

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ**

**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

İDARİ SÖZLEŞMELERDE TAHKİM

112765

Yüksek Lisans Tezi

Çağla TANSUĞ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA

Eylül 2001

**YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

GİRİŞ	1
I) BİRİNCİ BÖLÜM: İDARE HUKUKU ALANINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA "TAHKİM YASAĞI" İLKESİ	5
A) İdare hukukunda tahkim yasağının hakem yargılamasının özelliklerine dayandırılması	8
1) Tahkimin "rastlantısal" sonuçlar doğuran bir sistem olduğu tezi.....	9
2) Tahkimin özel hukuk kökenli bir yargılama mekanizması olması.....	11
B) İdari yargı rejiminin özelliklerinden hareketle İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temelleri ...	17
1. İdarenin Devlet yargısı dışında bir yargılama sistemine tâbi olamayacağı ilkesi.....	17
2) Kamu düzeni ve kamu yararı kavramları.....	19
II) İKİNCİ BÖLÜM: İDARE HUKUKU ALANINDA İSTİSNAİ İHTİYARÎ TAHKİM UYGULAMALARI	39
A) İdari tahkimin uygulama alanları	40
1) Uluslararası hukuktan kaynaklanan idarî tahkimin uygulama alanları: ICSID ve iki taraflı yatırım antlaşmaları	40
2) İç hukukta idarî tahkimin uygulama alanları.....	50
a) İdarî sözleşmelerin tanımı	55
aa) Fransız hukukunda idarî sözleşmelerin kriterleri.....	57
bb) Türk hukukunda idarî sözleşmelerin kriterleri	64
b) Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tanımı ve idarî sözleşmeler içindeki yeri.....	68
c) Yap-İşlet-Devret modeli ve imtiyaz sözleşmeleri ile bağlantısı	71
B) İdarî tahkimin uygulanması prosedürü	82
1) Uluslararası hukuktan kaynaklanan idarî tahkimin uygulanma prosedürü: ICSID tahkimi ve iki taraflı yatırım antlaşmaları.....	82
2) İç hukuktan kaynaklanan idarî tahkimin uygulanma prosedürü	85
a) Tahkime hazırlık aşaması	90
aa) Sözleşmede "yabancılık unsuru" bulunması ve sonuçları	93
bb) Sözleşmeye konulacak tahkim şartı veya tahkim anlaşması	96
cc) Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi konusunda Danıştay'ın görüşünün alınması.....	100
dd) Hakem sözleşmesi ve hakem mahkemesinin oluşumu	104
aaa) Hakem sayısı	109

bbb) Hakem seçiminde ve hakemlerin reddinde görevli ve yetkili mahkeme sorunu.....	110
b) Hakem yargılaması.....	115
aa) Tahkim yeri.....	116
bb) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi.....	118
cc) Hakemlerin yetkisi.....	120
aaa) İdari işlemlerin denetlenmesi gereken haller.....	120
bbb) Delil toplama yetkisi ve usulü.....	122
dd) Hakem kararları ve sonuçları.....	123
aaa) Millî hakem kararlarına karşı başvuru yolları.....	123
bbb) Milletlerarası hakem kararlarına karşı başvuru yolları.....	124
c) Hakem kararlarının infazı.....	125
aa) Millî hakem kararlarının infazı.....	126
bb) Milletlerarası hakem kararlarının tenfizi.....	126
cc) Hakem kararlarının idare tarafından icrası....	129
SONUÇ	131
KAYNAKÇA	134

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AJDA	: Actualité Juridique, Droit Administratif
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CE	: Conseil d'Etat
DD.	: Danıştay Dergisi
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İTYA	: İki taraflı yatırım antlaşması
JCA	: Juris-Classeurs-Administratif
K.	: Karar
md.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S:	: Sayı
SBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TD.	: Ticaret Dairesi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Y-İ-D	: Yap-İşlet-Devret
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İdarî rejimin kabul edildiği Türk hukuk sisteminde, idari uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi, taraf olunan uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan durumlar hariç imkânsızdı. Fakat özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunu da oluşturabilen -yabancı yatırımcıların da taraf olduğu- projelerde uyuşmazlık çıkması halinde iç hukukta yapılacak düzenlemelere dayanılarak tahkime gidilebilmesi veya uluslararası antlaşmaların uygulamada hayata geçirilebilmesi isteniyordu. Uzun tartışmaların ardından, 4446 sayılı Kanun¹la Anayasa'nın 125 inci maddesine eklenen fıkra, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ihtiyarî tahkimle çözülebilmesi yolunu açtı. Söz konusu Anayasa değişikliği sonrasında, ilgili kanunlarda uyarlamalar yapıldı ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İlkeler Dair Kanun" yayımlandı. Böylece kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ve idari nitelikli olup, yukarıdaki değişiklikler öncesinde idari yargının görevine giren uyuşmazlıkların, iç hukuktaki düzenlemelere dayanılarak hakemler eliyle de çözülebilmesi olanağı sağlandı.

¹ RG.14.08.1999, S: 23786

Ancak bu sistemin nasıl hayata geçirileceği, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunun tahkim mekanizmasına ne şekilde yansıtacağı üzerinde pek durulmadı. Oysa, S.S.Onar'ın idarî sözleşmeler konusunda belirttiği gibi, "Medenî hukuk teorilerinin çok defalar idare hukukunda yer aldıkları ve âmme hizmetlerinin görülmesine de vasıta oldukları malumdur; ancak bu teoriler ve müesseseler idare hukukunda âmme menfaati; âmme hizmeti ve âmme kudreti gibi esasların tesiriyle başka bir mahiyet ve şekil iktisap etmektedirler; bu bakımdan medenî hukuktaki akit teorisi ve müessesesi de, diğer hukukî tasarruflar gibi, idare hukukunda ayrıca tetkik ve tahlil edilmek icap eder."² Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması³ biçiminde tanımlanabilecek olan "tahkim" de, özel hukuk kökenli bir mekanizmadır. Çünkü eşit durumdaki taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanır; taraflar uyuşmazlığın çözümünü hakemlere havale etmekle, hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık bakımından adetâ bir mahkeme oluvermiştir.⁴ Ancak, idarî sözleşmelerden ve özellikle de Türk hukukunda kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların taşıdıkları kamusal nitelik nedeniyle bu alandaki tahkim uygulamasının, özel hukuk uyuşmazlıklarınının

² ONAR S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1590-1591

³ KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Cilt. VI, Demir Demir, İstanbul 2001, s.5875

⁴ ibid.

çözümündekinden farklı yönleri olabileceği düşüncesindeyiz.

Bu amaçla, öncelikle, adli-idarî yargı ayrımının kabul edildiği diğer hukuk sistemlerinde ve özellikle de Türk İdare Hukuku'nun kaynağını oluşturan Fransız İdare Hukukunda, idarî uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi konusuna karşı çıkılmasının nedenlerini inceleyeceğiz. Daha sonra, Türk hukukunda idarî uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilecek ayırık durumları incelemeye geçecek ve öncelikle, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar nedeniyle tahkime başvurulabilecek idarî uyuşmazlıkları ve bunlarda izlenmesi gereken prosedürü gözden geçireceğiz. Ardından iç hukuk alanındaki düzenlemeler üzerinde yoğunlaşılacak. Yukarıda bahsedilen Anayasa değişikliği sonrası Türk hukukunda, idare hukuku alanında tahkim uygulamasının, iç hukuktan kaynaklanan uygulama alanının sınırlarını çizebilmek amacıyla idarî sözleşmeleri ve bunların ayırdedici kriterlerini inceleyeceğiz. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin, idarî sözleşmeler içindeki yerini belirleyerek bu sınırları daraltacak ve bu arada Türk hukukunda uzun süre imtiyaz sözleşmeleri arasında yer alıp almadığı tartışılan "yap-işlet-devret" sözleşmelerine de değinecek, bunlardan doğacak uyuşmazlıkların idarî nitelikli olup olmadıklarını tesbit etmeye çalışacağız. Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini diğer idarî sözleşmelerden ayırdettikten sonra, Türk hukukundaki düzenlemelerden hareketle, başvurulacak tahkim yolunun neden "ihtiyarî" olduğu, hangi uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabileceği, esas sözleşmenin taşıdığı belli unsurlardan hareketle tahkime başvuru prosedürü, hakem yargılaması, hakem kararlarına karşı başvuru yolları ve bu kararların Türkiye'de -

özellikle İdare tarafından- uygulanması konularını ele alacağız.

Bu inceleme sırasında, yukarıda da belirtildiği gibi, idarî sözleşmelerden doğan ve kamu hukuku karakterli uyuşmazlıkların, tahkim mekanizmasında, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümüne kıyasen farklılıklar yaratıp yaratmayacağı sorusuna da cevap vermeye çalışacağız.



I) BİRİNCİ BÖLÜM: İDARE HUKUKU ALANINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA "TAHKİM YASAĞI" İLKESİ

İdare hukuku alanında tahkim yasağı ilkesinin tüm hukuk sistemlerinde geçerli olduğunu söylemek doğru olmaz. "Common Law" ülkelerinde kural olarak, adli-idari yargı rejimi ayrımı bulunmadığından⁵, İdare Hukuku alanında doğan uyuşmazlıkların yalnızca Devlet mahkemeleri önünde çözülüp çözülmeyeceği konusu da incelenmemiş olabilir. R.David'in uluslararası ticarî tahkim konulu eserinde belirttiği gibi "birçok ülkede, bir kanun veya daha ziyade belli bir kanunun yokluğu halinde yargı kararları ve doktrin, prensip olarak, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim anlaşmaları akdedebilecekleri yönünde hareket etmektedirler"⁶. Diğer yandan, 1982'de İsviçre, Cezayir, Tunus, Mısır ve Lübnan'da, kamu tüzel kişilerinin uluslararası tahkime gidebilecekleri konusunda yasal düzenlemeler hayata geçirilmiştir.⁷

Ancak İdare Hukuku sistemimizin me hazını oluşturan Fransız İdare Hukukunda, uluslararası sözleşmeler nedeniyle iç hukukun parçası haline gelmiş düzenlemeler dışında, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi, kural olarak yasaktır. Bu yasak, kanunla düzenlenmiş durumdadır.

5 Örücü, Britanya'da, kamu hukuku kavramının geliştiğini ve son yıllardaki bu gelişmelerin kısmen Avrupa Topluluk Hukuk öğretisine bağlandığını aktarmıştır. (ÖRÜCÜ E., "Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve ölçüt karmaşası", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi -Prof.Dr. İsmet Giritli'ye Armağan-, 1991, S:1-3, s.310)

6 DAVID R., L'Arbitrage dans le commerce international, Economica, 1982, s.242 ; nakleden TEBoul G., « Arbitrage international de personnes morales de droit public », AJDA, 1997, s.26-27.

7 id., s.27. Bu makalede, sözkonusu düzenlemelerin, kamu tüzel kişilerinin akdettikleri sözleşmelerden yalnızca özel hukuk alanında kalanlara ilişkin olup olmadığı konusunda bir açıklama bulunmamaktadır.

Fransa'da sözkonusu yasağın gelişimi ve bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşlerle, verilen yargı kararları, Devletin ekonomik hayattaki rolünün oluşumu ve etkinliğine paralel olarak farklı süreçlerden geçmektedir. İleride ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağımız bu süreçte, 19. yüzyılda idarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi fikri sert bir şekilde eleştirilmiş, ama İkinci Dünya Savaşı sonrası, bazı alanlarda çıkabilecek uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabileceği yönünde bir görüşbirliğine varılmıştır. Günümüzde ise aynı görüş, uygulamadan doğan ihtiyaçlar sonucunda daha da güçlenerek varlığını sürdürmekte, hatta İdare Hukukunun alanındaki bazı uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesine imkân tanıyan yasal düzenlemeler yapılmaktadır.

Türk hukukunda ise çok yakın bir geçmişe kadar, idarî uyuşmazlıkların ihtiyarî tahkim yoluyla çözümlenemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme mevcut olmamakla birlikte⁸, idarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla

8 3533 sayılı "Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Semayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilâfların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun"la, sözkonusu kuruluşlar arasında çıkan uyuşmazlıklardan "adliye mahkemesinin görevi içinde bulunanların" (md.1) tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülmüştür. Yani görüldüğü gibi sözkonusu Kanun, idarî değil adli yargının görevine giren konulara yöneliktir ve burada sözkonusu olan mecburî tahkimdir. S.S.Onar'a göre de, bu Kanunun kapsamı ancak bu şekilde olabilirdi, aksi bir düşünce "idarî rejim ve idarî yargı ile adli yargı arasındaki ayrılık esaslarına aykırı olurdu. Ancak sözkonusu Kanunun kapsamı bahsedilen şekilde sınırlansa dahi, böyle bir mecburî tahkim usulünün "sakat bir sistem" olduğunu ileri süren S.S.Onar, "... idare tüzel kişileri bakımından çok önemli olan ihtilâflar, sırf en kıdemli asliye hâkimi olduğu için, meselâ aile hukuku dâvalarına bakan bir hâkim tarafından (...) halledilmektedir. Bunun idare hayatında büyük sakıncaları vardır." demiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, yasa, bu kuruluşlar arasında çıkan anlaşmazlıklardan adliye mahkemesinin görevi içinde bulunanları 'bu kuruluş ve kurumların bünyelerine uygun biçimde, süratle ve kesin olarak sonuçlandırmak üzere, tahkim düzenini benimsemiştir. (Anayasa

çözülebileceğine işaret eden bir düzenleme de bulunmadığından⁹, İdare Hukuku alanına giren konularda tahkim yoluna başvurulamamıştır. Çünkü "Kanunilik ilkesi" gereğince yürütme ve idare, Anayasa ve kanunlarda öngörülmeyen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamaz. "Aynı ilke uyarınca, öngörülen konulardaki kamusal etkinliklerin yürütülmesi de, ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili kılınmış organ, makam veya görevli tarafından, yine belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle sağlanabilir."¹⁰

Anayasa değişikliği öncesi dönemde¹¹ idarî sözleşmelerde bulunan tahkim şartlarının, sözleşmenin yürürlüğe girmesi öncesi zorunlu ve kanunen bağlayıcı olan Danıştay idarî incelemesi sonucu iptal edilerek uygulanamadıkları belirtilmektedir.¹² Ancak 1999'da

Mahkemesi'nin 05.10.1972, E.1972/19, K.1972/47 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 10, s.23)

9 "Öte yandan, hukukumuzda Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kamu kuruluşlarının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmelerde tahkim koşuluna yer verdikleri görülmektedir. Bilindiği gibi 2886 sayılı yasa uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmektedir." (TAN T., "İdare hukuku ve tahkim", AİD, Cilt 32, S:3, Eylül 1999, s.9)

¹⁰ DURAN L, "Yap-İşlet-Devret", SBFİD, Cilt XLVI, Ocak-Haziran 1991, S:1-2, s.150-151

¹¹ Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanır şekilde, hukuka uygun olarak, ileride de incelemeyi deneyeceğimiz bazı alanlardaki idarî uyumsuzluklarda tahkime başvurulması, konuyla ilgili Anayasa değişikliğinden önce de mümkündü.

¹² "Örneğin Gebze Dilovası Kombine Çevrim Doğalgaz Santralının kurulması, işletilmesi ve üretilen elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine satışı imtiyazının Ova Elektrik Anonim Şirketine verilmesi hakkındaki imtiyaz sözleşmesi tasarısını inceleyen Danıştay Birinci Dairesi kararında, sözleşmenin 27. maddesinde öngörülen 'uzlaşma komisyonu' ve onun kararlarına karşı itiraz halinde 'tahkim yolu' 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1/son fıkrası ve 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 1/c bendi uyarınca 'imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyumsuzlukların çözülmesi görev ve yetkisinin idarî yargıya ait bulunması nedeniyle, tasarının 27 nci maddesinde

Anayasa'da yapılan bir deęişlikle¹³, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla da çözümlenebileceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin getirdiklerini ve Türk hukukunda idarî sözleşmeler alanında tahkim konusunu incelemeden önce, bu incelemede gözden kaçırılmaması gerekecek kamu hukukuna dair noktaları tesbit etmeye çalışacağız. Bu amaçla, tahkim yasağı ilkesinin temelinde bulunan unsurları başlıca, "tahkimin özelliklerinden kaynaklananlar" ve "idarî yargının özelliklerinden kaynaklananlar" biçiminde ayırıp incelemeye çalışacağız. Bu incelemede, Türk hukuku kadar, Fransız hukukunda yer alan görüşlerden yararlanmayı da deneyeceğiz.

A) İdare hukukunda tahkim yasağının hakem yargılamasının özelliklerine dayandırılması

Fransız İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin çok uzun yıllardır¹⁴ Fransa'da var olan yasal düzenlemelerden mi, yoksa Fransız İdare Hukukunun temel prensiplerinden mi kaynaklandığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. E.Laferrière'in, "*Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*" adlı eserinin 1888'de yayınlanan baskısında ilke, "Devletin kendi davalarını hakemler önüne götürmemesi[dir]..." demesi ve

öngörülmüş bulunan bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesi ilgili düzenlemeler metinden çıkarılmıştır' denilmektedir." (Danıştay 1.Daire, 10.4.1996, E.1995/178, K.1996/78 sayılı karar için bkz. TAN T., "İdari sözleşme kuramına ilişkin gözlemler", SBF, Cilt 50, s:3-4, Haziran-Aralık 1995, s.308

13 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklik RG.14.08.1999, S: 23786

14 Fransız eski Medeni Usul Kanununun 84 ve 1004 üncü maddeleri ve yeni Medeni Kanununun 2060 ve 2061 inci maddeleri İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesini ve istisnalarını düzenleyen temel hükümleri içermektedir.

R.Chapus'nun, Conseil d'Etat'nın görüşünden yaptığı alıntı ile sözkonusu yasağın "*Fransız kamu hukukunun temel prensiplerinden*"¹⁵ olduğunu belirtmesi, bu ilkesin bir "prensip" olarak kabulünden önce, sağlam gerekçelere dayanması gerekliliğini ortadan kaldırmayacaktır. J.Rivéro'nun belirttiği gibi, "*eski metinlerden elde edilen kanıtlar, o metinlerle beraber kaybolur*" ve sırf bu nedenle, (metinlerden ayrı olarak) kuralı/ilkesi doğrulayacak olan unsurları aramaya devam etmek gerekir¹⁶.

Tahkim, özellikle Fransız idare hukukçuları için, E.Laferrière'in de etkisiyle, uzun yıllar boyunca, idarî yargının görev alanına giren konularda kesinlikle uygulanamayacak bir mekanizma olarak görülmüş ve buna gerekçe olarak da hakem yargılamasının "zayıflık"ları gösterilmiştir. Sözkonusu mekanizmanın "zayıflık" olarak nitelenen başlıca özellikleri ise, "rastlantısal" sonuçlar doğurması ve "özel hukuk kaynaklı bir yargılama mekanizması" oluşudur.

1) Tahkimin "rastlantısal" sonuçlar doğuran bir sistem olduğu tezi

E.Laferrière, Devletin, tahkim gibi rastlantısal ya da keyfî sonuçlara yol açabilecek bir sistem içinde yargılanamayacağı görüşünü ileri sürmüştür.¹⁷ Fransa'da

15 CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 8.baskı, Paris 1999, s.227

16 JARROSSON C., « *L'arbitrage en droit public* », AJDA, Paris, 20 Ocak 1997, s.17

17 LAFERRIERE E., *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*, Paris 1888, C.2, s.145; nakleden JARROSSON C., « *L'arbitrage en ...* », s.17

yakın geçmişe kadar yargı kararlarına hâlâ yansıdığı ileri sürülen bu görüş karşısında, herşeyden önce, tarafların hakemleri seçme hakkına sahip oldukları bir yargılama sisteminde, "rastlantısal"lığı bir ölçüde engelleyebileceklerinin düşünülebileceği söylenebilir. Yine konuyla ilgili makalesinde Jarrosson'un belirttiği gibi, kararların insanlar tarafından verildiği bir sistemde "rastlantısallık"tan tam olarak sıyrılmak imkânsızdır. Konu, "Adaletin insansallığı" kriteri açısından düşünüldüğünde, Devlet yargılamasında da, tahkim yolunda da, verilen kararlarda rastlantısallığın bulunabileceği düşünülebilir¹⁸.

Her halükârda, hakem yargılaması usul açısından belli kurallara dayanılmadan ve/veya esas açısından önceden belli kanunlara dayanılmaksızın yapılan ve keyfî sonuçlar doğuran bir yargılama değildir. Gerek Fransa'da, gerek Türkiye'de tahkim, belli düzenlemelere bağlı olarak yapılmaktadır.¹⁹ Yani sözkonusu sistemin bağlı olduğu kanunlar ve diğer düzenleyici metinler düşünüldüğünde keyfî sonuçlar doğurmayacak şekilde yapılandırıldığı görülmektedir. Bütün bunlara, kural olarak hakem kararlarının verilmelerinden sonra temyiz veya iptalleri için Devlet yargısına başvurma imkânı bulunduğu da eklenebilir. Bu imkân, kararın keyfî ya da rastlantısal olduğundan şikayet eden taraf için bir çıkış yolu olabilir, yeter ki kararda keyfîlik ya da rastlantısallık unsuru olarak gösterilen nokta, konuyla ilgili başvurunun yapıldığı hukuk sistemindeki temyiz veya iptal nedenlerinden biriyle örtüşsün.

18 JARROSSON C., « L'arbitrage en ... », s.17

19 Türkiye'de, 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile (RG. 5.7.2001, S:24453) konuya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

Günümüzde hakem yargısının, Devlet yargısıyla aynı etiğe bağlı ve aynı sonuca yönelik olarak hareket ettiği rahatlıkla söylenebilir²⁰. Dolayısıyla Laferrière'in ileri sürdüğü görüşün desteklenmesi mümkün gözükmemektedir. Hakemlerin "bağımsızlığı"nın, yargısal fonksiyonlarının temelindeki vazgeçilmez unsurlardan olduğu, gerek Türkiye'de²¹, gerek Fransa'da yargı kararlarıyla teyid edilmiş olup²², yukarıda söylenenleri destekler niteliktedir.

2) Tahkimin özel hukuk kökenli bir yargılama mekanizması olması

Hakemlerin, idare yargıçıları dışında kaldığının söylenmesi mümkün olduğu kadar, adliye yargıcına yakın görüldüğünün söylenmesi de mümkün olabilir. Tahkimin özel hukuka daha yakın, hatta özel hukukun bir parçası olan bir yargılama sistemi olup olmadığı sorusu/sorunu kamu hukuku alanında tahkime karşı çıkılmasında gerekçe olarak kullanılmıştır. İdarî uyuşmazlıkların çözümünün "uzmanlaşma" gerektirdiği, bu durumda Devlet yargısı

20 OPPETIT B., « Justice étatique et justice arbitrale », Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris 1991, s.415

21 "...Özellikle, (mahkemelerin kanunla öngörülen yetkileri dışında) hiçbir organ, makam, merci veya kişinin (kendilerine açılan davayı karara bağlarken) hakemlere emir ve talimat verememesi ve tavsiye ve telkinde bulunamaması gerekir (...). Aksi halde, hakemlerin verdikleri kararlar kamu düzenine aykırı olur ve böyle bir yabancı hakem kararının tenfiz talebi reddedilir (...)"(KURU B., a.g.e., s.6202-6203) Ancak bu konuda Türkiye uygulamasında gözden kaçırılmaması gereken nokta hakemlerin bağımsızlığı konusunun kamu düzeni engellemesine yol açması için tenfizi istenen kararda etkili olması gerekliliğidir. Yani "...hakemlerin bağımsızlığı ilkesinin ihlâl edildiğinin hakem kararında belirlenmesi ve sözkonusu kararda somutlaşması gerekmektedir." (AKINCI Z., Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44, Ankara 1994, s.166)

22 JARROSSON C., « Les frontieres de l'arbitrage », Revue de l'arbitrage No.1, 2001, s.19-20

içinde yer almakla beraber, bu uzmanlığı haiz olmayan adliye yargıcının da, özel hukuk formasyonunun ağır bastığı düşünülen hakemlerin de idarî uyuşmazlıkları çözemeyeceği ileri sürülerek idarî alanda tahkim yasağı ilkesi desteklenmiştir.

S.S.Onar'ın belirttiği gibi tahkim, tarafların ancak aralarında anlaşmaları halinde başvurabilecekleri, "uyuşmazlığı kendi seçtikleri ve yetki verdikleri bir özel kişi marifetiyle çözme yolu"²³ olup "akdî bir esasa" dayandığından, "tarafların irade ve rızalarından doğmayan, objektif durumlara dayanan ve statülerden çıkan uyuşmazlıklara tatbik" edilmesi mümkün olmamalıdır²⁴. Müellif, bu görüşünü temellendirirken, tahkimin "akdî bir esasa" dayanmasına ek olarak, sözkonusu uyuşmazlıklarda idarî işlem ve eylemler incelendiğinden, bunların idarî yargının yetkisine girdiğini ve tahkimin, "bir özel hukuk müessesesi"²⁵ olduğunu belirtmiştir. Türkiye'de, konuyla ilgili Anayasa değişikliği sonrası Türkiye Barolar Birliği'nce yapılan açıklamada da, kamu hukuku alanına bir özel hukuk kurumu olan tahkimin sokulmasıyla önemli bir tahribat yapıldığından söz edilmiştir.²⁶

Türk hukuk sisteminde idarî uyuşmazlıkların çözümünde gerek içerik, gerek yargılama usulü açısından idare yargıcının, adliye yargıcından farklı hususları gözönünde bulundurup uygulayarak karar vermesi gerekir. Bu durumun, adli ve idarî yargı rejimlerinin ayrımının nedeni kadar sonucu olduğu da söylenebilir. Ancak bu

23 ONAR S.S., a.g.e., s.1931

24 ibid.

25 ibid.

26 Türkiye Barolar Birliği'nin 20.01.2000 tarihli açıklaması ; nakleden TURAN Ç., "Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim", Yargı Reformu 2000 - İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000), s.265

gerçeklerden hareketle, tahkimin, adli yargı "kaynaklı" ya da adli yargı mekanizmasına "daha yakın" bir yargılama usulü olduğu yönünde bir genelleme yapmak ve bu nedenle de idarî uyuşmazlıkların tamamının çözümünde uygulanamayacağını iddia etmek, bizce güçtür. Anayasa'nın 125 inci maddesinde yapılan değişiklik ile idarî sözleşmelerin bir bölümünden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü yolunun açılması da bu görüşü destekler niteliktedir.

İdari-adli yargı rejimlerinin ayrımının temelinde yatan neden, kamu hukukunun, özel kişilere uygulanan özel hukuk kurallarından çok değişik olduğu ve bu nedenle yargısal denetimin de gerek esas, gerek usul açısından farklı olması gerektiğidir.²⁷ S.S.Onar, İdare Hukukunun temel prensiplerinden hareketle gerekçelendirdiği idarî uyuşmazlıklarda tahkim konusundaki görüşleri arasında, idarî uyuşmazlıklarda idarî işlem ve eylemleri incelemek ve değerlendirmek ve buna göre idarenin sorumluluğunu tesbit etmenin, bir özel hukuk müessesesi olan tahkimin değil, "ancak" idarî yargının yetkisine girdiğini belirtmiştir.²⁸ Yani idarî-adli rejim ayrımı düşünüldüğünde, idarî işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimini ancak idare yargıci yapacaktır. Dolayısıyla "idarî" nitelikteki uyuşmazlıkların ihtisaslaşmış bir yargıç tarafından çözülmesinin isabetli ve hatta gerekli olduğu görüşü, hakemlerin idarî uyuşmazlıkları çözümlenmelerinin isabetsiz olacağı şeklinde konuya yansımaktadır.

27 DURAN L., "İdari yargı adlileşti", İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982, s.54

28 ONAR S.S., a.g.e., s.1931

"Görev esaslı izler" ilkesinden hareketle, yargılama aşamasında İdare Hukukunun kural olarak ancak idare mahkemeleri tarafından uygulanabileceği, aksi bir durumun sözkonusu olamayacağı, dolayısıyla İdare Hukuku alanındaki uyuşmazlıkların hakemlerce çözüme kavuşturulamayacağı ileri sürülmüştür. Ne var ki, İdare Hukuku alanına giren düzenlemeleri içeren kanunlarda özel hukuk alanına giren kanunlara atıf yapılan noktalar başta olmak üzere, idare mahkemelerinin özel hukuk kurumlarından da faydalanarak karar verdikleri, yani bahsedilen ilkeyi çok sınırlı yorumlamamak gerektiği düşünülebilir.²⁹ Hatta Danıştay'ın, eski tarihli olmakla beraber, idarî uyuşmazlıklar konusunda tahkime gidilmesini kabul eden bir kararında, "... Diğer taraftan yukarıda zikredildiği üzere aslen hususi hukuk münasebetlerine mütenazır olan tahkim hakkında idarî kazanın mahkeme usulleri bir hüküm sevketmemiş olmakla beraber inşa ve binası adlî kazadan farklı olan idarî kazada hakimin adlî esaslardan ilham alması umumen kabul edilmiş hukuk kaidelerindedir." denilmektedir.³⁰

29 Bu görüş için bkz. JARROSSON C., « L'arbitrage en ... », s.18. Yazarın bu görüşü, « görev esaslı izler » ilkesine karşı, incelediğimiz konu bağlamında, ileri sürülebilecek bir görüş olmakla ve içerik açısından Yazara katılıyoruz. Ancak tamamen teknik açıdan düşünülecek olursa, İdare Hukukuna ilişkin düzenlemeler içeren kanunların, özel hukuk alanındaki kanuni düzenlemelere atıf yapmaları ve bunlara dayanarak idare mahkemelerinin özel hukuk kurumlarını uygulamalarının, İdare Hukukunun kapsamında yer alan kanuni düzenlemelere dayanması halinde, İdare Hukukunun da bir parçası olduğu yani, "görev esaslı izler" ilkesine istisna oluşturmayacağı düşünülebilir.

Aynı görüşü desteklemek amacıyla Yazar, uluslararası hukukun tamamıyla, görevli yargıçla esasa uygulanacak hukuk arasındaki kopukluk üzerine kurulu olduğunu da ileri sürmüştür, dolayısıyla "görev esaslı izler" ilkesinin dar ve mutlak bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini ileri sürmüştür.

30 Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 37/238 sayılı karar. R. Başpınar, "İdari sözleşmelerden doğan davalar", Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1968, s.517 vd.

Tahkim usulü, ne adlî, ne de idarî yargının parçasıdır. Tahkim, tarafların aralarında doğmuş ya da doğacak bir uyuşmazlığın çözümünü bir anlaşma yaparak hakemlere bırakmasıdır. Yani, yukarıda S.S.Onar'ın da belirttiği gibi akdî bir esasa dayanmaktadır. Bu nedenle de, Hakemler, Devlet adına³¹ veya Türk hukuk sistemi özelinde ifade etmek gerekirse, "Türk Milleti adına" karar vermezler. Devlet yargısında bulunan *jurisdictio* (hukuku söylemek ya da hukuka uygunluk denetimi) ve *imperium* (buna uyulmasına zorlamak ya da kesin hüküm etkisi kazandırmak) unsurlarından ancak biri hakem yargılamasında mevcuttur, bu da *jurisdictio*'dur. Hakem yargılaması *jurisdictio* ile sınırlıdır. Kararların icra edilmesi için zorlayıcı yolları sadece Devlet yargısı kullanabilir, hakem kararlarının icrası için gereken *exequatur* de yine Devlet mahkemelerinden alınacaktır.³²

Başka bir deyişle tahkim, başlı başına ayrı bir yargılama mekanizması olup, hakem mahkemelerince verilecek kararların Devletin sınırları içinde ne şekilde infaz kabiliyeti kazanacağını yine o Devletin kanunları belirleyecektir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçimi de, kural olarak taraflara bırakılmaktadır. Dolayısıyla idarî uyuşmazlıklar sözkonusu olduğunda olayın esasına uygulanacak hukukun seçimi aşamasında uyuşmazlığın tarafı olan Devletin hukuku seçildiği takdirde, hakem mahkemesinde uygulanacak kurallarla, idare yargıcının uygulayacakları büyük ölçüde örtüşecektir. İdare hukukunun içtihatlarla gelişen bir

31 JARROSSON C., "L'arbitrage en ...", s.19

32 « Régler Autrement les Conflits : Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière Administrative », Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, La Documentation Française, Paris 1993, s.85

hukuk dalı olması itibariyle, bazı zorlukların yaşanabileceği ve idarî yargılama faaliyetinin uzmanlaşma gerektirdiği ileri sürülebilir. Ancak hakem mahkemesinde bu hususların idare için doğurabileceği dezavantajın, iyi hazırlanmış bir savunma ile aşılması mümkün görünmektedir.³³

Hakem mahkemesinin uygulayacağı usul hukuku kuralları ise genelde değişiklik göstermektedir. Ancak usul açısından, Türk hukuk sisteminde idare yargıcının sahip olduğu re'sen araştırma yetkisine hakem mahkemesinin sahip olamayacağı muhakkaktır.³⁴ Ancak böyle bir saptamadan hareketle, tahkimin özel hukuk kaynaklı bir yargılama sistemi olduğu çıkarımının yapılabilmesi mümkün görünmemekte, olsa olsa idarî yargı rejimi içinde yer almadığını kesin olarak söylemek mümkün olmaktadır.

³³ Bu konudaki bir tartışmada KARAYALÇIN şöyle demiştir: "... kamu kesiminden gelen meslekdaşlar, bizim milletlerarası tahkim alanında açtığımız davalar kaybediliyor diye şikâyet ettiler. Bunun üzerine şunları söylemek mecburiyetinde kaldım. Hakem mahkemesinde bir davayı kazanmak için üç şart lâzımdır. 1) hakeminizi iyi seçeceksiniz; 2) davanızı çok iyi hazırlayarak açacak, iyi savunacaksınız; 3) en önemlisi haklı olacaksınız. ..." (Avrupa (Cenevre)-New York ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Entitüsü Yayını no.246, Ankara 1991, s.42)

³⁴ Bu durum, idarenin hakem mahkemesi önünde yapacağı savunmanın iyi temellendirilmiş bir şekilde hazırlanmış olması gerekliliğini ortaya çıkarır. Başka bir açıdan bakılacak olursa, bazı durumlarda, belli belgelerin elde edilmesinin neredeyse mümkün olmaması gibi sonuçlar doğabilir.

B) İdari yargı rejiminin özelliklerinden hareketle İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temelleri

1. İdarenin Devlet yargısı dışında bir yargılama sistemine tâbi olamayacağı ilkesi

İdarî-adlî yargı rejimlerinin ayrımına gidilen sistemlerde İdare Hukuku alanındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine genelde karşı çıkıldığı söylenebilir. Yargı rejimi ayrımına gidilmesinin gerekçeleri, İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temellendirilmesinde de dayanak olarak ileri sürülmektedir.

Söz konusu ayrımın gerekliliğinin nedenlerinden biri olarak ileri sürülen bir başka gerekçe ise şudur: "Devletin ancak kendi mahkemelerinde, kendisinin yargılanması için öngördüğü ve adlî yargı mekanizmalarına oranla önemli farklar taşıyan bir mekanizma içinde yargılanması gerekliliği". E.Laferrière'in 19. yüzyıl sonlarında yönelttiği, "Devletin, adlîye yargıcının dahi görevli olmasına izin vermediği konularda, hakemlerin yetkisini kabul etmesi nasıl beklenebilir?"³⁵ sorusuna varmak ve benzer soruları, benzer bir yargılama sistemi içinde, yaklaşık bir yüzyıl sonra düşünmek mümkündür. Ancak aynı sorudan hareketle, bir başka soru da sormak mümkün olabilir: Devlet neden adlîye yargıcının yetkili

35 LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1888, C.2, s.146 ; nakleden PATRIKIOS A., *Arbitrage en Matière Administrative*, LGDG, Paris 1997, s.32

olmadığı, idare yargıcına has bir alan yaratmıştır?³⁶ Sorunun farklı cevaplarından biri belki de şöyledir: Çünkü Devlet, özellikle bireylerin haklarının korunmasını sağlamak amacıyla, kendi eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları, yurttaşları arasında çıkan uyuşmazlıklara oranla farklı bir bakış açısı ve mekanizma içinde kontrol edecek bir yargı sistemine ihtiyaç duymuştur. Ancak yukarıda adli-idari yargı rejimi ayrımından bahsedilirken söylenenler dışında, farklı bir bakış açısıyla cevap verilecek olursa, bahsedilen "farklılık"ın, yargıcın Devleti kısmen ön planda tutarak karar verecek olmasından kaynaklandığı da iddia edilebilir. L.DURAN'ın belirttiği gibi idare mahkemeleri ve yargıçlarının, adliye mahkemeleri ve yargıçlarından farklı olması zorunluluğunun başlıca nedenlerinden biri de "... idarenin kendi dışından gelen müdahalelerden alınma ve tedirginlik duyma eğilimi, idareyi hukuka uymaya zorlayacak başka etkili bir gücün ve yöntemin bulunmamasıdır. Bütün bu olumsuzluklara rağmen kişilerin ve toplumun temel hak ve özgürlüklerini, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetki ve müdahalelerine karşı korumaktan geri durulamayacağına göre; idarenin yargısal denetimini bu zıt gerek ve istekleri uyumlu ve dengeli olarak bağdaştıracak biçimde örgütlemek ve işletmek gerekir".³⁷ Bizim de katıldığımız bu cümleler, idare yargıcının bağımsızlığı konusunda yukarıda söylenenlerin düşünülmesini destekliyor. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili uygulamalarda da idare yargıcının, kamu yararı ve millî menfaatler kavramlarına

36 Bir başka çalışmanın konusu olmayı gerektirecek kadar geniş bir konu olan "adli-idari yargı rejimi ayrımı" konusuna ilişkin bu soruyu, bu çalışmanın konusuyla kesiştiği kadarıyla cevaplamaya çalışacağız.

37 DURAN L., "İdari yargı ...", s.55

kararlarında sıklıkla yer verdiği gözlemlenmektedir. Ancak sözkonusu kavramlara bağlılık, yargının bağımsızlığı ilkesini ihlâl edecek sonuçlar doğurmayacak biçimde hayata geçirilmelidir. İdare yargıcının, mutlak olarak İdare lehine karar vereceği ve bu durumun sistemin gereği olduğu yönünde bir bakış açısı, yargının bağımsızlığı ilkesini zedeleyecek ve idarî uyumsuzlukların çözümünde tahkim yasağı ilkesinin varlığının nedenlerinden biri olarak ileri sürülemeyecektir.

2) Kamu düzeni ve kamu yararı kavramları

E.Laferrière, Devletin kanunla kurulmuş yargı merciileri önünde yargılanmasının kamu düzeninden olduğuna işaret etmiştir. Esasen idarî-adlî yargı rejimleri arasındaki ayrımın gerekçelerinden biri de "... idarî faaliyetlerin ve hizmetlerin, yalın anlamıyla kamu düzeni ile doğrudan ilgili olması ..."dır³⁸.

İdari uyumsuzlukların çözümünde tahkime başvurulmasının kamu düzeninin ihlali sonucunu doğuracağını ileri süren bu görüş, soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Çünkü bu görüşün temellendirilmesi için dayanılan gerekçeler oldukça bulanık olup, bu gerekçelerde "kamu düzeni" ve "kamu yararı" kavramlarının birbirine karıştığı görülmektedir. Sonuç olarak bu görüşün konuyla ilgili önyargılar içerdiği söylenebilir. Şöyle ki; kamu düzeni kavramı doktrinde hiçbir zaman üniform olarak tanımlanamamış olmakla beraber, İdare Hukukunun temel kavramlarından

38 ibid.

biridir ve kural olarak kamu yararı, özel yararın üzerinde tutulur. Kamu düzeni kavramı, tüm hukuk dallarında tahkime başvuru açısından, esnek bir sınır teşkil etmektedir. İdare hukuku alanında tahkime başvurulması konusunda da sınır kavramı, kamu kudretinin kullanılması kavramıyla bağlantılı olmalıdır. Kamu düzeni ile sıkı sıkıya bağlı olan kamu kudretinin kullanımı konusu sadece Devlet mahkemelerinde incelenebilmelidir. Bu gerekçelerden hareketle İdare Hukuku alanında genel bir tahkim yasağının değil, kamu yararının ihlali sonucunu doğuracak konularda tahkime başvurulmamasının gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁹

Türk hukuk sistemi için de İdare Hukuku alanında tahkime başvurulmasının kamu düzeni veya kamu yararını ihlal edeceği sonucunun peşinen geçerli olduğunu ileri sürmek güçtür. Çünkü kamu düzeninin ihlali, hakem kararlarına karşı başvuru ve hakem kararlarının tenfizi aşamasında, bu kararların uygulanmasının engellenmesine yol açabilecek nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir.⁴⁰ Türkiye’de yapılan Anayasa değişikliği ve bunun ardından kanunlarda yapılan diğer değişikliklerle yeni çıkartılan kanunlar uyarınca da, tahkim uygulamasının serbest bırakıldığı imtiyaz sözleşmeleri sahasında, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce yapılması öngörülen Danıştay incelemesi sayesinde, tahkime başvurunun kamu düzeni veya kamu yararına zarar vereceği düşünülen alanlardaki sözleşme hükümlerinin kaldırılması sağlanabilir.⁴¹

39 PATRIKIOS A., a.g.e., s.33-35

40 İleride, "Hakem kararlarına karşı başvuru yolları" ve "Hakem kararlarının infazı" bölümlerinde bu konu ayrıca ele alınacaktır.

41 Danıştay İdari İşler Kurulu kararı, 09.10.2000, E.2000/107, K.2000/76: "Bir imtiyaz sözleşmesinde imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici işlem niteliğinde olan bölümde imtiyazın konusu, hizmetin koşulları, örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin

Uygulamada, bu konuyla ilgili olarak Danıştay'ın verdiği görüşlerde imtiyaz sözleşmelerinin taraflarını uyardığı ve tahkime başvurulmasının kamu yararının ihlâlini doğuracağı kanısında olduğu alanlara dair tahkim şartlarının sözleşmelerden çıkartılmasını tavsiye ettiği görülmüştür. Konuyla ilgili kanunî düzenlemelerin⁴², yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle ilgili olarak tahkime gidilmesinin öngörüldüğü hallerde bunun, mutlaka sözkonusu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tamamı için değil, sadece bir kısmı için öngörülebilmesine elverişli olduğu Yüksek Mahkemece belirtilmiştir. Tahkime kısmen gidilebilme imkânı yaratan bu düzenlemenin temelinde, kamu düzenine ilişkin konuların tahkim mekanizması dışında tutulmasını mümkün kılma amacı yattığı hususu, Danıştay kararlarında da belirtilmiştir. Danıştay İdari İşler Kurulu bu konudaki görüşünü bir kararında (Anayasa ve Danıştay

olarak idarî ve teknik şartnamelerde yer alan hükümlerin, imtiyaz veren idarenin isteklerini ve iradesini yansıtacak biçimde düzenlenmesi kamu yararı açısından zorunludur. (...)

Kamu yararını sağlamaya yönelik bir ihalenin teknik koşulları arasında yer alan ve tarafların üzerinde mutabakata vararak parafe ettikleri Sözleşme Taslağının Danıştay tarafından incelenmesinde, kabul görmüş hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılması ya da Taslakta yer almayan bir hükmün eklenmesi için, bunun kamu yararını daha çok sağlamaya yönelik olduğunu destekleyen bir verinin bulunması gerekir. (...)

42 Anayasa md.125/1'de yer alan «... bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. ...» ifadesi, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla olduğu kadar Devlet yargısına başvurularak da çözülebileceğine işaret etmektedir. Yani burada ihtiyarî tahkim sözkonusudur. Ancak tahkim şartı ya da tahkim anlaşmasının sözkonusu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların tamamını ya da bir kısmını kapsayabileceğini yani tahkime kısmen başvurunun mümkün olduğunu gösteren açık düzenleme 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (b) bendinde yer almaktadır ve şöyledir: "Milletlerarası tahkim anlaşması: Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşmayı ..." ifade eder.

Kanununda yapılan değişiklik sonrası, bir imtiyaz sözleşmesi taslağı konusunda bildirdiği bir "görüş"te) Şu Şekilde ifade etmiştir: "Görüldüğü üzere yasakoyucu, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz Şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesine, gerektiğinde bir kısmının tahkim kapsamı dışında bırakılmasına olanak sağlamakta[dır.] (...). Bu noktada önemli olan husus, sözleşmeden doğan bazı uyuşmazlık türleri yönünden tahkim yolunun kapatılmasının, genelde 'kamu düzenini korumak' düşüncesine dayandırılmış olmasıdır."⁴³ Bu noktadan hareketle Danıştay İdari İşler Kurulu, incelediği olay hakkında, Şu Şekilde karar vermiştir: "Tahkim Şartı ve sözleşmesi içeriğinde tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülen uyuşmazlıkların sınırlandırılması mümkün olduğuna göre 'iőletmenin askıya alınması', 'haberleőmenin gizliliği', 'milli güvenlik' ve 'kamu düzeni' konularında kural getiren 25 ve 44'üncü maddelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim sözleşmesi kapsamından çıkarılmasının uygun olacağı; aksi halde 'kamu güvenliği', 'ulusal savunma', 'milli güvenlik', 'kamu düzeni', 'haberleőmenin gizliliği'... gibi ülkenin kendine özgü koşulları içinde oluşan ve değerlendirilmesi gereken kavramların ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların ulusal mahkemeler yerine tahkim yoluyla değerlendirilip çözümlenmesi gibi kamu yararı ile baędaőmayan bir durumun oluőmasına neden olacağı sonucuna varıldığından, Sözleşme Taslağınının 25 ve 44'üncü maddelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim Şartı dışında, ayrı bir tahkim sözleşmesi düzenlenmesi halinde ise aynı

43 Danıştay İdari İşler Kurulu kararı, 09.10.2000 E.2000/107, K.2000/76 (yayınlanmamıştır)

maddelerin sözleşme kapsamı dışında bırakılmasının uygun olacağına oybirliğiyle ..."

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme, sadece kamu düzeni kavramıyla sınırlı kalmayıp, "ülkenin kendine özgü koşulları içinde oluşan ve değerlendirilmesi gereken" kavramlar ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla değerlendirilmesinin "kamu yararıyla bağdaşma[yacağı]"na hükmetmiş ve bunlara ilişkin düzenlemeleri içeren maddelere tahkim şartı veya anlaşmasında yer verilmemesini uygun görmüştür.

Anayasa'da ve Danıştay Kanunu'nda yapılan değişikliklerden sonra Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri konusunda verdiği görüşler, ileride açıklayacağımız gibi, kanunen bağlayıcı değildir. Bu görüşlere, özellikle yukarıdaki gibi bir içeriği haiz oldukları durumlarda uyulmayarak bu alanlarda hakem kararları alınacak olursa, bu kararların kamu düzenine aykırılık nedeniyle temyizi ya da iptali talep edilebilecektir. Veya verilen yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında, kamu düzeni engellemesiyle karşılaşılabilecektir. Kamu düzeniyle bağlantılı konular hakemlerin yetkisi dışında olduğundan, bu konularda hakem kararı verilmesinin MÖHUK uyarınca "hakemlerin yetkileri dışında kalan bir konuda karar vermeleri" şeklinde nitelendirilebileceği de doktrinde ileri sürülen görüşlerdendir.⁴⁴

S.Üstündağ konuya değişik bir açıdan yaklaşarak şunları belirtmiştir: "... Yabancı hukuka ve özellikle Alman literatürüne baktığımızda şu hususları tesbit

⁴⁴ KURU B., a.g.e., s.6209

ediyoruz. 'Devletin mahkemelerinin bir yargılama tekeline sahip olduğu hallerde; böylece anlaşma ile bir yetkinin tesis edilemeyeceği durumlarda, geçerli bir tahkim sözleşmesi de mümkün değildir. Böylece, kanunen idare mercilerine veya idare mahkemelerine görevli olduğu durumlarda(...)' tahkim caiz değildir. (Baumbach/Lauterbach ve arkadaşları, (München 1993), §1025, kenar notu 24, s.2031). Görülüyor ki, anayasamızda yapılmış olan değişiklik ile, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda bugüne kadar mevcut olan Danıştayın yargılama tekeli böylece bertaraf edilmiştir."⁴⁵

Dolayısıyla, kamu düzeninin ihlal edileceği gerekçesiyle genel olarak tahkime başvuru yasağı getirilmesi yerine, kamu düzeninin ve/veya kamu yararının ihlali sonucunu doğuracak hallerin ortadan kaldırılmasını sağlayacak hukuki mekanizmaların tesisi bizce daha isabetli görünmektedir.

Yukarıda belirtilenlere karşın, idarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi yasağının evrensel bir prensip olmadığını hatırlatmakta yarar vardır. Ancak bu ilkenin carî olduğu Fransız hukukunda kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurması yasağı kanunlaştırılmıştır. 1806 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 83 ve 1004 üncü maddelerinin birleşimi tahkim yasağına işaret ediyordu ve Conseil d'Etat'nın gerek adli ve idarî yargı merciilerinin görevlerinin örtüşemeyeceği, gerek kamu yararının yine aynı "özel" yargılama karşısında korunması gerektiği noktalarından hareketle,

⁴⁵ ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.942

tahkime karşı olan tutumu devamlılık arz ediyordu⁴⁶. İkinci Dünya Savaşı sonrası doktrinde yapılan tartışmaların ve uygulamadan doğan ihtiyacın bir sonucu olarak idarî yargının görevine giren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine cevaz verir yönde "istisnai" kanunî düzenlemeler yapılmıştır. 50'li yıllarda yukarıda bahsedilen kanun maddelerinin emredici olduğunu ve adlî yargının görevine giren konularda dahi Devletin tahkime gidemeyeceğini iddia eden MESTRE'e karşılık Vedel ve Mazeaud bu hükümlerin klasik kamu kurumlarına uygulandıkları gibi, genel ve mutlak bir şekilde endüstriyel kamu kurumlarına uygulanmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu fikre gerekçe olarak, sözkonusu kamu kurumlarının endüstriyel ve ticarî karakterlerinin böyle bir uygulamayı başarısızlığa uğratacağı gösterilmiştir. 60'lı yıllarda, konu ile ilgili bir tez ortaya atan Stillmunkes de aynı görüşü takip ederek, "klasik İdare Hukuku" ve "ekonomik İdare Hukuku" ayırımına gitmiştir. Stillmunkes'e göre klasik İdare Hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda tahkim yasağı ilkesi uygulanması gerektiği halde, ekonomik İdare Hukuku alanına giren konularda, uygulamadan kaynaklandığı kadar, hukukî de olan gerekçelerle sözkonusu yasağın yumuşatılması gerekir.⁴⁷ Her halükarda 60'lı ve 70'li yıllar Fransa'sında idarî uyuşmazlıklar alanında tahkim yasağı ilkesi konusundaki analizlerin ortak noktası, tahkimin İdare Hukuku alanına, en azından endüstriyel ve ticarî karakterli kamu kurumları ve uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konularında girmesi gerektiği şeklindedir ve yasakoyucu da belli bir

46 PACTEAU B., *Contentieux Administratif*, PUF, 5.Baskı, Paris 1999, s.435

47 PATRIKIOS A., a.g.e., s.50-51

Devlet kavramına bağılı kalındığı halde çağdaş hayatın ihtiyaçlarını karşılayacak ayrımları ortaya koyamaması nedeniyle eleştirilmiştir.⁴⁸

Halen yürürlükte olan Fransız Medeni Usul Kanununun 2060 ıncı maddesinin birinci fıkrasında da Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini ilgilendiren konularda tahkime başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, iktisadî ve ticarî karakterli kamu kurumlarını dahi dışlamaksızın, kural olarak tüm kamu tüzel kişilerinin, hem idarî hem de ticarî konularda çıkan uyuşmazlıklar karşısında, gerek bu uyuşmazlıklar doğmadan önce sözleşmelere tahkim şartı koymalarını, gerek uyuşmazlıklar doğduktan sonra tahkim anlaşması yapmalarını engelleyecek bir içeriğe sahiptir⁴⁹. Ancak yukarı da belirtildiği gibi, Fransa'da da, Devletin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlardan kaynaklanan (ve iç hukukun bir parçası haline gelmiş) durumlara ek olarak, kamu hukuku alanındaki tahkim yasağı ilkesine istisna teşkil eden düzenlemeler yapılmıştır, örneğin⁵⁰ :

-9 Temmuz 1975 tarihli Kanun, Fransız Medeni Usul Kanununun 2060 ıncı maddesi çerçevesinde, iktisadî ve ticarî nitelikli kamu kurumlarının tahkim anlaşması akdetmeleri için iznin bir "kararname"(décret) ile de verilebileceğine dair bir düzenleme içeriyordu. Ancak

48 RIVERO J., « Personnes morales de droit public et arbitrage », Revue de l'arbitrage 1973, s.268 ; nakleden PATRIKIOS A., a.g.e., s.53-54

49 CHAPUS R., Droit du Contentieux ..., s.228-229

50 Bu bölümde, Fransız idare hukukunda tahkime başvurulması konusunda yapılan açıklamalar için bkz. PACTEAU B., a.g.e., s.435-436.

uygulamada sözkonusu kararnamelerden hiç çıkartılmadı⁵¹. Bunun yerine, ayrı ayrı kanunlarla bazı iktisadî ve ticarî nitelikli kamu kurumlarına tahkime başvuru imkânı tanınması yoluna gidildi.⁵² İktisadi ve ticarî nitelikli kamu kurumlarının tahkime başvurabilmesine yönelik olarak bazı özel kanunlar çıkarıldı, örneğin: 30 Aralık 1982'de SNCF'i bir kamu kurumuna dönüştüren kanun, La Poste ve France Télécom⁵³'u kamu işletmelelerine ("exploitants public") dönüştüren 2 Temmuz 1990 tarihli Kanun gibi.

-17 Nisan 1906 tarihli bir kanun, Devlet'e, mahalli idarelere, kamu çalışmalarının veya malzemelerinin tasfiyesi konularında tahkim anlaşması akdetme iznini belli bir prosedüre tâbi olarak vermişti. 1960'da bir kararname ("décret") ile bu imkân, mahalli idarelere ve onların kamu kurumlarına da tanındı⁵⁴,

-Savaş sonrası yapılan kamulaştırmalarda tahkim mekanizması kullanıldı,

-Kamu tüzel kişilerinin akdettikleri uluslararası özel hukukun alanına giren sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda tahkime başvurmaları serbesttir,

-19 Ağustos 1986 tarihli ve 86-972 sayılı Mahalli İdarelere Yönelik Çeşitli Hükümlere Dair Kanununun 9 uncu maddesi⁵⁵ uyarınca Devlet, mahalli idareler ve kamu

⁵¹ Conseil d'Etat'nın adı geçen raporu, s.22

⁵² JOUGUELET J.-P., "Conciliation, Transaction et Arbitrage", JCA, Fascicule 1005, n°137-138

⁵³ Daha sonra, 26 Temmuz 1996 tarihli bir Kanunla, France Télécom « société nationale » (millî şirket) dönüştürülerek tahkime daha sistematik bir başvuru imkânını da elde etmiştir. PACTEAU B., a.g.e., s.435

⁵⁴ JOUGUELET J.-P., a.g.e., n°135

⁵⁵ 19 Ağustos 1986 tarih ve 86-972 sayılı Kanun (22 Ağustos 1986'da yürürlüğe girmiştir.) Madde 9- Medeni Kanun'un 2060 ıncı maddesine

kurumları, birarada, "yabancı şirketlerle akdettikleri" ve ulusal çıkar sağlanmasına yönelik faaliyetlerin gerçekleştirilmesini hedefleyen sözleşmelerde tahkime başvurabilirler. Bu Kanun sayesinde o dönemde önemli bir yatırım projesi olarak değerlendirilen "Eurodisney"e ilişkin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilmesinin önü açılmıştır.

Ancak sözkonusu Kanununun yayımlanmasında, *Conseil d'Etat*'nın 6 Mart 1986 tarih ve 339.710 sayılı görüşünün büyük rolü olduğunu söylemek gerekir. *Conseil d'Etat* sözkonusu görüşü, ülkenin planlanması ve düzenlenmesinden sorumlu Devlet Bakanının başvurusu üzerine vermiştir. Başvuruda, Fransız Medeni Kanunu'nun 2060 ıncı maddesinin "iktisadî ve ticarî alanda faaliyet gösteren kamu kurumlarının bir kararname ile tahkime başvurabil[ecekleri]" yönündeki düzenlemeyi içeren ikinci fıkrasının kapsamının yorumlanması talep edilmiştir. Daha genel bir ifade ile, kamu tüzel kişilerinin ne ölçüde tahkim yoluna başvurabilecekleri; bu açıdan, mahalli idareler ve bunların kamu kurumlarının durumunun decentralisation'a ilişkin düzenlemelerden etkilenip etkilenmeyecekleri ve son olarak da, bu prensiplerin Marne-la-Vallée'de bir eğlence parkı kurulmasına yönelik proje çerçevesinde ne şekilde uygulanabileceği sorulmuştur.

istisna olarak, Devlet, mahalli idareler ve kamu kurumları hep birlikte ve yabancı şirketlerle, ulusal çıkarlara hizmet eden faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için akdedecekleri sözleşmelere, sözkonusu sözleşmelerin yorumlanması ve bunların uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözülmesi konularında tahkim şartı koyabilirler. (Bu maddenin orijinal metni için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/MCEAV.htm>)

Conseil d'Etat görüşünde, açık bir yasal düzenleme ya da uluslararası sözleşmelerden doğan ve iç hukukun bir parçası haline gelmiş bir düzenleme bulunmadıkça, Fransız kamu hukukunun genel prensiplerinden olan ve Fransız Medeni Kanununun 2060 ıncı maddesiyle de teyid edilmiş, kamu tüzel kişilerinin taraf oldukları ve iç hukuk düzeniyle bağlantılı uyumsuzlukları, iç yargı merciilerinin görev ve yetkilerini belirleyen kuralların dışına çıkararak, bir hakem kararıyla çözemeyeceklerini belirtmiştir. Buna aykırı şekilde verilen kararlar, kamu düzenine aykırılık nedeniyle yoklukla malul olacaklardır. Endüstriyel ve ticarî karakterli kamu kurumlarının tahkim yoluna gitmesine bir "kararname" ile izin verilebileceğine yönelik yasal düzenleme konusunda da, Conseil d'Etat, bu hükmün, hükümete sadece tek bir kamu kurumunun tahkime başvurması için izin verme yetkisi verdiğini ve bunun da esasen Fransız Medeni Kanununun 2060 ve 2061 inci maddelerini birbirine yaklaştıran bir düzenlemeden başka birşey olmadığını ve 2060 ıncı maddedeki düzenlemenin ancak doğmuş bir uyumsuzluk için tahkime başvurulmasına yönelik bir düzenleme olup, iç hukuk düzeninden bir sözleşmeye, bu sözleşmeden doğacak uyumsuzlukların mutlaka tahkim yoluyla çözüleceğine dair bir madde koyma yetkisi içermediğini belirtmiş, her halükarda Fransız Medeni Kanununun 2060 ıncı maddesinin, yukarıda belirtilen tahkim yasağına ilişkin genel prensiplerle de bağdaşacak şekilde uygulanması gerekeceğini eklemiştir. Marne-la-Vallée'de bir eğlence parkının inşa edilmesi konulu (sözleşmenin bir tarafını Fransız Devleti, Ile de France Bölgesi, Val-de-Marne Departement'ı, l'établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée oluşturmakta ve diğer tarafında Walt Disney Productions yer almaktadır)

sözleşmenin Fransız iç hukuk düzeninden olup, istisnaen tahkim yoluna başvurulabileceğini öngören hiçbir hükmün uygulama alanına girmediği; bunlara ek olarak bir yandan bu sözleşmenin uluslararası ticaret alanındaki prensiplerin uygulanmasına elverişli olmayıp, diğer yandan Washington Konvansiyonunun da (söz konusu Konvansiyon uyarınca bir Fransız kamu tüzel kişisinin Konvansiyonda öngörülmüş hakem mahkemesi önüne gitmesi mümkün olmadığı için) uygulama alanına girmediğinden, sözleşmeye konacak bir tahkim şartının kamu düzenine aykırılık nedeniyle yoklukla malul olacağı yönünde görüş belirtmiştir.⁵⁶

Conseil d'Etat'nın yukarıdaki görüşünün ardından, daha önce de bahsettiğimiz -ve esasen Eurodisney projesinden doğacak uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabilmesi amacıyla- 86-972 sayılı Kanun yayımlanmıştır. Bu Kanununun konuyla ilgili 9 uncu maddesinin içerik olarak "ısmarlama" olması nedeniyle çok fazla uygulanma imkânı bulamayacağı ileri sürülmüş, ancak bu arada yapılan başvurular sonucunda Conseil d'Etat, ilgili Kanun'nun yayımlanmasının ardından söz konusu sözleşmedeki tahkim şartının da geçerliliğine hükmetmiştir.⁵⁷

Yüksek Mahkemenin görüşünde, söz konusu sözleşmenin uluslararası ticaret alanındaki prensiplerin uygulanmasına elverişli olmadığı yönünde bir görüşü belirtmiştir. Bu, Fransız Medeni Usul Kanununun 1492 inci

56 Söz konusu Conseil d'Etat görüşünün metni için : GAUDEMET Y.-STIRN B.-DAL FARRA T.-ROLIN F., Les grands avis du Conseil d'Etat-1997, Dalloz, 1997, s.219 vd.

57 LABETOULLE'in bu konudaki yorumları için: GAUDEMET Y.-STIRN B.-DAL FARRA T.-ROLIN F., a.g.e., s.222

maddesinden kaynaklanan bir ilkesinin bu sözleşmede uygulanamayacağını belirtmekte ve Walt Disney şirketi ile yapılan sözleşmenin her ne kadar uluslararası bir karakteri olsa da, doğasının "ticarî" nitelikte olmadığını belirlemektedir. Nitekim Conseil d'Etat'nın bu görüşünden bir süre sonra yayımlanan 19 Ağustos 1986 tarihli Kanunun 9 uncu maddesinde yer alan "ulusal çıkar sağlanacak faaliyetler" deyimini, sözleşmenin konusunu ve Fransız Devleti'nin bu sözleşme nedeniyle üstlendiği, şehircilik hukuku ve kamulaştırma ile ilgili yükümlülükleri de çok daha iyi belirten bir ifadedir.⁵⁸ Ancak eklemek gerekir ki, Conseil d'Etat'nın yukarıda bahsedilen görüşü, yasal düzenlemelerle de desteklenmiş Fransız kamu hukuku prensiplerinden yola çıkarak, hukuku yansıtır şekilde verilmiş bir görüştür; yani bu, Yüksek Mahkemenin, kanunlarda düzenlenmesi halinde, tahkim yoluna başvuru imkânı bulunması fikrini desteklemediği anlamına gelmeyecektir. Nitekim bunun aksi yönde bir görüşün varlığından ne Conseil d'Etat'nın yukarıda da bahsedilen 1993 raporunda, ne de Fransa'da idarî yargı reformuna yönelik 31 Aralık 1987 tarihli yasaya eklenen "... tahkim ya da yargı yoluna başvurulmadan önce" gidilecek uzlaşma usullerinin kurulmasını öngören hüküm karşısında söz edilebilir.⁵⁹ Bu arada, Cour de Cassation, yukarıda bahsettiğimiz karardan yıllar önce (örneğin Cour de Cassation'nın 1966 yılında verdiği Trésor public c. Galakis kararı), Conseil d'Etat'nın aksine, kamu tüzel kişilerine uluslararası alanda tahkime başvurmaları konusunda yetki veren bir kanun ya da uluslararası antlaşma bulunmasa dahi, tahkime gidilebileceği yönünde

58 id., s.224

59 LABETOULLE'ün bu konudaki yorumları için bkz. GAUDEMET Y.-STIRN B.-DAL FARRA T.-ROLIN F., a.g.e., s.224

karar vermiştir. Bahsedilen belgelerden birinin yargı kararı, diğerinin ise kural olarak sıkı bir bağlayıcılığı olmayan bir "görüş" olduğu gözönünde bulundurulacak olursa, Fransız Yargıtay ve Danıştay arasındaki bu yorum farklılığına çok da fazla önem verilmemesi gerektiği, bu ayrılığın sözkonusu alanda bir gelişmeye yol açacak şekilde seyrettiği ileri sürülmüştür.⁶⁰

Fransız hukukundaki değişikliklerden sonra da doktrindeki tartışmaların devam ettiği ve uygulamadaki gerekliliklerden doğan şekilde, bazı sınırlar dahilinde, idarî uyuşmazlıklar alanında tahkime başvurulması yönünde fikir beyan edildiği görülmektedir. Örneğin P.Delvolvé, tahkime başvurulabilecek idarî uyuşmazlıkların türlerinin, idarî sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarla sınırlı olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüş çerçevesinde de, idarî sözleşmenin her iki tarafının da idare olduğu hallerde doğacak tüm uyuşmazlıkların, yine Devlet mahkemeleri önünde çözülmesi gerekeceğini belirtmiştir.⁶¹ R.Chapus ise günümüzde, gerek doktrinde, gerek kanunkoyucuda, kamu tüzel kişilerinin tahkime başvuru imkânlarının artırılması yönünde açık bir eğilimin varlığını gözlemlediğini ve yargılama usulünün reformuna yönelik 31 Aralık 1987 tarihli kanundaki, hakem veya Devlet yargısına başvurmadan önce dostane çözüm yollarının kullanılması gerekliliği yönünde yapılan düzenlemeyi "anlamlı" bulduğunu belirtmiştir⁶². Görüldüğü gibi, bu tartışmalara rağmen, yukarıda saydığımız kanunların yayımlanması sonucu, Fransa'da idarî

60 TEOUL G., a.g.m., s.25-26

61 P.Delvolvé'nin bu görüşü için bkz. PATRIKIOS A., a.g.e., s.55 vd.

62 CHAPUS R., Droit du contentieux ..., s.229

uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi, seyrek de uygulanıyor olsa, istisnai bir durum olmaktan çıkmıştır.⁶³

Diğer yandan, İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temelleri tamamıyla hukuki nedenlere dayanmadığı, ya da hukuki gerekçelerin ardında yukarıda bahsedilenler dışında düşüncelerin de bulunduğu söylenebilir. Fransız kamu hukukunda tahkime başvurulup vurulamayacağı tartışmasıyla ulaşılmaması düşünülen amaçların açık bir şekilde belirlenip, bu amaçların hukuki düşüncelerle gerekçelendirilip gerekçelendirilmeyeceği konusunun aydınlatılması gerekliliği belirtilmiştir.⁶⁴ Hukuki olmayan farklı gerekçeler de ileri sürülebilir. Örneğin, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin ekonomik hayattaki rollerinin gelişmesi ve sonuç olarak kamu sektörüyle özel sektörün ortak projelerde, birlikte hareket ettikleri bilinmektedir. Bu durumda, özel şirketler arasında uygulanan tahkim sisteminin artık kamu-özel kişiler arasında uygulanır hale gelmesi, ticarî hayatın gereklerinin konuya yansımaları olacaktır.⁶⁵ Ancak, J.Rivéro'nun ileri sürdüğü, Devletin kendi adaletine güvenemediğinin görülmesi [sonucu tahkim yoluna başvurunun mümkün olmasının] tahkim yasağı ilkesinin gerekçelerinden biri olarak gösterilmesi durumunda, bu, hukukîden ziyade politik ve/veya psikolojik nitelikli olacak⁶⁶ ve kabul edilmesi kolay olmayacaktır. Kamu hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temelinde, hukuki gerekçelerden çok, gücün/iktidarın kullanılmasına

⁶³ Conseil d'Etat'nın adıgeçen raporu, s.23

⁶⁴ JARROSSON C., « L'arbitrage en ... », s.24

⁶⁵ Conseil d'Etat'nın bahsedilen raporu, s.87

⁶⁶ RICHER L., « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », AJDA, Paris 1997, s.7

doğrudan bağlantılı olarak Devletin, yargılama erkinin kullanılması alanında, özellikle de kamu hukuku alanındaki uyuşmazlıkların yargılanmasında, Devlet yargısıyla rekabet edebilecek mekanizmaların devreye sokulmayarak, bu gücü sadece Devlet yargıcına tanımak istediği ve bunu da kelimenin gerçek anlamıyla bir politik tercih olduğu ileri sürenler vardır.⁶⁷ Bu noktadan ve Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda kendi yargı mekanizmasından "vazgeçerek" tahkime başvuruyu kabul etmesi, egemenlik hakkından verilen bir ödün olarak da nitelendirilmektedir.⁶⁸ Hakem mahkemesinden çıkacak kararın icrasından önce temyizi veya iptali için Devlet mahkemelerine başvurmak kural olarak mümkün iken, Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesinin, "Devletin kendi yargılama mekanizmalarından vazgeçmesi" olarak nitelendirilmesi bizce mümkün görünmemektedir. Ancak Jarrosson'a göre, İdare Hukuku alanında tahkim yasağı ilkesinin esas gerekçesi, yargılama erkinin kullanımı konusunda yapılmış politik bir tercihten başka birşey değildir.⁶⁹

67 JARROSSON C., « L'arbitrage en ... », s.19

68 Ü.AZRAK, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Resmî Gazete'de yayımlanmasından ardından 6 Temmuz 2001 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'ne verdiği bir demeçte aynen şöyle demiştir: "Yani, Türk idaresinin aldığı kamu yararına ilişkin kararın hukuka uygun olup olmadığını yabancılar inceleyip karara bağlayabileceklerdir. Egemenlik haklarından bu kadar kolay vazgeçebilen bir başka devletin gösterilebileceğini hiç sanmıyorum. Dahası var: Yasaya göre hakem veya hakem kurulu sözleşme hükümlerine ve ticarî örf ve adet kurallarına göre karar verecektir. Başka bir söyleyişle, imtiyaz sözleşmesi gibi bir kamu hizmeti sözleşmesine kamu hukuku değil, ticaret hukuku kuralları uygulanacaktır." Son cümleye tamamen katıldığımızı söyleyemeyiz. Sözleşme metninin kamu hukukunun gerekleri de gözetilerek hazırlanmış olması halinde, "uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk"u uygulayan hakemlerin, uyuşmazlığın içeriği neyi gerektiriyorsa onu dikkate alacakları ve ticaret hukuku kurallarıyla sınırlı kalamayacakları görüşündeyiz.

69 JARROSSON C., « L'arbitrage en ... », s.19

İdare hukukunda tahkim yasağı ilkesinin nedeni ve sonucunun ilgili Devletin politik tercihi olduğunu onaylayan bir diğer görüşe göre, gelişmekte olan ülkelerin İdare Hukuku alanında tahkime gidilmesi sistemini kendi hukuk sistemleri içinde düzenlememeleri durumu da, sözkonusu ülkelerin ekonomik ve siyasi bağımsızlık kaygılarıyla açıklanmaktadır⁷⁰. Sözkonusu ülkelerde kamu hukuku alanında tahkim yasağı ilkesinin varlığının böyle bir gerekçeyle temellendirilmeye çalışılması halinde de bu gerekçenin "hukuki" olmadığı açıktır.

Türk hukukunda da, konuyla ilgili Anayasa değişikliğinden önce, doktrinde İdare Hukuku alanına giren uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi taraftarı olmayanlarca ileri sürülen gerekçelerden önemli bir bölümü "politik" olarak nitelenebilecek türdendir. Bu görüşte olanlarca, Türk hukuk sisteminde idarî uyuşmazlıkların sınırlı bir alanında tahkime başvuru imkânı getirilmesi konusunda yapılan "... değişikliklerin gerekçelerine bakıldığında hukuk dışı kaygıların ön plana çıktığı, ekonomik beklentilerin etken olduğu"⁷¹ vurgulanmıştır.

Sözkonusu değişikliğe taraftar olanlar ise bu kaygıları inkâr etmeyerek, özellikle yabancı şirketlerle yapılan sözleşmelerde tahkim yoluna gidilmesinin önkoşul olarak ortaya çıktığını belirtmişlerdir.⁷² Aynı çerçevede, "tahkim yolunun açılması suretiyle Türkiye

70 PATRIKIOS A., a.g.e., s.27

71 TURAN Ç., a.g.m., s.251

72 TAN T., "İdare hukuku açısından Yap-İşlet-Devret sözleşmesi", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel, Ankara, 19 Haziran 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s.39

Cumhuriyeti Devleti'nin dış borç bulma maliyetinin düşürülmesi, global sermayeden daha fazla pay alınması ile yabancı sermaye kökenli yatırımlar için birinci derecede risk olan politik riskin izole edilmesinin sağlanmasının" amaçlandığı da belirtilmiştir.⁷³ Özellikle, imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklardaki tahkim yasağının ardında ve aslında "... mülki Devlet anlayışının egemenlik hakları ile ilgili katı, taviz kabul etmez anlayışı..."nın⁷⁴ yattığı ve bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesinin, bu sözleşmeler çerçevesinde "tek taraflı ve kusura dayanmadan fesih hakkına idarenin bu konumundan da esinlenilerek, bir tür hükümlerlik haklarının ihlali telakki" edildiği ileri sürülen görüşler arasındadır⁷⁵.

Taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinin ve tahkim anlaşmasının titiz bir şekilde yapılması, bunlara uygun hareket edilmesi ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda savunmanın iyi hazırlanması halinde, milletlerarası tahkim alanında açılan davaların kaybedildiğinden şikayet etmek⁷⁶ ya da tahkimden "korkmak" için bir neden kalmayacağı, zaten Türkiye'de tahkimden korkulmasının temelinde "... bugüne kadarki hakem davalarında genellikle mahkum oluşumuz..." bulunduğu da belirtilmiştir.⁷⁷

73 TANRIVER S., "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve tahkim", Prof.Dr. M.Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, s.1082

74 ZABUNOĞLU Y., "Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000- Ankara), s.495

75 ibid.

76 KARAYALÇIN Y., Avrupa (Cenevre)-New York ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Entitüsü Yayını no.246, Ankara 1991, s.42

77 YILMAZ E., "Tahkim hukukuna genel giriş ve ülkemizdeki gelişim", Yargı Reformu 2000- İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000), s.286

İdare hukuku alanında tahkime başvuru imkânı getirilmesinin bir yararı da, idarî yargının iş yükünün hafifleme olasılığıdır. Yukarıda, Fransa'da idarî yargı reformuna yönelik 31 Aralık 1987 tarihli yasaya⁷⁸ "... tahkim ya da yargı yoluna başvurulmadan önce" idarî bir başvuru sonucu gidilecek uzlaşma usullerinin kurulmasını öngören bir hüküm eklendiği belirtilmişti. Conseil d'Etat'nın konuyla ilgili raporunda, sırf Conseil d'Etat'ya yapılan başvuruların 1970'de yıllık 2800'den az olduğu halde, 1990'da 9700'lere vardığı⁷⁹ belirtilmiş ve yukarıdaki hükmün amacının idarî yargının iş yükünü hafifletmek olduğuna işaret edilmiştir.⁸⁰ Türkiye'de Danıştay'a gelen toplam iş sayısının 1986'da 22943 iken, 2000 yılında 71421'e vardığı⁸¹ gözönünde bulundurulacak olursa, tahkim mekanizması sayesinde Türk yargı sisteminde de Danıştay'ın iş yükünün hafifletilmesi olumlu sonuçlar doğurabilir.

Görülüyor ki, Türkiye'de idarî uyuşmazlıkların sınırlı bir alanında tahkim uygulaması imkânını getiren düzenlemelerin öncesinde ve sonrasında, bu düzenlemeler hukukî, politik ve uygulamadan doğan gerekçelerle tartışılmıştır. Türk İdare Hukuku'na Fransız İdare Hukukundan gelen ve o dönemde Fransa'da da sert bir şekilde varolan tahkim yasağı ilkesine istisnalar getirmek kolay olmamıştır denilebilir. Ne var ki, esasen

79 Aralık 1987 tarih ve 87-1127 sayılı Kanun, Madde 13 için bkz.http://www.legifrance.gouv.fr/html/frame_lois_reglt.htm

79 2000 yılı itibariyle Conseil d'Etat'ya toplam gelen iş sayısı 12274'tür. (Kaynak: <http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm>)

80 Conseil d'Etat'nın adı geçen raporu, s.24

81 YET O., "İdari yargıda yapısal değişim", Danıştay Başkanlığı tarafından düzenlenen "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü" konulu Sempozyumda sunulan tebliğ (11-12 Mayıs 2001, Ankara).

İdare Hukukunun alanında yer almalarına rağmen uygulamanın gereklerinin bir sonucu olarak kanunlarla İdare Hukuku alanının dışına çıkartılmış konularda, Anayasa değişikliği öncesinde de tahkim yoluna gidilmiştir. Bu konuda örnek olarak, "kamu hizmetlerinin özellikle görülmesinin yalnızca idare veya kamu hukuku kapsamında düşünülmesinin, geçmişte ticarî, mali ve teknolojik açıdan kayıplara neden olduğu [görülerek] (...) kamu hizmetlerinin özel hukuk kapsamında özel kesim eliyle kurulması ve görülmesinin temini yolunda 3096, 3465, 3996 ve 4046⁸² sayılı yasa düzenlemeleri"⁸³nin yapılması veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirilerek, sözleşmenin tarafı olan kamu tüzel kişilerinin tahkime başvuruları verilebilir⁸⁴. Böyle bir uygulamanın Türk hukuk sistemine uygun olmasının nedenleri, Fransız hukukundaki gibi kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurularını açık bir şekilde yasaklayan bir kanun hükmü bulunmaması ve diğer yandan da idarenin kanunîliği ilkesi gereği, sözkonusu düzenlemelerin de kanunlarla yapılmış olmasıdır.⁸⁵

⁸²3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"; 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişime Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi hakkında Kanun", 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"; 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun".

⁸³ POLATKAN V., Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s.563

⁸⁴ TAN T., "İdare Hukuku ...", s.9

⁸⁵ Bu durum tabii ki, sözkonusu kanunların Anayasa'ya aykırılığının tartışılmayacağı anlamına gelmeyecektir.

II) İKİNCİ BÖLÜM: İDARE HUKUKU ALANINDA İSTİSNAİ İHTİYARÎ TAHKİM UYGULAMALARI

İdare hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi, adlî-idarî yargı rejimi ayrımının varolduğu hukuk sistemlerinde benimsenmiş bir çözüm yolu değildir. Yakın bir geçmişe kadar Türk hukuk sistemi de, kural olarak bu kapsamda yer alıyordu. Ancak 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği⁸⁶ sonucu, idarî uyuşmazlıkların sınırlı bir alanında tahkime gidilmesi mümkün kılındı. Ayrıca sözkonusu Anayasa değişikliği öncesinde de, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan doğan ve belli durumlarda idarî uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi yolunu açan hukukî olanaklar mevcuttu.

Bu bölümde önce uluslararası hukuk, sonra da sadece iç hukuktan kaynaklanan ve İdare Hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda tahkim yolunu açan düzenlemelerin kapsamı ve hayata geçirilmelerinde izlenmesi gereken prosedür -"Kamu hizmet ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde, (...) kamu hukukundan doğan kurallara aykırı davranılmaması"⁸⁷ zorunluluğu göz önünde bulundurularak- ele alınacaktır.

⁸⁶ RG. 14.08.1999, S:23786

⁸⁷ DURAN L, "Yap-İşlet...", s.150-151

A) İdari tahkimin uygulama alanları**1) Uluslararası hukuktan kaynaklanan idarî tahkimin uygulama alanları: ICSID ve iki taraflı yatırım antlaşmaları**

4446 sayılı kanunla Anayasa'nın 125 inci maddesine eklenen ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne imkân veren düzenleme öncesinde Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası antlaşmalar yoluyla, belli alanlardaki idarî uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilmesi mümkündür. Anayasa'nın 90 ıncı maddesi hükmü gereği, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Dolayısıyla, sözkonusu milletlerarası antlaşmaların kapsamına giren idarî uyuşmazlıkların çözümü için bu antlaşmaların uygulama alanı ile sınırlı olarak tahkime başvuru yolu açık olmuştur. Milletlerarası antlaşma ile getirilen ve aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecek hukukî olanağın, o dönemde idarenin tüm eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükümden hareketle Anayasa'nın, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabileceği hükmüne (Anayasa md.9) aykırı olduğu iddia edilememiştir. Ancak bu imkândan, uygulamada ne ölçüde yararlanıldığı konusu da tartışmalıdır.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun birinci maddesinin son fıkrasında "Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri[nin] saklı..."

olduğu öngörüldüğünden, bu antlaşmaların hükümleri sözkonusu kanunun yürürlüğü döneminde de saklı olacak ve yine antlaşmanın uygulama alanına giren konularda *lex specialis* olarak öncelikle uygulanacaktır.

Aşağıda, sözkonusu durumu yaratan milletlerarası antlaşmaları ve getirdiklerini, dolayısıyla uluslararası hukuktan kaynaklanan ve Anayasa değişikliği öncesinde dahi belli idarî uyuşmazlıklarda tahkime başvuru yolunu açık tutan imkân ve düzenlemeleri, ICSID ve iki taraflı yatırım antlaşmaları kapsamında ele alacağız.

Türkiye'nin 2 Nisan 1989 tarihinde⁸⁸ tarafı olduğu "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme" ("ICSID"⁸⁹ veya diğer bir adıyla "Washington Sözleşmesi") ile belirli koşullarda ortaya çıkabilecek yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için uluslararası bir merkezin kurulması öngörülmüş ve bu Merkezin amacının, andlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda taraf Devletler ile diğer taraf Devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yoluyla çözümü için çalışmak olduğu ifade edilmiştir.⁹⁰ Bu kapsamda Merkez⁹¹, "Âkit Ülkelerden (ya da onların alt

88 3460 sayılı "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun", 2.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözkonusu Antlaşma'nın, Türkiye için yürürlüğe girme tarihi 2 Nisan 1989'dur. 89 Açılımı şu şekildedir: "International Center for Settlement of Investment Disputes"

90 bkz. NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., Milletlerarası Tahkim, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000, s.51

91 Esasen yargılama yetkisini haiz olan "hakem heyetidir" ve "Merkez" herhangi bir yargılama faaliyeti yürütmez ancak ICSID Antlaşması metninde, kolaylık açısından "Merkez'in yargı yetkisi deyimi kullanılmıştır ve İdarî Yöneticilere göre bu deyim, "Andlaşma'nın hükümlerinin uygulanacağı ve Merkez'in imkânlarının

birimlerinden veya Ülke tarafından belirlenip Merkez'e bildirilen temsilcilerinden) biri ile diğer Âkit Ülke vatandaşları arasında çıkan ve tarafların ICSID Merkezi'ne götürmeyi yazılı olarak kabul ettiği yatırımlar ile ilgili herhangi bir hukuki uyuşmazlık üzerinde (...) yargı yetkisine sahiptir."⁹² Merkez'in, Türkiye'de Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yatırım uyuşmazlıkları üzerindeki yargı yetkisi, Türkiye'nin diğer ülkelerle imzalamış olduğu yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin iki taraflı anlaşmalarda (İTYA) yer alan yollamalardan doğacaktır⁹³ ve ICSID Sözleşmesinin onaylanması sonrasında Türkiye, "bugün sayıları 40'ı aşan ülke ile iki taraflı tahkim sözleşmeleri de imzalamış ve bunların büyük bir bölümünü de yürürlüğe koymuştur."⁹⁴

Bir uyuşmazlığın Merkez'in yargısına tâbi olması için şu şartların bir arada bulunması gerekir:

-Tarafların rızası: Taraflar ICSID tahkimine gitme konusunda yazılı bir anlaşma yapmış yani bu konuda "rıza" göstermiş olmalıdırlar. Bu rıza, ihtilafın doğmasından önce veya sonra verilebilir. Yazılılık dışında özel bir

arabuluculuk ve tahkim takipleri için hazır bulunacağı sınırlar" anlamına gelmektedir. (bkz. YEŞİLİRMAK A., "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yargı yetkisi", Batider., Aralık 1999, Cilt XX, Sayı 2, s.165, dipnot 81)

92 YEŞİLİRMAK A., "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yargı yetkisi", Batider., Aralık 1999, Cilt XX, Sayı 2, s.165

93 id., s.153-154

94 GÜNUĞUR H., "Türk Hukukunda ve Türkiye'nin Taraf Olduğu, Yabancı Sermaye Yatırımlarından Doğan Sorunların Çözümünde Tahkim (ICSID) Prosedürü", Av.Dr.Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını No:8, Ankara 1999, s.338

şart aranmadığından, tarafların doğrudan yatırım anlaşmasına koyacakları bir şartla veya Devletin, yatırım teşvik kanunlarında ICSID tahkimini öngörmesi şeklinde veya diğer bir Devletle yapacağı yatırım antlaşmasına ICSID tahkimine ilişkin bir madde koyması yoluyla rıza gösterilebilir.⁹⁵ Türk hukukunda yabancı yatırımın teşviki ve korunmasına ilişkin mevzuat ICSID Merkezi'nin yargı yetkisine rızaya dair bir hüküm içermemektedir. Ancak Türkiye, çeşitli ülkelerle imzalamış olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarında⁹⁶, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Merkezi'ne götürülebileceğine rıza göstermiştir.⁹⁷ İki taraf rızalarını beyan ettikten sonra tek taraflı olarak geri dönemezler.⁹⁸ Ancak konuya sadece ikili yatırım antlaşmaları açısından bakıldığında belirtilmelidir ki, "yatırıma ev sahipliği yapan ülke ile yatırımı gerçekleştiren firma, yatırımların teşviki ve korunması andlaşmalarında öngörülen ihtilâf çözme usulünü kabul etmek zorunda değildir. İkili andlaşmalara rağmen ev sahibi ülke ile yatırımcı, aralarında yaptıkları yatırım sözleşmesinde başka bir ihtilaf çözme usulü kararlaştırabilirler. (...) Çünkü yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması andlaşmaları, tarafların aralarındaki yatırımlarla ilgili özel hukuk

95 NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., a.g.e., s.54

96 Henüz hepsi yürürlüğe girmemiş sözkonusu antlaşmaların imzalandığı ülkelerin listesi 21 Ağustos 2001 itibarıyla şu kaynaktan alınmıştır:

<http://www.worldbank.org/icsid/treaties/turkey.htm> Bu ülkeler şunlardır: Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Bangladeş, Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği, Beyaz Rusya, Bulgaristan, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya, Çin, Danimarka, Fas, Finlandiya, Gürcistan, Hollanda, İtalya, İspanya, İsviçre, Hırvatistan, Japonya, Kazakistan, Kırgızistan, Kore, Kuveyt, Litvanya, Macaristan, Makedonya, Moldova, Özbekistan, Pakistan, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, Tacikistan, Türkmenistan, Tunus, Ürdün.

97 YEŞİLİRMAK A., a.g.m., s.168-169

98 NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., a.g.e., s.54

andlaşmalarında farklı bir ihtilâf çözüme usulünü kararlaştırmalarına engel değildir.⁹⁹ O halde yatırımcı ile yatırımın gerçekleştiği ülkenin kamu kuruluşu arasında bir ihtilâf çıktığında, öncelikle, taraflar arasındaki yatırım sözleşmesinde kararlaştırılan usul uygulanacaktır.”¹⁰⁰ Taraflar arasındaki yatırım konulu sözleşme idarî sözleşme niteliğinde ise, bizce yine aynı açıklama geçerli olmalıdır. Fakat bu durum, uluslararası hukukun (varsa) getirdiği imkânların kullanılabilmesine engel teşkil etmeyecektir.

ICSID Merkezi'nin yargı yetkisinin “temel taşıını”oluşturan rızanın çok ya da iki taraflı bir yatırım antlaşmasında gösterilmesi “icap” niteliğindedir. Ancak yatırımı gerçekleştiren diğer bir âkit tarafın vatandaşı bu teklifi yazılı olarak “kabul” ederse “rıza” şartı yerine gelmiş olur. Ayrıca yabancı yatırımcının bir âkit taraf aleyhine doğrudan Merkez'e başvurabilmesi için, bu âkit tarafın Merkez'in yargı yetkisine ilişkin rızasının iki taraflı yatırım antlaşmasında açıkça belirtilmiş olması gerekir. Yukarıda sayılan ülkelere yapılan antlaşmaların tamamında Türkiye'nin rızası açıkça gösterilmemektedir.¹⁰¹

-Milliyet şartı: Uyuşmazlık, bir âkit Devlet (onun alt birimi ya da temsilcisine karşı) ile diğer bir âkit Devletin vatandaşı arasında olmalıdır.

Bu şart, gerçek kişilerden çok, tüzel kişiler için önemli sorunlar doğurmaktadır. Sözleşme anlamında tüzel

⁹⁹ ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, s.400

¹⁰⁰ NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., a.g.e., s.81

¹⁰¹ YEŞİLIRMAK A., a.g.m., s.168-169

kişilerin vatandaşlığı kuruluş yeri esasına göre belirlenir. Bu durum, Türk Yabancı Sermaye Çerçeve Kararınının 7 nci maddesine¹⁰² göre "6224 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinler alınmak suretiyle, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan ve Türk Ticaret Siciline tescil edilen şirket ve şubeler, Türk şirketi ve şubesidirler" hükmünün ICSID Antlaşması çerçevesinde ne gibi sonuçlar doğuracağı soru işaretini yaratmış olsa da, Antlaşma'nın md. 25/2-b hükmü sayesinde buna bir cevap bulunabilir. Buna göre, "ihtilâfa düştüğü Devletin vatandaşlığını taşısa bile yabancı kontrol yüzünden 'diğer Devlet vatandaşı' muamelesi görmesi hususunun kararlaştırılmış olması halinde tüzel kişi yabancı muamelesi görecektir."¹⁰³ Ancak ICSID'e göre bu esasın uygulanması tamamen tarafların anlaşmasına bağlanmıştır.¹⁰⁴ Türkiye, çeşitli Devletlerle¹⁰⁵ imzalamış olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarında, Türk yasalarına göre kurulmuş tüzel kişiyi, yabancı kontrol sebebiyle diğer bir taraf Devletin vatandaşı olarak kabul etmeye rıza göstermiştir.¹⁰⁶

-Söz konusu hukukî uyuşmazlık doğrudan yatırımdan kaynaklanan bir konuda olmalıdır¹⁰⁷: Merkez'in Türk imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yargı yetkisi İTYA'dan

102 RG. 23.07.1995, S:22352

103 NOMER E.- EKŞİ N.- GELGEL G., a.g.e., s.57-58

¹⁰⁴ id., s.66

¹⁰⁵ Bu Devletler şunlardır: ABD, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Hollanda, İsviçre, Kuveyt.

106 YEŞİLIRMAK A., a.g.m., s.171. Yeşilirmak, ayrıca, "milliyet konusunda mutabakat" ve "açık rıza" şartlarının yerine getirildiği iki taraflı yatırım antlaşması imzalanmış ülkelerin listesini de yukarıdaki beş ülke ile sınırlamış ve bu beş Devletten birisinin vatandaşı kabul edilen tüzel kişilerin imtiyaz sözleşmelerinden doğacak yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için Merkez'e tahkim talebiyle başvurabileceklerini belirtmiştir. (Bkz. YEŞİLIRMAK A., a.g.m., s.180-181)

107 NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., a.g.e., s.54

kaynaklandığından, "rıza" ve "milliyet" şartlarının tatmin edildiği Türkiye'nin ABD, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Hollanda, İsviçre, Kuveyt'le imzalamış olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarına göre Merkez'in yetkisi, sözkonusu antlaşmalarda değinilen herhangi bir hakkın ihlali halinde mevcuttur. Yukarıdaki İTYA'dan ABD, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı ve Kuveyt'le olanlarında imtiyaz sözleşmesine doğrudan yollama yapılmıştır. Her halükarda, uygulamada birçok İTYA'da yer alan "bu antlaşmada yer alan herhangi bir hakkın ihlali" teriminin, Türk imtiyaz sözleşmelerini kapsayacak kadar geniş olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁸

Bu açıklamalardan sonra, konuya sadece kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi açısından bakılacak olursa, 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 125 inci maddesine eklenen fıkradan bağımsız olarak, ICSID Antlaşması'nın Türkiye için yürürlüğe girdiği 2 Nisan 1989 tarihinden bu yana, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, bu Antlaşmanın kapsamıyla örtüştüğü ve yukarıda sayılan şartların karşılandığı kadarının, ICSID tahkimi yoluyla da çözülebileceği sonucuna varırız. Ancak sözkonusu antlaşmanın Türkiye'nin taraf olduğu durumlarda uygulama alanının geniş olduğunu söylemek güç görünmektedir.

Esasen, bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine götürülebilmesi için yukarıdaki üç şartın bir arada

bulunması gerekli ve yeterliyse, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle sınırlı da olmaksızın, bir yatırım uyuşmazlığının meydana geldiği herhangi bir idarî sözleşmede, bu uyuşmazlığın ICSID Konvansiyonu'nun konusuna girmesi halinde ICSID tahkimine başvurulması kural olarak mümkün görünmektedir. Türkiye ICSID Konvansiyonu'nu imzalarken, idarî sözleşmelerden doğacak yatırım uyuşmazlıklarının Konvansiyon'un uygulama alanının dışında kalması yönünde bir çekince¹⁰⁹ ileri sürmediğinden, bu imkân Türkiye açısından ICSID Konvansiyonu'nun uygulanabilirlik kazandığı tarihten (Nisan 1989) bu yana mevcuttur. Konuyla ilgili olarak L.DURAN da idarî sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının, Türk yargısının yetkisini bir kenara ittiğini belirterek özellikle ICSID Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmesinden sonrasında ilgili düşüncelerini şöyle ifade etmiştir: "... milletlerarası güvence altında bulunacak olan yabancı semayeli Y-İ-D sözleşmelerinin yargısal denetim ve yaptırımlarının Türk organ ve makamlarınca gerçekleştirilmesi imkansız hale gelebilir. Her ne kadar anılan onaylamayı uygun bulan kanun, Türk mahkemelerinin taşınmazlar üzerindeki

109 ICSID Antlaşmasını imzalarken Türkiye Antlaşma'nın 25/4 üncü maddesi uyarınca Merkez'e, yalnızca doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı sermaye mevzuatına uygun olarak gerekli izinleri almış ve fiilen çalışmaya başlamış olan yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Merkez'in yargı yetkisi dahilinde olacağını; ancak gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkı ve aynı haklar ile ilgili uyuşmazlıkların tamamen Türk mahkemelerinin yargı yetkisi dahilinde olacağını yani Merkez'in bu anlaşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahip olmayacağını bildirmiştir. Teknik olarak bir 'çekince' niteliğinde olmayan bu bildirim aksine, Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında imzalanmış iki taraflı yatırım antlaşmasında, mülki haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edileceği yönünde bir hüküm bulunmaktadır. ICSID Antlaşmasına Türkiye'nin koyduğu 'çekince' ise, Antlaşma'nın yorumu ve uygulanması ile görevli olan Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkilerine yöneliktir. (YEŞİLİRMAK A., a.g.m., s.166-167)

mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarına ilişkin münhasır yetkisini saklı tutmayı ve münferit ikili anlaşmazlıklarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin rezerv konulmasını öngörmekte ise de; bu kayıtlar, Y-İ-D uygulamalarının yabancı hakemler önüne götürülmesini önleyecek nitelikte değildir."¹¹⁰

Yukarıda da belirtildiği gibi, yabancı yatırımcı, iki taraflı yatırım antlaşmasında ICSID tahkimine rıza gösteren Türk Devleti'nin, iki taraflı yatırım antlaşması hükümleri arasında yer alan icabını kabul ettiği zaman, ICSID Merkezi'nin doğrudan doğruya yatırımlardan doğan uyuşmazlıklar konusunda münhasır yetkisi olacaktır. Bu demektir ki, ICSID Genel Sekreteri veya ICSID Antlaşmasına göre oluşturulmuş hakem heyeti¹¹¹ yatırım uyuşmazlığının çözülmesi için yapılmış başvuruyu reddetmedikçe ya da reddedinceye kadar hiçbir yerel mahkeme bu konuda yargı yetkisini kullanmamalıdır.¹¹² Ancak bu durumun, sadece yatırım uyuşmazlığının doğduğu - ve tahkime gidilmesinde anlaşmış- sözleşmenin tarafları için geçerli olup, konuyla ilgili üçüncü kişilerin mahkemelere başvurmaları halinde geçerli olamayacağı düşüncesindeyiz. 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 125 inci maddesine eklenen fıkradan önce, bir idarî sözleşmeden doğan yatırım uyuşmazlığı nedeniyle başvurulması halinde, ICSID Merkezi ya da hakem heyeti önünde, Türk hukukunda İdare Hukuku alanında doğan uyuşmazlıklarda tahkime başvurunun mümkün olmadığı, ya da daha doğru bir ifade ile, kamu hizmetleri ile ilgili

¹¹⁰ DURAN L, "Yap-İşlet...", s.170

¹¹¹ ICSID tahkim prosedürü sonraki bölümlerde incelenecektir.

¹¹² YEŞİLIRMAK A., a.g.m., s.164

imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünün münhasıran Danıştay'ın görevi olduğu gibi bir savın haklı olarak ileri sürülmesi olanaksızdı. Çünkü böyle bir iddia, yukarıda belirttiğimiz, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası anlatlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların Anayasa'ya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağına ilişkin Anayasa'nın 90 ıncı maddesinin 5 inci fıkrası hükmü karşısında, geçerli bir savunma olarak kullanılamaz. Ve böyle bir iddianın ileri sürülmesi, bir diğer yandan, iki taraflı yatırım antlaşmasında Türkiye tarafından gösterilen rızanın geçersiz olduğunun ileri sürülmesi anlamına gelebilir ki, bu, Türk Devleti'nin anlaşma yapma ehliyetine yönelmiş bir iddia olarak değerlendirilebilir.¹¹³

Ancak uygulamada, böyle bir imkândan yararlanılabilmesi için, yatırım uyuşmazlığının bağlantılı olduğu idarî sözleşmeye tahkim şartı konması ya da bu sözleşmeyle bağlantılı bir tahkim sözleşmesinin yapılması gerekmiştir. 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi yolu açılmadan ve Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerinde yaptığı "inceleme", "görüş bildirme"ye dönüştürülmeden önce, yani Danıştay görüşünün, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tarafları için hukuken bağlayıcı olduğu dönemde¹¹⁴, Yüksek Mahkeme'nin, bu tür

113 id., s.181

114 Ki sözkonusu dönemde Anayasa md.47'deki değişiklik de henüz yapılmamış olduğundan yap-işlet-devret modeli içinde yapılan tüm

sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarını sözleşmelerden çıkarttığı belirtilmektedir. Oysa sadece "yatırım uyuşmazlığı"nın çözümlenmesi konusunda ICSID tahkimine başvurulması, önceki bölümlerde incelemeye çalıştığımız, idarî uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkime başvurulmasında kaygı duymayı haklı kılacaktır, örneğin kamu yararının zedelenmesi ya da kamu düzeninin ihlali gibi alanlarla bağlantılı görünmemektedir. Tamamen teknik bir bakış açısıyla, sadece yatırım uyuşmazlığı konusu tahkim yoluyla çabuk bir şekilde çözümlenerek ilgili projelerin zamanında tamamlanması sağlanıp kamu yararına hizmet edilmesi de mümkün olabilir. Sonuç olarak, ICSID ile getirilen imkân, bilindiği kadarıyla uygulamada hayata geçirilememiştir. Bu konuda Birsell, "... bugüne kadar Türkiye Cumhuriyeti veya resmî Devlet kuruluşları aleyhine herhangi bir yatırım uyuşmazlığının çözümü için ICSID Merkezine başvuru yapılmadığı"nı belirtmektedir.¹¹⁵

2) İç hukukta idarî tahkimin uygulama alanları

Bu çalışmanın "Giriş" bölümünde, Türk hukukunda, uluslararası hukuktan kaynaklanan düzenlemeler hariç, sadece kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idarî uyuşmazlıklarla sınırlı olarak tahkime başvurulabileceğini belirtmiştik. Bu durumu mümkün kılan değişiklik Anayasa'nın 125 inci maddesinin ilk fıkrasında, 13.8.1999 tarihli ve 4446

sözleşmeler de imtiyaz sözleşmesi sayılmaktaydı ve bunların tamamı, yürürlüğe girmeden önce Danıştay denetiminden geçiyordu.

115 BİRSEL M.T., "Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri", Prof.Dr.Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s.532

sayılı Kanunla¹¹⁶ yapılmıştır. Sözkonusu fıkranın değişiklik sonrası hali şu şekildedir:

"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

Yukarıdaki metinden yapılacak çıkarımlar şu şekilde sıralanabilir:

-Sadece "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri" niteliğindeki idarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla da çözülebileceği öngörülmüştür;

-Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi "öngörülebilir". Dolayısıyla kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü konusunda taraflara, Devlet mahkemeleri veya tahkim yolu arasında bir seçim yapma imkânı tanınmıştır. Bu demektir ki, sözkonusu alandaki tahkim, "ihtiyarî tahkim"dir. Tahkim yoluna başvurulacağıının öngörülmemesi halinde, tabiidir ki, Devlet mahkemelerine, bu alanda ilk derece mahkemesi olarak görevli olan Danıştay'a¹¹⁷ başvurulacaktır;

116 RG. 14.08.1999, S:23786

117 Danıştay Kanunu md.24/(1)/(f) (Değişik 2/6/2000 tarih ve 4575 sayılı Kanun 2 md.- RG. 15.06.2000, S:24080)

-İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin "öngörülmesine ilişkin düzenleme", ya sözkonusu sözleşmeler akdedildiği sırada sözleşme metninde yer alacak bir tahkim şartıyla yapılmalı, ya da sonradan yapılacak bir tahkim anlaşmasıyla¹¹⁸ hayata geçirilmelidir;

-Milletlerarası tahkime gidilebilmesi için, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin "yabancılık unsuru" taşıması gerekmektedir.¹¹⁹ Bu unsuru taşımadığı takdirde milletlerarası tahkime gidilemez. Dolayısıyla, yabancılık unsuru taşımayan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için ancak milli tahkim'e başvurulması öngörülebilecektir. Ya da Anayasa'nın metninden hareketle, sözkonusu sözleşmelerde yabancılık unsuru bulunan hallerde de mutlaka milletlerarası tahkime gitme zorunluluğu olmadığı, millî tahkime başvurunun evleviyetle mümkün olduğu söylenebilir.

Bu çıkarımlar, Türkiye'de İdare Hukuku alanında tahkim yolunun -Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların değil, sadece iç hukukta yapılan düzenlemelerin bir sonucu olarak- uygulanabilirliğinin sınırlarını doğru bir şekilde belirleyebilmek açısından, sırasıyla şu soruları beraberinde getirmektedir:

118 Ancak belirtilmelidir ki, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkime gidilmesine, bir tahkim anlaşmasıyla karar verilen hallerde, ileride de inceleyeceğimiz kanunî düzenleme gereği, bu anlaşma, bağlı olduğu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin yürürlüğe girmesi usullerine tâbi olacaktır.

119 Türk hukukunda, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri alanında "yabancılık unsuru"nun anlamı ileride incelenecektir.

-“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler”inin kriterleri nelerdir? İdari sözleşmelerden hangileri bu kategoriye girer?

-“Tahkim yolu”ndan kastedilen nedir, neyi içerir, nasıl bir organizasyon ve uygulama öngörülmektedir?

-Sözleşme metninde yer alan tahkim şartı dışında, taraflar arasında sonradan akdedilmiş bir tahkim anlaşması hangi şartlarla geçerli olabilecektir?

-Milletlerarası tahkime başvurulabilmesi için sözleşmenin taşınması gerektiği belirtilen “yabancılık unsuru”nun kriterleri nelerdir?

-Anayasa değişikliği öncesi imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yürürlüğe girebilmesi için şart olan Danıştay denetimiyle, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulması konusunun nasıl bir bağlantısı olacaktır?

-Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü sözkonusu olduğunda, hakemlerin yetkilerinde bir farklılaşma olacak mıdır?

-Tahkim yoluna başvurulmuş kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında üçüncü kişilerin dava açma hakları devam eder mi?

Bu soruların cevaplarının önemli bir bölümünü 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelerle Dair Kanun¹²⁰ ve 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda bulmak mümkün olabilir. Ancak bu incelemenin yeni soru veya sorunları da beraberinde getirebileceği kuşkusuz

120 RG. 22.01.2000, S:23941

olup; bu noktada konuyla ilgili olarak verilecek yargı kararlarına düşen rolün önemi bir kez daha anlaşılacaktır.

Yukarıda sıralamaya çalıştığımız noktaları incelemeye geçmeden önce, belirtilmelidir ki, idarenin taraf olduğu sözleşmeler tâbi oldukları hukuki rejim bakımından ikiye ayrılır: idarenin özel hukuk alanındaki sözleşmeleri ve idarî sözleşmeler.¹²¹ İdarenin özel hukuk alanındaki sözleşmeleri, özel hukuk hükümlerine tâbidirler ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar kural olarak adli yargı önünde çözülür.¹²² İdari sözleşmeler ise kamu hukuku ve özellikle de İdare Hukuku ilkelerine tâbi olacaklardır ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözüldüğü yer de kural olarak, idarî yargı merciileridir.

Bu çalışmada sadece, kamu hukuku rejimine tâbi olan idarî sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda tahkime başvurulup vurulamayacağı incelenmektedir. Bu nedenle, iç

121 Gerçi Duguit, "idarî sözleşme"- "özel hukuk sözleşme"si ayrımının yapılabileceğine bile ilk aşamada karşı çıkarak, bütün sözleşmelerin temelde aynı elemanlara sahip olduklarını, dolayısıyla hep aynı karakterleri taşıyıp, aynı sonuçlarını doğurduklarını belirtmiştir. (DUGUIT L., Traité de Droit Constitutionnel, Cilt 3, 3.Baskı, Paris 1930, s.44)

122 İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için adli yargıya başvurulacağı, kural olarak doğrudur. Ancak belirtmek gerekir ki, idare özel hukuk sözleşmeleri yaparken de kamu gücüne dayandığından (önceden kendisi tarafından hazırlanmış şartnâmelere dayanarak bu sözleşmeleri akdetmesi gibi), sözleşmeye hazırlık aşamasında doğan nerdeyse bütün uyuşmazlıkların çözüm yeri idarî yargı olacaktır. (Bu yönde: ODYAKMAZ Z., "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU'na Armağan, Haziran-Aralık 1998, Cilt 3, Sayı 1-2, Ankara 1999, s.145) Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan sözleşmeler "kategorik olarak" özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadırlar. Ancak bu tür sözleşmelerin özellikle yapılması sürecinde başta 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu olmak üzere yasalar ve diğer düzenleyici işlemlerle belirtilen idarî usuller izlenecek, dolayısıyla bu aşamadaki usulsüzlükler İdare Hukuku esaslarına göre, idarî yargıda çözülecektir. (GÖZÜBÜYÜK A.Ş.-TAN T., İdare Hukuku-Genel Esaslar, Cilt 1, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.456)

hukukumuz açısından ilk aşamada idarenin özel hukuk alanındaki sözleşmeleri, daha sonra da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri dışında kalan idarî sözleşmeler kapsam dışı tutulacaktır. Bu durumda, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idarî sözleşmeleri birbirinden ayıran ve önce idarî sözleşmeleri, sonra da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini belirleyen kriterlerin neler olduğuna kısaca değinmek gerekir.

a) İdarî sözleşmelerin tanımı

İdare, faaliyetlerinin büyük bir kısmını tek yanlı işlemler yaparak yürütse de, kamusal yetkilerini ve genel ehliyetini kullanarak, konular, hüküm ve şartları özel hukuk alanındaki sözleşmelerden farklı sözleşmeler yapabilmektedir ve bu "sözleşmelerde İdare, kamusal yetkisinin vermiş olduğu üstünlük ve ayrıcalıktan yararlanmaktadır ki, bu şekilde oluşan sözleşmeler de İdare Hukuku esasları uyarınca gerçekleştirilmekte ve İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak 'idarî sözleşmeler' adını almaktadır."¹²³

İdarî sözleşmelerde idarenin, sözleşme hükümlerini tek yanlı değiştirme, feshetme gibi üstün yetkileri haiz olması ve genel olarak tarafların eşitsizliği, doktrinde "idarî sözleşmeler"in "sözleşme" olup olmadığı konusunun tartışılmasına yol açmıştır. Anayasa md.48 yer alan sözleşme özgürlüğünün hangi sebeplerle sınırlanabileceğine 13 üncü maddede değinilmektedir: Kamu

¹²³ ERKUT C., İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Danıştay Yayını, Ankara 1991, s.35

düzeni, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık.¹²⁴ Anayasa'da yer alan bu düzenlemelere de dayanılarak, "İdare, yapmış olduğu idarî sözleşmelerde üstün yetkilerle donatıldığından, çoğunlukla sözleşmelerin hüküm ve şartlarını tek yanlı iradesiyle ve prototip işlemler şeklinde hazırlayıp, üçüncü kişilerin olurluna sunar ki, bu tip sözleşmeler, katımlı sözleşmeler (contrat d'adhésion) adını alır. İdarî sözleşmelerde ve özellikle imtiyaz ve bayındırlık sözleşmelerinde, bu prototip işlemleri oluşturan 'şartnameler' aynı zamanda tip işlemlerin en belirgin örneğini de oluşturmaktadırlar. (...) Ancak imzalandıktan sonra sözleşme ile bir bütünlük meydana getirirler."¹²⁵ "Bütün bu tartışma ve görüşlere karşın halen doktrinde ve yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmelerinden ayrı idarî sözleşmelerin varlığı, idarî rejimin yürürlükte bulunduğu ülkelerde kabul edilmiştir."¹²⁶

Yukarıdaki açıklamalardan, ilk bakışta, idarî sözleşmelerin bir tarafının "İdare" olduğu sonucu çıkmaktadır. Fakat idarî sözleşmeleri belirleyen diğer kriterlerin tesbiti gereklidir. Bu kriterler, Türkiye gibi adli-idarî yargı sistemi ayrımını kabul eden ülkelerde, sözkonusu sözleşmelerin (ve bunlardan doğacak uyuşmazlıkların) tâbi olacakları hukuki rejimi farklılaştırdığından, tartışma konusu olmuştur.

Yargı kararları ve doktrininde "idarî" oldukları konusunda hemfikir olunan sözleşmeler, bir kanunda idarî

¹²⁴ TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7.bası, İstanbul 1993, s.364

¹²⁵ ERKUT C., a.g.e., s.38

¹²⁶ ODYAKMAZ Z., s.147

sözleşme olarak belirlenen sözleşmelerdir. Ancak bir sözleşmeyi içeriğinden hareketle "idarî" olarak nitelemek sözkonusu olduğunda, aynı kesinlikte bir yaklaşım sergilenememiştir. Aşağıda, içeriğinden kaynaklanan şekilde "idarî" olan sözleşmelerin belirleyici kriterlerini inceleyeceğiz. Bu amaçla, "idarî sözleşme" kavramının, önce bu kavramı iktibas ettiğimiz Fransız İdare Hukukundaki, ardından Türk hukukundaki gelişimini özetleyeceğiz.

aa) Fransız hukukunda idarî sözleşmelerin kriterleri

Fransa'da idarî sözleşmeler, içtihatların gelişimi dikkate alınacak olursa, tarafları itibariyle gruplanabilirler. Sözleşme taraflarının iki kamu tüzel kişisi, bir kamu tüzel kişisi ve bir özel hukuk kişisi ya da iki özel hukuk kişisi olduğu durumlara ilişkin mahkeme kararları bulunmaktadır. Bundan, organik nitelikli düşüncelerin belirleyici olduğu sonucunun çıkartılmaması gerektiğini vurgulayan yazar, öncelikle yargı kararlarıyla da şekillenmiş ve genel anlamda belirtilmesi gereken üç noktaya dikkat çekmiştir. Şöyle ki; idarî olan bir sözleşmenin bu özelliği, sözleşmenin ekinde bulunan ve tek başlarına değerlendirildiklerinde özel hukuk alanına girdikleri söylenebilecek şartlaşma ve sözleşmelere de sirayet eder. İkinci olarak, bir özel hukuk sözleşmesinin idarî otoritelerce tasdiki, onun karakterini değiştirmez ve son olarak da, hiçbir zaman, bir sözleşmenin türü, taraflarınca ne şekilde

nitelendiğine bağlı değildir.¹²⁷ Bu genel ilkeler Türk hukukunda da kabul görmüştür.

Yukarıdaki sınıflamaya geri dönecek olursak, *iki tarafı da kamu tüzel kişisi olan idarî sözleşmeler* konusunda Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21 Mart 1983 tarihli "*Union des Assurances de Paris*" kararında, bu idarî sözleşme kategorisinin, özel bir kural uygulanacak ayrı bir sözleşme kategorisi olduğu kabul edilmiştir. Buna göre iki kamu tüzel kişisi arasında akdedilen sözleşmeler kural olarak idarî karakterdedir ancak konusu açısından, bu sözleşmeler, tarafları arasında özel hukuk ilişkileri yaratabilirler. Bu saptamaları açıklayan R.Chapus, sözkonusu sözleşmelerin kural olarak idarî sözleşme niteliğinde olmasını, iki kamu tüzel kişisi arasında sözleşme yapıldığında bunun, genelde iki kamu işletmesi arasında gerçekleştiğini ve bu durumda kamusal işletme usulleriyle işletilen bu kamu tüzel kişileri arasındaki sözleşmenin "idarî" varsayılmasının doğal kabul edilebileceğini belirtiyor. Sözleşmelerin tarafları arasında esasen özel hukuk ilişkileri doğuruyor olabilecekleri görüşü ise, endüstriyel ve ticarî nitelikte kamu hizmeti veren kamu tüzel kişilerinin bu hizmetlerin kullanıcılarıyla aralarında akdettikleri sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu, dolayısıyla bir kamu tüzel kişisinin, bu nitelikte bir hizmetten yararlanmak amacıyla bir başka kamu tüzel kişisiyle akdettiği sözleşmenin de özel hukuk sözleşmesi olacağını içtihat edildiğini belirtiyor. Sonuç olarak da yazar, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin "*Union des Assurances de Paris*" içtihatında belirtilen ilkelerle

127 CHAPUS R., *Droit Administratif Général*, Cilt 1, Montchrestien, 13. baskı, 1999, §719

tezat oluşturacak yargı kararlarının da verildiğini belirtmiştir.¹²⁸

*Bir kamu tüzel kişisi ve bir özel kişi arasında akdedilen sözleşmeler ise ya hükümlerinden, ya konusundan, ya da rejiminden kaynaklanan şekilde idarî sözleşme olabilirler.*¹²⁹ İdarenin taraf olduğu sözleşmelerin akdedilmesi sürecinde izlenen usul ve şekil kuralları ise mutlaka bu sözleşmelerin "idarî sözleşme" oldukları sonucuna götürmez. Hatta LAUBADERE, Conseil d'Etat ve Uyuşmazlık Mahkemesinin bazı kararlarını da dayanak göstererek, sadece sözlü olarak akdedilmiş bir sözleşmenin de idarî sözleşme olabileceğine işaret etmektedir.¹³⁰

Konuyu ilk olarak sözleşmelerin *hükümleri* açısından ele alacak olursak, bir kamu tüzel kişinin taraf olduğu ve "aşkın hüküm"ler içeren sözleşmelerin idarî sözleşme olduğunda yargı kararları ve doktrin 1930'lardan beri hemfikirdir. Conseil d'Etat'nın 1912'de verdiği "*Granits des Voges*" kararı, idarî sözleşmeleri ayırt etmede aşkın hüküm kriterinin kullanıldığı içtihadın sembolüdür.¹³¹

128 id., §720

129 id., §721

130 LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, Cilt 1, 15.Bası, L.G.D.J., 1999, s.798

131 R.Chapus, kural olarak, hükümleri itibariyle tüm sözleşmelerin, bunların akdedilmesi sonucunda verilecek hizmetin niteliğine bakılmaksızın, idarî sözleşme olabileceklerini belirtmiştir. Ancak bu kuralın iki istisnası olduğunu da eklemiştir. Bunlardan biri, endüstriyel ve ticarî nitelikli kamu hizmetlerinden yararlanılması için yapılan sözleşmelerdir. Bu alandan çıkacak uyuşmazlıklar adli yargının görev alanındadır ve bu konudaki sözleşmeler aşkın hükümler taşıyabilir bile idarî sözleşme niteliğinde değildirler. Diğer istisnai durum da, idarenin özel mallarının işletilmesi konusunda akdedilen sözleşmeler, konuları itibariyle özel hukuk sözleşmesi niteliğindedirler ancak Fransa'da içtihat 1954'te tersine dönmüş ve

"*clause exorbitante*" (aşkın hüküm), mahkeme kararlarında, sözleşmenin taraflarına "medeni hukuk ve ticaret hükümleri çerçevesinde sözleşme taraflarına özgürce verilebileceklere kıyasen yabancı nitelikte haklar veren ve yükümlülükler getiren" ve "özel hukuka tâbi bir sözleşmede bulunması hukuka aykırılık teşkil edecek şart" olarak tanımlanabilir.¹³² Ancak yargı kararlarının, bir özel hukuk sözleşmesinde yer alması kamu düzenine aykırılık oluşturmayacak nitelikteki "aşkın" hükümlerin varlığını da kabul ettiği vâkidir.¹³³ Yukarıda da belirtildiği gibi, bir sözleşmenin taraflarınca "idari sözleşme" olarak nitelenmesi, o sözleşmeyi "idari" kılmaz. Ancak VEDEL'in de belirttiği gibi, sözleşmeyi "idari" olarak nitelemeye yönelik taraf iradeleri, o sözleşmeye aşkın hükümler koymak ya da koymamak suretiyle etkili olacaktır.¹³⁴

Sözleşmenin konusu açısından yaklaşılacak olursa, LAUBADERE, Fransa'da, yirminci yüzyıl başında idari sözleşmelerin ayırdedici kriteri olarak belirlenen "aşkın hüküm"e zaman içinde, ikinci bir kriter olarak, "bir kamu hizmetinin görülmesi ile bağlantılılık" kavramının eklendiğini ve yargı kararlarının zaman içindeki gelişimi sonucunda da ikinci kriterin, ilkinin ikinci plana ittiğini belirtmektedir.¹³⁵ Ancak R.Chapus, idare

aşkın hükümler taşısalar da bu sözleşmelerin idari sözleşme olduğu içtihat edilmiştir. (CHAPUS R., Droit Administratif..., §722 vd.)

132 R.Chapus, bu tanımın, aşkın hükümlerin sadece nitelikleri itibarıyla özel hukuk ilişkilerinden dışlanan bir gruba dair olduğunu, burada tanımlananlar dışında, sadece kamu tüzel kişisine, âkidine oranla daha üstün bir pozisyon sağlayarak sözleşmenin tarafları arasında eşitsizlik yarattıkları için "aşkın" nitelikli bir grup hüküm daha bulunduğunu belirtmektedir. (CHAPUS R., Droit Administratif..., §724)

133 LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, a.g.e., s.802

134 CHAPUS R., Droit Administratif ..., §723

135 LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, a.g.e., s.799

yargıcının, bir sözleşmenin konusu açısından idarî olmadığını saptadığı hallerde, mutlaka aşkın hükümler içerip içermediğine de baktığını, dolayısıyla aşkın hüküm kriterinin de geçerliliğini koruduğunu, hatta bazı durumlarda yargıcın doğrudan aşkın hüküm kriterinden hareket etmeyi tercih dahi edebildiğini belirtmektedir.¹³⁶

Konusu itibariyle "idarî" olan sözleşmeler, taraf iradelerinin ne yönde olduğuna bakılmaksızın, ya yasal düzenlemelerden ya da içtihatlardan kaynaklanan şekilde "idarî" olarak nitelenmiş ve Fransa'da başlıca üç gruba ayrılmışlardır: Bayındırlık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesine yönelik sözleşmeler¹³⁷, Kamu arazilerinin işgaline ilişkin sözleşmeler¹³⁸ ve Bir kamu hizmetinin organizasyonuna veya sunumuna ilişkin sözleşmeler.¹³⁹ Aşağıda inceleyeceğimiz ve Türk hukukunda esasen tahkime gidilebilecek idarî sözleşme türü olan

136 CHAPUS R., Droit Administratif..., §737

137 Bu sözleşmelere "idarî sözleşme" niteliği Fransa'da bir kanunla (la loi du 28 pluviôse an VIII) ile tanınmıştır ancak buradan, sözkonusu sözleşmelerin "bir kanunla idarî olarak nitelenen" sözleşmelerden olduğu sonucuna varmak doğru olmaz. Çünkü bu sözleşmeler Kanun'la bu şekilde nitelenmiş olmasalardı, kamu çalışmalarının gerçekleştirilmesi tipik bir kamusal işletme faaliyeti olduğundan, yargıç tarafından, "konusundan hareketle" idarî sayılacaklardı. Bu sözleşme grubunda Fransa'da sıkça kullanılan "marché"ler, "marché"lerle bağlantılı sözleşmeler ve imtiyaz sözleşmeleri de yer almaktadır. (CHAPUS R., Droit Administratif..., §730)

138 Bu sözleşmeler de 17 Haziran 1938 tarihli bir kanun hükmünde kararnamenin açık hükmü ile « idarî » olarak nitelenmişlerdir. Ancak kamu arazilerinin işletilmesi de tipik bir kamusal işletme olduğundan, bu sözleşmeler de esasen "konularından hareketle idarî nitelikli" sözleşmelerdir. (CHAPUS R., Droit Administratif..., §731)

139 Bu sözleşmelerdeki hukuki nitelermeler ise, yukarıdakilerin aksine, içtihatlarla gelişmiştir. Konuyla ilgili olarak Conseil d'Etat'nın 1956'da verdiği bir kamu hizmetinin sunumuna ilişkin Bertin kararı önemlidir. Bir kamu hizmetinin organizasyonu veya "ihtiyaçları" için yapılacak sözleşmelerin "idarî" sayılabilmesi için ise Conseil d'Etat yine 1956'da verdiği bir başka kararda (Transports Gondrand) bu sözleşmelerin aşkın hükümler içermeleri gerektiğine hükmetmiştir. Bu başlık altında üç büyük sözleşme kategorisi yer alır: Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, İdarî kamu hizmetlerinde çalışan personelin angajmanına ilişkin sözleşmeler ve idarî kamu hizmetlerinin kullanıcılarıyla akdedilen sözleşmeler. (CHAPUS R., Droit Administratif..., §733-736)

kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de bu sonuncu kategoride yer almaktadır.

Rejimi sonucunda idarî olan sözleşmelerin ise farklı bir konumu vardır. Normalde sözleşmenin tâbi olacağı rejim, niteliğinin sonucudur. Fakat bazı durumlarda, sözleşmenin kamu hukukuna tâbi olacağı önceden bilinir ve bundan hareketle sözleşme nitelenir.¹⁴⁰

İki özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmeler kural olarak özel hukuk alanında olacaktır. Ancak bazı şartlar altında bunlar "idarî sözleşme" de olabilirler. Bir kamu hizmetini yürütmekle yükümlü bir özel hukuk kişisinin, diğer bir özel hukuk kişisiyle yaptığı sözleşme de, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 26 Haziran 1989 tarihli bir kararından¹⁴¹ hareketle, konusu bir idarî kamu hizmetinin sunulması da olsa, özel hukuk sözleşmesidir. Ancak iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen sözleşmelerin de "idarî sözleşme" niteliğinde olabileceğine "Peyrot Kararı"nda hükmedilmiştir. Buna göre bir kamu hizmetinin yürütülmesiyle yükümlü şirketle, bu şirketin projeyi gerçekleştirmek üzere belli malları satın alacağı bir diğer şirket arasında akdedilen sözleşmede, kamu hizmetini yürüten şirketin ilgili kamu tüzel kişisi "hesabına"¹⁴² hareket etmesi halinde bu bir

140 CHAPUS R., Droit Administratif..., §738

141 Tribunal des Conflits'nin 26 Haziran 1989, SA Cie gén. D'entreprise de Chauffage Kararı

142 R.Chapus, özel hukuk tüzel kişisi olan şirketin, ilgili kamu tüzel kişisi « hesabına » bu sözleşmeyi yapmasından anlaşılması gerekenin, arada açık veya örtülü herhangi bir vekalet ilişkisi olmadığı halde, şirketin, işin arka planındaki kamu tüzel kişisi yerine geçmeyi kabul ederek, bir aracı olarak hareket ederek akdetmesini anlamak gerektiğini açıklamıştır. Şirketle, kamu tüzel kişisi arasında herhangi bir vekalet ilişkisi olması halinde şirket, akdettiği sözleşmede kamu tüzel kişisini temsil edeceğinden,

idarî sözleşmedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, bu kararında Conseil d'Etat, tahkim yasağının özel hukuk kişileri arasındaki bu sözleşmeye uygulanmayacağını ama sözleşmenin, "idarî" niteliği ağır basan konusu itibarıyla, tahkim şartına yer verilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁴³ AREA kararında Conseil d'Etat, iki özel hukuk kişisi arasında akdedilmiş bir sözleşmeyi, "idarî sözleşme" olarak nitelemiş ve bu sözleşmede yer alan tahkim şartının da, Fransız hukukundaki düzenlemelere aykırı olduğu için, iptaline karar vermiştir.¹⁴⁴

Aynı şekilde, saptanan öncelikli bir diğer kriter de, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetine ilişkin olmasıdır. Ancak bu noktada da zaman içinde "kamu hizmeti"nin kapsamı "idarî kamu hizmetleri"yle sınırlı tutulmamış ve "ticarî ve ekonomik kamu hizmetleri" de bu kapsama alınmıştır. Bunun sonucu olarak da¹⁴⁵, Fransa'da ticarî ve ekonomik kamu hizmetlerini sunan ve işleyişleri itibarıyla esas olarak özel hukuk kurumlarından faydalanan ve kural olarak adli yargı rejimine tâbi olan kurumların gerçek kişilerle akdedecekleri sözleşmelerin idarî sözleşme niteliğinde olabileceği kabul edilmiştir. Ancak ticarî ve ekonomik kamu hizmeti sunan kurumların kendi çalışanlarıyla yapacakları sözleşmeler bu kapsam dışında bırakılmıştır.

sözleşme zaten idarî nitelikte olacaktır. (CHAPUS R., Droit Administratif..., §740)

143, JOUGUELET J.-P., a.g.e., n°141

144 CE, sect., 3 Mart 1989, AREA Kararı için bkz. Juridisque Conseil d'Etat, Version 2001-1, Collection Juridiques Lamy

145 LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, a.g.e., s.797 vd.

bb) Türk hukukunda idarî sözleşmelerin kriterleri

Türkiye'de idarî sözleşmelerin kriterleri, Fransız hukukundakilere bezemekte olup, şöyle özetlenebilir:

-Sözleşmenin *taraflarından biri mutlaka bir kamu kurum veya kuruluşu, yani idare olmalıdır*¹⁴⁶: Bu ifadeden, idarî sözleşmelerin genel olarak bir özel hukuk kişisi ve bir kamu tüzel kişisi arasında akdedileceği sonucu çıkmakta yani iki kamu tüzel kişisi arasında da idarî sözleşme akdedilebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. "Ancak Danıştay'ın iki kamu kuruluşu arasındaki sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi saydığı kararları da vardır."¹⁴⁷ ODYAKMAZ, imtiyaz sahibinin, üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için bile olsa, başka bir özel kişiyle "imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşme"nin idarî sözleşme olmayacağını belirtmektedir.¹⁴⁸ Oysa yukarıda, Fransız hukukunda böyle bir sözleşmenin bazı koşullarla idarî nitelikte olabileceği sonucuna varıldığını görmüştük.

-Sözleşme konusu *bir kamu hizmetinin yürütülmesi ve sözleşmenin amacı ise kamu yararı olmalıdır*¹⁴⁹: "Kamu hizmeti" kavramının zaman içinde geçirdiği değişim nedeniyle bu kriterin içeriğinin tesbiti zorlaşmıştır. P.BİLGİN, ekonomik ve sosyal hayatın gerektirdiği

146 ODYAKMAZ Z., a.g.m., s.148

¹⁴⁷ Danıştay'ın, belediye sınırları içinde mezbaha hizmetlerinin yürütülmesi için belediye başkanlığı ile Et ve Balık Kurumu arasında yapılan sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi olarak nitelediği karar. D.8.D., E:1984/495, K.1985/46, Çeşitli Belediye İşleri ile İlgili Danıştay Kararları, 1978-1995, İçişleri Bakanlığı Yayını, s.133 vd.;nakleden, GÖZÜBÜYÜK A.Ş. - TAN T., İdare Hukuku-Genel..., s.468

148 ODYAKMAZ Z., a.g.m., s.148

149 ibid.

zorunluluklar sebebiyle ortaya çıkan ticari ve sınai kamu hizmetlerinin de gözönünde bulundurularak, kamu hizmeti kavramının geniş tanımının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁰

"... İdare ile sözleşme yapan özel kişi ya bir kamu hizmetinin yürütülmesi işini üstlenmekte (örneğin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi) veya kamu hizmetinin yürütülmesine katılmaktadır (örneğin sözleşmeli kamu personeli). Bazı durumlarda da, örneğin yeraltı ve yerüstü doğal zenginliklerin işletilmesine ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi, özel kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesini üstlenmemekle beraber, 'idarenin korumakla ve değerlendirilmesini desteklemekle ödevli olduğu bir milli servet'in söz konusu olması nedeniyle sözleşme idarî sayılmaktadır.'"¹⁵¹ P.Bilgen'e göre de, "... bir sözleşmenin idarî olabilmesi için konusu ile kamu hizmeti arasındaki ilişki zorunlu olarak şart olmakla beraber bu ilişki hizmetin yürütülmesi veya icrasının tevdi derecesinde ise sözleşmenin zorunlu olarak idarî olmasının bir karinesidir, bunun dışında ise idarenin sözleşme usulünü kullanmasına rağmen kamu hukuku rejimini seçmesini haklı kılan sebep olarak rol oynamaktadır: kriter değildir."¹⁵²

-Sözleşme İdareye, diğer âkide tanımadığı ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanımış olmalıdır¹⁵³: Fransız hukukundaki "aşkın hüküm" kriterinin Türk hukukuna yansımaları olan bu kriter, idarî sözleşmelerde

¹⁵⁰ BİLGEN P., Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayını no.310, İstanbul 1970, s.125

¹⁵¹ TAN T., "İdari Sözleşme Kuramına...", s.294

¹⁵² BİLGEN P., a.g.e., s.126

¹⁵³ ODYAKMAZ Z., a.g.m., s.148

bir tarafın kamu yararını, diğer tarafın ise kendi kişisel yararını temsil ediyor olmasının sonucudur. Bu yetkiler "sözleşmenin bir yanını oluşturan idarenin, karşı taraf hakkında kamu gücüne dayanan tek yanlı işlemler yapabilmesi; Sözleşme konusu olan hizmeti, ne olursa olsun sürdürebilmesi; yeni ihtiyaçlara uygun hareket edebilmesi yani gerekiyorsa hizmetin geliştirilmesi, yeni tesisler yapılması; sözleşmenin bitiminden önce, hizmetin idarece satın alınması; sözleşmede öngörülmüş olmasa bile, diğer taraf hakkında res'en zorlayıcı tedbirler uygulanabilmesi gibi" tanımlanabilir.¹⁵⁴

P.Bilgen, Türk hukukunda, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına göre, idarî sözleşmeyi esas bakımından özel hukuk sözleşmelerinden ayıran kriterin bu olduğunu; bu şartların bir yandan tarafların idarî sözleşme yapma iradelerinin belirtisi, diğer yandan da ortada, İdare Hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gereken bir kamu hukuku meselesinin bulunduğu göstergesi olduğu için sözleşmeyi idarî kıldığını belirtmiştir.¹⁵⁵

1982 Anayasa'sı, 1961 Anayasası'nın "sözleşme hürriyetinin ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği" yönündeki hükmüne yer vermediğinden, son durumda idareye idarî sözleşmelerde "tanınan üstünlük ve ayrıcalıkların¹⁵⁶ dayanağını kanunlar ve kamu yararının

¹⁵⁴ YAYLA Y, İdare Hukuku I, 2.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.128

¹⁵⁵ BİLGİN P., a.g.e., s.132

¹⁵⁶ İdareye tanınan sözkonusu üstünlük ve ayrıcalıklara örnek olarak, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında idarenin önceden ve tek taraflı olarak hazırladığı genel şartnâmeler, bu şartnâmelerin karşı tarafça değiştirilmeden ve tamamen kabul edilmesi zorunluluğu ya da

niteliği ve bu niteliği dikkate alan içtihatlar oluşturacaktır"¹⁵⁷. İdari sözleşmelerde idareye bu tür üstünlük ve ayrıcalıklar tanınması, kamu yararının gereği olup, Türk hukukunun da bir parçasıdır.

Bir sözleşmenin idarî sözleşme olabilmesi için yukarıdaki koşullardan ilkinin varlığı şart olup, diğer ikisinden herhangi birinin varlığı yeterli olacaktır.¹⁵⁸ Ancak kamu hizmetinin geçirdiği değişim sonucu İdare Hukuku ile idarî yargının görev alanının belirlenmesinde temel ölçüt niteliğini kaybettiği ve idarî yargının görev alanının belirlenmesinde kamu gücü ölçütünden yararlanılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁵⁹ Nitekim yukarıda bahsedilen Fransa uygulamasında ilk kriterin varlığı idare yargıcı tarafından kural olarak her zaman aranıyor olmasına rağmen, genelde "aşkın hüküm" kriterinin belirleyici olduğu, ancak, daha sonraları "konusu itibariyle idarî" olan sözleşmelerden de bahsedilmeye başlanıp, her iki kriterin de bir arada bulunmasının tercih edildiği sonucuna varılmıştı.

sözleşmenin uygulanması sırasında idarenin yapılan işi devamlı denetlemesi, tek taraflı olarak sözleşmenin özellikle düzenleyici kısmı üzerinde değişiklik yapabilmesi, sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla feshedebilmesi vb. verilebilir.

157 ODYAKMAZ Z., a.g.m., s.150- Ancak Odyakmaz'ın bu görüşü karşısında, sözleşme hürriyetinin Anayasa md.48'de, temel hak ve özgürlükler arasında yer aldığı, bu özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede de sınırlandırma kriterleri arasında "kamu yararı"nın yer alıp, sınırlamanın ancak "kanun"la yapılabileceğinin düzenlendiği ileri sürülebilir.

158 İlk kriterin varlığına ek olarak, diğer iki kriterden herhangi birinin varolması durumunda yargı kararları tarafından "idarî" kabul edilen sözleşmelerin "niteliği gereği idarî sözleşme" olduğu ve bunların, "kanun gereği idarî sözleşmelerle birlikte, "ölçüt dışı idarî sözleşmeler" kategorisi olarak da adlandırıldığı belirtilmiştir. (ODYAKMAZ Z., a.g.m., s.151)

¹⁵⁹ TAN T., "İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri", II. Ulusal İdare Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s.203-204

Türk hukukunda idarî sözleşmelerle ilgili genel açıklamalarda sonra, Anayasa değişikliğiyle Türk İdare Hukukunda tahkime başvurunun serbest bırakıldığı alan ve bir idarî sözleşme türü olan "kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri"nin tanımlanması gerekecektir.

b) Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tanımı ve idarî sözleşmeler içindeki yeri

"Klasik tanıma göre kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye belli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle vermesidir. İç içe geçmiş iki bölümden meydana gelen bir imtiyaz işlemi, imtiyazı veren ile alan arasındaki anlaşmayı belirleyen **dar anlamda** sözleşme ve imtiyazın konusunu, süresini, tarafların hakları ve borçlarını ile hizmetten yararlananlarla ilişkilerini belirleyen şartlaşma hükümlerinden oluşmaktadır. Bu biçimiyle bir imtiyaz işleminin, bir yandan akdi nitelikte hükümler, diğer yandan da imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici nitelikte hükümler içeren karma işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir."¹⁶⁰

Şartnamelerde "öncelikle İdare tarafından hazırlanan ve verilecek imtiyaz konusunda çeşitli ve tamamlayıcı bilgilerin verildiği bir bölüm ile ayrıca tamamen sözleşmenin taraflarınca ve karşılıklı irade açıklamalarıyla oluşturulan ve özellikle de malî konulara (sübvansiyon, bedel, malî garanti vs.) ilişkin sözleşme

160 DİİK kararı, 09.10.2000 E.2000/107, K.2000/76

niteliğindeki bir başka kısmı daha bulunmaktadır."¹⁶¹
 "...Şartnamelerin sözleşme özelliği ancak sözleşmeye taraf olacak kişi ya da kişilerin 'katılma' iradelerinin açıklanması ve şartnamenin malî hükümlerinin de belirlenerek imzalanması aşamalarında ortaya çıkabilir ki, bu durumda şartname sözleşmenin bütünleyici bir parçasını oluşturur."¹⁶² Ve "sonuç olarak, şartnameler, taşıdıkları genel düzenleyici hükümler bakımından hem tek yanlı işlemlerdir, hem de sözleşme imzalanmadan önce, bunun hazırlığı aşamasında oluşturulduklarından, bundan bağımsız olarak hukuki değer taşımaktadırlar; tüm bu özellikleri ile de 'ayrılabilir işlemler' kapsamında ele alınması gerekli işlemlerdir."¹⁶³

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine idarî işlem teorisi açısından bakan yukarıdaki açıklamalardan sonra, içerik açısından eklenmesi gerek hususlar da vardır. Belirtildiği gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu, bir kamu hizmetinin görülmesi yani çoğu kez, bir kamu hizmetinin gerektirdiği tesislerin kurulup işletilmesidir.¹⁶⁴ Bu tip sözleşmelerde, sözleşmenin konusu olan kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için sağlanacak tüm sermaye, gider ve kazanç, idarenin koyacağı şartlar ve sağlayacağı imkânlar çerçevesinde, sözleşmenin karşı tarafına aittir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri genelde uzun bir süre için yapılır. Yukarıda, sözleşmenin diğer tarafı olacak bir gerçek ya da tüzel kişi olacağı söylenmişse de, bir kamu tüzel kişisi olup olamayacağı ayrıca belirtilmemiştir ve

¹⁶¹ ERKUT C., a.g.e, s.43

¹⁶² id., s.42

¹⁶³ id., s.44

¹⁶⁴ YAYLA Y., a.g.e., s.128

bu durum hukukumuzda tartışmalıdır.¹⁶⁵ Anayasa ve Danıştay Kanunu'ndaki açık hükümler nedeniyle, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri yürürlüğe girmeden önce Danıştay'ın görüş bildirmesi gerekmektedir.

Ancak Anayasa'nın 47 inci maddesinde yapılan değişiklikten sonra Devlet'in, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeden çıkartılan sonuç, Anayasa değişikliği öncesi ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi akdedilmesi yoluyla yapılabilecek bazı işlerin, artık kanunla belirlenmesi koşuluyla, özel hukuk sözleşmeleriyle de gördürülebileceğidir. Dolayısıyla, bu yönde çıkarılacak kanunlar sonucunda imtiyaz sözleşmeleri uygulaması da azalabilecektir. Özel sektör ve yabancı yatırımcılar tarafından olumlu bulunan bu değişikliğin, daha önceleri sadece idarî sözleşmelerle yapılabilecek bazı işlerin özel hukuk sözleşmeleriyle görülmesini mümkün kılması, kamu hukuku bakış açısından düşündürücüdür. Çünkü yukarıda idarî sözleşmelerden bahsedilirken belirtilen ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde de bulunan "aşkın hükümler" yoluyla bazı üstün yetkiler tanınır ve bu kurumun varlığının nedeni, sözleşmenin konusunun (görülmekte olan işin) karşılanmadığı takdirde toplumsal hayatın bozulması ya da aksamasına yol açacak nitelikte olması, yani kamu yararının, imtiyaz sahibinin özel yararı karşısında baskın olmasıdır. Bu durumda, bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yapmak yerine, özel hukuk

165 id., s.130

sözleşmesi akdederek idareyi sözkonusu üstün yetkilerin en azından bir kısmından mahrum etmenin, yani kamu yararının özel yarar kaşısındaki korumasını azaltmanın hukuka uygun olması, ancak sözkonusu Anayasa değişikliği ve buna bağlı olarak çıkartılan kanunla sağlanabilirdi. Sözkonusu Anayasa değişikliği ve buna bağlı olarak çıkartılan kanunlar, aşağıda kısaca değinilecek yap-işlet-devret sözleşmeleri alanında dikkat çekici düzenlemelere yol açmışlardır. Diğer yandan, bu uygulamanın ardından özel hukuk sözleşmeleri akdedilmesi sonucu, imtiyaz sözleşmelerinin, imtiyaz sahibine belli durumlarda sağladığı (özel hukuk sözleşmelerinde tarafların birbirlerine sağlayabileceklerinden zaman zaman çok daha geniş kapsamlı olabilen) korumadan da yatırımcılar mahrum olacaklardır. Sonuç olarak, bu uygulama sonucu akdedilecek sözleşmeler hukuken özel hukuk sözleşmesi olacağından, bu sözleşmelerdeki tahkim şartları ya da bu sözleşmelere bağlı olarak yapılacak tahkim anlaşmaları İdare Hukukunun alanına girmeyecektir.

c) Yap-İşlet-Devret modeli ve imtiyaz sözleşmeleri ile bağlantısı

"...Y-İ-D formülünü kısaca tanımlamak olası ise, denebilir ki, bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kâr gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir.

Bu şema, (...) kamu hizmeti ve bayındırlık işi imtiyazları rejimine, ana çizgileriyle benzetilebilir."¹⁶⁶
 "Yap-işlet-devret sözleşmeleri genellikle, küreselleşme akımı ve özelleştirme girişimlerinin sonucunda ortaya çıkan bir yöntemdir. (...) (1932) yılından (1984) yılına kadar, özel kesimde kamu alanında yatırım yapma olanağı veren tek kanun, (2025) sayılı 'Menafii Umumiyeğe Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun olmuştur. Ancak yap-işlet-devret uygulamaları başlayınca, bu konuda yeni kanunlar çıkarılmıştır."¹⁶⁷

3096 sayılı ve 4 Aralık 1984 tarihli "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" ile Türk hukukunda yap-işlet-devret modeli için zemin hazırlanmış fakat Danıştay'ın bu sözleşmeleri imtiyaz niteliğinde bulması¹⁶⁸ sonucu 4047 sayılı Kanunla¹⁶⁹ enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı yap-işlet-devret yönteminin dışına çıkartılmıştır. Ayrıca 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişime Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi hakkında Kanun"¹⁷⁰, 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-işlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında

¹⁶⁶ DURAN L, "Yap-İşlet...", s.149

¹⁶⁷ GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNER, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.851

¹⁶⁸ Danıştay 10.Dairesi, E.1991/1, K.1993/1752 sayılı ve 29.4.1993 tarihli kararı, Danıştay Dergisi sayı.88, s.463-466 L.Duran, konu ile ilgili makalesinde aynı alandaki görüşünü şu şekilde dile getirmiştir: "Oysa, hukuki işlemler, onlara verilen ad veya başlıklara göre değil, içerikleri ve amaçları uyarınca değerlendirilip nitelenmek gerekir. Bu ölçütler, elektrik konusunda 'görev sözleşmesi'ne veya 'işletme müsaadesi verilmesi' işlemine uygulandığında; bunların 'bayındırlık imtiyazı' ve 'kamu hizmeti imtiyazı' olduğu görülür." (DURAN L., "Yap-İşlet...", s.155)

¹⁶⁹ RG. 03.12.1994, S:22130

¹⁷⁰ RG. 02.06.1988, S:19830

Kanun"¹⁷¹ ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹⁷² yürürlüğe konmuştur. 3996 sayılı Kanun ve bu Kanun'un Uygulama Usul ve Esaslarını düzenleyen 01.10.1994 tarih ve 5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararı sonrasında, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamındaki görevlendirmeler ile 3996 sayılı Kanun'da sayılan diğer yatırım ve projelerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesi tamamen 3996 sayılı Kanun ve 5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararındaki esaslara tâbi kılınmıştır.¹⁷³ Yap-işlet-devret yönteminin uygulamada başarılı olmaması nedeniyle ve hukuksal kuralları aşmak amacıyla, 4283 sayılı Kanun "Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun"¹⁷⁴ çıkarılarak "yap-işlet" yöntemi uygulanmaya başlamıştır.¹⁷⁵ Fakat her iki yöntemle ilgili yasal düzenlemeler, 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği öncesi dönemde, Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarih ve E.1994/49, K.1994/45-2¹⁷⁶ sayılı kararıyla "özelleştirme konusunda Bakanlar Kuruluna KHK'lerle düzenleme yapma yetkisi veren 3987 sayılı Yetki Yasasının 'ilkeler' bölümündeki 3/f maddesinde yer alan 'Özelleştirme akitlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukukî anlaşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye

¹⁷¹ RG. 13.06.1994, S:21959

¹⁷² RG. 27.11.1994, S:22124

¹⁷³ KAPLAN İ., "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet finans modelleri ve sözleşmeleri", BATİDER, Aralık 1998, Cilt XIX, Sayı 4, s.15

¹⁷⁴ RG.19.07.1997, S:23054

¹⁷⁵ GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNER, a.g.e., s.852-853

¹⁷⁶ RG. 10.09.1994, S:22047

Cumhuriyeti mahkemelerince yahut -uluslararası hakemlik dahil- tahkim yollarına başvurularak çözümlenmesi' hükmünün Anayasanın 9. ve 142. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir."¹⁷⁷ Danıştay 10. Dairesi de E.1996/8792 (yayınlanmamıştır) sayılı kararında "Bakanlar Kurulu'nun 09.05.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Kararnamesi hakkında; bu kararnamede yer alan 'TEAŞ ve üretim şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğacak ihtilâflarda Türk Mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış bulunan uluslararası mahkemeler ve tahkim kuruluşları yetkilidir' hükmü de dahil, kararnamenin tümüne ilişkin olarak 'yürütmenin durdurulmasına' karar vermiştir."¹⁷⁸ Bu kararların verilmesinin temelinde, yap-işlet-devret ve yap-işlet modelleri çerçevesinde gerçekleştirilecek sözleşmelerin "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" niteliği taşımaları nedeniyle idarî yargının görevine girmeleri gösterilmiştir. Bu yöndeki kararları dikkate alan Danıştay 1. Dairesi de sözleşmelerdeki tahkim şartlarının, sözleşme metninden çıkarılmasına karar vermiştir. Ancak bir görüşe göre, tesisin inşaatı aşamasında "ortada bir 'Kamu Hizmeti'nin kurulmadığı ve söz konusu olmadığı dikkate alınırsa"¹⁷⁹, sözkonusu aşamada doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebilmesi gerektiği savunulmaktadır. Sözkonusu sözleşmenin akdedilmesinin ve tesisin inşa edilmeye başlanmasının nedeni "kamu hizmeti" olduğuna göre, bu görüşe katılmanın, mümkün olmayacağı görüşündeyiz. Ancak uluslararası sözleşmelerden doğan hukukî imkânların ayrıca incelenmesi gerekecektir. 4446 sayılı Anayasa

¹⁷⁷ KAPLAN İ, a.g.m., s.20-21

¹⁷⁸ id., s.21

¹⁷⁹ id., s.25

değişikliğinden sonra, belli şartlar dahilinde tahkime gidilmesi konusunda engel olmadığını belirtmek gerekir. Böylece "YİD sözleşmelerinde uluslararası tahkime, idarî kusurun da olabileceğinin kabulüne, hızlı ve etkin sözleşme yapılmasına olanak verecek ve yarın Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyecek"¹⁸⁰ somut bir çözüm ihtiyacına da cevap verilmiştir.

3996 sayılı Kanun'un¹⁸¹ 5 inci maddesi, "Yüksek Planlama Kurulu'nca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir" hükmünü getirmiştir. Fakat bu hükmün ilk cümlesi Anayasa'nın 155 inci, ikinci cümlesi de Anayasa'nın 2, 11, 37 ve 125 inci maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.¹⁸² Anayasa Mahkemesi aynı kararında, 3996 sayılı yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından ve yap-işlet-devret sözleşmelerinin de "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden başka birşey olmadığı"nı belirtmiştir. 3996 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin, yap-işlet-devret sözleşmelerinin Danıştay denetiminden

¹⁸⁰ VARLIER O., "Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel, Ankara, 19 Haziran 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s.7

¹⁸¹ RG. 13.06.1994, S:21959

¹⁸² Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih, E.1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı (RG. 20 Mart 1996, S:22586). Anayasa Mahkemesi'nin aynı yönde bir başka kararı için bkz. 09.12.1994 tarih, E.1994/43, K.1994/42-2 (RG. 24.1.1995, S:22181) Ayrıca yukarıdaki kararlar dışında, Anayasa Mahkemesi, 4180 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değiştirilen 3996 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin "Bu Kanun'un 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler..." bölümü, Anayasa'nın 153 üncü maddesine aykırı bulunarak iptaline 26.3.1997 tarihinde karar vermiş ve E.1996/63, K.1997/40 sayılı bu karar 28.06.2001 günlü ve 24446 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

geçmesini engellemek amacıyla düzenlendiğini, oysa sözkonusu sözleşmelerin Danıştay ödenetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Bu karardan sonra Danıştay, bu tür sözleşmelerdeki tahkim şartlarını "2572 sayılı Danıştay Kanunu (m.24/1) ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (m.2/1-c) hükümleri nedeniyle, bu sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisinin idarî yargıya ait olduğunu belirterek sözleşme metinlerinden"¹⁸³ çıkartmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde eleştirilmiş ve tahkimin alternatif bir yargılama yöntemi olduğu, idarî/adli yargı ayrımının tahkime engel olmadığı, kararın tahkim yolunu açıkça kapatmadığı ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla bağdaşmadığı görüşleri ileri sürülmüştür.¹⁸⁴

13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanununun 1 inci maddesi ile Anayasa'nın 47 inci maddesine eklenen fıkra, "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk hükümleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir" hükmü getirilmiş ve ayrıca Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi de, bu sözleşmeler hakkında "iki ay içinde görüş bildirmek" şeklinde yeniden düzenlenmiştir. "Yasakoyucu, bu hükümden

183 TAN, söylediklerini destekler nitelikte bir Danıştay kararı örneği olarak Danıştay 1.Dairesinin, 10.4.1996 tarih ve E.995/178, K.996/78 sayılı kararını (yayınlanmamıştır) göstermektedir. (Bkz.TAN Turgut, "İdare Hukuku ve...", s.11)

184 SAKMAR A., "Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği", Türk-Fransız Uluslararası Ticari Tahkim Semineri, İstanbul 27-28 Nisan 2000 (yayınlanmamıştır)

yararlanarak, 20.12.1999 tarihli ve 4493 sayılı Yasa ile"¹⁸⁵ 3996 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi hükmünü şu şekilde değiştirmiştir: "Yüksek Plânlama Kurulu'nca belirlenen İdare ile sermaye şirketi arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tâbidir."

Bu durumda, "... artık, yukarıda zikredilen ve hukuk politikası bakımından önemli tartışmalara yol açmış olan anayasal değişikliklerin gösterdiği üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay sadece düşüncesini bildirmekle yetkili olduğu gibi, bu sözleşmelerin millî veya milletlerarası tahkim yolu seçilmek suretiyle idarî yargı çerçevesi dışına çıkartılması da mümkündür. Ayrıca devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel (gerçek veya tüzel) kişilere devredilmesinin bir imtiyaz sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilmesi zorunluluğu da artık yoktur ve bu hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kişilere yaptırılabilceğini kanun yoluyla belirlemek imkânı kanunkoyucuya tanınmıştır. (...) bugün 3996 sayılı Kanun kapsamında idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuka tâbidir."¹⁸⁶ Oysa Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen kararında belirttiği gibi, "Anayasa yargısı alanında bir hizmetin 'kamu hizmeti' bir sözleşmenin de 'imtiyaz sözleşmesi' olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.

185 TAN T., "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", Hukuk Kurultayı 2000, İzmir Barosu, s.463

186 GÜRZÜMAR O.B., Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, 2.Baskı, Beta, İstanbul 2001, s.214-215

*Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersine durum, Anayasa'nın yargıya ve ödenetime ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. ..."*¹⁸⁷ Bu durumda, sözkonusu değişikliklere rağmen yap-işlet-devret sözleşmelerinin konusu aynı kaldığına göre, -uygulamadan doğan ihtiyaçlar nedeniyle "özel hukuka tâbi" olsalar da- bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleriyle de örtüşen bir yanlarının bulunduğunu kabul etmek gerektiği düşünülebilir.

Ayrıca 4501 sayılı Kanun'un, 3996 sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasında yaptığı değişiklik¹⁸⁸ sonucu 3996, 3096 ve 3465 sayılı Kanunların kapsamına giren işlere de 3996 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin uygulanmasına, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde görevli veya sermaye şirketinin başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış

¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarihli, E.1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı; RG. 20 Mart 1996, S:22586

¹⁸⁸ 4501 sayılı Kanun, Madde 7- 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun geçici 1 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5 inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir. (RG. 22 Ocak 2000, S:23941)

olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenecek ve bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilecektir. Nitekim uygulamada bu düzenlemenin hayata geçirildiği görülmektedir.¹⁸⁹

Doktrinde, "Yap-işlet-devret yönteminin uygulanmasında yabancı sermayeden yararlanılmak istenmesi ancak, yabancı yatırımcıların yapılacak sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümlenmesini istemeleri karşısında çözüm arayışına

¹⁸⁹ Konuyla ilgili örnek uygulamalar şu şekilde sıralanabilir: 2000/1014 sayılı, Yukarı Akçay Hidroelektrik Santrali Projesine 3996 Sayılı Kanununun 4492 Sayılı Kanun ile Değişik 5. Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.09.8.2000, S:24135); 2000/1015 sayılı, Akköy II Hidroelektrik Santrali Projesine 3996 Sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.09.8.2000, S:24135); 2000/1397 sayılı, Karadeniz-Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali Projesine (3096 Sayılı Kanuna Tabi) 3996 Sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.28.10.2000, S:24214); 2000/1359 sayılı, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında (3096 Sayılı) Kanuna Tabi Yalova Kojenerasyon Termik Santrali Projesine 3996 sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.03.11.2000, S:24219); 2000/1361 sayılı, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında (3096 Sayılı) Kanuna Tabi Eskişehir Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali Projesine 3996 sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.03.11.2000, S:24219); 2000/1362 sayılı, Tunçbilek A-B Termik Santrali İşletme Hakkı Devri Projesine, (3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna Tabi) 3996 sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.03.11.2000, S:24219); 2000/1358 sayılı, Çatalağzı-B Termik Santrali İşletme Hakkı Devri Projesine 3996 Sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.04.11.2000, S:24220); 2000/1450 sayılı, Yedigöze Barajı ve Hidro Elektrik Santrali Projesine (Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında 3096 Sayılı Kanuna Tabi) 3996 Sayılı Kanununun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (RG.08.11.2000, S:24224).

girilmiştir. Sonuçta Anayasa değişikliği tek çözüm olarak görülmüştür.”¹⁹⁰ denildikten sonra, Anayasa'nın 47 inci maddesine eklenen hükümden bahsedilerek, şöyle bir yorum getirilmiştir: "... hükmü eklenerek, önceki açıklamalarımız sırasında değindiğimiz gibi, 3996 sayılı Yasa'ya göre yapılan sözleşmelerin yasama organınca, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesine anayasal dayanak oluşturulmuştur. Özel hukuk sözleşmelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır.”¹⁹¹ Görüldüğü gibi bu ifadeler, Anayasa değişikliğinin Genel Gereğesindeki¹⁹² ifadelerle esasen aynı yönde olmakla birlikte, kendi içinde çelişkiler taşıdığı düşünülebilir yöndedir. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinde tahkime başvuru imkânı tanınmasının nedeni ve gerekçesi olarak, bu sözleşmelere taraf olan (özellikle, "yabancı") "yatırımcının sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini istemesi" gösterilmiştir. Uygulamada, bu gerekçenin geçerli olduğunu destekleyen yöndeki bazı görüşler yukarıda belirtilmişti. Ezcümle, sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi değil, "imtiyaz sözleşmesi" niteliğindeki "yap-işlet-devret sözleşmeleri" olduğundan Anayasa değişikliğine gidildiği söylenmektedir. Zaten, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine Türk hukukunda bir engel yoktur. Ancak bu durumda Anayasa md.47'ye yapılan ek'in nedeni anlaşılammamaktadır. Değil mi ki, bu ek ile idarî sözleşme niteliğindeki sözleşmelerin "özel hukuk sözleşmesi" şeklinde yapılacağı kanunla öngörülebilecektir ve nitekim "yap-işlet-devret

190 GÖZÜBÜYÜK A.Ş. - TAN T., İdare Hukuku-Genel..., s.528

191 ibid.

192 <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss109m.htm>

sözleşmeleri" için bu imkân hayata geçirilmiştir ve bu halde de tahkim yolu açık olacaktır, o zaman imtiyaz sözleşmelerinde tahkime başvurulabilmesine yönelik Anayasa md.125 değişikliği neden yapılmıştır? Bu sorunun herhalde tek bir cevabı olabilir: Anayasa md.47'den hareketle, normal koşullar altında idarî sözleşme şeklinde düzenlenecek bir sözleşme, özel hukuk sözleşmesi şeklinde düzenlenecekken, bu düzenlemeyi mümkün kılacak kanun çıkarılamayacak olursa, yine de tahkime başvuru yolunu açık tutmak için. Ticarî ve ekonomik düzen ve uygulamada karşılaşılan ihtiyaçlar gözönünde bulundurulduğunda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri Türkiye'de sıklıkla yabancı yatırımcıların da devreye girdiği bir alan olduğundan, tahkim yolunun açılması gerekliliğine katılıyoruz. Ancak zaten imtiyaz sözleşmeleri için bu yönde açılmış bir yol varken, Anayasa md.47 değişikliğinin getirdiği imkânın, Anayasa md.125 de gözönünde bulundurularak, yap-işlet-devret sözleşmeleri konusundakinin aksine, tutarlı bir şekilde kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri konusunda Danıştay'ın görüşünün alınmasının, özellikle Türkiye'de tenfiz edilmesi gereken milletlerarası hakem kararlarının sözkonusu olduğu durumlarda isabetli olacağı düşünülebilir.

B) İdarî tahkimin uygulanması prosedürü

1) Uluslararası hukuktan kaynaklanan idarî tahkimin uygulanma prosedürü: ICSID tahkimi ve iki taraflı yatırım antlaşmaları

İdari uyuşmazlıklarda tahkim konusunda, yapılan Anayasa değişikliğinden bağımsız olarak, Türkiye'de uluslararası hukuktan kaynaklanan imkânların, ICSID Konvansiyonu ve bazı iki taraflı yatırım antlaşmalarından kaynaklandığı yukarıda açıklanmıştı. Bu imkânların nasıl bir uygulama ile hayata geçirilebileceğine, özellikle idarî uyuşmazlıklar gözönünde bulundurularak, bu bölümde değinilecek.

ICSID tahkim prosedürü, yukarıda da değinildiği gibi, sözkonusu Konvansiyon'da belirtilen ilkeler ışığında yürütülecektir. Bu konunun Türkiye'de en çok tartışılan yönü, ICSID çerevesinde verilen kararların infazı hususudur. Ancak bu noktaya değinmeden önce, sözkonusu prosedürü kısaca gözden geçirmeye çalışacağız.

ICSID tahkiminin uygulama alanına giren bir konuda, (konumuz itibariyle, bir tarafının Devlet ya da diğer idarî birimler, diğer tarafının da ICSID Antlaşmasına taraf bir ülke vatandaşı olduğu) taraflar, yukarıda belirttiğimiz şartları taşıyorlarsa ve tahkime gitme konusunda da anlaşmışlarsa, bu durum (bir idarî sözleşmenin hayata geçirilmesine ilişkin herhangi bir yatırım) uyuşmazlığının hakem mahkemesine götürülmesi için yeterlidir. Ancak Konvansiyon'un 26 ıncı maddesi, taraf Devletlere, tahkim aşamasından önce idarî ve

yargısal, tüm iç başvuru yollarının tüketilmesini şart koşabilme imkânı tanımıştır.

ICSID'in tahkim prosedürü uyarınca, tahkime gitmek isteyen ülke veya taraf ülke vatandaşı, uyuşmazlığın konusunu, taraflarını ve tarafların tahkime rızalarını içeren bir dilekçe ile Merkez'in Genel Sekreterine başvurur. ICSID tahkimine, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla başvurulduğu düşünülecek olursa, Türk hukukuna göre sadece tüzel kişiler imtiyaz sözleşmelerine taraf olabileceğinden, Merkez'e, Türk hukukuna göre kurulmuş ve yabancı kontrol sebebiyle yabancı ülke vatandaşı olarak kabul edilen tüzel kişiler ile Türk Devleti, alt birimleri veya temsilcileri¹⁹³ başvuracaklardır. Genel Sekreterlik, dilekçeyi inceler ve dilekçedeki bilgilerden, konunun merkezin yetkisi dahilinde olduğu sonucuna varırsa dilekçeyi kaydedip, bir örneğini de karşı tarafa gönderir (md.36).

Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesinden sonra, tamamen tarafların rızalarına bağlı ve kural olarak Merkez'de yargılama yapacak olan hakem heyeti oluşturulur. Bu durumda ICSID tahkiminde, Türk Devleti'nin veya bir Türk firmasının taraf olduğu uyuşmazlıklarda, bunlar tarafından atanacak bir Türk hakemin bulunabileceğine doktrinde işaret edilmiştir.¹⁹⁴

193 YEŞİLIRMAK A., a.g.m., s.180

194 GÜNUĞUR H., a.g.m., s.341. Günuğur ayrıca, milletlerarası tahkimin sözkonusu olduğu her duruma genellikle, sadece Türkiye'de yatırım yapan yabancı yatırımcıların başvuracağı bir kurum gibi bir düşünce ile yaklaşıldığına ve onların çıkarlarının bu sistemle güvence altına alındığının ileri sürüldüğüne işaret etmiştir. Yazar, konuya, yabancı ülkelerde yatırım yapan Türk firmalarının haklarının güvence altına alınması sorunu açısından da yaklaşılması gerektiğini belirtmiştir.

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, hakem heyeti ihtiyati tedbirler tavsiye edebilir. Hakemlerin uygulayacağı usul kanunu taraflarca belirlenir, belirlenmemişse Konvansiyon'da yer alan hükümler ve ICSID tarafından düzenlenen Hakemlik Kurallarına göre yürütülür.

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konusunda da irade serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Ancak taraflar arasında bu konuda anlaşma sağlanamaması halinde uyuşmazlığa taraf olan âkit ülke hukukunun uygulanacağı Konvansiyon'da belirlenmiştir.¹⁹⁵ Dolayısıyla, bir idarî sözleşme'den doğan uyuşmazlık karşısında, taraf olan İdare'nin uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanmasını isteyeceğini varsaymakla birlikte, anlaşma sağlanamaması halinde Türk hukukunun uygulanması sonucunu doğuracak bu düzenleme, taraf olan idarî birim için kolaylık sağlar nitelikte görünmektedir.

Hakem heyeti kararını, kendisine sunulan her sorunla ilgili ve gerekçeli olarak, üye çoğunluğu ile verecektir.

ICSID Sözleşmesi kapsamına giren ve kamu hizmetine ilişkin bir yatırım uyuşmazlığını konu alan hakem kararlarının sözkonusu olduğu hallerde, bu hakem kararı Türkiye'de (sözkonusu Uluslararası Antlaşmanın 54 üncü maddesi gereğince) tenfiz istemi için mahkemeye başvurmaya gerek kalmadan "*Türk mahkemelerinin kararlarının icrası hakkındaki hükümlere (ilâmlı icra hükümlerine) göre, icra edilecektir.*"¹⁹⁶ 54 üncü maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi aynen şöyledir: "Her üye ülke,

195 NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., a.g.e., s.58 vd.

196 TANRIVER S., "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim", s.1089

bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde, kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir.”¹⁹⁷ ICSID Sözleşmesine göre verilen kararların icrası istenen ülke mahkemeleri tarafından kesin hüküm olarak tanınması¹⁹⁸ sonucunu doğuracak bu düzenleme, milletlerarası hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni müdahalesini, idari uyuşmazlıklar konusunda verilen hakem kararlarının icra edilmemesi için bir çözüm olarak görenler tarafından eleştirilmiştir.

2) İç hukuktan kaynaklanan idarî tahkimin uygulanma prosedürü

Türk hukuk sisteminde, İdare Hukuku alanında tahkim uygulamasına ilişkin olarak yapılan Anayasa değişikliği sonrası, bu değişiklik paralelinde ve Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da değişiklikler¹⁹⁹ gerçekleştirilmiştir. Bunların ardından, Anayasa değişikliğinin gündeme geldiği dönemden beri doktrinde tartışılan ve sözkonusu değişikliklerin uygulamaya somut olarak ne şekilde yansıtacağını düzenlemeye yönelik olarak varlığına ihtiyaç duyulacağı belirtilen²⁰⁰, 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan

197 BİRSEL M.T., a.g.m. s.532

198 id., s.531

199 Danıştay Kanunu md.24/1 4575 sayılı Kanun (RG. 15.06.2000, S:24080) ve İYUK md.2,1/c de 4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Kanunla (RG.21.12.1999, S:23913) değiştirilmiştir

200 Anayasa değişikliği ve buna bağlı olarak yapılan yukarıda bahsedilen değişikliklerin uygulamada sorun yaratmaması için, belli konuların açıklığa kavuşturulması gerektiği ve belki de bu amaca yönelik bir kanunun yayımlanması gerektiği konusunda bkz. TAN Turgut, “İdare Hukuku ve ...”, s.23

Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İlkelere dair Kanun²⁰¹ yayımlanmıştır. Bütün bu düzenlemeler sonucunda, Türk hukukunda ancak adli yargının görevine giren uyuşmazlıkların çözümü için mümkün olan ihtiyarî tahkim uygulaması, idarî yargının görevindeki sınırlı bir alan için de mümkün kılınmıştır.²⁰²

Daha sonra, 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²⁰³ yürürlüğe girmiştir. Bu

201 22.01.2000, S:23941

202 Kuru'nun belirttiği gibi "... hukuk mahkemeleri ile idarî mahkemeler arasındaki ilişki, yargı yolu ilişkisidir ve yargı yolu, kamu düzenine ilişkin olduğundan, sözleşme ile değiştirilemez; bu nedenle, yargı yolu sözleşmesi geçersizdir. Aynı nedenle, idarî yargıya giren uyuşmazlıklar için yapılacak tahkim sözleşmesi de geçersiz olur. Başka bir deyimle, idarî yargıya giren uyuşmazlıklar için, (kural olarak) tahkim sözleşmesi yapılamaz. Çünkü idarî yargıya giren uyuşmazlıklar, yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan uyuşmazlıklardır (HUMK m.518)." (KURU B., a.g.e., s.6220) "İki tarafın arzularına tâbi olan uyuşmazlık"dan kastedilen ise, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu, sözkonusu uyuşmazlığı gidermek için, özellikle sulh yolu ile, serbestçe anlaşma yapabildikleri ve bu anlaşmanın bir mahkeme kararına gerek olmaksızın geçerli olduğu uyuşmazlıklardır.

Fakat Yazar, yukarıdaki tesbitinin ardından, Anayasa md.125 değişikliği öncesinde de uygulamada imtiyaz sözleşmelerine koyulan tahkim şartlarından bazılarının geçerli sayıldığına değindiği gibi, idarî yargının görevine giren bir uyuşmazlığın, özel bir kanunla adli yargının görevine sokulabileceğini de belirtmiştir. Anayasa md.47/2'de yapılan değişikliğe değinerek, bir kanunla belirtildiği takdirde, belli alanlardaki sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklinde düzenlenebileceğine dikkat çekmiştir.

İdare hukuku yapısı içinde idarî yargının görevine giren ve adli yargı yerlerince İdare Hukuku alanında herhangi bir ihtisaslaşmaya gerek duyulmaksızın çözüme kavuşturulabilecek bazı konuların, uygulamada kolaylık sağlanması amacıyla, adli yargının görevine sokulması yönündeki düzenlemelere katılıyoruz. Ancak KURU'nun tesbitinden de yola çıkarak, Anayasa md. 47 değişikliğinin, bir kanunla öngörüldüğü takdirde, bugüne kadar "idarî" nitelikteki sözleşmeleri "özel hukuk" sözleşmesi biçiminde akdetme imkânı sağlanması düşündürücüdür. Çünkü idarî sözleşmelerde bulunan ve bu sözleşmelerin konularının gereği ve sonucu olan aşkın hükümlerin, tarafların eşitliği ilkesinin de hakim olduğu özel hukuk sözleşmelerinde ne şekilde düzenlenecekleri ya da bu hükümlerin yer almayacağı ama konusu da bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan özel hukuk sözleşmeleri kapsamında kamu yararının nasıl korunacağı sorusu akla gelebilir.

203 RG. 5.07.2001, S:24453

kanun, 4501 sayılı Kanunun kapsamına giren sözleşmelerin, sadece yabancılık unsuru taşıyanlarından doğacak uyuşmazlıkların, milletlerarası tahkime götürülmesi kararlaştırılmış olanlarına uygulanabilecek hükümler getirmiştir. Söz konusu Kanun'un "Amaç ve kapsam" başlıklı ilk maddesinin son fıkrasında 4501 sayılı Kanun "... uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi bu Kanuna tâbidir." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu durumda, 4501 sayılı Kanun uyarınca milletlerarası tahkimin söz konusu olduğu hallerde, 4686 sayılı Kanun'un da gözönünde bulundurulması gerekebilecektir. 4686 sayılı Kanun, milletlerarası tahkim uygulamalarında, tahkim şartı ya da anlaşmasının yapılmasından başlayarak, hakem kararlarının kesinleşmesine kadar devam eden süreci Türk hukuku açısından düzenlemektedir.

Ancak dikkat edilmesi gereken bir husus, bu konuda Türk hukukunda öngörülen tahkimin, "ihtiyarî tahkim" olduğudur. İhtiyarî tahkimde, taraflar, uyuşmazlığı Devlet mahkemelerine götürerek çözebilecekleri, başka bir deyişle mutlaka hakeme başvurmak zorunda olmadıkları halde, anlaşmaları sonucu belli bir davayı tayin edecekleri hakemlere götürebilirler.²⁰⁴ Esasen tahkim ihtiyarî bir yol olmakla birlikte, bazı hallerde mecburî olacağı kanunla öngörülebilir. Bu durumda mecburî tahkim alanına giren konularda taraflar Devlet mahkemelerinde dava açamazlar.²⁰⁵

204 KURU B., a.g.e., s.5875

205 id., s.5876. Kuru'nun eserinde sıraladığı mecburî tahkim halleri şunlardır: 3533 sayılı Umumi, Mülhak ve Hususî Bütçelerle İdare

Türk hukukunda kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için ihtiyarî tahkimin sözkonusu olduğu sonucuna, Anayasa'nın yukarıda bahsedilen ifadesi dışında, İdari Yargılama Usulü Kanunu md.2/(1)/c²⁰⁶ ve Danıştay Kanunu'nun "İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar" başlıklı 24 üncü²⁰⁷ maddelerinin bir arada incelenmesi suretiyle de varılabilir. Bu maddeler uyarınca, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim şartı öngörülmediği takdirde, bunlardan doğan uyuşmazlıklar, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli olduğu "idarî dava"lar olarak çözüme kavuşturulacaktır. Yani "tarafklar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmak zorunda değildirler; davalarını

Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete ve Belediyeye veya Hususî İdarelere ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun'da öngörülen haller; Tütün ekicisi ile alıcısı arasında akdedilen yazılı alım-satım sözleşmesinin 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu'na göre uygulanma ve yürütümünden doğacak uyuşmazlıklar; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmasının öngörüldüğü haller; Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülen, borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden doğan ihtilafların halline yönelik olarak verilmiş Borsa Yönetim Kurulu kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu'na itirazda bulunulması; 1615 sayılı Gümrük Kanunu'na göre Gümrük Hakem Kurulu'nun bakacağı işler; 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu'na göre Çeltik Komisyonu'nun bakacağı işler; Avukatlık Kanunu uyarınca, "Baro başkanı tarafından (vekâlet görevi sona eren bir avukat için) görevlendirilen avukat ile kendisine vekâlet olunan (görevi sona eren) avukat arasında ücret konusunda anlaşmazlık çıkması halinde, ücretin miktarı"nın baro yönetim kurulu tarafından belirtileceği hal; Avukatlık sözleşmesi ve vekâlet ücretinden kaynaklanan anlaşmazlıkların, hukukî yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenmesi durumu; Noterlik Kanunu uyarınca Noter Odasının hakemlik yapacağı hal; Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun bakacağı işler. (KURU B., a.g.e., s.5876-5918)

206 İYUK md.2/(1)- İdarî dava türleri şunlardır: (...)

c) (Değişik : 18.12.1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.

207 Danıştay Kanunu md.24- (Değişik 2/6/2000-4575/2 md.)

1.Danıştay ilk derece mahkemesi olarak; (...)

f) (...) tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idarî davaları karara bağlar.

Devlet'in mahkemelerinde de açabilirler, hakemler tarafından çözülmesini de kararlaştırabilirler."²⁰⁸

Ancak tahkime gidilmesi kararlaştırıldığı takdirde, ihtiyarî tahkim sözleşmeye dayandığından, tarafların - genellikle uygulamada aralarında ayırım yapılmayan- iki ayrı sözleşme yapmaları gerekecektir; tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi.²⁰⁹ İlkinin tarafları, uyuşmazlığın taraflarıdır; başka bir deyişle, -bu çalışma açısından bakıldığında- idare ve kamu hizmeti imtiyazcısıdır ve sözleşmede, uyuşmazlığın çözülmesi için tahkim yoluna başvurulduğu kararlaştırılacaktır. Hakem sözleşmesindeki ise uyuşmazlığın tarafları ile bunu çözecek hakemleri karşı karşıya getirir, yani imtiyazcı ve idare bir tarafta, hakemler de diğer tarafta yer alacaktır.

Tahkim sözleşmesi sadece bu sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır. Dolayısıyla, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi konusunda üçüncü kişilerin dava açma hakları korunacaktır. Çünkü Anayasa md.125 uyarınca "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" ve Danıştay, 1970'den bu yana idarî sözleşmelerin "idarî işlem olduğu"nu, bunlara karşı iptal davası açılabileceğini içtihat etmektedir.²¹⁰

Sonuç olarak, Türk hukukunda kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkime başvurulması konusunu -bu noktada uluslararası sözleşmeleri konu dışı bırakarak-

²⁰⁸ KURU B., a.g.e., s.5919

²⁰⁹ ibid. , "Tahkim sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesidir; ancak, diğer sözleşmeler gibi, yapılması (inikadı), Borçlar Kanunu hükümlerine de tâbidir." (KURU B., a.g.e., s.5937)

²¹⁰ DURAN L, "Yap-İşlet...", s.169

incelerken, yukarıdaki Anayasal ve yasal düzenlemelerin tümünün gözönünde bulundurulması gerekecektir. Sonraki bölümlerde inceleyeceğimiz gibi, yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında ise uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan hukukî imkânların gözardı edilmesi zordur.

a) Tahkime hazırlık aşaması

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine karar verilmesi aşamasında, sözkonusu sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılabileceklerin, sözleşmenin bir "idarî sözleşme" olması, yani kamu hukuku alanında yer alması nedeniyle, mutlak bir sözleşme serbestisi içinde değil de, Anayasa ve kanunlarla düzenlenmiş belli sınırlar çerçevesinde kalması gerekecektir.²¹¹ Konuyla ilgili Anayasa değişikliği ışığında, ayrıntılı olarak 4501 sayılı Kanun'la açıklığa kavuşturulmuş ve aşağıda incelenecek bu sınırlamaların, ne ölçüde "sınırlama" oldukları da tartışılabilir.

Bu bölümde bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan ya da doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik düzenlemeleri inceleyeceğiz. Bu

211 Türk hukukunda özel hukuk ilişkileri çerçevesinde ihtiyarî tahkim (HUMK. md.516-536) kural olarak, "yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde (...) cereyan etmez." (HUMK. md.518). Ancak kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri konusunda, gerek Anayasa md.125'de, gerek 4501 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeler sonucunda doğacak uyuşmazlıkların belli koşullarda hakemler önünde çözülmesi hukuka uygun hale gelmiştir ve 4686 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi de bunu teyid eder nitelikte bir düzenleme içermektedir.

amaçla çeşitli aşamalarda uygulanacak usul hukuku hükümleri, çözümlenecek uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamamasına bağlı olarak değişebilecektir. Yabancılık unsuru taşımayan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların sadece milli tahkim²¹² yoluyla çözülmesi öngörülebilecek. Bu durumda hakem kararının verilmesi ve buna karşı başvuru yolları HUMK'un ilgili hükümlerine göre belirlenecektir. Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ise milletlerarası tahkimde çözülmesi de öngörülebilecektir. Bu durumda ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, MÖHUK, HUMK ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası antlaşmaların hükümleri uygulanabilecektir.

-4501 sayılı Kanun md.3/c'ye dayanılarak "kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşu"na başvurulabilecek. Bu durumda hakem kararının verilmesinde sözkonusu kuruluşun tahkim usulü uygulanacak (örneğin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü). Bu nitelikteki kuruluşların tahkim usulleri, bu çalışma kapsamında incelenmeyecek, fakat sonuçta verilen kararların tenfizi konusu, Türk hukuku açısından doğuracakları sonuçları görmek amacıyla incelenecek,

-4501 sayılı Kanun md.3/a ve b'ye dayanılarak hakem mahkemesinin Türkiye'de veya yabancı bir ülkede toplanarak yabancı hukuka göre karar vereceği hallerde verilen hakem kararlarına da, sözkonusu olabilecek

212 "İmtiyaz sözleşmesindeki tahkim şartında, hakemlerin Türk Usul Kanununa (HUMK) göre karar verecekleri öngörülmüş ise, bu tahkim millî (yerli) tahkimdir." (KURU B., a.g.e., s.6223)

yabancı usul hukuklarını tüketmek imkânı bulunmadığından, sadece tenfiz aşaması ile bu çalışmada yer verilecek,

-4501 sayılı Kanun md.3/a'dan hareketle Türkiye'de toplanarak Türk hukuku'na göre karar verecek hakem mahkemesi, tahkim prosedürünü taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, 4501 sayılı Kanun'na göre esas sözleşmede "yabancılık unsuru" bulunduğundan ve 4686 sayılı Kanun md.1/4'de bu husus düzenlendiğinden, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yürütecek. Türk iç hukukunun bir parçası olan 4686 sayılı Kanun'da tahkim süreci için öngörülen prosedür de kısaca incelenecektir.

Ancak öncelikle belirtilmelidir ki, emredici hükümleri hariç, her iki kanunun tahkime ilişkin hükümleri uyarınca, kural olarak, öncelikle taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde öngörülenlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Tahkim sözleşmesi, yalnız tarafları bağlayan ve sözleşme serbestisi ilkesine de dayanan bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna göre, böyle bir düzenleme yerindedir. Ancak tabii ki, belli sınırlar koyulmuş, bazı alanlar da sadece sözkonusu kanunlarda düzenlenmiş ve tahkim yerinin Türkiye olması halinde uyulması zorunlu hale getirilmiştir. Hakem veya hakem kurulunun, tahkim yeri mahkemelerinden yardım alacağı haller bu düzenlemeler kapsamındadır.

aa) Sözleşmede "yabancılık unsuru" bulunması ve sonuçları

Yukarıda da bahsedildiği gibi, 4446 sayılı ve 13.08.1999 tarihli Kanun'la Anayasanın 125 inci maddesinin ilk fıkrasına eklenen hüküm uyarınca "... Kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime²¹³ ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar

213 Kuru, Türk hukukunda bir hakem kararının ya "Türk hakem kararı" ya da "yabancı hakem kararı" olabileceğini, "Başka bir deyimle, milletlerarası (uluslararası) hakem kararı" olarak nitelenemeyeceğini belirtmiş; ancak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı gibi kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşları tarafından gerçekleştirilen tahkimin hiçbir Devletin usul hukukuna tâbi olmaması durumunda Türk hukukuna göre "yabancı hakem kararı" olarak nitelendirilmesi de mümkün olmayacağından, bunların "milletlerarası tahkim olarak nitelendirmenin uygun" olacağını belirtmiştir. Yazar, bu tip kuruluşlardaki tahkimi "dar anlamda milletlerarası tahkim" olarak adlandırmıştır. (KURU B., a.g.e., s.6225) Ayrıca Kuru, Anayasa'nın 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 inci cümlesindeki "milletlerarası tahkim" deyiminin, dar anlamda milletlerarası tahkim ve yabancı tahkimi kapsar şekilde kullanıldığını ancak 4501 sayılı Kanun md.2/b'deki "milletlerarası tahkim" deyiminin millî tahkim, yabancı tahkim ve dar anlamda milletlerarası tahkim'i kapsar şekilde kullanıldığını belirtmiştir. (KURU B., a.g.e., s.6226)

Konuya, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar gözardı edilerek bakılacak olursa bu görüşe katılmak mümkün görünmektedir. Ancak Türkiye'nin de taraf olduğu ve usulüne göre yürürlüğe girdiğinden, Anayasa'nın 90 inci maddesi gereği kanun hükmünde olan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10.6.1958 tarihli New York Sözleşmesi (21.5.1991 tarih ve 20877 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3731 sayılı Kanun'la onaylanmıştır) "yabancılık" kriteri olarak birinci sırada toprak ilkesini, ikinci sırada usul hukuku kriterini kullandığından, bu tip kararları da "yabancı hakem kararı" saymaktadır. (ERTEKİN-KARATAŞ, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.524) Daha sonra, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, Türk hukukunda "milletlerarası tahkim" kavramı yerleşmiştir. Söz konusu Kanun'un 2 inci maddesinde "yabancılık unsuru" kriterleri sayılmakta (ki bu kriterler hem MÖHUK hem de New York Sözleşmesi'nin yabancılık kriterleri kapsamaktadır) ve bu maddenin ilk fıkrasında da uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması durumunda tahkimin "milletlerarası nitelik" kazanacağı öngörülmektedir.

Ayrıca Kuru, Anayasa'nın 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 inci cümlesindeki "milletlerarası tahkim" deyiminin, dar anlamda

için gidilebilir." Bu değişikliğe bağlı olarak yayımlanan 4501 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin (b) bendinde, "milletlerarası tahkim anlaşması", "yabancılık unsuru" taşıyan kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan "anlaşma" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, bir kez daha milletlerarası tahkime ancak sözleşmede yabancılık unsurunun bulunması şartıyla başvurulabileceği görülmektedir.

Ancak Anayasa md.125'in ilk fıkrasındaki ifadeden, sözleşmede yabancılık unsuru bulunduğu halde millî tahkime başvurunun da mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır. Başka bir deyişle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıklar, taraflar arasında anlaşma sağlandığı takdirde millî tahkim yoluyla çözülebilir. Sadece milletlerarası tahkime gidilebilmesi için sözleşmede "yabancılık unsuru" bulunması gerekecektir. Görülüyor ki, milletlerarası tahkime başvurulabilecek durumları saptayabilmek için, "yabancılık unsuru"nun içeriğinin açıklığa kavuşturulması gerekiyor.

Söz konusu "yabancılık unsuru", 4501 sayılı Kanunda tanımlanmış ve Milletlerarası Tahkim Kanununun ilk maddesinin beşinci fıkrasında da, yukarıda belirttiğimiz gibi, 4501 sayılı Kanun "uyarınca" yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve

milletlerarası tahkim ve yabancı tahkimi kapsar şekilde kullanıldığını ancak 4501 sayılı Kanun md.2/b'deki "milletlerarası tahkim" deyiminin millî tahkim, yabancı tahkim ve dar anlamda milletlerarası tahkim'i kapsar şekilde kullanıldığını belirtmiştir. (KURU B., a.g.e., s.6226)

sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün, 4686 sayılı Kanuna tâbi olduğu öngörülmüştür. Yani milletlerarası tahkime gidilmesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya taraflar ya da hakem kurulunca bu Kanun'un seçilmesi durumunda (4686 s. Kanun md.1/2) uyuşmazlığın çözümüne Milletlerarası Tahkim Kanununun hükümleri de uygulanacaktır.²¹⁴ Diğer yandan, 4686 sayılı Kanun md.1/son uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı olduğunun gözönünde bulundurulması gerekir.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası tahkime gidilebilmesi için belirleyici kriter olan "yabancılık unsuru", 4501 sayılı Kanun'daki düzenlenmeye göre uygulanacaktır. Zaten Milletlerarası Tahkim Kanununun "Yabancılık unsuru" başlıklı 2 nci maddesinin son fıkrasında da 4501 sayılı Kanun hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüş ve yorum farklılıkları nedeniyle bu konuda oluşabilecek bir tartışma da böylece engellenmiştir.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bulunması halinde "yabancılık unsuru"nun varlığından bahsedilecek haller, 4501 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (c) bendinde tanımlanmıştır, buna göre:

214 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun "Mahkemelerde tahkim itirazı ve anlaşması" başlıklı 5 inci ve "İhtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz" başlıklı 6 ıncı maddesi hükümleri tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır (4686 s. Kanun, md.1/3).

-Sözleşmeye taraf, kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması

veya,

-Sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinden birinin akdedilmesinin gerekli olması.

*"Ortaklardan en az birisinin 6224 sayılı Yabancı Sermaye teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması hali ise, bir yabancı ülkenin vatandaşlığını haiz olan gerçek kişiler veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre teşekkül etmiş tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır."*²¹⁵

Görüldüğü gibi sözleşmede yabancılık unsuru bulunmasını oldukça kolay kılan ve böylece neredeyse hiçbir ciddi yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların dahi milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi imkânını doğuran bu düzenleme, doktrinde eleştirilmiştir.

bb) Sözleşmeye konulacak tahkim şartı veya tahkim anlaşması

4501 sayılı Kanun'un "Tahkim yoluna ilişkin ilkeler" başlıklı 4 üncü maddesinde, tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşmasının iki şekilde yapılabileceği kabul edilmiştir:

215 POLATKAN V., a.g.e., s.567

-Sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde veya,

-Ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde. (Bu durumda, 4501 sayılı Kanun, md.4/1 uyarınca tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tâbi olur.)

Bu durumda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi için, ayrı bir tahkim anlaşması yapıldığında, sözkonusu anlaşmanın yürürlüğe girmesinde de, Türk hukukunda imtiyaz sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi usulünü izlemek gerekecektir.²¹⁶ Tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin bir parçası olduğundan, bu düzenleme yapılmamış olsaydı dahi, yukarıdaki şekilde hareket edilmesi gerekirdi.

4501 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, tahkim şartı veya sözleşmesinde düzenlenmesi gereken konular, örnekleme yoluyla, ayrıntılı bir şekilde sayılmıştır. Sözkonusu madde uyarınca, "Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun 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, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama

216 Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi usulünde, tahkim şartı ya da anlaşmasının içeriği açısından özellikle önemli olan Danıştay'ın görüşünün alınması aşaması, aşağıda incelenecektir.

giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.”

Kanun'da, tahkim şartı veya sözleşmesinde, tahkim yoluyla çözülecek *uyuşmazlıkların kapsamının* belirtilmesi gerektiği öncelikle düzenlenmiştir. Türk hukukunda²¹⁷ belirli bir hukuki ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğinin kararlaştırılmış olması halinde uyuşmazlığın da “belirli” sayıldığı kabul ediliyor²¹⁸. Ancak imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların sadece bir kısmı için tahkime gidilmesi de öngörülebileceğinden, bunların kapsamının tam olarak belirlenmesi önem taşımaktadır. Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi, kamu düzeni ve kamu yararı ile ilgili bazı konulardan doğacak uyuşmazlıkların idare yargıcı yerine hakemlerce çözüme kavuşturulması tartışılabilir. Bu bakımdan da, tahkime götürülecek uyuşmazlıkların kapsamının belirlenmesi, özellikle sözleşmenin tarafı olan idare için hassas bir nitelik taşımaktadır. Görülüyor ki, tarafların tahkim sözleşmesi yapmak konusundaki *iradelerini açık ve kesin olarak belirtmeleri* gerekmektedir; böyle bir irade açıklaması, tahkim şartı ya da sözleşmesinin hüküm ifade etmesi için aranan esaslı şartlardandır.²¹⁹

217 HUMK ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkim sözleşmesinin şekil şartı olarak adı yazılı şekli yeterli görmüştür. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bu koşul açısından istisnai bir nitelik taşıdığı yukarıda belirtilmişti.

218 KURU B., a.g.e., s.5953

219 ERTEKİN-KARATAŞ, a.g.e., s.66.- Hem Devlet mahkemelerinin hem de hakem mahkemesinin görevli kılındığı tahkim koşulunun geçersiz olduğuna ve geçersiz tahkim şartına dayanılarak verilen hakem kararının da yok hükmünde olacağına dair karar ve davalı idarenin hakem yargılaması sırasında tahkim itirazında bulunmayı ancak temyiz aşamasında ileri sürdüğü tahkim itirazının gözetilemeyeceği yönünde karşı oy için bkz. Yargıtay 15.HD.'nin 23.5.1996 tarih ve 822/2881 sayılı kararı.

Hakem sözleşmesinden başlayarak, hakem kararlarının kesinleşmesine kadar geçecek aşamalarda izlenecek kurallara ilişkin bir düzenleme 4501 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Bu durumda, tahkime gidileceği öngörülen imtiyaz sözleşmesi yabancılık unsuru taşııyorsa, yukarıda da belirtildiği gibi, ancak millî tahkime gidilmesi mümkün olduğundan, 4501 sayılı Kanun md.6'da öngörüldüğü şekilde, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyarî tahkim'e ilişkin hükümleri izlenecektir. "...HUMK'un öngörmüş olduğu iç tahkim hükümlerine göre tahkim ve hakem sözleşmesi, tahkim davasının açılması, hakem heyetinin çalışma usulleri, davanın açılması, hakem kararları ve hakem kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları ve hakem kararlarının icrası iç (millî) tahkim prosedürü kapsamında yürütülecektir."²²⁰ Tahkime gidileceği öngörülen imtiyaz sözleşmesi yabancılık unsuru taşıyorsa ve milletlerarası tahkime gidilmesi öngörülmüşse yukarıda sayılan hususların düzenlenmesinde takip edilecek prosedür farklılaşacaktır.

4501 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinden hareketle;

-Uyuşmazlık "Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda" çözülecekse, hakem sözleşmesi ve hakem yargılamasında izlenecek usullerden, hakem kararının kesinleşmesine kadar izlenecek usul, sözkonusu tahkim kuruluşunun usulü olacaktır,

-Uyuşmazlığın "Yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem kurulunda" çözümlenmesi öngörülmüşse, hakem kararının

verilmesi ve kesinleşmesinde izlenecek prosedür, ya tarafların kararlaştırdığı yabancı hukuka, ya da 4501 sayılı Kanun'nun "yabancılık unsuru" kavramından hareketle bu noktaya gelindiği için, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine tâbi olacaktır,

-Uyuşmazlık "Türkiye'de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda" çözülecekse, hakem kararının verilmesi ve kesinleşmesinde izlenecek prosedür, taraflar başka birşey kararlaştırmamışlarsa, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi olacaktır.

Aşağıda, Türk hukukunda hakem sözleşmesi ve yargılamasındaki prosedürü ve hakem kararlarının sonuçlarının, İdare Hukuku bakış açısıyla farklı yorumlar getirilebileceğini düşündüğümüz noktalarını değerlendirmeye çalışacağız. Ancak öncelikle, tahkim anlaşmasının veya tahkim şartını da içeren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe girmesi prosedürünün çok tartışılan bir aşamasını, tahkim uygulaması açısından inceleyeceğiz.

cc) Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi konusunda Danıştay'ın görüşünün alınması

Tahkime başvurulmasının öngörüldüğü imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında da Danıştay'ın görüş bildirmesi gerekir. Anayasanın 155 inci maddesinde öngörüldüğü ve buna paralel olarak Danıştay Kanununun 23

üncü maddesinin (d) bendinde düzenlendiği gibi, Danıştay "...kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini ..." bildirir. Bu durumda, 4501 sayılı Kanun'dan hareketle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesine tahkim şartı konacak olursa, sözkonusu sözleşme yürürlüğe girmeden önce görüşünü almak üzere Danıştay'a iletilmesi veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılması halinde de bu sözleşmesinin ayrıca, Yüksek Mahkemeye iletilerek görüşünün alınmasının ardından yürürlüğe girmesi gerekecektir.

Bu noktada değinilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir husus sözkonusu Danıştay görüşünün Anayasa değişikliği sonrasında bağlayıcı olup olmadığıdır. 4446 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişiklikler kapsamında, Anayasa'nın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek" şeklindeki düzenleme yukarıdaki şekilde değiştirilmiştir. Bunun ardından, Danıştay Kanunu md.23/(d)'de yer alan "... imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceler." ifadesi de, 13.12.1999 ve 4492 sayılı Kanunla²²¹ yine yukarıda belirtildiği gibi "...düşüncesini..." bildireceği şeklinde değiştirilmiştir.

Yukarıdaki değişiklikler öncesinde imtiyaz sözleşmelerinin yürürlüğe girmesinden önce yapılan Danıştay incelemesinin, sözleşmenin tarafları için bağlayıcı olduğu kabul edilmişti.²²² Ancak yine 4446 sayılı Kanunla, Anayasa'nın 47 inci maddesine eklenen son

²²¹ RG.21.12.1999, S:23913

²²² Bu yönde bir istişari karar için bkz. Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 15.12.1998, E.1998/178, K.1998/199 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S:99, s.33).

fıkradaki (Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceğine dair düzenlemeye de hakim olan) bakış açısının, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tarafları için bağlayıcı olan Danıştay denetimini de, bağlayıcılıktan uzak olacağı düşünülen bir "görüş bildirme"ye dönüştürdüğü ileri sürülebilir. "Danıştay Kanunu ve İdarî Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nın "Genel Gerekçesi" de bu düşünceyi kısmen doğrulamaktadır. Söz konusu gerekçe şu şekildedir: "14.8.1999 tarih ve 23786 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 ve 155 inci maddelerinde yapılan değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırılabilmesi için, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddelerinde değişiklik yapılması gerekmektedir."²²³ Doktrinde söz konusu düzenlemenin nedeninin, "kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerin farklı ve daha çok özel hukuk alanına giren sözleşme olarak değerlendirilmiş olmasının" sonucu olabileceği de ileri sürülmüştür.²²⁴

Ne var ki, Anayasa'nın 47 ve 125 inci maddelerinde yapılan değişikliklerin, bu değişikliklerden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tarafları için "bağlayıcı" olan "Danıştay

²²³ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss292m.htm>

²²⁴ SAKMAR A., a.g.m. (yayınlanmamıştır)

incelemesi"ni, bağlayıcılıktan uzak olduğunu düşündürtecek şekilde bir "görüş bildirme"ye dönüştürülmesini gerektirmeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü sözkonusu Anayasa değişikliklerinin gerekçesi olarak, "yabancı yatırımcıların Türkiye'de kolaylıkla yatırım yapmaları sağlanarak, ülkenin acilen ihtiyacı olan altyapı projelerinin olabildiğince kolay, çabuk ve ucuz bir şekilde tamamlanması" gösterilmektedir. Bu durumda, Devlet ve diğer kamu tüzel kişileriyle yapacakları sözleşme, ister (kanunla öngörüldüğü hallerde) bir özel hukuk sözleşmesi, isterse kamu hukuku kurallarına tâbi olacak bir imtiyaz sözleşmesi olsun, Türkiye'de yatırım yapacak yabancıların vazgeçemeyecekleri unsurlardan biri de şüphesiz hukukî güvenlik olacaktır. Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yürürlüğe girmesinden önce yaptığı incelemenin, sözleşmenin bu inceleme sonucunun da gözönünde bulundurularak akdedilmesi durumunda, yabancı yatırımcı için bir nev'i teminat oluşturduğu düşünülebilir.²²⁵ Konuya, şu anda yürürlükte olan mevzuat açısından bakmayı deneyip, uyuşmazlık çıkması halinde tahkime başvurulacağı öngörülmüş bir imtiyaz sözleşmesi hakkında Danıştay'ın görüş bildirdiğini ve sözleşmenin de bu görüşte belirtilen hususlara bağlı kalınmaksızın uygulanmaya başlandığını düşünelim. Uyuşmazlık çıkıp da, özellikle yabancı hakem kararının Türkiye'de uygulanması gerekecek olursa, bu kararın iptali için mahkemeye başvurulması ve Danıştay belirttiği halde, sözleşmede bağlı kalınmayan husus, kamu düzenine aykırılık oluşturan bir konuysa, bu durum mahkemece tesbit edilecek ve kararın tenfiz edilmesini imkânsızlaştıracaktır. Bu şekilde bir

²²⁵ Düşünülebilir diyoruz, çünkü Danıştay'ın idari incelemesi yine Danıştay'ı yargı organı olarak bağlamaz, ama etkileyebilir.

başvuruyu, İdare kadar, konu ile ilgili bir üçüncü kişinin yapması da olasıdır. Yani, sözleşmenin yürürlüğe girmesi aşamasında gözardı edilen bir konunun, zaman içinde çıkan uyuşmazlıkların ardından, sonuç olarak iptal edilen ya da en azından bir süre icra edilemeyen²²⁶ bir hakem kararı şeklinde yabancı yatırımcıya yansması da, başta yabancı yatırımcı olmak üzere, sözleşme taraflarının, altına girmek istemeyeceği bir risktir²²⁷. Sorun çıkmasına rağmen, hukuka aykırı uygulamalara göz yumularak, iptal davası açmaktan imtina edilemeyeceğine göre, Danıştay'ın bildirdiği görüşlere uygun hareket ederek olası sorunların çıkmasına baştan ve önemli ölçüde engel olmak hem hukuka uygun, hem de pratik bir yol olabilir. Bu durumda, Danıştay görüşlerinin hukuken olmasa bile, uygulamada "bağlayıcı" olmadığını söylemek zorlaşacaktır.

dd) Hakem sözleşmesi ve hakem mahkemesinin oluşumu

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkime gidilmesinin kararlaştırılmış

226 Yabancı hakem kararının iptali için dava açılması, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15 inci maddesi uyarınca, sözkonusu hakem kararının icrasını kendiliğinden durduracaktır.

227 İmtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilebilmesi yolunu açan Anayasa değişikliği öncesinde ileri sürülmüş bir diğer görüşe göre, yabancı yatırımcılar, yatırım bedellerini, sözleşmenin ifası sırasında çıkabilecek olası uyuşmazlıklar ve bunların yargı mercileri önünde çözülmesi sırasında geçen süre boyunca projeyi uğratabileceği olası zararları gözönünde bulundurarak hesaplamaktadırlar. Bu nedenle tahkim, uyuşmazlıkların çabuk şekilde çözüldüğü bir yol olduğundan, sözkonusu Anayasa değişikliği yönünde yapılacak bir düzenlemenin, Türkiye tarafından ödenecek yatırım bedellerinin düşmesini sağlayacağı da ileri sürülerek, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun açılması fikri desteklenmiştir. Ne var ki, özellikle yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrası uzun zaman alan bir sürece dönüşürse, tahkimin çabuk bir çözüm yolu olması özelliği anlamını kaybedebilir ve bundan doğan finansal avantajlar da ortadan kalkabilir.

olması halinde, tahkim sürecinin başlaması için, ilk önce uyuşmazlığın doğması gerekecektir. Bazı durumlarda bir uyuşmazlık doğduktan sonra, bu uyuşmazlığın hakemlerce çözülebilmesi için, tahkim anlaşması sonradan yapılabilir. 4501 sayılı Kanun md.4/1'de bu anlaşmanın, esas sözleşmenin yürürlüğe konmasındaki usule tâbi olacağı düzenlenmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özellikleri ve kamu düzeni-kamu yararı kavramları ile sıkı bağlantıları düşünüldüğünde, bu düzenlemenin gerekliliği anlaşılacaktır.

Uyuşmazlık doğduktan sonra, bunun çözümü için hakem mahkemesinde dava açılabilmesi ancak sözkonusu mahkemenin kurulması ve/veya hakemlerin seçimi sonrasında mümkündür. Dolayısıyla konuyu incelemeye, hakem mahkemesinin kurulması aşamasından başlayacağız.

Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun'da, hakem mahkemesinin oluşumu konusunda izlenecek kurallara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda sözkonusu uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü -bir uluslararası antlaşmanın uygulama alanına girmiyorsa ya da böyle bir imkân var olduğu halde kullanılmıyorsa- aynı Kanun'un "Hüküm bulunmayan haller" başlıklı 6 ncı maddesinden hareketle, millî tahkime ilişkin diğer düzenlemeler için 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar için de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na başvurmak gerekecektir.

Hakem sözleşmesi, taraflar ile hakem veya hakemler arasında yapılan, Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi, ancak hakemin sözleşmeyi kabulü ile meydana gelen ve yazılı şekle tâbi olmayan bir sözleşmedir. Hakemler mahkeme tarafından seçilse bile, taraflarla hakem arasında hakem sözleşmesi yapılmış varsayılacağı gibi, taraflardan herbirinin kendi hakemini seçmesi durumunda, kendi hakemini seçen taraf, diğer tarafın seçtiği hakemle de sözleşme yapmış sayılır.²²⁸ Sözleşmenin bu özelliğinin, hakemlerin uyuşmazlığı çözerken uymakla yükümlü oldukları tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerinin de bir sonucu olduğu düşünülebilir.²²⁹ Aynı bağlamda, bir tarafın vekili veya kanunî temsilcisi, temsil ettiği kişinin taraf olduğu davada hakem olamayacağı gibi, 3096 sayılı Kanun md.2 gereği de milletvekilleri, kamu kuruluşlarının taraf olduğu işlerde hakemlik yapamazlar. Ayrıca kural olarak Cumhuriyet Savcıları ve buradaki gibi ihtiyarî tahkimin sözkonusu olduğu hallerde de hakimler, hakemlik yapamazlar.²³⁰

Hakem, kendisine açılan davanın hâkimidir ancak tarafların iradesi ile tayin edilmiştir ve bu hususta hiçbir resmî sıfatı yoktur. Buna rağmen hakemler, verdikleri kararlardan dolayı ancak hâkimler hakkındaki hükümlere göre sorumlu tutulurlar, cezaî sorumlulukları da memurlar gibidir.²³¹

Türk hukukunda "yabancı uyruklu kişiler (ecnebler) de hakem olabilir. Fakat bir yabancı (ecnebi) resmî makam

228 KURU B., a.g.e., s.5997-5998

229 PATRIKIOS A., a.g.e., s.185

230 KURU B., a.g.e., s.6001-6002

231 id., s.5998

hakem olamaz."²³² Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yabancıların hakemlik yapması hususu tartışılmıştır. A.Patrikios, uyuşmazlık içinde yer alan idarî kişilik göz önünde bulundurulduğunda, hakemin uyuşmazlık konusuna farklı yaklaşılabileceğini, en azından iç hukuk alanında, kamu yararının oynadığı rol de hesaba katılacak olursa, idarenin, yabancı uyruklu hakemlerce yargılanmasının kabul edilmesinin güç olacağını belirtilmiştir.²³³ Bu fikir ilk bakışta mantıklı gibi görünmektedir. Ancak bizce bu düşüncenin nedeni, hakem mahkemesinin çözeceği uyuşmazlığın bir tarafının idare olması değil, sözkonusu faaliyetin "millî tahkim" kurumunun bir uygulaması oluşudur. Esas sözleşmenin "yabancılaşma unsuru" içermediği, Türkiye'de cereyan edecek ve tamamen Türk usul hukukuna tâbi olacak bir tahkim uygulamasında hakem veya hakemlerin de Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaları, pratik olarak ilk anda akla gelen bir çözümdür. Ancak HUMK'da bu konuda bir sınırlama getirilmemiş, sadece bazı yargı kararlarında²³⁴ yabancı resmî makamların hakem tayin edilemeyeceğine hükmedilmiştir. A.Patrikios'un, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda kamu yararının rolünü, yerli hakemler tarafından çözülmesi için gerekçe olarak kullanması da düşündürücüdür, çünkü "tüm idarî uyuşmazlıklarda kamu yararı kavramı devrededir" denilebilir. Milletlerarası hakem mahkemelerinde çözülen idarî uyuşmazlıklardaki kamu yararı kavramı Türk hukuku açısından, hakem mahkemesinde gözetilmemiş bile olsa, Türkiye'de tenfiz aşamasında gözönünde bulundurulacaktır. Millî hakem kararlarında

232 id., s.5999

233 PATRIKIOS A., a.g.e., s.183

234 Yargıtay TD.'nin 18.2.1938 tarih ve 385 sayılı kararı. Türk resmî makamlarının da hakem tayin edilmemeleri yönünde yargı kararları mevcuttur. Örneğin: Yargıtay TD'nin 8.4.1938 tarih ve 336 sayılı kararı.

kamu yararı kavramı ihlali halinde, bu kararlara karşı da temyiz yolu açıktır.

Yukarıdaki genel açıklamalardan sonra, Türk hukukunda hakemlerin seçimine ilişkin hükümlere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle bağlantılı olabileceğini düşündüğümüz açılardan yaklaşacağız.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca hakemlerin seçilmesi ve hakem mahkemesinin tahkim şartı veya sözleşmesinde aşağıdaki dört yoldan biri izlenebilir:

- hakemler ismen gösterilebilir (HUMK. md.520)
- hakemlerin taraflarca seçileceği kararlaştırılır (HUMK md.520 ve 523)
- hakemlerin seçimi üçüncü bir kişiye bırakılır
- tahkim sözleşmesinde hakemlerin seçimi konusunda bir açıklık bulunmaz. Bu durumda davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme üç hakem seçer (HUMK md.520).

Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar da, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 4686 sayılı Kanun'un kapsamına gireceklerinden (Milletlerarası Tahkim Kanunu md.1/2 ve 5), hakemlerle ilgili olarak bu Kanun'un 7 inci maddesine bakmak gerekir. 4686 sayılı Kanun'un "Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi" başlıklı 7 inci maddesi, hakem mahkemesinin oluşumu hususunda ayrıntılı bir düzenleme içermektedir.

Ancak yukarıdaki her iki kanunda hakem mahkemesinin oluşumu konusunda öngörülen düzenlemelerin idarî uyumsuzluklar konusunda doğurduğu soru işaretleri aynıdır. Bunlardan ilki seçilecek hakemlerin sayısına, ikincisi de hakem seçimi konusunda sorun çıkması halinde görevli ve yetkili olacak mahkemeye ilişkindir.

aaa) Hakem sayısı

4501 sayılı Kanun "Tahkim yoluna ilişkin ilkeler" başlıklı 4 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında "...hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı..."ndan bahsedilmiştir. Bu demektir ki, konuyla ilgili "özel kanun" niteliğindeki 4501 sayılı Kanun, incelemekte olduğumuz uyumsuzluk tipi için "tek hakem" ya da "hakem heyeti" seçimi konusunda emredici bir düzenleme içermemektedir.

Gerek HUMK, gerek Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da, taraflar, hakem sayısını belirlemede serbest bırakılmışlardır. Yine her iki kanunda, tarafların bu sayıyı kararlaştırmamaları halinde bu konuda görevli ve yetkili mahkeme tarafından üç hakem seçilmesi²³⁵ öngörülmüştür. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, herhalde hakem sayısının tek sayı olması gerektiği de düzenlenmiştir. Ancak bu, taraflarca bir tek hakem seçilmesine engel değildir.

Az sayıda hakem seçilmesinin, tahkim faaliyetinin maliyetini düşüreceği ya da daha doğru bir deyişle, hakem

235 Bu hüküm, hakem seçiminin üçüncü bir kişiye bırakıldığı ve seçilecek hakem sayısının belirtilmediği hallerde de uygulanmaktadır. (KURU B., a.g.e., s.6021)

sayısının fazlalaşmasının, hakem yargılamasının maliyetini yükselteceği muhakkaktır. Ancak Türk idarî yargı organizasyonuna bakıldığında, tek hakimle görülen işlerin nitelikleri ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların da Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu işlerin kapsamına girdiği düşünülecek olursa, burada da birden çok hakem seçilmesinin gerektiği düşüncesindeyiz. A.Patrikios da tek hakem ve hakem heyeti arasındaki seçimin İdare Hukuku açısından farklı bir anlam taşıdığını, çünkü idarî yargı merciilerinin tarihte, kural olarak, hep güçlü bir "collégialité" ile karakterize olduğunu belirtmiştir.²³⁶ Özellikle yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar konusunda verilecek milletlerarası hakem kararlarının tenfiz edileceği düşünülse de, gerek temyize yol açacak, gerek tenfizi engelleyecek nedenlerin Kanunlarda yazılanlarla sınırlı olduğu düşünülürse, hakem kararlarının güvenilirliği açısından da, heyet kararları tercih edilecektir.

Hakemlerin heyet halinde karar vermelerinin hukukî güvenlik açısından tercih edilmesi gerektiği ve konuyla ilgili özel kanunlarda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesinin de isabetli olacağı düşünülebilir.

bbb) Hakem seçiminde ve hakemlerin reddinde görevli ve yetkili mahkeme sorunu

Tahkim sözleşmesinde hakem seçiminin taraflarca yapılmadığı ve nasıl yapılacağına ilişkin bir açıklık da bulunmadığı takdirde HUMK'a göre, davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme üç hakem seçer (HUMK md.520).

236 PATRIKIOS A., a.g.e., s.177-178

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanına giren bir durum söz konusu olduğunda ise bu Kanun'un 7 inci maddesinde, hakem seçiminde bir sorun çıktığı takdirde Asliye Hukuk Mahkemesi'nce çözüme kavuşturulacağı -bu merciin gözönünde bulundurması gereken ilkeler de sayılarak²³⁷- öngörülmüştür.

Ne var ki, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolu öngörülmemişse, davaya bakmakla görevli mahkeme Danıştay'dır. Danıştay Kanunu md.24/f'de bu husus açıkça düzenlenmiş ve "...tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idarî davaları karara bağlar." denmiştir. Bu durumda HUMK md.520 hükmü gereği, yabancılık unsuru taşımayan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlık için tahkime gidildiği ve hakem seçiminde bir sorun çıktığı takdirde bunu görevli ve yetkili mahkeme olan Danıştay çözecektir.²³⁸ Oysa, yabancılık unsuru taşıyan bir kamu

237 Milletlerarası Tahkim Kanunu md.7/(B)/(4)/3/3- « (...) Asliye hukuk mahkemesi, hakem seçiminde tarafların anlaşmalarını, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, tarafların farklı tâbiyette olmaları hâlinde tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tâbiyetinden olmaması, üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin bir tarafın tâbiyetinden olmaması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır. »

238 Tahkim süresinin dolması ve uzatılamaması durumunda da HUMK'ta yer alan aynı nitelikte bir başka düzenlemeden hareketle, Danıştay'ın yetkili olacağını ve bu örneklerin çoğaltılabileceğini Tanrıver şöyle ifade etmiştir: "Yine, tahkim süresinin dolması ve uzatılmasının da sağlanamaması halinde, millî tahkim bağlamında davanın görevli ve yetkili mahkemeye intikal edeceğini öngören Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 529 uncu maddesinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili millî tahkim çerçevesinde de 4501 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesi uyarınca kıyasen uygulanması sebebiyle, hakemlerde görülmekte olan dava, sözü edilen ilişki tipinden kaynaklanan uyuşmazlık yönünden asıl görevli ve yetkili mahkemeye Kanun'un deyişle "selahiyettar mahkemeye", yani Danıştay'a intikal edecektir. Bu örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür." (TANRIVER S., a.g.m., s.1082)

hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık için tahkime gidildiği ve hakem seçiminde bir sorun çıktığı takdirde görevli mahkeme, 4686 sayılı Kanun'daki düzenleme gereği, Asliye hukuk mahkemesidir. 4686 sayılı Kanun'da yer alan bu düzenlemenin temelinde, tahkimin esasen özel hukuk yapısı içinde yer alan ve özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için öngörölmüş bir mekanizma olmasının yattığını sanıyoruz. Ancak nerdeyse tamamen aynı nitelikteki iki hukuki sorunun çözümü için, farklılığı yargı rejimlerine kadar götüren birer kanuni düzenleme bulunması düşündürücüdür. 4686 sayılı Kanun'da da, HUMK'ta yer alan çözümün tekrarlanmamasına, Danıştay'ın iş yükünün artacak olması ve bu arada da tahkim mekanizmasının avantajları arasında sayılan "çabukluk" özelliğinin, uygulamada muhtemelen zedelenecek olması dışında bir neden göremiyoruz. Böyle bir durumu engellemek için idare mahkemeleri görevlendirilebilirdi. Çünkü bir başka sorun da, idarî uyuşmazlıklar konusunda hakem seçiminde Asliye hukuk mahkemelerinin görevli olmalarının nasıl sonuçlar doğuracağıdır. Fransa'da, idarî uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi konusunda benzer bir sorun gündeme gelmiş ve doktrinde farklı görüşler ileri sürölmüştür.²³⁹ Bu görüşlerden hareketle denilebilir

239 D.Foussard, adliye yargıcının, Medeni Usul Kanunu'ndan aldığı yetkiye dayanarak ve işin esasına girmeksizin, prosedürün iyi işlemlerini denetlemek için ehil olduğunu belirtiyor. Ancak D.Foussard'ın da belirttiği gibi, başvurulması gereken yargı merciinin, tahkim gidilmemiş olsaydı başvurulacak olan ve kararın kontrolü için başvurulması gereken yargı merci olması gerektiği ileri sürölüp bu görüşe karşı çıkılması mümkündür. Fakat D.Foussard, bu görüşü de gözardı ederek, "tahkimsel" eylemin, kamu hizmeti kavramı ve her türlü kamu gücüne uzak bir "kontekst"te cereyan ettiğini, dolayısıyla normalde idare yargıcının görevli olmasını gerektirecek unsurların bu durumda bulunmadığını belirtiyor. D.Foussard, yargıcın tahkime karışmasını öngören metinlerin de tahkimi düzenleyen maddi hukukla bağlantılı olarak düzenlendiğini, bunların bir bütün oluşturduğunu ekleyerek, maddi İdare Hukukunun ve buna bağlı olarak da idare yargıcının konuya karışması ihtimalini, kendi gerekçelendirmesi içinde ortadan kaldırmış oluyor.

ki, yalnız İdare Hukuku alanına giren uyuşmazlıkları çözecek bir "idari tahkim" hayata geçirilmediği sürece, Türkiye uygulamasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkime gidildiğinde ve Devletin mahkemelerinden yardım almak gerektiğinde, bu yardımın özellikle idari yargı içinde yer alan mahkemelerden alınmasına gerek yoktur. Çünkü görevli hakimin yapacağı, sadece taraflarını bağlayan tahkim sözleşmesinin işlerliğini sağlamak amacıyla, hakemleri tayin etmektir. Tereddüt yaratabilecek nokta, P.Delvolvé'nin de belirttiği yönde²⁴⁰, asliye hukuk mahkemesi yargıcının, idari uyuşmazlığı çözecek gerekli nitelikleri haiz hakemleri tayin edebilip edemeyeceğidir. Ancak bu noktada kesin bir cevap vermek neredeyse imkânsız görünmektedir. Hakemlerin çözülecek uyuşmazlık konusunda uzman kişiler olmaları, tahkime gidilmesinin avantajları arasında sayılmaktadır, ancak kendi hakemini seçme hakkını kullanmayan tarafın ya da tarafların, bu avantajdan yararlanmak konusunda titiz oldukları söylenemeyebilir.

P.Delvolvé ise her ne kadar Fransa'da "Tribunal de Grande Instance" başkanına hakemleri tayin etmek yetkisi verilmiş olsa da, idari bir uyuşmazlığı çözecek hakemleri sözkonusu yargıcın seçmesini kabullenmek gerekip gerekemeyeceği konusundaki tereddütlerini belirtiyor.

A.Patrikios ise, müstakil bir idari tahkim sistemi kurma düşüncesinden vazgeçmeyerek, adliye yargıcının herhalde idari rejime ait bir konuya karşınması ve idari tahkimde bir sorun çıkması halinde bu sorunu çözecek kişinin idare yargıcısı olması gerektiğini savunuyor. D.Foussard'ın, Tribunal de Grande Instance başkanına konuyla ilgili yetkiyi Medeni Usul Kanunu'nun verdiğini dayanak göstermesine de, aynı bakış açısından hareketle karşı çıkıp, bu yetkilendirmenin tamamen adli yargı mekanizması içindeki yetkilendirme kurallarının, tahkimin özel hukuka tamamen boyun eğmesinin bir sonucu olduğunu belirtiyor. A.Patrikios, tahkim konusundaki sorunları çözmek konusunda adli yargının deneyimlerinden yararlanılarak bir sistem oluşturulup, hakemleri tayin yetkisinin de, Danıştay'a temyiz yolu açık bırakılarak gerektiğinde idare mahkemesi yargıçlarına verilmesinin uygun olacağını düşündüğünü belirtiyor.

(Bu görüşler için bkz. PATRIKIOS A., a.g.e., s.193-195)

240 bkz. Dpn.239

(ya da ne derece titiz oldukları tartışılabilir.) Diğer yandan, Türkiye’de millî tahkime gidilmesi halinde, hakem seçimini yapacak olan Danıştay’ın da, “doğru” hakemleri tayin edip edemeyeceğinin kesin bir cevabı var mıdır? Adli-idari yargı rejimlerinin ayrımını kabul eden bir sistemin içinde, nerdeyse tamamen aynı nitelikteki bir görevin biri adli, diğeri idari yargıda yer alan farklı mercilere verilmesi, belki de giderilmesi gereken bir ikiliktir ve bunun giderilmesi bir kanun değişikliğini zorunlu kılmaktadır.

Yukarıda, hakem seçimi konusunda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin olarak yapılan tartışma, hakemlerin reddi alanında da kısmen geçerliliğini korur. Çünkü millî tahkim için HUMK. md.512/3, “red talebi üzerine dâvayı rüyete salâhiyettar hâkim’in karar vereceğini düzenlerken, aynı konuda Milletlerarası Tahkim Kanunu md.7/(D)/4’de asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağını düzenlemiştir. Bizce bu konuda da idari yargının özellikle görevli kılınmasını gerektirecek bir neden yoktur. Hakimin reddi sebepleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlemiştir ve İdari Yargılama Usulü Kanunu md.31 de, bu hususta HUMK’a atıf yapmıştır. Yani idare yargıcı da, adliye yargıcı da bu konuyu aynı hükümlere dayanarak inceleyip karara varacaklardır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, hakemin reddi usulünün taraflarca serbestçe kararlaştırılacağını ve red istemini hakem kuruluna bildiren tarafın, sözkonusu isteminin reddedilmesi hâlinde asliye hukuk mahkemesine başvuracağını öngörmüştür. Dolayısıyla, dayanılacak hükümler aynı olmakla beraber, görevli yargı mercileri arasındaki farklılaşmanın, yeni bir düzenlemeyle ortadan kaldırılması burada da düşünülebilir.

Tahkim sözleşmesi ve hakem mahkemesinin oluşumunun ardından, uyuşmazlığın hakemlerce çözülmesi safhası gelir. İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, özel hukuk sözleşmelerinden doğanlardan farklı özellikler gösterirler. Bu nedenle sözkonusu uyuşmazlıkları çözecek hakemlerin yetkileri de, idare yargıcınıninkilere en azından yaklaşmalıdır.

b) Hakem yargılaması

4501 sayılı Kanun md.4/2'de, hakem yargılaması safhasına ilişkin olarak, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü gibi konuların, idare ve özel hukuk kişisi arasında yapılacak tahkim sözleşmesinde düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. HUMK ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yukarıdaki konuları düzenleyen maddelerde, taraflar arasında kararlaştırılanlara öncelik verileceği, ancak sözkonusu Kanunların emredici hükümlerinin de uygulamada göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir. 4501 sayılı Kanun gereği, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yukarıdaki hususlar tahkim sözleşmesinde kararlaştırılacaktır. Bu hususlardan herhangi birinin kararlaştırılmaması sonucu, sayılan kanunlarda bu tip belirsizlik halleri için öngörölmüş hükümlerin uygulanmasına gidilmemelidir. Çünkü özellikle olayın esasına uygulanacak maddî hukukun ve usul hukukunun

seçimi başta olmak üzere -yargılamada kullanılacak dil için aynı şey söylenemese de- , bunlar hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlayan hususlardır ve bunların dışına çıkılması hakemlerin talep edilmeyen ve/veya yetkileri dahilinde olmayan konularda karar vermeleri sonucunu doğurarak, kararların bozulmasına yol açacaktır.²⁴¹

Ayrıca, 4501 sayılı Kanun md.4/2'de düzenlenmesi gerektiği belirtildiği halde tahkim sözleşmesinde düzenlenemeyen hususların, idare aleyhine sonuç doğurmasının, bu konuda yetkili idare ajanlarının da sorumluluğunun doğumuna yol açması gerektiği düşüncesindeyiz.

Aşağıda, idarenin taraf olduğu ve 4501 sayılı Kanun gözetilerek akdedilecek tahkim sözleşmelerinde yer alacak konulardan, tahkim yeri, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi ve hakemlerin yetkileri konuları üzerinde, bir idarî uyuşmazlığın hakem mahkemesinde çözülmesi sırasında oluşturacakları farklılıklar nedeniyle ayrıca duracağız.

aa) Tahkim yeri

Milletlerarası tahkime gidildiğinde, hakem mahkemesinin kuruluşundan, hakem kararlarına karşı başvuru yollarına kadar, tüm aşamalarda, tahkimin devam ettiği Devletin mahkemelerinden yardım alınması gereken durumlarla karşılaşılabilir. Böyle durumlarda, tahkim

241 Yargıtay 15.HD 15.6.1989, 1023/2841 (YKD 1989/9, s.1298-1301)

yeri hukukuna göre öngörülen kurallar çerçevesinde, sözkonusu Devletin mahkemeleri -yukarıda bazılarında değindiğimiz ve aşağıda yine karşılaşacağımız- gerekli konuları görüşür, karara bağlarlar. Böylece tahkim prosedüründe meydana gelen belli tıkanıklıklar giderilirken, resmi yargı yetkisinin (*imperium*) kullanılması gerektiği için hakemlerin yetkilerini aşan hususlar da çözüme kavuşturulur.

4501 sayılı Kanun md.4/2 uyarınca, bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için tahkim şartında ya da anlaşmasında belirlenmesi gereken hususlar arasında "tahkim yeri" de bulunmaktadır. Bu husus kararlaştırılırken, idarenin, kendi tahkim usulü bulunan bir milletlerarası tahkim kuruluşuna başvuru haller hariç, tahkim yeri olarak Türkiye'yi tercih edeceği düşünülebilir. Çünkü böyle bir durumda, hakem mahkemesinin, Devlet mahkemelerinden yardım alması gereken hallerde öncelikle tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan usul hukuku, yoksa Türk hukuku uygulanacaktır.²⁴² Bu durumda uygulanacak kanun, Milletlerarası Tahkim Kanunu'dur. Sözkonusu Kanun'un 5 ve 6 ıncı maddelerinin, Türkiye dışında verilen yabancı hakem kararlarında da uygulanacağı öngörülmüştür(4686 s. Kanun, md.1/3). 4686 sayılı Kanun hükümlerinin idarenin taraf olduğu uyuşmazlığın tahkimi aşamasında karşılaşılan sorunlar nedeniyle adli yargı önüne götürdüğü, bu konudaki görüşlerle birlikte, yukarıdakilere ek olarak aşağıda tartışılacaktır.

242 4501 sayılı Kanun uyarınca milletlerarası tahkime gidilecek durumlarda, uygulanması istenen tahkim kurallarının da kararlaştırılacağı öngörülmüştür. Bu durumda idarenin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını tercih edeceği düşünülebilir.

bb) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi

Gerek Türk hukukundaki düzenleme (4686 s.Kanun md.12/C) gerek yargı kararları²⁴³ uyarınca, tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçilmesi halinde, hakemler buna uymak zorundadırlar.²⁴⁴ Esasa uygulanacak maddi hukukun seçilmesi halinde hakemler, o uyuşmazlık hakkında adalet ve nasafet kurallarına dayanarak karar veremezler.²⁴⁵ 4501 sayılı Kanunda bu konunun düzenlenmesi gerektiğinin belirtilmesinin nedenlerinden biri, idarî bir uyuşmazlık konusunda karar verilirken adalet ve nasafet kurallarına dayanılmasını engellemek de olabilir.

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk kuralları hakem yetkilerinin sınırını belirleyici nitelikte olduklarından, yukarıda da kısaca değindiğimiz gibi, milli hakem kararları açısından, uyuşmazlık hakkında esasa uygulanacak maddi hukuk kuralları dışına çıkılarak karar verilmesi, HUMK md.533/3 uyarınca "Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri" olarak yorumlanıp bir bozma nedeni oluşturabilecektir. Aynı yönde bir hüküm Milletlerarası Tahkim Kanunu md.15/(1)/d hükmü uyarınca "Hakem veya hakem kurulunun (...) yetkisini aştığı" şeklinde

243 28.1.1994 günlü ve 4/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (RG.13.4.1994, S:21904)

244 Ancak doktrinde, kanuna aykırılığın kanunlarda açıkça bir temyiz nedeni olarak düzenlenmediği ve bu nedenle hükmün kanuna aykırılığı kontrol edilemeyeceğine göre maddi hukuka uygun karar vermek mecburiyetinden bahsedilemeyeceği de ileri sürülmüştür. (ERTEKİN-KARATAŞ, a.g.e., s.267)

245 ERTEKİN-KARATAŞ, a.g.e., s.269

yorumlanarak sözkonusu milletlerarası hakem kararına karşı iptal davası açılması sonucunu doğurabilir.

İdari uyuşmazlıkların milletlerarası tahkime götürüldüğü durumlarda, tahkim sözleşmesi tarafı idarenin, Türk kamu düzenine ilişkin kuralların da uygulanmasını sağlamak amacıyla esasa uygulanacak maddi hukuk olarak Türk hukukunun kararlaştırılmasını tercih edeceği düşüncesindeyiz. Ancak yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda "kamu düzeni" kavramının içeriğinin tartışmalı bir konu olduğu belirtilmelidir. Ne var ki, aşağıda değineceğimiz bir diğer husus, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca sözkonusu iptal talebi hakkında karar verecek yargı merciinin yetkili asliye hukuk mahkemesi oluşudur. Yani esasa uygulanacak maddi hukuk olarak Türk hukukunun seçildiği varsayılacak olursa, Türk yargı sistemi içinde bir adli yargı mercii, bir idari uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hakem kararını, esasa uygulanan maddi hukuk ve muhtemelen, özellikle Türk İdare Hukuku açısından değerlendirecektir. Bu durumda, idarenin, mutlaka gözetilmesini istediği hususları Türk İdare Hukukunun -hakemlerce yeterince bilindiği her zaman söylenemeyecek olan- genel prensiplerine emanet etmektense, imtiyaz sözleşmesi hükümleri arasında düzenlemesini sağlamanın sağlam bir çözüm olacağı görüşünderiz.

cc) Hakemlerin yetkisi**aaa) İdari işlemlerin denetlenmesi gereken haller**

4501 sayılı Kanun kapsamında hakemlerin yetkisine ilişkin hususun, tahkim sözleşmesinde düzenlemesi gerektiğini belirtmiştik. Yukarıda, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun, hakemlerin yetkisi ile bağlantısına ilişkin görüş de aktarılmıştı. Ancak hakem mahkemesinin çözeceği uyuşmazlık idarî nitelik taşıdığına, bunun çözüme kavuşturulması için bazı idarî işlemlerin denetlenmesi gerekebilir. Anayasa md.125 ve 4501 sayılı Kanun'un ne şekilde yorumlandığına bağlı olarak, idarî sözleşmenin hakemlerce iptal edilmesi hususu da tartışılabilir. İdari işlemlerin hakemlerce iptali konusu doktrinde tartışmalıdır.

Fransız hukukundaki durumu değerlendiren A.Patrikios, hakemlerin, idarî işlemler konusundan tamamen soyutlanmaları ve her idarî işleme karşılaştıklarında bunların denetlenmesi için idare yargıcına başvurulmasının, tahkim sistemini felce uğratıp, sistemin en önemli avantajlarından biri olan "çabukluk" özelliğini tamamen ortadan kaldıracağını düşünmektedir. Esasen bu sorunun, tahkim konusunun da ötesine geçerek, adlî ve idarî yargı otoritelerinin ayrımı meselesine bağlandığına işaret eden yazar, Fransız hukukunda, tahkim adlî yargı sisteminin bir parçası olmadığından, hakeme idarî işlemleri iptal etme yetkisinin verilmesinin hiçbir şekilde

düşünülemeyeceğini, ancak idarî işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme izni verilebileceğini ileri sürmektedir.²⁴⁶

Adlî-idarî yargı rejimlerinin ayrımını kabul eden Türk hukuku için de, A.Patrikios'un görüşlerine katılmak mümkündür. Çünkü tahkimde hakemler, sadece taraflarca verilen yetkiye dayanarak yargılama yaparlar ve bu nedenle tahkimin, kural olarak tarafların arzularına tâbi meselelerde cereyan etmesi gerekir. Ne var ki, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için Anayasa ve ilgili kanunlarda tahkime gidilebileceği düzenlenmiştir. Buna rağmen kamu kudreti kullanımının devreye girdiği noktalarda çıkan uyuşmazlıklar ve özellikle de bir idarî işlemin denetlenmesi gereken durumlarla karşılaşıldığında, hakem yetkili midir? Bu konuda farklı düşünceler ileri sürülebilir.

Türk hukukunda, idarî işlemleri iptal görevi idare yargıcına verildiği ve kimsenin kaynağını Anayasa ve kanunlardan almayan bir yargı yetkisi kullanamayacağı, Türk hukuku uyarınca hakemlerin idarî işlemleri iptal edemeyeceği ileri sürülebilir. Bu durumda idarî işlemlerin denetimi ile karşı karşıya kaldıklarında, hakemlerin bunu bekletici mesele yaparak idare mahkemelerinde konunun görüşülüp karara bağlanmasını beklemeleri, tahkim prosedürünü çok yavaşlatıp bu yola başvurulmuş olmasını anlamsızlaştırabilecektir. Hakemlerin, idarî işlemin hukuka uygunluğunu denetleyerek, sadece bu konuda görüş bildirmeleri ise, millî hakem kararları kapsamında bu konunun tarafların

246 PATRIKIOS A., a.g.e., s.214

arzularına tâbi bir mesele olmadığı ileri sürülüp, HUMK md.533/3 hükmüne dayanılarak temyiz sebebi oluşturabilecektir. Aynı hususun milletlerarası hakem kararında yer alması durumunda ise kararın Türkiye’de tenfizi, MÖHUK md.38/(b)’ye aykırı bulunarak -ilâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda olduğu ileri sürülerek- imkânsız hale getirilebilecektir.

Ancak Anayasa md.125 ve idarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin kanunlarda, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların" tahkim yoluyla çözüleceği öngörülmüştür. Bu durumda tahkime götürülecek uyuşmazlıkların sadece sözkonusu sözleşmelerden "doğan", bir başka deyişle bu sözleşmelerin uygulanması aşamasında karşılaşılabilecek uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu da düşünülebilir. Bu durumda hakemlerin imtiyaz sözleşmesini iptal etme yetkileri olup olmadığı artık tartışılmayacaktır.

bbb) Delil toplama yetkisi ve usulü

4501 sayılı Kanun md.4/2 uyarınca tahkim şartı veya sözleşmesinde kararlaştırılması gereken hususlardan biri de, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulüdür.

Bu durumda, millî tahkime gidilen hallerde Türk hukukundaki düzenlemeye göre deliller konusunda kanunda öngörülen kurallar, hakem yargılamasında da uygulanacak (HUMK.md.526) ve yemin icrası, şahitlikten kaçınanların getirilmesi gibi kamu kudreti kullanımını gerektirecek,

HUMK. md.527'de sayılan hallerde de hakemler, sulh mahkemesinden yardım alacaklardır.

Milletlerarası tahkime gidildiğinde, 4501 sayılı Kanuna göre hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü için 4686 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması kararlaştırılırsa md.12/(B) uyarınca hakemler asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir.

Görülüyor ki, herhalde taraflar, hakemlerin, idare yargıcının sahip olduğu res'en araştırma yetkisini haiz olacaklarını kararlaştıramazlar.

dd) Hakem kararları ve sonuçları

Türk hukukuna göre hakem kararlarının içermesi gereken hususlar, ilgili iki Kanunda milli ve milletlerarası hakem kararları için ayrı ayrı, sayılmıştır (HUMK md.530 ve 4686 sayılı Kanun md.14). Türk hukukunda, sözkonusu kararların verilmesi aşamasında karşılaşılan, idarî içerikli bir uyuşmazlığın hakemlerce çözümünde çıkan bazı sorunların adli yargı merciilerinde çözümlenmesi alanında yaşanan ikilik ve tartışma bu aşamada da ve bu kez, sadece usulî konularla sınırlı kalmayarak karşımıza çıkacaktır.

aaa) Millî hakem kararlarına karşı başvuru yolları

HUMK uyarınca, millî hakem kararlarına karşı temyiz (HUMK md.533) ve kesinleştikleri takdirde de yargılamanın iadesi (HUMK.md.534) yolu açıktır. Hakemler kararlarını yetkili olan mahkeme kalemine (HUMK md.532) yani kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık

konusunda verdikleri bir kararı, yukarıda açıkladığımız nedenlerden, Danıştay'a tevdi ederler. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md.533'de sayılan nedenlere dayanılarak tarafların temyiz isteminde bulunması mümkündür. Yukarıda değindiğimiz, hakemlerin yetkilerini aşan konularda karar vermeleri de, HUMK md.533/(3) uyarınca bir bozma nedenidir.

Ancak bu noktada da düşündürücü olabilecek bir durumun varlığından bahsedilebilir: Danıştay, tevdi edilen hakem kararına karşı yapılan temyiz başvurusunu HUMK md.533'e göre inceleyecektir. Dolayısıyla, Türk hukukundaki idarî-adlî yargı rejimlerinin ayırımına rağmen, bir idarî yargı mercii, tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmuş idarî bir uyuşmazlık konusunda verilen hakem kararını, özel hukuk alanındaki kanuni düzenlemelere dayanarak inceleyip bozma ya da onamaya hükmedecektir.

bbb) Milletlerarası hakem kararlarına karşı başvuru yolları

Milletlerarası hakem kararları konusunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu 4501 sayılı Kanun'un "Hakem kararlarının tanınması, tenfizi ve temyizi" başlıklı 5 inci maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu kanun uyarınca verilen hakem kararlarının ancak yetkili asliye hukuk mahkemesinde iptalinin istenebileceği düzenlemiştir (4686 s. Kanun md.15).²⁴⁷ Bu düzenleme uyarınca da yetkili

247 Söz konusu kararların kesinleşmeleri sonrasında tenfizini düzenleyen MÖHUK hükümleri yürürlükte dir. Ayrıca bu alanda Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar da unutulmamalıdır.

asliye hukuk mahkemesi yukarıda bahsedilen, "hakem kurulunun yetkisini aşan bir konuda karar verdiği" gerekçesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu md.15/(A)/1'de sayılan diğer gerekçelere dayanarak hakem kararını iptal edebilir. Ancak doktrinde sıkça tartışılmış bir diğer konuya Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da değinilmiştir, şöyle ki; yetkili asliye hukuk mahkemesi, iptal davasından feragat halinde veya kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belgeyi vermeden önce veya iptal talebi sonucu incelediği hakem ya da hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli ve hakem kararının da kamu düzenine aykırı olup olmadığını res'en gözönünde bulundurmak zorundadır (Milletlerarası Tahkim Kanunu md.15/(A)/2 ve son). Ancak burada da, bu düzenlemelere göre, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında verilmiş hakem kararları, yukarıda saydığımız ve bir kısmı da mahkemece res'en gözönünde bulundurulacak kriterlerle, adliye yargıcı tarafından değerlendirilecektir.

c) Hakem kararlarının infazı

Hakem kararları kesinleştikten sonra, infaz aşamasına geçilir. Bu aşamada kararın infaz edileceği Devlet mahkemeleri son kez devreye girer ve "imperium"dan yoksun hakemlerin verdikleri kararlara, bir işlemle bu gücü kazandırırılar.²⁴⁸ Baştan beri olduğu gibi bu aşamada da, millî ve milletlerarası hakem kararlarının infazı farklı hükümlere tâbidir.

248 Ancak yukarıda belirtildiği gibi, ICSID Antlaşması uyarınca, ICSID Tahkim Merkezi tarafından verilen hakem kararları kesin hüküm etkisini haizdir.

aa) Millî hakem kararlarının infazı

HUMK md.536, temyiz süresi geçmiş hakem kararlarına, mahkeme başkanınca verilecek bir "tasdik şerhi"yle icra kabiliyeti kazanacağını düzenlemiştir. "Bu tasdik, sadece temyiz süresinin geçmiş olması nedeniyle hakem kararının kesinleştiğini tesbit eden bir şerh niteliğinde olmayıp, aynı zamanda hakem kararının usule, şekle ve kamu düzenine uygunluğu bakımından hakem kararına kesin hüküm vasfını veren ve hakem kararını icra kabiliyetini haiz bir ilâm haline getiren yargısal (kazaî) bir karardır. Bu nedenle, mahkeme başkanının veya hâkimin hakem kararının tasdikine ilişkin kararına (m.536) karşı, usule, şekle ve kamu düzenine aykırılık nedeniyle temyiz yoluna gidilebilir..."²⁴⁹

Temyiz edilen millî hakem kararları ise Yargıtay tarafından onanarak kesinleştiği takdirde karara "kesinleşme şerhi" verilir. Bu durumda kararın, HUMK md.536'ya göre tasdik edilmesine gerek kalmaz ve icraya konabilir.²⁵⁰

bb) Milletlerarası hakem kararlarının tenfizi

Anayasa uyarınca, 4501 sayılı Kanun'a göre "yabancılık unsuru" taşıyan, kamu hizmetleri ile ilgili bir imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde çözülmesinden sonra, bu kararın Türkiye'de icra edilebilmesi için tenfizi gereklidir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi

249 KURU B., a.g.e., s.6126-6127
250 id., s.6125-6126

konusunda MÖHUK md.43-45 dışında, Türkiye'nin katıldığı Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi²⁵¹ ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi²⁵² bulunmaktadır.²⁵³ Bu bölümde, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizini, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ve milletlerarası tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmuş uyuşmazlıklar açısından özel önem taşıdığını düşündüğümüz açılardan inceleyeceğiz.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların yabancı hakem/hakem kurulu veya bir milletlerarası tahkim kuruluşu tarafından çözülmesi halinde elde edilen hakem kararının Türk hukuku açısından hangi kriterlerden hareketle "yabancı" hakem kararı olup, tenfiz edilmesinin sözkonusu olabileceğine dair bir açıklama yukarıda yapılmıştı.²⁵⁴ Buna göre, hakim olan içtihat uyarınca hakem kararlarında "yabancı"lık kriteri olarak, "hakem kararının tâbi olduğu usul hukuku" kabul ediliyor ve HUMK'na göre verilen hakem kararlarını "Türk hakem kararı" olarak nitelendirilirken, yabancı ülkelerin usul kanunlarına göre verilenleri de "yabancı" hakem kararı²⁵⁵ olarak değerlendirilerek, tenfiz hükümlerinin uygulanması imkânı veriliyordu. Bu durumda, kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşlarının kararlarının

251 RG 23.9.1991, S:21000. Türkiye bu sözleşmeye bir çekince ileri sürmeksizin taraf olmuş ve böylece sözleşmenin II. maddesinde yer alan "kamu tüzel kişilerinin de geçerli bir şekilde tahkim anlaşması haklarının olduğunu açıkça kabul etmiştir. (SAKMAR A., a.g.m. (yayınlanmamıştır))

252 RG 25.9.1991, S:21002

253 KURU B., a.g.e., s.6137

254 bkz. Dpn. 213

255 KURU B., a.g.e., s.6182

MÖHUK hükümlerine göre tenfizi de imkânsızlaşıyor ve bunların tenfizi için yabancılık kriterini "ülkesellik", olarak benimsiyen New York Sözleşmesi hükümlerine başvurmak gerekiyordu.²⁵⁶ Ne var ki "yabancılık unsuru" kriterlerini genişleten 4686 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği gözönünde bulundurulduğunda, milletlerarası hakem kararlarının MÖHUK'a göre tenfizinin mümkün olmadığını iddia etmek zor görünmektedir.

"Türkiye, New York Sözleşmesi'nin tanıdığı imkânı (m.1/3) kullanarak, bu Sözleşmeyi karşılıklılık esası çerçevesinde diğer bir âkit devlet ülkesinde verilmiş ve yalnızca Türk hukukuna göre ticarî nitelikte sayılan akdî ve akit dışı hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir (3732 sayılı Kanun m.2)."²⁵⁷ Bu durumda, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Türk hukukuna göre "ticarî nitelik"te olup olmadıkları, bunlardan doğan uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarının New York Sözleşmesi'ne dayanılarak tenfiz edilip edilemeyeceğini belirleyecektir. S.TANRIVER'e göre, "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını öngören hakem kararının Türkiye'de tanınması veya tenfizi, sözü edilen akdî ilişkinin Ticaret Kanunu'nun 3 ve 21 inci maddeleri bağlamında ticarî nitelikte sayılması olanağının bulunmaması sebebiyle; yalnızca MÖHUK'un konuyu kanun bazında düzenleyen 43 ve devamı maddelerine göre gerçekleştirilebilecektir (4501 sayılı Kanun'un 6 ncı

256 Bu durumda New York Sözleşmesinin uygulanabilmesi için gerekli olan "karşılıklılık" şartının aranması gerekecektir.

²⁵⁷ TANRIVER S., a.g.m., s.1088-1089

maddesi delâletiyle MÖHUK m.1 ve m.43 vd.).²⁵⁸ Ancak bu durum, 4501 sayılı Kanun'un, sözkonusu uyuşmazlıkların kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda" çözülebileceğini düzenleyen md.3/(c) hükmüyle çelişmektedir. Çünkü böyle bir kuruluşa başvurulması halinde çıkacak kararın, yerleşik içtihatlarla göre MÖHUK hükümlerine dayanılarak tenfizinin imkansız olduğu ve yukarıdaki çıkarıma göre New York Sözleşmesine göre de tenfiz edilemeyeceği kabul edilecek olursa, elde Türkiye'de icra edilemeyecek bir hakem kararı bulunduğu sonucuna varılır. Yukarıda da belirtildiği gibi, sözkonusu kararlar 4686 sayılı Kanun'a göre yabancılık unsuru taşımaktadırlar ve tenfizleri için MÖHUK hükümlerine dayanılabilecektir.

cc) Hakem kararlarının idare tarafından icrası

İYUK md.28/(2) uyarınca, tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. Bu durumda, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar sonucu hakemler belli bir tazminat ödenmesine hükmedecek olurlarsa, bu hükmün icrası yukarıda açıklanan prosedür sonrasında genel hükümler dairesinde olacaktır. Bir başka deyişle, bir tarafın idare olması ya da idare açısından bir hakem kararının yerine getiriliyor olması, herhangi bir farklılık yaratmayacaktır.

²⁵⁸ id., s.1089

Hakemlerin idarî işlemlerin iptaline hükmetmeleri halinde, bu karar icra aşamasına gelirse İYUK md.28/(4) uyarınca yine kararın yerine getirilmesi gerekecektir. Çünkü sözkonusu hakem kararı mahkemece tasdik ya da tenfiz edileceğinden "mahkeme kararı" olarak nitelenecektir.



SONUÇ

İdarî yargı mercilerine yapılan başvurularda karşılaşılan sorunlar ve duyulan kaygılar sonucu, idarî uyuşmazlıklar için alternatif çözüm yolları aranmış ve sınırlı bir alanda tahkime gidilebilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.²⁵⁹ Türkiye’de, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkime gidilebileceğinde artık şüphe yoktur. Ancak idarî uyuşmazlıklar alanında tahkimin verimli şekilde kullanılması, uygulanacağı ülkenin hukuk sisteminin temel ilkelerine uyumun gözetilmesiyle mümkün olacaktır. Fransız Danıştay’ının konu ile ilgili raporunda, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları konusunda kaydedilecek tedbirli bir gelişmenin, iki yüzyıldır Fransız idare hukukunun dayandığı belli ilkeleri sarsamayacağı belirtilmiştir²⁶⁰. Benzer bir önermenin, Türk İdare Hukuku için de geçerli olacağı düşünülebilir. Çünkü sözkonusu ilkeler arasında, Türk

²⁵⁹ Bu düzenlemeler öncesinde yapılan tartışmalardan, başta yabancı yatırımcılar olmak üzere, idarî sözleşmelerin tarafı olan özel hukuk kişilerinin Türkiye’de idarî yargıya güvensiz bir tavır sergiledikleri gözlemlenmiştir. Sözkonusu güvensizliğin nedeni olarak, iş yükünün ağırlığı nedeniyle kararların yavaş verilmesi kadar, idarî yargı mercilerinin “kamu yararı” kavramına sıkı sıkıya bağlı kalarak ve çoğu kez idare lehine verilen kararlar gösterilmektedir.

²⁶⁰ “Régler Autrement les Conflits : Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière Administrative”, Etude adopté par l’assemblée générale du Conseil d’Etat le 4 février 1993, La Documentation Française, Paris 1993, s.27

idare hukukunun da temelinde bulunan, kamu yararının öncelikli olması, idarî işlemlerin hukuka uygunluğu, idarenin sorumluluğunun gündeme gelmesi, adlî-idarî yargı ayrımı yer almaktadır.

Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, idarî uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları ve -bu çalışmanın konusuyla sınırlı olarak- idarî sözleşmelerde tahkim konusundaki gelişmenin "tedbirli" bir şekilde hayata geçirilmesinin gerekliliğidir. Türkiye'de konuyla ilgili olarak Anayasal ve yasal düzeyde, -yukarıda bahsedilen- düzenlemeler yapılmıştır. Bu aşamadan sonra konunun gelişimini tedbirli, başka bir deyişle Türk idare hukukunun temel ilkelerini zedelemeyecek bir şekilde sağlamak, Türkiye'de bugün için, iki farklı merciin görevidir. Bunlardan ilki, sözkonusu tahkim şartlarını içeren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ya da bunlara bağlı olarak yapılan tahkim anlaşmaları hakkında görüş bildirecek idare yargıcısıdır. İkincisi ise yabancı hakem kararlarının tenfizi ya da yerli hakem kararlarının icra edilebilmesine ilişkin işlemleri yapacak adliye yargıcısı. Ancak onlardan önce, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin tarafı olan İdarenin, sözleşmeye tahkim şartı konması veya tahkim anlaşmasının akdedilmesi sırasında göstereceği titizlik gelmelidir. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin akdedilmesi aşamasından başlanarak, kamu yararını koruyacak şekilde ve hukuka uygun hareket edilmesi halinde, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hakem veya hakim tarafından çözülmesinin İdare açısından özel bir önem taşımayacağı düşüncesindeyiz. Hatta bu durumda, muhtemelen Danıştay'a oranla daha hızlı karar verecek olan hakem mahkemeleri, sözleşmelerin ifasının

gecikmesinin kamu yararını olumlu yönde etkilemeyeceği gerekçesiyle, İdare tarafından da tercih edilebilecektir.

Türk hukukunda, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde kullanılacak mevzuat, Türkiye'de hakem kararları verilirken Devlet mahkemelerinden yardım alınabilecek durumlarda, -neredeyse aynı nitelikteki işler için- bir yanda idarî, diğer yanda adli yargı mercilerinin görevlendirilmeleri sonucunu doğurmaktadır. Aynı durumla, hakem kararlarına karşı başvuru hallerinde de karşılaşılacaktır. Yargı rejimleri arasında bu bölünmeyi ortadan kaldıracak yönde bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bir adım daha ileri gidilerek, idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde Devlet yargısına başvurulabilecek tüm durumlara dair ayrık bir düzenlemenin, idare hukukunun temel ilkeleri de gözönünde bulundurularak yapılması ve bu sistemde idarî yargı mercilerinin görevlendirilmesi, Türk hukuk sistemine uygun bir çözüm olabilir.

KAYNAKÇA**A) GENEL YAPITLAR, UZMANLIK YAPITLARI, SÜRELİ YAYINLARDA, DERLEMELERDE YER ALAN MAKALELER YA DA TOPLANTILAR SUNULAN TEBLİĞLER**

AKINCI Z., Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44, Ankara 1994

BAŞPINAR R., "İdari sözleşmelerden doğan davalar", Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1968

BİLGİN P., Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İÜHF Yayını no.310, İstanbul 1970

BİRSEL M.T., "Milletlerarası tahkim sözleşmeleri (arbitration conventions) ve iki taraflı yatırım anlaşmalarının türk tahkim hukuku üzerindeki etkileri", Prof.Dr.Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998

CHAPUS R., Droit Administratif Général, Cilt 1, Montchrestien, 13. baskı, Paris 1999

CHAPUS R., Droit du Contentieux Administratif, Montchrestien, 8. baskı, Paris 1999

DUGUIT L., Traité de Droit Constitutionnel, C.III, 3.Baskı, Paris 1930

DURAN L., "Yap-İşlet-Devret", SBFD, Cilt XLVI, Ocak-Haziran 1991, No.1-2

DURAN L., "İdari yargı adlileşti", İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982

ERKUT C., İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1991

ERTEKİN-KARATAŞ, Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997

GAUDEMET Y.-STIRN B.-DAL FARRA T.-ROLIN F., Les Grands Avis du Conseil d'Etat, Dalloz, Paris 1997

GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001

GÖZÜBÜYÜK A.Ş. - TAN T., İdare Hukuku-Genel Esaslar, Cilt 1, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001

GÖZÜBÜYÜK A.Ş. - TAN T., İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku, Cilt 2, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1999

GÜNUĞUR H., "Türk hukukunda ve Türkiye'nin taraf olduğu, yabancı sermaye yatırımlarından doğan sorunların çözümünde tahkim (ICSID) prosedürü", Av.Dr.Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını No:8, Ankara 1999

GÜRZÜMAR O.B., Türk Medenî Hukukunda Üst Hakkı, 2.Baskı, Beta, İstanbul 2001

JARROSSON C., « L'arbitrage en droit public », AJDA, Paris 1997

JARROSSON C., « Les frontières de l'arbitrage », Revue de l'arbitrage No.1, 2001

JOUGUELET J.-P., "Conciliation, Transaction et Arbitrage", JCA, Fascicule 1005

KAPLAN İ., "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet finans modelleri ve sözleşmeleri", BATİDER, Aralık 1998, Cilt XIX, Sayı 4

KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Cilt. VI, Demir Demir, İstanbul 2001

LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, Traité de Droit Administratif, Cilt 1, 15.Bası, L.G.D.J., 1999

NOMER E.-EKŞİ N.-GELGEL G., Milletlerarası Tahkim, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000

ODYAKMAZ Z., "Genel Olarak İdarenin sözleşmeleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU'na Armağan, Haziran-Aralık 1998, Cilt 3, Sayı 1-2, Ankara 1999

ONAR S.S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İsmail Akgün Matbaası, Üçüncü Bası, İstanbul 1966

OPPETIT B., "Justice étatique et justice arbitrale", Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris 1991

ÖRÜCÜ E., "Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve ölçüt karmaşası", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi -Prof.Dr. İsmet Giritli'ye Armağan-, 1991, S.1-3

PACTEAU B., Contentieux Administratif, PUF, 5. baskı, Paris 1999

PATRIKIOS A., Arbitrage en Matière Administrative, LGDG, Paris 1997

POLATKAN V., Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000

RICHER L., "Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif", AJDA, Paris, 1997

SAKMAR A., "Kamu kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği", Türk-Fransız Uluslararası Ticari Tahkim Semineri, İstanbul, 27-28 Nisan 2000 (yayınlanmamıştır)

ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996

TAN T., "İdare Hukuku açısından Yap-İşlet-Devret sözleşmesi", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel, Ankara, 19 Haziran 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999

TAN T., "İdare Hukuku ve tahkim", AİD, Cilt 32, Sayı 3, Eylül 1999

TAN T., "İdarenin özel hukuk alanındaki işlemleri", II. Ulusal İdare Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara

TAN T., "İdari sözleşme kuramına ilişkin gözlemler", SBFD, Cilt 50, No.3-4, Haziran-Aralık 1995

TAN T., "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri", Hukuk Kurultayı 2000, İzmir Barosu

TANRIVER S., "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve tahkim", Prof.Dr. M.Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000

TEBOUL G., "Arbitrage international de personnes morales de droit public", AJDA, Paris 1997

TEKİNAY-AKMAN-BURCUOĞLU-ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7.baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

TURAN Ç., "Sözleşme özgürlüğü, küreselleşme ve uluslararası tahkim", Yargı Reformu 2000- İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000)

ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku, Cilt. I-II, 7.Baskı, İstanbul 2000

VARLIER O., "Yap-İşlet-Devret modelinin Türk ekonomisindeki önemi", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel, Ankara, 19 Haziran 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999

YAYLA Y., İdare Hukuku I, 2.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990

YEŞİLİRMAK A., "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi", Batider., Aralık 1999, Cilt XX, Sayı 2

YET O., "İdari yargıda yapısal değişim", Danıştay Başkanlığı Sempozyumu-İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, 11-12 Mayıs 2001, Ankara.

YILMAZ E., "Tahkim hukukuna genel giriş ve ülkemizdeki gelişim", Yargı Reformu 2000- İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000)

ZABUNOĞLU Y., "Bir idari sözleşme türü olarak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000- Ankara)

B) DİĞER KAYNAKLAR

Avrupa (Cenevre)-New York ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Entitüsü Yayını no.246, Ankara 1991

Cumhuriyet Gazetesi, 6 Temmuz 2001, s.5, "Prof.Dr. Azrak, Sezer'in onayladığı Milletlerarası Tahkim Yasası'nı değerlendirdi: Egemenlik tahkimle bitti" (Işık Kansu'nun haberi)

"Régler Autrement les Conflits : Conciliation, Transaction, Arbitrage en Matière Administrative", Etude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993, La Documentation Française, Paris 1993

Juridisque Conseil d'Etat, Version 2001-1, Collection Juridiques Lamy

C) WEB SİTELERİ

<http://van.basbakanlik.gov.tr>

<http://www.conseil-etat.fr>

<http://www.danistay.gov.tr>

<http://www.legifrance.gouv.fr/>


<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.uncitral.org>

<http://www.worldbank.org/>

Prof.Dr. Yıldızhan YAYLA (Tez Danışmanı)



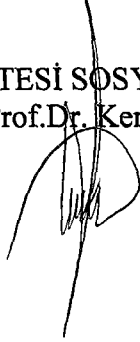

Doç. Dr. Celâl ERKUT



Yrd. Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL

30/10/2001

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRÜ
Prof. Dr. Kenan GÜRİSOY



T.C. YÜKSEKÖRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ