

159655

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANA BİLİM DALI

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM

Yüksek Lisans Tezi

Cem Çağatay ORAK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Ankara - 2005

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANA BİLİM DALI

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Metin GÜNDAY.....

Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU.....

Doç. Dr. Ali ULUSOY.....

Tez Sınavı Tarihi : 20 Temmuz 2005

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar	vii
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI	4
A. Genel Olarak	4
B. Kamu Hizmetine Hâkim Olan Temel Anlayışlar	6
1. Objektif Kamu Hizmeti Anlayışı	6
2. Subjektif Kamu Hizmeti Anlayışı	7
3. İktisadî Kamu Hizmeti Anlayışı	8
4. Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmeti Anlayışı	9
5. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı ve Evrensel Hizmet	11
C. Kamu Hizmetinin Ayırıştırıcı Kriterleri	14
1. Maddi Kriter	14
2. Organik Kriter	15
3. Şeklî Kriter	15
II. İDARÎ SÖZLEŞMELER	16
A. Kavram ve Tanım	16
B. İdarî Sözleşmelerin Kriterleri	19
1. Organik Kriter	19
2. Maddi Kriter	22
3. Şeklî Kriter	22
C. İdarî Sözleşmelere İlişkin Olarak Yüksek Yargı Organlarının Yaklaşımı	25
III. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ	27
A. Genel Olarak	27
B. Kamu Hizmeti-İdarî Sözleşme İmtiyaz Sözleşmesi Birlikteliği	30
C. Kamu Hizmeti İmtiyazının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	33

1. Özelleştirme	33
2. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modelleri	36
a) YİD Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği ve Kapsamı	42
b) Yüksek Yargı Organlarının Yaklaşımı	44
3. Müşterek Emanet	45
4. Mali İltizam Sözleşmeleri	46
5. Maden İşletme İmtiyazları	46
6. Bayındırlık İmtiyazları	47
7. Telekomünikasyon Hizmetlerinde İmtiyaz Yöntemi	47
D. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ	49
1. Taraflar Arasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar	49
2. Taraflar Arasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklardan Dolayı Açılacak Davaların Hukukî Niteliği	51
3. Sözleşmeden Doğan Davaların Kapsamı	52
4. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılacak Davalar ve Ayrılabilir İşlemler Kuramı	54

İKİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA TAHKİM

I. İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN REDDİ PRENSİBİ	56
A. İdare Hukukunda Tahkimin Reddi Prensibinin Gerekçeleri	57
1. Tahkim Teorisi ve İdare Hukuku Bakımından	57
a) Tahkimin Özel Hukuk Kökenli Bir Yargılama Mekanizması Olması Bakımından	60
b) Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri Bir Alan Olması Bakımından	63
c) Tahkimin Rastlantısal Sonuçlar Doğurması Bakımından	67
d) Kamu Hukuku-İdare Hukuku Birlikteliği	71
2. İdari Yargının Temel Prensiplerine Aykırılığı Bakımından	74
a) İdari Yargının Anayasal ve Yasal Dayanakları Karşısında Tahkimin Uygulanamaz Oluşu	74
b) Re'sen Araştırma ilkesi Açısından	77

c) İdarî İşlemlerin Denetlenmesi Gereken Haller	79
3. <i>Kamu Yararı ve Kamu Düzeni Kavramları ve Tahkim İlişkisi</i>	81
B. Anayasa Değişikliği Öncesinde Türk İdare Hukukunda Tahkimin Reddi Prensibinin Dayanakları	85
1. <i>Yüksek Yargı Organlarının Yaklaşımları</i>	85
2. <i>Öğretinin Görüşü</i>	90
3. <i>Kamuoyundaki Durum ve Siyasî Yaklaşımlar</i>	92
II. İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN UYGULANABİLİRLİĞİ	95
A. Fransız Hukukundaki İstisnalar	95
B. Anayasa Değişikliği Öncesindeki Türk Hukukundaki İstisnalar	97
1. <i>3533 Sayılı Kanun Uyarınca Mecburî Tahkim</i>	97
2. <i>Anayasa Değişikliği Öncesinde Uluslararası Sözleşmelerle İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkimin Uygulanabilirliği</i>	100
a) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve ICSID Merkezinin Yargılama Yetkisi	108
aa) Genel Olarak	108
bb) Merkezin Yapısı	113
cc) Merkezin Yargılama Yetkisi	113
b) ICSID Kurallarına Göre Tahkimin İşleyişi	114
aa) Tahkim Mahkemesinin Oluşumu	114
bb) Uygulanacak Hukuk	115
cc) Tahkim Yeri	117
dd) Tahkim Dili	117
ee) İhtiyati Tedbirler	118
ff) ICSID Hakem Kararlarının Bağlayıcılığı	118
C. Değerlendirme	119

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ

SÖZLEŞMELERİNDE İÇ HUKUKTAN DOĞAN İHTİYARÎ TAHKİM VE UYGULANMA USULÜ

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİME YOL AÇAN ETMENLER	121
--	------------

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİME İLİŞKİN ANAYASAL VE YASAL ÇERÇEVE	125
III. 4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU VE 4501 SAYILI KANUNLA OLAN İLİŞKİSİ	127
A. Genel Olarak	127
B. Yabancılık Unsuru Kavramı	130
1. <i>Yabancılık Unsurunun Tanımı Bakımından Yapılan Değerlendirme</i>	130
2. <i>Anayasa Aykırılık Bakımından Yapılan Değerlendirme</i>	132
3. <i>Yabancılık Unsuru ve 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Arasındaki İlişki</i>	134
IV. 4501 SAYILI KANUN UYARINCA İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHTİYARÎ TAHKİMİN UYGULANMA USULÜ	136
A. İmtiyaz Sözleşmelerinde Milli ve Milletlerarası Tahkim Farklılaşması	136
B. 4501 Sayılı Kanun Uyarınca Tahkimin İşleyişi	138
1. <i>Tahkime Hazırlık Aşaması</i>	139
a) Tahkim Şartı-Tahkim Sözleşmesi Ayrımı	139
b) Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Üstlendiği Rol	144
c) Tahkim Dili	148
d) Hakemlerin Sayısı	149
e) Hakemlerin Atanması	150
2. <i>Hakem Yargılaması</i>	152
a) Tahkim Yeri	152
b) Tahkimde Uygulanacak Maddi Hukuk Kuralları ve İdare Hukukunun Durumu	154
c) Tahkimde Uygulanacak Usul Kuralları	160
d) Hakemlerin Yetkileri	162
3. <i>Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları</i>	163
a) Milli Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları	163
b) Milletlerarası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları	167
V. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN HAKEM KARARLARININ İDARE TARAFINDAN UYGULANMASI	169

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	172
ÖZET	174
ABSTRACT	175
KAYNAKÇA	176



KISALTMALAR

age	:	Adı Geçen Eser
agm	:	Adı Geçen Makale
agt	:	Adı Geçen Tez
AİD	:	Amme İdaresi Dergisi
AYM.	:	Anayasa Mahkemesi
AMKD	:	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BTHAE	:	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BATİDER	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BKK	:	Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CE	:	Conseil d'Etat
D.	:	Daire
Dan.	:	Danıştay
DD.	:	Danıştay Dergisi
DGK	:	Danıştay Genel Kurulu
DİİK	:	Danıştay İdari İşler Kurulu
Dpn	:	Dipnot
DEÜHF	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	:	Esas
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:	Hukuk Dairesi
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<i>Ibid</i>	:	Aynı Yerde
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
ICC	:	International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
ICSID	:	International Center of Settlement of Investment Disputes

<i>Infra</i>	:	Aşağıda
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTYA	:	İki Tarafh Yatırım Anlaşması
İYUK	:	İdari Yargılama Usul Kanunu
K.	:	Karar
Karş.	:	Karşılaştırınız
KİT	:	Kamu İktisadi Teşebbüsleri
m.	:	Madde
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTK	:	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÖHUK	:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	:	Numara
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SBFD	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<i>Supra</i>	:	Yukarıda
T.	:	Tarih
TBB	:	Türkiye Barolar Birliğı
TİD	:	Türk İdare Dergisi
TODAİE	:	Türkiye ve Ortadoğı Amme İdaresi Enstitüsü
UM	:	Uyuşmazlık Mahkemesi
vb	:	Ve Benzeri
vd.	:	Ve Devamı
Y.	:	Yıl
Yar.	:	Yargıtay
Y-İ-D	:	Yap-İşlet-Devret
Y-İ	:	Yap-İşlet
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Kamu hizmeti teorisi idare hukukunun üzerinde yükseldiği bir zemin olmuştur. Kamu hizmetleri doğrudan doğruya idare tarafından yürütülebileceği gibi, idarenin yeterli mali ya da teknik olanağa sahip bulunmaması halinde özel kişilere de gördürülebilir. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde “*kamu hizmeti imtiyazı*” idare hukukunu zenginleştiren bir kavram olmakla beraber bu yöntemin uygulamadaki örnekleri sınırlıdır.¹

13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna (...) “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*”(…) hükmü eklenmiş ve bunu müteakip çıkarılan uyum kanunlarıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yargısal denetimi konusunda idari yargıda, geniş anlamda ise idare hukukunda bir kırılma noktası yaşanmıştır. Fransız idare hukukunda uzun yıllar özellikle idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceğine ilişkin argümanlar ileri sürülmüştür. Tahkimin pozitif idare hukukumuzda girmesinden önce Türk hukukunda bu konuda ileri sürülen düşünceler ise genellikle kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine sözleşme yoluyla gördürülmesinde farklı adlarla ortaya atılan modellere yönelik eleştiriler etrafında toplanmış; tahkim ve idare hukukunun aynı “*proje*” içinde yer almasının yerindeliği sistematik biçimde ortaya konulamamıştır. İncelememizin konusunu ve sınırını bu bağlamda “*kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi*” oluşturmaktadır.

Tezimizin birinci bölümünde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunu oluşturan kamu hizmeti kavramı bugüne kadar yazılan genel idare hukuku eserlerinde yer alan plan dâhilinde ve genel bir bakış açısıyla ele alınmakla beraber, özellikle Avrupa Birliği ekseninde kamu hizmetinin algılanış tarzında meydana gelen dönüşümde irdelenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca kamu hizmeti-idari sözleşme ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi birlikteliğinde Türk ve Fransız hukukundaki yaklaşımlar ele alınmış, yüksek yargı organlarının kararlarına geniş ölçüde yer verilmiştir. Birinci bölümün son kısmı ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yargısal denetimine ayrılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümü idare hukukunda tahkim başlığını taşımakta ve incelemenin eksenini oluşturmaktadır. Bu bölümde pozitif hukukumuzdaki değişiklik öncesinde tahkimin

¹ GÜNDAY, M.; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, 5.11.1999 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verilen açılış dersi, s. 4 (yayınlanmamış).

idare hukukunda kabul edilmemesinin altında yatan nedenler Fransız hukukunda ve Türk hukukunda ileri sürülen görüşler çerçevesinde ve idare hukukunun, idari yargının ve tahkim yargılamasının temel özellikleri dikkate alınmak kaydıyla karşılaştırmalı bir biçimde incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca Türk hukukunda idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine karşı alınan olumsuz tavır net bir biçimde ortaya koymak maksadıyla öğreti-yargı kararları ve kamuoyundaki durumu yansıtacak bir sistem takip edilmiştir. Bu bölümün son kısmında ise pozitif hukukumuzdaki değişiklikler öncesinde idare hukukunda tahkimin reddi prensibine istisna olarak gördüğümüz durumlar irdelenmiştir. Bu bağlamda ICSID merkezinin yargı yetkisi o dönemdeki tartışmalar dikkate alınarak ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ışığı altında bu bölümde incelenmiştir. Esasında pozitif hukukumuzdaki değişiklikler sonrasında da ICSID merkezi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yoluyla çözümlenmesi anlamında önemli referanslardan biri olarak etkinliğini korumaktadır. Bu başlığın ikinci bölümde değerlendirilmesi, kategorik olarak o dönemin koşullarının net bir biçimde yansıtılması amacını taşımaktadır. İkinci bölümün hacimsel olarak diğer bölümlerin önüne geçmesi, bu bölümün tezin ekseninin oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumu engellemek maksadıyla özellikle ICSID Merkezinin teknik yargılama usullerine ilişkin ayrıntılı bilgiler vermekten kaçınılmış ancak konunun önemi dolayısıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini ilgilendiren noktaları daha ayrıntılı incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise pozitif hukukumuzdaki değişiklikler sonrasında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda iç hukuktan doğan ihtiyari tahkim incelenmiştir. Burada kullanılan **“iç hukuk”** başlığı, tahkimin idare hukukundaki Anayasal ve yasal dayanaklarını simgelemek için kullanılmış ve fakat bu bölümde milli ve milletlerarası tahkim kavramlarına da uygulamadan örnekler verilmek suretiyle sıklıkla yer verilmiştir. Tahkim pratiğinin özel hukukta ve özellikle ticari ilişkilerdeki yaygınlığı sebebiyle bu bölümde özel hukuk uygulamalarındaki durum da yansıtılmış ancak bu yapılırken esas olarak *idare hukuku üzerinde inceleme yapan bir hukukçunun sahip olması gereken bakış açısı ve nosyonu referans olarak alınmıştır.*

Şu hususu önemle vurgulamak isteriz ki; tezimizin içerisine sindirmek istediğimiz temel kurgumuz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin yanlışlığını dilde getirmek ve genel bir eleştiri yöneltmek değil, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinde idare hukukunun ve idari yargının dayandığı Anayasa ve yasa metinleri ile ilkelerin referans olarak alınması yardımıyla mevcut çelişkileri ortaya koymak ve uygulamada doğması muhtemel sorunlara vurgu yapmaktır. Bu gerçekleştirilirken yukarıda değinildiği üzere özellikle tahkim

yargılamasının özel hukuktaki uygulamalarından örnekler verilerek genel bir karşılaştırma yöntemine yoğun bir biçimde başvurulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin konusunu oluşturan kamu hizmeti kavramı Fransa'da 19. yy. sonlarında Duguit ve Bordeaux okulu tarafından oluşturulmuş² ve uzun yıllar İdare Hukukunun temel kavram ve kuramı olmuştur.³ Bununla beraber kamu hizmetinin kamu hukuku ve özel anlamda idare hukuku üzerindeki baskın kimliği kamu hizmetinin ortak bir tanımını vermek hususunda bir kolaylık yaratmamıştır.⁴ Kanımızca kamu hizmetinin belirsiz bir kavram olarak ileri sürülmesi hukuken belirsizliği ifade etmektedir. Kavramın sadece hukuki kaynaklardan beslenmemesi buna zemin hazırlamıştır. Kamu hizmeti devletin ontolojik ispatına mı ilişkindir? Kamu hizmeti idarenin faaliyet alanına mı mündemiçtir? Yoksa kamu hizmeti kamuya hizmet tanımlamasında ve açılımında toplumun ortak yararıyla mı açıklanabilir? Diğer taraftan kamu hizmeti kavramının belirsiz olarak değerlendirilmesinin altında yatan önemli bir neden de idare hukukunu aşan bir yapıya sahip olmasıdır.⁵ Yapısı itibariyle kuralsal olarak değerlendirilen idare hukukunda, genel ve objektif olarak tespit edilemeyen bir

² ULUSOY, A.; Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, AÜHFD, 1999, S. 1-4, C. 48, s. 167, Kamu Hizmeti Kavramının Ortaya çıkış süreci ile ilgili olarak bkz. KARAHANOĞULLARI, O.; Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara, 2002, s. 85, Ayrıca tarihsel bir değerlendirme için bkz. TANYERİ, S.; Türk ve Fransız İdare Hukukunda Amme Hizmeti Mefhumi, Türk İdare Dergisi, Yıl. 29, S. 250, Ocak-Şubat 1958, s. 59.

³ ONAR, S.S.; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966, Cilt I, s. 123, OZANSOY, C.; Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı, AÜHFD., C. 46, S. 1-4, 1997, s.85, TAN, T.; Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine, TİD., S. 378, 1988, s. 73, GÜNDAY, İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 282, ULER'e göre ise kamu hizmeti sadece idare hukukunun değil Kamu Hukukunun da temel kavramlarından, ULER, Y.; Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayın No. 40, s. 252.

⁴ Kamu Hizmeti Kavramının Tanımlanmasındaki güçlükler için bkz. GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 282, ÖZAY, İ.; Gümüşünde Yönetim, İstanbul, 1996, s. 230., ONAR, S.S.; age., s. 1966.

⁵ Kamu hizmetinin idari alanı taşıyan bir kavram olduğuna ilişkin bkz. BALTA, T. B.; İdare Hukuku Ders Notları, (Teksir), Ankara, 1970, s. 19 ayrıca COHEN, E. /HENRY, C.; *Service Public, Secteur Public*, Décembre 1997, numéro 30, Paris, 1997, s. 9.

kavramın bulunuyor olması da bu belirsizliği körüklemiştir. Kamu hizmeti kavramı “*hukuki bir tabula rasa*” olarak değerlendirilmiş ve kavramın içinin hukuki kıstaslardan ziyade dōnemseller ihtiyaçlara göre doldurulması yolu seçilmiştir. Hukuk devleti kavramının önemli görünümlelerinden bir tanesinin “devlet faaliyetlerinin belirliliği” olduğuna göre, kamu hizmeti kavramının belirsiz oluşu idare edilenler açısından da zaman zaman sıkıntı yaratabilmektedir.

Kamu Hizmetlerinin özel kişilere gördürölmesi veya kamu hizmetlerinin görölmesinde özel kişilerden yararlanma çerçevesinde son yıllarda Türkiye’de görölven uygulamalar etkin bir kamu hukuku direnci ile karşılaşmakla beraber, bu direncin haklılığı ve yerindeliğini tartışanlar kamu hizmeti kavramının bir kriz içerisine girdiğinden söz etmektedirler.⁶ Bu bağlamda kamu hizmetinin algılanış tarzında meydana gelen değışimle⁷ ve ekonomi, politığın dönüştürücü etkisiyle⁸ kamu ve özel sektörün ayrımı, idarenin siyasi baskı mekanizmalarından uzaklaşması, kamu hizmetini ifa eden memurların karar mekanizmalarının daha reformist ve özgür kılınması, kamu hizmetlerinde etkinlik, şeffaflık gibi kavramlar ön plana geçmiştir.⁹ Bütün bu gelişmeler klasik kamu hizmeti anlayışını da etkilemiş ve esasen tanımlanması çok güç kamu hizmeti kavramındaki belirsizliği de arttırmıştır.¹⁰

Kamu hizmeti kavramı, Anayasal ilkelere ve normlara, hukukun genel ilkelerine, referans normlara ve hatta siyasal ve sosyal bilimlere ilişkin bazı kriterlere gönderme yapmak ihtiyacını doğurmaktadır. Günümüzde iktisadi ilişkilerin toplum yaşamında sahip olduğuy yer nedeniyle yasama faaliyetlerinin denetiminde giderek daha fazla iktisadi konulara girilmektedir.

⁶ GÜLAN’a göre kamu hizmeti doğrudan ve açık bir saldırıyla karşı karşıya kalmıştır, GÜLAN, A.; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFM, C. XLI, S. 1-4, s. 100; ULER’e göre hem kamu hizmeti fikrine hem de kamu hizmetlerine bir saldırı vardır., ULER, Y.; Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, s. 254, ÖZAY ise kamu hizmetinin kendisinin öldüğünün iddia edilmesine yönelik düşüncelere katılmadığını ifade ederken şu fikirleri ileri sürmektedir: “Türkiye’deki klasik kamu hizmeti anlayışı çok yaşa ya da a tes amour olarak değerlendirilmelidir. Bu hapsirik anındaki ölüme benzemektedir. Zira kalp, o anda çok kısa bir süre için durur. Sora da yeniden çalışmaya başlamış”, ÖZAY, İ.; Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı, Çok Yaşa ya da A tes amour”, İHFM, C. LVI, 1998, S. 1-4, s. 295.

⁷ Kamu Hizmetinin salt algılanış tarzında bir değışim yaşanmakla kalmayıp kamu hizmetlerinin sunumu da evrensel bir takım ölçü norm ve üst kavramlarla beslenmektedir. Örneğın 23 Temmuz 2004 - Sayı: 25531 RG’de yayımlanan 10 Temmuz 2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun Büyükşehir Belediyesi’nin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 7(i) maddesinde “sürdürülebilir kalkınma” ilkesine uygun olarak gerekli düzenlemelerin yapılacağı açıkça belirtilmiştir.

⁸ 29 Ocak 2005 tarih ve 25711 sayılı Resmi Gazetede 2005/8409 sayılı “**Kamu Hizmetlerinin Ortak Platformda Tek Kapıdan Sunumu ve Vatandaşın Devlet Hizmetlerine Elektronik Ortamdan Güvenli ve Hızlı Bir Şekilde Erişimini Sağlamak Amacıyla e-Devlet Kapısı Teknik Altyapısının Kurulmasına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı**” Yayınlanmıştır.

⁹ RAADSHELDERS / RUTGER,; The Evolution of Civil Service Systems”, in Bekke, Perry and Toonen, Civil Service Systems in Comparative Perspective, Indiana University Press, 1996, s. 46.

¹⁰ TAN, T.; Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap, Danıştay Yayını, Ankara, 1991, s. 329-335; TAN, T.; Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Sekizinci Kitap, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1991, s.233-252, ayrıca bkz. ONAR, S.S.; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Cilt: İstanbul, 1960 s. 13, ULUSOY, A.; Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002, s. 6

Hukukta iktisadi yaklaşımların savunulması son yıllarda ABD’de¹¹ destek gören Anayasa ve iktisat akımı ile yaygınlık kazanmaktadır.¹²

Kamu hizmetine yönelik olarak yapılacak değerlendirmelerin önemi idari-sözleşme-
imtiyaz sözleşmesi ve kamu hukuku birlikteliğinde ortaya atılacak tespitler bakımından önem
taşımaktadır. Bu anlamda kamu hizmetine ilişkin olarak genel kabul gören yaklaşımların or-
taya konulması gerekmektedir.

B. Kamu Hizmetine Hâkim Olan Temel Anlayışlar

1. Objektif Kamu Hizmeti Anlayışı

Objektif kamu hizmeti anlayışına göre belirli faaliyetler taşıdıkları bazı özellik veya nite-
liklerden dolayı kamu hizmeti sayılırlar.¹³ Bu yaklaşımın en önemli temsilcisi olan
DUGUIT’e göre kamu hizmeti; karşılıklı toplumsal bağımlılığın gerçekleşmesi ve gelişmesi
için kaçınılmaz ve niteliği gereği tam olarak gerçekleştirilebilmesi ancak yönetici gücün dev-
reye girmesiyle mümkün olması nedeniyle yönetenlerce sağlanması, düzenlenmesi ve denet-
lenmesi gereken faaliyetlerdir.¹⁴

DUGUIT’in anlayışında kamu hizmeti devletin kurucu unsurlarından birisidir. DUGUIT,
ülke ile birlikte kamu hizmetini de devletin kurucu unsurları arasında saymakta; egemenliği
ve kamu gücünü devletin kurucu unsurları arasından çıkararak bunların yerine kamu hizmetini
koymaktadır.¹⁵ Devletin işlevleri ile kamu hizmetleri arasında kurulan eşitlik, idare hukuku-
nun tanımında da kullanılmaktadır. Kamu hizmetleri okulu anlayışında idare hukuku kamu
hizmetleri hukukudur.¹⁶

Bu anlayışı eleştiren DURAN’a göre: “(...) nitelikçe kamu hizmeti olan bir faaliyet zaten
yoktur ve düşünülemez.”¹⁷ Çünkü insanların faaliyetleri kamusal ve özel kesimlere özlerinin ve

¹¹ Esasında *kamu hizmetlerine girmede ayrımcılık yasağını* düzenleyen ABD Anayasasının 4. maddesinde de
“kamu hizmeti” (*Public Service*)’ne ilişkin bir tanım mevcut değildir. Bkz. SMITH, C.E./SPAETH, J.H.; The
Constitution of the United States, With Case Summaries, Bicentennial 12th edition, New York, 1987, s. 24.

¹² Bu konudaki literatür için bkz. Paul BURROWS ve CENTO G. Veljanovski (ed), The Economic Ap-
proach to Law, University of Chicago Press, Chicago 1981, Richard A. POSNER, The Problems of Juris-
prudence, Harvard University Press, Cambridge 1990, Mark KELMAN, A Guide to Critical Studies, Har-
vard University Press, Cambridge, 1987.

¹³ ONAR, S.S.; age., C.I, s. 28.

¹⁴ aktaran KARAHANOĞULLARI, O.; age., s. 32.

¹⁵ *Ibid*, s. 30.

¹⁶ KARAHANOĞULLARI, O.; age., s.18.

¹⁷ DURAN, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul , 1982, s. 304, aynı yönde GİRİTLİ, İ. /AKGÜNER,
T.; İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987, s. 129.

niteliklerinin gereği ve zorlanması ile değil, belli bir dönemde belli bir yerdeki topluma ege-
men olan iktisadi ve sosyal sitemin ibrazı, yani belirli irade ile ayrılır. Binaaleyh her faaliyet
kamu hizmeti olmaya elverişlidir ve fakat bu niteliği kazanması veya yitirmesi, yer ve zaman
koşulları uyarınca siyasi yöneticileri iradesine bağlıdır.¹⁸ (...)”.

En geniş tanımına göre kamu hizmeti; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya
da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu
yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli
etkinliklerdir.¹⁹ Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler nitelikleri
gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür.²⁰ Kamu hizmeti kavramının gerek öğretide, gerek
uygulamada Devletçe ya da diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen
hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın gittikçe genişlediği
bir gerçektir.²¹ Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile
sınırlandırılmaz.²²

Türk doktrininde bazı yazarların ifade ettiği gibi kamu hizmetlerinin belirli olması ve gö-
rüldüğü zaman tanınacağı²³ gibi bir belirleme ise kanaatimizce statik bir ifade taşımaktadır ve
bu bağlamda objektif yaklaşım artık terkedilmiştir.²⁴

2. Subjektif Kamu Hizmeti Anlayışı

Devletin işlevleri ile kamu hizmeti arasında kurulmaya çalışılan birliktelik subjektivist
kamu hizmeti anlayışında bir kopuş göstermekte ve bu anlamda kamu hizmetlerinin tanım-
lanmasında ya da belirlenmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır. Bu anlayışın en
önemli temsilcisi olan *Gaston Jéze* göre, kamu hizmeti anlayışında tek belirleyici olan yöneti-
cilerin iradesidir. Yargıcın yönetenlerce kamu hizmeti olarak belirlenen bir faaliyetin bu nite-

¹⁸ *Supra* dipnot 17.

¹⁹ KARAHANOGULLARI, O.; age. s. 32.

²⁰ Olası (Virtüel) kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin objektivist anlayışına dayanmaktadır. Yani özel olarak görünen fakat kamu yararını taşıyan faaliyetler olası kamu hizmetleridir ve bu idari yargı kararlarıyla açığa çıkar. KARAHANOGULLARI, O.; age. s. 152.

²¹ Bununla beraber, bazı yazarlar Roma Anlaşmasının 90. maddesinde ifadesini bulan “serbest rekabet” koşul-
larının elektrik, gaz ve diğer enerji sektörlerinde uygulanması sonucu kamu hizmeti terminolojisinde de-
ğişiklik olduğunu iddia etmektedirler. FOURNIER, J.; *Public Service*, www.ambafrance-uk.org, 30.09.2004

²² İdari işlemlerde kamu hizmeti kriterinin kullanıldığı yargı kararları için bkz. UM 15.2.1999 gün ve E.
1999/10; K. 1999/18 sayılı kararı. Danıştay. 10.D. 21.5.1996 gün ve E. 1995/4326, K. 1996/2769 sayılı ka-
rarı, D. 8. D. 3.12.198 gün ve E. 1998/2595; K. 1998/4026 sayılı kararı; aktaran KARAVELİOĞLU, C.;
İdari Yargılama Usul Kanunu, 2001, 5 baskı, s. 851 vd.

²³ ULER, Y.; Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan
1998, s. 254.

²⁴ ULUSOY, A.; Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, AÜHFD, 1999, S. 1-4,
C. 48, s. 167.

liğe sahip olup olmadığını tartışma yetkisi yoktur.²⁵ Doğaları gereği ya da önemli olmaları gibi gerekçelerle belirli tür faaliyetlerin kamu hizmeti sayılması gibi özünde sübjektif bir öngörü içeren bu görüşten ziyade gerek Türk İdare Doktrinde²⁶ gerekse Fransız İdare Hukuku Doktrinde²⁷ sübjektif kamu hizmeti anlayışı daha kabul edilebilir bulunmuştur. Sübjektif kamu hizmeti anlayışına yöneltilen en önemli eleştiri ise yasa koyucunun iradesinin yeterince açık olmadığı durumlarda, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılıp sayılamayacağını da o oranda tatmin edici biçimde ortaya konulamayacağıdır.²⁸

Yasa koyucunun, Anayasaya uygun olmak koşulu ile kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis etmesi her zaman mümkündür. Bununla beraber böyle bir belirleme yapılırken özellikle kamu hizmetini görecektir kamu kurum veya kuruluşunun işleyişine kamu hukuku rejimi yanında özel hukuk kurallarının da uygulanıyor olması faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmemektedir.²⁹

3. İktisadî Kamu Hizmeti Anlayışı

Devlet egemenlik kudretini temsil eden bir kurum olarak bazı yetki ve sorumluluklara sahiptir. Ancak bunların neler olması gerektiği ve sınırları büyük önem arz etmektedir. Anayasal iktisatçılara göre, devletin yetki ve sorumluluklarının sınırlandırılması, bir diğer deyişle bireylerin ekonomik hak ve özgürlüklerinin korunması için ekonomik Anayasanın içerisinde mali Anayasa, parasal Anayasa, dış ticaret Anayasası ve yasal kurumsal serbestleşme ile rekabet Anayasası bölümlerine yer verilmelidir.³⁰ Anayasa ve iktisat akımının temel hareket

²⁵ Aktaran **KARAHANOGULLARI**, O.; age., s. 39.

²⁶ **DURAN**, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 304, **TAN**, T.; Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 1991, s.330, **GÜNDAĞ**, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002 (6. bası), s. 223; **GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.**; İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 1999, C. I (Genel Esaslar), s. 435.

²⁷ *Fransız Hukukunda Niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyetten söz edilemeyeceği, kamu hizmetini yöneticilerin kamu hizmeti olarak yerine getirmeye karar verdikleri kamusal ihtiyaçlar olarak tanımlayan Bordeaux okulundan Jez'den bu yana kabul edilmektedir.* **ULUSOY**, A.; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali **ULUSOY**, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2001, s. 3.

²⁸ **JÈZE**, G.; Les Principes généraux du droit administratif, 2^{ed}, M. Girard & E. Brière, 1914, aktaran **ÖZTÜRK**, B.; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, (Ankarav Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı-Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000) s. 14.

²⁹ Bu durumda, fonksiyonları yönünden kamu hizmeti gören ve bu hizmeti görürken de kamu gücünü kullanan İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (**İLKSA**) tüzel kişiliğinin, sahip olduğu bu nitelikler dolayısıyla bir kamu kurumu statüsünde bulunması, davacının da bir kamu kurumundan emekliye ayrılması karşısında, söz konusu uyuşmazlığın görünüm ve çözümünün idari yargının görev alanına girdiği açık olduğundan, mahkemece, özel hukuk tüzel kişisi olan davalı Sandık ile davacı arasındaki ihtilafın özel hukuk ilişkisinden kaynaklanması nedeniyle adli yargıda özümlemesi icap ettiği gerekçesiyle davanın görev yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir. **D. 11. Daire; E. 2001/674, K. 2003/4126, T.17.10.2003. (Kazancı Hukuk Yayınları Mevzuat CD'si, 2005).**

³⁰ **AKTAN**, C.; Anayasal İktisat, İstanbul, 1997, s. 42.

noktası, baskı gruplarının yasama üzerindeki etkisi, yasama organında çeşitli siyasi grupların bulunması nedeniyle çıkarılan yasaların uzlaşma adına tutarsızlıklar taşıması, meclis içi gruplar arasında iletişim kurmanın maliyetlerinin yüksek olması gibi çeşitli nedenlerle iktisadi rasyonaliteye uymayan düzenlemelerin yargı organlarıncı belli iktisadi ilkeler çerçevesinde denetim tabi tutulmasıdır.³¹ Yargı organlarının bu faaliyetlerinde, genel yararı gözetici, sosyal refah ya da refah maksimizasyonu kriterlerine dayanmaları önerilmektedir.³² Anayasal iktisatçılar kamu harcamalarının zaman içerisinde sürekli artış gösterdiğini ve bu artışın milli gelirdeki artış ile orantılı bir biçimde sınırlanması gerektiğini savunmaktadırlar.³³ Bu yaklaşımda kamu hizmeti, kamusal mal kavramından hareketle tanımlanmaktadır.³⁴ Anayasal iktisat akımının öngörülerini çerçevesinde geliştirilen iktisadi anlayışta kamusal mal, piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomik düzenlerde, sahip oldukları bazı özellikler dolayısıyla özel girişimciler tarafından ya hiç ya da yeteri kadar üretilmeyen mal ve hizmetlere verilen addır.³⁵ İktisadi yaklaşımda kamusal niteliğe haiz malların devlet tarafından, bunların dışında kalan özel malların ise piyasa mekanizmasına dayalı koşullarda üretilmesi gerekir. Bazı malların aslında özel mal niteliği taşıdığı halde devlet tarafından üretilmesi keyfiyetini açıklamakta kullanılan kamusal yarar kavramının kamusal malın belirtilen özelliklerinden farklı olarak, açık ve tutarlı kriterlere dayanmadığı ve bu nedenle de ideolojik olduğu savunulmaktadır.³⁶ İktisadi yaklaşım bu anlamda kamu hizmetinin devletin daralan faaliyet sahasına inhisar etmekte ve daraltıcı bir kimlik taşımaktadır.

4. Anayasa Mahkemesinin Kamu Hizmeti Anlayışı

Anayasa Mahkemesi 1999 tarihli Anayasa değişikliğinden³⁷ önceki içtihatlarında objektivist bir kamu hizmeti anlayışını benimseyerek; bazı faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucunun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlememesinin, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir.³⁸ Bununla bera-

³¹ 4446 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişiklik kanaatimizce geniş anlamda yasa koyucunun *iktisadi kamu hizmeti* anlayışını yansıtmaktadır.

³² POSNER, R.; *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

³³ GÜLER, B.S.; *Kompradorun Hukuk Hamlesi*, Anayasal İktisat, Adana, 2003, s. 45.

³⁴ 24 Aralık 2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan **5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunun kamu geliri** başlıklı 3 (i) maddesinde kamu malı ifadesi kullanılmamıştır.

³⁵ SAVAŞ, V.; *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme*, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesinin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 40, Ankara, 1999, s. 92.

³⁶ SAVAŞ, V.; *agm.*, s. 94.

³⁷ *Infra*.

³⁸ ULUSOY, A.; *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara, Ekim 2001, s. 2.

ber Anayasa Mahkemesi kararlarında, genellikle bir faaliyetin kamu hizmeti niteliğine ilişkin bir nitelendirmede bulunmakla yetinmiş ancak bunun gerekçesini açıklamamıştır.³⁹

Ülkemizde kamu hizmetleri konusunda geçerli-resmi kamu hukuku anlayışının bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi kararlarıyla oluştuğunu söylemek yerinde bir tespit olacaktır.⁴⁰ Anayasa Mahkemesine göre bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir.⁴¹ Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi, onun niteliğine etkili görünemez. Nitekim Anayasanın 47. maddesinde “...*kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler devletleştirilebilir*”⁴² denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

Anayasa mahkemesi kararlarında çeşitli faaliyetler için teknik bir kritere değinmeden kamu hizmeti nitelemesi yapmıştır.⁴³ Örneğin köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir; kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindendir.⁴⁴

Örneğin, enerji alanında özelleştirmeyi düzenleyen 3974 sayılı kanunun iptaline ilişkin olarak verdiği kararında “*elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımının stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinden*” olduğu belirtilmiştir.⁴⁵

Aynı şekilde enerji üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin özel kişilere kurdurulmasını veya işlettilmesini konu alan sözleşmelerin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve imtiyaz teşkil etmeyeceğini düzenleyen yasa kuralları Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu sonuca varırken şu saptamalarda bulunmuştur.⁴⁶

“*Öğretide kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Kuşkusuz Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile,*

³⁹ AYM., E. 1987/16, K.1988/8- 19.4.1988, RG., 23.8.1988-1908, s. 49, AYM., E. 1990/4, K. 1990/6, 12.4.1990, RG. 17.6.1990-20551, s. 12, AYM., E. 1989/9, K. 1990/8, RG. 26.7.1990-20586.

⁴⁰ GÜLAN, A.; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFM, C.LVI-S. 1-4 (1998), s. 104.

⁴¹ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için *Infra*.

⁴² Fransız hukukunda kamu hizmetinin işletilmesi kamu veya yarı kamu bir kuruluşa tamamen devredilebilir; genellikle bu kuruluş özel bir şirket olmaktadır. Yetkili kılınan (délégataire) bu kuruluş veya şirket bir iş veya hizmet alışverişi yapılan bir şirket gibi topluluğa karşı hizmetten sorumlu olmaz; topluluk ve ortağı arasında çok özel bir güven ilişkisi mevcuttur. Yetkili kılınan kuruluş bu hizmeti genellikle uzun bir süre için devralır. AUBY, J.B.; Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara, s. 47.

⁴³ GÜLAN, A.; Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFM, C.LVI-S. 1-4 (1998), s.104.

⁴⁴ AYM, 26.3.1974 tarih, E.1973/32, K.1974/11, AMKD, c.12, s.122.

⁴⁵ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, 9.12.1994, AMKD. S. 31, C.I, s. 293.

⁴⁶ KARAHANOGULLARI’na göre bu kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetleri konusunda kurucu irade açıklayan bir birim olarak ortaya çıkmaktadır. age., s. 271.

kamusal gereksinimlerin gerekli kaldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin Anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeler saklıdır.⁴⁷ Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğu ya da aykırılığı saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Anayasa Yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığı yasaya değil niteliğine bakılarak saptanabilir.”⁴⁸

Bu bağlamda Anayasa mahkemesi objektivist bir kamu hizmeti anlayışını benimseyerek, bazı faaliyetlerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucunun bu nitelikteki bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlememesinin, faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini değiştirmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁹ Anayasa mahkemesinin bu kararlarında kamu hizmeti kavramını tanımlama gibi bir istek ve iradesinin olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bu kararlarında *stratejik, kritik ve önemli kamu hizmeti* şeklinde ortaya atmış olduğu belirlemelerle objektif kamu hizmeti anlayışı ısrarla benimsenmiş ve kamu hizmeti kavramı özel hukuk rejimine tabi tutulmak istenen fakat tüm yönleriyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmelerinin bu niteliklerinin korunmasında ve devamında bir filtre görevi görmüştür.

5. Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışı ve Evrensel Hizmet

Avrupa Birliği’nin kurucu anlaşması olan 1957 tarihli Roma Anlaşmasında “*kamu hizmetinden*” belirgin bir biçimde söz edilmemiştir. Sadece Roma Anlaşmasının 73. maddesinde ulaşım sektörüne ilişkin olarak kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. O dönemde esas amaç malların serbest dolaşımına imkân tanıyacak bir serbest pazarın oluşturulmasıdır. Bu anlamda farklı kamu hizmeti nosyonuna sahip olan devletlerin kamu hizmeti anlayışlarının yeknesak hale getirilmesi gibi bir çaba söz konusu olmamıştır. Daha sonra Avrupa Komisyonunun sırasıyla 26 Haziran 1969 tarih ve 1191/69 sayılı, 20 Haziran 1991 tarihli ve 1893/91 sayılı, 23 Temmuz 1992 tarih ve 2408/92 sayılı direktiflerinde ulaşım sektörü ile ilgili konularda kamu hizmeti kavramına yer verilmiştir. Bu dönemde dikkati çeken husus Avrupa Birliği’nin kamu hizmeti kavramına ihtiyatlı yaklaştığı ve kavramın ulusal niteliğine öncelik ta-

⁴⁷ Bu kararın Anayasa Mahkemesinin 4501 sayılı kanundaki yabancılık unsurunun Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesinin verdiği karardan farklılaşan yönler için bkz. *Infra*.

⁴⁸ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, 9.12.1994, AMKD., Sayı.31, C.I, s. 305 aynı şekilde AYM E. 1994/70, K. 1994/65-2, 22.12.1994, AMKD. AMKD., Sayı.31, C.I, s. 408-409.

⁴⁹ ULUSOY, A.; Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, AÜHFD, 1999, c.48, s. 165 vd.

nındığıdır. 1986 tarihi Avrupa Tek Senediyle beraber her alanda liberalizasyon, rekabete açıklık gibi kavramlar ön plana geçmiş, posta ve telekomünikasyon hizmetlerinde evrensel hizmet kavramı ortaya atılmış, kamu hizmeti kavramı ise enerji ve ulaşım sektörlerinde sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Günümüzde ise Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde devletin kamu hizmetlerini mutlaka gerekli olmadıkça bizzat işletmemesini, sadece regülatör (*düzenleyici-denetleyici*) olması empoze edilmektedir.⁵⁰ Diğer yandan, kamu hizmetlerinin hukuksal rejiminde ekonomik yaklaşımın ön plana geçmesi savunulmaktadır.⁵¹ Bu bağlamda kamu hizmetlerinde sektörleşme, rekabete açılma ve yeni bir finansman anlayışı gündeme gelmektedir. Roma Anlaşmasının 90/3 maddesi hangi faaliyetin kamu hizmeti veya genel ekonomik yarar hizmeti olacağını belirlemede son sözü topluluk makamlarının söyleyeceğini öngörerek klasik kamu hizmetinde bir başkalaşmaya sebep olmuştur.⁵² Bu anlamda **evrensel hizmet** kavramı da Avrupa Birliği Kamu Hizmeti kuramına yeni giren terimlerden bir tanesidir.⁵³ Evrensel hizmet kavramı AB Hukukuna AB komisyonunun telekomünikasyon altyapısına ilişkin olarak çıkardığı yeşil kitap ile girmiştir.⁵⁴ 1987 yılında çıkarılan yeşil kitapta evrensel hizmet özellikle bir “*bilgi toplumu*” olarak görülen Avrupa Birliği için herkesin rahatlıkla erişebileceği bir hizmet olarak nitelendirmekte ve evrensel hizmet bu bilgi toplumu için vazgeçilmez bir unsur olarak ifade edilmektedir.⁵⁵ Özellikle 1992 yılında telekomünikasyon sektöründeki reformist politikalarla Avrupa Birliği konsey kararlarıyla evrensel hizmetin tanımını yapmaya yönelik çalışmalar başlatılmıştır. Burada temel sorunsal bir yandan evrensel hizmetin tanımını ve kapsamını belirlemek, diğer yandan da hizmetten faydalanacak olanlar için bir fiyat tespit etmektir. Bu amaçla Avrupa çapında evrensel hizmeti stabilize etmeye yönelik kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. Avrupa Birliği düzenlemeleri uyarınca evrensel hizmet; bireylerin bulundukları coğrafi ve ülkesel koşullara bakılmaksızın herkesin faydala-

⁵⁰ *Kuramsal açıdan iktisadi aktörlerin yaptıkları sözleşmelere uymalarını sağlamak için bir devlet gereksinen kapitalizm, reel dünyada dengesizliğin regülasyonu açısından da bir üst denetim gerektirmektedir. Ne var ki, kurumsal yapı gibi “devlet” de ortaya çıktığı andan itibaren kendini yeniden üreten bir iradeye dönüşür. İktisadi anlam dünyasının ve güç ilişkilerinin her alana nüfus ettiği bir dünyada söz konusu yeniden üretim de iktisadi alanı kullanacaktır. Her sistemde var olan gücün getiri yaratma kapasitesi kapitalist sistemde iktisadi kaynakları doğrudan veya dolaylı olarak devletin emrine verecektir. Böylece, sistem içindeki aktörler arasında hakimlik yapılması ve genel çerçevenin düzenlenmesi karşılığında devlet en güçlü iktisadi aktör olarak temayüz eder.* MAHÇUPYAN, E.; Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm, DOĞU-BATI, Yıl 1, Kasım, Aralık, Ocak 1997, s. 21.

⁵¹ *Infra*

⁵² ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 100.

⁵³ *Genel ekonomik yarar hizmetleri, minimum hizmet, ek hizmetler, kamusal yarar hizmetleri kamu hizmeti yükümlülükleri*, AB kamu hizmeti hukukuna yeni giren terimlerdendir. Bu kavramlar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.*, s. 84.

⁵⁴ ULUSOY, A.; Telekomünikasyon Hukuku, s. 113.

⁵⁵ SCHERER, J.; Telecommunication Laws in Europe, London, 1998, s. 32.

nabileceği ve finansal olarak bedelini karşılamakta zorlanmayacağı standart kalitedeki hizmetler olarak tanımlanmıştır.⁵⁶ Bu hizmetlerin kapsam ve hükümlerinin tespit edilmesi ise üye devletlere bırakılmıştır. Monopol bir piyasada evrensel hizmetin sunumu ve hükümleri monopol kuruluşlar tarafından yerine getirilmekteyken, 13 Mart 1996 yılında yayınlanan tam rekabet direktifi, 30 Haziran 1997 tarihli ara bağlantı direktifi ve 1997 tarihli sesli telefon direktifiyle üye ülkelere evrensel hizmetin finansmanı ve bedeli konusunda yerel kriterleri geliştirecek ve yön verecek normlar getirilmiş ve özellikle evrensel hizmetin sunumunda ayrımcılık yasağı, coğrafi koşulların gözetilmesi, şeffaflık ve fiyatın belli bir oranda tutulması (*price cap*) gibi ilkeler getirilmiştir.⁵⁷

Türk hukukunda da evrensel hizmet kavramı hukuksal düzenlemelere ilk kez telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin olarak girmiştir. 406 sayılı Telgraf ve telefon kanununun 1. maddesinde değişiklik yapan 27.01.2000 tarihli 4502 sayılı kanunda⁵⁸ asgari hizmetler kavramı açıklanırken evrensel hizmetten açıkça söz edilerek Türk Telekom *evrensel hizmet yükümlüsü işletmecisi* olarak tespit edilmiştir. Aynı kanunun 4. maddesinde de evrensel hizmet kavramının çerçevesi belirlenmeye çalışılmıştır. Telekomünikasyon hizmetleri yönetmeliğinde de, Asgari Hizmetler başlıklı 29. maddede nitelikleri ve çeşitleri idare tarafından saptanacak evrensel hizmetler için belli nitelikler taşıyan işletmelerin evrensel hizmet yükümlüsü olarak görevlendirileceği bu yükümlü işletmelerin Türk Telekom yanında diğer işletmeler de olabileceği öngörülmekte ve 35. maddesinin (p) bendinde ise, işletmelere evrensel hizmet finansmanına katkı için mali yükümlülükler getirilebileceği ve bu hususun yetki belgelerinde belirtileceği hüküm altına alınmıştır.⁵⁹

Ayrıca 16 Haziran 2005 tarih ve 5639 sayılı *Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*⁶⁰ ile kamu hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektöründe evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde evrensel hizmetin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri”. Türk hukukunda kanun bazında

⁵⁶ SCHERER, J., Telecommunication Laws in Europe, London, 1998, s. 32.

⁵⁷ *Ibid*, s. 33.

⁵⁸ RG. 29/01/2000 Sayı. 23948

⁵⁹ ULUSOY, A.; (Telekomünikasyon), s. 124.

⁶⁰ RG. 26 Haziran 2005 tarih ve 25856

düzenlenen evrensel hizmet, bu kanunun incelenmesinden de görüleceği üzere şu aşamada sadece haberleşme alanına inhisar ettirilmiştir.

C. Kamu Hizmetinin Ayrıştırıcı Kriterleri

1. Maddi Kriter

Bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan doğruya veya bir kamu tüzel kişisinin denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen faaliyetin⁶¹ kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu faaliyetin kamu yararı⁶² amacını gerçekleştirmeye yönelik bir faaliyet olması gerekmektedir. Buradaki en büyük sorunsal; kamu hizmeti kavramında olduğu gibi kamu yararı kavramının da farklı disiplinlerdeki anlam ve algılanışının araştırılması gereğidir.⁶³ Bu anlamda maddi kriter incelenirken, ilk kez Laroque'un ortaya attığı fakat esas savunuculuğunu *Chenot'un* yaptığı “*Virtüel-İşlevsel Kamu Hizmeti*” teorisine de kısaca değinmek gerekmektedir. Virtüel kamu hizmetinde niteliği itibariyle özel bir faaliyet icra edilerek halkın ortak ve genel bir ihtiyacı karşılanmakta ve kamu yararı gerçekleştirilmektedir. Yol-rıhtım, akarsu gibi kamu emlakıyla özel bir ilişki söz konusu ise, idare bu faaliyetlere izin verebilir. Anılan türdeki faaliyetler için henüz kanun koyucu tarafından “kamu hizmeti niteliği” tanınmadan kamu yararının takipçisi sıfatıyla idare, vermiş olduğu ruhsatın öngördüğü yükümlülükleri azaltıp çoğaltabilir; hatta ruhsatı geri alabilir. Keza idare kamu hizmeti ilkelerine uygun faaliyet gösterme, tarife tespit etme gibi kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutup, faaliyetini kolluk denetimini aşar şekilde “içten” denetleyebilir.⁶⁴ Modern İdare hukukunda maddi kriter bir dönüşüme uğramıştır. Günümüzde hangi faaliyetin kamu yararı içerdiği ve dolayısıyla kamu hizmetine konu olabileceği oldukça belirsizdir. Ayrıca kamu hizmeti olarak kabul

⁶¹ 18 Nisan 2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun Tanımlar Başlıklı 6. maddesi şu şekildedir; (...) Tüzel kişi (şirket): Bu Kanun hükümleri uyarınca doğal gazın üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, ithali, ihracı, ticareti ve depolanması fonksiyonlarını yürütmek üzere kurulmuş özel veya kamu hukuku tüzel kişisini(...)

⁶² Kamu yararı kavramını irdelemek bakımından geniş bir yelpaze için bkz. 1580 sayılı Belediye kanununun belediyelerin görevlerini düzenleyen 15.maddesi (*Mülga*). Ayrıca bkz. 24 Aralık 2004 tarih ve 25680 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5272 sayılı Belediye Kanunu.

⁶³ Hukuk ekonomi perspektifinden bakıldığında *pareto optimali* teorisi uyarınca bir grup ya da topluluğun refahının artması için o grubun asgari bir üyesinin refahında artış olması ve geri kalan üyelerin hiç birinin refahında bir eksilme olmaması gerekir. PARSONS, T.; *The Structure of Social Action*: Marshall, Pareto, Durkheim, Free Press, New York, 1968, s. 241 vd.

⁶⁴ GÜLAN, A.; *Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Prof. Dr. Lütfü DURAN’a Armağan, Özel Sayı, S. 1-3, İstanbul, 1988, s. 149-159.

edilen bazı faaliyetlerin de kamu yararıyla doğrudan bir bağının kurulamadığı görülmektedir.⁶⁵

2. Organik Kriter

Bu kriter uyarınca bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında olan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olması gerekir.⁶⁶ Kamu hizmeti ya doğrudan doğruya bir kanun ile belli bir kamu tüzel kişisine verilir, yüklenir veya kanun koyucu, bir kanun ile kurmuş olduğu kamu tüzel kişisine aynı veya başka bir yasal düzenleme ile doğrudan doğruya belli bir görev, belli bir kamu hizmeti veya hizmetlerini yükleyecek yerde o kamu tüzel kişisine hatta başka bir kamu tüzel kişisine açıkça yetki verebilir.⁶⁷ Bu anlamda özel kişilerin faaliyetleri kural olarak kamu hizmeti oluşturmaz. Bunların faaliyetlerinin kamu hizmeti oluşturabilmesi için, bu kişilerin kuruluşu ve çalışması üzerinde bir kamu tüzel kişinin yeterince açık bir denetimi olmalıdır.⁶⁸ Kamu hizmeti kavramının son yüzyılda uğradığı dönüşüm kendisini en fazla organik kriterde hissettirmiştir. Kamu hizmetinin mutlaka bir kamu otoritesince yerine getirilmesinin zorunlu olmadığı, onun yakın denetimi/gözetimi altındaki özel kişilerce de kamu hizmetinin yürütülebileceği, diğer bir anlatımla önemli olanın kamu hizmetini kimin işleteceği/yürüteceği değil, hizmetin düzgün işleyip işlememesine dair nihai sorumluluğun idarede olması ve sorumlu idarenin, bu hizmeti işleten eğer özel kişiye, üzerinde sıkı bir denetim yetkisinin olması gerektiği fikri ağırlık kazanmıştır.⁶⁹

3. Şekli Kriter

Bir faaliyete uygulanacak hukuksal rejimi esas alan bu kriter uyarınca, kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olan faaliyetler, kamu hizmeti sayılırlar.⁷⁰ Kamu hizmeti kavramının idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde ölçüt olma niteliğinin de kaynağı olan bu

⁶⁵ ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul, 2004, s. 19

⁶⁶ GİRİTLİ, İ./AKGÜNER T.; İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987, s.127; GÜNDAY, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002, s.282, GÖZÜBÜYÜK, Ş. /TAN, T.; C. I, Genel Esaslar, s. 434.

⁶⁷ Bkz. ÖZAY, İ.; Günişığında Yönetim, İstanbul, 1996, s. 239.

⁶⁸ GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 220.

⁶⁹ ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul, 2004, s. 18, AB düzenlemelerinin etkisiyle organik ölçütün tamamen ortadan kalkmış olduğunu savunanlar yazarlar için bkz. aynı yer.

⁷⁰ Türkiye’de özel işletmecilik esaslarına göre faaliyette bulunan KİT’lerin gördükleri hizmetin kamu hizmeti rejimi ağırlıklı olduğu yönünde bkz. GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; İdare Hukuku, Genel Esaslar, C.I, s. 549.

kriter, günümüzde önemini yitirmiş; özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğü halde, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği kabul edilmiştir.⁷¹

II. İDARİ SÖZLEŞMELER

A. Kavram ve Tanım

İdare genel olarak işlemlerini kamu gücünü kullanarak tek yanlı irade açıklamasıyla yapar. İlk bakışta sözleşmelerin, tek yanlı hukuki tasarruflar, icrai kararlar ve statüler hukuku olan idare hukukunun yapısıyla bağdaşmadığı ileri sürülebilir.⁷² Özel hukuk alanında bireylerin irade serbestisi prensibi hakimdir. İrade serbestisi akitler dikkate alınarak akit serbestisi olarak da ifade edilebilir ve akit serbestisi akit yapıp yapmama, akdin karşı tarafını seçebilme serbestisi olarak ikiye ayrılabilir.⁷³ Akit serbestisi akdin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisi ile tamamlanır. Özel hukuka hakim olan temel prensiplerden bir tanesi de tarafların eşitliğidir. Özellikle üst kavramlar olarak “eşitlik ve irade serbestisine” dayanan sözleşme kuramının⁷⁴ bir ayrıcalık ve eşitsizlik hukuku olarak kabul edilen⁷⁵ idare hukukunda uygulama alanı bulup bulmayacağı kuramsal düzlemde tartışılabilir. Bununla beraber, idarenin kamu yararını gerçekleştirmek maksadıyla bazı etkinliklerini yürütebilmek için, özel hukuk kişileri ile karşılıklı irade açıklamak suretiyle oluşturulan sözleşmelerden yararlandığı da açıktır.

Nitekim Fransız İdare hukukçusu **DUGUIT** bir özel hukuk sözleşmesiyle idari sözleşme arasında temelde bir farklılığın bulunmadığını, kurucu unsurları bir araya geldiğinde sözleşmenin her zaman aynı niteliklere ve sonuçlara sahip olduğunu savunmaktadır.⁷⁶ Bu saptamaya göre; özel kişiler arasında akdedilen sözleşmelerden farklı olarak idari sözleşmeler kategorisi söz konusu değildir. Yalnızca kamu hizmeti amacıyla yapılmaları nedeniyle idare mahkeme-

⁷¹ **DURAN**, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 305-306; **GÜNDAY**, M.; İdare Hukuku, s.224, 20 Şubat 2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik piyasası Kanununun 1. maddesi şu şekildedir. “*Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır*”.

⁷² **ONAR**, S.S.; age., C. III, s. 1591.

⁷³ **OĞUZMAN**, K./**ÖZ**, T.; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. bası, İstanbul, 1998, s. 19.

⁷⁴ Özel hukuk alanındaki teknik tanımlamanın dışında kamu hukuku alanında da sözleşmenin ancak güçleri ve çıkarları eşit düzlemde bulunanlar arasında mümkün olduğu söylenebilir. **AKAL**, C.; Sivil Toplumun Tanrısı, İstanbul, 1990, s. 94.

⁷⁵ **DERBİL**, S.; İdare Hukuku, Ankara, 1959, s. 47.

⁷⁶ **DUGUIT**, L; Traité de droit constitutionnel, 3éd, T. III, Paris, 1939, s. 434, nakleden **ÖZTÜRK**, B; agt., s.22.

lerinin görevli olduğu sözleşmeler vardır. Bu sözleşmelerde özel hukuk sözleşmeleri arasındaki fark ticari amaçla akdedilmiş olmaları nedeniyle, ticaret mahkemelerinin görevine giren ticari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farka benzemektedir.⁷⁷ Fransa’da *Conseil d’Etat*’ın içtihadının gelişimi Duguit’nin görüşleri doğrultusunda oluşmamış ve özel hukuk sözleşmelerinden farklı niteliğe sahip ve ayrı bir hukuksal rejime tabi olan idari sözleşme kategorisinin varlığı kabul edilmiştir. Hatta idari sözleşme kavramının Fransız hukukundaki anlam ve kapsamı ile başka bir hukuk sistemine aktarılması çok güçtür.⁷⁸ Fransa’da idari sözleşme kavramının temelini saptamak için Uyuşmazlık Mahkemesinin 3.2.1873 tarihinde verdiği *BLANCO* kararının irdelenmesi gerekmektedir. Bu kararda mahkeme; “*idarenin eskiden kamu hukuku alanına dahil addedilmeyen bazı faaliyetlerinin artık idari kaza mercilerinin görev alanına girdiğinden bahisle*”, taraflar arasında ortaya çıkacak ihtilafların çözümünün *Conseil d’etat*’ın görev alanına dahil olduğu içtihadında bulunmuştur.⁷⁹

Ancak, esas sorun idari sözleşmelerin varlığının saptanmasından ziyade, idari sözleşmelerin ölçütlerinin ne olduğu etrafında toplanmakta ve bu ölçütlerin saptanmasına gerekçe olarak da idari sözleşmelerin idare hukukunun prensiplerinin ve kaidelerinin ortaya konulmasını gerektirmesi; bu prensip ve kaidelerin ise belli bir formülizasyona tabi olamayacak kadar dinamik bir yapıya sahip olması gösterilmektedir.⁸⁰ İdare hukuku öğretisinde genel olarak bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde ona verilen adın değil, niteliğinin esas alınacağı kabul edilmektedir.⁸¹ Buradan hareketle tarafların iradesinin sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde ikincil bir rol oynadığı söylenebilir. Bu bakımdan bu belirleme, tarafların iradelerinden bağımsız olarak objektif bir takım kriterlerle yapılmalıdır. İdari rejimi benimseyen ülkeler arasında bile *idarenin sözleşmelerinin* hukuki rejimi konusunda dikkat çeken farklılıklar görülmektedir.⁸² Örneğin Fransa’da bayındırlık işi sözleşmeleri ile kamu malının işgali sözleşmeleri idari sözleşme sayılırken,⁸³ Türk İdare Hukuku öğretisinde bu tip sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi sayılmakta; buna karşılık Fransa’da kanıksanmış bir biçimde idari sözleşme kategorisine dahil bulunan ka-

⁷⁷ LAUBADARE/VENEZIA/GAUDAMET s.791-792, nakleden TEKİNSOY, A.; İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) YÖK Tez ve Dokümantasyon Merkezi No. 120712, s.33, ayrıca bkz. BİLGİN, P.; İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970, s. 2 vd.

⁷⁸ AZRAK, Ü.; İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme, İÜHF, C. XXIX, Sayı: 3, 1963, s. 521.

⁷⁹ *Ibid*, s. 522.

⁸⁰ TÖNÜK, V.; İdari sözleşmeler, s. 121, MERİÇ, O.; İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İchtihatta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri, DD., Y. 3, s. 11, 1973, s. 66.

⁸¹ GÜNDAĞ, M.; (İdare Hukuku), s. 168, GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; age., s. 374.

⁸² GİRİTLİ’ye göre iki kaza sistemini kabul etmiş olan memleketlerde mahkeme içtihatlarının yönünü gösteren kararlar yalnız başına ne Yargıtay ve ne de Danıştay kararları olmayıp, iki kaza mahkemesini bağlayan uyuşmazlık mahkemesi kararlarıdır. GİRİTLİ, İ.; Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler, İÜHF., C. XXX, S. 3-4, 1964, s. 497.

⁸³ ROUVIERE, J.; İdari Sözleşmeler (1), Çev. Vecihi TÖNÜK, s. 87.

mu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, Alman hukukunda Fransa'dan örnek alınmasına karşılık özel hukuk sözleşmesi sayılıp adli yargının görev alanına sokulmaktadır.⁸⁴

İdarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmeler, gerek kuruluşu, gerek mahiyetleri ve uyuşmazlık durumunda tabi olduğu hukuk bakımından belirli olmakla beraber, özel hukuka özgü bir kurumun idare hukukuna taşınması sonucu idare hukuku kurallarına göre yapılan sözleşmelerin kriterleri, mahiyetleri ve uyuşmazlık durumunda yetkili ve görevli yargı yeri konusunda farklılıklar ortaya çıkmaktadır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülür. Oysa, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri, 2577 sayılı idari yargılama usul kanununun 2/1-c maddesi uyarınca idari yargıdır.⁸⁵ İdarenin taraf olduğu sözleşmeler söz konusu olduğunda, yukarıda belirtilen iki tür arasında ayırım yapılmaksızın, üst kavram olarak “*idarenin sözleşmeleri*” terimi kullanılmaktadır. İdarenin iki tür sözleşmesi de oluşum aşamasında aynı kurallara tabidir. İdarenin sözleşme yapma iradesinin oluşumundan, sözleşmenin imzalanmasına kadar geçen aşama aynı kurallar tarafından düzenlenmektedir.⁸⁶

İdare hukukunun gelişmesinin en önemli unsurlarından bir tanesinin kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının benimsenmesi olduğu düşünüldüğünde, özel hukuk kökenli “*sözleşme*” kavramının idare hukuku alanına aktarılması kuramsal boyutta idare hukukunu zenginleştirmiş olmakla beraber, pek çok sorunsalı da beraberinde getirmiştir. Gerek kamu hukuku alanında, gerek özel hukuk alanındaki sözleşmelerin temelde borç doğuran irade açıklamaları olmaları ortak niteliklerini tespit edebilme dışında onları birbirine yaklaştırmamaktadır.⁸⁷ Bununla beraber, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için akdedilmiş bulunan sözleşmelerin özel bir hukuki rejime ihtiyaç göstermesinin yanında bir sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin temel gerekçesi o sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi belirlemek ve o sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümleneceğini tespit etmektir.⁸⁸ Bu durum Türkiye gibi idari rejimi benimseyen ülkelerde kaçınılmaz olduğu kadar idare hukukunun kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olması nedeniyle çeşitli teorik tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda bir sözleşme niteliğinde olup

⁸⁴ TAN, T.; İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, SBFD, C. 50, Haziran – Aralık 1995, No: 3-4, s.292.

⁸⁵ İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşama tamamen idare hukukuna tabidir. Bu nedenle, sözleşmenin yapılmasına kadar ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır. Sözleşmenin yapılmasından sonraki aşamada ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise adli yargıdır. GÜNDAĞ, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002, s. 191-192.

⁸⁶ TEKİNSOY, A.; agt., s. 31.

⁸⁷ Aksi görüş için bkz. TÖNÜK, V.; İdari Sözleşmelerin Nitelik ve Özellikleri, (tarihsiz), s. 202.

⁸⁸ AYHAN, Ö.; İdari Sözleşmeler, DD. Y. 9, S. 32-33, 1979, s. 94, İdari sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında ayırım yapılmasının çeşitli nedenleri vardır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerine özel hukuk, idari sözleşmelere ise idare hukuku ilke ve kuralları uygulanır. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülürken, idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözülür.

olmadığı bile tartışmalı olan⁸⁹ idari sözleşmelerin tanımı konusunda da net bir şey söylemek mümkün olmamaktadır. Ancak üzerinde fikir birliğine varılan ölçütlere göre bazı sözleşmeler idari sayılmakta, bu ölçütler karşılanmadığı takdirde söz konusu sözleşmeler kanun tarafından ya da yargı yerlerince içerik ve niteliklerine göre idari sözleşme olarak değerlendirilmektedirler.⁹⁰

B. İdari Sözleşmelerin Kriterleri

İdare faaliyetlerinin büyük bir kısmını tek yanlı işlemler yolu ile yürütse de, kamusal yetkilerini ve genel ehliyetini kullanarak, konular, hüküm ve şartları özel hukuk alanındaki sözleşme tiplerinden farklı sözleşmeler yapabilmektedir. Bu sözleşmelerde idare, kamusal yetkisinin vermiş olduğu üstünlük ve ayrıcalıktan yararlanmaktadır ki, bu şekilde oluşan sözleşmelerde idare hukuku esasları uyarınca gerçekleştirilebilmekte ve idarenin özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak **“idari sözleşmeler”** adını almaktadır.⁹¹ Bir sözleşmenin idari olup olmadığının belirlenmesinde başvuru 3 kriter bulunmaktadır.⁹² Bunlar sözleşmenin taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi olması (*organik kriter*), sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilişkili olması (*maddi kriter*) ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunması (*şekli kriter*). İleride açıklanacak yargı kararlarının ayrıntılı incelenmesinden de görüleceği üzere, Türk yargı içtihatlarında idari sözleşmelerin şartlarından; sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunması şartlarının birlikte (*kümülatif*) arandığı⁹³, Fransız idare hukukunda ise bu şartların alternatif şartlar olduğu ileri sürülerek, Türk yargı içtihatlarının bu yaklaşımı eleştirilmiştir.⁹⁴

1. Organik Kriter

Türk idare doktrininde de bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için taraflardan birisinin idare olması gerektiği belirtilmektedir. İdarenin taraf olduğu her sözleşme idari sözleşme sayılmamakla beraber, bir sözleşmenin idari sayılmasının ilk koşulu taraflardan birisinin idare olmasıdır.

⁸⁹ KARAHANOGULLARI'na göre **“idari sözleşme”** kategorisi sözleşme kavramının mantığına ters düşmektedir, age., s., aynı yönde GÖZLER, K.; age., s. 4.

⁹⁰ ODYAKMAZ, Z.; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, (Prof. Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU'na Armağan), GÜHFD, C. II / s.1-2/1998, s. 147.

⁹¹ ERKUT, C.; İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayını, Ankara, 1991, s. 35.

⁹² Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için Bkz. BİLGEN, P.; İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970.

⁹³ KUTLU, M.; İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 31.

⁹⁴ Kümülatifliğin eleştirisi için bkz., GÖZLER, K., age., C.II, s. 46.

Bir sözleşmenin idari olabilmesi için idarenin tam anlamıyla sözleşmeye taraf olması gerekir. İdarenin çeşitli şekillerde müdahalesi veya katılımı bu anlamda sözleşmeye idari vasfını kazandırmamaktadır.⁹⁵ Ayrıca idarenin âkitlerden birinin yerine geçmesi halinde, sözleşmede özel hukuk sözleşmesi niteliğini kaybettirecek özellikte değişiklikler olmadığı sürece, sözleşme idari sözleşme sayılmamaktadır.⁹⁶

Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması ölçütünün, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye tanınan ayrıcalık ve üstünlüklerle beraber değerlendirilmesinin gerekeceği doğaldır.⁹⁷ Devlet eliyle ve üstelik kanunla kurulan her ünitenin kamu idare veya kurumu niteliğini taşıması, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığını belirlerken, sözleşmenin tarafları üzerinde de durulmasını gerektirmektedir.⁹⁸ Bu anlamda herhangi bir idari makam değil, sadece kamu tüzel kişiliğine sahip bir makam idari sözleşme akdedebilir.⁹⁹

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi¹⁰⁰, Danıştay¹⁰¹ ve Uyuşmazlık Mahkemesi¹⁰² kararlarında da bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için aranan ilk şart, bu sözleşmenin taraflarından birisinin idare olmasıdır.¹⁰³

Esasında, idarenin her türlü sözleşmesinde olduğu gibi idari sözleşmelerde de taraflardan birinin idare olması olağandır. Bu nedenle bu ölçüt idari sözleşmelerin ayırt edici bir özelliği

⁹⁵ İdarenin fiyat tespit etmek suretiyle müdahale ettiği sözleşmeler idari sözleşme sayılmazlar. GÜNDAY, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002, s. 168, Aynı yönde bkz. ODYAKMAZ, Z.; agm., s. 148.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Danıştay 1. Dairesinin 1996/138 sayılı Hazar Santrali (Hazar 1 ve Hazar II Hidro-Elektrik Rehabilitasyonu ve işletilmesi için görev verilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesi taslağı hakkında aynen şu ifadelerle yer verilmiştir. Sözleşme tasarısının sözleşmenin feshi başlıklı 29. maddesi, tesislerin yapılmasını veya işletilmesini engelleyecek nitelikte olmak koşuluyla sözleşmenin süresinden önce feshini gerektirecek nedenler olarak, mücbir sebepler ve şirket kusurları yanında bakanlığın kusurlu olması halini de öngörmektedir. Eşitler arası sözleşmelerde, tarafların kusurları nedeniyle sözleşmelerin diğer tarafça feshi olanağı bulunmasına karşın, idarelerin üstün haklarla donatıldığı imtiyaz sözleşmelerinde, özel hukuk kişilerine bu sözleşmeleri tek yanlı feshetme yetkisi tanınmayacağı gerek doktrinde gerekse uygulamada yerleşmiş bir husustur. Bu nedenle anılan maddede yer alan Bakanlığın kusuru nedeniyle sözleşmenin feshini düzenleyen fıkra metinden çıkarılmıştır. E. 1995/246, K. 1996/138 (*yayınlanmamış*).

⁹⁸ ESİN, Y.; age., cilt II, s. 186.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ AM / 9/12/1994 tarih ve E.1994/43, K. 1994/42-2 sayılı karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı. 31, cilt I, sayfa. 300.

¹⁰¹ Danıştay 10. Dairesi, 29 Nisan 1993 tarih ve E. 1991/1, K. 1993/1752 sayılı karar, DD s. 88, sayfa 465.

¹⁰² Uyuşmazlık Mahkemesi, 24 Ocak 1946 T. ve E. 1946/5, K. 1946/1 sayılı kara RG. 12 Mart 1946, sayı. 6254, Aynı yönde bkz. ONAR, S.S.; İdare Hukukunun Umumi Esasları, cilt III., s. 1558-1599.

¹⁰³ Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için Türk hukukunda mutlak olarak taraflardan birinin idare olması gerektiği yönündeki düşünce, telekomünikasyon alanındaki düzenlemeler nedeniyle kırılma yaşamıştır. Nitekim Ankara, 9. İdare Mahkemesi, Türk Telekom ile özel işletmeciler arasındaki ara bağlantı sözleşmesini idari sözleşme olarak nitelemiştir. (Ankara 9. İdare Mahkemesi, E. 1999/577, K. 2000/831, 4.10.2000), Ara bağlantı sözleşmesi yalnızca kamu tüzel kişisi olan Türk Telekom ile imtiyazcı şirketler arasında değil, GSM hizmeti yürüten özel şirketler arasında da imzalanacaktır. Ara bağlantı sözleşmesinin içerdiği hükümler itibariyle değil, bir imtiyaz sözleşmesine dayanması nedeniyle niteliği itibariyle idari sözleşme olduğu kabul edilirse, Türk hukukunda da tarafların ikisi de imtiyazcı özel kişi olan bir idari sözleşme türünün ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. TEKİNSOY, A.; agt., s. 104.

olarak değerlendirilmemekle beraber idari sözleşmelerin organik ölçütü olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Bu anlamda bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taraflardan en az birisinin kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir.¹⁰⁵ Esasında kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında akdettiği sözleşmeler daha ince bir çizgidedir. Şöyle ki, iki tarafın da kamu tüzel kişisi olduğu durumlarda bu sözleşmelerin kural olarak idari sözleşme sayılıp sayılamayacağı tartışılabilir. Nitekim Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 21 Mart 1983 tarihli UAP kararında; iki kamu tüzel kişisi arasında yapılan sözleşmenin konusu itibariyle taraflar arasında özel hukuk ilişkisine vücut vermemesi kaydıyla ilke olarak idari nitelik taşıdığını kabul etmiştir.¹⁰⁶ Diğer yandan, iki kamu tüzel kişisi aralarındaki ilişkinin kamu hukukuna tabi olmadığı bir alanda da sözleşme yapabilirler. Bu bağlamda iki özel hukuk tüzel kişisi arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde güçlü bir karinenin var olduğu kabul edilebilirse de, iki kamu tüzel kişisinin yaptığı sözleşmenin mutlaka idari sözleşme olduğu yönünde bir karine söz konusu olamaz.¹⁰⁷ Fransa’da Uyuşmazlık Mahkemesi 8 Temmuz 1963 tarihli **PEYROT** kararında; kamu hizmetini yürütmekle görevli bir özel hukuk tüzel kişisinin bir kamu tüzel kişisinin hesabına hareket ederek bir başka özel hukuk tüzel kişisiyle bir sözleşme akdetmiş olması durumunda, bu sözleşmenin idari sözleşme olabileceğine hükmetmiştir. *R. CHAPUS*, özel hukuk tüzel kişisi olan şirketin, ilgili kamu tüzel kişisi hesabına bu sözleşmeyi yapmasından anlaşılması gerekennin, arada açık veya örtülü herhangi bir vekâlet ilişkisi olmadığı halde şirketin işin arka planındaki kamu tüzel kişisi yerine geçmeyi kabul ederek, bir aracı olarak hareket ederek akdetmesini anlamak gerektiğini açıklamıştır.¹⁰⁸ Şirketle kamu tüzel kişisi arasında herhangi bir vekâlet ilişkisi olması halinde şirket akdettiği sözleşmede kamu tüzel kişisini temsil edeceğinden sözleşme zaten idari nitelikte olacaktır.¹⁰⁹

Bunun dışında idare idari sözleşmeye tüzel kişilik sıfatına dayanarak ve diğer sözleşmeci ile eşit olarak katılmamakta, tam tersine kamu yararının temsilcisi olarak katılmakta ve böyle bir sözleşme ile kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.¹¹⁰

¹⁰⁴ Bkz. GÜNDAY, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002, s.167, GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Bursa, 2002, s. 19.

¹⁰⁵ T.C. Anayasası m. 123/3, Kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.

¹⁰⁶ Azot Sanayi Genel Müdürlüğü ile TEK arasında yapılmış elektrik enerjisi sözleşmesi ve 2942 sayılı kamu-laştırma kanununa (m.32) ve 442 sayılı köy kanununa (m.5) ve 442 sayılı Köy Kanununa (m.5) göre kamu tüzel kişileri arasındaki anlaşmalar da idari sözleşme sayılmaktadır. Bkz. Danıştay 12. D. 2.11.1976, E.974/1958 K.976/2141,DD. sayı: 26-27, s. 509 vd.

¹⁰⁷ BİLGİN, P.; İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970, s. 33.

¹⁰⁸ Aktaran GÖZLER, K.; age., C.II, s. 21.

¹⁰⁹ CHAPUS, R; Droit Administratif, s. 740. aktaran GÖZLER, K.; age., C.II, s. 21.

¹¹⁰ GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 167.

2. Maddi Kriter

Son yıllardaki kriz tanımlamalarına karşın kamu hizmeti kavramı idari yargının görev alanı, idari örgütlenme, işleyiş, idarenin sorumluluğu gibi konularda olduğu gibi idari sözleşmelerin de ayırıştırıcı kriterlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmeti kavramı idari sözleşmeleri diğer sözleşmelerden ayırt eden bir amaç olarak da görülmektedir.¹¹¹ Ülkemizde, özellikle idari sözleşme kategorisinin imtiyaz rejimi kısıkacında değerlendirilmesinin belki de en baskın sonucu kamu hizmeti kavramının idari sözleşmelerin en belirgin ölçütü olduğu yolundaki izlenimin doğması olmuştur. Sözleşmenin idari sözleşme sayılması için sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması yeterli değildir; bu nedenle sözleşmenin konusu kamu hizmeti değil, kamu hizmetlerinin görülmesi, yürütülmesi, yerine getirilmesi olduğu takdirde söz konusu sözleşme idari sözleşme niteliğini kazanır.¹¹² Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere, sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesi arasındaki ilişkinin yoğunluğu, sözleşmenin idari nitelik taşıması bakımından önem kazanmaktadır.¹¹³ Öğretide bu ilişkinin doğrudan bir ilişki olması gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁴ Doğrudan ilişki, bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesi biçiminde olabileceği gibi, hizmetin işletilmesine katılmak biçiminde de olabilir.¹¹⁵

Ancak bu kriter idari sözleşmelere bütüncül bir yaklaşım sağlamamaktadır. Örneğin, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi¹¹⁶ olmayıp, devlet veya kamu tüzel kişilerince piyasalardan ya da gerçek kişilerden belli miktar paranın ödünç alınmasını düzenleyen kamu borçlanma sözleşmeleri ile maden işletme ve orman işletme sözleşmeleri de idari sözleşme sayılmaktadır.¹¹⁷

3. Şekli Kriter

Bir sözleşme özel hukuktan farklı bir hukuksal rejime tabi tutulmuşsa, bir başka deyişle, idarenin lehine olarak birtakım üstün yetkiler ve özel hukuku aşan şartlar içeriyorsa o sözleşme idari nitelik taşır.¹¹⁸ Kamu yararını korumak için idareye özel sözleşmelerde yer almayan bazı üstün

¹¹¹ OSTEN, N.; İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti, İstanbul, 1938, s. 5.

¹¹² ODYAKMAZ, Z.; a.g.m., s. 149.

¹¹³ ONAR, C.III, s. 1599, BİLGİN, P.; age., s. 74.

¹¹⁴ YAYLA, Y.; İdare Hukuku, İstanbul, 1990, s. 128.

¹¹⁵ YAYLA, Y.; age., s. 128, GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; age., C. I, s. 383.

¹¹⁶ İdari Sözleşmelerin tanımlanmasında kamun hizmetinin ilk kez 6 Şubat 1903 tarihli TERRIER kararında kullanıldığı yönünde bkz. TEKİNSOY, A.; agt., s. 109.

¹¹⁷ GÜNDAY, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002, s. 65.

¹¹⁸ ONAR, S.S.; Cilt III., s. 1599-1600 / GÜNDAY, M.; İdare Hukuku, Ankara, 2002, s. 142.

yetki ve salâhiyetler tanınmıştır. İdarenin bu üstünlüğü kanunlara ya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır. Aslında idarenin kendine tanınmış olan bu üstün yetki ve salâhiyetleri kullanabilmek için hukuki bir dayanağının olması gerekir.¹¹⁹ BİLGEN, Danıştay'ın 11.1.1966 tarihli kararında ilk kez özel hukuku aşan hüküm ve şartlar terimini kullandığını ve bununla bir yanı teşkil eden idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesini ifade ettiğini belirtmektedir.¹²⁰ Yazara göre Türk hukukunda özel hukuku aşan şartların tanımı konusunda, Fransız hukukunda olduğu gibi bir kriz ve zorluk yoktur. Yalnız, kamu kudreti imtiyazlarına bağlanabilen şartlar yüksek mahkemelerce özel hukuku aşan şartlar olarak kabul edilmektedir.¹²¹

Bazı yazarlar¹²², idareye tanınan ayrıcalık ve yetkilerin sözleşmeden önce ve sözleşme yapıldıktan sonra her aşamada söz konusu olabileceğini ifade etmektedirler. Burada idari sözleşmelerin dayandığı kural işlem niteliğindeki şartnamelerin karşı tarafın tartışamayacağı ileri sürülse de bu aşamada ortada sözleşme yoktur. Ayrıca, idarenin özel hukuk sözleşmelerinden birçoğunda da sözleşme imzalanmadan önce idari şartname aşaması vardır.¹²³ Bu anlamda üstün hak ve yetkilerin sözleşmeden önce olduğunu kabul etmek çok da yerinde olmayacaktır. Ayrıca, özel hukuk alanında da sözleşme imzalanmadan önce taraflardan birinin sosyo-ekonomik konumu gereği karşı âkide empoze edebileceği durumlar söz konusu olabilir.

Özellikle yerel yönetimlerin giderek etkinlik kazanmasıyla özel girişimcilerle akdettikleri inşaat sözleşmeleri¹²⁴ ile kamu hizmetlerinden yararlananlarla akdedilen abonman sözleşmeleri¹²⁵ kamu hizmetinin yürütülmesiyle doğrudan ilişkili oldukları halde idari sözleşme kate-

¹¹⁹ MERİÇ, O.; İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri, DD., Y. 3, s. 11-1973, (66-81).

¹²⁰ BİLGEN, P.; age., s. 131.

¹²¹ *Ibid*

¹²² ODYAKMAZ, Z.; agm., 150.

¹²³ Uyuşmazlığa konu ihale yapıldıktan sonra taraflar arasında bir ön sözleşme imzalanmış ve bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi nedeniyle ihalenin feshi yoluna gidilmişse de, ön sözleşme ile öngörülen kredi temin yükümlülüğünün şartnamede de yer alan ve sözleşmenin yürürlüğe girmesini, yani ihalenin kesinleşerek asıl sözleşmenin noterce onaylanmasını sağlayacak bir ön koşul olduğu, ihale sonucu yapılacak işin yerine getirilmesi aşamasına ilişkin olan bir yükümlülüğünden, dolayısıyla özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmadığı sonucuna varıldığından, idarenin kamu gücünü kullanarak ve 2886 sayılı Yasanın verdiği yetkiye dayanarak tek taraflı ve buyurucu nitelikteki irade beyanı ile tesis ettiği ihalenin feshine ilişkin işleme karşı açılan davanın İdare Mahkemesince karara bağlanması gerekmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2002/725, K. 2003/88, T. 7.3.2003. (*Kazancı Hukuk Yayınları Mevzuat CD'si*).

¹²⁴ ÖZAY bu hususta kamu hizmetlerinin alt yapısı konusunda inşaat sözleşmeleri ile daha sonra bunların işletilmesi, yani kamu hizmetine sunulması alanındaki sözleşmelerin idari sayılmamasını idare hukuku ilkelerine ters düşüğünü ve ülkemizin yapısı bakımından da çok sakıncalı sonuçlara neden olabileceğini ifade etmektedir. ÖZAY, İ.; Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s. 414, *dipnot 665*.

¹²⁵ GSM Mobil telefon sistemi hizmetleri veren şirketle aboneleri arasında çıkan ihtilafta Yargıtay 13. HD'nin verdiği bir karar için bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2000/10885, K. 2000/10542, T. 27.11.2000, YKD.cilt: 27, s. 2, şubat 2001, s. 226, GSM Şirketlerinin sabit ücrete ilişkin düzenlemeleri dava konusu olmuş ve abonelik sözleşmesinden doğan bu ihtilaflarda adliye mahkemeleri karar vermiştir. bkz. Bursa Asliye 1. Ticaret

gorisinde değerlendirilmemektedir. Bu itibarla hukukumuzda bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için konusunun kamu hizmetine ilişkin olması tek başına yeterli değildir.¹²⁶ Kamu hizmetine ilişkin olma ve idareye kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin verilmiş olması koşullarının birlikte bulunması zorunludur.¹²⁷ Öte yandan, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve idari hizmet sözleşmeleri gibi konusu karşı tarafın kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesi veya ifasına katılmasından ibaret olan sözleşmeler, diğer bir deyimle kamu hizmetlerinin bir bölümünün ya da tümünün sözleşmeye taraf özel kişi tarafından yürütülmesi konusunda yapılan sözleşmeler sadece bu nedenle; yani idareye üstün ve ayrıcalıklı yetki verilmiş olması koşulu aranmaksızın idari sözleşme olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu nitelikleri taşımayan sözleşmelerin taraflarından birinin diğerine göre kamu gücü kullanarak üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanma hakkının bulunmadığı sözleşmeler idari sözleşme olarak görülmemektedir.¹²⁸ Özel hukuku aşan şartların¹²⁹ sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde kullanıldığı ilk karar *Conseil d'Etat*'ın 31 Temmuz 1912 tarihli *Granits des Vosges* kararıdır. Karara konu olan sözleşmenin özel şirketin herhangi bir bayındırlık işi görmesini içermemesi ve konusunun özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerin kural ve koşulları çerçevesinde malzeme sağlanması olması nedeniyle idari sözleşme niteliği taşımadığı kabul edilmiştir. Kararın getirdiği ölçüt uyarınca idari sözleşme artık kamu hizmeti amacına yönelik olmasıyla değil sözleşmenin içerdiği hükümlere göre tanımlanacaktır.¹³⁰

BİLGİN, Türk hukukunda Uyuşmazlık mahkemesi ve Danıştay içtihatlarına göre, idari sözleşmeyi esas bakımdan özel hukuk sözleşmelerinden ayıran kriterin bu olduğunu, bu şartların bir yandan tarafların idari sözleşme yapma iradelerinin belirtisi, diğer yandan da ortada, idare hukuku kurallarına göre çözümlenmesi gereken bir kamu hukuku meselesinin bulunduğu göstergesi olduğu için sözleşmeyi idari kıldığını belirtmiştir.¹³¹ Özel hukuku aşan şartlara örnek olarak gösterilen idarenin teminatı iradi kaydetmesi, herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan karşı akide yaptırım uygulayabilmesi, sözleşmede tek taraflı değişiklikler yapma yetkisi gibi hususlar özellikle mutlak bir hak olarak değerlendirmese de mülkiyet

Mahkemesinin 13.06.2000 T. E. 2000/224, K. 2000/222 sayılı kararı (yayınlanmamış), Ankara Asliye 30. Hukuk Mahkemesinin 27.04.2000 T. E. 2000/67, K. 2000/255 sayılı kararı (yayınlanmamış).

¹²⁶ Enerji Piyasasında piyasa modelinin ana unsurlarından biri olan ikili anlaşmalar, tüm koşulları ve süresi taraflar arasında serbest olarak belirlenen *özel hukuk hükümlerine tabi anlaşmalardır*.

http://www.epdk.org.tr/yayin_rapor/elektrik/yayin_rapor.htm

¹²⁷ **DURAN**, L.; İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1982, s. 430.

¹²⁸ **ULUSOY**, A.; Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002, s. 82'den naklen.

¹²⁹ Özel hukuku aşan şartlar yatırımcılar açısından politik ve hukuksal riskler olarak değerlendirildiğinden özellikle imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin tercih edilmesine gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Bu konudaki bir inceleme için bkz. **EMEK**, U.; Vergi Dünyası, Ağustos 1999, S. 216, s. 107.

¹³⁰ **TEKİNSOY**, A.; agt., s. 114.

¹³¹ **BİLGİN**, P.; age. s. 132.

hakkını genel nitelikli ilke norm olarak kullanan ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygunluğu da kararlarında ölçü olarak alan¹³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulaması anlamında özellikle kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülme usullerinde iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra Türkiye Cumhuriyeti tarafından tazminat ödenmesine yol açabilecek niteliktedir.¹³³

Fransız İdare Hukukunda da idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri arasındaki ayırım temel bir referans noktası olarak alınmaktadır.¹³⁴ İdarenin, idari sözleşmelerdeki üstün hak ve yetkileri karşı âkidin tazminat alma hakkına sahip olması ile dengelenmek istenmektedir. İdarenin sahip olduğu üstün hak ve yetkiler sözleşmede öngörülme dahi uygulamada ortaya çıkabilmektedir.¹³⁵

C. İdarî Sözleşmelere İlişkin Olarak Yüksek Yargı Organlarının Yaklaşımı

Türk hukukunda idari sözleşmelere ilişkin ilk saptama Danıştay'ın 26 Şubat 1935 tarihli İstanbul Tramvay şirketi kararında yapılmış ve idari sözleşmelerin tanımı verilmiştir.¹³⁶ Bu karara göre:

(...)“Yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere “amma hizmeti imtiyazı mukaveleleri” denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müştak mükellefiyetler tarh etme isibarile idari mukaveleler mecmuasına dahil olmakla beraber, bunlar akitlerini amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin için amme kudreti haklar ile de techiz ettiklerinden diğer idari mukavelelerden bir fark arz ederler¹³⁷”(…)

¹³² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin LITHGOW ve AUTRES/İNGİLTERE kararı, GÖZÜBÜYÜK, Ş. /GÖLCÜKLÜ, F.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 426b.

¹³³ İlginçtir ki bu konuda 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun Yargılamanın Yenilenmesi Başlıklı 53. maddesine 19 Temmuz 2003 tarih ve 25173 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 6. maddesiyle (i) bendi ilave edilmiştir: *Hükümün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ihlallerinin iç hukuk bakımından ne kadar önemli hale geldiğinin göstergesidir.

¹³⁴ DICKSON, B.; *Introduction to French Law*, London, 1994, s.76 vd.

¹³⁵ DICKSON, B.; *Introduction to French Law*, London, 1994, s.76 vd.

¹³⁶ İlginçtir ki uzun yıllar tahkimin reddi prensibine ilişkin kuramsal tartışmalar yapılmış ancak idari sözleşmelere ilişkin temek belirlemelerin **bir hakem kararında** yapıldığı gözden kaçırılmıştır. Fenerler İdaresiyle Maliye Vekaleti arasında çıkan bir uyuşmazlık nedeniyle tayin edilen heyet kararı için bkz. DKD. S. 1, s. 58-60.

¹³⁷ OSTEN, N.; *İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti*, İstanbul, 1939, s. 37-38.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere idari sözleşmelerin tespit edilmesinde imtiyaz rejimi esas alınmış ve sözleşmenin niteliği üzerinde durulmuştur. Bu itibarla idari sözleşmeler kategorisin daha rafine bir şekilde irdelenebilmesi ve ölçütlerin gelişimi için başka kararların ortaya çıkması beklenmek zorunda kalınmıştır. İdari sözleşmeler konusunun Danıştay ve Uyuşmazlık mahkemesi tarafından ilk kez geniş çaplı irdelenmesi “Zingal Uyuşmazlıkları” diye anılan bir dizi uyuşmazlık nedeniyle yapılmıştır. Bu karar uyarınca;

“Mevzu hukuk muvacehesinde idari mukavelelerin gayesini teşkil eden amme hizmeti tabirinin mana ve medlülünü düşünmek icabeder. Bir amme hizmetinin tanzim ve işleme-sini temin maksadıyla münakit olan ve idari prensip ve kaideleri harekete getiren idari mukaveleler, devletin amme kudretine dayanmaksızın tamamen bir fert gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arz eder.

Bu mukavelelerde akit olan özel veya tüzel kişinin, hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara adi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili, hizmeti umumun menfaatine uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alalade bir fert mevkiinde kalmaması, amme hizmetlerinin icap ve zaruretlere icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve selahiyetinin idari otoriteye tanınması, hizmetin yürütülmesinde aksaklı husule getiren akit hakkında zecri hükümler vazı, elkoyma ve uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur¹³⁸”.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere; (i) Taraflardan birinin idare olması, (ii) sözleşmenin konusunun kamu hizmeti oluşturması, bu anlamda özel kişinin kamu hizmetini bizzat yürütmesi ya da yürütülmesine katılması, (iii) idareye birtakım üstün hak ve ayrıcalıkların tanınması ki bu durum özellikle sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi ¹³⁹ya da sözleşmenin düzenlediği ilişkinin kamu hukuku alanına inhisar edilmesi halinde söz konusu olmaktadır, (iv) sözleşmenin uzun bir süre için yapılması ölçütleri günümüzde de Yüksek Yargı Organları tarafından kullanılmaktadır. Danıştay 10. dairesinin 29.4.1993 tarihli kararında idari sözleşme aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır.

¹³⁸ 4.3.1946 tarih ve 6247 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.1.1946 gün ve E. 1946/8, K. 1946/3 sayılı kararı, ESİN, Y.; Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, Ankara, 1976, Usul, s. 176-178.

¹³⁹ Sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesinin kesin bir ölçüt olarak değerlendirilemeyeceği yönünde ayrıntılı yorumlar için bkz. TEKİNSOY, A.; agt., Ankara, 2002, s. 147-149.

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir.”¹⁴⁰

Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında ise;

“İdari sözleşme İdarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir.”¹⁴¹

Anayasa Mahkemesine göre ise,

“Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir.”¹⁴²

Yukarıdaki yargı kararlarındaki ortak paydalar dikkate alındığında yargının idari sözleşmelere aynı pencereden bakma çabası durağan, idari sözleşmelerin değişik tiplerde ve çeşitli konulara ilişkin olabileceği¹⁴³ biçimindeki önerme ise hareketli bir kimlik taşıdığından bütün bu kriterlerin her sözleşme tipine göre farklı oranda ve yoğunlukta değerlendirilmesi gerekebilecektir.

III. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

A. Genel Olarak

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini öngören

¹⁴⁰ Dan. 10. D., E. 1991/1, K. 1993/1752, T. 29.4.1993, DD. S. 88, s. 463-466, Danıştay 1.Dairesinin 190/94 E. 1990, K. 109 sayılı kararında; “kamu hizmeti niteliğini taşıyan bir görevin yerine getirilmesi idari bir sözleşme ile özel bir girişimciye devredilmişse kamu hizmeti imtiyazı şeklinde yürütülüyor demektir. Danıştay 1. Dairesinin E. 1992/232 / K. 1992/294 sayılı kararına göre idarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan tüzel bir kişi ile yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulmasının ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel almak ve giderleri ile kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir. “Danıştay ve uyuşmazlık mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, bir sözleşmenin idari nitelikte sayılabilmesi için değişik unsur ve koşulların bir arada bulunması gerekir. Genel olarak taraflardan biri idare ve konusu kamu hizmeti olan, bu hizmetin yürütülmesi için yapılan, amacı kamu yararı olarak saptanan ve idareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan sözleşmeler idari sözleşme niteliğini taşırlar.

¹⁴¹ UM.; E. 1991/15, K. 1991/16, T. 8.7.1991, RG. 20.10.1991 – 21027.

¹⁴² AYM., E. 1994/43, K. 1994/42-2, T., 9.12.1994, AMKD., S. 31, C.1, s. 300.

¹⁴³ ESİN, Y.; Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, Esas, Ankara, 1973, s. 114

idari sözleşmelerdir.¹⁴⁴ İdare hukuku öğretisinde imtiyaz, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişice kurulması ve/veya işletilmesi usulü olarak tanımlanmakta¹⁴⁵ ve özel kişi tarafından belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletilmesi ya da kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin sadece işletilmesini içermektedir.¹⁴⁶ İmtiyaz usulünün gelişim süreci incelendiğinde Osmanlı İmparatorluğu döneminde Duyun-u Umumiye'nin kuruluşuna kadar gitmek gerekecektir. 1881 yılında Duyun-u Umumiye'nin kuruluşu ile Avrupa Osmanlı imparatorluğu üzerinde mali denetimini gerçekleştirmeyi başarmış ve Osmanlı devletinin borçlarının garantisi olarak yabancı sermayenin pek çok alanda imtiyaz olarak yerleşmesine de aracılık etmiştir.¹⁴⁷ İmtiyaz konusundaki ilk genel düzenleme ise 10 Haziran 1326 tarihli “*Menafii Umumiye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*”dur. Bu kanun önemli hükümler içermekle beraber “**imtiyazın**” tanımını yapmamıştır. Bu tanımdan da çıkarılabileceği üzere “*imtiyaz yöntemi*” kamu hizmetlerinin sözleşme yoluyla özel kişiler tarafından görülme yöntemlerinden biri olmakla beraber, bütün kamu hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesine konu olabileceğini söylemek olanaklı değildir. Özellikle kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren kolluk¹⁴⁸-adalet- milli savunma gibi hizmetlerin imtiyaz sözleşmesine konu olması mümkün değildir. Bu anlamda yalnızca iktisadi kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmesine konu olabilirler.¹⁴⁹ İmtiyaz zinciri içerisinde imtiyaz sözleşme ve şartlaşması olarak da isimlendirilen kar-

¹⁴⁴ GÜNDAY, M., (İdare Hukuku), s. 172, farklı tanımlar için bkz. DERBİL, S.; age., s. 593, ONAR, C.; age., I, s. 1244, GÖZÜBÜYÜK, Ş. / TAN, T.; C. I, s., 459.

¹⁴⁵ Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında “*imtiyazın*” açık bir tanımını vermek mümkün değildir. Roma Anlaşmasında da imtiyazın tanımı verilmemekle beraber kamu sözleşmeleri adı verilen (*Public Contracts*) sözleşmelere ilişkin 93/37 sayılı direktifte bir tanım bulmak olanaklıdır. “gerek işletmeyi gerekse kar ve masrafı kendisine ait olmak üzere dizaynı konu alan ve işletme risk ve sorumluluğunu belli bir bedel karşılığında üzerlerine alınan sözleşmelerdir.

¹⁴⁶ GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 234-235, benzer tanımlamalar için karşılaştırınız; DERBİL, S.; age., s. 593, GÖZÜBÜYÜK, Ş.; age., s. 246, ÖZAY, İ.; age., s. 219., İmtiyazın başarısının ihtiyaç, özel sektörü cezp edecek politika, yatırım yapmaya arzulu işletmeciler, teknik tecrübe, güven, serbest ithalat. Mahalli işçilerin çalışması, vergi muafiyeti gibi farklı parametrelere bağlı olduğun yönünde bkz.; BETTINGER, C.; *La gestion déléguée des services publics dans le monde Concession ou BOT*, Paris, 1997, s. 106

¹⁴⁷ TAN, T.; Osmanlı İmparatorluğu’nda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, SBFD, C. XXII, no.2, Haziran 1967, s. 345.

¹⁴⁸ 26 Haziran 2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 10 Haziran 2004 tarih ve 5188 sayılı “**Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun**”’un 1. maddesinde “*Bu Kanunun amacı, kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemektir.*”, ifadesi kullanılmış ve kanunun 5. maddesinin 1. paragrafında özel güvenlik şirketlerine ilişkin olarak şu hususlar düzenlenmiştir. “*Şirketlerin özel güvenlik alanında faaliyette bulunması İçişleri Bakanlığının iznine tabidir. Faaliyet izni verilebilmesi için şirket hisselerinin nama yazılı olması ve faaliyet alanının münhasıran koruma ve güvenlik hizmeti olması zorunludur. Özel güvenlik şirketleri, şubelerini bir ay içinde Bakanlığa ve ilgili valiliğe yazılı olarak; hisse devirlerini bir ay içinde Bakanlığa bildirirler.*”

¹⁴⁹ CHAPUS, Droit Administratif, s. 572, aktaran ÖZTÜRK, B.; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 31., Bu düşüncenin pratik nedenlerden kaynaklandığı, sını ve ticari kamu hizmetleri yanında diğer kamu hizmetlerinin de imtiyaza verilebileceği yönünde bkz., TEKİNSOY, A.; agt., s. 166.

ma nitelikli bir işlem anlaşılmaktadır.¹⁵⁰ Bir başka deyimle imtiyaz işlemi, tarafların haklarını ve borçlarını öngören “sözleşme” ile hizmetin kuruluş ve işleyişini düzenleyen şartlaşmadan oluşmaktadır.¹⁵¹ İmtiyaz sözleşmesinin tanımlayıcı unsurlarından bir diğeri, imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesidir.¹⁵² İmtiyaz sözleşmelerinin bu unsuru aynı zamanda kamu hizmetini işletmek için gereken tüm sermayenin imtiyaz sahibi tarafından sağlanmasını da içermektedir.¹⁵³ Bununla birlikte özellikle son dönemlerde imtiyaz sözleşmesine taraf olan şirketlerin kâr garantisi taleplerinin imtiyazın temel özellikleriyle bağdaşmadığı halde imtiyaz sözleşmelerinde kâr garantisi içeren hükümlere yer verildiği görülmektedir.¹⁵⁴ İmtiyaz sahibinin kâr amacıyla hareket eden bir özel girişimci olması dolayısıyla, imtiyazı almasının temel amacı bundan gelir sağlamaktır. Bu nedenle imtiyaz sözleşmelerinde kamu hizmetini işletme borcu altına giren imtiyaz sahibi, bunun karşılığında bir gelir elde edecektir.¹⁵⁵ İmtiyaz sahibinin gelirini, hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca alacağı karşılıklar oluşturur. Bu unsur imtiyaz sözleşmelerini kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesindeki diğer yöntemlerden ayırmaktadır.

1924 Anayasasının TBMM’nin görev ve yetkilerini düzenleyen 26. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinin onaylanmasının da TBMM’nin görev ve yetkileri arasında sayılmasından ve aynı Anayasanın Danıştay’ın görevlerini düzenleyen 55. maddesinde imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında Danıştay’ın görüşünün de alınacağı belirtildikten sonra, 1326 tarihli kanun ve 1924 Anayasası hükümlerine göre, kamu hizmeti imtiyazlarının Danıştay’ın görüşü alındıktan sonra Bakanlar kurulu kararı ve TBMM’nin onayı ile ancak Türk anonim şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesi öngörülmüştür.¹⁵⁶ 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, TBMM’nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi kaldırılmış ve Danıştay’ın da imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarıları üzerindeki görev ve yetkisi görüş bildirme olmaktan çıkarılarak inceleme haline dönüştürülmüştür. 1982 Anayasası da, imtiyaz sözleşme ve

¹⁵⁰ ONAR, S.S.; age., C.I, s. 536.

¹⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, Ş. /TAN, T.; age., C. I, s. 147.

¹⁵² ONAR, S.S.; age., C. I, s. 536, DURAN, L.; İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1982, s. 330, ÖZAY, İ.; (Günışığında), s. 257, GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 234.

¹⁵³ DERBİL, S., age., s. 595, DİNÇER, G.; İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları, DD. Y.3, s. 8, 1973, s. 19, İdare ancak *fait de prince* ve öngörülemezlik teorilerinin uygulama alanı bulduğu hallerde müdahale edecektir. İdare hukukunda *emprevizyon* teorisi ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. BUCAK, V.; İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Ankara, 1940.

¹⁵⁴ Örneğin BOYABAT Barajı ve Hidroelektrik Santralinin yapımı, işletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin Türkiye elektrik üretim iletim Anonim şirketine satışına ilişkin imtiyaz sözleşmesi taslağının finansman ve ek finansman başlıklı 8/c maddesinde aynen şu ifadeye yer verilmiştir. “*Gerektiğinde ek finansman yerine Bakanlık, maliyet artışını karşılamaya yetecek miktarda ve şirketin bu miktarı geri ödeme yükümlülüğü olmaksızın bir fon temin edebilir. Bu fonun teminine ilişkin hususlar fon anlaşmasında yer alacaktır.*”

¹⁵⁵ DURAN, L.; İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1982, s. 330.

¹⁵⁶ GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 173.

şartlaşma tasarıları hakkında 1961 Anayasasında yer alan hükümleri taşımakta iken, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı kanun ile Anayasanın 155. maddesinin 2. fıkrası değiştirilmiş ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi ve görevi salt görüş bildirme haline getirilmiştir.

Dünya çapındaki uygulamalara bakıldığında, geleneksel imtiyaz sözleşmeleri genel olarak ev sahibi devletin sömürge veya koruma altında olduğu, ya da diğer nedenlerle yabancı yatırımcıya karşı koyma gücünün bulunmadığı dönemlerde ve o dönemin şartlarında yoğun uygulama alanı bulmuştur.¹⁵⁷ Bazı dönemlerde ise ülkeyi yöneten diktatörler, kendi güçlerini ayakta tutabilmek için yabancı güçlere bağımlı hale gelmişler ve bu koşullar altında imtiyaz sözleşmeleri yapılmıştır. Ev sahibi devletler yabancı egemenliğinden kurtulmaya başladıkça, kendi çıkarları ile yatırımcının çıkarlarını dengeleyen yeni tür ve yöntemleri uygulamaya geçirmişler, eski imtiyaz sözleşmelerini yeniden müzakere etme, hatta iptal etme yoluna gitmişlerdir.¹⁵⁸ Bu gelişmelerin sonucunda imtiyaz sözleşmelerinin yapısı değişmeye başlamıştır. Yeni uluslararası ekonomik düzen anlayışı ile birlikte, imtiyaz sözleşmelerinin yapısında ve içeriğinde değişiklikler meydana gelmiş ve günümüzde geleneksel imtiyaz sözleşmeleri neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır.¹⁵⁹ Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında imtiyaz sözleşmesinin” açık bir tanımını vermek mümkün değildir. Roma Anlaşmasında da imtiyaz yöntemine ilişkin bir tanım bulunmamakla beraber kamu sözleşmeleri adı verilen (*Public Contracts*) sözleşmelere ilişkin olarak 93/37 sayılı direktifte hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca:

“İşletme risk ve sorumluluğunun üstlenilmesi ile belli bir bedel karşılığında kamu hizmetlerinin dizayn ve işletilmesini konu alan sözleşmeler” kamu sözleşmeleri adını almaktadır.

B. Kamu Hizmeti-İdarî Sözleşme-İmtiyaz Sözleşmesi Birlikteliği

İdari sözleşme kuramının temelleri “kamu hizmeti” kavramının idari işlevin ve idare hukuku alanının tanımlanmasında temel belirleyici olarak kabul edilmeğe başlandığı dönemde atılmıştır. Bu dönemde, idari sözleşme ve kamu hizmeti kavramları birlikte oluşum süreci yaşamıştır. Devletin üstlendiği kamu hizmetlerinin artması ve bunların görülme yöntemlerinin çeşitlenmesi, özel kişilerin yerine getirdikleri bazı hizmetlerin kamu hizmeti çerçevesinde

¹⁵⁷ Bu durumun istisnaları da vardır, örneğin 19. yy. sonları ve 20. yy. başlarında Fransa’da da imtiyaz sözleşmeleri yoğun biçimde uygulama alanı bulmuştur.

¹⁵⁸ Geleneksel imtiyaz sözleşmelerinin yeniden müzakeresi için bkz., PETER, W.; Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, 2nd edition, The Hague-Boston-London, 1995, s. 51.

¹⁵⁹ VERNON, R.; Long Run Trends in Concession Contracts, ASIL, Proc, 1967, vol. 61, s. 81-89, nakleden TİRYAKIOĞLU, B.; Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003, s. 232.

değerlendirilmesi ve kamu hizmetinin işleyişine özel kişilerin katılmasını sağlayan hukuksal araçların oluşturulması sonucunu doğurmuştur. Kamu hizmeti imtiyazı ve yarattığı hukuksal rejim bunun örneğini oluşturmaktadır. Bu anlamda idari sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyazı örnek alınarak tanımlanmaya çalışılmış ve bunların hukuksal rejiminde de kamu hizmeti imtiyazının özellikleri belirleyici kabul edilmiştir. Bu bağlamda Türk hukuku açısından yargı kararlarında anılmasına, öğreti tarafından kabul edilmesine karşın, imtiyaz rejimi dışında bir genel idari sözleşme kuramının ve giderek türünün varlığından söz etmek güç görünmektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda imtiyaz'dan genellikle kamu hizmeti imtiyazı ve sözleşmeleri anlaşılmakta, kamu hizmetiyle ilişkili olmakla birlikte farklılık içeren türleri kapsayan bir genişlik ve esnekliğe kavuşturulamamaktadır.¹⁶⁰ Bu durumun yaratılmasında en önemli pay kuşkusuz yargı organlarına aittir. Esasında idari sözleşmeler de kamu hizmeti imtiyazı örnek alınarak tanımlanmaya çalışılmış ve bunların hukuki rejiminde kamu hizmeti imtiyazının özellikleri belirleyici kabul edilmiştir.¹⁶¹ Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesine dolayısıyla idari sözleşmelere ilişkin ilk kararı 26 Şubat 1935 tarihli tramvay şirketi kararıdır. Bu kararda kısaca şu hususlara değinilmiştir:

(...)“Yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükelef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere “amma hizmeti imtiyazı mukaveleleri” denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müştak mükellefiyetler tarh etme isbarile idari mukaveleler mecmuasına dahil olmakla beraber, bunlar akitlerini amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin için amme kudreti hakları ile de techiz ettiklerinden diğer idari mukavelelerden bir fark arz ederler¹⁶²”(...)Hükümetin vazifesi icaplarını takdir ve tatbik hususunda hiçbir makamdan mezuniyet almaması da amme hukukunun esaslı ve umumi prensiplerinden birisidir. Şu halde, velayeti amme hukukunu haiz olan devletin herhangi bir imtiyaz mukavelesinde imtiyaz sahibinin vecibelerini yapmamasından dolayı bizzat harekete geçerek yukarıda söylendiği üzere aslen ifası kendisine terettüp eden bu hizmetin işlemlerini temin için lüzümlü gördüğü her tedbire re'sen ittihaz da serbestisini kabul etmek zaruridir.(...)

¹⁶⁰ TEKİNSOY, A.; agt., s. 157.

¹⁶¹ *Supra*.

¹⁶² OSTEN, N.; İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti, İstanbul, 1939, s. 37-38.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında belirttiği gibi: “(...)İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, kar, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denir.(...) Konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.(...)”¹⁶³”

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun E. 1993/358, K. 1994/10 sayılı AKTAŞ kararında imtiyaz sözleşmelerine ilişkin önemli saptamalarda bulunmuştur:

“Danıştay 10. Dairesi temize konu kararı ile kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesinin, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmesi halinde, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesinin söz konusu olduğu, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olmasının ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılmasının, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özellikler olduğu, idari işlem niteliği taşıyan idari sözleşmelerin yapılması, uygulanması, yorumlanması ve sona ermesinden çıkacak her türlü uyuşmazlığın, idaren tek yanlı işlemlerinde olduğu gibi idari yargının görev alanına girmediği”...3096 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde yapılan işletme hakkı devir sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu, sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı ve imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğunun anlaşıldığı....”¹⁶⁴

AKTAŞ kararında Metin GÜVEN tarafından yazılan karşı oy dikkat çekicidir.

“.....Dava konusu sözleşme bir imtiyaz sözleşmesi değildir. İmtiyaz sözleşmesinde kamu hizmetini kuran yasa bu hizmetin yapılması görevini kamu idaresine bıraktığı ve sadece imtiyaz sözleşmesi ile bu görev bazı yararlar karşılığı özel girişimciye bırakıldığı halde, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile ilgili kamu hizmeti imtiyazı sadece bir sözleşme ile değil önce bir yasa, 3096 sayılı yasa ile TEK imtiyazından çıkarılarak özel hukuk kurallarına

¹⁶³ AM. 1994/47 E. ve 1995/23 K. Sayılı kararı, 20 Mart 1996 tarih ve 2258 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹⁶⁴ Yargı organları kamu hizmeti imtiyazına verdikleri bu genel ve kapsayıcı anlam doğrultusunda 3096, 3996 ve 3465 sayılı yasalar uyarınca ortaya çıkan sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelendirmiştir. TAN, T.; İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler, SBFD, C. L, no. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 299.

bağlı sermaye şirketlerince yürütülebilecek biri haline getirildikten sonra bu yasanın uygulanmasını sağlamak üzere dava konusu sözleşme imzalanmıştır. Görüldüğü gibi burada idarede bulunan bir imtiyazın sözleşme ile özel hukuk kişilerine bırakılması söz konusu değildir. Aksine idarenin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile ilgili imtiyazı öncelikle 3096 sayılı yasa ile kaldırıldıktan sonra yasa gereği dava konusu sözleşme ile bu konuda bir özel hukuk tüzel kişi görevlendirilmiştir. Bu nedenle yasada imzalanacak sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirtmek amacı ile imtiyaz sözcüğü yerine bile isteye görevlendirme sözcüğü kullanılmıştır.”(...)

Esasında bütün bu tespitler kamu hizmetini özel kişiye gördürmenin tek hukuki yönteminin imtiyaz olduğu sonucuna götürmüş olmakla beraber, esasında kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde sözleşme yanında İdarenin tek yanlı bir işlemi ile özel kişilerin bir kamu hizmeti ile görevlendirilebileceği kabul edilmektedir.¹⁶⁵

C. Kamu Hizmeti İmtiyazının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

1. Özelleştirme

Son yirmi yılda çoğu ülke, farklı amaçları bulunsa da, özellikle teşebbüs performansını geliştirmek için, özelleştirme, piyasaların serbestleştirilmesi ve regülasyon yönünde politikaları takip etmeye başlamıştır. Özelleştirme, bir taraftan kamu varlıklarının mülkiyetinin tamamı veya bir kısmının özel teşebbüslere devri, diğer taraftan da kamu hizmeti olarak nitelenen bazı altyapı hizmetlerine özel sektörün özellikle imtiyaz sözleşmeleri aracılığıyla katılımının sağlanması şeklinde uygulanmaktadır. Özelleştirme uygulamalarıyla beraber, devletin piyasa aktörlerinin karar alma süreçlerini etkileyen pozisyondan çekilmesini öngören deregülasyon ve piyasaya yeni firmaların girmesine imkan tanıyan serbestleşme politikaları da çoğu ülke tarafından uygulanmaya başlanmıştır.¹⁶⁶

Esasında kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri ile özelleştirme uygulamaları arasında amaçları esas alındığında herhangi bir paralellik olduğu söylenemez ancak Türkiye’de özellikle 1980’li yıllarda başlayan liberal ekonomik düzenlemeler imtiyaz sözleş-

¹⁶⁵ TAN, T.; İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, Ankara, BTHAE, Ankara, 1996, s. 23-40.

¹⁶⁶ BAYTAN, İ.; Özelleştirme, Ankara, 2002, s. 20, EMEK, U.; Altyapı Hizmetlerinde Özelleştirme, Rekabet ve Regülasyon, s. 1.

mesi ve özelleştirme uygulamalarını¹⁶⁷ aynı ekseninde toplamış ve yargı kararları da bunlara bütüncül olarak yaklaşmıştır.

1984 yılından itibaren Türkiye'nin ekonomik gündeminde çok önemli bir yer tutmuş olan özelleştirme uygulamalarının¹⁶⁸ hukuki dayanağını teşkil eden hukuk kurallarını çeşitli tarihlere yürürlüğe giren kanun ve kanun hükmünde kararnameler oluşturmuştur.¹⁶⁹ Bunların yanı sıra yönetmeliklerle yapılan düzenlemelerle, yetkili karar organları tarafından verilen düzenleyici nitelikteki kararlar da mevzuatı tamamlayıcı bir işlevi yerine getirmiştir.

Kamu hizmet imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme teorisinin oluşumunda üstlendiği rol kendisini özelleştirme uygulamalarında da sıkça hissettirmiş ve özelleştirme faaliyetleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile beraber anılmaya başlanmıştır. 1999 yılındaki reformist Anayasa değişikliğine kadar bu konudaki yasal düzenlemelerin hukuki temelini tartışmalı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁷⁰ Hukuksal altyapının oluşturulamamasında idarenin baştan kendisini bazı kurallarla bağlamak istemeyişinin etkili olduğu ifade edilmiştir.¹⁷¹ Anayasal iktisatçılar ve özel hukuk yaklaşımını esas alanlar, doğal tekellerin özelleştirilmeleri halinde imtiyaz sözleşmeleri ve regülasyonun kaçınılmaz olduğunu ileri sürmüşler¹⁷² ve bu konuların dışında regülasyon yerine rekabete güvenilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.¹⁷³

¹⁶⁷ 1986-2005 yılları arasındaki özelleştirme uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yillara_gore.htm

¹⁶⁸ Özelleştirme uygulamalarının kamu hizmetinin ortadan kaldırılması olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. YILDIRIM, T.; Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ekim 2001, Ankara, s. 43.

¹⁶⁹ 29.2.1984 tarih ve 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 28.5.1986 tarih ve 3291 sayılı KİT'lerin özelleştirilmesi hakkında kanun, 9.4.1990 tarih ve 414 sayılı KHK, 20.12.1991 tarih ve 473 sayılı KHK., 28.12.1987 tarih ve 304 sayılı KHK, 6.3.1991 tarih ve 3701 sayılı kanun, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı kanun, 10.6.1994 tarih ve 4000 sayılı kanun, 3.5.1995 tarih ve 4107 sayılı kanun, 1.8.1996 tarih ve 4161 sayılı kanun, 24.1.1994 tarih ve 4046 sayılı kanun,

¹⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK, Ş. / TAN, T.; age., Cilt I, s. 258.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² John Stuart Mill, doğal tekel koşulları altında, altyapı ve hizmetlerin kamu işletmelerince sağlanması gerektiğini öne sürmüştür. Bununla birlikte diğer ekonomistler, daha sonra doğal tekel durumu koşullarının bulunduğu durumlarda bile, bir imtiyaz hakkı tesis ederek ve bundan sonra, tek tek tüketicilerden ziyade, imtiyaz hakkı için hizmetin imtiyazlı firmaya yapılması için rekabet talep edilerek rekabetçi sonuçların elde edilebileceğini ileri sürmüşlerdir. Böylece, bir yandan serbest, rekabetçi özel işletmelerin sağlayacağı yararlar elde edilirken, özel bir doğal tekel durumu ile birlikte görülen israf ve etkinsizlik önlenabilir; kamu işletmesi ve bu işletmelere özgü yetersizlik ortadan kaldırılabilir. İmtiyaz sisteminde kilit nokta pazarlık sürecidir. Serbest rekabetin ve özel sektöre arz edilen mal ve hizmetlerin maliyet duyarlılığı özelliğinden istenilen sonucu elde edebilmek için imtiyaz, bir sözleşmede nitelikleri belirlenen malı ya da hizmeti piyasaya en düşük fiyatla sunmayı kabul eden firmaya verilmelidir. HANKE, S.; Özelleştirme Tercihi: Bir Analiz, Çev. Coşkun Can AKTAN.

¹⁷³ <http://www.canaktan.org/ekonomi/ozellestirme/aktan-makalele-ceviriler/hankeozellestirme.htm>

AKALIN, G.; Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi, Anayasa Yargısı 11, Anayasa Mahkemesinin 32. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen sempozyumda sunulan bildiriler, 28-29 Nisan 1994, Ana-

Son yıllarda özelleştirme uygulamaları çerçevesinde özel yasal düzenlemelerden kaynaklanan kimi idari uygulamaların yarattığı usullerle bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesini sağlayan sözleşme türleri ortaya çıkmıştır. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargı organlarının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan tek idari sözleşme türü olarak kabul eden bir yaklaşım içine grip, imtiyaz sözleşmelerine işlevsel bir nitelik kazandırdıkları gözlemlenmektedir.¹⁷⁴

Anayasa Mahkemesi ise devletleştirmenin özelleştirmenin tersi bir işlem olduğundan bahisle Anayasanın devletleştirmeye ilişkin düzenlemesinden özelleştirme konusunda da kimi ilkeler çıkarılabileceğine hükmetmiştir. Bu anlamda devletleştirme yapmaya yetkili organın özelleştirme konusunda da yetkili olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesine göre yasama organı “*yararlı, gerekli ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini Anayasanın 11.maddesi gereğince Anayasanın ilkelerine ve kural-larına bağlı kalarak yasayla belirleyebilir*”.¹⁷⁶ Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi kararların-da vurgulanan ve Anayasal bir zorunluluk olduğu önemle vurgulanan¹⁷⁷ bazı kural ve kavram-

yasa Mahkemesi yayınları No. 30, s. 81, aynı yönde bkz. TAN, T.; Kitlerin Özelleştirilmesi ve Sorunlar s. 49.

¹⁷⁴ *Supra*, dipnot 39.

¹⁷⁵ Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. GÖZLER, K.; age., CII s. 316.

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 7.7.1994, E. 1994/49-K, 1994/45-2 RG 10.9.1994 sayı: 22047, s. 37-38.

¹⁷⁷ Anayasa Mahkemesinin 7.7.1994 tarih ve E. 1994/49, K. 1994/45-2 sayılı ve 9.12.1994 tarih ve e. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararlarında şu ifadeler yer verilmiştir. “*Anayasanın 168. maddesinde, doğal servetlerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu kabul edilerek, bunların mülkiyetinin gerçek ya da tüzel kişilere devri yasaklandığı gibi, bunların arama ve işletme hakkına da sahip olan Devletin, bu hakkını ancak belli bir süre için gerçek veya tüzel kişilere yasanın açık oluru ile devredilebileceği öngörülmektedir. Anayasada doğam servetler ve kaynaklar için öngörülen bu hukuksal durum, bunların sosyal, ekonomik ve stratejik önemlerinin doğal sonucudur.*

2- *Doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak kamu Hizmeti üreten KİT’lerin özelleştirilmesinde Anayasanın 168. maddesinde öngörülen ilkelerin göz önünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre, işletme hakkı devlete ait olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı, gerçek veya tüze kişilere ancak süreli olarak devredilebilir. Bu kuruluşlarının varlıklarının özelleştirilmesinde de, bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek veya tüzel kişilere devri olanaksızdır.*

3- *Bu tür KİT’lerin yasada öngörüldüğü gibi satmış yöntemiyle özelleştirilmeleri durumunda, mülkiyete bağlı işletme hakkı da süresiz olarak satın alana geçecektir. Buna karşılık, kamu hizmeti üretilmesinde yararlanma doğa Servet ve kaynakların işletme hakkının devredilmediği; KİT’lerin işletme hakkının devredildiği ileri sürülebilirse de; kamu hizmetini bu biçimde üreten KİT’ler ile bunların kamu hizmeti üretiminde yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.*

4- *Doğal zenginlik ve kaynaklar ile ilgili KİT’lerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. KİT’lerin yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların satış ya da işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasanın 168. maddesine aykırı düşer. 1- Anayasa Mahkemesinin süreklilik kazanan kararlarına göre bir yasal düzenlemenin Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için yapılacak işin sınırları yasa ile belirlenmeli teknik konulardaki uygulamaya ilişkin ayrıntıların saptanması ise yürütmeye bırakılmalıdır. Anayasanın 8. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükmet sistemi bütün gerekleri ile uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle yürütme, 1961 Anayasasında*

larla ilgili ayrıntılı bir kanun çıkarılması amacıyla yapılan çalışmalar sonucunda 24.11.1994 tarihli 4046 sayılı “ÖZELLEŞTİRME UYGULAMALARININ DÜZENLENMESİNE VE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN” yürürlüğe girmiştir.

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı kanunun 1. maddesi ile Anayasanın 47. maddesine eklenen 3. fıkra ile, (...) *Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir*(...) hükmü uyarınca da özelleştirme konusu ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşmuş ve bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzel kişilerin ce yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmüş-tür.¹⁷⁸

Doktrinde Anayasanın 47. maddesinde kanunla özelleştirme yapılabileceğini bildiren bu değışikliğin pratikte önemli bir yenilik olarak görülmemesi gerektiği, zira mevcut Anayasal ve hukuksal durumda hangi varlık ve hizmetlerin özelleştirilebileceğine dair somut bir ölçüt bulmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir.¹⁷⁹

2. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modelleri

Hükümetlerin yapmak zorunda oldukları işlerin büyüklüğü ve bunların gerektirdiği fonların hacminin kamu kesiminin mali kapasitesini aşması, yeniden yapılandırmadan başlayarak özelleştirme düzenlemelerine kadar çok sayıda yöntemin geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu yöntemlerden biri de kamu-özel sektör ortaklığı esasına dayanan Yap-İşlet-Devret

olduğu gibi, bir görev olmaktan çıkarılmış, gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir.” 4046 sayılı kanunun 18/b ve C bentlerinin iptaline ilişkin karar, Anayasa Mahkemesinin 97471997 tarih, E. 1997/35, K. 1997/45 sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi “yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasanın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen (kamu görevlileri) deyimine kapsamına girmedikleri gerekçesiyle 3194 sayılı yasanın yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına ilişkin 24 ve 25. maddeleri ile buna bağlı 21 ve 22. maddelerini Anayasanın 128. maddesine aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 11.12.1986 tarih ve E. 985/U, K. 986/29 sayılı kararı, RG. 18.4.1987, sayı: 19435, s. 27, TAN, T.; Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine,

¹⁷⁸ TC Anayasasının 47, 125 ve 155. maddelerinde değışiklik yapılmasına ilişkin kanun teklifi, **GENEL GEREKÇE**, Dönem 21, Yasama Yılı 1.

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

¹⁷⁹ ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004, s. 67.

Modelidir. Geniş anlamda YİD modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan bir yatırım veya hizmetin finansmanının özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, sözleşme ile önceden belirlenen bir süre için işletilmesi, bu süre içerisinde üretilen mal veya hizmetin kamu kurum ve kuruluşlarınca veya hizmetten yararlananlarca satın alınarak yatırım bedelinin bu suretle ödenmesi ve sürenin sonunda işletilmekte olan tesislerin, borçsuz, bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda, ilgili kamu kurum veya kuruluşuna bedelsiz olarak devredilmesi şeklinde tanımlanabilir.¹⁸⁰

Yap-İşlet-Modelinin hukuksal kronoloji içinde bir değerlendirme yapmak gerektiğinde bu konuda ilk yasal düzenlemenin enerji sektöründe gerçekleştiği göze çarpmaktadır. 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı **Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun**¹⁸¹ çıkarılarak TEK'in monopolistik yapısı değiştirilmiş, elektrik enerjisi alanında özel sektöre de üretim, iletim, dağıtım ve ticaretiyle ilgili yatırım yapma ve bu konularda faaliyette bulunma olanağı sağlanmıştır.¹⁸²

¹⁸⁰ İMRE, E.; Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı ve Uygulaması.

http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm

¹⁸¹ 19 Aralık 1984 tarih ve 18610 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁸² 3096 sayılı yasa bu çerçevede iki önemli yenilik getirmiştir. Görevli şirket, görev bölgesi diye isimlendirilen bu bölgede elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti görevlerinin tamamını veya bölgedeki tesislerin özelliğine göre bunlardan bazılarını yapma yetkisi verilmiş yerli veya yabancı sermaye şirkettir. Görevli şirket yetkisi bakanlar kurulu kararıyla verilmektedir. Görevli şirket yeni tesisler kurup, yatırım yapıp, tesisleri işletebileceği gibi; yapılmış veya yapmakta olan tesisleri ve bu tesislerin işletme haklarını da, (TOR) devralabilmektedir. Yetki devri, enerji ve tabi kaynaklar bakanlığı ile görevli şirket arasında imzalanan "görev sözleşmesi" çerçevesinde gerçekleşmektedir. Görevli şirketin "görev bölgesi" görev alanını belirleyen ilk yönetmelik 4.9.1985 tarih ve 18858 sayılı RG'de yayımlanmış ancak 1997 yılında değişikliğe uğramıştır. (7.2.1997 tarih ve 97-9528 sayılı karar). Bu son değişiklikle muhtelif illeri kapsayan veya tek il olarak 29 görev bölgesi belirlenmiştir. Görevli şirket ile ilgili yönetmelik ise 23.2.1987 tarih ve 87/11488 sayılı BKK, 19381 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Bu yönetmelik ile görev sözleşme süresi 99 yıl ile sınırlandırılmıştır. Türkiye Elektrik Kurumunun Türkiye elektrik üretim, iletim AŞ (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ (TEDAŞ) şeklinde ayırmasından sonra yönetmelik ismi bu değişikliği içeren şekilde 4.4.1996 tarih ve 96/8008 sayılı BKK ile değiştirilmiştir. Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde yapılmış yasal düzenlemeler ağırlıklı olarak enerji sektörüne yönelik olmakla birlikte diğer önemli bir altyapı yatırımı olan OTOYOL'larda bu model kapsamında dikkate alınmıştır. Nitekim 2.6.1988 tarihinde yayınlanan 3465 sayılı yasa ile özel sektöre TCK dışında otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesi ile görevlendirilmesi olanağını sağlamıştır. İstekli sermaye şirketi TCK ile bu yasanın öngördüğü esaslar çerçevesinde yapacağı sözleşme ile görevlendirilebilmektedir. Sözleşme projesi enerji projelerinden farklı olarak 49 yıl olarak sınırlandırılmıştır. Nitekim 13.6.1994 tarihinde 3996 sayılı yasa çıkarılmıştır. 3.12.1994 tarih ve 4047 sayılı yasa ile enerji üretimi, iletimi ve dağıtım 3996 sayılı yasanın kapsamından çıkartılmıştır. Enerji alanındaki faaliyetlerin yine eskiden olduğu gibi 3096 sayılı yasa çerçevesinde yürütülmesi kararlaştırılmıştır. 396 sayılı yasanın kapsamına giren yatırım ve hizmetler; köprü-tünel-baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, maden işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yer üstü otoparkı ve sivil kullanımına yönelik deniz ve hava limanları vb. yatırım ve hizmetler görüldüğü gibi, bir çok belediye hizmetinin bu yasa çerçevesinde YİD Modeli ile gerçekleştirilmesi olanağı doğmuştur. 3996 sayılı yasanın yayınlanmasını müteakip, 1.10.1994 tarih ve 22068 sayılı RG'de bu yasanın uygulama usul ve esaslarına ilişkin BKK yürürlüğe girmiştir. 3096 sayılı yasadaki farklı olarak bu yasa çerçevesinde bir yatırım veya hizmeti gerçekleştirmek isteyen idare öncelikle yüksek planlama Kurulundan (YPK) bu konuda yetki almak zorundadır. YPK'ya başvuru ilgili bakanlık kanalıyla yapılmalıdır. Bu yasa, yapılacak olan sözleşme süresi 49 yıl ile sınırlandırılmıştır. 3996 sayılı yasa

Bu Kanunun uygulanmasını göstermek üzere 4 adet yönetmelik yayımlanmıştır. Bunlar; 85/9759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) ekinde yayımlanan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesis Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik", 85/9800 sayılı BKK ekinde yayımlanan "Tek Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik", 87/11488 sayılı BKK ekinde yayımlanan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik" ve 91/1630 sayılı BKK ekinde **(95/7003 sayılı BKK ile değişik)** yayımlanan "Elektrik Enerjisi Fonu Yönetmeliği"dir. Enerji sektöründe elektrik üretimi, iletimi dağıtımı ve ticaretini YİD modeli çerçevesinde düzenleyen 3096 Kanundan sonra, otoyolların ve üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin YİD modeline göre görevlendirilebilmesini düzenleyen 28/5/1988 tarih ve 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" 2/6/1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun uygulama yönetmeliği ise, 14/4/1993 tarih ve 21552 sayılı Resmi Gazetede 93/4186 sayılı BKK ekinde yayımlanmıştır. Uygulamada, 3465 sayılı Kanuna, daha ziyade otoyol hizmet tesislerinin yapılması ve işletilmesinde başvurulmaktadır.

Bu sektörel düzenlemelerden sonra modele genel bir hukuki temel kazandırmak amacıyla 3996 sayılı "Bazı yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun" 13/6/1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. Kanunun uygulama usul ve esaslarına dair 94/5907 sayılı BKK, 1/10/1994 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 3996 sayılı Kanun, bir taraftan 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun hükümlerini saklı tutmuş (m.13); diğer taraftan da enerji üretimi, iletimi, dağıtımı ile otoyol yatırımlarını, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren diğer bazı yatırımlarla beraber genel YİD modeli kapsamına almıştır (m. 2). 3996 sayılı Kanunda, 3/12/1994 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4047 sayılı Kanun ve 4/9/1996 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 4180 sayılı Kanunla bazı değişiklikler yapılmıştır. 4047 sayılı Kanun ile "enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı" 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkartılmıştır. Yine 4047 sayılı Kanun ile; 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi işlerin 3996 sayılı Kanunun 5, 11, 12 ve

20.12.1999 tarih ve 4492 sayılı yeni bir yasa ile yeniden değişikliğe uğramış, "elektrik üretim, iletimi dağıtım ve ticareti" ibaresi ile taraflar arasında yapılacak sözleşmelerin "özel hukuk" hükümlerine tabi olduğu maddesi eklenmiştir.

14 üncü maddesi hükümlerinden yararlanabilmelerine imkan getirilmiştir (4047: m. 13). 3996 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle YİD sözleşmesinin şekli, 11 inci maddesiyle Hazine Müsteşarlığınca verilecek garantiler, 12 nci maddesiyle damga vergisi ve harç muafiyeti, 14 üncü maddesiyle ihalelerde 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmama hususları düzenlenmiştir. 13/8/1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47 nci maddesinde yapılan değişiklikle; Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin *özel hukuk sözleşmeleri* ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği hususlarını kanunla belirlenebilmesine olanak tanınmıştır. Anayasa'da yapılan değişikliğe uyum sağlamak amacıyla, 20/12/1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı YİD Kanununun 2 ve 5 inci maddeleri değiştirilerek; elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan sözleşmeler de *özel hukuk hükümlerine* tabi tutulmuştur. 3996 sayılı Kanun' da yapılan değişiklik neticesinde, elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti bir taraftan 3096 diğer taraftan da 3996 sayılı Kanunla düzenlenmektedir. Diğer bir deyişle aynı konuyu (elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti) düzenleyen iki kanun (3096 ve 3996 sayılı Kanunlar) aynı anda yürürlüktedir.

Diğer taraftan da Anayasanın 47. maddesi çerçevesinde yasa koyucu 3996 sayılı Kanunu özel hukuk kapsamına alıp; 3096 sayılı Kanunu almadığından; Yasa Koyucu aksine bir düzenleme yapmadığı sürece, elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti konusunda 3096 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan sözleşmeler İdare (imtiyaz) Hukuku, 3996 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmeler de Özel Hukuk kapsamında mütalaa edilmektedir. Sonuç olarak, 4493 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde, düzenleme bir hayli çelişkili bir hale gelmiş ve açıklanma ihtiyacı içerisinde. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 31.3.2000 tarihinde 3096 sayılı Kanun kapsamında hazırladığı bir imtiyaz sözleşmesini görüşünü almak üzere Danıştay'a göndermiştir. İmtiyaz sözleşmesini inceleyen Danıştay Birinci Dairesi aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur (Esas No: 2000/57 ve Karar No:2000/53) “3996 sayılı Kanunun 4493 sayılı Kanunla değişik 2 ve 5 inci maddelerinin bu açık hükümleri ve gerekçesi karşısında kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen ‘elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti’ ile ilgili yatırım ve hizmetlerin, özel hukuk kişilerine yaptırılması işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin hukuki niteliği değiştirilerek özel hukuk sözleşmesi sayıldığı ve özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı sonucuna ulaşılmıştır.”¹⁸³

¹⁸³ 4493 sayılı Kanunla elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yatırım ve hizmetlerinin 3996 sayılı Kanun kapsamına alınması ve 3996 sayılı Kanunun da özel hukuk kapsamına alınmasıyla Anayasa Mahkemesi Kararlarının işlerliği kalmamıştır.

Böylece, bu tür sözleşmelerin pozitif hukuk bakımından ‘kamu hizmeti sözleşmesi’ olarak nitelendirilmesi olanağı kalmamış, dolayısıyla bu sözleşmeler üzerinde Danıştay’ın yönetsel denetimi ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bunun yanında, 3996 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında 3096 ve 3465 sayılı Kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında da ilgili idarenin isteği halinde, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi işlerin de 5, 11, 12 ve 14 üncü madde hükümlerinden yararlanabilmesine olanak tanınmıştır.

3096 sayılı Kanuna yapılan bu yollamanın, 3996 sayılı Kanunun 4493 sayılı Kanunla değişik 2 ve 5 inci maddelerine yukarıda sözü edilen açık hükümleri ve gerekçesi nedeniyle bundan böyle elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırım ve hizmetlerin 3096 sayılı Kanun göre imtiyaz sözleşmesi biçiminde düzenlenmesine olanak sağladığı ileri sürülemez. Diğer yandan, 3996 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrasında ‘bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce YİD modeline göre başlatılmış projeler ve işler tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır’ hükmü yer almış, bu maddenin ikinci fıkrası da 4501 sayılı Kanunun 7 inci maddesiyle ‘Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi hakkında Kanun 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 yayımı tarihinden bir ay içerisinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine bakanlar Kurulunca karar verilebilir.

Bu durumda idare 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’ biçiminde değiştirilmiştir. Söz konusu geçici madde, 4501 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 24/1/2000 tarihinden önce yapılmış sözleşmeler hakkında uygulanacak usul ve esasları düzenlemektedir.

Buna göre, idare ile görevli şirket arasında kanunun yayımından önce yapılmış sözleşmelerin ilgili firmanın başvurusu üzerine özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmesi, başka bir anlatımla bu hükmün uygulanabilmesi için Danıştay incelemesinden geçmiş ve taraflarca imzalanarak yürürlüğe girmiş bir sözleşmenin varlığı zorunlu bulunmaktadır. Bu durumda sözü edilen geçici maddede belirtilen ‘başlamış proje ve iş’ olarak nitelendirilmeyen, dolayısıyla bu madde hükmünün de uygulama olanağı bulunmayan Sözleşme Taslağının, Ka-

nunun 5 inci maddesi hükmü gereği özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle özel hukuk hükümlerine göre taraflar arasında düzenlenmesi gereken sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilerek Danıştay’ca incelenmesine ve bu sözleşmeyle ilgili olarak düşünce bildirilmesine olanak bulunmamaktadır.” Danıştay’ın bu kararı çerçevesinde 4501 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 24/1/2000 tarihinden önce başlatılmış elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti proje ve işleri 3096 sayılı kapsamında imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Ancak, 24/1/2000 tarihinden sonra düzenlenen elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili sözleşmeler 3996 sayılı Kanunun 5 ini maddesi gereği özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Elektrik enerjisi sektöründe diğer sektörlerde de olduğu gibi YİD modelini yatırımcı için cazip kılan unsur Hazine tarafından sağlanan uzun vadeli alım ve fiyat garantileridir. 20/2/2001 tarihinde yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2/d-1 maddesine göre Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi’nin en fazla bir yıl süreli enerji alım sözleşmesi yapabilmesine imkan tanımıştır. Bunun yanı sıra, aynı Kanunun geçici 8 inci maddesiyle “3996 sayılı Kanun hükümleri çerçevesindeki Hazine garantilerinin, 4628 sayılı Kanunun yayımı tarihinden önce kararlaştırılmış bulunan projeler için, ancak 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye geçmeleri kaydıyla verilebileceği” hükmüne bağlanmıştır. “Bu projelerden Hazine garantisi verilmiş olanların 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye alınamaması halinde Hazine garantileri geçersiz olacaktır. Bu projeler haricinde 08/06/1994 tarihli ve 3996 sayılı Kanun ile 16/07/1997 tarihli ve 4283 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde artık Hazine garantisi verilmeyecektir.” Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi’nin uzun süreli alım yapamaması ve Hazine garantilerinin de artık verilmemesi YİD modelini garantili işleyen bir mekanizma olmaktan çıkarmıştır. Bundan sonra YİD sistemi hazine garantileri yerine yatırımcının piyasa projeksiyonları ve tahminleri çerçevesinde işleyecektir.

Enerji sektöründe yapılan uygulamalar ve YİD modelinin “devret” aşamasına yöneltilen eleştiriler sonucu 8/6/1996 tarih ve 22660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 96/8269 sayılı “Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” ile Yap-İşlet (Yİ) modeli düzenlenmiştir. Danıştay Onuncu Dairesi 1996/8792 Esas Sayılı Kararı ile; 19/2/1997 tarihinde, 96/8269 sayılı BKK ile buna dayalı olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun Bakanlığın görev alanını düzenleyen 2. maddesine dayanılarak çıkarılan “Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğin” yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay, yürütmeyi durdurma kararının gerekçesinde; “elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme izni verme konusundaki her türlü düzenlemenin 3096 sayılı Kanun’un 4 üncü mad-

desinde belirlenen esaslar çerçevesinde yapılması”nın gerektiğini belirterek “3096 sayılı Kanun hükümleri göz ardı edilmek suretiyle Bakanlar Kurulu Kararı ve buna dayalı olarak tebliğle yapılan düzenlemelerin yasal dayanağının bulunmadığını ve bu nedenle de mevzuata uyarlık görülmediğini” ifade etmiştir. Bunun üzerine 4283 sayılı “Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun” 19/7/1997 tarih ve 23054 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. 4283 sayılı Kanun ile; hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller kapsam dışında bırakılarak; yalnızca termik santraller için, Yap-İşlet Modeli ile, üretim şirketlerine, mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere, tesis kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usuller düzenlenmiştir (m. 1). 4283 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesince “imtiyaz” niteliğinde kabul edilen YİD modelinin aksine, kamu hizmetini gördürme yönteminin bir türü olan “izin (ruhsat)” sistemi çerçevesinde, Yİ modelini düzenlemeyi hedeflemiştir (m. 3/4).¹⁸⁴

a) YİD Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği ve Kapsamı

3096, 3465 ve 3996 sayılı kanunlar, farklı konularda getirilen farklı tarihli düzenlemeler olmakla birlikte, ortak özellikler taşımakta ve kural olarak Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi olarak nitelenebilecek sözleşme türleri öngörmektedirler. Bu sözleşmelere görev sözleşmesi ya da Yap-İşlet-Devret sözleşmesi adı verilmiş olması, onların hangi sözleşme kategorisinin içerisine girdiğinin saptanması bakımından herhangi bir anlam taşımamaktadır; zira bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde ona verilen ad değil, niteliği esas alınır.¹⁸⁵ Ayrıca, idari nitelik taşıdığı belirlenen sözleşmelerde sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerini adli yargı olarak belirleyen hükümlere de itibar edilmemektedir.¹⁸⁶ Yap-İşlet-Devret modeline göre akdedilen sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi değil de, Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi ya da görev sözleşmesi gibi adlar altında düzenlenmiş olmasının nedeni, yasa koyucunun, kamu hizmeti imtiyazı usulünün yerine geçecek yeni bir usul getirmek olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸⁷ Bu anlamda yasa koyucunun esas amacının Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini,

¹⁸⁴ 38-41. sayfalarda mevzuatın açıklanması söz konusu olduğundan mevzuata yönelik açıklamalarda büyük oranda şu kaynağa dayanılmış ve gerektiğinde revizyon yapılmıştır. EMEK, U.; Ek ve Değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı, Ankara, DPT., Kasım, 2002, (DPT. 2659), internet versiyonu için bkz. <http://ekutup.dpt.gov.tr/yatirim/emeku/yid.pdf>

¹⁸⁵ İdare bir idari sözleşme akdeder ve bir madde ile özel hukuk kurallarına tabi olmak isterse, bu kaydın hükmü yoktur. OSTEN, N.; İdari Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazının Hukuki Mahiyeti, İstanbul, 1938, s. 8.

¹⁸⁶ D. 5. Daire, E. 1992/4384, K. 1994/5672- 29.11.1994, DD. Y. 25, S. 90, 1995, s. 603.

¹⁸⁷ TAN, T.; Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline, SBFD, (Prof. Dr. Bedri GÜRSOY’a Armağan), C. 47, S. 3-4, Haziran-Aralık, 1992, s. 314.

imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili yetki ve şekil kurallarından ve özellikle Danıştay'ın ön denetiminden kaçınmak ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü olanaklı kılmak olduğu savunulmuştur.¹⁸⁸

Tüm Dünyada Türk Usulü ya da Özal yöntemi¹⁸⁹ olarak bilinen Yap-İşlet-Devret modeline yönelik olarak özel hukuk yaklaşımları çerçevesinde yapılan değerlendirmeler, bu yöntemin genel olarak farklı sözleşme tiplerini içerebilen bir karma sözleşme türü olduğu yönündedir.¹⁹⁰ Bazı yazarlar ise Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini Fransız hukukundaki “*kamu hizmetinin devri*” sözleşmeleri kategorisine benzer bir üst kavram altında değerlendirilmiştir. Bu görüşü savunan TAN, Anayasa Mahkemesinin kararlarında kamu hizmeti imtiyazını kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin neredeyse tek yolu olarak görmesini eleştirmekte, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde farklı yöntemlerin de söz konusu olabileceği düşüncesinden hareketle, Fransız hukukundaki kamu hizmetinin devri sözleşmeleri kavramını önermektedir.¹⁹¹

Doktrinde genel kabul gören görüş ise bu yöntemin imtiyaz ya da imtiyazın bir türevi olduğu yolundadır.¹⁹² Yap-İşlet-Devret Modeli özellikle hukuksal altyapısının stabil bir hal almasından sonra¹⁹³ geniş kapsamlı olarak uygulanmaya davet edilmektedir. Örneğin Başba-

¹⁸⁸ ÖZAY, i.; age., s. 263, DURAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 156, TAN, T.; Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline, SBFD, (Prof. Dr. Bedri GÜRSOY'a Armağan), C. 47, S. 3-4, Haziran-Aralık, 1992, s. 321.

¹⁸⁹ BUKER, H., Business Opportunities in the Pipeline Transmission System Through BOT, The Asian Conference on Planning, Packaging & Implementing BOT Projects, 1988, s. 1.

¹⁹⁰ SİRMEN, L.; Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996, s. 12 vd. KAPLAN, İ.; Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri, BATİDER, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 22 vd., PAKSOY, S.; Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim, Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu hizmeti, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001, s. 159.

¹⁹¹ TAN, (İdare Hukuku ilkeleri), s. 28-40, aynı yönde GÖZLER, K.; C.II, s. 395.

¹⁹² GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s.309, ZABUNOĞLU, Y.; Yap-İşlet-Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996, s. 45-54, TAN, T.; İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, BTHAE, Anara, 1996, s. 27 vd., ÖZAY, İ.; s. 263.

¹⁹³ “Ülkemizde YİD projeleri hep idari sözleşme rejimi bakımından değerlendirilmiş ancak bu sözleşmelerin içindeki ince dengeler göz ardı edilmiştir. Örneğin YİD modeliyle yapılan santrallerle ilgili olarak ilana çıkmamış, başka şirketlerden teklif alınmamış ve ihale yapılmamıştır. Santrallerin kurulacakları yerlerin arz talep dengesi göz önüne alınarak bakanlık tarafından belirlenmesi gerekirken, bu yerlerin seçiminin firmalara bırakılması sonucunda bazı bölgelerde talebin çok üzerinde enerji üretecek kapasitede santraller kurulmuş ve üretilen enerjiye o bölgede ihtiyaç duyulmadığı için ilave yatırım yapılarak yeni üretim hatları tesis edilmiş, bu da enerji maliyetlerinin yükselmesine ve kayıp-kaçak oranlarının artmasına yol açmıştır. Şirketler tarafından ilgili yönetmelik hükümlerine aykırı olarak düzenlenen hatalı fizibilite raporlarına dayanarak proje kabulleri yapılmış, bağlı ve ilgili kuruluşların fizibilite raporlarına verdikleri olumsuz görüşler dikkate alınmamıştır. Firmaların belirledikleri yatırım tutarların ile öz sermaye getiri oranlarının hiçbir araştırma ve analiz yapılmaksızın aynen kabulü ve şirketlerle imzalanan sözleşmelere kamu aleyhine hükümler konulması sonucunda, toplam yatırım maliyetleri gerçeği yansıtmayan santrallerden yüksek tari-

kanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının 26/07/2004 tarih ve 2004/1 sayılı genelgesi-ne ek **2005 Yılı Yatırım Programı Hazırlama Esaslarında**, yatırım projelerinin gerçekleştirilmesinde Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve benzeri modellere ağırlık verileceği açıkça ifade olunmuştur.¹⁹⁴ 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanunla Anayasanın 47. maddesine şu dördüncü fıkra eklenmiştir. “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir. Bu itibarla, söz konusu Anayasa değişikliği sonrasında Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin hukuksal niteliğine ilişkin argümanlar ve yargı organlarının kararlarının pozitif hukukumuz açısından etkisi ortadan kalkmış olmakla beraber, bu projelere ilişkin kritik kararları yansıtmaları bakımından yüksek yargı organlarının Yap-İşlet-Devret modellerine yaklaşımlarının da değerlendirmek gerekmektedir.

b) Yüksek Yargı Organlarının Yaklaşımı

YİD modelinin hukuksal niteliğine ilişkin olarak verilen Danıştay ve Anayasa mahkemesi kararlarından ilki, Danıştay’ın bir istişari mütalaasıdır.¹⁹⁵ 3096 sayılı kanun’a göre akdedilen sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olarak verdiği bu mütalaasında Danıştay, öncelikle elektrik üretim, iletim ve dağıtımının kamu hizmeti niteliğini taşıdığını belirledikten sonra “idari sözleşme” ve “imtiyaz sözleşmesi” kavramlarını tanımlamış; (...) “...gerek mevzuatın, gerekse uygulamada tip sözleşme niteliğinde hazırlanan üretim şirketi sözleşmesiyle görev şirketi sözleşmesi örneklerinde yer verilen hükümlerin incelenmesinden, konusu kamu hizmeti olan bu sözleşmelerin, idari karakterde olduğu kadar kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran tüm unsurları taşımakta olduğu ve bu nedenle Danıştay’ın öndenetiminden geçirilmesi gerektiği(...) sonucuna varmıştır. Danıştay’ın yine 3096 sayılı kanunda düzenlenen bir işletme hakkının devri sözleşmesinin iptali istemiyle çıkan davada verdiği kararda da¹⁹⁶; sözü edilen istişari mütalaaya dayanak olan gerekçelerden hareketle, sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu tespit edilmekte-

felerle enerji satın alınmasına ve şirketlerin söz konusun yatırımlarından USD bazında %85'lere varan yüksek oranlarda getiri elde etmelerine yol açılmıştır. Tüm bu uygulamalar sonucunda santrallerin işletmede oldukları ortalama 4 yıllık süre içinde 2.3 milyar USD kamu zararı ortaya çıkmıştır.” T.C. Sayıştay Başkanlığı, YİD ve Yİ Modeli kapsamında yaptırılan enerji projeleri hakkında Sayıştay raporu, Sayıştay Genel Kurulunun 26.2.2004 tarih ve 5088/1 sayılı kararı uyarınca 18.3.2004 tarihinde 8 klasör ekiyle birlikte TBMM’ne sunulmuştur.

¹⁹⁴ bkz. <http://www.dpt.gov.tr>

¹⁹⁵ D. 1. Daire, E. 1992/232, K. 1992/294, 24/09/1992, DD. Y. 24, S.87, 1994, s. 33-40.

¹⁹⁶ D. 10. Daire, E. 1991/1, K. 1993/1752- 29/04/1993, DD. Y. 24, S. 88, 1994, s. 463-466.

dir. Yüksek Mahkeme, bu sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu tespitinden hareketle Danıştay incelemesinden geçirilmemiş olduğu için iptal etmiştir. Danıştay diğer bir kararında ise 3096 sayılı kanun'a göre akdedilen ancak Danıştay'ın ön denetiminden geçirilmeyen bir görev sözleşmesinin, yargı kararıyla iptal edilmiş olmadığı halde, hukuken geçerli sayılamayacağı sonucuna varılmıştır.¹⁹⁷

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları ise 22.2.1994 günlü ve 3974 sayılı kanunun 1. maddesi ile getirilen ve 3096 sayılı kanun'a göre akdedilen sözleşmeleri de kapsayacak biçimde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmesine veya mevcutların işletme haklarını devralmasına ilişkin olarak üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olup; imtiyaz teşkil etmeyeceğini öngören Ek 5 madde hükmünün iptali için açılan davada verdiği iki karardır. Anayasa Mahkemesi her iki kararında öncelikle ilgili 3096 ve 3996 sayılı kanunlarda düzenlenen etkinliklerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirtmekte ve her iki kanuna göre akdedilen sözleşmelerin idari sözleşme niteliğini taşıdığını ifade etmektedir. İdari sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idari yargının görev alanına girdiğini belirten Anayasa Mahkemesi, buradan hareketle, iptali istenen yasa maddelerinin aslında idari nitelik taşıyan sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine bağlı yutarak idari yargı denetimi dışına çıkaran içeriğiyle Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Anayasa mahkemesi sözü edilen kararlarında, iptali istenen yasa maddelerini akdedilen sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceğine dair hükümleri bakımından da ayrıca incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre, 3096 ve 3996 sayılı kanunlar uyarınca akdedilen sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımaktadır. İptali istenen yasa hükümlerinin amacı, bu sözleşmeleri Danıştay'ın ön denetiminden geçirilmemesini sağlamaktır. Anayasa Mahkemesi, sözü edilen yasa hükümlerini bu yönden de Anayasanın imtiyaz sözleşmesine ilişkin Danıştay öndenetimini düzenleyen 155. maddesine aykırı bulmuştur. 3974 sayılı kanunda belirtilmemiş olduğu halde, bu kanundaki düzenlemenin Yap-İşlet-Devret ya da Devral-İşlet-Devret modelini içerdiği belirlemesinin yapıldığı ilk yargı kararı olmasıdır.¹⁹⁸

3. Müsterek Emanet

Genellikle İdare kamu hizmetlerini “*emanet usulüyle*” yapar. Yani kendi araç ve imkanları ile her türlü gideri, geliri, hasar ve zararı kendisine ait olmak üzere kamu hizmetlerini

¹⁹⁷ DİİK, E. 1996/79 K. 1996/83 – 3.10.1996, DD. Y. 27, s. 93, 1997, s. 37.

¹⁹⁸ ÖZTÜRK, B.; agt., s. 132.

görür ve gördürür. Bazı hizmetleri ise özel hukuk kişisi ile müşterek emanet usulüne göre yürütür.¹⁹⁹ Müşterek emanet sözleşmesi; bir kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay vermek suretiyle yürütülmesi için yapılan sözleşmedir.²⁰⁰ Müşterek emanet usulünde sermaye idareye aittir. Özel hukuk kişisi ise emeği ve bilgisi ile hizmeti yürütmektedir. Masraflar, hizmetten yararlananlardan alınan bedelin bir kısmı ile karşılanır. Arta kalan kısım sözleşmeye göre paylaşılır.²⁰¹ Müşterek emanet usulünün Türkiye'deki uygulamasının yabancı firmalar tarafından Osmanlı İmparatorluğu devrinde işletilen deniz fenerleri ve tütün rejisi olduğu, imparatorluk idaresinin bu şirketlerden elde ettikleri kazanç üzerinden bir faiz almakla yetindiği ve bu işletmelerinde I. Cumhuriyet döneminde millileştirildiği bilinmektedir.²⁰²

4. Mali İltizam Sözleşmeleri

İltizam bir kamu hizmetinin önceden kararlaştırılmış bir bedel karşılığı bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesidir. İmtiyaz sözleşmesinde olduğu gibi, iltizam sözleşmesinde de hizmeti yürüten özel hukuk kişisi (imtiyaz sözleşmesinde imtiyazcı, iltizam sözleşmesinde mültezim) idarenin işlevsel denetimine tabidir. Bu anlamda iltizamlar, imtiyaz yöntemi arasında gerçekte bir nitelik farkı olmadığı, sadece nüanslar bulunduğu ifade edilmektedir.²⁰³ Mali iltizam sözleşmeleri ile ilgili tek örnek olarak uygulamada Adana Belediyesinin vergi toplama işini özel kişilere verdiğinin basına yansıdığı ve işleri Bakanlığı tarafından hukuka aykırılık tespit edilip bu işlemin durdurulduğu belirtilmektedir.²⁰⁴

5. Maden İşletme İmtiyazları

Maden işletme imtiyazı 3 Mart 1954 gün ve 6309 sayılı maden kanunu hükümleri gereğince idare ile işletmeci arasında yapılan ve idari sayılan bir sözleşme ile verilmekte idi. Madenin aranmasına ve işletilmesine ilişkin bu imtiyaz sözleşmeleri kanun gereği idari sözleşme sayılmaktaydılar.²⁰⁵ Maden işletme sözleşmeleri belli bir kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından yürütülmesini öngörmemektedir.²⁰⁶ Bu sözleşmelerin idari sözleşme sayılmaları Ana-

¹⁹⁹ ODYAKMAZ, Z.; agm., s. 152.

²⁰⁰ ÖZAY, İ.; Günışığında Yönetim, s. 252, ONAR, S.S.; age., C. I, s. 540.

²⁰¹ ODYAKMAZ, Z.; agm. s. 152.

²⁰² Bkz. AZRAK, Ü.; Kamu Yönetimi Ders Notları, İstanbul, 1976, s. 50.

²⁰³ GÜLAN, A.; Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, İstanbul, 1987, Yüksek Lisans Tezi, s. 65.

²⁰⁴ ÖZAY, İ.; age., s. 132.

²⁰⁵ ODYAKMAZ, Z.; agm., s. 156.

²⁰⁶ GÜNDAY, M.; s. 176.

yasasının 168. maddesinde de belirtilen devletin denetim ve gözetim ödevinden ileri gelmektedir.²⁰⁷ 6309 sayılı Maden kanunu, 4 Haziran 1985 gün ve 3213 sayılı kanunla yürürlükten kaldırıldığından artık idarenin madenlerin işletilmesini bir imtiyaz sözleşmesiyle işletmeciye verme imkânı kalmamıştır. İdare madenlerin işletilmesini ruhsat usulü ile vermektedir.²⁰⁸

6. Bayındırlık İmtiyazları

Bayındırlık imtiyazı, devletin bir bayındırlık eseri yaptırmak için borç almak yerine, işin yapımını bir özel kişiye vermesi ve özel kişinin koyduğu sermayeyi bayındırlık eserinin bir tür işletilmesiyle elde etmesini sağlayan bir yöntemdir.²⁰⁹ Bayındırlık imtiyazında, kurulacak tesisler için yapılan masrafların özel kişi tarafından yapılması ve tesisin işletilmesiyle çıkarılması, bayındırlık imtiyazını diğer usullerden ayırmaktadır. Ancak Kamu İhale Kanunu ve benzeri yasalar uyarınca idaren bedeli karşılığında bir tesisi özel kişiye yaptırması bayındırlık imtiyazı çerçevesinde değerlendirilemez.²¹⁰ Bayındırlık imtiyazında imtiyaz sahibinin asıl borcu olan “*inşaat ve tesislerin yapımının*”, her zaman bir kamu hizmetinin kurulması anlamına gelmeyeceği, bir başka anlatımla bayındırlık imtiyazının konusunun kamu hizmetleri ile sınırlı olmadığı belirtilmektedir.²¹¹

7. Telekomünikasyon Hizmetlerinde İmtiyaz Yöntemi

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 4502 sayılı Kanunla değişik 2 ve 3. maddelerinde, imtiyaz yöntemi bir telekomünikasyon hizmeti görülüş yöntemi olarak belirlenmekte; 3. maddenin (c) bendinde ise “*frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma gibi kıt kaynakların tahsisini ihtiva eden, her bir işletmeciye belirli, özel hak ve yükümlülüklerin verilmesini gerektiren veya sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülecek olan telekomünikasyon hizmetleri veya alt yapısının sadece imtiyaz sözleşmeleri yoluyla yürütülebileceği*” öngörülmektedir.²¹² 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda önemli değişiklikler yapan 4502 sayılı kanun,

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ 20.2.2001 tarih ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu elektrik hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde ruhsat usulünü benimsemiştir. Aynı durum 4502 sayılı kanunun 2/3 maddeleri uyarınca telekomünikasyon hizmetleri içinde geçerlidir.

²⁰⁹ DÜRAN, L.; s. 322.

²¹⁰ TEKİNSOY bu durumu devlet İhale Kanunu çerçevesinde açıklamaktadır., TEKİNSOY, A.; agt., s. 188.

²¹¹ DÜRAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 156.

²¹² 4502 Sayılı Kanunun 2/3 maddelerinde ruhsat usulü, genel izin ve görev sözleşmeleri de telekomünikasyon hizmetlerinin görülüş yöntemi olarak öngörülmüştür. Nitekim ULUSOY’a göre bütün telekomünikasyon hizmetlerinin görülüş yöntemi olarak izin (ruhsat) usulünün belirlenmesi, imtiyaz sözleşmesi yöntemine gö-

telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinin işletmeciler ile Ulaştırma Bakanlığı arasında akdedileceğini öngörmekteydi (m. 2/a). Aynı kanunda değişiklik getiren 12.05.2001 tarihli 4673 sayılı kanun ise işletmecilerin söz konusu sözleşmeleri bakanlık yerine Telekomünikasyon Kurumu ile yapacaklarını düzenlemektedir.²¹³ Avrupa Birliği uygulamalarına bakıldığında ise; 97/131 sayılı Avrupa Parlamentosu Direktifinde telekomünikasyon hizmetleri alanında genel izin ve lisans usullerine ilişkin esasların benimsendiği ve hizmetin yürütümü açısından “*lisans*” yöntemine sıklıkla başvurulduğu gözlenmektedir. Bu anlamda AB ülkelerinin çoğunda telekomünikasyon hizmetleri kamu hukuku rejimine tabi kılınmamakta ancak lisans usulünde lisanslar belli sınıflara ayrılabilir. ²¹⁴ Hollanda ‘da ise telekomünikasyon otoritesinin (*Telecommunication Agency-TA*) öngörmüş olduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde “*kayıt usulü*” benimsenmiştir.²¹⁵ Avrupa Birliği ülkelerinde her ne kadar telekomünikasyon hizmetlerinin yürütümü için lisans yöntemi tercih edilmekteyse de; bu süreçte lisan alanların hizmeti yürütmek için kamu kaynaklarını kullanmaları gerektiğinde “*imtiyaz yöntemi*” devreye sokulmaktadır. Örneğin İspanya’da operatörler, Bakanlıkça onaylandığı ve kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda telekomünikasyon hizmetlerinin yürütümü için imtiyaz yöntemine başvurumaktadırlar. İtalya’da ise 22 Kasım 1994 tarihli başkanlık kararı ile *Telecom Italia*’ya imtiyaz yoluyla GSM Hizmetlerinin gördürülmesi sağlanmıştır.²¹⁶

Bu gelişmeler ışığında Türkiye için, tüm telekomünikasyon hizmetlerinin kamu hizmeti olarak kabul edilip, kamu hukuku rejimine tabi tutulması yerine; örneğin internet servis sağlama hizmetleri, uydu platform işletmeciliği gibi birçoğunun kamu hizmeti olmaktan çıkarılması ve sadece kıt bir doğal kaynağın tahsisini (*frekans vb.*) gerektirenler ve temel hizmetler ile evrensel hizmet olarak kabul edilenlerin ruhsat usulüne tabi tutulması ve görev ve imtiyaz sözleşmeleri ile telekomünikasyon hizmeti gördürülmesine imkân tanınması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁷

re çok daha pratik olacak ve telekomünikasyon sektörünün dinamik yapısına daha uygun olacaktır. Bu usullerin karşılaştırılması için bkz. ULUSOY, A.; Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002, s. 44 vd.

²¹³ Bu durumun klasik imtiyaz sözleşmelerinin klasik hukuksal rejimi göz önünde tutulduğunda doğuracağı sonuçlar için bkz. *Ibid.*, s. 53.

²¹⁴ Örneğin Almanya’da 1. sınıf lisanslar mobil radyo lisanslarına, 2. sınıf lisanslar uydu lisanslarına, 3. sınıf lisanslar kamu telekomünikasyonuna ilişkin şebeke lisanslarına ve 4. sınıf lisanslar sesli telefon lisanslarına ayrılmıştır. LINKLATERS&ALLIANCE; Telecommunication and Electronic Business, Doing Business in the Electronic Age – A legal Overview, Kluwer Law International, 1999, s. 52.

²¹⁵ *Ibid.*, s. 56.

²¹⁶ SCHERER, Telecommunication Laws in Europe, s. 1999.

²¹⁷ ULUSOY, (Telekomünikasyon), s. 53.

D. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Yargısal Denetimi

1. Taraflar Arasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, idari yargı yerlerinde çözüme bağlanırlar. Bunun nedeni uyuşmazlığın konusunun bir idari sözleşme olmasıdır.²¹⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun²¹⁹ 2/1-c maddesine göre “*tah-*

²¹⁸ Bu konuda önemli gördüğümüz bir uyuşmazlık mahkemesi kararını buraya almayı uygun gördük; UM., E. 2003/78, K. 2003/74, T. 29.9.2003

“(…) İletim sisteminin işletilmesine ilişkin tüm hak ve yetkilerin TEİAŞ tarafından kullanılmasını teminen iletim tesislerinin devrinin en geç 31.12.2002 tarihine kadar gerçekleştirilmesi zorunludur. Söz konusu süre, tarafların ortak talebiyle, bir defaya mahsus olmak üzere Kurul kararıyla en fazla bir aya kadar uzatılabilir.” denilmiştir.

İmtiyaz Sözleşmesinin yukarıda belirtilen 21/h. maddesi hükmü ile anılan Yasa ve Yönetmelik hükümleri uyarınca, ÇEAŞ tarafından işletilmekte olan iletim tesislerinin TEİAŞ'a devri yükümlülüğü hususunun görüşülmesi için iki kez yapılan çağrıya icabet edilmediği gibi herhangi bir cevap da verilmediğinden bahisle, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından Ankara 26. Noterliğinden keşide edilen 10.2.2003 tarihli ihtarname ile, iletim tesislerinin en geç 28.2.2003 tarihi itibarıyla TEİAŞ'a devrinin gerçekleştirilmesi, aksi takdirde İmtiyaz Sözleşmesinin 19. maddesi (Şirket kusuru nedeniyle Sözleşmenin feshi) hükmüne göre işlem tesis edileceği; TEİAŞ tarafından Ankara 16. Noterliğinden keşide edilen 17.2.2003 tarihli ihtarname ile de, iletim tesislerini devralmaya ve bu konu ile ilgili olarak 19.2.2003 tarihinden itibaren Genel Müdürlük merkezinde görüşmeye hazır olunduğu, ÇEAŞ'a ihtar edilmiştir.

Bu gelişmeler üzerine, davacı ÇEAŞ vekilleri tarafından, mülkiyetinin Şirketlerine ait olduğu ileri sürülerek iletim tesislerine davalı idarelerce vaki haksız el atmanın önlenmesi istemiyle, adli yargı yerinde dava açılmış ise de; gerek bir kamu hizmeti olduğu kuşkusuz bulunan elektrik üretim, iletim ve dağıtım hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi amacını taşıyan ve hüküm ve koşulları itibarıyla idareye üstün hak ve yetkiler tanıyan, dolayısıyla idari nitelikte olduğu tartışmasız bulunan İmtiyaz Sözleşmesi ile, ÇEAŞ ve İdare arasında bir “idare hukuku ilişkisi” kurulmuş olması, gerekse enerji piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi yolundaki bir kamu hizmeti alanını düzenleyen 4628 sayılı Yasa ve buna göre çıkarılan Yönetmelik hükümlerinin “idare hukuku alanı”nı ilgilendirmesi karşısında, idarenin kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari nitelikteki işlemlerinin, adli yargı yerinde bir “el atmanın önlenmesi davası”na konu edilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.

Öte yandan, İmtiyaz sözleşmesinin 20-A. ve 21-a. maddeleri hükümlerine göre, gerek Sözleşme ile Şirkete devredilmiş bulunan gerekse tesisler için gerekli olması nedeniyle, Milli Emlaktan bedelsiz tahsis olunan veya bedeli ve masrafı Şirkete ait olmak üzere Bakanlıkça kamulaştırılan taşınmazların mülkiyeti Hazineye, kullanım hakkı ise Sözleşme süresinin sonuna kadar Şirkete ait olup; esasen, bir kamu hizmetine özgülenmiş olmaları nedeniyle “Devlet malı” (“kamu malı, amme emlakı”) niteliğini taşıyan bu gibi yerler üzerindeki Devletin mülkiyet hakkı, medeni hukuktaki anlamda bir mülkiyet hakkı olmayıp, bir nevi “idare hukuku mülkiyeti”dir ve özel mülkiyete konu edilemezler. Bu durum karşısında, davacı Şirketin iletim tesisleri üzerindeki mülkiyet iddiaları hukuki dayanaktan yoksun bulunduğundan, mülkiyete haksız el atmadan söz etmek olanaksızdır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı” başlığını taşıyan 2. maddesinin, değişik (1/a). bendinde, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ve değişik (1/c) bendinde, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, idari dava türleri olarak sayılmıştır.

Diğer taraftan, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun değişik 24. maddesinin 1 numaralı bendinde, tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaların, Danıştay'ca ilk derece mahkemesi olarak karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Belirtilen duruma göre ve olayda, idare hukuku alanında hüküm ifade eden 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerinin verdiği yetkiye dayanan ve İmtiyaz Sözleşmesiyle kurulmuş bulunan idare hukuku ilişkisi çerçevesinde hareket eden idarenin, yaptırım içeren tek yanlı irade açıklamalarına ilişkin ihtarları idari işlem niteliğini taşıdığından, İmtiyaz Sözleşmesini kapsayan

kim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinin birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” idari yargının görev alanına giren bir idari dava türüdür.²²⁰

Diğer taraftan, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanuna (m.5/1-c) göre ise;

“tahkim yoluyla öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinin birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları”...(.) çözümleme görevi idare mahkemelerine verilmiştir.²²¹

Anayasamızın 125. Maddesinde; “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” denilmekte ancak bu denetimin adli yargı organlarınca mı yoksa idari yargı organlarınca mı yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.²²² Bu husus idari yargının idari sözleşmelere ilişkin Anayasa ile korunan mahfuz bir görev alanı olup olmadığı sorununu gündeme getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarında idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi kuralına Anayasal bir anlam tanımaktadırlar.²²³ Bu anlamda Anayasanın temel mantığı esas alındığında, idari rejimin benimsenmiş olmasının idari nitelikteki uyuşmazlıkların ayrı bir yargı kolu tarafından çözümlenme-

söz konusu yasal düzenlemelerin uygulanmasından doğan davanın, 2577 sayılı Yasa'nın 2. ve 2575 sayılı Yasa'nın 24. maddeleri hükümleri uyarınca görüm ve çözümünde idari yargı yeri görevli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcısı tarafından 2247 sayılı Yasa'nın 10. maddesine göre yapılan başvurunun kabulü ile Adana 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin davalı idarelerin görev itirazlarının reddine ilişkin kararının kaldırılması gerekmektedir.(...)”

²¹⁹ 20 Ocak 1982 Tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²²⁰ Yargıda görev ve yetki kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan kıyas yolu ile uygulama yapılamayacağına ilişkin bir Danıştay Kararı için bkz. **D. 4. Daire, E. 1985/3552, 1985/2274, 23.9.1985**

²²¹ İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğu yönündeki kararlar için bkz. 26/2/1953 tarih ve 953/6 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 13.5.1977 gün ve E. 1976/456, K.1977/254 sayılı kararı, (MÜDERRİSOĞLU, H.; Danıştay Kanunu, Ankara, 1978, s. 175, D. 8. Dairesi, 7 Kasım 1991 tarih ve E. 1991/1400, K.1991/1753, Danıştay Dergisi, sayı.84-85, s. 613, ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1995 tarih ve E.1994/71, K. 1995/23, Anayasa Mahkemesi Kararlar dergisi, sayı.32, Cilt I, s.162-163, Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994 tarih ve E.1994/43, K. 1994/42-2, Anayasa Mahkemesi Kararlar dergisi, sayı.31, Cilt I, s. 302.

²²² İdari yargının görev alanının tespiti Anayasal temellerinin olup olmadığı idari işlem veya eylemlerin adli yargı tarafından denetimini öngören yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırı olup olmayacağı konusu inceleme konumuzu ve sınırını aşmakla beraber, bu konudaki tartışmaların gerek doktrinde gerekse uygulamada tatmin edici bir sonuca ulaştığını söylemek güçtür. Konunun Fransız İdare Hukukunda da tartışmalı olduğu ile ilgili olarak ve Türk Hukukundaki farklı görüşlerin bir derlemesi için bkz. **SEZGİNER, M.;** İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı , Ankara, 2000, s.29/(69) no’lu dipnot.

²²³ UM. E. 1946/5 K. 1946/1-24.1.1946. DKD. S. 31, 1946, s.55; AM, E.1994/71 K. K. 195/23-28.6.1995 RG. 20.3.1996-22586 s.50, AM. E. 1994/43, K. 1994/42-2-9.12.1994, RG 24.1.1995.

si iradesinden kaynaklandığı ileri sürülebilir.²²⁴ Belirli bir tür idari sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümleneceğine ilişkin yasa hükümleri Anayasa'ya aykırı olacağı gibi,²²⁵ bir idari sözleşmenin taraflarının rızasıyla sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi de mümkün olmamalıdır. Bu durum Anayasanın *Kanuni Hakim Güvencesine* ilişkin 37. ve Danıştay'a ilişkin 155.maddelerine aykırılık oluşturur.²²⁶

2. Taraflar Arasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklardan Dolayı Açılacak Davaların Hukukî Niteliği

İmtiyaz sözleşmelerinde taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların tam yargı davasının özel bir biçimi olduğu kabul edilmektedir.²²⁷ İdari sözleşmelerden doğan tazmin uyuşmazlıklarının belli bir çerçeve içerisine sığdırılması güç görünmektedir. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeye taraf olanlar yanında hizmetten yararlananlar anlamında 3. kişiler arasında girift bir ilişki bulunmaktadır. Diğer yandan imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar bakımından tam yargı davasının niteliği ve tanımı çerçevesinde konuya yaklaşmak gerekmektedir.

Bir görüşe göre tam yargı davası idarenin bir işlem veya eyleminden doğan zararın giderilmesi ya da ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi amacına yönelik olarak açılan davaya verilen addır.²²⁸ Bu tanım imtiyaz sözleşmelerinden doğan bütün davaların tam yargı davası kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna götürmektedir. Bir başka görüşte bir idari işlemin iptali istemi²²⁹ dışında kalan tüm istemlerin idare hukuku alanına ilişkin olmak kaydıyla, tam yargı davasına konu olabileceği kabul edilmektedir.²³⁰ Bu durumda sözleşmeden doğan davaların da tam yargı davasının bir türü olduğu sonucuna varılabilir.²³¹

²²⁴ İdari rejimi benimsemiş bir ülkede, imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda özüm-
lenmesi doğal ve olağandır. GÜNDAY, M; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, 5.11.1999 tarihinde An-
kara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Verilen Açılış Dersi, s. 7. (yayınlanmamış).

²²⁵ Karşıt görüş için bkz., GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 170, ÖZAY, İ.; Türkiye'de İdari Yar-
gının İşlev ve Kapsamı, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 10-11-12 Haziran 1982, Da-
nıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s. 29.

²²⁶ Anayasa Mahkemesi, 22.12.1988, E.988/5-K. 988/55, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı: 24, s. 465.

²²⁷ Bkz. ODAYAKMAZ, Z.; agm., GÜHFD, Haziran-Aralık 1998, cilt:II, sayı: 1-2, s. 181, DURAN, L.; İdare
Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 339, GÖZÜBÜYÜK, Ş.; Yönetmelik Yargı, s.277; GÖZÜBÜYÜK
DİNÇER, s. 92, Karşıt görüş için bkz GÜNDAY, M., İdare Hukuku, Ankara, 2002, s. 303 GÜNDAY'a gö-
re sözleşmenin mali hükümlerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar tam yargı davası
olarak nitelendirilebilir.

²²⁸ GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; age., C.II, Ankara, 1999, s. 611.

²²⁹ İdari sözleşmelerden dolayı, idare ile sözleşmeci arasında çıkabilecek anlaşmazlıklarda Danıştay'da söz-
leşme davası olarak bakılacağı, ayrıca bu anlaşmazlıkların bir hukuk kuralına da aykırılığı söz konusu ol-
duğunda bunun iptal davasına da konu teşkil edebileceği söylenmektedir. BALTA, T.; İdare Hukukuna Gi-
riş, Ankara, 1970.

²³⁰ ERKUT, C.; İdari Yargıya Başvuru Hakkının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı, 2000 Yılı İdari Yargı
Sempozyumu, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları, No. 59, Ankara, 2000, s. 93.

²³¹ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. Maddesi mucibince yabancılık unsurunun bulunduğu imti-
yaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bu kanun uygulanacaktır. Bu kanunun 6. Maddesindeki düzenlemeye gö-

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan davaları kanaatimizce tam yargı davasının bir türü olarak nitelendirmek mümkün değildir. İptal davalarında davanın esasını işlemin kendisi teşkil etmektedir. Tam yargı davaları ise işlemin hukuki yapısıyla yani bizatihi kendisi ile ilgili değil doğurduğu ihlal ile ilgilidir.²³² Bu anlamda imtiyaz sözleşmelerinden doğan davalar parasal olmayan taleplerle açılabilirdiği gibi²³³ idari sözleşmelerden kaynaklanan davalarda idare mahkemesi sözleşmenin geçersizliğine de karar verebilir.²³⁴ Sözleşmenin geçersizliğin de fesihte olduğu gibi taraflara hak ve borçlar yüklediği ileri sürülemeyeceğinden imtiyaz sözleşmelerinden doğan davaları tam yargı davasının bir türü olarak nitelendirmek ve bir genellemeye gitmek doğru olmadığı gibi her somut uyuşmazlıktan doğan davanın niteliğinin tespit edilmesi daha doğru olacaktır.²³⁵

3. Sözleşmeden Doğan Davaların Kapsamı

Kamu hizmeti imtiyazının özel hukuk sermaye şirketlerine gerek kurulması ve gerekse görülmesi için verilip, buna dönük temel ana sözleşmenin taraflarca imzalanmasına kadar olan dönemdeki davalar ile sözleşmenin imzalanması ve imzalanmasından sonra kesinleşip uygulanması aşamasında doğan davalar gerek doğuş ve gerekse çözüm nedenleri birbirinden farklı dava kategorisi teşkil etmektedirler.

İmtiyaz şartname ve sözleşmelerindeki akdi hükümlerin ihlalinden dolayı her iki tarafın birbirine karşı açtığı davalar, bu anlamda sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar olarak değeri-

re “aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu taraflardan birinin istemi üzerine ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir. Bu durumda ihtiyati tedbir kararı verilmesine ilişkin bir talebin tam yargı davasıyla ilişkilendirilmesi güçtür.

²³² İdari sözleşmeler anlamında bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların niteliği açısından “istikraz “sözleşmelerinin tam yargı davasına klasik bir örnek teşkil edeceği kanaatindeyim.

²³³ Özel sektöre elektrik üretim, iletim ve dağıtım olanağı sağlayan 3096 sayılı yasa kapsamında 8 Aralık 1994 tarihinde Tansu Çiller’in başkanlığını yaptığı hükümet döneminde Bakanlar Kurulunca alınan bir kararla, Afşin-Elbistan Termik Santrali 20 yıllığına işletme hakkı yoluyla ERG-VERBUND Elektrik’e devredilmesi öngörüldü. Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Vural ERBİLĞİN’e ait ERG VERBUND elektrik arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesi 15 Aralık 1999 tarihinde dönemin enerji ve tabii kaynaklar bakanı Cumhur ERSÜMER’in onayı ile yürürlüğe girdi. İmtiyaz sözleşmesi kapsamında yapılacak devir işlemini “kamu lehine bulmayan TEAŞ, sözleşmede yer alan 25 maddenin değiştirilmesini gündeme getirerek sözleşmeyi imzalamaktan kaçındı. Sözleşmenin imzalanması için yaptığı başvurulardan sonuç alamayana ERG-VERBUND elektrik, TEAŞ aleyhine Danıştay da dava açtı. Danıştay ise santralin bir ünitesinin devri yönünde karar verdi. (Sabah Gazetesinde 10 Ekim 2004 tarihinde yayınlanan haber).

²³⁴ CHAPUS; Droit du contentieux administratif, s.657, nakleden GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 184.

²³⁵ Bu konudaki farklı görüş ve yargı kararları için bkz. ULER, Y.; Sözleşmeli Personel, AÜHFD, cilt22, sayı. 1, sh. 233-234, GÖZÜBÜYÜK, Ş./ DİNÇER, G.; İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1996, s. 144, GÖZÜBÜYÜK, Ş.; Yönetmelik Yargı, Ankara, 1996, s. 198-199, ayrıca bkz. İYUK madde 36, D. 12 D., 2.11.1976 gün ve E. 1974/1958, K. 1976/2141 sayılı kararı, D:D:, 26-27 s. 509, DD 10. D. 298.4.1993 gün ve E. 1991/1 K. 1993/1752 sayılı kararı, D.D., 88, s. 463 vd., YENİCE, K./ ESİN, Y.; Açıklamalı İçtihatlı Notlu, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983, s. 122 vd. Ayrıca Fransız Danıştay’ının bu konudaki kararları için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Ş. /TAN, T.; age., s. 416-417.

dirildiği gibi, sözleşmenin kural işlem niteliğindeki hükümlerinin ihlalden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar da bu kapsamda görülmektedir. Bunun nedeni, şartnamenin yalnızca üçüncü kişiler bakımından kural işlem niteliği taşıyabileceği anlayışıdır. Ayrıca sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, sözleşmenin ifasına ve sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklardır. Ancak imtiyaz sözleşmeleri sadece taraflar arasında geçerli olan subjektif hükümlerden ibaret değildirler. İmtiyaz sözleşmelerinde sadece kişisel hukuki durumlar oluşturulmakla kalmayıp aynı zamanda objektif, genel, kişilik dışı hükümler de bulunmaktadır. İmtiyaz işlemi karma bir nitelik taşımakta, tarafların mali hak ve borçlarını öngören sözleşme ile hizmetin kuruluş, işleyiş kuralları ile görev ve yetkileri düzenleyen hükümler içeren şartlaşmadan oluşmaktadır.²³⁶ Sözleşmeden farklı olarak şartlaşma kural işlem niteliği göstermektedir.²³⁷ Bu bakımdan kamu hizmeti imtiyazları şartlaşmaları, kural işlem ve ya düzenleyici işlem mahiyetindedirler ve taraflar dışında üçüncü kişileri de ilgilendirirler. Şartnameler genel düzenleyici işlem niteliğiyle hem kendileri iptal davasına konu olabilir²³⁸ hem de bu hükümlere aykırı idari işlemlere karşı iptal davası açılması söz konusu olabilir. Sözleşmenin kurulmasına veya yenilenmesine ilişkin her türlü işlem, taraflar ve üçüncü kişiler açısından sözleşmeden ayrılabilir niteliktedir ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebilir.

İmtiyazı veren idarenin sözleşmenin feshi gibi sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıdığı için üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebilen işlemleri, imtiyaz sahibi açısından ancak sözleşmeden doğan bir davanın konusu olarak mahkeme önüne getirilebilirler. Buna karşın imtiyazı veren idarenin sözleşmenin icrasına ya da imtiyaz konusu hizmete ilişkin olmayan işlemlerinin imtiyaz sahibi tarafından da iptali istenebilir.²³⁹

İmtiyaz sahibinin, imtiyazı veren idarenin herhangi bir işlemine karşı açtığı iptal davasında, dava konusu işlemin sözleşmeye aykırılığını ileri sürmesi mümkün değildir. İmtiyaz sahibi, sözleşmeden doğan hakların ihlalinin tartışmaksızın bu işlemin herhangi bir ögesi yönünden hukuka aykırı olduğunu iddia edebilir.²⁴⁰

²³⁶ **DERBİL**, S.; İdare Hukuku, Ankara, 1959, s.568, **MÜDERRİSOĞLU**, H.; age., s. 388.

²³⁷ Bu husus bir Uyuşmazlık Mahkemesi kararında şu şekilde tespit edilmiştir: ...*Yasa'nın 1. maddesinde sayılan işlerle ilgili olarak yapılacak ihalelerde, idarede kanunilik ilkesi gereğince, idarenin çeşitli usul kurallarına uyması zorunlu olup, bu Yasa kapsamına giren bir işin veya ihtiyacın belirlenmesi, ihale yönteminin tespiti, ihale ilanı ve ihale kararı alınması sürecinden geçilmesi gerekmektedir. Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasızdır. Ancak, ihalenin kesinleşmesinden sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tabi olacağına tespiti için; yapılan sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşulların niteliğinin incelenmesi gerekmektedir.* UM. 10.03.2003 T. ve E. 2002/92, K. 2003/1.

²³⁸ Şartnamenin değiştirilmesi işleminin iptal davasına konu olacağına ilişkin DD K. 15.7.1974 gün E.1972/374, K. 1975/499, **MÜDERRİSOĞLU**, H.; age., s. 388.

²³⁹ **DURAN**, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 339.

²⁴⁰ **WALINE**, M.; Précis de droit administratif, éditions montchrestien, Paris 1969, nakleden **ÖZTÜRK**, B., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, yayınlanmamış yüksek lisans tezi s. 103.

4. Üçüncü Kişiler Tarafından Açılan Davalar ve Ayrılabilir İşlemler Kuramı

İdarenin yapmış olduğu idari sözleşmelere karşı iptal davası açılmayacağı²⁴¹, bu durumun bir tam yargı uyumsuzluğu oluşturduğu, genel olarak kabul edilmektedir. İptal davasının sözleşmelere karşı neden kabul edilmediği hususunda çeşitli açıklamalar yapılmıştır. Bununla beraber sözleşmeye karşı iptal davasının açılmayacağına ilişkin pozitif açık ir düzenlemeden söz edilmemiştir. Ancak temelde iptal davasının idarenin tek yanlı işlemlerine karşı açılabilen bir dava olmasından bahisle çok yanlı bir işlem olan sözleşmelerde uygulama alını bulamayacağı ileri sürülmüştür.²⁴² Ayrılabilir işlem kuramının doğuşu ve gelişimi sonucunda sözleşme sürecindeki tek yanlı işlemlere karşı iptal davasının kabul edilişi ve bu işlemlerin sayısındaki artış da sözleşmeye karşı iptal davasının açılmayacağı yönündeki görüşü değiştirmemiştir. Ayrılabilir işlemler kuramının esası, sözleşmeden ayrılabilir nitelik taşıyan tek yanlı idari tasarrufların sözleşmeden bağımsız olarak yürütülebilir olduklarının kabulü ve bu suretle bunların yargısal denetimlerinin sağlanmasıdır.²⁴³ Ayrılabilir işlemler kuramı uyarınca idarenin gerek sözleşmenin hazırlanması, gerek uygulanması aşamasındaki tek yanlı işlemleri, üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebilirler.²⁴⁴ İdarenin sözleşmenin akdedilmesine kadar geçen aşamada tesis ettiği bütün tek yanlı işlemlerin iptal davasına konu edilmesi olanaklıdır.²⁴⁵ Ayrılabilir işlemlere karşı iptal davasının kabul edilebilirliği önündeki engellerden birisi sözleşmenin akdedilmesiyle sözleşmeden kaynaklanan hakların taraflar bakımından kazanılmış hak olduğu ve ayrılabilir işleme karşı iptal davasının kabul edilişiyle birlikte bu hakların zarar göreceği endişesidir.²⁴⁶ Bununla beraber sözleşmenin kurulmasına ilişkin ayrılabilir işlemin iptali doğrudan doğruya sözleşme üzerinde sonuç doğurmaz; sözleşme tarafları bağlamaya devam eder. İptal kararının sözleşme üzerinde sonuç doğurabilmesi için idarenin iptal kararı doğrultusunda sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir.²⁴⁷ Ülkemizde Yargı kararları

²⁴¹ Danıştay 12. Dairesi 2. Kasım 1976 tarih ve E. 1974/1958, K. 1976/2141 sayılı Gemlik Belediyesi ile TEK AZOT Sanayi TAŞ kararına konu teşkil eden olayda azot Sanayi TAŞ Gemlik Gübre Fabrikasının elektrik enerjisi ihtiyacının karşılanması için TEK ile 9 Mayıs 1973 tarihli bir idari sözleşme akdetmiştir. Gemlik Belediye Başkanlığı bu sözleşmenin iptali için Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay 12. Dairesi bir idari sözleşmeye karşı bu sözleşmenin tarafları dışında kalan üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılabileceğine karar vermiştir. Aynı şekilde Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu 13 Mayıs 1977 tarih ve E. 1976/456, K. 1977/254 sayılı kararında bir imtiyaz sözleşmesinin iptali istemiyle bir üçüncü kişi tarafından açılan davaya bakmış ve imtiyaz sözleşmesinin iptaline karar vermiştir. **GÖZBÜYÜK, Ş./TAN, T.**; age., C. I, s. 467, bu kararların eleştirisi için bkz. **GÖZLER, K.**; age., C. II, s. 202 vd.

²⁴² **GÖZBÜYÜK, Ş.**; Yönetmelik Yargı, Ankara, 1996, s. 151.

²⁴³ **ÖZAY, İ.**; age., s. 415.

²⁴⁴ **ERKUT, C.**; İptal Davasının Konusunu Oluşturması bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990, s. 40-42.

²⁴⁵ **DİNÇER, G.**; age., s. 20.

²⁴⁶ **SEZGİN, M.**; s. 166.

²⁴⁷ **GÖZBÜYÜK, Ş./TAN, T.**; age., Genel Esaslar, s. 414.

ıyla²⁴⁸ idari sözleşmelere karşı üçüncü kişilerin iptal davası açabileceği benimsenmiştir. Anayasanın yeni 47/4 hükmünden sonra özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesine ilişkin özel hukuk sözleşmeleri kamu hukukuna tabi imtiyaz sözleşmeleri niteliğinde olmayacağı için Fransız idare hukukunda kabul edilmeyen fakat Türk Danıştay'ı tarafından uygulanan idari sözleşmeyi bir idari işlem gibi kabul edip iptal davasına konu etmek mümkün olmayacaktır.²⁴⁹ İdari sözleşmelere karşı sadece taraflarca değil, menfaat bağı kuran ilgili kişilerce iptal davası açılabilmesini bazı yazarlar Fransız İdare Hukukuna nazaran Türk hukukunun bir ileriliği olarak nitelendirmekte²⁵⁰ bazı yazarlarsa bu durumu hukuk tekniği açısından son derece yanlış bulmaktadırlar.²⁵¹



²⁴⁸ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 4 Kasım 2000 tarih ve E. 1999/577, K.2000/831 sayılı karar, nakleden ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesince 5 Kasım 2001 tarihinde Ankara'da düzenlenen Milletlerarası Tahkim Seminerinde Sunulan Tebliğ, Dipnot 23.

²⁴⁹ ULUSOY, A.; (Yeni Anayasal Durum), s. 20.

²⁵⁰ KARAHANOĞULLARI, O.; age., s. 327.

²⁵¹ GÖZLER, K.; age., C. II, s. 206.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARE HUKUKUNDA TAHKİM

I. İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN REDDİ PRENSİBİ

İdare hukuku sistemimizin me hazını oluşturan Fransız İdare hukukunda, uluslararası sözleşmeler nedeniyle iç hukukun bir parçası haline gelmiş düzenlemeler dışında, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kural olarak mümkün değildir.²⁵² Fransa’da söz konusu yasağın oluşumu ve gelişimi esas itibarıyla bu konuda doktrinde ileri sürülen görüşler yanında, yüksek yargı organlarının verdiği kararlar çerçevesinde devletin ekonomik hayattaki rolünün etkinliğine paralel olarak şekillenmiştir. Fransa’da 19 yy.’da idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi fikri sert bir şekilde eleştirilmekle beraber ikinci dünya savaşı sonrası bazı alanlarda çıkabilecek uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabileceği yönünde bir görüş birliğine varılmıştır.²⁵³ Günümüzde bu görüş; uygulamadan doğan ihtiyaçlar sonucunda daha da güçlenerek varlığını sürdürmekte, hatta idare hukuku alanındaki bazı uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesine imkân tanıyan yasal düzenlemeler yapılmaktadır.²⁵⁴

Kanunilik ilkesi gereğince İdare, Anayasa ve Kanunlarda öngörülme yen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamamaktadır. Aynı ilke uyarınca, kamusal etkinliklerin yürütülmesi de ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili organ, makam veya görevli tarafından belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle sağlanmaktadır.²⁵⁵ Türkiye’de yakın geçmişte pozitif hukukumuzda gerçekleşen değişiklikler öncesinde²⁵⁶ devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini yasaklayan açık bir yasal düzenleme bulunmamakla beraber, idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine işaret eden bir düzenleme de söz konusu olmadığından²⁵⁷ idare hukuku ala-

²⁵² Bu durumun istisnaları ve ayrıntılı bilgi için bkz. *Infra*.

²⁵³ *Infra*.

²⁵⁴ *Infra*.

²⁵⁵ DURAN, L.; Yap-İşlet-Devret, SBFD, C. XLVI, Ocak-Haziran 1991, s. 1-2, s. 150-151.

²⁵⁶ *Infra*, (III. Bölüm).

²⁵⁷ Öte yandan Anayasa değişikliği öncesinde 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 ko-

nına giren konularda tahkim yoluna başvurulamamıştır. Bu çerçevede konuyu pozitif hukukumuzdaki değişiklikler öncesinde Türk idare hukuku ilke ve kuralları açısından idari sözleşmelerde tahkim yasağının mevcut olduğu biçiminde algılamak normatif bir değerlendirme olmayacak ve fakat “idari sözleşmelerde tahkim yasağı” ilkesinin temelinde yatan unsurları mehzaz kanundaki düzenlemeler ışığında açıklamak gerekecektir.

A. İdare Hukukunda Tahkimin Reddi Prensibinin Gerekçeleri

1. Tahkim Teorisi ve İdare Hukuku Bakımından

İhtiyari tahkim biçiminde tanımlanan yargılama usulünün tarafların karşılıklı anlaşmasına dayanan; kamu yargısına paralel ve onunla aynı önemi taşıyan fakat mahiyet itibariyle ondan ayrı olan bir usul olduğu gözlenmektedir.²⁵⁸ Tahkim usulünün temel olarak göze çarpan en önemli özelliği, taraf iradelerine öncelik tanınmasıdır.²⁵⁹ Tahkimi belirli bir ülkenin resmi yargılama usulünden ayıran en önemli fark da budur.²⁶⁰ Bir üst kavram olarak “taraf iradeleri” birçok iç hukuk sisteminde “sözleşme serbestisi” olarak gözlemlenen düzenlemelerden daha geniş kapsamlı ve liberal bir anlam ifade etmektedir.²⁶¹ Tahkim anlaşmasının tarafları, tahkim yoluna başvurma esnasında resmi yargılama usullerinde mevcut olan ve yargılamanın uzamasına neden olabilecek usul şartından vazgeçerek, aralarındaki uyuşmazlığı çok daha süratle çözeceklerine inanmaktadırlar.²⁶² Tahkim nosyonundaki bu sürat ve etkinlik iddiası kamu hizmeti niteliğinde olan yargı hizmetini sunan devletin, bireylerden bu hizmeti sunarken oluşan gecikmeleri ve beklemeleri doğal karşılımları gerektiği noktasında bir arzusu olduğu biçimindeki yaklaşımlarla değerlendirildiğinde²⁶³ tahkim yolu bir sözleşme ilişkisi kapsamında uyuşmazlığa düşen taraflarca daha kabul edilebilir bulunmaktadır.

İdari-adli yargı rejimlerinin ayırımına gidilen sistemlerde, idare hukuku alanındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine genel olarak karşı çıkmaktadır.²⁶⁴ Yargı rejimi ay-

şuluna yer verdikleri görülmektedir. Bilindiği gibi 2886 sayılı yasa uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmektedir. TAN, T.; İdare Hukuku ve Tahkim, AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 9, Sayın TAN’ın bu saptamasını 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu için de söylemek mümkündür.

²⁵⁸ KORAL, R.; Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1983, s. 95 vd.

²⁵⁹ Tahkimin hukuk felsefesi içindeki yeri hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. OPPETIT, B.; *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998.

²⁶⁰ KALPSÜZ, T.; Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara, 1989, s. 2.

²⁶¹ KAPLAN, Y.; Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi, İBD., C. 77, S. 3, Y. 2003, s. 581.

²⁶² BERNSTEIN, R.; *Handbook of Arbitration Practice*, London, 1987, s. 10.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Infra.*

rımına gidilmesinin altında yatan gerekçeler, idare hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temellendirilmesinde de etkin rol oynamaktadır.

E. LAFERRIERE'nin 19. yy. sonlarında ortaya attığı “Devletin adliye yargıcının dahi görevli olmasına izin vermediği konularda hakemliğin yetkisini kabul etmemesi” biçimindeki önerme daha da geliştirilerek; “Devletin ancak kendi mahkemelerinde kendisinin yargılanması için öngördüğü ve adli yargı mekanizmalarına oranla önemli farklar taşıyan bir mekanizma içinde yargılanması zorunluluğu” biçiminde algılanmıştır.²⁶⁵

Fransa başta olmak üzere kıta Avrupası ülkelerinde uygulanan idari rejimde idarenin kuruluş ve işleyişi, genel hukukun dışında gelişen ve tamamen kendine özgü kurallardan oluşan idare hukukuna bağlı bulunmaktadır. Ayrıca idare hukukunun uygulanmasından çıkan anlaşmazlıklar, adli mahkemeleri dışında oluşturulan ve kendine özgü yetkisi ve çalışma usulleri olan bir idari yargılama düzeninde çözümlenmektedir. Bu anlamda idari rejimden söz edebilmek için (i) yürütme organı içinde ve onun bir uzantısı konumunda olduğu halde ayrı ve kendi kendine davranabilme yeteneği bulunan idare, (ii) idareye özgü bağımsız hukuk kuralları bütünü; başka bir deyişle idare hukuku ve (iii) kendine özgü bir hukuku bulunan idarenin adli yargıdan ayrı bir düzen oluşturan ve işleyen genel yetkili bir idari yargı aracılığıyla denetlenmesi gerekmektedir.²⁶⁶ 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 gücün ve yöntemin bulunmamasıdır.²⁶⁷

Türk hukukunda kamu tüzel kişilerinin taraf oldukları uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gitmelerini yasaklayan açık bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu bağlamda esas sorun kamu kuruluşlarının kamu hukuku alanında, özellikle de idari sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde tahkimi kabul edip edemeyecekleri konusunda ortaya çıkmıştır.²⁶⁸ Tahkimin 1999 Anayasa değişikliği öncesinde de Türk idare hukukunda uygulanamaması esasında idari rejimin öngörülerini ekseninde toplanmıştır. Tahkim sözleşmeleri veya kayıtlarının esasında sözleşmeler hakkındaki genel hükümlerde belirtilen sınırlara tabi olduğu düşünüldüğünde

²⁶⁵ LAFERRIERE, Traité de la Jurisdiction Administrative et des recours Contentieux, Paris, 1888., aktaran TANSUĞ, Ç.; İdari Sözleşmelerde Tahkim, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2001, s. 34

²⁶⁶ ÖZAY, İ.; age., s. 119.

²⁶⁷ DURAN, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 12.

²⁶⁸ Bu alandaki ayrıntılı incelemeler için bkz. TAN, T.; İdare Hukuku ve Tahkim, AİD., C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3-23, GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Cilt II, Bursa, 2003, s. 207, AZRAK, Ü.; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, PANEL, Ankara, 1999, TBB, s. 26.

(BK. 19/f.2); idari sözleşmeler kapsamında yapılacak bir tahkim anlaşmasının BK. 19/II'ye aykırı düşebileceği açıkça söylenebilecektir.²⁶⁹

Hukuk devleti kavramının idare açısından önemli görünümünden biri de, **idarenin faaliyetlerinin belirliliği ve hukuki güvenlik ilkeleridir.**²⁷⁰ Bir hukuk devletinde bireyler, kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilme ve kendi davranışlarını onlara göre ayarlayabilme imkânına sahip olmalıdır. Bu sadece idari işlem ve eylemlerin muhatapları için değil, tüm bireyler için bir güvence teşkil etmektedir. Tahkimin olaya özgü nitelik ve çözümlerinin ise idare hukuku nosyonunun anladığı anlamda hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleriyle örtüşme projesi içerisine girmesi doğal olarak beklenmemelidir. Bu konuda çok minimal bir örnek vermek gerekirse; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141. maddesinde duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ilkesi kabul edilmiştir. Aynı düzenleme uyarınca *mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmalardan bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kaldığı hallerde karar verilebilir.* Tahkim yargılamasında ise her yönüyle gizlilik (**confidentially**) esastır. Gizlilik kuralı tahkimin varlığı, yargılama sürecinde sunulan malzeme, hakemlerin kimlikleri veya duruşmaların icrasına ilişkin olabilmektedir. Örneğin AITO davası adıyla bilinen uyuşmazlıkta tahkim yargılamasında gizliliğin ihlaline ilişkin önemli bir karar verilmiştir. Londra'da verilmiş bir hakem kararına karşı davayı kaybeden taraf, kararın iptali için Paris İstinaf mahkemesine başvurmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi hakem kararının iptaline ilişkin istemi reddetmiştir. Paris İstinaf Mahkemesi tahkim yargılaması açısından gizli kalması gereken pek çok olgunun adli yargıda geçerli olan “*yargılamanın açıklığı ilkesi*”ne dayanarak kamuoyunun bilgisine sunan tarafı da önemli bir miktar tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.²⁷¹ Tahkim yargılamasının bu teknik unsuru, taraf iradelerinin tahkime başvurma noktasında toplandığı ve bu bağlamda tarafların gizlilik kuralını da kabul ettikleri gerçeği karşısında savunulabilir olmakla beraber aşağıda ifade edileceği üzere tahkim yargılamasının başka risklerine dikkat çeken yazarlar da bulunmaktadır.

İngiltere’de görülen ve *Bremen Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik vs. South India Shipping Corporation Ltd.* adıyla bilinen tahkim davasında baş hakem Lord Diplock şu saptamalarda bulunmuştur: “*Bir hukuk devletinde devletin birincil görevi hak ve adalet dağılımında vatandaşlarının devlet mahkemelerine haklarının ihlal edildiğinden bahisle davacı*

²⁶⁹ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine olanak tanıyan Anayasa değişikliği sonrasında bile idari rejimin temel ilkelerinin zedelendiği ileri sürülmüştür. Bkz. *Infra*.

²⁷⁰ GÖZLER, age., C.I, s. 102.

²⁷¹ ÖZSUNAY, E.; Tahkim Yargılamasında Mahremiyet, (Milletlerarası Tahkim Semineri), ICC Türkiye Milli Komitesi, 6 Nisan 2004 tarihinde Ankara’da düzenlenen Seminer, s. 4.

sıfatıyla yer alıp hak ve nasafete uygun olarak ihlal edilen haklarının telafi edilmesini sağlamalarıdır.”²⁷² Bu anlamda tahkim yargılamasında her iki taraf için mevcut olan risklerin hukuk devletinin daha doğrusu devlet mahkemelerinin sağladığı güvenceleri sağlama konusunda tereddütler yarattığı ileri sürülmüştür.²⁷³

a) Tahkimin Özel Hukuk Kökenli Bir Yargılama Mekanizması Olması Bakımından

Fransız İdare hukukunda tahkim özellikle E. Laferrière’in de etkisiyle uzun yıllar idari yargının görev alanına giren konularda kesinlikle uygulanmayacak bir mekanizma olarak görülmüş ve buna gerekçe olarak da hakem yargılamasının “zayıflıkları” gösterilmiştir. Söz konusu mekanizmanın zayıflık olarak nitelenen özelliklerinden bir tanesi de tahkimin özel hukuk kaynaklı bir yargılama mekanizması olmasıdır.²⁷⁴

Doktrinde baskın olan anlayış uyarınca tahkim özel hukuka değil ilk planda medeni usul hukukuna ilişkin bir hukuki müessesedir.²⁷⁵ Bununla beraber tahkimin özel hukuk niteliğinin ağır bastığı ve bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu yönünde görüş beyan edenlerin sayısı da hiç de az değildir.²⁷⁶ Tahkimin hem özel hukuka hem de usul hukukuna ilişkin yönlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini beyan eden görüşler de mevcuttur.²⁷⁷

Özel hukuk ile idare hukuku arasında mahiyet farkı olduğundan ve bu mahiyet farkı özel hukuk hükümlerinin kıyas yolu ile dahi uygulanmasına cevaz vermezken²⁷⁸ tahkim usulünün içerisine özel hukuk kurumlarının açıkça sindiği görülmektedir. Her ne kadar tahkimin özel hukuktan kaynaklandığı şeklinde görüşler ileri sürülebilirse de²⁷⁹, esasında tahkimin varlık sebebi devletin bir yasama tasarrufu ile yargı yetkine bir istisna koymasıdır. Bu anlamda kanaatimizce tahkim esasında özel hukuku referans olarak almamaktadır. Tahkimin temelinde bir konsensüs ve esneklik²⁸⁰ yatmaktadır.²⁸¹ Bu konsensüs ve esnekliği ise idare hukukunda bulmak

²⁷² SCHÖLDSTRÖM, P.; *The Arbitrator's Mandate, A comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration Under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland*, Stockholm, 1998, s. 270.

²⁷³ *Ibid.*, s. 271.

²⁷⁴ TANSUĞ, Ç.; *İdari Sözleşmelerde Tahkim*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2000, s. 9.

²⁷⁵ TURAN, Ç.; *Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu*, 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 249., Tahkimin Hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. ALANGOYA, Y.; *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul, 1973.

²⁷⁶ NOMER, E.; *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul, 2002, s. 416.

²⁷⁷ ÇELİKEL, A.; *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul, 2000, s. 417, YILMAZ, E.; *Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim*, Yargı Reformu, 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir, 2000, s. 269-270 nakleden KAPLAN, Y.; *Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi*, İBD, Cilt: 77, sayı: 3, yıl: 2003, s. 579.

²⁷⁸ BALTA, T.; *age.*, s. 189.

²⁷⁹ *Supra.*

²⁸⁰ Hakemlerin taraflarca seçilmesi, tarafların yargılama kurallarını tespit edebilmesi ve aktif katılım bu konsensüsün oluşmasında etkili olmaktadır.

idari rejimin temel prensipleri bakımından mümkün değildir. Tahkimin özel hukuk kökenli olduğu yolundaki düşüncelerin temelinde kanaatimizce tahkimin öngörülebilirlik ve esnekliğin daha yoğun hissedildiği özel hukuk ilişkilerinde uygulanması yatmaktadır. Tahkimin ortaya çıkış süreci de esasında devlet yargısından daha hızlı, daha yetkin bir uyuşmazlık çözme mekanizması arayışları olmuştur.²⁸² Diğer taraftan tahkim adli veya idari yargıda çok yoğun biçimde hissedildiğini düşünmediği “*tarafsızlık mekanizmasını*” hayata geçirebilme iddiasındadır.²⁸³ T.C. Anayasasının “*Yargı*” başlıklı 13. maddesi “*Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere burada tarafsızlığa açık bir vurgu yapılmamıştır. Anayasamızın bu hükmü açılımında tahkim mekanizması tarafsızlığı, tahkim davasına taraf olanların milli hukuklarından ve sistemlerinden ayrı kurallarla gerçekleştirebileceğine inanmaktadır. Bu anlamda tahkimi özel hukuk kökenli bir usul olarak değil, özel hukuk ilişkilerine uygulanmaya yatkın bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. İlke olarak tahkimin özel hukuk kökenli bir mekanizma olarak değerlendirilmesinin gerekçelerinden biri de; bu proje içerisinde vücut bulan ilişkilerin pek çoğunun Borçlar Hukuku hükümlerine tabi olmasıdır. Örneğin hakem sözleşmesi, taraflar ile hakem veya hakemler arasında yapılan bir sözleşme olup, bu sözleşme borçlar kanunu hükümlerine tabidir. Bu sözleşme ile taraflar ve hakem arasında özel hukuk ilişkisi doğmaktadır.²⁸⁴ Aynı doğrultuda tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda fikir birliği olmamakla beraber, tahkim sözleşmesi ile tarafların ihtilafların çözümünü özel kişilere bırakırken tümüyle özel niteliği haiz bir ilişki içinde oldukları, bunun hüküm ve sonuçlarının ise sadece borçlar hukuku çerçevesinde kaldığını savunanlar da yoğunluktadır.²⁸⁵

ONAR’a göre tahkim, “*tarafların ancak aralarında anlaşmaları halinde başvurabilecekleri, uyuşmazlığı*” kendi seçtikleri ve yetki verdikleri bir özel kişi marifetiyle çözme yolu olup, *akdi bir esasa dayandığından, tarafların irade ve rızalarından doğmayan objektif durumlara dayanan ve statülerinden çıkan uyuşmazlıklara tatbik edilmesi mümkün olmamalıdır*”.²⁸⁶

²⁸¹ BORN, G.; *International Arbitration and Forum Selection Agreements, Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, s. 2.

²⁸² Bu durum milletlerarası tahkimde çok geçerli değildir. Bu nev’i tahkimde nihai kararın verilmesi 18 ila 36 ay arasında sürebilmektedir.

²⁸³ BORN, G.; *International Arbitration and Forum Selection Agreements, Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, s. 3.

²⁸⁴ Y. 15. HD., T. 16.6.1989, E. 1989/1023, K.1989/2841 (yayınlanmamış).

²⁸⁵ ERTEKİN, E. / KARATAŞ, İ.; age., s. 43.

²⁸⁶ ONAR, S.S.; age., s.1931, aynı yönde bkz. GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 304.

ONAR ayrıca “tahkimin akdi bir esasa dayanmasına ek olarak, söz konusu uyuşmazlıklarda idari işlem ve eylemler incelendiğinden, bunların idari yargının yetkisine girdiğini ve tahkimin bir özel hukuk müessesesi olduğunu” belirtmiştir. Nitekim Türkiye Barolar Birliğince 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği sonrasında²⁸⁷ yapılan açıklamada kamu hukuku alanına bir özel hukuk kurumu olan tahkimin sokulmasıyla önemli bir tahribat yapıldığından söz edilmiştir.²⁸⁸

Bu saptamalar içerik itibariyle kabul edilebilir olmakla beraber hukuki kavramların yerli yerine oturtulması bakımından açıklamaya ihtiyaç göstermektedir. Şöyle ki esasen tahkimin özel hukuk alanında, özellikle ticari uyuşmazlıklarda uygulandığı geldiği bir gerçektir,²⁸⁹ ancak tahkimin kamu hukukuna aktarıldığı ve bunun bir tahribata yol açtığı saptaması çok da yerinde değildir. Şöyle ki uluslararası hukuk alanında hak ve fiil ehliyeti ile işlemler yapan ve sözleşme ilişkisine giren devletler arasında bu akdi ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da çoğu zaman tahkim yoluyla çözülebilmektedir.

Örneğin 14/01/2004 tarih ve 5086 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Nükleer Enerjinin Barışçıl Kullanımına İlişkin İşbirliği Anlaşması ve Eki Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”’un, “Anlaşmazlıkların Çözümü” başlıklı 13. Maddesinde şu hüküm bulunmaktadır:

“Bu anlaşmanın uygulanmasından ve yorumlanmasından kaynaklanan herhangi bir anlaşmazlık, görüşme arabuluculuk uzlaştırma veya diğer benzer usullerle veya tarafların anlaşması halinde, bu madde hükümleri gereğince atanan üç hakemden oluşan bir tahkim kuruluna götürülerek çözülecektir. Her bir taraf bir hakem tayin edecek ve böylece seçilmiş iki hakem, başkanlık görevi yapmak üzere Türkiye cumhuriyeti veya Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmayan bir üçüncü hakem belirleyeceklerdir. Eğer tahkim için istekte bulunulmasını takip eden 30 gün içinde taraflardan biri hakem belirlememişse, Türkiye Cumhuriyeti veya Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmaması şartıyla, aynı usul üçüncü hakemin atanması için de uygulanacaktır. Tüm kararlar iki hakemin lehte oyu ile alınacaktır. Tahkim usulü tahkim kurulu tarafından belirlenecektir. Kurulun kararı taraflar üzerinde bağlayıcı olacaktır.”

²⁸⁷ *Infra.*

²⁸⁸ TBB’nin 20.01.2000 tarihli açıklaması, nakleden TURAN, Ç.; Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu, 2000, İzmir Barosu Dergisi / 5-8 Nisan 2000-s. 265.

²⁸⁹ “1982 Anayasasının 9. maddesine göre, “Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”. Buna göre, Türkiye’de yargı yetkisi devletin inhisarı altındadır. Bu nedenle, bu yetkinin uyuşmazlığın taraflarınca, devletten başka bir makam, kişiye veya heyete tanınması, yeni “tahkim”, devlet yargısına karşı istisnai bir nitelik taşır ve bu özelliği nedeniyle, hususi bir yargı yolu oluşturur.” Bkz. KALPSÜZ, T.; Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara, 1989, s. 1.

Bu itibarla idari rejimin temel prensipleri ışığında idare hukukunda tahkimin reddi prensibi geniş çaplı kabul görmekle beraber, tahkim yargılamasının kamu hukukunda geçerli olmayacağı önermesi özellikle uluslararası hukuktaki gelişmeler bakımından söylenemeyecektir.²⁹⁰ Karşılaştırmalı bir inceleme için Amerikan Hukukuna bakıldığında; Amerikan Mahkemelerinin tahkim anlaşmasına çok sıcak baktığı ve geniş ölçüde uygulama sahasını genişlettiği rahatlıkla söylenebilir.²⁹¹ Bu hususta Supreme Court şu ifadeleri kullanmaktadır. “*Uluslararası hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların öngörülebilir biçimde çözümlenmesi, uluslararası alandaki menfaatler, yabancı ve uluslar üstü mahkemelerin yetkileri gibi konularda tahkim yöntemini uygulamak gerekmektedir.*”²⁹² Ancak gerek yerel mahkemeler gerekse Supreme Court bazında Amerikan hukukunda kıymetli evrak, anti-tröst ve iş hukuku alanlarında tahkime karşı bir hassasiyet gözlenmektedir.²⁹³

b) Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri Bir Alan Olması Bakımından

Geleneksel şekliyle tahkim, genelde “özel” ve “gönüllü” bir müessese olup, taraflar arasındaki anlaşma ile oluşturulmuş olan hakem kurulunun kararıyla taraflar arasındaki ihtilaflar çözümlendiğinden sonuçta tarafların anlaşmasıyla bağımlı olmaktadır.²⁹⁴ Tarafların böyle bir tahkim anlaşması yaparak aralarındaki ihtilafları gidermeleri ise onların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alanı gerektirmektedir. Nitekim DERAİNS bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “*(...) hakem taraflara bağlıdır. Özellikle uluslararası konularda hakem devlet adına yargılama yapmaz ve söz konusu hukuk sisteminin koruyucusu (gardiyanı) değildir. Kendisine taraflarca verilen görevi ifa eder. Tahkim kurallarının ihlal edilmesi hakemleri yalnızca kendisine verilen görevlere aykırı davranmış olması kaydıyla taraflara karşı sorumludur.(...)*”²⁹⁵ Esasında **arbitrability** (tahkime elverişlilik) meselesi idari rejimi benimsemiş olan ülkeler haricinde de, bir kamu düzeni meselesi olarak görülmüş²⁹⁶ ve kısıtlamalara tabi tutul-

²⁹⁰ BİRSEL, M.; İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları, Prof. Dr. Ali BOZER Armağanı, 1998, s. 526, ŞANLI, Ş

²⁹¹ BALL, M.; Arbitrability Under United States Law, Competition and Arbitration Law, International Chamber of Commerce, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, 1993, s. 183

²⁹² *Ibid*, s. 187.

²⁹³ Bu görüşü desteklemeyen mahkeme kararları da bulunmaktadır. Örneğin “*Çalışmada Yaş Ayrımcılığı Yasası Kanununa*” göre işçi-işveren ilişkisinden doğan uyuşmazlığın doğası gereği tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiği şeklinde mahkeme kararları da vardır. Nicholsan Vs. CPC International Inc., 877, F 2 d 221, 223, 83rd Cir. 1989) aktaran BALL, M.; age., s. 189.

²⁹⁴ PALMER, M./ROBERTS, S.; *Dispute Processes-ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Butterworths, Pub, London, 1998, s. 212.

²⁹⁵ DERAİNS, Y.; International Chamber of Commerce, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, 1993, s. 263.

²⁹⁶ İhtilafı çözüme kavuştururken hakem kararının infaz edileceği ülkenin kamu düzeninin daha önemli olduğu da iddia edilmektedir. BERNINI, G.; Competition and Arbitration Law, ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1993, s. 208.

muştur. Ancak bu ülkelerde bu süreç, idari yargı dışında “kamu kurum ve kuruluşlarının” tahkim yargılamasında taraf olup olamayacakları etrafında toplanmıştır. Kamu kurumlarının tahkime taraf oldukları düşünülse bile kamu kurumları milli tahkim mekanizmasını tercih etmekte, bu da mümkün olmazsa ad-hoc (*olaya özgü*) tahkim yolunu seçmektedirler.²⁹⁷

Yargılama usulü olarak tahkim ile devlet mahkemeleri arasındaki temel fark, tahkimde tarafların daha aktif katılımının sağlanmasıdır. Devlet mahkemelerinde taraflar görev ve yetki çevresi daha önceden belli bir mahkeme önüne uyuşmazlığı götürürken, tahkimde ise devlet mahkemelerinde bulunmayan bir esneklik sağlanmaktadır.²⁹⁸

Gerek ulusal gerekse uluslararası alanda düzenleyici metinlere bakıldığında tahkimin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ilişkilerde uygulanmasının mümkün olduğu görülmektedir.²⁹⁹ Örneğin Alman hukukunda tahkim genel olarak mali konulardaki hukuki ilişkilerde uygulama alanı bulmakta buna karşın “*kamu hukuku*”nın etkisini gösterdiği ve kamu düzeni kavramlarının yoğun olarak hissedildiği alanlarda (ceza hukuku,³⁰⁰ evlilik hukuku, iflas) tahkimin uygulanması mümkün görülmemektedir.³⁰¹ İngiltere’de de 1950 tarihli *Arbitration Act*’in 32. Bölümünde ifade edildiği üzere ticari bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi olanaklıdır.³⁰²

İtalyan Usul Kanununun 429.maddesi uyarınca iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku gibi kamu hukuku rejiminin uygulandığı alanlarda tahkimin uygulanması mümkün değildir. Aynı şekilde Usul Kanununun 459. Maddesi anlamında aile hukuku, şirketlerin kuruluş ve tabiiyetleri gibi konularda da tahkime başvurmak olanaklı değildir.³⁰³

Fransa’da tahkim yolu ile çözümlenmeye elverişli hukuki ilişkiler bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Fransa’da kamu hukuku alanına dâhil olmayan ve kamu düzenini etkilemeyen

²⁹⁷ BÖCKSTIEGEL, K.H.; *Arbitration and State Enterprises*, ICC Publications, Paris, 1984, s. 21 Arjantin, Avusturya, Brezilya, Finlandiya, Fransa, Büyük Britanya, Hindistan, İrlanda, Meksika, Fas, Nijerya, İsveç, ABD’de kamu kurumları ad-hoc tahkimi tercih etmektedirler.

²⁹⁸ WALLACE, M.; *International Law*, Third Edition, 1997, London, s. 282.

²⁹⁹ *Taraflar arasındaki uyuşmazlık 19.12.1998 tarihli kat karşılığı eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu sözleşmede uyuşmazlıkların Hakem yoluyla çözümleneceğine dair bir şart getirilmiş ise de Hakem’e açılan karşı dava, tapu iptal ve tescil istemini içerdiğinden kamu düzenini doğrudan ilgilendirmektedir. Oysa Hakemlerin münhasıran tarafların arzularına tabi olmayan bir konuda karar verme yetkileri bulunmadığından mahkemede görülmek üzere reddi gereken davanın esasına hükmedilmesi doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur.* Y. 15. HD., E. 2003/3780, K. 2003/4370, T. 29.9.2003, (yayınlanmamış).

³⁰⁰ Tahkimin idare hukuku ve ceza hukuku alanında uygulanmayacağı yönünde bkz. ZABUNOĞLU, Y.; *Bir İdari Sözleşme Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000, C.I, s. 491.

³⁰¹ SCHOTTELIUS, D.J.; *Arbitration in Germany*, International Commercial Arbitration by Pieter SANDERS, Paris, 1987, s. 39.

³⁰² MACASSEY, L.; *International Commercial Arbitration* by Pieter SANDERS, Paris, 1987, s. 55.

³⁰³ BRASCHI, M./ANSBACHER, B./ CARATTI, E./ JARACH, G./ NOBILI, R.; *International Commercial Arbitration*, Paris, 1987, s. 329.

alanlarda tahkim mümkündür. Bununla beraber medeni hukuk ve ticaret hukuku alanına dahil olmakla beraber aile hukuku, iflas, markaların korunması ve üçüncü kişilerin hak ve borçlarını etkileyen alanlarda da tahkim yargılamasının uygulanamayacağı vurgulanmıştır.³⁰⁴

Bununla beraber Fransa'da yargı içtihatlarında kamu tüzel kişilerinin uluslararası ticari ilişkiler alanında yaptıkları sözleşmelerle ilgili olarak “uluslararası tahkim”e başvurabilecekleri her zaman kabul edilmiştir. Örneğin Paris istinaf mahkemesi 10 Nisan 1957 tarihli *Société Mayrton Steamship* davasında tahkim yasağının ülke içindeki idari sözleşmelerle³⁰⁵ sınırlı olduğuna, uluslararası unsur taşıyan idari sözleşmeler bakımından geçerli olmadığına karar vermiştir.³⁰⁶

İsviçre'de 18 Aralık 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun “Milletlerarası Tahkim” başlıklı 12. bölümünde bir tahkim anlaşmasına taraf olan devlet ya da devlet kuruluşunun söz konusu uyuşmazlığın tahkimde görülüp görülememesi bakımından tahkim sözleşmesine taraf olup olmayacağının kendi iç hukuk düzenlemelerindeki hükümlerden hareketle tespit edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu uluslararası alanda iyiniyet kurallarının bir yansıması olmakla beraber, milli ve milletlerarası kamu düzeni bakımından da emredici kuralların saklı olduğu ileri sürülmektedir.³⁰⁷ Gerçi buradaki düzenlemede uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasından ziyade tahkime taraf olanların ehliyeti üzerinde durulmuştur. Bu durum devleti o tahkim anlaşması ile bağlı kılan yetkili merciler için de geçerlidir. Bununla beraber 177(2). Madde, devlet veya devlet kuruluşu ile tahkim sözleşmesi yapan karşı akidin imza aşamasında karşı tarafın ehliyetli olup olmadığı noktasındaki inceleme külfetini yerine getirmemesine herhangi bir yaptırım bağlamaması bakımından eleştirilmiştir.³⁰⁸

İsviçre'de özellikle milletlerarası alanda iyiniyet, hukukun ihlali (*abus de droit*) gibi ilkelele tahkim mahkemeleri devletlerin ya da devlet kuruluşlarının taraf oldukları yargılamada

³⁰⁴ ROBERT, J.; Arbitration in France, International Commercial Arbitration by Pieter SANDERS, Paris, 1987, s. 24.

³⁰⁵ Fransa'da tahkim yasağına kanunlarla istisnalar getirilmiştir. Örneğin 30 Aralık 1982 tarihli kanun m. 26 ile Fransız Devlet Demir Yolları Şirketine (SNCF), Temmuz 1990 tarihli kanun m. 278 Posta ve FranceTelecom şirketlerine, Sigortacılık Kanunu m. L.431-2, Caisse centrale de réassurance'a, 15 Şubat 1982 tarihli kanun m. 19, sınai ve ticari kamu kurumlarına, 3 Ağustos 1995 tarihli kanun m. 24 kültürel malların geri dönüşü için devlete, 17 Nisan 1906 tarihli kanun bayındırlık ve levazım sözleşmelerindeki masrafların tasfiyesi için devlet ve mahalli idarelere, 19 Ağustos 1986 tarihli kanun m. 9, milli menfaat operasyonlarının gerçekleştirilmesi için yabancı şirketlerle yapılacak sözleşmeler için devlete ve mahalli idarelere, Fransız Medeni Kanununun 2060.maddesini değiştiren 9 temmuz 1975 tarihli kanun m. 7, kararname ile belirlenecek sınai ve ticari kamu kurumları kategorilerine, GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Bursa, 2003, C.II, s.207'den naklen

³⁰⁶ LAIDE, Y., Arbitration in the Concession Contracts at Public Services, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, C.I, 2000, s. 476.

³⁰⁷ BUCHER, A. / TSCHANZ, P.Y.; International Arbitration in Switzerland, Helbig&Lichtenhahn, 1989, s. 45.

³⁰⁸ *Infra*

bu kurum ya da kuruluşlar tarafından ileri sürülen def'ileri reddetmektedirler. Tahkim heyeti-
nin uyuşmazlığın esasına, tahkim sözleşmesine taraf devlet ya da kamu kurumunun tabi oldu-
ğu devletin maddi hukuk kurallarını uygulayacak olması halinde bile bu def'iler reddedilebil-
mektedir.³⁰⁹ Bu husus özellikle devlet kuruluşları söz konusu olduğunda daha yaygın görül-
mektedir. Devlet kuruluşları tahkime gittiğinde, yerel hukukun söz konusu uyuşmazlığın tah-
kime tabi olmasını yasakladığından bahisle tahkim itirazında bulunamayacaklardır. Uluslara-
rası alanda iyiniyet ilkesine dayanan bu kural tahkime ilişkin 1961 tarihli Avrupa Anlaşması-
nın II(1) maddesinde de aynen yer almaktadır.

Uygulamada devlet ya da kamu kuruluşları daha sonra yürürlüğe giren kanunların menfi
etkisinden bahisle tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak İsviçre
Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 178(3) maddesinde tahkim sözleşmesi ile esas sözleş-
menin bağımsız niteliğinden hareketle bu iddialar da reddedilmektedir.³¹⁰ Bu durum tahkim
mahkemesinin kendi yargılama yetkisine ilişkin olarak hüküm verme yetkisinin olduğu du-
rumlarda geçerlilik kazanabilecektir. Bu ilke de yine İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanu-
nunun 186 (1) maddesinde kabul edilmiştir.

Tahkime elverişli olan ve olmayan konuların aynı anda tahkime götürülmesi halinde, tah-
kim yolu ile çözülebilecek olanların ayrılabilir olması mümkün ise ayrılması, aksi halde tah-
kim anlaşmasının geçersiz sayılıp devlet mahkemelerinin yetkisi olması kabul edilmektedir.³¹¹

Türk hukuku açısından bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olup
olmaması HUMK. 518 maddesinde hükme bağlanmış olup; buna göre “*yalnız iki tarafın ar-
zularına tabi olmayan hususlarda tahkim uygulanmamaktadır*”. Bunu tamamlayıcı nitelikte
bir hüküm MÖHUK 45/c maddesinde bulunmaktadır. “*Yabancı hakem kararına konu uyuş-
mazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün değilse, bu taktirde
tenfiz istemi reddedilecektir.*” İncelememizin esas konusunu teşkil etmesi bakımından şu hu-
susu belirtmekte yarar vardır. 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile kamu hizmeti
imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya yabancılık unsuru bulunması du-
rumunda milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesine imkân tanınmakla beraber, tahkim
yolunun kapsamı tespit edilmemiştir. GÜNDAY çok yerinde bir tespitle tahkim yönteminin
bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıklarda uygula-
ma alanı bulabileceğine işaret etmiştir.³¹² İdarece sözleşmede tek yanlı değişiklik yapılması

³⁰⁹ *Infra.*

³¹⁰ SCHWEBEL, M.; International Commercial Arbitration by Pieter SANDERS, Paris, 1987, 1-60.

³¹¹ SAMMARTANO, M.; International Arbitration – Law and Practice, 2nd Edition, Kluwer Law Interna-
tional, 2001, s. 183.

³¹² GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 315.

gibi durumlarda hakem heyetinin idare hukukunun ilke ve kurallarına başvurması gerekeceğinden ve hakem heyetinin bu alandaki yetkisi ve yetkinliği de belirsiz olduğundan, hakemlerin tasarrufta bulunamayacakları bir konuda karar vermeleri; örneğin bir idari işlemin iptaline hükmetmeleri *ultra petita* (yetki aşımı) sonucunu doğurabilecektir. Diğer yandan “*hakem heyetinin uzmanlığı ve yetkinliği*”, tahkim yargılamasına tarafları yöneltten önemli bir sebeptir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakem heyeti üyelerinin büyük ölçüde idare hukuku nosyonuna ve bilgisine sahip olması gerekmektedir. Hakem heyetinin taraflar arasındaki ihtilafı çözme bakımından yetkinliğinin tartışma konusu olması tahkim ruhu ile bağdaşmayacaktır.

c) Tahkimin Rastlantısal Sonuçlar Doğurması Bakımından

Anayasanın 142. maddesinde mahkemelerin yetkilerinin görev konusunda olduğu gibi kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Yetkinin kanunla belirlenmesi bir Anayasa ilkesi olan “*tabii hakim*” ilkesinin bir sonucudur. Görevli ve yetkili mahkemenin daha önceden bilinmesi ilgilinin yasada gösterilen bir mahkeme önünde davasının görülmesini ifade etmektedir. Anayasa değişikliğinden önce tahkimin kamu hizmet imtiyaz sözleşmelerinde mümkün olmadığı yönündeki tartışmaların yoğunluk kazandığı noktalardan bir tanesi de tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurması olmuştur. Bununla beraber tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurması önermesinin, taraflar arasındaki ihtilafı çözüme kavuşturacak olan hakem veya hakem kurulunun keyfi uygulamalarının yol açtığı durumlar ile sınırlanamamak; bu olguyu tahkim yargılamasının genel nitelikleriyle açıklamak gerekmektedir.

LAFERRIERE, devletin tahkim gibi rastlantısal ya da keyfi sonuçlara yol açabilecek bir sistem içinde yargılanamayacağı görüşünü ileri sürmüştür.³¹³

Burada karşımıza çıkan önemli sorunlardan bir tanesi de “*Devletin bizzat niteliği veya hiyerarşik yetkileri arasında, özel kişi ile eşit olarak düşünülebilir mi?*”³¹⁴ sorunsalıdır.

Türk hukukunda kamu tüzel kişilerinin taraf oldukları uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gitmelerini yasaklayan açık bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bununla beraber Anayasa 123/III uyarınca kamu tüzelkişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur. Dolayısıyla bunların kuruluş kanunlarında tahkimi yasaklayan ya da tahkime olanak sağlayan hükümler bulunabilir. Ayrıca, 1938 yılında çıkarılan 3533 sayılı

³¹³ **LAFERRIERE** E., *Traité de la Juridiction Administrative et des recours Contentieux*, Paris, 1888, c.2, nakleden **JARROSSON C.**, s. 17.

³¹⁴ **LALIVE**, P.; *Raison d’Etat et Arbitrage International*, Paris, 1986, s. 471.

“Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediyeye veya Hususi İdarelere ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun” uyarınca, söz konusu kurumlar arasındaki anlaşmazlıkların adliye mahkemelerinin görevi içinde bulunanların tahkim yolu ile çözülmesi öngörülmüştür. Ancak bu durum idari yargıda tahkimin reddi prensibini açıklığa kavuşturacak bir durum değildir. Burada ifade edilen “Mecburi Tahkim Müessesesi”dir. İdari yargıda prensip olarak kabul edilmeyen durum “ihtiyari tahkim”dir. Bu itibarla hakem yargılamasının yasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle keyfi ya da rastlantısal olduğunu öne sürmek mümkün değildir.

Bu bakımdan tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurması savının idare hukukunun genel ilke ve kurallarıyla hukukun genel ilkeleri bakımından incelenmesi gerekmektedir. Tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurduğu şeklindeki sav özellikle kendisini *idari yargılama tekniği* bakımından hissettirir. Adli mahkemeler dahi idari uyuşmazlıkların teknik olması ve kamusal hizmetlerin artması nedeniyle idarenin teknik inceliklerine inemezler. Hakemlerin idari bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta özel hukuk hükümlerine göre hareket etmesi doğrudan doğruya kamu hizmetini ilgilendirmeyen, kamu hukukunun bağlayıcı kural ve esaslarından kurtulması demektir. Ancak kamu hizmet ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde kamu hukukundan doğan kurallara aykırı davranılmaması gerekir.³¹⁵ Günümüzde hakem yargılaması her ne kadar bir yargılama faaliyeti olarak nitelendirilse³¹⁶ ve devlet yargısı ile aynı sonuca yönelik olduğu düşünülse de bu durum özellikle kanuni idare ve düzenli idare ilkeleriyle örtüşmemektedir. Örneğin hakem yargılamasında hakemlerin usul kanunlarında açık hüküm olmayan hallerde takdir haklarını kullanarak boşluk doldurma yetkileri vardır. Bu durumun kanuni idare ve düzenli idare³¹⁷ ilkeleriyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu hususun hakem yargılamasının usul kanunları ve diğer düzenleyici metinlerle sistematize edildiği ve her halükarda kamu düzeni³¹⁸ kavramının bir filtre görevi ifa ettiği ileri

³¹⁵ DURAN, L.; Yap-İşlet-Devret, SBFD, cilt:XLVI, no.1-2., s.152.

³¹⁶ Hakemlerin yargı görevi ifa etseler de mahkeme olarak görülemeyeceğine dair bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1963/46, K.1965/43, T. 12.1.1965 kararı.

³¹⁷ Bu ilkelerin ayrıntıları için bkz. BALTA, T.; İdare Hukuku Ders Notları, Teksir, 1970, s. 110.

³¹⁸ Avrupa Birliği müktesebatına bakıldığında özellikle tahkimde kamu düzeni kavramının yerel kamun düzeninden ziyade milletlerarası kamu düzeni anlamında kullanıldığına tanık olmaktadır. Avrupa Birliğinin kurucu anlaşması 293. Maddesi haricinde tahkime ilişkin hükümleri ihtiva etmemektedir. Bu maddede özellikle hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. Buna ilişkin olarak 27 Eylül 1968 tarihli Brüksel konvansiyonunun 1(2) maddesi de Roma Anlaşmasının 293. Maddesine atıf yapmaktadır. Bu anlamda genel olarak bakıldığında üye devletlerin hukuk sistemlerinin temel ilkelerine aykırı olan durumlar kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. LIEBSCHER, C.; *European Public Policy, A Black Box*, Journal of International Arbitration, 17(3), 73-88, 2000, s. 74.

sürülse dahi bu durum tahkimin idare hukukunun temel ilkeleriyle çoğu kez örtüşemeyebileceği gerçeğini değiştirmemektedir.³¹⁹

Anayasa m. 125/4 uyarınca “yargı yetkisi idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” şeklindeki düzenlemenin tahkim yargılamasına yansması farklı biçimlerde olabilecektir. Hakemler, uyuşmazlığın esasının tabi olduğu hukuka göre karar vermektedirler. Emredici hukuk kurallarına, usule, kamu düzenine uygun olan hakem kararları yürütme yetkisini ortadan kaldırarak nitelikte olsa bile geçerli olacak mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek güç görünmektedir.

İleride ayrıntılı şekilde incelenecek olmakla beraber, konuyla ilgisi olması açısından şu noktayı belirtme ihtiyacı duyduk. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesindeki düzenleme ışığında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yabancılik unsur ihtiva etmesi durumunda, tahkim yargılaması bu kanun tarafından yönetilecektir. Ancak bu kanunun 15. Maddesinde tarafların hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebileceği ifade edilmektedir. Bu yolla devlet mahkemelerinin hakem yargılamasına müdahalesinin önlenmesi, hukuki güvenliği ve belirliliği sarsacak niteliktedir.

Teknik olarak bakıldığında ve imtiyaz sözleşmelerinin niteliği dikkate alındığında imtiyaz sözleşmelerinin sözleşme öncesi şartnamelere dayandığı bilinmektedir. Bu şartnamelerde uyuşmazlıkların idari yargıya tabi olduğu belirtildikten sonra, sözleşme aşamasında gelindiğinde ise taraflar sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini öngörürlerse fiktif olarak ilginç durumlarla karşılaşılabilir. Buna ilişkin bir Danıştay kararına rastlamak olanaklı olmadığı için konuya HUMK 516-536. Maddeleri arasında düzenlenen iç tahkim hükümleri uyarınca Yargıtay kararlarından yola çıkarak bir belirleme yapma ihtiyacı duyduk. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 4.11.1986 tarih ve E. 1986/19 K. 1986/3650 sayılı kararında, taraflar arasında yapılan sözleşmede ihtilafların halline ait maddelerde, bir yandan tahkime gidileceği yazılmış iken aynı sözleşmenin başka bir maddesinde ihtilaf halinde mah-

³¹⁹ Tahkim Yargılamasında özellikle Milletlerarası Organize Tahkimde İşleyen Usul İdari Yargının İşleyişinden tamamen farklıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Dilekçelerin verileceği yerler başlıklı 4. maddesinde; "Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına, idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hâkimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk Konsolosluklarına verilebilir," denilmiş; aynı kanunun 6/1. maddesinde de; "Danıştay, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi Başkanlıklarına veya 4. maddede yazılı yerlere verilen dilekçelerin harç ve posta ücretleri alındıktan sonra deftere derhal kayıtları yapılarak kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır. Dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılır." hükmü yer almış olup, sözü edilen maddelerde taahhütlü de olsa posta yolu ile dava açma usulü öngörülmüştür. Oysaki Örneğin MTO Tahkim Kurallarının 4. maddesi uyarınca posta yolu ile tahkim davası açılabilmektedir.

kemeye başvurulacağıının yazılmış olması halinde mevcut olan çelişki nedeniyle taraf iradeleri kesinlik kazanmadığı için “*Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarına göre kesin ve belirli olmayan hakem şartı geçersiz olup, uyuşmazlıklar mahkeme yoluyla halledilir.*” denilmiştir. Aynı daire, 23/10/1986 tarih ve E.1985 tarih ve E.1985/4446; K. 1986/3473 sayılı başka bir bozma kararında aynı şekilde hüküm tesis etmiştir.³²⁰

Burada değinilmesi gereken bir hususta hakem yargılamasında hakemlerin hukuki sorumlulukları ile ilgilidir Hakemlerin görevlerini ifa ederken taraflar arasındaki sözleşmeye ve hukuka aykırı verilen kararlara karşı yapılan müracaatın ilke olarak hakemlere karşı değil hakem kararların karşı olduğu belirtilmektedir.³²¹ Bu anlamda hakimlerin sorumluluklarına ilişkin HUMK. 573. maddesinin kıyas yolu ile hakemlere de uygulanacağı ileri sürülse de tahkim mekanizmasının en önemli ayağı olan hakemleri keyfi davranmaya sevk etme hususunda yeterli bir çözüm yolu değildir.

Tahkim yargılamasının taşıdığı ve idare hukuku teorisi açısından kabul edilemeyecek risklere bir örnek daha vermek gerekirse; UNCITRAL Model Kanununun 32.2 (c) maddesinde şu düzenleme bulunmaktadır:

“*Tahkim mahkemesi, davanın devam etmesini herhangi bir diğer nedenlerden dolayı gereksiz veya imkansız bulursa yargılamanın sona erdirilmesi için bir emir tesis edecektir.*”³²²

Bazı yazarlar bu ilkenin tahkimin niteliğinden ziyade, *hukuk devleti ilkesi ve hukuki belirlilik* ilkesine uygun olarak yorumlanma ihtiyacı içinde olduğunu ileri sürmektedirler.³²³ Özellikle bu madde dikkate alındığında, hakemlerin yargılamanın gereksiz olduğuna inanmaları halinde yargılama sürecine devam etme konusunda hakem mahkemesine bir takdir hakkı vermemektedir. Hakem mahkemesinin tahkim davasına taraf olanların iradesine müdahale etmeye yönelik bir girişimleri özel hukuktaki esneklik ve tahkimdeki “*özel yarar*” prensibi ile açıklanabilir. İdare hukuku anlamında böyle bir düzenlemenin idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara eklenmesi kanaatimizce kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir. Tahkim davasının taraflarının bile tahkime devam edilmesi konusunda ortak rızaları olmasına karşın hakem heyetinin çoğunlukla dahi verebileceği karar sonucu tahkimin gereksiz olduğuna kanaat getirmesi tahkim mekanizmasının zaman zaman rastlantısal sonuçlar doğurabileceği önermesini doğrulamaktadır.

³²⁰ YKD., cilt:13, sayı:4, s. 590, Y.15. HD, 4.11.1986 T. ve E. 1986/19; K. 1986/3650 sayılı kararı.

³²¹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, International Arbitration in Switzerland, Netherlands, 2004, s. 35.

³²² Maddenin İngilizcesi şu şekildedir: “*The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when (...) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason (than that the claim is withdrawn or that the arbitrators agree to terminate the proceedings) become unnecessary or impossible*”.

³²³ SCHÖLDSTRÖM, P.; age., s.271.

d) Kamu Hukuku İdare Hukuku Birlikteliği

Esasında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden yola çıktığımızda kamu hukuku en tipik olarak kamusal rejim ile idare hukukunda kendisini hissettirir. Kamusal rejim, idarenin farklı bir hukuk ve yargı düzene tabi olması dahil, çeşitli kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri bütünüdür.³²⁴ İdarenin tek yanlı işlemlerle bireylerin hak ve yetkileri üzerinde değişiklik yaratıcı işlem yapabilme (*icrai işlem*) ve yasalarla belirlenmiş gerekli durumlarda tek yanlı işlemini araya mahkeme kararı girmesine gerek olmaksızın fiilen hayat geçirme (*resen icra*) yetkileri, idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarının en tipik örneğidir.³²⁵ Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde “imtiyaz yöntemini tanım-larken” Danıştay, kamu gücü ayrıcalıklarının kamu hizmetinin yapısında bulunduğunu ve bunların özel kişi tarafından kullanılmasının “*imtiyazın*” özelliği olduğunu belirtmektedir.³²⁶ Yargı kararlarında sıkça rastlanan kamu kanunu ölçütü de kamusal yetki ve usullerin kullanılmasının bir başka anlamı olmaktadır.³²⁷ Bu ilkelerin temelinde kamu yararı düşüncesi yatmaktadır. Kamu yararını sağlamak maksadıyla İdari Yargıya özgü çözümler de geliştirilmiştir. Örneğin yürütmenin durdurulması yöntemi özel hukuktaki ihtiyati tedbirden ayrıdır. Yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemlere ve idari yargı kararlarına karşı verilmekle beraber, Danıştay bir kararında imtiyaz sözleşmesinin süresinin bitip bitmediği konusunda yönetim tarafından açılan tam yargı davasında, davalı imtiyaz sahibi ortaklığa karşı yürütmenin durdurulması kararı almıştır.³²⁸ Yürütmenin durdurulması yöntemi bireyi çeşitli yönleri ile idari işlemlere karşı koruyan bir yöntemdir.³²⁹

Anayasanın kabul ettiği bağımsız idari yargı sisteminin görev alanına giren idari davaların konusunu idari tasarruflar oluşturmaktadır. Anayasanın 114. maddesinin birinci fıkrasında kanunla başka bir idari yargı merciine bırakılmadığı sürece idari yargı alanındaki idari davaların ilk derece ve üst derecede Danıştay tarafından görülmesi ve çözümlenmesi amaçlanmıştır. Anayasanın 114. maddesi ile açık tutulan yargı yolunun kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir.³³⁰

³²⁴ KARAHANOĞULLARI, O.; age., s. 161.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Örneğin Yap-İşlet-Devret Projelerinde, işletme hakkı devredilen tesisler ve görevleri ile ilgili tesise yaptıkları yatırımlar, görevli şirketler tarafından üçüncü şahıslara teminat olarak gösterilemez ve bunların üzerine ipotek koydurulamaz. GÜNEŞ, C.; Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, İşletme Hakkı Devirleri ve Vergi Uygulamaları, Ankara, 1999, s. 272.

³²⁷ GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 1999, C. II, s. 154.

³²⁸ D. 12. D. 13.6.1979 T, E. 1979/205 sayılı karar, Aktaran GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 1999, C. II, s. 965.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ AYANOĞLU, T.; age., s. 25.

Anayasa Mahkemesinin E. 1976/1, K.197/728, T.25/5/1976, RG. 16/8/1976-15679 sayılı kararında bu husus aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır.

“(...)Bir kamu kurumunun veya idare örgütü içinde yer alan bir idari makamın idare hukuku alanında gördüğü faaliyetle ilgili olmayan, özel hukuk alanında sonuç doğuran karar, işlem ve eylemleri de olabilir. Kamu kuruluşlarının idare hukuku ilkelerine göre idari eylem veya işlem sayılmayan ve medeni veya ticari nitelikteki tasarrufları, haksız eylemleri ve mallarının idaresi, özel hukuk çerçevesi içinde yapılan ekonomik ve ticari nitelikteki faaliyetleri, medeni ve ticari nitelikteki sözleşmeleri bunlara örnek gösterilebilir. Anayasanın 114. maddesi idarenin eylem ve işlemi, hangi alanda olursa olsun, daha açık bir deyimle ister kamu hukuku, isterse özel hukuk alanına girsin bunlara mutlaka yargı yolunun açık olacağı kesin olarak kurala bağlanmıştır. Anayasanın bu kuralla açık tuttuğu “yargı yolunun” kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir.(...)”

18 Haziran 1992 tarih ve 92/50 sayılı Avrupa Birliği Direktifinin kamu hizmeti sözleşmelerini tanımlayan 1(a) maddesinin (vi) alt-bendi uyarınca tahkim ve uzlaşma sözleşmeleri de kamu hizmeti sözleşmeleri arasında sayılmıştır. Aynı maddenin (b) bendinde ise sözleşmeye taraf olabilecek kamu kurumları, devlet, yerel veya bölgesel kamu kurumları ya da kamu hukukuna tabi olan diğer otoriteler, yönetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasının devlet, yerel veya bölgesel kamu kurumları tarafından atanan kurumlar gösterilmiştir.

Bir devlet veya o devletin kamu kurumlarından birinin tahkim şartını kabul etmesi durumunda kendi iç hukuk mevzuatının buna izin vermediğinden bahisle geri dönmesi olanaklı değildir.³³¹ Devletlerin kamu kurumlarının imzaladıkları sözleşmelerdeki hassasiyeti de aşıkardır. Ulusal hukukun emredici kuralları ile kamu hukuku kurallarının birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Özel hukuk ile idare hukuku arasında mahiyet farkı vardır. Bu itibarla özel hukuk sahasındaki bir ilişki ile idare hukuka ait bir ilişki arasındaki her benzerlik özel hukuk hükmünü kıyas yoluyla uygulamak için yeterli değildir. Fakat özel hukuk sahasındaki bir hüküm idare hukukuna da uyan genel hukuk ilkelerinden ise, kıyas yoluyla idare hukuku alanında uygulanması mümkündür.³³²

Bu bağlamda tahkim yargılamasının medeni yargıya giren uyuşmazlıklar için geçerli olduğu ancak ceza yargısı ile idari yargıda uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Tahkimin idare hukukunda kamu hukuku birlikteliği çizgisinde red edilmesinin gerisinde esasında kamu dü-

³³¹ BÖCKSTIEGEL, K.H.; Arbitration and State Enterprises, ICC Publications, Paris, 1984, s. 25.

³³² BALTA T, B., age., s. 188.

zeninin korunması ve devletin yargı tekelini elinde bulundurması yatmaktadır.³³³ Nitekim DURAN'da kamusal etkinliklerin hukuki rejimini açıklarken şu ifadelere yer vermiştir:

*“Türkiye’de yürütme ve idarenin kamusal etkinliklerinin hukuki rejimi, kamu hukukudur. Kamu hukukunda özel hukuktan farklı olarak organ, makam ve görevliler işlem ve eylem yaparken, serbest irade ile hareket edemeyip, yasal ve yönetsel düzenlemelerle önceden belirlenmiş bir takım esas ve usullere uygun olarak davranmak zorundadırlar. Bu esasların başında “kanunilik ilkesi” gelir ki, buna göre yürütme ve idare Anayasa ve kanunlarda öngörülme-
yen hiçbir konuda doğrudan doğruya 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. kamu hizmet ve faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde ayrıca kamu hukukundan doğan kurallara aykırı davranılmaması da gerekir”.*³³⁴ Kamu hukuku rejiminin genel anlamda tahkim yargılaması içerisinde çözüldüğünü³³⁵ söylemek pek kolay gözükmemektedir. Çünkü her ne kadar taraf iradeleri ön planda olsa da devlet yasa, yönetmelik gibi düzenleyici işlemleriyle her an tahkimin mevcudiyetine yön verebilir, tahkim yargılaması sonucu verilen kararlar özellikle milletlerarası hakem kararları anlamında tanıma ve tenfiz müesseseleri ile karşılaştıklarında kamu hukuku etkisi hissedilebilir. Bu durum tahkime uygulanacak hukukun idare hukuku olduğu durumlarda dahi geçerlidir. Ancak özellikle 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile gerçekte içeriğine göre hukuki niteliği belirlenen sözleşmenin idari sözleşme olma şartlarını taşısa bile yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesi pozitif hukukumuzda

³³³ Bu durum devletlerin uluslararası alandaki hak ve ehliyetleri dolayısıyla yaptığı eylem ve işlemlerden dolayı diğer devletlerle aralarında çıkan ihtilafların tahkim yolu ile çözümüne engel teşkil etmez. Bu durumda esasında uluslararası kamu hukukunun konusuna girmektedir. Bu alandaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. ERDOĞAN, F.; Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2002.

³³⁴ DURAN, L; (Yap-İşlet-Devret), s. 26.

³³⁵ Bu konuda hukuk sosyolojisi penceresinden bir yön kazanmak amacıyla HABERMAS'ın şu saptamalarını buraya alma ihtiyacı duyduk. “*Ekonomik temel düzenin hukuksal güvenceleri de eğilim itibarıyla gücün etkisizleştiği ve egemenlikten arınmış özel bir alanın bu doğrultusuna işaret ederler. Hukuksal güvenlik, yani devlet işlevlerinin genel normlara bağlı olması burjuva özel hukuk sistemi içinde tedvin edilmiş özgürlüklerle birlikte serbest pazar düzenini korur. Yasayla tanınmış bir yetkiye dayanmayan devlet müdahaleleri, sosyolojik anlamları gereğince, aslen doğal hukuka göre belirlenmiş adalet ilkelerini ihlal ettikleri için değil, basitçe öngörülemeyen olacakları ve dolayısıyla tam da kapitalist işlev gören özel şahısların çıkarına olan rasyonelliğin tarz ve ölçüsünden yoksun olacakları için kötüdürler. Zira aksi takdirde, daha Max WEBER'in sanayi kapitalizminde keşfettiği hesap edilebilirlik, (öngörülebilirlik) güvenceleri ortadan kalkar, kar imkanlarının hesaplanması, öngörülebilir beklentilere uygun şekilde işleyen bir ilişkiyi gerektirir. Yetkiye uygunluk ve hukuksal biçimsellik bu nedenle burjuva hukuk devletinin ölçütleri durumundadır. Rasyonel idare ve bağımsız yargı örgütlenme açısından ön şart niteliğindedir. yürütme ve yargının uymak zorunda oldukları yasanın kendisi, herkes için eşit derecede bağlayıcı olmalıdır. Yasa ilke olarak istisna veya imtiyaz tanıyamaz. Bu açıdan devletin yasalari ve pazarın yasalarıyla uyusurlar. Her ikisi de vatandaş ve özel şahıs karşısında bir istisnaya izin vermezler”.* ...HABERMAS, J.; Kamusalığın Yapısal Dönüşümü, Çev. Tanıl BORA, Mithat SANCAR, İstanbul, 2000, s. 166-167.

idari sözleşmelerin kriterlerini ortadan kaldırdığı³³⁶ ve kamu hukuku rejiminin genel ilkelerine aykırı olduğu noktasında yorumlanmıştır.³³⁷

2. İdarî Yargının Temel Prensiplerine Aykırılığı Bakımından

a) İdarî Yargının Anayasal ve Yasal Dayanakları Karşısında Tahkimin Uygulanamaz Oluşu

Türkiye’de ve Türk idare hukukun kaynağı olan Fransa da³³⁸ idare hukukun kodifiye edilmemiş bir hukuk dalı olması idari yargının yasal ve Anayasal dayanakları noktasındaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. İdari rejimi benimsemiş olan ülkelerde salt hangi tür uyuşmazlıkların ve davaların idari yargıda hangilerinin ise adli yargıda çözümleneceği sorunu salt teknik bir yargılama usulü sorunu olmaktan çok hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi ile yakından ilgili görülmektedir.³³⁹

Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi ve Danıştay uzun süre idarenin kendine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukuka bağlı olduğunu ve bu hukukun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların da kural olarak İdare Mahkemeleri ve Danıştay’da çözüleceğini kabl eden bir idari sistem kurmuştur. Danıştay’ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünü adli yargıya bırakma konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisi yoktur.³⁴⁰ 1982 Anayasası döneminde yasa koyucunun görevli yargı yerini belirleme ve dolayısıyla bir idari davayı adli yargının görev alanı içerisine sokabilme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, ve hatta bu takdir yetkisinin mutlak olduğu ileri sürülmüştür. 1982 Anayasanın “*Kanuni Hâkim Güvence-si*” başlıklı 37. maddesinin de uyuşmazlığı çözecek yargı yerini belirlemek bakımından yasa koyucuyu serbest bıraktığı savunulmuştur.³⁴¹ Ancak Anayasa Mahkemesi 3974 sayılı kanu-

³³⁶ ULUSOY A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 71.

³³⁷ GÜLAN, A.; Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, Editör Ali ULUSOY, s. 147.

³³⁸ DICKSON, B.; *Introduction to French Law*, Great Britain, Pitman Publishing, 1994, s.60, ONAR, S.S.; age., s. 90, GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 27, ÖZAY, İ.; age., s. 297.

³³⁹ GÜNDAY, M.; İdari Yargının Görev Alanının Anayasal ve Yasal Dayanakları, Anayasa Yargısı 14, Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 26-27 Mayıs 1997, Anayasa Mahkemesi Yayın No. 36, Ankara 1997, s. 347.

³⁴⁰ T. 25.5.1976, E. 976/1- K. 976/28, AMKD, sayı: 14, s. 185.

³⁴¹ YAYLA, Y.; İdare Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 1990 s. 31, GÜRAN’a göre ise Anayasanın ayrı bir idari yargı sisteminin varlık sebepleri doğrultusunda idari yargıyı alt mahkemeleriyle birlikte bir bütün olarak öngörmesinden ve idari yargının kendi özelliklerine uygun surette oluşturulması direktifini vermesinden sonra, idari davaların adli yargının kapsamına sokulabileceğini söylemek Anayasanın mantığına aykırı olur. Aktarma yasağının temelinde etkin bir yargısal denetimi sağlamaya yönelik Anayasal dengenin korunması düşüncesi yatmaktadır. GÜRAN, S.; Yargı Denetiminin Kapsamı, s. 38.

nun Ek 5. maddesinde yer alan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler hükmü ile, 3096 sayılı *Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-devret Modeli çerçevesinde yaptırılması hakkında kanunun 5. maddesinde yer alan yüksek planlama kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir* hükmünün *imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte* sözcükle riyle, *bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir* biçimindeki ikinci tümcesini iptal ederken sözü edilen sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri niteliğini taşıdığından hareketle, aynı Anayasa kurallarına ve gerekçelere dayanmıştır.³⁴²

Bu bağlamda özellikle idari yargının görev alanının belirlenmesi sorunu temelde idari yargının adli yargı karşısındaki yerinin belirlenmesi ekseninde cereyan ettiğinden, tahkime ilişkin itirazların haklılığı ortaya çıkabilecektir. Bununla birlikte, idari yargının görev alanını özel hukuk kamu hukuku ayırımına dayandırmak³⁴³; idarenin özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların adli yargıda, kamu hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümüneceğini söylemek, ilke olarak doğru olmakla beraber özel hukuk ve kamu hukuku alanının birbirinden kolaylıkla ayırt edilemeyişi neticesinde pratik önemini kaybetmektedir. Ancak tahkim yargılamasının özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların çözüm mekanizması olduğu noktasında fikir birliği bulunduğu dikkate alındığında³⁴⁴ özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı tahkim mekanizmasının işleyişi bakımından hassas bir noktada durmaktadır.

ULUSOY'a göre Anayasamızda idarenin her türlü faaliyetlerinin yargı denetimine açık olduğu hüküm altına alınmış olmakla birlikte idarenin yargısal denetiminin mutlaka idari yar-

³⁴² GÜNDAY, agm, ayrıca bu kararların geniş değerlendirmesi için bkz, ZABUNOĞLU, Y.; Yap-İşlet-Devret Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 53 vd.

³⁴³ ABD Hukukunda Kara Avrupası hukuklarından farklı olarak, özel hukuk-kamu hukuku ayırımı gözetilmediği, bunun yerine hukuki konu-cezai konu ayırımı bulunduğu yönünde bkz. ATAMAN, İ.; Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi, MHB, Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e Armağan, Yıl.23, sayı. 1-2, 2003, s. 32.

³⁴⁴ SINGER, L.; Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System, Westview Pres, USA, 1990, s. 27; Bu durum tahkimin kamu düzeninin söz konusu olmadığı alanlarda cereyan edileceği şeklinde de yorumlanmaktadır. ROBERT, J.; Arbitration in France, International Commercial Arbitration by Pieter SANDERS, Paris, 1987, s. 243; Yargıtay'ın tahkimin özellikle konu bakımından sınırlayan ve yalnız iki tarafın arzularına tabi olma hususlarda tahkimin cari olabileceği yönündeki kararları için bkz., YT. 15. HD., 13.12.1990, 4306-5480 sayılı kararı, Y. 15. HD., 8.11.1995 T., 5406-6251 sayılı kararı Y. 15. HD., 19.12.1985 T. 1726-4297 Sayılı Kararı, Bkz. ERTEKİN, E./KARTAS, İ.; age., s. 81.

gı organlarınca yapılacağı yönünde herhangi bir ifade bulunmamaktadır.³⁴⁵ Bu durumu idari yargının görev alanının daralması olarak nitelendirmenin aceleci bir düşünce olacağı inancını taşımaktayız.³⁴⁶

Bu açıdan tahkimin genel olarak kabul gören kamu düzeni ve kamu yararı³⁴⁷ kavramlarıyla önüne çekilen set idari rejimi benimseyen ülkelerde idari yargının görev alanının korunması çekincesini de beraberinde getirmektedir.

Bu durum Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kararlarıyla belli bir sisteme oturtulmuştur. Örneğin Danıştay bir kararında *"İdarenin üst konumda olmasına dayanan ve idare hukuku kuralları çerçevesinde yapılan işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının yetkisi ve görevi içinde bulunduğu ortadadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünün adli yargı yerlerince görülmesi, bu konuda açık bir yasa maddesinin bulunmasına bağlıdır"*³⁴⁸ biçiminde ifade edilmiştir.

Bunun altında yatan nedenlerden bir tanesi de tahkimin de bir yargı çeşidi olarak görüldüğü Fransız uygulaması³⁴⁹ dikkate alındığında idari yargının kendi görev alanını sadece adli yargıya karşı değil ancak hakem yargısına karşı da koruma isteği yatmaktadır.

İdari Yargının görev alanı, Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretinin yorumları doğrultusunda idarenin idari nitelikli eylem, işlem ve söyleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların yargısal denetiminin yapıldığı idari davaları çözümlenmek olarak tanımlanmakta³⁵⁰ ve Anayasanın

³⁴⁵ ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 150.

³⁴⁶ Çünkü idari yargının adli yargı karşısında genişlediği durumlarda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 08.10.2002 günlü ve E. 20017225, K. 2002/88 sayılı kararı 826 Şubat 2003 gün ve 25032 sayılı Resmi Gazete ile 506 sayılı Sosyal sigortalar Kanununun 3910 sayılı kanun ile değiştirilen 140. maddesinin 4. fıkrasında yer verilen "kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler hükmünü iptal etmiş ve bu iptal kararının 26 şubat 2004 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin adli yargının görevli olduğuna dair hükmü iptal eden kararına gerekçe olarak "...Anayasanın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve yasada belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir..." görüşüne yer vermiştir. DEMİRKOL, S.; İdari Yargının Görev Alanının Genişlemesi Yolunda Somut Adımlar, Adalet Dergisi, Sayı: 17, Ekim 2003, Yıl. 95, s. 307.

³⁴⁷ İngiltere'de taraflar aralarındaki uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceği konusunda serbestiye serbesttirler. Ancak kamu yararının devreye girdiği konularda tahkim cereyan etmez., bkz. SLAPPER / KELLY, The English Legal System, London, 1999, s. 253.

³⁴⁸ D. 8. Daire, 7.11.1991 T. , E. 991/1400-K. 991/1753, DD. sayı: 84-85, s. 613 vd. Fransız Anayasa Konseyine göre ise idari yargının Anayasal korumaya sahip görev alanı, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak aldığı kararların iptali ve düzeltilmesi ile sınırlıdır. Bir başka deyimle sorumluluk hukuku ve sözleşmelerden kaynaklanan davalar bu korunan görev alanının dışında kalmaktadır. TAN, T.; İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, Ankara, BTHAE, Ankara, 1996, s. 26.

³⁴⁹ ALANGOYA, Y.; Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1970, s. 12.

³⁵⁰ AYANOĞLU, T.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul, 2004, s. 31.

“Yargı Yolu” başlığını taşıyan 125. maddesinin 1. fıkrasına ve kanuni hâkim güvencesi başlığını taşıyan 37. maddesine dayandırılmaktadır.³⁵¹ **İdari yargının görev alanını tespit eden bir Anayasa maddesi olan 125. madde idari yargıyı dışlayan tahkim mekanizmasına yer verir hale getirilmiştir. Bu itibarla bu düzenlemeyle idari yargının ve geniş anlamda idare hukukunun durumunu zedelenmiştir.**

b) Re’sen Araştırma ilkesi Açısından

Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi, maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir, tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler.³⁵²

İdari yargı denetiminin derinliği ilkesi gereği idari yargıca bir takım yetkiler tanınmıştır. Yargıca tanınan yetkiler sadece bu ilkenin sonucu değildir. Yargının bağımsızlığı, yargının birliği, tabii yargıç, yargının açıklığı gibi ilkeler gereği denetimin etkinliğini artırıcı olarak yargıca re’sen araştırma yetkisi tanınmıştır.³⁵³ Bu husus bir Danıştay kararında aşağıdaki şekilde izah edilmiştir:

“...madde hükmü uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasında da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilecekleri gibi tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebilirler...”³⁵⁴ İdare hukukunun merkez kavramlarından biri olan *kamu yararı* re’sen araştırma ilkesinin de gerekçesini, oluşturmaktadır.³⁵⁵ Tahkim yargılamasının mümkün olmadığı ceza yargılamasında da re’sen inceleme ilkesinin uygulandığı düşünüldüğünde kamu yararının belirginliği anlaşılabacaktır.

³⁵¹ GÜNDAĞ, M.; (*İdari Yargının Görev Alanı*), s. 352.

³⁵² D. Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 21.2.1997 gün ve E. 1995/209; K. 1997/124 sayılı kararı, DD, Yıl.1998, sayı: 94, s. 246 vd.

³⁵³ BEREKET, Z.; Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, 1996, s. 194.

³⁵⁴ Bkz. D. 12. Dairenin 13.5.1968 gün E. 1967-1682, K. 1968-1099, DKD. S. 123-126, s. 445.

³⁵⁵ Re’sen araştırma ilkesini gösteren kanun maddelerine örnek olarak bkz. İYUK m. 17/4, m. 14/4, m. 38/3, madde 45/4.

Tahkimin özel hukuk kökenli bir yargılama mekanizması olmasının önemli görünümlelerinden bir tanesi de yargılama sürecinde *taraf larca hazırlanma* ilkesinin geçerli olmasıdır.³⁵⁶ Gerçi idari yargılama usulü ile hakem yargılamasının bu anlamda örtüştüğü noktalar da vardır. Örneğin 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun "Tebliğat ve Cevap Verme" başlıklı 16. maddesinde; taraflara yapılacak tebliğle karşı tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde cevap verme hakkı tanınmıştır. Ancak haklı sebeplerin bulunması halinde taraflardan birinin isteği üzerine süreyi uzatma olanağı getirilmiştir. İYUK'nun *Yürütmenin durdurulmasını* düzenleyen 27. maddede ise yazılı olan süreleri kısaltma, tebliği memur eliyle yapma konusunda yargıca takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Hakem yargılamasında da özellikle kurumsal tahkim tercih edildiğinde bu kurumların tahkim tüzüklerinde özellikle dilekçe teatisi aşamasında süreler öngörülmüştür. Hakem veya hakem heyeti, iradelerin serbestliği prensibi çerçevesinde ve iddia ve savunma hakkını kısıtlamamak maksadıyla taraflara ek süre verebilmektedir.

Yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, **tanık veya şahit dinlenmesi** ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır.³⁵⁷ Ayrıca, 2577 sayılı İYUK. 31. maddesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir.³⁵⁸ Ne var ki, gerek milli gerekse milletlerarası tahkimde "**tanık**" önemli bir ispat vasıtası olarak görülmekte ve yoğun biçimde uygulanmaktadır.

Diğer taraftan 2577 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun uygulanacağı haller arasında, **duruşmalar** yer almamıştır. İdari Yargıdaki duruşmalara ilişkin esaslar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenmiş olup, taraf vekillerinin duruşmanın ertelenmesi isteminde öne sürdükleri erteleme sebeplerinin takdiri münhasıran mahkemeye aittir.³⁵⁹ Bu yönde hukuk mahkemelerindeki usullerin kıyas yoluyla uygulanması olanaklı değildir. Kamu yararı amacıyla getirilen bu düzenleme istisnai bir

³⁵⁶ Bu anlamda Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 6(2) maddesinde davalı tarafın 5. madde mucibince cevap vermemesi halinde divanın tahkim şartını değerlendirerek davaya devam edilebileceği ifade olunmuştur. İdari Yargıda bu durum farklılık arz eder. Buna ilişkin bir Danıştay kararında **savunmanın verilmemiş olmasının davanın kabulüne karar verilmesini gerektirmeyeceğini, iddianın başka yollardan araştırılması gerektiği** ifade olunmuştur. Bkz. D. 7. Daire 12.12.1984 gün ve E. 1983/1467; K. 1984/2544 sayılı kararı, KARAVELİOĞLU, C.; age., s. 1150.

³⁵⁷ Milletlerarası tahkimde duruşmalarda sıklıkla uygulanan *direct*(direk), *re-direct*(direk sorgu tekrarı) *Examination* ve *Cross Examination* (çapraz sorgu) yöntemlerinin idari yargıda uygulanması da mümkün değildir.

³⁵⁸ Bkz. İYUK m. 31, Bu konuda bir Danıştay Kararı İçin bkz. E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.2.2004.

³⁵⁹ Bkz. Danıştay 8. Daire T., 20/05/1992. E. 1988/894, K. 1992/1608 sayılı kararı, (Yayınlanmamış) 20/05/1992.

yargılama mekanizması olan hakem yargılaması söz konusu olmaksızın dahi hukuk yargılama tekniğinden farklılaşmaktayken, hakem yargılamasında işleyen duruşma usulü ile İdari Yargı'da işleyen duruşma usulü arasında hiçbir benzerlik olmadığı aşikârdır.

İdare hukukunun içtihadı özelliği, özel hukuk kural ve ilkelerinden esinlenmeyi kolaylaştıran bir özellik olarak da kabul edilebilir. Sorumluluk gibi, özel hukuk çözümlerine açık konularda bu daha belirgin olarak görülmektedir. Ancak kamu tüzel kişilerinin ve kuruluşların yetenekleri, idare hukuku ilkelerine göre, idari yargı yerleri tarafından saptanır. Tahkim davasında görülmekte olan bir davada *dava yeteneğinin saptanması* gerekebilir Tahkim davasında hakem heyetinin “*dava yeteneğinin saptanması*” konusunda bu yetkinliğe sahip olup olmaya-acağı, böyle bir yetkinliğe sahip olsa bile idare hukukunun genel prensiplerini ne derece uygulamaya sokabileceği şüphelidir.

c) İdari İşlemlerin Denetlenmesi Gereken Haller

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların gerek milli gerekse milletlerarası tahkim yolu ile çözümlenmesi söz konusu olduğunda bir takım idari işlemlerin denetlenmesi gerekebilir. Özellikle idari işlemlerin hakemlerce iptali konusu doktrinde tartışmalıdır. Fransız hukukundaki durumu değerlendiren A. PATRIKIOS, hakemlerin idari işlemler konusundan tamamen soyutlanmaları ve her idari işlemle karşılaştıklarında bunların denetlenmesi için idare yargıcına başvurulmasının tahkim sistemini felce uğratıp sistemin en önemli avantajlarından biri olan çabukluk özelliğinin tamamen ortadan kaldıracağını düşünmektedir. Esasen bu sorunun, tahkim konusunun da önüne geçerek, adli ve idari yargı otoritelerinin ayrımı meselesine bağlandığına işaret eden yazar, Fransız hukukunda, tahkim adli yargı sisteminin bir parçası olmadığından, hakemlere idari işlemleri iptal etme yetkisinin verilmesinin hiçbir şekilde düşünülemeyeceğini, ancak idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme izni verebileceğini ileri sürmektedir.³⁶⁰

Hukuka uygunluk denetimi anlamında PATRIKIOS'un görüşlerine katılmak olanaklı değildir. İdari yargı yerlerinin idarenin eylem ve işlemleri üzerindeki denetimi, hukuka uygunluk açısından yapılır. Dava konusu olan işlem ve eylemlerin yerindelik denetimi yapılamaz. İdari yargıç hukuka uygunluk denetimi yaparken idarenin sebep unsuruna ilişkin yetkilerinden en iyisini seçip seçmediğini ve takdir yetkisini yorumlama eğilimindedir. Bu bağlamda yapılacak hukuka uygunluk denetimi ister istemez takdir yetkisini de değerlendirmeyi içerecektir. Bu ise devletin idare teşkilatının yapısal olarak çalışma sistemi yanında, objektif bir takım

³⁶⁰ PATRIKIOS; A.; Arbitrage en matière administrative, LCDG, Paris 1997, s. 126.

kriter olarak kamu yararı ile açıklanmak istense de, pek çok referans norma başvurmayı gerektirir. İdarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hususu İYUK 2/2 maddesinde ve Anayasanın 125. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.³⁶¹ Bir Danıştay kararında, idare hukuku ilkelerine göre, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin bu işlemlerin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılacağı ifade edilmiştir.³⁶²

Bu konu tahkim yargılamasının esasına Türk hukukundan başka bir hukukun uygulanması durumunda sıkıntılar doğurabilecektir. Örneğin tahkim yargılamasında ihtilafın esasına İsviçre hukuku uygulandığında ve bir idari işlenin iptali meselesi ile karşı karşıya bırakılan hakemler, hukuka uygunluk denetimini yukarıda zikredilen karardan da anlaşılacağı üzere yürürlükteki mevzuata göre yapacaklardır. Hakemlerin bu değerlendirmeyi genel hukuk ilkelerine göre ya da örneğimizde olduğu gibi esasa uygulanacak hukuk olan İsviçre hukukuna göre yapmaları mümkün değildir. Tarafların sadece bu duruma münhasır olmak üzere hakemlere açık yetki vermeleri ve yerel idari yargı organların başvuracakları düşünüldüğünde ise, bu talebi hakem mahkemesinin teknik açıdan hangi yetenek ve menfaat koşulu ile hayata geçirebileceği ise tartışılabilir. CE bir kararında idari yargı merciine adli yargı tarafından bir ön mesele olarak imtiyaz sözleşmesinin şartnamesinin yorumu başvurusu yapılmıştır. Mahkeme, söz konusu imtiyaz sözleşmesinin onaylanması işleminin daha önce iptal edilmiş bulunduğunu dikkate alarak, imtiyaz sözleşmesinin geçersiz olduğunu, dolayısıyla buna bağlı şartnamenin yorumlanmasının mümkün olmadığını belirterek, yorumlama talebini geri çevirmiştir.³⁶³ Tahkim mahkemesi idari işlemlerin iptali için idari yargı yargıcın başvurduğunda, yargıcın bunu gerekçe göstermeden reddetmesine engel bulunmamaktadır. Milli tahkim uygulaması bakımından ise hakemlerin yetkileri dâhilinde olmayan bir mesele hakkında karar verdikleri (*ultra petita*) gerekçesiyle hakem kararı Yargıtay’ca HUMK 533/3 uyarınca bozulabilir. Her ne kadar imtiyaz sözleşmeleri söz konusu olduğunda uyuşmazlıkların sözleşmenin uygulanmasından dolayı çıkabileceği düşünülebilirse de tahkim sözleşmesinin ya da tahkim şartının yapısı düşünüldüğünde genel kural olarak bu sözleşmede belirtilmiş veya az ya da çok genişletilmiş kapsam dâhilindeki konulara teşmil edilebilir. Diğer yandan yargılama, tarafların iradesinin doğal yorumu sonucu belirtilen konuya ek bütün sorunları³⁶⁴ yapılan taleplere karşı savunma

³⁶¹ Aynı yönde bir hüküm Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21/2 maddesinde de yer almıştır.

³⁶² D. 6. Dairesi, 21.12.1993 gün ve E.1993-935, K. 1993-5572 sayılı kararı (Kazancı Hukuk Yayınları İçtihat CD’si, 2005)

³⁶³ SEZGİNER, M.; age., s. 178.

³⁶⁴ Hakem heyeti sadece idare hukukunun değil rekabet hukukunu ilgilendiren konularda dahi inceleme yapmak zorunda kalabilir. ERE Elektrik Üretim ve Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş’nin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile yapmış olduğu imtiyaz sözleşmesi kapsamında rekabet hukuku kurallarının ihlal edil-

hakkını içerir. Zira davanın hâkimi savunmanın da hâkimidir.³⁶⁵ Bu anlamda tahkim yargılama-
masında bir idari işlemin iptali meselesiyle karşılaşılmayacağına garantisini vermek mümkün
değildir.³⁶⁶

3. Kamu Yararı ve Kamu Düzeni Kavramları ve Tahkim İlişkisi

Kamu hukuku esaslarına göre yargı yetkisi devletin egemenlik haklarındanır.³⁶⁷
Vulliemin'e göre her dava aslında sosyal bir huzursuzluk kaynağı olabilecek istidatta bulun-
duğundan devlet bu ihtilafları sonuçlandırmaya kendi düzeni ile ilgili sayar.³⁶⁸ E. Laferrière,
devletin kanunla kurulmuş yargı mercileri önünde yargılanmasının kamu düzeninden olduğu-
na işaret etmiştir. Esasen idari-adli yargı rejimleri arasındaki ayrımın gerekçelerinden biri de
“...idari faaliyetlerin ve hizmetlerin yalın anlamıyla kamu düzeni ile doğrudan ilgili olması-
dır...”³⁶⁹

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili ihtilaflarda İdare yargıcının, kamu yararı ve
milli menfaatler kavramlarına kararlarında sıklıkla yer verdiği gözlenmektedir.³⁷⁰ Söz konusu
kavramlara bağlılık, yargıcın bağımsızlığı ilkesini ihlal edecek sonuçlar doğurmayacak bi-
çimde hayata geçirilmelidir. İdare yargıcının mutlak olarak İdare lehine karar vereceği ve bu
durumun sistemin gereği olduğu yönünde bir bakış açısı, yargıcın bağımsızlığı ve idari uyuş-
mazlıkların çözümünde tahkim yasağı meselesinin varlığının nedenlerinden biri olarak ileri
sürülemeyecektir.

Kamu düzeni kavramı, tahkim yargılaması söz konusu olduğunda yabancı hakem kararla-
rının tanınması ve tenfizinde, tenfizin talep edildiği ülke hukukuyla bütünleşmesini sağlaya-
cak bir “düzenlilik” kontrolünün en önemli parçasıdır. Kamu düzeni kavramının niteliği gere-

diği gerekçesi ile yapmış olduğu şikayet hakkında Rekabet Kurulunun verdiği karar için bkz. Karar sayısı
03-13/140-67, Karar Tarihi, 27.2.2003, RG 29 Aralık 2003, sayı. 25331.

³⁶⁵ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim) 2. baskı, 2004, s. 120.

³⁶⁶ Esasında kanaatimizce bu durum idare hukukun başka bir takım ilkeleri açısından da söz konusudur. Örne-
ğin Danıştay bir kararında Belediye ve özel idarelerin ücret karşılığı bağımsız denetim kuruluşlarına denet-
lettirebilmelerinin yasal dayanağı bulunmadığı ve bir kamusal yetkinin kullanılmasına ilişkin denetlemele-
rin ancak kanunlarda belirtilen denetim elemanlarınca yapılacağına işaret etmiştir. Danıştay 1. d. E.
1995/194, K. 1995/197, DD., Sayı: 91, yıl:26, 1996, s. 5, bu anlamada fiktif olarak bir tahkim davasında
davalı ya da davacı durumundaki bir idarenin hesaplarının denetlenmesi gerektiğinde bağımsız bir denetim
kuruluşuna yaptırılan bir denetimin hakem heyeti tarafından esas alınıp alınamayacağı esas alındığında bu
durumun teknik olarak idari yargının temel prensiplerine aykırı düşebilecektir.

³⁶⁷ Devletin egemenlik haklarının tarihsel bir incelemesi için bkz. AĞAOĞULLARI, M.A./KÖKER, L.;
Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, 2.baskı, 2000, s. 25.

³⁶⁸ VELUEMIN, R.; De l'arbitrage Commercial, 1931, s.16, nakleden YEĞENGİL, R. ; Tahkim, İstanbul,
1974, s. 95.

³⁶⁹ LAFERRIERE, E.; *Traité de la juridiction Administrative et des recours contentieux*, Paris 1888, C.2, s.
146 nakleden TANSUĞ, Ç.; agt., s. 17.

³⁷⁰ Bkz. *Supra*, dipnot 117.

ği zamana, yere göre değişen içeriğinin tespiti zor bir kavram oluşu³⁷¹ tanımlanmasındaki zorluğu da beraberinde getirmektedir. Kamu düzeni kavramı ülkeden ülkeye değişen ve genelde yerel gelenekler, ilgiler ve düzenlemelere bağlı olan; tanımlanması güç bir kavramdır.³⁷² Avrupa Birliği kamu düzenine bakıldığında özellikle tahkim açısından farklı görünümeler karşımıza çıkmaktadır. Net ve açık bir tanım yapılmamış olmakla beraber kavramın genel kapsam ve içeriği üye devletlerin mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Bu aynı zamanda New York konvansiyonunun kamu düzenine ilişkin V(2) b maddesinin de ortak bir yorumudur. Bu anlamda yerel hukukun emredici kuralları ile uluslararası kamu düzeni arasında bir fark mevcuttur. Avrupa Birliğinin kurucu anlaşması olan Roma anlaşması 293. maddesi haricinde tahkime ilişkin açık bir hüküm taşımamaktadır. Bu madde uyarınca; *Taraf devletler kendi vatandaşlarının hak ve menfaatlerini korumak adına diğer devlete müzakerelere girişebilirler. Aynı zamanda hakem kararlarının tenfizi ve icrasına ilişkin gerekli olan en basit usullere yer verilecektir.*

Kamu düzeni kavramının kanunlar ihtilafının çözümünde oynadığı rol yanında, kararların tanınması ve tenfizinde meydana getirdiği etki dikkate alındığında, özellikle Anayasa değişikliği sonrasında tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların da idare hukukunun kaynakları arasında yerini alacağı düşünüldüğünde, idare hukukunun bazı yöre kavramları ile bir örtüşme projesi içerisine girdiği söylenebilir. Her toplumda idarenin birincil görevi toplum düzenini (**kamu düzenini**) korumaktır.³⁷³ Anayasa değişikliği öncesi dönemde tahkimin idari yargıda uygulanamaz oluşu şeklindeki görüşlere bakıldığında bu durum hep idari rejim-kamu hizmeti ve idari sözleşme ekseninde gidip gelmiş ancak kamu düzeni kavramının tahkim yargılamasında durduğu yer ile idare hukuku arasındaki ilişki çok fazla irdelenmemiştir. Kamu yararı kavramı idare hukukunun temel kavramlarından biridir³⁷⁴ ve kural olarak kamu yararı özel yararın üzerinde tutulur. Kamu düzeni kavramı ise tüm hukuk dallarında tahkime başvuru

³⁷¹ **BERKİ**, F. Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1971, s. 24, **EDİS**, S.; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1993, s. 157, **DAYINLARLI**, K.; Milli Milletlerarası Kamu düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994, s. 7.

³⁷² Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında bazı konular kamu düzenine ilişkin görülmekte ve tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin *Brüksel ve Lugano Konvansiyonu* m. 13/14/15(2), *İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* m. 114(2) uyarınca Tüketici Davaları, İş Hukukuna ilişkin davalar, İngiltere İş Kanunu M. 1996/Brüksel ve Lugano Konvansiyonu m. 17(5), Gayrimenkule ilişkin davalar, Brüksel ve Lugano Konvansiyonu m. 16, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 98, Kıymetli Evrakla İlişkin davalar, California Ticaret Kanunu m. 25701, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m. 151(3), **BORN**, G.; International Arbitration and Forum Selection Agreements, Planning Drafting and Enforcing, The Hague, 1999.123

³⁷³ **GÜNDAĞ**, M.; (İdare Hukuku), s. 245, Esasında idari kolluğun amacı olarak benimsenen bu kavram örgütlemiş belirli bir toplumun temel çıkar, menfaat ve yapısını koruma altına alınmasını sağladığından ve bunu gerçekleştiren en önemli normların da hukuk normları olduğu düşünüldüğünde bireysel ve özel çıkarların söz konusu olduğu tahkim yargılaması da dışsalılığına kamu düzenine aykırı olmamakla kavuşmaktadır.

³⁷⁴ İdare hukukunda yetkiler kamu düzenine ilişkindir.

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 mahkemelelerinde incelenebilmelidir. Bu gerekçelerden hareketle İdare hukuku alanında genel bir tahkim yasağının değil, kamu yararının ihlali sonucunu doğuracak konularda tahkime başvurulmamasının gerektiği sonucuna varılmıştır.³⁷⁵ Türk hukuk sistemi için de idare 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 başvuru³⁷⁶ ve hakem kararlarının tenfizi aşamasında, bu kararların uygulanmasının engellenmesine yol açabilecek nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir. Türkiye’de yapılan Anayasa değişikliği ve bunun ardından kanunlarda yapılan diğer değişikliklerle, 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.³⁷⁷ Danıştay bu konudaki yaklaşımını Anayasa ve Danıştay Kanunlarında yapılan değişiklikten sonra bir imtiyaz sözleşmesi taslağı hakkında vermiş olduğu görüşünde şu şekilde belli etmiştir.

“(…) Görüldüğü üzere yasa koyucu, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesine, gerektiğinde bir kısmının tahkim kapsamı dışında bırakılmasına olanak sağlamaktadır(...) Bu noktada önemli olan husus, sözleşmeden doğan bazı uyuşmazlık türleri yönünden tahkim yolunun kapatılmasının, genelde “kamu düzenini korumak” düşüncesine dayandırılmış olmasıdır.(...) Tahkim şartı ve sözleşmesi içeriğinde tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıkların sınırlandırılması mümkün olduğuna göre işletmenin askıya alınması, haberleşmenin gizliliği, milli güvenlik ve kamu düzeni konularında kural getiren 25. ve 44. maddelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim sözleşmesi kapsamından çıkarılmasının uygun olacağı; aksi halde, kamu güvenliği, ulusal savunma, milli güvenlik, kamu düzeni, haberleşmenin 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 bağdaşmayan bir durumun oluşmasına neden olacağı sonucuna varıldığından, sözleşme

³⁷⁵ PATRIKIOS, A.; Arbitrage en Matière Administrative, LGDG, Paris, 1997, s. 32.

³⁷⁶ *Infra.*

³⁷⁷ *Infra.*

taslağının 25. ve 44. maddelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim şartı dışında, ayrı bir tahkim sözleşmesi düzenlenmesi halinde ise aynı maddelerin sözleşme kapsamı dışında bırakılmasının uygun olacağına oybirliğiyle(...).³⁷⁸

Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında, sadece **kamu düzeni** kavramıyla sınırlı kalmayıp, “ülkenin kendine özgü koşulları içinde oluşan ve değerlendirilmesi gereken” kavramlar ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla değerlendirilmesinin **kamu vararıyla** bağdaşmayacağı ileri sürülmüş ve bunlara ilişkin düzenlemeleri içeren maddelere tahkim şartı veya sözleşmesinde yer verilmemesini uygun görmüştür.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinde kamu düzeni ile çelişilecek bir duruma dikkat çekmek istiyoruz. Türk hukukunda 4353 sayılı kanunun 30. maddesi uyarınca (...)devlete ait ve değeri belli bir miktarı aşan haklardan, dava ve icra takiplerinden vazgeçmek veya bu konuda sulh olmak veya anlaşma veya sözleşmelerde değişiklik yapmak için **Danıştay’ın uygun görüşünün alınması gereklidir.**³⁷⁹(...) Uygun görüşün yokluğu kamu düzenine ilişkin bir sorundur ve hâkim tarafından re’sen dikkate alınır. Uygun görüşün mevcut olmaması asıl usul sakatlığıdır ve yapılan işlemin iptalini gerektirir.³⁸⁰ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12. maddenin (d) bendi uyarınca tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir. Bu maddede tarafların istemini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilebilir hükmü getirilmiştir. 4686 sayılı kanunun 1. maddesi mucibince yaban-

³⁷⁸ Danıştay İdari İşler Kurulunun, 09.10.2000, E. 2000/107, K. 2000/76 sayılı kararı (yayınlanmamıştır).

³⁷⁹ GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 365, DURAN, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s. 106.

³⁸⁰ GÖZLER, K.; age., C. II, s. 740, *Bununla beraber rastladığımız bir Danıştay kararında 4353 sayılı yasanın öngördüğü prosedürden farklı bir işleyiş gerçekleşmiştir. Ülkemizce de imzalanmış ve onaylanmış bulunan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin II nolu protokol ile değiştirilmiş 39 uncu maddesi hükmüne göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kendisine gelen dostane çözüm başvurularını sonuçlandırması için yürüttüğü süreç gizlidir. Mahkemenin gizli yürüttüğü süreç sonucu dostane çözüme ulaşılması halinde, Sözleşmenin 39 uncu maddesine göre verdiği kayıttan düşürülme kararı, 37 inci madde ile Mahkeme İktidârının 44 üncü maddesine göre nihai bir karar değildir. Mahkeme, davanın yeniden kayda alınmasını haklı gösterecek istisnai şartların bulunduğu sonucuna ulaştığı takdirde; Sözleşmenin 37 nci maddesi hükmü gereği dava yeniden kayda alınacaktır. Bu durumda, uymayı taahhüt ettiğimiz Sözleşme hükümlerinin uygulanması sonucu Dışişleri Bakanlığınca "dostane çözüm" çerçevesinde başvurana 295.000.- Euro ödeneceği taahhüdünde bulunulmasından sonraki bir tarihte Maliye Bakanlığı tarafından söz konusu meblağın sulhen ödenebilmesi için uygun görüş istenilmesinde usule aykırılık bulunmadığı ve benzer davalarda hükmedilen tazminat miktarlarının hesaplanmasında uygulanan ölçütler dikkate alındığında "dostane çözüm" çerçevesinde 295.000.- Euro tutarındaki meblağın, idare yazısında belirtildiği üzere her türlü vergi kesildikten sonra net olarak adı geçen şahsa ödenmesinde idare yararı bulunduğu sonucuna varılarak istemin, 4353 sayılı Yasanın 30 uncu maddesi gereğince uygun bulunduğu ve dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 1.10.2002 gününde esasta oybirliği gerekçede oyçokluğu ile karar verildi...bu kararın azlık oyunda ise kanaatimizce haklı olarak şu hususlara değinilmiştir. .."4353 sayılı Yasanın 30 uncu maddesinde öngörülen sulhen anlaşma yapma konusunda yetkili mercilerden önceden uygun görüş ve karar alınmadan hareket edilmesinde ve TC Devleti adına taahhütte bulunulmasında hukuka aykırılık görmediğimden, kararın bu hususa ilişkin kısmına katılmıyorum."Bu kararın tam metni için bkz. D. 1. Daire, E. 2002/147, K. 2002/144, T. 1.10.2002, (Kazancı Hukuk Yayınları İhtihat CD’si, 2005).*

cılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün bu kanuna tabi olduğu düşünüldüğünde ve idarenin milletlerarası bir tahkim davasında Danıştay'ın uygun görüşünü almadan sulh olması gündeme geldiğinde iç hukuktaki emredici bir hukuk kuralı atlanmış ve kamu düzenine taalluk eden bir konuda³⁸¹ da Danıştay'ın yetkisi ötelenmiş olmaktadır.

Anayasa'da ve Danıştay Kanunu'nda yapılan değişikliklerden sonra Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri konusunda verdiği görüşler ileride açıklanacağı üzere kısmen bağlayıcı niteliktedir. Bu görüşlere, özellikle yukarıdaki gibi bir içeriği haiz oldukları durumlarda uyulmayarak, bu alanlarda hakem kararları verilecek olursa, bu kararların kamu düzenine aykırılık nedeniyle temyizi ya da iptali talep edilebilecektir. Bunun yanı sıra, yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında kamu düzeninin ihlal edildiğinden bahisle tenfiz istemi reddedilebilecektir. Kamu düzeniyle bağlantılı olan 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.³⁸²

B. Anayasa Değişikliği Öncesinde Türk İdare Hukukunda Tahkimin Reddi Prensibinin Dayanakları

1. Yüksek Yargı Organlarının Yaklaşımları

Anayasa değişikliği öncesinde Danıştay, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1/son fıkrası ve İYUK 2-1/c maddesinden hareketle imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olduğunu kabul ederek, incelemesine sunulan imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarında bulunan tahkim ile ilgili düzenlemeleri sözleşme metinlerinden çıkartmaktaydı. Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımını net bir biçimde ortaya koymak için çeşitli Danıştay Kararlarını aşağıya almayı uygun bulduk:

"Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yapılacak yatırım sözleşmelerine ilişkin 3996 sayılı kanunun uygulama usul ve esaslarını düzenleyen 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu kararının 1. Maddesinin (26). Bendi ile Yap-İşlet modeli çerçevesinde yapılacak yatırım sözleşmelerinin

³⁸¹ André v. Tradigrain France adı ile bilinen ve tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlıkta Paris Temyiz Mahkemesi kararı kamu düzeni nedeni ile bozarken şu saptamaları yapmıştır. Yeni Fransız Medeni Kanununun 1502 (5) maddesi anlamında Uluslararası kamu düzeni Fransız hukuk sisteminin hiçbir durumda ki bu uluslararası ilişkilerde olabilir dışlanmasına izin vermediği kurallar bütünüdür. Fransız kamu düzeni anlayışında kamu düzenine aykırılığın hakemler önünde dile getirilmiş olup olmadığına bakılmaksızın temyiz incelemesini yapan hâkim kararı iptal edebilir. Kararın incelemesi için bkz. WEBSTER, T.; *Terms of Reference and French Annulment Proceedings*, Journal Of International Arbitration, 20(6), 2003, s. 581.

³⁸² KURU, B.; age., s. 6209.

esaslarını düzenleyen ve 4283 sayılı kanunun uygulama esaslarını düzenleyen Bakanlar Kurulunca çıkartılmış bulunan 97/9853 sayılı yönetmeliğin 10.maddesinin (p) bendinde; “uygulama sözleşmelerinde” sözleşmeden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüm mercii ve uygulanacak hukukun yer alması gerektiği öngörülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 tarihli kararı ile kararı ve Danıştay 1. ve 10. Dairelerinin kararları doğrultusunda bu sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmiş³⁸³ ve Danıştay incelemesi sonucunda bu düzenlemeler sözleşme metinlerinden çıkartılmıştır.³⁸⁴”

Örneğin Danıştay 1. Dairesinin E. 1995/181, K. 1995/245 sayılı **Gönen Hidroelektrik Santrali** ile ilgili imtiyaz sözleşmesi taslağının incelenmesi sonucunda verdiği karar³⁸⁵ uyarınca; “2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. Maddesinin 1/son fıkrası ve İdari Yargılama Usul Kanununun 2. Maddesinin 1/c bendi uyarınca, imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle imtiyaz sözleşmesi tasarısında bulunan tahkimle ilgili düzenlemeler madde metninden çıkartılmıştır.³⁸⁶”

Aynı şekilde Danıştay 1. Dairesinin Suçatı Hidroelektrik Santralinin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili imtiyaz sözleşmesinden dolayı verdiği E. 1995/180 ve K. 1996/70 sayılı kararında³⁸⁷ da, (...)imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle tasarının 28.maddesinde öngörülmüş bulunan bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesi ile ilgili düzenlemeler madde metninden çıkartılmıştır(...)

Burada tahkim öncesi ile ilgili düzenlemelere vurgu yapılmasının üzerinde durulması kanaatindeyiz. Şöyle ki Danıştay 1. Dairesinin kararında her ne kadar tahkim müessesesi madde metninden çıkarılmak istendiyse de tahkim öncesi düzenlemelerle neyin kastedilmek istendiği de önem arz etmektedir. Özel hukuk nitelikli sözleşmelerde taraflar tahkim yargılamasını baş-

³⁸³ Anayasa değişikliği öncesi dönemde uygulama sözleşmeleri adı altında yapılan sözleşmelerin yeniden bir yasa ile düzenlenmesi gerektiği ve sözleşme paketinde yer alan inşaat aşamasıyla ilgili sözleşmede “tahkim kaydına” müsaade edilmesi, işletme aşamasıyla ilgili sözleşmede kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğundan tahkim kaydına yer verilmemesi gerektiği şeklinde düşünceler ileri sürülmüştür. Bkz. KAPLAN, İ.; Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri, BATİDER, 1998, C.XIX s. 41.

³⁸⁴ Fransız Danıştay’ı her türlü politik değerlendirmeden kaçınmakla beraber özellikle kendisine incelemek üzere sunulan tasarıların sosyal fayda ve tehlikelerine ilişkin olarak yerindelik değerlendirmesi yapabilir. Fransız Danıştay’ı, PACTEAU B., Çev. TEZCAN, D.; 24 Ekim 1997 tarihinde DEÜ Hukuk Fakültesinde sunulan konferans metninden

³⁸⁵ Yayınlanmamıştır.

³⁸⁶ Esasında DANIŞTAY iktisadi konulardaki takdir hakkını amaç unsuru kapsamında değerlendirmektedir. Ancak Anayasa mahkemesi kamu yararı kavramını belirlerken iktisadi bakışı çok az kullandığı, kullandığı vakialarda da iktisat bilimi ile uyumlu ilkeler geliştiremediğini görmekteyiz. Bu yönde bkz. TAN, T.; Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayınları, No: 210, Ankara, 1984, s. 212.

³⁸⁷ Yayınlanmamıştır.

latmadan önce aralarındaki ihtilafı *Dispute Review Expert*³⁸⁸ adı verilen tarafsız bir üçüncü kişiye (*uzlaştırıcıya*) havale edebilir ve onun kararının bağlayıcı olacağını kararlaştırabilirler ya da aralarındaki ihtilafın öncelikle karşılıklı müzakereler yoluyla çözülmesi gerektiğine hükmedebilirler. İşte tahkim öncesi düzenlemeler ile kastedilen de bu hususlardır. **Burada Danıştay 1. Dairesi imtiyaz sözleşmelerinde idarenin üstün hak ve yetkilerini sözleşme-deki uyuşmazlık sahasına da inhisar ettirmek isterken diğer taraftan da aslında sadece tahkimin değil diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini**³⁸⁹ de reddetmektedir. Çünkü bu sözleşme taslaklarında uzlaşma komitelerinin kurulması öngörülmüştür ve bu komitelerin görev yetkileri de onların arabulucu ya da uzlaştırıcı³⁹⁰ nitelikleri dolayısıyla idari yargının temel prensiplerine aykırı düşmüştür.

Nitekim yine Danıştay 1. Dairesinin 1995/205 Esas ve 1998/67 Karar sayılı³⁹¹ **Afşin Elbistan Termik Santralinin Rehabilitasyonu ve Yeni Ünitelerin Yapımı ve İşletilmesi** için düzenlenen imtiyaz sözleşmesi hakkında verdiği karar uyarınca; “*Uzlaşma ve İhtilafların Halli*” başlığı altında düzenlenen uzlaşma komitesinin oluşumuna ve görevlerine ilişkin hükümlerle, taraflardan herhangi birinin uzlaşma komitesinin kararını kabul etmemesi halinde, sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığın Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaşma ve Tahkim Kuralları uyarınca 3 kişilik hakem kurulunca nihai karara bağlanacağı, tahkim yerinin Zürih/İsviçre olduğu ve tarafların milletlerarası hakem kararını uygulamayı kabul edecekleri yolundaki hükümler Anayasanın 155, 2577 sayılı Danıştay Kanununun 24 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 2. Maddeleri uyarınca imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözülmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle tasarı metninden çıkartılmıştır.

Diğer taraftan tahkim yargılamasının önemli unsurlarından bir tanesi uygulanacak usul hukukunun ve ihtilafın esasına uygulanacak hukukun tespit edilmesidir.³⁹² İmtiyaz sözleşme-

³⁸⁸ Aynı yönde bir hüküm FIDIC kurallarının 67.maddesinde hükme bağlanmıştır.

³⁸⁹ Bu alandaki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. SINGER, L.; *Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, Westview Press, USA, 1990.

³⁹⁰ 213 sayılı Vergi Usul Kanununun “uzlaşma” başlığını taşıyan 3. bölümüne ilişkin olarak bir döneme ilişkin olarak tahakkuk ettirilen vergi ve kesilen ceza üzerinde yapılan uzlaşmanın, anlaşmazlığı tümüyle ve kökünden ortadan kaldıracığı ve aynı konu hakkında artık yargı yoluna başvurulmasının kesinlikle önlenmiş olacağı ve böyle bir değerlendirmenin de kanun koyucunun amacına uygun düşeceği Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 1985/5 E. Ve 1985/4 karar sayılı kararında ifade olunmuştur. ARSLAN, A./DÜNDAR, T.; Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları, 1993’dan Günümüze, Ankara, 2002, s. 202.

³⁹¹ Yayınlanmamıştır.

³⁹² Özellikle kamu hukukunun etkisini gösteren sözleşmelerde uygulanacak hukukun seçiminde karşılaşılan güçlükler için bkz; LANGE, D. / BORN G., *The Extraterritorial Application of National Laws*, New York, 1987, s. 33.

lerinde her halükarda idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanması gerekeceğinden Danıştay 1. Dairesinin **Antalya Hava Limanına** ilişkin E. 1995/61 ve K.1995/ 21 sayılı kararında sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkta esasen Türk hukukunun uygulanmasının doğal olması karşısında “uygulanacak hukuk” biçimindeki düzenleme sözleşme metninden çıkartılmıştır.

Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar uyarınca uygulama sözleşmelerinde tarafların aralarında çıkacak ihtilafların Türk hukukuna göre ve Türkiye’de tahkim yoluyla çözümlenebileceğini kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür.³⁹³ Elektrik enerjisi üretim tesislerinin kurulması ve İşletilmesi hakkında Bakanlar Kurulu Kararı da TEAŞ ve Üretim şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda Türk mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış bulunan uluslararası mahkemeler ve tahkim kuruluşları yetkilidir hükmünü getirmiştir. Ancak bu bakanlar kurulu kararı ve uygulama tebliği hakkında Danıştay yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.³⁹⁴

Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı ise esasında tahkimin idari sözleşmelerde mümkün olup olmamasından ziyade özellikle 90’lı yılların başından itibaren kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde imtiyaz dışında başka usullerin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında olmuştur. Özellikle 3096 sayılı kanunda öngörülen *“yetki sözleşmesi”* ile amaçlanan bunları kamu hizmeti imtiyazlarına uygulanan hukuk rejimden kaçırmak ve Danıştay incelemesini bertaraf etmektir. Ancak Danıştay 10. Dairesi ve İdari İşler Kurulu bu duruma izin vermemiştir.³⁹⁵ 22 Nisan 1994 tarihinde 3974 sayılı kanunun Ek 5.maddesiyle yeni enerji santrallerinin kurulması ve işletilmesine ilişkin olarak bakanlık ile imzalanan sözleşmelerin özel hukuka tabi olacakları ve imtiyaz teşkil etmeyecekleri hükmü getirildi. Bunu müteakip, 3996 sayılı kanunun 5.maddesi mucibince enerji projeleri için olanlar da dâhil olmak üzere YİD projeleri imtiyaz niteliğinde olmayan özel hukuk sözleşmeleri olarak düzenlendi. 4047 sayılı kanunla 3996 sayılı kanunun 13. maddesine eklenen bir hükümle ve geçici 1.madde ile 3096 sayılı kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyen ve özel hukuka tabi sözleşmeler haline dönüştürülmesi mümkün oldu. Anayasa Mahkemesi 24 Ocak 1995 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan K.42-2 sayılı ve 9 Aralık 1994 tarihli kararıyla 3996 sayılı kanunun Ek 5.maddesini iptal etmiştir.³⁹⁶

³⁹³ GÖZÜBÜYÜK, Ş. / TAN, T.; age., C. I, s. 525.

³⁹⁴ Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/8792, (nakleden GÖZÜBÜYÜK,Ş. / TAN, T.; age., C. I, s. 525).

³⁹⁵ Bu kararlar için bkz. *Supra*.

³⁹⁶ Anayasa mahkemesi burada temel olarak şu hususları vurgulamıştır: Elektrik üretimine yönelik faaliyetler kamu hizmeti sayılırlar. Kamu hizmeti niteliğinde bir hizmetin özel sektör tarafından ifa edilmesi hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. Ek 5.madde kapsamına giren sözleşmeler idari sözleşme daha ö-

3996 sayılı YİD kanununa ilişkin ikinci gelişme³⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin 20 Mart 1996 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararıdır. Anayasa Mahkemesi sözü geçen bu kararında 3996 sayılı Kanunun 5.maddesindeki “...imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte...” “...bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir...” sözcük ve cümlesini iptal etmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı kanun kapsamında Yap-İşlet-Devret Modeli çerçevesinde gerçekleştirilecek proje ve yatırımlarla ilgili olarak özel şirketler arasında yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi olduğuna ve Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi gerektiğine ve ayrıca bu iptal nedeniyle uygulama imkanı kalmayan aynı kanunun 14. Maddesinin ikinci cümlesini oluşturan “Bu kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli *Menafîi Umumiyyeye Mûteallik İmtiyaz Hakkında Kanun* ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz” hükmünün de iptaline karar vermiştir.³⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin bu kararlarıyla bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümlenmesine imkân kalmamıştır.

Aynı şekilde 5 Mayıs 1995 tarih ve 3987 sayılı Kanunun m.3/f uyarınca özelleştirme akitlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukuki anlaşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerince yahut uluslararası hakemlik dâhil tahkim yollarına başvurularak çözümlenmesi hükmüne yer verilmiştir.³⁹⁹ Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 7 Temmuz 1994 tarih ve E. 1994/49, K. 1994/45-2 sayılı kararıyla Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

nemlisi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir ve bu husus kanunla değiştirilemez. 3096 sayılı kanun kapsamındaki sözleşmeler de bu kategori içindedir.

³⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin imtiyaz hukukuna ilişkin bu önemli kararları hakkındaki görüş ve eleştiriler için bkz. GÜNDAY, M.; İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 311 vd., GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T.; İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, Ankara, 198, s. 472, BİRSEL, M.T.; Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Panel, Ankara Sanayi Odası, 1998, s.33, YERLİKAYA, K.; Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması, <http://www.marmara.edu.tr>’den alınan makale, s.16, ULUSOY, A.; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali ULUSOY, Ankara, Ekim 2001, s. 2, GÖZLER, K.; İdare Hukuku, Bursa, 2003, s. 405 vd., ÖZAY, İ.; Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s. 265, ZABUNOĞLU, Y.; YİD Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni bir düzenleme Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, BTHAE, Ankara, 1996, s. 45-54.

³⁹⁸ Anayasa mahkemesinin buradaki saptamalarını da şöyle özetleyebiliriz: Kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının tanım ve açıklamalarını yaparak özel sektörden girişilen enerji santrali inşası ve elektrik üretimi faaliyetinin bu kategoriye girdiği kararını verdi. Bu faaliyet kapsamındaki sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi oluşturduğunu teyit etti. 3974 sayılı kanun kapsamındaki sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğunu belirtti. 20 Şubat 1996 tarihine kadar 3996 sayılı kanun tahtında akdedilmiş olan sözleşmeler ve 3096 sayılı kanun tahtında akdedilmiş olup da 4047 sayılı kanun hükümlerinden yararlanılarak 3996 sayılı kanun kapsamına alınmış olan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğunu belirtti. Yasa koyucunun yetki sözcüğünü kullanarak bu sözleşmeleri idare hukuku kapsamından çıkaramayacağı hususunu ilave etti.

³⁹⁹ GÖZLER, K.; age., C.II, 209.

Konuya farklı bir bakış açısı getirmek amacıyla İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel su temini projesi hakkında Sayıştay raporundaki şu ifadelerle de incelememizde yer vermek istiyoruz; İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su temini projesi hakkında Sayıştay raporunda 3996 sayılı kanunda öngörülen YİD modelinin ilk uygulama örneği olan İzmit Su Projesinde Uygulama ve Su Satış anlaşmasında taraflar arasında doğacak ihtilafların çözüm yerinin Viyana/Avusturya, Tahkim mahkemesinin ise Viyana Federal Ekonomi Odası nezdindeki Tahkim Mahkemesi olarak kararlaştırılması sonucunda, 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının, ihtilafların çözüm yerinin Türkiye ve Türk mahkemeleri olduğu şeklindeki hükmü ihlal edilerek uluslararası tahkime gidilmesine imkan tanındığı ifade edilmiştir. Ayrıca bu raporda 24/08/1995 tarihinde Türk hukukunda idari sözleşmeler anlamında henüz yerini almamış olan uluslararası tahkime sözleşmede yer verilmek suretiyle hukuka aykırı bir düzenleme yapıldığı iddia edilmiştir.⁴⁰⁰

Görüldüğü üzere Türk İdare Hukukuna Fransız İdare Hukukundan gelen ve o dönemde Fransa'da da sert bir şekilde var olan tahkim yasağı ilkesine⁴⁰¹ istisnalar getirmek kolay olmamıştır.⁴⁰²

2. Öğretinin Görüşü

Türk İdare hukuku öğretisinin kurucusu sayılan Sıdık Sami ONAR'a göre; *"tahkim, tarafların ancak aralarında anlaşmaları halinde başvurabilecekleri, uyuşmazlığı kendi seçtikleri ve yetki verdikleri bir özel kişi marifetiyle çözme yolu olup akdi bir esasa dayandığından, tarafların irade ve rızalarından doğmayan, objektif durumlara dayanan ve statülerden çıkan uyuşmazlıklara tatbik" edilmesi mümkün olmamalıdır.*" Yazar bu görüşünü temellendirirken, tahkimin akdi bir esasa dayanmasına ek olarak, söz konusu uyuşmazlıklarda idari işlem ve eylemler incelendiğinden, bunların idari yargının yetkisine girdiğini ve tahkimin bir özel hukuk müessesesi

⁴⁰⁰ İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel su temini projesi hakkında Sayıştay raporu, Nisan 2002, s. 23.

⁴⁰¹ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 24.11.1961 T., 1958/667 E., 1961/526K., sayılı kararı, (Yasama ve Yargı Dergisi, Kasım 1962, s.8, İdare Rejim 93-96), Özellikle medeni usul hukukçularının dipnotlarında geçen ve uygulamada idari sözleşmelere konan tahkim şartının geçerli olduğuna yönelik bir gerekçe olarak kullanılan bu karar esasında idari sözleşmelerde tahkimin niteliğine ve kaynağına ilişkin tatminkar bir veri değildir.bu kararın incelemesi için bkz. KURU, B.; HUMK, İstanbul, 1991, s. 3988 74 no'lu dipnot, ÜSTÜNDAĞ, S.; Medeni Yargılama Hukuku, Cilt II, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 744.

⁴⁰² Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları yüzünden idare hukukunda tahkim yasağı ilkesine istisna getirilememesine yönelik eleştiriler için bkz. GÖZLER, K.;age., s.209, Prof. Dr. Nurkut İNAN bu duruma farklı bir yaklaşım getirerek devletin acil ihtiyaçları için kullanılması gereken parayı temin edememesi durumunda hazinenin yurt dışına bono satarak kredi aldığını bu kredi sözleşmelerinin yabancı hukuka tabi olduğunu ve çoğu zaman tahkim şartı içerdiğini ifade ederek meseleye daha global açıdan bakılmasını ve yargı organlarının hukukun gelişimine katkıda bulunmaları gerektiğini vurgulamıştır. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, BTHAE, Ankara, 1996, s. 68.

olduğunu belirtmiştir.⁴⁰³ Bu anlamda idari mahkemelerle, olağanüstü mahkemelerin yetkisi içine giren hususların tahkime konu teşkil etmeyeceği fikri savunulmuştur.⁴⁰⁴ 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği öncesinde tahkimin Türk İdare hukuku öğretisindeki algılanışı farklı merkezlerde toplanmakla beraber esasında Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmaları anlamında Türkiye'nin imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmalıklar konusunda da olsa "tahkim mekanizmasının" varlığını ve uygulanabilirliğini kabul ettiği belirtilmiştir.⁴⁰⁵ Diğer yandan bazı yazarlarca da imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkim yolunun açılmasının şirketlerin özlediği çabukluğu sağlamayacağı ve bu anlamda tüm sorunları çözemeyeceği, bu durumun şirketlerin Türkiye uygulaması hakkında yanlış bilgi sahibi olmalarından da kaynaklandığı savunulmuştur.⁴⁰⁶ Esasında bakıldığında bu yaklaşımlardan en hukuki olanı tahkim yargılamasının işleyiş süreciyle ve özellikle hakemlerin idari işlemlerin iptali meselesiyle karşılaşmalarında nasıl davranmaları meselesidir. Örneğin AZRAK bu konuda şu tespitlerde bulunmaktadır:

(...) Hakemin sözleşmenin diğer tarafını ilgilendiren idari işin iptali yetkisi kesinlikle söz konusu olmayacaktır tabii. Bilindiği gibi idari sözleşmelerin uygulanması sürecinde idarenin bazı idari kararları söz konusu olabilir. Bu idari kararlar, içtihatlarla, Fransız Devlet Şurası ve Türk Danıştay'ının içtihatlarıyla bugüne kadar "sözleşmeden ayrılabilir işlem" adı altında toplanmıştır. "Acte d'attachable" diyor Fransızlar. Niçin ayrılıyor? Çünkü aslında sözleşmenin kendisi bir idari ihtilaf konusu yapılamayabilir. Çünkü iki yanlı bir işlemdir, iki tarafın da iradesi vardır burada; ama asıl tek yanlı irade işte o uygulamaya ilişkin idareye ilişkin işlemlerden doğar. Öyle olunca da tabii bu bir otorite tasarrufudur, yani idarenin tek yanlı bir kararıdır. O kararı hakemin önüne nasıl götürürsünüz; bunu sormak istiyorum. Böyle bir şey mümkün değil(...).

⁴⁰³ ONAR, S.S.; age., s. 1931.

⁴⁰⁴ KALPSÜZ, T.; İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları; İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, s.342, Yazar uygulamada idari sözleşmelere konulan tahkim şartının da geçerli sayıldığını nakletmektedir. Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 24.11.1961 T. Ve 958/667-961/526 sayılı kararı, Yasama ve Yargı Dergisi, 1962, S. 8, s. 93-96.

⁴⁰⁵ AZRAK, Ü.; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, Panel, 16 Temmuz 1999 Ankara, TBB, s. 28, BİRSEL, M.; Yatırım İhtilafları ve Uluslararası Tahkim Sözleşmeleri, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara Sanayi Odası, 1998, s. 22, Fransa'da da EURODISNEY'in yapımı ile ilgili olarak, Fransız Devlet Şurası'nın idarenin yabancı şirketlerle yapacağı sözleşmelere tahkim koşulu koymaya çağına ilişkin istişari kararı üzerine 19.8.1986 tarihli ve 86/972 sayılı özel bir yasal düzenleme yapılarak "ülke yararına" işlerin gerçekleştirilmesi için Devletin, yerel idarelerin ve kamu kurumlarının yabancı şirketlerle yapacakları sözleşmelere tahkime ilişkin hüküm koyabilecekleri kabul edilmiştir. Aktaran TAN, T.; İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel), 19 Haziran 1996, Ankara, BTHAE, Ankara, 1999, s. 42.

⁴⁰⁶ SOSYAL, M.; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, Panel, 16 Temmuz 1999 Ankara, TBB, s. 42.

Son olarak görüşlerine yer vermek istediğimiz DURAN ise bu konudaki görüşlerini şu şekilde açıklamaktadır:

“(...) Milletlerarası mali kuruluşlar ve yabancı firmalar, Türkiye’de gerek kamu kesimi, gerek özel kesim kuruluşları ve kişiler ile kurdukları ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıkların, hemen daima hakem yolu ile çözümlenmesini yeğlemekte ve karşı tarafa kabul ettirmektedir. Böylece yapılan sözleşmelere “tahkim şartı” konmakta ve genellikle yine yabancı organ ve kişilerin hakem seçilmesi öngörülmektedir. İşte bu teamül doğrultusunda, kamu hizmeti ve bayındırlık işleri imtiyazlarının yabancı sermayeye veya yerli-yabancı karması firmalara verilmesini konu alan sözleşmelerden çıkacak uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası hakemler eliyle çözümleneceği kaydı taraflarca benimsenmiş olabilir(...)

*(...) Ancak yargı mercilerinin görev konuları kamu düzenine ilişkin, uyulması zorunlu kurallardan olduğu gibi, idare hukukunun bir genel kuralına göre, idari sözleşmelere **tahkim şartı konulamaz**. Bu itibarla, idari sözleşme olduğunda kuşku bulunmayan kamu hizmeti veya bayındırlık imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki Y-İ-D anlaşmalarında uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözümlenmesi yolunda öngörülen düzenlemeler, 2575, 2576 ve 2577 sayılı idari yargı kanunlarında yer alan yargısal görev kurallarına ve kamu düzenine aykırı olduğundan hükümsüz ve yok sayılır. Gerçi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun m. 32/2’de “idari sözleşmelerde sözleşme ile yetkili mahkeme belirlenebilir” denilmekte; fakat be bir görev kuralı, hakem de “mahkeme” olmadığı gibi; anılan yasa hükmüne göre, yetki de kamu düzenindendir.(...)”⁴⁰⁷*

3. Kamuoyundaki Durum ve Siyasî Yaklaşımlar

Anayasa değişikliğinden ve Anayasa değişikliğine uygun olarak çıkarılan uyum kanunlarından önce tahkimin idare hukuku alanında uygulanabilirliği ve reddini savunan görüşler genelde politik bir yörüngede seyretnmiş, kavram ve kurumların içi hukuksal gerekçe ve malzemelerle doldurulamamıştır. Türkiye’de Avrupa birliği gibi devletin iç ve dış politikasının önemli özneleri konumundaki olgular genelde sosyolojik mitoslar olarak algılanmakta ve çözümlerin gazete kupürleri ile görsel medyada her yönüyle bulunulabileceği önermesinden hareket edilmektedir. Örneğin bu konuda o dönemde çıkan gazete haberlerinden hiçbir hukuki irdelemeye atıfta dahi bulunmadan *altyapı yatırımları için son umut söndü*⁴⁰⁸, *yap-işlet-devret sözleşmelerin önü tıkanı*⁴⁰⁹, *enerji özelleştirmesi yargı gölgesinde*⁴¹⁰, *enerji santrallerinde özelleştirmeye*

⁴⁰⁷ DURAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 165.

⁴⁰⁸ Hakan AKPINAR, 18 Mart 1996, Hürriyet.

⁴⁰⁹ Levent AKBAY, 6 Şubat 1996, Dünya.

darbe⁴¹¹, *Yap-İşlet-Devret'te hakem çıkmazı*⁴¹², *Danıştay IMF'i küstürdü*⁴¹³, *Danıştay Yap-İşlet'e Kırmızı kart gösterdi*⁴¹⁴ gibi son derece yüzeysel ifadeler kullanılmış ve kamuoyu yeterince aydınlatılmamıştır. Diğer taraftan hukuki bir bakış açısıyla konuya yaklaşanlar YİD modeliyle gerçekleştirilebilecek bir imtiyaz sözleşmesinde, sözleşmenin uygulanması sırasında doğabilecek hukuki uyuşmazlıkların yabancı hakem kararı ile çözümlenebileceğine ilişkin hükme yer verilmesi, Anayasanın 137. maddesindeki tabii hâkim ilkesine ilişkin hükme, Anayasanın 155. maddesindeki imtiyaz sözleşmelerinin imtiyaz hukuku açısından Danıştay incelemesinden geçirilmesi yolundaki hükme ve 2575 sayılı Danıştay kanununun 23. maddesinin (d) fıkrasında yer alan hükme aykırı düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş ancak yabancı sermaye akışını hızlandırmak ve ICSID sözleşmesinin onaylanmasına ilişkin 2.6.1988 gün ve 3460 sayılı kanunun uygulanmasına olanak sağlayabilmek için gerekli yasal değişikliklerin yapılmasının zorunlu olduğuna değinilmiştir.⁴¹⁵ Dönemin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı müsteşarı Yurdağül YİĞİTGÜDEN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine gönderdiği yazıda; aynen “Ülkemizde özelleştirmenin yapılması hususunda bütün taraflar aynı fikirde buluşmuş olmasına karşın, imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay’ın incelenmesinden geçirilmesi ve şirketlerle yapılan görüşmelerin uzaması ülkemizde özelleştirmenin çok ağır gitmesine neden olmaktadır. Özelleştirmenin hızlandırılması ve ülkemiz için son derece önemli olan uluslararası finansmanı temin amacıyla sözleşmenin Danıştay’da incelenmesinin belli bir süreye bağlanması ve tahkim usulüne yer verilebilmesi için Danıştay Kanunu ve İYUK’da gerekli değişikliklerin yapılması düşünülmektedir.” Biçiminde bir ifade kullanmıştır.

Bu alanda tepkisini en şiddetli dile getiren mesleki organizasyon Elektrik Mühendisleri Odası olmuş ve Anayasa değişikliğinin TMBB Genel kurulunda görüşülmesi esnasında özellikle uluslararası “*tahkimin tam bir kapitülasyon olduğunu*”, amacı kâr olan özel şirketle, amacı kamu yararı olan devletlerin eşit olmayacağı için aralarında tahkimin olamayacağını ifade etmişlerdir.⁴¹⁶ EMO’ya göre; (...)Ülkemizde tahkimi savunan hukukçuların yaptıkları, hayatın tüm alanlarının, hala korunabilmiş değerlerini egemen sermayenin çıkarları için özel hukukun bir gereği olarak terk etmek, kamu hukukunu olgusal olarak ortadan kaldırmaktan başka bir şey değildir. Anglo-Sakson ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde sözleşmelerin

⁴¹⁰ Nafiz KAYA, Yeni Yüzyıl, 18 Şubat 1997.

⁴¹¹ 21 Şubat 1997, Sabah.

⁴¹² Hürriyet, 8 Ocak 1996.

⁴¹³ Ali Berat MERİÇ, 26 Şubat 1997, Sabah.

⁴¹⁴ 22 Mart 1997, Hürriyet.

⁴¹⁵ D. 1. Daire Tetkik Hâkimi Oktay BAŞARICI’nın enerji dalında düzenlenen sözleşmelerin Danıştay’da imtiyaz hukuku yönünden incelenmesi konulu konuşması, s. 13.5.1996.

⁴¹⁶ http://www.emo.org.tr/merkez/raporlar/tahkim_raporu

(iradenin) üstünlüğü ilkesi gereği bir sözleşme hükmü kanunlara aykırı olsa dahi eğer taraflar bunu kabul etmiş ise, o sözleşme hükmü geçerlidir. Dolayısıyla Türkiye’de yabancı sermayenin uluslararası tahkim diye direktmesini bu anlamda düşünmekte yarar vardır(...). Anayasa değişikliğinin TBMM genel kurulunda görüşüldüğü sırada farklı bakış açılarını yansıtmaları bakımından ileri sürülen görüşleri de buraya almayı uygun bulduk:

Veysel CANDAN: (...)Uluslararası tahkimle ilgili Anayasa değişikliği tartışılmaya başlandığından bu tarafa, yanlış bir zemin üzerinde tartışılmaktadır. Bir grup, uluslararası tahkimi, kapitülasyonların geri gelmesi, ikinci Sevr ve bağımsızlığımızın zedelenmesi şeklinde yorumlarken, diğer bir taraf da, hükümet tarafı da, uluslararası tahkimin Türkiye’de her şeyi çözeceği gibi bir anlayışın içerisinde. Kanaatimizce ikisi de yanlıştır. Yapılması gereken, ulusal çıkarlarımızı koruyan, milli bir tahkim düzenlemesi yapmaktır. Aslında, ülkenin yerli ve yabancı yatırımcıya hukuki zemin hazırlaması da idarenin bir görevidir....”

KAMER GENÇ: “Anayasa değişikliği bana göre çok tehlikeli. Türkiye’de türk hukuk sistemi içerisinde, idari yargıyı kaldırıyor. Çünkü hükümet siyasi bir parti, tabii, çoğunluğun elinde tutan hükümet, eğer herhangi bir konuda idari yargı denetimini istemiyorsa, bir kanun getirir, bu kanun özel hukuk sistemine tabidir. Der, Kamu hizmeti niteliği kalmaz. Dolayısıyla, işi daha 47. maddede halletmişiz. Bir daha 125. maddenin, 155. maddenin değiştirilmesine bana göre gerek de yok”...

“Ahmet İYİMAYA

(...)Bir tahkim kodu kaçınılmazdır. İç tahkimin gelişmesini engelleyen usul kuralları tezelden ayıklanmalıdır. Yabancı firmaların bu konudaki asrı aşan birikimi, uzmanlık iddiasında bulunanların dahi kolay fark edemeyecekleri sözleşme içi tuzaklar, milletlerarası tahkimin zaafı ve yarın dikkat edin milli bir mesele karakterine dönüşebilecek riskler karşısında devletimizin, kurumlarımızın ve kendilerini uzman zanneden bürokratlarımızın yetersizliğini telafi edecek donanımlı, ciddi bir organ behemehal ihdas olunmalıdır....⁴¹⁷

Bütün bu gelişmelerden görüleceği üzere Türkiye’de Anayasa değişikliği öncesinde tahkim genelde fiili gerekçelerle reddedilmiş ancak kamuoyuna yeterli hukuki gerekçeler sunulamamıştır. Esasında Türkiye uygulamasının dışında idare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi amacıyla Avrupa Konseyi bünyesinde de önemli çalışmalar yapılmaktadır. 31mayıs - 2 Haziran 1999 tarihleri arasında Lizbon’da idari merciler ve özel kişiler arasındaki dava yoluna alternatifler; uzlaştırma, arabuluculuk ve tahkim konulu çok taraflı bir konferans yapılmıştır. Bu konferanstan sonra yapılan çalışmalar neticesinde taslak

⁴¹⁷ Bütün bu ifadeler için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Cilt. 9, 46. Birleşim, 10.8.1999 Salı / Dönem 21, Yasama Yılı 1.

bir tavsiye kararı metni hazırlanmış ve bu metin idari mercilerle özel kişiler arasındaki davalara alternatifler hakkında üye ülkeler için bakanlar komitesinin (2001) 9 sayılı tavsiye kararı olarak 5 Eylül 2001’de kabul edilmiştir. Bu tavsiye kararında, idari yargıda artan dava sayısının idare mahkemelerinin etkinliğini azaltabileceğini, davaların çözülme süresini uzatarak İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.(1) maddesinde yer alan makul sürede yargılanma hakkını zedeleyebileceği ve uygulamada dava yolunun, idari uyuşmazlıkların çözülmesinde her zaman en uygun çözüm yolu olmayacağı vurgulanarak, ADR’nin bu sorunların aşılmasında ve idareyle halkın birbirine yakınlaşmasında yardımcı olabileceği belirtilmiştir.⁴¹⁸

II. İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. *Fransız Hukukundaki İstisnalar*

İdari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi evrensel bir prensip olmamakla beraber, bu ilkenin geçerli olduğu Fransız hukukunda kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma yasağı kanunlaştırılmıştır. 1806 tarihli Fransız Medeni Usul Kanununun 83. ve 104. maddelerinin birleşimi tahkim yasağına işaret ediyordu. Conseil d’Etat’ın gerek adli ve idari yargı mercilerinin görevlerinin örtüşemeyeceği, gerek kamu yararının yine aynı “özel” yargılama karşısında korunması gerektiği noktalarından hareketle, tahkime karşı olan menfi tutumu devamlılık arz ediyordu.⁴¹⁹ Bugün de Fransa’da idari tahkim yasağı 5 Haziran 1972 tarihinde kabul edilen Medeni Kanunun 2060. maddesinde sarahaten belirtilmiştir. “Kamu kurum ve kuruluşlarını ilgilendiren ve daha genel olarak kamu düzenini ilgilendiren hususlara ilişik ihtilaflarda tahkim yasaktır. Bu bağlamda yasağın geçerli olabilmesi için ihtilafların bir kamu kurum veya kuruluşu ile ilgili olması yeterli olmaktadır. Kamu kurumu deyimi gerek merkezi ve gerekse mahalli idareleri, kamu kuruluşu da sınıflı ve ticaret mahiyeti taşıyan ve ticaret alanında faaliyet gösteren birimleri kapsamaktadır.”⁴²⁰ 1950’li yıllarda yukarıda bahsedilen kanun maddelerinin emredici olduğu ve adli yargının görevine giren konularda dahi devletin tahkime gidemeyeceğini iddia eden MESTRE’ye karşılık VEDEL ve MAZEAUD, bu hükümlerin klasik kamu kurumlarına uygulanmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu fikre gerekçe olarak, söz konusu kamu kurumlarının endüstriyel ve ticari karakterlerinin böyle bir uygulamayı başarısızlığa uğratacağı gösterilmiştir. 60’lı yıllarda konu ile ilgili bir tez ortaya atan STILLMUNKES’de aynı görüşü takip ederek, “klasik idare hukuku” ve “ekonomik idare hu-

⁴¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK, M, a.g.e., s. 385.

⁴¹⁹ PACTEAU, B.; Contentieux Administratif, PUF, 5. Baskı, Paris, 1999, s. 435.

⁴²⁰ LAIDIE, Y.; agm. s. 483.

kuku” ayırımına gitmiştir. STILLMUNKES’e göre, klasik idare hukuku alanındaki uyumsuzluklarda tahkim yasağı ilkesi uygulanması gerektiği halde, ekonomik idare hukuku alanına giren konularda, uygulamadan kaynaklandığı kadar, hukuki nitelikli gerekçelerle söz konusu yasağın yumuşatılması gerekmiştir.⁴²¹ Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi bir kararında; devlet için tahkim yasağının iç hukuktaki sözleşmelerle sınırlı olduğunu, uluslararası kamu düzeni açısından geçerli olmadığına işaret etmiştir. Eğer sözleşmedeki tahkim koşulu, uluslararası ticaret uygulamalarının koşullarına ve gereksinimlerine uygun bir uluslararası sözleşme söz konusu ise geçerlidir.⁴²²

Bu anlamda Fransa’da devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmalardan kaynaklananlara ek olarak, kamu hukuku alanındaki tahkim yasağı ilkesine istisna teşkil eden düzenlemeler yapılmıştır. 9 Temmuz 1975 tarihli kanun, Fransız Medeni Usul Kanununun 2060. maddesi çerçevesinde, iktisadi ve ticari nitelikli kamu kurumlarının tahkim anlaşmaları akdetmeleri için iznin bir “kararname” ile de verilebileceğine dair bir düzenleme içeriyordu. Ancak uygulamada, söz konusu kararnameden hiç çıkartılmamıştır.⁴²³

Bunun yerine ayrı ayrı kanunlarla bazı iktisadi ve ticari nitelikli kamu kurumlarına tahkime başvurma imkanı tanınması yoluna gidilmiştir.⁴²⁴ 30 Aralık 1982’de *SNCF*’yi (Fransız Devlet Demiryolları Şirketi) bir kamu kurumuna dönüştüren kanun, *La Poste ve France Telecom*’u kamu işletmelerine dönüştüren 2 Temmuz 1990 tarihli kanun gibi. 17 Nisan 1906 tarihli kanun, Devlet’e, mahalli idarelere, kamu çalışmalarının veya malzemelerinin tasfiyesi konularına tahkim anlaşması akdetme iznini belli bir prosedüre tabi olarak vermişti. 1960’da bir kararname ile bu imkân, mahalli idarelere ve onların kamu kurumlarına da tanındı.⁴²⁵

Fransa’da yargı içtihatlarında kamu tüzel kişilerinin uluslararası ticari ilişkiler alanında akdettikleri sözleşmelerle ilgili olarak uluslararası tahkime başvurabilecekleri her zaman kabul edilmiştir.⁴²⁶ Fransız Yargıtay’ı, 14 Nisan 1964 tarihli San Carlo ve 2 Mayıs 1966 tarihli Galakis kararlarında kamu tüzel kişilerinin uluslararası ticari tahkime her zaman başvurabileceklerine, tahkim yasağı kuralının uluslararası ticari teamüllere uygun şartlarda akdedilmiş uluslararası sözleşmeler için geçerli olduğuna karar vermiştir.⁴²⁷ Paris istinaf mahkemesi 24 Şubat 1994 tarihli *Ministère tunisien de l’équipement c. Société bec Frères* kararında bir idari sözleşmeyle ilgili uluslararası ekonomik uyumsuzluklar alanında da tahkim yapılabileceğini

⁴²¹ PATRIKIOS, A.; age., s. 50-51.

⁴²² TAN, T.; İdare Hukuku ve Tahkim, AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 4.

⁴²³ TANSUĞ, Ç.; İdari Sözleşmelerde Tahkim, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2002, s. 27.

⁴²⁴ JOUGELET, J.P, Conciliation, Transaction et Arbitrage, JCA, Fasucule-1005, no. 137-138.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ CHAPUS, Droit du Contentieux Administratif, op. Cit. S. 231 / aktaran GÖZLER, K. ; age., s. 208.

⁴²⁷ *Ibid.*

kabul etmiştir.⁴²⁸ Paris istinaf mahkemesi, 13 Haziran 1996 tarihli Société Kuwait Foreign Contracting and Investment C. Société Icori est-ero SPA et autre kararıyla uluslararası ticaret alanında akdedilen idari sözleşmelerle ilgili olarak da uluslararası ticari tahkime gidilebileceğine karar vermiştir.⁴²⁹

İdari sözleşmelerde tahkim yasağı, Fransız Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun (Code de Procédure Civile) 5.7.1972 gün ve 72/626 sayılı kanunla kaldırılan 1004. Maddesinde mevcuttu. Aynı şekilde böyle bir kural Fransız Code Civil'in 2060. Maddesinde de yer alıyordu. Fakat bu maddede yer alan tahkime gitme yasağı 5.7.1972 gün ve 72/626 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Halen kamu kuruluşlarının tahkim yoluna müracaatını yasaklayan 2060. Maddenin 1. Fıkrası mevcuttur. Ancak 9.7.1975 gün ve 75/596 tarihli kanuna 2060 no'lu maddeye ikinci bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre sınai ve ticari nitelikteki kamu kuruluşlarına kararname ile tahkim yoluna müracaat etme yetkisi verilebilir. Diğer bazı ülkelerde, kamu kuruluşlarının tahkime müracaatını engelleyen mevzuat daha katıdır. Peru'da Anayasa hükmü ile tahkime gitme yasaklanmıştır. Brezilya'da bazı durumlarda tahkime müracaat edilebilir. Örneğin karma ekonomi şirketlerinin tahkimi yoluna başvurması yasak değildir. Latin Amerika ülkelerinde kamu kuruluşlarının tahkime müracaatı kuşku ile karşılanmaktadır. Bu nedenle hakem kararlarının tanınmasına ilişkin New York Anlaşması bu ülkeler tarafından tasdik edilmemiştir. Bu yüzden Latin Amerika da ihtilafların halli için "clause calvo" denilen bir kayıtla mahalli mahkemeye yetki tanınmaktadır.⁴³⁰

B. Anayasa Değişikliği Öncesinde Türk Hukukundaki İstisnalar

1. 3533 sayılı Kanun Uyarınca Mecburî Tahkim

1938 yılında çıkarılmış bulunan 3533 sayılı "Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediyeye veya Hususi İdarelere ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla halli Hakkında Kanun", söz konusu kuruluşlar arasında çıkan anlaşmazlıklardan adliye mahkemesinin görevi içinde bulunanların tahkim yoluyla⁴³¹ çözümlenmesi olanağını getirmektedir.

16 Temmuz 1938 tarihinde yürürlüğe giren kanunun amacı gerekçesinde ve 1271 sayılı tefsir kararında aşağıdaki biçimde ifade edilmiştir:

⁴²⁸ LAIDIE, Y.; agm., s. 478.

⁴²⁹ Ibid.

⁴³⁰ DAYINLARLI, K.; Joint Venture Sözleşmesi, 2. baskı, Ankara, 1999, s.162

⁴³¹ 3533 sayılı kanuna göre verilen kararların yargısal nitelik taşıdığı yönünde bkz. Yüzyıl Boyunca Danıştay, Temyiz Davaları, s. 555.

“Tahdit ettiği daire ve müesseseler arasında tahaddüs eden ihtilafların, mahkemelerin tabi oldukları uzun usul hükümlerinden ayrı olmak üzere daha seri ve daha az masraflı olarak görülmesini”... temin eylemektir.⁴³²

Anayasa mahkemesine göre de 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.”⁴³³

Kamu idare ve müesseseleri arasında özel hukuk alanında meydana gelen uyuşmazlıkların halledilmesini sağlamak maksadıyla yürürlüğe konan bu zorunlu tahkim yolu için kanunda ayrı bir prosedür öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi 28.2.1963 tarih ve 46/43 sayılı kararında, 3533 sayılı kanunun öngördüğü tahkim müessesesinin idareler arasında cebri tahkim yolunu ihdas ettiğini, bazı istisnalar dışında bu hakemlerin kişiler arasındaki uyuşmazlıkları halleden hakemlerden farkları olmadığını, buna göre mahkemeler dışında ayrı bir statüye tabi olan mezkûr hakemlerin görmekte bulundukları bir davada Anayasa Mahkemesine başvuramayacaklarını tespit etmiştir.⁴³⁴

Burada görüldüğü üzere kamu kuruluşları arasında özel hukuk alanında doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için genel bir düzenlemeye gidilmiştir.⁴³⁵ Kurumlar arasında kamu hukukundan doğan anlaşmazlıklar ise genel olarak idari yollarla giderilmektedir. Bununla beraber özellikle vesayet denetimi yapan kuruluşlar ile denetimin uygulandığı kuruluşlar arasında çıkan anlaşmazlıklarda görülmektedir.⁴³⁶

Genel bütçeye tabi idareler arasında çıkacak uyuşmazlıkta Bakanlar Kurulu tarafından seçilecek bir bakanın hakem olarak görev yapması gerektiği 3533 sayılı yasanın 2. Maddesinde

⁴³² Gerekçede ayrıca şu izahat mevcuttur: *Umumi, mülhak veya hususi bütçelerle idare edilen daireler arasında tahaddüs eden hususi hukuk ihtilafları, bu mevzu teşkil eden işin cereyan tarzı ve neticesi itibariyle hususi bir mahiyet arz eder. Diğer taraftan aynı maksat ve gaye etrafında çalışan bu resmi teşekküllerin her birinde hukuk müşavirliği teşkilatının da mevcudiyeti, münazaalı hususların kat’i bir safhaya intikalinden önce esaslı tetkiklere tabi tutulmasını istilzam eder. Bu suretle, esaslı tetkik safhalarından geçirilmiş olan ihtilafların daha seri bir usulle halledileceği ve ihtilafta taraf olanların takip ettiği maksat ve gaye nazarı itibara alınarak layihada gösterilen sistemin kabulü muvafık görülmüştür. Bütçe komisyonu raporunda da “...Bu daireler arasındaki ihtilafların hakiki şahıslar arasında husule gelen ihtilaflardan farklı bir mahiyetleri bulunduğu tabii olmakla beraber, bu daireleri idare edenlerin herhangi bir ihtilaf lehinde hüsnüniyetle hareketleri de tabii olduğundan bir çok zaman ve masraflı istilzam eden bu davaların daha kısa bir zamanda ve az masrafla hallini temin etmek üzere tahkim yolu ile halledilmesi derpiş edilmiş ve yine bu ihtilafların hususiyeti nazara alınarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ait hükümleri haricinde bir esasın tesbiti de muvafık görülerek işbu layiha sevk edilmiştir... denilmek suretiyle sözü geçen kanunun tesis ettiği tahkim müessesesinin kuruluş maksadı ve istisnai durumu tebarüz ettirilmiştir.*(ZC., 5.devre, 1.6.1938-29.6.1938, C.26).

⁴³³ Anayasa Mahkemesinin 05.10.1972, E.1972/19-K.1972/47 Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:10, s. 23.

⁴³⁴ KUTAY, İ.; 3533 Sayılı Kanuna Göre Tahkim, TAHKİM, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, BTHAE, Yayın No. 58, s. 322.

⁴³⁵ Buna ilişkin bir Danıştay Kararı için bkz. D. 8. Daire, E. 1990/1834, K. 1991/1377, T.18.9.1991.

⁴³⁶ GÖZÜBÜYÜK, Ş.; Yönetmelik Yargı, 12.baskı, Ankara, 1998, s. 214.

düzenlenmiştir. 3533 sayılı yasanın 4.maddesinde katma bütçeli idareler ile belediyeler, özel bütçe ile idare olunan sermayesinin tamamı Devlet, Belediye veya özel idarelere ait olan daire ve müesseselerinin arasında çıkan ihtilafların ise o yer ticaret mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından mecburi hakem sıfatıyla çözümlemek durumunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Eğer davanın taraflarından biri 3533 sayılı kanunda yazılı kamu kurumu veya kuruluşu değil ise, davaya mecburi tahkim yönteminde mecburi hakemde bakılamaz.⁴³⁷

3533 sayılı yasa uyarınca hakem olarak saptanmış bulunan kimse, tahkikatın şeklini ve süresini tayin eder ve lüzum gördüğü takdirde ancak tarafları dinleyebilir. Tanık dinlemek, bilirkişi tayin etmek ve keşif yapmak gibi yetkilerde hakeme ait bulunmaktadır. Mecburi tahkimde hakemler tarafından verilmiş bulunan kararlar, ilamların icrasına dair hükümler doğrultusunda icra edilir.⁴³⁸ Bu bakımdan ihtiyari tahkimi düzenleyen HUMK 516-536 madde hükümlerinden 516.maddenin son fıkrası uyarınca hakem kararlarının kesinleşmesi, bu kararın taraflara tebliğini takip eden 15 günlük temyiz süresi içinde temyiz edilmemiş olmasına veya temyiz edilip Yargıtay'dan onama kararı verilmiş olmasına bağlı iken 3533 sayılı yasanın 7.maddesindeki hükmü uyarınca HUMK 536/son hükmünün mecburi tahkime uygulanma olanağı da bulunmamaktadır.⁴³⁹

Mecburi tahkimde açılan bir davada, davalı olarak 3533 sayılı kanuna tabi idarenin yanında, bu kanuna tabi olmayan bir kişi de davalı olarak gösterilmişse; davaya bakan hakem, mecburi tahkime tabi olmayan kişi hakkındaki dava için görevsizlik kararı verir. Mecburi tahkime tabi kuruluşlar arasındaki davayı ise karara bağlar.⁴⁴⁰ Aynı şekildeki bir dava genel mahkemede açılmışsa, genel mahkemenin davanın kamu kuruluşlarına ilişkin bölümünü ayırıp görevsizlik kararı vermesi anlayışı Yargıtay'ca terkedilmiş bulunmaktadır. Artık genel mahkemeler bu şekilde bir davayı bütünüyle inceleyip karara bağlayacaklardır.⁴⁴¹

3533 sayılı kanunun kapsamına ilişkin olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı kamu ihale kanunu dikkate alınmak suretiyle şöyle bir tespitte bulunulabilir.

⁴³⁷ Nitekim Yargıtay 13. HD. 19.9.1995 tarih ve E.1995/6841, K.1995/7614 sayılı kararında davacı TCDD müessesesinin 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun hükmünde kararnamenin ekli listedeki unvanının daha sonra anonim şirket olarak değiştirildiğini ver 233 sayılı KHK 16.maddesinde müesseselerin bu kanun hükmünde saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olacağı ifade edildiğinden anonim şirket olan TCDD ile belediyeler arasındaki ihtilafta 3533 sayılı yasanın uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD. 19.9.1995 tarih ve E.1995/6841, K.1995/7614 sayılı kararı, YKD., cilt.22, sayı:4, Nisan 1996, s. 567-568.

⁴³⁸ POLATKAN, V.; Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2000, s. 490.

⁴³⁹ Buna ilişkin bir karar için bkz. YKD, cilt.22, sayı:6, s. 970, Y.12.HD 12.3.1996T., E.1996/2939, K.1996/3312.

⁴⁴⁰ Y. 4. HD'nin 28.3.1980 T., 2169/4159 sayılı kararı, YKD., 1980, 5.11, s. 1479-1482.

⁴⁴¹ KURU, B.; HUMK, 4.cilt, ilaveli, 5.baskı, İstanbul, 1991, s. 4518.

2886 sayılı kanunun kapsam başlıklı 1.maddesinde genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, özel idare ve belediyeler ifadesi kullanılmışken, 4734 sayılı kanunda bu daha da genişletilerek kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarından bahsetmekte bunu 2. Maddesinde daha belirgin hale getirmektedir. 4734 sayılı yasanın kapsamına ilişkin tespitinden hareketle, 3533 sayılı yasanın kapsamı kamu hukukuna tabi olan kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşların özel hukuk alanında aralarında çıkan ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenmesine olanak verecek biçimde genişletilebilir.

2. Anayasa Değişikliği Öncesinde Uluslararası Sözleşmelerle İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkimin Uygulanabilirliği

13.08.1999 tarih ve 4446 Sayılı “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*” ile Anayasanın 125. maddesinde yapılan değişiklik ile Türkiye’nin kanunla onayladığı çok taraflı ve iki taraflı anlaşmalar içinde yer alan milletlerarası tahkim, kamu yatırımlarıyla ilgili ihtilafların çözümünde bir yargı kolu olarak açıkça kabul edilmiştir. Özellikle 1999 Anayasa değişikliği öncesinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin reddi prensibinin Türkiye’nin usulüne uygun olarak onayladığı çok taraflı ve iki taraflı anlaşmalar karşısında akıbetinin ne olacağı etrafında yoğun tartışmalar yaşanmıştır.⁴⁴² 1999 yılının sonu itibariyle Türkiye çeşitli devletlerle iki taraflı yatırım anlaşmaları imzalamış ve bu anlaşmalarda da ihtilafların çözüm yolu olarak tahkim kabul edilmiştir. İTY Anlaşmaları taraflar arasında karşılıklı istişare ve müzakerelerle çözümlenememiş uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak tahkim kurallarını içermektedir.⁴⁴³ Bu hükümler Türk iç hukukunda emredici niteliğe sahiptir. Bu düzenlemeler arasında en kapsamlı olanı “*Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında 1966 tarihinde Washington’da imzalanan sözleşmedir (International Convention on Settlement of Investment Disputes)*. Türkiye Cumhuriyeti ICSID anlaşmasının onaylanması 27 Mayıs 1988

⁴⁴² 17 Aralık 1994 -16 Haziran 1995 tarihleri arasında Lizbon’da imzaya açık olması hususunda mutabakata varılan Avrupa Enerji Şartının Uyuşmazlıkların Çözümü başlıklı V. Bölümünde tahkim eyer verilmiştir. Bu madde hükümlerine göre; yatırımcının bulunduğu anlaşma tarafının ve uyuşmazlığa katılan anlaşma tarafının yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konvansiyonuna taraf olması halinde ICSID veya Stockholm Ticaret Odası hakemlik enstitüsü uyarınca esasen bir hakem vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözülebileceği ifade edilmiştir. Avrupa Enerji Şartının İngilizce metni için bkz. <http://www.juristint.org>

⁴⁴³ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz.; BİRSEL, M.; Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ali BOZER Armağanı, Ankara, 1998, s. (499-538).

tarikh ve 3460 sayılı kanunla uygun bulmuş ve bu anlaşma 7 Ekim 1988 tarihinde 27 Mayıs 1988 tarihinden geçerli olmak üzere onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu anlaşmalarda İTY Anlaşmasının diğler tarafı olan yabancı devletin yatırımcısının uğradığı zararın tazmini maksadıyla Türkiye Cumhuriyetine veya ilgili Türk kamu kurumuna karşı dava açmak istediğinde ICSID sözleşmesi tahkim kuralları dairesinde ICSID merkezine başvurma hakkı tanınmıştır. Bazı İTY Anlaşmalarında ise yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü için ilgili yabancı yatırımcıya ICSID sözleşmesi yanında MTO tahkim Divanı Kuralları veya UNCITRAL Tahkim kurallarından birisini seçme hakkı verilmiştir.⁴⁴⁴ Bu hükümler Türk iç hukukunda emredici nitelikte değerlendirilmektedir.⁴⁴⁵

ICSID anlaşması Türkiye'nin de taraf olduğu bir uluslararası anlaşma olması nedeniyle uluslararası hukuk kuralları açısından olduğu kadar, Anayasanın 90. maddesi açısından da yasa hükmünde olduğundan ve bu anlaşmasının yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış ve yapılacak yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması da söz konusu olmayacağından iç hukuk açısından bağlayıcı bir nitelik taşıdığı kabul edilebilir.⁴⁴⁶ Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş⁴⁴⁷ uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa mahkemesine başvurulamaz.⁴⁴⁸

Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti "*Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi*"ni de 1991 tarih ve 3731 sayılı kanunla onaylamıştır. Türkiye tarafından 8 Mayıs 1991 tarih ve 3730 sayılı kanun ile onaylanan Milletlerarası Ticari Hakemlik konusunda 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesinin II. maddesi uyarınca, "*Amme Hukuku Tüzel Kişileri hakemlik anlaşmaları akdetmek yetkisini haizdirler ve işbu sözleşmeyi imzaladığı, tasdik ettiği veya buna katıldığı sırada her devlet, yukarıda zikri geçen*

⁴⁴⁴ BİRSEL, M.; (İki taraflı Yatırım Anlaşmaları), Ali BOZER Armağanı, 1998, s. 526.

⁴⁴⁵ BİRSEL M.; (Altyapı), s.133.

⁴⁴⁶ SOYSAL bunu şu şekilde ifade etmektedir: "...bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de Anayasayla birlikte düşünmek ve Anayasayı onunla birlikte yorumlamak gerekecektir"., Anayasa Yargısı, Ankara, 1986, AM Yayınları, No.5, s. 17.

⁴⁴⁷ 1982 Anayasasında uluslararası anlaşmaların imzalanması ve onaylanması sistemi ile ilgili bir çalışma için bkz; ARMAĞAN, S.; 1982 Anayasasında Uluslararası Adlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi, Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Yargısı, cilt:17, Ankara, 2000, s. 16

⁴⁴⁸ Anayasa Mahkemesi E.96/55, k.97/33 sayılı kararı ile; İslam Ülkeleri arası yatırım ve ihracat kredi sigortası kurumu kuruluş anlaşmasının onaylanmasının uygun bulunmasına dair kanunla ilgili ve 110 milletvekilinin açtığı bir iptal davası kararında milletlerarası anlaşmaları onaylayan kanunların Anayasal yargı denetimine tabi olduklarını kabul etmiş, ancak göz önünde bulundurulması gereken ihtirazi kaydı Anayasa düzeninin korunması bakımından yeterli görerek söz konusu yasanın Anayasaya aykırılığını kabul etmemiştir.

yetkiyi açıkladığı muayyen şartlarla sınırlandıracağını beyan edebilir” hükümlerini içermektedir. Türkiye Cumhuriyeti “*amme hukuku tüzel kişilerinin tahkime başvurma hakkı*” ile ilgili olarak herhangi bir çekince koymamıştır.⁴⁴⁹

Anayasa Mahkemesinin YİD uygulama sözleşmelerini imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerin tabi tutan maddelerini iptal etmesinden sonra, bu sözleşmelerde uluslararası sözleşmelere atıf yapılmak suretiyle ihtilafların halli konusundaki düzenlemeler açısından, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle çelişen bir tutum içerisine girdiği savunulmuştur.⁴⁵⁰

Bu konu Danıştay 5. Dairesinin bir kararında aşağıdaki şekilde açıklanmıştır:

“Uluslararası anlaşmaların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş nitelikteki bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savsaklanamayacağı⁴⁵¹ Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. A-

⁴⁴⁹ Bu tip uluslararası sözleşmelerin imzalanmasından önce de kamu hukuku tüzel kişileri ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında özel hukuka tabi sözleşmelerden doğan ihtilafların çözümünde tahkim yoluna başvurulmaktaydı. Buna ilişkin bazı hakem kararlarının Yargıtay’da temyizi üzerine verilen kararlar için bkz. Y. 15. HD., E. 2003/1602 K. 2003/2703 sayılı kararı (yayınlanmamıştır), Giriş İnşaat ve Müh. AŞ; ile TEAŞ arasında çıkan uyuşmazlık Y. 15. HD. E. 1998/4335, K. 1999/1126, Yasa Hukuk Dergisi, C. XIX, sayı: 225/08 (Ağustos/2000), s. 1116, Kınalı Sakarya Otoyolu Müteahhitliği Konsorsiyumu ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğü arasındaki uyuşmazlık Y. 15. HD., E. 2000/1249, K. 2000/4146, (yayınlanmamıştır) TC Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Karayolları Genel Müdürlüğü ile Doğuş İnşaat ve Tic. AŞ. arasında çıkan uyuşmazlık, Y. 15. HD, E. 2002/2697, K. 2002/3715 (Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü ile Yüksel İnşaat AŞ. arasında çıkan uyuşmazlık.

⁴⁵⁰ Bu noktada Anayasa Mahkemesi Kararlarının ayrıntılarına, I. Bölümde değinildiği için girilmemiştir. EMEK, U.; Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa değişikliğinin Getirdikleri, s. 93, Vergi Dünyası, Ekim 1999, sayı: 218, karşı yönde bkz. DURAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 165

⁴⁵¹ *Uluslararası bir anlaşmaya taraf olmak, bir akit devlet yasama organının Anayasadan kaynaklanana yetkilerini ortadan kaldırmaz. Diğer bir deyişle, bir uluslararası anlaşmanın onaylanması, bir devletin yasama organını asli ve yapısal yetkilerinden yoksun bırakmaz. devletin, herhangi bir anlaşma akdetmekle egemenliğinden kaynaklanan yasama yetkilerinden feragat ettiği söylenemeyeceğine göre, vergilendirme yetkisi sınırları içinde kaldığı sürece, herhangi bir vergi yasası çıkarması mümkündür. Sadece bu noktadan yaklaşıldığı takdirde, herhangi bir ulusal yasanın taraf olunan bir uluslararası anlaşmayı bertaraf edip etmediğinden bahsetmek yersizdir. Ancak, konuya bir başka açıdan yaklaşmak da mümkündür. Bir anlaşmanın onaylanması ile onay makamı, devletin idari yetkililerince yürütülmüş ve metne dönüşmüş görüşmelerin sonuçlarını ve metnin içeriğini kabul etmekte; dolayısıyla, anlaşmanın bütün içeriği ile uygulanması konusunda devlete bir sorumluluk yüklenmektedir. Bu nedenle, uluslararası toplum, devletin anlaşmanın uygulanması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir. Bir vergi anlaşması uluslararası bir anlaşma olarak uluslararası hukukun yönetimi altında olduğuna göre, Viyana anlaşmalar hukuku sözleşmesinin de konusuna girmektedir. Bu sözleşme, anlaşmalar hukukunun temel ilkeleri konusunda öteden beri oluşan uluslararası örf ve adet kurallarının somutlaştığı ve özetlendiği bir metindir. Sözleşme, taraf olmasa dahi bir devletin uymak zorunda olduğu kurallar bütünü olarak ele alınmaktadır. Anlaşmaların ulusal hukuk karşısındaki konumlarını belirten sözleşme hükümleri bu noktada özel bir önem kazanmaktadır. VAHS’nde, uluslararası hukuk bakımından geçerli olan “söze bağlılık” (pacta sunt servanda) ve “iyi niyet” ilkeleri hükme bağlanmıştır. Buna göre, yürürlükteki her anlaşma tarafları bağlar*

nayasa, anlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan “kanun hükmünde” sözcüklerinin usulüne göre yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre, iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması, bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır.⁴⁵²” Anayasa değişikliği öncesinde iki taraflı anlaşmalarda tahkim şartının Türkiye’de geçerli olmayacağı hatta bu konunun Dış İşleri Bakanlığının görmek istemediği ya da gözden kaçırdığı bir durum olduğu şeklinde görüşler ileri süren yazarlar yanında Sayın **Yıldırım ULER** bu hususta şunları söylemektedir.

“Bir takım ikili anlaşmalara tahkim şartı konuldu ancak, belki Dışişlerinin görmek istemediği ya da gözden kaçırdığı bir şey var. Böyle bir anlaşma Türkiye’de geçerli olmaz. Uluslararası hakeme gidemezsiniz. Gitseniz bile vereceği kararlar uygulanamaz. Çünkü bu kararlar yani kamu hizmetlerimizle ilgili konularda verilecek kararlar bizim kamu düzenimize aykırıdır. Bizim kamu yargımızı idari yargıyı yok saymak bertaraf etmek anlamına gelir. Bu Suudilerle oturup Türkiye’ye şeriatı getireceğim biçiminde bir anlaşma imzalayıp Mecliste geçirmeye Anayasaya aykırılığı iddia edilememe dolayısıyla benzer. Ama, Türkiye’de bunun uygulanması olanaksızdır. Çünkü kamu düzenimizi yapımızı yok saymak demektir. Yani idari rejimi, idare mahkemelerini, Danıştay’ı yok sayarak kamu hizmetlerini uluslararası hakemlere, çok uluslu şirketler etkilerine teslim edemeyiz.”⁴⁵³

Sayın ULER’in buradaki eleştirisinin haklı görülebilecek yönleri olmasına karşın hukuki bir eleştiriden ziyade, bir bakış açısını yansıtmaktadır. Çünkü görüşlerinde hakem yargılamasının ulusal ve uluslararası boyuttaki uygulanışı, hakem kararlarının nasıl ve şekilde bağlayıcı olacağı ve nihai hakem kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları bakımından hemen he-

ve taraflarca iyi niyetle uygulanmak zorundadır. Bu ilkelerin ihmal edilmesi veya göz önüne alınmaması hukuktan ayrılmak, hukuk dışına çıkmaktır. bkz. **SOYDAN**, B.; Uluslararası Vergi Anlaşmaları, İstanbul, 1995, s.83-84’den naklen.

⁴⁵² Danıştay 5. Daire, E.1986/1723, K.1991/933, T. 22.5.1991, Danıştay dergisi, Yıl: 22, s. 84-85, 1992, sh. 321 vd. Danıştay 10. dairesi de 1992 tarihli kararında kamu görevlilerinin sendika kurmalarını yasaklayan iç hukuk kuralı ile bunla çatışan anlaşma kuralından üstün tutulmuş ve doğrudan uygulayarak karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesi, E. 1991/1262, K. 1992/3911, T. 10.11.1992, bkz. **BİRSEL**, M.; (Altyapı), s. 49.

⁴⁵³ **ULER**, Y.; Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti , Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, s. 256. Aynı yönde yaklaşımlar için bkz. Dipnot 437

men her ülkede kabul edilen kıstaslar tartışılmamıştır. Hakem kararlarının gerek tahkimin yürütüldüğü ülkenin gerekse hakem kararlarının tenfizi gündeme geldiğinde, tenfizin talep edildiği ülkenin kamu düzenine aykırı olamayacağı prensibine de değinilmemiştir. Diğer taraftan Sayın ULER'in (...) *kamu hizmetleri ile ilgili konularda hakem kararları verilemeyeceği*(...) saptaması da başka yönlerden değerlendirilebilir. Örneğin Fransa'da bayındırlık ihaleleri idari sözleşme olarak kabul edilmekteyken, Türkiye'de Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanununa göre akdedilen yol, köprü, baraj, bina yapımı gibi bayındırlık sözleşmeleri kategorik olarak özel hukuk sözleşmeleri sayılmaktadır.⁴⁵⁴ Bununla beraber bunların doğrudan bir kamu hizmetinin ifasına ilişkin olduklarında şüphe yoktur.⁴⁵⁵ 5 Ocak 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri kanununda⁴⁵⁶ akdedilen sözleşmelerin niteliğine ilişkin hükümler bulunmamakla birlikte kamu ihale sözleşmeleri kanununun 36. maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunun hükümlerinin uygulanacağı açık olarak ifade edilmiştir. Kamu **parasının ve kamu yararının yoğun biçimde gözlendiği bu tip kapsamlı projelerde** ulusal ve uluslararası ölçekte konsorsiyumların ihaleleri aldıkları ve işleri ifa ettikleri bilinen bir gerçektir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki haklı ve yerinde gerekçelendirilmiş görüşler⁴⁵⁷ dikkate alındığında, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi olanaklıyken Sayın ULER'in uluslar arası anlaşmalarda öngörülse dahi, salt kamu hizmetlerini ileri sürerek tahkimin uygulanamayacağı biçimindeki görüşünün eksik kaldığı kanaatini taşımaktayız.

Konu ile ilgili olarak karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmak açısından sayın ŞANLI'nın görüşlerine yer vermek istiyorum;

“Türkiye İngiltere/Kuzey İrlanda, İsviçre, Japonya gibi pek çok ülke ile akdettiği yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları ile taraf devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişi yatırımcılarla Türk kamu kuruluşları arasında akdedilen veya akdedilecek olan Yap-İşlet-devret sözleşmeleri Türünden “Uluslararası İdari Sözleşmelerden” doğan uyuşmazlıkların TAHKİM marifetiyle çözümleneceğini kabul ve taahhüt etmiştir. Türk kamu

⁴⁵⁴ ONAR, S.S.; age., c. III, s. 1559; GÖZÜBÜYÜK, Ş. /TAN, T.; age., c.I, s. 455, bu konudaki yargı kararları için bkz. UM. E. 2000/50, K. 2000/62 sayılı kararı, Resmi Gazete, 4 Nisan 2001, sayı. 2463, UM, E. 2000/49, K. 2000/61 sayılı kararı, Resmi Gazete, 4 Nisan 2001, sayı. 24363, Danıştay 10. dairesi, 9 Haziran 1998 t. ve E. 1986/469, K. 1998/ 1048 sayılı karar, KARAVELİOĞLU, C., age., c. I, s. 784.

⁴⁵⁵ ONAR, S.S.; age., c.III, s. 1600.

⁴⁵⁶ 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı RG'de yayımlanmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri kanunu tasarısı ve komisyon raporları için bkz. Genel gerekçe, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss794m.htm>, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun Tasarısı ve Plan ve Bütçe ve bayındırlık, İmar, ulaştırma ve Turizm komisyonu raporları, (1/931), sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-382/5382.

⁴⁵⁷ GÖZLER, K.; age., cilt II, s. 51.

kurumlarının veya Türk Yüksek mahkemelerinin devletin anlaşma ile kabul ve taahhüt ettiği bir düzenlemeyi yok farzetmeleri Uluslararası hukuk bakımından kabul edilemez. Devletim imza koyduğu anlaşmalarla uyuşmazlıkların çözüm metodu olarak kabul ettiği bir usulü, kamu kurumları veya mahkemelerin uygulamada reddetmeleri ülke bakımından skandal olur.”

Yukarıdaki yaklaşım ise konuyu salt uluslararası hukuktaki yükümlülükler açısından ele almaktadır. Oysaki 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar konvansiyonu anlaşmaların geçersizliğine ilişkin sebeplerden biri olarak *yerel hukukun hükümlerine aykırılığı* öngörmüştür.⁴⁵⁸ Ancak bunun ileri sürülebilmesi de 46. madde uyarınca, Anayasanın anlaşmanın yapılması hükümlerinin ihlal edildiği noktasında değil ancak *uygulama ve iyiniyet kurallarının* ihlal edildiği şeklinde olabilecektir.⁴⁵⁹ Nitekim özellikle imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda iki taraflı yatırım anlaşmalarında tahkim koşulu öngörülse dahi Anayasa değişikliği öncesi dönemde uluslararası anlaşmalar dayanak gösterilerek tahkim yoluna başvurulduğuna tanık olunmamıştır.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de *hukukun genel ilkeleri* anlamında uluslararası anlaşmaların durumudur. Anayasa mahkemesi çeşitli kararlarında hukukun genel ilkelerini; hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerinin benimseyip⁴⁶⁰ uyduğu ilkeler olarak tanımlanmıştır.⁴⁶¹ Anayasa mahkemesi ölçü norm olarak yararlandığı bu ilkedен hareketle hukuk devletini, “*Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğunu bilincinde sahip bulunan devlettir*”⁴⁶² şeklinde tanımlanmıştır. Bu anlamda uluslararası alanda *pacta sunt servanda* ilkesine uymanın da hukuk devleti ilkesinin bir

⁴⁵⁸ 1961 tarihli Viyana Konvansiyonu m. VI.

⁴⁵⁹ WALLACE, M.; age., s. 227.

⁴⁶⁰ TC Anayasasının 47, 125 ve 155. maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun teklifinin genel gerekçesinde şu ifadeler vardır; “(...) ülkemizin yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü, önemli bir yer tutmaktadır. Günümüzde bu tür uyuşmazlıklar bakımından tahkim uluslararası düzeyde gittikçe yaygınlaşan bir kurum haline gelmiştir. Nitekim aralarında Türkiye’nin de bulunduğu çeşitli devletlerle imzalanmış bulunan 1975 tarihi Helsinki nihai senedinde anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü öngörülmüştür. Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye, gerek 1975 tarihli Helsinki nihai senedinde, gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye’nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasanın 125. maddesinde de yer verilmesi uygun olacaktır(...)”

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

⁴⁶¹ E. 1963/166, K. 1964/76, 22.12.1964 AMKD sayı: 2, s.291 E. 1985/31, K.1986/11, 27.3.1986, AMKD sayı. 22, s.119-120.

⁴⁶² E.1985/31, K. 1986/11, 27.3.1986, AMKD, sayı.22, s. 120.

gereği olduğu savunulabilecektir. Bunun yanında hukukun genel ilkelerinin hatta idare hukukunun genel ilkelerinin oluşmasında artık *uluslararası müktesebat ve yargı kararları* dahi vazgeçilmez bir kaynak niteliği taşımaktadır. Bu anlamda Avrupa Adalet Divanı kararlarında da idare hukukuyla ilgili pek çok genel ilkenin altının çizildiği görülmektedir. *İdarenin kanuniliği, ölçülülük ilkesi, hukuki belirlilik, öngörülebilirlik, ayrımcılık yasağı, idari mahkemelere başvuru hakkı, kamu idarelerinin sözleşmeden doğan sorumsuzluğu* gibi ilkelerin bu kararlarda yer aldığına tanık olmaktayız.⁴⁶³ Bu anlamda uluslararası anlaşmalar ve uluslararası alanda kabul gören genel ilkeler, yatırımcıların devletle yaptığı sözleşmelerde gerek sözleşmenin ifası aşamasında gerekse uyuşmazlıkların çözüm aşamasında pozitif hukuki dayanakların haricinde göz önünde tutulması gereken ilkelerdir.

Uluslararası hukuka göre, bir devletin onaylama yoluyla bir anlaşma ile bağlı olduğuna dair onayını açıklaması halinde, anlaşma yükümlerini yerine getirmek ve ifa etmekle mükelleftir. Bu yükümlülük uluslararası hukuk prensibi *pacta sunt servanda'dan* ileri gelmektedir ve bunun ihlali durumunda devletin uluslararası alanda sorumluluğu doğar. Prensip itibarıyla uluslararası anlaşmalar, TBMM tarafından onaylanmasının uygun bulunmasının üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe girer. Türk hukukuna göre usulüne göre yürürlüğe giren uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir ve tüm mahkemeler üzerinde bağlayıcılığı bulunan hukuk kurallarını teşkil eder. Türkiye yatırım anlaşmasını gereği gibi onaylamış olmakla yatırım anlaşması hükümlerini uygulama yükümlülüğü altına girmiştir. Konu, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi açısından bakılacak olursa, 4446 sayılı kanunla Anayasanın 125. Maddesine eklenen fıkradan bağımsız olarak ICSID anlaşmasının Türkiye açısından yürürlüğe girdiği 2 Nisan 1989 tarihinden bu yana kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bu anlaşmanın kapsamıyla örtüştüğü ve şartların karşılandığı kadarıyla ICSID tahkimi yoluyla da çözümlenebileceği sonucuna varılabilir.⁴⁶⁴

⁴⁶³ Bkz. European Principles for Public Administration, Sigma Papers, no. 27, 22 November 1999, s. 8.

⁴⁶⁴ ICSID Anlaşmasını imzalarken Türkiye anlaşmanın 25/4.maddesi uyarınca merkeze yalnızca doğrudan doğruya T.C.'nin yabancı sermaye mevzuatına uygun olarak gerekli izinleri almış ve fiilen çalışmaya başlamış olan yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların merkezin yargı yetkisi dahilinde olacağını; ancak gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkı ve aynı haklar ile ilgili uyuşmazlıkların tamamen Türk mahkemelerinin yargı yetkisi dahilinde olacağını yani merkezin bu anlaşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahip olmayacağını bildirmiştir. Teknik olarak bir çekince niteliğinde olmayan bu bildirimin aksine, Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında imzalanmış iki taraflı yatırım anlaşması da mülki haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edileceği yönünde bir hüküm bulunmaktadır. ICSID anlaşmasına Türkiye'nin koyduğu çekince ise, anlaşmanın yorumu ve uygulanması ile görevli olan uluslararası adalet divanının yetkilerine yöneliktir. **YEŞİLİRMAK, A;** Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, **BATIDER**, Aralık 1999, cilt. XX, sayı.2, sayfa 166-167.

Konu ile ilgili olarak Lütü DURAN; idari sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının, Türk yargısının yetkisini bir kenara ittiğini belirterek özellikle ICSID konvansiyonunun yürürlüğe girmesinden sonrasında ilgili düşüncelerini şöyle ifade etmiştir:

“...Milletlerarası güvence altında bulunacak olan yabancı sermayeli 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 mahkemelelerinin taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyumsuzluklarına ilişkin münhasır yetkisini saklı tutmayı ve münferit ikili anlaşmazlıklarda yatırım uyumsuzluklarının LAHEY Adalet Divanına götürülmesine ilişkin rezerv konulmasını öngörmekte ise de; bu kayıtlar Y-İ-D uygulamalarının yabancı hakemler önüne götürülmesini önleyecek nitelikte değildir.”⁴⁶⁵

Anlaşma ile yasa kuralları çatıştığında, anlaşma hükümlerinin öncelikle dikkate alınıp uygulanacağı T.C. Bakanlar Kurulunun 27.4.1992 tarihli bir *prensip kararı* ile de açıklanmıştır. Bakanlar kurulu, Türkiye Çimento ve Toprak Sanayi A.Ş.’ne ait 5 adet çimento şirketindeki kamu hisselerinin Societe Ciments Française S.A. adlı Fransız şirketine satışına ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararının iptali üzerine verilen kararın yerine getirilmesi ile ilgili olarak şöyle demiştir:

(...)Gerek Anayasanın 138. maddesinin yasama, yürütme organı ile idarenin mahkeme kararlarının yerine getirilmesini hiçbir surette geciktiremeyeceğini öngörmesi ve gerekse idari yargılama usulü kanununun 28. Maddesinin 1 no’lu fıkrası hükmünün idareyi, iptal kararının icaplarına göre işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur tutması dolayısıyla yukarıda belirtilen iptal kararı nedeniyle idarece yapılacak şeyin mezkûr yargı kararları doğrultusunda hareket etmek olduğu açıktır.

Ancak, konunun iç hukukumuzu olduğu kadar dış hukuku da ilgilendirecek boyutlara ulaşması ve anılan yargı kararının uygulamaya konulması halinde Türkiye ile yabancı şirketler ve giderek ülkeler arasında yeni hukuki sorunlar doğmasının kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle, durum iç hukukumuzdan ziyade ülkemizin diğer devletlerle milletlerarası münasebetlerin gerektirdiği istekler çerçevesinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağına şüphe yoktur.

Başka bir deyimle, devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumi kabul görmüş bulunan ahde vefa gibi bir devletlerarası kuralın yukarıda belirtilen iptal kararı sebebiyle göz ardı edilmesinin ve eko-

⁴⁶⁵ DURAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 170.

nomik bakımdan Türkiye'nin yararına olmayacağı bir yana, böyle bir uygulamanın milletlerarası hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahtan varestedir.(...) ⁴⁶⁶

a) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve ICSID Merkezinin Yargılama Yetkisi

aa) Genel Olarak

İkinci Dünya savaşının hemen ardından gelişmekte olan ülkelere doğru hızlı bir sermaye akışı gündeme gelmiştir. Yatırımcılar açısından bu husustaki en büyük çekince, ev sahibi ülke ile yatırımcı arasında çıkması muhtemel ihtilaflar için etkin bir uyuşmazlık çözüm yolunun bulunmayışı olmuştur. Yerel mahkemelerdeki davaların uzun sürmesi yanında, ev sahibi devlet lehine karar verileceği endişesi yatırımcılarda hâkim olmuştur. Önemli bir diğer husus da ikinci dünya savaşından sonra siyasi ve idari anlamda yapılanmalarını henüz tamamlamamış devletlerin, bu çapta komplike uyuşmazlıkları çözecek hukuki olgunluğa sahip olmamasıdır. Yatırımların yapıldığı ülkeler, egemenlik hak ve yetkilerini yatırımlar üzerinde sonuna kadar kullanmak istemişlerdir. Yatırımcılar bu nedenle uyuşmazlıkları uluslararası tahkim yolu ile çözüme kavuşturmayı tercih etmişlerdir. Her ne kadar bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları *ad-hoc* tahkim usulünü benimsemek suretiyle yatırımcı lehine hükümler öngörse de, ülkeleri bu hakem kararlarını uymaya yöneltecek etkili bir mekanizma uygulamaya sokulamamıştır.

Bu anlamda diplomatik koruma yolları yatırımcıların elindeki tek koz olarak görülmekteydi. Ancak bu yolu harekete geçirebilmek için yerel mahkemelerdeki tüm yolların tükenmesi bekleniyordu. 1960 yılların başında, ev sahibi devletlerin özel yatırımcıların haklarını ihlal eden uygulamaları fark edildiğinde gelişmekte olan ülkelere yapılan yatırımları ve sermaye girdilerini stabilize etmek maksadı ile Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (*Dünya Bankası*) **Devletler ve Vatandaşlar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Konvansiyonu** 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe koymuştur. ⁴⁶⁷ Uyuşmazlık çözüm merkezi olarak **Washington DC** belirlenmiştir. 1970 ve 1980 yıllarında Asya-Afrika hukuki danışmanlık komisyonu ile Kaire ve Kuala Lumpurda kurulan bürolarla merkezin global etkisi artırılmıştır. ⁴⁶⁸

Buradaki temel amaç yatırımların önündeki engellerin kaldırılması ve rafine bir uyuşmazlık çözüm metodunun yerleştirilmesidir. ICSID tahkiminin çözüme kavuşturması için merke-

⁴⁶⁶ ŞANLI, C., Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası, 1998, Sanayi Odası, 49.

⁴⁶⁷ REED, L./ PAULSSON, J./ BLACKABY, N.; *A Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, s. 2.

⁴⁶⁸ SMITH, H. / PECHOTA, V.; *International Arbitration Treaties*, USA, 1998, s. 120.

ze başvurulmuş ilk uyuşmalığın 1987 yılında olduğu düşünüldüğünde⁴⁶⁹ aslında ICSID tahkiminin uluslararası alanda işlevselliğini arttırmasının, iki taraflı yatırım anlaşmalarının son zamanlarda sayısının giderek artması ve bu anlaşmalarda uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından ICSID tahkiminin yetkili kılınması sayesinde olduğu gözlenmektedir.

Yabancı yatırımın teşviki ve korunmasına ilişkin Türk hukuk mevzuatı ICSID merkezinin yargı yetkisine rızaya ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Buna karşılık yukarıda değinildiği üzere, Türkiye çeşitli ülkelerle imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID merkezine götürülebileceğine rıza göstermiştir. Türkiye münferit ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının **La Haye Adalet Divanına** götürülmesine ilişkin 64. maddeye çekince koymuştur.⁴⁷⁰ ICSID anlaşmasını imzalarken Türkiye anlaşmanın 25/4maddesi uyarınca şu bildirimi yapmıştır. *“Yalnızca doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyetinin yabancı sermaye mevzuatına uygun olarak gerekli izinleri almış ve fiilen çalışmaya başlamış olan yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar merkezin yargı yetkisi dahilindedir. Ancak gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkı ve aynı haklar ile ilgili uyuşmazlıklar tamamen Türk mahkemelerinin yargı yetkisi dahilindedir ve sonuç olarak merkez bu anlaşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahip değildir.”*

Bununla beraber bu bildirimin anlaşmaya konulmuş bir çekince anlamı taşımadığı ileri sürülmektedir.⁴⁷¹ Türkiye yapmış olduğu bildirimde *mülki haklara ilişkin uyuşmazlıkları* merkezin yargı yetkisine bırakmadığını belirtilmiştir. Türk hukukunda gayrimenkulün aynına ilişkin davaların kamu düzenine ilişkin olarak görülmesi dolayısıyla⁴⁷² böyle bir bildirim yapılmış olabilir. Ancak Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında imzalanmış İTYA'nın 1991 1(a9(i) maddesine göre mülki haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilmektedir ve İKYA'nın 8. maddesi uyarınca bu uyuşmazlıklar ICSID merkezin yargı yetkisi içindedir. Bu doğrultuda Türkiye'nin yapmış

⁴⁶⁹ REED, L./ PAULSSON, J./ BLACKABY N., *A Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, p. 4., BROCHES, A.; *Arbitration Under the ICSID Convention, Selected Essays*, World Bank, ICSID and the other subjects of the Public and Private International Law, 1995, s. 436.

⁴⁷⁰ Burada dikkat edilmesi gereken husus adalet divanına götürülecek olan ihtilafın bir yatırım ihtilafı değil milletlerarası anlaşmanın yani ICSID'in yorum ve uygulanmasına ilişkin bir ihtilaf olmasıdır. Fakat Türkiye onay kanununda münferit ikili anlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının adalet divanına götürülmesi ifadesini kullanmıştır. Bu ifadenin aslına uygun şekilde düzeltilmesi gerekir. Arica düzeltme yapıldıktan sonra 64. maddeye konulan çekincenin bir anlamının kalıp kalmadığı da tartışma götürür., NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN, age., s.77, dipnot 25, adalet divanının yargılama yetkisi hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. WALLACE, R; *International Arbitration*, London, 1987, s.285-304,

⁴⁷¹ Bkz ve Karş. BİRSEL, M.; Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası, 1998, Sanayi Odası , 49., YEŞİLİRMAK, A.; agm., s. 168

⁴⁷² Yargıtay'ın mülkiyet değişikliğini içeren gayrimenkul davaları hakkında, tahkim sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin kararlarının eleştirisi için bkz. KURU, B.; age., C. VI, İstanbul, 2001, s. 5947

olduğu bildirimle rağmen, bir İngiliz yatırımcı ile Türk devleti arasında mülki haklardan doğabilecek herhangi bir uyuşmazlık, Türkiye-İngiltere arasındaki İTYA⁴⁷³ uyarınca ICSID tahkimi yolu ile çözüme açık olarak değerlendirilmektedir.⁴⁷⁴

Günümüzde ICSID tahkiminin özellikle gelişmekte olan ülkelerin yatırımcılarla yaptığı imtiyaz sözleşmelerinde geniş bir uygulama alanı olduğu açıkça görülmektedir.⁴⁷⁵ Ev sahibi ülke bir yatırım anlaşmasında ICSID tahkimini kabul etmiş olabilir.⁴⁷⁶ İki taraflı yatırım anlaşmalarının pek çoğunda ICSID Tahkimine yer verilmektedir.⁴⁷⁷ Bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları, taraflara yabancı yatırım uyuşmazlığının çözümünün bir yolu olarak ICSID tahki-

⁴⁷³ Türkiye'nin çeşitli devletlerle imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısı konusunda kaynaklar farklılaşmaktadır. Ancak 25.11.2004 tarihi itibarıyla ICSID merkezinin resmi internet sitesinden alınan bilgiye göre bu sayı 37'dir. Türkiye'nin imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmaları için bkz <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/turkey.htm>, 1997 yılı itibarıyla 900 yatırım anlaşmasında ICSID tahkimi kararlaştırılmıştır. bkz. **NOMER, E. / EKŞİ, N. / ÖZTEKİN,**; Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2002, s. 76., Türkiye'nin değişik ülkelerle yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmalarında da ICSID tahkimine gidilebileceğine ilişkin hüküm yer almaktadır. Bu durum Türkiye'nin sadece ICSID tahkimine gitme konusundaki niyetini gösterir. Yoksa bu konuda uluslararası bir yükümlülük doğurmaz. ICSID tahkimine gidilebilmesi için yatırımla ilgili bir uyuşmazlık çıktıktan sonra, Türkiye'nin ev sahibi devlet sıfatı ile yazılı olarak rızasını vermesi gerekir. **ERTEN, R. / ICSID Tahkimi, BATIDER, 1988, c. XIX, s. 4, s. 225.**

⁴⁷⁴ **YEŞİLİRMAK, A.**; agm, s. 106.

⁴⁷⁵ ICSID Merkezinde imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili devam eden davalar; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Case No. ARB/97/3), *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya* (Case No. ARB/00/7), *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/01/12), *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia* (Case No. ARB/02/3), *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey* (Case No. ARB/02/5), *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (Case No. ARB/02/7), *Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/03/12), *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic* (Case No. ARB/03/13), *Mimico LLC and others v. Democratic Republic of the Congo* (Case No. ARB/03/14), *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic* (Case No. ARB/03/15), *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/03/17), *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/03/18), *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/03/19), *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/30), *TG World Petroleum Limited v. Republic of Niger* (ICSID Case No. CONC/03/1), *SAUR International v. Argentine Republic* (Case No. ARB/04/4), *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Republic of Gabon* (Case No. ARB/04/5), *BP America Production Company and others v. Argentine Republic* (Case No. ARB/04/8), *Russell Resources International Limited & others v. Democratic Republic of the Congo* (Case No. ARB/04/11), *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary* (Case No. ARB/04/15), *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/04/16), *France Telecom S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/04/18), *Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/04/3), *Talsud, S.A. v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/04/4), *Compañía General de Electricidad S.A. and CGE Argentina S.A. v. Argentine Republic* (Case No. ARB/05/2), kaynak; bkz <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

⁴⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti arasında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşma (RG. 1/5/1994, 21921), m. 7/c.

⁴⁷⁷ Türkiye'nin değişik ülkelerle yaptığı yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim kayıtları için bkz. **NOMER, E. / EKŞİ, N. / ÖZTEKİN,** ; Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2002, s. 76.

mine sadece atıf yapmaktadır.⁴⁷⁸ Bazı anlaşmalar ise uyuşmazlığın ICSID tahkim kurulu önünde görülmesi için yatırımcıya işlemleri başlatma yetkisi vermektedir.⁴⁷⁹

İki taraflı yatırım anlaşmalarının bazılarının ICSID tahkimi ile herhangi bir diğer tahkim arasında bir seçim imkânı verdiği de görülmektedir.⁴⁸⁰ LANCO tahkiminde ICSID hakem mahkemesi ev sahibi devlet (*Arjantin*) ile ABD'li yatırımcı arasındaki **imtiyaz sözleşmesinde** yer alan mahkeme seçimine dair kayda rağmen, yatırımcı ABD-Arjantin arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasındaki hükme dayanarak uyuşmazlığı ICSID önüne getirmiş, hakem mahkemesi de yetkili olduğuna karar vermiştir. LANCO kararı, iki taraflı yatırım anlaşmasının yatırımcıya sağladığı korumayı, imtiyaz sözleşmesine konan yetkili mahkeme kaydı ile ev sahibi devletin geri alma çabasına engel olmuştur.⁴⁸¹

Çalışmamızın kapsamı ve sınırı bakımından özellikle bu konuda emsal teşkil edecek yargı kararları araştırıldığında en önemli davanın *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketinin* ICSID merkezinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açmış olduğu dava olduğu görülmüştür. Davalı Türkiye Cumhuriyeti merkezin yargılama yetkisine itiraz ederken, (...) *tarafklar arasındaki imtiyaz sözleşme taslağının Danıştay tarafından incelenmesi esnasında ICSID tahkim merkezini yetkili kılan hükmün silindiğini ve tarafların bu konuda anlaştıklarını*(...) iddia ederken davacılar (...) *bu işlemin yatırımın niteliği göz önüne alındığında ve ICSID'in uluslararası anlaşmalar çerçevesindeki yeri değerlendirildiğinde savunulabilir olmadığını*(...) ileri sürmüşlerdir.⁴⁸² Uyuşmazlığı çözümlemekle görevli hakem heyeti⁴⁸³ **yetkiye dair** verdiği 4 Haziran 2004 tarihli kararında şu saptamalarda bulunmuştur. “(...) *Danıştay'ın burada yargılama yetkisine sahip olduğu düşünülse bile Türk hukukunda yapılan değişiklikleri ile imtiyaz sözleşmelerinin uluslararası tahkime götürülebileceğini ve özel hukuka tabi kılınabileceğini belirtmiştir* (...) *İkinci durum ise uluslararası anlaşmaların Anayasanın 90. maddesi anlamındaki yeridir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Yatırımların karşılıklı*

⁴⁷⁸ ICSID bünyesinde yürütülmekte olan davalarda özellikle hakem heyetinin verdiği nihai kararlarda İki taraflı Yatırım Anlaşmaları üzerinde durulmakta ve özellikle mahkemenin yetkisi bakımından bu anlaşmalara istinad edilmektedir. Bu kararlardan bazıları şunlardır. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic*(ICSID Case No. ARB/97/3), *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*(Case No. ARB/02/6), *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan*(Case No. ARB/02/13).

⁴⁷⁹ Türkiye ile İsrail arasında yatırımların YKTVK Anlaşması RG. 2/9/1998, 23451, m. 8.

⁴⁸⁰ T.C. ile Azerbaycan Cum. Arasında YKTVK Anlaşması, RG. 26/05/1997, 23000, m. VII/2 (2).

⁴⁸¹ (LANCO International Inc. V. Argentine Republic- Preliminary Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal – 812.1998) ILM, 2001, vol 40, s. 457-473.

⁴⁸² <http://www.worldbank.icsid.pendingcases.org>

⁴⁸³ Dava 20 Mayıs 2002 tarihinde açılmış ve 25 Ekim 2002 tarihinde kurulan hakem heyeti şu kişilerden oluşmuştur. Hakem Heyeti Başkanı; Francisco Orrego Vicuña (Şili), Hakemler, L. Yves Fortier, CC QC (Kanada), Gabrielle Kaufmann-Kohler (İsviçre)

korunması ve teşviki anlaşmaları dikkate alındığında Danıştay'ın yargılama yetkisinin üzerinde uluslararası anlaşmalar durmaktadır(...)''⁴⁸⁴ Hakem mahkemesi ayrıca sözleşmeden doğan tahkim kayıtları ile uluslararası anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların çözüm kayıtlarına yönelik daha önceki ICSID kararlarına atıfta bulunarak; (...) sözleşmelerde yerel mahkemeleri yetkili kılan düzenlemeler olsa da, bu kayıtların uluslararası anlaşmalardan doğan tahkim kayıtlarının geçerliliğine etki etmeyeceğini belirtmiştir. Hakem heyeti konunun sözleşme ihlalinin ötesinde, yatırımların korunması anlaşmalarına aykırılık teşkil ettiğini ve uyuşmazlıkların çözümü bakımından yerel mahkemeyi yetkili kılan kayıtların geçerli olmadığını, merkezin bu konuda tam yetkili olduğuna hükmetmiştir(...)''⁴⁸⁵ Esasında bu karar önemli bir referanstır. Ancak imtiyaz sözleşmelerinde tahkimi mümkün kılan Anayasa değişikliği sonrasında ICSID merkezine açılan bir davadır. Teorik olarak Anayasa değişikliği öncesinde tahkimin imtiyaz sözleşmeleri anlamında uluslararası sözleşmelerle mümkün olduğunu⁴⁸⁶ ve uygulanabilirliğini göstermesi bakımından net bir fikir vermemektedir. Çünkü kararda hakem heyetinin gerekçelerinden bir tanesi de Danıştay'ın yetkisini incelemekten ziyade Türk hukukunda zaten yeni yasal düzenlemelerle uluslararası tahkimin imtiyaz sözleşmeleri kapsamında mümkün hale geldiğidir. Kanaatimizce de sözleşmelerde Anayasa değişikliği öncesinde taraflar ulusal ya da uluslararası tahkimi öngörmüş olsalar bile iki taraflı yatırım anlaşmalarını ihlal eden herhangi bir durum olmadığı sürece uluslararası tahkimin uygulanmasının teorik olarak mümkün olmadığıdır. Aksi halde bu durum tahkim mahkemesine yapılan itirazlar sonunda "konunun tahkime elverişliliği" (*arbitrability*) bakımından tartışmaya açık hale gelebilirdi. Bu itibarla Anayasa değişikliği öncesinde de iki taraflı yatırım anlaşmaları ve ICSID çerçevesinde imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi olanaklı olmakla

⁴⁸⁴ <http://www.worldbank.icsid.pendingcases.org>

⁴⁸⁵ Bkz. ICSID dosya No. ARB/02/5, PSEG Global Inc, The North American Coal Corporation and Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limitet Şirketi, Hakem heyetinin yargılama yetkisine ilişkin kararı, bkz <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

⁴⁸⁶ **YEŞİLİRMAK** bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: 4446 sayılı yasa ile değiştirilmiş olmasa idi dahi, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların uluslararası ticari tahkim yoluyla çözümünü reddetmesinin bu uyuşmazlıkların ICSID tahkimi yoluyla çözümüne engel olmadığını, hâlihazırda imzalanan imtiyaz sözleşmeleri ve ileride imzalanıp herhangi bir sebeple tahkim şartı içermeyen yatırım anlaşmalarından doğacak uyuşmazlıklar için de ICSID tahkimine başvurulabileceğini ifade etmektedir. Yatırımcı, İTYA yolu ile ICSID merkezinin yargı yetkisine rıza gösteren Türk devletinin, yine İTYA hükümleri arasında yer alan icabını kabul ettiği zaman, merkezin doğrudan doğruya yatırımlardan doğan uyuşmazlıklarda münhasır yargı yetkisi olacaktır, s. 164, konuya farklı bir açıdan yaklaşan ERTEN ise şu tespitlerde bulunmaktadır. Türkiye'nin Washington sözleşmesine taraf olması ve iki taraflı anlaşmalarda ICSID tahkimine gidilebileceğine ilişkin hüküm olması Türkiye'nin ICSID tahkimine gitme konusunda niyetini gösterir, yoksa bu konuda uluslararası bir yükümlülük getirmez. ICSID tahkimine gidilebilmesi için yatırımla ilgili bir uyuşmazlık çıktıktan sonra Türkiye'nin ev sahibi devlet sıfatı ile yazılı olarak rızasını vermesi gerekir. Türkiye'nin tüm sonuçlarını bilerek ICSID tahkimine rıza gösterdikten sonra, verilecek hakem kararının sonuçlarına iç hukukunu bahane göstererek uymaması aleyhine sonuçlar doğurur. Her şeyden önce Türkiye'nin uluslararası hukuk bakımından sorumluluğuna yol açar. YEŞİLİRMAK, A.; agm, s. 108.

beraber, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların, uluslararası anlaşmalar tarafından korunan hükümler içerisine girip girmediğinin araştırılması gerekmektedir. Nitekim Anayasa değişikliği öncesinde merkeze bu hususta yapılan bir başvuruya rastlanmamıştır.⁴⁸⁷

bb) Merkezin Yapısı

Merkezin yapısı, anlaşmasının *Kuruluş ve Organizasyon* başlıklı 1. maddesi, *idari konsey* başlıklı 4-8. maddeleri, *sekreterlik* başlıklı 9-11 maddeleri, *kurullar* başlıklı 12-16 maddelerinde açıklanmaktadır. ICSID Dünya Bankası bünyesinde faaliyet göstermekte ve merkezde Dünya Bankası personeli görev almaktadır.⁴⁸⁸ Dünya Bankası Başkanı aynı zamanda merkezin de genel sekreteri konumundadır.⁴⁸⁹ Bir idari konsey ve sekreteryası olan merkezde ayrıca bir uzlaştırma kurulu ile bir de hakemler kurulu vardır (madde 3). İdari konsey her akit devletten gelen bir temsilciden oluşmakta, böyle bir atamanın gerçekleşmediği durumlarda ise her akit devlet tarafından atanan “*banka guvernörü*” bu görevi otomatik olarak üstlenmektedir.⁴⁹⁰ Sekreterlik genel sekreter ve bir veya birden fazla genel sekreter yardımcısı ile idari görevlilerden oluşmaktadır. Genel sekreterlik merkezin resmi temsil organıdır. Genel sekreterlik hakem yargılaması başvurularını kaydetmek ve yargılama sonunda taraflara tebliğ etmekle de görevlidir. Her devlet, uzlaştırıcı ve hakem kurullarına kendi uyuşmazlığından olması gerekmeyen 4 aday atayabilirler. Başkan ise her kurula 1 kişi atayabilmektedir. Tahkim kurullarında görev alacaklar için hukuk alanındaki yeterlilik özel önem taşımaktadır. Başkan, kurullarda görev alacak kişileri atarken, dünyada mevcut yasal ve ekonomik sistemlerin en dengeli şekilde temsilini amaçlamaktadır (*m 14*).

cc) Merkezin Yargılama Yetkisi

Devletler ve devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların ICSID tahkimi ile çözümlenmesinin üç önemli koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürmeleri konusunda rıza göstermeleridir. Tarafların rızası mevcut veya ileride doğması muhtemel bir uyuşmazlığa ilişkin ve yazılı olmalıdır. Mektup, faks ya da

⁴⁸⁷ BİLGİÇ, H.; Ticari Tahkimde Yabancılık Unsuru, Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL Armağanı, DEÜ Yayını, İzmir, 2001, s. 43.

⁴⁸⁸ ICSID bünyesinde hali hazırda devam etmekte olan davalar incelendiğinde bunların Arjantin başta olmak üzere gelişmekte olan ülkelerdeki yatırımcılar tarafından açılan davalar olduğu görülmektedir. ICSID bünyesinde devam eden davalar için.

bkz <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

⁴⁸⁹ BERNSTEIN, R.; *Handbook of Arbitration Practice*, London, 1987, s. 342.

⁴⁹⁰ ERDOĞAN F., *age.*, s. 172.

elektronik ortama geçirilmiş yazılı bir metin yazılılık şartını gerçekleştirmeye yeterlidir. Üye devletlerin ve yatırımcının rızaları, aralarındaki esas sözleşmenin içerisine dercedecekleri bir tahkim şartına yansiyabileceği gibi, ayrı bir tahkim sözleşmesi içinde de mevcut olabilir. ICSID tahkiminin yetkilendirilmesi bakımından tarafların aralarındaki uyuşmazlığı ICSID konvansiyonuna götürmeyi kararlaştırmalarından sonra bu rızalarından geri dönmeleri ve yerel mahkemelerin yetkili olduğunu ileri sürmeleri ICSID anlaşmasının 25/4 maddesine göre mümkün değildir.

Uyuşmazlığın taraflarından biri ICSID sözleşmesine taraf bir devlet (*host country*) ile yine konvansiyona üye bir başka devletin vatandaşı olmalıdır. ICSID sözleşmesi ile ilgili üzerinde önemli durulması gereken hususlardan bir tanesi de devletin alt kuruluşlarından birisi ya da temsilcisinin ICSID bünyesinde görülecek bir davada taraf sıfatıyla yer alıp alamayacağı meselesidir. Bunun için ev sahibi devletin (i) ilgili kuruluş ya da alt birimin de sözleşmeye taraf olabileceğini açıkça belirtmiş olması; ayrıca (ii) ev sahibi devlet ilgili alt birimin uyuşmazlığı ICSID konvansiyonuna götürmesine yönelik rızasına açıkça onay vermesi gerekmektedir.⁴⁹¹

Üçüncü koşul olarak da taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olması gerekmektedir. ICSID konvansiyonu yatırım kavramına ilişkin açık bir tanım vermemekle beraber ICSID tahkim mahkemeleri yatırımı geniş bir biçimde yorumlamaktadırlar. ICSID uygulamasına bakıldığında, altyapı, projeleri yoğunlukta olmakla beraber, teknoloji transferi, sermaye transferi, imtiyaz sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri “yatırım kavramı” içerisinde değerlendirilmektedir. Burada esas olan yatırım kavramının geniş yorumlanmasından ziyade hangi vakıaların ya da uyuşmazlıkların yatırımdan kaynaklandığı meselesidir. Örneğin *Mihaly International v. Sri Lanka* adıyla bilinen uyuşmazlıkta ICSID hakem heyeti davacının enerji projesinin faaliyete geçmesinden önce yaptığı masrafların yatırımdan kaynaklanmadığı biçiminde ilgi çekici bir karar vermiştir.⁴⁹²

b) ICSID Kurallarına Göre Tahkimin İşleyişi

aa) Tahkim Mahkemesinin Oluşumu

ICSID Konvansiyonunun 37-40 maddeleri ile tahkim kurallarının 1-6 maddeleri hakem kurulunun oluşumuna ayrılmıştır. Konvansiyonun 37 (2) maddesi, uyuşmazlığın taraflarına

⁴⁹¹ *The parties hereto consent to submit to the International centre for settlement of Investment Disputes any dispute relating to or arising out of this agreement for settlement by arbitration pursuant to the convention on the settlement of Investment disputes between states and nationals of other states.*

⁴⁹² Aktaran REED, L./PAULSSON, J. / BLACKABY, N.; age. s. 15.

tahkim mahkemesinin oluşumu bakımından geniş bir serbestlik tanımış ve tahkim mahkemesinin bir hakemden ya da sayılarının taraflarca belirleneceği hakemlerden oluşacağını ifade etmiştir. Bununla beraber ICSID tahkim heyetlerinin genelde 3 hakemden oluştuğuna tanık olunmaktadır. Taraflar hakem heyetinin başkanının kim olacağı hususunda anlaşamazlarsa hakem heyeti başkanı konvansiyonun 38. madde hükmü uyarınca taraflara danıştıktan sonra ICSID idari konseyi tarafından atanmaktadır. Çok ender görülmekle beraber taraflar her üç hakemin de ICSID merkezi tarafından atanacağını kararlaştırabilirler.⁴⁹³

bb) Uygulanacak Hukuk

Uluslararası alanda yapılan tüm sözleşmelerde, sözleşmenin tarafları arasında uyuşmazlık çıktığı takdirde taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin hangi hukuka tabi olacağı, tahkimin hangi usul hukuku kuralları altında işletileceği, uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanacağı, uyuşmazlığın esasına uygulanacak birden fazla maddi hukuk kuralı bulunması durumunda kanunlar ihtilafı kurallarının işletilip işletilmeyeceği gibi pek çok soru ile karşılaşılabilir.⁴⁹⁴ ICSID tahkimi açısından önemle vurgulanması gereken hususlardan bir tanesi şudur; konvansiyonun 25 ve 26. maddeleri ve tarafların tahkim anlaşması mucibince aralarındaki ihtilafı ICSID merkezine götürmeye yönelik iradeleri ICSID tahkim anlaşmasının geçerliliğini ve sağlamaktadır. Bu bakımdan taraflar, aralarındaki tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından uygulanacak bir kanun seçmek zorunda değildir.⁴⁹⁵ Bu bakımdan ICSID Merkezinin yetkisinin dayanağının **uluslararası hukuk** olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁹⁶

ICSID sözleşmesinin 44.maddesi uyarınca uyuşmazlığın ICSID kurallarına tabi kılınması halinde konvansiyonun 41-49. maddeleri arasında yer alan usul kuralları uyuşmazlığın çözümünde uygulanacaktır. Bu hükümlerden yola çıkarak tarafların uyuşmazlığı ICSID sözleşmesine tabi kıldıktan sonra, kendi ulusal usul hukuku kurallarını ya da herhangi bir milletlerarası organize tahkim kurallarını ya da bir başka *ad-hoc* tahkim kurallarını uyuşmazlığa uygulanacak usul kuralları olarak belirlemeleri olanaklı değildir.

Uyuşmazlığın taraflarının ihtilafın esasına uygulanacak hukuk bakımından bir tespit yapmamaları durumunda, ICSID tahkim kurallarının 42 (1) maddesi uyarınca hakem heyeti uygulanacak maddi hukuku tespit eder.⁴⁹⁷ Taraflar için uygulanacak hukukun tespiti konusunda süre

⁴⁹³ *Ibid*, s. 36.

⁴⁹⁴ Bkz. ICSID Model Kanun Madde 10.

⁴⁹⁵ REED, L., PAULSSON, J, BLACKABY N., age., s. 29.

⁴⁹⁶ *Ibid*.

⁴⁹⁷ Devletler ve yatırımcılar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda ihtilafın esasına uygulanacak hukukun tespit edilmesindeki güçlükler için bkz. GALBRAITH, J.; "The Emerging Public Corporation" *Business and*

bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Taraflar bu tespiti, uyuşmazlığın merkeze tevdiinden önce yapabilecekleri gibi, uyuşmazlığın tevdiinden sonra, hatta dava aşamasında dahi yapabilirler. Hakem heyeti tarafların uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda yatırımın yapıldığı devletin hukukunu uygulayacaktır. Bununla beraber hakem heyeti bunu yaparken söz konusu hukukun uluslararası hukuka uygunluğunu her zaman denetleyebilir. Örneğin *Santa Elena v. Costa Rica* davasında ev sahibi devletin hukuku ile milletlerarası özel hukukun genel ilkeleri arasında bir çatışma olduğunda milletlerarası özel hukuk kurallarının genel ilkelerinin tercih edileceği saptanmıştır.⁴⁹⁸ Özellikle ev sahibi devlet bakımından yatırımcı gerçek veya tüzelkişinin mensup olduğu devletin maddi hukuk kurallarını seçmek ne derece yerinde bir durum olarak görülmezse, yatırımcı içinde yatırım yaptığı devletin hukuk kurallarını seçmek o derece istenmeyen bir durum olarak görülebilir. Özellikle Türk İdare Hukuku bakımından, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yatırımcılar, uzun süreli yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların *nef-i hazine* lehine karar verdiğini düşündüğü idari yargıya tabi olmasını engellemek maksadıyla tahkim müessesesini empoze etmiştir.⁴⁹⁹ Gerçi son zamanlarda yatırım sözleşmelerinde dünya çapındaki uygulamalara bakıldığında, sözleşmeye başka bir ülke hukukunun ya da çoğunlukla olduğu gibi uluslararası hukukun uygulanacağına ilişkin bir hukuk seçim kaydı olmadığı durumlarda, ev sahibi devletin kendi ülkesinde bulunan mallarla ilgili hakları veya akdi bir hakkı etkileme veya değiştirme konusunda yasama yetkisine sahip olduğundan, bunun önüne geçmek maksadıyla istikrar kaydı şeklindeki kayıtlar⁵⁰⁰ ile yatırımcılar rahatlatılmak isteniyorsa da, özellikle ticaret şirketleri, yargılama sonucundaki hükümde maksimum ölçüde kontrol sağladıklarını düşündükleri tahkimin verdiği güvenceyi hiçbir mekanizmanın vermediğini düşünmektedirler.⁵⁰¹

Bu düzenlemelerin temel amacı herhangi bir yatırım uyuşmazlığında ev sahibi devletin tek tarafı olarak ihtilafı kendi yargı mercilerine taşımasına mani olmaktır. Özellikle günümüzde gerçekleştirilen uluslararası yatırım sözleşmelerinde, ev sahibi devletin müdahalesi istikrar kaydı, tahkim kaydı, hukuk seçimi gibi unsurlarla⁵⁰² tamamen soyutlanmak istenmektedir. Yatırım sözleşmeleri bu kayıtlar vasıtalarıyla ev sahibi devletin ulusal hukukunun ve

Society Review, 1972, 54-56, FRIEDMANN, W.; *The New Public Corporation and the Law*, 10 *Michigan Law Review* (1947), p.233, BOCKSTIEGEL K.H.; *Arbitration and State Enterprises*, Kluwer, ICC Publications, 1984, s. 16.

⁴⁹⁸ Aktaran REED, L., PAULSSON, J, BLACKABY N, age., s. 30.

⁴⁹⁹ *Infra*.

⁵⁰⁰ PETER, W.; *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, (second revised and enlarged edition), The Hague-Boston-London, 1995.s. 215.

⁵⁰¹ *Ibid*.

⁵⁰² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, B.; Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, s. 234.

ulusal yargısının etki alanından çıkarılması ile yatırım sözleşmelerinin uluslararası nitelik kazandığı görüşü ortaya atılmıştır. Hatta ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında yapılan bu sözleşmelerin uluslararası yatırım anlaşması olarak nitelendirildiğine de rastlanmaktadır.⁵⁰³

cc) Tahkim Yeri

ICSID konvansiyonunun 62. maddesi hükmü mucibince taraflar aksini kararlaştırmamış iseler, tahkim işlemleri ICSID merkezinin Washington'daki merkezinde icra edilecektir. Konvansiyonun 63 (a) maddesi uyarınca taraflar ICSID merkezinin irtibat halinde olduğu başka bir yeri de tahkim yeri olarak kabul edebilirler. ICSID merkezinin Kuala Lumpur, Kahire, Melbourne, Singapore, Sydney gibi merkezler ile irtibatı bulunmaktadır.⁵⁰⁴ Tarafların ICSID merkezinden başka bir yeri tahkim yeri olarak kabul etmelerinin gerektirici nedenlerini açıklamakla mükelleftirler.⁵⁰⁵ Uygulamada ICSID tahkimlerinin büyük çoğunluğunun Washington DC'de yapıldığı görülmekle beraber, Dünya Bankasının Paris ofisi de tahkim yeri olarak yoğun biçimde kullanılmaktadır.⁵⁰⁶

dd) Tahkim Dili

ICSID merkezinin resmi dilleri İngilizce, Fransızca ve İspanyolca'dır.⁵⁰⁷ ICSID kurallarının 22(1) maddesi uyarınca taraflar usul işlemlerinin bir veya iki dilde yürütülmesine karar verebilirler. Eğer taraflar usul işlemlerinin ICSID resmi dillerinden olmayan bir dilde yürütülmesi hususunda mutabık kaldıysa, hakem heyetinin genel sekreterliğe başvurarak usul işlemlerinin tarafların seçmiş olduğu bu dilde yürütülebilmesine ilişkin mutabakatını alması gerekecektir. Uygulamada en çok tercih edilen yol, tahkim sözleşmesinde tahkim dilinin taraflarca belirlenmesidir.⁵⁰⁸ Bu gerçekleştirilirken, taraflar arasındaki sözleşmenin dili, önemli dokümanların yazıldığı dil, ihtilafın esasına uygulanacak hukuk gibi kriterler dikkate alınabilir. Tarafların usul işlemlerinin iki dilde yürütülmesini kararlaştırmaları zaman kaybına yol açacağı gibi tahkim masraflarının artmasına sebep olabilecektir. Bu açıdan tarafların ellerinde mevcut bilgi ve belgeleri hangi dilde yazıldıysa o dilde hakem heyetine tevdi etmeleri ancak

⁵⁰³ *Ibid.*, s. 236.

⁵⁰⁴ **PARRA, A.**; *The role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings Under the ICSID Convention*, 13 ICSID review- FILJ 85, 93 (1998).

⁵⁰⁵ **REED, L., PAULSSON, J, BLACKABY N.** age., s. 31.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Infra.*

⁵⁰⁸ *Infra.*

ihtilafın esası hakkında herhangi bir savı kanıtlamak maksadıyla o belgeye dayanılması gerektiğinde belgenin tercümesinin ilgili tarafça yapılması sağlanabilir.

ee) İhtiyati Tedbirler

ICSID Konvansiyonunun 47. ve tahkim kurallarının 39(5) maddesi mucibince taraflar tahkim mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceklerdir. ICSID model kanunun 14. Maddesinde de buna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca tahkim mahkemesinin yetkilerine zarar vermemek üzere, taraflar herhangi bir yargısal makam veya otoriteye, tahkim yargılamasının başlamasından önce veya başlaması sırasında hak ve menfaatlerinin korunması için ihtiyati tedbir almak maksadıyla başvurabilecektir.⁵⁰⁹

ff) ICSID Hakem Kararlarının Bağlayıcılığı

ICSID konvansiyonunun 53(1) maddesi uyarınca Hakem kararlarının nihai ve bağlayıcı olduğu ifade edildikten sonra ICSID tahkim kurallarında öngörülenler haricinde tarafların nihai hakem kararına karşı herhangi bir başvuruda bulunamayacakları ifade edilmiştir. Bununla beraber burada üzerinde durulması gereken önemli hususlardan bir tanesi, ICSID hakem kararlarının sadece taraflar açısından bağlayıcı olduğu ancak üçüncü kişiler açısından böyle bir bağlayıcılığın söz konusu olmadığıdır. Bu durum özel yatırımcı ile devlet arasında çıkan ihtilaflar sonucunda verilen kararlar bakımından değil ve fakat *devletin alt kuruluşları ya da devlete bağlı organizasyonlar söz konusu olduğunda yetki problemi doğurabilir ve aleyhine hüküm verilen tarafından bu durum, hakem kararlarının icrası aşamasına gelindiğinde bir koz olarak kullanılabilir. Bu bakımdan bu hususun davanın esasına girilmeden hakem heyeti tarafından tespit edilmesi doğru olacaktır.*

ICSID hakem kararlarına karşı her ne kadar 54.maddede otomatik bir tanıma mekanizması öngörülmüşse de, ICSID hakem kararlarının icrasına ilişkin açık bir hüküm bulmak olanaklı değildir. ICSID tahkimi genel olarak yatırımcıyı korumayı ilke edinmişse de⁵¹⁰ kararların ic-

⁵⁰⁹ REED, L., PAULSSON, J, BLACKABY N.; age., s. 4.

⁵¹⁰ Konya'nın Ilgın ilçesinde 1.126 milyar USD'lık termik santral projesi çok ortaklı Amerikan Şirketi PSEG, North American Coal Corp ile Türk firması Gürış tarafından gerçekleştirilmekteydi. Ancak proje aradan geçen onca zamana rağmen santral inşası ilerleme gösterememiştir. Zira, termik santral projesince üretilen elektrik Enerji Bakanlığı alım garantisi vermemiştir. Bu nedenle 300 milyon dolarlık zarara uğradığını öne süren çok ortaklı Amerikan Şirketi PSEG, hazine aleyhine Washington'da 299 milyon dolarlık tazminat davası açmış bulunmaktadır.

Bkz. <http://www.arkitera.com/haberler/2002/06/22/enerji.htm>, 31.01.2003.; Ayrıca bkz. *Dipnot 473.*

rası bakımında sözleşmeye taraf devletlere açık bir yükümlülük getirmemektedir.⁵¹¹ Burada anlaşma hükümleri uyarınca verilen bir hakem kararına “*milli hakem kararı*” kuvvet ve niteliği tanınmıştır.⁵¹²

Bu itibarla ICSID anlaşmasına göre verilen hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi davalarında New York anlaşmasının ve 2675 sayılı MÖHUK’un hakem kararlarının tenfizine ilişkin şart ve hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Kararlara karşı hakemlerin yetkilerini aştığı ve usul kurallarının açıkça ihlal edildiği gerekçesiyle ICSID yönetim konseyi başkanına kararın incelenmesi için üç kişilik bir heyetin görevlendirilmesi maksadıyla başvurabilecektir.⁵¹³

C. Değerlendirme

ICSID Anlaşmasının Onaylanması yukarıda da değinildiği üzere 2 Haziran 1988 tarih ve 19380 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 3460 sayılı kanunla uygun bulunduktan sonra Anlaşma 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla 6 Aralık 1988 tarih ve 2011 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrası uyarınca (...) *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*(...) Bu Anayasa hükmü gereğince usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan ICSID Anlaşması hükümleri Türk iç hukukuna aktarılmış olup; kanun hükmündedir.⁵¹⁴ Sonuç olarak ICSID Anlaşması, Türkiye’nin de taraf olduğu bir uluslar arası antlaşma olması nedeniyle uluslararası hukuk kuralları açısından olduğu kadar, Anayasanın 90. maddesi açısından da yasa hükmünde olduğundan ve bu anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış ve yapılacak yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması da söz konusu olmayacağından, iç hukuk açısından bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Bu itibarla Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesi esnasında ICSID sözleşmesine atıf yapılan hallerde bu hükümleri sözleşme metninden çıkarması için hukuki bir neden mevcut değilken Danıştay yine de **Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Konya Ilgın Electric Production B.V.** arasındaki uygulama anlaşmasının 28. maddesinde yer alan ve “*uyuşmazlıkların ICSID Merkezinde tahkim yoluyla*

⁵¹¹ WALLACE, M.; International Law, Third Edition, London, 1997, s. 284.

⁵¹² ŞANLI, C.; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 1996, s. 129.

⁵¹³ BERNSTEIN, R.; Handbook of Arbitration Practice, London, 1987, s. 343.

⁵¹⁴ Bu konuda bkz. Danıştay 5. Dairesinin 22 Mayıs 1991 gün ve E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararı. (yayınlanmamış).

*çözümlemesine olanak tanıyan” hükümleri sözleşme metninden çıkarmıştır.*⁵¹⁵ Kanaatimizce Danıştay’ın buradaki uygulamasında sadece ICSID Anlaşmasının uygun bulunmasına ilişkin uluslararası anlaşmayı değil, Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşmanın⁵¹⁶ VI. Maddesinde atıf yapılan ICSID Merkezinin yetkisini de görmezden gelmiştir. Diğer taraftan ICSID Anlaşmasında akit devletlere bazı konuları ICSID Merkezinin yargılama yetkisi dışında bırakabilmeleri olanağını tanıyan bir çekince hükmü içerdiği görülmektedir. Şöyle ki, Anlaşmanın 25. maddesinin 4. fıkrasında *“Kabul ya da onay anında veya onaydan sonra herhangi bir zamanda, herhangi bir akit devlet hangi uyuşmazlık türlerini Merkezin yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkeze bildirebilir”* hükmü yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyetinin belirtilen bu çekince hükmü çerçevesinde öngördüğü haller, ICSID Anlaşmasının onaylanmasının uygun bulunduğu ilişkin 3460 sayılı Kanunun 1. maddesinde *“Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunması dolayısıyla Türkiye’de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıkları”* olarak belirtilmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları da bu çekince hükmü içerisine sokmak söz konusu çekince hükmünü geniş yorumlamak anlamına gelecektir. Ancak yukarıda değinildiği üzere iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalarla ICSID Merkezinin yetkili kılınması kanımızca sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların *söz konusu merkezde tahkim yoluyla çözümlenebilirliğine işaret eder.* Ancak sözleşmeden doğan uyuşmazlığın niteliğinin özellikle iki taraflı yatırım anlaşmaları ve ICSID konvansiyonunun hükümlerinin ihlalinden doğup doğmadığı meselesi ayrı bir konudur ve hakem heyeti tarafından yetkiye ilişkin vereceği ara kararıyla tespit edilebilir. Ne var ki Anayasa değişikliği öncesinde bu durum uygulamaya bu şekilde yansımamış ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ICSID merkezi önüne götürülememiştir.

⁵¹⁵ **Supra II: Bölüm.**

⁵¹⁶ Yatırım Anlaşmasının Onaylanması, 20 Nisan 1989 tarih ve 20145 sayılı RG’de yayımlanan 3533 sayılı kanunla uygun bulunduktan sonra Anlaşma 89/1429 sayılı BKK ile 19 Ağustos 1989 tarih ve 20251 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İÇ HUKUKTAN DOĞAN İHTİYARİ TAHKİM VE UYGULANMA USULÜ

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİME YOL AÇAN ETMENLER

Türkiye yaklaşık yirmi yıldır yaşanan yüksek enflasyonun etkisi ile devlet gelirlerinin büyük kısmını artan oranda iç ve dış borç ödemesine ayırmaktadır. Ülkemizde özellikle geniş çaplı altyapı ve enerji projeleri için kaynak ayrılamamış, bu tip projelerin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi ve işletilmesi yönündeki düşünce sadece bir finansman kaynağı bulma dışında, bu kesimin işletme-yönetim becerisinden yararlanmaya da kaymıştır.⁵¹⁷ Esasen bu durumun, devletin ekonomik kamu düzenini sağlama ödevinin doğal bir sonucu olduğu da söylenebilir.⁵¹⁸

Bu bağlamda özellikle 80’li yıllardan itibaren kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesine ilişkin sözleşmeler *Yap-İşlet-Devret* gibi finans modellerinin⁵¹⁹ işletilmesi ve özelleştirme çalışmalarına hız vermek suretiyle yaygınlaştırılmıştır. Ancak bir yandan bunlar yapılırken, diğer yandan da sosyal piyasa ekonomisi kavramının ileri sürülmesiyle devletin kamu yararı ile ekonomi sektörüne müdahale etmesine olanak tanınmıştır.⁵²⁰ Nitekim bir Anayasa Mahkemesi kararında bu durum; “(...) kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle ödevli olan devlet, gerektiğinde demokratik hukuk kurallarından ayrılmama ve temel hak ve özgürlükleri zedelememek koşuluyla, ekonomi alanına müdahale hakkına sahiptir”⁵²¹ biçiminde açıklanmıştır.

Sosyal, ekonomik ve siyasal nedenleri ne olursa olsun, kamu harcamalarının uzun vadede her ülkede devamlı olarak arttığı, bazı kısa dönemlerdeki duraklamalar ya da gerilemeler dı-

⁵¹⁷ AUBY, B.; Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, Ankara, 29 Haziran 1994, s. 47.

⁵¹⁸ *Infra.*

⁵¹⁹ *Supra.*

⁵²⁰ AKINCI M.; Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Sayı.5, Ocak-Şubat-Mart, 2001, s. 3.

⁵²¹ AM 28.03.1963 tarih ve E. 1963/4, K. 1963/71 sayılı kararı, 18.10.1963 tarih ve 11534 sayılı RG.

şında bu artışın devam ettiği görülmektedir.⁵²² Türkiye’de de yukarıda ifade edildiği üzere özellikle 1980 sonrası dönem liberal ekonominin kurallarıyla hayata geçirildiği, ülkenin dışa açıldığı bir dönem olmakla beraber; devletin iç ve dış borcunun kamu harcamalarının da artışına paralel olarak arttığı bir dönem olmuştur. Bununla beraber devletin özellikle altyapı, enerji, ulaşım, telekomünikasyon gibi hassas sektörlerdeki büyük projeleri⁵²³ hayata geçirme noktasındaki finansal sıkıntısı, uluslararası alanda faaliyet gösteren kreditorlere başvurma ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Siyasi iradenin bu tip sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi kılma çabası Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Yargı Kararları ile engellenmiş olmakla⁵²⁴ bu alandaki hukuki yapı ile bu projelerin finansmanını gerçekleştirecek uluslararası kreditorlerin ileri sürdüğü şartlar çerçevesindeki fiili ve ekonomik yapı çatışma içerisine girmiş, hatta bu projelerin uygulamaya geçirilmesi kilitlenme noktasına gelmiştir.

Uluslararası alanda faaliyet gösteren kredi kuruluşları ve bankaların verdiği kredileri sigortalayan Fransa’da **COFACE**; İngiltere’de **ECGD** ve Almanya’da **HERMES** gibi devlet sigorta şirketlerinin⁵²⁵ de yatırımın gerçekleştirileceği ülkedeki siyasal, sosyal ve ekonomik koşullar yanında, bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların da yatırımın gerçekleştirileceği devlet mahkemeleri dışında daha rafine ve güvenceli olduklarına inandıkları uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi yönünde talepleri olmuştur.⁵²⁶ Esasında gelişmiş ülkeler, uluslararası bağımsız ve tarafsız olduğuna inandıkları tahkim yolunu tercih etmekte; ulusal mahkemelerin kendi devletleri aleyhine önyargılı olacaklarını iddia etmektedir.⁵²⁷ Gelişmekte olan devletler ise, uluslararası tahkimi reddetmekte ve hakem mahkemelerinin sermaye ihraç eden devletlerin hukukçuları tarafından yatırımın korunması için geliştirilen normları uygulama eğiliminde

⁵²² Türkiye Cumhuriyetinin cumhuriyet döneminin ilk yıllarından başlamak üzere günümüze kadarki kamu harcamalarının artışı hakkında geniş bilgi ve tablolar için bkz. **ÖNER, E.**; Kamu Maliyesi I, Kamu Harcamaları ve Kamu Gelirleri, Ankara, 1986, s. 26 vd.

⁵²³ *Türkiye uygulamasına bakıldığında ise bu durum özellikle imtiyaz sözleşmeleri kapsamında gelişmiştir.*

⁵²⁴ *Supra.*

⁵²⁵ Geniş bilgi için bkz. **DAYINLARLI, K.**; Yatırımlar Yönünden Bakıldığında Milli ve Milletlerarası Tahkimin Önemi ve Ekonomiye Katkısı, 13.04.2000 tarihinde Atılım Üniversitesinde sunulan konferans metni, s.14, (yayınlanmamıştır).

⁵²⁶ Türkiye Müteahhitler Birliği üyelerini kapsayan bir anket çalışmasında; *Anlaşmazlıkları daha çok nasıl çözümlenmeyi tercih edersiniz?* sorusuna verilen yanıt şu şekildedir:

Haktan feragat 5, Kısmi kabul 32, karşılıklı masrafların karşılanması 26, yargı yoluna başvurulduğunda ise mahkeme için 5, hakem heyeti için ise 33 yanıt verilmiştir.**GÜNAY, G./ BİRGÖNÜL, T.**; Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Çözüm Yolları, Ankara, 2001, s. 57.

⁵²⁷ Bunun en önemli nedenini Ortadoğu’daki petrol davaları ile ilgili olarak gündeme gelen hakem kararları oluşturmaktadır. Bu ihtilaflar, bu ülkelerdeki yönetim değişikliklerinde yeni yönetimlerin imtiyaz sözleşmelerini feshetmesi üzerine gündeme gelmiştir. Bu sözleşmelerin hemen tamamında uygulanacak hukuk olarak İslam hukuku seçilmesine karşın batılı hakem mahkemeleri İslam hukukunun bu meseleleri çözemeyeceğini gerekçe göstererek yatırımcılar lehine sonuç doğuracak kararlar vermişler, bu durum kalkınmakta ülkelerde şok etkisi yaratmış ve uluslararası tahkim müesseselerine yönelik endişelerin doğmasına yol açmıştır.**DEMİR, L.**; YİD Sorunlar ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım, yıl 7, sayı. 79, Temmuz 1999, s. 157.

olduklarını ileri sürmektedirler.⁵²⁸ Tarafları özel yargıya yöneltten sebepler arasında risk dağılımında tarafsız bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına olan ihtiyaçlar da vardır. Özellikle bir tarafın devlet kuruluşu olduğu davalarda hakimleri etkileyebilecek “*nef’i hazine*” görüşü; yani devlet kuruluşlarının taraf olduğu davalarda hakimlerin devlet kuruluşlarının lehine karar verebilecekleri endişesi veya bir tarafın yabancı uyruklu olması halinde devlet mahkemelerinin vatandaşlarını koruma psikolojisi ile karar verebilecekleri riski, devlet kuruluşlarıyla sözleşme yapan yatırımcıların ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları yerel mahkemelerde değil, tahkim usulüyle giderme konusunda talepler ileri sürmelerine sebep olabilmektedir.⁵²⁹

Esasında tahkimin pozitif idare hukukunda yerini almasından önce yabancı yatırımcıların büyük çekincelerinden bir tanesi de 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23 (d) maddesi uyarınca Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisiydi. Danıştay’ın bu sözleşmeleri incelerken gecikmesi ve devlet lehine karar verebilme olasılığı yatırımcılar açısından hukuki risk kapsamında değerlendirilmekteydi. Ayrıca Danıştay, incelemesi için önüne getirilen sözleşme tasarılarında yer alan tahkim ile ilgili hükümleri sözleşme metninden çıkarmaktaydı.⁵³⁰ Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim ile ilgili hükümleri kabul etmesinin nedeni incelememizin II. Bölümünde ayrıntılarıyla açıklandığı üzere tahkimin bir özel hukuk kurumu olması ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün 2575 sayılı kanunun 24/son fıkrası ve 2577 sayılı kanunun 2/1- (c) maddesi ile idari yargının görev alanı içine sokulmuş olmasıdır. Öte yandan, 2577 sayılı kanunun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hangi hükümlerinin idari yargıda uygulanacağı tahdidi olarak sayılmış olup, bu hükümler arasında HUMK’un tahkim ile ilgili hükümlerine yer verilmemiş olduğundan, sözü edilen kanunun tahkim ile ilgili hükümlerinin idari yargıda uygulanması Danıştay tarafından mümkün görülmemiştir.

Bu durum, Avrupa Birliğine tam üyelik yolunda önemli adımlar atan ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum için pek çok düzenlemeyi yapmakta çekinmeyen Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinin yaklaşımlarıyla beraber incelendiğinde, özellikle imtiyaz sözleşmelerine dahil olan yabancı yatırımcılar bakımından dar anlamda imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı dışında bir yola başvurulması geniş anlamda ise kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olan imtiyaz usulünün tabi olacağı hukuki rejim açısından tekrar gözden geçirilmesi ve buna ilişkin Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması günde-

⁵²⁸ TOOPE, S.; International Mixed Arbitration, Cambridge, 1990, s. 222.

⁵²⁹ KARAYALÇIN, Y.; Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, BATİDER, C. XIX, S. 3/1998, s.5.

⁵³⁰ *Supra.*

me gelmiştir.⁵³¹ Anayasa değişikliğine giden yolda “katalizör” etkisi yapan bir diğer durum da Türkiye Cumhuriyetinin bu süreçte taraf olduğu gerek çok taraflı⁵³² gerekse iki taraflı “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması” anlaşmaları ile çeliştiği, tüm bu düzenlemelerin ortak bir hukuki zemine oturtulması gerektiği fikri olmuştur.⁵³³

Esasında yabancı yatırımcıların Türk Danıştay’ına; geniş anlamda Türk idari yargısına karşı belli etmiş olduğu hassas tavır etkisini Avrupa Birliği organlarında da göstermiş ve 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanun ile Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikten⁵³⁴ sonra da başka bir görünüm almıştır. Avrupa Toplulukları Komisyonunun “Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 Yılı Düzenli Raporunda” devletin ekonomiye müdahalesinin azaldığı, yatırım hizmetleri alanında Türk mevzuatının ilgili AB ve uluslararası standartlara uyumu hususunda olumlu ilerleme kaydedildiği ifade edilmekle beraber, bağımsız idari kurum kararlarına karşı temyiz mercii olarak Danıştay’a başvurulmasının ve Danıştay tarafından ele alınmasında yaşanan gecikmeler endişe verici olarak değerlendirilmiştir.⁵³⁵

⁵³¹ Yasama organında Anayasa değişikliğine giden süreçte yaşananları yansıtmaları bakımından çeşitli görüşler aşağıya alınmıştır. Milletlerarası Tahkim gelişmiş olsun geliştirmekte olsun hiçbir ülkenin kaçınmayacağı bir mekanizmadır. Bu dalda çekingen ülke daima kaybeder. Bize göre tahkimin yeri Anayasa değil yasalar olmak gerekir. Anayasa mahkemesi ve Danıştay kararlarının soruna katı yaklaşımlarının bir daha yaşanmaması hassasiyetine dayalı bu tanzim tarzının yerinde olmadığını düşünüyoruz. DYP Grubu adına **Ahmet İYİMAYA**, Uluslararası tahkim konusunda hakemlerin kararı milletlerarası özel hukuk çerçevesinde ve usul hukuku kurallarına göre tenfiz şartının devam ettiğini bir kez daha belirtmek istiyorum. Bu anlamda da Türkiye’nin bağımsızlığını zedeleyecek bir durum kesinlikle söz konusu değildir. ANAP Grubu adına **Işın ÇELEBİ**, Tahkim ister Türkiye’de yapılsın ister yurtdışında yapılsın çok önemli ölçüde ya da tümüyle tarafların serbest iradesine dayanıyor. Dolayısıyla bu prosedürden korkmaya hiç gerek yok, DSP Grubu adına **Ali TEKİN**, Uluslararası tahkimle ilgili Anayasa değişikliği tartışılmaya başlandığından bu tarafa yanlış bir zemin üzerinde tartışılmaktadır. Bir grup, uluslararası tahkimi kapitülasyonların geri gelmesi, ikinci sevr ve bağımsızlığımızın zedelenmesi şeklinde yorumlarken; diğer bir taraf da hükümet tarafı da uluslararası tahkimin Türkiye’de herşeyi çözeceği gibi bir yanlış anlayışın içerisinde. Kanaatimizce ikisi de yanlıştır. Yapılması gereken, ulusal çıkarımızı koruyan milli bir tahkim düzenlemesi yapmaktır. Aslında ülkenin yerli ve yabancı yatırımcıya hukuki zemin hazırlaması da idarenin bir görevidir. **Veysel CANDAN** (Konya), Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararın şu andaki uygulamada yaptığı gibi yorumlamayıp, sözleşmelerde imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, Bugün TBMM Anayasasını değiştirmek zorunda kalmayacaktı. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı **Cumhur ERSÜMER**, geniş bilgi için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, cilt:9, 46. Birleşim 10.8.1999 Salı, Dönem:21, Yasama Yılı:1.

⁵³² Yabancı Hakem Kararlarının Tanınmasına ilişkin New York ve Cenevre Sözleşmeleri, ICSID Sözleşmesi gibi. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları için bkz. *Supra*.

⁵³³ İki taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla İdari yargı alanına giren ihtilafların dahi milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkündür şeklinde düşünceler ileri sürülmüştür.; **BİRSEL, M./BUDAK, A.**; Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? /Sempozyum – Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, BTHAE Yayınları No. 319, s. 174.

⁵³⁴ Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerindeki inceleme yetkisi 2 ay içinde düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür.

⁵³⁵ Bkz. Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesi Hakkında 2004 yılı Düzenli Rapor, Avrupa Toplulukları Komisyonu, Avrupa Birliği Genel Sekreterliğinin gayri resmi tercüme metni, s. 79, <http://www.abgs.org>.

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİME İLİŞKİN ANAYASAL VE YASAL ÇERÇEVE

13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı Anayasa değişikliği kanunuyla⁵³⁶ Anayasanın 125. maddesinin ilk fıkrasına şu hüküm ilave edilmiştir:

“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”

Ayrıca Anayasanın 47. maddesinin kenar başlığı ***“E- Devletleştirme ve Özelleştirme”*** şeklinde değiştirilmiş, bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir”.

Aynı Anayasa değişikliği ile Anayasanın Danıştay’ı düzenleyen 155. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek, Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetki ve görevi ***“iki ay içinde düşüncesini bildirmek”*** olarak değiştirilmiştir. Bu Anayasa değişikliğinden sonra diğer kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıştır: 2577 sayılı İdari Yargılama Usul kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi 18 Aralık 1999 tarih ve 4492 sayılı kanunla⁵³⁷ aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar...”

Böylece tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, idari yargının görevi dışında bırakılmıştır. 2 Haziran 2000 tarih ve 4575 sayılı kanunla⁵³⁸ da 2575 sayılı Danıştay kanununun 24. maddesinin 1. fıkrasında Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevleri sayılırken ***“(...) Tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar...”*** denilerek tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar Danıştay’ın yetkisi dışında bırakılmıştır.

⁵³⁶ Bkz. RG 14.08.1999 / 23786

⁵³⁷ Bkz. RG 21.12.1999 / 23913

⁵³⁸ Bkz. RG 15.06.2000 / 24080

Ayrıca 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi de 8 Haziran 2000 tarih ve 4577 sayılı kanunla⁵³⁹ aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:⁵⁴⁰

“Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları”.

Bunu müteakip çıkarılan 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı ***“Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun”***⁵⁴¹ çıkarılarak imtiyaz sözleşmeleri için tahkim yolunun öngörülmesi durumunda tarafların uymaları gereken ilke ve esaslar tespit edilmiştir.

21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun⁵⁴² amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesi ile ***“21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkelere dair kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabi kılınmıştır”.*** Bütün bu düzenlemelerle tahkim pozitif idare hukukumuzdaki yerini almış ve Türkiye tahkim usulüne Anayasasında yer veren tek ülke konumuna gelmiştir.⁵⁴³

Tezimizin hazırlandığı esnada henüz TBMM Genel Kurulu’na sunulmamış olmakla beraber, Türk Borçlar Kanunu tasarısının madde metinleri incelendiğinde 20. maddesinde ilginç

⁵³⁹ Bkz. RG 16.06.2000 / 24080

⁵⁴⁰ Kanunun Genel Gerekçesinde aynen şu ifadelere yer verilmiştir: ***“14.8.1999 tarih ve 23786 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı kanun ile 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırılabilmesi için, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun ilgili maddelerinde değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu cümleden olarak; Danıştay’ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmesini, tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da bakılmasını, Danıştay’ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini ‘özeleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların idari dava türlerinden birisi olduğu hususuna açıklık getirilmesini, sağlamak amacıyla bu tasarı hazırlanmıştır.”*** bkz.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss292m.htm>, siteden alınış tarihi 17.11.2004

⁵⁴¹ Bkz. RG 22 Ocak 2000 tarih ve 23941 sayı.

⁵⁴² RG. 5 Temmuz 2001 Tarih ve 24453 sayı; Bazı yazarlar 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun IMF ve Dünya Bankası talepleri doğrultusunda çıkarıldığını ancak Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlarla MTK’nun uygulama alanını daralttığını ileri sürmektedirler. Bkz. ELVER, C.N.; ***“Turkish International Arbitration Law and Restrictions on its Application”***, Journal of International Arbitration, 21(5): 2004, s. 457.

⁵⁴³ ZABUNOĞLU, Y.; ***“Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”***, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 12-16 Ocak 2000, C. I, s. 495.

bir düzenleme yapıldığı görülmüştür. Türk Borçlar Tasarısının “Genel İşlem Koşulları” kenar başlıklı 20. maddesinin son paragrafında şu hüküm bulunmaktadır;

“Genel İşlem Koşullarıyla ilgili hükümler, imtiyaz suretiyle verilen hizmetleri yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır”.

4446 sayılı Anayasa değişikliği kanununun Anayasanın 47. maddesinde yapmış olduğu değişikliğe paralel ve tamamlayıcı bir düzenleme niteliği taşımakla beraber **“özel hukuk”** kurumlarının yavaş yavaş idare hukukuna sızmaya başladığını göstermesi bakımından yukarıdaki düzenleme dikkat çekicidir.

III. 4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU VE 4501 SAYILI KANUNLA OLAN İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesi uyarınca, *“21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetler ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkelere dair kanun uyarınca, yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabidir”.*

Kanaatimizce 4501 sayılı kanunun çıkarılma gerekçeleri o dönemdeki mevcut imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesine yumuşak bir geçiş temin etmek etrafında toplanmıştır. Esasen, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra 4501 sayılı kanun mevzuatta karışıklığa sebep olmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde tahkim müessesesi Anayasa ile garanti altına alınmışken ve 4686 sayılı kanun yürürlüğe girdikten sonra 4501 sayılı kanun, 2 (c) maddesinde verdiği yabancılık unsuru tanımı dışında tali bir nitelik kazanmıştır.⁵⁴⁴

4686 sayılı kanunun **“Amaç ve Kapsam”** başlıklı 1. maddesi lafzı itibariyle emredici bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda hem yabancılık unsuru taşıyan, hem de tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflarca veya hakem/hakemlerce 4686 sayılı kanunun seçildiği imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, 4501 sayılı kanunun **“yabancılık unsuru”** tanımı saklı kalmak üzere, 4686 sayılı kanun hükümleri uygulanacaktır. Bununla beraber usu-

⁵⁴⁴ “4501 sayılı kanunda tahkim sözleşmelerine ilişkin olarak, tahkimde hiçbir hususiyet arz etmeyen hususların düzenlendiğini ama bu nev’i tahkimde farklı olan ve hususi bir nizama bağlanmasına ihtiyaç duyulan hususlara hiç dokunulmadığını görüyoruz”. ..KALPSÜZ, T.; *Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 102.

lüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmaların hükümleri saklıdır. Taraflarca veya hakem/hakemlerce 4686 sayılı kanunun uygulanmasına karar verilmediği müddetçe, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar dışında kalan milletlerarası tahkim bakımından 4686 sayılı kanun hükümleri uygulanmayacağından, özellikle 4501 sayılı kanun hükümleri ve uluslararası anlaşmalar uygulanacak, bunlarda hüküm bulunmayan hallerde ise HUMK. ve MÖHUK hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca bu durumda, mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması ve ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konularında 4686 sayılı kanun'un 5. ve 6. maddeleri uygulanacaktır.⁵⁴⁵ MTK'nun 1. maddesi uyarınca, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancılık unsuru varsa bu kanunun uygulanması zorunludur biçiminde bir anlam çıkmaktadır. Oysaki 4686 sayılı milletlerarası tahkim kanunu taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını tespit etmektedir. Bu halde tarafların 4686 sayılı kanun haricinde başka bir usul kuralını örneğin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları, UNCITRAL ya da Lozan Tahkim Divanı Tüzüğü⁵⁴⁶ gibi kuralları uygulayamayacaklarını düşünmek tahkim yolunun genel ruhu ile çelişmektedir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, yerli nitelikteki uyuşmazlıklardan farklı olarak milletlerarası olarak nitelendirdiği uyuşmazlıklar için *özel bir kanun* niteliğindedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu hangi hakem kararlarının yeni kanuna tabi olacağını belirlerken tahkimin unsurlarından ziyade, taraflar arasındaki uyuşmazlığın unsurlarından hareket etmiştir.

4501 sayılı kanunun dili incelendiğinde bazı hükümlerinin yanlış anlaşılmaya elverişli ve uygulamada sorunlar doğurabilecek nitelikte olduğu görülecektir.⁵⁴⁷ 4501 sayılı Kanunun 2. maddesinde “tahkim yolu” tanımlanırken; “*Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti*” ifadesi kullanılmıştır. Oysaki kanunun “Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümü” başlıklı 3. maddesinin [c] bendi uyarınca; uyuşmazlıkların kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülebilmesi imkânı getirilmiştir. Bu açıdan kanunun 2. maddesinde ifade olunan tarafların tahkim usulünü belirleyebilme hakları, herhangi bir organize tahkim müessesesini yetkilendirmeleri ya da *ad-hoc* tahkim kurallarına atıf yapmalarıyla sınırlı olmaktadır. Tarafla-

⁵⁴⁵ ULUSOY, A.; (İncelemeler), s. 165'den naklen.

⁵⁴⁶ Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları ve buna ilişkin tüzüklerle, tahkim merkezleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI, K.; *UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, Ankara, 2000, s. 3-7.

⁵⁴⁷ Benzer yönde bir ifade 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu için ileri sürülmüştür. KALPSÜZ, T. *Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 117.

rın herhangi bir organize tahkim kurumunun yargılama usulünü ya da ad-hoc tahkim kurallarını seçtikten sonra -tahkim zaten bu kurallara göre işleyeceğinden- tahkim şartı veya sözleşmesinde ayrı usul kuralları öngörmeleri mümkün değildir.

Aynı şekilde Kanunun “Tahkim Yoluna İlişkin İlkeler” başlıklı 4. Maddesinde “*tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde uygulanması istenen tahkim kuralları ve hakem kurulunun yargılama usulü*” biçiminde bir ifade vardır. Bu düzenleme tahkim kuralları ve yargılama usulünün iki farklı kavram olduğu izlenimini vermektedir. Uygulanması istenen tahkim kuralları ihtilafın esasına uygulanacak maddi hukuk kuralları olarak değerlendirilemez. Tahkim kuralları, tahkim yargılamasında hakem veya hakem heyeti tarafından uygulanacak usul kurallarını ifade etmektedir.⁵⁴⁸ Bu anlamda uygulanacak tahkim kuralı ile hakemlerin yargılama usulü arasında bir fark olmadığı kanaatindeyiz.

Özellikle 4501 sayılı kanunun çerçeve (7.) maddesinin söz konusu kanunun *başlığı ve içeriği* ile uyumsuz olduğu göze çarpmaktadır. Kanun kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim usulünün uygulanmasına ilişkin ilke kuralları getirmektedir.⁵⁴⁹ Bu anlamda imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerde tahkim yoluna başvurulması durumunda hangi hususlara dikkat edileceğini göstermesi gerekirken, kanunun 7.maddesiyle 3996 sayılı kanunun geçici 1. fıkrasında değişiklik yapılmak suretiyle 3096 ve 3465 sayılı kanunlarda öngörülen sözleşmelerin hukuksal niteliği üzerinde durulmuş ve hukuksal niteliklerinin değişikliğe uğratılabileceği hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 47. maddesine eklenen 4. Fıkra hükmünde *Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir* biçiminde bir ifade yer alsa da 3096 ve 3445 sayılı kanunlarda belirlenen sözleşmelerin hukuksal niteliklerinin değiştirilmesine yönelik düzenlemenin yeri 4501 sayılı kanun olmamak gerekir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Bu konu ile ilgili farklı örnekler için bkz. **OEHMKE, T.;** *International Arbitration*, August, 1992, s. 48.

⁵⁴⁹ Bu husus, Kanunun genel gerekçesinde de aynen yer almıştır. (TBMM. S. Sayısı: 311, Dönem 2, Yasama Yılı 2, Adalet Komisyonu Raporu, 1/616).

⁵⁵⁰ 4501 sayılı kanunun Adalet Komisyonu raporunda şu ifadeler yer verilmiştir. “7.maddedeki düzenleme ile atıfta bulunulan 3096 ve 3465 sayılı kanunların tarihleri ve adları yazılmış ve bu kanunlar kapsamındaki amaç ve kapsama uygun tanımlamalar getirilmiştir ve madde gerekçesinin yalnızca Yap-İşlet-Devret modelini kapsadığı şeklindeki eksiklik giderilmiştir.” Bkz. Adalet Komisyonu, Esas no.1/616, Karar No.16,19.1.2000, Anayasa Mahkemesinin 2000/16 Esas ve 2000/17 Karar Sayılı Kararı ile 4501 sayılı Kanunun 2.maddesinin (c) bendi ile 7. ve geçici birinci maddelerinin Anayasanın 2, 10, 48, 125 ve 167. Maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davası reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı ve gerekçesi için bkz. Resmi Gazete / 9 Kasım 2004 tarih ve 25638, s. 47 vd., **Bkz. Adalet Komisyonu, Esas no.1/616, Karar No.16,19.1.2000.**

B. Yabancılık Unsuru Kavramı

1. Yabancılık Unsurunun Tanımı Bakımından Yapılan Değerlendirme

Milletlerarası özel hukukta bağlama kuralları çerçevesinde varlığı bir hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku tespit etmeye yarayan “*yabancılık unsuru*”⁵⁵¹ Anayasanın değişik 125. maddesindeki düzenleme uyarınca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkime başvurulabilmesinin ön koşulu olarak görülmüştür. Yabancılık unsuru 4501 sayılı kanunun 2/c maddesinde: “*Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri*” biçiminde tanımlanmıştır. 4686 sayılı kanunun kapsamını tayin bakımından 2. maddesinin son fıkrası uyarınca ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda 4501 sayılı kanundaki “*yabancılık unsuru*” tanımının⁵⁵² geçerli olduğu ifade edilmiştir. Yabancılık unsurunun 4501 sayılı kanunda çok geniş bir şekilde tanımlanmış olması yönündeki tartışmaların⁵⁵³ ötesinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları dikkate alındığında hukuki bir kıstastan ziyade ekonomik kıstaslar dikkate alınmak suretiyle bir tanımının yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu milletlerarası ticari tahkimin gerekleri açısından uygun bir düzenleme olabilir ancak Anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş olsa da, imtiyaz sözleşmelerinde milletlerarası tahkim söz konusu olduğunda yabancılık unsurunun salt ekonomik kriterlerle tanımlanması yerinde değildir. 4501 sayılı kanunun 2. maddesindeki “*sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması halini*” yabancılık unsurunun varlığı sonucuna bağlaması, Türkiye’deki imtiyaz sözleşmelerinin uluslararası finansmana ihtiyacı olduğu göz önüne alınınca finansman problemini çözecek gibi gözükse de, Anayasanın 125. maddesinde yapılan değişiklikle doğrudan doğruya imtiyaza ya da sözleşmenin kendisine değil,

⁵⁵¹ Bu yönde ayrıntılı incelemeler için bkz. BİLGİÇ, H.; agm., s. 31, AKINCI, Z.; Yabancılık Unsuru Kavramı ve MTO Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, 6 Nisan 2004, Ankara, s. 5

⁵⁵² 4501 sayılı kanun m. 2 (c).

⁵⁵³ Bu yöndeki yorumlar için bkz. GÜNDAĞ, M.; İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 305, ÖZBİLGİÇ, Z.; Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru, Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, 2001, s.75 vd., BİRSEL M.; Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim, Editör Ali ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s. 130

imtiyazla ilgili bir uyuşmazlığa atıfta bulunduğundan, yabancılık unsurunun imtiyazda değil ve fakat uyuşmazlıkta mevcut olması aranacaktır.⁵⁵⁴

Esasen yatırım içeren sözleşmelerde, yabancı olmasına rağmen taraflardan birinin iş yerinin, aynı yerde, yani yatırımın yapılacağı devlette olması, bunun sonucunda yabancı sermayeli de olsa yatırım yapılacak devlet yasalarına göre kurulmuş tescil edilmiş ve iş merkezi de o ülkede olan bir şirket olması ciddi olasılıktır. Bu durumu bertaraf etmek maksadıyla 4501 sayılı kanunda genişletici bir yorum yapılmış olabilirse de, kanunun bu hükmünün uygulamada kolaylıklar sağlayacak nitelikte olmadığı görülmektedir. Örneğin bir sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva ettiğinden bahisle milletlerarası tahkime gidilip gidilemeyeceğinin tespiti kimin tarafından yapılacaktır? Bu tespitin tahkim şartının yazımı esnasında veya daha sonradan yapılan tahkim sözleşmesiyle taraflara bırakmak hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından; hele ki konu imtiyaz sözleşmeleri olduğunda çok yerinde olmayabilir. **Bu anlamda bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının, davanın açıldığı mahkeme tarafından yapılacak subjektif bir değerlendirmeye bağlı olması, sözleşmeyle ilgili bir uyuşmazlık ortaya çıkmadan ve bu uyuşmazlık dava konusu yapılmadan önce onun yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olarak nitelendirilmesini önlemektedir.** Bir sözleşmeye yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme niteliğinin verilmesi, ancak sözleşmeden doğan uyuşmazlığın dava konusu yapılması ve sözleşmenin unsurlarının davanın açıldığı mahkeme tarafından değerlendirilmesinden sonra yapılacak bir işlemdir.⁵⁵⁵

Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde 4492 sayılı kanunla 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23. Maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklikle Danıştay'ın Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi kaldırılmış ve düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. Doktrinde Danıştay'ın buradaki düşünce bildirme görevinin tam olarak ne anlama geldiğinin anlaşılamadığı şeklinde görüşler ileri sürülse de,⁵⁵⁶ kanaatimizce Danıştay'ın buradaki düşünce bildirmesi sırasında sözleşmenin **yabancılık unsuru içerip içermediği**, tahkim şartının açık olup olmadığı ya da 4501 sayılı kanunun genel anlamdaki düzenleyici hükümlerine uyulup uyulmadığı noktasında yapmış olduğu belir-

⁵⁵⁴ Prof. Dr. Turgut KAPLİSÜZ, kanunda Anayasa'dan daha geniş bir yabancılık unsuru tanımı verildiği, kanunda yabancılık unsurunun asıl sözleşmeye endekslendiğini, çıkan/çıkacak uyuşmazlıkta fiilen yabancılık unsuru bulunmasa bile, asıl sözleşmede yabancılık unsuru bulunması hususunu Anayasaya aykırı bulmak-tadır (Milletlerarası Tahkim Semineri), s. 102.

⁵⁵⁵ ÖZDEMİR, H.; MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları, İBD., Cilt:73, Sayı: 10-11-12, 1999, s. 928.

⁵⁵⁶ Bkz. KARAHANOGULLARI, O.; Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara, 2002, s. 327.

lemeler hakem kararına karşı yargılama sonucunda başvurulacak muhtemel kanun yolları bakımından önem arz edebilir.⁵⁵⁷

2. Anayasaya Aykırılık Bakımından Yapılan Değerlendirme

4501 sayılı kanunun 2/c bendi ile 7. ve geçici 1.maddelerinin Anayasanın 2, 10, 48, 125 ve 167. Maddelerine aykırı olduğu ve iptali istemiyle açılan davayı Anayasa Mahkemesi 20.7.2000 tarih ve 2000/16 E. ve 200/17 K. sayılı kararıyla karara bağlamış ve Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir.⁵⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına ilişkin yapılabilecek yorumlar incelememizin konusunu ve sınırını aşabilecek niteliktedir. Bununla beraber bu kararda önemli gördüğümüz bazı noktalara değinmekte yarar görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi 4501 sayılı Kanunun 2/c bendinin iptali istemini reddederken özetle şu ifadelerle yer verilmiştir: *“Türk hukukunda yabancılık unsurunun gerek yargı kararları gerekse öğretide bir hukuki işlem veya ilişkinin birden çok hukuk düzeniyle bağlantılı olması halini ifade etmektedir.. Bu konuya mukayeseli hukuk açısından bakıldığında da ortak kabul görmüş bir tanıma rastlanmamakta, her ülkenin kendi ekonomik koşul ve değerlendirmelerine göre farklı kurallar benimsendiği görülmektedir.yasa koyucunun kuşkusuz kamu hizmetlerinin gereklerini de gözeterek kullandığı takdir yetkisiyle bu tür işin niteliğinden kaynaklanan sınırlı durumlara özgü sözleşmelerde de yabancılık unsuru bulunduğunu kabul etmesinin Anayasa ile çelişen bir yönü görülmemiştir.”* denilmek suretiyle 4501 sayılı kanunun 2/c bendinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi özellikle 90’lı yılların başında Yap-İşlet-Devret sözleşmeleriyle gündeme gelen ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki niteliğinin yasama organı tarafından kanunla değiştirilmek istenmesiyle ilgili olarak verdiği iptal kararlarıyla özellikle Türk İdare Hukuku açısından çok önemli saptamalarda bulunmuştur.

Örneğin Anayasa Mahkemesi 22.2.1994 tarih ve 3974 sayılı Kanunun Ek madde 5 hükmünde yer alan *“Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi devlet teşekküllerinin, bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün enerji üretimi, iletim ve dağıtım tesislerini kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarının devir almalarını öngören hükümlerine göre, üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler şeklindeki hükmündeki”* *“özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ve “imtiyaz teşkil etmeyeceğine dair* cümlelerini iptal etmiş-

⁵⁵⁷ *Infra.*

⁵⁵⁸ Bkz. Resmi Gazete 9 Kasım 2004 sayı: 25638, s. 47 vd.

tir.⁵⁵⁹ 3974 sayılı yasanın Ek 1 ve Ek 5. Maddelerinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verirken gerekçe olarak özetle şu ifadeler kullanılmıştır;⁵⁶⁰ “*Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organının herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak Anayasa mahkemesinin Anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdileyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.*”⁵⁶¹

Anayasa mahkemesi 4501 sayılı kanundaki yabancılık unsurunun Anayasa aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında ise yukarıda atıf yapılan kararda değinmiş olduğu kendi denetim görevini dikkate alma ihtiyacını hissetmemiştir. Burada elbette ki 3974 sayılı kanunun Ek 1 ve Ek 5 maddelerine ilişkin kararda yer verildiği üzere bir etkinliğin irdelenmesi söz konusu değildir ancak Anayasa Mahkemesi 4501 sayılı kanunun yabancılık unsuruna ilişkin olarak verdiği kararda konu unsuru yönünden bir değerlendirme yapmamış, yasama organının takdir yetkisini saptamakla yetinmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki değişim, 4501 sayılı kanunun bazı maddelerinin iptaline ilişkin E. 2000/16 sayılı kararında açık bir biçimde görülmekle beraber, bu kararın karşı oyunda ifade edildiği üzere hukuki güvenilirlik ve hukuki istikrar açılarından da dikkat çekicidir.⁵⁶²

Diğer yandan öğretide bazı yazarlarca 4501 sayılı kanunun kamu hizmeti ile ilgili sözleşmelerde uyumsuzluğun esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi mümkün kılan 4. madde hükmü, özel hukuka tabi sözleşmelerin hangisi olacağını kanunun değil, sözleşme hükmünün belirlemesi dolayısıyla Anayasal dayanağa sahip idari yargının görevi içindeki bir uyumsuzluğu adli yargıya bırakılması sonucunu doğurduğundan Anayasaya aykırı bulunmasına karşın, Anayasa Mahkemesinin bu hususları kararında tartışmadığı görülmektedir.⁵⁶³

Doktrinde bazı yazarlar tarafından 4501 sayılı kanundaki yabancılık unsuru tanımının Anayasadaki tahkime izin veren hükme göre de çok daha geniş olduğu ifade edilmiştir. Zira, Anayasaya göre, milletlerarası tahkime gidilebilmesinin sınırı ve koşulu, çıkan/çıkacak uyumsuzlukta yabancılık unsurunun bulunmasıdır (*m. 125/1-son cümle*). Kanunda ise, konu uyumsuzluğa göre değil, asıl sözleşmeye (imtiyaz sözleşmesi) endeksli olarak değerlendirilerek,

⁵⁵⁹ Bkz. AM 9.12.1994 T. ve E. 1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı, RG. 24.1.1995, sayı:22181, s.23 vd. ayrıca AM. 28.6.1995 T. ve E.1994/71-K.1995/23 sayılı Kararı, RG. 31.3.1996, sayı 22586, s. 37 vd.

⁵⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. *Supra*, I. Bölüm.

⁵⁶¹ 24 Ocak 1995 tarih ve 22181 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵⁶² Karşı oy için bkz. RG 9 Kasım 2004 Sayı:2538 s. 58.

⁵⁶³ Aynı yönde bkz. **AYANOĞLU, T.**; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul, 2004, s.38, dipnot (59).

çıkan/çıkacak uyuşmazlıkta fiilen yabancılık unsuru bulunmasa bile, asıl sözleşmede (imtiyaz sözleşmesi) yabancılık unsurunun bulunması, milletlerarası tahkime gidilebilmesi için yeterlidir.⁵⁶⁴ Kanımızca, 4501 sayılı kanunun bu hükmünü Anayasaya aykırı olarak değerlendiren yaklaşımın pratikte uygulanma olanağı yoktur. Şöyle ki; eğer Anayasanın ilgili hükmü gereği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda mutlaka ortaya çıkan uyuşmazlıkta yabancılık unsuru aranacaksa o takdirde tahkime başvurabilmek için mutlaka taraflar arasında bir uyuşmazlığın ortaya çıkması gerekecek ve ortaya çıkan uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun var olup olmadığı tespit edildikten sonra tahkim yoluna başvurulabilecektir. Böyle düşünüldüğü taktirde taraflar imtiyaz sözleşmesinin hazırlanması esnasında hiçbir zaman sözleşmenin içerisine “tahkim şartı” dercedemeyeceklerdir. Çünkü tahkim şartı taraflar arasında uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce sözleşmenin yazılması aşamasında da sözleşme içerisinde yer alabilir. Ancak yabancılık unsuru uyuşmazlıkta aranacaksa, taraflar ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra bir tahkim sözleşmesi yaparak uyuşmazlığı tahkime götürebileceklerdir.

3. Yabancılık Unsuru ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Arasındaki İlişki

4501 sayılı kanunun yabancılık unsurunun tanımında kıstas olarak alınan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 17 Haziran 2003 tarih ve 25141 sayılı RG’de yayımlanan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 5/c maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup mevzuatta 6224 sayılı kanuna yapılan atıfların 4875 sayılı kanunun ilgili bölümlerine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla 4875 sayılı kanunun 2.maddesinde tanımlanan yabancı yatırımcı ve doğrudan yabancı yatırımın da 4501 sayılı kanun uyarınca uygulanacak milletlerarası tahkimin belirleyici kıstası olan yabancılık unsurunun tanımlanmasında rol oynayacaktır.⁵⁶⁵

ÖZBİLGİÇ çok yerinde bir tespitle yatırım sözleşmelerinde yabancılık unsurunun doğrudan yabancı yatırımcı olduğunu ifade etmiştir⁵⁶⁶. Ancak 4875 sayılı kanunun yürürlüğe girme-

⁵⁶⁴ Prof. Dr. Turgut KALPSÜZ, bu nedenle 4501 sayılı kanunun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul, 2004, s. 163

⁵⁶⁵ 29 Haziran 2000 tarih ve 24094 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan **4586 sayılı Petrolün Boru Hatları ile Transit Geçişin Dair Kanun’un** İhtilafların Çözümü Başlıklı 13. maddesinde şu düzenleme bulunmaktadır: “Transit petrol boru hatları projeleri ile ilgili olarak, Devlet mercileri ile yatırımcılar arasında çıkabilecek ihtilaflar, ilgili proje anlaşmaları hükümlerine göre, ilgili proje anlaşmasında başka bir hüküm bulunmuyor ise Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda yer alan çözüm usulleri vasıtasıyla ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözümlenir.”

⁵⁶⁶ **ÖZBİLGİÇ, Z.;** agm., s. 75 vd.

sinden sonra bu tespit eksik kalmaktadır. 4875 sayılı kanun ışığında yabancılık unsuru (i) doğrudan yabancı yatırımcı⁵⁶⁷ ve (ii) doğrudan yabancı yatırımdır denilebilir.

17 Haziran 2003 tarih ve 24141 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 5.6.2003 tarih ve 4875 sayılı Yabancı Yatırımlar Kanununun uyuşmazlıkların çözümü başlıklı 3/e maddesinde şu düzenleme bulunmaktadır: “*Özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli ve milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.*” Bu düzenlemede yer alan (...) “*diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleri*” arabulucu, uzlaştırıcı gibi kurumlara işaret etmektedir. Düzenleme ayrıntılı biçimde okunduğunda “özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan” sonra “*ile*” bağlacı kullanılmış ve “*yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için (...)*” ifadesi getirilmiştir. Burada yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden hangilerinin özel veya kamusal rejime tabi olacağı konusunda açıklık olmadığından, kamusal rejime tabi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim haricinde arabuluculuk ve uzlaştırıcı enstrümanlarından da faydalanılabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır.⁵⁶⁸ Oysaki Türk İdare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından hepsi değil sadece tahkim olanaklıdır.⁵⁶⁹ Bu itibarla kanaatimizce bu ifade Anayasanın 125. maddesindeki düzenlemeye aykırılık teşkil etmektedir.

⁵⁶⁷ Doğrudan yabancı yatırımın tanımı için bkz., TİRYAKİOĞLU, B.; Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003, s. 10.

⁵⁶⁸ ABD’de özellikle işçi ve işveren ilişkilerinde sıkça uzlaştırıcıya başvurulurken, kamu yararının yoğun biçimde kendisini gösterdiği doğal kaynakların işletilmesi, kamu kuruluşlarının yönetimi ve kamu parasının harcandığı alanlarda uzlaştırıcı veya arabulucu tercih edilmemektedir. SINGER, L.; Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System, Westview Press, USA, 1990, p. 161.

⁵⁶⁹ İsviçre’de İdari makamlar arasında ortaya çıkan ihtilafta arabuluculuk geniş uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. KLAUS, C.; / LIATOWITSCH, M.; / Mediation, International Arbitration in Switzerland, A handbook for practioners, 2004, Kluwer law international, s. 226.

IV. 4501 SAYILI KANUN UYARINCA İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHTİYARİ TAHKİMİN UYGULANMA USULÜ

A. İmtiyaz Sözleşmelerinde Milli ve Milletlerarası Tahkim Farklılaşması

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun kanunun yürürlüğe girmesinden önce Türkiye’de ihtiyari tahkim HUMK 516-536. maddeleri arasındaki hükümlere tabi olarak yürütülmekteydi. Bu hükümler doğrultusunda işleyen tahkim yargılaması sonucunda verilen nihai hakem kararları milli hakem kararları olarak kabul ediliyor ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesinin uygulanması gündeme gelmiyordu. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda ise (...)“*Bu kanun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakemler kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*”(…) biçiminde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu anlamda 4686 sayılı kanun irdelendiğinde, (i) yabancılık unsuru olmakla beraber hem tahkim yeri hem de tenfiz yeri Türkiye’de değil ise, (ii) yabancılık unsuru olmakla beraber, tahkim yeri Türkiye’de ancak tenfiz yeri Türkiye’de değilse, (iii) yabancılık unsuru olmamakla beraber, hem tahkim yeri, hem de tenfiz yeri Türkiye’de ise ve (iv) yabancılık unsuru olmamakla beraber, tahkim yeri Türkiye’de fakat tenfiz yeri başka ülkedeyse **tahkim milli olarak kabul edilecektir.** Tahkimin Türkiye’de, Türk kanunlarına göre cereyan etmesi bizi bu sonuca götürmektedir.⁵⁷⁰

Doktrinde tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesinin bir bağlama noktası oluşturduğu ve tahkim yerinin Türkiye olarak seçildiği tahkimler bakımından 4686 sayılı kanunun zorunlu olarak uygulanacak bir otorite kanunu olduğu belirtilmekteyse de⁵⁷¹, tahkimde taraf iradelerine tanın üstünlük gereğince uyuşmazlığın taraflarının açık olarak 4686 sayılı kanuna tabi olmama noktasında iradelerini beyan etmeleri halinde, sözü geçen kanunun zorunlu uygulanması söz konusu olmamalıdır.⁵⁷²

Geçmişte yaygın olarak kabul edilen bir görüşe göre milli ve milletlerarası tahkim ayrımı yapılamaz. Çünkü tahkimin kendisi bir kamusal otorite altında meydana gelmemekte olup, taraflar arasında yapılan bir sözleşmenin eseridir ve bunun doğal sonucu olarak da tahkimin

⁵⁷⁰ Milli ve Milletlerarası tahkime ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. SEVİÇ, V.; Milli Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, MHB, Yıl 23/ S.1-2, / 2003, s. 646.

⁵⁷¹ ŞANLI, C.; 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu, MHB, Yıl 23/ S.1-2, / 2003, s. 646, s. 690.

⁵⁷² *Supra.*

belirli bir devletle bağlantısının kurulması ve ona bir mülkiyet verilmesi düşünülemez.⁵⁷³ Milletlerarası ticari tahkime ilişkin UNCITRAL Model kanununda “*yabancı tahkim*” kavramı yerine “*milletlerarası tahkim*” kavramı kullanılmıştır. Bu tanımdan hareketle, milletlerarası tahkimin yabancılık unsuru taşıyan tahkimden farklı olduğunu savunan görüşe göre, milletlerarası tahkim kavramı altında bir tahkim davasının veya hakem kararının mutlaka belirli bir devletle ilişkilendirilmesi gerekmemektedir.⁵⁷⁴

Fransa’daki uygulamaya bakıldığında ise milli ve milletlerarası tahkim bakımından bir ayrımın mevcut olduğu görülmektedir. Fransa’da milli hakem kararlarına karşı temyiz hakından feragat edilmediği sürece temyiz yolu açık olduğu halde milletlerarası hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapalıdır. Yeni Fransız Medeni Usul kanununa göre uluslararası ticari menfaatleri ilgilendiren tahkim milletlerarasıdır. Bu konuda Paris İstinaf Mahkemesinin şu kararı dikkat çekicidir:

*“Bu metin tarafların milliyetine, tahkimin esasına uygulanacak olan hukuka, tahkim yerine ya da milletlerarası tahkimin tanımlanışına bakmaksızın sadece bir devlet içinde ifa edilmesi mümkün olmayan faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözümlendiği tahkim milletlerarası niteliği haizdir”.*⁵⁷⁵

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı da yayınlamış olduğu tahkim kurallarının 1 (1) maddesinde nosyonunu uluslararası karakterli iş ihtilaflarını tahkim yoluyla çözmek olarak tanımlamaktadır. Uluslararası karakterli iş ihtilafları ise şu şekilde tanımlanmaktadır; *“tahkimin uluslararası niteliğe sahip olması için tarafların mutlaka farklı milliyetlerden olması gerekmez. Bir sözleşme konusu itibariyle ulusal sınırların ötesine geçebilir; mesela aynı milletten iki tarafın yabancı bir ülkede ifa edilecek bir sözleşme yapması, ya da bir devlet ve yabancı bir şirketin o devlette faaliyette bulunan bir kuruluşunun yaptığı sözleşme gibi.”*⁵⁷⁶ Milletlerarası veya yabancı unsuru havi tahkimde hakem kararının yerli veya yabancı bir karar sayılması ya da geniş anlamda hakem kararlarının milliyeti esas itibariyle tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinden hareketle çözümlenmektedir.⁵⁷⁷ Ancak Yargıtay Ticaret Dairesinin 25.04.1949 tarih ve 9481/4700 E. ve 1495 K. İle 22.04.1949 tarih ve 948/4733 E. ve 2042 K. Sayılı kararları ile YHGK. 7.11.1951 E. 126 ve K. 109 sayılı kararlarıyla, yabancı bir ka-

⁵⁷³ SAMMARTANO, M.; age., s.15 vd.

⁵⁷⁴ BİRSEL, M. / BUDAK, A.; agm. s. 207.

⁵⁷⁵ Paris, Ire ch. C.june 14, 2001, S.A. Compagnie Commerciale André v. S.A. Tradigrain France, REV.ARB.773 (2001).

⁵⁷⁶ The International Solution to International Buiness Dipsutes – ICC Arbitration, ICC Publication No. 301- (1977), s. 19.

⁵⁷⁷ KALPSÜZ, T.; Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara, 1978, BTHD, Haziran 1978, Cilt: IX – Sayı.3’den ayrı bası, s. 603.

nun otoritesi altında verilen bir hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu ve yabancı hakem kararlarının Türkiye’de ancak yabancı mahkeme ilamlarının icrasına mahsus hükümler uyarınca tenfizinin sağlanabileceği ifade edilmiştir.⁵⁷⁸

Yukarıda ayrıntılarıyla değinildiği üzere 4501 sayılı kanunun 2 (c) maddesi anlamında yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesi 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yürütülecek olmakla beraber, Türkiye’de Türk kanunlarına göre yürütülecek tahkim davaları da söz konusu olabileceğinden⁵⁷⁹ MTK’na göre verilen her karar yabancı hakem kararı olarak nitelendirilemeyecektir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, hakem kararlarının tenfizi sorunu ortadan kalmış gibi görünse de⁵⁸⁰, özellikle “*usul kanunu*” olarak yabancı bir usul kanunu seçildiğinde⁵⁸¹ yabancı bir hakem kararının söz konusu olacağı sabittir.⁵⁸²

B. 4501 Sayılı Kanun Uyarınca Tahkimin İşleyişi

4501 sayılı yasanın 4(2) maddesi tahkim şartının veya sözleşmesinin unsurlarını saymaktadır.⁵⁸³ Bu ifadeler sınırlayıcı nitelikte⁵⁸⁴ olmadığı gibi tahkim sözleşmesi veya şartının ge-

⁵⁷⁸ *Infra*

⁵⁷⁹ *Supra*.

⁵⁸⁰ 4686 sayılı kanunun 15. maddesi hükmü uyarınca nihai hakem kararlarına karşı ancak yetkili Asliye Hukuk Mahkemesinde iptal davası açılabilir.

⁵⁸¹ Fransız Hukukuna bakıldığında 981 tarihli kararname uyarınca Fransız hukuku dışındaki usul kanunlarına tabi olan hakem kararları, tahkim yeri olarak Fransa seçilse dahi yabancı hakem kararı olarak nitelendirilmektedir. Bkz. GAILLARD E./ SAVAGE, J.; International Commercial Arbitration, The Hague, Boston, London, 1999, s. 903.

⁵⁸² KURU, B.; age., s. 1028, ÜSTÜNDAĞ, S.; age., C. II, 1977, s. 176, GÖĞER, E.; Devletler Hususi Hukuku, Ankara, 1977, s. 392.

⁵⁸³ ULUSOY, 4501 sayılı kanunun 4/2 maddesinde belirtilen hususların kanunun lafzı gereği tarafların tahkim anlaşmasında ayrıntılı olarak düzenleyebileceklerini değil, düzenleyeceklerini öngörmüş olması tarafların bu yükümlülüğe uymaması halinde, adı geçen konularda hakemlerin karar alabileceğini belirtmektedir. Bu saptama tahkim uygulaması bakımından her zaman yerinde olmayabilir. Örneğin 4. maddede tahkim anlaşmasında belirtilecek hususlar arasında “hakem ücretleri” de vardır. Ancak hakem ücreti konusunda hakemlerin karar vermeleri iç tahkim bakımından kamu düzenine ilişkin olmamakla birlikte bir bozma nedeni, milletlerarası tahkimde de bir iptal nedenidir. Bkz. ULUSOY, A.; (İncelemeler), s. 164, TAŞKIN’a göre ise Yargıtay kararlarında, hakemlerin kendi ücretlerinin miktarını belirleyemeyeceklerine ilişkin olarak, bir kimsenin kişisel alacağı hakkında hâkim olamayacağı, hüküm veremeyeceği kuralı hakkındaki Yargıtay görüşü amacını aşan bir yorum tarzıdır ve taraflarca sözleşmede aksi öngörülmemiş olmadıkça bir kimse asıl uyuşmazlık bakımından davacı veya davalı sıfatına sahip değilse ve asıl uyuşmazlık tamamen kendisi dışında ise, uyuşmazlık konusuna ilişkin karardan veya hükmün sonucundan kendisi lehine bir hak doğmuyorsa ve kendisi borç altına girmiyorsa bu kural uygulanmaz. TAŞKIN, A.; Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 186.

⁵⁸⁴ aynı yönde bkz. YEŞİLIRMAK, A.; agm., s. 193.

çerliliğine de etki etmemektedir. Madde kenar başlığının da bu yüzden “*ilkeler*”⁵⁸⁵ biçiminde belirtilmesi yerinde bir düzenlemedir. Bu itibarla 4501 sayılı kanun uyarınca tahkimin işleyiş süreci bakımından önce tahkime hazırlık aşamasını sonra da hakem yargılamasını anlatmayı uygun bulduk. 4501 sayılı kanunun işleyiş sürecinde incelememizin metni içerisinde “mili” veya “milletlerarası tahkim” bakımından bir ayırım yapılmamış her iki yol da karşılaştırmalı biçimde incelenmeye çalışılmıştır.

1. Tahkime Hazırlık Aşaması

a) Tahkim Şartı-Tahkim Sözleşmesi Ayrımı

4501 sayılı kanunun 4. maddesinde “*Tahkim Yoluna İlişkin İlkeler*” sayılırken, tahkim anlaşmasının sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabileceği hükme bağlanmıştır. HUMK 516. maddesinde de ifade edildiği üzere taraflar uyuşmazlığı hakem önüne ya bir sözleşme ile ya da aralarındaki esas sözleşmeye bu sözleşmeden doğacak ihtilafların hakemler yoluyla çözüleceğine dair bir şart koymak suretiyle yapabilirler. Doktrinde bunlardan ilkinde tahkim sözleşmesi ikincisine ise tahkim şartı denilmektedir.⁵⁸⁶ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı tarafların imtiyaz sözleşmesinin içerisine dercettikleri maddelerden ibarettir. Tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın tarafları arasında objektif tahkim ehliyetine uygun olarak yapılan ve uyuşmazlıkların hakem kararıyla sonuçlandırılması amacını taşıyan, milli veya milletlerarası nitelikteki sözleşmelerdir.⁵⁸⁷

Tahkim yöntemiyle çözümü mümkün olan bir davanın hakemde görülebilmesi için tarafların bu hususta açık ve kesin olarak iradelerini belirttikleri yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı aranmaktadır. Tahkim sözleşmesinin ve tahkim şartının en önemli özelliği yazılı olmasıdır.⁵⁸⁸ Doktrinde yazılı şeklin ispat şartı değil geçerlilik şartı olduğu konusunda fikir birliği⁵⁸⁹ bulunmaktadır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks,

⁵⁸⁵ Bkz. 4501 sayılı kanunla ilgili olarak Adalet komisyonu Raporu ve Kanunun Genel Gerekçesi, (1/616), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21>

⁵⁸⁶ *Infra*

⁵⁸⁷ TAŞKIN, A.; Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 8, Tahkim ile ilgili farklı tanım ve terminolojiler için bkz. DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 14, ŞANLI, C.; (Ticari Tahkim), s. 17, KURU, B.; (Usul), C. IV, s. 3965.

⁵⁸⁸ Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında örneğin İtalyan Hukukunda tahkim şartı yazılı olmadığı sürece geçersizdir, ancak Hollanda Hukukunda tahkim şartının yazılı olmasına gerek yoktur. Bkz, SANDERS P.; International Commercial Arbitration, Paris, 1987, s. 324

⁵⁸⁹ KURU’ya göre, yazılı şekil tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır, Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. KURU, B.; age., s. 4002, ÜSTÜNDAĞ’a göre bu şekil şartı sıhhat şartı olup, ispat şartı değildir., age., s. 772, POSTACIOĞLU, İ.; Buradaki şekil şartı anlaşmanın özü bakımından olup, ispata mütellek değildir.

faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir.⁵⁹⁰ Tahkim şartının yazılı olması tek başına yeterli değildir. Söz konusu tahkim şartının ihtilafların çözümlenmesinin tahkime tabi olduğunun açık bir biçimde belirtilmesi gerekir. Özellikle hukukumuzda imtiyaz sözleşmelerinin yazılı olmaları öngörüldüğünden⁵⁹¹, tahkim şartının yazılı olması hususu imtiyaz sözleşmelerinin genel şekil şartına uyum sağlaması bakımından da önemlidir.⁵⁹² 4501 sayılı kanunun 3. maddesinde yabacılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde bunlardan doğacak uyuşmazlıkların

- a) *Türkiye’de toplanarak Türk hukukuna göre ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda,*
- b) *Yabancı bir ülkede toplanarak, Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda,*
- c) *Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülebileceği belirtilmiştir.*

Milletlerarası tahkim yoluna başvurulduğunda *ad-hoc* veya organize bir tahkim usulünün öngörülmesi hallerinde, buna ilişkin tespitin açık olması gerekmektedir. Tahkimin tabi olacağı organize tahkim yolu olarak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Tüzüğü seçilmişken ayrıca *ad-hoc* tahkim usulü olarak UNCITRAL kurallarının seçilmesi tahkim şartının geçerliliğini etkiler ve istisnai olan tahkim yolunu ortadan kaldırarak devlet mahkemelerini yetkili kılar.⁵⁹³ Tahkim usulünün genel yargıya göre istisna teşkil etmesi tarafların hangi uyuşmazlıkları hakeme götördüklerini bilmelerini gerektirir. Belli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılmış olması durumunda uyuşmazlık belirli sayılmaktadır. Bu anlamda tahkim sözleşmesinin esaslı unsuru olarak ileri sürülen bu durum idare hukukundaki *hukuki belirlilik* kavramı ile de örtüşmektedir.

⁵⁹⁰ Bkz. 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi m. II (2), 4686 sayılı MTK m. 4.

⁵⁹¹ GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s.297, farklı yönde bkz. BİLGİN, P.; İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970, s. 91 vd.

⁵⁹² New York Sözleşmesinin VI (1) a maddesi gereğince taraflar tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabileceklerdir. Tarafların böyle bir seçim yapmamaları durumunda tahkim kararının verildiği yer ülkesi hukuku tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk olacaktır. Bu nedenle tahkim anlaşmasının şekli de tarafların seçtiği hukuka, taraflar arasında bu hususta bir anlaşma yoksa tahkim kararının verildiği yer hukukuna tabi olacaktır. Böylece, New York sözleşmesi tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda taraf devletler arasında müşterek uygulamayı sağlayacak bir kanunlar ihtilafı kuralı belirlemiş olmaktadır. AKINCI, Z.; Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no. 44, 1994, s. 118-119.

⁵⁹³ Milletlerarası Ticaret Odasını yetkilendiren bir tahkim şartının şu şekilde olması tavsiye edilmektedir. “*All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the rules of conciliation and arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.*” Bkz: <http://www.icc.wbo.org>

Özellikle tahkim şartı bakımından önemli gördüğümüz bir konuyu ifade etmekte yarar görmekteyiz. İmtiyaz sözleşmesinin eki olarak sözleşmeye dercedilen teknik şartnamelerde ihtilafların halline ilişkin belirlemeler olabilir. Uygulamada teknik şartnamelere de bazen ihtilafların halline ilişkin hükümler konulabilmektedir. Bu anlamda teknik şartnamelere ihtilafların halline ilişkin hükümler konulacaksa, bunun daha önceki hükümlerle çelişmemesine özen gösterilmelidir. Örneğin Yargıtay Davacı Ankara Metrosu Müşavirlik Grubu Ortak Girişimi (1)- Louis Berger Group Inc., (2)- Yapı Teknik Müşavirlik Mühendislik Ltd. Şti., (3)- Sial Yer Bilimleri Müşavirlik Ltd. Şti. ile Davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı arasında çıkan uyuşmazlıkta taraflar arasındaki 29.4.1993 tarihli sözleşmenin teknik şartnamesinin 2/c maddesinde bulunan tahkim şartına dayanarak temyiz incelemesini yapmıştır.⁵⁹⁴

Tahkim şartında taraflar aralarındaki uyuşmazlığı hakem heyetinin oluşumundan önce *Dispute Review Expert* adı verilen bir uzlaştırıcıya götüreceklerine dair anlaşmış olabilirler. Genelde tüm uluslararası sözleşmelerde rastlanan bu durumun kanaatimizce özel hukuka tabi olmayan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde uygulanma olasılığı yoktur. Çünkü idare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından sadece tahkim olanaklıdır.⁵⁹⁵ Ancak tahkim şartında yine de böyle bir hükmün bulunuyor olması tahkim sözleşmesinin tamamını geçersiz kılmaz. Kanımızca tahkim şartının ilgili bölümü yazılmamış kabul edilir. Taraflar arasındaki asıl sözleşme geçerli olduğu halde tahkim şartı geçersiz de olabilir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 22.4.1993 tarih ve 2051/3488 sayılı kararında maddi hukuk sözleşmesi olan asıl sözleşmeyi imzalama yetkisi olan vekilin yaptığı asıl sözleşmeyi geçerli saymasına karşın, asıl sözleşmenin içerdiği tahkim şartını vekilin özel yetkisinin olmamasından bahisle geçersiz saymıştır.⁵⁹⁶ Bazı yazarlar tahkim şartını taraflar arasındaki esas sözleşmenin düzenlenmesi aşamasında sözleşmeye ilave edilen “*tahkim konulu*” madde olarak tanımlamaktadırlar.⁵⁹⁷ Oysaki tahkim şartının konusu tahkim değil *taraflar arasındaki ihtilafların çözümüdür*. Kanaatimizce böyle bir durumda sözleşme metni içindeki ifadelerle değil metnin içeriğine bakılmalıdır. Tarafların tahkim usulünü düzenledikleri bölümün başlığı veya kullanılan tabirler farklı da olsa aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözmelerini öngören düzenlemeler varsa ve

⁵⁹⁴ Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, Esas 2003/4423, Karar 2003/5931, sayılı kararı (*yayınlanmamıştır*)

⁵⁹⁵ İdare hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak kabul edilen durumlar için bkz. ÖZBEK, M.; age.

⁵⁹⁶ KURU, B.; age., cilt 2, sh. 1085 (*yayınlanmamış karar*).

⁵⁹⁷ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 21, KARATAŞ, İ.; age., s. 19

tarafların bu yöndeki iradeleri açık ve kesinse yine o hüküm tahkim şartı olarak değerlendirilmelidir.⁵⁹⁸

4501 sayılı kanun tahkim anlaşmasının tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı şeklinde yapılabileceğini öngörmekte ve tahkim sözleşmesinin tercih edilmesi halinde bu sözleşmenin asıl sözleşmenin (imtiyaz sözleşmesi) yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olacağını hüküm altına almaktadır. (m. 4/1). 4686 sayılı kanunda ise tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olacağı yönünde bir hükme yer verilmemiştir. ULUSOY bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

“4686 sayılı kanunun uygulamam alanına girmeyen ve taraflara veya hakem /hakemlere de bu kanunun seçilmediği imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi yapılması durumunda bu sözleşmenin tıpkı imtiyaz sözleşmesi gibi Danıştay’ın görüşünün alınması zorunludur.

4686 sayılı kanunun uygulama alanına giren, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için ise artık tahkim anlaşması konusunda bu kanun uygulanacağı için Danıştay’ın görüşünün alınmasına gerek olmayacaktır.”⁵⁹⁹

İlke olarak bu belirleme yerinde olmakla beraber, bu durumun her zaman bu kadar açık biçimde aşılabileceği söylenemez. Tarafların imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, imtiyaz sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuku tespit ettiklerinde tahkim şartının da geçerli olması, bu hukuka uygun olarak düzenlenmesine bağlıdır. Tahkim şartı esas sözleşmeye bağlıdır. Ancak tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız olduğundan, tabi olduğu hukuk da asıl sözleşmenin tabi olduğu hukuktan başka bir hukuk olarak tespit edilebilir. Ancak taraflar tahkim sözleşmesinin geçerliliğini Türk hukukuna bağlı kıldırlarsa bu noktada özellikle imtiyaz sözleşmeleri anlamında kamusal rejimi yani idare hukukunun uygulanacağı hususunda anlaşmaya varmışlar demektir. Bu halde Danıştay Kanununun 23/d maddesi anlamında Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında 2 ay içerisinde düşüncesini bildirme görev ve yetkisi burada da hayata geçirilmelidir. Aksi durum da tahkim sözleşmesi geçersiz olabilecektir.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu hususta bir fikir birliğine varılamamıştır.⁶⁰⁰ Tahkim sözleşmesinin borçlar hu-

⁵⁹⁸ Danıştay Genel Kurulunun 1940 tarih ve 40 sayılı kararında mukaveleden doğan uyuşmazlıkların Danıştay’ın görevine girip girmeyeceği hususunun akdin metin ve mahiyetinden istidat olunması gerektiği belirtilmiştir. bkz. MÜDERRİSOĞLU, H.; Danıştay Kanunu, Ankara, 1974, s. 42.

⁵⁹⁹ ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 94.

⁶⁰⁰ KARATAŞ, tahkim konusunun usul kanunlarında düzenlenmiş olması, hakem kararının meydana gelişindeki çok önemli işlemlerin dayanağını usul kanununda bulması ve hakem kararının kazai nitelik taşıdığının

kuku sözleşmesi olduğu yanında usul hukuku sözleşmesi olduğu da ileri sürülmüştür. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim bakımından ise tahkimin dayanağını milli tahkim bakımından HUMK'dan aldığından usul hukuku sözleşmesine daha yakın olduğu inancını taşımakla beraber milletlerarası tahkimde ise belli bir mahalli ülke hukukundan ziyade tahkim sözleşmesinin milletlerarası teamüllere, hatta belli birtakım supranasyonel kurallara tabi olarak yapılması gündeme geldiğinden bağımsız bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Elbette ki imtiyaz sözleşmelerinde tahkime Anayasasında yer veren tek ülke konumundaki Türkiye açısından⁶⁰¹ bu durumun tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğini bir dönüşüme uğratıp uğratmayacağı da tartışılabilir. Anayasa değişikliği sonrasında tahkim TC Anayasasının “*Yargı Yolu*” kenar başlıklı 125. maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda bir Anayasa hükmü ile ihtiyari olarak devlet yargısına gidilmesi engellendiğinden kanaatimizce tahkim sözleşmesi kuruluşu ve geçerliliği bakımından idare hukukunun ilke ve kurallarının da göz önünde bulundurulması gereken⁶⁰² bir borçlar hukuku sözleşmesidir.⁶⁰³

Tahkim sözleşmesi genel kuruluşu itibariyle borçlar kanunu hükümlerine tabi olduğundan borçlar hukukunun aradığı şartlar; taraflarda akid yapma ehliyetinin varlığı, akdin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine genel ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmaması aranacak, aksi halde tahkim sözleşmesi hukuki sonuç doğurmayacak ve Danıştay Kanununun 24. maddesi anlamında ihtilaf Danıştay tarafından çözüme kavuşturulacaktır. 4501 sayılı kanunda bu yönde bir açıklık olmamakla beraber, tarafların genel mahkemelerde açtıkları davayı birlikte takip etmemeleri (HUMK 409), bu arada anlaşarak istisnai bir yol olan tahkim usulüne başvurmalarını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Teorik bir tartışma olmakla beraber şu hususu tartışmakta yarar görmekteyiz. İdare hukuku ilkelerine göre idarenin ve kamu

Yargıtay’ca da benimsenmiş olması gerçeği karşısında tahkimin hukuki dayanağını usul kanunundan aldığı ve tahkim anlaşmasının da bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **KARATAŞ, İ.**; Uygulamada İhtiyari Tahkim, Ankara, 1999, s. 17, karşılaştırma için bkz., **ÜSTÜNDAĞ, S.**; age., s. 914., **KALPSÜZ, T.**; (İnşaat Sözleşmeleri), s. 354, **DAYINLARLI, K.**; (İç Tahkim), Ankara, 2004, s. 18.

⁶⁰¹ *Supra.*

⁶⁰² İdarenin bütünlüğü ilkesinin iki temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar hiyerarşi ve idari vesayettir. Bun anlamda kamu görevlileri yetkilerini yasadan aldıkları ve görevleri ile ilgili konularda yasal düzenlemelerle belirlenmiş ilke ve kurallara uygun davranma zorundadırlar. Bu durum tahkim sözleşmesinin bir idari makam veya merci tarafından yapılmasında da kendisini gösterir. Biz bu anlamda idare hukuku ilke ve kurallarının göz önünde bulundurulması ifadesini kullanmış bulunuyoruz. Bu konu hakkında aydınlatıcı olması bakımından bir Yargıtay kararına değinmekte fayda görmekteyiz.” Sadece karar verme süresi kısaltılmış olmaktan başka 2613 sayılı kanun 32. maddesi kapsamına aldığı hakem müessesesinin HUMK’da yer alan hakem müessesesinden nitelikçe bir farkı yoktur. Hazine vekilinin işi hakem yoluyla hallettirebilmesi için Maliye Bakanlığında yetki alması gerekir. Hazine vekilinin özel yetki almadan kendiliğinden bu yola başvurusu mümkün olmaz. Mahkemece, hazine vekilinden bu belge istenilmeden işin hakem yoluyla halli ci-hetine gidilmesi isabetsizdir. Y. 7. HD., 14.4.1970, ta. 2091-2296, **KARATAŞ, İ.**; age., s. 20.

⁶⁰³ Bu konuyla ilgili literatür için bkz. **SAMMARTANO, M.**; International Arbitration, Law and Practice, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, **BORN, G.**; age., **ALANGOYA, Y.**; age.

görevlilerinin yetkisi önceden yasalarla belirtilmiştir.⁶⁰⁴ Yetkinin dışına çıkılarak yapılan işlemler, hukuka aykırı olur ve iptali gerekir.⁶⁰⁵ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesinin yapılmasında aynı kuruluşun organları arasında yetki sorunu ortaya çıktığında; yani bu organlardan birinin diğerinin görevi içerisine giren bir konuda işlem yapması halinde ve uyuşmazlığın tahkime gitmesi durumunda ne yapılacaktır? Tahkim sözleşmesini imzalama konusunda verilen yetkinin idari yargıda usul hatası nedeniyle iptal edildiği düşünüldüğünde tahkim yargılanmasının akıbeti konusunda da açıklık yoktur. Kanaatimize göre burada tahkim anlaşmasının yapılması aşamasında esaslı bir eksiklik vardır ve bu husus tahkim anlaşmasını geçersiz kılar ve buna bağlı olarak yapılan tüm usul işlemlerinin düşmesi gerekmektedir.

b) Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümünde Üstlendiği Rol

18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı kanunla Danıştay Kanununun ve İdari Yargılama Usulü Kanununun bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Danıştay Kanunu'nun 23/d maddesi değiştirilerek, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında inceleme görevi kaldırılmış ve **düşünce bildirmeye** dönüştürülmüştür. Danıştay'ın bu konuda görüşünü bildireceği sürede sınırlandırılmış ve sözleşmelerle ilgili görüşünü işin kendisine gelişinden itibaren iki ay içerisinde bildirmesi zorunluluğu getirilmiştir.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Yetki ve imza devri ancak yasanın açık izniyle yapılabilir bu konudaki yargı kararları için bkz. D. 5. Daire 12.12.1989 gün ve E. 1989/2735; K. 1989/2266 sk. Ayrıca D. 5. Daire 20.05.1993 gün ve E. 1989/2727; K. 1989/2113 s. Kararı (Tam metinler için bkz. KARAVELİOĞLU, C.; İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2002, 5. Baskı, s.152-158 arası).

⁶⁰⁵ Hazine avukatlarının tahkim sözleşmesi yapabilmeleri için Maliye Bakanlığından yetki belgesi almaları gerekir., Y. 13 HD T. 22.4.1993 , E. 2051/3488 sayılı kararı (yayınlanmamıştır).

⁶⁰⁶ “Anayasa ve ilgili kanunlarda yapılan değişikliklerden önce özellikle Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi yatırımcılar açısından ciddi anlamda endişe verici olarak görülüyordu. Bu konuda dönemin yazılı basınında çıkan bir haberi buraya almayı uygun bulduk.” 1996 yılı yatırımlarının büyük bölümünü kaynak sıkıntısı nedeniyle durduran hükümet, Yap-İşlet-devret Modelini hayata geçirmek için kolları sıvadı. Başbakanlık müsteşarı Birkan ERDAL önceki akşam yatırımcı bakanlıkların bürokrat ve genel müdürlerini başbakanlığa çağırarak kapsamlı bir toplantı yaptı. Toplantıda kaynak sıkıntısı nedeniyle büyük yatırımların durduğu vurgulanarak, YİD modelinin önündeki hukuksal engellerin aşılması kararlaştırıldı. Bürokratlar, YİD yasasındaki şu çıkmazların çözülmesinde uzlaştılar. Danıştay'da büyük sıkıntı var. İhaleler Danıştay'a gidince en az 6-8 ay arasında ancak incelemesi tamamlanıyor. Bu da ihaleyi üstlenen firmayı rahatsız ediyor, yatırımlar gecikiyor”. Hakan AKPINAR'ın 18 Mart 1996 tarihli Hürriyet Gazetesinden alınan makalesi.

⁶⁰⁶ Danıştay İPDEK, 25 Aralık 1989, Kadioğlu, E. 1987/38, K. 1989/51, Danıştay Dergisi, sayı: 70/71 (1988), s. 94-96, bkz. DURAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 155, Danıştay'ın danışma ve inceleme görevi hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. GÖKÇE, A.; Danıştay'ın Danışma ve İnceleme Görevi, Ankara Barosu Dergisi, sayı: 1976-4, yıl.33 s:628-635.

⁶⁰⁶ Bkz. DURAN, L.; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 104 vd.

Danıştay Anayasa değişikliği öncesi dönemde “**inceleme**” görevinin önemini ve özelliğini titizlik ve ısrarla gözetip korumakla beraber, bu işlemin hukuki nitelik ve gücünü belirtmekten kaçınmıştır. Ancak imtiyaz belgeleri gibi incelemeye bağlı olan bir iptal davasında Danıştay; “*Bakanlar Kurulunun tüzük çıkarabilmesi için tüzüğün Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi Anayasal bir koşuldur ilkesinden hareketle düşünce bildirme ile incelemenin birbirinden ayrı işlemler olduğunu açıkça ifade etmiş; tüzüğün Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi koşulu bir defaya özgü bir kural olmayıp, Anayasanın aradığı koşullar yerine getirilip yayımlanarak yürürlüğe konulan tüzükte yapılacak değişiklikleri kapsadığı gibi, Danıştay’ın incelemesinden geçirildikten sonra ancak yayımlanmadan önce yapılan değişiklikleri de kapsayan bir kuraldır demek suretiyle incelemenin bir danışma ya da düşünce bildirme değil, yetki ögesine giren bir irade işlemi olduğunu*” içtihat etmiştir.⁶⁰⁷

İdare hukuku öğretisinde Danıştay’ın görüş bildirme görevini yerine getirirken aldığı kararlar danışma kararları ve inceleme görevini yerine getirirken aldığı kararlar ise inceleme kararları olarak adlandırılmakta ve her iki tür Danıştay kararına farklı bağlayıcılık gücü atfedilmektedir. Şöyle ki, Danıştay’ın kendisine gönderilen kanun tasarı ve teklifler ile belâ idari ve hukuki konuların açıklığa kavuşturulmasına yönelik görüşlerini içeren kararları olarak tanımlanan danışma kararları, görüş isteyen mercileri bağlamamaktadır. Bir başka anlatımla, görüş isteyen merci, Danıştay’ın danışma kararı doğrultusunda hareket etmek ve işlem tesis etmek zorunda değildir. Buna karşılık, Danıştay’ın Anayasa ve kanunlarda öngörülen hallerde yetkili makamlarca hazırlanacak karar tasarıları üzerinde yapacağı inceleme sonucu ortaya çıkacak görüş ve önerilerini içeren kararları olarak tanımlanan inceleme kararlarının yetkili idari makamları kısmen bağlayıcı bir güce sahip olduğu ve bu gücü ve niteliği nedeniyle danışma kararlarından ayrıldığı kabul edilmektedir.

Danıştay’ın inceleme kararının yetkili idari makamları kısmen bağlayıcı gücünün kapsamı, tüzük tasarılarının incelenmesi sonucu verilen inceleme kararları bakımından ele alınmakla beraber, bu tür inceleme kararlarının kısmen bağlayıcı gücünün anlamı ve kapsamı konusunda öğretide bir görüş birliğinin varlığından söz edilemez.⁶⁰⁸ Öğretide Danıştay’ın tüzükleri incelemesinin şekil ögesine ilişkin olduğu ve bu nedenle Danıştay incelemesinin bakanlar Kurulunu kısmen bağladığı yolunda görüşler savunulmuştur. Bu görüşlere göre, Bakanlar Kurulu ya kendi tasarısındaki metni, ya da Danıştay incelemesinden çıkan metni kabul edebi-

⁶⁰⁷ Aktaran DÜRAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 165, Danıştay’ın buradaki görevinin yetki değil ve fakat şekil ögesini içerdiği yönünde bkz. GÜNEŞ, T.; Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965, s. 178, s. 1965, s. 178.

⁶⁰⁸ DÜRAN, L.; (Yap-İşlet-Devret), s. 107, GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), Ankara, 1997, s. 391, GÜNEŞ, T.; Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1965, s. 178, ONAR, S.S.; İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1996, s. 382.

609 lir. Esasında tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna ait olmakla beraber, bakanlar kurulu bu yetkisini hazırlanan tüzük tasarısını Danıştay'ın incelemesinden geçirmek suretiyle kullanabilir. Dolayısıyla gerçekte tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kurulu ile Danıştay arasında paylaştırılmıştır. Bakanlar kurulu hazırlanan tüzük tasarısını inceleyerek bu tasarıya son biçimini verecektir. Bakanlar Kurulu ise, ancak Danıştay incelemesinden geçerek son biçimini almış bulunan tüzük tasarısını tüzük adı altında yürürlüğe sokabilecektir. Bu nedenle Danıştay'ın incelemesi Bakanlar Kurulunca yapılacak son işlemi oluşturan iradelerden birini içermektedir.⁶¹⁰

Anayasa değişikliği öncesinde doktrinde Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesinin yasalarla belirlenmiş özel bir usulünün olmadığı ifade edilmekte, görüş bildirme ile inceleme arasındaki farkı düzenleyen bir mevzuatın bulunmadığı ileri sürülmüştür.⁶¹¹ Burada Danıştay'ın idari ve hukuki nitelikte bir denetim yapması⁶¹² söz konusu olmamakla beraber, görüş bildiriminin zaten incelemeyi de kapsayacağı gerekçesiyle değişiklikte neyin amaçlanmış olduğunun belli olmadığı yönündeki tartışmalara katılmak olanaklı değildir. Kanaatimizce bu hususta Yargıtay'ın yerleşik içtihatları 4501 sayılı kanun çerçevesinde ele alınabilir. Yargıtay'ın özellikle tahkimin istisnai niteliği anlamında açık ve kesin olmayan tahkim şartını geçersiz saydığı dikkate alındığında, Danıştay'da önüne gelen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesini **Yargıtay'ın HUMK 516-536. maddelerine göre işleyen tahkim için kullandığı ölçütlere referansla**, 4501 sayılı kanuna uygunluk ve özellikle tahkim şartının açık ve kesin olması yönünden incelemelidir.⁶¹³ Bu bağlamda değişikliğin bugünkü mevzuatta bağlayıcılığı değişik boyutlarda tartışılabilir ancak görüş bildirme hak ve yetkisinin etkili bir şekilde kullanılabileceği gerçeği de unutulmamalıdır.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus Danıştay'ın iki ay⁶¹⁴ içerisinde düşüncesini bildirmemesi veya bildirememesi halinde nasıl bir yol izleneceği hususudur. Bu durumda uygulanabilecek bir yaptırım mevzuatta bulunmamakla beraber, sözü geçen süre kısıtlaması, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelemekte geciktiği şeklindeki tartışmalar-

⁶⁰⁹ *Supra*

⁶¹⁰ GÜNDAY, İdare Hukuku, Ankara, 2002, s. 367, karşı yönde bkz. dipnot 507

⁶¹¹ *Infra*.

⁶¹² POLATKAN'a göre Danıştay tarafından imtiyaz sözleşmeleri üzerinde yapılmış incelemelerle saptanmış hukuki düşünceye uymak açısından, başbakanın ve bakanlar kurulunun yasal açıdan bir zorunlulukları olmamakla beraber, bir yüksek yargı yerinin görüşü paralelinde hareket etmemek ve aksi yönde uygulamalarda bulunmanın, hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşması zorlanacağından bunun bakanlar kurulu veya bakanca göze alınması söz konusu olmaz. kz. POLATKAN, V.; age. s. 125.

⁶¹³ Yargıtay 15. HD., E. 1986/19 K. 1986/3650, T. 4/11/1986, YKD, cilt: 13, sayı:4 , 1987, s. 50, Yargıtay 15. HD., E. 1985/4446 K. 1986/3473, T. 23/10/1986, YKD, cilt: 13, sayı:3 , 1987, s. 449-450.

⁶¹⁴ 2 aylık sürenin 2577 sayılı İYUK'un 10. maddesinin 2. fıkrasındaki 60 günlük süreye tekabül etmesi de ilginç bir durumdur.

dan doğmuştur.⁶¹⁵ Diğer yandan 4501 sayılı kanunun 4. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmesinin yapılabileceği ve bunun asıl sözleşmenin yürürlüğe konulmasında usule tabi olacağı belirtilmiştir. Ne var ki, burada Danıştay'ın görüşünün 2 ay içinde verilmesine ilişkin bir açıklık yoktur. İlke olarak bu yol seçildiğinde de Danıştay'ın görüşünü 2 ay içerisinde vermesi gerekmektedir. Ancak tahkim sözleşmesinin ihtilaf doğduktan sonra yapıldığı⁶¹⁶ düşünüldüğünde buradaki 2 aylık sürenin Danıştay tarafından çok daha etkin bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Danıştay'ın buradaki olağan olmayan gecikmesi, taraflar arasında ortaya çıkan ihtilafın çözümünü sürüncemede bırakabilecektir. Ayrıca Anayasada ve Danıştay Kanununda, Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin düşüncesini 2 ay içinde bildirmemesi halinde nasıl bir yol izleneceğine dair bir açıklık yoktur. Kanımızca Danıştay 2 ay içinde görüşünü bildirmez ise Danıştay'ın görüşünü olumlu olarak değerlendirmek ve bu doğrultuda işlem yapmak gerekecektir.

Burada şu hususu da belirtmekte fayda vardır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 519. maddesi şu şekildedir: **“Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece basit usulsü muhakeme ile hallolunur.”** Görüldüğü üzere HUMK. 519. maddesinde bir nizam hakemlerce halledilip edilemeyeceği hususunda ortaya çıkan ihtilafların mahkeme tarafından çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden daha doğrusu kanunun “niza” olarak tanımladığı hususların tahkim sözleşmesinin, genel şartlar itibariyle, ya da özel şartlar itibariyle geçerli olmaması hali ile tahkim anlaşmasının kapsamı içine bir ihtilafın girip girmediği noktasında ortaya çıkan ihtilafları kapsadığı söylenebilir.⁶¹⁷ Aslında doktrinde ve Yargıtay uygulamasında, bir uyuşmazlığın tahkim usulüne tabi olup olmadığı hakkında taraflar arasında ortaya çıkan çekişmenin mahkeme tarafından çözümleneceği; yani HUMK 519 maddede geçen “nizai” sözcüğünün bir davanın hakemlerde mi, yoksa mahkemede mi görüleceği hususunda çıkan uyuşmazlıkları kapsadığı kabul edilmektedir.⁶¹⁸ HUMK. 519. maddesindeki imkândan yararlanarak açılacak tespit davası, yargılamadan önce ikame edilebileceği gibi, tahkim yargılamasının her safhasında da açılabilir. Ancak usul kanunumuz ihtilafın hangi mahkemede görülmesi gerektiği hakkında açık bir hüküm içermemektedir. Görevli ve yetkili mahkemenin, hakemde dava açılmasaydı o davayı görmeye görevli ve yetkili mahkeme olduğu kabul edilmektedir.⁶¹⁹ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan

⁶¹⁵ VARLIER, O.; Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret, YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, Ankara, BTHAE, Ankara, 1996, s. 5.

⁶¹⁶ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 24

⁶¹⁷ ÜSTÜNDAĞ, S.; age., s. 780.

⁶¹⁸ KARATAŞ, İ.; age., s. 85.

⁶¹⁹ ALANGOYA, Y.; age., s. 88.

uyuşmazlıklarda Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi anlamında tahkim yolu öngörülme­yen imtiyaz sözleşmelerinden doğan davaları çözümleyeceği düşün­üldüğünde, HUMK. 519 maddesi anlamında **yetkili ve görevli mahkeme Danıştay'dır**. 4686 sayılı kanunun uygulama alanına giren durumlarda ise nasıl bir yol izleneceği hususunda kanunda açıklık yoktur. Ancak kanunun 17. maddesinde **“Bu kanunla düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça HUMK hükümleri uygulanmaz”** ifadesinin mefhumu muhalifinden kanunda düzenlenmeyen konularda kanunun 1. maddesi uyarınca önce uluslararası anlaşmalara bakılacak, bunlarda da hüküm olmaması halinde HUMK hükümleri uygulanacaktır. HUMK'nun 519. maddesi ile bu konuda getirdiği çözüm ise bizi tekrar Danıştay'ın bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenmeyeceği noktasında yetkili olacağına taşımaktadır. Görüldüğü üzere, kanımızca **Danıştay gerek milli gerekse milletlerarası tahkim uygulamasında tamamen devre dışı bırakılmış değildir**. Ancak unutulmamalıdır ki bu çözümler Anayasanın 47. maddesi ışığında özel hukuk hükümlerine tabi olmadan yürütülecek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi halinde geçerli olacaktır. İmtiyaz sözleşmesinin özel hukuka tabi olması halinde HUMK. 519. maddesindeki sistem, bizleri Danıştay'ın yetkili olmasına götürmez ve fakat dava genel yetkili ve görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Bu bilgiler ışığında, Danıştay'ın tahkim yargılaması başlamadan önce imtiyaz sözleşmelerine ya da daha sonradan tahkim sözleşmesine ilişkin olarak düşünce bildirme görev ve yetkisinin etkinliğinin farklı boyutlarda karşımıza çıkacağı söylenebilecektir.

c) Tahkim Dili

Özellikle imtiyaz sözleşmeleri gibi ileri finansal kaynak gerektiren projelerde ve uluslararası kredi kuruluşlarının işin içerisine girdiği durumlarda sözleşmeler İngilizce olarak kaleme alınmaktadır. Bununla beraber sözleşmenin kaleme alındığı dilin tahkim dili, olarak kabul edileceği şeklinde bir durum söz konusu değildir. Tahkim dili dava dilekçesi, cevap dilekçesi, diğer tüm yazılı beyanlar ve duruşmalarda kullanılacak dili de kapsamaktadır. Özellikle milletlerarası tahkimde tarafların tahkim dili üzerinde anlaşmamış olmaları durumunda, milletlerarası organize tahkim müesseseleri⁶²⁰ ve *ad-hoc* tahkim kuralları hakem heyetine tahkim dilini seçme konusunda yetki vermektedir.⁶²¹ Bu dil genel olarak sözleşmenin yazıldığı dil olarak belirlenmekte-

⁶²⁰ ICC uygulamasında tahkim dili ICC Tahkim Divanını bağlamaz; Divan ve Sekreteryaya yazışmalarını kendi resmi dilleri konumundaki Fransızca veya İngilizce olarak yapmaya devam eder., DERAİNS, Y. / SCHWARTZ, E.; A Guide to New Rules of Arbitration, 1998, Netherlands, s. 216.

⁶²¹ Bkz. ICC Tahkim Kuralları m. 15(3) / UNCİTRAL Tahkim Kuralları m. 17, Amerikalılararası Tahkim Kuralları m. 14.

dir. Tahkim yargılamasının hızlı bir şekilde ilerleyebilmesi maksadıyla hakem seçimi ve delillerin ibrazı gibi hususlarda tahkim dili önemli rol oynamaktadır.⁶²² Tahkim yargılamasında işin niteliği, tarafların ve hakemlerin milliyeti ve tahkimi yönetecek usul kurallarının kapsamına göre birden fazla dil kullanılmasına engel bulunmamakla beraber; hangi dilin tahkimde uygulanacak esas dil olduğu hususunda yazılı bir tespitle bulunulmalıdır.⁶²³

10/4/1926 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde mecburi Türkçe kullanılması Hakkında Kanunun⁶²⁴ 1. maddesi uyarınca; (...) *Türk tabiiyetindeki her nev'i şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nev'i muamele, mukavele, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar(...)*. Ecnebi şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müesseseleri ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devir ve memurini devletten birine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir. Uygulamada bu kanuna ne derece uyulduğu bir tarafa, tahkim yargılamasının taraflara sağlamış olduğu geniş serbestlikler karşısında bu kanunun uygulama olanağı bulunmamaktadır. Belirtmek gerekir ki 805 sayılı kanun, Türkçe zorunluluğunu, (...) *her nev'i muamele, mukavele, hesap ve defterlerini Türkçe tutmak (...)* konusunda öngörmüştür. Bu maddede belirtilen durumların, tahkim dili ile doğrudan ilgili olmadığı görülmektedir. Tahkim dili konusunda serbesti tanımak, milletlerarası tahkim uygulamasının gereklerine uygundur. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 10 (c) maddesi de taraflara bu konuda serbesti tanımıştır. Bu bakımdan 4686 sayılı kanun 805 sayılı kanuna oranla **özel nitelikte** bir kanun olduğundan öncelikle dikkate alınmalıdır.

d) Hakemlerin Sayısı

4501 sayılı kanunun 7. maddesinde, her ne kadar hakemlerin sayısının da tahkim şartı veya sözleşmesinde belirtilmesi gerektiği ifade edilmişse de, hakem sayısına ilişkin emredici bir düzenleme getirmemektedir. Esasında 4501 sayılı kanun, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkime dair tüm usulü düzenlememekte; sadece tahkim anlaşması yapılırken taraflarca uyulması gereken ilke ve esasları düzenlemekle yetinmektedir.⁶²⁵ Bu itibarla 4686 sayılı kanunla beraber değerlendirildiğinde, 4501 ve 4686 sayılı kanunlarda hüküm bulunmayan hususlarda 4501 sayılı kanunun 6. maddesindeki düzenleme doğrultusunda, yabancılik unsuru bulunan sözleş-

⁶²² BORN, G.; *International Arbitration and Forum Selection Agreements, Planning, Drafting and Enforcing*, The Hague, 1999, s. 70.

⁶²³ ICC Kurallarına göre işletilen tahkimde bu husus *Terms of Reference* aşamasında açıkça belirtilmelidir; DERAİNS, Y. / SCHWARTZ, E.; *A Guide to New ICC Rules of Arbitration*, 1998, Netherlands, s. 215

⁶²⁴ 22/4/1926 tarih ve 353 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁶²⁵ ULUSOY, A.; (İncelemeler), s. 160

meler için önce uluslar arası sözleşmeler ve daha sonra 2675 sayılı MÖHUK; bu unsurun bulunmadığı sözleşmeler için ise 1086 sayılı HUMK'daki ilgili hükümlerin uygulanabileceği ileri sürülebilir.⁶²⁶ Bu itibarla ihtilafı çözümleyecek tahkim mahkemesinin 1 veya 3 hakemden oluşması dünyadaki tüm *ad-hoc* ve organize tahkim kurallarında kabul edilmektedir. Tarafların üç hakemden⁶²⁷ fazla hakem tayin etmesini engelleyen bir hüküm bulunmamakla beraber, bu durum usul işlemlerindeki potansiyel gecikme ve masrafların artması endişesiyle tercih edilmemektedir. Bu özellikle çok taraflı tahkimde ayrı bir önem arz eder.⁶²⁸ Bazen tahkim yargılamasını yöneten hukuk hakem sayısını sınırlıyor olabilir. Örneğin Fransız Usul Kanununun 1453 ve 1454. maddeleri uyarınca hakem heyetinin bir veya iki hakemden oluşacağı belirtilmiştir. Hakemlerin niteliğine ilişkin olarak 4686 sayılı kanun açık bir biçimde sadece gerçek kişilerin hakem olabileceğine işaret ederken, Fransız Usul Kanununun 1451. maddesinde tüzel kişilerin de hakem olabileceği ancak yetkilerinin tahkimi organize etmekle sınırlı olduğunu ifade edilmektedir. Hakem heyetinin bir veya üç kişiden oluşması tarafların yargılama mekanizmasına olan yaklaşımları ve hakemlere olan güvenleri ile ilgilidir. Kanaatimizce imtiyaz sözleşmeleri anlamında Danıştay'ın idari ve yargısal görevlerini kurul halinde⁶²⁹ yerine getirdiği düşünüldüğünde 3 hakem imtiyaz sözleşmelerinin mahiyetine daha uygun düşmektedir. İmtiyaz sözleşmesi gibi girift⁶³⁰ ve farklı uzmanlık alanlarını ilgilendiren ve teknik boyutu da yüksek hususlarda üç hakemin davaya devam edecek olması daha güvenilir bir mekanizma yaratabilecektir.

e) Hakemlerin Atanması

4501 sayılı kanunda hakemlerin atanması ile ilgili açık bir hüküm yoktur. Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesi uyarınca tarafların anlaşamaması durumunda hakem seçimi asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılacaktır. HUMK 520. maddesi anlamında “...*davayı rüyete salahiyyettar hakim..*” demektedir. Burada salahiyyettar deyimi, genel anlamı ile yetki

⁶²⁶ Kanaatimizce 4501 sayılı kanunun 6. maddesinde HUMK ve MOHUK'un aynı doğrultuda değerlendirilip boşluk doldurmada kullanılmasının yerindeliliği tartışılabilir. HUMK ve MTK “tahkim yargılamasının” usulünü düzenlerler. MÖHUK ‘un tahkime ilişkin hükümleri ise tanıma ve tenfize ilişkindir. Bu itibarla tahkim yargılamasındaki boşluklarda MOHUK’un nasıl bir çözüm getireceğini açıklamak mümkün gözükmemektedir.

⁶²⁷ Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 8. maddesinde uyuşmazlığın 1 veya 3 hakem tarafından çözüme kavuşturulacağı ifade olunmuştur.

⁶²⁸ DERAİNS, Y. / SCHWARTZ, E.; age., s.131.

⁶²⁹ GÖZÜBÜYÜK, Ş./TAN, T.; age. s. 60.

⁶³⁰ Özellikle tükenen enerji alanındaki imtiyaz sözleşmelerinde fiyat ayarlamaları çok önem arz etmekte ve hukuk yanında iktisat disiplini de konunun içerisine dahil olmaktadır. Maden imtiyazları ile ilgili fiyat ayarlamaları için bkz. HUNG, M., POUDOU, Mining and Incentive Concession Contracts.(*e-makale*)

şeklinde anlaşılmalıdır. Buradaki yetki ifadesinin hem yer yönünden yetkiyi hem de görev yönünden yetkiyi belirttiği ileri sürülmektedir.⁶³¹ Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta kanunun bilerek mi “*hâkim*” kelimesini kullandığıdır. Hâkim kelimesi kurul halinde çalışan Danıştay’ı karşılamamaktadır. Ancak görev bakımından Danıştay’ın yetkili olduğu açıktır. Bu anlamda kanımızca, yer yönünden yetki bu noktada araştırılmamalı, görev yönünden Danıştay’ın yetkili olduğu kabul edilerek işlem yapılmalıdır. Esasında 4501 sayılı kanunun 3/c maddesine göre, uluslararası bir organize tahkim kurumu ya da *ad-hoc* tahkim kuralları tahkim usulü belirlendiğinde hakemlerin seçilmesine ilişkin boşluk yoktur. Bu kurallarda hakemlerin seçilme yöntemi açık ve sistematik olarak hükme bağlanmıştır.⁶³²

Kamusal rejime tabi kılınan imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda milli tahkim bakımından ve 4501 sayılı kanunun 6. maddesinin yapmış olduğu yollama nedeniyle hakemlerin taraflarca seçilmediği ya da seçilemediği durumlarda kanımızca hakemler HUMK 520. maddesi anlamında DANIŞTAY tarafından seçilmelidir. Hakem seçiminin Danıştay ya da adliye hâkimi tarafından seçilmesinde yargılama tekniği bakımından çok fazla bir fark olmadığı kanaatini taşımakla beraber, aynı hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıkta bir taraftan adliye yargıcının (*özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde*) diğer yandan ise idari yargının görevli olması ortaya bir çelişki çıkarmaktadır. Aslında hakem seçiminden öte, burada belirtilmesi gereken daha farklı bir durum vardır. Yabancılaşma unsuru taşımayan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakem seçiminde anlaşmazlık olması durumunda Danıştay’ın görevli olduğu, HUMK 520. maddesinden çıkmaktadır. Oysa ki HUMK. 31. maddesinde tahkim yargılamasına ilişkin yollama Anayasa değişikliğinden sonra dahi yapılmamıştır. Bu anlamda taraflardan biri konunun hakem yargılamasının önüne getirilmiş olmasından bahisle HUMK da yer alan başka yollara da müracaat edebilecek midir? Örneğin milli tahkimde hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi yoktur ancak mahkemenin ihtiyati tedbir kararı alınabilir. Bu açıdan HUMK 520. maddesinde yapılan yollamayı HUMK 101. vd. maddelerindeki ihtiyati tedbir kararını kapsayacak şekilde genişletmek ve tarafların Danıştay’a ihtiyati tedbir kararı için başvurmalarına teorik olarak bir engel bulunmamakla beraber, Danıştay’ın böyle bir durumla karşılaştığında talebin bu kısmı ile ilgili olarak görevsizlik kararı vermesi gerekir. Esasında Danıştay’ın hakem seçimiyle ilgili yetkisi bununla da kalmamaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanununun geçici 1. maddesi uyarınca,

⁶³¹ KURU, B.; age., s. 522, ÜSTÜNDAĞ, S.; age., s. 955.

⁶³² Bkz. ICC Tahkim Kuralları m. 6, UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 6-15.

tarafklar ile hakemler arasında ücrete ilişkin bir sözleşme yapılmamış⁶³³ ve tahkim şartı veya sözleşmesinde de buna ilişkin bir hüküm yoksa, hakem ücreti asliye hukuk mahkemesince belirlenecektir, şeklinde düzeleme vardır. 4686 sayılı kanunun 17. maddesi uyarınca bu kanun kapsamına giren uyuşmazlıklarda HUMK uygulanmayacaktır. 4686 sayılı kanun kapsamına girmeyen durumlarda ise, HUMK 520. maddesinin yaptığı yollama nedeniyle hakemin Danıştay’ca seçilmesi gereken hallerde, hatta Danıştay tarafından seçimin yapılmadığı hallerde dahi hakem ücretleri konusunda açıklık yoksa hakem ücretinin Danıştay’ın tespit etmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi kanımızca tahkime ilişkin uygulamada, 2577 sayılı kanunun Danıştay’ın görevlerini düzenleyen 24. maddesinde yer almasa da Danıştay’ın fonksiyonunun genişlediği durumlar söz konusudur. Ancak bu çıkarımlarımız kamusal rejime tabi kılınan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli tahkim yoluyla çözülmesi durumuna hasredilmiştir. Özel hukuk rejimine tabi imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakem seçiminden, ihtiyati tedbirlere kadar olan geniş yelpazedeki yetkiler adliye mahkemelerine aittir. Çünkü tahkim yolu öngörülmeseydi imtiyaz sözleşmesinden doğacak uyuşmazlık genel görev ve yetki kurallarına istinaden adliye mahkemelerinde çözülecektir.

2. Hakem Yargılaması

a) Tahkim Yeri

Tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunun hakem kararını vereceği yerdir. Bu yerin belli bir yer, genelde belli bir şehir olarak taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca önceden belirtilmesinde tahkimin sağlıklı görülmesi bakımından yarar vardır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim kanunun 9. maddesi uyarınca, tahkim yeri taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir. Tahkim davasına taraf kamu kurum ve kuruluşları söz konusu olduğunda tahkim masrafları önem arz etmektedir. Bu anlamda tahkim yerinin Türkiye’den farklı bir ülkede olması⁶³⁴ doğal olarak tahkim masraflarını arttıracaktır.⁶³⁵ Tahkim yeri belli bir yer olarak tespit edilse de hakemlerin toplantılarını tahkim yeri haricinde bir yerde yapmalarına da engel bir hal bulunmamaktadır. Tahkim yerinin

⁶³³ Davanın taraflarından birinin hakemle yaptığı sözleşmenin bu taraf için bağlayıcı olduğu yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.9.1974 tarih E. 1970-4-969 ve K. 1974-908 sayılı kararı, YKD. C.1, sayı 8, Ağustos 1975, s. 13.

⁶³⁴ 4686 sayılı kanunla tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesinin sağlayacağı avantajlar için bkz. AKINCI, Z.; Yabancılık Unsuru Kavramı ve MTO Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, 6 Nisan 2004, Ankara, s. 4.

⁶³⁵ 1997 tarihi itibarıyla Türkiye ICC nezdinde görülen tahkimlerde sadece 1 kez tahkim yeri olarak seçilmiştir. Bu istatistikî bilgi için bkz. DERAİNS, Y. / SCHWARTZ, E.; age., s. 383.

Türkiye dışında bir yer olarak tespit edilmesi durumunda elbette idareyi temsil eden avukatların durumu da incelenmelidir. Türk avukatlarının tarafları yargı mercileri önünde temsil hususunda haiz oldukları yetki mülkidir ve yalnız Türkiye sınırları içerisinde geçerlidir.⁶³⁶ Bu anlamda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yerinin yabancı bir ülkede olması durumunda Türk avukatları en azından vekil sıfatıyla söz konusu duruşmalara katılamayacaklardır. Bu durumda 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 30.7.2003 tarih ve 4964 sayılı kanunun 30. maddesiyle değişik 48. maddesinde ifadesini bulan **Danışmanlık Hizmetleri** için ihale açılması ve bu ihale sonucunda yurt dışında idareleri temsil edecek avukatların belirlenmesi gerekmektedir. Aynı yönde bir hüküm 8/1/1943 tarih ve 4353 sayılı kanunun 12/12/2003 tarih ve 5020 sayılı kanunun⁶³⁷ 6. maddesiyle değişik 36. maddesinde de yer almaktadır: Buna göre (...) *İhtisas gerektiren ve ihtiyaç duyulan hallerde bakanlığın teklifi ve bakanlar kurulu kararıyla 4734 sayılı kanunun 22. maddesinin (h) bendi hükmü uyarınca avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından hizmet satın alınabilir(...)* 16/07/2004 tarih ve 5228 sayılı kanunun⁶³⁸ 56. maddesi hükmüne göre de (...) *milletlerarası davalarda ve hazine avukatlarınca takibi mümkün görülmeyen tahkim davalarında devleti ve genel bütçeli daireleri temsil etmek üzere Türk uyruklu avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından 4734 sayılı kanunun 22. maddesinin (h) bendine göre hizmet satın alınabilir(...)*

Tahkim yerinin bir diğer önemli unsuru da tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde karşımıza çıkmaktadır. Kazaî teoriye göre yargılama faaliyeti bir egemenlik yetkisidir. Tahkim, ülkede hâkim olan yargı düzeninin bir uzantısıdır. Tahkim yeri devleti, kişilere sözleşme yapma yetkisi tanıdığına tarafların akdettiği bu sözleşmenin hukuki sonucu, devlete ait yargılama yetkisinin daraltılması veya somut olay bakımından devlet mahkemelerine gitme yolunun kapatılması anlamına gelmektedir.⁶³⁹ Tahkim sözleşmesi, her ne kadar taraf iradesi ile vücut bulmuş ise de; taraflara akitle böyle bir yargılama usulü yaratma yetkisini *tahkim yeri hukuku* vermiştir.⁶⁴⁰

⁶³⁶ Yabancı memlekette Türk kanunların otoritesi altında yürütülen hakem faaliyetinde tarafların Türk olmayan avukatlar tarafından temsili meselesi, **POSTACIOĞLU, İ.**; Yabancı Memlekette Türk Kanunları Otoritesi Altında Yürütülen Hakem Faaliyetinde Tarafların Türk Olmayan Avukatlar Tarafından Temsili Meselesi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 2354, **ONAR** Armağanı, İstanbul, 1977, s.784.

⁶³⁷ 26 Aralık 2003 tarih ve 25328 sayılı RG.

⁶³⁸ 31 Temmuz 2004 tarih ve 25539 sayılı RG.

⁶³⁹ **ALANGOYA, Y.**; Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973, s.64, karşı görüşte **KORAL, R.**; Hakemlik Münasebetine İfade Edilecek Yerlilik veya Yabancılaşma Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “*otorite Kanunu*” kriteri, İÜHFM, 1977, C. XXXII, s. 1-4, s. 163 vd.

⁶⁴⁰ **ŞANLI, C.**; Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1987, s. 43.

Tarafların tahkim şartı ya da tahkim sözleşmesinde tahkim yerini kararlaştırdıktan sonra uyuşmazlığın tahkime götürülmesi halinde söz konusu tahkim yerinin kendileri için zorluk teşkil ettiği ya da uygun olmadığından bahisle itirazda bulunamazlar.⁶⁴¹ Hakem kararının verildiği tahkim yeri özellikle kararın icra edileceği ülkenin New York Konvansiyonuna üye olmaması halinde önem arz eder. Tahkimde daha önceden yapılan tüm usul işlemlerinin boşa gitmesi önlenmek isteniyorsa, tahkimin işleyeceği, kararın verileceği, kararın tasdik edileceği ve elbette icra edileceği ülkenin mutlaka New York Konvansiyonuna üye olan bir ülke olmasına özen gösterilmelidir. Konvansiyona dâhil ülkenin mahkemeleri sadece konvansiyona üye ülkelerde verilen kararları tanıyacaklar ya da tenfiz edeceklerdir.⁶⁴²

Milletlerarası tahkim yoluna başvurulduğunda hakem mahkemesinin kuruluşundan, hakem kararlarına karşı başvuru yollarına kadar tüm aşamalarda tahkimin devam ettiği devletin yerel mahkemelerinden yardım alınması gereken durumlarla karşılaşılabilir. Böyle durumlarda, *tahkim yeri hukukuna* göre öngörülen kurallar çerçevesinde söz konusu devletin mahkemeleri karara bağlanması gerekli konuları görüşür, karara bağlarlar. Bu yolla tahkim yargılamasında meydana gelen tikanıklar giderilirken, resmi yargı yetkisinin (*imperium*) kullanılması gerektiğinden hakemlerin yetkilerini aşan hususlar da çözüme kavuşturulur.⁶⁴³

b) Tahkimde Uygulanacak Maddi Hukuk Kuralları ve İdare Hukukunun Durumu

Özel hukuk alanında yabancı hukukun uygulanmasının devlet egemenliği ile ilgili olmadığı uzun zamandır kabul edilen bir husustur.⁶⁴⁴ Buna karşılık, kamu hukukunun egemenlikle ve devletin işlemesi ile çok daha sıkı biçimde irtibatlı olduğu ve bir devletin kamu hukukunun ancak o devletin idare ve ceza otoriteleri tarafından uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁴⁵ Buna göre bir devletin kamu hukuku, sadece o devletin ülkesinde ve o devletin yetkili makamlarınca uygulanacaktır. Milletlerarası kamu hukukunda kabul edilmiş olan bu ilke *kamu hukukunun ülkeselliği* kavramı ile izah edilmektedir.⁶⁴⁶ Ülkesellik kavramı, kamu hukukunun sadece onu vazedan devletin ülkesi üzerinde etki meydana getireceğini ve o ülkede bireyleri bağlayıcı olarak uygulanabileceğini ifade etmektedir. Ülkesellik kavramının en

⁶⁴¹ OEHMKE, T; International Arbitration, Issued August 1992, s. 28.

⁶⁴² *Ibid*, s. 30.

⁶⁴³ TANSUĞ, Ç.; agt., s. 112.

⁶⁴⁴ VISCHER, F. (PIL), General Course on Private International Law, Rec. Des cours, T.232, Y.1992/I, s.39. aktaran TİRYAKİOĞLU, B.; Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1999, s..

⁶⁴⁵ *Ibid*

⁶⁴⁶ LOWE, A.V.; Public International Law and the Conflict of Laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations, ICLQ, vol. 33, Y.1984, s. 522-523.

temel niteliği devletlerin kendi egemenlik alanları dışındaki bireylerin ya da tüzel kişilerin hak ve menfaatlerini etkileyecek kararları alamayacakları ve düzenleyici işlemde bulunamayacakları esasına dayanmaktadır.⁶⁴⁷ Dolayısıyla yabancı kamu hukukunun uygulanmazlığı şeklinde ifade edilen esas günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.⁶⁴⁸ Tahkim hukuku bakımından, özellikle devletlerin ya da devletlerin ekonomik alanda faaliyetlerini devam ettiren kurum ya da kuruluşlarının taraf oldukları uyuşmazlıklarda yerel kanunların uygulanmasından kaçınılmasını sağlamak üzere *delokalizasyon* ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yerel hukukun tahkim yargılamasında uygulanmamasına kadar götürülmekle beraber, bu ilkeye karşı yoğun itirazlar ve eleştiriler mevcuttur.⁶⁴⁹ Örneğin özel hukuk alanında devletlerin taraf oldukları *joint venture* sözleşmelerinde yönetim organlarının teşkilinde devlete oy ve sayı üstünlüğü tanınmaktadır. Joint venture sözleşmesine devletin müdahalesi “*jus imperii*” yani hâkimiyet hakkına dayanarak vaki olur. Bu müdahaleler ülke sınırları içinde sınaî ve ticari faaliyetlere yönelik olarak devletin hâkimiyetinden doğar. Devletin bu yetkilerinden en karakteristik olanı mevzuatın dondurulması (*gel de législation*) veya “hukukta istikrar” (*stabilisation de droit*) denilen vergi alanındaki istikrar tedbirleridir. Jus imperii’den doğan yani devlet müdahalesine yetki veren bu hükümler yanında istisnai olarak ülkenin bir bölümünde örneğin maden veya petrol bölgesinde kullanma yetkisini devletin joint venture’a bıraktığını gösteren hükümlere de rastlanabilir. Bu da gösteriyor ki, özellikle devletlerin taraf oldukları *joint venture mutabakatında* bahsedilen, milli hukukun emredici hükümlerinin daima özel hukuk kişisi olan akit aleyhine olduğu düşünülemez.

İdarenin tek taraflı kararı ile sözleşme hükümlerini değiştirmesi sözleşmede öngörülen yeniden müzakere etmekten farklıdır. İdare hukukunun temel ilkelerinin uygulanmasından ibarettir. Kamu hizmetinin devamlılığını sağlamakla yükümlü olan idare, tek taraflı karar alabilir. Ama bu karardan karşı akid zarar görürse meydana gelen zararın İdarece tazmin edilmesi gerekir. Örneğin Fransız İdari sözleşmeler teorisine aşina olmayan ülkeler bile, idare ile yapılan bazı sözleşmelerin *özel bir rejime* tabi olmasını kabul etmektedir.⁶⁵⁰

Karşılaştırmalı hukuk açısından bir inceleme yapıldığında Almanya’da hakemler, tahkimin mecburi olmadığı hallerde ne usul hukuku kurallarıyla ne de maddi hukuk kurallarıyla bağlıdırlar ancak tahkim sözleşmesinin lafzını her durumda göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Yerel mahkemeler hakem yargılamasında kanunun doğru bir biçimde uygulandığını

⁶⁴⁷ **BROWNLIE**, Principles of Public International Law 303-04 (1979) Ülkesellik ilkesini doğrulamak için kullanılan iki kriter bulunmaktadır Bunlar *etki doktrini ve millilik prensibidir*.

⁶⁴⁸ **MANN, F.A.**; The Doctrin of Jurisdiction in International Law, Rec. Des cours, T.111, Y.1964/I, s. 72.

⁶⁴⁹ **BUCHER, A. / TSCHANZ, P.Y.**; International Arbitration in Switzerland, Helbig&Lichtenhahn, 1989, s. 13.

⁶⁵⁰ **DAYINLARLI, K.**; Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, 1999, s. 146

denetleme yetkisine sahip değildirler. Hakem kararları sadece Alman Medeni Yargılama Kanununun 1041. maddesinde yazılı nedenlerle bozulabilirler. *Amiable compositeur* kurumu da Alman hukukunda fazla rağbet görmemektedir.⁶⁵¹

Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 1019. maddesi mucibince hakem sözleşmesi hakemleri *amiable compositeur* olarak yetkilendirmedikçe hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar vereceklerini hükmetmektedir. Hakemler *amiable compositeur* olarak yetkilendirilmiş olsalar bile buna uymak zorunda değildirler. Eğer maddi hukuk kurallarına göre karar vermenin daha doğru olacağına inanıyorlarsa, maddi hukuk kurallarına göre karar verebilirler.⁶⁵²

4501 sayılı kanunun 4. maddesinde uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun da tespit edilmesi gerekmektedir.⁶⁵³ Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde şayet taraflar uygulanacak maddi hukuku tespit etmişler ise hakemler bu kurallara uymak zorundadırlar. Nitekim bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.1.1994 tarih ve E.1993/4; K. 1994/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararında açık şekilde ifade edilmiştir.⁶⁵⁴ Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda *uyuşmazlığın esasına işin doğası gereği idare hukukunun uygulanması gerekmektedir*. Özellikle idari rejimi benimsemeyen ülkelerin hukuklarının esasa uygulanacak hukuk olarak seçilmesi hakem yargılamasını tıkayabilir.⁶⁵⁵ Hakem heyetinin her şeyden önce imtiyaz -kamu hizmeti gibi üst kavramlara müracaat etmesi kaçınılmaz olacaktır. Örneğin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan tarafsız (*neutral*) olduğuna inanılan bir ülke hukukun seçilmesi halinde bu üst kavramların o ülke hukukunda yer alması düşünülemez. Diğer taraftan maddi hukuk kuralları salt kanunu değil, diğer düzenleyici metinleri ve yargı içtihatlarını da içine alır. Bu an-

⁶⁵¹ SCHOTTELIUS, D.J.; International Commercial Arbitration, Paris, 1987, Dalloz, by Pieter SANDERS, s. 47.

⁶⁵² Özellikle İsviçre Hukuku bu anlamda uluslararası alanda çok tercih edilmektedir. İsviçre hukukunun tarafsız niteliğinin yanında politik nedenler de bu tercihte önemli rol oynamaktadırlar. Kıta Avrupası hukukunun eksenini oluşturan İsviçre hukuku özellikle Avrupalı yatırımcılar tarafından kendi hukuklarına yakın olduğundan bahisle Rusya ve Çin’de faaliyet gösteren şirketlere karşı açılan davalarda uygulanmak istenmektedir. GAILLARD, E./SAVAGE, J.; International Commercial Arbitration, The Hague, Boston, London, 1999, s. 793.

⁶⁵³ ÜSTÜNDAĞ’a göre hakemlerin esas itibarıyla maddi hukuk hükümlerine uyarak karar verme mecburiyetleri bulunmamaktadır. Zira hakem kararlarına karşı HUMK’da temyiz sebepleri arasında kanuna aykırılık zikredilmemiştir., age., s.965, aynı yönde ALANGOYA, Y.; age., s.172, bu konu hakkında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük genel Kuru Kararı 28.1.1994 , bkz. YKD. 1994/4, s. 519-528.

⁶⁵⁴ YKD., C. 20, S. 4, Nisan 1994, s. 519-543, RG., 13 Nisan 1994, S. 21904, s. 5-20

⁶⁵⁵ Tahkim Yargılaması Bakımından önemli bir hususta tahkim şartı veya sözleşmesine taraf olanların ehliyetidir. her ne kadar “ehliyet” meselesi de hukuk seçimine ilişkin olsa da,; bazı durumlarda tarafların ikametgahları / iş yerleri ya da tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukta etkili olabilir. Ancak özellikle devletlerin bizzat taraf oldukları ya da devlet kurum ve kuruluşlarının söz konusu olduğu durumlarda başka idari veya yasal koşulların tamamlanması istenebilir. Örneğin Suudi Arabistan’da devlet kuruluşları özel kanuni izin olmadan Milletlerarası tahkime başvuramazlar. Bkz. BORN, G.; International Arbitration and Forum Selection Agreements, Planning, Drafting and Enforcing, The Hague, 1999, s. 72.

lamda hakem heyetinin kamusal rejime tabi tutulan bir imtiyaz sözleşmesinden doğan ihtilafta Danıştay'ın emsal içtihatlarını göz önünde bulundurmuyacak olması düşünülemez. Hakem heyetinin bu aşamada dava malzemesinin hazırlanması konusunda tarafların yardımına başvurması, yani imtiyaz sözleşmelerinin temel nitelik ve özellikleri konusunda taraflardan (Bu durumda davaya taraf olan Türk İdare'sinden) yardım istemesi de yargılamanın objektif niteliğine aykırı düşecektir.

Hakem yargılamasında idare hukukunun uygulanmaması ve fakat başka bir ülke hukukunun uygulanması durumunda ortaya çıkan boşluklar uygulamada hakem kurulu tarafından uluslar üstü yeknesak kurallar⁶⁵⁶ ya da uluslararası alanda genel kabul gören teamüllerle doldurulsa da, genelde ticari nitelikteki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan bu hükümlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde uygulanabilirliği şüphelidir⁶⁵⁷. Özellikle imtiyaz sözleşmelerinin kamusal rejime tabi tutulması durumunda kanımızca bu yol kapalıdır. Ancak aksi durumun kabulünde; yani kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı ülke hukukun seçilmesi gündeme geldiğinde değişik durumlarla karşılaşılabilir. Örneğin taraflar 4501 sayılı kanunun 4. maddesindeki düzenleme çerçevesinde, tahkime uygulanacak usul kuralları olarak UNCITRAL kurallarını seçebilirler. UNCITRAL kurallarının **uygulanacak hukuk** başlıklı 33. maddesinde tarafların uygulanacak hukuku tespit etmemeleri halinde tahkim mahkemesi, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını öngördüğü kanunu uygulanacaktır. Bu hükümden hareketle; 2675 sayılı MÖHUK'nun 24. maddesinde ise söz-

⁶⁵⁶ Bu anlamda en tatminkar düzenlemeler 1994 yılında yayınlanana Roma bulunana enstitü tarafından hazırlanan UNIDROIT kuralları ile Avrupa Sözleşmeler Hukukuna İlişkin ilkelerdir. Bu kurallar supranasyonel nitelikleri yanında maddi hukuk derlemeleri olarak karşımıza çıkar ve milletlerarası tahkimde geniş uygulama alanına sahiptir. UNIDROIT ilkelerinin 2004 yılında 2. baskısı çıkarılmıştır. UNIDROIT ilkelerinin Türkçe Fransızca ve İngilizce çevirileri için bkz. **DAYINLARLI, K.**; Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT ilkeleri, Ankara, 2005, bu konuda karar örnekleri için bkz. <http://www.unidroit.org> ayrıca <http://unilex.info>

⁶⁵⁷ Özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakem heyetince zarar hesaplanması bakımından özel hukuk hükümlerine başvurulması kuvvetle muhtemeldir. Bu konuda mukayeseli bir inceleme için bir Danıştay kararının özetini buraya almayı uygun bulduk. *"Bilindiği üzere adli yargıda fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle tazminat davası açabilmesine karşın, idari yargıda dava açılırken böyle bir olanaktan yararlanmak söz konusu değildir. Ancak, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak adli yargıda açılan ve bu yargı yerince görev yönünden reddedilen dava üzerine idari yargıda açılan davada tazminat tutarının artırılmasını ve saklı tutulan kısmın talebe dahil edilmesini, davanın genişletilmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira, adli yargıda dava açılırken fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmakla, bu yöndeki irade ortaya konulmuş olduğundan, davacının iş bu davayı açarken tazminat istemini artırmasını davanın genişletilmesi olarak değil, saklı tutulan hakkın talep edilmesi olarak kabul etmek gerekir. Esasen, adli yargıda talep edilen miktarın yani tazminat tutarının, bu davanın görev yönünden reddi üzerine idari yargı yerinde açılacak davada esas alınacağı ve artırılamayacağı yolunda 2577 sayılı Yasada herhangi bir engel hüküm de bulunmamakta, aksine benzer bir olayda Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 12.1.2001 günlü, E: 1999/1172, K: 2001/1 sayılı kararında bu görüşü ortaya koymuş bulunmaktadır. Bu itibarla davacı talebinin, adli yargıda açılan davadaki miktarla sınırlı tutan, saklı tutulan fazlaya ilişkin hakkın talep edilmesini, davanın genişletilmesi olarak görüp davanın buna ilişkin kısmını reddeden idare mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet bulunmamaktadır. "* D. 11. Daire, 2001/4405 E. Ve 2004/943 K. T. 27.2.2004.

leşmeden doğan borç ilişkilerinde, tarafların açık olarak bir kanunu seçmemeleri halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yeri hukukunun birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yer hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır.⁶⁵⁸ Bu bağlamda imtiyaz sözleşmelerinde ifa yeri olarak Türkiye belirlendiğine göre Türk idare hukukunun uygulanması gündeme gelecektir.⁶⁵⁹ Ne var ki, milletlerarası tahkimin kendine özgü pratikleri bulunmakta-

⁶⁵⁸ Türk doktrininde MÖHUK m. 24/1 uyarınca tarafların, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilmeleri için, sözleşmede bir yabancılik unsurunun bulunmasına gerek olmadığı; zira yabancı bir hukuk seçimi ile o hukuki ilişkinin yabancı unsurlu bir ilişki haline geldiğini, yabancı hukuk seçimi için taraf iradeleri dışında başka bir yabancılik unsuru aranmasına gerek olmadığını ileri süren görüşler vardır. Bkz. NÖMER, E., Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2002, s. 264, Bu görüşün eleştirisi için bkz. SEVİĞ, Akitlere Uygulanacak Kanun, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 327.

⁶⁵⁹ 24 Kasım 1996 tarihinde Bakanlık, Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde elektrik dağıtım faaliyetinin özelleştirilmesi amacıyla 3096 Sayılı Kanun çerçevesinde ihaleye çıkmıştır. İstanbul Avrupa Yakasında ihaleyi 9 Ocak 1998 tarihinde Doğan Şirketler Grubu Holding A.S., Çukurova Holding A.S. ve Tekfen İnşaat ve Tesisat A.S.'nin oluşturduğu konsorsiyum kazanmış ve bu konsorsiyum, 26 Şubat 1998 tarihinde ISEDAS İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.S.'yi ("ISEDAS") proje şirketi olarak kurmuştur. Bakanlar Kurulu, 31 Mart 1998 tarihli ve 1998/10864 sayılı Görevlendirme Kararı ile Bakanlığa, ISEDAS'ı söz konusu bölgede elektrik dağıtım ve ticareti yapmakla görevlendirecek bir sözleşmeyi yapma yetkisi vermiştir. Bunun üzerine 21 Ekim 1999 tarihinde ISEDAS ile Bakanlık arasında bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmış ve yürürlüğe girmiştir. 2000 yılı Ocak ayında yürürlüğe giren 4501 Sayılı Kanun, mevcut imtiyaz sözleşmesi bulunan IHD projesi şirketlerine, Hükümetten imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesine dönüştürmeyi talep etme hakkını tanımıştır. 4501 Sayılı Kanun uyarınca ISEDAS'ın yaptığı başvuru üzerine, 2000/1019 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Bakanlık ve ISEDAS arasındaki imtiyaz sözleşmesinin yeniden düzenlenerek bir özel hukuk sözleşmesinin imzalanması uygun bulunmuştur. Buna göre, 4 Eylül 2000 tarihinde ISEDAS ve Bakanlık arasında özel hukuka tabi bir uygulama anlaşması imzalanmıştır. Ancak, Bakanlar Kurulu'nun hem Görevlendirme Kararının hem de Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının iptali istemiyle Danıştay'da davalar açılmıştır. Görevlendirme Kararının iptali istemiyle açılan davada esas olarak Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un, radyo ve televizyonların büyük hissedarlarının kamu ihalelerine katılmasını yasaklayan hükmüne dayanılmış ve Danıştay bu istemi hakli bularak Görevlendirme Kararını iptal etmiştir. Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının iptali istemiyle açılan davada ise, Danıştay, Görevlendirme Kararının iptalini gerekçe göstererek, artık Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının hukuki dayanağının kalmadığını belirtmiş ve söz konusu kararı iptal etmiştir. Bunu takiben Bakanlık, projenin uygulama anlaşmasını feshetmeksizin, 12 Mart 2002 tarihli yazısında sadece projeye devam etmenin imkânsız hale geldiğini belirtmiştir. Bunun üzerine ISEDAS, MTO tahkimine başvurmuştur. Davada esasa Türk hukuku uygulanmış ve 23 Aralık 2003 tarihli kararında hakem heyeti, ISEDAS'ın tazminat talebini reddetmiştir. Bu kararda hakem heyeti, Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının iptal edilmesi sonucunda projeye ilişkin uygulama anlaşmasının geçmişe etkili biçimde ortadan kalktığını belirtmiştir. Ancak, hakem heyeti, Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararı Danıştay tarafından iptal edilmeseydi ve sadece Görevlendirme Kararı iptal edilmiş olsaydı, o durumda da projeye ilişkin uygulama anlaşması geçersiz hale gelir miydi sorusuna cevap vermediğini açıkça belirtmiştir. Kasım 1996'da Bakanlık, kamuya ait mevcut elektrik üretim santrallerinin işletme haklarının devredilmesi amacıyla 3096 Sayılı Kanun çerçevesinde ihaleye çıkmıştır. Kangal Termik Santrali de bu santraller arasında yer almaktaydı. Nisan 1998'de ihaleyi kazanan konsorsiyum üyeleri, Kanel Kangal Elektrik Limitet Şirketi'ni ("Kanel") proje şirketi olarak kurmuşlardır. Bakanlar Kurulu, 15 Mayıs 1998 tarihli ve 1998/11213 sayılı Görevlendirme Kararı ile Bakanlığa, Kanel'i söz konusu termik santrali işletme ve üreteceği elektriği satma ile görevlendirecek bir sözleşmeyi yapma yetkisi vermiştir. Bunun üzerine Kanel ile Bakanlık arasında bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmış ve 4501 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından, Bakanlar Kurulu, 2000/1024 sayılı Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararı ile Bakanlık ve Kanel arasındaki imtiyaz sözleşmesinin yeniden düzenlenerek bir özel hukuk sözleşmesinin imzalanmasını uygun bulmuştur. Ardından, 6 Kasım 2000 tarihinde Bakanlık ile Kanel arasında özel hukuka tabi bir uygulama anlaşması imzalanmıştır. Ancak, Bakanlar Kurulu'nun hem Görevlendirme Kararının hem de Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının iptali istemiyle açılan davalarda Danıştay, her iki Bakanlar Kurulu Kararını da iptal etmiştir. Bunu takiben Bakanlık, Kanel'in uygulama anlaşmasını feshetmemiştir, ancak bu uygulama an-

dır. Bu pratikler zaman zaman idare hukukunun genel yapısı ile uyuşmayabilir. Örneğin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesi uyarınca yabancılık unsuru bulunan bir imtiyaz şartlaşma veya sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözüme kavuşturulmasında hakem heyeti, her ne kadar ihtilafın esasına uygulanacak hukuk olarak idare hukuku seçilmiş olsa da, işin niteliği ve somut olayın gerektirdiği ölçüde yukarıda da değindiğimiz üzere uluslar üstü kurallara boşluk doldurma amacıyla başvurabilecektir. Nitekim hakem heyetinin boşlukları doldurma hususunda UNIDROIT ilkeleri adı verilen uluslar üstü yeknesak kurallara⁶⁶⁰ yine bu ilkelerin 1. maddesi uyarınca başvurduğunu düşünürsek; bu kuralların 4.6. maddesinde “*Contra Proferentem Rule*” (aleyhe yorum ilkesi) kuralının var olduğunu görürüz. Buna ilke uyarınca “*bir tarafça temin edilen sözleşme hükümleri açık değilse, tercihen onları teklif edenin aleyhine yorumlanır*”... Böyle bir durumda hakem

laşması kapsamındaki yükümlülüklerini de yerine getirmemiştir. Bunun üzerine Kanel, MTO tahkimine başvurarak mahrum kaldığı karın ödenmesini talep etmiştir. Davada esasa Türk hukuku uygulanmıştır. Söz konusu davada hakem heyeti, 23 Aralık 2003 tarihli kararıyla, Kanel’in kar mahrumiyeti talebini reddetmiştir. Ancak, görevlendirme Kararının ve Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının iptal edilmiş olmasına rağmen, özel hukuk perspektifinden bakıldığında Devletin yargı faaliyetlerinden dolayı da sorumlu olduğu, söz konusu iptal kararlarına rağmen projeye ilişkin uygulama anlaşmasının geçerli olduğunu ve projeye devam edilemiyor olmasının bu uygulama anlaşmasında düzenlendiği üzere bir Risk Olayı olduğunu belirtmiştir. Böylece hakem heyeti, Kanel’i haklı bularak yapmış olduğu masrafların tazmin edilmesini talep etme hakkı olduğuna karar vermiştir. Ancak, Kanel, söz konusu davada menfi zararlarını değil sadece kar mahrumiyetini talep ettiği için 16 Mart 2004 hakem kararında Kanel’in 111 Milyon ABD Doları tutarındaki kar mahrumiyeti talebi reddedilmiştir. Her ne kadar sonuçta Türkiye Cumhuriyeti Devleti tazminat ödemek zorunda kalmamış ise de, hakem heyeti Danıştay kararından ve dolayısıyla projeye devam edilememesinden dolayı Devleti sorumlu bulmuştur ve şayet Kanel menfi zararlarının tazmini talebinde bulunmuş olsaydı bunların ödenmesi gerekeceğine hükmetmiştir.

24 Kasım 1996 tarihinde Bakanlığın Türkiye’nin çeşitli bölgelerinde elektrik dağıtım faaliyetinin özelleştirilmesi amacıyla 3096 Sayılı Kanun çerçevesinde çıktığı ihalede Sakarya- Bolu görev bölgesinde ihaleyi SBD Sakarya Bolu Elektrik Dağıtım A.S. (“SBD”) kazanmıştır. Bunun üzerine Bakanlar Kurulu, 28 Nisan 1998 tarihli ve 1998/11082 sayılı Görevlendirme Kararı ile Bakanlığa, SBD’yi söz konusu bölgede elektrik dağıtım ve ticareti yapmakla görevlendirecek bir sözleşmeyi yapma yetkisi vermiştir ve 7 Ocak 1999 tarihinde SBD ile Bakanlık arasında bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Daha sonra, 4501 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinin ardından, Bakanlar Kurulu, 2000/1017 sayılı Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararı ile Bakanlık ve SBD arasındaki imtiyaz sözleşmesinin yeniden düzenlenerek bir özel hukuk sözleşmesinin imzalanmasını uygun bulmuştur. 4 Eylül 2000 tarihinde Bakanlık ile SBD arasında özel hukuka tabi bir uygulama anlaşması imzalanmıştır. Ancak, Görevlendirme Kararı, söz konusu ihale yapılırken kamu yararının olup olmadığının değerlendirilmediği gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Buna karşın, Özel Hukuk Sözleşmesi İmzalama Kararının iptali istemiyle açılan dava, MTO tahkim süreci devam ederken sonuçlanmamıştır. Bakanlık, Görevlendirme Kararının iptal edilmesinin ardından projeye ilişkin uygulama anlaşması kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Buna gerekçe olarak da Görevlendirme Kararının iptal edilmesi neticesinde projeye devam edilmesinin hukuken mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Bunun üzerine SBD, MTO tahkimine başvurmuştur. **Davada esasa Türk hukuku uygulanmış** ve 20 Mart 2004 tarihli kararında hakem heyeti, SBD’nin kar mahrumiyeti de dahil olmak üzere tazminat talebini kabul etmiş ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin SBD’ye yaklaşık 24 milyon ABD Doları tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Türk idare hukukunda bir idari işlem iptal edilince ona bağlı diğer işlemler de yok hükmünde sayılmasına karşın, söz konusu kararda hakem heyeti, 4501 Sayılı Kanun sonrası imzalanan uygulama anlaşması imtiyaz sözleşmesinin bir devamı niteliğinde olmadığı için imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasına onay veren Görevlendirme Kararının iptal edilmiş olmasının uygulama anlaşmasının hukuki geçerliliğini etkilemediğini belirtmiştir. **YILDIRIM, M. / ERGÜN, Ç.**; Enerji Alanındaki MTO Tahkim Kararlarının Hukuki Bir Değerlendirmesi, <http://www.cakmak.av.tr> adresinden alınan makale’den naklen.

heyeti UNIDROIT ilkelerinde yer alan bu ilkeyi harekete geçirmek isterse, bu idare hukuku kuramı açısından kabul edilmesi olanaklı bir durum olmayacaktır. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinin bir parçasını oluşturan şartnameler ve ana sözleşme metni İdare tarafından yazılmaktadır. Sözleşme her ne kadar özel hukuk rejimine tabi tutulabilirse de, genel işlem şartları anlamında karşı akid bu durumu kabullenmektedir. Hakem heyetinin yukarıda ifadesini bulan hükmü uygulamak istemeleri hem şartnamelerin kural işlem niteliğine aykırıdır, hem de imtiyaz sözleşmesinin temel kurucu unsurlarının *by-pass* edilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak ifade etmeye çalıştığımız gibi hakem heyetinin böyle bir ilkeyi kararında hayata geçirmesini engelleyen bir mekanizma söz konusu değildir. Bu durum ancak görev belgesinin (*terms of reference*) hazırlanması esnasında ileri sürülebilecek bir itirazla engellenebilir. Bu durumda milletlerarası tahkimde Türkiye Cumhuriyetini ya da Türkiye Cumhuriyetinin kurum ve kuruluşlarının savunacak avukatların bu tip hususlara son derece dikkat etmesi gerekecektir.

Hakem heyeti, tarafların daha önceden uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçtikleri hukukun uluslararası kamu düzenini ihlal edeceğini düşünürse bu hükümleri dikkate almayabilir. Uluslararası kamu düzeni kavramının içini doldurmak her zaman kolay olmamaktadır. Uluslararası kamu düzeni değerlendirmeye tabi tutulduğu ülkenin yapısına göre değişmekle beraber; temel ekonomik, hukuksal, ahlaki ve sosyal standartlar olarak tanımlanabilir. Hakem heyetinin her zaman uygulanacak hukuku bilmeleri beklenemez. Bu durumda taraflarca hazırlama ilkesi gereği taraflar iddia ve savunmalarını uygulanacak maddi hukuk çerçevesinde kanıtlamak zorundadırlar. Hakem heyeti uluslararası alandaki tahkimde sözleşmede uygulanacak hukuk konusunda açık hükümler yoksa taraflara danışarak ve onların görüşlerini isteyerek bir sonuca varabilecektir.⁶⁶¹ **İdari yargının genel özellikleri ve İdare hukukun emredici niteliği dikkate alındığında, tahkim yargılamasının bu normları ne şekilde zorladığı gözlemlenecektir.**

c) Tahkimde Uygulanacak Usul Kuralları

Tahkim yargılamasında usul kuralları, yargılamayı yöneten kurallardır. Uygulanacak usul kuralları anlamında 4501 sayılı kanun uygulamada sorunlar doğurabilecek biçimde kaleme alınmıştır. Tahkim yargılamasında hakemlerin uymakla yükümlü oldukları *usul kuralları* ve uyuşmazlığın esasının çözümünde kullanılacak olan *maddi hukuk kuralları* olmak üzere iki kategori bulunmaktadır. 4501 sayılı kanunun 4. maddesinde tahkim şartı veya sözleşmesinde

⁶⁶¹ GAILLARD, E. /SAVAGE, J.; (eds) Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague 1999, s. 835.

bulunması gereken konular sayılırken hem *hakem kurulunun yargılama usulü*, hem de *uygulanması istenen tahkim kuralları* ifadesi kullanılmıştır. Kanaatimizce bu iki unsur arasında fark bulunmamaktadır. Tahkim kuralları uygulanacak usul kurallarını ifade eder. Hakemlerin yargılama usulü ise zaten usul kurallarında açıkça tespit edilmiştir. Bu anlamda bu ifade gereksiz bir tekrar niteliği taşımaktadır.⁶⁶²

Tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarıyla ilgili olarak temelde iki sistem bulunmaktadır. Bunlar *ad-hoc* (olaya özgü) ve kurumsal tahkim kurallarıdır.⁶⁶³ Teorik olarak *ad-hoc* tahkimin kurumsal sekreterlik hizmeti ücreti içermediği için taraflar açısından daha ucuz olduğu söylenebilir.⁶⁶⁴ Ancak esasında bu husus değişkendir. *Ad-hoc* tahkimde hakem heyeti basit bir takım idari görevleri dahi yapmak ya da yaptırmak zorunda kalırsa tahkim masrafları doğal olarak artacaktır. Bununla beraber *ad-hoc* tahkimin kurumsal tahkime nazaran daha gizli yürütüldüğü ve daha esnek olduğu da genelde kabul edilmektedir.⁶⁶⁵ Uygulamaya bakıldığında ise kurumsal tahkim *ad-hoc* tahkime oranla tercih edilmektedir.⁶⁶⁶ Hakemlerin taraflarca seçilememesi durumunda tahkim tüzüğü bulunan tahkim organizasyonu tarafından seçilmesi, hakem ücretlerinin tarafların iradesine bırakılmaksızın kurumun tespit etmiş olduğu barem üzerinden ödenmesi ve en önemlisi nihai hakem kararlarının tanınması ve tenfizi açısından yarattığı kolaylık kurumsal tahkimi daha öngörülebilir ve güvenilir kılmaktadır.

4501 sayılı kanunun 3/b maddesinde yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülmesinin kabul edilebileceği belirtilmiştir. İmtiyaz sözleşmeleri anlamında burada esas sorun iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki hükümler ile taraflar arasındaki esas sözleşmede birbirine aykırı hükümlerin bulunması halinde karşımıza çıkabilir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti ile ABD arasında “*Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması*” imzalanmış⁶⁶⁷ ve bu anlaşma uyarınca ICSID merkezi yetkili kılınmıştır. Bir ABD firmasının Türkiye’de imtiyaz sözleşmesi yaptığını ve bu sözleşmede ICC’nin yetkilendirilmiş olduğunu düşünürsek tahkimin tabi olacağı usul kuralları bakımından bir sorun ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce, tarafların esas sözleşmelerinde uygula-

⁶⁶² Esasında kanun yazımına ilişkin bu sıkıntılı durumlar İdari Yargılama Usul Kanunumuzun 31. maddesinin 2. fıkrasında da karşımıza çıkmaktadır. Buradaki düzenleme göre HUMK’a atıfta bulunan haller saklı kalmak üzere vergi uyuşmazlıklarının çözümünde vergi usul kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Ancak HUMK ve İYUK yargılama kuralları olmakla beraber Vergi Usul Kanunu Yargılama kuralları içermez sadece verginin tahsil edime sürecine ilişkin hükümler getirmektedir.

⁶⁶³ ICC Tahkim Diani Tüzüğü Kurumsal Tahkime, UNCITRAL Tahkim Kuralları ise *ad-hoc* tahkim için verilebilecek örneklerdir.

⁶⁶⁴ BORN, G.; age., s. 55.

⁶⁶⁵ BORN, G.; age., s. 55, SAMMARTANO, M.; age., s. 124.

⁶⁶⁶ BORN, G.; age., s. 56.

⁶⁶⁷ 20 Nisan 1989 Tarih ve 20145 sayılı RG.

nacak usul kurallarına ilişkin açık bir hüküm varsa bu hüküm doğrultusunda hareket edilmeli, aksi takdirde iki taraflı yatırım anlaşmalarına başvurulmalıdır. Burada uyuşmazlığın niteliği de önemlidir. ICSID merkezinin yetkisi anlamında taraflar arasındaki uyuşmazlık yatırıma ilişkin ise; (örneğin kar transferlerinin yapılamaması, yatırımla ilgili haksız vergi salınması gibi) bu durumda ICSID Merkezinin yetkili olduğu düşünülebilir. Sözleşmenin uygulanmasından doğan bir uyuşmazlık varsa sözleşmedeki tahkim şartında ya da daha sonra düzenlenen tahkim sözleşmesinde ifade edilen usul kuralları uygulanmalıdır. Tahkim yargılamasında taraflar uygulanacak usul hukukunu seçme noktasında geniş bir otonomiye sahiptirler. Hakemlerin tahkim yeri usul hukukunu takip etme zorunda olduklarına dair doktrin kırılmıştır. Usul hukuku her ne kadar tahkim yargılamasını yönetse de burada karşımıza ulusal ve uluslararası kamu düzeni çıkabilir ve delil toplamaya ilişkin hususlar ya da ihtiyati tedbirlere ilişkin kararların ancak tahkim yerinin bulunduğu yer mahkemesinden alınacağına dair emredici kurallara bulunabilir.⁶⁶⁸ Bu husus tahkim kararına karşı başvurulacak muhtemel kanun yolları açısından önem arz eder.⁶⁶⁹

d) Hakemlerin Yetkileri

Tahkim usulünde hakemler esas olarak taraflarca verilen yetkiye dayanarak yargılama yaparlar. Bu nedenle tahkimin kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda cereyan etmesi gerekmektedir. 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 idari işlemin denetlenmesi gereken durumlarla karşılaşıldığında, hakemler yetkili olacaklar mıdır? Bu konudaki temel fikirler incelememizin II. Bölümünde ayrıntılarıyla sunulmuş olunmakla beraber, bu noktada da üzerinde durulması gerekeceği düşüncesindeyiz. Türk hukukunda idari işlemleri iptal etme yetki ve görevinin idare yargıcına verildiği ve *kimsenin kaynağını Anayasa ve kanunlardan almayan bir yargı yetkisi kullanamayacağı* dikkate alındığında, Türk hukuku uyarınca hakemlerin idari işlemleri iptal edemeyeceği ileri sürülebilir. Bu durumda hakemlerin; idari işlemlerin denetimi ile karşı karşıya kaldıklarında, bu hususu bekletici mesele yaparak, idare mahkemelerinde konunun görüşülüp karara bağ-

⁶⁶⁸ H.U.M.Y.'nın 101 ve devamındaki maddelerde, ihtiyati tedbir kararına, devamına, kaldırılmasına ancak mahkemelerce karar verileceği belirtilmiştir. Ayrıca, bu konuda hakem heyetinden mütalaa alınacağı yönde usul hukukunda bir hüküm yoktur. Bu nedenle, talep hakkında asliye hukuk mahkemesince bir karar verilmesi gerekir. Y. 20. HD., E. 2002/775; K. 2002/1396, T.18.2.2002 (yayınlanmamış).

⁶⁶⁹ BOCKSTIEGEL, K.H.; Arbitration and State Enterprises, ICC Publications, 1984, s. 25.

lanmasını beklmeleri tahkim yargılamasının en iddialı olduğu noktalardan biri olan “*çabukluk*” ilkesini zedeleyecektir. Hakemlerin idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleyerek sadece bu konuda görüş bildirmeleri ise, milli hakem kararları kapsamında, bu konunun tarafların arzularına tabi bir mesele olmadığı gerekçesiyle, HUMK. M. 533/3 hükmü uyarınca temyiz sebebi oluşturabilecektir. Aynı durumun milletlerarası hakem kararında yer alması halinde ise kararın Türkiye’de tenfizi, MÖHUK m 38 (b)’ maddesine aykırı bulunabilir. İlamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda olduğu ileri sürülerek tenfiz talebi reddedilebilir. Ancak Anayasanın 125. maddesinde ve bu konuda çıkarılan uyum kanunlarında genel olarak “*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebileceği*” öngörülmüştür. Bu durumda tahkime götürülecek uyuşmazlıkların sadece söz konusu 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.

4501 sayılı Kanunun 4/2 maddesi uyarınca tahkim şartı veya sözleşmesinde kararlaştırılması gereken hususlardan biri de, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulüdür. Bu durumda, milli tahkime gidilen hallerde Türk hukukundaki düzenlemeye göre deliller konusunda kanunda öngörülen kurallar, hakem yargılamasında da uygulanacak (HUMK. m. 526) ve yemin icrası, şahitlikten kaçınanların getirilmesi gibi kamu kudreti kullanımı gerektirecek ve esasında HUMK. m. 527’de sayılan hallerde hakemler, sulh mahkemesinden yardım alacaklardır.

Milletlerarası Tahkime başvurulduğunda, 4501 sayılı kanuna göre hakem kurulunun delil toplama yetki ve usulü için 4686 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması kararlaştırılırsa, m. 12/(b) uyarınca hakemler asliye hukuk mahkemesinden yardım alacaklardır.

3. Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

a) Milli Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

Hakem kararlarına karşı başvuru kanun yollarından birincisi kararın temyiz edilmesidir. Mahkemelerden verilen kararların icrai kabiliyeti olduğu halde, hakem kararlarının icra kabiliyeti yoktur. Hakem kararlarının icra kabiliyeti kazanabilmesi Yargıtay’dan onanmasına veya kanunda öngörülen temyiz süresi içinde taraflarca temyiz edilmeyerek temyiz süresinin

geçmiş olmasına bağlıdır.⁶⁷⁰ HUMK’da mahkeme kararlarının temyizinde olduğu gibi (m. 427-444) süreye ve temyize başvurma şekline dair başkaca bir hüküm yoktur. HUMK 536. maddesindeki « ...karar temyiz müddeti geçince... » şeklindeki ifadeden hakem kararlarının belli bir sürede temyiz edilebileceği anlaşılmakta ise de; bu sürenin ne olacağı tahkime ilişkin hükümler içinde gösterilmemiş, genel hükümlere de atıf yapılmamıştır. Bu durumun tahkimin mahiyeti ile bağdaştığı oranda, mahkeme kararlarının temyizi ile ilgili HUMK 427-444. maddelerinin kıyasen uygulanması suretiyle tamamlanması savunulmaktadır.⁶⁷¹ Hükme bağlanmamış bir kararın temyiz edilemeyeceğine dair sözleşme ve beyan HUMK’nun 535. madde hükmü karşısında geçersizdir.⁶⁷² Yargıtay’ın temyiz incelemesine konu olan hakem kararının, HUMK. 533. madde hükmüne göre temyizi mümkün bulunan geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanan ve usulüne uygun tayin edilmiş hakem veya hakemlerce verilmiş olan ve ihtilafın esasına ilişkin bir hüküm olması gerekir. Hakemlerin yetkilerine ilk itirazlar üzerine verdikleri kararlar nihai karar olmadığı için tek başına temyiz edilemez. Bu tür kararlar ancak nihai hakem kararları ile birlikte temyiz incelemesine tabi tutulabilirler. Öte yandan HUMK. 532 hükmüne göre hakemler nihai hakem kararını yetkili olan mahkeme kalemine tevdi etmekle yükümlüdürler. Bu tevdi işinin tarafların temyize müracaatından önce olması gerekir. Hakem kararı yetkili mahkemeye tevdi edilmeden hakemlerce taraflara gönderilir ve taraflardan biri bu kararı temyiz ederse, Yargıtay’ca incelemeye tabi tutulamaz. Hakem kararının tevdii için yetkili mahkeme olarak her ne kadar tahkim sözleşmesinde taraflarca tahkim mahalli olarak gösterilen tahkim merkezinin bulunduğu yer mahkemesi şeklinde görüşler ileri sürülse de⁶⁷³; kanaatimizce, buradaki *yetkili mahkeme* kavramı taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeyecek olması durumunda yetkili ve görevli olan mahkemedir. 06.01.1992 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 4492 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik 24. maddesinin (j) bendinde “(...) *karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar* (...) “ ifadesi kullanılmıştır. Bu anlamda HUMK 532. maddesi anlamındaki *yetkili mahkeme* ifadesi kanımızca Danıştay’ı karşılamaktadır.⁶⁷⁴ Ancak milli hakem kararları konu-

⁶⁷⁰ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 93., KARATAŞ, İ; Uygulamada İhtiyari Tahkim, Ankara, 1999, s. 245.

⁶⁷¹ KARATAŞ, İ; age., s. 245.

⁶⁷² Aynı yönde bkz. DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 93.

⁶⁷³ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 54.

⁶⁷⁴ Bu bilgiler ışığında ULUSOY’un imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarının temyizi, tanınması ve tenfizinin her durumda adli yargı yerlerinde yapılacaktır şeklindeki tespiti (Bkz. ULUSOY, A.; Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul, 2004, s. 168) doğru olmakla beraber, bu konularda idari yargının herhangi bir yetkisi olmayacak şeklindeki saptamasına katılmak mümkün değildir. Danıştay mili tahkimde de belli durumlarda aktif olarak tahkim yargılamasına katılmasa da, yetkili olduğu haller karşımıza çıkmaktadır.

sunda nihai kararı verecek olan merci Yargıtay olduğundan, Yargıtay’a temyiz incelemesi için gönderilecek kararın Danıştay’a tevdi edilmesi tahkim uygulaması açısından usul ekonomisine aykırı düşecektir. Hakem kararına resmiyet kazandıran, kararın mahkemeye tevdi edilmesi olayıdır. Bu nedenle hakem kararının yetkili mahkemeye tevdiinden önce yapılan temyiz müracaatı, usul işlemleri yerine getirilmediği için kabul edilmemektedir.⁶⁷⁵

Mahkeme kararlarında olduğu gibi (HUMK. m. 428) kanun, hakem kararlarının Yargıtay’ca hangi nedenlerle bozulacağını 533. maddede göstermiştir. 533. maddedeki bozma nedenleri, mahkeme kararlarının bozulması nedenlerinden farklı ve sınırlı sayıdadır. HUMK 533. maddesine göre: (1) *Hakemlerin tahkim süresinin bitiminden sonra karar vermiş olmaları*, (2) *Talep edilmeyen bir şey hakkında karar verilmesi*, (3) *Hakemlerin yetkileri dışında kalan bir meseleye dair karar vermeleri*, (4) *Hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri*, bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.⁶⁷⁶ Esasında buradaki bozma nedenlerinden ilk olan “tahkim süresinin geçmesinden sonra verilen kararlar” imtiyaz sözleşmelerinde işletilecek tahkimler açısından ayrı bir önem arz etmektedir. HUMK 529. maddesi hükmü uyarınca “hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hükmü vermeğe mecburdurlar”. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup; uyuşmazlık yetkili mahkeme⁶⁷⁷ tarafından halledilir. Buradaki yetkili mahkemenin de yukarıda ifade edildiği üzere Danıştay olduğu açıktır. Milli hakem kararlarına başvuru yollarından da anlaşılacağı üzere 4501 sayılı kanun uyarınca yabancılık unsuru taşımayan imtiyaz sözleşmelerinin milli tahkim yolu ile çözülmesi halinde son sözü adli yargı söylemektedir.⁶⁷⁸ Esasında Yargıtay 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca “tahkim şartı veya sözleşmesinde uyuşmazlığın Türk maddi hukuk kurallarına göre çözümlen-

⁶⁷⁵ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 94.

⁶⁷⁶ Yargıtay’ın 28.1.1994 tarih ve E: 1993/4; K. 1994/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı’na Göre, “*Hakem Sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretildeki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da göz önüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi bir tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay’ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir.*” YKD., C. 20, S. 4, Nisan 1994, s. 527, Aynı kararda “*...hakem sözleşmesi veya şartının taraflarına, bu sözleşme veya şartta öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, hakem kararları bakımından bir temyiz nedeni olarak kabul etmek gerekir. Aksi halin düşünülmesi ise, hakem sözleşmesi veya şartının hakemlerce uygulanmaması veya eksik ve hatta yanlış uygulanmasına olanak verilmesi anlamını taşır. Yasa ve sözleşme tanımazlık anlamına gelen bu düşünce ve uygulamaya Hukuk devletinde yer verilemeyeceği açık ve seçiktir. Hakem sözleşmesi veya şartının taraflarınca öngörülen kurallar yönünden hakemlerin denetimine tabi tutulması, hak ve adaletle de uygundur...*” denilmiştir.

⁶⁷⁷ Buradaki salahiyet kelimesinin görev anlamında kullanıldığı yönünde bkz. KURU, B.; age., s. 4090.

⁶⁷⁸ GÜNDAY’a göre Türkiye gibi İdari rejimi benimsemiş olan bir ülkede kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi İdare Hukuku ilke ve kurallarına tabi bir sözleşmeden kaynaklanan ve idari nitelikte olduğunda kuşku bulunmayan uyuşmazlıklar hakkında son aşamada adli yargının söz söylemesi Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. GÜNDAY, M.; (İdare Hukuku), s. 306.

mesinin kararlaştırılmış olması durumunda” esasa ilişkin inceleme yapmaktadır. Bu anlamda özel hukuk sözleşmesi yöntemi seçilebilecekken, bunun tercih edilmeyip imtiyaz yöntemi tercih edildiğinde tarafların iradesinin o sözleşmede idare hukuku rejiminin uygulanması yönünde olduğu düşünülebilir.⁶⁷⁹ Bu durumda kanaatimizce tahkim şartı veya sözleşmesinde açıkça Türk maddi hukuk kurallarının uygulanması öngörülmüş olmasa dahi Yargıtay böyle haklı bir çıkarımdan hareketle ve 28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararına dayanarak imtiyaz sözleşmelerinde esasa dair inceleme yapabilecektir.

Hakem kararlarında anlaşılmayan ve açıklığa kavuşturulması gereken hususlar bulunabilir. Bunların açıklanması için hakem kararlarının tavzihi ve tashihi HUMK’nun 455-459 maddeleri hükümlerine göre istenebilir. HUMK. m. 456 hükmü uyarınca tavzih yetkisi, tahkim süresi içinde hakem kararını vermiş olan hakemlere aittir.⁶⁸⁰ Tahkim süresi geçtikten sonra hakemlerin kararlarını tavzih etme yetkileri yoktur. Bu takdirde HUMK. m. 532 hükmüne göre hakem kararının tevdi edildiği mahkeme, karar veren hakemleri dinlemek suretiyle hakem kararının icrasına kadar kararı tavzih edebilir.⁶⁸¹

HUMK. 535. madde hükmüne göre taraflar, hakem kararı verilmeden önceki bir safhada, verilecek hakem kararına karşı iade-i muhakeme isteme hakkından feragat etmiş olsalar da böyle bir feragat mümkün değildir. Bu husus **kamu düzeni** ile ilgili olduğu için hâkim re’sen nazara almak zorundadır.⁶⁸² Hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi sebepleri HUMK 445 ve 446. maddelerinde yazılı olan sebeplerdir. Hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi davasında, yargılamanın iadesi davasının kimin tarafından inceleneceği hakkında HUMK’da bir açıklık yoktur. Doktrinde yargılamanın iadesi talebinin ilk önce mahkemeye yapılması ve mahkemece yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin tespit edilmesi halinde, işin esasının hakemler önünde görülmesi gerekeceği ileri sürülmektedir.⁶⁸³

HUMK’da değişiklik yapan ve 5.4.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3156 sayılı yasa ile hakemlerin verdiği hükümler ve tahkim hükümlerine göre mahkemelerce verilen kararların onanması veya bozulmasına ilişkin Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı 440. maddenin III. bendinin 4. fıkrasına alınmıştır.⁶⁸⁴

⁶⁷⁹ Aynı yönde bkz. ULUSOY, A.; (İncelemeler), s. 171.

⁶⁸⁰ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 144.

⁶⁸¹ KURU, B.; C. 4, s. 4103.

⁶⁸² DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 145; Yargılamanın iadesinin teknik anlamda bir kanun yolu olmadığı yönünde bkz. ALANGOYA, Y.; age., s. 231.

⁶⁸³ KURU, B.; age., C. 2, s. 1141, ALANGOYA, Y.; age., s. 233.

⁶⁸⁴ KARATAŞ, İ.; age., s. 299 , ayrıca hakemlerin direnmeye kararı veremeyecekleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 137-143.

b) Milletlerarası Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

Bu noktada konuyu 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun öngördüğü sistem ile «*yabancı hakem kararı*» olarak nitelendirilen hakem kararlarına karşı başvuru yolları bakımından ayrı ayrı incelemekte fayda vardır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda nihai hakem kararına karşı yalnızca yetkili asliye hukuk mahkemesinde iptal davası açılabilir. Bu iptal halleri yasada açıkça sayılmaktadır.⁶⁸⁵ Milletlerarası Tahkim Kanununa göre iptal nedenleri, kanunda öngörülen iki istisnai hal dışında (tahkime elverişli olmama ve kamu düzenine aykırılık) ilgili tarafça iddia ve ispat edilmelidir. Hukukumuz bakımından yeni olan hakem kararının iptali müessesesi, hakem kararına karşı temyiz mercii yerine ilk derece mahkemesine başvurulmasını öngörmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununa göre tarafların anlaşarak iptal davası açma hakkından feragat edebilmeleri mümkündür. Kanuna göre bu imkân sadece «*yerleşim yerleri ve olağan oturma yerleri Türkiye dışında olanlara*» sağlanmıştır. Buradaki anlaşma, iptal davası açma hakkından tümünden feragat şeklinde olabileceği gibi, sadece iptal nedenlerinden bazıları nedeniyle iptal davası açmama hususunda anlaşma şeklinde de olabilir.⁶⁸⁶ İptal davası yolundan feragat ilişkin olarak kanunun 15/A-5. fıkrasındaki şu hüküm dikkat çekicidir. «*(...) iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açma hakkından da feragat edebilirler.*» Yukarıda sayılan sebeplere bakıldığında ise 2. maddede (a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, (b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu hususları da düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeden hareketle tarafların kamu düzenine aykırı olan hususlarda dahi iptal davası yolundan feragat edebilecekleri anlamı çıkmaktadır ki bu durumu «*doğmamış bir haktan feragatin mümkün olmaması*» şeklindeki genel hukuk ilkesi dışında tahkim hukukunun mantığı ile de bağdaştırmak olanaklı değildir. Buna ilaveten böyle bir uygulama, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi hassas bir alanda kamu yararının gözden kaçırılması sonucunu doğurmaktadır. Bir hakem kararına karşı iptal yoluna gidilmemiş veya iptal talebinin redde-

⁶⁸⁵ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 15/A-1 ve 2. bentler.

⁶⁸⁶ Feragat yolunun İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanununun 192. maddesinden esinlenerek alındığı anlaşılmaktadır. BİRSEL, M. /BUDAK, A.; agm., s 229.

dilmiş olması, aynı hakem kararına karşı bu kararın başka bir ülkede tenfizi aşamasında itiraz edilmesine engel teşkil etmemektedir. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda kanunda yer alan iptal sebeplerinin New York sözleşmesinden alınmış olan tenfiz engelleri ile benzerlik taşıması, hakkındaki iptal reddedilmiş olan hakem kararlarının tenfiz aşamasında da bir engel- le karşılaşmaksızın icra edilebilmelerini büyük ölçüde güvence altına almış olmaktadır.⁶⁸⁷

Uygulamaya bakıldığında tahkime uygulanacak usul kanunu olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu dışında bir başka usul kanununun yargılamayı yönetmesine karar verilmiş olsa dahi, nihai hakem kararına karşı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15. maddesindeki başvuru yolları işletilebilmektedir. Ancak bu hususu tarafların açıkça belirtmeleri; örneğin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca işletilen bir tahkimde bu durumu *görev belgesinde* açıkça kararlaştırmaları gerekmektedir.

4501 sayılı kanunun 5. maddesindeki imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarının temyizinin Yargıtay'da, tanıma ve tenfizinin ise asliye hukuk mahkemesinde görüleceğine ilişkin hüküm, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 17. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 4686 sayılı kanunun uygulanmasının taraflarca veya hakem/hakemlerce seçilmediği ve ayrıca yabancılık unsuru taşımasına rağmen tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği, yani 4686 sayılı kanunun uygulama alanında olmayan ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarının tenfizi ve tanınması konusunda 4501 sayılı kanunda herhangi bir özel düzenleme yoktur. Bu itibarla bu konuda, 4501 sayılı kanunun 6. maddesi uyarınca önce varsa ilgili uluslararası anlaşmalara bakılacak⁶⁸⁸; bunlarda herhangi bir hüküm bulunmadığında 2675 sayılı kanunun uygulama alanı içinde olan ve imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarının ise, Türkiye'de tanınması ve tenfizi Milletlerarası Tahkim Kanunun 15. maddesi anlamında söz konusu olmayacaktır. Çünkü MTK'nun 15. maddesinde nihai hakem kararlarına karşı sadece iptal yolu benimsenmiştir. Yerel mahkemenin iptal davası sonucunda vereceği karar Yargıtay'da temyiz edilebilecek fakat karar düzeltme istenemeyecektir. Karar kesinleştikten sonra veya iptal davası açılmamışsa, asliye hukuk mahkemesinden bu hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge alınacak ve bu belge ile söz konusu hakem

⁶⁸⁷ BİRSEL, M. /BUDAK, A.; Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum/Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, BTHAE, 1997, s. 219.

⁶⁸⁸ 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşması, 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu; Bu konuda iki taraflı yatırım anlaşmalarında da hükümler bulunabilir. TANRIVER'e göre, bir akit devlet ülkesinde verilmiş olsa bile, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını öngören hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizi, sözü edilen akdi ilişkinin Ticaret Kanununun 3. ve 21. maddeleri bağlamında ticari nitelikte sayılması olanağının bulunmaması sebebiyle; yalnızca MÖHUK'un konuyu kanun bazında düzenleyen 43. vd. maddelerine göre gerçekleştirilebilecektir. TANRIVER, S.; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN Armağanı, İstanbul, 2000, s. 1088.

kararı Türkiye’de icra edilebilecektir. Bu durumda eğer söz konusu hakem kararı Türkiye’de uygulanacaksa mahkemeden ayrıca bir tanıma veya tenfiz kararı alınmasına gerek olmayacaktır. Uyuşmazlıkta 4686 sayılı kanun hükümlerinin geçerli olmasının taraflarca ve/veya hakem/hakemlerce seçilmediği ve ayrıca yabancılık unsuru taşımasına rağmen tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmediği, yani 4686 sayılı kanunun uyulama alanında olmayan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarının tenfizi ve tanınması konusunda 4501 sayılı kanunda bir düzenleme olmadığından 4501 sayılı kanunun 6. maddesi uyarınca önce varsa ikili uluslararası anlaşmalar⁶⁸⁹ burada herhangi bir hüküm bulunmadığı takdirde 2675 sayılı kanunun tanıma ve tenfize ilişkin hükümleri uygulanacaktır.⁶⁹⁰

V. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN HAKEM KARARLARININ İDARE TARAFINDAN UYGULANMASI

Ülkemizde İdarenin esas itibariyle ve büyük çoğunlukla yargı kararlarına uymakta olduğu ve onları yerine getirdiği iddia edilmektedir.⁶⁹¹ Anayasanın 138/4 maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin yargı kararının gereğine göre işlem veya eylem tesis etmek zorunda olduğu hükme bağlandığı gibi, 2577 sayılı yasanın 28. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi de; “*Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare en geç 60 gün içinde işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur*” şeklindeki kural çerçevesinde idarenin maddi ve hukuki koşullara göre uygulanabilir nitelikte olan bir yargı kararını “aynen ve gecikmeksizin” uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır.⁶⁹² İdarenin yargı kararını uygulamaktan kaçınması durumunda uygulamada pek çok sorunlar doğabilmektedir. Özellikle yargı kararının uygulanmamasına karşı İYUK’un 28. maddesinde sadece maddi ve manevi tazminat davası açma olanağının düzenlenmiş bulunması, idari yargı kararlarının uygulanmamasına yol açmakta, yargı kararının uygulanmasını bir tür parasal karışıklığa dönüştürme riski taşımaktadır.⁶⁹³ Ayrıca Özellikle Avrupa İnsan Hakları mahkemesi denetimi dolayısıyla, önemli bir *hak ihlali* olarak algılanan yargı kararının uygulanmaması yaklaşımının değiştirilmesi gerekmektedir.

⁶⁸⁹ *Supra.*

⁶⁹⁰ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz; GÖKYAYLA, C.; Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, ÖZBAKAN, İ.; Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 1987.

⁶⁹¹ ÖZEREN, Ş. / BAYHAN, T.; İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Ankara, 1992, s. 83.

⁶⁹² *Ibid*, s. 167.

⁶⁹³ YAŞAR, N.; İdari Yargı Kararlarının etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal emir, İstanbul, 2002, s. 126.

Hakem kararlarının da mahkeme kararları gibi kazai nitelik taşıdığına kuşku yoktur.⁶⁹⁴ HUMK hükümlerine göre verilen hakem kararlarının icra kabiliyeti yoktur. Bu hakem kararları ancak kesinleştikten sonra icra kabiliyeti kazanır. Hakem kararının kesinleşmesi, bu kararın taraflara tebliğini takip eden 15 günlük temyiz süresi içinde temyiz edilmemiş olmasına veya temyiz edilip Yargıtay'dan onama kararı verilmiş olmasına bağlıdır.⁶⁹⁵ Milletlerarası hakem kararları bakımından ise kararın kesinleşmesi noktasında iç tahkim ile arasında benzerlik olmakla beraber, yabancı bir hakem kararının usulüne uygun olarak tenfiz edilmesi ya da açılan iptal davası sonucunda iptal isteminin reddedilmesi ve bu kararda kesinleşmesi gerekmektedir. Bununla beraber 2577 sayılı İYUK kanununun 28. maddesini hakem kararlarına teşmil etmek ne derece doğru olacaktır? 2577 sayılı kanunun 28. maddesinin 1. fıkrası “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.*” şeklindedir. Bu anlamda bu fıkra hükmünü hakem kararlarını da kapsayacak biçimde genişletmek kanımızca mümkün değildir. Nihai hakem kararları bakımından 2577 sayılı kanunun 28/2 fıkrasındaki “*genel hükümler çerçevesinde*” infaz ve icra olunacağı şeklindeki düzenlemeye istinaden hakem kararlarının genel hükümler dairesinde idarece uygulanması ve gereğine göre işlem yapılması gerekmektedir. Ancak bu hüküm, hakem heyeti kararlarının parasal değeri olan bölümüne ilişkin hususlarda uygulama alanı bulabilir. Bedelin ödenmesi de ilgili bütçe olanaklarına ve insafına bağlı kaldıkça bundan önemli bir sonuç alınması da mümkün olmayabilir. Kanımızca parasal değeri olmayan hakem heyeti kararları için uygulamada idarenin bu karara uygun işlem ve eylem tesis etmesi anlamında mevzuatta boşluk bulunmaktadır. İdarenin hakem heyeti kararlarını uygulamaktan kaçınması halinde 2577 sayılı kanunun 28/3 ve 4 maddelerinde belirtilen tazminat yolları ise hakem heyeti kararlarının etkinliğini daraltabilir. Bu itibarla bu konuda en kabul edilebilecek yöntem olarak yargıcın kararın uygulanmasına olanak veren ve yargısal fonksiyonu içinde kalan müdahalesidir.⁶⁹⁶ Buradaki yargıç da kuşkusuz idari yargıç olmalıdır.

ICSID hakem heyeti kararlarının bu konuda özellikli bir durumu vardır. ICSID hakem kararları yerel bir mahkemeden verilmiş bir karar gibi bağlayıcıdır. ICSID kurallarının 54(1) maddesi, parasal hakem kararları açısından bir ayırım yapmaktadır. ICSID konvansiyonu ko-

⁶⁹⁴ BERNSTEIN, R.; age., s. 9.

⁶⁹⁵ DAYINLARLI, K.; (İç Tahkim), s. 146.

⁶⁹⁶ Aynı yönde bkz., YAŞAR, N.; İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç ve Yargısal Emir, İstanbul, 2002, s. 131.

nusu parasal alacakların tahsili olan hakem kararlarının herhangi bir biçimde üye devletlerin yetkili organlarınca incelenmesini yasaklamıştır.⁶⁹⁷ Esasında ICSID çerçevesinde verilen kararların tenfizi ve icrası farklı değerlendirilmektedir.⁶⁹⁸ Her ne kadar ICSID otomatik bir tenfiz mekanizması öngörse de, bu kararların uygulanmamasının taşıdığı risk, bir idari yargı kararının uygulanmama noktasında taşıdığı risk kadardır. Ancak ICSID tahkimine gidilebilmesi için yatırımla ilgili bir uyuşmazlık çıktıktan sonra Türkiye'nin ev sahibi devlet sıfatı ile yazılı olarak rızasını vermesi gerekir.⁶⁹⁹ Bu anlamda Türkiye'nin ICSID hakem kararlarını uygulamaktan kaçınması uluslararası hukuk bakımından sorumluluğuna yol açabileceği gibi uluslararası kreditorler nezdinde güvenilirliğini sarsacaktır.



⁶⁹⁷ REED, L. / PAULSSON, J. / BLACKABY, N.; age., s. 106.

⁶⁹⁸ Benvenuti Bonfrant s. Congo davasında Benvenuti, Tribunal de Grande Instance of Paris'e ICSID kararının uygulanması için başvurmuştur. Mahkeme kararın infaz edilmesine hükmetmekle beraber Congo'nun Fransa'daki mallarına karşı mahkemeden ön izin almadan kararın uygulanamayacağını, çünkü bunun yabancı egemenlik muafiyetiyle korunabileceğini ifade etmiştir. Benvenuti bunun üzerine Paris Temyiz Mahkemesine istinaf mahkemesinin yetkisini aştığı ve ICSID kararlarının icra prosedürüne aykırı davrandığını ifade ederek başvurmuştur. Benvenuti & Bonfrant Srl. Vs. The Government People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB 77/2, Decision of Tribunal de Grande Instance, Paris (13 January 1981), 1 ICSID Reports 368 (1993).

⁶⁹⁹ ERTEN, R.; agm., s. 225.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Globalizasyon süreci tüm dünyada sosyal, politik, ekonomik ve hukuksal parametreleri etkilemekte ve bu alanlardaki riskleri minimize etmek maksadıyla bir düzenlilik ve belirlilik zeminini hayata geçirmek istemektedir. Bu arayış içerisinde tahkim mekanizması çok önemli ve etkin bir hukuksal enstrüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim mekanizmasının özel hukuk alanındaki ilişkilerde ihtilafa düşen taraflara vermiş olduğu hukuksal tatmin, devlet yargısına istisna teşkil eden bu yolu *de facto* tartışılmaz kılmaktadır. Ne var ki, tahkim mekanizmasının idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde idare hukukuna taşınması, ister istemez bir *ihtiyat dürtüsünü* canlandırmaktadır. Tahkim yolunun kamu hukuku alanına aktarılması, özellikle uluslararası hukuk alanında eşit sùjeler olarak faaliyet gösteren devletlerarası ilişkilerde uygulandığı düşünüldüğünde daha az sancılı olmuştur. İdari rejimi benimsemiş olan ülkelerde idari yargının varlık nedeni ve işlevi, hem bireyin hak ve hürriyetlerini, hem de kamu düzenini, kamu yararını korumak ayrıca birey ile yönetim arasındaki ilişkilerde hukuk devletinin temel ilke ve kurallarını hâkim kılmaktır. 13 Ağustos 1999 Anayasa değişikliği ile Türk İdare Hukuku öğretisinde bu anlamda bir kırılma noktası yaşanmış ve tahkim yolu pozitif idare hukukundaki yerini almıştır. O dönemdeki tartışmalar dikkate alınarak bir yorum yapmak gerektiğinde bunun *tam bir kapitülasyon olduğu* şeklindeki düşünce tarzı öngöründen yoksun olmakla beraber, bu müessesenin, *İdare hukukunun ve idari yargının temel ilkeleri, prensipleri, yasal ve anayasal dayanaklarının refleksi olmadan bu alana sızabileceğini ileri sürmek* de aceleci bir yaklaşım olacaktır. Buna gerekçe olarak idari yargının Anayasal ve yasal güvencesinin ihlal edilmiş olduğu, idare hukukunun dönüşüme uğratıldığı şeklinde düşünceler ileri sürülebileceği gibi, tahkim yargılamasının uygulayıcıları konumundaki hakemlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanındaki yetkinlik ve tecrübelerinin belirsiz olduğu, bu mekanizmayı işletecek olan idarelerin de bu alandaki ehliyetinin sınırlı olduğu yönünde pratik mülahazalar da tartışılmaya müsaittir.

Esasında o dönemde tahkimi pozitif idare hukukumuzda sokmak için bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç olmadığı inancını taşımaktayız. Özü itibariyle idari nitelikteki uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulabildiği düşünüldüğünde, tahkimi imtiyaz sözleşmelerinde uygulanabilir kılmak için bir yasa değişikliği yeterli olabilirdi. İdare hukukunun refleksini azaltmak maksadıyla, Danıştay'ın milletlerarası tahkim yolu öngörüldüğünde nihai hakem heyeti kararlarına karşı tenfiz mercii, kamusal rejime tabi imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözümünde, tahkim yerinin Türkiye

olarak tespit edilmesi halinde hakem heyeti kararına karşı iptal davasının açılacağı mahkeme olarak belirlenmesi düşünülebilirdi. Milli tahkim sonucunda verilen hakem heyeti kararları açısından ise Danıştay temyiz mercii olarak görev ifa edebilirdi.

Kanımızca uyum kanunlarında halen bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Örneğin “*Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğacak Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözülmesi Konusunda İlkeler*” getiren 4501 sayılı kanunun 6. maddesinde “*Bu kanuna ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm olmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı HUMK ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır*” denilmekle beraber, 2577 sayılı İYUK 31. maddesinde halen HUMK ve MÖHUK’un tahkim ile ilgili hükümlerine atıf yapılmamıştır. Ayrıca uyum kanunlarında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların – özellikle özel hukuk rejimine tabi imtiyaz sözleşmelerinde - milletlerarası alanda geniş çaplı kabul gören *arabulcu/uzlaştırıcı* gibi formüllerle çözümlenip çözümlenemeyeceği konusunda da açıklık yoktur.

Özetlemek gerekirse; pozitif idare hukukumuzun yeni tanıştığı tahkim kurumunun tabi olduğu mevzuat stabil bir hal alsada, idari rejimle *müşabık* hal de mi yaşayacağı, yoksa özel hukuktaki konumunda olduğu gibi “*istisnai yol*” olmayı aşp etkin ve güçlü bir mekanizma mı yaratacağını uygulama belirleyecektir.

Ö Z E T

13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişikliği ve bunu müteakip çıkarılan uyum kanunlarıyla, kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülmesinin usullerinden biri olan imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine olanak sağlanmıştır. Esasında bu noktada bütün konsantrasyonun kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi anlamında imtiyaz usulünde yoğunlaştırılması, tahkim usulüne idare hukukunun yer açmada çekingen davranmasına yol açmıştır. Ancak idare hukukunun temel kavram ve kurumlarında bir yeniden yorumlama ve başkalaşım olduğu da açıktır. Bu başkalaşım ve yeniden yorumlamanın idare hukuku ilke ve kurumlarına uzun vadede zarar verip vermeyeceği tartışılabilir. Bununla birlikte hukuk devletinin etkin kılınmasında kamu hizmetleri dışında başka önemli referanslar da bulunmaktadır. Devletin Anayasa’da tespit edilen görev ve sorumlulukları çerçevesinde; özellikle piyasaların düzenlenmesi, denetlenmesi, yönlendirilmesi, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik tedbirlerin alınması ve yargının etkinleştirilmesi gibi konularda yapacağı çalışmalar önem arz etmektedir. Tartışmaları ve çekinceleri idare hukuku ve tahkimin örtüşüp örtüşemeyeceği noktasına indirgemek, *hukuk devletinin* temel prensiplerini hayata geçirme konusunda başka önemli hususların gözden kaçırılmasına sebep olabilecektir.

ABSTRACT

Resolution of disputes arisen or likely to be arisen from *concession contracts* via arbitration has been already granted by Amendments on the Constitution of Turkey as of August 13, 1999 and subsequent legislation as well. That all concentration had been focused on concession contracts gave rise to some obstacles and extraordinary care in view of Administrative law approach. It is yet clear that a revolution and re-negotiation are being developed in the form of basic administrative law principles and rules hereof. It is also disputable that whether the said revolution and re-negotiation would give prejudice to principles and notion of administrative law in the near future. Moreover, regard is to be had on further references other than public services in order to establish the principles of *rule of law*. Services to be carried out by the State in the frame of its duties and liabilities set out in the Constitution, particularly with respect to regulation, auditing and guiding of markets, measures to be taken with a view to protect the fundamental rights and freedoms and provide effective conditions for the justice would thus be more considerable. Neither decreasing of discussions on the arbitration and administrative law nor trying to realize the harmonization of those will bring to us affirmative results thereof.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI, M.A./

KÖKER, L. : Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, 2. baskı, 2000

AKAL, C. : Sivil Toplumun Tanrısı, İstanbul, 1990

AKALIN, G. : Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi, Anayasa Yargısı 11, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, 28-29 Nisan, 1994, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 30, Ankara, 1995, 71-87.

AKBAY, L. : (Makale), 6 Şubat 1996, Dünya

AKINCI, M. : Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, S. 5, Ocak-Şubat-Mart, 2001

AKINCI, Z. : Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, DEÜHF Yayınları No. 44, İzmir, 1994.

AKINCI, Z. : Yabancılık Unsuru Kavramı ve MTO Tahkimi, Milletlerarası Tahkim Seminerinde Sunulan Bildiri, 6 Nisan 2004, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara

AKTAN, C. : Özelleştirme Tercihi / Bir Analiz, S. HANKE'den Çeviri, (<http://www.canaktan.org.tr> adresinde yayınlanan e-makale)

AKTAN, C. : Anayasal İktisat, İstanbul, 1997

AKPINAR, H. : (Makale) 18 Mart 1996 (Hürriyet)

- ALANGOYA, Y. : Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1970
- ARMAĞAN : 1982 Anayasasında Uluslararası Anlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi, Anayasa Yargısı, C. 17, Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, 2000, s. 340-362
- ARSLAN, A./
DÜNDAR, T. : Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları, 1933'den Günümüze, Ankara, 2002
- ATAMAN, İ. : Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi, MHB, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e ARMAĞAN, Y. 23, S. 1-2, 2003, (s. 19-89)
- AUBY, J.B. : Kamu Hizmetleri Yönetiminin Devredilmesi Hakkında Fransız Yasalarının Gelişimi, Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk Fransız Ticaret Derneği Semineri Tebliğleri, 29 Haziran 1994, Ankara.
- AYANOĞLU, T. : Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, 1. bası, İstanbul, Ağustos 2004.
- AYHAN, Ö. : İdari Sözleşmeler, DD. Y. 9, S. 32-33, 1979, (s. 86-134).
- AZRAK, Ü. : İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme, İÜHFİM, Y. 1963, S. 29, (s. 521-536).
- AZRAK, Ü. : Kamu Yönetimi Ders Notları, İstanbul, 1976

- AZRAK, Ü. : İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, TBB, Panel, Ankara, 1999
- BALL, M. : Arbitrability under United States Law, Competition and Arbitration Law, ICC/Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, 1993, (s. 181-195)
- BALTA, T. : İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970.
- BEREKET, Z. : Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara, 1996.
- BERKİ, Ş. : Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı, Ankara, 1971.
- BERNINI, G. : Competition and Arbitration Law, ICC Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, 1993.
- BERNSTEIN, R. : Handbook of Arbitration Practice, London, 1987.
- BETTING, C. : La gestion déléguée des services publics dans le monde concession ou BOT, Paris, 1997.
- BİLGİN, P. : İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970.
- BİLGİÇ, H. : Ticari Tahkimde Yabancılık Unsuru, (Prof. Dr. Mahmut Tefvik Bırsel'e Armağan), DEÜ Yayını, İzmir, 2001.
- BİRSEL, M. : New York ve Cenevre Sözleşmelerinin Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, (Bildiri-yayınlanmamış) Ankara Tahkim Kollogyumu, 29-30 Nisan 1994. (New York).
- BİRSEL, M. : Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ali BOZER Armağanı, Ankara, 1998.

- BİRSEL, M./
BUDAK Cem : Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, 11 Nisan 1997, BTHAE Yayınları, No. 319, Ankara, 1997, (s. 171-249).
- BİRSEL, M. : Yatırım İhtilafları ve Uluslararası Tahkim Sözleşmeleri, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Panel, ASO, Ankara, 1998
- BİRSEL, M. : Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara, 2001.
- BUKER, H. : Business Opportunities in the Pipeline Transmission System Through BOT, The Asian Conference on Planning, Packaging & Implementing BOT Projects, 1988.
- BÖCKSTIEGEL, K.H. : Arbitration and State Enterprises, ICC Publications, Paris, 1984.
- BORN, G. B., : International Arbitration and Forum Selection Agreements, *Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
- BRASCHI, M./
ANSBACHER, B./
BICARETTI, E./
JARACH, G./NOBILI, R. : International Commercial Arbitration, Paris, 1997.

- BROCHES, A. : Arbitration Under the ICSID Convention, Selected Essays, World Bank, ICSID and the Other Subjects of the Public and Private International Law, 1995.
- BROWNLIE : Principles of Public International Law, 303-04, 1979.
- BUCAK, V. : İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Ankara, 1940
- BUCHER, A./
TSCHANZ, P. : International Arbitration in Switzerland, Helbig&Lichtenhahn, 1989
- COHEN, E./
HENRY, C : Service Public, Secteur Public, Décembre 1997, numéro 30, Paris, 1997.
- ÇELİKEL, A. : Yani Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları, MHB., Y. 2, 1982, S. 7-13, s. 362
- ÇELİKEL, A. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 6. Bası, 2000.
- DAYINLARLI, K. : Milli – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Et-kileri, Ankara, 1994 (Kamu Düzeni).
- DAYINLARLI, K. : Joint Venture Sözleşmesi, 2. bası, Ankara, 1999 (Joint Venture)
- DAYINLARLI, K. : UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara, 2000. (UNCITRAL)
- DAYINLARLI, K. : Yatırımlar Yönünden Bakıldığında Milli ve Milletle-rarası Tahkimin Önemi ve Ekonomiye Katkısı,

13.04.2000 tarihinde Atılım Üniversitesi'nde sunulan konferans metni (yayınlanmamış). (Yatırımlar)

- DAYINLARLI, K. : 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 2. bası, Ankara, 2002
- DAYINLARLI, K. : HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim, 2. Bası, Ankara, 2004, (İç Tahkim).
- DAYINLARLI, K. : Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Ankara, 2005
- DEMİR, L. : YİD Sorunlar ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım Dergisi, Yıl. 7, sayı: 79, Temmuz 1999.
- DEMİRKOL, S. : İdari Yargının Görev Alanının Genişlemesi Yolunda Somut Adımlar, Adalet Dergisi, Ekim 1993, Yıl. 95, Sayı. 17.
- DERAINS, Y. : International Chamber of Commerce, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, Paris, 1993
- DERAINS, Y./
SCHWARTZ, E. : A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, Netherlands, 1998,
- DERBİL, S. : İdare Hukuku, Ankara, 1959.
- DICKSON, B. : Introduction to French Law, Great Britain, 1994.
- DİNÇER, G. : İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları, Danıştay Dergisi, Y. 3, S. 8, 1973, (s.18-23).
- DURAN, L. : İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.

- DURAN, L. : Türk Hukukunda İdari Mukaveleler, İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, 1964, s. 418-447.
- DURAN, L. : Yap-İşlet-Devret, SBFD (Prof. Dr. Muammer AKSOY'a Armağan), C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, (s. 147-170), (Yap-İşlet-Devret)
- EDİS, S. : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1993.
- ELVER, C. : Turkish International Arbitration Law and Restrictions on its application, Journal of International Arbitration, 21(5): 2004,
- EMEK, U. : Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri, Vergi Dünyası, Ekim 1999, sayı: 218, (s. 93-112).
- EMEK, U. : Ek ve Değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı, Ankara, 2002, DPT (2659).
- ERDOĞAN, F. : Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2002.
- ERKUT, C. : İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayını, Ankara, 1990.
- ERKUT, C. : İdari Yargıya Başvuru Hakkının Sınırı ve İdari davaların Kapsamı, İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları No. 59, Ankara, 2000, (s.89-93)
- ERTEKİN, E. / KARATAŞ, İ. : Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi, Ankara, 1997.

- ERTEN, R. : ICSID Tahkimi, BATİDER, 1988, C.XIX, s.4.
- ESİN, Y. : Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Usul, Ankara, 1973.
- ESİN, Y. : Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Esas, Ankara, 1976.
- FRIEDMANN, W. : The New Public Corporation and the Law, 10 Michigan Law Review (1947),
- FOURNIER, J. : Public Service, <http://www.ambafrance-uk.org>, 30.09.2004
- FOUCHARD/GAILLARD/
GOLDMAN : International Arbitration in Switzerland, Netherlands, 2004
- GAILLARD, E./SAVAGE, J.: International Commercial Arbitration, The Hague, Boston, London, 1999.
- GALBRAITH, J. : The Emerging Public Corporation, Business and Society Review, 1972, (54-56).
- GİRİTLİ, İ. : Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler, İÜHFM, C. XXX, S. 3-4, 1964.
- GİRİTLİ, İ./
AKGÜNER, T. : İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1987.
- GÖĞER, E. : Devletler Hususi Hukuku, Ankara, 1977.
- GÖKÇE, A. : Danıştay'ın Danışma ve İnceleme Görevi, ABD., sayı: 1976-4, yıl:33, (s.628-635).

- GÖKYAYLA, C. : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001
- GÖZLER, K. : İdare Hukuku, Bursa, 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. : Yönetim Hukuku, 9. Bası, Ankara, 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. : Yönetimsel Yargı, 9. Bası, Ankara, 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş./
TAN, T. : İdare Hukuku-İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 1999.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş./
GÖLCÜKLÜ, F. : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2000.
- GÜLAN, A. : Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, Editör Ali ULUSOY, (s.140-154).
- GÜLAN, A. : Kamu Hizmeti Kavramı, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof. Dr. Lütfü DURAN'a Armağan, Özel Sayı, S. 1-3, İstanbul, 1988, (s. 149-159)
- GÜLAN, A. : Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFM, C. LVI-S. 1-4, (s. 97-107).
- GÜLER, B. S. : Kompradorun Hukuk Hamlesi, Anayasal İktisat, 1. Bası, Ankara, 2003.
- GÜNAY, G/ BİRGÖNÜL, T : Türk İnşaat Sektöründe Hukuksal Anlaşmazlıkların Oluşumu ve Çözüm Yolları, Ankara, 2001.

- GÜNDAY, M. : İdari Yargının Anayasal ve Yasal Dayanakları, Anayasa Yargısı 14, Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 26-27 Mayıs 1997, Anayasa Mahkemesi Yayın No. 36, Ankara, 1997, s. 347-358. (İdari Yargının Görev Alanı)
- GÜNDAY, M. : Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, 5.11.1999 tarihinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde verilen açılış dersi, (Yayınlanmamış).
- GÜNDAY, M. : İdare Hukuku, 6 Bası, Ankara, 2002. (İdare Hukuku)
- GÜNEŞLİ, C. : Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret, İşletme Hakkı Devirleri ve Vergi Uygulamaları, Ankara, 1999
- GÜNEŞ, T. : Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1968.
- GÜRAN, S. : İdari İşlem ve İdari Yargı'nın Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Temel Esaslar, İBD., cilt:77, Sayı: 1, yıl: 2003, (s. 5-23).
- GÜRSEL, Ö. : İdari Rejim Olarak Örnek Aldığımız Fransa'da İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Düzenlemeler, GÜHFD/C. II, s. 1-2, 1998.
- HABERMAS, J. : Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü, Çev. Tanıl BORA, Mithat SANCAR, İstanbul, 2000.
- HANKE, S. : Özelleştirme Tercihi: Bir Analiz, Çev. Coşkun AKTAN
(<http://www.canaktan.org/ekonomi/ozellestirme/aktan-makalelerceviriler/hankeozellestirme.htm>)

- İMRE, E. : Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı ve Uygulaması,
(http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm)
- JOUGELET, J. : Conciliation, Transaction et Arbitrage, JCA, Fasucule–1005, no. 137-138.
- KALPÜZ, Turgut : Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara, 1978, BTHD, Haziran, 1978, C. IX – S. 3’den ayrı bası.
- KALPÜZ, Turgut : İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996.
- KALPSÜZ, Turgut : Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara, 1989.
- KALPSÜZ, Turgut : Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara.
- KAPLAN, İ : Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri, BATİDER, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, (s. 3-42).
- KAPLAN, Y. : Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmelere ve Önemi, İBD., Cilt:77, Sayı: 3, Yıl:2003, (s. 576-617).
- KARAHANOGULLARI, O : Kamu Hizmeti – Kavram ve Hukuksal Rejim, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- KARATAŞ, İ. : Uygulamada İhtiyari Tahkim, Ankara, 1999.

- KARAVELİOĞLU, C. : İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Ankara, 2001.
- KARAYALÇIN, Y. : Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, BATİDER, C. XIX, 1998, sayı: 3.
- KAYA, N. : (Makale) 18 Şubat 1997, Yeni Yüzyıl
- KLAUS, C./
LIATOWITSCH, M. : Mediation, International Arbitration in Switzerland, a Handbook for Practitioners, Kluwer Law International, 2004.
- KORAL, R., : Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun «Otorite Kanunu» Kriteri, İÜHFM, 1977, C. XXXII, s. 1-4.
- KORAL, R., : Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler, Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1983.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, (3. bası, İstanbul, 1991), 6. Bası, İstanbul, 2001.
- KUTAY, İ. : 3533 Sayılı Kanuna Göre Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 20 Kasım – 4 Aralık 1965), BTHAE, Yayın No. 58.
- KUTLU, M. : İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1997.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, E. : Roma Hukukunda Tahkim, BATİDER, C. XIX, 1998, C. XIX, sayı: 3.
- LAFERRIERE, E. : Traité de la Juridiction Administrative et des recours Contentieux, Paris, 1888.

- LAIDE, Y. : Arbitration in the Concession Contracts at Public Services, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.I, Ankara, 2000
- LALIVE, P. : Raison d'Etat et Arbitrage International, Paris, 1986.
- LANGE, D./
BORN, G. : The Extraterritorial Application of National Laws, New York, 1987.
- LIEBSCHER, C. : European Public Policy, A Black Box, Journal of International Arbitration, 17(3), 73-88, 2000.
- LOWE, A.V.; : Public International Law and the Conflict of Laws: The European Response to the United States Export Administration Regulations, ICLQ, vol. 33, Y. 1984.
- MACASSEY, L. : International Commercial Arbitration, (By Pieter SANDERS), Paris, 1987.
- MAHÇUPYAN, E. : Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm, DOĞU-BATI, yıl.1, Kasım-Aralık-Ocak, 1997.
- MANN, F.A. : The Doctrin of Jurisdiction in International Lae, Rec. Des. Cours, 1964/I.
- MERİÇ, O. : İdari Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri, DD. Y. 3, S. 11, 1973, s. 66-81.
- MERİÇ, A. : (Makale) 26 Şubat 1997, Sabah.
- MÜDERRİSOĞLU, H : Danıştay Kanunu, Ankara, 1978.
- NAS, N. : Devlet ve Kamu Hizmeti Anlayışları, <http://www.liberal.dt.org.tr/dergiler/idsayi17/1714.htm> sitesinden alınan makale 21/12/2003.

- NOMER, E. : Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2002.
- NOMER, E. / EKŞİ, N./
ÖZTEKİN : Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2002
- ODYAKMAZ, Z. : Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, GÜHFD, (Prof. Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU'na ARMAĞAN), C. II, S. 1-2, 1998, s. 141-195.
- OEHMKE, T. : International Commercial Arbitration, USA, August, 1992.
- OĞUZMAN. K. / ÖZ, T. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 2. bası, İstanbul, 1998.
- ONAR, S. S. : İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt I-II, İstanbul, 1960.
- OSTEN, N. : İdari Mukavele ve Amme hizmeti İmtiyazlarının Hukuki Mahiyeti, İstanbul, 1938.
- OZANSOY, C. : Türkiye'de Kamu Hizmeti tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı, AÜHFD, C. 46, S. 1-4, 1997, s. 85-100.
- ÖNER, E. : Kamu Maliyesi I, Kamu Harcamaları ve Kamu Gelirleri, Ankara, 1986.
- ÖZAY, İ. : Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s. 11-30.
- ÖZAY, İ. : Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı, Çok Yaşa ya da A tes amour, İHFM, C. LVI, 1998, D. 1-4

- ÖZAY, İ. : Günişığında Yönetim, İstanbul, 1996.
- ÖZBEK, M. : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2004.
- ÖZBİLGİÇ, Z. : Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001, (s. 68-83).
- ÖZDEMİR, H. : MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları, İBD., Cilt 73, Sayı: 10-11-12, Yıl: 1999, (s. 926-941).
- ÖZEREN, Ş. / BAYHAN, T. : İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Ankara, 1992
- ÖZSUNAY, E. : Tahkim Yargılamasında Mahremiyet, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, 6 Nisan 2004 Tarihinde Ankara’da Düzenlenen Seminer.
- ÖZTÜRK, B. : Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2000.
- PACTEAU, B. : Contentieux Administratif, PUF, 5. Baskı, Paris, 1999.
- PACTEAU, B. : Fransız Danıştay’ı, (Çev. Durmuş TEZCAN), 24 Ekim 1997 tarihinde DEÜ Hukuk Fakültesinde Sunulan Konferans Metni.
- PATRIKIOS, A. : Arbitrage en matière administrative, LCDG, Paris, 1997.
- PAKSOY, S. : Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001, (s.155-169).

- PALMER, M./
ROBERTS, S. : Dispute Processes – ADR and the Primary Forms of Decision Making, Buttherworths, Pub, London, 1998.
- PARRA, A. : The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings Under the ICSID Convention, 13 ICSID Review – FILJ 85, 93 (1998).
- PARSONS, T. : The Structure of Social Action, New York, 1968.
- PETER, W. : Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, The Hague, 1995.
- POLATKAN, V. : Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2000.
- POSNER, R. : The Problems of Jurisprudence, Harward Univerdity Pres, Cambridge, 1987.
- POSTACIOĞLU, İ : Yabancı Memlekette Türk Kanunlarının Otoritesi Altında Yürütülen Hakem Faaliyetinde Tarafların Türk Olmayan Avukatlar Tarafından Temsili Meselesi, ONAR Armağanı, İstanbul, 1974.
- RAADSHELDERS/
RUTGER : The Evolution of Civil Service Systems, in Beke, Perry and Toonen, Civil Service Systems in Comparative Prespective, Indiana University Press, 1996.
- REED /PAULSSON/
BLACKABY : Guide To ICSID Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

- ROBERT, J. : Arbitration in France, International Commercial Arbitration by Pieter SANDERS, Paris, 1987.
- SANDERS, P. : International Commercial Arbitration, Paris, 1987.
- SAVAŞ, V. F. : Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi yaklaşım) Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, Anayasa Mahkemesi yayın No. 40, Ankara, 1999, (s. 79-98).
- SAMMARTANO, M. : International Arbitration- *Law and Practice*, 2nd Edition, Kluwer Law International, 2001
- SCHERER, J. : Telecommunication Laws in Europe, Baker & McKenzie, 4th Edition, 1998.
- SCHWEBEL, M. : International Commercial Arbitration, (by Pieter SANDERS), Paris, 1987.
- SCHÖLDSTRÖM, P. : The Arbitrator's Mandate, A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England Germany, Sweden and Switzerland, Stockholm, 1998.
- SCHOTTELIUS, D.J. : International Commercial Arbitration, Paris, (by Pieter SANDERS), 1987.
- SEViĞ, V. : Akitlere Uygulanacak Kanun Sorunu, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan, İstanbul, 1999.
- SEViĞ, V. : Milli Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, MHB, Y. 23, S. 1-2/2003.
- SEZGİNER, M. : İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, 2000.

- SINGER, L. : Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System, Westview Press, USA, 1990.
- SİRMEN, L. : Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran, 1996, BTHAE, Ankara, 1996, (s.11-17).
- SLAPPER/KELLY : The English Legal System, London, 1999.
- SMITH, H. /
PECHOTA, V. : International Arbitration Treaties, USA, 1998.
- SOYDAN, B. : Uluslararası Vergi Anlaşmaları, İstanbul, 1995
- SOYSAL, M. : İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, TBB, Panel, (Bildiri), Ankara, 1999
- ŞANLI, C. : Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.
- ŞANLI, C. : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 1996.
- ŞANLI, C. : Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslar arası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Panel, ASO, Ankara, 1998.
- ŞANLI, C. : 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu, MHB, Y. 23, SD. 1-2, 2003, (s. 646-690)

- TAN, T. : Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, AÜSBFD, C. XXII, No. 2, Haziran 1967, s. 285-326. (Osmanlı)
- TAN, T. : Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap, İdari Yargı), Ankara, 1991
- TAN, T. : Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline, SBFD (Prof. Dr. Bedri GÜRSOY'a ARMAĞAN), C. 47, S. 3-4, Haziran-Aralık 1992, s. 307-325. (Kamu Hizmeti)
- TAN, T. : İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996, Ankara, BTHAE, Ankara 1996, s. 23-40. (Yap-İşlet-Devret)
- TAN, T. : Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Sekizinci Kitap, Anayasa Mahkemesi yayını, Ankara, 1991, s. 233-252
- TAN, T. : Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine, TİD., S.. 378, 1988, (s. 73-90)
- TAN, T. : Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayınları, No. 210, Ankara, 1984. (Ekonomik)
- TAN, T. : İdare Hukuku ve Tahkim, AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3-23. (Tahkim)
- TANSUĞ, Ç. : İdari Sözleşmelerde Tahkim, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana

Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi),
İstanbul, 2002

TANYERİ, S. : Türk ve Fransız İdare Hukukunda Amme Hizmeti
Mefhumu, TİD., Y. 29, S. 250, Ocak-Şubat, 1958.

TAŞKIN, A. : Hakem Sözleşmesi, 1. Bası, Ankara, 2000.

TEKİNSOY, A. : İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri, Ankara
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Huku-
ku Ana Bilim Dalı, (Yayınlanmamış Doktora Tezi),
Ankara, 2002.

TİRYAKİOĞLU, B. : Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, An-
kara, 1997.

TİRYAKİOĞLU, B. : Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Ko-
runması, Ankara, 2003.

TOOPE, S. : International Mixed Arbitration, Cambridge, 1990.

TÖNÜK, V. : İdari Sözleşmeler, (tarihsiz).

TURAN, Ç. : Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası
Tahkim, Yargı Reformu, 2000, İzmir Barosu Dergi-
si, 5/8 Nisan 2000.

ULER, Y. : Sözleşmeli Personel, AÜHFD, C. 22, sayı: 1.

ULER, Y. : Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu
Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, 27-28 Nisan 1998, s.
252-256.

ULUSOY, A. : Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışla-
rının Türk Hukukuna Etkisi, AÜHFD, 1999, S. 1-4,
C. 48,

- ULUSOY, A. : Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri, AİD, C. 31, S. 2, Haziran 1998, s. 21-40. (Yeni Yönelimler)
- ULUSOY, A. : Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, (İmtiyaz).
- ULUSOY, A. : Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001 (Yeni Anayasal Durum).
- ULUSOY, A. : Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002, (Telekomünikasyon).
- ULUSOY, A. : Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, (İncelemeler).
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, (4. bası İstanbul, 1989), 6. bası, İstanbul, 1997.
- VARLIER, O. : Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret, YİD Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, BTHAE Yayınları, Ankara, 1996.
- WALLACE, M. : International Law, London, 1997.
- WEBSTER, T. : Terms of Reference and French Annulment Proceedings, Journal of International Arbitration, 20 m(6), 2003,
- VARLIER, O. : Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan

Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19 Haziran, 1996, BTHAE, Ankara, 1996.

VELUEMIN, R. : De l'arbitrage Commercial, Paris, 1931.

YAŞAR, N. : İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç, Yargısal Emir, İstanbul, 2002.

YAYLA, Y. : İdare Hukuku, İstanbul, 1990.

YEGENGİL, R. : Tahkim, İstanbul, 1974.

YENİCE, K./

ESİN, K. : Açıklamalı İçtihatlı Notlu, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 1983.

YERLİKAYA, K. : Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması (e-makale- <http://www.marmara.edu.tr>)

: Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi, BATİDER, Aralık 1999, C. XX, sayı: 2.

ESİN, E. : Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, BTHAE Yayınları No. 309, Ankara, 1996, s. 439-447.

YILDIRIM, T. : Kamu Hizmeti ve Kar Amacı, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Editör Ali ULUSOY, Ankara, 2001.

YILDIRIM, M./

ERGÜN, Ç. : Enerji Alanındaki MTO Tahkim Kararlarının Huku-
ki Bir Değerlendirmesi, <http://cakmak.av.tr> adresin-
den alınan makale.

YILMAZ, E.

: Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Ge-
lişim, Yargı Reformu, 2000, Sempozyum, İzmir Ba-
rosu Yayını, İzmir, 2000, s. 269-270

ZABUNOĞLU, Y.

: Yap-İşlet-Devret Konusunda Yasal Düzenleme Ör-
nekleri ve Yargı Kararlarının Işığında Yeni Bir Dü-
zenleme Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygula-
nmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sem-
pozyumu, 19 Haziran, 1996, BTHAE, Ankara, 1996.

ZABUNOĞLU, Y.

: Bir İdari Sözleşme Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz
Sözleşmeleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C. I.,
Ankara, 2000.