygulama yönetmeliğinin 10. m. sinde Türkiye'ye doğrudan yatırım yapan Türk vatandaşlarının yurt dışında çalışma ve oturma izinlerinin bulunması yeterli görülmüştür.

Ayrıca, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 2. maddesinin b bendine göre; menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmak yoluyla da yabancı yatırımcı statüsü kazanmak mümkündür (Yılmaz,

2006:173).

Doğrudan yabancı yatırımlar konusunda garanti veren kanun, yürürlükteki mevzuat gereğince, kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe yatırımın kamulaştırılmayacağını veya devletleştirilemeyeceğini ifade etmektedir (Akgüner, Erman, 2002:4).

Kanun sermayenin serbest dolaşımını teşvik eden Türkiye’de doğrudan yabancı yatırımların önündeki engelleri kaldıran bir kanun niteliğindedir. Ayrıca uyuşmazlıkların çözümü için kanunla görevli ve yetkili mahkemeler yanında tahkim de öngörülmüştür (Dost, 2006:94).

Yasal değişikliklerden ve yapılan düzenlemeler karşısında en çok kullanılan model olması nedeniyle YİD , ardından Yİ ve İşletme hakkı devri kısaca açıklanacaktır.

III.3. Yap İşlet Devret Modeli

Yap-İşlet-Devret modeli, bir kamu alt yapı yatırım veya hizmetinin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve kamu tarafından belirlenen bir süre için işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal veya hizmeti, tarafların karşılıklı saptadıkları bir tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kuruluşuna devretmesi olarak tanımlanabilir (İmre, 2001:5-6).

Bir başka tanımda yap-işlet-devret modeli, kamunun görev alanına giren bir yatırım veya hizmetin, yatırım ve işletme döneminde yapılacak masrafları yüklenen ve karşılığında yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi, önceden belirlenen bir süre ve tarife zerinden işletme hakkına sahip olan bir şirket eliyle gördürülmesidir (Emek, 1999b:3). Yap-işlet-devret, bir sözleşme tipi değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir

finansman modelidir (Sirmen, 1996:11). Yap-islet-devret bir finansman, ileri teknoloji ve yüksek finansman ihtiyacı sebebiyle yatırım programlarına alınmamış önemli altyapı projelerinin ilgili kamu kurulusu ve yabancı sermaye katılımı ile gerçekleştirilmesine yönelik bir modeldir (Karluk, 1995:333).

Yap-işlet-devret modelinin özelliklerine gelince şöyle özetlenebilir: Türkiye’de YİD’ten bahsedilince bu bir kamu alt yapı yatırımının özel sektör eliyle yapılması ve işletilmesini amaçlamaktadır. Modelin temel özelliği bazı kamu alt yapı yatırımlarının gereksinim duyduğu finansman sorununa çözüm getirmek, dolayısıyla yatırımın gerçekleşmesini sağlamaktadır. Bu tür projelerin yatırım aşamasında olduğu gibi işletme aşamasında da özel sektörün ileri teknoloji getirmesi, etkin işletme ve yönetim anlayışıyla projenin üretim, hizmet etkinliğinin arttırılmasıdır (Yılmaz, 1999:13-14).

YİD modeli temelinde, kamu alt yapı projelerinin finansmanı gerçekleştirilmesinde kullanılmak istenmektedir. Ancak Türkiye’de bu sorunları ve amacı aşan bazı uygulamalara da (Belediyelerde) rastlanmaktadır. YİD modelinin işleyişi sadece yeni yatırımlarla sınırlı değildir. Tamamlama yatırımları veya yenileme yatırımları içinde bu modele başvurulabilir. YİD modeli çerçevesinde getirilmiş olan dış kredilerin anapara ve faiz geri ödemelerinde Hazinesin herhangi bir garantisi veya taahhüdü söz konusu değildir. (Bazı köprü kredileri hariç). Bu çok önemli YİD modeli çerçevesinde temin edilen ve kullanılan dış kredi Türk Hazinesinin borç hanesine yazılmamakta, dolayısıyla Türkiye’ nin dış borçlanma yükümlülüğünü, portföyünü olumsuz yönde etkilememektedir.

YİD modeli Türkiye’de taraflar arasında yapılan uygulama anlaşmaları çerçevesinde yürütülmektedir. Bu anlaşmalarda bir taraf kamu kurum veya kurulusu diğer taraf ise projeyi gerçekleştirmekle yükümlü özel şirket olmaktadır (İmre, 2001:5-6).

Modeli özel sermaye açısından cazip kılan husus verilen yatırım ve kamu hizmetinin belirli bir süreliğine işletmesi karşılığında kar ya da nema elde etmesidir. Yani modelin başarılı olma şansı söz konusu yatırım ve kamu hizmetinin karlılık fizibilitesine bağlı bulunmaktadır. Eğer özel sektör yatırımı fizibil bulursa bu durumda yatırım yapacak ve işletme döneminde yaptığı yatırımları karıyla birlikte geri alacaktır.

Yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilen proje ve yatırımlarda devlete ya da kamu idaresine üç önemli rol düşmektedir. Bu rolleri: devletin “satın alıcı rolü, “düzenleyici” rolü ve “garantör” rolü (3996 sayılı kanun, 94/5907 sayılı BKK) olarak saptamak mümkündür.

Finansman bakımından modelin cezp etmek istediği yerli sermayeden ziyade yabancı sermayedir. Yabancı sermaye, altyapı yatırımlarının pahalı ve riskli yatırımlar olmasından dolayı konsorsiyum ya da iş ortaklıkları gibi finansal organizasyonlara başvurabilmektedir (Güneş, 1999:43-44). Finansman boyutunu da düzenleyen yasal metinler 3996 sayılı kanun ve 94/5907 sayılı BKK söz konusu mal ve hizmetlerin finansmanını ilke olarak özel sektöre bırakmaktadır. Ancak idarenin de finansman konusunda bir takım kolaylıklar sağlayabileceği görülmektedir. Nitekim 3996 sayılı kanun 11. maddesinin “garantiler” başlığında ve yine 3996 sayılı kanunun uygulama usul ve esaslarına ilişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararında “ana kredi (senior loan), köprü kredi (subordinated loan) ve destek kredisi (stand-by loan)” devletin finansman pozisyonundaki rolü belirlenmiştir.

Yap-islet-devret modelinde projenin mali risklerini özel hukuk tüzel kişisi yüklenmekle birlikte, kamu tüzel kişisi de üretilen mal ya da hizmetin fiyatını, kalitesini ve süresini gibi risk unsuru taşımayan hususları belirlemeyi üstlenmektedir. Ancak özel hukuk kişisi tarafından üretilen hizmete toplum tarafından yeterli talep gösterilmemesi halinde

kamu idaresi üretilen fazla miktardaki mal ya da hizmeti satın almak gibi bir risk unsurunu taşımak durumundadır (94/5907 sayılı BKK, m.39/a).

YİD modelinin doğuşu başlıca iki nedene dayanmaktadır; bunlar: kamu kaynaklarının artık ülke yatırım ihtiyaçlarını karşılayamaz olması ve büyük yatırım projelerinin finansmanını büyük ölçüde dış kredilerle karşılayan hükümetlerin, dış kredi temininde zorlanmalarıdır.

Altyapı projelerinde YİD modelinin uygulanmasının nedenleri şu şekilde sıralanabilir : Kamunun altyapı projelerindeki finansal yükünü azaltmak. Denk bütçe kavramına önemli katkıda bulunmak, kamu verimliliğini artırmak. Ülkeye proje konularında dış finansal kaynak, ileri teknoloji, bilgi ve tecrübe birikimi kazandırmak. Yeni katma değerler üreterek GSMH'yi artırmak. Söz konusu yatırım alanlarında dış borçlanma ihtiyacını ortadan kaldırarak, ülkenin dış borç yükünü artırmamak. Dış ödemeler dengesine olumlu katkıda bulunmak. Ülkenin borçlanma kabiliyetini ve kredibilitesini geliştirmek. Ekonomideki kamu payını daraltma, kamu kaynaklarının verimliliğini ve etkinliğini artırma politikalarına özelleştirme modelleri ile beraber olumlu katkıda bulunmak. YİD modeli ile mahalli idare yatırımlarındaki devletin payını daraltarak devletin borçlanma gereğini azaltmak. Yatırım harcamalarının ve bütçe açıklarının etkilediği enflasyon artısını kısmen frenlemek (Etçioğlu, 1997:2-13).

Ülkemizde siyasal iktidarın 24 Ocak kararlarıyla temellenen ekonomik tercihleri ile YİD arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Liberal bir ekonomik düzen oluşturmaya yönelik bu tercihler “devlet” örgütlenmesinin konumunda yeni bir anlayış ortaya koymaktadır. Artık devlet müdahaleci veya aktif konumdan bilinçli olarak uzaklaştırılmakta ve “denetleyici” olmak gibi daha pasif bir konuma itilmektedir. Borçlanarak oluşturulan kaynaklardan yatırıma da pay aktarılmamaktadır. Ülkenin

benimsediği ekonomik politikalar doğrultusunda sanayiden “bilinçli” olarak uzaklaşan devlet altyapı yatırımlarına da gerekli kaynakları ayıramamaktadır. Bu koşullar altında kamu hizmetlerinin tatmin düzeyinde giderilmeleri bir yana, asgari koşulları altında görülmeleri bile zorlaşmaktadır (Okutan, 1996:54).

III.3.1. Yap İşlet Devret Modeli İşleyişi (Enerji Sektörü)

Yap İşlet Devret modeli (YİD), alt yapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kullanılan önemli bir proje finansman modeli olarak görülmektedir. Yap-islet-devret modeli, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yer altı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine imkan tanımaktadır (Şenyüz, 1997:108).

YİD modellerinin işleyişinde örnek olarak enerji sektörü seçilmiştir. Bunun nedeni, bu model çerçevesinde en fazla faaliyetin bu sektörde gösterilmiş olmasıdır. Türkiye’de son zamanlarda özellikle enerji yatırımları önem arz etmektedir. Uzun yıllardan beri ortalama % 8’lik bir artış gösteren enerji talebinin karşılanabilmesi için yeni üretim tesislerine gereksinim duyulduğu, öngörülen talebin karşılanabilmesi için 2010 yılına kadar enerji üretim kapasitesinin 64.000 MW’a çıkarılması gerektiği, bunun için gerekli ortalama yıllık yatırım tutarı ise 4.5 milyar dolar olarak tahmin edildiği, bu miktarda yatırımın devlet tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı, dolayısıyla yerli ve yabancı sermayeye zorunlu olarak ihtiyaç duyulduğu dile getirilmiştir (Coşkun, 1998:59).

Diğer yandan, enerji açığının giderilmesi için girişilen çeşitli üretim yöntemlerinin ciddi bir planlama sürecinden geçirilmemesi sonucunda bu kez de 2008-

2010 yıllarına kadar elektrik enerjisi fazlası sorunu ortaya çıktığı belirtilmektedir. Gerçekçi arz-talep öngörülerine dayanmayan YİD uygulamalarından ötürü, yakın dönem elektrik enerjisi arzı, talebin çok üzerinde gerçekleşmiştir. 2001 ve 2002 yıllarında, arz fazlası nedeniyle kamu santrallerindeki üretim düşürülmüş, böylece alım güvenceli üretime yer açılmaya çalışılmıştır. 2001 ve 2002 yıllarında alım güvenceli üretimin tümünün teslim alınabilmiş ve enerjiyi teslim almaksızın ödeme zorunluluğuna (al ya da öde) düşülmemiş olması, kamu santrallerinde kapasite düşürmeleriyle sağlanabilmiştir. Örneğin yıllar içindeki en yüksek üretim değeri 7,7 milyar kWh olan Afşin Elbistan Termik Santralının 2002 yılı üretimi yalnızca 2,6milyar kWh'dır.

(Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2007, www.cankaya.gov.tr/tr_html/DDK/enerji.htm).

Enerji alanında YİD modeline yönelik uygulamaların yasal dayanağını 1984 tarihinde çıkarılan 3096 sayılı kanun oluşturmaktadır. Bu kanun Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki anonim şirketi niteliğinde özel hukuk tüzel kişisi kuruluşlarına enerji alanında, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti imkanlarını tanımıştır.

Enerji sektörü Dünya uygulamasında üretim-iletim-dağıtım olarak üçe ayrılmakta ve enerji üretimi özelleştirilmektedir. Yap-islet-devret modeli uzun vadede Türkiye'nin enerji üretimini rekabete açmasına engel olabilecektir. Çünkü projelerde görevli şirketlere alım ve fiyat garantisi verilmektedir. Bu durum sözleşmelerin kapsayacağı uzun yıllar boyunca sürecek ve süre sonunda santraller devlete geçecektir. Bunun yerine enerji üretimini bütünüyle özel kesime açmak için gerekli çalışmaları yapmanın daha rasyonel ve yararlı olacağı ileri sürülmektedir (Yılmaz, 1999:88-89).

Bu açıklamaların yanında YİD modelinin işleyişine de kısaca değinmek gerekir. Kurulu gücü küçük olan enerji projeleri için (daha çok hidrolik) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bir ön fizibilite raporu ile başvurulup, projenin gerçekleştirilmesine

talip olunmaktadır. Bakanlık açık ihaleye çıkmadan bu başvuruyu kabul edip işleme koymaktadır. Bakanlığın açık ihaleye çıkma zorunluluğu yoktur. Bu koşullarda Bakanlık ön fizibilite raporunu ilgili kuruluşlara (Örneğin hidrolikler için DSİ, TEAŞ, EİEİ) görüş almak için göndermektedir.

Bu kuruluşlardan olumlu görüş gelmesi halinde, Bakanlık ilgililerden esas fizibilite raporunu hazırlayıp, yine kendisinin belirleyeceği bir tarihe kadar vermesi istenir. Bakanlığa yapılan bu ilk başvuruda proje ile ilgilenen başka firmalarında çıkması halinde, aynı koşullarda bu firma veya firmalarında belirlenmiş süre içinde fizibilite raporlarını hazırlayıp Bakanlığa vermeleri istenir. Ancak daha çok uygulama alanı bulan Açık ihale yöntemidir. Bakanlık fizibilite raporu hazır olan projeleri ihaleye çıkmaktadır. Firmalar bu fizibilite raporlarını baz alarak, kendi fizibilite raporlarını mevcut yönetmeliklerde belirlenmiş kriterleri de göz önüne alarak hazırlarlar. Fizibilite raporlarında doğal olarak işletme süresi de yer almaktadır. Bu süre genellikle 20 yıldır. Teklif veren firmalar bu süreyi dikkate alarak nakit akım tablosunu hazırlar ve yıllık (ve ortalama) elektrik enerjisi satış fiyatını belirlerler. Bu projeler gümrük muafiyeti, yatırım indirimi, KDV muafiyeti ve erteleme, %20 öz sermaye oranı gibi teşvik unsurlarından yararlandırılır.

Toplanan teklifler ilk aşamada Bakanlık bünyesinde yer alan Enerji İşleri Genel Müdürlüğünde değerlendirilmektedir. Teklifler önce aynı baza getirilmektedir. Fizibilite raporunun mali kısmı hariç diğer kısmı ilgili kuruluşlara görüş almak için tekrar gönderilmektedir. İlk değerlendirme çalışması alt kurulda tamamlandıktan sonra, değerlendirme sonuçları Bakanlık Müsteşarının başkanlığında ilgili genel müdürlerden oluşan üst kurula gönderilmektedir. Üst kurul aldığı kararı onay için bakana sunar. Bakanlıkta yapılan değerlendirme işlemleri tamamlandıktan sonra DPT'ye gönderilip, planlamanın görüşü ve onayı alınır.

Planlamanın görüşünün de olumlu olması durumunda Bakanlık, ortak girişimcilere, mevcut projeye ilgili mühendislik projelerini yaptıracak, yatırımı gerçekleştirecek, sözleşmede öngörülen süre boyunca tesisi işletecek, bakımını yapacak, ürettiği elektrik enerjisini görevli şirkete belirlenmiş fiyat üzerinden satacak, projenin finansmanı için öngörülen öz sermayeyi koyacak ve gerekli kredileri sağlayacak, kredilerin anapara ve faiz olmak üzere geri ödemelerini yapacak ve tesisi işletme süresi sonunda ilgili Kamu kuruluşuna bedelsiz olarak devredecek yatırım şirketini kurmak üzere çağrıda bulunur.

Artık projenin sahibi olan bu yatırım şirketi ile bakanlık yetkilileri YİD modeli çerçevesinde belirlenmiş koşulları içeren bir uygulama sözleşmesi üzerinde görüşmelere başlarlar. Bakanlık son yıllarda bu alanda tip bir sözleşme geliştirmiş olduğundan karşılıklı görüşmeler pek zaman almaz. Hazırlanmış olan bu uygulama sözleşmesi tarafların mutabık kalmalarından sonra görüşü alınmak üzere Danıştay'a gönderilir. (Tahkim Yasası uyarınca Danıştay'a incelenmek ve onayı alınmak için değil sadece görüşü alınmak için gönderilmektedir.) Yatırım Şirketi kurulması ve Uygulama Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra, Yatırım Şirketi daha bir çok sözleşmeye imza atmaktadır. Yürürlüğe girecek yaklaşık 15 adet sözleşme içinde en önemlileri,

Yatırım Şirketinin :

- DSİ ile imzalayacağı Su Hakkı Kullanım Sözleşmesi (Hidrolikler için),
- TEAŞ ile imzalayacağı Elektrik Enerjisi Satın Alma Sözleşmesi (ESA),
- Bakanlık ile imzalayacağı İnşaat Sözleşmesi,
- Bakanlık Enerji Fonu ile imzalayacağı Sözleşme,
- TEAŞ ile imzalayacağı İşletme ve Bakım Sözleşmesi,
- Bankalar ile imzalayacağı Kredi Sözleşmeleri,

- Sigorta Şirketleri ile imzalanacak Sözleşmeler,
- Bağımsız Müşavir ile imzalanacak Sözleşmelerdir.

Bütün bu sözleşmelerin tamamlanmasından ve Bakanlığın uygun görüşü ve onayından sonra, son kez Hazine Müsteşarlığı ile garanti sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu sözleşmedeki amaç elektrik enerjisini satın alacak Kamu kuruluşu ödemedede bulunmadığı takdirde, bu ödemenin Hazine tarafından yerine getirileceği garantisidir.

Projedeki rakamsal büyüklükler ve elektrik enerjisi satış fiyatı ABD \$ 1 olarak belirtilmekte, Uygulama Sözleşmesinin imzalanmasıyla beraber eskalasyon da başlamaktadır. Eskalasyon uygulamasında ABD Tüketici Fiyat Endeksi kabul edilmiştir. Bağımsız Müşavir Firma (Genellikle yabancı firma) Yatırım Şirketinin hem proje hem de yatırım aşamasında yaptığı çalışmaları denetler ve bunu Bakanlığa raporlamakla yükümlüdür.

YİD modeli çerçevesindeki projelerin finansmanın da Teşvik Tedbirleri % 20 özsermaye % 80 kredi kullanma olanağı ile önemli bir kolaylık sağlamaktadır.

Projelerin finansmanında kullanılacak krediler aşağıda belirtilmiştir.(3996 sayılı yasa ve 94/5907 sayılı BKK) :

- Projenin gerçekleştirilmesi için temin edilecek orta vadeli kredi ve/veya krediler. Ana Kredi (Senior Loan) olarak tanımlanan bu kredi ile inşaat işleri ve makine-teçhizat başta olmak üzere toplam yatırımın önemli bir bölümü finanse edilmektedir. Bu kredi için hazine garantisi verilmesi söz konusu değildir.

- Köprü Kredi (Subordinated Loan “sub-loan”)

Projenin yatırım aşamasında olacağı gibi işletme aşamasında da, yatırım şirketinin kusuru dışında (yatırım kaleminde beklenmeyen artışlar gibi) bir maliyet artışı ve bu artışın ek bir finansman gereği doğabilir. Bu durumda projeden sorumlu kamu kuruluşu

enerji fonundan veya idare adına uluslar arası finans kuruluşlarından ek finansman sağlanır. Köprü kredisi diye tanımlanan kısa ve orta vadeli bu kredi için hazine garantisi verilmesi söz konusu olabilir.

- Destek Kredisi (Stand-by Loan)

Köprü kredisinin tersine, yatırım Şirketinin kendi kusurundan kaynaklanan bir maliyet artışı ve bu artışın gerektirdiği ek finansman ihtiyacının karşılanmasına yönelik kredilerdir. Kredinin temini, yatırım şirketinin sorumluluğunda olup, bu kredi için Hazine garantisi verilmesi söz konusu değildir (İmre, 2001:12).

III.4. Yap İşlet Modeli

Yİ modelinde üretim tesisi üretim şirketinin mülkiyetinde kurulmaktadır. Yap-İşlet-Devret modelinde ise tesisi yapan şirket bir aşamaya kadar mülkiyeti muhafaza eder, ondan sonra devreder. Aslında YİD ve Yİ modelleri arasında pek fark yoktur. Çünkü tüm YİD modellerinde ortalama 30 yıl olan sözleşme süresinin uzatılması seçeneği vardır ve sözleşme süresi sonunda kamunun tesisi geri alıp işleteceğini kimse beklememektedir (Erdoğan, 2002:2).

Yap-İşlet (Yİ) modeli için 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun çıkarılarak yasal alt yapı oluşturulmuştur (R.G., 19 Temmuz 1997-23054). Kanunda, enerji alanında yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmadığı yönündeki yargı kararları nedeniyle, bakanlık tarafından yapılan tüm işlemlerin, şirket statüsünde olan TEAŞ tarafından yapılması öngörülmüş, böylece ticarî şirketler arasında akdedildiği için bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olmasına yasal imkân hazırlanmıştır. (www.sayıştay.gov.tr, 28.02.2007) Bu yasa ile, hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak

santraller kapsam dışında tutulmuş olup, sadece termik santrallerin kurulması işletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin belli esaslar ve usuller çerçevesinde satışını öngören bir model getirilmiştir. Yap-işlet modeli çerçevesinde inşa edilecek tesisler özel sektörün sahipliğinde olacaktır.

Yap işlet modeli ve yasası çerçevesinde faaliyette bulunan şirketler enerji sektöründe yer alan termik santral nitelikli şirketlerdir.

Adapazarı Doğalgaz Santrali, Ankara Doğalgaz Santrali, Gebze Doğalgaz Santrali, İzmir Doğalgaz Santrali, İskenderun ithal kömürüne dayalı termik santral gibi, Ulaştırma Bakanlığı çerçevesindeki uygulamalar, Atatürk ve Antalya Havalimanları yeni dış hatlar terminal binaları (faaliyette olan tesisler) bu sektördeki en önemli uygulamadır (İmre, 2008).

Yİ modeli imtiyaz yerine ruhsat sistemi hedeflenerek düzenlendiğinden Yİ uygulama sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkime yer verilmektedir. Bu durumda Yİ modeli çerçevesinde gerçekleştirilen yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için ICSID tahkimine gidilebilecektir (Emek, 1999a:15).

III.5. İşletme Hakkı Devri Modeli

Kamuya ait tesislerin özelleştirilmesinde uygulanan işletme hakkı devri modeli, tesislerin özel sektöre belli bir süre için bırakılmasını içeriyor. Kamusal kaynaklarla yapılmış ve işletilmekte olan tesislerin hatta hammadde kaynakları ile birlikte yerli ve yabancı tekellere verilmesi anlamına da gelmektedir (Erdoğan, 2002:2). Bu model 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Ancak yapılan değerlendirmelerde işletme hakkı devrinin bir özelleştirme yöntemi olmadığı düşünülmektedir. Zira bu modelde işletmenin mülkiyet hakkı kamuda kalmakta, idarenin mal ve hizmet üretim birimleri kısmen veya tamamen belirli şartlarla bir bedel karşılığında

özel sektör tarafından işletilmektedir (Özcan, 2008). Enerji sektöründe 1997 yılında gündeme gelen işletme hakkı devri modeliyle elektrik üretim ve dağıtım müesseselerinin 20 yıl boyunca özel sektör tarafından işletilmesi, böylece yıllardır yatırım yapılmadığı için verimliliği düşen bu işletmelerin özel sektör tarafından yapılacak gerekli yatırımlarla verimliliklerinin artırılması amaçlanmıştır. Bu modelde, ayrıca devir bedeli olarak hazineye de kaynak sağlanması planlanmıştır.

YİD modeli çerçevesinde ve 3096 sayılı yasadan kaynaklanan uygulama, bazı mevcut elektrik santrallerinin rehabilitasyonu, gereğinde kapasite artışı yatırımı yapılması ve daha iyi işletilmesi için bu santrallerin işletme hakkının özel sektöre devridir. 16.8.1985 tarih ve 85/9799 sayılı yönetmelik ve yönetmeliğe ek olarak çıkarılmış BKK'ları ile 25 elektrik santrali işletme hakkı devri için belirlenmiştir (İmre, 2001:15).

III.6. Kamu İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Tahkim

İmtiyaz sözleşmeleri ile uluslararası ticari tahkim arasındaki ilişki Anayasa mahkemesinin YİD mevzuatıyla ilgili bazı kanunları iptal etmesi ile Türkiye'de önem arz etmeye başlamıştır. (Anayasa Mahkemesi 9.12.1994 E.1994/43 ve 1994/42-2 kararı)

Yabancı hakem kararları ile ilgili olarak MÖHUK ve New York Sözleşmesi'nde hükümler bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi (uygulanması) ile ilgilidir. Bu sebeple, Milletlerarası Tahkim Kanunundan önce, yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim Hukuk Usul Muhakemeleri Kanununa (HUMK) tabi olmaktadır. Yabancılık unsuru dolayısıyla iç uyuşmazlıklardan farklı nitelikleri olan ilişkilerin, Milletlerarası Tahkim Kanunu düzenlenerek bu Kanuna tabi olması, özellikle yabancı sermayenin istemleri içinde yer almıştır. MTK, UNCIRTAL kanun modeli ve İsviçre Devletler Özel Hukuku kanunun tahkime ilişkin hükümlerinden yararlanılarak

hazırlanmıştır (Kaplan, 2003:203).

1999 Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya zaten girmiş olan uluslararası tahkim kurumunun işleyişine ilişkin esas ve usullerin kanunla belirlenmesi ihtiyacı karşısında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) yürürlüğe konmuştur (R.G., 5 Temmuz 2001-24453).

4686 Sayılı kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. Aynı şekilde, 4501 sayılı kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi hakkında da bu kanun hükümleri uygulanmaktadır. Ancak, kanun hükümleri, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradeleri dışındaki uyuşmazlıklara uygulanmaz. Kanunun uygulanma alanı hakkında, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri saklı tutulmaktadır (Nomer, Ekşi, Gelgel, 2000:15).

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinde, yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin "milletlerarası nitelik" kazanacağı ifade edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, yeni yasa uyarınca bir tahkimin milletlerarası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurlar değil uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurlardan hareket edilerek yabancı unsurun tespit edilmesidir (Akıncı, 2001:4).

Kanunun, uyuşmazlığı yabancı unsurlu kılan ve bu durumda tahkime milletlerarası nitelik kazandırdığını belirlemiş olduğu haller şunlardır:

- Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

- Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması,

b) asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması.

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

- Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi (Tekinalp, 1995:14).

4686 sayılı Kanununun 4. maddesinde tahkim anlaşmasının tanımı ve hangi şekilde yapılacağı belirlenmiştir. Buna göre tahkim anlaşması; tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim kaydı asıl sözleşmede yer alabileceği gibi taraflar, asıl sözleşmeden ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapabilirler.

Tahkim şartının şekil şartı yazılı olmasıdır. Ancak çağın gereklerine uygun olarak elektronik ortamda akdedilen tahkim sözleşmeleri de şeklen geçerli sayılmıştır. Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartı ise, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olarak yapılmış olmasıdır (MTK, m.4).

Türk hukukunda hakemlerin, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak isteyen taraf devlet mahkemesine başvurmak zorundadır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6. maddesi uyarınca, taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacaktır.

Kanun, hakemlere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi vermektedir. Ancak bu yetki, hakem kurulu tarafından cebri icra organları tarafından uygulanması veya diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ya da üçüncü kişileri bağlayıcı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alma yönünde kullanılamaz. Bu nedenle, hakem kurulu tarafından verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının rıza ile uygulanmaması halinde tekrar mahkemeye müracaat edilerek, cebri icra yolu ile uygulanabilecek ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak gerekmektedir (MTK, m. 6).

Hakem veya hakem kurulunun seçimi, Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre uyuşmazlık tarafları hakemlerin sayısını, tek sayı olmak kaydıyla, tespit etmekte serbesttirler. Böyle bir tespitte bulunulmamış ise üç hakem seçilecektir. Ancak gerçek kişiler hakem olarak seçilebilir. 7. madde de sayılan hakem seçimin yapılamadığı hallerde, hakem seçiminde yetkili mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Tek hakem seçiminde bu tek hakemin, üç hakem seçilecek ise hakemlerden ikisinin uyuşmazlık tarafları ile aynı milliyetten olmaması gerekmektedir (Gölan, 2001:142).

Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık

ve bağımsızlığı hakkındaki şüpheleri haklı gösterecek hal ve şartlarını açıklamak zorundadır. Uyuşmazlık taraflarının önceden bilgi sahibi olmamaları halinde hakem, kendisi hakkında sonradan ortaya çıkabilecek durumları gecikmeksizin taraflara bildirmekle yükümlüdür. Hakem taraflarca kararlaştırmaları niteliklere sahip değilse, tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcutsa, hakemin tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösterecek durumlar gerçekleşir ise, reddedilebilir (MTK, m.7).

Taraflar, tahkim yargılaması sırasında eşit hak ve yetkilere sahiptirler. Milletlerarası Tahkim Kanununun 8. maddesi uyarınca, tahkim sürecinde taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından temsil edilebilirler. Burada kastedilen yabancı avukatlar ve hukuk firmalarıdır. Ancak, yabancı avukat veya hukuk firmalarının faaliyeti tahkim ile sınırlı olup aynı uyuşmazlık ile ilgili olarak devlet mahkemelerine yapılacak müracaatlar için Türkiye'de faaliyet göstermelerine izin verilmemiştir (Ormanoğlu, 2004:174).

Tahkim yeri seçiminde, taraflar veya onların seçmiş olduğu tahkim kurumu tamamen serbesttir. Tahkim yeri konusunda herhangi bir anlaşma mevcut değil ise, hakem veya hakem kurulu olayın niteliklerine göre tahkimin yapılacağı yeri belirler (MTK, m. 9).

Taraflar tahkim sürecinde kullanılacak dil olarak, Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi dili olarak belirlemekte serbesttir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin seçilmiş olduğu davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlediği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hakem veya hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerekmektedir (MTK, m. 10).

Tahkim kurulu kararını oy çoğunluğu ile alır ancak taraflar bunun aksini

kararlaştırabilirler. Hakem veya hakem kurulu, delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılmasına karar verebileceği gibi, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesine de karar verebilir. Taraflar, aksini kararlaştırmadıkları sürece, hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin isteği üzerine tahkim yargılamasının uygun bir aşamasında duruşma yapılmasına karar verebilir (MTK, m. 13).

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15. maddesi ile getirdiği en önemli değişiklik, hakem kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları ile ilgilidir. Öncelikle, milletlerarası nitelikli hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış olup, ancak iptal davası açma imkanı tanınmıştır. Böylece, artık Yargıtay'ın hakem kararlarının esaslı denetlemesi, başka bir deyişle, hakemlerin doğru karar verip vermediklerini incelemesi söz konusu olmayacaktır (Akıncı, 2001:52).

İptal davası, yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür. İptal davası, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içinde açılabilir. İptal davası hakkında verilen kararlara karşı HMUK hükümlerine göre temyiz yolu açık olmakla birlikte, karar düzeltme yoluna gidilemez. Temyiz incelemesi, iptal sebepleriyle sınırlı olarak öncelikle ve acilen görülür (MTK, m. 14/B. 2).

Hakem kararlarının iptal sebeplerinden bazıları mahkeme tarafından re'sen dikkate alınırken bir kısmı ise ancak tarafların ispat etmesi durumunda dikkate alınacaktır.

Mahkeme, hakem veya hakem kurulu kararına konu olan uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığını ve/veya kararın kamu düzenine aykırı olduğunu tespit ederse hakem kararını iptal eder. Tahkim başvurusu yapan tarafın ispat etmesi halinde hakem kararının iptaline yol açan sebepler ise şunlardır:

- Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması,
- Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmaması,
- Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi,
- Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi,
- Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermesi ya da yetkisini aşması,
- Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması,
- Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi (MTK, m. 15).

Tahkim sürecinde yapılan giderlerin içeriği ve ödenmesine ilişkin hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanununun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tahkim giderleri, hakem ücretleri ile yargılama giderlerinden oluşmaktadır. Genel prensip olarak hakem ücretleri, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılır. Böyle bir anlaşmanın olmaması, tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması ve taraflarca bu konuda yerleşmiş milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunulmamışsa, hakem veya hakem kurulunun ücretleri her yıl Adalet Bakanlığı tarafından ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir.

Hakem ücretleri dışında yargılama giderleri ise, hakemlerin seyahat giderleri ile diğer masraflarını, bilirkişi ve yardımına başvuruyla diğer kişilere ödenen ücret ve keşif bedellerini, tanıkların seyahat ve diğer giderlerini, hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekalet ücretini, yargı harçlarını ve tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerini kapsamaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça, yargılama giderleri ile hakem ücretleri haksız

çıkan tarafa yüklenir. Davada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri ile hakem ücretleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır (MTK, m. 16/A/B/C).

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi, esas itibarıyla, Anayasanın 90. maddesi çerçevesinde bir kanunla onaylanmak suretiyle Türk iç hukukunun bir parçası haline getirilmiş bulunan 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi hükümlerine tâbidir. Yine, bu konuda, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 43 ve devamı maddelerinde bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak, sözü edilen Milletlerarası Sözleşme, özel hükümler içermesi sebebiyle, MÖHUK'un tenfizle ilgili hükümlerine nazaran aynı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrasında da öncelikle uygulanacaktır. Bu bağlamda, temel hükümleri itibarıyla, New York Sözleşmesinin yabancı hakem kararlarının tenfiziyle ilgili hükümlerinin, MÖHUK'un konuyu kanun bazında düzenleyen hükümleriyle büyük ölçüde uyum içerisinde olduğu; hatta ona kaynaklık ettiği dahi söylenebilir (Ansay, 1984:123-140).

MÖHUK'da, New York Sözleşmesinden farklı olarak, yabancı hakem kararlarının sadece tenfizi düzenlenmiştir. Tanıma daima tenfizin içinde mevcut olduğundan, yabancı hakem kararlarının tenfiziyle ilgili MÖHUK hükümleri m. 43 ve devamında yabancı hakem kararının sadece tanınmasının istenmesi halinde de uygulanacaktır. Mahkeme kararlarının aksine hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, tanımayı, tenfizden farklı hükümlere tâbi kılmayı gerektirecek bir nitelik farkı mevcut değildir. Bu sebeple, yabancı hakem kararlarının yalnızca tanınması da, aynen tenfiz şartlarına tâbi olarak gerçekleştirilecektir (Nomer, 1993:460-461).

Türkiye, New York Sözleşmesinin 1/3 m.sinde tanıdığı imkânı kullanarak, bu Sözleşmeyi karşılıklılık esası çerçevesinde diğer bir âkit devlet ülkesinde verilmiş ve

yalnızca Türk hukukuna göre ticarî nitelikte sayılan akdî ve akit dışı hukukî ilişkilerden Ticaret Kanunu m. 3 ; m. 21 de doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir. O halde, Türk hukukuna göre, ticarî nitelikte sayılmayan akdî veya akit dışı hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasını öngören yabancı hakem kararları ile ticari nitelikte akdi ya da akit dışı bir hukukî ilişkiden kaynaklanmış olan uyuşmazlık hakkında çözüm öngörmesine rağmen, New York Sözleşmesine taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilmiş bulunan yabancı hakem kararlarının, Türkiye’de tenfizi, ancak konuyu kanun bazında düzenleyen MÖHUK hükümleri çerçevesinde mümkün olacaktır (Tanrıver, 2001:91).

New York Sözleşmesine göre, Türkiye’de tenfizi istenebilecek olan hakem kararlarından maksat, tenfizin talep edildiği ülke olan Türkiye dışında başka bir akit devlette verilmiş hakem kararları ile tenfiz ülkesi olan Türkiye’de verilmiş bulunmasına rağmen Türk hukukuna (tenfiz ülkesi hukukuna) göre millî sayılmayan hakem kararlarıdır. Bu durumda, birinci grup hakem kararlarının, yabancı hakem kararı olarak nitelendirilebilmesi için, Türkiye dışında bir başka akit devlet ülkesinde verilmiş bulunduğunun tespiti tek başına yeterli olacak; bu niteliğin kazanılması açısından, tarafların veya hakemlerin yabancı olması, tahkim anlaşmasının yapıldığı veya hakemlerin toplandığı yahut hakem kararının tefhim, tebliğ veya tevdi edildiği yerin yabancı bir ülkede bulunması, tahkime konu olan uyuşmazlığa uygulanan maddi hukukun ya da tahkim prosedürünü yöneten hukukun yabancı olması herhangi bir önem taşımayacaktır (Balci, 1999:10-11).

İkinci grubu teşkil eden tenfiz ülkesi olan Türk hukukuna göre millî sayılmayan hakem kararlarından (yani, yabancı hakem kararlarından) maksat ise, yabancı bir devletin usul hukuku uygulanmak suretiyle verilmiş bulunan (yani, Türk kanunlarının

otoritesi altında verilmemiş olan) hakem kararlarıdır.

Bir başka ifade ile ikinci durumda, hakem kararının milliyetinin tayininde baz alınacak ölçüt, tahkim usulüne hakim olan, tahkim prosedürünü yöneten hukuktur. Bu usul hukuku, yabancı bir devletin usul hukuku ise yabancı hakem kararının; Türk usul hukuku ise, Türk hakem kararının varlığından bahsetmek gerekecektir.

Yapılmış bulunan bu tespit, yabancı hakem kararlarını doğrudan tanımlamayan ve sözü edilen kararların tenfizini düzenleyen ve bu bağlamda yabancı hakem kararının tanımlanmasında dolaylı da olsa bir ölçüt getiren 2675 sayılı Kanunun 45. maddesinde belirtilmiştir. Bu düzenlemede mahkeme öncelikle tahkim sözleşmesi veya şartında tarafların tesbit ettiği kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre, sözleşme hükümsüz ise ve hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise, özellikle hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı ise, yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder” bendine de uygun düşer (Çakar, 2002). Son olarak vurgulanması ve altının çizilmesi gereken bir diğer husus da, hakem kararının milliyeti ile yani yerli veya yabancı sayılması ile tahkimin ulusal ya da uluslararası olmasının herhangi bir ilişkisinin bulunmadığıdır (Eroğlu, 1985:16).

Tahkimin asıl amacı yatırımlar için birinci derecede risk olan politik riski izole etmek ve garantilerin garanti altına alınmasını sağlamaktır. Burada önemle vurgulanması gereken husus tahkim neticesinde hakemlerin verecekleri kararların uygulanmasının Türk mahkemelerinin vereceği tenfiz kararına tâbi olduğudur. Yani tahkimin vereceği karar ile Türk mahkemelerine başvurulup onun onayı alındıktan sonra hakem kararının uygulanması mümkündür (Gözübüyük, 1983:9).

Hakem yargılamasının temel karakteristiği, tarafların yargılama sırasında eşit işlem görmesidir. Aynı kural kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık için tahkime gidilmesi halinde de geçerlidir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde, taraflardan birinin idare olması, üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmış bulunması, kamu yararını temsil etmesi, yargılama esnasında onun farklı bir işleme tabi tutulması sonucunu doğurmaz. O halde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvuruyu tercih eden idarenin, hakem yargılaması sırasında eşit işleme tabi tutulma ilkesinin işlerlik kazanmış olması nedeniyle, özellikle milletlerarası tahkimde hakem seçimi ve onların uygulayacakları hukuk konusunda muhtemel sakıncaların doğumunun önceden önlenmesi için, büyük bir dikkat ve özen içerisinde bulunulması şarttır (Başbayraktar, 2008).

Ayrıca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü konu alan yabancı hakem kararları açısından da, diğer uyuşmazlık türlerine ilişkin verilmiş yabancı hakem kararları için işlerlik kazandığı gibi, en önemli ve etkin silahın tenfiz bağlamında kamu düzeni müdahalesinin olduğunun vurgulanmasında yarar vardır (Günday, 2002:30).

SONUÇ

Dünya hızlı bir değişim süreci yaşamaktadır. 1960 ortalarından itibaren sermayenin özgürleşmesi yani en çabuk ve en kolay nemalanacağı alana girip çıkabilme olanaklarının yaratılması yani küreselleşme gündeme gelmiştir. Teknolojik gelişmeler ve ekonomik rekabet, sınır ötesi ilişkileri giderek yoğun ve karmaşık hale getirmektedir.

Türkiye dahil hiçbir ülkenin bu değişimin ve gelişmenin dışında kalma gibi bir imkanı bulunmamaktadır. Bu değişim ve gelişimin doğal sonucu olarak yabancı sermaye yatırımları, gelişmekte olan ülkeler için ekonomik kalkınmanın vazgeçilmez aracı olarak görülmeye başlanmıştır. Yabancı sermaye ülkeler arasında hızla yer değiştirebilmektedir. Son yıllarda Türkiye yabancı sermaye ve özellikle doğrudan yabancı yatırımları teşvik eden ülkeler arasında yer almıştır. Yabancı yatırımcılar planladıkları yatırımlar için uluslararası tahkimi bir ön şart olarak sunmaktadır. Dünyada uluslararası tahkim ile ilgili olarak çok sayıda uluslararası sözleşme yapılmıştır. Türkiye yatırımları teşvik eden ülke olarak çok sayıda sözleşmeye de taraf olmuştur.

IMF, Dünya Bankası, WTO gibi kurumların devreye girmesi ile birlikte her alanda uluslararası sermayenin ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler önem kazanmıştır.

Artık, ağırlıklı spekülasyon alanlarında (borsa gibi) kullanılmakla birlikte, doğrudan sermaye yatırımlarına da yönlendirilen, trilyonlarca doların dolaştığı bir dünyada yaşanmaktadır. Bu kaynak ileri teknoloji ve finansman gerektiren altyapı projelerini tamamlamak için yabancı sermayeyi çekmek isteyen ülkeler açısından da cazip görünmektedir. Geline nokta dünya üzerinde uluslararası yatırımlarla ilgili 1630'dan fazla ikili ticaret anlaşması imzalanmıştır. Hal böyle iken her düzenleme bu sermayenin etrafında, büyüyerek akması üzerine kurgulanmakta, hukukta bu düzenlemelerde payına düşeni almaktadır. Hukuki ihtilafın çözümü için devlet yargısı dışında alternatif yargı

olarak gösterilen tahkim, uygulamada sermayedar şirketlere üstünlük tanımakta ve sözleşme tahkimle güçlendirilmektedir.

Devletler ekonomiye ve özel hukuk alanına müdahale etmekle, bu alanda düzenlemeler yapmakla, sermayenin ülkeler arasında daha serbest ve daha hızlı dolaşımını arzu etmekte, devlete karşı özel hukuk kişilerinin hak ve hukukunu uluslararası planda da korumaya çalışmakta, bütün bunları da uluslararası bir bütünlük içinde yaparak uygulamaları bir bütünlük içine sokmaya çalışmaktadır. Bu durum yaşanan küreselleşmenin bir sonucudur.

Uluslararası ticaret alanının en önemli konusu, başka bir ülkede yapılacak nakdi ve aynı yatırımların korunmasıdır. Dev bütçeli sözleşmelerde ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların riskler taşıyan devlet yargısında değil, yatırımların adilane ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulması için uluslararası platformlarda, yabancı hakem kurumları ile çözülmesi benimsenmiştir. Tahkim düzenlemeleri ile uluslararası şirket karşılaştığı her türlü bürokratik ve hukuki engel karşısında (ulusal çıkarlar karşısında), kendi ülke hukukunun uygulanmasının getirdiği güvencelerle faaliyet yürütme olanağı kazanmış olmaktadır.

Yabancı yatırımcılar, daha çok, sermaye transferlerine getirilebilecek her hangi bir sınırlandırma nedeniyle karını yurtdışına çıkaramama, yatırımlarının kamulaştırarak millileştirilmesi veya vergi oranlarda bu etkiyi yaratacak kadar yüksek bir artış gibi politik riskleri ve bu risklerden kaynaklanan ihtilafları, kendilerinin de eşit bir biçimde taraf olacaklarını düşündükleri uluslararası tahkime götürmek istemektedir. Uluslararası şirket karşılaştığı her türlü bürokratik ve hukuki engel karşısında (ulusal çıkarlar karşısında), kendi ülke hukukunun uygulanmasını ve bunun getirdiği güvencelerle faaliyet yürütme olanağı kazanmış olmaktadır.

Devlet mahkemelerinde davalar yürürlükteki usul hukuku ve maddi hukuk hükümlerine göre halledilmekte, ancak bu düzenlemeler sorunun çözümünde yetersiz kalabilmekte ve yıllarca sürebilmektedir. İş hayatı ve davanın uzmanlık gerektiren özellikleri yüzünden, davayı karara bağlayacak hakimin formasyonu, mesleki gücü hakkında endişeler taşınmaktadır. Özellikle bir tarafın devlet, bir tarafın yabancı şirket olduğu sözleşmelerdeki anlaşmazlıklarda, Türkiye'de mahkemelerinin vatandaşını koruma psikolojisi ile devlet kuruluşlarını kayırabileceği yabancı şirketler tarafından düşünülmektedir. Aleniyet bakımından da yabancı şirketler, çeşitli sebeplerle uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde açık olarak incelenmesini sakıncalı bulmakta, gizliliği esas almaktadır.

Ulusal hukukumuzda mahkemelerde duruşmaların kamuya açık (alenî) oluşu, hem davanın tarafları açısından bir güvencedir, hem de halkın doğrudan doğruya ya da basın- yayın organları aracılığıyla bilgilendirilmesi bakımından çok önemlidir. Ancak, kamu hizmetinin görülmesiyle ilgili anlaşmazlıkların sonuçlarından öncelikle etkilenecek yurttaşların ve sivil toplum örgütlerinin dünyanın herhangi bir kentinde kapalı kapılar ardında yürütülen tahkimden bilgi almaları olanaksızdır. Oysa, kamuyu ilgilendiren konularda, yargılamanın kamuya açık olarak yapılması gerekir tahkim bu yönden sakıncalıdır.

Tahkim mekanizmasının gelişimine göz atıldığında, kurumsal tahkime ağırlık veren merkezlerin oluşturulmasına önem verildiği görülüyor. Zamanla bu merkezler, tahkim sözleşmesiyle ilgili standartları saptamış, uygulanacak esasları kendi tüzükleri ile belirlemiş; bu hükümlerin uygulanmasını denetlemede devlet mahkemelerinin etkisinin asgariye indirilmesi hedeflemiştir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasına yönelik New York Sözleşmesi, Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID) bunu düzenleme altına almıştır. ICSID sözleşmesi ile her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilen her kararı bağlayıcı kabul edilerek, kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde, kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirilmesi sağlanıp, hakem mahkemesinde verilen kesinleşmiş karar aleyhine daha üst bir organa müracaat edilemez hale getirilmiştir.

Dünya Bankası'nın yaptırım gücü ile donatılmış ICSID ile iç hukuktan bağımsız, kendi kendini yöneten bir sistemin kurulması amaçlanmaktadır. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCİTRAL) Tahkim Kuralları ile de uluslararası tahkimin geliştirilmesi ve uyumlaştırılması için ilgili devletlerin aynen veya değiştirerek alabilecekleri bir kanun modeli hazırlanarak üye ülkelerin dikkatine sunulmuştur. Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Divanı da uyuşmazlıkların çözümünde çok sık başvurulmuş bir başka merkez halini almıştır. ICC kararları Yargıtay gibi ulusal mahkemeler tarafından tenfiz edilip, yani uygulanabilir hale getirilmektedir.

Türkiye yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanması (tenfiz) hakkında 1982 yılında da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku düzenlemiştir. 3460 Sayılı Kanun'la ICSID sözleşmesini, 3730 Sayılı Kanun'la Avrupa (Cenevre) Sözleşmesini ve 3731 Sayılı Kanun'la New York sözleşmesini onaylamıştır. Çok taraflı Yatırım Garanti Kurumu MIGA'nın yanısıra, Türkiye'nin imzaladığı ve Meclis'te onay bekleyen Avrupa Enerji Şartı ve görüşmeleri devam eden Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) de uluslararası tahkime imkan veren diğer sözleşmelerde gündemdedir.

Çok uluslu sözleşmelerden MAI'yi kabul eden hiçbir devlet, kendi yatırımcısına, yabancı yatırımcıdan daha çok destek vermemeyi ya da kendi yatırımcısına verdiği her tür destekten yabancı yatırımcıyı da yararlandırmayı yükümlenmiş ve yabancı sermayenin giriş çıkışına hiçbir sınır koymamayı, doğa, çevre vb. nedenlerle koyduğu sınırlamalardan yabancı yatırımcının kârının engellenmesi durumunda bunu karşılamayı da üstlenmiş olacaktır. Ayrıca MAI'yi imzalayan devletler, yabancı sermayeye ülkeye gelmeleri için "doğrudan yatırım, istihdam, teknoloji getirme" gibi koşullar da getiremeyeceklerdir. MAI'yi imzalayan bir devlet, çıkmak istediği takdirde bunu ilk beş yıl içinde bildirmek zorundadır. Aksi takdirde hiçbir zaman çıkamaz. İlk beş yıl içinde anlaşmadan çıkmak istediğini bildirdiği takdirde ise, bu durumda bile daha 15 yıl anlaşmayı uygulamak zorundadır. Özetle, MAI, yabancı sermayenin dilediği ülkeye istediği biçimde girip çıkmasını sağlamaya yönelik bir anlaşmadır ve içinde uluslararası tahkim de vardır (Türkiye MAI Karşıtı Çalışma Grubu, 2007) .

Ayrıca Türkiye günümüze kadar 63 ülkeyle de Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması (YKKT) imzalamıştır. 37 tanesi onaylanarak yürürlüğe giren bu anlaşmalarda devletin yatırımcısına verdiği zarar ve ziyanın tazmini için Türkiye Cumhuriyetine veya Türk kamu kurumuna karşı dava açmak istendiğinde ICSID merkezine başvurma hakkı tanınmıştır. Ayrıca bu tahkim yolundan tek tarafı olarak vazgeçilemeyeceği taahhüt edilmiştir. Bazı anlaşmalarda da ICC ve UNCİTRAL tahkim kurullarından birine başvurulacağı belirtilmiştir (Kaya, 1999:12).

Tahkim konusu öncelikle uluslararası ikili anlaşma ve sözleşmelere konu olmuş ve bu alanda faaliyet gösteren uluslararası tahkim kurumları kurulmuştur. Devletlerin, uluslararası ticari ve ekonomik ilişkilerinde uluslararası tahkimi öngören iç hukuk düzenlemeleri çoğunlukla uluslararası platformda yaşanan bu hukuki gelişmelerden

sonra olmuştur. Türkiye de, 1999 yılına kadar imzalamış olduğu ikili yatırım anlaşmaları ve sözleşmelerle yatırım uyuşmazlıklarında uluslararası tahkimi çözüm yöntemi olarak kabul etmiş, ancak iç hukuk sisteminde bu yönde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu durum, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi aşamasında bir takım güçlüklerin yaşanmasına neden olmuştur. İkili anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler yoluyla yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklarda alternatif bir çözüm yolu olarak kabul edilen tahkim mekanizmasının iç hukuk sistemimizde uygulanmasına olanak veren düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle, uygulamada sorunlar ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 3974 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Kanunun 5 inci ve 11 inci maddeleri hakkında vermiş olduğu iptal kararları, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde önemli bir faktör olmuştur. İptal kararlarının ana sebebini, anılan kanunlardaki kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerin "özel hukuk hükümleri doğrultusunda" sermaye şirketleri eliyle yerine getirilmesine yönelik yapılan düzenlemeler oluşturmaktadır. Mahkeme konuya ilişkin olarak verdiği her üç iptal kararında da, imtiyaz, kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyazı kavramlarına dayanmıştır. Bu kavramlardan yola çıkarak Mahkeme, kamu hizmeti niteliğindeki hizmet ve yatırımların imtiyaz kapsamında bulunduğunu ve bu hizmetlere ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğunu ve dolayısıyla da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin idare hukuku kapsamında bulunduğunu vurgulayarak bu tür sözleşmelerin kanun yoluyla özel hukuk kapsamına alınıp, Danıştay denetimi dışına çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır. Bu gerekçeyle de anılan Kanunların bu yöndeki hükümlerini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararlarına dayanarak Danıştay da incelediği sözleşme tasarılarında yer alan uluslararası tahkime ilişkin maddeleri sözleşme metninden çıkarmıştır.

Bu süreçte, yabancı yatırımcıların hukuki teminata ilişkin beklentileri de karşılanmamış ve dolayısıyla gerekli altyapı yatırım ve hizmetlerinin gerçekleştirilebilmesi için yabancı yatırımcıyı çekebilme konusunda güçlükler doğmuştur. Bu durumda var olan tek alternatif, Anayasa Mahkemesi'nin adına denetim yaptığı Anayasa'da bu yönde değişiklik yaparak bu engeli aşmaktır.

1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle; hem iç ve dış politika uygulamaları arasında yaşanan bu iki farklı yaklaşım giderilmiş hem uluslararası hukukta kabul edilen uluslararası tahkim, anayasal zemine oturtulmuş hem de tahkim konusunda sistematik bir hukuk altyapısının oluşturulması önündeki engeller kaldırılmıştır. Akabinde yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

Anayasanın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle kamu hizmetleri içinde uygulanabilir duruma gelen uluslararası tahkim ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için söz konusudur. Sorunların tahkim düzenlemesi ile çözüleceğini beklememek gerekir. Zira gerek yasal gerekse idari altyapı bu tür sözleşmelerin yürütülmesini sağlayabilecek düzeyde değildir. Yabancı şirketlerle yapılan kamu imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmelerde ve şartnamelerde eksiklikler mevcuttur. Son düzenlemelerden sonra tahkim koşullarının sözleşmelerde çok iyi belirlenmesi önem kazanmıştır, yargının devre dışı bırakılması ile tüm sorumluluk idarenin üzerinde kalmaktadır. İdarenin sözleşme koşullarını iyi belirlemesi riskleri minimize edecektir. Tahkime gidilecek konuların ise net ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekir. Türkiye'nin uluslararası hukuk, tahkim usul hukuku ve uluslararası ticaretin yönü ve işleyişi konusunda bilgi sahibi eleman konusunda kamuda ciddi bir açığı bulunmaktadır. Bu uyuşmazlık çıktığında uygulanacak kuralları belirlemek açısından önemlidir. Yapılan tahkim sözleşme ve şartı uyuşmazlığın çözümünde ilk planda belirleyici olmaktadır.

Yabancı sermaye ile yapılan kamu imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilip kabul edildiğinde idare üstün yetki ve ayrıcalıklardan yoksun kalacaktır. Örneğin idare bir kamu hizmetine sözleşme konusu yapılmış olan kamu hizmetine değişen koşul ve durumlara tek yanlı iradesiyle karşı tarafın muvaffakatı olmadıkça uyduramayacaktır. Değişkenlik ilkesi bu şekilde ortadan kalkıyor kamu hizmetlerine egemen olan en önemli ilke, özel hukuk hükümlerine tabi tutulmakta sadece tabii oldukları hukuki rejim değil aynı zamanda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilke ve kurallar da ortadan kaldırılmış olmaktadır ya da idareye tanınan öteki üstün yetki ve ayrıcalıklar idarenin sözleşme süresi dolmadan dahi sözleşmeyi hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle feshedebilme yetkisi bu da ortadan kalkıyor. Sözleşme olmasa bile yine aynı nedenle haiz olduğu kamu hizmet imtiyaz sözleşmelerindeki denetim ve gözetim yetkisi yaptırım uygulayabilme yetkisi, bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmakla idarenin bu gibi yetkileri de ortadan kalkmış olmaktadır.

Türkiye'de YİD, Yİ ve İD özelleştirme uygulamaları çerçevesinde gündeme gelmiştir. YİD modelinin uygulanması için ilk sektör olarak enerji seçilmiştir. Bu seçimin arkasında Dünya Bankası'nın özellikle elektrik enerjisi sektöründe özelleştirme faaliyetlerini destekleyen liberal politikaları vardır. 1980-1984 yılları arasında Dünya Bankası Türkiye'ye kamu iktisadi teşekküllerinin yeniden yapılandırılması için beş Yapısal Uyum Kredisi vermiştir. 1987 yılında enerji sektörünün yeniden yapılanması, 1992 yılında da TEK'in yeniden yapılanması için sektörel uyum kredileri vermiştir.

Tahkim Türkiye'nin 20 yılı aşkın süredir içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal krizden kurtulmak için yürürlüğe koymaya çalıştığı yapısal uyum politikalarının bir parçasıdır. Tahkimin arkasında sermayenin çıkarlarına öncelik tanıyan bir devlet öngörüsü yatmaktadır. Bunun önemli bir sonucu sermayenin istediği alana istediği koşullarda yatırım

yapabilmesi ve ticari ilişkileri sürdürebilmesi için kamu özel ayrımının ortadan kaldırılmasıdır. Tahkimle küreselleşme sürecinde az gelişmiş ülkeleri tek bir modele bağlayıp bu yolla merkezi olarak yönetilebilir hale getirmek amaçlanmaktadır

Elektrik enerjisi alanında özelleştirme tercihlerinin sonucu olarak, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağılımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile TEK dışındaki sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim ve dağıtım hakkı tanınmıştır. Ancak bu yasa ile birlikte, konuya ilişkin uluslararası yazında "imtiyaz" sözleşmeleri olarak da anılan YİD modelinin Türkiye'deki uygulamaları Cumhuriyet yasalarının 'imtiyaz' sözleşmelerine ilişkin hükümlerine aykırı olduğu görülmüştür.

Enerji sektöründe YİD ve İD'in imtiyaz sözleşmesi olduğu yasal olarak tesbit edilmişken, 8/6/1994 tarihinde çıkartılan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devlet Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Yasa, ile altyapı hizmetlerinin (köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı, ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırımların) yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında YİD modeli öngörülmüş ve yasanın 5. maddesi ile bu kapsamda yapılacak sözleşmelerin 'imtiyaz teşkil etmeyecek sözleşmeler olduğu ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

24/ 11/1994 tarihinde 4047 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle enerji yasa kapsamı dışına çıkarılmış 3465 sayılı Yasaya göre başlatılmış projelere Yasa kapsamına alınma imkanı tanınmıştır. Böylece enerji dışındaki tüm altyapı hizmetlerinin, Danıştay denetimi de olmadan, sermaye şirketlerinin ve yabancı şirketlerin talep ettikleri girdi, satış

ve fiyat garantileri ve kullanılacak krediler için hazine garantileriyle, özelleştirilerek YİD, Yİ ve İD modeline sokulmasının yasal çerçevesi çizilmek istenmiştir. Ancak 3996 sayılı Yasanın 5. Maddesi de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

20 Mart 1996 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi Kararında yap-işlet- devret sözleşmelerinin idari sözleşme oldukları ve imtiyaz sözleşmeleri niteliği taşıdıkları ve Danıştay ön denetiminden geçmeleri gerektiği bir kez daha belirlenmiştir. Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmetlerinin özel kesime devrinin imtiyaz sözleşmesi olduğu ve bu tür sözleşmelerin anayasal ilkelere ve mevcut yasalara uygunluk açısından imtiyaz sözleşmelerinin taşıması gereken nitelikleri taşımak zorunda olduğuna dair net ve açık görüş bildirmesine rağmen, Türkiye'de çokuluslu şirketlerin çıkarlarını kamu yararından ve ulusal çıkarlardan daha üstün tutan siyasal güçler 1996-1997 döneminde YİD, Yİ ve İD modellerini Danıştay'ın, ulusal yargının ve halkın denetiminin dışına kaçırarak bir yağma, soygun ve kapitulasyon modeli haline getirmek için yoğun bir mücadele vermişlerdir (Erdoğan, 2002:28).

Özelleştirme konusundaki düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin özelleştirmenin "devletleştirme"ye koşut olarak, yani, "gerçek karşılığı üzerinden ve gerçek karşılığın belirlenme usul ve esaslarının yasa ile belirlenerek" yapılması gerektiği yolundaki kararlarını aşabilmek amacıyla yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 4046 sayılı Yasa'nın 18/B ve C maddesini iptalinden sonra çok sayıda özelleştirme işlemi idari mahkemeler tarafından iptal edilmiş, ancak bunlar hukuka aykırı bir biçimde uygulanmamıştır.

Anayasa'nın "sosyal devlet"i ve "devletin görevleri"ni düzenleyen 2, 5, 167, 172 vb gibi maddeleri hâlâ yürürlüktedir. Bu maddeye eklenen ikinci fıkra ise, "kamu hizmeti" kavramı yerine, "devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri

tarafından yürütülen yatırım ve hizmetler" kavramını getirmektedir. Anayasa 125. madde de yapılan değişiklikle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların ulusal ya da uluslararası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği belirtilmiştir. Bu aynı zamanda, hizmetten yararlanan her yurttaşın, hizmetli ilgili sözleşmelerin iptali için dava açma hakkının da ortadan kaldırılması demektir.

Tahkim Türkiye'nin 20 yılı aşkın süredir içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal krizden kurtulmak için yürürlüğe koymaya çalıştığı yapısal uyum politikalarının bir parçasıdır. Tahkimin arkasında sermayenin çıkarlarına öncelik tanıyan bir devlet öngörüsü yatmaktadır. Bunun önemli bir sonucu sermayenin istediği alana istediği koşullarda yatırım yapabilmesi ve ticari ilişkileri sürdürebilmesi için kamu özel ayrımının ortadan kaldırılmasıdır. Tahkimle küreselleşme sürecinde az gelişmiş ülkeleri tek bir modele bağlayıp bu yolla merkezi olarak yönetilebilir hale getirmek amaçlanmaktadır

İdari yargının en temel özelliklerinden biri, idari işlemle ilgisi olan her yurttaşın, idari işlemin iptali için dava açma hakkına sahip olmasıdır. Özel hukukta ise, dava açabilmek için "hakkının ihlal edilmesi" gerekir ve bu durumda da sadece "tazminat" davası açılabilir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığına hizmetin niteliğine bakılarak karar verilir. Ancak, hemen belirtmelidir ki, Anayasa Mahkemesi'nce oluşturulan içtihadı göre, yasama organının yetkisi, yeni hizmet alanlarının kamu hizmetine dahil edilmesini kapsar. Niteliği gereği, kamu hizmeti olan bir alanın, bu kapsamdan çıkarılması yasama organının bile yetkisinde değildir. Çünkü, tüm toplumu doğrudan ve yakından ilgilendiren, sürekli verilmesi zorunlu, elektrik gibi bir hizmetin, ister üretimi, ister iletimi, ister dağıtımını olsun, bu kamu hizmeti değildir dene de, kamu hizmeti niteliği; bu imtiyaz değildir dene de imtiyaz

niteliği değişmez.

Sayıştay'ın 28. 02. 2007 tarihli enerji raporuna göre rapor kapsamında YİD modeliyle yapılan 24 ve Yİ modeliyle yapılan 5 olmak üzere toplam 29 adet santral incelenmiştir. İncelemede YİD modellerini uygulayan enerji sektöründe, şirketler belirledikleri yatırım tutarları ile öz sermaye getiri oranlarının hiçbir araştırma ve analiz yapılmaksızın aynen kabulü ve şirketlerle imzalanan sözleşmelere kamu aleyhine hükümler konulması sonucunda, toplam yatırım maliyetleri gerçeği yansıtmayan santrallerden yüksek tarifelerle enerji satın alınmasına ve şirketlerin söz konusu yatırımlarından USD bazında % 85'lere varan yüksek oranlarda getiri elde etmelerine yol açılmıştır.

şirketler, santralleri fizibilite raporlarında verdikleri ilk teklif fiyatlarından daha düşük bedellerle tamamladıkları halde, yatırım dönemi sonunda (zellikle doğalgaz santrallerinde) maliyetlerin yıllık % 4,6 ile % 5 arasında değişen oranlarda eskale (problemlili bir vakanın durumunun bulunan merciide zmlenememesi hallerinde bir veya birkaç st makama havale edilmesi hareketini temsil eden terim) edilmesine izin verilerek toplam yatırım maliyetlerinin daha da yükselmesine sebep olunmuştur.

Görevli şirketlerle imzalanan Uygulama/İmtiyaz Sözleşmeleri defalarca değiştirilmiş ve her değişiklikle, projelerin toplam yatırım tutarları ve elektrik satış tarifeleri yükseltilmiş, işletme süreleri uzatılmış, erken üretim, eksik ve fazla üretim fiyatları değiştirilmiştir. Bu tür değişiklikler tamamen şirketlerin talepleri doğrultusunda ve firmaların lehine olmuş, kamu yararı açısından yapılması zorunlu olan değişiklikler yapılmamış, bu da kamu kesiminin riskinin artmasına yol açmıştır. Neticede kamu zararı ortaya çıkmaktadır. Tüm bu uygulamalar sonucunda, santrallerin işletmede oldukları ortalama 4 yıllık süre içinde 2.3 milyar USD kamu zararı ortaya çıkmıştır. Yapılan

sözleşmelere “gizlilik “ yönünde şerhler konulması nedeniyle sözleşmelerin kurum ve kuruluşlar ile kamuoyu tarafından öğrenilmesi imkanı da ortadan kalkmaktadır.

Uğranılan kamu zararının sona erdirilmesi amacıyla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca şirketlerle bir an önce görüşmelere başlanılmalı, sözleşmelerin ve tarifelerin tadilinden, asgarî alım garantisi miktarları ve hazine garanti sürelerinin düşürülmesine kadar geniş bir yelpazede çözüm aranmalıdır.

Uluslararası tahkim, yeni iş olanakları sağlayacağı, yabancı sermaye yatırımlarını artıracığı şeklinde kamu oyuna sunulmuş ancak, Türkiye tahkimi kabul ettikten sonra istihdamda artış gözlemlenmemiştir.

Ülkemizde şimdiye kadar yapılan özelleştirmelere baktığımızda, istihdamı olumsuz yönde etkilemiş, istihdam hacmi %13,8 gerilemiştir. Özelleşen işyerlerinde işten atılma oranı %68,2, sendikasızlaştırma oranı ise %72’dir (Bulut, 2008). Bu durum YİD modelinin uygulandığı enerji sektöründe de değişmemiştir. Üretim arttığı halde istihdamda artış gözlemlenmemiştir (Bulut, 2008).

Uluslararası tahkim, Türkiye’yi "uluslararası mahkûm" yapacaktır. Türkiye’yle ilgili başka nedenler değişmedikçe, uluslararası tahkim bugün kapıda beklediği söylenen kaynakların gelmesini sağlamaya tek başına yetmeyecek, büyük olasılıkla, Hazine garantili yabancı krediler Türkiye’nin dış borcunu daha artırmaya devam edecektir (Soysal: 1999:86).

Türkiye ICSID’ ye götürülürse artık orada ne anayasa mahkemesi ne idare hukuku ne idari yargılama hukuku ve ne de Danıştay hiçbirisi olayın öznesi olmayacaktır. Durum onu gösteriyor ki Türkiye 32 devletle imzaladığı yatırım sözleşmelerinde Türkiye’de yapılan yatırım sözleşmelerinden doğan ihtilaflar için ICSID tahkim kuruluşu kabul edildiğinden doğacak ihtilaflarda artık Türk yargısı atlanarak uyuşmazlık tahkime

götürülebilecektir. Netice itibariyle Türk hukuk mevzuatı ICSID için önem taşımamaktadır.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı aleyhine beş tanesi ICC ve bir tanesi de ICSID nezdinde olmak üzere toplam altı adet tahkim uluslararası davası açılmış durumdadır. Enerji Bakanlığı aleyhine açılmış bulunan davalarda gösterilen gerekçelerde: firma ile bakanlık arasında imzalanan sözleşmelerde yer alan bir takım şartlarının Bakanlık tarafından yerine getirilmemesi, firma ile bakanlık arasında yapılan tahkim öncesi müzakerelerden firma adına sonuç alınamaması, firma tarafından bakanlığın, tartışmalı yargı kararlarına dayanarak projeyi iptal etmek istediğinin öne sürülmesi, Firma görevlendirilmesine ilişkin BKK'nın Danıştay tarafından iptal edilmesi dolayısıyla proje açısından oluşan hukuki boşluk sebebiyle zarara uğranması gibi konular olarak sıralanabilir.

Bakanlık aleyhine açılmış olan tahkim davalarının birçoğunda, davacı sermaye şirketleri tahkim taleplerinde tazminat isteklerine de yer vermektedir. Bakanlığın taraf olduğu tahkim davalarında, Bakanlık'tan talep edilen tazminat tutarları 60-300 milyon dolar arasında değişmektedir. Bakanlık, uluslararası tahkim davalarında, özel hukuk büroları tarafından temsil edilmektedir. Özel hukuk bürolarından yapılan avukatlık hizmeti alımları, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesi uyarınca doğrudan temin yoluyla yapılmaktadır. ICC nezdinde açılan tahkim davalarında Bakanlığın savunmalarını üstlenen avukatlık bürolarının toplam maliyeti yaklaşık 1 trilyon TL civarındadır (Emek, 1999a:207). Davalar, elektrik üretim ve dağıtımını ile görevlendirilen ve 4686 sayılı Kanuna göre yabancılık unsuru taşıyan şirketler tarafından açılmıştır. Davaların beş tanesinde tahkim süreci devam etmektedir. Tahkim davalarından yalnızca bir tanesi sonuçlanmış durumdadır. Sonuçlanan davada Bakanlık aleyhine hükmedilen herhangi bir tazminat söz

konusu değildir. Diğer davalarda da hukuki süreç devam etmektedir. Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nden alınan veri ve bilgilere göre, uluslararası tahkim giderlerini karşılamak üzere 2003 yılında, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı bütçesine Maliye Bakanlığı Yedek Ödenek tertibinden yaklaşık olarak 5,7 trilyon TL ödenek aktarılmıştır. 2004 yılı itibariyle tahkim giderlerini karşılamak üzere ise Bakanlık bütçesinde 5,8 trilyon TL ödenek öngörülmüş durumdadır.

Örnek olarak alınan bakanlık bünyesindeki uluslararası tahkim davalarının oldukça yüksek maliyet getirdiği görülmektedir. Tahkim sürecindeki hakem ücretleri ve hakemlerin diğer giderlerine, dava giderlerine, tahkim kurumları tarafından tahsil edilen yönetsel giderlere ve tahkim sürecine ilişkin diğer giderlere ek olarak bir de tazminata karar verilmesi halinde, her bir tahkim davasının maliyeti yükselmektedir. Bu durumda tahkim mekanizmasının, maliyeti yüksek boyutlara varan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenebilir.

Tahkim olgusu küreselleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Yabancı yatırımcı ve dünya ölçeğinde sermayedar şirketlerin baskısı ve Dünya Bankası ve Dünya Ticaret Örgütü'nün belirlemeleri ile tahkim kaçınılmaz olmaktadır. Tüm anlatılanlar ışığında, ortaya çıkan kamu zararları değerlendirildiğinde kamu imtiyaz sözleşmeleri yapılırken bu konuda yetkili kişilerin (bürokratların) beklide siyasi baskı ile sözleşmeyi tahkim olgusu değerlendirilmeksizin, kamu yararı düşünülmezsizin yaptıkları görülmektedir. Yapılan sözleşmeler gizlilik kaydı ile yapıldığından inceleme imkanı bulunmamaktadır. Yabancı yatırımcının korunduğu sözleşmelerde ortaya uyuşmazlık çıktığında tahkim kurallarının uygulanacağı düşünüldüğünde, başından sözleşme ile düzenlenmemiş bir hak ta korunamayacaktır.

İrade serbestisinin öngörüldüğü sözleşmelerde başından itibaren tüm hususlar düzenlenmelidir. Bunun için nitelikli elemana ihtiyaç vardır. Uluslararası tahkim davaları ile karşı karşıya kalabilecek kamu kurum veya kuruluşlarında sözleşme hukuku alanında uzmanlaşmış kişiler istihdam edilmelidir. Bu kuruluşların, uygulanması sırasında uyuşmazlığa mahal vermeyecek veya bu olasılığı en aza indirecek şekilde bir sözleşme hazırlayabilmeleri için bu alanda uzman kişilerin görevlendirilmesi bir koruyucu tedbir olabilir. Sözleşme şartlarının belirlenmesi esnasında, sözleşme içeriğine hakim olunması durumunda, ileride doğması muhtemel bir uyuşmazlığın önüne geçilebilir. Ortaya sorun çıktığında artık geç kalınmış olacaktır. Uygulamada ortaya çıkacak uyuşmazlık ihtimal ve sayısını azaltmak, doğal olarak bu tür davalardan kaynaklanan maliyetlerin de azalmasını sağlayacaktır. Yatırımcı kar amacıyla kendi özel çıkarını düşünmektedir. Bunun karşısında akit yapan kamu görevlisinin de kamu yararını düşünerek hareket etmesi ve en başından uygulamada ortaya çıkacak sorunları hangi hukuka göre çözümleneceğini, hangi tahkim kurumunda bunu çözeceğini, tahkimin dilini sözleşmede düzenlemesi gerekmektedir.

Çözüm olarak en kısa sürede Türkiye'de uluslararası yatırımlara ilişkin uyuşmazlıklarda başvurulabilecek bir Uluslararası Tahkim Merkezi kurulmalıdır. Bu anlamda Merkez, jeopolitik olarak Avrupa-Ortadoğu-Asya ülkeleri arasında bir bağlantı noktasını oluşturan Türkiye'yi, bu ülkeler arasındaki ticaret ve yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde cazip bir tahkim ülkesi haline getirebilir. Türk kamu kurumlarının taraf oldukları tahkim davalarının yabancı bir ülke yerine, Türkiye'de görülebilmesi fırsatını yaratır. Aynı zamanda böyle bir Merkez, Türkiye dışında yatırım yapan Türk vatandaşı yatırımcıların, yatırım yaptıkları ülkelerde karşılaşacakları tahkime konu olabilecek problemlerde kullanabilecekleri önemli bir tahkim kurumu haline gelebilir.

KAYNAKÇA

- Akgüner, T., Erman, H. (2002). Kamulaştırmada son gelişmeler ve malikin geri alma hakkı. *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 1-23.
- Akıncı, Z. (2000). Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi. *Yargı reformu 2000* içinde (ss. 287-300). İzmir Barosu Sempozyum Bildirisi İzmir.
- Akıncı, Z. (2003). *Milletlerarası tahkim*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Aktan, C. C., Şen, H. (1999). *Globalleşme, ekonomik kriz ve Türkiye*. Ankara: TESEV Yayınları.
- Akyol, Ş. (2000). *Milletlerarası tahkim (sorunlar-çözümler –öneriler)*. M. Kemal Oğuzman’ın anısına armağan. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Akyüz, Ş. (2003). The Jurisdiction of ICSID. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52, 333-362.
- Alangoya, Y. (2000). *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul.
- Altıntaş, M. A. (1998). Uluslararası yatırımların korunması, temel uyumsuzluklar ve tahkim kuralları. *Hazine Dergisi*, 10, 1-39.
- Ansay, T. (1984). Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York anlaşması ve yeni Türk devletler özel hukuku kanunu. *Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması tenfizi, bildiriler tartışmalar* içinde (ss.119-136). II.Tahkim Haftası Ankara.
- Arat, T. (1996). *DTÖ uyumsuzlukların çözümü*. GATT anlaşmasının kavranması stratejik odak nokta projesi. Ankara: Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı Yayınlanmamış Ön Raporlar.
- Arat, T. (1999). Milletlerarası tahkim konusunda yasal düzenleme gerekir mi ? *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. II*, 182-341.

- Aslan, Z., Arat, N. (2004). Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim usulü. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8, 1-25.
- Aybay, R. Kamu hizmeti ve uluslararası tahkim. (1999, 23 Haziran). *Cumhuriyet Gazetesi*.
- Aytaç, Z. (2001). Yatırımcının korunmasında neredeyiz? Perşembe konferansları, *Rekabet Kurumu*. 5, 3-29
- Azrak , Ü. A. (1999). İdari sözleşmeler ve uluslararası tahkim. Bildiri (ss. 26-38). Türkiye Barolar Birliği Paneli Ankara.
- Balcı, M. (1999). *İhtilafların çözüm yolları ve tahkim*. İstanbul: Danışman Yayınları,
- Berber, L. K. (1999). *Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tahkim tüzüğü uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Birsel, M.T. (1980). Milletlerarası ticari tahkim ve Türkiye. *E. Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* ,1, 1-4.
- Birsel, M. T. (1994). *Newyork ve Cenevre Sözleşmelerinin Türk tahkim hukuku üzerindeki etkileri*. Ankara Tahkim Kolokyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Birsel, M. T., Budak, A. C. (1997). *Milletlerarası tahkim konusunda yasal bir düzenleme gerekir mi? Milletlerarası tahkim konusunda Türk hukuku açısından sorunlar ve öneriler, Türk tahkim hukuku ve UNCIRAL kanun örneği*. (Sempozyum – Bildiriler –Tartışmalar) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Birsel, M. T. (1998a). *Enerji hukuku alanındaki Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının iki taraflı yatırım anlaşmaları ışığında yorumlanması. Altyapı projelerine özel*

sektörün ve yabancı sermayenin katılımında imtiyaz hakkı ve uluslararası tahkim açısından ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri paneli. Ankara: Ankara Sanayi Odası Yayınları.

Birsel, M. T. (1998b). *Milletlerarası tahkim sözleşmeleri, (arbitration convention) ve iki taraflı yatırım anlaşmalarının Türk tahkim hukuku üzerindeki etkileri.*

Prof. Dr Ali Bozer'e armağan. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Birsel, M. T. (2001) Enerji yatırımları ve anayasanın 125.maddesinde yapılan değişikliğin düşündürdükleri. *Hukuk ve ekonomi perspektifinden uluslararası tahkim ve kamu hizmeti içinde* (Ed. Ali Ulusoy). (ss. 113-139). Ankara: Liberte Yayınları.

Bozer, A. (2001). *Türkiye'deki yabancı sermayeli firmalar, sorunları, gelişme perspektifleri, dünü ve bugünü- I. Ekonomik büyüme ve yabancı sermaye.* (Yayına hazırlayan Ali Tahran). Ankara: TCMB yayınları.

Brownlie, I. (1998). *Principles of international law.* Fifth Ed. Oxford.

Bulut, K. Özelleştirme politikalarının istihdam boyutu ve enerji sektörü: Bilimsel. *Enerji Sanayi ve Maden Kamu Emekçileri Sendikası - ESM Genel Başkanı.* Erişim tarihi: 3 Haziran 2008, <http://www.emo.org.tr>.

Candoğan, G. *MAI ve özelleştirmenin hukuki boyutları.* Erişim tarihi: 28 Aralık 2007, <http://www.antimai.org/kitap/maitop/maitop8.htm>

Chusman, R. F., Christian, G., Hedemann, Tucker, A. J. S. (1991). *Alternative dispute resolution in the construction industry.* Newyork.

Coşkun, İ. (1998). Yap-işlet-devret/yap-işlet modelleri ve yabancı sermaye. *Yaklaşım Dergisi*, 67, 44-59.

Çakar, F. Y. (2002). Tahkim. *Başak Ekonomi Dergisi.* 1-25.

- Çelik, E. (1987). *Millerlerarası hukuk*. İstanbul: Filiz Kitapevi.
- Çelikel, A. (1987). *Milletlerarası özel hukuk*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Dayınlarlı, K. (2000). *Uncitral kurallarına göre uzlaşma ve tahkim*. Ankara:Dayınlarlı Yayınevi.
- Diñer, O. C. (1998). Çok taraflı yatırım anlaşması üzerine bir değerlendirme, *Dış Ticaret Dergisi*, 10, 24-28
- Dupuy, R. J. (1995). *Uluslararası hukuk*. (Çev. Selahattin Bağdatlı) İstanbul: İletişim Yayınları.
- Duran, L. (1982). *İdare hukuku ders notları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları Fakülteler Matbaası.
- Dost, S. (2006). *Yabancı yatırım uyumsuzlukları ve ICSID tahkimi*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti.
- Eğilmez, M. (1996). *İMF, Dünya Bankası ve Türkiye*. İstanbul: Finans Dünyası Yayınları.
- Ekşi, N. (1992). Yabancılık unsuru taşıyan akitler ve bu akitlerin A.T. Roma konvansiyonuna göre anlamı. *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, 2, 1-10.
- Emek, U. (1999a). *Uluslararası ticarete tahkim prosedürü*. İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü. Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı. Ankara: DPT Yayınları.
- Emek, U. (1999b). *Yap-işlet-devret ve yap işlet ve kamu hizmeti imtiyazı mevzuatı*. Ankara: DPT Yayınları.
- Erdem, E. (2004). *Dış ticarete anlaşmazlıkların çözümü ve uluslararası tahkim*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi.
- Erdoğan, F. (2004). *Uluslararası hukuk ve tahkim*. Ankara: Seçkin Kitapevi.

- Erdoğdu, S. (2002). Yap-işlet-devret modeli: özelleştirmenin kestirme yolu: *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, 9, 22-29
- Erkut, C. (1990). *İptal davasının konusunu oluşturmada bakımından idari işlemin kimliği*. Ankara: Danıştay Matbaası.
- Eroğlu, H. (1985). *İdare hukuku*. Ankara: Işın Yayıncılık.
- Erten, R. (1998). ICSID tahkimi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 4, 207-227.
- Erten, R. (2004). *Ticari anlaşmazlıkların çözümünde tahkim*. Ankara: Gazi Üniversitesi
- Ersoy, Y. (1999). Hukukumuzda ulusal ve uluslararası tahkim. *Finans Topluluğu Dergisi*, 10, 11-20.
- Esin, İ., Lew, G. J. ve Wegen, G. (2003). *Milletlerarası tahkim mevzuatı*. Uluslararası Tahkim Konferansı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Etçioğlu, E. (1997). *Yap-işlet-devret modeli ve Türkiye uygulamasının analizi*. Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı. İstanbul: ETAM A. Ş.
- Giray, F. (2003). Çok taraflı yatırım anlaşması (MAI) ve alternatif öneriler üzerine bir değerlendirme. *Mülkiye Dergisi*, 240, 135-160.
- Giritli, İ., Bilgen, P. ve Akgüner, T. (2001). *İdare hukuku*. Der Yayınları, 860.
- Gözübüyük, Ş. (1999). *Yönetim hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gülan, A. (2001). Kamu hizmetinin dönüştürücü etkisi karşısında tahkimin geleceği. *Hukuk ve ekonomi perspektifinden uluslararası tahkim ve kamu hizmeti içinde* (ss. 140-159). Ankara: Liberte yayınları.
- Güldere, M. (1998). Uluslararası ticarete uyuşmazlıkların tahkim yolu ile halledilmesi. İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi. *İGEME'den Bakış Dergisi*, 10, 53-54.
- Günday, M. (2001). Uluslararası tahkim alanında Türkiye'de gerçekleştirilen yasal düzenlemeler (uluslararası tahkim): Bilimsel. *Ekonomik İstikrar Büyüme ve*

- Yabancı Sermaye.* (Yayına hazırlayan: Ali Tahran). TCMB, 183-201. Erişim tarihi: 15 Ağustos 2007, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar2>.
- Güneş, C. (1999). *Yap-islet, yap-islet-devret, isletme hakkı devirleri ve vergi uygulamaları.* Ankara: Yaklaşım Yayınları.
- Hillier, T. (1999). *Principles of public international law.* London: Second Edition.
- İmre, E. (2001). Türkiye’de yap-işlet-devret modeli; yasal çatısı, uygulaması: Bilimsel. *Yüksek Denetleme Kurulu.* Erişim tarihi: 13 Haziran 2008, <http://www.ydk.gov.tr>.
- İnan, N. (1998). İmtiyaz hukukunun ve uluslararası tahkim kurumunun özel hukuk açısından incelenmesi. Altyapı projelerine özel sektörün ve yabancı sermayenin katılımında imtiyaz hakkı ve uluslararası tahkim açısından ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri paneli bildirisi (ss. 16-20). Ankara Sanayi Odası Ankara.
- Kaplan, Y. (2002). *Milletlerarası tahkimde usule aykırılık.* Ankara: Seçkin Yayınları.
- Kaplan, Y. (2003). Uluslararası tahkim, yeni gelişmeler ve önemi. *İstanbul Barosu Dergisi, 3, 576-618.*
- Kalpsüz, T. (1978). Hakem kararının milliyeti. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, 601-651.*
- Kalpsüz, T. (1997). İsviçre hukukunda milletlerarası tahkim. Milletlerarası tahkim konusunda yasal bir düzenleme gerekir mi? *Sempozyum-bildiriler-tartışmalar* içinde (ss. 1-58). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara.
- Karahanoğulları, O. (2002). *Kamu hizmeti (kavram ve hukuksal rejim).* Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karavelioğlu, C. (2001). *İdari yargılama usulü kanunu.* Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karlık, S. R. (1998). *Uluslararası ekonomik mali ve siyasal kuruluşlar.* Ankara: Turhan

Kitapevi.

Karlık, S. R. (2005). *Cumhuriyetin ilanından günümüze Türkiye ekonomisinde yapısal dönüşüm*. İstanbul: Beta Yayınları.

Kaya, N. (1999). *Uluslararası tahkim: Aydınlık mı karanlık mı?* (Şubat - Temmuz 1999)
Erişim tarihi: 26 Mayıs 2008, <http://www.emd.org.tr/ekonom/subat99.doc>

Kazgan, Gülten. (1988). *Ekonomide dışa açık büyüme*. İstanbul: Altın Kitaplar Yayınevi.

Kumbaracıbaşı, O. (1973). *Dış ticaret teorisi ve uluslararası ekonomi*. Ankara: San Matbaası.

Kuru, B. (2001). *Hukuk muhakemeleri usulü*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Kuru, B., Aslan, R., Yılmaz, E. (1990). *Medeni usul hukuku*. Ankara: S Yayınları,

Kutal, G. (1982). *Endüstri İlişkileri Açısından Çok Uluslu Şirketler*. İstanbul: Güray Matbaası.

Mamalı, B. (2001). Milletlerarası ticaret odası tahkimi. Lefkoşe: *Lefkoşe Baro Dergisi*, 2, 46-50.

Meray, S. L. (1959). *Uluslararası hukuka giriş*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Minibaş, T. (1999). IMF 'nin arka yüzü, MAI ve tahkim. (1999, Temmuz 5). *Cumhuriyet Gazetesi*, s. 3.

Minibaş, T. *Önümüzdeki 1000 yılın anayasası*. (2008, Ocak 14). Erişim tarihi: 29 Mayıs 2008, <http://www.yeniortam.org/11ana3.html>

Nomer, E. (2000). *Milletlerarası tahkim*. İstanbul: Beta Yayınları.

Nomer, E. (1993). *Devletler hususi hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.

Nomer, E., Ekşi, N., Gelgel, G. (2000). *Milletlerarası tahkim*. İstanbul: Beta Yayınları.

Oğuzoğlu, H. C. (1959). *Roma hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayınları, Yeni Desen Matbaası.

Oran, B. (2001). *Küreselleşme ve azınlıklar*. Güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 4. Basım.

Ankara: İmaj Yayınevi.

Oksay, S. (1998). Çokuluslu şirketler teorileri çerçevesinde yabancı sermaye

yatırımlarının incelenerek, değerlendirilmesi. *Dış Ticaret Dergisi*, 8, 18-32.

Okutan, C. (1996). *Kamu hizmetlerinin görülüş usulü olarak yap-islet-devret*.

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yayımlanmamış Yüksek

Lisans Tezi.

Onar, S. S. (1952). *İdare hukukunun umumi esasları*. İstanbul: Marifet Basımevi.

Oppenheim, L. (1952). *International law- atireatise. Vol. II, Disputes, War, And*

Neutrality (Seventh Edition). Edinburg: Longman T. A. Constable Ltd.

Ormanoğlu, B. (2004). *Yatırımlara ilişkin uyumsuzlukların çözümünde uluslararası*

tahkim. Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu: Ankara Maliye

Bakanlığı Bütçe Ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü.

Önder, S. *Tahkim hukuku*. Erişim tarihi: 23 Ocak 2008,

http://www.hukukveyaşam.org/turkce/konu_detay.aspx?id=88.

Özay, İ. H. (1999). *Yap işlet devret modeli ve yarattığı sorunlarla çözüm önerileri*.

İstanbul: Alfa Basım.

Özay, İ. H. (1992). *Gün ışığında yönetim*. İstanbul: Filiz Kitapevi.

Özbilgiç, Z. (2001). Uluslararası anlaşmalar bakımından uluslararası tahkim ve Türkiye.

Hukuk ve ekonomi perspektifinden uluslararası tahkim ve kamu hizmeti içinde

(ss. 68-82). (Editör; Ali Ulusoy). Ankara: Liberte Yayınları.

Özcan, T. *Yap işlet devret modelleri ve vergi problemleri*. (2004, Temmuz 6). Erişim

tarihi:15 Haziran 2008, <http://www.kobiline.com>

Özdemir, H. (2004). *Dış ticarete anlaşmazlıkların çözümü ve uluslararası tahkim*.
İstanbul: Galatasaray Üniversitesi.

Özkan, C. *İmtiyaz sözleşmeleri ve uluslararası tahkim*. Erişim tarihi: 17 Ekim 2007,
<http://www.cahitozkan.av.tr/dosyalar/ticari%20tahkim%20makale.doc>

Özsunay, E. (1976). *Karşılaştırmalı hukuka giriş*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası
Koll.Şti.

Özsunay, E. (2003). Kurumsal tahkim sistemlerinde ve bazı ulusal hukukların uluslararası tahkimle ilgili düzenlemeler' inde geçici ve koruyucu önlemler. İstanbul: *İstanbul Barosu Dergisi*, 77, 274-285.

Öztekin, G. (1990). *1965 tarihli Washington sözleşmesine bir bakış*. Özer Eskiyyurt'un Anısına Özel Sayı. Milletlerarası Hukuk Bülteni, 146-148.

Öztürk, P. (1998). Türkiye'de yabancı sermaye yatırımlarının hukuki boyutu, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2, 358-362.

Pazarcı, H. (2000). *Uluslararası hukuk dersleri*. (IV.Kitap). Ankara: Turhan Kitapevi.

Redfern, Hunter. (1986). *Law and practice of international arbitration*. London: Sweet & Maxwell.

Saraç, O. (2003). Milletlerarası tahkim ve uluslararası yatırımlar. *Maliye Dergisi*, 145, 150-193.

Sayman, Y. (1999). İdari sözleşmeler ve uluslararası tahkim. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 20- 40.

Seyidoğlu , H. (1986). *Uluslararası iktisat, teori politika uygulama*. Ankara: Turhan Kitapevi.

Sirmen, L. (1996). Sözleşme hukuku açısından yap-işlet-devret modeli. *Yap-işlet-devret modelinin uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar ve öneriler sempozyumu*

- İNİNDE (SS. 11-17) BANKA VE TİCARET HUKUKU ARAŞTIRMA ENSTİTÜSÜ ANKARA
- Soysal, M. (1999) Kamu hizmeti ve tahkim. *Mülkiye Dergisi* , 217, 57-86.
- Şanlı, C. (1996). *Uluslararası ticari akitlerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları*. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları.
- Şanlı, C. (1998). Yatırım uyuşmazlıklarının hallinde tahkim usulü ve karşılaşılan sorunlar. *Altyapı projelerine özel sektörün ve yabancı sermayenin katılımında imtiyaz hakkı ve uluslararası tahkim açısından ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri* içinde (ss. 38-50) . Ankara Sanayi Odası Paneli Ankara.
- Şanlı, C. (2002). Uluslararası ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi ve MTO'nun ADR Kuralları. *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, 1, 687-712.
- Şanlı, C., Ekşi, N. (2000). *Uluslararası ticaret hukuku*. İstanbul: Beta yayınları.
- Şenyüz, D. (1997). Yap-islet-devret modeli ve vergilemeye ilişkin bazı hususlar. *Vergi Sorunları Dergisi*, 110, 108-113.
- Tanrıver, S. (2001). Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi bağlamında kamu düzeninin etkisi, *hukuk ve ekonomi perspektifinden uluslar arası tahkim ve kamu hizmeti* içinde (ss.83-112). (Editör; Ali Ulusoy). Ankara: Liberte Yayınları.
- Tan,T. (1996). İdare hukuku açısından yap-işlet- devret sözleşmesi. *YİD modelinin uygulamasında ortaya çıkan sorunlar ve öneriler sempozyumu-bildiriler-Panel* içinde (ss. 23-48). Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara.
- Tan, T. (1995), İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler. *Ankara Üniversitesi*

Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 3-4, 291-309.

Taşkın, M. B. *Tahkimde yabancılık unsuru*. Erişim tarihi: 28 Mayıs 2008,

<http://www.yayin.adalet.gov.tr>.

Tekinalp, G. (1995). *Milletlerarası özel hukuk-bağlama kuralları*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Telli, S. (1991). *Uluslararası hukuk açısından uluslararası ticaret ve kurumsallaştırılması*.

Ankara: Sevinç Matbaası.

Teoman, Ö. (1997). *Yasayan ticaret hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi.

Tiryakioğlu, B. (2001). Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin uluslararası düzenlemeler.

Ekonomik İstikrar , Büyüme ve Yabancı Sermaye. *TCMB İnsan*

Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, 165-181.

Trakman, L. (2001). Arbitrating investment dispute under the NAFTA. *Journal Of*

International Arbitration, 385-415.

Turan, Ç. (2000). Sözleşme özgürlüğü, küreselleşme ve uluslararası tahkim. *İzmir*

Yargı Reformu 2000 Paneli içinde (ss. 249-267) İzmir Barosu Sempozyum

Bildirisi İzmir.

Turhan, T., Bayraktaroğlu, G., Sirmen, S., Erten, R. (2002). *Ticari tahkimi düzenleyen*

temel metinler- iç tahkim ve milletlerarası tahkim. Ankara: Turhan Kitapevi.

Türel, O., Somel, C. (2000). Çok taraflı yatırım anlaşması *Seattle'a giderken*,

küreselleşme emperyalizm yerelcilik işçi sınıfı içinde (ss. 45-63) Der. E.Ahmet

Tonak. Ankara: İmge Kitabevi. 1. Baskı.

Türkiye MAI Karşısı Çalışma Grubu. *MAI: 21. Yüzyılın sömürgecilik bildirgesi*. Erişim

tarihi: 25 Haziran 2007, <http://www.antimai.org/muh/immediast.htm>

Ünal, Y. (2005). Ticari uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkim. *İhracatı*

Geliştirme Etüd Merkezi Dergisi, 4-5.

- Ünal, Ş. (2005). *Uluslararası hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Üstündağ, S. (2000). *Medeni yargılama hukuku*. İstanbul: Nesil Matbaacılık.
- Wagner, M. (1999). International investment, expropriation and environmental protection. *Golden Gate University Law Review*, 465, 480-481.
- Varlıer, O. (1996). *Yap-işlet-devret modelinin türk ekonomisindeki önemi. Yap-işlet-devret modelinin uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar ve öneriler sempozyumu, bildiriler-Panel*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Yeğenil, R. (1974). *Tahkim (L'arbitrage)*. İstanbul: Yetkin Yayınları.
- Yeşilirmak, A. (1999). *Yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin uluslar arası merkezin Türk imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yargı etkisi*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Yıldırım, M. K. (1990). *Medeni usul hukukunda delillerin değerlendirilmesi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Yılmaz, G. (1999). Küresel sermayenin anayasası çok taraflı yatırım anlaşması-MAI. *Sosyal Demokrat Değişim Dergisi*, 12, 79-86.
- Yılmaz, E. (1990). *Milletlerarası ticari tahkime dair Avrupa Cenevre sözleşmesi ve Türk tahkim hukuku hakkına bazı düşünceler Avrupa ve New York sözleşmeleri ve Türk tahkim hukuku sempozyumu*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Yılmaz, L. (2006). 4875 Sayılı doğrudan yabancı yatırımlar kanunu'nun getirdiği yenilikler. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10, 173-190.
- Yılmaz, O. (1999). *Yap-işlet-devret modeli ve Türkiye uygulaması*. Devlet Planlama

Teşkilatı. Uzmanlık Tezi.

Yücel, A. R. (2005). *Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri*. Erişim tarihi: 17 Ekim 2007, <http://e-imo.imo.org.tr/DosyaDizin/WPX/Portal/Yayin/tmh/2005/439-440>.

Zabunoğlu, Y. (1996). *Yap-işlet-devret konusunda yasal düzenleme örnekleri ve yargı kararlarının ışığında yeni bir düzenleme modeli, yap-işlet-devret modelinin uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar ve öneriler sempozyumu, bildiriler-Panel*. Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu. (1927). T. C. Resmi Gazete, 622, 623 ve 624, 2, 3, 4 Temmuz 1927.

2000 de Elektrikte neler oldu? (2000, Ocak 22). Hürriyet, <http://www.turkelektrik.com>. Erişim tarihi: 23 Ağustos 2006.

2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun. T. C. Resmi Gazete, 17701, 22 Mayıs 1982.

3096 Sayılı Türkiye Elektrik Jurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Dağıtımını ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun. T. C. Resmi Gazete, 18610, 19 Aralık 1984.

3453 Sayılı MİGA Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Kanun. T. C. Resmi Gazete, 19830, 02 Haziran 1988.

3731 Sayılı New York Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Kanun. T. C. Resmi Gazete, 21002, 25 Eylül 1991.

3974 Sayılı Elektrik hizmetlerinin Özelleştirilmesine İlişkin Kanun. T. C. Resmi Gazete, 21959, 13 Haziran 1994.

4051 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken

İlkelere Dair Kanun. T. C. Resmi Gazete, 23941, 22 Ocak 2000.

4283 Sayılı Yap İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Şartının Düzenlenmesi Hakkında Kanun. T. C. Resmi Gazete, 23054, 19 Temmuz 1997.

4446 Sayılı T. C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun T. C. Resmi Gazete, 23786, 14 Ağustos 1999.

4492 Sayılı Danıştay Kanunu ve İdari yargılama Usul Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun. T. C. Resmi Gazete, 23913, 21 Aralık 1999.

4493 Sayılı Bazı Yatırım Hizmetlerinin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun. T. C. Resmi Gazete, 23914, 22 Aralık 1999.

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu. T. C. Resmi Gazete, 24453, 05 Temmuz 2001.

4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu. T. C. Resmi Gazete, 24141, 17 Haziran 2003.

6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu. T. C. Resmi Gazete, 6224, 18 Ocak 1954.

88/13325 Sayılı MİGA Sözleşmesinin Kabulü Hakkında BKK. T. C. Resmi Gazete, 20011, 06 Aralık 1988.

91/2138 Sayılı Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında BKK. T. C. Resmi Gazete, 21000, 23 Eylül 1991.

www.miga.org/screens/faqs/faqs.htm. Erişim tarihi:28 Mayıs 2008.

www.iccwbo.org, Erişim tarihi: 13 Nisan 2008.

www.sayistay.gov.tr, Erişim tarihi: 28 Şubat 2007.

www.cankaya.gov.tr, Erişim tarihi: 25 Mayıs 2007.

