

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

**KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLMESİNE İLİŞKİN
SÖZLEŞMELER
VE BU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARIN
TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ**

Doktora Tezi

Bayram KESKİN

Ankara – 2006

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

**KAMU HİZMETİNİN GÖRÜLMESİNE İLİŞKİN
SÖZLEŞMELER
VE BU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARIN
TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ**

Doktora Tezi

Bayram KESKİN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Ankara – 2006

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar	x
Giriş	xii

BİRİNCİ BÖLÜM **KAMU HİZMETİ TEORİSİ – İDARÎ SÖZLEŞMELER**

Birinci Kısım **KAMU HİZMETİ TEORİSİ**

I. KAMU HİZMETİNİN TANIMI VE UNSURLARI	
A. Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı	1
B. Kamu Hizmetinin Unsurları	
1. Organik Unsur	8
2. Maddî Unsur	9
3. Şeklî Unsur	10
II. KAMU HİZMETİNİN KURULMASI, İŞLETİLMESİ ve KALDIRILMASI	
A. Kamu Hizmetinin Kurulması	11
B. Kamu Hizmetinin Görülme Usûlleri	18
C. Kamu Hizmetinin Kaldırılması	18
III. KAMU HİZMETİNİN TEMEL İLKELERİ	
A. Genel Olarak Kamu Hizmeti İlkeleri	19
B. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi	19
C. Nesnellik ve Eşitlik İlkesi	24
D. Bedelsizlik İlkesi	27
E. Değişkenlik (Uyum) İlkesi	30
F. Klâsik Kamu Hizmeti İlkelerindeki Değişim	33
IV. KAMU HİZMETİNİN TÜRLERİ ve HUKUKÎ REJİMLERİ	
A. Çeşitli Açılardan Kamu Hizmetleri	34

1. Tekelli-Tekelsiz Kamu Hizmeti	35
2. Milli-Mahalli Kamu Hizmeti	35
3. Doğrudan-Dolaylı Kamu Hizmetleri	37
B. Kamu Hizmetinin Konularına Göre Sınıflandırılması	
1. Genel Olarak	38
2. İdarî Kamu Hizmetleri	38
3. İktisadî Kamu Hizmetleri	39
4. Sosyal Kamu Hizmetleri	40
5. Bilimsel, Teknik ve Kültürel Kamu Hizmetleri	42
V. KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLÜŞ BİÇİMLERİ	
A. Genel Olarak	43
B. Emanet Usulü	44
C. Müşterek Emanet Usulü	45
D. İltizam Usulü	46
E. İmtiyaz Usulü	46
F. Ruhsat Usulü	47
G. Yap-İşlet-Devret Usulü	49
1. Anayasa Mahkemesinin Yap-İşlet-Devretle İlgili İptal Kararları	59
a. 3974 Sayılı Kanuna İlişkin İptal Kararı	59
b. 3996 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesine ilişkin İptal Kararı	61
c. 3996 Sayılı Kanunun 11 inci Maddesine ilişkin İptal Kararı	63
2. Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Doğurduğu Sonuçlar	64
H. Yap-İşlet Usulü	66

İkinci Kısım

İDARÎ SÖZLEŞMELER

I. GENEL OLARAK İDARENİN SÖZLEŞMELERİ	
A. Sözleşme Kavramı	68
B. İdarenin Sözleşmelerinin Tanımı ve Türleri	
1. Tanımı	69

2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri	70
3. İdarî Sözleşmeler	
a. Gelişimi	71
b. Tanımı	71
4. İdarî Sözleşmeler ile İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinin Kararlaştırılması	74
II. İDARÎ SÖZLEŞMELERİN KISTASLARI	
A. Genel Olarak	75
B. Sözleşmenin Taraflarından Biri İdare Olmalıdır	79
C. Sözleşmenin Konusu Bir Kamu Hizmetinin Yürütülmesi, Sözleşmenin Amacı Kamu Yararı Olmalıdır	79
D. Sözleşme İdareye, Diğer Âkide Tanımadığı Ayrıcalıklar ve Üstün Yetkiler Tanımış Olmalıdır.	
1. Genel Olarak	81
2. İdare Yönünden	82
3. Karşı Âkid Yönünden	82
III. ÖLÇÜT DIŞI İDARÎ SÖZLEŞMELER	83
IV. İDARİ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ	
A. Malî İltizam Sözleşmeleri	85
B. Kamu İstikraz Sözleşmeleri	86
C. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri	86
D. Yeraltı ve Yerüstü Servetlerine İlişkin İşletme Sözleşmeleri	87
E. Orman İşletme Sözleşmeleri	88
F. İdarî Hizmet Sözleşmeleri	88
V. İDARÎ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASI	89
VI. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ	
A. Tanım	90
B. Tarihsel Gelişim	93
C. Yetki	103
D. Şekil	106
E. Hazırlık Aşaması	111

F. İhale Aşaması	112
1. İhalede Saydamlık (Açıklık) İlkesi	115
2. Rekabet – Eşit Muamele İlkesi	115
3. Güvenilirlik-Gizlilik İlkeleri	118
4. İhtiyaçların Uygun Şartlarla Temini İlkesi	119
a. Açık İhale Usulü	121
b. Belli İstekliler Arasında İhale Esası	122
c. Pazarlık Usulü	123
G. Unsurları	125
H. İmtiyaz Sözleşmesinin Özellikleri	126
İ. İmtiyaz Sözleşmesinin Konusu ve Mahiyeti	127
J. İmtiyaz Sözleşmesinin Süresi	129
K. Tarafların Hak ve Borçları	
1. İmtiyaz Sahibinin Hak ve Borçları	129
2. İdarenin Hak ve Borçları	131
L. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi ve Yap-İşlet-Devret Modeli	
Sözleşmelerinin Kararlaştırılması	133
M. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin	
Sona Ermesi	135

İKİNCİ BÖLÜM

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN DAVALAR VE ULUSLARARASI TAHKİM

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVALAR

A.Sözleşme Yapılmadan Önce Çıkacak Uyuşmazlıkların Çözümü	137
B.Sözleşme Yapıldıktan Sonra Çıkan Uyuşmazlıkların Çözümü	137

II. ULUSLARARASI TAHKİM

A. Uluslararası Tahkimin Tanımı	139
B. Uluslararası Tahkimin Nitelikleri	
1.Tahkimin Ticari Niteliği	140

2.Tahkimin Uluslararası Niteliği	141
3.Tahkimin Hukukî Niteliği	143
C. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLU OLARAK ULUSLARARASI TAHKİMİN KULLANILMA NEDENLERİ	146
D. İDARE HUKUKU ALANINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YASAĞI İLKESİ	150
1. Hakem Yargılamasının Özelliklerinden Kaynaklı Sebepler	152
a. Tahkimin Keyfi Sonuçlar Doğuran Bir Mekanizma Olduğu	153
b.Tahkimin Özel Hukuk Kökenli Bir Yargılama Mekanizması Olması	154
2. Hareketle İdare Hukukunda Tahkim Yasağı İlkesinin İdarî Yargı Rejiminin Özelliklerinden Kaynaklı Temelleri	
a. Devlet Yargısı Dışında İdarenin Yargılanamayacağı İlkesi	158
b. Kamu Düzeni, Kamu Yararı ve Kamu Menfaati Kavramları	159
E. ULUSLARARASI TAHKİMİN UYGULAMA ALANI	167
F. TAHKİM KONUSUNDAKİ ULUSLARARASI HUKUKİ DÜZENLEMELER	
1. İki Taraflı ve Çok Taraflı Anlaşmalar	171
a. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları	172
b. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) Anlaşmaları	173
ba. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarının Kapsamı ve Koruma Fonksiyonu	178
bb. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü	181
bc. Bir Âkit Devlet ile Diğer Âkit Devletin Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıklar	178
c. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları	185
ca. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI)	186
caa. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI)'nın Önemli Düzenlemeleri	192
cab. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) Taslağında Yer Alan Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri ve Tahkim	193
cac. Yatırımcıdan Devlete İşletilen Uyuşmazlık	

Çözüm Prosedürleri	193
cb. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA)	195
cba. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu'nu Faaliyetleri ve Garanti Verdiği Durumlar	201
cbb. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi ve Tahkim	203
G. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER	
1.Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkında Sözleşme (New York Sözleşmesi)	204
2. Devletler ve Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme	206
3. Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi (Cenevre)	208
4. Ekonomik ve Bilimsel Teknik İşbirliği İlişkilerinde Ortaya Çıkan Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü Hakkında Sözleşme (Moskova Sözleşmesi)	209
5. Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkında Amerikan Devletleri Arasındaki Sözleşme (Panama Sözleşmesi)	210
H. BAŞLICA ULUSLARARASI TAHKİM MERKEZLERİ VE UYGULANAN TAHKİM KURALLARI	
1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID)	211
a. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID)'in Birimleri	215
aa. Yönetim Konseyi	215
ab. Sekreteryä	216
ac. Panel Heyetleri	216
b. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID)'in Yargılama Yetkisi	217
c. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (ICSID)'de Tahkim Süreci	218
ca. Tahkim Heyetinin Yetkileri ve İşlevleri	219
ce. Tahkim Heyeti Kararları ve Bu Kararlara İtiraz	221
2. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)	223

a. Tahkim Dışındaki Uyuşmazlık Çözüm Yolları	225
b. Tahkime İlişkin Hizmetler	228
c. Hakem Kararı	228
3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)	
a. Genel olarak UNCITRAL	229
b. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve Tahkim Süreci	230

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TAHKİM KURALLARININ KABUL EDİLMESİNE İLİŞKİN İÇ HUKUKUMUZDA YAPILAN DÜZENLEMELER

I. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ	234
A. 1982 Anayasasının 47. Maddesine İlişkin Değişiklik	238
B. 1982 Anayasasının 125. Maddesine İlişkin Değişiklik	243
C. 1982 Anayasasının 155. Maddesine İlişkin Değişiklik	245
D. Uluslararası Tahkimin Kabulüne Yönelik Eleştiriler	248
E. Uluslararası Tahkimin Gerekliliği Yönündeki Görüşler	251
II. KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER	
A. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun	254
B. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu	258
1. Uyuşmazlıklarda Yabancılık Unsurunun Tesbiti	259
2. Tahkim Anlaşması ve Tahkim Süreci	261
C. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu	265
1. 23 üncü Maddeye ilişkin Değişiklik	265
2. 24 üncü Maddeye ilişkin Değişiklik	266
3. 42 inci Maddeye ilişkin Değişiklik	266
4. 46 inci Maddeye ilişkin Değişiklik	267
5. 48 inci Maddeye ilişkin Değişiklik	267

D. 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri , İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun	268
E. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu	269
F. 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu	269
G. 4586 Sayılı Petrolün Boru hatları ile Geçişine Dair Kanun	271
H. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu	272
I. 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu	273
III. DİĞER DÜZENLEMELER	274
A. Mal Alım, Hizmet Alım, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmelikleri	274
B. Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği	276
C. Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Tebliği	276
IV. İÇ HUKUKTAN KAYNAKLANAN İDARİ UYGULAMA PROSEDÜRÜ	
A. Tahkime Hazırlık Aşaması ve Tahkim Şartı-Tahkim Anlaşması	280
B. Tahkim Şartı veya Tahkim Sözleşmesi Konusunda Danıştay'ın Görüşünün Alınması	282
C. Hakem Sözleşmesi ve Hakem Mahkemesinin Oluşumu	284
SONUÇ	288
KAYNAKÇA	297
ÖZET	316
ABSTRACT	317

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ADR	: Amicable Dispute Resolution (Uyuşmazlıkların Dostane Çözümü)
age.	: Adı geçen eser
agm.	: Adı geçen makale
AMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi
BITs	: Bilateral Investment Treaties (İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları)
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
ev.	: Çeviren
COMECON:	Council for Mutual Economic Assistance (Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi)
der.	: Derleyen
DMK.	: Devlet Memurları Kanunu
DOCDEX	: Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise (Yazılı Belgelere Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Ekspertizi)
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DYSY	: Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımı
E.	: Esas
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrükler ve Ticaret Genel Anlaşması)
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICA	: International Court of Arbitration (Uluslararası Tahkim Mahkemesi)
ICC	: International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası)
ICE	: International Center for Expertise (Uluslararası Bilirkişilik Merkezi)
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes (Yatırım

Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez)

İHİD.	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K .	: Karar
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsleri
MAI	: Multilateral Agreement on Investments (Çok Taraflı Yatırım Anlaşması)
md.	: Madde
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency (Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu)
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
No.	: Numara
OECD	: Organisation for Economic Cooperation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı)
ÖİB	: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TİD.	: Türk İdare Dergisi
TRIMs	: The Agreement on Trade-Related Investment Measures (Yatırım Önlemleri Anlaşması)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
vb .	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKKT	: Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki

GİRİŞ

Küreselleşme, artan nüfus ve değişen ihtiyaçlar, insanları, daha farklı bir hizmet beklentisi içine sokmuştur. Bu beklentiler de, ülkelerde yapısal değişikliklere ve bu yöndeki yasal reformlara sebep olmuştur.

Bu değişimden İdare Hukuku da nasibini almış, İdare Hukukundaki kamu hizmeti gibi köklü kavramlar, eski anlamlarını önemli ölçüde kaybederek yeniden tanımlanmaya başlanmıştır. Kamu hizmeti kavramı artık klasik anlamından uzaklaşmış; özel sektörün de dahil olduğu bir kavram haline gelmiştir. Devletin son dönemlerde görevlerini adalet, savunma gibi temel ve geleneksel kamu hizmetlerini görmeye indirgemesi, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetlerin özel sektöre devrine neden olmuştur.

Bu noktada ise özellikle ülkemizde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin önem kazandığını söyleyebiliriz. Osmanlı İmparatorluğu döneminden itibaren uygulanan bu sözleşmeler, Yap-İşlet-Devret gibi modellerin yasal alt yapısının tam olarak hazırlanamaması sebebiyle özellikle yargı kararlarında önümüze çıkmıştır. Yap-İşlet-Devret gibi alt yapısı hazırlanmayan modellere dayanılarak yapılan sözleşmeleri de yargı organları Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi saymıştır. Böylece özellikle 1999 Anayasa değişikliğinden önce bu sözleşmelerde Danıştay'ın devre dışı bırakılmasının önüne geçilmiştir.

Ancak bu durum, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunuyla yabancı yatırımcıyı çekmek için kolaylıklar sağlanması amacıyla da çelişki yaratmıştır. Yabancı yatırımcıların büyük finansman gerektiren yatırımlarını karşı tarafla eşit şartlarda olmak koşulu ile sağlamak istemeleri ve ülkemizdeki Danıştay incelemesinin zaman olarak uzun sürmesi ve bu incelemeye karşı yabancı şirketlerin taşıdıkları güvensizlik ve kaygılar bu yatırımcıların çekilmesinde sorun olarak önümüze gelmiştir. Bunun yanı sıra, yabancı yatırımcıların bu tür yatırımlarından kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak yerine kendi tercihleri doğrultusunda her iki tarafa da eşit mesafede olduğu varsayılan tahkim

mekanizmasını kullanmak istemeleri de sorununun bir diğer yönü olmuştur. Bu nedenle, Türkiye'de, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri öncesinde yasal düzenlemeler yoluyla yabancı sermaye yatırımcılarının bu yöndeki beklentileri karşılanmaya çalışılmıştır. Ancak yapılan kanunî düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle, kendi yatırımları hakkında, yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak istemeyen yabancı yatırımcıları ülkeye çekebilmek güçleşmiştir.

İşte bu güçlüğü aşabilmek için 1999'da Anayasa değişikliği yoluna gidilmiş; daha sonra da alt mevzuatta gerekli değişiklikler yapılarak imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime gidilebilmenin yolu açılmıştır.

Çalışma konumuz, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmeler ve bu sözleşmelerden uyuşmazlıkların giderilmesinde uluslararası tahkimin ülkemize yerleşmesindeki sancılı süreçtir.

Tez, üç ana bölümden oluşmuştur. Birinci bölümün birinci kısmı Kamu Hizmeti Teorisi, birinci bölümün ikinci kısmı İdarî Sözleşmeler-Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, ikinci bölüm İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Davalar ve Uluslararası Tahkim, üçüncü bölüm ise Uluslar arası Tahkim Kurallarının Kabul Edilmesine İlişkin İç Hukukumuzda Yapılan Düzenlemeler ana başlıklarından oluşmaktadır.

Kamu Hizmeti Teorisi başlığını taşıyan birinci bölümün birinci kısmında; doktrin ve yargı içtihatlarına göre kamu hizmetinin tanımları verilmiş, nasıl kurulduğu ve düzenlendiği anlatılmaya çalışılmış, unsurları, geçirdiği evrim ve şu an aldığı yeni anlamlara değinilmiş ve son olarak da özellikleri ve kamu hizmetinin nasıl kaldırılacağı konusu irdelenmiştir.

Birinci Bölümün ikinci kısmında idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve İdarî Sözleşme kavramları ve birbirlerinden farkları incelenerek doktrin ve yargı içtihatlarına göre İdarî Sözleşmelerin kriterlerine değinilmiş, geçmişten günümüze İdarî Sözleşme türlerinin neler olduğu açıklanmıştır ve İdarî Sözleşme türlerinden olan Kamu Hizmeti

İmtiyaz Sözleşmeleri incelenmiştir. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi kavramına değinilirken de doktrinde ve yargı kararlarında imtiyaz sözleşmesinin tanımı verildikten sonra tarihçesi ele alınmış, özellikle Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden günümüze kadar verilmiş imtiyazlar sayılmıştır. Daha sonra ise bu bölümde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin hukukî mahiyeti ve bu arada unsurları, özellikleri, süresi, tarafların hak ve borçları, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Yap-İşlet-Devret Modelinden farklarına ve imtiyaz sözleşmesinin sona ermesi konuları incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde uluslararası tahkimin tanımı, idare hukukundaki tahkim yasağı ilkesinin temelleri, uluslararası tahkim kuruluşları, işleyişleri ve uluslararası tahkim kuralları, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları, ülkemizin taraf olduğu yatırım anlaşmaları gibi konulara değinilmiştir.

Üçüncü bölümde ise özellikle 1999 Anayasa değişikliğinden sonraki süreç ele alınmış; imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime olanak tanıyan iç düzenlemeler anlatılmıştır.

Sonuç bölümünde ise küreselleşmenin getirmiş olduğu kamu hizmeti anlayışındaki değişim daha net bir şekilde gözler önüne serilerek ve imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilebilmesine olanak sağlayan yeni duruma ilişkin kanaatlerimiz aktarılmaya çalışılmıştır.

Tezimizde, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri bir İmparatorluğun yıkılma sebeplerinden birisi olduğu için Osmanlı Döneminden itibaren ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Yine özellikle ekonomik liberalizasyonla ortaya çıkan ve yargı kararlarıyla birer imtiyaz sayılan Yap-İşlet-Devret modeli de çalışmamızın odaklarından birisi olmuştur. Bunun yanında Yap-İşlet modeli gibi modellere çok ayrıntılı bir şekilde değinilmemiştir.

Yine uluslararası tahkim merkezleri ve bu merkezlerdeki tahkim prosedürlerine genel olarak değinilmekle birlikte bu merkezlerce verilen kararların tenfizi hususuna girilmemiştir.

İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim konusu ise ağırlıklı olarak özellikle mihenk taşı niteliğindeki 1999 Anayasa değişikliğinden sonrası yönüyle incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ TEORİSİ-İDARİ SÖZLEŞMELER

Birinci Kısım

KAMU HİZMETİ TEORİSİ

I. KAMU HİZMETİNİN TANIMI ve UNSURLARI

A. Genel Olarak Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti kavramı, çeşitli tanımlama ve adlandırmalarla değişik disiplinlerin inceleme alanlarında yer almaktadır. Evrimi açısından ele alındığında bu kavramın yüzyılın başlarında siyaset biliminden İdare Hukukuna sızdığını, daha sonra da kamu maliyesi ve kamu ekonomisinde değişik şekillerde kullanıldığını görmekteyiz. Bugün kamu hizmeti siyaset bilimi alanında “devletin işlevleri/görevleri” şeklinde kullanırken, kamu ekonomisi kamu maliyesi ve bazen Ceza Hukuku alanında “kamu kesimi”, “kamu malı”¹ şeklinde kullanılmaktadır².

Dünyadaki birçok ülke ve özellikle Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi Türkiye kamu hizmeti teori, rejim ve sistematüğini benimserken Fransa’dan esinlenmiştir.

Fransa’da 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında Duguit ve Bordeaux Okulu tarafından oluşturulan kamu hizmeti teorisi ve sistematüğü, geçen bu bir asır boyunca çeşitli değişim ve gelişmeler, hatta krizler yaşamıştır³. Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası İdare Hukukunda meydana

¹ Yargıtay 2. Ceza Dairesi 02.07.1976 gün ve E.976/5440, K.976/6749 sayılı kararıyla “...izin almadan duvarlarına afiş yapıştırılan ve yazı yazılan hastanenin TCK. m.537’deki ‘kamu hizmetine tahsis edilmiş binalardan olduğuna...” karar vermiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi, C.4, S.4, s.634.

² KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 9.

³ ULUSOY, Ali: “Fransız ve Avrupa Birliğı Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD.), C.48, S.1-4, Ankara 1999, s. 165-177.

gelen değişmeler, bu dönemde Devlet müdahaleciliğinin gittikçe artması, iktisadi doktrinlerin tesiri bu krizlerin başlıca kaynağıdır⁴.

Kamu hizmetindeki bu değişim, kriz ve belirsizlik diğer ülkelerde de yaşanmış ve yaşanmaya devam etmektedir. Bu nedenle ortak bir kamu hizmeti tanımının yapılmasında güçlük çekildiği görölmektedir.

Türk Hukukunda da kamu hizmeti kavramını tanımlamada belirli bir anlaşmaya varılamadığı görölmektedir. Prof. Dr. Derbil'e göre, kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki bu güçlük Türk Hukuku açısından biraz da "service public" kavramının Fransızca'dan dilimize iyi aktarılamamış olmasından kaynaklanmaktadır. Kamu hizmeti, dilimize sadece kavramın dinamik yönünü ifade eder biçimde çevrilmiş, fakat kavramın statik yönünü ifade eden "teşkilât" anlamı vurgulanamamıştır. Böylece, kamu hizmeti kavramının anlamı çok farklı adlarla kullanılmış olmasından dolayı aşınmış ve belirsiz hale gelmiştir⁵.

Aksi görüşü savunanlara göre ise yargı ve doktrinde sorun çözülmüş; kamu hizmeti tanımı yapılmıştır⁶.

Kanaatimizce de kamu hizmetinin İdare Hukukuna ait çeşitli konularda, yargısal kararlarda ve doktrinde değişik anlamlarda kullanılması, bu kavram üzerinde ortak bir tanım yapılmasını imkânsız kılmaktadır.

Kamu hizmeti, "Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel, kolektif ihtiyaçlarını

⁴ GÜLAN, Aydın: "Kamu Hizmeti ve Görölüş Usûlleri" (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, s.1.(Daha fazla bilgi için bkz. DELVOLVE, P.: Service Public et Libertés Publiques RFDA, No 1, 1985, s.3; DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, 1982, s.303; ONAR, Sıddık Sami: "Amme Hizmetleri ve Zamanımızda İnkişafı", 5.Üniversite Haftası, Van 1944, s.31.)

⁵ DERBİL, Süheyp: "Kamu Hizmeti Nedir?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), 1950, C.7, S.3-4, s.28 vd.; DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, C.II, (İdarî Faaliyet),Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Yeni Bası, Ankara 1952,s.421.

⁶ ULER, Yıldırım: "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", Anayasa Yargısı, Ankara 1998, C.15, s.252.

karşlamak, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetlerdir” diye tanımlanmaktadır⁷. İdare rejimini uygulayan ülkelerde kamu hizmetlerinin yapılmasında özel hukuk kurallarından ayrı, bir takım İdare Hukuk kurallarının uygulanması kamu hizmeti kavramını belirsizleştiren diğer bir nokta olmuştur. Bu bakımdan, kamu hizmetlerini “İdare Hukuku kuralları uygulanan işlerdir” diye açıklayan hukukçulara da rastlanmaktadır⁸.

Türk Hukukunda genel olarak, kamu hizmeti kavramının değişik anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Buna göre kamu hizmeti, bir yönüyle “faaliyet/uğraş”; bir yönüyle de “teşkilât/kuruluş” anlamını taşımaktadır⁹. Anayasanın 70. maddesinde ifadesini bulan, “*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*” kuralı teşkilât anlamında; Anayasanın 47. maddesindeki¹⁰, “*kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*” kuralı “faaliyet” anlamında kullanılmıştır.

Yine 1982 Anayasasının ikinci kısmının “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde 70. ve 71. maddeleri kapsayan IV numaralı başlıkta, “kamu hizmetlerine girme hakkı” kamu hizmetini yapmakla görevli kamu kuruluşlarının karşılığı olarak; 128 maddede ise “faaliyet, iş” karşılığı olarak kullanılmıştır.

⁷ ONAR, Sıddık Sami.: İdare Hukukunun Umumî Esasları, 3. Baskı, C. I. İstanbul 1966, s. 13.

⁸ ÇIKARMAN, Birsen: “Kamu Hizmeti”, Amme İdaresi Dergisi, C. 9, S. 4, Aralık 1976, s. 75.

⁹ BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukuku, C.I, (Genel Konular), Ankara 1972, s.18; ONAR, Sıddık Sami: “Amme Hizmetleri ve Zamanımızda İnkişafı”, agm., s.14; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - Turgut TAN: İdare Hukuku, C.I, (Genel Esaslar), Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara 2004, s. 614; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2004, s. 293.

¹⁰1982 Anayasasının 47. maddesi: “*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde Devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usûlleri kanunla düzenlenir. Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usûller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredileceği kanunla belirlenir*”. Özelleştirme kavramı 1982 Anayasasında 13.08.1999 gün ve 4446 sayılı kanunla yapılan değişiklikle ilk defa Anayasamızda ifadesini bulmuştur.

Bu anlamlardan hareket edilerek, kamu hizmeti kavramının değişik açılardan tanımı yapılmıştır.

Organik anlamda kamu hizmeti, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bir bütünü (teşkilât) olarak tanımlanmıştır¹¹.

Maddî anlamda kamu hizmeti, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden tamamen bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Buna göre, kamu hizmeti “tatmininde kamu yararı olan, toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyet” demektir¹².

Şeklî anlamda kamu hizmeti, belli bir usulle, belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tâbi tutulmuş olması gerekir¹³.

“Kamu hizmetinin çağın gereklerine ve gelişmelerine göre sürekli değişim göstermesi, ‘özelleşmesi’, organik unsurun ikinci plânda kalmasına sebep olmuştur. Ancak bazı özellikler taşıyan bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için idare ile sıkı bir bağlantısının bulunması da gerektiğinden organik unsuru ele almamak ve varlığının tesbiti için göz önünde tutmamak mümkün değildir”¹⁴.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref–Turgut TAN: age., s. 617; GÜNDAY, Metin: age., s. 294; AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Konya Ocak 2004, Sayram Yayınları, s.329,330. Ayrıca Anayasa Mahkemesi 12.04.1990 tarihli ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararında, “...kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur...” demek suretiyle kamu hizmetinin teşkilat yönüne vurgu yapmıştır. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.26, s.135 v.d.

¹² GİRİTLİ, İsmet–Pertev BİLGİN: İdare Hukuku, İstanbul 1968, s.124; GÜNDAY, Metin: age., s.282.

¹³ GÜNDAY, Metin: age., s.294.

¹⁴ GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri” (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, s.3.(CHAPUS, R.: Droit Administratif Général, 1985, s.394’den naklen)

Kamu hizmeti, kamu yönetiminin de temel kavramlarından biridir. Bu kavram, kamu yönetiminin uğraş alanının belirlenmesinde yardımcı olur.

Devlet sistemleri bakımından kamu hizmeti irdelendiğinde, liberal devlet, sosyal devlet veya sosyalist devlet açısından kamu hizmeti sınırları ve bu bağlantıdaki tanımlanması değişik şekiller arz etmektedir.

Bu sistemlerin birincisinde, yani liberal bir devlette maddi ve organik ölçüt kullanılarak kamu hizmetinin tanımlanması kolaydır. Gerçekten de, liberal devlet anlayışında kamu hizmeti, “idarenin kamu yararını sağlamak amacıyla kamusal yönetim usulleriyle yürüttüğü faaliyetler” olarak tanımlandığında hangi kuruluş ve faaliyetlerin kamu hizmetine dahil olduğu konusunda bir tereddüdün yaşanmayacağı belirtilmiştir. Bu devletin görevleri milli savunma, kolluk faaliyetleri ve bireylerin güçlerinin yetmediği ya da bireylerin yürütmek istemedikleri faaliyetlerle sınırlanmaktadır. Sınırlı sayıda kamusal faaliyet ve bu faaliyetleri yürüten sınırlı sayıda teşkilat mevcut olacağından, yapılacak bir tanımın kamu hizmeti kavramını bütünüyle aydınlayabileceği açıktır¹⁵.

Sosyal devlet anlayışının benimsenip yaygınlaşmasıyla kamu hizmetinin tanımlanmasının zorlaştığı görülmektedir. Devletin ekonomik ve sosyal hayata aktif olarak katıldığı ve müdahale ettiği sosyal devlet anlayışında devlet, pek çok faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmiş ve buna paralel olarak bu hizmetleri yürütmekle görevlendirdiği çok sayıda kuruluş oluşturmuştur. Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN’in “*siyasal demokrasiden sosyal*

¹⁵ONAR, Sıddık Sami: “Amme Hizmetleri ve Zamanımızda İnkişafı”, agm., s.14-15; GÜNDAY, Metin: age., s.283. Sayın OZANSOY, “...liberal kuramın gerek kamu, gerek kamu hukuku ile ilişkisi paradoksaldır. ‘Ne onunla, ne onsuz’ söylemini andıran bu ilişkide devlet, müdahalesinin bozduğu savlanan ‘doğal dünya’ pazardan uzak tutmaya çalışılır ve bu bağlamda sivil toplum alanından tümüyle dışsallaştırılırken; diğer yandan, yine bu pazarın dinamiklerinin ve değerlerinin kollarlanması adına ‘güçlü devlet’ retoriği içinde güvenlik ve kolluk boyutuyla bir davete mahzar kılınır...” demektir. İlgili görüş için bkz. OZANSOY, Cüneyt: “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD.), C.46, S.1-4, 1997, s.85-100 (R. MATTHEWES: “Privatisation, Social Control and the State”, Baden-Baden 1995, s.56-69’dan naklen).

*demokrasiye*¹⁶ şeklinde isimlendirdiği ve “çağdaş rejimlerin gelişmesinin en göze çarpan niteliği olarak bahsettiği” bu süreçte sosyal güvenlik kuruluşlarının gelişiminin önemli rol oynadığı vurgulanmaktadır. Bu gelişmeye paralel olarak da, liberal dönemde kamu hizmetinin tanımında birlikte kullanılan organik, maddi ve şekli ölçütler arasındaki bağlantı da çözülmeye ve zamanla ortadan kalkmaya başlamıştır¹⁷. Sayın OZANSOY’a göre “*kamu hizmeti kavramının yaşadığı bu krizi ‘Yeni Dünya Düzeni’ne fatura ederek klasik kamu hizmeti ve sosyal devlet savunusunu ulus devlet kavramı dolayısıyla yapanlar da bir savunma hattı oluşturmuştur*¹⁸”.

Bugün kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesine izin verilmektedir. Ayrıca, kamu hizmetlerinin sadece klasik idarî kuruluşlar (=merkezi idare – mahalli idareler ve idarî kamu kurumları) eliyle değil ve aynı zamanda kamu kuruluşları, kamusal-özel karma kuruluşlar ve hatta özel kuruluşlar aracılığıyla yürütülebileceği kabul olunmaktadır. Böylece, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için onun mutlaka klasik idarî kuruluşlarca yürütülmesi şartının aranmaması ile organik ölçüt çözülmüştür¹⁹.

Maddî ölçüt de artık kamu hizmeti kavramını açıklamada yetersiz kalmaktadır. Zira doktrinde, sırf niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyetin olmadığı, niteliğine bakılmaksızın her bir insan faaliyetinin kamu hizmeti olmaya elverişli olduğu, bu nedenle bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması için siyasi organların o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmesinin yeterli olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de bir toplumun genel gereksinimlerini saptamak ve kamu yararını değerlendirmek o toplumun seçimle işbaşına getirdiği temsilcilerinin serbest yetkilerinde olduğuna göre, bir faaliyetin toplumsal gereksinimlerini karşılamaya ve böylece, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup olmadığının takdiri de esas itibarıyla

¹⁶ ÇEÇEN, Anıl: Sosyal Demokrasi, Devinim Yayınları, Birinci Basım, Ankara Ocak 1984, s.19.

¹⁷ GÜNDAY, Metin: age.,s.294.

¹⁸ OZANSOY, Cüneyt: “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut” isimli incelemenin özet metni.

¹⁹ GÜNDAY, Metin: age.,s.294.

başta yasama organı olmak üzere siyasal organların yetkileri içindedir. Demokrasilerin biçimlenmesinde ve kamu hizmetlerinin kurumsallaşmasında ise siyasal gelişmişlik düzeyi ise birinci plânda rol oynamaktadır²⁰. Başka bir deyişle, bir faaliyet, kamu yararını sağlamaya yönelik bile olsa siyasal organlarca kamu hizmeti olarak kabul edilmemişse kamu hizmeti sayılmayacaktır²¹.

Bütün güçlüklerine rağmen hukuk doktrinde genel olarak kamu hizmeti, *“siyasal karar organları tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak amacıyla, devlet, diğer kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetim ve denetimleri altında özel kişilerce yürütülen sürekli ve düzenli faaliyetler”* şeklinde tanımlanmıştır²².

Pek çok bilimsel alanda ve hukuk doktrinde çeşitli açılardan ele alınan kamu hizmeti kavramı, yargı kararlarında da çeşitli biçimlerde ifadesini bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu hizmetini şu şekilde tanımlamıştır: *“Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”*²³.

Yine Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Kanunun kimi hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada kamu hizmeti kavramına açıklık getirmiştir: *“...Kamu*

²⁰ ÇEÇEN, Anıl: Atatürk ve Cumhuriyet, “S” Yayınları, Ankara 1991, İkinci Basım, s.441.

²¹ Bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.295-296. Ayrıca, ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, age., s.14; ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.239.

²² ONAR, Sıddık Sami: “Amme Hizmetleri ve Zamanımızda İnkişafı”, agm., s.14; BALTA, Tahsin Bekir: age., s.18; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s.616 ; GÜNDAY, Metin: age., s.224; GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof.Dr.Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı, Y.9, S.1-3, 1988, s.147; ÇIRAKMAN, Birsen: a.g.e., s.75; DERBİL, Süheyye: age., s.422; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1991, s.330-331.

²³ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 gün ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı. Bu karar 24 Ocak 1995 gün ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, Devlet yada diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı yada çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görölmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını alt-üst eder. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde tüm halkın gereksinmelerine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmelerini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olması etkilemez. Kamu hizmeti kavramının gerek öğretilerde gerekse uygulamalarda Devlet ve öteki kamu tüzelkişilerince genel idare esaslarına göre yürütölen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir... Anayasa Mahkemesinin Anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.”²⁴

Biz de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bu geniş tanıma katılıyoruz. Her ne kadar kamu hizmeti kavramı süreç içerisinde değişse de, bu kavramın kamu yararı ya da çıkarını sağlamaya yönelik sürekli ve düzenli hizmetler olduğuunda kanaatimizce kuşku yoktur.

B. Kamu Hizmetinin Unsurları

1. Organik Unsur

Kamu hizmeti, kural olarak doğrudan idare organları tarafından yerine getirilir. Toplumsal ihtiyaçları en iyi bir biçimde gidermek ve kamu yararını gerçekleştirebilmek amacıyla idare, kamu hizmetlerini yürötmekle

²⁴ Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 gün ve E.94/71, K.95/23 sayılı kararı. İlgili karar 20.03.1996 gün ve 22586 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

görevlendirdiği kuruluşlar oluşturur. Hatta ve hatta *“kamu hizmeti Devletin varlık sebebidir... Çağdaş Kamu Hukukunda Devlet tek amacı vatandaşla hizmet olan bir örgüttür. Başka bir amacı olamaz”*²⁵ ifadeleriyle bu kuruluşların sadece kamu hizmetini yürütmek amacıyla kurulduğu iddiasında olanlar bile vardır.

Kamu hizmetlerinin zamanımızda giderek yaygınlaşmasının bir sonucu olarak, bu hizmetler özel kişiler eliyle de yürütülür hale gelmiştir. Bu uygulama genellikle imtiyaz usulü olarak anılmaktadır. İmtiyaz usulü uygulamasında kamusal faaliyet özel kişiye devredilir, idare ise bu özel kişi üzerinde kamu yararı amacıyla çeşitli üstün yetkilerin sahibi olur. Yani, zaman geçtikçe kamu hizmetleri için “sadece devlet organları tarafından görülmesi gerektiği” koşulu aranmamış, bu hizmetler kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikli bir yapıda sürdürülmeye başlanmıştır²⁶. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararında *“...kamu hizmetlerinin ilke olarak devlete ait olduğunun yanı sıra özel kişilerce de gerçekleştirileceği...”* kabul edilmektedir²⁷.

2. Maddî Unsur

Yukarıda da söylediğimiz gibi, organik unsurda, kamu hizmetine onu yapan organ açısından bakılmaktadır. Maddî unsurda ise faaliyetin muhtevası esas alınmaktadır. Hangi faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti sayılacağı yasama organının görevi dahilinde olacaktır²⁸. Bu hususa ilişkin Anayasa Mahkemesinin bir kararında denildiği gibi, Anayasa kurallarına

²⁵ ULER, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, agm., s.253.

²⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s. 617.

²⁷ Anayasa Mahkemesinin 12.4.1990 gün ve E.1990/4,K.1990/6 sayılı kararına göre “...kamusal hizmet birimlerinin nitelik ve özellikleriyle uyuşabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür...”. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.26, s.135. Yüksek Mahkemenin benzer yönde vermiş olduğu 22.12.1994 gün ve E.1994/70,K.1994/65-2 sayılı kararı için bkz. 28 Ocak 1995 gün ve 22185 sayılı RG. Yine Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 gün ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararında *“...bir hizmetin kamu hizmeti olup-olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim Anayasanın 47. maddesinde ‘kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler...devletleştirilebilir’ denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmişti..”* denilmiştir. Bu karar 24 Ocak 1995 gün ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s.618.

uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir²⁹.

3. Şekli Unsur

Kamu hizmetlerinin belirlenmesindeki şekli unsur yani kamu hizmetlerine uygulanan hukuki rejimdir. Kamu hizmeti, “kamusal yetki ve usuller kullanılarak yürütülen faaliyet” olarak da tanımlanmıştır³⁰. Buna göre, kamusal yönetim usullerinin uygulandığı faaliyet ve kuruluşlar kamu hizmetlerine vücut vermekte ve İdare Hukukunun konusu içerisinde yer almaktadır. Bu anlamda kamu hizmetleri İdare Hukukunun uygulama alanının da belirlenmesinde ölçüt bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır³¹.

Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri aracılığıyla ekonomiye aktif olarak katılımı ile şekli unsur da tıpkı organik ve maddi ölçüt gibi kamu hizmetlerini belirlemede yetersiz kalmış, bazı kamusal faaliyetler özel kesim ile rekabet içinde çalışmak amacıyla özel hukuk rejimine tabi tutulmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında denildiği gibi, “...Bugün artık Kamu Hukuku usûlleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik

²⁹ Anayasa Mahkemesinin 28.11.1985 gün ve E.1985/2,K.1985/2 sayılı kararı için bkz. 21 Ocak 1986 gün ve 18995 sayılı RG. Doktrinde, kamu hizmetinin bir hukuki kategori olmaktan çıkıp “instrument politique” olduğu da ileri sürülmüştür. İlgili görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.618 (RIGAUD,S.: le service public et la doctrine:Pour un plaidoyer dans le proces en cours,RDP,1987,s.17-20’dan naklen). Anayasa Mahkemesinin 20.03.1996 gün ve 22586 sayılı RG.’de yayımlanan 28.06.1995 gün ve E.94/71, K.95/23 sayılı kararında, “...Öğretide kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir...” denilmek suretiyle, kamu hizmetinin kurulmasındaki Yasama organı tekeli teyit edilmiştir.

³⁰ ÖZAY,İl Han:age.,s.239-240; BALTA,Tahsin Bekir: age.,s.20; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-TAN Turgut:age., s.620; GÜNDAY, Metin: age.,s. 294.

³¹ Sayın Gözübüyük ve Tan, Anayasa Mahkemesinin idari işlemi tanımladığı 25.5.1976 gün ve E.976/1,K.976/38 sayılı “ kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir...bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari nitelik taşır” kararında, Anayasa Mahkemesinin kamu hizmetlerinin hukuki rejimi ile İdare Hukuku arasında özdeşlik kurduğu izlenimini edindiklerini belirtmişlerdir.Bu hususta bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN:age., s.620-621.

nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınai ve ekonomik ağırlıklı bir çok kamu hizmeti alanının varlığı, kamu hizmetlerinin şekli unsurundaki gelişme ve farklılaşmayı göstermektedir...”³².

Şunu da belirtelim ki, kamu hizmetlerinin unsurları üzerindeki yukarıda değinilen değişiklikler, söz konusu ölçütlerin önemini tamamen kaybettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Özellikle Türk hukukunda bu ölçütler, hala önemli ölçüde değerini muhafaza etmektedir. Bu ölçütlerdeki söz konusu değişimlerin, Kamu Hukukunda “idarî kamu hizmeti”, “endüstriyel kamu hizmeti”, “kamu hizmeti olmaya yatkın hizmet”, “kamu hizmeti zorunlulukları”, “evrensel hizmet”, “genel ekonomik yarar hizmetleri” gibi kavramlar gibi yeni bir takım kavramları da beraberinde getirdiğine işaret edilmektedir³³.

II. KAMU HİZMETİNİN KURULMASI, İŞLETİLMESİ ve KALDIRILMASI

A. Kamu Hizmetinin Kurulması

Belirli bir zamanda yönetenler, halkın toplumsal bir ihtiyacının yeteri kadar karşılanmadığı ya da bu ihtiyacın toplumsal ihtiyaç derecesinde önem kazandığı düşüncesiyle kamu hizmeti kurarlar. Kamu hizmeti kurmak, kamu yararını sağlamak amacıyla, bir örgüt kurmak ve o örgüte görevler vermektir.³⁴ Anayasanın 123. maddesinin³⁵ I. fıkrasına göre, İdarenin kuruluş ve örgütlenmesinde asli yetki yasama organına aittir. Nitekim, kamu

³² Uyuşmazlık Mahkemesinin 26.10.1992 gün ve E.1992/33, K.1992/36 sayılı kararı için bkz. 1 Aralık 1992 gün ve 13776 sayılı RG. Ayrıca, bu konuda Anayasa Mahkemesinin 21.1.1971 gün ve E.1969/33, K.19971/7 sayılı kararı için bkz. 23 Ağustos 1971 gün ve 13935 sayılı RG.

³³ ULUSOY, Ali D.: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, C.31.,S.2, s.-21-40. Bu hususta bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - Turgut TAN:age.,s.621. Ayrıca Sayın Gözübüyük ve Tan, idarî kamu hizmetleri ile sınai ve ticari kamu hizmetlerinin birbirinden ayrılmasındaki güçlüğü; bilhassa kamu iktisadi teşebbüslerinde dahi Kamu Hukukunun önemli ölçüde ağırlığını muhafaza ettiğine işaret etmişlerdir. Bilhassa Uyuşmazlık Mahkemesinin “iktisadi devlet teşekkülleri konusunda, bunların özel hukuka bağlılıklarını “günlük işleri ve fertlerle olan ilişkileri” ile sınırlanmasının, kamu hizmetlerinin belirlenmesindeki ölçütlerin hukukumuzdaki önemini önemli ölçüde koruduğunun bir kanıtı olarak değerlendirmek isabetsiz sayılmayacaktır” dediği kararı için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi E.1966/11, K.1966/11, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı:103-106, s.544 v.d.

³⁴ ÇIRAKMAN, Birsen: age., s. 85.

³⁵ 1982 Anayasasının 123. maddesi : “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir...Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur”.

hizmetlerinin örgütlenme birimi olan Bakanlıkların kanunla kurulması gerekmektedir (1982 Anayasası md. 113/1)³⁶. Eğer bir kamu hizmeti Devlet tüzelkişiliği dışında ayrı bir kamu tüzelkişiliği olarak örgütlenecekse, böyle bir tüzelkişiliğin kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak bir idarî işlem ile kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin kurulmasında asli yetki yasama organına aittir³⁷.

Ayrıca bir kamu hizmetlerinin finansman kaynağı olan vergilerin Anayasa gereği sadece kanunla düzenlenebilmeleri³⁸; kamu hizmetinin kurulmasıyla temel hak ve hürriyetlerde yapılacak kısıtlamanın ancak kanunla yapılabilmesi³⁹, devletleştirme yoluyla bir özel faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesinin kanun yoluyla yapılabilmesi⁴⁰, kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin veya devredilebileceğinin kanunla

³⁶ 1982 Anayasasının 113. maddesi : “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir...”

Anayasa Mahkemesinin 14.09.1995 gün ve E.1995/1, K.1995/42 sayılı kararında, “Bakanlıklar Devletin yürüttüğü kamu görevlerinin konularına göre uzmanlaşmış bölümleridir”. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S.31, C.2, s.634.; Ayrıca Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkındaki 3046 sayılı Kanunun ilk maddesinde Bakanlıkların kuruluş amacı olarak “kamu hizmetlerinin düzenli, verimli ve süratli yürütülmesini sağlamak” belirtilmiştir. 1982 Anayasasının 126/II maddesinde “...kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabilir. Bu teşkilatın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir” hükmü getirilmiştir.

Yine “kanuni idare ilkesi”nin Anayasamızdaki bir diğer yansıması Mahalli İdareler matlaplı 127/II. maddedir. Bu maddeye göre “...Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir”. Benzer bir hüküm yükseköğretim kurumlarını düzenleyen Anayasanın 130.maddesinde de vardır: “...kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur...”

³⁷ GÜNDAY, Metin:age., s. 296,297.

³⁸ 1982 Anayasasının 73.maddesi: “...Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir yada kaldırılır...”

³⁹ 1982 Anayasasının 13. maddesi: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

⁴⁰ GÜLAN, Aydın: Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, agt., s.29. Ayrıca 1982 Anayasasının 47. maddesine göre “kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler...Devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir. Devletin, KİT’lerin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir...”. Yine 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 16. maddesine göre “kamu hizmeti olarak görülen bir faaliyetin yürütücüsü olan özel teşebbüsün de devletleştirmeye maruz kalması mümkündür”.

belirlenmesi⁴¹ kamu hizmetlerinin kurulmasındaki asıl yetkinin yasamada olduğunun diğer göstergeleridir⁴².

Bu noktada karşılaşılabilecek sorun, kamu hizmetlerinin Kanun Hükmünde Kararnamelerle kurulup-kurulamayacağıdır. Bilindiği gibi Kanun Hükmünde Kararname⁴³ çıkarma yetkisi yürütmeyi güçlendirme eğiliminin bir neticesi olarak 1961 Anayasasında 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Bu yetki 1982 Anayasasında biraz daha genişletilip ve serbestleştirilerek⁴⁴, sıkıyönetim ve olağanüstü dönemlerde çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararnameler⁴⁵ tamamen ayrı bir rejime tâbi kılınmıştır.

1982 Anayasasında 1961 Anayasasından farklı olarak yürütmeden “yetki ve görev” olarak bahsedilmesi; yürütmenin güçlendirilmesi suretiyle sistemimizin klasik parlamenter sistemden uzaklaşması, yürütme organının sorumlu kanadına Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin verilmesi gibi sebepler yasamanın belli bir alanında düalizm bulunduğu izlenimi

⁴¹1982 Anayasasının 47. maddesine 13.08.1999’da 4446 sayılı Kanunla eklenen 3. fıkraya göre “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir”

⁴²BULUTOĞLU, Kenan: “Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri (ve Konunun Yorumu) Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” (Uluslararası Seminer), İstanbul 5-7.2.1982, s.363-387; KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), age., s.256-260.

⁴³Kanun Hükmünde Kararnameler için bkz. TEZİÇ, Erdoğan : “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s.3; ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s.196 v.d.; SAĞLAM, Fazıl: “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları-Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, Yıl 1984, s.261 v.d.; COŞAR, Vedat Ahsen: “Yasa Hükmünde Kararnameler ve Hukuk”, Ankara Barosu Dergisi, C.41, S.6, Y.1984, s.869.

⁴⁴GÜNDAY, Metin: age., s.91 vd. Kanun Hükmünde Kararnameler 1982 Anayasasının 87. maddesinde düzenlenmiş, “*Bakanlar Kuruluna belli konularda KHK çıkarma yetkisi verme*” Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 91. maddesinde ise Bakanlar Kurulunun Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi teyit edilerek ‘yetki kanununda’ bulunması gereken hususlar sayılmıştır. Buna göre “...*Yetki kanunu çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir...*”.

⁴⁵Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri 1982 Anayasasının 119-122. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tabii afet, ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca (m.119); şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulması sebepleriyle olağanüstü hal (m.120) ile sıkıyönetim (m.122) yine Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca ancak Milli Güvenlik Kuruluşunun da görüşü alındıktan sonra ilân edilebilecektir.

vermekte; “yasama yetkisinin devredilmezliği” kuralının⁴⁶ ihlal edildiğini göstermektedir. Kanun Hükmünde Kararnameler bir yetki kanunu çerçevesinde çıkarılsa da, bu yetki kanununda Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, kapsamı, süresi....kısacası tüm esasları belirtilse de; daha sonra yasama organı tarafından yetki kanununa uygunluk yönünden denetlense de, tüm bunlara aykırı nitelikte olan Kanun Hükmünde Kararname, Anayasa Mahkemesince iptal edilinceye⁴⁷ yada yasama organınca reddedilinceye kadar yürürlükte kalmış olacaktır.

Ülkemizde kanunlar ve Kanun Hükmünde Kararnameler arasında yaşanan tüm bu sorunlara ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa’da “kanunla düzenlenir” hükümlerine havi konuların Kanun Hükmünde Kararnamelere açık olduğuna ilişkin tersi içtihadına⁴⁸ rağmen kamu hizmetinin yasama organının tekelinde olduğu kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesinin içtihadında da kamu hizmetinin kurulmasında yetkinin yasama organında olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁹.

⁴⁶1982 Anayasasının 7. maddesi: “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez”.

⁴⁷ 1982 Anayasasının 150. maddesine göre “Kanunların, Kanun Hükmünde Kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı...aittir...”. Anayasanın 151. maddesine göre dava açma süresi (esas bakımından) “...Kanun Hükmünde Kararnamenin Resmi Gazetede yayımından başlayarak 60 gün”, şekil bakımından ise 148.maddeye göre “10 gündür”. Anayasanın 152. maddesine göre “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak ...Kanun Hükmünde Kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır...”. Anayasanın 153. maddesine göre ise “...Anayasa Mahkemesi...Kanun Hükmünde Kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez...Kanun Hükmünde Kararname iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar...İptal kararları geriye yürümez...”.

⁴⁸KARAHANOGULLARI, Onur: “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), C.52, S.1-4, Y. 1997, s.387.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi 25.10.1969 tarihinde verdiği E.1967/41, K.1969/57 sayılı kararda “kamu hizmetlerinin kurulması ve düzenlenmesi konusunda yetkili organın Meclis olduğuna hükmetmiştir”. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S. 8. s. 18-133; “Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir...” kararı ise Anayasa Mahkemesi tarafından 28.06.1995 gün ve E.94/71, K.95/23 sayı ile verilmiştir. Bu karar 20.03.1996 gün ve 22586 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi bu alanın, Kanun Hükmünde Kararnamelere kapalı olup-olmadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamaktadır⁵⁰.

Toplumsal ihtiyaçların ne zaman kamu hizmetlerine konu olacaklarının takdiri kanun koyucuya aittir; ancak kanun koyucu sayın Crozat'ın aksine⁵¹ dilediği alanda dilediğince kamu hizmeti kuramaz veya kurulmasını öngöremez. Yasama organının kamu hizmeti kurulmasındaki takdir yetkisi, Anayasal kurallarla sınırlıdır. Esasen kanunla kurulan kamu hizmetinin, bu nitelikte olmadığını iddia edebilmek de, ancak kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürmekle olur⁵².

Kamu hizmetinin bir zorunluluk olduğu halde kurulmamasının hukuksal bir yaptırımı ise yoktur. Bu yönde yasama organı üzerindeki yaptırım siyasal nitelik taşır⁵³. Bu durumu sayın Onar, “...*halk siyasi haklarını kullanırken amme hizmetleri hakkındaki fikir ve iradesini idare edenlere telkin eder...*”⁵⁴ şeklinde özetlemektedir.

Kanun, bir kamu hizmetini doğrudan doğruya kendisi kurabileceği gibi, kurulması konusunda idareye yetki de verebilir. İdare kanuni bir dayanak olmadan, kendiliğinden yeni bir hizmet kuramaz. Kamu hizmeti kanunla kurulduktan, idareye bir görev verildikten sonra, değişen ihtiyaç ve koşullara göre, idare hizmetin gerektirdiği düzenleyici önlemler almaya kendiliğinden yetkilidir. Fakat, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olan önlemler için kanuni yetki gerekmektedir⁵⁵.

⁵⁰ KARAHANOGULLARI, Onur: age., s. 259.

⁵¹ CROZAT'a göre “hiçbir kıstasla ve hiçbir şartla bağlı bulunmayan vazı kanun tarafından muayyen bir zamanda lüzumlu görülen her şey amme hizmeti derecesine çıkarılabilir”. İlgili görüş için bkz. CROZAT, Charles.: Amme Hizmeti Mefhumu, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi 32, Ankara 1938, s.6. Yine benzer görüş için bkz. CROZAT, Charles: “XIX. Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı” (Çev. Tarık Zafer TUNAYA), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İÜHFD.),C.XI, 1945, S.1-2, s.23-100.

⁵² ONAR,Sıddık Sami: Amme Hizmetlerinin Zamanımızdaki İnkişafı, agm., s.41.

⁵³ ÖZAY, İl Han: Devlet İdari Rejim Yargısal Korunma; C.I, İstanbul 1986, s.24.

⁵⁴ ONAR, Sıddık Sami: Amme Hizmetlerinin Zamanımızdaki İnkişafı, agm., s.36; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., C.I., s.507.

⁵⁵ KIRATLI, Metin: Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973, TODAİE Yayınları, No:135, s. 7-8.

Kanunun bir kamu hizmetinin kurulması için idareye yetki vermesi durumunda üç ihtimal ortaya çıkar:

Birinci ihtimalde idarenin kamu hizmetini kurması zorunludur; bu zorunluluk idareye yüklenmiştir. Nitekim 5393 sayılı Belediye Kanunundan ve 5272 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesinde, belediyelerin vazifeleri 81 madde olarak sayılmış; aynı Kanunun 16. maddesinde ise madde başlığında da belirtildiği üzere “Belediye vazifelerinin varidata göre belediyelere tevdi” hususu düzenlenmiştir⁵⁶ Bu maddenin son kelimesi “mecburidir” ibaresine havi idi.

5393 sayılı Belediye Kanununda da benzer ifadeler yer almıştır⁵⁷.

Yine 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunu ortadan kaldıran 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7 inci maddesinde “mecburidir” ibaresi yer almasa da bu görevler Büyükşehir Belediyeleri için kanaatimizce yapılması zorunlu işlerdir. 442 sayılı Köy Kanununun 12. ve 13. maddesinde kamu hizmeti kurulmasına yönelik zorunluluk sarıh bir şekilde yer almıştır: 12.maddede köyün işleri arasında “mecburi işler” belirtilmiş, 13.maddede ise hangi işlerin köy idaresi açısından “mecburi işler” olduğu sayılmak suretiyle zikredilmiştir. Hatta Köy Kanununun 16.maddesine göre “*Köy gelirleri, ...mecburi köy işlerine yetmezse ...köy ihtiyar meclisi kararıyla köyde oturanlara ve köyle maddi alakası bulunanlara*

⁵⁶1580 sayılı Belediye Kanununun 16.maddesi: “1) 15.maddenin 1-39, 41-44,47-52,56,57,74,76.fıkralarında sayılan vazifeler her belediye için; 2) 15.maddenin 40 ve 58.fıkralarında izah olunan vazife, varidatı elli bin liradan fazla belediyeler için; 3) 15.maddenin 45 ve 53.fıkralarında izah olunan vazifeler, varidatı iki yüz bin liradan fazla belediyeler için; 4) 15.maddenin 46,54 ve 55.fıkralarında izah olunan vazifeler, varidatı beş yüz bin liradan fazla belediyeler için mecburidir”.

⁵⁷ 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinin (a) bendinde, “*İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikah, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000’i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.*” hükmü yer almaktadır.

salma salınır” demek suretiyle bu zorunluluğun yerine getirilmesi hususu pekiştirilmiştir.

İkinci ihtimalde ise idareye belli bir kamu hizmetini kurup-kurmama, buna yönelik ihtiyacı belirleme, kamu hizmeti kurulacaksa ne zaman kurulacağına ilişkin bir takdir yetkisi verilebilir. 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinin (b) bendinde⁵⁸ belediyelerin kamu hizmeti kurmalarında ihtiyarlarına bırakılan alanlar; Köy Kanununun 14. maddesinde köy idaresinin (köylülerin) ihtiyarına bırakılan alanlar belirtilmiştir.

Bazen takdir yetkisine bırakılan bu alanlar yetkili organlarca birinci ihtimalden addedilmekte, ikamesi-idamesi zorunlu işler haline getirilebilmektedir. Örneğin Köy Kanununun 12. maddesine göre *“...köylünün isteğe bağlı işleri köy derneğinin yarısından çoğunun kararı ve bu kararın vilayete bağlı yerlerde vali ve kazaya bağlı olan köylerde kaymakamın rızası alınınca mecburi iş haline gelir...”*.

Üçüncü ihtimalde ise kamu hizmetinin kurulması yönünde idareye yetki verilmekle birlikte bazı alanlar bakımından bu yetkiye tahdit konulabilir. Bu durumda tahdit konulan alanlar idare açısından yasaklı alanlardır. İdare yetki kanununun çerçevesi içinde kalmalı, kendisi için çizilen sınırı aşmamalıdır. Nitekim 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde *“Belediyenin görev, sorumluluk ve yetki alanı belediye sınırlarını kapsar”* denilmek suretiyle bu sınır açıkça belirlenmiştir. Daha önceki belediye mevzuatlarında da benzer hükümler yer almıştır [Örneğin 1580 sayılı

⁵⁸5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinin (b) bendinde, *“Okul öncesi eğitim kurumları açabilir; Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. Gerekteğinde, öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclisi kararıyla ödül verebilir. Gıda bankacılığı yapabilir.”* hükmü getirilmiştir.

1580 sayılı Belediye Kanununun 17. maddesi ise *“...15.maddenin 59-73. fıkralarında tâdat vazifeler belediyeler için ihhtiyaridir”* hükmüne havi idi.

Kanunun 19. maddesinde⁵⁹ belediyelere verilen genel yetkinin Belediyelerin görev alanı ile sınırlı olması, belediye encümenlerince öngörülen ve belediye idaresince kesilen cezaların temel hak ve özgürlükleri (örneğin çalışma özgürlüğünü) sınırlandırıcı/ortadan kaldırıcı nitelikte olamaması idareler için getirilen yasaklara birer örnektir].

B. Kamu Hizmetinin Görülme Usulleri

Kamu hizmetinin çeşitli görülme yöntemleri vardır. Bu yöntemlere ilerde etraflıca değineceğimiz için burada sadece isimlerini zikretmekle yetineceğiz. Kamu hizmetlerinin görülmesinde kullanılan usuller; emanet, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yap-işlet-devret usulleri olarak bilinmektedir.

C. Kamu Hizmetinin Kaldırılması

Bir kamu hizmetinin toplumsal gereksinimlerinin ortadan kalkması söz konusu kamu hizmetinin ortadan kaldırılması için neden oluşturur. Kamu hizmeti, kuruluşundaki usullere uygun olarak kaldırılır. Buna göre de doğal olarak, bir kamu hizmetinin kaldırılmasında asli yetki yine Yasama Organına aittir. Fakat, ilerde değineceğimiz değişkenlik/uyarlama ilkesi gereği, bir kamu hizmetinin kaldırılmasına pek rastlanmaz. Kamu hizmeti, genellikle yeni koşullara uyarlanmak suretiyle sürdürülür⁶⁰.

Bir kamu hizmetinin görülüş usûlünün sona ermesi, kamu hizmetinin de sona erdiği anlamına gelmez. Özellikle ruhsat veya izin almak suretiyle görülen bir kamu hizmetinde özel teşebbüsün ruhsat/izninin iptal edilmesi kamu hizmetini sona erdirmez; başka kişiler bu faaliyete devam edebilir.

Yine özelleştirmenin kamu hizmetini sona erdirip-erdirmediği tartışılabilir. Özelleştirmeyi sadece “mülkiyetin özel sektöre devri” (teşebbüsün idare ile bağlantısının kesilmesi) şeklindeki dar anlamında

⁵⁹1580 sayılı Belediye Kanununun 19. maddesinde, “...4-A) Müktesep haklara halel gelmemek üzere *belediye sınırı dahilinde*...” şeklinde bir tahdit yer almaktaydı.

⁶⁰ GÜNDAY, Metin:age., s. 297.

kullanmak yerine “teşebbüslerin özel kesime kiralanması, yönetiminin devredilmesi”nde olduğu gibi geniş anlamda⁶¹, idarenin işlevsel denetiminin devam ettiği anlamında ele alacak olursak kamu hizmetinin sona ermediğini de kabul etmemiz gerekir. Burada kamu hizmeti artık özel kişiler tarafından ifa edilen bir kamu hizmeti hüviyetine bürünecektir.

III. KAMU HİZMETİNİN TEMEL İLKELERİ

A. Genel Olarak Kamu Hizmeti İlkeleri

Sunulma şekline bakılmaksızın, kamu hizmetleri belli ilkelere uyarak hayata geçirilir. Bu ilkeler doktrinde klasik ve genişletilmiş ilkeler olarak sınıflandırılabilir. “Kamu hizmetinin klasik ilkeleri tüm kamu hizmetleri için geçerli olan asgari müşterektir. Bu ilkeler kamu hizmetlerinin ‘ortak hukuku’, kamusal rejimin minimum unsurudur. Kim tarafından yerine getirilirse getirilsin, sınai/ticari veya klasik, hangi nitelikte olursa olsun tüm kamu hizmetleri bu ortak hukuka tâbidir”⁶². Kamu hizmeti açısından önem taşıyan ve ilk defa Louis Rolland tarafından ileri sürüldüğü için bu asgari ilkeler ‘Rolland Kanunları’ olarak da bilinmektedir.⁶³

Bu ilkeler bozulduğu zaman kamu hizmeti, sahip olması gereken niteliğini kaybeder. Söz konusu ilkelerin varlığı, kamu hizmetinin bu ilkelere tâbi olduğunun kabulü; bunların zaten doğası gereği söz konusu nitelikleri taşıdıkları ya da doğruladıkları anlamına gelmekte, ayrıca uyma gerekliliği bakımından normatif değer taşımasını, yani kamu hizmetlerinin bunlara uyma gerekliliğini de içermektedir. Klasik ilkelerin yanı sıra gelişmekte olan bir kısım yeni ilkelerin bulunduğu da ileri sürülmektedir⁶⁴.

B. Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi

Kamu hizmetleri, tatmin edilmesinde toplumsal yarar bulunan, daha doğru bir ifade ile tatmin edilmediği takdirde toplum üyelerinin telafi

⁶¹ AKTAN, Coşkun Can: Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme, İzmir 1987, s.82.

⁶² KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti, age., s. 188.

⁶³ GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti ve Görüş Usûlleri”, agt., s.33.

⁶⁴ Bu ilkelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, Onur: age., s. 190-254.

edilemeyecek güçlülere düçar olacağı hizmetleri karşılamaya yöneliktir. Aynı şekilde, hemen hemen tüm kamu kurum ve kuruluşları da bu amaçla kurulmuş ve örgütlenmişlerdir. Bu durumun doğal ve zorunlu bir sonucu olarak kamu hizmetleri sürekli olmalıdır. Çünkü eğitim, sağlık, ulaşım, adalet, emniyet gibi toplumsal ihtiyaçlar da süreklilik arz etmektedir. Buna göre de süreklilik ilkesi hizmetin, karşıladığı toplumsal ihtiyacın sürekliliğine koşut olarak yerine getirilmesini ifade eder. Kamu ihtiyaçlarının toplum hayatında sürekliliğinin kaybolması durumunda ağır hasarlar ortaya çıkacaktır. Şunu da belirtelim ki, süreklilik ilkesi aynı zamanda “düzenlilik” kavramını da içermektedir. Doktrinde bu ilke kimi zaman süreklilik veya düzenlilik ilkesi olarak da ele alınmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin bir kararında kamu hizmetini, “*sürekli ve düzenli etkinlikler*” şeklinde tanımlamıştır⁶⁵.

Sürekliliği zaman bakımından bir kesintisizlik şeklinde değil, faaliyetin yöneldiği ihtiyacın tatmini⁶⁶, muntazamlılık⁶⁷ şeklinde ele almak gerekir. Çünkü önemli olan ihtiyacın tatminindeki sürekliliktir. Ancak kolluk, sağlık gibi temel hizmetlerdeki sürekliliğin “kesintisizlik/ara vermeme”yi ifade ettiği de aşikârdır.

1982 Anayasasında süreklilik ilkesi sıkça ifadesini bulmuştur: Özellikle Anayasanın 128. maddesinde “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve **sürekli görevler**...*” den söz edilmesi kamu hizmetiyle ilgili doğrudan bir düzenlemenin Anayasada yer aldığını göstermektedir. Kamu hizmetinin (idarenin) sürekliliğine ilişkin Anayasa buna benzer pek çok hüküm yer almaktadır.⁶⁸

⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 gün ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı için bkz. 24 Ocak 1995 gün ve 22181 sayılı RG. Ayrıca bu konuda daha geniş bilgi için bkz. ÖZAY, İl Han: age., s.241; BALTA, Tahsin Bekir: age., s.20-21; ONAR, Sıddık Sami: Amme Hizmetlerinin Zamanımızdaki İnkişafı, agm., s.21; ÇIRAKMAN, Birsan: agm., s.84; GÜNDAY, Metin: age., s.298.

⁶⁶ YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 1985, s.65; BALTA, Tahsin Bekir: age., s.21.

⁶⁷ ONAR, Sıddık Sami: Amme Hizmetlerinin Zamanımızdaki İnkişafı, agm., s.21.

⁶⁸ Anayasanın 34.maddesinde “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkına” getirilen tahdit; 46.maddede idarenin sürekliliğini sağlamak için mal edinmesine olanak sağlayan “Kamulaştırma”;

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi Danıştay içtihatlarında da değişik şekillerde tanımlanmıştır. Bazı içtihatlarda “hukukun genel ilkesi” olarak kabul edilen⁶⁹ süreklilik, Danıştay’ın diğer kararlarında kamu hizmeti tanımının bir unsuru olarak değerlendirilmiştir⁷⁰.

Süreklilik ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer bulmuştur. Özellikle kamu görevlilerine grev yasağı getiren hükümde Anayasa Mahkemesi kamu hizmetinin sürekliliği gerekçesiyle Anayasaya aykırılık görmemiş⁷¹; bir başka kararında ise sürekliliği kamu görevlisi sayılmanın ölçütü olarak kullanmıştır⁷².

47.maddedeki “Devletleştirme”; 54.maddede “Grev Hakkına” getirilen tahdit; Anayasanın 77. maddesinin son fıkrasında yer alan “...yenilenmesine karar verilen Meclisin yetkileri, yeni Meclisin seçilmesine kadar sürer” hükmü; 102. maddenin son fıkrasındaki “...seçilen yeni Cumhurbaşkanı’nın görevi devam eder” hükmü; 106.maddedeki “Cumhurbaşkanına Vekâlet”; 114. maddedeki “Geçici Bakanlar Kurulu seçim süresince ve yeni Meclis toplanıncaya kadar vazife görür” hükmü; 138.maddedeki “Hakimlik ve Savcılık Teminatı”; Anayasanın Geçici 2.maddedeki “...Milli Güvenlik Konseyi...ilk genel seçimler sonucu TBMM toplanıp Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar Kurucu Meclis hakkındaki kanunlara göre görevlerini devam ettirir...” hükmü; Geçici 7. maddedeki “ilk milletvekili genel seçimi sonunda Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, yeni Bakanlar Kurulu kuruluncaya kadar, iş başında olan Bakanlar Kurulunun görevi devam eder” hükmü; Geçici 11.maddedeki “Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyesi olanların kadroları ile görevleri devam eder...” hükmü sürekliliğe ilişkin Anayasamızdaki düzenlemelerdir.

⁶⁹ Danıştay 8. Dairesinin 27.11.1997 tarihli E.1996/1687 ve K.1997/3669 sayılı kararında, “kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir” denilmektedir. Danıştay Dergisi, S. 96, 1998, s. 388-390.

⁷⁰ Söz konusu karara göre, “Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir...” Danıştay İdari İşler Kurulunun 3.10.1996 gün ve E. 1996/79, K. 1996/83 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, S. 93, s. 36.

⁷¹ Anayasa Mahkemesinin 23.6.1970 tarihli ve E.1970/11, K.1970/36 sayılı söz konusu kararında, “Kamu hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve kamu düzenin korunması memurların memuriyet görevlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yerine getirilmelerini ve bu konudaki kurallara uymalarını gerektirir ve buna aykırı davranış ve eylemlerin niteliğine, önemine, kamu hizmeti ve düzeni üzerindeki etkisine göre değişen yaptırımlara bağlanmasını da zorunlu kılar...” denilmek suretiyle, grevi ceza yaptırımına bağlayan Türk Ceza Kanunun 236. maddesinin Anayasaya aykırılık iddiası reddedilmiştir. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S. 8, s. 412-430.

⁷² Anayasa Mahkemesinin 22.6.1988 tarihinde verdiği E.1987/18, K.1988/23 sayılı karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S. 24, s. 345-346. İlgili kararda “...il genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş...olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici olarak katıldıkları...için kamu görevlisi sayılmalarına olanak yoktur...”.

Yargı kararlarında görüldüğü gibi, süreklilik ilkesi içtihatlarda doğrudan yer almaktadır. Ancak bu ilkenin hukukumuzda değişik kullanımları da bulunmaktadır:

- Bir kamu hizmetinin hiç⁷³ ya da gereği gibi işlememesi (kötü işlemesi)⁷⁴ veya geç işlemesi⁷⁵ nedenleriyle ortaya çıkan hizmet kusuru⁷⁶ aslında süreklilik ilkesinin ihlali olup, idarenin kusurlu sorumluluğuna yol açar.

- İdarî Sözleşmeler açısından bakıldığında emprevizyon⁷⁷ ve fait du prince kuramları⁷⁸ kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

- Ayrıca, “süreklilik ilkesi ve hizmet gerekleri, sözleşmeli personelin sözleşmesinin yenilenmesi işleminin denetiminde yargının kullanıldığı araçlardan biridir”⁷⁹.

- Kamu görevlileri açısından bakıldığında, memurlar için getirilen toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı⁸⁰, grev yasağı⁸¹ ve gizli bilgileri

⁷³ “Karayolları üzerinde trafiğin düzenlenmesi, denetlenmesi ve kazaların önlenmesi yönünden Trafik Tüzüğü’nün öngördüğü tedbirlerin alınmaması hizmetin hiç işlememesine örnektir”, GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, age., s.323, 4 no’lu dipnot; ESİN, Yüksel: Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, Ankara 1976, s.284 v.d.

⁷⁴ Danıştay 10.Dairesinin 20.11.1995 tarihinde verdiği E.1995/1607, K.1995/5772 sayılı karara göre, “...karayolunda asfaltlama yapan idarenin gerekli önlemleri almayıp davacıya ait hayvanların zift çukuruna düşüp telef olmasına sebebiyet vermesi hizmetin kötü işlemesidir...”. İlgili karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 91, s.1117.

⁷⁵ “...Protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen 7 saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı...özetle hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyumsuzluk konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır...”. Danıştay 10.Dairesinin 12.07.1995 tarihinde verdiği E.1994/7359, K.1995/3559 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, S.91, s.1106-1112.

⁷⁶ BALKAR, Kemal Galip: “Hizmet Kusurunun Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF.), C. XXVI, S.1-4, s.17 v.d.

⁷⁷ FEYZİOĞLU, Turan: İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Ankara 1947, s.6.

⁷⁸ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Haziran-Aralık 1998, S. 1-2, s.167-168; AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, age., s.338.

⁷⁹ KARAHANOGULLARI, Onur: age., s. 200.

⁸⁰ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.26’ya göre, “...Devlet memurlarının kamu hizmetlerini aksatacak şekilde kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri veya gelipte Devlet hizmetlerinin ve işlerinin yavaşlatılması veya aksatılması sonucunu doğuracak eylem ve hareketlerde bulunmaları yasaktır”.

açıklama yasağı⁸² kamu hizmetinin sürekliliğini ve düzenliliğini sağlama amacına matuftur.

- Yine “çekilme” (istifa) normalde tek taraflı irade açıklamasıyla hukuksal sonuç doğuran bir işlem olmasına rağmen kamu hizmetlerinin sürekliliğini aksatmamak için Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda “öz”ünden ayrı kullanılmaktadır: Anayasamızın 84. maddesine⁸³ göre, istifa eden bir milletvekilinin vekilliğinin düşmesinin Genel Kurulun kararına bağlanması; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre *“devir ve teslimle yükümlü memurun çekilmesine rağmen bu işlemlerin ifasına kadar görevini bırakamaması”*⁸⁴; *“olağanüstü dönemlerde çekilmenin yerine atanacak memurun göreve başlaması”*⁸⁵ şartına bağlanması sürekliliği sağlamaya yönelik önlemlerdir.

- Ruhsat veya izin yoluyla özel kişiler tarafından görülen kamu hizmetlerinde de süreklilik ilkesi geçerlidir. Örneğin Özel Öğretim Kurumları Kanununun 16.maddesine göre *“özel okullar öğretim yılı içinde kurucusu tarafından hiçbir şekilde kapatılamaz...”*.

- Kamu mallarının haczedilememesi⁸⁶, kamulaştırılamaması, müruruzaman ile iktisab edilememeleri de sürekliliği sağlamaya yönelik tedbirlerdendir.

Süreklilik ilkesi, kamusal hizmetlerden yararlanan toplum üyeleri açısından önemli sonuçlar doğurduğu gibi bir idarî teşkilatı doğrudan ya da dolaylı olarak da etkilemektedir. “Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olma

⁸¹ 657 sayılı DMK. m.27.

⁸² 657 sayılı DMK. m.31.

⁸³ 1982 Anayasasının 84. maddesi: *“İstifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu TBMM Başkanlık Divanınca tesbit edildikten sonra, TBMM Genel Kurulunca kararlaştırılır...”*.

⁸⁴ 657 sayılı DMK. m.95: *“Çekilen Devlet memurlarından devir ve teslim ile yükümlü olanlar, bu işlemlerin sonuna kadar görevlerini bırakamazlar...”*.

⁸⁵ 657 sayılı DMK. m.96: *“Olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde veya genel hayata müessir afetlere uğrayan yerlerdeki Devlet memurları, yerine atanacaklar gelip işe başlamadıkça görevlerini bırakamazlar”*.

⁸⁶ İcra İflas Kanununun 82.maddesi haczi kabil olmayan mallar arasında “kamu mallarını” da sayar.

ilkesine ters düşen bir idarî işlem hukuka aykırı olduğundan idarî yargı yerlerince iptal edilebileceği gibi, bu niteliğe ters düşen bir idarî işlem veya eylem nedeniyle bir zarar doğmuşsa idarenin mali sorumluluğu cihetine gidilebilir⁸⁷.

C. Nesnellik ve Eşitlik İlkesi

Anayasal gelişme sürecinde pek çok ulusal-uluslararası belgede ifade edilen⁸⁸ nesnellik ve eşitlik ilkesine göre, idare, kamu hizmetlerini icra ederken nesnel ve tarafsız olmak zorundadır. Çünkü, kamu hizmetleri toplumun tüm bireylerinin ihtiyaçlarını tatmin etmek amacıyla yürütülür⁸⁹. Kamusal hizmetlerden yararlanmak ve kamu hizmetlerine girmek konusunda toplum üyeleri eşit olmalı, kural olarak vatandaşlar arasında bu konuda bir ayırım yapılmamalıdır.

“İdarenin tüm faaliyetlerine egemen olan eşitlik ilkesi sadece kamu hizmetlerinden yararlanmada değil, kamu hizmetinin her aşamasında etkisini göstermekte ve tarafsızlık, meccanilik gibi ilkelere de kaynaklık etmektedir”⁹⁰. Kamu hizmetinin eşitliği ilkesi bir anlamda “kanun önünde eşitlik” kuralının yansıması gibi görünmekle birlikte aslında “kanun önünde eşitlik” ilkesi, kamu hizmetlerinin eşitliği ilkesinin doğrudan ifadesidir. Anayasadaki tanımlamasıyla eşitlik, kişilerin devletle olan ilişkilerine yönelik bir ilkedir.

⁸⁷ GÜNDAY, Metin: age., s. 298.

⁸⁸ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 1. maddesinde, “İnsanlar...hür ve eşit doğarlar, hür ve eşit yaşarlar...”; 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 2.maddesinde, “Herkes, ırk,renk,cinsiyet, dil, din...bakımından ayırım gözetilmeksizin...tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabilir...”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14.maddesinde “...bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerden istifade....hiçbir tefrike (ayırma) tâbi olmaksızın sağlanmalıdır...”. Yine Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde başlayan reform/resepsiyon hareketlerinde “eşitlik” ilkesi fermanlarda kendisine sıkça yer bulan bir ilke olmuştur. Fransız İnsan Hakları Bildirgesinin etkisiyle çıkarılan 1839 Tanzimat Fermanında ve 1856 Islahat Fermanında yer alan “kanun önünde eşitlik ilkesi” Osmanlı Devletinin çok hukuklu bir sistemde tek hukuklu bir sisteme geçmesine sebep olmuş; Müslümanlar için konmuş olan Şer’i Hukukun Müslüman olmayanlara uygulanamaması her iki grubun da tâbi olacağı tek bir hukuk sistemine geçilmeyi zorunlu kılmıştır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. BOZKURT, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci), Ankara 1996, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s.50 v.d.

⁸⁹ ÖZAY, İl Han: age.,s.247;GÜNDAY, Metin: age.,s.299; ÇIRAKMAN, Birsen: agm.,s.81. Kamu hizmetlerinden yararlanma konusundaki eşitlik, matematiksel bir eşitlik olmayıp, eşit şartlarda bulunan kimselere eşit davranmak olduğu ve ayrıca bu ilkenin hukuk kurallarına ne şekilde geniş bir oranda yansımış olduğu hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age.,s.631 vd.

⁹⁰ GÜLAN, Aydın: agt., s.38.

Anayasanın 10. maddesindeki⁹¹ ifadesiyle kanun karşısında “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri” unsurlar bakımından eşit konumdadır. Anayasadaki düzenlemenin önemli özelliği, 10. maddenin sonuncu fıkrasında, doğrudan idareye yönelik bir eşit muamele yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır. Bu hükümle “kamu hizmetindeki eşitlik ilkesi” Anayasada açıkça düzenlenmiştir⁹².

Kamu hizmetindeki eşitlik ilkesi temelde, sıradan bir eşitlik olgusundan farklıdır. Yani, bireylerin kamu hizmetleri karşısındaki eşitliği mutlak bir eşitlik anlamına gelemmez. Prof. Dr. Duran’ın tabiriyle, “*bu eşitlik mutlak ve aritmetik nitelikte değildir*”⁹³. Bu eşitlik, kanunların ve düzenleyici işlemlerin belirlediği nesnel koşul ve niteliklere sahip olanlar arasındaki bir eşitliktir. Yani “aynı koşul ve nitelikleri taşıyanlar kamu hizmetlerinden yararlanabilir ve bunların işleyişine katılabilirler”⁹⁴. Yani, kamu hizmetinin eşitliği, farklılıkların tanınmaması, tek tiplik anlamına gelmez. Anayasada düzenlendiği şekliyle eşitlik biçimsel eşitliği ifade eder. Benzer özellikleriyle aynı kategoride yer alan kişilere aynı muamele yapılır. Karşılanması gereken kamusal

⁹¹ 1982 Anayasasının 10.maddesi: “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.*”

⁹² Söz konusu hüküm gereğince “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” 1982 Anayasasında kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitliğe ilişkin diğer hükümler şunlardır: (Özellikle Temel Hak ve Hürriyetlerin ilk bölümü olan “Kişinin Hak ve Ödevlerinin” düzenlendiği 17-40.madde de “eşitlik ilkesinden yoğun bir şekilde bahsedilir) Anayasanın 12.maddesine göre “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir...*”; Herkes maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına (m.17), hürriyete ve güvenliğe (m.19), konut dokunulmazlığına (m.21), haberleşme hürriyetine (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyetine (m.23), din ve vicdan hürriyetine (m.24), düşünce ve kanaat (m.25) ve bunları açıklama hürriyetine (m.26), bilim ve sanat hürriyetine (m.27), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkına (m.31), dernek kurma hakkına (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına (m.34), mülkiyet hakkına (m.35), eğitim ve öğrenim hakkına (m.42), çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine (m.48)..sosyal güvenlik hakkına (m.60) sahiptir. Anayasanın 70.maddesinde “*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*”; Anayasanın 29. maddesinde, “*...süreli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkanlarının eşitlik esasına göre yararlanır.*” 133 maddede, “*Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.*” 136. maddeye göre ise “Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak...görevleri yerine getirir” denilmektedir.

⁹³ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, age., s.310.

⁹⁴ GÜNDAY, Metin: age., s. 299.

ihtiyaçlarla, kamu hizmeti sunumu arasında olumsuz bir dengesizlik bulunduğu durumlarda, kullanıcı adayları arasında seçme yapmak zorunlu olmaktadır⁹⁵. Piyasada talebi, mali güç belirlerken kamu hizmetlerinde farklı unsurlar devreye girmektedir. Ancak Anayasada sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri unsurlar farklılık etmeni sayılmayacaktır⁹⁶.

Kamu hizmetlerinden yararlanma bakımından eşitlik, hizmetten yararlanma bakımından önceden belirlenmiş şartlara sahip olanlar arasında mümkün olabileceğinden, kamu hizmetinin yasama organınca kuruluşundan itibaren hizmetin tüm aşamalarına sirayet ettiğinde bu ilke gerçekleştirilmiş olacaktır.

Şunu da belirtelim ki, “eşitliğin ve yansızlığın sağlanması amacıyla ‘siyasi, dini, felsefi görüşlerin’ kamu hizmetlerinden dışlanması, idare tarafından kamu hizmetlerinden kimi siyasal görüşlerin dışlanması aracı olarak da kullanılabilir. Bunlar, kamu hizmetlerinde eşitliği ve tarafsızlığı sağlanmanın bir aracı olarak kullanılabileceği gibi, seçici biçimde kimi kategorilere yönelik bir dışlama aracı olarak da kullanılabilir”⁹⁷. “Eşitlik ilkesi

⁹⁵Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında eşitlik ilkesinin tek tiplik anlamına gelmediğini göstermiş, farklılık yaratılmasının koşulları gibi “haklı neden” ve “kamu yararı amacını” belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin bir kararında “...eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez...” denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin 12.01.1989 gün ve E.1988/4, K.1989/3 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S. 25, s. 6. Danıştay da kamu hizmetlerinden alınacak bedeli belirlerken, kullanıcılar arasında farklılaştırmaya gidilebileceğini kabul etmektedir. Danıştay 10. Dairesinin 28.5.1996 tarihli E.1995/1839, K.1996/3048 sayılı kararında “Kamu hizmeti niteliğindeki telefon hizmetini yürüten idare,...toplum içinde gördükleri hizmet itibarıyla bazı meslek grupları ve kişiler için telefon ücretinden indirim yapmaya, bu indirim esaslarını da belirlemeye yetkilidir” denilmektedir. İlgili karar için bkz. Danıştay Dergisi, S. 92, 1997, s. 754.

⁹⁶YILDIRIM, Turan: “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usûlleri Sempozyumunda sunulan Tebliğ, s.1; KARAHANOGULLARI, Onur: age., s. 216.

⁹⁷Yani, kimi (siyasi, felsefi veya dini) görüşlere sahip kişilerin, hizmet gerekleriyle bağlı hiç kurulmadan, kamu hizmetlerinde görev alması veya kimi kamu hizmetlerinden yararlanması engellenebilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi KİT’lerde çalıştırılacak sözleşmeli personeli için öngörülen, herhangi bir siyasi ve ideolojik beyanda ve eylemde bulunma yasağının kamu hizmetinin işleyişinde yansız davranmayı sağlamak amacıyla getirildiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesinin 04.04.1991’de E.1990/12, K.1991/7 sayı ile verdiği bu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S. 27/1, s. 229.

*farklılıkları değil, imtiyazları ve dışlanmayı önler*⁹⁸ söylemi bu husustaki en gerçekçi yaklaşımdır.

D. Bedelsizlik İlkesi

Bedelsizlik ilkesi çok tartışılan konulardan birisi olmuştur. Başka bir şekilde “meccanilik” (*meccani*- Arapça *karşılıksız* anlamındadır) olarak bilinen bu ilkeye göre, kamu hizmetleri kural olarak karşılıksızdır⁹⁹. Gerçi doğrudan/dolaylı vergiler kamu hizmetlerinin finansman kaynaklarından olduğu için “karşılıksız” kelimesi yerine “parasız” kelimesinin kullanılması kanımızca daha isabetlidir. İdarenin sınırlı sayıda kamu hizmeti ifa ettiği dönemlerde, bazı hizmetler parasız olarak yürütülmüştür. Bugün de belirli kamu hizmetlerinden hala para alınmamaktadır. Bedelsizlik ilkesine örnek olarak parasız ilköğretimi¹⁰⁰, karayollarının, park ve bahçelerin ücretsiz olarak kullanımını gösterebiliriz.

Bilindiği gibi, kamu hizmetlerinde amaç, toplumun zorunlu ve müşterek ihtiyaçlarını gidermek ve böylece kamu yararını gerçekleştirmektir. Eğer idare bir faaliyete gelir elde etme amacı ile girişirse, bu hiçbir şekilde kamu hizmeti olarak düşünülemez. Devlet ile diğer kamu tüzel kişilerinin bu tür etkinlikleri de medeni haklardan yararlanma ve onları kullanmanın bir sonucudur¹⁰¹.

Bedelsizlik ilkesi zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Günümüzde hizmetlerden yararlanan kimselerden belli bir “ücret” alınması yoluna gidilmektedir. Şunu da belirtelim ki, doktrinde kamu hizmetleri karşılığında

⁹⁸ AZRAK, Ali Ülkü: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1972, s.30 (CHENOT, B.: Le Notion De Service Public Dans La Jurisprudences Economique du Conseil d’Etat, EDCE, No:4, 1950, s.407’den naklen).

⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.635 vd. ; BALTA,Tahsin Bekir: age.,s.22; AZRAK, Ali Ülkü: İdare Hukuku Ders Notları, age., s.30.; ONAR,Sıddık Sami: “Amme Hizmetleri ve Zamanımızda İnkışafı”, agm., s.18–19; ÖZAY, İl Han: age.,s.244; GÜNDAY,Metin: age., s.300; ÇIRAKMAN,Birsen: agm.,s.83.

¹⁰⁰ İlköğretimin “parasız” olması ilkesi 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının **ortak hükmüdür**. 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanununun 87.maddesinde “*iptidai tahsil bütün Türkler için mecburi ve Devlet Mekteplerinde meccanidir*” denilmiş; 1961 Anayasasının 50.maddesinde “*...ilköğrenim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için mecburidir ve parasızdır...*” hükmü yer almış; son olarak da 1982 Anayasasının 42.maddesinde “*...ilköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır...*” düzenlemesine yer verilmiştir.

¹⁰¹ Bkz. ÖZAY, İl Han: age.,s.244.

alınan bedelin niteliği ve bu bedelin iktisadi anlamda bir kâr olup olmadığı konusunda tartışmalar, bu hususta oldukça farklı yaklaşımlar ortaya koymaktadır.

Prof. Dr. Özay’a göre, “kamu hizmetlerinden yararlanma karşılığı ödenen paranın hukuksal niteliği ne olursa olsun aslında hemen vurgulanması gereken bunun bir fiyat olmadığı, olmaması gerektiğidir. Ekonomik anlamda fiyat, “maliyet artı kâr” unsurlarından oluşan bir kavramdır. İlke olarak hiç ödenmemesi gereken buna karşılık yararlanan için çoğu kez ödenen para, ne bir “fiyat” ne de “bedel” sayılamayacağına göre hukuksal niteliğini belirlemede başka bir kavramdan yararlanılabilir. Bu nedenle “kamu hizmeti karşılığı alınan para(nın) genel niteliği bakımından ancak vergi türünden bir şey, bir edim, hizmet, faaliyetten ötürü bundan yararlanana yüklenen “resim”, “harç”dan başka bir şey (olmadığı) söylenebilir. Bunu bir vergi olarak düşündüğümüzde de bu alanda geçerli olan Anayasal ilkelerin de gözetilmesi gerekecektir. Bunu kamu hizmetlerinden yararlanmaya uyguladığımız zaman veya doğrudan vergilerle zaten bu katılım gerçekleştiği için hiçbir parasal karşılık söz konusu olmayacak ya da bunun için ödenen, en az gelir düzeyindeki kimselerin bile kolaylıkla verebilecekleri bir miktarı aşamayacaktır”¹⁰².

Sayın Özay’ın özellikle kamu hizmetinin karşılığı olarak ödenen bedelin içinde kâr olamayacağına ilişkin görüşüne Prof.Dr. Gözübüyük ve Prof. Dr. Tan katılmamış, “...pozitif hukuk düzenlemeleri bu bedelin içinde kâr bulunduğunu kanıtlar yöndedir” görüşünü ileri sürmüşlerdir¹⁰³. Balta bu konuda, “Bir kamu hizmetinin paralı ya da parasız oluşu sorunu, kamu hizmeti niteliği ile ilgili olmayan bir mali politika sorunudur” demektedir; ancak yine de alınacak ücretin hizmetin gerektirdiği harcamalar, konan sermaye için makul bir tüketim ve kâr payı ile orantılı olması gerektiğini¹⁰⁴. Günday ise “iktisadi nitelikli kamu hizmetlerinin kârlılık ve verimlilik esaslarına

¹⁰² Daha fazla açıklama için bkz. ÖZAY, İl Han: age., s.244 vd.

¹⁰³ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - Turgut TAN: age., s.638.

¹⁰⁴ BALTA, Tahsin Bekir: age.,s.22.

göre yürütülmesi esas olduğundan, bu hizmetler karşılığı olarak hizmetten yararlananlardan alınan paraların kâr elde etme amacına yönelik bir fiyat olduğunu” söylemekte; ancak “bu fiyatın belirlenmesinde hizmetten yararlananların ödeme güçlerinin de nazara alınması gerektiğini” belirtmektedir. Zira O’na göre “her ne kadar bu hizmetlerin kârlılık ve verimlilik esaslarına göre yürütülmesi öngörülmekte ise de, asıl amaç kâr elde etmek değil ve fakat toplumsal gereksinimleri gidermek suretiyle kamu yararını sağlamak olmalıdır. Kâr olsa olsa, esas itibarıyla kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bu faaliyetlerin bir sonucu olabilir”¹⁰⁵.

Uyuşmazlık Mahkemesi¹⁰⁶ de hizmet karşılığı alınan bedelin *maliyet* artı *kâr* esasına dayalı olarak tarifeyile saptandığını kabul etmektedir.

Hukuk sistemimizde de kamu hizmetinden yararlanmanın bir karşılığı bulunduğu ve paralı “olabileceği” Anayasanın vergi ödevine ilişkin 73. maddesinden anlaşılmaktadır. 73. maddeye göre, *“herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.”* Yani kamu hizmetlerinin bedeli tüm toplumca karşılanacaktır. Kamu hizmetinden yararlanmanın paralı olabileceği de aynı maddenin III. fıkrasında düzenlenmiştir: *“vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.”*

Belirli bir kamu hizmetinde yararlanmada bedel ödenmesi uygulamasına Vergi Hukuku sistemimizde de rastlanmaktadır. Nitekim “bazı kamu hizmetlerinden yararlanan kimselerin belli bir ölçüde bu hizmetlerin maliyetine katılmaları amacıyla ya da kişilerin bazı işlemleri yapmaları sırasında konulan zor unsuruna dayanan mali yükümlülükler ‘Harç’ olarak adlandırılmaktadır”¹⁰⁷. Yine Anayasamızda yükseköğretim hizmetinin paralı

¹⁰⁵ GÜNDAY, Metin: age., s. 300.

¹⁰⁶ Uyuşmazlık Mahkemesinin 17.6.1996 tarihinde E.1996/33,K.1996/76 sayı ile verdiği anılan kararı için bkz. 8 Temmuz 1996 gün ve 22690 sayılı RG.

¹⁰⁷ ÖNCEL, Mualla-Ahmet KUMRULU-Nami ÇAĞAN: Vergi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1997, s.455.

olmasına olanak tanınmıştır.¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi de parasızlık ilkesini, “salt ekonomik nitelikte olmayan kamu işleri” için “Anayasanın temel ilkelerinden” kabul etmiş¹⁰⁹; ancak daha sonra bu içtihadından dönerek “yüksek öğrenim paralıdır”¹¹⁰ kuralını Anayasaya aykırı bulmamıştır¹¹¹.

Kanaatimizce de meccanilik ilkesi sonucunda özel teşebbüs karşısında ortaya çıkabilecek haksız rekabet problemi, özellikle iktisadi kamu hizmetlerinin bir bedelinin olması sonucunu doğurmaktadır. Bu haksız rekabet sorununun giderilmesi ise idarenin ekonomik hayata müdahalesi ve bunun sınırları açısından ele alınması gereken bir husustur¹¹².

E. Değişkenlik (Uyum) İlkesi

Kamu hizmetinin sürekliliğini zaman bakımından değil de ihtiyaçların tatminindeki süreklilik olarak ele aldığımız zaman, ihtiyaçların devamlı olarak gelişmesi, değişmesi durumunda buna paralel olarak kamu hizmetinin de değişkenlik göstereceğini kabul etmemiz gerekir. *“Aslında değişen çoğu zaman kamu hizmetinin varlık sebebini oluşturan kamusal ihtiyaç değil, bu ihtiyacın giderilme şeklidir”*¹¹³. Bu nedenle “değişkenlik” ilkesi, kamu hizmetinin zaman içindeki seyrini yani “tarihselliğini” vurgulamaktadır. Bu konuda Özay “süreklilik kavramının bir yönü kronolojik, yani zaman

¹⁰⁸ Anayasada, bu genel hükümler dışında yüksek öğretim kamu hizmetinin paralı olabilmesine olanak tanıyan bir düzenlemede bulunmaktadır. Yükseköğretim kamu hizmetleri kullanıcılarından bedel alınabileceği, Anayasanın 130. maddesinin IX. fıkrasında düzenlenmiştir. *“...yükseköğretime giriş... ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler ... kanunla düzenlenir”*.

¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi 12.1.1971 tarihinde verdiği E.1969/31, K.1971/3 sayılı kararında Kararda, iktisadi nitelikte olmayan temel hizmetler, ekonomik alan dışında kaldığı için, kazanç sağlama amacı güdülmesi, Anayasanın sosyal devlet ilkesine aykırı bularak özel hukuk kişileri tarafından yüksek öğretim kurumları açılabilmesini düzenleyen yasa hükmünü iptal etmiştir. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S.9, s.134-139.

¹¹⁰ *“Yüksek öğrenim paralıdır”* kuralı, 14.06.1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 38.maddesinde öngörülmüştür.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesinin 26.03.1974 gün ve E.1973/32, K.1974/11 sayılı kararı için bkz. AMKD., S.12, s.111-141.

¹¹² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. TAN, Turgut: Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayını, No:210, Ankara 1984; GÜRAN, Sait: “ABD’nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD.) Vakur Versan’a Armağan Özel Sayısı, Yıl 6, Sayı 13, Aralık 1985, s.123-140.

¹¹³ AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, age., s.332.

bakımından devamlılık ise diğer ve asıl önemli yönü “içerik ve yoğunluk” bakımından düzeyindeki devam, yani istikrardır” demektedir¹¹⁴.

Kamu hizmeti sabit/durağan bir kavram olmayıp, tarihsel olarak ihtiyaca göre değişir ve uyarlanır. “Değişkenlik ve uyum, çağın teknik ve teknolojik bilimsel gerek ve olanaklarının olabildiğince göz önünde tutulması ve buna göre sunulan hizmetin içerik ve yönetimi ile araç-gereçlerinde sürekli değişkenlik ve uyarlamaların yapılması zorunluluğunu anlatır”¹¹⁵.

Gerçekten de, kamu hizmetleri toplumun hayati önem taşıyan ihtiyaçlarını tatmin etmek amacına yöneliktir. Buna göre de kamu hizmetleri değişen ve gelişen şartlara göre geliştirilmek, gerek örgüt gerekse faaliyet bakımından söz konusu değişikliklerin gereklerine göre yeniden yapılandırılmak zorundadır¹¹⁶.

Anayasada kamu hizmetlerinin değişkenlik ve uyum ilkesine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, “Plânlama”¹¹⁷ görevinden bahsedilmesi, bu değişkenliğe uyum sağlanabilmesi için Devlete bir ödev yüklediğini göstermektedir. Yine Anayasanın kimi hükümlerinde kamusal etkinliğin ilkeleri olarak dolaylı şekilde öngörülmüştür¹¹⁸.

¹¹⁴ ÖZAY, İl Han: age., s.241 vd. Yine bu konuda bkz. BALTA, Tahsin Bekir: age., s.21; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s.630.

¹¹⁵ ÖZAY, İl Han: age., s.242.

¹¹⁶ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 4.5.1977 gün ve E.974/4855, K.977/1704 sayılı kararında, “...Bir kamu kurumunun hizmetlerinin artması, koşulların değişmesi, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken, ...kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetlerin sürüncemede kalmasına sebep olmasını, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaştırmak mümkün değildir” demiştir. İlgili karar için bkz. Danıştay Dergisi, S.28-29, s.604.

¹¹⁷ 1982 Anayasasının “Plânlama” başlıklı 166.maddesinde “...ülke kaynaklarının ...verimli bir şekilde kullanılmasını plânlamak, bu amaçla gerekli teşkilâtı kurmak Devletin görevidir...yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır...” denilmiştir. Bu maddede Devlet Planlama Teşkilatı ismen değil “gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir” denilmek suretiyle zımnen zikredilmiştir. 1961 Anayasasında ise Devlet Planlama Teşkilatı 1982 Anayasasının aksine sarıh bir şekilde yer almıştır (1961 Anayasası m.129).

¹¹⁸ 1982 Anayasasının 108. maddesiyle Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulunun “İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla” inceleme yapacağı, 126. maddesinde “Birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatının kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla kurulabileceği...” hükümleri yer almaktadır.

“Değişkenlik ilkesi pek çok İdare Hukuku kural ve ilkesinin varlık nedenidir”¹¹⁹:

- Yasama faaliyetinin ağır işlemlerinden dolayı kamu hizmetlerindeki hızlı değişime ayak uydurabilmek için Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilmesi, aslında kamu hizmetlerinin hızla değişen ihtiyaçlara uyarlanması amacı taşımaktadır.

- Yine idareye tanınan takdir yetkisinin amacı da ihtiyaçlardaki değişime idarenin ayak uydurmasını sağlamaktır.

- Kamu yararının gerektirdiği durumlarda kamu görevlilerinin görev ve yerlerinin değiştirilebilmesi imkânının idarelere tanınması¹²⁰, yer değiştirme suretiyle yapılan atamalarda hizmetlerin gereklerine önem verilmesi¹²¹, memurların bilgilerini artırmak için yurt dışına gönderilmeleri¹²² aslında değişkenlik ilkesine uyum sağlanması için getirilmiş olan hükümlerdir.

- Ayrıca idare imtiyaz sahibi ile aralarındaki idari sözleşmede öngörülmemiş olsa bile ondan yeniliklere uyulmasını isteyebilir¹²³.

Değişkenlik ve bu değişkenliğe uyum ilkesinde karşılaşılabilecek sorun, ihtiyaçlardaki hızlı değişime ne oranda, hangi hızda cevap verilebileceğidir. Bu konuda kesin bir kıstas olmamakla birlikte idarenin “mali yeterliliği ölçüsünde”¹²⁴ bu değişime ayak uydurabileceği de bir gerçektir.

¹¹⁹ GÜNDAY, Metin: age., s. 299.

¹²⁰ 657 sayılı DMK.nun 76.maddesine göre, “Kurumlar ...memurları ...naklen atayabilirler...”.

¹²¹ 657 sayılı DMK.nun 72.maddesine göre, “Kurumlarda yer değiştirme suretiyle yapılan atamalar, hizmetin gereklerine, özelliklerine.....yapılır...”

¹²² Bkz. 657 sayılı DMK. m.78.

¹²³ Bu konuda bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., 630,631.

¹²⁴ 1982 Anayasasının 41-65.maddeleri arasında “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” düzenlenmiştir. “Pozitif Statü Hakları” da denen (Devletin desteklemek, gelişimini sağlamakla ödevli olduğu) bu hakların Devletçe desteklenmesinin sınırı “Devletin mâli gücüdür”. Nitekim Anayasının 65.maddesinin başlığı “Sosyal ve Ekonomik hakların Sınırı” olup, içeriğinde “Devlet,sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini...mâli kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” denilmiştir.

Kamu hizmetlerindeki değişiklikler karşısında, hizmetten yararlananların kazanılmış hak iddiasında bulunamayacaklarını da belirtmek gerekir¹²⁵.

F. Klâsik Kamu Hizmeti İlkelerindeki Değişim

Kamu hizmetine hakim olan temel ilkelerin yanında yeni ihtiyaç ve zorunluluklardan kaynaklanan bazı ilkelerin de bu klasik ilkelere eklendiği görülmektedir. Özellikle Avrupa Birliği Hukukunda yaşanan bu değişim ve zenginleşme, birliğe aday ülkelerde de kabul edilmeye başlanmış; kamu hizmeti artık “evrensel hizmet”¹²⁶ olarak anılır hale gelmiştir. Şeffaflık, sorumluluk...ulaşılabilirlik, katılım...gibi bu yeni ilkeler aslında birer “reform ilkeleri”.¹²⁷ Kamu hizmetinin niteliğini artırmak için Devleti sadece düzenleyici/denetleyici bir konuma sokmaya çalışan bu yeni anlayışta kamu hizmetlerinde “sektörleşme ve kamu hizmetini rekabete açma”¹²⁸ eğilimi vardır ve Devlet/vatandaş ilişkisinde vatandaş ön plândadır.

Ülkemizde de şeffaflaşma ve vatandaşın bilgi edinmesine, idareyi kamu hizmetini daha iyi yönlendirebilmesine olanak sağlayan çalışmalar ve düzenlemeler mevcuttur. 03.10.2001 tarihinde Anayasanın 40.maddesine 4709 sayılı Kanunla bu yönde yapılan eklemeyeyle idareye kişileri yönlendirme mecburiyeti yüklenmiştir¹²⁹.

¹²⁵ Danıştay 8. Dairesinin 17.6.1997 tarihli ve E.1996/3847, K.1997/2153 sayılı kararında, “...*Objektif hukuk dünyasında meydana gelecek bu değişikliğin, daha önceki kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da tesir edeceği ve mevcut durumlara da uygulanacağı açıktır....Objektif hukuk dünyasında meydana gelen ve hukuki statüde değişiklik yapan bu düzenlemelerin eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsayacağı açıktır...*”. İlgili karar için bkz. Danıştay Dergisi, 1998, S.95, s.509.

¹²⁶ ULUSOY, Ali: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD.), 1999, S.1-4, s.165-177; ULUSOY, Ali D.: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler:Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, C.31., S.2, s.25 vd.

¹²⁷ KARAHANOGULLARI, Onur: age., s. 246.

¹²⁸ ULUSOY, Ali: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, agm., s.170; bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ULUSOY, Ali: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD., Haziran 1998, s.21 v.d.

¹²⁹ 1982 Anayasanın 40.maddesinin ikinci fıkrasına 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı Kanunla “Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır” hükmü eklenmiştir.

Ayrıca Prof. Dr. ODYAKMAZ, “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”¹³⁰ isimli makalesinde, bireylerin idari işlemler karşısında korunmasında ve demokratikleşme sürecinde şeffaflaşmayı ve bireye tanınan hakları sağlamaya yönelik olarak hazırlanmakta olan İdarî Usûl Kanununun önemli bir boşluğu dolduracağı kanaatinde dir.

IV. KAMU HİZMETİNİN TÜRLERİ ve HUKUKÎ REJİMLERİ

A. Çeşitli Açılardan Kamu Hizmetleri

İdarenin ödevi olarak kamu hizmetini ele aldığımızda “zorunlu veya seçimlik kamu hizmeti kurma” ödevinin idareye yüklendiğini görmekteyiz¹³¹.

Yetki açısından baktığımızda ise kamuya açık hizmetler ve özel teşebbüse açık (tekelli/tekelsiz) hizmetler şeklinde bir ayrımı yapılabilmektedir.

Ekonomik açıdan ele alacak olursak, düzenleyici hizmetler, doğrudan doğruya üretken kamu hizmetleri, pazarlanabilir/pazarlanamaz kamu hizmetleri şeklinde bir tasnife gidilebilir¹³².

¹³⁰ ODYAKMAZ, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı 2, Aralık 1997, s.1-21. Ayrıca bu konuda bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “İdarî Usûlden Beklediklerimiz”, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, s.2-5; ODYAKMAZ, Zehra: “Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası”, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, s.203-208; ODYAKMAZ, Zehra: “Şeffaf Yönetime Doğru”, Strateji (Yimder Bülteni), Y.1, S.2, s.3. Bu konuda ayrıca bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, age., s.238-256.

Daha fazla bilgi için bkz. SCHWARTZ, Bernard: Administrative Law, Third Edition, United States of America 1991, p.193; AZRAK, A.Ülkü: “İdarî Usûl ve Yasalaştırılması”, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1990, s.823 v.d.; AZRAK, A.Ülkü: “İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998, Ankara 1998, s.88. v.d.

¹³¹ KIRATLI, Metin: Koruyucu İdarî Hizmetler, age., s.10.

¹³² BULUTOĞLU, Kenan: Kamu Ekonomisine Giriş, İstanbul 1981, s.13.

Faaliyet alanı bakımından milli/mahalli; hizmetten yararlanma biçimine göre doğrudan/dolaylı; konularına göre ise idarî, iktisadî, sosyal, bilimsel-kültürel kamu hizmetleri şeklinde bir ayırım yapmak mümkündür.

1. Tekelli-Tekelsiz Kamu Hizmeti

Kamu hizmetleri farklı açılardan ele alınmış, farklı biçimlerde sınıflandırılmıştır. Bu hizmetler konularını oluşturan faaliyetin özel teşebbüse bırakılmasına veya özel teşebbüse yasaklanmasına göre tekelli veya tekelsiz kamu hizmeti şeklinde adlandırılırlar¹³³.

Kamu hizmetinin konusunu oluşturan faaliyet özel sektöre yasaklanmış ise sadece kamu tarafından yerine getiriliyor ise buna tekelli kamu hizmet denilmektedir. Nitekim bu tip hizmetler Kamu İktisadî Teşebbüslerinin bir türü olan “Kamu İktisadi Kuruluşlarınca” yerine getirilir. Kamu İktisadî Kuruluşları (KİK) 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye¹³⁴ ekli cetvelde¹³⁵ belirtilmiş olan ve “tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten”¹³⁶ kuruluşlardır.

Kamu hizmetini görme imkanı özel kesime de tanınmış ise buna tekelsiz kamu hizmeti denilmektedir. Bu tür kamu hizmetinde idare kamu hizmetini özel kesim ile birlikte yürütür.

2. Milli - Mahalli Kamu Hizmeti

Kamu hizmetleri yürütüldükleri alana göre, milli kamu hizmetleri ve mahalli kamu hizmetleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Tüm ülke düzeyinde icra

¹³³ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, age., s.316; GİRİTLİ, İsmet-AGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, age.,s.141 v.d.; GÜNDAY, Metin: age., 301; YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, age., s.68. v.d.

¹³⁴ Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (kısaca 233 sayılı KHK), 08.06.1984 tarihinde kabul edilmiş;18.06.1984 tarihli ve 18435 sayılı RG.de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³⁵ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun ile 233 sayılı KHK.ye ekli listede değişiklik yapılmıştır. Bu listede yer alan ve KİK sayılan kuruluşlara örnek: TCDD, Devlet Hava Meydanı İşletmesi Genel Müdürlüğü, Türk Telekom A.Ş., Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü, Tütün Tütün Mamulleri Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü.

¹³⁶ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2.maddesinin 3.bendinde Kamu İktisadi Kuruluşu “... sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri, kamu yararı gözeterek üreten....kamu iktisadi teşebbüsüdür” şeklinde tanımlanmıştır.

edilen kamu hizmetleri milli kamu hizmeti; belirli bir yörede icra edilen kamu hizmetleri mahalli kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır¹³⁷.

Anayasanın 127. maddesine göre mahalli (yerel) yönetimler), halkın ortak ve yerel gereksinimlerini karşılamak üzere kurulmuş kamu tüzel kişileridir.

Merkezi idare ve yerel yönetimlerin görev ve yetki alanları zaman zaman karışmış; kamu hizmetlerinin görülmesinde bu durum bazen kargaşaya neden olmuştur:

Cumhuriyet döneminin içme suyu konusunu düzenleyen ilk kanun olan 1926 tarihli “Sular Hakkında Kanun” kasabalarda “ihtiyacatı ammeyi temine mahsus suların tedarik ve idaresini” belediyelere bırakmıştır. 1930 tarihinde çıkarılan 1580 sayılı Belediye Kanunu su sağlama görevinin belediyelerde olduğunu bir kez daha belirtmiş, sektör için devlet yardımlarının başlangıcı sayılabilecek bir düzenleme getirmiştir: Maliye Bakanlığı içilebilir nitelikte su getirmek için yapılacak borçlanmalara kefil olacaktır. Görevin sahibi aynı tarihte çıkan Hıfzısıhha Kanununda da belediyeler olarak belirlenmiş, ayrıca görevin sağlık yönü üzerinde durulmuştur. 1933 yılında 2301 sayılı Kanun ile belediyeler için ilk mali yardım kuruluşu olması için kurulan Belediyeler Bankası bu hizmetlerin finansman kaynaklarından birisi olmuştur. Yine 2268 sayılı Kanun, yurt dışından bu amaç için alınan boru, özel parça ve teferruattan gümrük resmi alınmamasını kabul etmiştir.

Bir merkezi yönetim örgütüne belediye içme suları ile ilgili olarak yardım ve denetleme görevi ilk olarak Nafia Vekaleti kuruluş yasası ile zamanın Bayındırlık Bakanlığına verilmiştir. Bu özellik, Bakanlığın kuruluş yasasında değişiklik yapılan 1939 yılında da korunmuş; daha sonra 1953 tarihli ve 6200 sayılı kanunla kurulan Devlet Su İşleri, benzer görevlerle

¹³⁷ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.301; KAVRUK, Hikmet: “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Yapısı ve Kamu Hizmeti Anlayışına Yön Veren Çağdaş Gelişmeler”, Türk İdare Dergisi (TİD), Haziran 1993, Y.65, s.144.

donatılmıştır.

Görev bölüşümüne, kaynak ve hizmete merkezi hükümetin desteğini sağlamak üzere 1935 yılında “Belediyeler İmar Heyeti” kurulmuştur. Finansman desteği sağlayan Belediyeler Bankası ile teknik yardım sağlayan imar heyeti birleştirilerek İller Bankası kurulmuştur. İller Bankasının kurulması, su sistemleri ile görevlerin bir merkezi kuruluşa devredilmesi tartışmasını da başlatmıştır. Bu yönde 1960 yılında çıkarılan bir kanunla köylerin ve nüfusları 3.000’in altında olan belediyelerin içme suyu işlerini yürütme görevi DSİ Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Bununla beraber belediyelere de DSİ’nin içme suyu yatırımlarında malzeme ve işçilik desteği yükümü getirilmiştir.

Artan nüfus ve köylerden şehirlere olan büyük göç, özellikle büyük kentlerin içme suyu yatırımlarını yetersiz bırakmış, bu sorunun üstesinden gelebilmek için 1968 tarihinde 1058 sayılı Kanunla bir devlet müdahalesi daha yapılmıştır. Bu kanunla DSİ, nüfusu 100 bini geçen belediyeler 30 yıl süre ile faizsiz borçlandırılarak tesislerin yapımı için yetkili kılınmıştır. DSİ, Köy İşleri Bakanlığı ve belediyeler arasındaki işbölümü 1983 yılında değişmiştir. 2824 sayılı Kanun ile belediye örgütlenmesi 3.000 in altında kalan kasabalarda ve belediye meclislerinin yetki vermesi halinde nüfusu 100 binin üzerinde bulunan yerlerde içme suyu sağlanmasına yönelik çalışmalar İller Bankasının görevleri kapsamına alınmıştır. 1984 yılında Büyükşehir Belediyelerinin kurulmaya başlanmasıyla içme suyu sağlamaya yönelik faaliyetler bu belediyelerin görevleri arasında da sayılmıştır¹³⁸.

3. Doğrudan - Dolaylı Kamu Hizmetleri

Kamu hizmetleri bireylerin yararlanma biçimlerine göre Doğrudan doğruya bireysel yararlanma sağlayan kamu hizmetleri ve dolaylı yararlanma sağlayan kamu hizmetleri şeklinde ikiye ayrılır.

¹³⁸ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. <http://www.yerelnet.org.tr/altyapi/hizmetin> yapisi2.php.

Birinci halde, bireyler sağlık, eğitim örneklerinde olduğu gibi idare ile bireysel ilişki kurmak suretiyle kamu hizmetinden doğrudan doğruya yararlanırlar.

İkinci halde ise, bireyler bayındırlık hizmetlerinde olduğu gibi kamu hizmetinden idare ile bir ilişki içine girmeden ve dolaylı olarak yararlanırlar.

B. Kamu Hizmetinin Konularına Göre Sınıflandırılması

1. Genel Olarak

Kamu hizmetleri konularına göre idarî, iktisadî, sosyal ve bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmetleri olmak üzere dört ana grup altında toplanabilir. Bu ayrıma hizmet sektörüne göre yapılan ayrımda diyebiliriz.

2. İdarî Kamu Hizmetleri

Devletin yürüttüğü gelenekselleşmiş kamusal faaliyetler idarî kamu hizmetleridir. Bu tür hizmet ve faaliyetler, esasen ilgili kamu idarelerince doğrudan doğruya ve kendi personel, bütçe ve araçlarıyla yürütülmekte iken, idarenin kendi bünyesinden ayırıp tüzelkişiliğe kavuşturduğu teşkilâtı aracılığıyla ifa edilmektedir¹³⁹. Bu teşkilâta bugün biz “idarî kamu kurumları” adını vermekteyiz.

Türkiye’de ilk ortaya çıkan idari kamu kurumları, PTT, ormanlar, demiryolları, limanlar, fenerler, inhisarlar, vakıflardır. Ancak bu kamusal görevlerinden bazıları TCDD, Denizcilik Bankası örneğinde olduğu gibi sonradan iktisadî kamu kurumu şeklinde örgütlenmiştir¹⁴⁰.

Eğitim, sağlık, bayındırlık ve nüfus işleri gibi hizmetler idarî kamu hizmetleri arasında yer alır. Bu tür kamu hizmetlerine kamu hukuku kuralları uygulanır. Burada yetkiler, usuller, personel, mallar ve bütçe Kamu Hukuku

¹³⁹ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, age., s.196.

¹⁴⁰ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, age., s.196-197; GÜNDAY, Metin: age., s. 302.

kurallarıyla belirlenir. Bu hizmetlerle ilgili idarî uyuşmazlıklarda idarî yargı mercileri görevlidir¹⁴¹.

3. İktisadî Kamu Hizmetleri

İktisadî kamu hizmetleri bireylerin ve toplulukların mali güçlerinin yetersizliği nedeniyle yürütemedikleri iktisadi ve sınai nitelikteki faaliyetlerden oluşmaktaydı. Bu hizmetleri yürüten kurumlara da “iktisadî kamu kurumları” adı verilmiştir. Bu kuruluşlar Osmanlı Devleti idaresinde de görülmekle birlikte, ayrı tüzelkişiliğe Cumhuriyet döneminde özellikle de 1930’lı yıllarda sahip olabilmişlerdir.

Birinci Dünya Savaşından sonra sosyal devlet anlayışının yaygınlık kazanması sonucunda devletler ekonomik hayata aktif olarak müdahale etmiş, özel kişilerin sanayi, ticaret, tarım gibi alanlarda yürüttükleri faaliyetler de kamu hizmetleri haline getirilmiştir. Dolayısıyla bu hizmetler özel kişilerle yan yana yürütölmeye başlanmıştır¹⁴².

Bugün “Kamu İktisadi Teşebbüsü” (KİT) şeklinde adlandırılan bu kurumlardan 1961 Anayasasında söz edilmiş olmasına rağmen¹⁴³ tanımının bu Anayasada değil 1982 Anayasasında yer aldığını görmekteyiz¹⁴⁴. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin tanımlanmasına 1964 yılında çıkarılan 468 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetlenmesi Hakkında Kanunda” da rastlanmaktadır. Burada KİT’leri denetim açısından tanımlanmış ve “sermayesinin yarısından çoğu kamu kuruluşlarınca sağlanan ve yasa ile KİT olduğu belirtilen kuruluşlar Kamu İktisadi Teşebbüsüdür. 1984 yılında çıkarılan 233 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde

¹⁴¹ ONAR, Sıddık Sami: age., s.893 v.d.

¹⁴² GÜNDAY, Metin: age., s.302-303.

¹⁴³ 1961 Anayasası m.119 :”...Kamu İktisadi Teşebbüslerinin yönetim ve denetim işlerinde çalışanlar...üye olamazlar...”; m.127 :”...Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince denetimi kanunla düzenlenir”.

¹⁴⁴ 1982 Anayasasının 165.maddesinin başlığı “Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetimi” şeklindedir Madde içeriğinde yer alan “sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının TBMM.ce denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir” ifadelerinden KİT tanımının “sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları” olduğu ortaya çıkmaktadır.

Kararname” ise KİT, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının ortak adı olarak kullanılmıştır.

İktisadî kamu hizmetleri işleyiş ile dış ilişkiler yönünden kural olarak Özel Hukuk kurallarına tâbidir. Bunun yanı sıra, bu tür kamu hizmetleri belli açılardan Kamu Hukuku kurallarına tâbidir. Bu tür hizmetlerde asıl amaç kâr etmek değil, toplumsal ihtiyaçları gidermek suretiyle kamu yararını sağlamaktır. Kamu hizmetlerine egemen olan süreklilik, düzenlilik, değişkenlik, nesnellik ve eşitlik ilkeleri iktisadi kamu hizmetleri için de geçerli olduğu gibi, bu hizmetlere ilişkin kamulaştırma yapma, ceza kesme, idarî sözleşme yapma gibi kamusal yetki ve usuller de kabul edilmektedir. Bu kamu hizmetlerinin malları Devletçe veya tüzelkişilerince sağlanır ve kamu malı niteliğindedir. Personeli ise idarenin ajanıdır ¹⁴⁵.

İktisadî kamu hizmetlerini idarî kamu hizmetlerinden ayırmakta zorluklar yaşanmaktadır. Yürürlükteki yasal düzenlemeler durumu daha da güçleştirmektedir. Anayasanın 128. maddesi kamu iktisadi teşebbüslerini “genel idare esaslarına bağlı” olarak nitelemekte; iktisadi devlet teşekkülleri konusunda da yargı organları, bu teşekküllerin “günlük işleri ve fertlerle olan ilişkileri bakımından özel hukuka tâbi olduğunu ve bunun dışında kalan işlemlerini idarî işlem olarak kabul etmektedirler ¹⁴⁶.

4. Sosyal Kamu Hizmetleri

Sosyal kamu hizmetleri Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, sosyal yardım, sosyal güvenlik, emeklilik veya çalışma düzenine ilişkin faaliyetleri oluşturur. Ülkemizde Devlet sosyal konu ve sorunlarla II. Dünya Savaşından

¹⁴⁵ 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK), personele ilişkin hükümlerini düzenleyen ve 1988 tarihinde çıkarılan 308 sayılı KHK.de “KİT.lerde hizmetlerin işçiler dışında yalnızca sözleşmeli personel eliyle yürütülmesini öngörmüştür. Anayasa Mahkemesinin bu KHK.yi 22.12.1988 tarihinde E.1988/5, K.1988/55 sayılı kararıyla iptal etmesi üzerine (ilgili karar için bkz.15 Temmuz 1989 gün ve 20232 sayılı R.G.)399 sayılı KHK çıkarılmıştır. Bu KHK.nin bir kısım hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine (Anayasa Mahkemesinin 04.04.1991 tarihinde E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararı için bkz. 13 Ağustos 1991 gün ve 20959 sayılı RG.) 3771 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

¹⁴⁶ Daha fazla bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN age.,s.622 vd. Ayrıca, bu konudaki Uyuşmazlık Mahkemesinin14.5.1996 gün ve E.1966/11,K.1966/15 sayılı kararı için bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, S.103-106, s.544 vd.

sonra ilgilenmeye başladığından bu alandaki kamusal hizmet ve örgütler yenidir. Gerçekten de çalışma hayatını düzenleyen İş Kanunu 1936'da çıkarılmış, bu Kanunda öngörülen sosyal görevler ve teşkilâtlar ancak II.Dünya Savaşından sonra oluşturulmaya başlamıştır. Bu gelişim doğrultusunda da “sosyal devlet” olgusu ilk defa 1961 Anayasasında ifadesini bulmuştur¹⁴⁷. Aynı ilke 1982 Anayasasında da yer almıştır. Yine Anayasanın 60. maddesinde “herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacak tedbirleri alıp gerekli teşkilatı kurması gerektiği” belirtilmiştir. Anayasa bu genel hükümle yetinmemiş “sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenleri” de düzenleme altına almıştır¹⁴⁸.

“Sosyal Devlet, insanların birlikte mutlu bir düzene kavuşma eğiliminin ürünüdür”¹⁴⁹. Sosyalleşme işlemleri ile Devlet, kamu hizmetlerinden bireylerin daha çok yararlanmalarını sağlar, hiçbir ayırım yapmadan bütün sınıfların gereksinmelerini giderir¹⁵⁰.

Sosyal kamu hizmetleri genel olarak Devletin tekeli altında yürütülür. İş ve işçi bulma faaliyetleri bunun bir örneğidir. Nitekim bu amaçla, İş ve İşçi Bulma Kurumu, İşçi Sigortaları 1946 yılında kurulmuş; kamu kesiminde çalışan memur ve hizmetlilerin emeklilikleri daha önce Devlet ve çeşitli tekâüt sandıkları tarafından sağlanmakta iken 1949 'da kurulan Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne devredilmiş; 1960'da OYAK (Ordu Yardımlaşma Kurumu); 1964'de SSK daha sonra da Bağ-Kur kurulmuştur. Buna karşılık bu tür hizmetlerin bir kısmı ise özel sektör ile beraber yürütülmektedir. Örneğin özel sigorta şirketlerinin yaptıkları hastalık, kaza ya da hayat sigortaları.

¹⁴⁷ 1961 Anayasasının Cumhuriyetin Niteliklerinin düzenleyen 2.maddesine göre “T.C. insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.” 1982 Anayasasının 2.maddesine göre de “...*Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde...sosyal bir hukuk devletidir*”.

¹⁴⁸ 1982 Anayasasının 61.maddesi: “Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar. Devlet sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.Yaşlılar Devletçe korunur...Devlet korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır. Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.”

¹⁴⁹ ÇEÇEN, Anıl: Sosyal Demokrasi, Devinim Yayınları, Birinci Basım, Ankara Ocak 1984, s.11.

¹⁵⁰ ÇEÇEN, Anıl: Sosyal Demokrasi, age., s.11.

Sosyal kamu hizmetleri (memurların emeklilik işleri hariç) Özel Hukuk rejimine tâbi tutulmuşlardır. Bunun yanı sıra sosyal kamu hizmetleri de, tıpkı iktisadi kamu hizmetleri gibi, kimi unsurları ve amaçları yönünden özel kesim faaliyetlerinden farklı olduklarından, belli ölçüde Kamu Hukuku kurallarına da tabi tutulmuşlar¹⁵¹. Bu hizmetlerde kamu yararı son derece belirgin olup, kârlılık veya verimlilik rol oynamaz; bir kısım sosyal kamu hizmetlerine katılım da zorunludur.¹⁵²

5. Bilimsel, Teknik ve Kültürel Kamu Hizmetleri

Bilimsel, teknik ve kültürel kamu hizmetleri ilgili alanlara (müzik, resim, tiyatro, bale vs. gibi kültür hareketlerine) zamanla idarenin de katılmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu tür kamu hizmetleri, nitelikleri gereği idarî kamu hizmetlerinin örgüt biçimleri, görev ve yetki kuralları, usulleri ve işleyişleri ile bağdaşmazlar. Bunlar için özerk kuruluşlar, bağımsız personel ve daha serbest bir yapılanma kabul edilmiştir. Bu hizmetlerde, kamu ve özel yönetim biçimleri arasında karma bir yapılanma benimsenmiştir¹⁵³.

Bu tür kurumlara ülkemizde ilk olarak Osmanlı Devletinde rastlanmaktadır. “Muhtar darülfünûn” (özerk üniversite) Türkiye Cumhuriyetine intikal etmiş; fakat 1933’te Milli Eğitim Bakanlığına bağlanmıştır. Üniversiteler¹⁵⁴ ise 4936 sayılı Kanunla 1946 tarihinde

¹⁵¹ GÜNDAY, Metin: age., s.303.

¹⁵² GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ankara 2005, s.240-241. GÜNDAY, Metin:age., s.304.

¹⁵³ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age.,s.241; GÜNDAY, Metin:age.,293. Basın yayın kuruluşlarının son dönemlerde tekelleştiği ve ticari faaliyetlerin bir destekçisi konumuna geldiği gözlemlenmektedir. Ancak Ahmet İNSEL 29.01.2003 tarihinde Radikal Gazetesinde yayınlanan “Demokrasi,Medya ve Kamu Hizmeti” isimli makalesinde “bunun önleminin yasaklama olamayacağı”nı, dile getirmiştir. İlgili makale için bkz. <http://radikal.com.tr>

¹⁵⁴ Özerk üniversiteler ilk defa 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. 1961 Anayasasının 120.maddesi “Özerk Üniversite, tarafsız Radyo-Televizyon, Haber Ajansları” başlığını havi olup, madde içeriğinde “...üniversiteler özerkliğe sahip kamu tüzel kişilerdir” denilmiştir. 70’li yıllarda başlayan yürütmeyi güçlendirme eğiliminin neticesinde üniversitelerin özerkliği azaltılmıştır. 1982 Anayasasında ise yükseköğretim kurumları (üniversiteler) 130.maddede düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre “...kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur...”. 1982 Anayasasının 131.maddesinde ise üniversiteler arasında gerekli koordinasyonu sağlamak üzere Yükseköğretim Kurulu (YÖK) kurulmuştur. 19.02.2003 tarihli gazete haberlerine göre ise Milli Eğitim Bakanlığının “yükseköğretim reformu” çalışmaları kapsamında hazırladığı kanun taslağına göre “YÖK’ün yerine ‘Yükseköğretim Esgüdüm

kurulmuştur. Bunu, ayrı kamu tüzelkişiliği ile donatılıncaya kadar Milli Eğitim Bakanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü ve Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünün kurulması izlemiştir. Bundan başka TODAİE, İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi-İGEM (27 Ekim 1960'da 118 sayılı Kanunla), Türk Standartları Enstitüsü-TSE (18 Kasım 1960'da 132 sayılı Kanunla), TÜBİTAK (17 Temmuz 1963'te 278 sayılı Kanunla), Milli Prodüktivite Merkezi-MPM (8 Nisan 1965'te 580 sayılı Kanunla), MTA (233 sayılı KHK.ve ekli listeden çıkarıldığı için) ve Elektrik İşleri Etüd İdaresi (233 sayılı KHK.ve ekli listeden çıkarıldığı için) izlemiştir¹⁵⁵.

V. KAMU HİZMETİNİN YÜRÜTÜLÜŞ BİÇİMLERİ

A. Genel Olarak

Bir kural olarak idarî kararlar, idarenin tek taraflı tasarrufları ile alınır. Bildiğimiz gibi, idarî fonksiyonun temel amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Buna göre de, idarî etkinliklerde kural olarak ilgililerin rıza ve muvafakatı aranmaz. Yani, idare, almış olduğu icrai kararları re'sen icra yetkisine dahi sahiptir¹⁵⁶.

Kamu hizmetinin tanımında organik ölçüt bugün önemini yitirmiş, kamu hizmetinin mutlaka idare tarafından görülmesi bir zorunluluk olmaktan çıkmış ve bazı kamu hizmetleri özel kişilerle birlikte yürütülmeye başlanmıştır. Kamu hizmetlerinin idare tarafından görülme usulü emanettir. Buna karşılık, kamu hizmetleri ruhsat, müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve yap-işlet-devret usulleri ile özel kişilere de gördürülmektedir¹⁵⁷.

Kurulunun' (YEK)'' kurulması gündemdedir. İlgili haber için bkz. www.milliyet.com.tr/2003/02/19/son/sontur/14.html.

¹⁵⁵ Daha fazla bilgi için bkz. DURAN, Lütfi:İdare Hukuku, age., s.217-224; GÜNDAY, Metin: age., s.304.

¹⁵⁶ BALTA,Tahsin Bekir: age., s.3 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s.474 vd.; ÖZAY, İl Han: age., s.12.

¹⁵⁷ GÜNDAY, Metin: age.,s.306.

B. Emanet Usulü

Emanet usulü, bir kamu hizmetinin kamu kesiminde yer alan tüzelkişilere gördürülmesidir¹⁵⁸. Emanet usulünde, kamu hizmeti Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından doğrudan doğruya veya kendi örgüt ve hizmete tahsis ettikleri aynı ve şahsi vasıtalarıyla yerine getirilir.¹⁵⁹

Emanet usulünde önemli olan; hizmetin doğrudan devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince görülmesidir. 2826 sayılı Devlet İhale Kanunu bütün kamu hizmetlerinin, türüne ve niteliğine bakılmaksızın, emanet usulü ile icra edilebilmesine olanak sağlamasına ve bu konuda herhangi bir kayıt ya da istisna getirmemesine karşın, **1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu emanet usûlünü kaldırmıştır**¹⁶⁰. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda değişiklik yapan 4964 sayılı Kanun da bu yönde herhangi bir değişiklik getirmemiştir.

Bu usulün belirgin özellikleri şu şekilde sıralanabilir¹⁶¹:

- Hizmet, Devlet tüzelkişiliğinin veya bir kamu idaresinin faaliyeti olarak görünmektedir (hizmet, ayrı bir tüzelkişilik olarak örgütlenmemiştir). Bu hizmetler ilgili idare tüzelkişisinin değişik faaliyetleridir. Osmanlı reform döneminde “şehremaneti”, “Rüsum emaneti” gibi bazı kamu hizmeti örgütlenmelerine rastlamaktadır. Ülkemizde ise kamu hizmetleri “Bakanlık” biçiminde örgütlenmiştir¹⁶².

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin 12.01.1971 gün ve E.1969/31, K.1971/3 sayılı kararında da belirtildiği üzere “...kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi Anayasanın temel ilkelerindendir...”. İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S.9, s.134-139.

¹⁵⁹ AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, s.334; GÜNDAY, Metin: age., s.306; DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, age., s.328; ONAR, Sıddık Sami: age., s.43; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.642; ÇIRAKMAN, Birsen: agm., s.86.

¹⁶⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olup bu Kanunda “rekabet ilkesi” temel alınmıştır. Bu Kanunla idarelerin kurmuş oldukları şirket, vakıf v.b. tüzel kişiliklerden mal alımları yasaklanmıştır.

¹⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: age., s.642, 643.

¹⁶² 1982 Anayasasının 113.maddesine “kanunla kurulabilen, kaldırılabilen, görev yetkileri kanunla belirlenen” Bakanlıklar, kamu hizmetini bağımsız olarak değil, Devlet tüzelkişiliğini temsilen yerine getiren kuruluşlardır. 1961 Anayasasının 106.maddesindeki “Bakanlıklar kanunun koyduğu esaslara göre kurulur” hükmü ve o dönemdeki 4951 sayılı Bakanlıkların Kurulması

- Hizmetin yürütülmesi için gerekli ödenek hizmetin sahibi idarenin bütçesinde yer almakta; bu bütçenin bağlı olduğu usuller çerçevesinde ödenmekte ve denetlenmektedir.

- Hizmeti görenler kamu görevlisidir,

- Hizmetin yürütülmesi sırasında yapılan işlemler idari işlemdir.

Şunu da belirtelim ki, bir hizmetin mutlaka kamusal yönetim usulleri ile görülmesi emanet usulünün belirleyici niteliği değildir. Kamusal yönetim usullerine tâbi kamu hizmetleri gibi özel yönetim usullerine tâbi kamu hizmetleri de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunundan önce emanet usulü ile görülebilmekteydi.

C. Müşterek Emanet Usulü

Müşterek emanet usulünde idare tarafından kurulmuş bulunan bir hizmet özel kişilere gördürülmekte; hizmeti gören özel kişi hizmetin giderlerinin hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle karşılamakta ve bir kazanç elde ettiğinde bunu idare ile paylaşmaktadır. Müşterek emanet usulünün tek örneği, günümüzde neredeyse yok olan sahil fenerlerinin kurulması ve işletilmesi ile ilgili sözleşmelerdir¹⁶³. Bununla beraber 3096 sayılı Kanuna göre yapılan işletme hakkı devir sözleşmesi ile kurulan ilişkinin de “müşterek emanet” olara nitelendirilmesi gerektiğini savunanlar da vardır¹⁶⁴.

Müşterek emanet sözleşmesinin imtiyaz sözleşmelerinden farkı; müşterek emanette sermaye ve hasar idareye, imtiyazda ise kural olarak özel hukuk kişisine aittir¹⁶⁵.

Hakkında Kanunun 1.maddesindeki “Devlet Daireleri Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onamasıyla Bakanlıklara ayrılır” hükmü gereği Kanunun yürürlük tarihi süresince Bakanlıklar idari işlemlerle kurulabilmiştir. 1982 Anayasası ise bu uygulamaya son vermiş ve “kanunla kurulma” şartını getirmiştir. 3046 sayılı Bakanlıkların Görevleri ve Kuruluş Esasları Hakkındaki Kanun ise Anayasanın 113. maddesi hükmü gereği çıkarılan kanun olup halen uygulamadadır.

¹⁶³ ÖZAY, İl Han: age., s.252; ONAR, Sıddık Sami: age., s.45.

¹⁶⁴ AZRAK ve ÖZAY’ın 3096 sayılı Kanunla ilgili olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verdikleri bilimsel görüşlerde bu tez savunulmaktadır.

¹⁶⁵ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.152.

D. İltizam Usulü

İltizam usulünde idare tarafından kurulmuş bir hizmet, önceden kararlaştırılan götürü veya orantılı bir bedel karşılığında özel bir kişi tarafından yürütülmektedir. İltizam usulü Osmanlı döneminde tarım ürünleri vergilerinin toplanmasında kullanılmıştır¹⁶⁶.

Daha çok malî konularda uygulama yeri bulan iltizam, Cumhuriyet döneminde, vergi tahsilinde kullanılamaz olmuş, sadece göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki Hazineye ait dalyan ve volilerden yararlanmak ve bir de Devlet tekelinde bulunan reasürans (mükerrer sigorta) hakkını işletmek hususunda başvurulmuş bir muameledir. Günümüzde iltizam usulü kullanılmamaktadır¹⁶⁷.

E. İmtiyaz Usulü

İmtiyaz, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişiye kurulması ve/veya işletilmesi usulüdür. İmtiyaz usulünde idareye *imtiyaz veren*, hizmeti gören özel kişiye *imtiyaz sahibi* veya imtiyazcı denmektedir.

¹⁶⁶ Osmanlı Döneminde örneğin “aşar” veya “öşür” denilen tarım ürünleri vergisi gibi vergilerin toplanması iltizam usulüne bağlanmış idi.

¹⁶⁷ Prof. Dr. ÖZAY, iltizamın sona erme sebebi hakkında şu ifadeleri kullanmaktadır: “Osmanlı İmparatorluğu döneminde özellikle vergi toplama alanında kullanılan ve çok kötü anılar bırakmış olan ‘iltizam usulü’nde halktan toplanan miktarın belli bir kısmı idareye bırakıldıktan sonra geri kalanı ‘mültezim’in yani özel hukuk kişinin olduğu için, bu zamanla bir sömürme ve soygun haline dönüşmüştür. Halbuki Fransa’da bazı çok kötü örnekleri de olmasına karşın idare tarafından kurulmuş ve hazırlanmış bir hizmet alanında işletmenin belli bir bedel karşılığı özel hukuk kişisine devredilmesi söz konusu olduğundan bu bir tür kira sayılabilir. Mültezimin kamu hizmetini yürütme karşılığı idareden sözleşmede kararlaştırılmış belli bir hak edışı alması ne kadar doğalsa, sonradan yozlaşmış şekli ile hizmetten yararlananlardan alınan katkı payını olabildiğince yükseltip masrafları da o denli indirerek aradan fahiş kâr elde etme yöntemi de kamu yararına o kadar ters düşer. Zaten bu usulün artık hiç uygulanmıyor olmasının sebebi de budur”. Bkz. ÖZAY, İl Han: age., s.254, 398 no’lu dipnot. Ayrıca iltizam hakkında bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.307.

Müşterek emanet ve iltizam usullerinde idarenin özel kişilere sözleşme ile bir hizmet veya iş tevdi etmesi söz konusu ise de; bunun gerek mevzuu, gerek şartları kamu hizmeti imtiyazından tamamen ayrı ve farklıdır¹⁶⁸.

F. Ruhsat Usulü

Ruhsat usulü, idarenin bir kamu hizmetinin özel kişinin görmesine dair vermiş olduğu tek taraflı bir işlem, bir izindir. Bugün belediyeler tarafından yürütülen toplu taşımacılık hizmetleri veya eğitim ve sağlık hizmetlerinde ruhsat usulü geniş bir uygulama alanı bulmaktadır¹⁶⁹.

Ruhsat usulünde idare, kamu hizmetini yürüten özel kişi üzerinde gözetim ve denetleme yetkisine sahiptir. Örneğin; eğitim alanında, eğitimin devletin gözetim ve denetiminde yapılabileceğine dair Anayasa hükmü, özel okulların tâbi olduğu esaslar ve çalışma koşulları; sağlık alanında ise, sağlık Bakanlığı ve diğer bakanlıkların gözetim ve denetim yetkileri; belediyelerin toplu taşımada özel halk otobüsleri üzerindeki denetleme ve ceza verme yetkileri¹⁷⁰ idarenin ruhsat vererek gördürdüğü kamu hizmetleri üzerindeki yetkilerinin çeşitli görünümleridir.

Ruhsat verilmesi işlemindeki yetki kullanımında Bakanlıklar açısından genelde bir sorun bulunmamakla birlikte, büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasında sorunlar yaşandığı gözlemlenmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında “...*uyuşmazlık konusu büfenin bulunduğu sokağın hangi belediyenin yetki alanına girdiği ve buraya büfe yapma izninin hangi belediye tarafından verileceğinin bu kurallar gereğince saptanarak, 1580 sayılı Kanunun 15.maddesinin 10 ve 11.fıkralarına göre Büyükşehir*

¹⁶⁸ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku, age., s.334.

¹⁶⁹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s.647.

¹⁷⁰ Bkz. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m.7/f; 5393 sayılı Belediye Kanunu m.14/a. Ayrıca Lütfi Duran’a göre, “*Aslında belediyelerin asli görevleri arasında yer alan ve bizatihi yerine getirmekle yükümlü oldukları toplu taşıma hizmetinin özel kişilere bırakılması geçici ya da önlem niteliğindedir ve er-geç sona erdirilmelidir. Türkiye’de bu konudaki uygulama ise olağan ve sürekli sayılma eğilimindedir*”. İlgili görüş için bkz. DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret Modeli”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.),C.46, 1991, S.1-2, s.158.

*Belediyesinin işlem yapmaya yetkili olup-olmadığına karar verilerek davanın sonuçlandırılması gerekir...*¹⁷¹ demiştir.

Yine son dönemlerde özellikle elektrik hizmetlerinin gördürülmesinde imtiyaz usûlünden vazgeçilip ruhsat usûlüne geçildiğini görmekteyiz. Bu sürecin daha anlaşılabilmesi için elektrikteki tarihsel gelişimi anlatmakta fayda vardır:

Türkiye'nin ilk elektrik enerjisinin 1902 yılında Mersin/Tarsus'ta su değirmeninden elde edilen elektriğin kasabaya/ilçeye verilmesiyle kullanıldığını görmekteyiz. İlk sistematik elektrik üretimi ise 1914 yılında Osmanlı Elektrik Anonim Şirketinin İstanbul için yaptığı üretimdir. İlk bölgesel üretim ise Çatalağzı Termik Santralinin kurulmasıyla yapılmış, 1956'da Sarıyar Elektrik Santralinin kurulmasıyla da Anadolu enterkonnekte sistemi oluşturulmuştur. 1953'te Çukurova Elektrik, 1956'da ise Kepez Elektrik kurulmuştur. 1960 tarihinde ise DSİ Genel Müdürlüğünün işletmekte olduğu hidroelektrik santralleri Etibank'a devredilmiştir. 1970 yılında TEK kurulmuş, bu tarihten sonra da işletilen santralleri belediyelerin işlettiği bazı santraller hariç bu kurum devralmıştır. TEK ve belediyeler arasındaki elektriğe ilişkin düalizmi kaldırmak için 03.09.1982 tarihinde 2705 sayılı Kanun çıkarılmıştır. 2705 sayılı kanunla elektriğin santrallerde üretiminden abonelere dağıtımına kadar münhasıran TEK yetkili kılınmıştır. 1980'li yıllardaki özelleştirme akımı çerçevesinde çıkarılan 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesiyle elektrik hizmetlerinin özel kişilere imtiyaz yoluyla gördürülmesinin önü açılmıştır. 1982 Anayasasında 4446 sayılı Kanunla 1999 yılında değişiklikten sonra çıkarılan 4493 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra elektrik hizmetlerinin özel kişilere

¹⁷¹ Danıştay 8. Dairesinin 29.11.1990 tarihinde verdiği E.1989/723, K.1990/1485 sayılı bu karar için bkz. Danıştay Dergisi, S.82-83, s.591 v.d. Gerçi sayın KARAHANOGULLARI, "kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden olan ruhsatın (izin), kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olamayacağını" söylemektedir. İlgili görüş için bkz.KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti, age., s.318.

göndürülmesinde imtiyaz yöntemi terk edilmiştir¹⁷². Son olarak da 20.02.2001 tarihinde çıkarılan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile elektrik hizmetlerinin özel kişilere göndürülmesinde imtiyaz yöntemi terk edilerek “ruhsat” usûlüne dönülmüştür¹⁷³.

Şunu da belirtelim ki, kamu hizmetlerinin bedelsizlik ilkesi ruhsat usulü ile göndürülen kamu hizmetlerini de etkiler. Bu ilkenin uzantısı olarak, kâr elde etmek isteyen özel kişinin faaliyetinde belirleyeceği bedel idare tarafından belirlenmekte ya da değişen koşullara göre idare özel kişiden gerekli değişiklikleri talep edebilmektedir. Zira, burada yürütülen faaliyet bir kamu hizmetidir ve faaliyetin asli sahibi devlettir.

G. Yap-İşlet-Devret Usûlü

Günümüzde, çeşitli ülke ve uluslararası kuruluşların sahip olduğu büyük finansman ve teknoloji olanaklarını, Devlet bütçesinin sınırlı kaynakları ile yapılamayacak altyapı yatırımlarını hızla gerçekleştirmek ve toplumun hizmetine sunmak amacıyla kullanmak için geliştirilen finansman modellerinden biri de yap-işlet devret modelidir. "Yap-işlet-devret modeli, kamunun görev alanına giren bir yatırım veya hizmetin, yatırım ve işletme döneminde yapılacak masrafları yüklenen ve karşılığında yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi, önceden belirlenen bir süre ve tarife üzerinden işletme hakkına sahip olan bir şirket eliyle göndürülmesidir."¹⁷⁴

Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli, *“ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen*

¹⁷² GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, age., s.325.

¹⁷³ 4628 sayılı Kanun “ruhsat” ifadesi yerine aslında “Lisans” ifadesini kullanmıştır. Lisans Genel Esasları ve Lisans Türleri Kanunun 3. ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Lisanslar, faaliyetlerin birden fazla tesiste yürütülmesi durumunda her tesis için ayrı ayrı alınacak (m.3/a-1); bir defada en az 10 en fazla 49 yıl için verilebilecek (m.3/a-4); Lisans Bedelleri yıllık olarak Kuruma (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu) ödenecektir (m.3/a-6). Lisanslar ayrıca Üretim, İletim, Dağıtım,...Otoprodüktör ve Otoprodüktör Grubu Lisansları olmak üzere değişik sınıflara ayrılmıştır (m.3).

¹⁷⁴ EMEK, Uğur: Ek ve Değişiklikler İle Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, DPT, Kasım 2002, s. 3; ERYILMAZ, Bilâl: “Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler”, Türk İdare Dergisi, Y.61, S.382, s.41.

özel bir finansman modeli olup yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini"¹⁷⁵ ifade eden bir modeldir. Bu modelin getirilmesinden amaç çeşitli yatırım projelerinin devlet bütçesine yük olmadan gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Bu suretle kısıtlı finansman kaynaklarının kamu düzeni ve milli güvenliğin sağlanması doğrultusunda etkili kullanımı sağlanacaktır¹⁷⁶. Yine oluşturulacak yabancı ortaklıklar sayesinde ülkeye yabancı sermayenin girişi, ileri teknoloji ve bilgi transferi sağlanacaktır.

"Yap-İşlet-Devret, bir sözleşme tipi değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modelidir."¹⁷⁷ Bu model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım ile yatırımcı, kaynak ihtiyacı olan tarafa ait arazi üzerinde taraflarca kararlaştırılan tesisi yapacak, belli bir süre bunu işletecek ve sonra da diğer tarafa devredecektir. Böylelikle yatırım bedeli, tesisin işletilmesi ile elde edilen gelirden ödenmiş olacaktır.

Yap-İşlet-Devret modelinin temeli 4 Aralık 1984 tarihli ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"dur¹⁷⁸. Bu kanun ile TEK dışındaki özel kuruluşlar da elektrik üretim ve dağıtımı yapabilmekteydi. Her ne kadar bu uygulama elektrik üretimi-dağıtımı konusunda kanunla sınırlandırılmış gibi gözükse de bu tarihten itibaren bir

¹⁷⁵ Bkz. 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi. 3996 sayılı Kanun 08.06.1994 tarihinde kabul edilmiş, 13.06.1994 günlü ve 21959 sayılı Resmî Gazete de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁶ DERDİYOK, Türkmen: "Yap-İşlet-Devret Modeli", Yaklaşım Dergisi, Eylül 1993, s.95.

¹⁷⁷ SİRMEN, Lâle:"Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci Baskı, Ankara, 19.06.1996, s. 11; GİRİTLİ, İsmet-Pertev-BİLGİN-Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.851.

¹⁷⁸ 3096 sayılı Kanun 19 Aralık 1984 gün ve 186101 sayılı RG.de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

çok belediye bir takım alanlarda Yap-İşlet-Devret modelini uygulamıştır¹⁷⁹. Aynı Kanunun 16.08.1985 tarih ve 3799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uygulama yönetmeliği çıkarılmıştır.

3096 sayılı Kanunla getirilen modelin imtiyaz modelinden hiçbir farkı yoktur¹⁸⁰. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da Yap-İşlet-Devret sözleşmelerini niteliği bakımından imtiyaz sözleşmesi olarak kabul etmiştir¹⁸¹. Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri ihaleye çıkılmadan bir imtiyaz sözleşmesi şeklinde oluşturulduğu için Bakanlar Kurulu Kararı ile işlerlik kazanmış, Danıştay incelemesine tâbi tutulmuştur; çıkan uyuşmazlıkların çözüm mercii de Danıştay olmuştur. 3096 sayılı Kanun yabancı şirketler için bir tahdit getirmemesine rağmen, 6224 sayılı Yabancı Sermaye Kanununun 1. maddesiyle, hususi imtiyaz teşkil eden şirketlere izin verilmediği için işi yapacak, üstlenecek ve tesis işletecek yabancı sermayeli şirket kurulmasının önüne geçilmiştir. Ancak bu durum da çok uzun sürmemiş

¹⁷⁹ Ankara Büyükşehir Belediyesi metro yapımı ve işletmesi için 1989 yılında Kanada'lı bir firma ile sözleşme akdetmiştir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi de hafif metro, Bebek'te kazıklı marina, doğalgaz şebekesi kurulması ve işletilmesine yönelik sözleşmeler yapmıştır. Bkz. DURAN, Lütfi: "Yap-İşlet-Devret Modeli", AÜSBFD.,C.46, 1991, S.1-2, s.148.

3030 sayılı Kanunun 6/A maddesinde sayılan görev ve hizmetlerden; "yapmak veya yaptırmak", "kurmak veya kurdurmak", "işletmek veya işlettmek şeklinde bir ifade kullanılarak sayılanlara Büyükşehir Belediyelerince YİD modelinin tatbik edilmesinin mümkün olduğu, bunların dışında kalan ve müdahaleci, düzenleyici ve ruhsata bağlayıcı mahiyet taşıyan ve kamu kudretinin kullanılmasını gerektiren diğer görev ve hizmetlere bu modelin tatbik edilemeyeceği kabul edilmektedir. İlgili görüş için bkz. BİLİR, Ali-H.Engin ŞENALP: "Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği", Türk İdare Dergisi, S.382, Mart-1989, s.157.

¹⁸⁰ Lütfi DURAN'a göre "3096 sayılı Kanunun 4.maddesiyle düzenlenen elektrik üretim müsaadesi gerçekte kamu hizmeti imtiyazı benzeri"dir. İlgili görüş için bkz. DURAN, Lütfi:"Yap-İşlet-Devret Modeli", agm., s.155. Ayrıca Danıştay 1. Daire Başkanlığı da 24.09.1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı istişari kararında, "4 Aralık 1984 Günlü 3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görev şirketi sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıdığı ve Anayasa hükmü gereği olarak Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiği"ne hükmetmiştir.

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi 28 Haziran 1995 gün ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararıyla "Yap-İşlet-Devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazı olduğuna karar vererek 'bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir' cümlesini iptal etmiştir. İlgili karar için bkz. 20 Mart 1996 gün ve 22586 sayılı RG.

Danıştay 1.Dairesinin 20.03.1997 gün ve E.1996/84, K.1997/30 sayılı kararında da "...3996 sayılı Kanun çerçevesinde kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel hukuk kişileri arasında yapılacak olan sözleşmelerin bu kanuna tâbi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu..." belirtilmiştir; Danıştay 10. Dairesi, E.1991/1, K.1993/1752 sayılı ve 29.4.1993 tarihli kararı, Danıştay Dergisi sayı.88, s.463-466.

Yine Danıştay 10.Dairesi Başkanlığı 29.04.1993 gün ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararıyla idarenin bir şirket ile yaptığı sözleşmeyi imtiyaz sözleşmesi sayarak iptal etmiştir.

6224 sayılı Kanun 4875 sayılı Doğrudan Yatırımlar Kanunu¹⁸² ile ilga edilmiştir. Bu kanunun 3. maddesinin (1) nci bendinde “*yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir*” denilmiş; aynı maddenin (2) nci bendinde “*Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla aynı muameleye tâbi tutulurlar*” hükmü getirilerek, özel kanunlardaki ve uluslararası anlaşmalardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla yatırımlardaki yerli-yabancı ayrımı kaldırılmıştır.

Yap-İşlet-Devret ile ilgili olarak çıkarılan bir diğer kanun da 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrolü, Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”¹⁸³dur. “Bayındırlık imtiyazı” olarak adlandırabileceğimiz bu Kanunla Karayolları Genel Müdürlüğü tek başına yetkili kılınmıştır¹⁸⁴. İlgili Bakanlık olan Bayındırlık ve İskân Bakanlığı yalnızca otoyol geçiş tarifelerini onaylamak¹⁸⁵ ve kanunun uygulaması ile ilgili yönetmeliği hazırlayıp Bakanlar Kuruluna sunmakla görevlidir¹⁸⁶.

Yasama politikası açısından bu düzenlemenin yerindeliği ve yeterliliği bir yana, “bayındırlık imtiyazı” içeren bir sözleşmenin Anayasanın 155. maddesi gereğince Danıştay incelemesinden geçirilerek (1999 Anayasa değişikliğinden önce) Bakanlar Kurulunca kararlaştırılması zorunlu iken, tümü ile bir kamu tüzelkişiliği olan Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkisine bırakılması izah ve kabul edilemez¹⁸⁷.

¹⁸² Bkz. 17 Haziran 2003 tarihli ve 25141 sayılı RG.

¹⁸³ Bu kanun 2 Haziran 1988 gün ve 19830 sayılı R.G.de yayımlanmıştır.

¹⁸⁴ 3465 sayılı Kanunun 5/1. maddesine göre Karayolları Genel Müdürlüğünün vereceği görev “...bütün tesisleri ile otoyolun veya yolculukla ilgili hizmet tesislerinin projelendirilerek veya projesine göre yapımı, bakımı ve işletilmesini kapsar...”. Buna ilişkin yapılacak sözleşmenin süresi bütün tesislerin yapım, bakım ve işletilmesini de içermek üzere 49 yılı aşamaz(m.50/2).

¹⁸⁵ 3465 sayılı Kanun m.7/1.

¹⁸⁶ 3465 sayılı Kanun m.11.

¹⁸⁷ DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret Modeli”, agm., s.157.

Yap-İşlet-Devret Modeli hakkında daha geniş bilgi için bkz. BİLGİN, Pertev: “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında”, Kamu Hukuku Bülteni, S.3, Mart 1990,s.1-6; BİLGİN,Pertev: “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, I.Uluslararası İdare Hukuku Kongresi İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1990, s.799-804; DEMİRKİRAN, Arif: “An Approach to Project Financing Build-Operate-Transfer (B.O.T) Model”, Bayers, Highlights, Autumn, 1988, s.17-19; PİRLER, Orhan: “Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.4, S.1, Ocak 1995, s.47-

Hem 3096 sayılı Kanunun hem de 3465 sayılı Kanunun sadece otoyol ve elektrik konusunda bir düzenleme getirmeleri, bunların uygulanması sırasında karşılaşılan ve özellikle bu Kanunlara göre akdedilen sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri sayılmasından kaynaklanan güçlükler nedeniyle gerek bu Kanunların kapsamını genişletmek ve gerekse karşılaşılan güçlükleri bertaraf etmek amacıyla Danıştay 10.Dairesi Başkanlığının idarenin bir şirket ile yaptığı sözleşmeyi iptal eden 29.04.1993 gün ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararından¹⁸⁸ sonra, 1994 yılında, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun¹⁸⁹ yürürlüğe konmuştur. 3996 sayılı Kanunun yayınlanmasını müteakip Bazı Yatırımların Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı yürürlüğe girmiştir¹⁹⁰.

3996 sayılı Kanunun amacı; kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek mali kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktır. 3996 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında görevlendirilmesine olanak tanınmıştır. Böylece özel hukuk kişilerine gördürülebilecek hizmetlerin kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

50; SİRMEN, Lâle: “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Ankara 19 Haziran 1996, s.11-17; TAN, Turgut: “İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Ankara 19 Haziran 1996, s.23-40; ULUATAM, Özhan: “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, İşveren Dergisi, C.XXVIII, S.5, Şubat 1989, s.27-29.

¹⁸⁸ İlgili karar için bkz. Danıştay Dergisi, S.88, s.463-466.

¹⁸⁹ Bu kanun 13 Haziran 1994 gün ve 21959 sayılı RG.de yayımlanmıştır.

¹⁹⁰ Bkz. 1.10.1994 tarihli ve 22068 sayılı RG.; KAPLAN, İbrahim : “Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Sözleşmeleri” , Batider, Aralık 1998, Cilt XIX, Sayı 4, s.15.

Yine 3996 sayılı Kanuna göre, bu Kanunda sözü edilen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırmak isteyen idarelerin Yüksek Planlama Kurulu'ndan izin almaları gerekmektedir. Bu izin alındıktan sonra nitelikleri belirtilen bir yerli ya da yabancı şirketle sözleşme yapılacaktır. Yapılacak sözleşme en fazla 49 yıllık olabilir. Bu model kapsamında üretilen mal ve hizmetler karşılığında ödenecek olan ücretler idarenin bağlı ya da ilgili olduğu Bakanlık tarafından belirlenecektir. İdare, görevlendirdiği şirket lehine kamulaştırma yapabilecek ve yapılan yatırım ve hizmetler sözleşme süresi sonunda tüm tesisleriyle, taşınır ve taşınmaz malları ile birlikte her türlü taahhütten arındırılmış şekilde idareye devredilecektir.

3996 sayılı Kanunun en önemli düzenlemesi, Anayasa'da uluslararası tahkime yönelik düzenlemeler yapılmasına kadar uzanan sorunların kaynağını oluşturan 5 inci maddesi ile getirmiş olduğu düzenlemedir. Kanunun ilk halinde 5 inci madde şu şekilde düzenlenmiştir: *"Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir."*

Bu hükmün ilk cümlesi Anayasa'nın 155 inci ikinci cümlesi de Anayasa'nın 2,11,37 ve 125 inci maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.¹⁹¹ Anayasa Mahkemesi aynı kararında, 3996 sayılı yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından ve yap-işlet-devret sözleşmelerinin de "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden başka bir şey olmadığı"nı belirtmiştir. 3996 sayılı Kanun'un 5

¹⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih, E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı için bkz. 20 Mart 1996 günlü ve 22586 sayılı RG. Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki 09.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı bir başka kararı için bkz. 24.1.1995 tarih ve 22181 sayılı RG. Ayrıca yukarıdaki kararlar dışında, Anayasa Mahkemesi, 4180 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değiştirilen 3996 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin *"Bu Kanun'un 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler..."* bölümü, Anayasa'nın 153 üncü maddesine aykırı bulunarak iptaline 26.3.1997 tarihinde karar vermiş ve E.1996/63, K.1997/40 sayılı bu karar 28.06.2001 günlü ve 24446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

inci maddesinin, yap-işlet-devret sözleşmelerinin Danıştay denetiminden geçmesini engellemek amacıyla düzenlendiğini, oysa söz konusu sözleşmelerin Danıştay ön denetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Bu karardan sonra Danıştay , bu tür sözleşmelerdeki tahkim şartlarını “2572 sayılı Danıştay Kanunu (m.24/1) ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (m.2/1-c) hükümleri nedeniyle, bu sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisinin idari yargıya ait olduğunu belirterek sözleşme metinlerinden”¹⁹² çıkartmıştır. Anaysa Mahkemesi’nin bu kararı doktrinde eleştirilmiş ve tahkimin alternatif bir yargılama yöntemi olduğu, idari/adli yargı ayrımının tahkime engel olmadığı, kararın tahkim yolunu açıkça kapatmadığı ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslar arası antlaşmalarla bağdaşmadığı görüşleri ileri sürülmüştür.¹⁹³

13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile Anayasa’nın 47 inci maddesine eklenen fıkra, “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk hükümleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü getirilmiş ve ayrıca Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi de, bu sözleşmeler hakkında “iki ay içinde görüş bildirmek” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. “Yasa koyucu, bu hükümden yararlanarak, 20.12.1999 tarihli ve 4493 sayılı Yasa ile”¹⁹⁴ 3996 sayılı Kanun’un 5 inci maddesi hükmünü şu şekilde değiştirmiştir: “Yüksek Planlama Kurulu’nca belirlenen İdare ile sermaye şirketi arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.”

¹⁹² Prof. Dr. TAN, söylediklerini destekler nitelikte bir Danıştay kararı örneği olarak Danıştay 1. Dairesinin, 10.4.1996 tarih ve E.995/178, K.996/78 sayılı kararını (yayınlanmamıştır) göstermektedir. (Bkz. TAN, Turgut: “İdare Hukuku ve...”, agm., s.11.

¹⁹³ SAKMAR, A.: “Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği”, Türk-Fransız Uluslar arası Ticari Tahkim Semineri, İstanbul 27-28 Nisan 2000 (yayınlanmıştır).

¹⁹⁴ TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri” , Hukuk Kurultayı 2000, İzmir Barosu, s.463.

Bu durumda, "...artık, yukarıda zikredilen ve hukuk politikası bakımından önemli tartışmalara yol açmış olan anayasal değişikliklerin gösterdiği üzere, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay sadece düşüncesini bildirmekle yetkili olduğu gibi, bu sözleşmelerin milli veya milletlerarası tahkim yolu seçilmek suretiyle idari yargı çerçevesi dışına çıkartılması da mümkündür. Ayrıca devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel (gerçek veya tüzel) kişilere devredilmesinin bir imtiyaz sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilmesi zorunluluğu da artık yoktur ve bu hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kişilere yaptırılabilceğini kanun yoluyla belirlemek imkanı kanun koyucuya tanınmıştır. (...) bugün 3996 sayılı Kanun kapsamında idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak yap-işlet-devret sözleşmeleri özel hukuka tabidir."¹⁹⁵ Oysa Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen kararında belirtildiği gibi, "Anayasa yargısı alanında bir hizmetin 'kamu hizmeti' bir sözleşmenin de 'imtiyaz sözleşmesi' olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz. Tersi durum, Anayasa'nın yargıya ve öndenetimine ilişkin kurallarıyla bağdaşmaz. ..."¹⁹⁶ Bu durumda, söz konusu değişikliklere rağmen yap-işlet-devret sözleşmelerinin konusu aynı kaldığına göre , -uygulamadan doğan ihtiyaçlar nedeniyle "özel hukuka tabi" olsalar da-bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleriyle de örtüşen bir yanlarının bulunduğunu kabul etmek gerektiği düşünülebilir.

¹⁹⁵ GÜRZÜMAR, O.B. : Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001, s.214-215.

¹⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı için bkz. 20 Mart 1996 gün ve 22586 sayılı RG.

Ayrıca 4501 sayılı Kanun'un, 3996 sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasında yaptığı değişiklik¹⁹⁷ sonucu 3996, 3096 ve 3465 sayılı Kanunların kapsamına giren işlere de 3996 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin uygulanmasına, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde görevli veya sermaye şirketinin başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenecek ve bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilecektir. Nitekim uygulamada bu düzenlemenin hayata geçirildiği görülmektedir.¹⁹⁸

¹⁹⁷ 4501 sayılı Kanun, Madde 7- 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun geçici 1 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tâbi proje ve işlere de bu Kanunun 5 inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli 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. Bkz. 22 Ocak 2000 gün ve 23941 sayılı RG.

¹⁹⁸ Konuyla ilgili örnek uygulamalar şu şekilde sıralanabilir: 2000/1014 sayılı, Yukarı Akçay Hidroelektrik Santrali Projesine 3996 Sayılı Kanunun 4492 Sayılı Kanun ile Değişik 5. Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 09.8.2000 tarih ve 24135 sayılı RG) ; 2000/1015 sayılı , Akköy II Hidroelektrik Santrali Projesine 3996 Sayılı Kanunun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 09.8.2000 tarih ve 24135 sayılı RG.); 2000/1397 sayılı, Karadeniz-Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali Projesine (3096 Sayılı Kanuna Tabi) 3996 Sayılı Kanunun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması hakkında Karar (bkz. 28.10.2000 tarih ve 24214 sayılı RG.) ; 2000/1359 sayılı , Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik üretimi, İletimi ,Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında (3096 Sayılı) Kanuna Tabi Yalova Kojenerasyon Termik Santrali Projesine 3996 sayılı Kanunun 4493 Sayılı kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 03.11.2000 tarih ve 24219 sayılı RG.) ; 200/1361 sayılı, Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi; Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında (3096 Sayılı) Kanuna Tabi Eskişehir Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali Projesine 3996 sayılı Kanunun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 03.11.2000 tarih ve 24219 sayılı RG.) ; 2000/1362 sayılı, Tunçbilek A-B Termik Santrali İşletme Hakkı Devri Projesine, (3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tabi) 3996 sayılı Kanunun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 03.11.2000 tarih ve 24219 sayılı

Doktrinde, “Yap-işlet-devret yönteminin uygulanmasında yabancı sermayeden yararlanılmak istenmesi ancak, yabancı yatırımcıların yapılacak sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini istemeleri karşısında çözüm arayışına girilmiştir. Sonuçta Anayasa değişikliği tek çözüm olarak görülmüştür.”¹⁹⁹ Bu yöndeki Anayasa değişikliğinin Genel Gerekçesindeki²⁰⁰ ifadelerde belirtilmiştir. Ancak Gerekçenin kendi içinde çelişkiler taşıdığı düşünülebilir. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinde tahkime başvuru imkanı tanınmasının nedeni ve gerekçesi olarak, bu sözleşmelere taraf olan (özellikle, “yabancı”) “yatırımcının sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yolu çözümlenmesini istemesi” gösterilmiştir. Uygulamada, bu gerekçenin geçerli olduğunu destekleyen yöndeki bazı görüşler yukarıda belirtilmişti. Ezcümle, sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi değil, “imtiyaz sözleşmesi” niteliğindeki “yap-işlet-devret sözleşmeleri” olduğundan Anayasa değişikliğine gidildiği söylenmektedir. Zaten, özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine Türk hukukunda bir engel yoktur. Ancak bu durumda Anayasa md.47’ye yapılan ek’in nedeni anlaşılamamaktadır. Bu ek ile idarî sözleşme niteliğindeki sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmesi” şeklinde yapılacağı kanunla öngörülebilecektir ve nitekim “Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri” için bu imkân hayata geçirilmiştir ve bu halde de tahkim yolu açık olacaktır. O zaman imtiyaz sözleşmelerinde tahkime başvurulabilmesine yönelik Anayasa md.125 değişikliği neden yapılmıştır? Bu sorunun herhalde tek bir cevabı olabilir: Anayasa md.47’den hareketle, normal koşullar altında idarî sözleşme şeklinde düzenlenecekken, bu düzenlemeyi mümkün kılacak kanun çıkarılmayacak olursa, yine de tahkime başvuru yolunu açık tutmak için.

RG.); 2000/1358 sayılı, Çatalağzı-B Termik Santrali İşletme Hakkı Devri Projesine 3996 sayılı Kanunun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 04.11.2000 tarih ve 24220 sayılı RG.); 2000/1450 sayılı, Yedigöze Barajı ve Hidroelektrik Santrali Projesine (Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında 3096 Sayılı Kanuna Tabi) 3996 Sayılı Kanunun 4493 Sayılı Kanun ile Değişik 5 inci Maddesi Hükmünün Uygulanması Hakkında Karar (bkz. 08.11.2000 tarih ve 24224 sayılı RG.).

¹⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK A.Şeref–Turgut TAN: age., s.674.

²⁰⁰ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yi101/ss109m.htm>

Görüldüğü gibi, kanun koyucu Yap-İşlet-Devret modeli ile gördüreceği hizmetlerine ilişkin sözleşmeleri, bir yasa hükmü ile İdare Hukuku kapsamından çıkarıp özel hukuk alanına sokmuştur. Kanunda sayılan işlerin gördürülmesine ilişkin idare ile yabancı şirket arasında iki tarafın eşitliği ilkesine dayalı özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. İdarenin bu kapsamda yaptığı sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmeyecek, dolayısıyla özel hukuk hükümlerine tâbi olacaktır.

1. Anayasa Mahkemesi'nin Yap-İşlet-Devret'le İlgili İptal Kararları

Büyük finansman kaynakları gerektiren ve yukarıda belirtilen Kanunlarla düzenlenmiş olan altyapı alanlarında yapılacak yatırımlarla ilgili sözleşmelerin idare hukuku kapsamından çıkarılıp özel hukuk alanına dahil edilmesi düşüncesi, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yasal düzenlemeler hakkında vermiş olduğu iptal kararları ile durdurulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu olumsuz tavrının esas nedeni, Mahkeme'nin iptal kararlarında dayandığı kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının içeriğinin bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olmalarına imkan vermediği yönündeki yaklaşımıdır.

a. 3974 Sayılı Kanuna İlişkin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43 ve K. 1994/42-2 sayılı kararında²⁰¹, 3291 sayılı Kanuna bazı ek maddeler getirilmesini öngören 3974 sayılı Kanunun Ek 5 inci maddesini iptal etmiştir²⁰². Bu madde ile amaçlanan, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konusunda özel kişilerle yapılacak sözleşmeleri imtiyaz sözleşmeleri kapsamından çıkararak özel hukuk hükümlerine tabi kılmak ve 3096 sayılı Kanunun kapsamındaki sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendiren hükmünün, Danıştay 1.

²⁰¹ Bkz. 24.01.1995 tarihli ve 22181 sayılı RG.

²⁰² İptal edilen Ek 5 inci madde, "*Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi 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.*" şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Dairesi'nin E. 1992/232 ve K.992/294 sayılı istişari kararıyla bu sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi nedeniyle uygulanamamasından kaynaklanan açmazlardan kurtulmaktır.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında idari sözleşme, kamu hizmeti, imtiyaz ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramlarına açıklık getirmiş ve iptal kararının gerekçesini bu kavramlar üzerine kurmuştur. Yüksek Mahkeme kararında 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 varlığının gerekli olduğunu belirtmektedir. Bunun yanında kamu hizmetini de; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlamakta ve süreklilik ve düzenliliğin kamu hizmetinin önemli öğelerinden biri olduğunu ifade etmektedir.

Aynı kararda Yüksek Mahkeme imtiyazı; kamu hizmetinin kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir "idari sözleşme" uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi olarak tanımlamakta ve konusu kamu hizmetlerinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak açıklamaktadır. Mahkeme'ye göre 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 bir biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Yüksek Mahkeme tarafından 3974 sayılı Kanunda yer alan elektrik

üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin, kamu yarartına dönük, toplumun ortak gereksinmelerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlik olduğu belirtilerek, bu tür etkinliklerin kamu hizmeti kapsamında bulunduğu, bir hizmetin kamu hizmeti niteliği kazanmasında kanun koyucunun iradesinin rol oynadığını ancak, bu saptama yapılırken hizmetin niteliğine bakılması gerektiği ve bu nedenle nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesinin o hizmetin niteliğinde etkili olamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tüm bu nedenlerle, 3974 sayılı Kanun kapsamında bulunan ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi özel hukuk alanında değil idare hukuku kapsamında yapılacaktır. Çünkü, sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde olmaları, bu sözleşmelerin kanun yoluyla özel hukuk hükümlerine tâbi kılınmasını olanaksız hale getirmektedir. Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı kanuna değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Kanuni düzenlemelerle bu niteliği değiştirici etki yapılamaz.

b. 3996 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesine İlişkin İptal Kararı

3996 sayılı Kanunun "Sözleşme" başlıklı 5 inci maddesinin²⁰³ Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 3974 sayılı Kanunun iptal edilen Ek 5 inci maddesinin iptal gerekçesinde kullandığı gerekçeleri (hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti olması, yapılan sözleşmenin idareye tek taraflı ayrıcalıklar tanınması nedeniyle idari sözleşme olması, yapılan hizmetin bir kamu hizmeti imtiyazı teşkil etmesi ve bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olması) tekrar ederek, E. 1994/71 ve K. 1995/23 sayılı kararın²⁰⁴ ile bu maddenin de iptaline karar

²⁰³ 5 inci madde hükmü şöyledir: "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."

²⁰⁴ Bkz. 20.03.1996 tarihli ve 22586 sayılı RG.

vermiştir.

3996 sayılı Kanun Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılacak yatırımlarda, yatırımcı ile idare arasında imtiyaz teşkil etmeyecek ve özel hukuk hükümlerine tabi olacak bir sözleşme öngörmektedir. Diğer bir ifadeyle kanun kapsamında bulunan hizmetler kamu hizmeti niteliğinden soyutlanarak imtiyaz sözleşmesi kapsamından çıkarılmak istenmiş ve dolayısıyla idare hukuku kapsamında Danıştay denetiminden ayırık tutulmaya çalışılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davada kanun koyucunun bu yöndeki iradesini, 3974 sayılı Kanun hakkında vermiş olduğu kararını iptal gerekçelerini tekrarlayarak Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararında; "...3996 sayılı Yasa ile düzenlenen Yap-İşlet-Devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, imtiyazın tüm öğelerini içermektedir. Yatırım bedeli, riski de kendisine ait olmak üzere sermaye şirketi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 49 yıl süreli bir idari sözleşme yapılacaktır. Yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'nın 9. maddesine göre sözleşmenin sona ermesiyle sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler borçtan ve yükümlülükten arınmış olarak idareye geçecektir. Öte yandan Yasa'nın 2. maddesindeki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır." ifadesine yer vererek, 3996 sayılı Kanunun 5 inci maddesindeki "...imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde..." sözcükleri ile "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." şeklindeki ikinci cümlesini ve uygulanma alanı kalmayan 14 üncü maddesini Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 37 nci, 125 inci ve 155 inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

c. 3996 Sayılı Kanunun 11 inci Maddesine İlişkin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurularından bir diğeri, 3996 sayılı Kanunun 11 inci maddesini değıştiren 4180 sayılı Kanunun 1 inci maddesine ilişkin olandır²⁰⁵.

Dava dilekçesinde, 11 inci maddenin "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca imzalanan sözleşmeler...." biçimindeki bölümüyle, daha önce iptal edilen 3996 sayılı Kanunun 5 inci maddesine dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararının yeniden kanun hükmü haline getirildiğı ve anılan Bakanlar Kurulu Kararının 3 üncü maddesinde tanımlanan uygulama sözleşmelerinin imtiyaz oluşturmayaacağı bu bağlamda Danıştay öndenetiminden geçirilemeyeceğinin belirtildiğı; bu nedenle 4180 sayılı Kanunla yapılan bu değışiklik ile Anayasa'ya aykırı Esasların geçerli hale getirildiğı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, E. 1996/63 ve 1997/40 sayılı kararında²⁰⁶ Anayasa'nın 153 üncü maddesi gereğı iptal edilen kanunlarla aynı doğrultuda ve aynı içerikte ya da nitelikte yeni bir kanun çıkarılamayacağını hatırlatarak; *"Yasa'nın 4 üncü maddesine dayanılarak çıkarılan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına konu olan düzenlemeye koşut hükümler içermesine karşın yürürlükten kaldırılmamıştır. Dava konusu madde ile bu karara göndermede bulunulması, Anayasa Mahkemesi'nin iptal*

²⁰⁵ Anılan Kanunun 4180 sayılı Kanunla değışik 11 inci madde hükmü, "Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler gereğı, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağı olduğu bakan yetkilidir." şeklindedir.

²⁰⁶ Bkz. 28.06.2001 tarihli ve 24446 sayılı RG.

ettiği sözcük ve kurallarla benimsenen ilkelerin yeniden yasalaştırılması anlamına gelmektedir." diyerek, söz konusu 11 inci maddenin *"Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca imzalanan sözleşmeler..."* bölümünü Anayasa'nın 153 üncü maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Doğurduğu Sonuçlar

Anayasa Mahkemesi'nin yap-işlet-devret modeli yoluyla özel kişilere gördürülecek altyapı hizmetlerine ilişkin idare ve yatırımcı arasındaki hukuksal ilişkilerin kapsamını saptayan sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul etmesi ve aksi yönde yapılan kanuni düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmesi ekonomik ve hukuki alanda bir takım önemli sonuçları beraberinde getirmiştir:

-Öncelikle bu tür sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edildikleri için Anayasa'nın 155 inci maddesi ve Danıştay Kanununun ilgili maddeleri gereğince Danıştay'ın öndenetimine, incelemesine tabi olmaya devam etmiştir. Danıştay, sözleşme tasarılarına son şeklini verecektir. Herhangi bir süre kısıtlaması bulunmadığından inceleme, uzun süreler devam edebilecektir.

-Büyük miktarlarda finansman gerektiren ve kamu kaynakları ile yerine getirilemeyen yatırım ve hizmetlerin, özel kesime gördürülmesi amacıyla geliştirilen yap-işlet-devret modeli uygulamasında hukuki altyapının bu modele hazır olmadığı görülmüş ve dolayısıyla bu tür yatırımların ve hizmetlerin yabancı sermaye aracılığıyla gerçekleştirilme olasılığı azalmış veya gecikmiştir.

-Bu sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıklar, idari yargıda ve dolayısıyla 2575 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da çözümlenecektir. Bunun anlamı, özellikle yabancı yatırımcıların istedikleri tahkim mekanizmasının bu tür

sözleşmelerde yer alamayacağıdır.

-Danıştay inceleme sonrasında, 2575 sayılı Kanunun (24/1) maddesi ve 2577 sayılı Kanunun (2/1-c) maddesi hükümlerine dayanarak, imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunduğu gerekçesiyle "bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesiyle ilgili düzenlemeleri" sözleşme metinlerinden çıkarmaya başlamıştır²⁰⁷.

-"Sözleşmelerde yalnızca şirket kusurundan bahsedilmekte, "idare kusuru" kabul edilmemektedir. Kusura ancak idare karar vermektedir. İdare bu anlaşmalarda tek başına fesih hakkına sahiptir. Kredi veren kuruluşların gerektiğinde müdahale hakkı yoktur. Yatırımcı ve işletmeci başarısız olursa, kreditorler başka bir yatırımcı-işletmeci önerememektedir."²⁰⁸

Yukarıda belirtilen sonuçların ortaya çıkması nedeniyle Türkiye'de yatırım yapma hususu, özellikle yabancı yatırımcılar tarafından tereddütle karşılanmıştır. Bu durum, yurt dışında sermaye ve finansman sağlayan kuruluşlar açısından sistemi işlemez hale getirmiştir. Kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi alanında faaliyet göstermek isteyen yabancı yatırımcıların en fazla yakındığı iki nokta, Danıştay'ın incelemesinin uzun sürmesi ve dolayısıyla yatırımların gecikmesi ve yaptıkları sözleşmelerin uluslararası tahkim yerine yatırım yaptıkları ülke hukukuna tabi olması oluşturmaktadır. Danıştay'ın hem devlete danışmanlık yapması hem de devlet ile yabancı yatırımcı arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olması, yabancı yatırımcıların Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara tarafsız bir biçimde çözeceğine yönelik endişeler taşımasına yol açmıştır.

²⁰⁷ Danıştay 1. Dairesi'nin 10.04.1996 tarihli ve E. 1995/178-K. 1996/78 sayılı karar.

²⁰⁸ VARLIER, Oktay: "Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim", Görüş Dergisi, Sayı: 40, Eylül-Ekim 1999, s. 54.

Özellikle yabancı yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerde idare ile yapmış oldukları sözleşmelerin o devlet yargı organı tarafından incelenmesi ve denetlenmesi, ayrıca idare ile aralarında ortaya çıkan uyuşmazlıkların iki tarafın üzerinde anlaştıkları tahkim mekanizması yerine yine o devlet yargı organı tarafından çözümlenecek olması yabancı sermaye çekmek isteyen ülke için önemli bir dezavantaj meydana getirmektedir. Bu nedenle, kanuni düzenlemeler yoluyla halledilmek istenen bu sorun, bu alanda yapılan düzenlemelerin Anayasal yargı organı tarafından iptal edilmesi sebebiyle ancak Anayasa'da değişiklik yapılmak suretiyle giderilebilecektir. Nitekim 1999 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerin kaynağını da bu sorunun çözümü çabaları oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Anayasa değişiklikleri, Türkiye'nin yabancı sermaye yatırımlarına olan ihtiyacının ve yabancı yatırımcıların beklentilerinin ortak ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

H. Yap-İşlet Usûlü

Yap-İşlet usûlü, *“Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinin ‘Devret’i olmayan şeklinden başka bir şey değildir”*²⁰⁹. Bu modeldeki sözleşmeler de bir imtiyaz sözleşmesi olduğundan Danıştay'ın ön incelemesi (1999 Anayasa değişikliğinden sonra 2 içinde görüş bildirme) gerekmektedir.

Son dönemlerde gelişme alanı kaydetmeye başlayan Yap-İşlet usûlünün hukuki çerçevesini ise 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik oluşturmaktadır²¹⁰. Yap-İşlet usulünde

²⁰⁹ POLATKAN, Vahit: “Yap-İşlet Modeli ile Termik Elektrik Üretim Tesisi Kurulması ve İşletilmesi”, Yaklaşım, Yıl 5, S.58, Ekim 1997, s.20.

²¹⁰ **Yap-İşlet usulü**, ilk kez 9.5.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Elektrik Enerji Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı ile öngörülmüştür. Bu karar, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun Bakanlığın görevlerini düzenleyen 2. maddesine dayandırılmıştır. Fakat, Bakanlar Kurulu kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle dava açılmış ve Danıştay da, elektrik tesisi kurma ve bu tesise işletme izni verme konusunda yapılacak bir düzenlemede Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görev ve yetkilerini genel olarak düzenleyen 3096 sayılı Kanun hükümlerinin göz önünde tutulması gerektiği gerçekleri ile anılan Bakanlar Kurulu kararının yürütülmesinin

Üretim Şirketinin sınırsız bir işletme hakkı söz konusu değildir. Burada da hizmetin asıl sahibi ve sorumlusu yine idaredir. İdare bu sürenin dolması üzerine hizmeti isterse kendisi yürütür, isterse de bu sürenin uzatılmasına karar verebilir.

durdurulmasına karar verilmiştir. Bunun zerine 4283 sayılı Kanun ve söz konusu yönetmelik çıkarılmıştır. Bkz. GÜNDAY, Metin: age., s. 327-328; ZABUNOĞLU, Yahya: “YİD Konusunda Yasal Düzenleme rnekleri ve Yargı Kararlarının IŞığında Yeni Bir Uygulama Modeli”, Yap-İŞlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya ıkan Sorunlar ve neriler Sempozyumu, 19 Haziran 1996 Ankara, İkinici Baskı, s. 53 v.d.

İkinci Kısım

İDARÎ SÖZLEŞMELER - KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

I. GENEL OLARAK İDARENİN SÖZLEŞMELERİ

A. Sözleşme Kavramı

Sözleşme genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma olarak tanımlanmıştır. Medeni Kanunda, Borçlar Kanununda ve Ticaret Kanununda sözleşme karşılığında bazen “akit”, bazen de “mukavele” sözcükleri kullanılmıştır. Akit ve mukavele arasında Türk hukukunda her hangi bir fark yoktur. Nitekim, Türk Ticaret Kanunun 1464. maddesinde aynen “*Gerek bu Kanunda, gerekse diğer kanunlardaki mukavele ve akit sözleri aynı manaya gelir*” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Borçlar Kanununa göre, iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur²¹¹.

Rıza beyanı sarih olabileceği gibi, zımni de olabilir. Yani sözleşme, belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukukî muameledir. Borçlar Kanununda değinilmiş olan sözleşme kavramı sadece borç iradesine ilişkin sözleşmeleri değil, aynı haklara, miras hukukuna, şahıs ve aile hukukuna ilişkin sözleşmeleri de kapsar²¹².

Bir sözleşmede en az iki tarafın ve bunların birbirlerine karşı yöneltilmiş ve birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir. Bağışlama, alım-satım, kira istisna gibi hizmet sözleşmelerinde iki taraf varken, adi şirket sözleşmelerinde ikiden fazla taraf olabilir. Buna göre de,

²¹¹ İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 3.Baskı, Ankara 1984, s.65.

²¹² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1994, s.263.

madde metnindeki “iki taraf...” tabirini “en az iki taraf” şeklinde anlamak gerekir²¹³.

B. İdarenin Sözleşmelerinin Tanımı ve Türleri

1. Tanımı

İdare, tek yanlı işlemler yapmanın yanı sıra, karşılıklı iradelerin uyuşumu sonucu oluşan sözleşmelerle de üstlendiği görevleri yerine getirebilmek için çeşitli mal ve hizmetleri alabilir.

Bu noktada iki temel kavramı; “İdarenin Sözleşmeleri” ile “İdarî Sözleşmeler”²¹⁴ kavramlarını birbirlerinden ayırdetmek gerekir. İdarenin yaptığı, yani idarenin taraf olduğu her türlü sözleşme idarî sözleşme sayılmaz. İdarenin, İdare Hukuku kurallarına göre yapmış olduğu sözleşmelere idarî sözleşmeler denir.²¹⁵

İdarenin sözleşmeleri kavramı ise anlam itibariyle idarî sözleşme kavramından daha geniştir ve bu kavramı da kapsamaktadır. İdarenin sözleşmeleri; özel hukuk sözleşmeleri ve idarî sözleşmeler olarak iki yere ayrılmaktadır²¹⁶.

İdarenin yapmış olduğu sözleşmeleri bu ayrıma tâbi tutma iki açıdan önemlidir: İdarenin özel hukuk sözleşmeleri Borçlar Kanunun hükümlerine, idarî sözleşmeler ise İdare Hukuku kural ve ilkelerine tâbidir. İdarî

²¹³ EREN, Fikret: age., s.263-264.

²¹⁴ İdarî sözleşmelerle ilgili bkz: AZRAK, Ali Ülkü: “İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1963, S.29, s.521; AYHAN, Önder: “İdarî Sözleşmeler”, Danıştay Dergisi, Y.1979, S. 32-33, s. 92 vd.; DURAN, Lütfi: Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM.) C. XXXII, S. 1, s. 351 vd.; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref- Turgut TAN: age., s. 509 vd.; GÜNDAY, Metin: age., s.166 vd.; ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.146 vd.

²¹⁵ GÜNDAY, Metin: age.,s.166-167; ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.146.

²¹⁶ “Mösyö Jéze Fransız Kamu Hukukunda fertler arasındaki sözleşmeler hakkındaki hukuki rejime tâbi olmak üzere aktedilen sözleşmelerden farklı olarak idari sözleşmeler diye ayrı nitelik ve özellikte sözleşmelerin mevcut bulunduğunu beyan ve ifade etmektedir”. İlgili görüş için bkz. TÖNÜK, Vecihi: “İdarî Sözleşmeler” Türk İdare Dergisi, Y.1952, S.215, s.101; GÜNDAY, Metin: age., s.167.

sözleşmelerde idare tüzelkişilik sıfatına dayanarak ve kamu yararının temsilcisi olarak katılmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafı ise özel çıkarı temsil eden kişidir. Böyle bir durumda, kamu yararı özel yarara göre üstün sayılacağı için özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir rejime, yani İdare Hukuku rejimine tabi olacaktır²¹⁷. Diğer taraftan İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer. İdarî sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm mercii ise idarî yargıdır (İYUK, md.2/1). Buna göre de, idarî sözleşmelerle özel hukuk sözleşmelerini ayırt etmek için doktrinde ve yargı içtihatlarında ileride değineceğimiz bazı ölçütler saptanmıştır²¹⁸.

2. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

Özel kişiler gibi idare de, özel hukuk hükümleri çerçevesinde alım, satım, kira, taşıma gibi konularda sözleşmeler yapabilmektedir. İdarî uygulamalar ve yerleşik mahkeme kararlarında bu tür uygulamalar idarî sözleşme sayılmamaktadır. Özel hukuk sözleşmeleri, idarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerdir²¹⁹. Bu sözleşmeler kural olarak genel hükümler içinde kalır ve idarenin ayrıcalık ve üstünlüğünü gerektirmez²²⁰.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, bireyler arasında yapılan sözleşmeler gibidir. Sözleşmenin tarafları eşit durumdadır. İdarenin, karşı âkide üstünlüğü söz konusu değildir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri esas itibariyle, özel hukuk rejimine tabi olmakla birlikte, bunun gerçekleşme anına kadar geçen hazırlık aşamalarında, uygulanmasında ve sözleşmenin sona ermesinde yapılan işlemler, idarî niteliktedir ve bazı kamu hukuku kurallarının göz önünde tutulması zorunluluğunu gerektirir²²¹. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundan farklı olarak, Devlet İhale Kanunu, ihalenin âkit tarafı seçerken

²¹⁷ Bu konuda bkz. TAN, Turgut: “İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri”, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, s.107-116; ÖZAY, İl Han: Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, İstanbul 1986, s.168-170.

²¹⁸ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.145.

²¹⁹ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.146; AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, age., s.302-303.

²²⁰ DURAN, Lütfi: “Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler”, agm., s.447.

²²¹ Aynı görüş için bkz. DURAN, Lütfi: “Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, agm., s.447; ÖZAY, İl Han: Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma, age., s.168.

uymakla yükümlü olduğu şartları içermektedir. Bunun nedeni özel hukuk rejimine de tabi olsa, idarenin sözleşmelerinde kamu menfaatinin ve parasının söz konusu olması ve bu yönde doğabilecek suistimallerin önlenmesidir²²².

3. İdarî Sözleşmeler

a. Gelişimi

İdarî sözleşme kurumu ilk defa 19. yüzyılda Fransız Hukukunda kullanılmaya başlamıştır²²³. Bu kavramın doğuş ve gelişmesinde “Conseil d’Etat”ın içtihatları büyük rol oynamıştır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi 1873 yılında verdiği bir kararla, idarenin eskiden Kamu Hukuku alanına dahil edilmeyen bazı faaliyetlerinin artık idarî kaza mercilerinin görev alanına girdiğini kabul etmiş, bundan sonra idarî faaliyet kavramının çevresi günden güne genişlemiştir. İdari sözleşmeler daha sonra İngiltere, İtalya ve Avusturya gibi bazı ülkelerde de benimsenmiştir²²⁴. Türkiye’de idarî sözleşme teorisi ve uygulaması esas itibariyle Fransa’daki doktrin ve içtihatların kabul ettiği prensiplerin etkisi altında kalmış ve Osmanlı döneminde özellikle idarî sözleşmelerin bir türü olarak nitelendirilen kamu hizmeti imtiyazı geniş şekilde uygulanmıştır. Cumhuriyet döneminde uygulanmış idarî sözleşmelerin bir türü olan kamu imtiyaz sözleşmelerine değineceğimizden burada bu konu üzerinde fazla durmayacağız.

b. Tanımı

İdarî sözleşme kuramı, yargı organlarınca, idarî yargının görev alanının sınırlanmasına yönelik olarak geliştirilmiş ve bazı sapmalara karşı

²²² ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.1615; DURAN, Lütfi: ”Türk Hukukunda İdari Mukaveleler”, agm., s.447.

²²³ AYHAN, Önder: “İdarî Sözleşmeler”, agm., s.95.

²²⁴ Fransa’da uygulamada idari sözleşme alanının giderek genişlemesi, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin alanının daralması sonucunu doğurmuştur. İngiltere, İtalya ve Avusturya gibi bazı ülkelerde idari sözleşme kavramı çok dar tutulmakta ve idarenin daha çok özel hukuk tüzel kişisi olarak diğer âkitlere eşit şartlar altında ve genel anlamda sözleşmeler yapmaları kabul edilmekle beraber, örneğin Almanya’da, ilk zamanlarda tereddüt duyulduğu halde, özellikle Otto Mayer’in çalışmaları ile başlayan uğraşlar, Jellinek gibi hukukçuların çabaları ile sonuç vermiş ve neticede gerek komün idarelerinin birbirleri ile yaptıkları sözleşmeler ve gerekse idarenin diğer kişilere yaptığı sözleşmeler, daha açık olarak uygulamada ve içtihatlarda yer almaya başlamıştır. Bkz. AZRAK, Ali Ülkü: “İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1963, S.29, s. 529.

bugüne dek uygulana gelmiştir. Son yirmi yılda özelleştirme eğilimleri doğrultusunda bazı kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yoluna gidilmesi idarî sözleşme kuramını güncelleştirmiştir. Bu gelişmeler yargı organlarını klâsik idarî sözleşme kuramı ile kamu hizmetlerinin yeni gereklerini bağdaştırma gibi zor bir görevle karşı karşıya bırakmıştır. Bu gelişmeler sonucu idarî sözleşme kuramının yeniden ele alınması gereği ortaya çıkmıştır²²⁵.

Doktrinde idarî sözleşmelerin çeşitli tanımları yapılmıştır: Prof. Dr. Derbil'e göre, idarî sözleşmeler kamu hizmetlerini işletmek amacıyla kamusal idareler tarafından yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelere özel kişiler arasındaki sözleşmelere uygulanan hukuk kurallarından başka ve ayrı hukuk kuralları uygulanır²²⁶. Sayın Yenice-Esin, idarî sözleşmeyi, *"...kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin görülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin ihtiyacı olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla akdedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartları kapsayan sözleşmeler"* saymaktadır²²⁷. Prof. Dr. Gözübüyük'e göre idarî sözleşmeler, kamu kuruluşlarının yönetim hukuku kurallarına göre yaptıkları sözleşmelerdir. İdarî sözleşmeler kamu kuruluşları ile kişiler arasında olabileceği gibi, tüzel kişiliği olan kamu kuruluşları arasında da olabilir. İdarî sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleri gibi iki tarafın anlaşması ile yapılır. Taraflar kural olarak hem sözleşme yapmakta, hem içeriğini saptamakta belli koşullar arasında serbesttirler²²⁸.

Aslında, idarî bir sözleşme ile adi bir sözleşme temel unsurları bakımından sözleşme her zaman aynı vasıfları taşır. Bir sözleşmeyi idarî

²²⁵ TAN, Turgut: "İdarî Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi., Prof. Dr. Turan GÜNEŞ'e Armağan, Haziran-Aralık 1995, C.50, S.3-4, s.291.

²²⁶ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.546.

²²⁷ YENİCE, Kâzım - Yüksel ESİN : Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usûl Kanunu Şerhi, Ankara 1983, s.114.

²²⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref :age.,s.267.

vasfını veren ve idare mahkemelerini yetkili kılan sebebi sözleşme yapılırken güdülen kamu hizmeti amacıyla aranmalıdır²²⁹.

Yargı kararlarına gelince; İdarî sözleşme konusunun yargı kararlarına ise ilk kez “Zingal Uyuşmazlıkları” ile girdiğini görmekteyiz.²³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi ilgili kararında idarî sözleşmeleri bir kamu hizmetinin tanzim ve işlemlerini sağlamak amacıyla bağlanmış ve idarî ilke ve kuralları harekete getiren, devletin kamu kudretine dayanmaksızın bile birey gibi hareket ettiği ve tam bir eşitlik esasına dayanan özel hukuk sözleşmelerinden ayrı sözleşmeler olduğunu belirtmektedir.

Danıştay’ın bir kararında, “Konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan sözleşmeler idarî sözleşmelerdir” denilmektedir.²³¹

Anayasa Mahkemesi ise, “...taraflardan birisinin kamu tüzel kişisi olduğu, kamu hizmeti ile ilgili, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olan ve yönetime üstünlük tanıyan sözleşmeleri.....”²³² idarî sözleşme olarak saymaktadır.

Şunu da belirtelim ki, idarî sözleşmelerin bir sözleşme niteliğinde olup olmadığı konusu tartışılmaktadır. Bu tartışmalarda temel neden, genel olarak tarafların eşitsizliği ve idarenin, sözleşme hükümlerini tek yanlı değiştirme, feshetme gibi yetkilere sahip olmasıdır²³³. Bu niteliğinden dolayı idari

²²⁹ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, s.547 [DUGUÏT, Léon : Traité de Droit Constitutionne I, Paris 1923, Cilt III, s.41]’den naklen.

²³⁰ YENİCE, Kâzım - Yüksel ESİN : Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usûl Kanunu Şerhi, age., s.408.

²³¹ Danıştay 12.Dairesinin 2.11.1976 gün, E. 1974/1958, K.1976/2141 sayılı kararı. İlgili karar için bkz. Danıştay Dergisi, S.26-27, s.509.

²³² Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 gün ve E.1988/5, K.1988/55 kararı için bkz. 25.7.1989 gün ve 20232 sayılı RG.

²³³ ÖNEN, Turgut: İdarî Faaliyetler, İdarî Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri, Ankara 1976, s.7; ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.147.

sözleşmelerin sözleşme olup-olmadığı da tartışma konusudur. Sayın İsmet GİRİTLİ ve Tayfun AKGÜNER'e göre idari sözleşmeler değil *“idare mahkemelerinin görevli olduğu sözleşmeler”*²³⁴ vardır. Yine Duguit de idari sözleşme ayrımını kabul etmemektedir²³⁵. Prof. Dr. ÖZAY da idarî sözleşmelerde tarafların sadece malî hükümlerde anlaştıkları, diğer hususlar bakımından ise aslında bir katılma işlem olduğu kanaatindedir²³⁶. Prof. Dr. ODYAKMAZ'a göre ise *“bütün bu tartışma ve görüşlere karşın halen doktrinde ve yargı içtihatlarında özel hukuk sözleşmelerinden ayrı idarî sözleşmelerin varlığı, idarî rejimin yürürlükte olduğu bütün ülkelerde kabul edilmiştir”*²³⁷.

Ancak idarî sözleşmelerden bazılarının nitelikleri uymadığı halde kanundan dolayı idarî sözleşme sayıldıklarını da unutmamak gerekir.

Günümüzde idarî sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayrı olarak sui-generis bir yapıda geliştiği kanaatimizce bir realitedir.

4. İdarî Sözleşmeler ile İdarenin Özel Hukuk Sözleşmelerinin Karşılaştırılması

İdarî sözleşmelerin idare mahkemelerinde yargılanması, yalnız bu sözleşmelerin kamu hizmeti amacıyla yapılmış olmalarından dolayı değil, idarî sözleşmeler hakkında ayrı bir hukuk sistemi, İdare Hukuku rejimi uygulamak gerektiğinden kaynaklanmaktadır²³⁸.

Yukarıdaki tanımlardan sonra idarî sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz.

²³⁴ GİRİTLİ, İsmet-Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku Dersleri II, İstanbul 1987, s.172.

²³⁵ Bkz. ROUVIÈRE, Jean (Çev. Vecihi TÖNÜK): İdarî Sözleşmeler, İdare Dergisi, Y.21, Temmuz-Ağustos 1950, S.205, s.104-108.

²³⁶ ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.414.

²³⁷ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.147.

²³⁸ DERBİL, Süheyy : İdare Hukuku, age., s. 547; TAN, Turgut: İdarî Faaliyetler, İdarî Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri, age., s.7.

- Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik vardır. İdarî sözleşmelerde ise yönetime üstünlük tanınmıştır.
- Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar yasaların öngördüğü sınırlar içinde sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık idarî sözleşmelerde yasalar yönetimin hareket serbestliğini kısıtlamıştır.
- Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise yönetsel yargıda giderilir.
- Özel hukuk sözleşmeleri, statü olarak tamamen Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununa tâbidir. İdarî sözleşmeler ise kısmen kanunlarla ve kısmen de içtihatlarla oluşmuş olan İdare Hukuku esaslarına tâbidir²³⁹.

II. İDARÎ SÖZLEŞMELERİN KISTASLARI

A. Genel Olarak

1982 Anayasa'sı, 1961 Anayasası'nın "sözleşme hürriyetinin ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği" yönündeki hükmüne yer vermediğinden, son durumda idareye idari sözleşmelerde "tanınan üstünlük ve ayrıcalıkların"²⁴⁰ dayanağını kanunlar ve kamu yararının niteliği ve bu niteliği dikkate alan içtihatlar oluşturacaktır"²⁴¹. İdari sözleşmelerde idareye bu tür üstünlük ve ayrıcalıklar tanınması, kamu yararının gereği olup, Türk hukukunun da bir parçasıdır.

²³⁹ AYHAN, Önder: "İdarî Sözleşmeler", agm.,s.94.

²⁴⁰ İdareye tanınan söz konusu üstünlük ve ayrıcalıklara örnek olarak, sözleşmenin akdedilmesi aşamasında idarenin önceden ve tek taraflı olarak hazırladığı genel şartnameler, bu şartnamelerin karşı tarafça değiştirilmeden ve tamamen kabul edilmesi zorunluluğu ya da sözleşmenin uygulanması sırasında sözleşmenin uygulanması sırasında idarenin yapılan işi devamlı denetlemesi, tek taraflı olarak sözleşmenin özellikle düzenleyici kısmı üzerinde değişiklik yapabilmesi, sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla feshedebilmesi vb. verilebilir.

²⁴¹ ODYAKMAZ, Zehra: "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", agm., s.150.

İdari sözleşmelerin ölçütleri hususunda Türk doktrini, Fransız ve Alman doktrinindeki gibidir²⁴². Bu konuda doktrin ile yargı kararları paralellik arz etmektedir. Doktrine göre idarenin yaptığı bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi aşağıdaki nitelikler zorunludur²⁴³:

- Sözleşmenin taraflarından biri, bir kamu kurum veya kuruluşu, yani idare olmalıdır.
- Sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi ve sözleşmenin amacı ise kamu yararı olmalıdır.
- Sözleşme idareye, diğer âkide tanımadığı ayrıcalıklar ve üstün yetkiler tanımış olmalıdır.

Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, idarî sözleşmelerin ölçütlerinin ise şöyle belirtmektedir: *“Bu mukavelelerde, âkit 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 alelade bir fert mevkiinde kalmaması, âmme hizmetlerinin icap ve zaruretleri, icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salahiyetinin idarî otoriteye tanınması, hizmetin yürütmesinde aksaklık husule getiren âkit hakkında zecri hükümler vaz’ı el koyma ve uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutad olmuştur”*²⁴⁴. Bu şartlara uygun olduğu için de Danıştay’ı görevli saymıştır.

Danıştay’ın ise söz konusu uyuşmazlıkla ilgili kararına göre, *“...kamu hizmetlerinden birini ifa amacıyla bağlanmış idarî sözleşmelerin en bariz ve*

²⁴² AZRAK, Ali Ülkü: “İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, agm., s.521; AYHAN, Önder: “İdarî Sözleşmeler”, agm., s.95; BAŞPINAR, Recep: “İdarî Sözleşmelerden Doğan Davalar”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s. 515.

²⁴³ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.148; AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, age., s.304-308.

²⁴⁴ Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.1.1946 gün ve E. 1946/8, K. 1946/34 sayılı kararı için bkz. Mart 1946 gün ve 6247 sayılı RG.

*karakteristik özelliği sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetini, kamu menfaatine uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve bundan sorumlu idarenin alelade bir taraf durumuna mütalaa olunamayacağı ve bu hizmetin işlemlerini üzerine almış olan hakiki veya hükmi bir şahsın kamu otoritesiyle donatılabilmesidir. Hizmetin yerine getirilmesi hususunun sözleşme ile bir ferde devredilmesi, ne hizmetin mahiyetini tebdil ne de idarenin bu çaptaki yetki ve sorumluluğunu tahdit eder. Buna göre de, idareyi sadece bir ferdin hak ve iktidarıyla değil, hizmetin gerçek sahip ve nazımı sıfatı ile kendisini geniş ve sınırsız bir murakabe ve tanzim yetkisiyle mücehhez tanımak gerekmektedir*²⁴⁵.

Danıştay daha 24 Şubat 1940 tarihinde İzmir İmalat ve İnşaatı Umumiye T.A.Ş. davasında da yukarıdaki esasları kabul etmiş, sözleşmeye genel şartname eklenmesi, müteahhidin şahsen genel hizmetin işlemesine katılması, işin mahiyetinde zorunlu olarak kamu hizmetine ilişkin olan durumların bulunması, ihtilafın çözüm yerinin idarî yargı olarak belirlenmiş olması gibi hallerin bulunduğu sözleşmelerin, idarî sözleşme olduğunu kabul etmiştir²⁴⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesi 26 Şubat 1953 tarihli Sunguroğlu kararında, bir hizmet binası tesisatının yapımı konusunda idare ile müteahhidi arasında ortaya çıkan ihtilaf nedeniyle idarî sözleşme ölçütlerini teyit etme fırsatını bulmuştur²⁴⁷.

²⁴⁵ Danıştay 5. Dairesinin 22.4.1944 gün ve , E.1944/1522, K.1944/831 sayılı kararı. İlgili karar için bkz. YENİCE, Kâzım - Yüksel ESİN : Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usûl Kanunu Şerhi, age., s.412.

²⁴⁶ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 24 Şubat 1940 gün ve E. 1940/239, K.1940/290 sayılı kararı. İlgili karar için bkz. DURAN, Lütfi: “Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler”, agm., s.424.

²⁴⁷ Uyuşmazlık Mahkemesinin 26.02.1953 gün ve E.1953/2, K.1953/6, 8 Nisan 1953 gün ve 8380 sayılı RG. Uyuşmazlık Mahkemesi bu kararında aynen şöyle demektedir: “...İdarî Mukaveleler ile adi mukavelelerin karakterini tayinde bu mukavelelerde, tehdüs edecek ihtilafların adli veya idarî kazada tetkik edileceğinin gösterilmiş, kaza mercilerinin vazifeleri âme nizamından bulunması itibariyle ancak kanunlar ile belli edilebileceği ve tarafların bu bapta izhar edecekleri iradenin bu vazife yerlerinin tebdil veya tahvilinde müessir olamayacağı cihetle sırf bu yoldaki kayda dayanılarak bir mukavelelerin idarî veya adi mukavele tiplerinden birisine ithal edilmesi doğru ve caiz olamayacağı gibi keyfiyetin sadece Ticaret Kanununun 20. Maddesi çerçevesi dahilinde mütalası da mukavele tipinin tespitinde isabetli bir hal çaresi olarak kabul edilemez. Bir mukavelelerin vasıf ve karakterini tayin için meselenin İdare Hukukunun vazetmiş olduğu

İdarî sözleşmelerin ölçütlerini, yargı kararlarını esas alarak şu şekilde sıralayabiliriz:

Danıştay içtihatlarına göre:

- Sözleşmeye konu olan iş ile kamu hizmeti arasında zorunlu bir ilişki,
- Sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi,
- Sözleşmeden doğacak davaların çözümünde idarî yargının görevli olduğunun kabul edilmiş olması gerekir.

Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarına göre ise:

- Sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile âkit özel kişinin doğrudan doğruya kamu hizmetinin işlemesine katılması dışında bir ilişkinin bulunması,
- Sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar ihtiva etmesi,
- Sözleşmenin uzun süreli olması²⁴⁸,
- Ortaya çıkacak davaların çözümünde idarî yargının görevli olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Sayın Ayhan'a göre, "sözleşmenin belli bir süreyi kapsaması" da²⁴⁹ ayırt edici bir ölçüttür. Kısa süreli ve az vadede gerçekleştirilebilecek hizmetlerin sözleşme ile üçüncü kişilere verilmesinde kamu yararı yoktur. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi bakımından görevli ve sorumlu olan idarenin, belli bir süreye bağlamadan bir hizmeti götürmeye kalkışması da o hizmetin hiç yapılmamasına veya sürünceme de kalmasına sebep olabileceği gibi, zarara dayanan tek taraflı tedbirlerin de uygulama olanağını ortadan

esaslar dairesinde bir kül halinde mütalaa ve tetkiki icap eder....Doğrudan doğruya bir âmmе hizmetinin işlemesine iştirak maksadını istihdaf etmeyen ve bir âmmе hizmetine tahsis edilmek üzere vücuda getirilecek olan bir binanın tali ve ihzari işlerine müteallik bulunan mukavelelere adi mukavele tipi vermek hususunda idareye bir salahiyetsizlik isnat edilemeyeceğinden ve bahis mevzuu mukavelede de bu niyet izhar edilmiş ve mukavelelerin İdarî Mukavelelerin bariz hususiyetini teşkil eden, ezcümle idarenin üstünlüğü ve otoritesinin tanınması ve tek taraflı olarak hareket salahiyeti ve hizmetin yürütmesinde ihmali görülen âkid hakkında re'sen zecri tedbirler ittihazı gibi şartları ihtiva etmemesi ve bilakis idarenin bir fert mevkiinde kaldığını göstermekte olması ve kısa müddetli bulunması hususi hukuk manzumesine dahil olduğuna delalet etmekte bulunmuştur".

²⁴⁸ Danıştay 1. Dairesinin 24.09.1992 gün ve E.1992/232, K. 1992/294 sayılı kararında imtiyaz sözleşmelerinin belirli ve uzun bir süreyi kapsaması gerektiğine yer vermiştir.

²⁴⁹ AYHAN, Önder: "İdarî Sözleşmeler", agm., s.110.

kaldırabilir. Bu yönden sözleşmenin, hizmeti yürütmeye yetecek bir süreyi kapsamasını, esas unsurlardan saymak gerekir²⁵⁰.

B. Sözleşmenin Taraflarından Biri İdare Olmalıdır

İdari sözleşmelerde taraflardan birisi mutlaka idare, yani kamu tüzel kişisidir. Konusu kamu hizmetini ilgilendirse bile, idarenin taraf olmadığı sözleşmeler idarî sözleşme değildir. İdare ile imtiyaz sözleşmesi yapmış olan özel bir kişinin diğer bir özel kişi ile imtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak yaptığı sözleşme, üstlendiği kamu hizmetinin yapılması için olsa bile idarî sözleşme değildir²⁵¹. Bununla beraber, bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için karşı tarafın mutlaka özel bir kişi olması zorunlu değildir. Bir başka anlatımla, tüzelkişiliğe sahip olmak koşuluyla iki kamu kuruluşu arasında da idarî sözleşme yapılabilir²⁵².

C.Sözleşmenin Konusu Bir Kamu Hizmetinin Yürütülmesi, Sözleşmenin Amacı Kamu Yararı Olmalıdır

İdarî sözleşmelerin belirlenmesindeki ikinci ölçüt sözleşme konusunun doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu hizmetine ilişkin olmasıdır²⁵³. Hem Anayasa Mahkemesi ve Danıştay²⁵⁴ içtihatlarında ve hem de öğretide, idarenin yaptığı ve karşı tararın bir kamu hizmetinin yürütülmesini veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasını öngören sözleşmeler idari sözleşme sayılmaktadır. Dolayısıyla, idarenin taraf olduğu sözleşmenin konusu kamu hizmeti ise, böyle bir konunun bir özel hukuk sözleşmesi ile düzenlenmeyeceği, idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim görüldüğü kabul edilmektedir²⁵⁵. Şunu da belirtelim ki, bütün idarî sözleşmelerde aynı niteliği bulma olanaksızdır. Örneğin, maden işletme sözleşmeleri, işletmeciyeye bir

²⁵⁰ Ancak bu görüşe katılmayan yazarlar da vardır. Bkz. BİLGİN, Pertev: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdarî Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul 1970, s.522-523.

²⁵¹ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.148.

²⁵² GÜNDAY, Metin: age., s.168.

²⁵³ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, age., s.1599.

²⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 gün ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.) S. 32 Cilt 1, s. 144 vd.; Danıştay 12. Dairesinin 2.11.1976 gün ve E.1974/1958, K.1976/2141 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.26-27, s. 509 vd.; Danıştay 10. Dairesinin 29.4.1993 gün ve E.1991/1, K1993/1752 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S.:88, s. 463 vd..

²⁵⁵ GÜNDAY, Metin: age., s.168.

kamu hizmeti gördürmez, sadece bir madenden yararlanma hakkı tanır. Bu çeşit bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılma nedeni idarenin gözetimi altındaki milli bir servete ilişkin olmasıdır²⁵⁶.

İdarenin kamu hizmetinin gerçekleştirmede ihtiyaç duyduğu bir malzemeyi edinebilmesi, ordunun yiyecek ihtiyacının karşılanması için yaptığı sözleşmeler gibi bazı sözleşmelerde sözleşme konusu kamu hizmetini dolayısıyla ilgilendirmektedir. İlk bakışta bu sözleşmelerin idarî bir sözleşme niteliğinde olmayacağı düşünülse de, bu sözleşmelerdeki edimlerin ifasında meydana gelebilecek bir gecikme, çok önemli bir kamu hizmetinin aksamasına yol açabileceğinden, bunları önleyebilmek için idare, sözleşmeye kendi lehine idare kudretinden doğan ve özel hukuk sözleşmelerinde örneğine rastlanmayacak bir takım şartlar koyar ve bu şartlar sözleşmeye idarî sözleşme niteliğini verir²⁵⁷.

Bir kısım diğer sözleşmeler ise, kamu hizmetini doğrudan doğruya ilgilendirir. Buna göre de sözleşmenin konusunu oluşturan karşı âkidin borcu da, doğrudan doğruya kamu hizmetinin yerine getirilmesi aşamalarından birisini veya bir kaçını oluşturabilir. Örneğin bir yolun inşasını üzerine almış bulunan müteahhidin borcu, doğrudan bu bayındırlık hizmeti ve dolayısıyla kamu hizmetinin kendisidir. Ancak bu konuda idare, akdettiği sözleşmelere mutlaka idarî sözleşme niteliği vermek zorunda değildir. Bunu özel hukuk kuralları içinde kalarak da gerçekleştirebilir. Bu durumda bir istisna akdinden söz edilecektir. Dolayısıyla buradaki ayırıcı unsur, yine idarenin üstün kudretine dayanan yetkisidir²⁵⁸.

Kamu hizmetine ilişkin olma ölçütünün idarî sözleşmelerin tamamını açıklamaya yeterli olmadığı tezi doktrinde ileri sürülmektedir.²⁵⁹ Bu görüşe

²⁵⁶ BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukuku, age., s.189.

²⁵⁷ AYHAN, Önder: “İdarî Sözleşmeler”, agm., s.110; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.1599.

²⁵⁸ AYHAN, Önder: “İdarî Sözleşmeler”, agm.,106; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.1600.

²⁵⁹ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, age., s.431-432.

katılabiliriz. Nitekim orman işletme ve maden işletme sözleşmeleri, konuları bir kamu hizmeti olmamasına, sadece işletmeciyeye maden ve ormanlardan yararlanma imkânı vermelerine rağmen, uygulamada idarî sözleşme sayılmıştır²⁶⁰. Kamu istikraz sözleşmelerinin de, konusu bir kamu hizmetine ilişkin olmamasına rağmen idarî nitelikte sayılması bu görüşü desteklemektedir²⁶¹.

D. Sözleşme İdareye, Diğer Âkide Tanımadığı Ayrıcalıklar ve Üstün Yetkiler Tanınmış Olmalıdır

1. Genel Olarak

Mahkeme içtihatlarında ve doktrinde idarenin bir sözleşmesinde idareye özel hukuku sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi düşünülemez. Oysa idari sözleşmeler idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediğinden, idare kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir.²⁶² Gerçekten de, idarî sözleşmede, kamu yararı ile kişisel yarar karşı karşıyadır ve kamu yararı, kişisel yarardan daima üstündür. Bu nedenle idare, özel hukuk sözleşmelerinde taraflardan herhangi birine tanınmayan bazı ayrıcalıklara ve üstün yetkilere sahip kılınmıştır²⁶³.

İdareye tanınan bu üstünlük kanunlarda yer alan bir hükme veya da kamu hukukunun ilkelerine dayanır. Aslında idare kendisine tanınan ayrıcalıkları ve yetkileri kullanabilmek için “hukuki dayanak ilkesi” denilen bir

²⁶⁰ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, age., s.333; BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukuku, C.I, (Genel Konular),age., s.191.

²⁶¹ BİLGİN, Pertev: age., s. 109.

²⁶² GÜNDAY, Metin: age., s. 169-170.

²⁶³ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”,agm., s.149-150.

yasal yetkiye muhtaçtır²⁶⁴. Bu sözleşmelerde idareye tanınan ayrıcalık ve yetki sözleşmeden önce ve sözleşme yapıldıktan sonra her aşamada söz konusu olabilir.

İdari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran üstünlük ve ayrıcalıklar İdare yönünden ve karşı âkid yönünden olmakla iki yönüyle incelenebilir:

2. İdare Yönünden

Uygulamada idarenin, idarî sözleşmelerde şu hak ve yetkilerle donatıldığını görmekteyiz:

- Diğer âkide, sözleşme ile ilgili emir ve talimat verebilme yetkisi,
- Sözleşme hükümlerinde, kamu hizmetinin gereklerine göre tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi,
- Sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilme yetkisi,
- Sözleşme konusu hizmetin yürütülmesinde veya sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinde kusurlu görülen âkide karşı, zorlayıcı tedbirler uygulayabilme yetkisi,
- Karşı âkide ait araç, gereç ve tedbirleri satın alabilme yetkisi.

Yukarıda sayılan hak ve yetkilerin tümü bir arada aranmayacaktır; bunlardan birinin varlığı sözleşmenin “idarî ” olduğunun göstergesidir.

3. Karşı Âkid Yönünden

İdarî sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafına da bazı üstünlük ve ayrıcalıklar tanınmış olabilir. Buna, sözleşme konusu işin gerektirdiği araç ve gereçleri gümrük vergisinden muaf olarak ithal edebilme hakkı veya sözleşmenin yürütülmesiyle ilgili bir taşınmaz malın kamulaştırılmasını ya da geçici işgalini idareden isteyebilme yetkisini örnek gösterebiliriz. Fakat diğer tarafa tanınan bu tür hak ve yetkiler idarî sözleşmeleri belirleyen zorunlu

²⁶⁴ MERİÇ, Osman: “İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri”, Danıştay Dergisi, Y.3, S.11, 1973, s. 80; ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm, s.150.

unsurlar değildir. Bu sözleşmelerde asıl olan, idarenin üstün hak ve yetkilerle donatılmış bulunmasıdır²⁶⁵.

Son zamanlarda eskiden idarî sözleşmelerin esaslı unsurlarından sayılan, sözleşmeye genel bir şartnamenin eklenmesi, sözleşmenin uzun süreli olması ve bu sözleşmeden doğacak anlaşmazlıkların çözüm yerinin idarî yargı mercileri olduğunun gösterilmesi şartları önemini yitirmiş, bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılması için bulunması gerekli unsurlar olmaktan çıkmıştır²⁶⁶.

III. ÖLÇÜT DIŞI İDARÎ SÖZLEŞMELER

Bazı durumlarda idare ile özel kişiler arasında yapılan sözleşmeler zamanı idarî sözleşmede aranılan kıstasların bulunmamasına rağmen, söz konusu sözleşmeler idarî sözleşme sayılmaktadır. Kanunda, bu hallerde, görevli yargı mercii belirtilerek sözleşmeye idari sözleşme niteliği kazandırıyor. Bazen de kanunda belirtilmiş görev kuralı sun'î olabilir. Fransa'da devletin özel malının satışından doğan uyuşmazlıklarda İdarî Yargı görevli kılınmıştır. Ancak bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların keyfi bir şekilde İdare Mahkemelerinin görev alanına konulduğu sonucuna varılmıştır²⁶⁷. Türk Hukukunda da bazı sözleşmeler kanun gereği idarî sözleşme sayılmaktadır. Bu sözleşmelere 7 Mart 1954 gün ve 6326 sayılı Petrol Kanununu²⁶⁸ örnek gösterebiliriz. Kanuna göre; petrol dairesi ile imtiyazcı arasında çıkacak uyuşmazlıklar, kanunun 27-30. maddelerinde gösterilen başvurular yapıldıktan sonra 31 ve 32. maddeleri uyarınca Danıştay'da çözümlenir.²⁶⁹ Aynı şekilde 5 Haziran 1317 tarihli Taşocakları Nizamnamesinin 27. maddesi de uyuşmazlıkların çözüm yerini de Danıştay

²⁶⁵ YENİCE, Kâzım - Yüksel ESİN :age., s.118.

²⁶⁶ BAŞPINAR,Recep: agm., s.514.

²⁶⁷ BİLGİN, Pertev: age., s.11.

²⁶⁸ 6326 sayılı 7.3.1954 tarihli Petrol Kanunu, 16 Mart 1954 gün ve 8659 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁶⁹ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.151; BİLGİN, Pertev: age., s.15; AYHAN, Önder: agm., s.103.

olarak göstermiştir²⁷⁰. Ancak bugün taş ocaklarının işletilmesi de tek yanlı idarî işlemlerle olmaktadır.

Bu sözleşmelerin yanı sıra, “niteliği gereği idarî sözleşme”ler de vardır. Niteliği gereği idari sözleşmelerde sözleşmenin bir tarafı idaredir. Fakat diğer idarî sözleşme niteliklerinden sadece biri bulunmakta ve mahkeme içtihatları gereği idarî sözleşme sayılmaktadır. Örneğin Danıştay, Sıcak ve Soğuk Maden Suları İşletme İmtiyazlarını niteliği gereği idarî sözleşme saymıştır.²⁷¹ Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 gün ve E.1988/5, K. 1988/55 sayılı kararına²⁷² göre işçi statüsünde olmayan kamu görevlileri ile kamu kurum ve kuruluşları ve KİT’lerin yapmış oldukları hizmet sözleşmeleri idarî sözleşme sayılmaktadır. Kamu yararı açısından, kamu emlâkı sayılan taşınmaz malların işgal ve kullanılmasına ilişkin sözleşmelerle, kamu hizmeti için veya kamu ihtiyacı ve yararı için taşınır mal alımına ilişkin levazım sözleşmeleri ve devletin özel kişilerden borç almasına ilişkin kamu istikraz sözleşmeleri de yargı içtihatlarına göre idarî sözleşme sayılmaktadır.²⁷³

İdarenin bazı sözleşmelerinde ise durum farklıdır. Bu sözleşmeler idarenin özel hukuk sözleşmeleri sayılsa da, çıkan uyuşmazlıklar adlî yargı yerlerinde çözümlenmektedir.²⁷⁴ İdarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkisine dayanarak yaptığı ve kamu hizmetlerinden yararlanmayı öngören abonman sözleşmelerini bunlara örnek gösterebiliriz. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 16 Haziran 1975 gün ve E. 1975/3743, K.1975/7667 sayılı kararında; *“...taflardan biri olan idarenin, evvelden bir takım şartları hazırlayarak bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin bu şartları zımnen kabul suretiyle hizmetten faydalanması tecelli ve tezahür eden ve özel hukuk alanında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu sözleşmeler de onların tamamen aynıdır. Ticarî ve sınai niteliği daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı,*

²⁷⁰ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.151.

²⁷¹ Danıştay 8. Dairesinin 11 Ocak 1966 gün ve E.1965/933, K.1966/44 sayılı kararı.

²⁷² İlgili karar için bkz. 25 Ağustos 1988 gün ve 19908 sayılı R.G.

²⁷³ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.152.

²⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref -Turgut TAN: age., s.580 vd.

*telefon, radyo , televizyon gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır. Bu teşebbüsler, Devlet ya da ... işletildiği vakit... anılan işler karşısında ferdin durumunun tamamen akdi nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir*²⁷⁵ demiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi de 14.11.1994 gün ve E. 1994/26, K. 1994/28 sayılı kararında P.T.T. işletmesinin aboneleri ile olan ilişkisini bir özel hukuk sözleşmesi saymıştır²⁷⁶.

IV. İDARÎ SÖZLEŞMELERİN TÜRLERİ

A. Malî İltizam Sözleşmeleri

Mali iltizam sözleşmeleri, *mültezim* adı verilen karşı tarafa, götürü veya orantılı bir kazanç ya da ücret karşılığında, belli bir idari hizmetin gördürülmesini öngörürler²⁷⁷. İdare tarafından bir hizmetin, bir bedel karşılığında mültezim adı verilen bir kişiye gördürülmesi veya belli bir şeyin teslimi konusunda yapılan sözleşmeye *mali iltizam sözleşmesi* denir.

Bu tür sözleşmeler Osmanlı İmparatorluğu döneminde “aşar” adı verilen tarım ürünleri vergileri gibi bazı vergilerin tahsilinde uygulanmıştır.²⁷⁸ Bugün ise, mali iltizam sözleşmeleri daha ziyade göl ve nehirlerle deniz kıyılarındaki hazineye ait dalyanlardan yararlanmak için yapılmaktadır²⁷⁹.

Devletin tekelinde bulunan mükerrer sigorta hakkının işletilmesinde de malî iltizam sözleşmesine başvurulmaktadır. Son yıllarda emlak vergisi geliri belediyelere terk edilmiştir. Bazı belediyeler bu verginin tahakkukundan tahsiline kadar her türlü hizmetin yapılmasını özel kişilere devretmektedirler. Devir için yapılan bu sözleşmeler de, malî iltizam sözleşmesi niteliğindedir²⁸⁰.

²⁷⁵ İlgili karar için bkz. Yargıtay Kararlar Dergisi, S.3, Mart 1990, s.6.

²⁷⁶ İlgili karar için bkz. 11 Aralık 1994 gün ve 22138 sayılı RG.

²⁷⁷ GÜNDAY, Metin:age., s. 170; AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, age., s.311.

²⁷⁸ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, age., s.1593; GÜNDAY, Metin:age., s. 170.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde “Düyûn-u Umumiye” uygulaması sırasında bazı vergilerin tahsilinde İltizam Usûlü uygulanmıştır. Bu konu için bkz. DURAN, Lütfi: “Devlet İhalesi”, Cumhuriyet Gazetesi, 13 Mart 1986, s. 2.

²⁷⁹ GÜNDAY, Metin:age., s. 170.

²⁸⁰ ODYAKMAZ, Zehra: : “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.155.

B. Kamu İstikraz Sözleşmeleri

Devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından tahvil, bono gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan akdi ilişkiler de idarî sözleşme sayılmaktadır²⁸¹.

Kamu borçlanmaları özel borçlanmalardan farklı olarak mutlaka özel bir kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiye dayanılarak yapılmaktadır. Diğer taraftan kamu borçlanmaları kamu yararı gözetilerek ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi için yapılmaktadır. Bundan dolayı kamu borçlanmalarının geri ödenme süreleri, özel borçlara karşılaştırıldıklarında, çok uzundur. Kamu borçlanma sözleşmeleri kamu kudretinden doğan ayrıcalıklara sahiptir. Bunlar; devlet tarafından çıkarılan bu senetler haciz konusu olmamaları, gerektiğinde para olarak kabul edilmeleri, devlet ihalelerinde teminat olarak kabul edilmeleri gibi ayrıcalıklardır. Ayrıca, bu tür borçlanmalarda idare, borçlanma koşullarını belirleme ve tek yanlı olarak değiştirme, faiz hadlerini düşürme (konversiyon), erken ödeme yapma ya da borcun vadesini erteleme (konsolidasyon) gibi kamu gücünden kaynaklanan üstün yetkilere sahiptir. Nitekim, Danıştay da 11.4.1944 gün ve E.1938/375, K.1944/54 sayılı kararında, Devlet borçlanmalarının kamu hukuku kuralları ile oluşan borçlanmalar olmaları nedeniyle, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olamayacağını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünün de Danıştay görevine dahil olduğuna karar vermiştir²⁸².

C. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

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

²⁸¹ DÜNDAR, Erol: “İdarî Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi”, Malî Hukuk, S.15-16, 1972, s.15. GÜNDAY, Metin:age., s. 170; KANLIGÖZ, Cihan: Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), C. 52, No: 1-4, s. 339 vd.

²⁸² KANLIGÖZ, Cihan: Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri, agm., s. 351 vd.

süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir²⁸³. Bu tür sözleşmelerde idareye “imtiyaz veren”, karşı tarafa ise “imtiyaz sahibi” (veya “imtiyazcı”) denir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde hizmetin zarar, masraf ve kazancı özel kişiye aittir. İdarenin özel kişi üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunur. İmtiyaz sahibi tarafından kurulan ve işletilen kamu hizmeti tesisi, sözleşmenin sonunda tümü ile bedelsiz olarak idareye geçer.

Kamu imtiyaz sözleşmelerine ilişkin geniş bilgi vereceğimiz için burada üzerinde fazla durmayacağız.

D. Yeraltı ve Yerüstü Servetlerine İlişkin İşletme Sözleşmeleri

3 Mart 1954 tarihli 6309 sayılı Maden Kanununun 62. ve 63. maddelerinde bu kanuna tabi madenlerin işletilmesini özel kişilere bırakan sözleşmeler de idarî sözleşme sayılmaktadır. Bu sözleşme ile özel bir kişiye, Devlete ödeyeceği belli bir resim karşılığında bir madeni kendi yararına işletme hakkı tanınmaktadır. Bir idari işletmeden doğan bu işletme hakkı, özel hukuka tabidir.

6309 sayılı Kanun, 4 Haziran 1985 gün ve 3213 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 3213 sayılı Kanunun geçici 2. maddesine göre bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte geçerli bulunan maden işletme imtiyazları devam etmektedir. 3213 sayılı Kanun, maden işletme imtiyazını kaldırdığından artık idare madenlerin işletilmesini, işletmeciye bir imtiyaz sözleşmesi ile değil, tek yanlı bir işlem olan “ruhsat” ile vermektedir²⁸⁴.

6326 sayılı Petrol Kanununa göre, petrol işletme hakkı ruhsatla verilmektedir. Petrol dışındaki yeraltı ve yerüstü servetlerin işletilmesi hakkı da ruhsat ile verilmektedir. Ancak bunlardan kamu hizmeti biçiminde

²⁸³ GÜNDAY, Metin:age., s.170. Bu konuda bkz. BALTA,Tahsin Bekir:age.,s.474-475; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN:age.,s.657 vd.; ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.153.

²⁸⁴ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.156; GÜNDAY, Metin: age., s.176.

işletilenler için (örneğin kaplıcalar) idari sözleşme usulü uygulanmaktadır.²⁸⁵ 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42/c maddesi de madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işleri, Danıştay Birinci Dairesinin görevleri arasında sayılmıştır.

E. Orman İşletme Sözleşmeleri

İdare ile özel bir kişi arasında akdedilen ve devlet ormanlarının bakım ve onarımı yükümlerinin de içeren orman işletme sözleşmeleri Uyuşmazlık Mahkemesinin eski tarihli bir içtihadına²⁸⁶ göre idari sözleşme sayılmıştır²⁸⁷. 1961 Anayasasına göre (md. 131/2) devlet ormanlarının mülkiyetinin, yönetiminin ve işletilmesinin özel kişilere devredilemeyeceğini öngörülmüş, benzer bir hüküm 1982 Anayasasında da yer almıştır. Dolayısıyla, bugün orman işletme sözleşmesi yapma imkânını ortadan kaldırmıştır. Fakat, maden işletme imtiyazı sözleşmelerinde olduğu gibi, önceden yapılmış olan orman işletme sözleşmeleri yürürlüklerini koruyacaktır.

Artık orman işletme sözleşmesi yapılamayacaktır.

F. İdarî Hizmet Sözleşmeleri

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler de mahkeme içtihatlarına göre idarî sözleşme sayılmaktadır²⁸⁸. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesine göre üç istihdam biçiminden biri olan sözleşmeli personel, özel bir mesleki bilgiye ve ihtisasa gerek gösteren geçici işlerde çalıştırılabilir. Bu gibi işlerde çalıştırılacak personel ile idare arasında akdedilen sözleşmeler, idarî sözleşmelerdir²⁸⁹. 5

²⁸⁵ GÜNDAY, Metin: age., s.176.

²⁸⁶ Uyuşmazlık Mahkemesinin 24.1.1946 gün ve E.1946-7/2, K.1946/2 sayılı kararı, Danıştay Kararları Dergisi, S. 26, s. 53.

²⁸⁷ GÜNDAY, Metin: age., s.176.

²⁸⁸ Bu konudaki ilk karar Danıştay'ın 4.7.1964 gün ve E.1964/674, K.1964/344 sayılı içtihadı birleştirme kararıdır. Bu kararda Devlet Tiyatrolarının kamu hizmeti gören bir kurum ve burada çalışan sanatçıların da kamu ajanı olduğundan hareketle, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü ile sanatçılar arasında 5441 sayılı Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin bir idari sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Bkz: GÜNDAY, Metin: age., s.177.

²⁸⁹ GÜNDAY, Metin: age., s.177; DURAN, Lütfi: "Sözleşmeli Kamu Personeli", Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1968; DURAN, Lütfi: "Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s.78; SERİM, Bülent: "Sözleşmeli Personelin

Kasım 1980 tarih ve 233 sayılı Sürekli Kamu Görevlerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırılması Hakkında Kanun ile sürekli kadrolarda bu kadrolar karşılık gösterilmek kaydıyla, emekli aylığı bağlanmış kişilerin bu aylıkları kesilmeden çalıştırılabilmesi öngörülmüştür²⁹⁰. 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin düzenlenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede 3771 sayılı Kanun ile yapılan değişik uyarınca sözleşmeli personel genel idare esasları dışında yürütülen görevlerde sözleşme ile istihdam olunan ve fakat işçi sayılmayan personeldir. Bu personelin idare ile akdettiği hizmet sözleşmesi Anayasa Mahkemesince idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.²⁹¹ Nitekim bu personel, sendikal faaliyet yasağı, toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı, başka iş ve hizmet yasağı gibi yasaklar bakımından kamu görevlilerin tabi tutulduğu yasaklara tabi tutulmakta ve genel esaslarına göre yürütülmemekle beraber asli ve sürekli görevlerde çalıştırılmaktadır²⁹².

V. İDARÎ SÖZLEŞMELERİN UYGULANMASI

İdarî sözleşmeler sadece tarafları bağlar. Üçüncü şahısları borç altına sokacak idarî sözleşme yapılamaz, aksine üçüncü şahısların menfaatlerini korumak için yapılırlar. İdari sözleşmelerde idare, kamu yararı nedeniyle karşı âkide oranla daha üstün konuma sahiptir. İdarî sözleşmelerin yapılması idarenin görevini tamamladığı anlamına gelmez. İdare imzaladığı sözleşme hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek ve kontrol etmek yetkisine ve mükellefiyetine sahiptir. Hatta idare, sözleşmenin kapsamında ve hizmetlerin teknik ayrıcalıklarında; malzemenin kalite ve niteliği, birimleri, inşaatın şekli gibi hususlarda; “sözleşmenin kaide tasarruf kısmını”²⁹³ oluşturan noktalarda dilediği gibi değişiklik yapabilir. Bunun yanı sıra, idare,

Hukukî Statüsü”, Amme İdaresi dergisi, C.21, S.1, Mart 1988, s.137; SERİM, Bülent: Öğretide,Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987, s.24.

²⁹⁰ Bu Kanun 1.1.1991 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁹¹ Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 gün ve E.1988/5, K.1988/55 sayılı karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (A MKD.), S.24, s. 465 vd.

²⁹² GÜNDAY, Metin:age., s.178.

²⁹³ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age.,s.1628.

keşif ve dolayısıyla sözleşme dışında kalmış yeni hususları da müteahhide borç olarak yüklemek yetkisine sahiptir²⁹⁴.

Bir idari sözleşmenin uygulamaya konulabilmesi için Sayıştay tarafından tescil edilmesi gerekir. Buna göre de sözleşmeler, imzalandıkları tarihten itibaren üç ay içinde dayanakları ile birlikte Sayıştay'a gönderilmeleridir. Sözleşmeler tescil edilmedikçe uygulanamaz²⁹⁵.

VI. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

A. Tanım

İmtiyaz kelimesi *bir cemaate verilen özel müsaadeler ve haklar, Bir kamu hizmetinin hasarı kendisine ait olmak üzere kâr amacıyla özel teşebbüs tarafında görülmesi, Kamu mallarının inhisarî mahiyette istifade sağlayabilmesi için özel kişilere verilen müsaadeler* gibi çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır²⁹⁶.

Doktrinde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin değişik tanımları yapılmıştır:

“Kamu hizmetinin ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak, Türk hukuk düzenine göre Anonim Şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine imtiyaz usûlü” denir²⁹⁷.

Ali Ülkü Azrak ise; *İdarenin kamu hizmeti teşkil eden bir görevin yerine getirilmesini bir İdarî Sözleşme ile özel bir müteşebbise devretmesine* Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi demektedir²⁹⁸.

²⁹⁴ AYHAN, Önder: agm., s.103.

²⁹⁵ Sayıştay Kanunu m.60.

²⁹⁶ KUZUM, Yıldırım: “İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s.758; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.1335.

²⁹⁷ ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, age., s.256.

²⁹⁸ AZRAK, Ali Ülkü: “İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, agm., s.536.

Sayın Günday Kamu Hizmeti İmtiyazını; *“.....bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir süre işletilmesini öngören idarî sözleşmelerdir...”* şeklinde tarif etmektedir²⁹⁹. *“Bu usûlde, idareye imtiyaz veren, hizmeti gören özel kişiye ise imtiyaz sahibi veya imtiyazcı denilmektedir”*³⁰⁰.

Sıddık Sami Onar'ın tarifi ise şu şekildedir: *“.....İmtiyaz Mukaveleleri, bir âmmе hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, temin edilecek selahiyetler ve taahhüt olunan malî menfaatler mukabilinde hususî bir şahıs tarafından ifasını tazammun eden bir mukaveledir.....”*³⁰¹.

Prof.Dr. Derbil'e göre; *“.....Bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve işletilmesini öngören İdarî Sözleşmeler.....”*³⁰² Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesidir.

“....Kamu tüzel kişinin bir kamu hizmetini, tüm masraf ve zararlarını yüklenen bir özel kişiye, hizmetten yararlananlardan bir karşılık isteme hakkına sahip olarak, belirli bir süre için gördürmesini.....” Tan³⁰³, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi saymaktadır.

Yıldırım Kuzum; *“.....bir kamu hizmetinin hasarı kendisine ait olmak üzere kâr amacıyla özel teşebbüs tarafından görülmesi ve kamu mallarının inhisarî mahiyette istifade sağlayabilmesi için özel kişilere verilen müsaadeler ancak İdarî Sözleşmelerle yapılabilir ki buna da Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi adı verilir.....”* demektedir³⁰⁴.

²⁹⁹ GÜNDAY, Metin: age., s.172.

³⁰⁰ GÜNDAY, Metin: age., s.172.

³⁰¹ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.536.

³⁰² DERBİL, Süheyy: İdare Hukuku, s.593.

³⁰³ TAN, Turgut: “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.),C.XXII, S.2, s.285.

³⁰⁴ KUZUM, Yıldırım: agm., s.758.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesiyle ilgili yargı kararlarındaki tanımlar ise şöyledir:

Anayasa Mahkemesi 09.12.1994 tarihinde verdiği E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararda “...*konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri olarak kabul etmiştir*”³⁰⁵.

Danıştay’ın ilk şekli olan ve 1868’de kurulan Şûrayı Devlet³⁰⁶ ise vermiş olduğu bir kararda “.....*Yardımlı veya yardımsız menafi garantisini, muhtevi veya bu garantiden âri olarak bir âmme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle ferde (önceden şahıslara da verilebiliyordu) veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukaveleleri Âmme Hizmeti İmtiyazı Mukaveleleri saymıştır*”³⁰⁷.

Danıştay 3. Dairesi de, 17.11.1967 gün ve E. 1967/371, K. 1967/451 sayılı kararında “.....*İmtiyaz Sözleşmesi, bir kamu hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak üzere, idarece tayin olunan şartlar, tanınan yetkiler, taahhüt olunan malî menfaatler karşılığında bir özel kişi tarafından ifasını tazammun eder.....*” demiştir.

Danıştay İdari İşler Kurulu ise imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili olarak şu hükme varmıştır. “Klasik tanıma göre kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye belli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle vermesidir. İç içe geçmiş iki bölümden meydana gelen

³⁰⁵ İlgili karar için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S.31, C.1, s.303.

³⁰⁶ II.Mahmut döneminde kurulan ve yasama, yürütme, yargı fonksiyonları olan Meclis-i Valâyı Ahkâmı Adliye 1868’de Şûrayı Devlet ve Divan-ı Ahkâmı Adliye isimleriyle ikiye ayrılmıştır. Bu ayrılıktan sonra vatandaş (teba) ile kamu görevlileri arasındaki uyumsuzlukları çözme yetkisi Şûrayı Devlete, Şer’iye Mahkemelerinin bazı ceza hükümlerini temyizen inceleme yetkisi ise Divan-ı Ahkâmı Adliyeye verilmiştir. Şûrayı Devlet bugünkü Danıştay’ın; Divan-ı Ahkâmı Adliye ise bugünkü Yargıtay’ın ilk şeklidir.

³⁰⁷ Şûrayı Devlet Dava Daireleri Genel Heyetinin 26 Şubat 1935 tarihli kararı. İlgili karar için bkz. KUZUM, Yıldırım: agm., s.763.

bir imtiyaz işlemi, imtiyazı veren ile alan arasındaki anlaşmayı belirleyen dar anlamda sözleşme ve imtiyazın konusunu, süresini, tarafların hakları ve borçları ile hizmetten yararlananlara ilişkilerini belirleyen şartlaşma hükümlerinden oluşmaktadır. Bu biçimiyle bir imtiyaz işleminin, bir yandan akdi nitelikte hükümler, diğer yandan da imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici nitelikte hükümler içeren karma işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.”³⁰⁸

Kanaatimizce de Devlet fonksiyonlarının günümüzde değişmesi ve gelişmesi İdarî Sözleşmelerin uygulama alanını da değiştirmiş ve genişletmiştir. Devletin yavaş yavaş ekonomik hayattan çekilmesi, bu alanı özel sektöre devrederek sadece gözetmen konumuna geçmek istemesi, İdarî Sözleşme alanını, bu arada da imzalanan Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin sayısını artırmıştır³⁰⁹. İmzalanan bu İmtiyaz Sözleşmelerinin mahiyeti, Devlet anlayışındaki değişimin ve tarihsel gelişiminde göstergesi olacağından İmtiyaz Sözleşmesinin tarihsel gelişimini incelemenin önemli olduğunu düşünmekteyiz.

B. Tarihsel Gelişim

Kamu hizmetlerinin bazı özel kişiler eliyle gördürülmesi usûlü oldukça eskidir ve Fransa’da özellikle bayındırlık hizmetlerinde 16. Yüzyıldan beri uygulanmaktadır³¹⁰. Menşei Feodal devre kadar uzanan İmtiyaz Sözleşmelerinin ilk etabı yollardan ve köprülerden geçiş ücreti alma oluşturmuştur. İkinci etap ise kanalların açılması, bataklıkların kurutulması, su kemeri inşası gibi bayındırlık hizmetlerinin inşası şeklinde olmuştur. Bu etapta işin yapımı ve işletilmesi doğrudan doğruya bugünkü Yap-İşlet Devret modelinde olduğu gibi imtiyaz sahibine bırakılmıştır. Yalnız “tımar

³⁰⁸ DİİK kararı, 09.10.2000 E. 2000/107, K. 2000/76.

³⁰⁹ İmtiyaz usulündeki değişim için bkz. TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), C.50, S.3-4, 1995, s.300.

³¹⁰ OSTEN, Necmi: İdarî Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, İstanbul 1938, s.17; MERİÇ, Osman: “İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrinde İncelenmiş ve İncelenmemiş Yönleri”, Danıştay Dergisi, Y.3, 1973, C. III, s.72.; KANLIGÖZ, Cihan: Yönetmelik Sözleşmeler, [Basılmamış Yüksek Lisans Tezi], s.51.

müessesesinde” olduğu gibi zarar -ziyan imtiyaz sahibine aitti³¹¹. İmtiyazlar için üçüncü etabı teşkil eden 19.yüzyılın ortasında, imtiyaz sahibinin imtiyaz konusu üzerindeki tasarruf kaldırılmış, imtiyazlar belli sürelerle verilmeye başlanmıştır.

Bu nedenle yerinde olarak belirtildiği gibi klasik İdarî Sözleşmelerin kaynağını ve prototipini İmtiyaz Sözleşmeleri oluşturmaktadır³¹².

Osmanlı İmparatorluğu döneminde ise imtiyazların özellikle XIX. yüzyıla doğru ağırlık olarak verildiğini görmekteyiz. Bu dönem Avrupa kapitalizmin altın çağını yaşamakta, sermaye fazlalığı başka ülkelere yatırım yapılarak değerlendirilmektedir. O dönemlerde Osmanlı Devleti savaşımlardan yeni çıkmış ve hazinesi boş durumda olan, mahalli kamu hizmetlerini tam olarak yerine getiremeyen bir devlet durumundadır. Hatta o dönemde bir yabancı Karaköy Köprüsünden geçerken tahtalar arasından denizin görüldüğünü fark edince *“bu köprüye tahammül eden halk her türlü idarî fenalıklara mütehammil olur”*³¹³ diyebilmiştir. Bu bir zamanlar dünyaya damgasını vurmuş bir imparatorluk için hazin ve kabul edilmez bir durumdur. İlk Belediye İstanbul’da 1854’de kurulduğu için mahalli hizmetler genellikle vakıflar eliyle gördürülmüştür.

Osmanlının içine düştüğü bu durum, Avrupa’daki sermaye birikimi v.s. nedenlerle XIX. yüzyılda Avrupalılara imtiyazların verildiğini görmekteyiz. 1881’de Düyûn-u Umumiye’nin kurulması ise yabancı sermaye girişini daha sistemli hale getirmiştir.

Bu elverişli şartlar, Avrupa ülkelerini, özellikle de ekonomik yönden o dönemde iyi durumda olan İngiltere, Almanya, Fransa gibi ülkeleri, demiryolu, madenler, bankacılık gibi alanlarda yatırıma teşvik etmiştir. Bu teşvikler

³¹¹ KUZUM, Yıldırım:agm., s.72.

³¹² ULER, Yıldırım: “Sözleşmeli Personel İdarî Sözleşmeler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD.), C.XXII, s.235.

³¹³ M. SALZBORİ’nin sözü için bkz. MERİÇ, Osman: “İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri”, Danıştay Dergisi, Y.3, 1973, S.11, s.73.

sayesinde Fenerler İmtiyazı gibi ekonomik niteliği olmayan imtiyazların bile yabancılar tarafından kapışıldığını görmekteyiz.

Bu dönemde yabancılara verilen belli başlı imtiyazlar şunlardır:

Osmanlı İmparatorluğunda yabancılara verilen PTT imtiyazlarının başında 1909 (1327) yılında Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan'da kabul edilerek tek maddelik kanunla yürürlüğe giren telefon imtiyazı gelir³¹⁴.

Fenerler konusunda ilk İmtiyaz Sözleşmesi ise 1860 yılında Akdeniz, Çanakkale Boğazı ve Karadeniz sahilleri için imzalanmıştır³¹⁵. Bu sözleşmeye göre Osmanlı Fenerleri Şirketi'ne verilen imtiyazın süresi 20 yıl olacak ve teftişleri Osmanlı ve Avrupalılardan oluşan bir komisyon tarafından yapılacaktır.

Osmanlı İmparatorluğunun doğal limanlar dışında limanlara pek sahip olmaması, deniz ticaretinin o dönemlerde gelişmiş olması, liman kurulması ve liman hizmetleri açısından birçok imtiyazın verilmesine sebebiyet vermiştir. Bunun sonucunda; 1890'da İstanbul Liman, Rıhtım, Dok ve Antrepo İmtiyazı³¹⁶, 1888'de Selânik Liman İmtiyazı, 1867'de İzmir Limanı İmtiyazı, 1888'de Beyrut Limanı İmtiyazı, 1895'te derince Limanı imtiyazı, ve son olarak da 1899'da Haydarpaşa Limanı imtiyazı verilmiştir³¹⁷.

Ayrıca 1868'de İstanbul Tramvay ve Tünel İmtiyazları, 1890'da Selânik Tramvay İmtiyazı, 1903'te Şam Tramvay İmtiyazı, 1874'te Beyoğlu Su

³¹⁴ Bu sözleşme Hükûmet ve Western Electricin başını çektiği bir konsorsiyum arasında imzalanmıştır. Sözleşme hükümlerine göre verilen imtiyazın süresi 30 yıl olacak, imtiyaz sahibi her yıl gayri safi gelirinin %15'ini Hükûmete verecektir. Daha fazla bilgi için bkz. ÖKSÜZ, Murat: İdarî Sözleşmelerin Çeşitleri ve İdarî Sözleşmelerde Sakatlıklar, [Basılmamış Yüksek Lisans Tezi], s.15.

³¹⁵ MERİÇ, Osman: "İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", agm., s.73.

³¹⁶ Bu imtiyazı alan Mishel Paşa, Sirkeci Vapur İskelesinden Unkapanı Köprüsü'ne kadar, Galata Köprüsü'nden Azapkapı'ya kadar uzanan rıhtımları yapacak ve işletecektir. Sözleşme hükümleri gereğince belirtilecek yerlerde ihtiyaca göre antrepo, dok kuracak, denetimi Hükûmet Komseri yapacak ve İmtiyaz Sözleşmesinin süresi 85 yıl olacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. TAN, Turgut: "Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", agm., s. 306-307.

³¹⁷ MERİÇ, Osman: "İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri", agm., s.74.

İmtiyazı, 1892’de İzmir Sular İmtiyazı, 1883’te İzmir Elektrik İmtiyazı verilmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde verilen İmtiyaz Sözleşmelerinin ortak özelliklerine³¹⁸ bakacak olursak; imtiyaz sürelerinin sözleşmeye göre 20 ile 99 yıl arasında değiştiğini, imtiyaz sahibinin sözleşmenin onanmasından başlayarak belli süreler içinde teminat yatırması gerektiğini, hizmetin kurulması için gerekli arazi karşılığının şirkete ödenerek kamulaştırılabildiğini, belirli süreler içinde inşaata başlanılmaz veya başlanıp da tamamlamaz veya zorlayıcı sebep olmadığı halde işletmeye ara verilirse şirketin imtiyazını kaybettiğini, dışarıdan getirilen aletler için gümrük resminin alınmadığını görürüz.

Osmanlı döneminde yabancılara verilen imtiyazlar raşa-rashat yöntemiyle satın alınmıştır. Amaç Kapitülasyonlardan ve kaynakların sömürülmesinden Devleti kurtarmaktır³¹⁹.

Bunun için Cumhuriyetin ilk yıllarında katı bir Devletçilik ilkesinin uygulandığını görmekteyiz. Bu katı Devletçilik anlayışı kamu hizmetlerinin görülmesinde de etkisini göstermiştir. Cumhuriyetin ilk Anayasalarından olan 1924 Teşkilât Esası’ye 1937’de diğer ilkelerle birlikte Devletçilik ilkesi de girmiş, özellikle bu tarihten sonra Devlet, ekonomik hayata doğrudan müdahale etmiştir: Madencilik alanında Etibank ve Maden Tetkik Arama Enstitüsü kurulmuş ve bir kısım madenlerin çıkarılması ve işletilmesi kamu hizmeti sayılmıştır. 1950’lerde Devletçilik aleyhine başlayan eğilimler neticesinde özellikle madencilik alanında özel mülkiyete cevaz verme ve yabancı sermayeyi iştirak ettirme temayülüne girilmiş ve bu dönemde 6309 sayılı Maden Kanunu çıkarılmıştır³²⁰. Bu Kanunla bir kısım madenlerin işletmesi bir kısım şartlarla imtiyaz olarak verilebilecektir.

³¹⁸ TAN, Turgut: “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, agm., s.323-324.

³¹⁹ Daha fazla bilgi için bkz. AZRAK, Ali Ülkü: Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul 1976.

³²⁰ MERİÇ, Osman: “İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihatla İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri”, agm., s.77.

Cumhuriyet döneminde özellikle elektrik, baraj yapımı ve hidroelektrik santralleri konusunda imtiyazlar verilmiştir. Seyhan ve Kepez Hidroelektrik işletmelerinin İdarî Sözleşmeyle özel kişilere verilmesi buna bir örnek teşkil eder³²¹. Yine bu dönemde Sarıyar Barajı Hidroelektrik Santralı da imtiyaz usûlüyle bir iktisadî devlet teşekkülü olan Etibank'a verilmiştir.

Kamu Hizmetini İmtiyazını düzenleyen ilk Kanun 10 Haziran 1326 tarihli (1910) ve 1910 sayılı “Menafii Umûmiyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”³²² dur. Onüç maddeden oluşan bu Kanunda hükûmetçe hangi konularda imtiyaz verilebileceği, imtiyaz sahibine gerekli arazinin nasıl sağlanacağı, imtiyaz sahibinin hangi vergi ve resimlerden bağışık olacağı, yönetimin satın alma hakkı, personel istihdamına ilişkin esaslar v.b. konular düzenlenmiştir.

1910 tarihli Kanunun 3.,4. ve 6. maddeleri 25 Haziran 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanunla kaldırılmış, diğer maddeleri ise 2025 sayılı Kanunun maddeleri olarak düzenlenmek suretiyle ilk haliyle yürürlükte bırakılmıştır.

“Menafii Umûmiyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun” ile imtiyaz verebilecekler arasında mahalli idareler belirtilmemiş iken 1580 sayılı Belediye Kanunu ile bu boşluk doldurulmuş; bu Kanunla Belediyelere³²³ de bazı hizmetlerin görülmesini teminen imtiyaz verme yetkisi tanınmıştır³²⁴. 5393 sayılı Belediye Kanununda da bu yetki muhafaza edilmiştir.

³²¹ DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, age., s.339.

³²² 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umûmiyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, 24 Haziran 1326 (1910) gün ve 576 sayılı Takvimi Vekayı'da (Resmî Gazetede) yayınlanmıştır.

³²³ Osmanlı Devletinde belediye örgütünün tarihçesi 1854 yılında kurulan İstanbul Şehreminliği ile başlar. İlk belediye Galata ve Beyoğlu'nda kurulmuştur. 1869 Dersaadet İdare-i Belediye Nizamnamesi ile belediye örgütü bütün İstanbul'a yaygınlaştırılmıştır. 1864 tarihli Vilâyet Nizamnamesi ile eyalet sisteminden vilâyet sistemine geçilmiştir. 1868'de bir talimat ile taşrada da belediye örgütü kurulması öngörülmüş; bu husus 1870 İdare-i Umumiye Vilâyet Nizamnamesi ile tekrar edilmiştir. 1876 tarihinde Vilâyet Belediye Kanunu ve nihayet 1930'da da Belediye Kanunu çıkarılmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: Osmanlı Tarihi, Cilt 1, Ankara 1947, s.284 v.d.

³²⁴ Uzun yıllar yürürlükte bulunan 1580 sayılı Kanunun 19/4. maddesi, “Doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagazi, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sevhili mütecavire vapurları nakliyatını deruhte ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır. (Ancak

1910 tarihli “Menafii Umûmiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”la II.Meşrutiyet döneminde yasal çerçeveye kavuşan imtiyaz sözleşmeleri 1924 Teşkilât-ı Esasi ile birlikte anayasal temelini de bulmuştur. 1924 Teşkilât-ı Esasi Kanunu (Anayasası) imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisini getirmiş olduğu Meclis Hükûmet Sistemine uygun olarak TBMM’ye vermiş³²⁵ ; yine aynı Anayasa imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay’ın “düşünüşünün” (görüşünün) alınacağı hükmünü getirmiştir³²⁶.

Cumhuriyet tarihinde ilk defa “Kuvvetler Ayrılığı” ilkesini getiren 1961 Anayasası, bu ilkenin bir gereği olarak TBMM’nin yetkilerini daraltmıştır. Bu eğilim dolayısıyla da 1924 Anayasasında TBMM’ye tanınan imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi 1961 Anayasası ile kaldırılmıştır.

1961 Anayasası imtiyaz sözleşmelerindeki TBMM onayını kaldırmakla kalmamış; Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki “görüş bildirme” yetkisini “inceleme” şeklinde değiştirmek suretiyle Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki etkinliğini artırmıştır³²⁷.

belediyeler bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek ve şeraiti Devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak üzere imtiyaz da verilebilirler) hükmüne havi idi.

Yine 1580 sayılı Kanunun 19/5 maddesine 07.02.1990 tarihinde 3612 sayılı Kanunla yapılan eklentide ise imtiyazın devrinin İçişleri Bakanlığının iznine bağlı olduğu belirtilmekteydi.

Belediyede imtiyaz vermeye yetkili organ ise eski Belediye Kanunu olan 1580 sayılı Kanunun 70/14. maddesine göre Belediye Meclisi idi.

5393 sayılı Belediye Kanununun 18/j maddesinde de paralel bir hüküm getirilerek bu yetkinin Belediye Meclisine ait bir yetki olduğu hususu teyit edilmiştir.

³²⁵ 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu m.26 (10.04.1928 tarih ve 1222 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali) :“Büyük Millet Meclisi ahkâmı şer’iyyenin tenfizi, kavaninin vaz’ı, tâdili, tefsiri, fesih ve ilgası,devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi, harp ilânı, muvazenei umumiyei maliye ve Devletin umum hesabı katî kanunlarının tedkik ve tasdiki, meskukat darbı inhisar ve malî taahhüdü mutazammın mukavelât ve imtiyazın tasdik ve feshi, umumi af ilânı, cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücezzatı kanuniyenin tecili, mahkemelerden sadır olup katiyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazı gibi vezaifi bizzat kendisi ifa eder”.

³²⁶ 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu m.51: “İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükûmetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşünüşünü bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur...”.

³²⁷ 1961 Anayasası m.140 (20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali): “...Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir...”.

1982 Anayasasının kabul edilen ilk şeklinin 155. maddesinde, 1961 Anayasasının 140. maddesinde olduğu gibi Danıştay'ın görevleri arasında, “...imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek...” sayılmıştır.

14.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla Anayasanın 47³²⁸, 125³²⁹ ve 155³³⁰. maddelerinde yapılan değişikliklerle Devlet ve kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özel kişilere devredilebileceği; kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebileceği; Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki inceleme yetkisinin 2 ay içinde görüş bildirmeye dönüştürüldüğü şeklinde hükümler getirilmiştir.

Menafii Umûmiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun imtiyaz sahibinin belirlenmesine³³¹ ve imtiyaz verme usûlüne getirmiş olduğu

³²⁸ 1982 Anayasasının 47. maddesi (14.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali): “...Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usûller kanunla düzenlenir. Devlet kamu iktisadî teşebbüsleri ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir...”.

³²⁹ 1982 Anayasasının 125. maddesi (14.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali): “...Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir...”.

³³⁰ **1982 Anayasasının 155. maddesinin ikinci fıkrası 13 Ağustos 1999'da 4446 sayılı Kanunla aşağıdaki gibi değiştirilmiştir :** “.....Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.....”

Değişiklikten önceki metin ise şöyledir: “.....Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.....”.

³³¹ Menafii Umûmiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun 2. maddesi, “Bilcümle imtiyazat için muktazi olup iştirakı lazımgelen veya sureti muvakkatede işgal ve terki icabeden arazi ve emlak hakkında kavaidi atıye cari olunacaktır...İmtiyaz müddeti zarfında sahibi imtiyazın teklifi ve mercii olan Nezaretin tensibi üzerine muvakkaten işgali lazımgelen arazi ve taş ocakları ve balast mahalleri ashabına İstimlak Kanununda tayini kıymet için mevzu usule tevkiifan takdir olunacak tazminat sahibi imtiyaz tarafından tesviye edildikten sonra hükûmeti mahalliye marifetiyle sahibi imtiyaza teslim edilecektir...” hükmünü getirmiştir.

kısıtlamalar³³² serbest piyasa ekonomisi ve liberal devlet politikası ile bağdaşmadığından bu engelleri aşmak amacıyla özellikle 1983'lü yıllardan sonra bazı özel kanuni düzenlemelerin yapıldığını görmekteyiz:

04.11.1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun yürürlüğe sokulmuştur³³³. *“Bu Kanun, özel hukuk hükümlerine tâbi sermaye şirketleri statüsündeki yerli ve yabancı şirketler ile yapılacak ve elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve bu tesisi işletme olanağını sağlayacak bir görev sözleşmesi ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış ve yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine olanak sağlayacak işletme hakkı devir sözleşmesini öngörmektedir”*³³⁴.

*“3096 sayılı Kanun incelendiğinde, işletme hakkı devir sözleşmelerinin imtiyaz usûlünün birçok ögesini taşıdığı görülmektedir”*³³⁵: Özellikle 3096 sayılı Kanunun hükümleri ile bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim

³³² Menafii Umûmiyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun imtiyaz verme usulüne getirdiği kısıtlamalar şunlardır:

“İmtiyaz müddetinin inkızasında işletme umuruna mahsus olan edevat ile eşyayı menkule ve levazımatı iştirak olunabileceği mukavelenamenin hini tanziminde hükûmetçe lüzum görüldüğü takdirde tasrih olunabilecektir. İmtiyazat mukavelenamelerindeki müddeti muayene mürurunda hükûmetin iştirak hakkı muhafaza olunacaktır. Edevat ve eşya ve levazımatı mezkûrenin bedeli iştirakı ehlihibre marifetiyle ve defatiri hesabiyenin tetkiki ile veya hükûmetçe tensip olunacak diğer bir suretle takdir ve tayin edilecektir” (m.4).

³³³ 3096 sayılı Kanunun amacı *“...Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tâbi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektir”* (m.1). Bakanlar Kurulu üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine karar verebilir (m.5). Bu sözleşmeler 99 yıla kadar olabilir (m.7) ve sürenin bitiminde tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütten ari olarak Devlete bedelsiz geçer (m.8).

³³⁴ GÜNDAY, Metin: age., s.174. İşletme hakkı ilk defa 2983 sayılı Tasarruf Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun 3. maddesin tanımlanmıştır. Tanım şu şekildedir: *“Bu maddenin (b) bendinde tarif edilen tesislerin (KİT'ler ile bunlara bağlı müessese, işletme, bağlı ortaklık vb.) belirli bir süre ve şartlar dahilinde hakiki ve hükmi şahıslar tarafından işletilmesini ve varsa mamüllerinin pazarlama ve dağıtımını ifade eder”*. İşletme hakkı devri 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlemesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik yapılmasına Dair Kanunun 18/c maddesinde ise *“kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin bedel karşılığında belli bir süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesi”* şeklinde tanımlanmıştır.

³³⁵ KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, İzmir 1997, s.47-48.

Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi ve Dağıtım Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri³³⁶ ve Enerji Bakanlığı tarafından hazırlanan şartnamelerde³³⁷ kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tipik özelliği olan idarenin üstünlüğüne rastlanmaktadır.

3096 sayılı Kanundan sonra bu Kanunun tipik bir prototipi olan 28.05.1998 tarihli 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun kabul edilmiştir³³⁸.

3465 sayılı Kanunun 3096 sayılı Kanundan temel farkı “bayındırlık imtiyazı” niteliğindeki bu sözleşmeyi akdetme yetkisinin Karayolları Genel Müdürlüğüne bırakılmasıdır³³⁹. Burada Danıştay devre dışıdır; Bayındırlık ve

³³⁶ Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi ve Dağıtım Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik Resmi Gazetenin 4 Eylül 1985 gün ve 18858 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 3096 sayılı Kanuna dayalı olarak çıkarılan (m.2, m.14) bu Yönetmelik idareye değişik hükümleriyle üstünlük tanımaktadır: Bu Yönetmeliğin 4/c maddesine göre “*üretim şirketi yatırım programını Bakanlığın onayladığı şekilde gerçekleştirmeyi taahhüt eder*”. Yine 4/e maddesinde “*...Ulusal elektrik sisteminin emniyeti, stabilitesi ve değişen şartlara göre üretim planlamasının revizyonu Bakanlık adına TEK tarafından yapılır. TEK’in bu hususta aylık, haftalık, günlük ve saatlik süreleri kapsayan üretim programındaki değişikliklere üretim şirketleri aynen uyar*”. M.7’ye göre “*Üretim şirketlerinin görev alanlarıyla ilgili faaliyetleri bütün aşamalarda Bakanlık tarafından denetlenebilir. Denetimler sonucu tesbit edilen aksaklıklar ilgili şirket tarafından gecikmeye meydan verilmeden giderilir*”.

³³⁷ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca hazırlanan Şartnamede “*Şirket, sözleşme kapsamına giren tüm tesisleri görev süresinin sonuna kadar ...sağlam ve iyi işler halde bulundurmakla yükümlüdür*”; “*Bu tesisler şirket tarafından kısmen veya tamamen üçüncü şahıslara kiralanmayacak, izin alınmadan işletme hakkı devredilmeyecek ayrıca bu tesisler üçüncü şahıslara veya Devlet kuruluşlarına teminat olarak gösterilmeyecektir*” gibi hükümler vardır.

³³⁸ 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun 2 Haziran 1988 gün ve 19830 sayılı RG.de yayımlanmıştır.

³³⁹ 3465 sayılı Kanunun 4. maddesinin son fıkrasında “*...görevlendirme ve yaptırma ile ilgili usûl ve esaslar yönetmelikte tesbit edilir*” denilmiş; yine Kanunun 11. maddesinde “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili hususlar, Bakanlıkça hazırlanıp Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir*” hükmü getirilmiştir.

3465 sayılı Kanunun 11. maddesine dayalı olarak çıkarılan Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği Bakanlar Kurulunun 1.3.1993 tarih ve 93/4186 sayılı kararıyla kabul edilerek 14 Nisan 1993 gün ve 21552 sayılı R.G.de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin 47.maddesine göre “*Bütün görevlendirmeler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşme Genel Müdürlük adına Genel Müdür veya yetkili kıldığı temsilcisi tarafından imzalanır*”.

Lütfi DURAN, 3465 sayılı Kanundaki ve Uygulama Yönetmeliğindeki bu düzenlemeye karşı çıkmış, “*yasama politikası açısından bu düzenlemenin yerindeliği ve yeterliği bir yana*

İskân Bakanlığı ise otoyol geçiş tarifelerini onaylamak ve uygulama yönetmeliğini hazırlayıp Bakanlar Kuruluna sunmakla görevlidir³⁴⁰.

3096 ve 3465 sayılı kanuni düzenlemelerden sonra, elektrik ve otoyol dışındaki haberleşme, sulama, limanlar, demiryolları v.s. gibi hizmetlerin de sermaye şirketleri ile yabancılara yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesini sağlamak üzere 08.08.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı ve Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kabul edilmiştir.

Tüm bu yasal düzenlemeler gerek Anayasa Mahkemesince ve gerekse Danıştay tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak değerlendirilmiştir³⁴¹.

1999 tarihinde 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden sonra bazı kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılması/devredilmesi mümkün kılındıktan sonra 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanunla elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetleri 3996 sayılı Kanun kapsamına alınarak bu hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılmasına/devredilmesine olanak sağlanmıştır. Ancak 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu³⁴² elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyetlerini 3996 sayılı Kanun kapsamına çıkararak bu hizmetlerin bundan böyle “ruhsat” yöntemi ile özel kesime gördürülmesi usûlünü benimsemiştir.

“bayındırlık imtiyazı” içeren bir sözleşmenin, Anayasanın 155. maddesi gereğince Danıştay incelemesinden geçirilerek -makale 4446 sayılı Kanundan önce yazılmıştır-Bakanlar Kurulunca kararlaştırılması zorunlu iken, tümü ile bir kamu kurumu olan Karayolları Genel Müdürlüğü’nün görev ve yetkisine bırakılması izah ve kabul edilemez” görüşünü ileri sürmüştür. İlgili görüş için bkz. DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), C.46, 1991, S.1-2, s.157.

³⁴⁰ 3465 sayılı Kanun m.11 : “Bu Kanunun uygulanması ile ilgili hususlar, Bakanlıkça hazırlanıp Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir”

³⁴¹ Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 gün ve 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S.32, C.144, s.144 v.d.; Danıştay 10. Dairesi Başkanlığının 29.04.1993 gün ve 1991/1 E, 1993/1752 K. sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, S.88, s.463 v.d.

³⁴² 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu 03.03.2001 gün ve 24335 sayılı RG.nin Mükerrer sayısında yayımlanmıştır.

C. Yetki

1910 tarihli Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun 1. maddesinde “*Evvelâ her ne suretle olursa olsun devletçe halen ve atiyen taahhüdatı maliyeye tazammun eden emsal ve emlâki umumiyenin sarf ve tahsilini istilzam etmiyen, saniyen bütçeye dahil bir hizmeti umumiyeye taallûk eylemiyen, salisen işbu kanunda tasrih olunan muafiyetten gayri muafiyatı muhtevi bulunmayan rabian kavanini mer’iye ahkâmının tâdil ve takyidini müstelzim olmıyan hamisen vilâyet devairi belediyesinin teşkilâtına dair vazedilecek kavanin ile itası hükûmeti mahalliyeinin dairei selâhiyetlerinde bulunmıyacak olan menafii umumiyeye mteallik imâlat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvet icraiye tarafından verilecektir*” hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre Devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir.

25 Haziran 1925 tarihli ve 2025 sayılı Menafi Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında 10 Haziran 1910 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline Ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlğasına Dair Kanunun³⁴³ 1. maddesinde “*Muvazenei Umumiyeye ve mülhak bütçelere dahil ve mukavelenin akti tarihinde mevcut veya atiyen ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini tazammun ve atiyen bütçelerden tediyaı istilzam ederek verilmesine hükûmetçe lüzum görülen imtiyaz mukaveleleri Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz olunur*” demek suretiyle TBMM onayı getirilmiştir.

3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun 3. maddesinde “*Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatının görüşüne havi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden Yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve*

³⁴³ 25 Haziran 1925 tarihli ve 2025 sayılı Menafi Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında 10 Haziran 1910 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline Ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlğasına Dair Kanun, 2 Temmuz 1932 tarihli ve 2139 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir”.

3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde enerji ve tabii kaynakların araştırılması, işletilmesi, geliştirilmesi, değerlendirilmesi, bunların kontrolü ve korunmasına yönelik tesis kurma, işletme ve faydalanma hakları vermek Bakanlığın³⁴⁴ görevleri arasında sayılmıştır³⁴⁵.

3096 sayılı Kanunun işletme izni verme yetkisini Bakanlar Kuruluna vermesine karşın aynı yetkinin 3154 sayılı Kanunla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına verilmesi bir yetki karmaşasına neden olmuştur.

Bu karmaşa Danıştay 10. Dairesinin “Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tâbi yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile ilgili tesis kurma, işletme izni verme konusunda yapılacak düzenlemede, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görev ve yetkilerini düzenleyen 3154 sayılı teşkilât Kanununun uygulanmasının mümkün olmayıp bu yetkinin bu işin özel kanunu olan 3096

³⁴⁴ Buradaki “Bakanlık” ibaresi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığını ifade eder.

³⁴⁵ Madde metni şöyledir: “*Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görevleri ilgili kanunlarda piyasada faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlara bırakılmadığı takdirde ve ölçüde şunlardır:*

- a) *Ülkenin enerji ve tabii kaynaklara olan kısa ve uzun vadeli ihtiyacını belirlemek, temini için gerekli politikaların tesbitine yardımcı olmak, planlamalarını yapmak,*
- b) *Enerji ve tabii kaynakların ülke yararına, teknik icaplara ve ekonomik gelişmelere uygun olarak araştırılması, işletilmesi, geliştirilmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve korunması amacıyla genel politika esaslarının tesbit ve tayinine yardımcı olmak, gerekli programları yapmak, plan ve projeleri hazırlamak veya hazırlatmak,*
- c) *Bu kaynakların değerlendirilmesine yönelik arama, tesis kurma, işletme ve faydalanma haklarını vermek, gerektiğinde bu hakların devir, intikal, iptal işlemlerini yapmak, ipotek, istimlak ve diğer takyit edici hakları tesis etmek, bunların sicillerini tutmak ve muhafaza etmek,*
- d) *Kamu ihtiyacı, güvenlik ve yararına uygun olarak enerji ve tabii kaynaklar ile enerjinin üretim, iletim, dağıtım tesislerinin etüt, kuruluş, işletme ve devam ettirme hizmetlerinin genel politikasını tesbit çalışmalarının koordinasyonunu temin etmek ve denetlemek,*
- e) *Yeraltı ve yerüstü enerji ve tabii kaynaklar ile ürünlerinin üretim, iletim, dağıtım ve tüketim fiyatlandırma politikasını tayin ve gerektiğinde fiyatlarını tesbit etmek,*
....”.

sayılı Kanun kapsamında Bakanlar Kuruluna ait olduğuna” ilişkin kararıyla ortadan kalkmıştır³⁴⁶.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda ise lisans verilmesi yetkisi Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumuna verilmiştir. Aslında 4628 sayılı kanunu terimlerde kargaşaya düştüğü için eleştirmek de gerekir. Şöyle ki;

4628 sayılı Kanunun 1. maddesinin tanımlar bölümünde “Kurum”un “Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu”nu ifade ettiği belirtilmiştir.

Kanunun 3. maddesinin girişinde de “*Bu Kanun kapsamında Kurum tarafından verilecek lisansların...*” ibaresinin kullanılmasıyla lisans verme yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna ait olduğu bildirilmektedir.

Oysa Kanunun 4. maddesinin “Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu” başlığını taşımakta olup madde içeriğinde bu Kurumun lisansların verilmesinden v.s³⁴⁷.den sorumlu olduğu hükmü vardır.

³⁴⁶ Danıştay 10. Dairesi Başkanlığı 19.02.1997 gün ve 1996/8792 sayılı kararında 08.06.1996 günlü ve 22660 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkındaki 9.5.1996 tarihli ve 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile buna dayalı olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca çıkarılan 96/8269 sayılı Tebliğin yürütülmesinin durdurulması gerekçesi olarak “...Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının genel olarak görev alanını düzenleyen 3154 sayılı yasanın 2. maddesine dayanılarak ve 3096 sayılı yasa hükümleri gözardı edilmesini” göstermiştir.

Danıştay tarafından yürütülmesi durdurulan 09.05.1996 tarih ve 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı şu şekildedir:

“1.Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) dışında kalan yerli ve/veya yabancı sermaye şirketlerinin (Üretim Şirketi) elektrik enerjisi üretmek üzere tesis kurmalarına bu Kararname hükümlerine göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından izin verilir. Kararnamenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Enerji ve Tabii kaynaklar Bakanlığınca tesbit edilir. Hidroelektrik, jeotermal ve nükleer enerji üretimi bu Kararname hükümleri dışındadır...”

³⁴⁷ 4628 sayılı Kanun m.4: “Kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuştur.

Kurum, tüzelkişilerin yetkili oldukları faaliyetleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini tanımlayan Kurul onaylı lisansların verilmesinden, işletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmelerin bu Kanun hükümlerine göre düzenlenmesinden, piyasa performansının izlenmesinden,...bunların denetlenmesinden ve piyasada bu Kanuna uygun şekilde davranılmasını sağlamaktan sorumludur...”.

Yine, 4.maddedeki fıkraların başlangıç ibareleri de “Kurum” olarak geçmektedir.

Yani, 4628 sayılı Kanunun 1. maddesinde tanımlar bölümündeki “Kurum” Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunu ifade edecektir denmesine karşın, aynı Kanunun 4. maddesi içeriğindeki “Kurum”, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumunu ifade etmektedir. Bu durum ise bir kavram kargaşasına ve lisans verme yetkisinin kime ait olacağı hususunda bir kafa karışıklığına sebep olmaktadır.

Yerel Makamların imtiyaz verme yetkilerine gelince;

Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun sadece merkezi idarenin imtiyaz vermesi öngörmüş³⁴⁸, mahalli idarelerin imtiyaz verip-veremeyecekleri yönünde herhangi bir hüküm getirmemiş ve bir boşluk yaratmıştır.

Mahalli idareler açısından yaratılan bu boşluk 1580 sayılı belediye Kanunu ile doldurularak Belediyelere de imtiyaz verme yetkisi tanınmış,³⁴⁹ bu husus 5393 sayılı yeni Belediye Kanunu ile de teyit edilmiştir³⁵⁰.

D. Şekil

Özel hukuk sözleşmelerinin şekil serbestisi içerisinde yapıldığı daha önceden belirtmiştik. Oysa İdarî Sözleşmeler şekle bağlı sözleşmelerdir. İdare her istediği ile istediği şekilde sözleşme yapamaz. Başka bir deyişle

³⁴⁸ Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun m.1.

³⁴⁹ 1580 sayılı Kanunun 19/4. maddesi “Doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagazi, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve seyahili mütevacire vapurları nakliyatını deruhte ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır. (Ancak belediyeler bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek ve şeraiti Devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak üzere imtiyaz da verilebilirler) hükmüne havi idi.

Yine 1580 sayılı Kanunun 19/5 maddesine 07.02.1990 tarihinde 3612 sayılı Kanunla yapılan eklentide ise imtiyazın devrinin İçişleri Bakanlığının iznine bağlı olduğu belirtilmekteydi. Belediyede imtiyaz vermeye yetkili organ ise 1580 sayılı Kanunun 70/14. maddesine göre Belediye Meclisi idi.

³⁵⁰ 5393 sayılı Belediye Kanunu m.15: “...Belediye (e), (f) ve (g) bentlerinde belirtilen hizmetleri Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararı ile süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir...”

idare kamu hizmetini belli bir kalitede en ucuza yapmak zorunda olduğu için bunun gereğini yerine getirebilecek kişilerle sözleşme yapabilir. Şekil serbestîsinin olmaması ilkesi bir İdarî Sözleşme olan Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri için de geçerlidir.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin de yazılı olması gerekli ve şarttır. Bu sözleşmeler şekle bağlı sözleşmelerdir.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde aranan bir diğer şekil şartı da Danıştay'ın bu sözleşmeler üzerindeki yetkisidir. 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Danıştay'a yetki veren hükümler bulunduğunu görürüz.

1924 Anayasasının 26.³⁵¹ ve 51.³⁵² maddelerinde kamu hizmeti imtiyazlarının Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra TBMM onayı ile verilmesi öngörülmüştür.

1961 Anayasasının 140³⁵³, 1982 Anayasasının, “Danıştay” başlığını 155. maddelerinin ilk şeklinde³⁵⁴, Danıştay'ın görevleri sayılırken, bunlardan

³⁵¹ 1924 Anayasasının 26. maddesi: “Büyük Millet Meclisi ahkâmı şer’iyyenin tenfizi, kavaninin vaz’ı, tâdili, tefsiri, fesih ve ilgası, devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi, harp ilânı, muvazenei umumiyei maliye ve Devletin umum hesabı katî kanunlarının tedkik ve tasdiki, meskûkat darbı inhisar ve malî taahhüdü mutazammın mukavelât ve imtiyazın tasdik ve feshi, umumi af ilânı, cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücezaatı kanuniyenin tecili, mahkemelerden sadır olup katıyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazı gibi vezâif bizzat kendisi ifa eder”.

³⁵² 1924 Anayasasının 51. maddesi: “İdare davalarına bakmak ve idare uyuşmazlıklarını çözmek, Hükûmetçe hazırlanarak kendine verilecek kanun tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerine düşüncesini bildirmek, gerek kendi özel kanunu ve gerek başka kanunlarla gösterilen görevleri yapmak üzere bir Danıştay kurulur...”

³⁵³ 1961 Anayasasının 140. maddesi: “...Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir...”

³⁵⁴ 1982 Anayasasının 4446 sayılı değişiklikten önceki 155. maddesi: “.....Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.....”.

birinin de “..... *imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek.....*”³⁵⁵ olduğu belirtilmiştir.

1982 Anayasasının 155. maddesinde 4446 sayılı Kanunla 1999 yılında yapılan değişiklikten sonra Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisi değişmiştir³⁵⁶.

Benzer ifadeleri, diğer mevzuatta da görmekteyiz:

-25 Haziran 1925 tarihli ve 2025 sayılı Menafi Umumiyyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında 10 Haziran 1910 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline Ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlgasına Dair Kanunun 1. maddesinde TBMM onayı öngörülmüştür³⁵⁷.

-521 sayılı Danıştay Kanununun³⁵⁸ 29/b maddesine göre “....*imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme görevi...*” Danıştay’a verilmiştir. Yine bu Kanunun 53/b maddesinde bu görev Danıştay Dava Daireleri Genel Kuruluna verilmiştir.

-2575 sayılı Danıştay Kanununun³⁵⁹ 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 23/d maddesine göre, “.....*imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını incelemek.....*” görevi Danıştay’a verilmiştir.

³⁵⁵ ARSLAN, Süleyman-Bahtiyar AKYILMAZ-Murat SEZGİNER-Cemil KAYA: İdare Hukuku Mevzuatı, Konya 1998, s.60.

³⁵⁶ Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki yetkisi “inceleme”den, “2 ay içerisinde görüş bildirmeye” indirgenmiştir.

³⁵⁷ 2025 sayılı Kanun m.1: “*Muvazenei Umumiyyeye ve mülhak bütçelere dahil ve mukavelenin akti tarihinde mevcut veya atiyen ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini tazammun ve atiyen bütçelerden tediyatı istilzam ederek verilmesine hükûmetçe lüzum görülen imtiyaz mukaveleleri Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz olunur*”.

³⁵⁸ 521 sayılı Danıştay Kanunu 24 Aralık 1964 tarihinde kabul edilmiş; 31 Aralık 1964 günlü ve 11896 sayılı RG.de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁵⁹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu 6 Ocak 1982’de kabul edilmiş ve 20 Ocak 1982’de 17580 sayılı RG.de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2575 sayılı Danıştay Kanununda 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerindeki görevi/yetkisi “...*kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme*”³⁶⁰ şeklinde belirlemiştir.

2575 sayılı Kanunun 46/1-b maddesine göre de “*kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme*” görevini/yetkisini Danıştay içinde İdari İşler Kurulu ifa edecektir.

Ancak İdari İşler Kurulu imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını incelemeyen bu sözleşme ve şartlaşmalar ilgili Daire tarafından incelenir. Bu da Danıştay 1. Dairesidir. Nitekim 2575 sayılı Danıştay Kanununun 42/c-maddesinde “*Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme*” Danıştay Birinci Dairesinin görevleri arasında sayılmıştır.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri 1999 yasal değişikliklerinden önce aynı tüzükler gibi Danıştay incelemesinden geçirilmek zorundaydı. Yargı organları da bu kurala uygun kararlar vermiştir:

Danıştay 1. Dairesi, 28 Haziran 1990 gün ve E.1990/109, K. 1990/94 sayılı kararında; “.....*Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrasında imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay’a ait olduğu belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmüyle 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23/d, 42/e ve 46/b hükümlerine göre Kamu Hizmeti İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin yürütme organı tarafından kararlaştırılmadan önce Danıştay’ın incelemesinden geçirilmesi şarttır. Bu durum sözleşmenin yetki unsurunu oluşturur*” hükmünü vermiştir.

Yine Danıştay 1.Dairesi 26 Nisan 1995 gün ve E. 1995/93, K. 1995/48 sayılı kararında ; “.....*Nitekim dairemizin 1992/294 ve Danıştay Onuncu*

³⁶⁰ Bkz. 2575 sayılı Danıştay Kanununun 4492 sayılı Kanunla değişik 23/d maddesi.

Dairesinin 1993/1752 sayılı kararlarında da, 3096 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yapılan üretim ve görev şirketi sözleşmelerinin Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi niteliği taşıdığı ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.....” bu hususu teyit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bakış açısı da o dönemlerde Danıştay'dan farklı değildir. Nitekim Yüksek mahkeme 22 Aralık 1994 gün ve E. 1994/65, K.1994/65 sayılı kararında; “.....sermaye şirketlerinin devir alacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olmak üzere mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, v.b katma değerli hizmetler için tekel oluşturmayacak koşullar gözetilerek Ulaştırma Bakanlığınca verilmesi öngörülen işletme lisans ve ruhsatını şirket yönetiminin önerilerinin dikkate alarak vereceği, ancak katma değerli hizmetlere ilişkin işletme lisans ve ruhsat sözleşmelerinin Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından yapılması durumunda bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliği değişmeyeceğinden Danıştay'ın ön denetimine tâbi olduğunu.....” açıkça vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise Danıştay'ın ön denetimi dışında bırakılan sözleşmeleri Anayasaya aykırı olduğuna karar vererek iptaline karar vermiştir³⁶¹. Yüksek Mahkeme iptal gerekçesinde “..... Türkiye Elektrik Kurumunun özelleştirilmesi amacıyla düzenlenen 22.2.1994 günlü 3974 sayılı Kanunun; 1. maddesiyle 3291 sayılı Kanuna eklenen 1. maddenin üçüncü fıkrası ile ek 4. maddede herhangi bir sınır getirilmeden TEK'in teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, fabrika , işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlaması, tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici hiçbir düzenlemeye yer verilmemesi ve TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten birimlerin satışında bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların da işletme hakkının süresiz devredilmesine olanak vermesinin Anayasanın başlangıç, 5, 167, 168 ve 172 maddelerindeki ilkelere aykırı olduğu, özel sektöründe yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini yada mevcutların işletme

³⁶¹ Anayasa Mahkemesinin 9 Aralık 1994 gün ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı için bkz. 24 Ocak 1995 günlü ve 22181 sayılı RG.

haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadî devlet teşekküllerinin üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirterek iptal istemini reddetmiş; ancak Ek 5. maddeyi Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesini Danıştay ön denetimi dışında bıraktığı, bunun ise Anayasanın 155. maddesine aykırı olduğunu.....” belirtmiştir.

E. Hazırlık Aşaması

İhale aşamasından önceki hazırlık aşamasında idare bazı şartnameler hazırlar. İmtiyaz Sözleşmelerine bir şartname eklenmesi, bunun bir geçerlik şartı olmamakla beraber uygulamada sağlayacağı kolaylık ve sözleşmenin niteliği sebebiyle genellikle kabul edilmektedir³⁶².

2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre bu şartnameler, ihale konusu işlerin her türlü özelliğini belirten belgelerdir (m.7/1). Şartnameler, yapılacak işe göre genel ve özel mahiyette olabilir.

“Şartnameler idarenin üstünlüğü ilkesine dayanılarak tek yanlı idarî tasarruf ile düzenleyici nitelikte yapılırlar. İdare her zaman hatta sözleşme yapıldıktan sonra da sözleşmelerde değişiklik yapabilir. Diğer âkit tarafın genel şartnameler üzerinde hiçbir söz hakkı yoktur. Şartnamelere ilâve yapamaz, şartnameleri değiştiremez, kısmen kabul veya kısmen reddedemez. Şartnameleri tartışmasız kabul mevkiindedir”³⁶³.

Bir kısım şartnameler, ilgili Bakanlık tarafından hazırlanır ve Danıştay incelemesinden geçtikten sonra Bakanlar Kurulunun onayına sunulur. Bu şartnameler “tip şartname” dir. Örneğin kamu kurum ve kuruluşlarına ait bayındırlık işlerinde genel ve teknik şartnameler Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından hazırlanır ve Danıştay’ın incelemesinden geçirildikten

³⁶² BAŞPINAR, Recep: “İdarî Sözleşmelerden Doğan Davalar”, agm., s.515; AYHAN, Önder: “İdarî Sözleşmeler”, agm., s.118. Uygur, 2886 S.K. açısından şeklin geçerlik şartı olduğunu belirtmiştir. Bkz. UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.38,91.

³⁶³ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm.,s.160.

sonra Bakanlar Kurulu kararıyla düzenleyici işlem haline gelir. Bunlar bayındırlık işleri yapacak tüm kuruluşları bağlayacakları gibi, özel kişileri de bağlar ve özel kişiler de bunlarda değişiklik yapılmasını isteyemezler³⁶⁴.

Sözleşme konusu iş için bütçede ödeneğin bulunup bulunmadığının araştırılması, hazırlık aşamasında yapılması gereken en önemli işlerdendir. Öncelikle ödenek durumu araştırılmalı, daha sonra özel ve teknik şartnamenin hazırlanmalıdır. Ödenek yok iken ihalenin yapılması, idarenin sorumluluğunu gerektirir³⁶⁵.

F. İhale Aşaması

İhaleler kolaylıkla takip edilebilmesi ve anlaşılabilmesi bakımından son zamanlarda sıklıkla başvuru/başvurulması zorunlu bir piyasa değerlendirme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁶.

İhale yöntemi İhaleye konu olan mal veya hizmetlerin tahsisinin alıcılar veya satıcılar arasındaki fiyat rekabetine göre yapıldığı bir sistemi ifade etmektedir³⁶⁷.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu³⁶⁸ 1 Ocak 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olup, kamunun “alımlarını” düzenleyen kanundur. Kamunun elinde bulunan malların “satılması ya da kiraya verilmesi” v.s. 4734 sayılı Kanunun düzenlediği bir alan değildir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ise kamunun sadece “alımlarını” değil, elindeki malların “satılması, kiraya verilmesi” usûllerini de düzenleyen bir Kanun idi.

³⁶⁴ GÜNDAY, Metin: age., s.180 vd..

³⁶⁵ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.161; GİRİTLİ, İsmet-Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku Dersleri, age., s.181.

³⁶⁶ KELEMPERER, A.: “Auctions with Almost Common Values: The Wallet Game and its Applications” European Economics Review, 1998, 42(3-5), May, p.757-769.

³⁶⁷ BIERMAN, S., L. FERNANDEZ: Game Theory with Economic Applications, Addison-Wesley Publishing Company, USA, 1998, P.289.

³⁶⁸ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 04.01.2002 tarihinde kabul edilmiş; 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı RG.de yayımlanmıştır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun kamunun mal alımlarını düzenleyen hükümleri ilga edilmiştir.

Kamunun elindeki malların satılması yada kiraya verilmesi işlemlerinde ise bu alan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu tarafından düzenlenmediğinden 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “Kapsam” başlıklı 2. maddesine göre, *“Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapı işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:*

a) Genel bütçeye dahil idareler, katma bütçeli idareler, özel idareler ve belediyeler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, birlikler, tüzel kişiler.

b) Enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösterenler dahil..KİT'ler.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar(mesleki kuruluşlar hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a),(b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte yada ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip bulundukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri.

Ancak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen yada tamamen sahip olduğu bankalar ile 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar (‘e’ bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) bu Kanun kapsamı dışındadır”.

Görüldüğü gibi, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından el konulan bankalar hariç tüm kamu kurumları ile kamunun çoğunluk hissesine sahip bulunduğu tüm şirketler v.s. 4734 sayılı Kanun kapsamındadır³⁶⁹.

³⁶⁹ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunun 1. maddesine göre ise “Genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin.....hizmet.....işleri bu kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür”.

Kamu İhale Kanunu Devlet İhale Kanununun aksine kapsama tüm kamu kuruluşlarını dahil etmiş³⁷⁰; özellikli alımlarda ise kurumlar için değil³⁷¹ **faaliyet alanları bakımından “istisnalar”**³⁷² getirmiştir. Kurumlar istisnalar kapsamındaki alımlarını, 4734 sayılı Kanunun Geçici 4. maddesi hükmü gereği hazırlayacakları ve Bakanlar Kurulunca onaylanması gereken “Esaslar”³⁷³ çerçevesinde yapacaklardır.

Burada dikkate değer bir diğer nokta, kamunun çoğunluk hissesine sahip bulunduğu şirketlerin “istisna” kapsamındaki alımlarını düzenleyen “Esasların” kim tarafından hazırlanacağı? ve 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 3.maddesindeki “gizlilik onaylarının” bu şirketler açısından kim tarafından verileceği? hususlarıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 2/d maddesiyle bu şirketler kapsama alınmış; ancak şirketlerin istisna alımlarının prosedürü yönünde boşluk bırakılmıştır³⁷⁴.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 5. maddesine göre idareler ihalelerde “*saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında*

³⁷⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68/b maddesiyle “*diğer kanunların bu Kanuna (4734) aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmış*”; Kanunun 2. maddesiyle de daha önce Devlet İhale Kanununa tâbi olmayan kuruluşlar da kapsama alınmıştır. Bu kuruluşlar, Kanunun 3.maddesinde sayılan faaliyetleri bakımından “istisna” hükümlerinden istifade edecektir. Örneğin Türk Silahlı Kuvvetlerinin modernizasyonu ve modern savunma sanayinin kurulması amacıyla 3238 sayılı Kanunla kurulmuş olan Savunma Sanayii Müsteşarlığının kuruluş Kanununun 11. maddesinde “*Devlet İhale Kanununa tâbi olmadığı*” şeklindeki hüküm 4734 sayılı Kanunun 68/ maddesiyle kaldırılarak Müsteşarlık Kanun kapsamına dahil edilmiştir. Müsteşarlığın 4734 sayılı Kanunun 3/b maddesinde yer alan faaliyetleri “istisnalar” kapsamındadır.

Devlet İhale Kanunu ise Kamu İktisadî Teşebbüsleri ve sosyal kamu kurumları gibi özerk bütçeli kuruluşları kapsam dışı bırakmıştır.

³⁷¹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun son fıkrası hariç. Burada, halk arasında batık bankalar olarak adlandırılan bankalar kurum olarak yer almaktadır.

³⁷² 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “İstisnalar” başlıklı 3. maddesine göre, “a)...tarım ve hayvancılıkla ilgili ürün alımları ile 6831 sayılı Orman Kanunu gereğince orman köylüleri kalkındırma kooperatiflerinden ve köylülerden yapılacak hizmet alımları, b) Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan, uçak, helikopter....sistem alımları,ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi tutulmuştur”.

³⁷³ Milli Savunma Bakanlığının 2002/5143 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin eki olan İhale Esasları 11 Ocak 2003 tarihli ve 24990 sayılı RG.de yayımlanmıştır. MKE.nin Esasları da aynı Resmî Gazetede 2002/5144 sayılı Kararnamenin eki olarak yayımlanmıştır. SSM.nin Esasları ise 15 Mart 2003 tarihli ve 25049 sayılı RG.de yayımlanmıştır.

³⁷⁴ Bu şirketler arasında TUSAŞ, TAI, TEI, ASELSAN gibi savunma sanayii şirketlerin de yer aldığı düşünülürse bu yöndeki boşluğun bir an önce kapatılmasının zaruri olduğu görülecektir.

karşılmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur". Yine aynı madde hükmüne göre, "yapılacak ihalelerde açık ihale usûlü ve belli istekliler arasında ihale usûlü temel usûlleridir. Diğer ihale usûlleri kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir".

1. İhalede Saydamlık (Açıklık) İlkesi

İdarenin, tüm İdarî Sözleşmelerde olduğu gibi kamu hizmeti imtiyazlarını verirken de açmış olduğu ihalelerde saydamlık (açıklık) esastır ve mecburidir³⁷⁵. İdarenin sözleşme yoluyla gerçekleştirmek istediği kamu hizmetinin en uygun koşullarla yerine getirebilmesinin sağlanması, en yetenekli kişilerin bulunması ve de yolsuzluk şüphelerinin önlenmesi için gereklidir. Saydamlık (açıklık) ilân yoluyla sağlanabileceği gibi, kapalı tekliflerde zarfların isteklilerin önünde zamanında açılması yoluyla da sağlanabilir³⁷⁶.

Kural saydamlık (açıklık) ilkesi olmakla birlikte, Kamu İhale Kanununun 20.maddesinde belirtilen "belli istekliler arasında" yapılacak ihalelerin ve 21.maddesindeki "pazarlık usûlünün" bu ilkenin istisnasını teşkil ettiği görülmektedir³⁷⁷.

2. Rekabet-Eşit Muamele İlkesi

İdarenin gördüreceği bir kamu hizmeti için ihale açması yetmez.; ilgililerin ihaleye serbestçe katılabilecekleri ortamı hazırlamak mükellefiyeti de vardır.

Kamu İhale Kanununun 17. maddesi "Yasak Fiil ve Davranışlar" başlığını taşımaktadır. Bu madde hükmüne göre;

³⁷⁵ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.1617.

³⁷⁶ GİRİTLİ, İsmet-Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku Dersleri, age., s.182.

³⁷⁷ 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun saydamlık ilkesiyle bağdaşmayan maddeleri de m. 17, 50, 51'dir.

“a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek,

b) İsteklileri tereddüte düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak,

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek,

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten yada vekaleten birden fazla teklif vermek,

e) 11. maddeye göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak”

yasaklanmıştır³⁷⁸.

Serbest rekabet ilkesinin sağlanması için Kamu İhale Kanunu bazı kişilere ve yakınlarına da katılma yasağı getirmiştir. Kamu İhale Kanununun 11. maddesine³⁷⁹ göre ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu

³⁷⁸ Devlet İhale Kanununun 83. maddesi de (satım ihalelerinde bu Kanun halihazırda geçerlidir) “Yasak Fiil ve Davranışlar” başlığını taşımaktadır. Buna göre ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında, ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak bu yasak kapsamında sayılmış, 84 ve 85. maddelerde de bu fiillerin vukuu halinde verilecek cezalar öngörülmüştür.

³⁷⁹ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.11: “Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan hükümlü bulunanlar,

b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler,

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler,

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar,

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilenlerin eşleri ile 3..dereceye kadar kan ve 2.dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri,

f) (c),(d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin %10’undan fazlasına sahip olmadıkları A.Ş..ler hariç)

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.

yetkiye sahip kurullarda görevli kişilerin, bunların eşlerinin, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıklarının ve evlat edinenlerin... ihaleye katılması yasaklanmıştır.

Yine 4964 sayılı Kanunla değişik aynı madde hükmüne göre *“İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar”*.

*“Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bıkılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tesbit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir”*³⁸⁰. Yine bu yasaklara aykırı davrananlar hakkında 4734 sayılı Kanunun 58. maddesine göre “ihalelere katılmaktan yasaklama” kararı verilebileceği³⁸¹ gibi, bu fiillerin suç teşkil etmesi durumunda isteklilerin cezai sorumluluğu da vardır³⁸².

Eşit muamele ilkesinin öngörülmesi de, herkesin ihaleye katılacağı anlamına gelmez. Eşitliği, şartnamedeki şartlara haiz herkes ihaleye katılabilir şeklinde anlamak gerekir. Aksi, idarenin çıkarları ile bağdaşmaz. Örneğin geçici veya sürekli olarak ihaleye katılmaktan yasaklanmış olanlar,

İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar...”.

³⁸⁰ 4734 sayılı Kanun m.11, son fıkra.

³⁸¹ 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58. maddesine göre yasaklama kararı bütün kamu kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama şeklinde verilir. 2886 sayılı Kanunda ise yasaklama kararı sadece ihaleyi yapan kurum açısından verilen bir karardır. Yine 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 58.maddesine göre *“Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir”*.

³⁸² 4734 sayılı Kanun m.59.

ihaleye giremezler; ayrıca ihalelere girmek isteyenlerden belirli malî ve teknik yeterlik ve nitelikler aranır³⁸³.

Kamu İhale Kurumu 09.09.2003 tarihinde verdiği 2003/UK.Z-397 sayılı kararında³⁸⁴ “...4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10. maddesinde ihaleye katılımda yeterlik kuralları düzenlenmiştir. İhale konusunun mal alımı veya yapım işi olmasına göre ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerin belirlenmesinde farklı kriterler aranabilmektedir. Mal alımı ve yapım işinde farklı yeterlik ve kriterlerin aranması nedeniyle, ihalenin yapım ihalesi olarak yapılması durumunda yeterlik kriterlerini taşıyan ve ihaleye katılması mümkün olabilecek firmaların katılımı engellendiğinden, bu durum 4734 sayılı Kanunun 5.maddesinde belirtilen temel ilkelerden rekabet ilkesine aykırıdır...” demiştir.

3. Güvenilirlik-Gizlilik İlkeleri

İhalede rekabeti sağlayıcı unsurlardan birisi de katılan tarafından verilen ihale dokümanlarının diğer teklif verenlere ve ihale ile ilgisi olmayanlara duyurulmamasını sağlamaktır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 9.maddesinde “mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırılması yapılarak KDV hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir ve yaklaşık maliyetin ihale sonuçlanıncaya kadar **gizliliği** korunur” hükmü getirilmiş iken, ihale komisyonunda birden fazla görevli olması, ita amirleri bulunması, bu amirlerin onay vermeden önce kendi birimlerine teklifleri ayrıca inceletmeleri gibi idarelerin işleyişine ilişkin pek çok sebebin, gizliliği korumak için getirilen bu

³⁸³ Kamu İhale Kanununun “İhaleye Katılımda Yeterlik Kuralları” başlıklı 10 maddesinin (b) bendinde “**Mesleki ve Teknik Yeterliğin belirlenebilmesi için**” istenecek istekliden istenecek belgeler sıralanmıştır.

³⁸⁴ Kamu İhale Kurumunun ilgili kararı için bkz. 11 Ekim 2003 gün ve 25256 sayılı R.G.

cezai müeyyideyi askıda bıraktığı görüldüğünden madde hükmü 4964 sayılı Kanunla değiştirilerek yumuşatılmıştır³⁸⁵.

“Gizlilik” ilkesi 4964 sayılı Kanunla getirilen değişiklikten sonra “istisna” alımlarında aranan bir “ön şart” olmuştur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ilk şeklinde yer almayan ancak 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra getirilen yeni 3/b maddesine göre **“...gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği, her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan... sistem alımları” istisnalar kapsamındadır.**

4. İhtiyaçların Uygun Şartlarla Temini İlkesi

“İhtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması” ilkeleri aslında “en uygun bedelin bulunması” amacına yöneliktir.

En uygun bedel kavramı 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunundan önce kamu alımları için yürürlükte bulunan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda farklı ele alınmıştır.

2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, kamu inşaatları gibi harcama gerektiren işlerde en az, devlet mallarının satışında ve kiraya verilmesinde ise en yüksek fiyatı “en uygun bedel” olarak kabul etmesine karşın, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu eksiltmelerde “en uygun bedel” olarak “işin en iyi ve güvenilir bir şekilde en ucuza ihale edilmesi”ni kabul etmiştir.

Uygun bedel kavramı Kamu İhale Kanununda ise 40.maddede ifadesini bulmuştur : *“...İhale ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılır. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece en düşük fiyat*

³⁸⁵ Maddenin yeni şekli şu şekildedir: “mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırma yapılarak....bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilanlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmi ilişkisi olmayan kişilere açıklanmaz”.

esasına göre belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda; işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerler olarak ifade edilmesi zorunludur. Parasal değerler olarak ifade edilmesi mümkün olmayan unsurlar için ihale dokümanında nisbi ağırlıklar belirlenir. Bu Kanunun 63.maddesine göre ihale dokümanında yerli istekliler lehine fiyat avantajı sağlanacağı belirtilen ihalelerde, bu fiyat avantajı da uygulanmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır. En düşük fiyatın ekonomik açıdan en avantajlı teklif olarak değerlendirildiği ihalelerde, birden fazla istekli tarafından aynı fiyatın teklif edildiği ve bunların da ekonomik açıdan en avantajlı teklif olduğu anlaşıldığı takdirde, ikinci fıkradaki fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınmak suretiyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenerek ihale sonuçlandırılır...”.

Kamu İhale Kanununun 38. maddesine göre, idare tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde ayrıntıları yazılı olarak ister ve değerlendirmesini ona göre yapar³⁸⁶.

Yine 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Hizmet Alımlarına İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esasların 4. maddesine göre “İdarelerin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre ihale

³⁸⁶ 4734 sayılı Kanunun 38. maddesi: “İhale komisyonu verilen teklifleri 37.maddeye göre değerlendirdikten sonra diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. İhale komisyonu;

- İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

- Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

- Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir”.

*edecekleri hizmet alımlarında fiyat farkı hesaplayabilmeleri için, söz konusu ihalelerin idari şartname ve sözleşmelerine bu Esaslarda yer alan hükümleri koymaları zorunludur*³⁸⁷.

Kamu İhale Kanununun 18. maddesinde uygun bedeli sağlamak üzere uygulanacak ihale usûlleri üç kalem halinde sayılmıştır. Bunlar açık ihale usûlü, belli istekliler arasında ihale usûlü ve pazarlık usûlüdür³⁸⁸.

a. Açık İhale Usûlü

Kamu İhale Kanunun 19. maddesine göre Açık İhale Usûlü *“bütün isteklilerin teklif verebildiği usûldür”*.

Maddenin gerekçesine göre, *“Açık İhale Usûlü uluslararası mevzuata uygun olarak işin niteliklerinin gerektirdiği yeterliğe sahip bütün isteklilerin teklif verebildiği usûl olarak belirlenmiştir”*.

4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanunun 13. maddesine göre *Bütün isteklilere tekliflerini hazırlayabilmeleri için yeterli süre tanımak suretiyle a) yaklaşık maliyeti 8. maddede yer alan eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihalelerden 1) Açık İhale Usûlü ile yapılacak olanların ilânları ihale tarihinden en az kırk gün önce...Resmî Gazetede en az bir defa yayımlanmak suretiyle yapılır...”*.

Ayrıca uluslararası ilân yapılması halinde bu süreye oniki gün daha eklenecektir³⁸⁹.

Kamu İhale Kurumu tarafından Resmî Gazetenin 20.11.2002 gün ve 24942 sayılı nüshasında yayımlanan Mal Alım İhaleleri Uygulama

³⁸⁷ Kamu İhale Kurumu İller Bankası 4. Bölge Müdürlüğünün “Hizmet Binası ve Sosyal Tesisleri Temizlik İşİ İhalesini” anılan Esaslara aykırı bulduğu için iptal etmiştir. İlgili karar için bkz. 20 Ekim 2003 gün ve 25265 sayılı RG.

³⁸⁸ “Doğrudan temin” 4734 sayılı Kanunun ilk şeklinde uygulanacak ihale usûlleri arasında yer almakta iken 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra 18.maddeden çıkarılmak suretiyle ihale usûlü olmaktan çıkmıştır.

³⁸⁹ 4964 sayılı Kanunla değişik 4734 sayılı Kanun m. 13/son.

Yönetmeliğinin³⁹⁰ 10. maddesine göre, “İdare tarafından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18 ila 22. maddesi hükümleri doğrultusunda uygulanacak ihale usûlü belirlenir. Bu belirleme yapılırken **öncelik Açık İhale Usûlüne verilir...**”.

Yine Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin 17. maddesine göre “İdareler mal alımında hangi ihale usûlünü uygulayacaklar ise, o usûle göre bu Yönetmelik ekinde yer alan ‘Tip İdarî Şartname’yi esas alarak ihale edeceği işe ilişkin idarî şartnamesini hazırlar...”.

İdare ihaleyi gerçekleştirmek üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 6. maddesi gereğince bir ihale komisyonu oluşturur. İhale komisyonu, biri başkan olmak üzere ikisinin ihale konusu işin uzmanı olması şartıyla, idare personelinen en az dört kişinin genel ve katma bütçeli kuruluşlarda maliye memurunun, diğerlerinde ise muhasebe veya mali işlerden sorumlu bir personelin katılımıyla, tek sayı olmak üzere en az beş kişiden oluşacak şekilde ve komisyonun eksiksiz toplanacağı dikkate alınarak yeterli sayıda yedek üye de belirlenerek oluşturulur.

İdarelerde ihale komisyonu dışında başka adlar altında komisyonlar oluşturulmaksızın, ihale sürecindeki bütün değerlendirmeler ihale komisyonu tarafından yapılır³⁹¹.

b. Belli İstekliler Arasında İhale Usûlü

Belli İstekliler Arasında İhale Usûlü, Kamu İhale Kanununun 20. maddesine göre, “...yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür...”.

Bu usûlün kabulünde amaç; işin özelliğine göre uzmanlık gerektiren vey/veya ileri teknolojiyi zorunlu kılan bir kısım işlerin, bu tür işlerin

³⁹⁰ İlgili yönetmelik www.kik.gov.tr adresinde mevcuttur.

³⁹¹ Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği m. 22.

yapımında teknik yeterliliğini ve uzmanlığını kanıtlamış kişi veya firmalarca yapılmasını sağlamaktır.

Kamu İhale Kanununun 20. maddesinde, ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesinin yapılacağı; ihaleye davet edilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihalenin iptal edileceği hükümleri getirilmiştir.

Mal Alım İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinin³⁹² 11. maddesine göre, *“Alınacak malın uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı mal alımlarına ait ihaleler, teklif verebilecek nitelikte adayları seçmek üzere ön yeterlik değerlendirmesi yapılması suretiyle belli istekliler arasında yapılabilir.”*

Aynı Yönetmeliğin 44. maddesinde³⁹³ de isteklilerin bir ön yeterlik geçirileceği öngörülmüştür.

c. Pazarlık Usûlü

Kamu İhale Kanununun 21. maddesine göre aşağıdaki hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir:

³⁹² Bkz. 20.11.2002 gün ve 24942 sayılı RG.

³⁹³ Madde metni tam olarak şöyledir: *“İşin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi sebebiyle belli istekliler arasında yapılacak olan ihalelerde, adayların uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji bakımından asgari yeterlik koşullarını sağlayıp sağlamadıklarının belirlenmesi için ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre ön yeterlik değerlendirmesi yapılır.*

Ön yeterlik aşamasında istenen bilgi ve belgelerin, bu Yönetmelikte düzenlenen esas ve usullere uygun biçimde belirlenmesi ve değerlendirilmesi zorunludur.

Ancak, bankalardan temin edilecek belgeler, adayların iş hacmini gösteren belgeler ve iş deneyim belgeleri üzerinden öngörülecek kriterler, idarece işin niteliğine uygun ve yaklaşık maliyetle uyumlu biçimde, parasal tutar olarak belirlenir ve yeterlik kriterleri olarak istenir.

Yapılan ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda, belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez ve bu kişilere yeterli bulunmama gerekçeleri yazılı olarak bildirilir.

Yeterli olduğu tespit edilen bütün adaylara tekliflerini hazırlayabilmeleri için en az kırk gün süre verilerek ihaleye davet mektubu gönderilir.

İdarelerce gerek görülmesi halinde, tekliflerin alınması aşamasında isteklilerin yeterliğinin devam edip etmediğinin tetkiki amacıyla ön yeterlikte istenilen bilgi ve belgeler ile öngörülen kriterleri değiştirmemek şartıyla yeterlik belgelerinden güncellemeye konu olabileceklerin tekliflerle beraber güncellenerek verilmesi istenebilir.”

a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması.

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörüleemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.

f) İdarelerin yaklaşık maliyeti (....Yeni Türk Lirasına) kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. Ancak, bu bentlere göre yapılacak ihalelere en az üç istekli davet edilmelidir.

İlân yapılacak hallerde, ilânda ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve idarece yeterliği tespit edilen adaylar ile görüşme yapılacağı belirtilir. Gerek ilân yapılan gerekse ilân yapılmayan hallerde, sadece idare tarafından 10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilenler ile görüşme yapılır.

(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerine ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi

üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde son tekliflerini vermeleri istenir.

(a), (b) ve (c) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, verilen son teklifler üzerinde fiyat görüşmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır.

(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.

(f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.

G. Unsurları

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinde şu altı unsur göze çarpar³⁹⁴:

-İmtiyaz Sözleşmeleri bir İdarî Sözleşmedir. Bu nedenle bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri, İdarî Yargıdır.

-İmtiyaz Sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesidir.

-Kural olarak tarafların karşılıklı yükümlülükleri sözleşmede belirlenir. İmtiyazcı, sözleşmeyle kendisine tevdi edilen kamu hizmetini görecektir, idarede bunun karşılığını ödeyecektir. Bu karşılık teknik anlamda “ hususi vergidir”³⁹⁵. Bu karşılık, hizmetten yararlananlardan resim ve harç almak suretiyle karşılanır. Sözleşmeyle tespit edilen bedeli idare tadil edebilir; ancak idare imtiyaz sahibinin teklifi ve mütalaasını almak zorundadır. Hizmetten yararlananlar bedelin değiştirilmesine engel olamazlar³⁹⁶.

³⁹⁴ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.563.

³⁹⁵ AKBULUT, Mehmet: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi”, AYİM. 25 Yıl Armağanı, Ankara 1998, s.310.

³⁹⁶ OSTEN, Necmi: İdarî Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, age., s.27.

-İşletmeden kural olarak imtiyaz sahibi sorumludur. Diğer taraftan idare, bir hizmet konusunda imtiyaz sözleşmesi yapmakla, o hizmetten yararlananlar önünde sorumluluktan kurtulmuş sayılmaz.

-Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi uzun bir süre için yapılır. Sürenin uzunluğundan kasıt kamu hizmetinin kurulmasına ve yürütülmesine yetecek kadar süredir.

-Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinde, kamu hizmetinin görülmesi için gerekli sermaye imtiyaz sahibi tarafından sağlanmalıdır. Derbil'e göre; bu unsur sözleşmede yoksa, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi değil, Malî İltizam Sözleşmesi söz konusudur³⁹⁷.

H. İmtiyaz Sözleşmesinin Özellikleri³⁹⁸

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz :

- İmtiyaz bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile her sözleşmede olduğu gibi taraflar karşılıklı hak ve borçlara sahiptir.
- İmtiyaz kâr ve zarar ihtimalleri taşıyan bir sözleşmedir. İmtiyaz sahibi elbetteki kâr elde etmek gayesiyle bu işe girer; ancak ne kadar kâr elde edeceği, daha doğru ifadeyle kâr elde edip edemeyeceği kesin olarak bilinemez. Bu nedenle imtiyaz sahibi öngörülemezlik durumu hariç az kazanç veya zarar ederse sözleşmenin değiştirilmesini talep edemez.
- İmtiyaz sözleşmesi imtiyaz sahibinin kişiliği de göz önüne alınıp imzalandığı için kişisel bir sözleşmedir. Bu nedenle imtiyaz sahibi bu sözleşmeyi kendiliğinden bir başkasına devredemez. İmtiyaz sözleşmesinde belirtilmemiş olsa bile devir, idarenin iznine bağlıdır.

³⁹⁷ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.563.

³⁹⁸ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.568.

- Kamu hizmetinin en belirgin özelliklerinden biri de değişken olmasıdır³⁹⁹. Kamu hizmetinin değişkenliği ilkesi, imtiyaz sözleşmelerine de sirayet eder. İmtiyaz sözleşmesine konu olan kamu hizmeti değişmiş ise, idare bu değişikliği tek taraflı olarak sözleşmeye yansıtabilir. Bu arada imtiyaz sahibinin bir zararı söz konusu olursa idare bu zararı tazminle yükümlüdür.
- İmtiyaz sahibi sözleşmede yazılı olmayan hiçbir hakkı isteyemez, sözleşmeyle kendisine verilmeyen hiçbir hakkı kullanamaz. Örneğin elektrikli tramvay imtiyazını işleten kimse, sözleşmede belirtilmemişse elde ettiği elektriği satmaya kalkışamaz.
- İmtiyaz sahibi, kamu hizmeti yapmak için vücuda getirdiği tesislerin maliki olmadığı gibi bu tesisler üzerinde bir aynî hak sahibi de değildir. İmtiyaz sahibi kamu idaresi yerine geçerek kamulaştırma yapmak ve idarî irtifak haklarından istifade edebilir. Ancak tüm bu imkânlar kamu hizmetinin görülmesi için imtiyaz sahibine tanınmıştır; kendi menfaatini temin için değil.
- Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi sona erince imtiyaz sahibi, mücbir sebep hariç sahibi olduğu bayındırlık işini idareye iyi durumda bırakmaya mecburdur.

İ. İmtiyaz Sözleşmelerinin Konusu ve Mahiyeti

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin konusu kamu hizmetidir. Kamu hizmeti, kamu ihtiyacını karşılamak amacını güder. Kamu Hizmeti İmtiyaz sözleşmesinin amacı da budur. Bu nedenle imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin mahiyetini değiştiremez.; kamu hizmeti özel işletme mahiyeti almaz.

İmtiyaz Sözleşmesinin konusu bir kamu hizmetinin yapılması olduğuna göre, imtiyaz sahibinin durumunu, ödevlerini ve haklarını bir taraftan

³⁹⁹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref – Turgut TAN: age., s.624 vd.

sözleşme, bir taraftan da ilgili kamu hizmeti hakkındaki kanunlar ve tüzükler gibi genel hükümler belirtir ve sınırlar⁴⁰⁰.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri karma bir hukukî tasarruf mahiyetindedir. Bu sözleşmelerde maddi bakımdan üç türlü tasarruf mahiyet ve karakteri mevcuttur⁴⁰¹:

- **Kaide – Tasarruf Mahiyeti:** Kaide tasarruflar idarenin tek taraflı olarak hazırladığı teknik şartnamelerdir. Bu teknik şartnamelere uygun olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri imzalanır.

- **Şart – Tasarruf Mahiyeti:** İmtiyaz Sözleşmesi, kamu hizmetini ifa edecek olan özel kişinin, kamu kudretinden istifade edebilmesinin ön şartını teşkil eder. Örneğin imtiyazla işletilecek hizmet bir tramvay veya demiryolu tesis ve işletilmesi ise idarenin haiz olduğu istimlâk, geçici işgal gibi selahiyetler imtiyazlı şirkete, imtiyaz sözleşmesiyle tanınır⁴⁰².

“İmtiyaz sahibinin, imtiyazdan edenlere karşı sahip olduğu malî yetkiler de imtiyaz mukavelesinin şart tasarruf kısmını oluştururlar. Esas itibarıyla umumî ve parasız olan kamu hizmetinden istifade etmenin bedelini imtiyazcı kendisine göre kararlaştıramaz. Hizmetin bedeli aynı resim ve harçlarda olduğu gibi idare tarafından veya idareyle yapılacak mülahaza ve anlaşma neticesinde hazırlanacak tarife göre tespit edilecektir.

- **Subjektif Tasarruf Mahiyeti:** İmtiyaz sözleşmesini imzalaya özel şahsın elbette ki gayesi kamu hizmetinin görülmesinden ziyade kâr elde etmek, menfaat temin etmektir. Bu menfaatin temini ise idarenin imtiyaz sahibine yapacağı malî yardımlar; imtiyaz sahibinin imtiyazdan istifade edenlerden

⁴⁰⁰ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.565.

⁴⁰¹ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.536.

⁴⁰² ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.537.

alacağı ücretler; Devletin imtiyaz sahibine temin edeceği bir takım menfaatlerle ve sair şekillerle karşılanır ve sağlanır⁴⁰³.

İdare imtiyaz sözleşmesinde karşı âkidin malî menfaatini temin yükümlülüğündedir. Bu menfaat karşı âkit aleyhine ağırlaştırılırsa idare bozulan bu dengeyi düzeltmek veya tazmin etmek durumundadır.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri açısından şu nokta çok önemlidir; idare bir kamu hizmetini imtiyaz sözleşmesi aracılığıyla özel bir kişiye gördürse de hizmetten yararlanan ve üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtulamaz.

J. İmtiyaz Sözleşmesinin Süresi

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin unsurları sayılırken bu sözleşmelerin uzun müddetli olabileceği belirtilmişti. Bu nedenle kısa müddetli imtiyaz sözleşmesi yapmak mümkün değildir. Bu kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinden kaynaklanan bir durumdur. Kısa müddetli bir imtiyaz bu maksadı sağlamaktan uzak kalacağından imtiyazlar 25, 30, 40, 50, 60, 75 ve nihayet 99 yıl gibi uzun müddetli verilirler⁴⁰⁴. Bu bakımdan İmtiyaz Sözleşmelerini inşaat sözleşmelerinden ayırt etmek mümkündür. İmtiyaz uzun vadeli kredilere ihtiyaç duyulduğu için inşaat sözleşmelerinden daha uzun sürelidir.

K. Tarafların Hak Ve Borçları

1. İmtiyaz Sahibinin Hak ve Borçları

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinde, imtiyaz sahibinin hakları ve borçlarıyla, idarenin hak ve borçları açıkça belirtilir. İmtiyaz sahibi yaptığı kamu hizmetinin bedelini istifade edenlerden alır. Bu aslında bir vergidir. Çünkü idare bu yetkiyi imtiyaz sahibine vermiştir. İmtiyaz sahibi ekonomik dalgalanmaları kestirebilme durumundadır. Bu nedenle kazancın azalması,

⁴⁰³ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, age., s.538.

⁴⁰⁴ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.566.

imtiyaz sahibine tazminat istemek hakkı vermeyeceği gibi, kazancın çoğalması da idareye sözleşme şartlarını değiştirme hakkı vermez⁴⁰⁵.

Ancak öngörülemeyen zararları⁴⁰⁶ bundan istisna tutmak gerekir⁴⁰⁷. Nitekim 1950’li yıllardan sonra ekonomik hayata şiddetle tesir eden enflasyon, İdarî Sözleşme yapmış olan birçok müteahhiti iflas tehlikesine maruz bırakmış, durumun ciddiyetini gören dönemin hükûmeti de bunun üzerine müteahhit sınıfının ortadan kalkmasını önlemek gerekçesiyle, müteahhitlere önemli fiyat farkları ödemiştir⁴⁰⁸.

İmtiyaz sahibinin yükünün ağırlaşması karşısında bozulan malî dengeyi sağlamak hususunda ikili bir ayırım yapmak gerekir.

Sözleşme şartları, sözleşmeye taraf olan başka bir otoritenin kararı ve işlemi neticesinde imtiyaz sahibinin yükünün ağırlaştırılmasıdır ki bu durumda imprévision kuramı uygulanarak imtiyazcının zararı tazmin edilir. Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflara yüklenemeyecek nedenlerle öngörülemeyecek nitelikte büyük ve köklü iktisadî değişiklikler yüzünden âkit özel kişi aslında uygulayabileceği sözleşmeyi iktisaden yerine getiremeyecek hale gelmişse, imprévision kuramı gereğince idare zararı paylaşmak zorundadır⁴⁰⁹.

Sözleşme şartlarını değiştiren ve imtiyaz sahibi âkidin yükünü ağırlaştıran işlem imtiyaz veren idareden sadır olmuşsa bu durumda da Fait

⁴⁰⁵ DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.565. Daha fazla bilgi için bkz. GÜNDAY, Metin: age., s.311.

⁴⁰⁶ Öngörülemezlik Kuramını (Imprévision) mücbir sebeplerden ayırmak gerekir. Mücbir sebepler aktin yerine getirilmesini engelleyen yangın, sel baskını v.s gibi doğal afetlerdir. Imprévisionda ise tarafların iradeleri dışında meydana gelen ve öngörülemeyen ekonomik değişiklikler aktin icrasını güçleştirmekle beraber, hiçbir zaman mutlak surette imkânsız hale gelmez. Bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.169.

⁴⁰⁷ Örnek olarak Danıştay 1.Dairesinin 23.1.1998 gün ve E.1997/132, K.1997/12 sayılı kararı ile görüş bildirdiği GMS-PAN Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Tasarısı’nın 37. Maddesi. (ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.168, 67 nolu dipnot)

⁴⁰⁸ BAŞPINAR, Recep: “İdarî Sözleşmelerden Doğan Davalar”, agm., s.520.

⁴⁰⁹ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.168.

du prince Kuramı uygulanır.⁴¹⁰ Fait du prince kuramında idare karşı âkidin bütün zararını tazmin eder.

Fait du prince kuramı ve imprevision kuramında idarenin tazmin yükümlülüğü⁴¹¹ açısından en önemli fark; fait du prince durumunda idarenin bozulan malî denge neticesinde bütün zararları tazminle yükümlü olmasına karşın imprévisionda zararın tamamını değil, sözleşmenin yürütülmesini sağlayacak kadar tazminata mahkum edilebilmesidir.

“Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin yapılması sırasında işletmenin ne dereceye kadar kazançlı olacağını kesin olarak tahmin etme imkânı olmayabilir. Bu takdirde imtiyaz sözleşmesine bir takım hükümler konularak imtiyaz sahibinin güçlendirilebilir. Bu hükümler yardım, inanca katılma ve kazanca katılma mahiyetinde olabilir”⁴¹².

Kamu Hizmeti İmtiyaz sözleşmesinde imtiyaz sahibinin en temel borcu ise kamu hizmetini düzgün olarak işletmektir.

Ayrıca imtiyaz sahibi kamu hizmetini görürken gerekli araç ve gereci kendisi sağlayacaktır. İmtiyaz sahibine yüklenen bu külfet Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesini, İltizam Sözleşmelerinden ayırır. Çünkü İltizam Sözleşmelerinde gerekli araç ve gereci idare kendi temin eder ve mültezime verir.

2. İdarenin Hak ve Borçları

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi diğer İdarî Sözleşmelerde olduğu gibi kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla yapılır. Bu nedenle kamu

⁴¹⁰ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.167. “Fait du Prince dilimize kelime olarak “egemen olgusu”, ya da “kamu gücü” olarak çevrilebilir” bkz. ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, age., s.259.

⁴¹¹ ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.169.

⁴¹² DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, age., s.566. Yardımda imtiyaz sahibinin az veya çok kazancı olup olmadığına bakılmaz. İnancada ise, sözleşmede belli bir miktar gelir ve kazanç sağlamayan imtiyaz sahibine gelirini ve kazancını bu miktara çıkarmak için gereken para kamu idaresinden karşılanır hükmü olduğu için kazanç miktarına bakılacaktır. Nihayet gelir ve kazanç çok yüksek olduğunda bunu bir kısmının idareye verileceği hükmünün sözleşmede yer alması ise kazanca katılmadır.

hizmetinin özel sektöre gördürülmesi idarenin bu görevden tamamen kendisini soyutladığı anlamına gelmez. İdare kamu hizmetini özel sektöre gördürse de işin denetimini yapmak mükellefiyetindedir.

İdarenin Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinden kaynaklanan en önemli yetkilerinden birisi de sözleşme tek taraflı olarak değişiklik yapabilmektir. Bu değişiklikler sözleşmenin kapsamında ve hizmetlerin teknik ayrıcalıklarında; ez cümle malzemenin kalite ve niteliği, birimleri, inşaatın şekli gibi hususlarda; Onar'ın deyimiyle kaide tasarruf kısmını⁴¹³ teşkil eden noktalarda olur. Bu tür değişikliklerin azami sınırı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunundan önce yürürlükte bulunan 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunun 135. maddesine göre sözleşmenin kapsamına aldığı toplam bedelin %20 si idi.

Bu durum kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin bir sonucudur. Ancak bu değişiklikler malî dengenin bozulmasına sebep olursa idare bozulan bu dengeyi tazmin etmek zorundadır.

İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bir diğer yetki ise sözleşme konusu işletmenin idarece satın alınması (Rachat) yetkisidir. Bu konuya Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesini sona erdiren nedenler kısmında değinilecektir.

İdarenin değişik yaptırımlar uygulayabilme hakkı ve yetkisi vardır. Yaptırım uygulama hakkı sözleşmede öngörülmemiş olsa bile genel ve asli nitelikte bir hak olduğu için her zaman doğrudan kullanılabilir. Bu yaptırımlar, sözleşme hükümlerinin zamanında yerine getirilmemesinden kaynaklanan para cezaları olabileceği gibi, karşı âkidin edimini kötü ifası nedeniyle işe geçici olarak el koyma veya tamamen el koyup sözleşmeyi tazminatsız olarak feshetme şeklinde de olabilir.

⁴¹³ ONAR, Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s.1628.

L. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi Ve Yap- İşlet-Devret Modeli Sözleşmelerinin Karşılaştırılması

Yap-İşlet-Devret genellikle büyük sermaye ve ileri teknoloji gerektiren yollar, köprüler, limanlar, havaalanları gibi kamu yatırımlarının Devlete yada uzun dönemde malî kaynak sağlayıcı metro yapımı, turizm tesisleri, alışveriş kompleksleri gibi projelerini belediyelere doğrudan malî ve teknik bir yük getirmeden gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.

Ancak Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulunun 21 Ocak 1994 günlü ve E.1993/358, K.1994/10 sayılı kararı bu yönde atılan adımları sekteye uğratmış ve 3096 sayılı Kanunla deyim yerindeyse, omurgası belirlenmemiş Yap-İşlet-Devret Modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin tüm sözleşmelerin Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Danıştay ilgili dairelerinin benzer kararları da bu kararı teyit eder niteliktedir⁴¹⁴.

Kamu hizmeti kavramı çok geniş bir kavramdır. Acaba kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yolu imtiyaz mıdır? Bu sorunun cevabı doktrinde elbette ki hayır olacaktır. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesini, kamu hizmetini özel kişiye gördürmenin tek hukukî yöntemi olarak veya değişik sözleşme türlerini kapsayan bir şapka kavram olarak görmek yanıltıcı sonuçlara götürebilir⁴¹⁵.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin de, kamu hizmetinin özel sektöre ancak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesiyle devredilebileceği görüşünde olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim yüksek mahkeme, 24 Mart

⁴¹⁴ Danıştay 1. Dairesinin 26.4.1995 gün ve E.1995/49, K.1995/93; Danıştay 1. Dairesinin 24.9.1992 gün ve E.1992/232, K.1992/294; Danıştay 1. Dairesinin 5.2.1998 gün ve E.1997/94, K.1998/14 sayılı kararlarında Yap-İşlet-Devret Yönteminin aslında Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinden başka bir şey olmadığı belirtilmiştir. Bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, agm., s.159, 48 nolu dipnot.

⁴¹⁵ TAN, Turgut: “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, agm., s.28.

1996'da 22586 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, 28 Haziran 1995 gün ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı, kamuoyunda PTT'nin T'sinin özelleştirilmesi olarak bilinen 4107 sayılı Kanunla ilgili vermiş olduğu kararında; mobil telefon çağrı cihazı, data şebekesi v.b. katma değerli hizmetler konusunda Bakanlıkça sermaye şirketlerine, tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate alarak, işletme lisans ve ruhsatı verilebileceğini; bunun ise İdarî Sözleşme ve özel olarak da imtiyaz sözleşmesi olduğunu belirtmiştir.

Tüm bu mahkeme kararlarına rağmen Yap-İşlet-Devret Sözleşmesinin Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinden farklı nitelikte olduğunu savunan yazarlar da vardır⁴¹⁶. Bu yazarlara göre imtiyaz müessesesi ile Yap-İşlet-Devret Modelinin karıştırılmaması için aralarındaki farklılıkların ana hatlarıyla ortaya konması gerekir. Yap-İşlet-Devret modeli ile ilgili olarak bazı belediyelerin ve Devlet Plânlama teşkilâtı tarafından yapılan çalışmalar dikkate alındığında ikisi arasındaki farkları şu şekilde sıralamak mümkündür⁴¹⁷:

- Yap-İşlet-Devret Modelinin ilgili kurumların yetkili organlarının alacağı kararla uygulanmasının mümkün olmasına karşılık, imtiyaz müessesesinin herhangi bir hizmete uygulanması için Bakanlar Kurulunun kararına ihtiyaç vardır.
- Yap-İşlet-Devret de sözleşmenin süresinin üst sınırının tespitinde, yapılan tesisin malî portresine bakıldığı halde, imtiyaz sözleşmesinde verilen hizmetin malî portresine bakılır. Zira imtiyazda tesisten ziyade ön plânda olan hizmetin kendisidir.
- Yap-İşlet-Devret Modelinde hizmetin gereği olarak kurulacak olan tesisler idare tarafından temin edildiği halde, imtiyazda imtiyaz sahibi bedellerini ödemek suretiyle almak durumundadır.

⁴¹⁶ ŞENALP, H.Engin- Ali BİLİR: "Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahallî İdareler Yönünden Hukukî Geçerliliği", Türk İdare Dergisi, S.382, Mart 1989, s.153-154.

⁴¹⁷ ŞENALP, H.Engin- Ali BİLİR: agm., s.153.

- Yap-İşlet-Devret Modeli, ilgili kurumun tâbi olduğu ihale usûlüne göre kurulabildiği halde, imtiyaz işlemi Bakanlar Kurulunun belirlediği esaslar doğrultusunda uygulanabilecektir.
- Yap-İşlet-Devret Modelinde şirket tarafında yapılan tesisler bedelsiz olarak idareye geçmekte iken, imtiyazda idarece satın alınmaktadır.
- Tesislerde çalışacak yabancı personel sayısı bakımından Yap-İşlet-Devret de bir sınırlama söz konusu olmazken, imtiyazda yabancıların sayısı bir tahdide tâbidir.

Yüksek Mahkemelerin bu kararlarından sonra 3096 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilmesi düşünülen tüm projeler çıkmaza girmiş, bu nedenle de anılan yasaya göre yaşama geçirilmiş bir Yap-İşlet-Devret Modeline rastlamak olanağı da ortadan kalkmıştır.

M. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Bütün sözleşmelerde olduğu gibi imtiyaz sözleşmeleri de belirli sürelerle yapılırlar. Dolayısıyla bu sürenin bitiminde imtiyaz sözleşmesi de sona erecektir. Bununla beraber Danıştay 8. Dairesi E.1963/9879, K.1964/121 sayılı kararında “sözleşme konusunun sürekli bir kamu hizmetine bizzat katılma niteliğinde olması halinde, idarenin sözleşme süresinin bitmesine rağmen haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi yenilemekten kaçınamayacağına karar vermiştir.

İdare ile imtiyaz sahibi karşı âkidin anlaşması sonucunda da Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi sona erer.

Sözleşmenin uygulanması sırasında karşı âkit olan özel kişinin ağır kusuru var ise idare sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir. İdarî Sözleşmelerde, sözleşmeyi tek yanlı olarak feshetme yetkisi, idareye sözleşme ile tanınabileceği gibi, sözleşmede böyle bir hükmün bulunmamasında da dahi idarenin böyle bir yetkiye sahip olduğu kabul

edilmektedir⁴¹⁸. Sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi, yönetimin alacağı tek yanlı icrai kararlar olur. Bunun için mahkeme kararına gerek yoktur. Mahkemeye başvurmak karşı tarafa düşer⁴¹⁹.

Ancak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde diğer İdarî Sözleşmelerden farklı bir durum vardır. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde, idarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilmesi için bu konuda sözleşme veya şartnamede açık bir hükmün bulunması gerekir⁴²⁰. Eğer sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa idare Kamu Hizmeti İmtiyazının düşürülmesini Danıştay'dan isteyebilir⁴²¹.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin mâli dengesini alt üst edici nitelikteki öngörülme haller, süreklilik kazanırsa hem yönetim hem de karşı taraf mahkemeden sözleşmenin feshini isteyebilir.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesine konu işletmenin tüm teferruatıyla birlikte bir idarî kararla satın alınması (Rachat) halinde de sözleşme sona erer. Osmanlı İmparatorluğundan Türkiye Cumhuriyetine intikal eden ve millîleştirme veya devletleştirme adı altında varlıklarına son verilen kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin büyük kısmı gerçekte imtiyazın satın alınması (Rachat) suretiyle idareye geçmiş ve bu kamu hizmetleri idare tarafından görülmüştür⁴²².

İmtiyaz sözleşmesini sona erdiren bir diğer neden olarak da imtiyaz sahibinin iflasını gösterebiliriz.

⁴¹⁸ KANLIGÖZ, Cihan: Yönetmel Sözleşmeler, [Basılmamış Yüksek Lisans Tezi], agt., s.104.

⁴¹⁹ BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayını, Ankara 1970, s.195.

⁴²⁰ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, age., s.1640; KANLIGÖZ, Cihan: Yönetmel Sözleşmeler, agt., s.105.

⁴²¹ 2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24/1. Gerçi 1982 Anayasasının 47, 125 ve 155. Maddelerinde 4446 sayılı Kanunla bazı değişiklikler yapılarak uluslararası tahkimin alt yapısı hazırlanmış ancak ilgili kanunlarda Danıştay'ın tekeli kaldırılacak değişiklikler henüz yapılmamıştır.

⁴²² ODYAKMAZ, Zehra: "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", agm., s.172.

İKİNCİ BÖLÜM

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN DAVALAR VE ULUSLARARASI TAHKİM

I. İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DAVALAR

A. Sözleşme Yapılmadan Önce Çıkacak Uyuşmazlıkların Çözümü

Sözleşme yapılmadan evvel uyuşmazlık; sözleşmeye hazırlık safhasında, ilân safhasında, ihalenin yapılması safhasında veya sözleşmenin yapılması safhasında çıkabilir. İdarî Sözleşmelerin yapılmasından önceki safhaya ilişkin tüm bu uyuşmazlıklar, idarî işlemlerden doğan uyuşmazlıklardır ve uyuşmazlıklar İdarî Yargıda ve genel görevli olan İdare Mahkemelerinde iptal davası yoluyla giderilir (İYUK. m.2).

B. Sözleşme Yapıldıktan Sonra Çıkan Uyuşmazlıkları Çözümü

Bu dönem sözleşmenin icrası ve icrasından sonraki safhaları içerir. Bu dönemde özellikle idarenin tek taraflı girişimlerinin yol açtığı uyuşmazlıklarda, tasarrufun niteliğine göre bir iptal davası ya da uğranılan zararın tazmini için tam yargı davası açılabilir. Her iki davanın birlikte açılması da mümkündür¹. Sözleşmenin icrası döneminde idarenin genel yetkilerini kullanarak ve sözleşmeye dayanarak geçici olarak işletmeye el koyması, akti feshetmesi, kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi, veya bu konudaki ağır kusuru, karşı âkit aleyhine para cezası yaptırımına başvurması, sözleşme şartlarında tek yanlı değişikliklere gitmesi şeklindeki tasarruflar bir iptal davasına veya tam yargı davasına konu olabilir. İdarenin taktirinde olan Rachat halinde ise amaçsal yönden iptal davası düşünülebilir².

¹ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Gözden Geçirilmiş 23.Bası, Ankara 2005, s.297.

² ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, İstanbul 1966, s.1638; ESİN, Yüksel-Kâzım Yenice:Açıklamalı İçtihatlı Notlu İdarî Yargılama Usûlü, Ankara 1983, s.123.

Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi imzalandıktan sonra çıkacak uyuşmazlıklar İdarî Yargının görev alanına girer. 2577 sayılı İdarî Yargılama usûlü Kanununun 2/c maddesinde “.....*genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü İdarî Sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.....*” İdarî Yargıda çözülür denmiştir. 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1/j bendinde imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevlidir denilmektedir.

“Ancak burada imtiyaz sözleşmeleri konusunda Danıştay’ın görevli olmasının bütün imtiyaz sözleşmeleri mi, yoksa sadece Bakanlar Kurulu tarafından verilen imtiyazlar nedeniyle çıkacak uyuşmazlıkları mı kapsayacağı, bir başka deyişle, belediyeler (1580 sayılı Belediye Kanunu m. 19/4-a³, 5393 sayılı Belediye Kanunu m.15) ve İl Özel İdareleri (İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanunu⁴ m.78/3⁵) tarafından verilecek imtiyazlar nedeni ile çıkabilecek uyuşmazlıkların da Danıştay’ın görevine girip girmeyeceği sorununun çözülmesi gerekmektedir”⁶. Çünkü Danıştay Kanunu m.24/1 den bu hükme varılamaz. Danıştay Kanunu m.24/1-e maddesinde, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak “.....Danıştay İdarî Dairelerince veya İdarî İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere.....” bakılacağı söylenmektedir. O halde Danıştay’da dava konusu olabilecek İdarî Sözleşmelerin; m.42/c’ye göre Danıştay 1. Dairesinde

³ 5393 sayılı Belediye Kanunundan önce yürürlükte olan 1580 sayılı Belediye Kanununun “Belediyelerin Hakları, Selahiyet ve İmtiyazları” başlığını taşıyan 19/4-a maddesinde: “.....doğrudan doğruya yapılmak ve işletilmek şartıyla su, havagazı, elektrik, tramvay tesisatı kurmak ve işletmek, göl, nehir, körfez ve sevhili mütecavire vapurları nakliyatını deruhde ve ifa etmek belediyelerin hakkıdır.(Ancak belediyeler bu işlerin tesis veya işletilmesi için müddeti 40 seneyi geçmemek ve şeraiti Devletçe müttehaz kaidelere muvafık olmak üzere imtiyaz da verebilir.....” hükmü yer almaktaydı.

⁴ “İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanunu Muvakkatı” Kanununun ismi, 6 Mayıs 1987 gün ve 3360 sayılı Kanunun 1. maddesiyle “İl Özel İdaresi Kanunu” olarak değiştirilmiştir.

⁵ Madde aynen şöyledir: “.....Şehir ve kasabalarda menafii belediyelere ait ve şeraiti devletçe müttehaz kavaide muvafık olmak ve müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek üzere hayvan, buhar ve elektrikle cerrolunur tramvaylar inşa ve elektrikle veya havagazıyla tenvirat icrası ve kudreti elektrikiye tevzii ve şürbe salih su isalesi için imtiyaz itası ve dahili vilayette otomobil ve otobüs ve omnibüs arabaları işletmek ve sanayii muhtelifeye ait fabrikalar tesis etmek için ruhsat itası; (Müddeti kırk seneyi tecavüz eden bilumum imtiyazat ile kuvvei muharrikesi sukutu miyah ile istihsal olunacak cer ve tenviri elektrikiye müteallik imtiyazat-ı Nafia Nezaretince ita olunur.....”.

⁶ KANLIGÖZ, Cihan: Yönetmelik Sözleşmeler, agt., s.110.

incelenen imtiyaz sözleşmeleri ile m.46/b'ye göre İdarî İşler Kurulunun incelemesinden geçmiş imtiyaz sözleşmeleri olduğunu söyleyebiliriz.

II. ULUSLARARASI TAHKİM

A. Uluslararası Tahkimin Tanımı

Tahkim geniş anlamda, kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların devlet yargısına başvurmadan anlaşmazlığın taraflarınca ve/veya yetkili kılınan şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan gerçek kişi veya kişiler (hakem) veya bu alanda faaliyet gösteren kurumlar tarafından çözümlenmesidir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere tahkim, devlet yargısı dışında kullanılan özel bir uyuşmazlık çözüm prosedürüdür⁷. Bu nedenle, uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun kullanılması ancak uyuşmazlık tarafları arasında bu konuda bir irade uyuşmasının var olması halinde mümkün olmaktadır. Bu da uygulamada, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi akdedilmesi veya taraflar arasında akdedilen sözleşmeye tahkime ilişkin bir tahkim şartı konulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla tahkim, tarafların kendi iradelerine bağlı bir uyuşmazlık çözüm yolunu ifade etmektedir.

Bununla birlikte tahkim terimi, uyuşmazlıkların sadece belirli hakemler tarafından değil, aynı zamanda sürekli tahkim kurumları tarafından çözümünü de ifade etmektedir. Nitekim, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında da; hakem kararlarının, sadece münferit meselelerin çözümü için tayin olunan hakemlerin değil aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının (tahkim kurumlarının) da verdikleri kararlar olarak adlandırıldığı görülmektedir.

⁷ WEINBERG, K.S.: "Equity In International Arbitration: How is fair? A Study Of Lex Mercatoria And Amiable Composition", http://web.nexis.com/universe/document_34, search terms: ICC Arbitration, p.1.

B. Uluslararası Tahkimin Nitelikleri

Uygulama tahkim davalarının tekdüze bir süreç olmadığını göstermektedir. Hakemlerin uyuşmazlık konusunda uygulayacakları usul ve hukuk kurallarını tarafların serbestçe belirleyebilmeleri, hakem heyetlerinin uyuşmazlık tarafları veya bunların temsilcileri tarafından seçilebilmesi, hakem kararlarının nihai ve tarafları bağlayıcı olması gibi hususlar hemen hemen her tahkim davasında bulunabilmektedir. Ancak "bu genel prensiplerin, tahkimin içeriği, tarafların milliyeti, tahkim mahalli, tahkim usul hukuku ve ihtilafın karakterine göre değişiklik arz edebildiği de söylenebilir".⁸

1. Tahkimin Ticarî Niteliği

Tahkim mekanizması, ticarî nitelikte sayılan durumlarda kullanılmaktadır⁹. "Örneğin boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz."¹⁰

Nitekim New York Sözleşmesinin 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasında; "her devlet Sözleşme'nin tatbikini, akdi veya akdi olmayan hukuki münasebetlerden mütevellit ihtilaflar arasından kendi milli kanununa nazaran münhasıran ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini açıklayabilir" denilerek, 1958 tarihli New York Sözleşmesi imzalayan devletlere, sözleşme hükümlerini kendi iç hukuk kurallarının ticari iş mahiyetinde saydıkları işler hakkında uygulayabilmeleri imkanı sunulmuştur.

Sözleşme hükümlerinin sadece karşılıklılık esasına göre sözleşmeye taraf ülkede verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını beyan eden Türkiye, New York Sözleşmesi'nin onaylanmasını, Sözleşmenin

⁸ EMEK, Uğur: Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT, Haziran 1999, s. 7.

⁹ CRAIG/PARK/PAULSEN: ICC Arbitration, Ed.3, s.141.

¹⁰ EMEK, Uğur: age., s. 9.

tanıldığı bu esneklikten istifade ederek 3731 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur.

Ticari nitelikteki işleri UNCITRAL Model Kanunu geniş yorumlayarak , sözleşmeye bağlı ilişki olsun veya olmasın ticari bir içerik taşıyan tüm hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde öngörmüştür. Model Kanun'un 1 inci maddesinde geçen ticari terimini açıklayan dipnotta, Kanun'da kullanılan bu terimin kapsamına girecek ilişki türleri tahdidi olmayacak şekilde. Gelişen ticari ilişkiler dolayısıyla ortaya çıkabilecek yeni ticari ilişkiler de Kanun kapsamına alınmıştır. Model Kanun, kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri, ticari temsilcilik ve acentelik, factoring, leasing (finansal kiralama), müteahhitlik, müşavirlik, mühendislik, yatırım, lisans, mal ve hizmet alışverişi, mal veya hizmet sağlanması ile ilgili her türlü ticari işlem, finansal hizmetler, bankacılık, sigortacılık, , ortak girişim (joint venture), diğer sanayi veya ticari işbirliği türleri, deniz, hava, demiryolu, veya karayoluyla mal veya yolcu taşımacılığı gibi ilişkileri ticari nitelikte saymıştır.

Son dönemlerde, milletlerarası tahkimin ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklarının sınırı, devletlerin yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarında yer verilen yatırım sözleşmesinin uygulanması ve yorumlanması, yatırım müsaadesinin uygulanması veya yorumlanması, yatırım sözleşmesi ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiğinin iddia edilmesi ile ilgili olarak ortaya çıkan ihtilaflarda genişletilmiştir.¹¹

2. Tahkimin Uluslararası Niteliği

Tahkimin uluslararası niteliğinin, hakem kararlarını tanınması ve uygulanmasında önemli bir etkisi bulunmaktadır:

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL) hazırlamış olduğu ticari tahkime ilişkin Model Kanun'un 1 inci

¹¹ BİRSEL, Mahmut T. ve Ali Cem BUDAK: "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11 Nisan 1997, s. 197-198.

maddesinin üçüncü fıkrasında tahkimin uluslararası nitelikte sayılacağı haller belirlenmiştir. Buna göre;

- a) Bir tahkim anlaşmasının tarafların iş yerlerinin, anlaşmanın imzalandığı tarihte, ayrı devletlerde olması halinde,
- b) Aşağıdaki yerlerden birinin, tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması halinde;
 - Tahkim anlaşmasında veya ona dayanarak belirlenmiş olan hallerde, tahkim yeri ya da;
 - Ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerlerden biri veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yer,
- c) Tarafların, tahkim anlaşmasının konusunun birden çok devletle ilişkili olduğu hususunda açıkça anlaşmaları halinde, tahkim uluslararası bir nitelik taşıyacaktır.

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

"Tahkim müessesesinin ulusal veya uluslararası olup olmadığını belirlemede genellikle 'uluslararası sözleşme' kavramı kullanılmaktadır. Bu konudaki klasik görüş, sözleşmenin vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken, sözleşmenin konusu olan şey, hizmet veya ödemeler olarak yabancı bir unsur taşıması halinde, bir uluslar arası sözleşmeden bahsedilebileceği yönündedir. Günümüz yaklaşımlarında ise, tahkim şartının veya tahkim sözleşmesinin varlığını oluşturan ana sözleşmenin ekonomik karakteri tahkimin uluslararası nitelikte olup olmadığını ortaya koymaktadır. Bu yaklaşıma göre uluslararası olma karakterini tespititte, sözleşmenin ekonomik karakteri ön planda tutulmakta ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren

tüm sözleşmeler, şahsi ve coğrafi anlamda yabancılık unsuru taşımasa veya bu unsur zayıf olsa dahi uluslararası sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu kıstas esas alındığında, coğrafi anlamda bir yabancılık unsuru taşımayan veya birden çok hukuk sistemi ile irtibata sahip olmayan fakat uluslararası ticareti ilgilendiren bir sözleşme 'uluslararası sözleşme' olarak kabul edilebilecek ve tarafların Uluslararası Özel Hukuk anlamında irade serbestileri geçerli kabul edilecektir."¹² Bu anlamda, örneğin, aynı iki ülke vatandaşı arasındaki sözleşmenin, uluslararası tahkim şartını içeren, uluslararası bir kuruluşun standart bir sözleşmesi olması durumunda taraflar, devlet yargısı yerine uyuşmazlığın çözümü için uluslararası tahkim mekanizmasını kullanabileceklerdir.

3. Tahkimin Hukukî Niteliği

Uluslararası tahkim, kendine özgü nitelikleri olan devletlerin yargı organlarından bağımsız bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Uluslararası tahkim için mahkeme ve hukuk formasyonu olan kişiler (avukat, yargıç vb.) söz konusu değildir. Tayin olunan hakemlerin hukuk formasyonlarının olması koşulu aranmamaktadır. Tahkim yargısında ya istekli ve daha çok teknik nitelikleri fazla olanlar arasından tahkim kurumu tarafından hakem tayin edilebilmekte, ya da uyuşmazlık taraflarınca önceden belirlenmiş hakem listelerinden hakem tayin edebilmektedir.

İkili veya çok taraflı anlaşmaların tahkim mekanizmasını içerse bile devletler genel hukukuna tâbi olmasına karşın, tahkimin bizatihi kendisinin uluslararası hukuka tâbi olmadığı görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır¹³. Bu yazarlara göre, uluslararası tahkim kurullarındaki ana kurallar sadece tahkim heyetinin nasıl seçileceği, nasıl çalışacağını hükme bağlamakta; ancak uyuşmazlık hakkında nasıl karar verileceği konusunda

¹² EMEK, Uğur: age., s. 7.

¹³ İNAN, Nurkut: "İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi", 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, s. 16-20.

herhangi bir kural içermemektedir. Kararlar özel hukuk kurallarına göre verilir. Özel hukuk kuralları ise devletler özel hukukunun bağlayıcı kuralları ile belirlenmektedir.

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında “uluslararası sorumluluk” kavramının (ahde vefa) temel ilkeler arasında yer aldığı görülür. Devletler uluslararası sözleşmelerde ve ikili yatırım anlaşmalarında yer alan yükümlülüklerini ifaya mecburdur. Bu husus değişik uluslararası sözleşmelerde hüküm altına alınmıştır. Tahkime ilişkin maddelerin de sözleşmeyi veya anlaşmayı imzalayan devletler tarafından uygulanmaması, uluslararası hukuk bakımından sorumluluk gerektirmektedir.

Nitekim, New York Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesinde; *"akit devletlerden her biri hakem kararının muteberliğini tanıyacak ve kararın öne sürüldüğü memlekette cari prosedür kaidelerine tevkifan, aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde, bunun icrasına hüküm verecektir...."* denilerek, sözleşmeye taraf devletler için hakem kararlarını uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.

Aynı şekilde, 1965 tarihli Washington Sözleşmesi 'nin 25 inci maddesinde de; *"merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyumsuzluk haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz."* denilerek, ICSID tahkimini kabul eden tarafların bu kabullerini tek taraflı geri alamayacakları hükme bağlanmaktadır. Washington Sözleşmesinin 53 ve 54 üncü maddelerinde ise, hakem kararlarının tarafları bağlayıcı olacağı vurgulanmış, her bir taraf devlete, kararda verilen parasal yükümlülükleri kendi mahkemelerinin kesin kararı gibi uygulama ve sözleşmede yer verilen haller dışında kararın yürütülmesi durdurulmadıkça karara uyma ve hükümlerini yerine getirme yükümlülüğü

getirilmiştir.

İkili yatırım anlaşmalarında da benzer bir şekilde tahkime gidilmesi sonucunda hakem kurulu tarafından verilecek olan kararın nihai ve tarafları bağlayıcı olacağını baştan kabul ettikleri görülmektedir.

Uyuşmazlık taraflarının tahkim sürecinde uygulanacak hukuk kurallarını¹⁴ belirleme konusunda genellikle bir serbestliği bulunmaktadır. Oluşturulan tahkim heyeti de uyuşmazlığa ilişkin kararını taraflarca kararlaştırılan hukuk kurallarına göre vermektedir. Böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde tahkime ya taraf devlet hukuk kuralları ya da uluslararası hukukun uyuşmazlığa uygulanabilir kuralları uygulanmaktadır. Dolayısıyla tahkim sürecinde kullanılan standart bir hukuk kuralları bütünü bulunmamakta, uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların anlaşmalarına göre değişiklik gösterebilmektedir.

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

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

¹⁴ GOULD Nicholas, HULEAT-JAMES Mark: International Commercial Arbitration: a handbook, LLP Limited Publicans, London-New York-Hong Kong, 1996, s.13.

hükmündedirler. Anayasa'ya aykırılıklarının öne sürülememesi de bu tür anlaşma ve sözleşmelere, kanunlara oranla görece bir üstünlük atfedildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Türkiye'nin uluslararası tahkime ilişkin New York Sözleşmesi ve Washington Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelere taraf olması ve birçok ülke ile akdetmiş olduğu yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında tahkime yer verilmiş olması da uluslararası ticaret ve hukuk alanında tahkimin Türkiye tarafından kabul edilmiş olduğunu göstermektedir.

Bunun yanı sıra, tahkimin idare hukuku alanında kullanılmasına ilişkin olarak da Prof. Dr. Cemal ŞANLI idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı kapsamında olmasının tahkime engel bir durum teşkil etmediğini vurgulamaktadır¹⁵.

C. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLU OLARAK ULUSLARARASI TAHKİMİN KULLANILMA NEDENLERİ

Tarafların uluslararası ticarete ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, devlet yargısı yerine tahkim mekanizmasını kullanmalarının çeşitli nedenleri bulunmaktadır¹⁶. Yatırım yapan tarafın yatırımlarına yönelik tedirginliğinin giderilmesi ve bu yatırımların korunması ve güvence altına alınması çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkan tahkimin tercih edilmesi için birçok sebep bulunmaktadır. Bu sebeplerden bir kaçını sıralayacak olursak;

¹⁵ ŞANLI'ya göre; "sözleşmeler hukuku alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, sözleşmenin hukuki niteliğinden hareketle adli ve idari yargı arasında taksimi, bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolunun kapatıldığı anlamına gelmez. Tahkim adli yargı kadar, idari yargı alanında da - tarafların sözleşmesine dayalı olarak alternatif bir ihtilaf çözme usulüdür...Tahkim kurumunun sadece "adli yargı" içinde bir ihtilaf çözme usulü olduğu ileri sürülerek de idari yargı alanına giren konularda tahkime gidilemeyeceği iddia edilemez...tahkim hem adli hem idari yargı alanında -tarafların sözleşmesine ve ihtilaf konusu ilişkinin akdi niteliğine bağlı olarak- alternatif bir ihtilaf çözme yöntemi olarak kabul edilmiştir. Doktrinde ileri sürülen karşı görüşlere rağmen uygulamada idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda tahkim kabul edilmiştir...Çünkü, Türkiye 3460 Sayılı Kanunla onayladığı Devletlerle Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Anlaşma ile T.C. Devletin taraf olduğu ve çok defa idari nitelikteki uluslararası yatırım sözleşmelerinden doğan ihtilafların çözümünde tahkimi yegane usul olarak kabul etmiştir." Bkz. ŞANLI, Cemal: "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", 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, s. 38.

¹⁶ STRONG, S.I.: "Intervention And Joinder As Of Right In International Arbitration", http://web.lexis-nexis.com/universe/document_12, search terms: ICC Arbitration, p.1.

-Tahkimin Diğer Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarından Farklı Bir Mekanizma Olması: Tahkimde, hakemler ulusal mahkemeler gibi maddi hukuk ve usul hukuku kuralları ile bağlı değildirler. Bu itibarla, tahkim öz itibariyle tarafların iradesine dayanmaktadır. Tahkim sürecinde taraflar ulusal hukuk kuralları dışına çıkılabilmekte ve hakkaniyet ve iyiniyet kuralları dahilinde karar alabilmektedir. Tahkimde taraflar hakemleri, tahkim yeri ve yöntemini tespit etmekte, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku ve tahkim sürecinde uygulanacak usul hukukunu belirlemekte tamamen serbesttirler. Bununla birlikte tahkim süreci, uyuşmazlığın niteliğine göre yönlendirilebilmekte ve uyuşmazlık konusu ilişkinin dahil olduğu sektörlerde geçerli olan teamüller, örf ve adet kuralları da zaman zaman uygulanabilmektedir.

-Ulusal Hukuk Mevzuatına Olan Güvensizlik: Bir tarafın devlet veya bir alt kuruluşu diğer tarafın ise yabancı yatırımcı olduğu uyuşmazlıklarda yabancı yatırımcı, devlet mahkemelerinin soruna objektif yaklaşmayacağı veya tam bağımsız olamayacağı yönünde kaygı taşıyabilmektedir. Bu nedenle yabancı yatırımcı, uluslararası tahkimin ulusal devlet yargısına oranla daha şüpheden uzak ve objektif olduğunu düşünebilir. Aynı şekilde, uyuşmazlık taraflarının, uyuşmazlığın çözümünde herhangi bir ulusal yargı merciini belirlemede anlaşılamamış olmaları da tarafları tahkime yönlendirebilmektedir¹⁷.

-Tahkim Sürecinin Kısa Olması: Mahkemelerin yürürlükte bulunan maddi hukuk ve usul hukuku hükümleri ile bağlı olmasının sonucu olarak bir davanın ne zaman sonuçlanabileceği önceden kestirilememektedir. Ayrıca mahkeme kararlarına karşı gidilebilecek kanun yollarının bulunması, yatırımcı açısından ilave bir zaman kaybı ve maliyet anlamına gelmektedir. Benzer şekilde, kurumsal tahkimde de hakemlerin hangi süreler dahilinde karar verecekleri o kurumun tahkim kurallarında belirlenmektedir. Ayrıca bazı ülkelerde genel mahkemelerde kısa sürede netice almak, gerek usul

¹⁷ PARK, W.W.: "National Legal Systems and Private Dispute Resolution", http://web.lexis-nexis.com/universe/document_12, search terms: ICC Arbitration, p.5.

hükümlerindeki prosedürün teferruatı, gerekse mahkemelerin yükünün fazlalığı nedeniyle mümkün olmamaktadır.

Uluslararası ticaretteki sürekli bir değişim ve gelişim, aktörlerin zamanın kullanımına ve değişime çabuk adaptasyona daha fazla önem vermelerini gerektirmiştir. Bu yüzden, içerisinde bulunduğu uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözüme bağlanması beklentisinde olan yabancı yatırımcıların hem zaman kazanma hem de geleceğe yönelik belirsizlik riskini minimuma indirme amacıyla tahkimi tercih ettikleri gözlemlenmektedir. Çünkü tahkimde uyuşmazlık tarafları, hakemlerin nihai kararını verecekleri süreleri belirleyebilmektedirler. Bu durum uyuşmazlıkların çözümünün uzaması ve büyük finansman ve zaman kaybına neden olabilmektedir. Buna karşılık tahkim süresinin genelde sınırlanmış olması, ulusal yargı mekanizmalarındaki gibi herhangi bir tatil söz konusu olmaması, hakemlerin aynı anda genellikle tek veya çok az uyuşmazlık dosyasına sahip olmaları nedeniyle uyuşmazlık konusundaki inceleme ve çalışmalarının daha süratli, kolay ve aralıksız olması tahkimi, uyuşmazlık çözümünde tercih edilebilir kılmaktadır.

-Hakemlerin Tarafsız ve Uzman Kişilerden Oluşması: Hakemlerin mahkemelerde olduğu gibi sadece hukukçulardan değil alanındaki uzman kişilerden oluşabilmektedir. Özellikle yatırımcı açısından uyuşmazlığı çözecek kişi veya kurumun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması önem arz etmektedir. Bunun nedeni, uzman kişilerin konu hakkında bilgi ve tecrübesinin olması, tarafsız olması ve bu kişinin vereceği kararın daha fazla güvenilir olmasıdır.

-Ulusal Dillerin Haricindeki Dillerin Tahkim Yargısında Kullanılabilmesi:: Mahkemeler, genellikle iddiaların ve kanıtların kendi ulusal dillerinde sunulmasını istemektedirler. Bu durum uyuşmazlıkların taraflarından en az birisi için aralarında kullanılan iletişim dilinden farklı bir dilin kullanılması anlamına gelmektedir. Tahkimde ise taraflar, iş ilişkilerini sürdürdükleri ve her iki tarafında anlaşabileceği dili kullanma imkanına sahiptirler.

-Tahkim Kararlarının Uygulanmasının Yaygınlığı ve Kolaylığı: Ulusal mahkeme kararlarına oranla tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesindeki en ciddi ve kapsamlı neden, hakem kararlarının uygulanmasındaki yaygınlık ve kolaylıktır. Günümüzde, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'ne dünyanın her yerinden 133 ülke taraftır. Sözleşme, taraf bir devlette verilen hakem kararlarının diğer taraf devletlerde tanınmasını ve uygulanmasını öngörmektedir¹⁸. Aynı şekilde, uyuşmazlık çözümünde ICSID tahkimini öngören Washington Sözleşmesi'ni de 153 ülke imzalamış ve kabul etmiştir. Tahkimin uluslararası boyutta, yaygın şekilde ülkeler tarafından kabul edilmiş olması, yatırımcılara ve tacirlere uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm metodu ve bu metodun kullanılması neticesinde karşılaşılabilecek sonuçlar konusunda önemli bir hukuk güvenliği sağlamaktadır.

-Tahkim Sürecinin Gizli Olması: Tahkim mekanizması, özel ve gizli bir süreçtir. Uyuşmazlığın bütününe veya bazı yönlerinin gizli kalmasını sağlayan bir yoldur. Tahkim davası, hakem heyeti ve tarafların bulunduğu bir ortamda kamuoyuna kapalı olarak devam ettiği için, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın dayandığı bilgiler sadece hakemlerin elinde olmakta, bu bilgiler üçüncü kişilere aktarılamamaktadır. Bu da uyuşmazlıkla ilgili bilgilerini gizli tutmak isteyen taraflar için çekici bir yön oluşturmaktadır. Ulusal mahkemelerde davanın açık olarak görülmesi, tarafların ticari sırlarının ortaya çıkması ve itibarlarının zedelenmesi sonucunu yaratabilmektedir. Bu yüzden yatırımcılar, özellikle ticari sırlarının açığa vurulması ihtimalini göz önünde bulundurarak ulusal mahkemeler yerine tahkimi tercih etmektedirler.

-Güvenilirlik: Tahkim yöntemi, uyuşmazlık taraflarının serbestçe tayin ettikleri, tanıdıkları ve uzmanlığına güvendikleri kişi veya kişilerce uyuşmazlığın çözümüne imkan verdiği için tarafların tahkim sürecine ve tahkim kararına olan güvenlerini artırmaktadır. Hakemi serbestçe tayin edebilme imkanı kurumsal tahkimde de söz konusudur. Uyuşmazlığı çözecek

¹⁸ GOULD/HULEATT-JAMES: age., s.9.

olan kişileri tarafların kendi iradeleri ile belirleyebiliyor olmaları, özellikle yabancı yatırımcıların tahkime olan güvenini güçlendirmektedir.

D. İDARE HUKUKU ALANINDAKİ UYUŞMAZLIKLARDA “TAHKİM YASAĞI” İLKESİ

İdare Hukuku alanında tahkim yasağı ilkesinin, Fransız İdare Hukukundan kaynaklı olduğunu söylemek mümkündür. Uluslararası sözleşmeler nedeniyle iç hukukun parçası haline gelmiş düzenlemeler dışında, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi, Fransız İdare Hukukunda kanunla yasaklanmıştır. Konu yasak, Devletin ekonomik hayattaki rolünün oluşumu ve etkinliğine paralel olarak farklı süreçlerden geçmiştir/geçmektedir. Örneğin, katı Devletçi politikaların egemen olduğu 19. yüzyılda idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi fikrine sıcak bakılmamış, ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası ekonomik liberalizasyonla birlikte bazı alanlarda çıkabilecek uyuşmazlıklarda tahkime başvurulabileceği görüşü benimsenmeye başlamıştır. Nitekim son dönemlerde, İdare Hukuku alanındaki bazı uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesine imkan tanıyan yasal düzenlemelerin yapılması bu akımın bir yansıması olarak görmek gerekir.

Hukuk sistemimizde ise tahkimle ilgili ilk düzenlemenin 29 Haziran 1938 tarihli ve 3533 sayılı *“Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun”*la, getirildiğini görmekteyiz¹⁹. 3533 sayılı Kanunun 1. maddesinde *“Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler”* hükmü getirilmiştir. Maddeden de görüldüğü üzere kapsamdaki kuruluşlar arasında çıkan uyuşmazlıklardan “adliye

¹⁹ 3533 sayılı Kanun 16 Temmuz 1938 tarihli ve 3961 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

mahkemesinin görevi içinde bulunanların” tahkim yoluyla çözümlenmesi amaçlanmıştır. 3533 sayılı Kanun, idari değil adlî yargının görevine giren konulara yöneliktir ve burada söz konusu olan mecburi tahkimdir. Onar, “...*idare tüzel kişileri bakımından çok önemli olan ihtilaflar, sırf en kıdemli asliye hakimi olduğu için, mesela aile hukuku davalarına bakan bir hakim tarafından... halledilmektedir. Bunun idare hayatında büyük sakıncaları vardır...*” ifadeleriyle bir mecburi tahkim usulünün “sakat bir sistem” olduğunu ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise bu görüşün hilafına geliştirdiği içtihadında, 3533 sayılı kanunla getirilen tahkim sisteminin kapsamdaki kuruluşlar arasında çıkan ve adliye mahkemesinin görevi içinde bulunan anlaşmazlıkların süratle ve kesin olarak sonuçlandırılmasını teminen getirildiğini belirtmiştir²⁰.

İdare Hukuku alanına giren konularda idari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine işaret eden bir düzenleme yakın geçmişe kadar bulunmadığından, tahkim yoluna başvurulamamıştır²¹. Tan, bu konuyla ilgili olarak “...*hukukumuzda Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kamu kuruluşlarının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmelerde tahkim koşuluna yer verdikleri görülmektedir. Bilindiği gibi 2886 sayılı yasa uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmektedir.*”²² ifadelerini kullanmıştır.

²⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 05.10.1972, E.1972/19, K.1972/47 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD.), S. 10, s.23.

²¹ Yürütme ve idare Kanunilik ilkesi gereğince, Anayasa ve kanunlarda öngörülmeyen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamayacağı gibi, kamusal etkinlikler 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 yürütülebilir. İlgili görüş için bkz. DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), Cilt XLVI, Ocak-Haziran 1991, S.1-2, s.150-151.

²² TAN, Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim”, Amme İdaresi Dergisi (AİD.), C.32, S.3, Eylül 1999, s.9.

Genel olarak 1999 Anayasa değişikliğinden²³ önce, idari sözleşmelerde bulunan tahkim şartlarının, sözleşmenin yürürlüğe girmesi zorunlu ve kanunen bağlayıcı olan Danıştay idari incelemesi sonucu iptal edilerek uygulanamadıkları görülmektedir.²⁴ Örneğin Danıştay Birinci Dairesi, Gebze Dilovası Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin kurulması, işletilmesi ve üretilen elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine satışı imtiyazının Ova Elektrik Anonim Şirketine verilmesi hakkındaki imtiyaz sözleşmesi tasarısını inceleyen kararında, “...sözleşmenin 27. maddesinde öngörülen ‘uzlaşma komisyonu’ ve onun kararlarına karşı itiraz halinde başvurulacak ‘tahkim yolu’ 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1/son fıkrası ve 2577 sayılı İYUK’un 2. maddesinin 1/c bendi uyarınca ‘imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle, Tasarının 27 nci maddesinde öngörülmüş bulunan bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesi ilgili düzenlemeler metinden çıkarılmıştır” demiştir.

Yukarıdaki genel ilkenin yanında, Anayasa m.90 hükmü gereği , 1999 Anayasa değişikliğinden önce de Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklı bazı uyuşmazlıklarda tahkime başvurulması mümkün olduğunu hatırlatmakta fayda olduğunu düşünüyoruz.

1. Hakem Yargılamasının Özelliklerinden Kaynaklı Sebepler

Bir dönem tahkim, idari yargının görev alanına giren konularda kesinlikle uygulanamayacak bir mekanizma olarak görülmüştür. Devletin kendi davalarını hakemler önüne götürmesinin idare hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayacağı hususu bu yasağın temeli olmuştur. Buna gerekçe olarak da gösterilmiştir. Yine hakem yargılamasının özel hukuk menşei olması ve keyfi sonuçlar doğurabilmesi dolayısıyla zayıf olması bu gerekçelerin birkaçıdır.

²³ 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklik için bkz. 14.08.1999 tarihli ve 23786 sayılı RG.

²⁴ Danıştay 1. Daire Başkanlığının 10.4.1996, tarihli ve E.1995/178, K.1996/78 sayılı kararı.

a. Tahkimin Keyfi Sonuçlar Doğuran Bir Mekanizma Olduğu

Egemen bir süje olan Devletin tahkim gibi keyfi sonuçlara yol açabilecek bir sistem içinde yargılanamayacağı tezi tahkimin İdare Hukuku alanında uygulanmasının önündeki en büyük engel görüş olarak durmaktadır. Öncelikle şu hususu vurgulamakta fayda vardır: hakem yargılaması usul ve esas açısından belli kurallara dayanılmaksızın yapılan ve keyfi sonuçlar doğuran bir yargılama değildir. Tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²⁵ örneğinde olduğu gibi belli düzenlemelere bağlı olarak yapılan bir yargılamadır. Tahkimin kanunlara ve düzenleyici kurallara bağlı olması keyfi sonuçlar doğurmasının önündeki en büyük engeldir. Kaldı ki; tahkim yargısında bir tarafın belirlediği hakemin diğer taraf aleyhine keyfi davranabilmesine riskine karşın uyuşmazlık tarafların hakemleri seçme yetkisi sahiptir.

Ayrıca hakem kararlarının verilmelerinden sonra temyiz veya iptalleri için Devlet yargısına başvurma imkanı da bulunmakta, keyfiliğin önüne geçilebilmektedir.

Yine hakem bağımsızlığının yargısal fonksiyonun vazgeçilmez bir unsuru olması, yargılama esnasında tıpkı hakimler gibi hakemlere emir ve talimat verilememesi keyfiliğe itecek saiklerin önündeki engellerden birisidir. Bu yöndeki bir telkin yada talimat, hakem kararlarını kamu düzenine aykırı kılacak, bu durum ise hakem kararının tenfizinde red sonucunu doğuracaktır²⁶. Ancak bu konuda Türkiye uygulamasında gözden kaçırılmaması gereken nokta, hakemlerin bağımsızlığı ilkesinin ihlal edildiğinin hakem kararında belirlenmesi ve söz konusu kararda somutlaşması gerekmektedir²⁷.

²⁵ 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile konuya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. 4686 sayılı Kanun, 5.7.2001 tarihli ve 24453 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

²⁶ KURU, Baki.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İlaveli Beşinci Baskı, İstanbul 1990, s. 6202-6203.

²⁷ AKINCI, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:44, Ankara 1994, s.166.

b. Tahkimin Özel Hukuk Kökenli Bir Yargılama Mekanizması Olması

Tahkimin özel hukuka daha yakın hatta özel hukukun bir parçası olan bir yargılama sistemi olması, adliye hakiminin özel hukuk alanında uzmanlaşması, idari yargı alanındaki uyuşmazlıkların adli yargıdakilerden daha farklı olması v.s. gibi sebepler idari yargıdaki tahkim yasağı ilkesinin gerekçelerinden olmuştur.

Kamu Hukukunun, Özel Hukuk kurallarından çok değişik olması ve bu nedenle yargısal denetimin de gerek esas, gerek usul açısından farklı olması gerektiği idari-adli yargı rejimleri ayrımının temelinde yatan neden olarak gösterilmektedir²⁸. Nitekim Sıddık Sami Onar, tarafların ancak aralarında anlaşmaları halinde başvurabilecekleri, “uyuşmazlığı kendi seçtikleri ve yetki verdikleri bir özel kişi marifetiyle çözme yolu”²⁹ olup, “akdi bir esasa” dayandığından, “tarafların irade ve rızalarından doğmayan, objektif durumlara dayanan ve statülerden çıkan uyuşmazlıklara tatbik edilmesi” mümkün olmamalıdır. Onar, bu görüşünü temellendirirken, tahkimin “akdi bir esasa” dayanmasına ek olarak, konu uyuşmazlıklarda idari işlem ve eylemlerin incelenmesi ve bunun da idari yargının görev/yetkisine girdiğinden hareketle tahkimin bir özel hukuk müessesesi” olduğunu belirtmiştir.

Sıddık Sami Onar yukarıdaki paragraflarda belirttiğimiz üzere, idari uyuşmazlıklarda tahkim konusundaki görüşlerini İdare Hukukunun temel prensiplerinden hareketle gerekçelendirmiş, idari uyuşmazlıklardaki idari işlem ve eylemleri incelemenin, değerlendirmenin ve buna göre idarenin sorumluluğunu tespit etmenin, bir özel hukuk müessesesi olan tahkimin değil, ancak idari yargının yetkisine girdiğini belirtmiştir³⁰. Yani idari-adli rejim ayrımı düşünüldüğünde, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimini ancak idare yargısı yapacaktır. Dolayısıyla “idari” nitelikteki

²⁸ DURAN, Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti” , İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi, Sarıca’ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982, s.54

²⁹ ONAR, Sıddık Sami:İdare Hukukunun Umumî Esasları, age., s. 1931.

³⁰ ONAR Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumî Esasları, age. , s. 1931.

uyuşmazlıkların ihtisaslaşmış bir yargıç tarafından çözümlenmesinin isabetli ve hatta gerekli olduğu görüşü, hakemlerin idari uyuşmazlıkları çözümlerinin isabetsiz olacağı şeklinde konuya yansımaktadır

İdari alanda tahkim yasağı ilkesinin desteklenmesinde genellikle idari uyuşmazlıkların çözümünün uzmanlaşma gerektirdiği, adliye yargıcının Devlet yargısı içinde yer almakla birlikte bu uzmanlığa haiz olmadığı ve tahkimin özel hukuka daha yakın, hatta özel hukukun bir parçası olan bir yargılama sistemi olduğu gerekçeleri ileri sürülmüştür.

İdarî uyuşmazlıkların çözümünde gerek içerik, gerek yargılama usulü açısından idare yargıcının, adliye yargıcından farklı hususları gözönünde bulundurup karar vermesi gerekir. Bu durumun, Adli ve idari yargı rejimlerin ayrımının sonuçlarından birisi olduğu söylenebilir. Ancak bu gerçeklerden hareketle, tahkimin, adli yargı “kaynaklı” ya da adli yargı mekanizmasına “daha yakın” bir yargılama usulü olduğu yönünde bir genelleme yapmak ve bu nedenle de idari uyuşmazlıkların tamamının çözümünde uygulanamayacağını iddia etmek de biraz güçtür. Anayasa’nın 125 inci maddesinde yapılan değişiklik ile idari sözleşmelerin bir bölümünden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü yolunun açılması da bu görüşü destekler niteliktedir.

Konuyla ilgili Anayasa değişikliği sonrası Türkiye Barolar Birliği’nce yapılan açıklama da, kamu hukuku alanına bir özel hukuk kurumu olan tahkimin sokulmasıyla önemli bir tahribat yapıldığından söz edilmiştir³¹.

İdare mahkemelerinin İdare Hukuku alanına giren kanunlara atıf yapılan noktalar başta olmak üzere, özel hukuk kurumlarından da faydalanarak karar verdikleri, yani bahsedilen ilkeyi çok geniş yorumlamanın hatalı olabileceği düşünülebilir. Tamamen teknik açıdan düşünülecek olursa,

³¹ Türkiye Barolar Birliği’nin 20.01.2000 tarihli açıklaması; nakleden TURAN, Ç.: “Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim” , Yargı Reformu 2000- İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000) , s.265.

İdare Hukukuna ilişkin düzenlemeler içeren kanunların, özel hukuk alanındaki kanuni düzenlemelere atıf yapmaları ve bunlara dayanarak idare mahkemelerinin özel hukuk kurallarını uygulamalarının, İdare Hukukunun kapsamında yer alan kanuni düzenlemelere dayanması halinde, İdare Hukukunun da bir parçası olduğu hususunu gözardı etmemek gerekecektir. Hatta Danıştay Dava Daireleri Kurulu, “...*Diğer taraftan yukarıda zikredildiği üzere aslen hususi hukuk münasebetlerine mütenazır olan tahkim hakkında idari kazanın mahkeme usulleri bir hüküm sevketmemiş olmakla beraber inşa ve binası adli kazadan farklı olan idari kazada hakimin adli esaslardan ilham alması umumen kabul edilmiş hukuk kaidelerindendir....*”³² hükmünü vermek suretiyle eski bir kararında idari uyuşmazlıklar konusunda tahkime yolunu da aslında açmıştır.

Tahkim, tanım kısmında belirttiğimiz üzere, tarafların, aralarında doğmuş ya da doğacak bir uyuşmazlığın çözümünü bir anlaşma yaparak hakemlere bırakmasıdır. Yani, sayın Onar’ın da dediği gibi akdi bir esasa dayanmaktadır. Bu nedenle de, hakemler, Devlet adına veya özelinde ifade etmek gerekirse, “Türk Milleti adına” karar vermezler. Hakem yargısında kararların icra edilmesi için zorlayıcı yolları sadece Devlet yargısı kullanabilir. hakem kararlarının icrası için gerekli tanım da yine Devlet mahkemelerinden alınacaktır.

Kısacası Devlet, hakem mahkemelerince verilecek kararların Devletin sınırları içinde ne şekilde infaz kabiliyeti kazanacağı hususunda belirleyicidir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun seçimi de, kural olarak taraflara bırakılmaktadır. Dolayısıyla idari uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda olayın esasına uygulanacak hukukun seçimi aşamasında uyuşmazlığın tarafı olan Devletin hukuku seçildiği takdirde, hakem mahkemesinde uygulanacak kurallarla, idare yargıcının uygulayacakları, büyük ölçüde örtüşecektir.

³² Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 37/238 sayılı karar için bkz. BAŞPINAR, Recep: “İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 1968 , s.517 vd.

İdare hukukunun içtihatlarla gelişen bir hukuk dalı olması itibariyle, bazı zorlukların yaşanabileceği ve idari yargılama faaliyetlerinin uzmanlaşma gerektiği de ileri sürülebilir. Ancak hakem mahkemesinde bu hususların idare için doğurabileceği dezavantajın, iyi hazırlanmış bir savunma ile aşılması mümkün görünmektedir. Bu konudaki bir tartışmada KARAYALÇIN şöyle demiştir: “... kamu kesiminden gelen meslekdaşlar, bizim milletlerarası tahkim alanında açtığımız davalar kaybediliyor diye şikayet ettiler. Bunun üzerine şunları söylemek mecburiyetinde kaldım. Hakem mahkemesinde bir davayı kazanmak için üç şart lazımdır. 1) hakeminizi iyi seçeceksiniz; 2) davanızı çok iyi hazırlayarak açacak, iyi savunacaksınız; 3) en önemlisi haklı olacaksınız. ...”³³.

Türk hukuk sisteminde idare yargıcının sahip olduğu re’sen araştırma yetkisine Usûl Hukuku kuralları çerçevesinden bakıldığında hakem mahkemesinin sahip olamayacağı açıktır. Nitekim İYUK m.20’de, “*Danıştay ile İdare ve Vergi mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların ilgililerce süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir...*” hükmü yer almasına karşın, hakemlere tanınan yetkiler açısından Usûl Hukuku kurallarında bu yönde bir paralellik yoktur. Bu durum, idarenin hakem mahkemesi önünde yapacağı savunmanın iyi temellendirilmiş bir şekilde hazırlanmış olması gerekliliğini ortaya çıkarır.

İYUK m.20’de yer alan düzenlemeye paralel bir düzenlemenin hakem kararları için de geçerli olduğunu ileri sürmenin güç olması, böyle bir saptamadan hareketle, tahkimin özel hukuk kaynaklı bir yargılama sistemi olduğu çıkarımına yol açmamalıdır. Olsa olsa tahkimin idari yargı rejimi içinde son dönemlere kadar yer almadığı sonucuna ulaşabiliriz.

³³ (Avrupa (Cenevre) –Newyork ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını no. 246, Ankara 1991, s.42)

2. İdare Hukukunda Tahkim Yasağı İlkesinin İdarî Yargının Kendi Özelliklerinden Kaynaklı Temelleri

a. Devlet Yargısı Dışında İdarenin Yargılanamayacağı İlkesi

İdarî-adlî yargı rejimlerinin birbirinden ayrı mekanizmalar olarak düzenlendiği ülkelerde İdare Hukuku alanındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine genelde karşı çıkıldığı söylenebilir. Aslında bu sistemlerin birbirlerinden ayrılma gerekçelerinin İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin temellendirilmesinde dayanak olarak ileri sürüldüğünü söylemek de yanlış olmayacaktır.

Buradaki temel soru/sorun, Devletin adliye yargıcının dahi görevli olmasına izin vermediği konularda, hakemlerin yetkisini kabul etmesinin nasıl beklenebileceği? sorusu/sorunudur.

Devlet, özellikle bireylerin haklarının korunmasını sağlamak amacıyla, kendi eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları, yurttaşları arasında çıkan uyuşmazlıklara oranla farklı bir bakış açısı ve mekanizma içinde kontrol edecek bir yargı sistemine ihtiyaç duymuştur. Bu nedenle de, kendi mahkemelerinde bile kendisinin yargılanması için adli yargı mekanizmalarına oranla önemli farklar taşıyan bir mekanizma oluşturmuştur. idare yargıcına has olarak yaratılana bu alana da adliye yargıcının girmesine müsaade etmemiştir. İdare mahkemeleri ve yargıçlarının, adliye mahkemeleri ve yargıçlarından farklı olması zorunluluğunun başlıca nedenlerinden biri olarak gösterilmesini Prof.Dr. Lütfi DURAN şu şekilde ifade etmiştir. “... *idarenin kendi dışından gelen müdahalelerden alınma ve tedirginlik duyma eğilimi, idareyi hukuka uymaya zorlayacak başka etkili bir gücün ve yöntemin bulunmamasıdır. Bütün bu olumsuzluklara rağmen kişilerin ve toplumun temel hak ve özgürlüklerini, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetki ve müdahalelerine karşı korumaktan geri durulamayacağına göre; idarenin*

yargısal denetimini bu zıt gerek ve istekleri uyumlu ve dengeli olarak bağdaştıracak biçimde örgütlemek ve işletmek gerekir”³⁴.

b. Kamu Düzeni, Kamu Yararı ve Kamu Menfaati Kavramları

İdare yargıcının, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili uygulamalar da, kamu düzeni, kamu yararı, kamu menfaati gibi kavramlara kararlarında sıklıkla yer verdiği gözlemlenmektedir. Bu kavramlar doktrinde belirgin bir şekilde tanımlanamamış olmakla beraber, İdare Hukukunun temel kavramlarından olmuştur.

Kamu yararı ve kamu düzeni kavramları, tüm hukuk dallarında tahkime başvuru açısından, esnek bir sınır teşkil etmektedir. İdari-adlî yargı rejimleri arasındaki ayrımın gerekçelerinden biri de idari faaliyetlerin ve hizmetlerin, yalın anlamıyla kamu düzeni ile doğrudan ilgili olmasıdır. Kural olarak kamu yararı, özel yararın üzerinde tutulur. Bu bağlamda da Devletin kanunla kurulmuş yargı merciileri önünde yargılanması kamu düzenindendir. Kamu düzeni ise kamu kudreti ile yakından ilişkilidir. Kamu düzeni ile sıkı sıkıya bağlı olan kamu kudretinin kullanımı konusu ise sadece Devlet mahkemelerinde incelenebilmelidir. Bu gerekçelerden hareketle İdare Hukuku alanında genel bir tahkim yasağının değil, kamu yararının ihlali sonucunu doğuracak konularda tahkime başvurulmamasının gerektiği sonucuna varılmıştır.

Söz konusu kavramlara bağlılık, yargının bağımsızlığı ilkesini ihlal edecek sonuçlar doğurmayacak biçimde hayata geçirilmelidir. İdare yargıcının, mutlak olarak İdare lehine karar vereceği ve bu durumun sistemin gereği olduğu yönünde bir bakış açısı, yargının bağımsızlığı ilkesini zedeleyecek ve idari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yasağı ilkesinin varlığının nedenlerinden biri olarak ileri sürülemeyecektir.

³⁴ DURAN, Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti”, agm., s.55

İdare Hukuku alanında tahkime başvurulmasının Türk Hukuk sistemi için de kamu düzeni veya kamu yararını ihlal edeceği sonucuna ulaşmak aslında önyargılı bir varsayım olabilir. Nitekim tenfiz, kamu düzeninin ihlali durumunda bir tedbir mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yine ülkemiz açısından bakıldığında, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri alanındaki yetkileri Anayasa değişikliği ve bunun ardından kanunlarda yapılan diğer değişikliklerle tahdit edilmiş olsa da halihazırdaki görüş bildirme yetkisi bir sigorta gibi durmaktadır. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce yapılması öngörülen Danıştay safahatı sayesinde, tahkime başvurunun kamu düzeni veya kamu yararına zarar vereceği düşünülüyorsa sözleşme hükümlerinin kaldırılması sağlanabilir. Nitekim Danıştay, *“Bir imtiyaz sözleşmesinde imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici işlem niteliğinde olan bölümde imtiyazın konusu, hizmetin koşulları, örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin olarak idari ve teknik şartnamelerde yer alan hükümlerin, imtiyaz veren idarenin isteklerini ve iradesini yansıtacak biçimde düzenlenmesi kamu yararı açısından zorunludur...Kamu yararını sağlamaya yönelik bir ihalenin teknik koşulları arasında yer alan ve tarafların üzerinde mutabakata vararak parafe ettikleri Sözleşme Taslağının Danıştay tarafından incelenmesinde, kabul görmüş hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılması ya da Taslakta yer almayan bir hükmün eklenmesi için, bunun kamu yararını daha çok sağlamaya yönelik olduğunu destekleyen bir verinin bulunması gerekir...”*³⁵ yönünde hüküm vermiştir.

Danıştay'ın, tahkime başvurulmasının kamu yararının ihlalini doğuracağı kanısında olduğu alanlara dair tahkim şartlarının sözleşmelerden çıkartılmasını tavsiye ettiği ve bu konuyla ilgili olarak verdiği görüşlerde imtiyaz sözleşmelerinin taraflarını uyardığı ve görülmüştür.

Konuyla ilgili kanuni düzenlemelere bakıldığında örneğin 1982 Anayasasının 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan Anayasa

³⁵ Danıştay İdari İşler Kurulunun 09.10.2000 tarihli ve E. 2000/107, K. 2000/76 sayılı kararı.

md.125/1’de yer alan “...bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir...” ifadesi, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla olduğu kadar Devlet yargısına başvurularak da çözülebileceğine işaret etmektedir.Yani burada ihtiyari tahkim söz konusudur³⁶.

Yüksek Mahkeme, yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle ilgili olarak tahkime gidilmesinin öngörüldüğü hallerde bunun, mutlaka söz konusu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tamamı için değil, sadece bir kısmı için de geçerli olabileceğini belirtmiştir. Tahkime kısmen gidilebilme imkanı yaratan bu düzenlemenin temelinde, kamu düzenine ilişkin konuların tahkim mekanizması dışında tutulmasını mümkün kılma amacı yattığı hususu, Danıştay kararlarında da belirtilmiştir³⁷.

Danıştay İdari İşler Kurulu, aynı olay içinde verdiği içtihadında, “*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’üncü maddelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim sözleşmesi kapsamından çıkarılmasının uygun olacağı; aksi halde ‘kamu güvenliği’ , ‘haberleşmenin gizliliği’ ... gibi ülkenin kendine özgü koşulları içinde oluşan ve değerlendirilmesi gereken kavramların ve*

³⁶ Ancak tahkim şartı ya da tahkim anlaşmasının söz konusu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların tamamını ya da bir kısmını kapsayabileceğini yani tahkime kısmen başvurunun mümkün olduğunu gösteren açık düzenleme 21.1.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (b) bendinde yer almaktadır ve şöyledir: “*Milletlerarası tahkim anlaşması: Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşmayı...*” ifade eder.

³⁷ Danıştay İdari İşler Kurulu bu konudaki görüşünü Anayasa ve Danıştay Kanununda yapılan değişiklik sonrası verdiği 09.10.2000 tarihli ve E.. 2000/107, K.. 2000/76 sayılı kararında şu şekilde ifade 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.*”³⁷

*bunlara ilişkin uyuşmazlıkların ulusal mahkemeler yerine tahkim yoluyla değerlendirilip çözümlenmesi gibi kamu yararı ile bağdaşmayan bir durumun oluşmasına neden olacağı sonucuna varıldığından, Sözleşme Taslağının 25 ve 44 üncü maddelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim şartı dışında, ayrı bir tahkim sözleşmesi düzenlemesi halinde ise aynı maddelerin sözleşme kapsamı dışında bırakılmasının uygun olacağına...*³⁸ hükmederek sadece kamu düzeni kavramıyla sınırlı kalmayıp, “ülkenin kendine özgü koşulları içinde oluşan ve değerlendirilmesi gereken” kavramların tahkim yoluyla değerlendirilmesinin “kamu yararıyla bağdaşmayacağı kanaatine varmış; bunlara ilişkin düzenlemeleri içeren sözleşme maddelerinden tahkim şartlarının çıkarılmasına karar vermiştir.

Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında verdiği bu ve benzeri görüşler 1999 Anayasa değişikliği ve devamında Danıştay Kanunu’nda yapılan değişikliklerden sonra, artık kanaatimizce bağlayıcıyı yitirmiştir. Ancak Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında vermiş olduğu görüşlere uyulmaksızın hakem kararlarının alınması durumunda, bu kararların kamu düzenine aykırılık nedeniyle temyizi ya da iptali talep edilebilir. Ayrıca yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında, kamu düzeni engellemesiyle karşılaşılabilmesi de ihtimal dahilindedir. Kamu düzeniyle bağlantılı konular, hakemlerin yetkisi dışında olduğundan, bu konularda hakem kararı verilmesinin MÖHUK uyarınca “hakemlerin yetkileri dışında kalan bir konuda karar vermeleri” şeklinde nitelendirilebileceği de doktrinde ileri sürülen görüşlerdendir³⁹.

Fransız hukukunda kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurusu yasağı kanunlaştırıldığı görülmektedir. 1806 tarihli Fransız Medeni Usul Kanunu’nun

³⁸ Danıştay İdari İşler Kurulunun 09.10.2000 tarihli ve E.2000/107 , K..2000/76 sayılı kararı.

³⁹ KURU, Baki: age., s. 6209. Saim Üstündağ ise Yabancı hukuka ve özellikle Alman literatürüne bakıldığında, ‘Devletin mahkemelerinin bir yargılama tekeline sahip olduğu hallerde; böylece anlaşma ile bir yetkinin tesis edilemeyeceği durumlarda, geçerli bir tahkim sözleşmesinin de mümkün olmadığını’ [Baumbach/Lauterbach ve arkadaşları, München 1993 s. 1025, kenar notu 24, s. 2031’den naklen] bundan dolayı da Anayasamızda yapılmış olan değişiklik ile, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda bugüne kadar mevcut olan Danıştay’ın yargılama tekeli böylece bertaraf edildiğini belirtmiştir.

83 ve 1004 üncü maddeleri birlikte ele alındığında tahkim yasağına işaret etmiştir. Halen yürürlükte olan Fransız Medeni Usul Kanununun 2060 ıncı maddesinin birinci fıkrasında da Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini ilgilendiren konularda tahkime başvurulamayacağı hususu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kamu iktisadi teşebbüsü niteliği ağır basan kamu kurumları dahil tüm kamu tüzel kişilerinin, hem idari hem de ticari konularda çıkan uyuşmazlıklar karşısında, uyuşmazlıklar doğmadan önce sözleşmelere tahkim şartı koymalarını, uyuşmazlıklar doğduktan sonra ise tahkim anlaşması yapmalarını engelleyecek bir içeriğe sahiptir

Ancak tahkim yasağının kanunlaştığı Fransa da bile bu yasağın zaman zaman yumuşatıldığı görülmektedir. İdarî yargı sistemimizin mehazi konumundaki bu ülkede, İkinci Dünya Savaşı sonrası doktrinde yapılan tartışmaların ve uygulamadan doğan ihtiyacın bir sonucu olarak idari yargının görevine giren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine cevaz verir yönde “istisnai” kanuni düzenlemeler de yapılmıştır.⁴⁰

İdare Hukukunda tahkim yasağı ilkesinin ardında hukuki gerekçelerin dışında gerekçeler bulunduğunu söylemek aslında yanlış olmaz. Konuyla ilgili Anayasa değişikliğinden önce, İdare Hukuku alanına giren uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi taraftarı olmayanlarca ileri sürülen gerekçelerden önemli bir bölümü Türk Hukuku açısından “politik” olarak sayılabilecek türdendir. Bu görüşte olanlarca, Türk hukuk sisteminde idari uyuşmazlıkların sınırlı bir alanında tahkime başvuru imkânı getirilmesi konusunda yapılan

⁴⁰ Bunlardan birkaçı şöyledir:

-9 Temmuz 1975 tarihli Kanun: Fransız Medeni Usul Kanununun 2060 ıncı maddesi çerçevesinde, iktisadi ve ticari nitelikli kamu kurumlarının tahkim anlaşması akdetmeleri için izin bir kararname ile de verilebileceğine dair bir düzenleme içeriyordu. Ancak uygulamada söz konusu karnamelerden hiç çıkartılmadı. Bunun yerine, ayrı kanunlarla bazı iktisadi ve ticari nitelikli kamu kurumlarına özellikle özel hukuk sözleşmelerinden dolayı tahkime başvuru imkanı tanınması yoluna gidildi.

-9 Ağustos 1986 tarihli Mahalli İdarelere Yönelik Çeşitli Hükümlere Dair Kanununun 9 uncu maddesi uyarınca Devlet, mahalli idareler ve kamu kurumlarının, “yabancı şirketlerle akdettikleri” ve ulusal çıkar sağlanmasına yönelik faaliyetlerin gerçekleştirilmesini hedefleyen sözleşmelerde tahkime başvurabilirler. Bu Kanun sayesinde o dönemde önemli bir yatırım projesi olarak değerlendirilen “Eurodisney”e ilişkin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilmesinin önü açılmıştır.

değişikliklerin gerekçelerine bakıldığında hukuk dışı kaygıların ön plana çıktığı, ekonomik beklentilerin etken olduğu⁴¹ vurgulanmıştır. Son dönemlerde kamu kurumlarının ekonomik hayattaki gelişimin ve özel sektörün güçlenmesinin de etkisiyle özel sektörle ortak projelerde, birlikte hareket ettikleri görülmektedir. Bu durumda, özel şirketler arasında uygulanan tahkim sisteminin artık kamu tüzel kişileri için de uygulanır hale gelmesi, ticari hayatın gereklerinin konuya yansımaları olarak görülebilir.

Devletin kendi adaletine güvenemediğinin Tahkim yasağı ilkesinin gerekçesi olarak gösterilmesi yukarıda da belirtildiği üzere politik nitelikli bir gerekçedir. Devlet, kamu hukuku alanındaki uyuşmazlıkların yargılanmasında kendi yargısıyla rekabet edebilecek mekanizmaları devreye sokmayarak ve bu gücü sadece Devlet yargıcına tanımak suretiyle aslında politik bir tercihte bulunabiliyorsa aynı şekilde yapacağı bir diğer tercihle taraf olduğu uyuşmazlıklarda kendi yargı yetkisinden vazgeçebilmelidir. Gerçi doktrinde bu durumu egemenlik hakkından verilen bir ödün olarak niteleyenler de vardır. Nitekim Yahya Zabunoğlu'na göre, İmtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklardaki tahkim yasağının ardında “mülkî Devlet anlayışının egemenlik hakları ile ilgili katı, taviz kabul etmez anlayışı” yatmaktadır⁴². Sayın A.Ülkü AZRAK ise daha sert bir üslup kullandığı 6 Temmuz 2001 tarihli beyanatında, Milletlerarası Tahkim Kanununun yayımlanmasının ardından aynen şöyle demiştir: *“Yani, Türk idaresinin aldığı kamu yararına ilişkin kararın hukuka uygun olup olmadığını yabancılar inceleyip karara bağlayabileceklerdir. Egemenlik haklarından bu kadar kolay vazgeçebilen bir başka devletin gösterebileceğini hiç sanmıyorum. Dahası var: Yasaya göre hakem veya hakem kurulu sözleşme hükümlerine ve ticari örf ve adet kurallarına göre karar verecektir. Başka bir söyleyişle, imtiyaz sözleşmesi gibi bir kamu hizmeti sözleşmesine kamu hukuku değil, ticaret hukuku kuralları uygulanacaktır.”*⁴³

⁴¹ TURAN,Ç: “Sözleşme Özgürlüğü, Küreselleşme ve Uluslararası Tahkim”, agm. , s. 251.

⁴² ZABUNOĞLU, Yahya: “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri” , Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000- Ankara) , s. 495.

⁴³ Ali Ülkü AZRAK’ın konu beyanati için bkz. 6 Temmuz 2001 tarihli Cumhuriyet Gazetesi. .

İdari Sözleşmelerde tahkime sıcak bakanlar ise, tahkim yolunun açılmasıyla her türlü kaygıya rağmen ülkemizin dış borç bulma maliyetinin düşürülmesi için böyle bir açılımın yapılması gerektiğini belirtmişler⁴⁴., global sermayeden daha fazla pay alınmasında tahkim yolunun bir ön koşul haline geldiğini vurgulamışlardır⁴⁵.

Ülkemizde tahkime sıcak bakılmamasının bir diğer sebeplerinden biri de, "...hakem davalarında genellikle kararların aleyhe sonuçlanması..."nın olduğunu ileri sürenler de vardır⁴⁶. Aslında taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinin ve tahkim anlaşmasının titiz bir şekilde yapılması, bunlara uygun hareket edilmesi ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda savunmanın iyi hazırlanması halinde, milletlerarası tahkim alanında açılan davaların kaybedildiğinden şikayet etmek⁴⁷ ya da tahkimden çekinmek için bir neden kalmayacağı da bilinen bir gerçektir.

İdare Hukuku alanında tahkime başvuru imkanı getirilmesinin bir yararı da, idarî yargının iş yükünün hafifleme olasılığıdır. Danıştay'a gelen toplam iş sayısının 1986'da 22943 iken, 2000 yılında 71421'e varması⁴⁸ idarî yargı sistemimizin iş yoğunluğu dolayısıyla tıkanmaya doğru gittiğini göstermektedir. Bu tıkanıklığı önlemek için Fransa'da idarî yargı reformuna yönelik atılımlar yapılmış⁴⁹, tahkim ya da yargı yoluna başvurulmadan önce, idari bir başvuru sonucu gidilecek uzlaşma usullerinin kurulmasını öngören bir hüküm kabul edilmiştir. Bu hükmün amacının ise idarî yargının iş yükünü

⁴⁴TAN, Turgut: "İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi" , Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel, Ankara, 19 Haziran 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s.39.

⁴⁵ TANRIVER, Süha: "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim" , Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. , İstanbul 2000, s. 1082.

⁴⁶ YILMAZ, Ejder : "Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim" , Yargı Reformu 2000-İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000) , s.286.

⁴⁷ KARAYALÇIN, Yaşar: Avrupa (Cenevre)-New York ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını no.246, Ankara 1991, s.42

⁴⁸ YET, Orhun: "İdari Yargıda Yapısal Değişim" , Danıştay Başkanlığı tarafından düzenlenen "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü" konulu Sempozyumda sunulan tebliğ (11-12 Mayıs 2001, Ankara).

⁴⁹ 2000 yılı itibariyle Conseil d'Etat'ya toplam gelen iş sayısı 12274'tür. Bkz. <http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm>)

hafifletmek olduğunu söylemek mümkündür. Aynı amaçla ülkemizde de bazı yasal düzenleme çabaları mevcuttur. Nitekim sorunlar büyümeden ve yargısal uyuşmazlık haline gelmeden çözülmesi amacıyla Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu çıkarılmıştır. Benzer şekilde tahkim mekanizması sayesinde Türk yargı sisteminde Danıştay'ın iş yükünün hafifletilmesi gibi olumlu sonuçlar da sonuçlar doğabilecektir.

Özetle, ülkemizde İdare Hukuku alanına giren konularda Anayasa değişikliğinden önce tahkim tamamen yasaktı demek de bizi yanılgıya düşürebilir. Süreç içinde, esasen İdare Hukukunun alanında yer almalarına rağmen Anayasa değişikliği öncesinde tahkim yoluna gidilmesinin örnekleri vardır:

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirilerek, sözleşmenin tarafı olan kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurabilmeleriyle aslında Anayasa değişikliğinden önce de böyle bir yolun mevcut olduğu görülmektedir.⁵⁰

- Yine, 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişime Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun” ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” gibi yasal düzenlemelerle de Anayasa değişikliğinden önce tahkime gidilebilme yönünde bir çabanın mevcudiyeti söz konusudur.⁵¹

⁵⁰ TAN, Turgut: “İdare Hukuku”, agm., s.9.

⁵¹ POLATKAN, Vahit: Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s.563.

E. ULUSLARARASI TAHKİMİN UYGULAMA ALANI

Tahkimin uygulama alanının en geniş anlamda uluslararası ticaret olduğunu söylemek mümkündür. Tahkime konu uyuşmazlıkların genellikle uluslararası ticari ilişkiler sırasında veya sonucunda ortaya çıkmış olması tahkimin bu alanda geniş bir şekilde uygulanmasına sebebiyet vermektedir. Fakat tahkimin münhasıran bu alanda uygulandığını iddia etmek de güçtür. Çünkü hakemlik kurumu uyuşmazlığın bulunduğu her yerde vardır. Tarihten günümüze kadar iki kişi, aile veya kurum arasındaki uyuşmazlıkların, iki tarafın da üzerinde anlaşabildikleri bir üçüncü kişi tarafından çözüldüğü bir gerçektir. Günümüzde de aynı şekilde fikri hakların korunmasından uluslararası yatırımlara, Devletin iki kurumu arasındaki uyuşmazlıklardan spora kadar bir çok alanda da tahkim müessesesi kullanılmaktadır.

Bu tarihsel süreçte belki de tahkime uzak durulmasının neden olan temel sorunlardan birisi, iç hukukta uygulanagelmekte olan tahkimin farklı nitelikteki, dinamik uluslararası ticari ilişkilere nasıl uygulanacağı sorunu olmuştur. Bu sorunu aşabilmek amacıyla çok taraflı uluslararası sözleşmeler ve devletler arasında ikili anlaşmalar imzalanmıştır. Böylece ticari ilişkilerinde tarafların ortak istek ve beklentilerini karşılıklı olarak ifade etme ve hukuksal zemine oturtma imkânına uluslararası platformda kavuşulmuştur.

Bu uluslararası ortak platformlara kısaca değinecek olursak;

Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Washington Sözleşmesi'nin (1965 tarihli) 25 inci maddesinde; *"ICSID'in (Merkez) yargılama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz."* denilmektedir.

Washington Sözleşmesi'nin bu hükmünden yabancı yatırımcı ile yatırım yapılan ülke veya onun alt birimleri arasındaki yatırımlara bağlı uyuşmazlıkların ICSID (Merkez) tarafından çözümleneceği anlaşılmaktadır. Washington Sözleşmesinin kapsamına, üye ülkeler ile diğer üye ülke vatandaşları arasındaki yatırım kaynaklı uyuşmazlıkları alınmıştır. Sözleşme hükümleri, tarafların kendi iradelerine bağlı olarak Merkez'i çözüme yetkili kılmaları halinde uygulanmaktadır.

Burada kısaca şuna değinmekte de fayda vardır: Washington Sözleşmesi herhangi bir yatırım tanımını içermemektedir. Bunun nedeni, kanaatimizce yatırımların günümüzde giderek çeşitlenmesi ve artması olabilir. Burada hangi yatırımların kapsamda olup-olmadığını belirleme hususu uyuşmazlık taraflarına bırakılmıştır.

Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi (1961), ise Sözleşmenin uygulama alanını I. maddenin 1 inci fıkrası kapsamında tespit etmiş durumdadır. Buna göre sözleşme hükümleri;

“- Milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların halli için aktolunan ve akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları ve,

- İşbu maddenin 1 inci paragrafının birinci bendinde belirtilen anlaşmalara dayanan hakemlik usulü ve hakem kararları hakkında uygulanır.”

Bu maddeye göre, uluslararası ticari işlerden kaynaklanan ve işlem merkezleri farklı ülkelerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, Cenevre Sözleşmesi'nin uygulama alanına girmektedir.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde (1958) de sözleşmenin uygulanacağı haller belirlenmiştir. Buna göre;

"İşbu Sözleşme tabii veya hükmi şahıslar arasında zuhur eden ve tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik olunur. Sözleşme aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli addolunmayan hakem kararları hakkında da tatbik edilir".

Yukarıdaki paragraftan da anlaşılacağı üzere, New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı, sözleşme üyesi devlet toprakları dışında bir devlette verilmiş olan hakem kararları ile o devlet tarafından milli sayılmayan hakem kararlarının tenfizi olarak belirlenmiştir. Sözleşme, hakem kararlarının verildiği yeri esas almakta, diğer bir ifadeyle toprak esasını benimsemekte, tarafların milliyeti veya iş yerlerinin bulunduğu yere önem atfetmemektedir. Buna göre taraflarının Türk vatandaşı olduğu uyuşmazlıklarda tahkim yeri yabancı bir ülke ise, hakemler tarafından verilecek hüküm New York Sözleşmesi hükümlerine göre tenfiz edilecektir.

Ancak, Newyork Sözleşmesinin 1. maddesinin üçüncü paragrafında taraf Devletlere bir açılım sağlanmıştır. Bu hükme göre Devletler sözleşmenin uygulama alanını, karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına göre, sadece sözleşme üyesi devlette verilmiş olan hakem kararları hakkında uygulama ve kendi iç hukuk düzeninde ticari nitelikte sayılan uyuşmazlıklara uygulama yolu ile sınırlandırabilme imkanına sahiptirler.

Yukarıda da incelendiği üzere, değinilen üç uluslararası sözleşmede de kapsama girecek olan uyuşmazlığın ticari veya yatırım niteliklerinin ne olması gerektiğine veya hangi tür ilişkilerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik açık bir tanımlamaya rastlanılmamaktadır.

Buna karşılık Washington, Cenevre ve Newyork Sözleşmelerinin aksine, UNCITRAL Kanun Örneği'nde uygulama alanına yönelik bir tanımlaya yer verilmiştir. UNCITRAL'ın ilk maddesi, uygulama alanına ilişkindir. Bu maddeye göre; Kanun, o devletin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri saklı kalmak üzere, milletlerarası ticari tahkime uygulanır. Ancak Kanun Örneği'nin 1 inci maddesinin ikinci paragrafında uygulama alanı, tahkim yerinin o devlette bulunduğu hallerle sınırlanmıştır.

UNCITRAL'ın 20 nci maddesine göre, " tarafların sözleşme ile olsun hakemlerin kararı ile olsun, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmiş olması, hakemlerin başka bir ülkede toplanmalarına, şahit dinlemelerine veya delillerin toplanmasına ilişkin diğer işlemleri yapmalarına engel teşkil etmemektedir"⁵². Yani, milletlerarası ticari tahkimde, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmiş olması, tahkim yargılamasına ilişkin bütün işlemlerin Türkiye'de yapılmasını gerektirmez. 20 inci maddeden çıkan sonuç budur.

Yine, UNCITRAL Kanun Örneği'nde ticari uyuşmazlıkların akdi ilişkilere ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmadığı belirtildikten sonra, hangi tür uyuşmazlıkların ticari sayılacağı sınırlayıcı olmayan sayma yoluyla belirtilmiştir.

Devletler, taraf oldukları çok taraflı sözleşmelerin yanı sıra, ekonomik ve ticari ilişkilerini geliştirme arzularına bağlı olarak imzalamış oldukları yatırımların karşılıklı korunmasına ve teşvik edilmesine yönelik ikili anlaşmalarda da genellikle tahkimin uygulanabileceği yatırım türlerinin sınırlayıcı olmamak kaydıyla sayılması yoluna gitmektedirler.

⁵² BİRSEL, Mahmut T.- Ali Cem BUDAK: age., s. 207.

F. TAHKİM KONUSUNDAKİ ULUSLARARASI HUKUKİ DÜZENLEMELER

1. İki Taraflı ve Çok Taraflı Anlaşmalar

Siyasi ve ticari ilişkilerin gelişmesine paralel olarak konularına göre siyasal, askeri, mali ve ekonomik, ticari, kültürel, adli, sosyal ve ulaşım-iletişim amaçlı olmak üzere devletlerarasında veya devletler ile uluslararası örgütler arasında birçok anlaşma imzalanmaktadır.

Bu anlaşmaları anlaşmaya katılan tarafların sayısı ve durumuna göre ikili anlaşmalar ve çok taraflı anlaşmalar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

Genellikle tarafların sayısının temel dayanak oluşturduğu bu sınıflandırmada ikiden fazla tarafın bulunduğu anlaşmalar, çok taraflı olarak nitelendirilmektedir.

Biz yukarıdaki giriş paragraflarında “anlaşma” terimini kullanmış olsak da, uluslararası ilişkiler kapsamında, uluslararası hukuk kişileri arasında gerçekleşen irade uyuşmalarını nitelendirmeye yönelik kullanılan terimlerde çeşitlilik gözlemlenmektedir. Bu nedenle, söz konusu irade uyuşmalarını tanımlamak için anlaşmanın yanısıra andlaşma, antlaşma v.b. diğer terimler kullanılmaktadır.

1982 Anayasası'nın milletlerarası anlaşmaların TBMM tarafından uygun bulunmasına ilişkin 90 ıncı ve Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen 104 üncü maddelerinde "andlaşma" terimi kullanılmaktadır.

Bununla birlikte, 13.08.1989 tarihli ve 20251 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 89/14291 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair "Antlaşma"nın onaylanması kararlaştırılırken, 10.02.1991 tarihli ve 20782 sayılı RG'de yayımlanan 90/1198 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında

Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair "Anlaşma"nın onaylanması kararlaştırılmış ve her iki Bakanlar Kurulu Kararı da Resmî Gazetede "Milletlerarası Andlaşma" başlığı altında yer almıştır. Gerek andlaşma, gerek antlaşma ve gerekse daha değişik adlar altında ortaya çıksınlar, anlaşmaların uluslararası hukuktaki bağlayıcılıkları bakımından bu değişik terimlerin herhangi bir etkisi yoktur. Bu nedenledir ki, uluslararası uygulamada bir anlaşmayı belirtmek üzere çok çeşitli terimler kullanılabilmektedir.⁵³

a. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları⁵⁴

Yabancı sermaye çekmek isteyen ülkeler, yatırımcıların korunmasını teminen kendi iç hukuk kurallarında koruyucu düzenlemeler yapmalarının yanı sıra uluslararası düzeyde de birtakım yatırım anlaşmaları yaparak yabancı yatırımcıların kaygılarını en aza indirme yoluna gitmektedirler. Özellikle ev sahibi devletlerin yatırımcıların kamulaştırma v.b. şikayetlerini minimize etmek için onların adilane ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulması ve milletlerarası tahkim kurallarının benimsenmesi gibi çabalar içinde bulunduğu görülmektedir. Bu çabalar artık yabancı yatırımcıların kendi ülkesi dışında yatırım yapması için çok önemli ön koşul haline gelmişlerdir.”⁵⁵

Bu çabaların bir parçası ve korumanın yansıması olarak da devletler Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) Anlaşmaları (Agreements Concerning Reciprocal Promotion and Protection of Investments) imzalamaktadır.

⁵³ Bu terimlerden bazıları şunlardır: Anlaşma: Örneğin; 19.12.1997 tarihli ve 23205 sayılı RG'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kırgızistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık ve Tıp Alanında İşbirliğine Dair Anlaşma. Sözleşme: Örneğin; 06.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı RG'de yayımlanan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA). Misak: Örneğin; 28 Nisan 1919'da imzalanan Milletler Cemiyeti Misakı. Şart: Örneğin; 24 Ekim 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı. Protokol: Örneğin; 15.06.1997 tarihli ve 23020 sayılı RG'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Millî Eğitim Bakanlığı ile Türkmenistan Bilim Bakanlığı ve Devlet "Senet" Birleşigi Başkanlığı Arasında Eğitim ve Öğretim Alanlarında İşbirliği Protokolü..

⁵⁴ DOLZER, Rudolf; STEVENS Margrete: Bilateral Investment Treaties, Kluwer Law International Publications, Netherlands, 1995.

⁵⁵ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2001, s. 173.

İkili yatırım anlaşmalarının en önemli özelliği, yabancı yatırımın hukuki kapsam ve çerçevesini çizerek, bu tür yatırımların tâbi olacağı hukukî muameleyi belirlemeleridir. Bu yatırım anlaşmalarının tarafları devletler olmaktadır. "Bir tarafta yatırımın yapıldığı devlet, yani ev sahibi devlet, öteki tarafta yatırımcının geldiği kaynak devlet" vardır."⁵⁶

Aslında Devletlerin taraf oldukları çok taraflı anlaşmalar var iken bu anlaşmalardan bağımsız olarak yatırım konularında ikili anlaşmalara yönelmeleri, yatırımların korunmasıyla ilgili olarak çok taraflı uluslararası sözleşmelerle tam anlamıyla bir uluslararası korumanın sağlanamadığını da göstermektedir. Ayrıca, her ülkenin kendi yatırımcılarını, diğer ülkelerdeki yatırımları dolayısıyla korumak istemeleri bütün devletlerce paylaşılan ortak bir dış politika noktasıdır.

b. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) Anlaşmaları

Günümüzde yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin uluslararası düzeydeki en önemli hukukî metinler, devletlerin birbirleriyle ikili ekonomik ve ticari ilişkilerini geliştirmek, ülkelerine yabancı sermaye çekebilmek ve diğer ülke yatırımcılarını kendi ülkelerinde yatırım yapmaya özendirmek amacıyla yaptıkları Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarını (YKKT) Anlaşmalarıdır.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları, doğrudan yabancı yatırımların desteklenmesi ve yatırımcılara güven verilmesi adına çok önemli bir misyona sahiptir. Türkiye, bugüne dek birçok ülke ile YKKT Anlaşmaları imzalamıştır.

⁵⁶ BİRSEL, Mahmut Tefik: "Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması", 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, s. 22.

1959 yılında Almanya ile Pakistan'ın imzaladığı ilk Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmasından bu yana binin üzerinde bu yönde anlaşma imzalanmıştır⁵⁷.

Ülkemiz açısından bakıldığında ise, doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin olarak, yatırım ve ticari ilişkilerimizin yoğun olduğu veya bu ilişkilerin gelişmesi yönünde potansiyele sahip olduğu düşünülen ülkelerle, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki (YKKT) Anlaşmalarının imzalanmasına 1962 yılında başlanmıştır.

Türkiye ilk Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmasını, Federal Almanya Cumhuriyeti ile 20.06.1962 tarihinde imzalamış ve bu anlaşma 6/2218 sayılı BKK⁵⁸ ile onaylanıp yürürlüğe girmiştir. Bu ilk anlaşma, "sermaye yatırımlarının karşılıklı olarak ahden himayesi ve teşvikinin, hususi iktisadi teşebbüsü canlandırıp her iki memleketin refahını artırmaya yarayacağı" anlayışı, "bir devletin vatandaş ve şirketlerine diğer devlet arazisinde müsait şartlar yaratmak" amacı ve "iki devlet arasındaki iktisadi işbirliğini geliştirmek" arzusunu taşımaktadır.

Türkiye, 1962 yılında imzaladığı bu ilk anlaşmanın ardından yaklaşık 23 yıl herhangi bir yabancı devlet ile Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşması imzalamamıştır. Ancak 1985 yılından itibaren Türkiye, yabancı devletlerle bu tür ikili anlaşma ilişkilerin yoğunlaştırmaya başlamıştır. Nitekim 1985-1989 yılları arasında yedi devlet ile Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşması imzalanmıştır. Türkiye diğer yabancı ülkelerle, en fazla 1990-1999 döneminde Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşması imzalamış bulunmaktadır. Bu dönemde 44 devlet ile Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşması imzalanmış ve bunlardan 41 tanesi onaylanıp yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

⁵⁷ GAILLARD, Emmanuel: "The International Centre for Settlement of Investment Disputes", New York Law Journal, April 2, 1998.

⁵⁸ Bkz. 27.07.1963 tarihli ve 11465 sayılı RG.

Aşağıdaki tabloda yürürlüğe girmiş bulunan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarının listesi görülmektedir:

	Yürürlüğe Giriş Tarihi
A.B.D	18.05.1990
Afganistan	19.07.2005
Almanya	05.12.1965
Arjantin	01.05.1995
Arnavutluk	26.12.1996
Avusturya	01.01.1992
Azerbaycan	08.09.1997
Bangladeş	21.06.1990
Belarus	20.02.1997
Belçika/Lüksemburg	04.05.1990
Bosna	29.01.2002
Bulgaristan	22.09.1997
Çek Cumhuriyeti	01.08.1997
Çin	20.08.1994
Danimarka	01.08.1992
Endonezya	28.09.1998
Estonya	29.04.1999
Etiyopya	03.03.2005
Güney Kore	04.06.1994
Gürcistan	28.07.1995
Hırvatistan	21.04.1998
Hollanda	14.11.1989
İngiltere	22.10.1996
İran	13.04.2005
İspanya	03.03.1998
İsrail	27.08.1998
İsveç	08.10.1998
İsviçre	21.02.1990
İtalya	02.03.2004
Japonya	12.03.1993
Kazakistan	10.08.1995
Kırgızistan	31.10.1996
Kuveyt	25.04.1992
Küba	23.10.1999
Letonya	03.03.1999
Litvanya	07.07.1997
Macaristan	22.02.1995

Makedonya	27.10.1997
Malezya	09.09.2000
Mısır	31.07.2002
Moldovya	16.05.1997
Mongolya	22.05.2000
Özbekistan	18.05.1995
Pakistan	03.09.1997
Polonya	19.08.1994
Portekiz	19.01.2004
Romanya	07.04.1996
Rusya	17.05.2000
Slovakya	23.12.2003
Tacikistan	24.07.1998
Tunus	28.04.1994
Türkmenistan	13.03.1997
Ukrayna	21.05.1998
Yunanistan	24.11.2001

Aşağıda, imzalanan fakat henüz yürürlüğe girmemiş bulunan YKKT anlaşmalarının bir listesi yer almaktadır:

YKTK Anlaşmaları Ağının Genişletilmesine Yönelik Çalışmalar	
İmzalanan (Henüz Yürürlüğe Girmemiş)	Müzakeresi Tamamlanan (İmzalanma Sürecinde)
Avustralya	Mauritius
Birleşik Arap Emirlikleri	Uruguay
Cezayir	
Fas	
Filipinler	
Finlandiya	
G.Afrika Cumhuriyeti	
Hindistan	

Katar
Lübnan
Malta
Nijerya
Sırbistan/Karadağ
Slovenya
Sudan
Suriye
Şili
Tayland
Ürdün
Yemen
Kaynak: Hazine Müsteşarlığı

Aynı şekilde, Türkiye'de hükümetler tarafından onaylanmasının uygun bulunması amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilen Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşma tasarılarının gerekçelerinde tipik olarak yer verilen "her iki ülkede, özel teşebbüsle devlet arasında çıkabilecek ihtilafların çözüm yollarını tespit etmek" ifadesi ile de tahkim mekanizması, yapılan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarının esaslarından biri olarak kabul edilmektedir.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarıyla ev sahibi⁵⁹ ülkenin yatırımcıya ne şekilde muamele edeceği emredici kurallarla belirlenmektedir. Bu kurallardan sapmak, uluslararası hukuka göre

⁵⁹ İkili anlaşmalara göre ev sahibi devlet tanımı, toprak sınırları, karasuları ve kıta sahanlığını kapsar.

sorumluluğu gerektirmektedir.⁶⁰

ba. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmalarının Kapsamı ve Koruma Fonksiyonu

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarının ana amacı, taraf ülkeler arasında sermaye ve teknoloji akımını teşvik etmek, yönetim bilgi ve becerisini artırmak, kendi yatırımcılarına farklı pazarlara girme imkanı yaratmak ve ilgili ülkenin hukuk düzeni içinde yatırımların nasıl korunacağını tespit etmektir.

Bu ana amacın dışında, genel anlamda, ülkelerin ekonomik politikaları doğrultusunda ülke müteşebbis ve sermayesinin dış ülkelere açılması, ülke dışında çeşitli pazarlara açılma, yabancı sermaye ve ileri teknolojinin ülkeye girmesi yoluyla ülke ekonomisinin dünya ekonomisi ile entegrasyonunun sağlanması gibi hedefler de Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları ile elde edilmek istenmektedir.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında, anlaşma kapsamında korunmaya tabi yatırım türleri tahdidi olmayacak şekilde örnek olarak sayılmak suretiyle çok geniş bir biçimde belirlenmektedir. Yani yatırım anlaşmasında belirtilenlerin dışında kalan yatırım türleri de anlaşma kapsamına girebilmektedir.”⁶¹

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları kapsamında yatırım olarak kabul edilen konular genelde yatırım sözleşmeleri, taşınır ve taşınmaz mal varlıkları ve bunlara bağlı mülkiyet hakları, know-how⁶², patent, marka ve telif hakları gibi endüstriyel, fikri ve sınai mülkiyet haklarıdır.

⁶⁰ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: age., s. 174.

⁶¹ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: age., s. 176.

⁶² Know-how (Teknik Bilgi): Bir üründen ya da yöntemden en kolay ya da en verimli biçimde yararlanmayı sağlayan ve sanayide kullanılan yeni ve gizli teknik bilgi birikimidir. Firmalar, bu teknik bilgileri diğer kişi ve kuruluşlara açıklayabilir veya satabilir. Ekonomik bir değer oluşturan bu teknik bilgiler, lisans anlaşması yoluyla ya da buluş sahibinden doğrudan veya onun aracılığıyla üçüncü kişilerden öğrenilebilir. Know-how, kanuni bir koruma olmadan bu hakkı, satın alan veya kiralamaya faydalanma olanağını fiilen hazırlamayı ifade eder.

Yatırımların Korunması ve Teşviki ile yatırımlara uygulanacak muameleler konusunda iki önemli ilke bulunmaktadır:

Bu ilkelerden birincisi, “eşit işlem” ilkesidir. Bu ilke yabancı yatırımcılar, yerli yatırımcılarla aynı muamelelere tutulurlar.

İkincisi ise, “en çok gözetilen ulus kaydı”⁶³ ilkesidir. Bu ilke doğrultusunda ev sahibi konumunda bulunan devletler, kendi kanunları ve ilgili mevzuatı çerçevesinde yatırımlara, üçüncü bir ülke yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muamelelerden daha elverişsiz bir muamelede bulunmayacaklarını diğer devlet nezdinde taahhüt etmektedirler.

Yabancı yatırımcılar açısından en önemli risk yaptıkları yatırımın kamulaştırılması ya da devletleştirilmesidir. Kısacası yatırımlarına el konulmasıdır.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları, kamulaştırma⁶⁴ açısından mutlaka güvenceler getirmektedir. Ev sahibi devletler, kaynak devlet yatırımcılarının malvarlıklarına yönelik olarak birkaç istisna durum haricinde kamulaştırmaya gidememektedirler. Devletleştirmeler⁶⁵, el koymalar ve kamulaştırma ile eş etkili önlemler⁶⁶ de

⁶³ En çok gözetilen ulus kaydı ya da eski adıyla en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı bir andlaşmayı tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da yurttaşlarına karşı da kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür. Uluslararası uygulamada özellikle ekonomik ve ticari andlaşmalarda çok rastlanılan bu kayıt genellikle bir tarafın başka bir tarafa tanıyacağı durumu iyileştirici nitelikli hükümleri bu kaydı içeren andlaşmadaki tarafa da uygulanacağını bildirmektedir.

⁶⁴ Kamulaştırma; Devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, yükümlü bulundukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için bedellerini nakden ve peşin olarak veya eşit taksitlerle ödemek suretiyle özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kanunla gösterilen esas ve usullere göre mülkiyetini iktisap etme ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurma yetkisidir. Örneğin 08.11.1983 tarihli ve 18215 sayılı RG’de yayımlanan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu.

⁶⁵ Devletleştirme ise kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin kanunla belirlenen esas ve usuller dahilinde devlet mülkiyetine geçirilmesidir. Örneğin Bkz. 01.12.1984 tarihli ve 18592 sayılı RG’de yayımlanan 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun.

⁶⁶ Devletler burada, genel olarak kamulaştırma başlığı altında ele alınan teknik anlamda kamulaştırma, devletleştirme veya el koyma değil ancak kamulaştırma ile aynı sonucu doğuracak işlemler

kamulaştırma gibi kabul edilmektedir. Anayasamıza ve Kamulaştırma kanununa göre kamulaştırma kamu yararına dayanmalı ve tazminat eşliğinde olmalıdır. Buna göre, yabancı yatırımcıların sahip oldukları yatırımlar hakkında ancak kanun ve diğer mevzuat dahilinde, ayrımcı olmayacak şekilde, kamu yararı amacıyla ve de yatırımın bedeli tazminat olarak ödenmek suretiyle kamulaştırmaya konu edilebilir.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları, ev sahibi devlet topraklarında ortaya çıkabilecek savaş, ayaklanma, sıkıyönetim, iç karışıklıklar, olağanüstü hal, kamu düzeninin bozulması veya isyan gibi durumlarda diğer taraf yatırımcılarının zararlarını karşılama yükümlülüğü de getirmektedirler.

bb. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları çizmiş olduğu çerçeveye yatırım ilişkileri nedeniyle akit iki devlet veya yatırımcı ile akit devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerini belirlemektedir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde, Devletlerin kendi iç hukuk kurallarında yaptıkları düzenlemeler ve yabancı yatırımcı ile ev sahibi konumundaki devlet arasında yapılan yatırım sözleşmelerinde yer verilen uyuşmazlığın çözümüne ilişkin hükümlerin yanında, tahkim mekanizmasının kullanılması, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarının önemli özelliklerinden biridir.

Bu nedenle, Tahkim mekanizması, bütün iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan vazgeçilemez bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları, yatırım

yapmaktadırlar. Örneğin, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya ağır vergi yükümlülüğü getirmesi veya yatırımcının ana para veya kâr transferine kısıtlamalar getirilmesi yabancı yatırımcı açısından kamulaştırma ile aynı sonucu doğurabilmektedir.

uyuşmazlıklarını ve çözüm yollarını iki başlık altında toplamaktadır:

bc. Bir Âkit Devlet ile Diğer Âkit Devletin Yatırımcısı Arasındaki Uyuşmazlıklar

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarının çoğunda içerik hemen hemen aynıdır. Yatırıma ev sahipliği yapan ülke ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan ihtilafların nasıl çözümleneceği konusunu düzenleyen hükümler adeta birbirinin tekrarı durumundadır. Burada çözümü öngörülen uyuşmazlıklar, genellikle ikiye ayrılmaktadır:

- Bir âkit devletin diğer âkit devletin yatırımcısına verdiği yatırım izninin uygulanması ve yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar,

- Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşması ile verilen veya onaylanan hakların ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmasından kaynaklı bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde çözüm yöntemi olarak ilk aşamada taraflar arasında karşılıklı danışma ve müzakereler öngörülmektedir. Yani, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, hemen tahkime götürülmemekte, bunun yerine öncelikle taraflar arasında yapılacak olan ve belli sürelerle kısıtlanan müzakereler ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır.

Tespit edilen süreler içinde bir müzakere yoluyla bir çözüm bulunamaması halinde yatırımcının önünde iki seçenek bulunmaktadır:

Birinci yöntem; uyuşmazlığı, ev sahibi devletin görevli/yetkili mahkemesine götürmektir. Ancak yabancı yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerdeki yargı süreçleri hakkındaki kaygıları nedeniyle bu yolun genellikle tercih edilmediği görülmektedir.

İkinci yöntem ise ulusal mahkemeler dışında uluslararası bir tahkim mekanizmasına başvurmaktır.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında gerek bölgesel nitelikli⁶⁷ ve gerekse uluslararası nitelikli tahkim kuruluşu olsun başvurulabilecek tahkim kuruluşlarına tek tek ismen yer verilmek zorunluluğu vardır.

Bazı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında yatırımcının uluslararası tahkime gidebilmesi için bazı koşulların varlığı aranırken bazılarında ise tahkime gidebilmek için herhangi koşul aranmamaktadır. Tahkim yoluna gitme konusunda Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında yer verilen koşullardan bazıları şunlardır:

-Uyuşmazlığın, uyuşmazlığa taraf olan devletin adli veya idari mahkemelerine veya yetkili başka organlarına götürülmemiş olması,

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

-Uyuşmazlığın, yatırımcı tarafından önceden kararlaştırılmış kurallara göre çözümlenmek üzere herhangi bir merciye götürülmemiş olması,

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

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında bölgesel tahkim kuruluşlarına bütün yatırım anlaşmalarında yer verilmemektedir. Uyuşmazlıkların çözümünde bölgesel nitelikteki tahkim kuruluşlarına

⁶⁷ Bölgesel tahkim kuruluşlarından bazıları şunlardır: Amerikan Tahkim Birliği, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi, Uluslararası Ticari Tahkim.

başvurma yolu, akit devletlerin takdir ve tercihine bağılı olarak Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarına konulabilmektedir.

Yatırım anlaşmalarının bazen birden çok kurumsal tahkimi alternatif olarak bir arada, bazen de bunlardan sadece birini tercih ettiğı gözlenmektedir.⁶⁸.

Uluslararası nitelikli tahkim kuruluşları Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak genelde yer almaktadır. *"Türkiye'nin taraf olduğı ikili yatırım anlaşmalarına göre, ihtilaf halinde belirtilen Tahkim Merkezi veya Merkezlerine başvuru, ICSID'ten farklı olarak, ev sahibi devletin kabulüne (ihtiyarına) bırakılmış değildir. Burada, tahkim zorunlu ve otomatik bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile, belirtilen Anlaşmalara göre taraflar arasında bir yatırım ihtilafı çıktığında ve yatırımcı başvurusunu yaptığında, ev sahibi devlet ikili Anlaşmada açıklanan tahkim mahkemesinin yetkisini kabul edecektir. Çünkü, Devlet ikili Anlaşma ile yatırımcının müracaatı halinde Hakem Mahkemesinin yetkisini kabul edeceğini baştan kabul ve taahhüt etmiştir."*⁶⁹ Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında, uluslararası tahkim kuruluşları olarak ICSID, UNCITRAL ve ICC tahkimi öngörülmektedir.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında iki tarafın da Devlet ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme'ye taraf olması halinde uyuşmazlık ICSID tahkimine götürülebilmektedir.

Aynı şekilde, her iki akit devletin Birleşmiş Milletler üyesi olması halinde uyuşmazlığın çözümü amacıyla UNCITRAL tahkimine de başvurulabilmektedir.

Bu iki uluslararası tahkim kuruluşu dışında anlaşmada yer verildiğı

⁶⁸ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: age., s. 178.

⁶⁹ ŞANLI, Cemal: age., s. 35.

takdirde ICC tahkimi de uyuşmazlığın çözümü için kullanılabilir.

Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmaları, uyuşmazlığın tahkime götürülmesi durumunda tahkim kurullarının oluşturulma ve çalışma biçimlerine, karar alma şekillerine, hakem kurulunun ücret ve giderlerinin paylaşımına yönelik düzenlemeler de getirmektedirler. Böylece taraflar, tahkime gitmeden önce tahkim sürecinin belli aşamalarını karşılıklı olarak tespit etme imkanını kullanmaktadırlar.

Kurumsal tahkimde hakem heyetlerinin karar vermeleri için herhangi bir süre sınırlaması söz konusu değilken, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında bu yönde de kısıtlamalar getirilebilmektedir.

Diğer farklılık ise asıl olarak tarafların tahkim nedeniyle ortaya çıkacak giderleri eşit şekilde paylaşmalarıdır. Ancak tahkim kurulu bunun aksine karar da verebilmektedir. Kurumsal tahkimde ise yapılan giderlerin taraflarca ne şekilde ve hangi oranlarda karşılanacağı ancak tahkim kurulunun vereceği nihai kararda belli olmaktadır.

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

Âkit taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir uluslararası tahkim kuruluna götürülmüş ise ve kurulda tahkim davası devam ediyorsa uyuşmazlığın, başka bir uluslararası tahkim kuruluna götürülme imkanı bulunmamaktadır.

c. Çok Taraflı Yatırım Anlaşmaları (Multilateral Agreements on Investment)

Son yıllarda uluslararası yatırımlarda gerek doğrudan, gerek portföy

yatırımları şeklinde büyük artışlar görülmesi ve uluslararası sermayenin hareket kabiliyetinin artması, bu konuda uluslararası bazda bir düzenlemenin gerekliliği üzerinde durulmasına yol açmıştır. Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmasının da imzalanmasıyla birlikte mal ve hizmet ticareti kapsamında gerçekleştirilen düzenlemelerin uluslararası sermaye için de yapılması gerekliliği başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere OECD'ye üye ülkeler nezdinde geniş kabul görmüştür. Bu bağlamda devletler, kendi aralarında yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarının dışında devletler, içeriğinde tahkime ilişkin hükümler barındıran ve bir uluslararası örgüt bünyesinde hazırlanmış olan çok taraflı yatırım anlaşma veya sözleşmelerine de taraf olabilmektedirler.

Dünya Ticaret Örgütü ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilâtı-OECD çok taraflı yatırım anlaşmalarında önemli rol oynamaktadır.

Dünya Ticaret Örgütü doğrudan yabancı yatırımlarla ilgili anlaşmalara muhatap olduğundan, çok taraflı organizasyonlara daha fazla katkısı da fazla olmuştur.⁷⁰ Nitekim Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde imzalan Yatırım Önlemleri Anlaşması ve Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması gibi anlaşmalar yabancı yatırımlara ilişkin hükümler içermektedirler.

OECD'nin ise gizli yatırım engelleriyle ilgili düzenlemeler ile Çok Taraflı Yatırım Anlaşması-MAI'ye kadar yaptığı düzenlemeler, serbest sermaye akışı ve çok uluslu girişimler için genel kılavuzluğu içermektedir.

Bu anlamda hazırlanmış olan iki önemli belge bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (Multilateral Agreement on Investment-MAI), ikincisi ise Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi'dir (Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA).

⁷⁰ GİRAY, Filiz : "Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) ve Alternatif Öneriler Üzerine Bir Değerlendirme", Mülkiye, Cilt: XXVII, Sayı: 240, s. 137.

Çok Taraflı Yatırım Anlaşması-MAI anlaşma taslağı hakkında 1995 yılından itibaren müzakerelere başlanmıştır. Müzakerelerin 26 Mayıs 1997'de tamamlanması ve taslak metnin OECD Bakanlar Konseyinde görüşülmesi öngörülmesine rağmen, pazarlık sürecinde değişik delegasyonlar tarafından ek süre istenmesiyle, görüşme 28 Nisan 1998 tarihine ertelenmiştir. Bu görüşme sonucunda da özellikle Fransız delegasyonunun direktmesi ile müzakereler bir süre daha ertelenmiştir. MAI, özellikle gelişmekte ülkeler tarafından olumlu karşılanmamıştır. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu-MIGA sözleşmesi ise 1988 yılında imzalanarak yürürlüğe girmiş durumdadır.

ca. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (Multilateral Agreement on Investments-MAI)

Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI), MAİ, ülkemizin de üyesi bulunduğu Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı (OECD) içerisinde 19895 yılından bu yana gizli görüşmelerle geliştirilen ve 1998 yılında imzalanması planlanan ancak; 70 ülkeden 1000' nin üzerindeki sivil toplum örgütlerinin ortak karşı duruşu, çalışmaları ve eylemlikleri ile şimdilik imzalanması engellenen, yabancı yatırımları bütün boyutları ile düzenleyen ve yatırımın ülkeye girişinden uyumsuzluk aşamasına kadar yatırımın her aşamasını ilgilendiren geniş kapsamlı bir çok taraflı yatırım anlaşması taslağıdır. Başka bir anlatımla MAİ, ulus ötesi sermayenin yatırımlarla ilgili olarak ANAYASA oluşturma çabasıdır.

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması'nın imzalanması ile birlikte mal ve hizmet ticareti kapsamında yapılan düzenlemelerin uluslararası sermaye için de yapılması gerekliliği, Dünya Ticaret Örgütü üyesi ülkeler arasında kabul görmüş ve böylece ABD'nin önderliğinde ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) üyesi ülkelerin katılımıyla, 1995 yılında "tek bir küresel ekonomi için ortak anayasa" olarak nitelendirilen Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) müzakereleri başlamıştır. Bu müzakereler, oluşabilecek

tepkileri önleyebilmek amacıyla gizli yürütülmüş ancak, 1997 yılında anlaşmanın içeriğine ilişkin bilgiler kamuoyuna sızdırılmıştır.

Bu anlaşma taslağı ilk önce GATT'ın (Gümrük ve Ticaret Genel Anlaşması) Uruguay zirvesinde ele alınmak istenmiştir. Fakat buradaki azgelişmiş ülkelerin tepkisi üzerine ABD ve AB ülkeleri, en uygun kurumsal ortamın olarak bilinen OECD (Organization for Economic (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü) olduğuna karar vermişlerdir."⁷¹ Bunun nedeni, üye ülke sayısının dolayısıyla gelişmemiş ülke sayısının çok olduğu GATT'ta taslağın savunmasını yapabilmenin ve oluşacak itirazları, tepkileri göğüsleyebilmenin zor olmasıdır. Kurum olarak "zenginler kulübü" olarak bilinen OECD'nin seçilmesindeki önemli etkenlerden biri de budur. Bilindiği üzere OECD'ye 29 devlet üye bulunmakta ve bu ülkelerin çoğunluğunu gelişmiş ülkeler oluşturmaktadır.

Müzakerelerin 26 Mayıs 1997'de tamamlanması ve taslak metnin OECD Bakanlar Konseyi'nde imzaya açılması gerekirken, ilgili ülkeler arasındaki keskin fikir ayrılıkları, çevre ve işçi hakları savunucularının sert muhalefeti, koşulların en gelişmiş ülkeler için bile ağır olması, 70 ülkeden 700'ü aşkın sivil toplum örgütünün MAI karşıtı kampanya başlatmaları, pazarlık sürecinde değişik delegasyonlar tarafından ek süre istenmesi⁷² gibi nedenlerle taslak hakkındaki müzakereler 28 Nisan 1998 tarihine ertelenmiştir. Ancak, bu tarihteki müzakerelerde, Fransa'nın çabaları sonucu altı aylık bir erteleme daha yaşanmıştır.

İki yılı aşkın bir süredir gizli bir şekilde siyasi düzeyde sürdürülen MAI görüşmelerinin kamuoyuna duyurulması ile birlikte, uzun zamandır üzerinde tartışılan küreselleşme kavramı çerçevesinde özellikle teknisyenler arasında ciddi görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

⁷¹ ORAN, Baskın: Küreselleşme ve Azınlıklar, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, Aralık 2001, s.35.

⁷² DİNÇER, Oğuzhan Cevat: "Çok Taraflı Yatırım Anlaşması Üzerine Bir Değerlendirme", Dış Ticaret Dergisi, Temmuz 1998, Sayı 10, s. 24.

Anlaşma'nın lehinde görüş bildirilen çevreler,MAI'nın varolan küreselleşme sürecinin kaçınılmaz bir sonucu olduğunu ileri sürmekte ve bu Anlaşmayla getirilecek düzenlemelerin, süreci daha da hızlandıracağını ifade etmektedirler.

Küreselleşme ile birlikte uluslararası bazda artan rekabet ve kaynakların daha etkin dağılımı sonucunda elde edilen ve edilecek olan kazanımların, yine küreselleşmenin doğurduğu bir takım maliyetlerin çok üzerinde olacağı Anlaşma'ya taraftar çevreler tarafından belirtilmektedir. Söz konusu çevreler tarafından üzerinde en çok durulan nokta ise, piyasaların düzensiz işlemesi sonucu kimi ülkelerde zaman zaman devlet müdahalesine gereksimin duyulması ve yapılan müdahalelerin, piyasaların etkin bir şekilde işlemesini daha da güç hale getirmesidir. MAI, bu çevreler tarafından bu tür aksaklıkların önüne geçmenin önemli yollarından biri olarak görülmektedir.

Diğer taraftan, küreselleşme süreci ile birlikte artan sermaye hareketlerinin uluslararası gelir dağılımında ciddi bozulmaları beraberinde getirdiği Anlaşma karşıtı çevreler tarafından ileri sürülmektedir. Gerçekten de son otuz yıl göz önüne alındığında, dünya gelirinden en yüksek payı alan % 20'lik nüfus diliminin payının % 70'ten % 85'e çıktığı görülürken, en düşük payı alan son % 20'lik nüfus diliminin payının % 2,3'ten % 1,4'e düştüğü görülmektedir.

MAI karşıtı çevreler, Anlaşma'yı, çok uluslu şirketleri devletlerin de üzerinde bir güç sahibi yapacak bir metin olarak görmektedirler. Bu çevrelere göre ÇTYA ile siyasi ve iktisadi gücün devletlerden çok uluslu şirketlere transferi ortaya çıkacak ve bu güç transferi ile bir anlamda bireysel hakların çok uluslu şirketlere devri söz konusu olacaktır. Başka bir deyişle, seçilmiş politika uygulayıcılarının kararlarında bağımsız davranması artık söz konusu olmayacaktır. Anlaşma'da getirilen ve ülkelerin beş yıl içinde ayrılma kararı veremeyecekleri, beş yıl sonra verirlerse de Anlaşma kurallarına onbeş yıl

süre ile tabi olacakları hükmü ise muhalif çevrelerde oluşan tepkiyi artırmaktadır.

Bu görüş ayrılıkları Anlaşma üzerinde yürütülen görüşmelerin gizliliğinin nedenleri üzerinde de ortaya çıkmaktadır. Anlaşma taraftarı çevreler, gizliliği pazarlık sürecinin başarılı bir şekilde işlemesinin önkoşulu olarak görmektedirler. Müzakere sürecinde gizlilik uygulanmış ki ülkeleri yöneten siyasilerin bile anlaşma görüşmelerinden haberleri almamıştır. Bu duruma en güzel örnek ülkemizde yaşandı ve MAİ Anlaşmasının ülkemiz gündemine girdiği 1998 yılı başında Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanı böyle bir anlaşmadan haberi olmadığını açıkladı ve bu açıklama gazetelerde yayınlandı.

MAİ'ye muhalif çevreler ise, iş çevrelerinin görüşmelerde daha etkin bir rol aldığı görüşünü savunmakta ve özellikle sağlanan gizlilikle işçi sendikalarının ve çevreye duyarlı oluşumlar benzeri sivil toplum örgütlerinin tamamıyla süreç dışında bırakıldığını vurgulamaktadırlar.

MAİ'ye ilişkin bilgilerin kamuoyuna sızmış olması nedeniyle anlaşma taslağına olan tepkiler artmış ve bu süre içerisinde Kanada, yabancı yatırımcıların çevre tahribatına yol açabileceği yönünde ciddi itirazlarda bulunarak MAİ'nin çevre ve kültür alanlarındaki hükümlerine katılmayacağına ilişkin rapor hazırlamıştır. Aynı dönemde, daha önce müzakere tarihini erteletmiş bulunan Fransa Ticaret Bakanı, 1998 yılının Ekim ayında Fransa'nın anlaşmaya katılmayacağını resmen açıklamıştır. Bunun üzerine anlaşma taslağı geri çekilmiş ve taslak, İngiltere'nin DTÖ'yü adres göstermesi ile anlaşma yatırımlar adıyla OECD'den Dünya Ticaret Örgütü bünyesine transfer edilmiştir. Bunun nedeni, Dünya Ticaret Örgütü'nün OECD'ye göre daha geniş üye tabanına sahip bir kuruluş olması ve Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde imzalanacak böyle bir anlaşmanın ticari yaptırım gücünün çok daha fazla olacağı düşüncesidir.

Daha sonraki dönemlerde ise; birçok ülkeden, özellikle Kanada ve Fransa'dan yükselen tepkilerle bu girişimden, Dünya Ticaret Örgütü'nün 1997'deki Singapur, 1998'deki Cenevre toplantılarında gündeme alınmış olmasına rağmen, herhangi bir sonuç elde edilememiştir. 30 Ekim-3 Aralık 1999 tarihleri arasında Dünya Ticaret Örgütü Bakanlar Konseyi Seattle'da toplanmış ancak çok taraflı yatırım anlaşması hakkında yine herhangi bir karar alınamamıştır. Bu sonucun oluşmasında, toplantı öncesi çok taraflı yatırım anlaşmalarının az gelişmiş ülkeler aleyhine yaratacağı etkiler hakkındaki yorumlar ve geçmişte yaşanan ilk MAI deneyiminin önemli payı bulunmaktadır. 9-14 Kasım 2001 tarihinde ise Doha'da bir toplantı yapılmıştır. "Doha Kalkınma Round'unda ilk defa Dünya Ticaret Örgütü'nün yatırımlara yönelik çok taraflı yatırım anlaşması hazırlanması gündeme gelmiştir. Böylece çok taraflı yatırım anlaşması global düzeyde tekrar tartışmaya açılmış, Dünya Ticaret Örgütü tarafından hazırlanacak yatırım anlaşması, uluslararası ticaretin gelişimini sağlayan sadece doğrudan yabancı yatırımlara yönelmiştir."⁷³

OECD üyesi olması nedeniyle Türkiye de MAI taslağına ilişkin müzakerelerde bulunmuştur. MAI, uluslararası arenada olduğu gibi, Türkiye'de de, tartışmaya açıldığından bu yana geniş bir tartışma zemini bulmuştur. Dışa açık büyüme stratejisini benimseyen çevreler, böyle bir Anlaşma ile Türkiye'de yaşanan siyasi ve iktisadi istikrarsızlığın yabancı sermaye üzerindeki caydırıcı etkisinin ortadan kalkacağını öne sürmektedirler. Bu etkinin ortadan kalkmasıyla birlikte artacağı düşünülen doğrudan yatırımların yeni teknolojileri de beraberinde getireceği ve mali olanakları geniş olan çok uluslu şirketlerin yerli sermayenin yetersiz kaldığı projeleri gerçekleştirme olasılığı da bu çevreler tarafından vurgulanmaktadır. Bunlara ek olarak doğrudan yatırımların artmasıyla birlikte daha da rekabetçi bir ortamın doğacak olması Türk Sanayiinin yapısını da güçlendireceği ve uluslararası pazarlara açılmada Türkiye'ye önemli avantajlar sağlayacağı ileri sürülmektedir.

⁷³ GİRAY, Filiz : age., s. 139.

Öte yandan özellikle bir takım akademik çevrelerce, gelişmekte olan ülke statüsünde değerlendirilen Türkiye için MAI'nın ciddi bir tehlike arzettiği vurgulanmaktadır. Her ne kadar MAI ile yabancı sermayenin akışı bir düzen altına alınacaksa da bunun sonuçta özellikle yabancı sermayeyi kendi ülkelerine çekmek isteyen ülkeler arasındaki rekabeti hızlandıracağı ve Çok Uluslu Şirketlere giderek yerel sermayeden daha cazip fırsatlar yaratılacağı bu çevreler tarafından ileri sürülmektedir. Bu ise Türk Sanayii için bir tehdit unsuru olarak görülmektedir.

Türkiye, bu kaygılarından dolayı MAI Taslağına dair bir takım çekinceler⁷⁴ koymuştur.⁷⁵

MAI denemesi, bu dönemde yatırımcılarla ilgili böyle bir uluslararası çok taraflı anlaşmanın yapılmasının mümkün görünmediğini ortaya koymuştur. "Dolayısıyla yatırımlara dünya çapında uluslararası korumanın sağlandığı bir uluslararası anlaşma yoktur. Ancak şunu söylemek mümkündür: Yatırımların korunması, devletlerin ortak olarak paylaştığı bir değer olduğuna göre, tek çare, her devletin, yatırım ilişkisi içine girmek istediği diğer devletle, yatırımcıların korunması ve teşviki konusunda birebir iki taraflı sözleşme yapmalarıdır."⁷⁶

caa. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI)'nın Önemli Düzenlemeleri

Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) ile ulaşılmak istenen asıl hedef, sermaye önündeki tüm engellerin kaldırılarak yatırımların güvenceye

⁷⁴ Bu çekincelerden başlıcaları şunlardır: "Yabancı yatırım 50.000 dolardan az olamaz ve tekel statüsündeki bir şirketin çoğunluk hissesini alamaz; yatırım için ön izin şarttır. Yabancılar doktor, dişi, ebe, hemşire eczacı, veteriner, gözlükçü, noter, yeminli mali müşavir, avukat, başhekim olarak çalışamaz. Yabancı sermaye sadece faaliyet alanıyla ilgili taşınmaz alabilir. İç hatlarda havayolu taşımacılığı yapamaz. Hipermarketçilik hariç, perakende ticaret yapamaz. Radyo-TV yayıncılığı yapamaz. En önemlisi, yabancı sermayeli kuruluşlarla anlaşmazlıkta Türk yargısı yetkilidir; uluslararası yargıya gidilemez.". Bkz. ORAN, Baskın: a.g.e., s. 42.

⁷⁵ ORAN, Baskın: age., s. 42.

⁷⁶ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: age., s. 173.

alınmasıdır.

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

Yabancı yatırımların önünü açmak ve onları güvence altına almak için MAI Taslağında şu yükümlülöklere yer verilmiştir:

-Uluslararası sermaye hareketlerine yönelik tüm sınırlamaların kaldırılması.

- Yatırımla bağlantılı bütün ödemelerin ölkö içine veya dışına serbestçe, gecikmeksizin transfer edilmesinin sağlanması.

- Akit devlet yatırımcılarına ait bir yatırımın, kamu çıkarı amacını gözetken kamulaştırmalar hariç olmak üzere, doğrudan veya dolaylı bir biçimde kamulaştırılmaması.

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

-Yabancı yatırımcıların hiçbir şekilde yerli yatırımcılardan daha elverişsiz uygulamalara tabi tutulmaması: Anlaşmaya taraf olan her bir ölkö, diğer anlaşma tarafı ölkönin yatırımcılarına kendi ölkesindeki yatırımcılar ile onların yatırımlarına kuruluş, işleyiş, genişleme, yönetim, kullanım,

uygulama, satış veya yatırımlarını diğer çeşit kullanımları sırasında uyguladığından daha az avantajlı bir muamele uygulayamayacaktır (eşit muamele ilkesi).

-Anlaşmaya taraf olan her bir ülkeye, başka bir anlaşma tarafı ülkenin yatırımcılarına ve onların yatırımlarına, bir başka ülkenin yatırım ve yatırımcılarına uyguladığından daha az elverişli bir muamele uygulanmaması (en çok gözetilen ulus ilkesi).

-Yatırımlara ilişkin herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda uluslararası tahkime gidilmesine olanak sağlayana düzenlemelerin getirilmesi.

cab. Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) Taslağında Yer Alan Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri ve Tahkim

MAI'nın sağlıklı bir şekilde işlemesi ve güvenilirliği, oluşturulacak bir uyuşmazlıkların çözümü mekanizmasına bağlı görülmektedir. Bu mekanizma içerisinde iki farklı uyuşmazlık tanımlanmaktadır: yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları, devlet-devlet uyuşmazlıkları. Biz konumuz gereği yatırımcı ile devlet arasında çıkan uyuşmazlıklara değineceğiz.

cac. Yatırımcıdan Devlete İşletilen Uyuşmazlık Çözüm Prosedürleri

Yatırımcıdan devlete işletilen uyuşmazlık çözüm prosedürleri, bir anlaşma tarafı devlet ile başka bir anlaşma tarafının yatırımcısı arasında ortaya çıkan, MAI anlaşması çerçevesinde daha önce yapılan bir taahhüdün ihlali ve bu nedenle yatırım veya yatırımcıya zarar verdiği ya da kayba veya hasara yol açtığı iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacaktır. Bu prosedürleri, devletten devlete işletilen çözüm prosedürlerinden ayıran en önemli özellik sadece yatırımcıya tahkime gitme olanağı vermesidir. Devletler, yatırımcı aleyhine tahkim davasına gidememektedirler.

Yatırımcılar ile devletler arasında oluşabilecek uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda MAI, bunun ilk önce müzakereler yolu ile çözümlenmesi hükmünü getirmektedir. Bu yolla sorunun giderilememesi durumunda ikinci yol olarak ise yatırımcının önünde üç farklı seçenek bulunmaktadır;

- Yerel yargıya başvurmak,

- Birleşmiş Milletler kapsamında oluşturulan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme (ICSID), Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) ve Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurulu (ICC Court of Arbitration) gibi kurumlar çerçevesinde uluslararası tahkime gitmek,

- Anlaşma bünyesinde oluşturulacak uyuşmazlıkların çözümü organına başvurmak.

Anlaşma taslağında belirtilen kuruluşlara tahkim başvurusu için uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten itibaren 60 gün ve her hal ve şartta 5 yıllık bir zamanaşımı süresi getirilmektedir.

Tahkim başvurusu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça üç kişiden oluşacak tahkim heyetine yapılacaktır. Tahkim heyetinin birer üyesi uyuşmazlık taraflarınca, başkanlık yapacak üçüncü hakem tarafların anlaşmasıyla belirlenecektir. Tarafların hakem tayin edememeleri durumunda bu görevi ICSID veya ICC yerine getirecektir. Tahkim heyeti çalışmaları gizli olarak sürdürülecek ve hakemlerin tarafsızlığı ile bağımsız çalışmaları sağlanacaktır.

Tahkim uyuşmazlığında, bilimsel veya teknik bir kuruldan veya uzmandan çevre, sağlık, güvenlik veya diğer bilimsel veya teknik konular hakkında yazılı görüş istenebilmektedir. Fakat bu talep davacı konumundaki yatırımcıdan gelmeli ve hakem heyetince de kabul görmelidir..

Hakemlerin vereceği kararlar gerekçeli, tarafları bağlayıcı ve kesindir. Uyuşmazlık tarafları, bu kararları kendi iç hukuk düzenlerinde uygulamakla yükümlüdürler.

cb. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (Convention Establishing the Multilateral Investment

Gelişmekte olan ülkelerdeki doğrudan yabancı yatırımları özendirmek amacıyla kurulan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA), Dünya Bankası grubunu oluşturan beş kuruluştan birisidir. (MIGA)'yı⁷⁷ kuran sözleşme, 11 Ekim 1985 yılında Seul'de imzalanmış ve 1988 yılında yürürlüğe girmiştir.

MIGA'nın 158 üyesi vardır ve Dünya Bankası üyesi devletler, MIGA'ya da üye olabilmektedir.

Türkiye, 11.10.1985 tarihinde MIGA Sözleşmesi'ni imzalamış ve 27.05.1988 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 3453 sayılı Kanun⁷⁸ ile sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur. MIGA Sözleşmesi, 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁷⁹ ile onaylanmıştır.

MIGA Üyeleri

Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı

Üye	Üyelik Tarihi
Arnavutluk	15 Ekim 1991

⁷⁷ Dünya Bankası grubunu oluşturan diğer dört kuruluş şunlardır; Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (IBRD), Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA), Uluslararası Finans Kurumu (IFC) ve Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID).

⁷⁸ Bkz. 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı RG.

⁷⁹ Bkz. 06.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı RG.

Cezayir	4 Haziran 1996
Angola	19 Eylül 1989
Arjantin	11 Şubat 1992
Ermenistan	5 Aralık 1995
Avustralya	10 Şubat 1999
Avusturya	16 Aralık 1997
Azerbaycan	23 Eylül 1992
Bahamalar	4 Ekim 1994
Bahreyn	12 Nisan 1988
Bangladeş	12 Nisan 1988
Barbados	12 Nisan 1988
Belarusya	3 Aralık 1992
Belçika	18 Eylül 1992
Belize	29 Haziran 1992
Benin	26 Eylül 1994
Bolivya	3 Ekim 1991
Bosna-Hersek	19 Mart 1993
Botsvana	15 Mayıs 1990
Brezilya	7 Ocak 1993
Bulgaristan	23 Eylül 1992
Burkina Faso	2 Kasım 1988
Burundi	10 Mart 1998
Kamboçya	1 Aralık 1999
Kamerun	7 Ekim 1988
Kanada	12 Nisan 1988
Cape Verde	10 Mayıs 1993
Orta Afrika Cumhuriyeti	8 Eylül 2000
Çad	11 Haziran 2002
Şili	12 Nisan 1988
Çin	30 Nisan 1988
Kolombiya	30 Kasım 1995
Demokratik Kongo Cumhuriyeti	7 Şubat 1989
Kongo Cumhuriyeti	16 Ekim 1991
Kosta Rika	8 Şubat 1994
Fildişi Kıyısı	7 Haziran 1988
Hırvatistan	19 Mart 1993
Kıbrıs	12 Nisan 1988
Çek Cumhuriyeti	1 Ocak 1993
Danimarka	12 Nisan 1988
Dominika	7 Ekim 1991
Dominikan Cumhuriyeti	7 Mart 1997

Doğu Timor	23 Temmuz 2002
Ekvator	12 Nisan 1988
Mısır	12 Nisan 1988
El Salvador	20 Aralık 1991
Ekvator Ginesi	27 Ekim 1994
Eritre	10 Eylül 1996
Estonya	24 Eylül 1992
Etiyopya	13 Ağustos 1991
Fiji	24 Eylül 1990
Finlandiya	28 Aralık 1988
Fransa	28 Aralık 1989
Gambiya	11 Eylül 1992
Gürcistan	29 Aralık 1992
Almanya	12 Nisan 1988
Gana	29 Nisan 1988
Yunanistan	30 Ağustos 1993
Grenada	12 Nisan 1988
Guatemala	11 Temmuz 1996
Gine	5 Ekim 1995
Guyana	18 Ocak 1989
Haiti	11 Aralık 1996
Honduras	30 Haziran 1992
Macaristan	21 Nisan 1988
İzlanda	25 Eylül 1998
Hindistan	6 Ocak 1994
Endonezya	12 Nisan 1988
İrlanda	27 Ekim 1989
İsrail	21 Mayıs 1992
İtalya	29 Nisan 1988
Jamaika	12 Nisan 1988
Japonya	12 Nisan 1988
Ürdün	12 Nisan 1988
Kazakistan	12 Ağustos 1993
Kenya	28 Kasım 1988
Kore Cumhuriyeti	12 Nisan 1988
Kuveyt	12 Nisan 1988
Kırgızistan	21 Eylül 1993
Lao Halk Demokratik Cumhuriyeti	5 Nisan 2000
Letonya	21 Ağustos 1998
Lübnan	19 Ekim 1994
Lesoto	12 Nisan 1988

Libya	5 Nisan 1993
Litvanya	8 Haziran 1993
Lüksemburg	29 Ağustos 1991
Makedonya	19 Mart 1993
Madagaskar	8 Haziran 1988
Malavi	12 Nisan 1988
Malezya	6 Aralık 1991
Mali	22 Ekim 1992
Malta	12 Eylül 1990
Moritanya	8 Eylül 1992
Moritus	28 Aralık 1990
Mikronezya	11 Ağustos 1993
Moldavya	9 Haziran 1993
Moğolistan	21 Ocak 1999
Fas	17 Eylül 1992
Mozambik	23 Kasım 1994
Namibiya	25 Eylül 1990
Nepal	9 Şubat 1994
Hollanda	12 Nisan 1988
Nikaragua	12 Haziran 1992
Nijerya	12 Nisan 1988
Norveç	9 Ağustos 1989
Umman	24 Ocak 1989
Pakistan	12 Nisan 1988
Palau	16 Aralık 1997
Panama	21 Şubat 1997
Papua Yeni Gine	21 Ekim 1991
Paraguay	30 Haziran 1992
Peru	2 Aralık 1991
Filipinler	8 Şubat 1994
Polonya	29 Haziran 1990
Portekiz	6 Haziran 1988
Katar	22 Ekim 1996
Romanya	10 Eylül 1992
Rusya	29 Aralık 1992
Samoa	12 Nisan 1988
Suudi Arabistan	12 Nisan 1988
Senegal	12 Nisan 1988
Seychelles	15 Eylül 1992
Sierra Leone	20 Haziran 1996
Singapur	24 Şubat 1998

Slovak Cumhuriyeti	1 Ocak 1993
Slovenya	19 Mart 1993
Güney Afrika	10 Mart 1994
İspanya	29 Nisan 1988
Sri Lanka	27 Mayıs 1988
St. Kitts ve Nevis	21 Eylül 1999
Santa Lucia	25 Temmuz 1988
St. Vincent ve Grenadin	10 Eylül 1990
Sudan	7 Kasım 1991
Svaziland	18 Nisan 1990
İsveç	12 Nisan 1988
İsvicre	12 Nisan 1988
Suriye	14 Mayıs 2002
Tanzanya	19 Haziran 1992
Tayland	20 Ekim 2000
Togo	15 Nisan 1988
Trinidad ve Tobago	2 Temmuz 1992
Tunus	7 Haziran 1988
Türkiye	3 Haziran 1988
Türkmenistan	1 Ekim 1993
Uganda	10 Haziran 1992
Ukrayna	19 Temmuz 1994
Birleşik Arap Emirlikleri	20 Ekim 1993
İngiltere	12 Nisan 1988
Amerika Birleşik Devletleri	12 Nisan 1988
Uruguay	1 Mart 1993
Özbekistan	4 Kasım 1993
Vanuatu	27 Temmuz 1988
Venezuela	9 Mayıs 1994
Vietnam	5 Ekim 1994
Yemen	12 Mart 1996
Yugoslavya	19 Mart 1993
Zambiya	6 Haziran 1988
Zimbabve	10 Nisan 1992

MIGA'nın kurulmasındaki asıl amaç, gelişmekte olan üye ülkelerdeki uygun yatırımların yabancı yatırımcılarına ve kreditorlerine ticari olmayan/politik risklere karşı yatırım garantisi (sigortası) sağlayarak gelişmekte olan ülkelerdeki doğrudan yabancı yatırımlara garanti oluşturarak yatırımları özendirmektir. Kuruluş bu işlevini, gelişmekte olan üye ülkelerdeki

uygun yatırımların yabancı olan yatırımcılarına ve kreditorlerine ticari olmayan, politik risklere karşı yatırım garantisi (sigorta) sağlayarak yerine getirmektedir. Kuruluş'un hedefi, üyesi olan ülkeler arasında ve özellikle kalkınmakta olan üye ülkelere, yatırım fonlarının verimlilik amacı doğrultusunda, yatırımların akışını hızlandırmak ve bir ülkedeki yatırımlar nedeniyle maruz kalınabilecek politik risklere karşı garanti sağlamaktır.

MIGA'nın misyonu, kalkınma için özel yatırımları teşvik etmek, doğrudan yabancı yatırımcıları ticari olmayan risklere karşı sigorta etmek ve üyelerine teşvik ve danışmanlık hizmeti vererek gelişmekte olan ülkelerde cazip bir yatırım iklimi sağlamaktır.

Kuruluş yatırım garantisini ancak aşağıdaki şartlarla sağlamaktadır:

-Özel kişi ise ev sahibi ülke haricinde bir üyenin vatandaşı olması,

-Tüzel kişi ise bu tüzel kişilik ve onun ana iş merkezinin bir üye ülkede kurulu olması veya sermayesinin çoğunluğuna bir üye veya üyelerin ya da bunların vatandaşlarının sahip olması,

-Tüzel kişiliğin, özel sektöre ait olsun veya olmasın ticari amaçla çalışması.

Bununla birlikte, yatırım garantisi alacak yatırımın yeni ve en az 3 yıl süreli bir yatırım olması gerekmektedir. Yeni yatırımlar kavramı, mevcut bir yatırımın genişletilmesi, modernizasyonu ve mali açıdan yeniden yapılandırılması projeleriyle özelleştirme kapsamındaki bir kamu kurumunun satın alınması gibi yatırımları kapsamına almaktadır. "Garanti alacak olan proje veya yatırım ev sahibi ülkenin kalkınma hedeflerini desteklemeli, MIGA'nın çevre, çalışma şartları ve yolsuzluk ile ilgili standartlarına uygun ve mali olarak da uygulanabilir olmak durumundadır."⁸⁰

⁸⁰ www.miga.org/screens/faqs/faqs.htm.

cba. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA)'nın Faaliyetleri ve Garanti Verdiği Durumlar

Çoğu sektör MIGA garantisi için uygundur. Finans sektörü, alt yapı, petrol ve gaz sektörü, madencilik, telekomünikasyon, hizmetler, tarıma dayalı sanayi ve imalat gibi sektörler MIGA garantisinin alınabileceği uygun sektörlerdir. Bununla birlikte, "Tütün üretimi ve işlenmesi, spekülasyon amaçlı yatırımlar, savunma sanayi, yasadışı ilaç ve alkol üretimi gibi alanların MIGA garantisinden faydalanma imkanı bulunmamaktadır."⁸¹

MIGA garantisi alacak yatırımı, MIGA üyesi bir gelişmekte olan ülkede olmalı, yeni olmalı ve en az 3 yıl süreli bir yatırım olmalıdır. Yeni yatırımlar ile, sıfır projeler, mevcut bir yatırımın genişletilmesi, modernizasyonu veya mali açıdan yeniden yapılandırması ve özelleştirme kapsamındaki bir kamu kurumunun satın alınması türü projeler kastedilmektedir. Garanti alacak proje, ev sahibi ülkenin kalkınma hedeflerini desteklemeli, MIGA'nın çevre, çalışma şartları ve yolsuzluk ile ilgili standartlarına uygun ve mali olarak da uygulanabilir olmalıdır. Uygun yatırım türleri arasında, öz sermaye yatırımları, en az 3 yıl vadeli olmak koşulu ile hissedar kredileri ve öz sermaye sahiplerince çıkarılan kredi garantileri bulunmaktadır. Uygun bir hissedarın yatırımı MIGA nezdinde kabul ettirmiş olması koşulu ile, üçüncü taraflara da garanti sağlanabilir. Yatırımcının kazancının büyük ölçüde projenin işletme sonuçlarına bağlı olduğu durumlarda teknik yardım sözleşmeleri, işletmecilik sözleşmeleri, finansal kiralama (leasing) kontratları, kâr ortaklığı kontratları, franchising anlaşmaları, v.b. sözleşmeler de garanti kapsamına alınabilir.

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA)'nın faaliyetleri, yabancı sermayenin gelişmekte olan ülkelerde kamulaştırma ve benzeri önlemler, sözleşmenin ihlali, paranın konvertibl olmaması, transfer kısıtlamaları, savaş ve sivil karışıklıklar gibi ticari olmayan risklere karşı korunarak teşvik

⁸¹ www.miga.org/screens/faqs/faqs.htm,

edilebilmesi için garantiler sağlamak alanında yoğunlaşmaktadır. Bu Kuruluş, yatırım uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, talep üzerine arabuluculuk hizmeti de sunmaktadır.

Kuruluş (MIGA), ev sahibi ülkede ortaya çıkabilecek aşağıdaki politik risklere karşı yatırımları garanti etmektedir.

- Mülkiyet hakkını kısıtlayacak ya da yok edecek idari ve/veya hukuki tedbirlere karşı (kamulaştırma, devletleştirme vb.),

- Ev sahibi devletin, garanti sahibi yatırımcı ile yaptığı sözleşmeyi herhangi bir şekilde ihlal etmesi veya tanımaması (bu durumda garanti sahibinin, bu ihlal veya tanımamayı saptayabilmesi için herhangi bir yargı merciine başvurma imkanının bulunmaması, bu yargı merciinin Kuruluş'un kurallarına göre belirlenecek sürede karar verememesi veya böyle bir kararın uygulanamaması gibi koşulların varlığı aranır),

- Ev sahibi devletin herhangi bir bölgesinde savaş, askeri hareket veya iç kargaşa durumlarının meydana çıkması durumunda.

Projenin türünden bağımsız olarak, yatırımcılar her tür kaybın riskinin mutlaka bir kısmını üstlenmek zorundadır. Öz sermaye yatırımları için, MIGA yatırımın %90'ına kadar garanti verebilir. Ayrıca, yatırım getirilerini kapsamak için, yatırım katkısının %450'sine kadar ek bir garanti verilir. Krediler ve kredi garantileri için, MIGA anaparanın %95'ine kadar garanti verebilir. Ayrıca, anaparanın kredi dönemindeki faiz gelirlerini kapsamak için anaparanın %135'ine kadar ek bir garanti verilir. Teknik destek kontratları ve kontrat bazlı anlaşmalar için, MIGA kontrat değerinin veya kontratın zamanı gelmiş ödemelerinin %90'ına kadar (istisnai durumlarda %95'ine kadar) garanti verebilir.

cbb.Çok Taraflı Yatırım Garanti (MIGA) Sözleşmesi ve Tahkim

Çok Taraflı Yatırım Garanti Sözleşmesinin (MIGA) Sözleşmesi'nin ekinde tahkim hususu düzenlenmiştir. Yine, MIGA Sözleşmesinin 58 inci maddesi uyarınca taraflar arasındaki garanti sözleşmesi veya mükerrer sigortadan doğan her ihtilaf tahkim yolu ile nihai karara bağlanmaktadır.

MIGA üyesi olan devletler ve bunların vatandaşları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, tarafların seçecekleri hakemlerden oluşacak tahkim heyeti tarafından karara bağlanacaktır. Tahkim heyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, kendi usulünü belirlemekte serbesttir. Süreç, ICSID tahkimine göre yürütülmektedir.

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

Tahkim heyetinin vermiş olduğu her karar, üye Ülkelerce kendi mahkemelerinde alınmış nihai yargı karar gibi değerlendirilmekte ve ülke için bağlayıcı olmaktadır.

G. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

1. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması

Hakkında Sözleşme (New York Sözleşmesi)

Milletlerarası alanda geniş bir uygulama alanı bulmuş olan, etkisi ve önemi bir çok ülkenin daha sonraları katılımıyla teyit edilmiş olan New York Sözleşmesi, 10 Haziran 1958 tarihinde imzalanmış ve 7 Haziran 1959 tarihinde yürürlüğe girmiştir. New York Sözleşmesi, gelişen tahkim anlayışına paralel olarak yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasını düzenlemek amacını taşımaktadır.

Sözleşme, 133 devlet tarafından imzalanmış durumdadır. New York Sözleşmesinin IX uncu maddesine göre Sözleşmeye katılım, BM Genel Sekreterliğine tevdi edilecek iltihak senedi ile olmaktadır.

Türkiye ise, 21 Mayıs 1991 tarihinde 3731 sayılı Kanun⁸² ile New York Sözleşmesi'nin onaylanması uygun bulmuştur. Sözleşme, 91/2151 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır⁸³.

New York Sözleşmesi herhangi bir tahkim sürecini içermemektedir. Hakem kararlarının verilmesinden sonraki safhayı düzenleyen Sözleşme, tahkim kurumlarınca veya hakemlerce verilen kararların, sözleşme tarafı devletlerce tanınmasını ve bu devletlerde uygulanmasına yönelik hükümler taşımaktadır.

New York Sözleşmesi'nin iki uygulanma alanı bulunmaktadır. Buna göre, sözleşme hükümleri;

-Yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanması istenen devlet dışında bir devlette alınması durumunda, tanınması ve uygulaması beklenen devlet topraklarında ve,

- Yabancı hakem kararlarının, iç hukukta alınan milli kararlar gibi dikkate alınmadığı ve verilen tahkim kararının tanınması ve uygulaması beklenen devlet topraklarında, uygulanmaktadır.

⁸² Bkz. 21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı RG.

⁸³ Bkz. 25.09.1991 tarihli ve 21002 sayılı RG.

New York Sözleşmesi, hem geçici (ad hoc) tahkimde hakemlerin vermiş oldukları kararları, hem de daimi tahkim kuruluşlarının verdiği tahkim kararlarını kapsamaktadır.

New York Sözleşmesi, devletlere tanıma ve uygulamaya yönelik olarak iki önemli esneklik tanınmıştır:

Bunlardan birincisi, devletlere, karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına göre, sadece sözleşmeye taraf diğer devlette alınmış olan kararları tanıma ve uygulama seçeneğinin sunulmasıdır. Sözleşmenin 1/3 üncü maddesinde getirilen bu esnekliğe göre, sözleşmeye taraf devletler, karşılıklı olarak yalnızca diğer sözleşme tarafı devlet ülkesinde alınan yabancı hakem kararlarını tanıma ve uygulama yoluna gidebilmektedir.

İkinci olarak da devletler, gerek ticari işin ve gerekse adi işin tanımını kendi milli hukuklarına göre yapabilirler. Bu vasıflandırmanın mili hukuka göre yapılmaması durumunda Sözleşmenin V/2-a maddesine göre tenfiz engellenebilir.

1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre, verilmiş olan yabancı hakem kararları sözleşme tarafı devletleri bağlayıcı niteliktedir. Taraf devletler yabancı hakem kararlarını, kendi yerine getirmekle yükümlüdür. Hakem kararlarını uygulamak istemeyen veya uygulamaktan kaçınan devletler, bunun nedenini⁸⁴ ispat etmekle mükelleftir.

New York Sözleşmesi hükümleri, sözleşmeye taraf olan devletlerin yapmış oldukları diğer ikili veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasına ilişkin hükümlerin geçerliliğini etkilememektedir.

⁸⁴ Tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem tayininde veya tahkim sürecinde usule uygun davranılmaması gibi sebepleri öne sürerek ülkeler, hakem kararlarını uygulamaktan kaçınabilirler.

2. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (Washington Sözleşmesi)

Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Washington Sözleşmesi, 18 Mart 1965 tarihinde imzaya açılmış ve 14 Ekim 1966 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme ile üye Devletler ile diğer üye Devletin vatandaşları arasında çıkan yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için uluslar arası bir Merkez (Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)) kurulmuştur.

Merkezin amacı, anlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda taraf devletler ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir hakemlik ve arabuluculuk mekanizması görmektir.

Merkezin yerleşim yeri Dünya Bankasının merkezi yani Washington'dur.

Washington Sözleşmesi, dünyada en çok kabul gören sözleşmeler arasındadır; 154 devlet tarafından imzalanmış ve 139'u tarafından onaylanmıştır⁸⁵. Merkeze üye olabilmek yani Washington Sözleşmesine taraf olabilmek için Dünya Bankasına üye olmak zorunlu değildir. Yani Merkez üyeliği tüm ülkelere açıktır.

Washington Sözleşmesi Türkiye tarafından, iki maddesine⁸⁶ çekince koyularak 24 Haziran 1987 tarihinde imzalanmış, Türkiye Büyük Millet Meclisi

⁸⁵ An Overview of ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes Web Page: <http://www.worldbank.org/html/extdr/icsid.htm>.

⁸⁶ Söz konusu maddeler, Sözleşme'nin 25 inci ve 64 üncü maddeleridir.

tarafından 3460 sayılı Kanun⁸⁷ ile onaylanması uygun bulunmuş ve 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁸⁸ ile onaylanıp yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'nin çekince koyduğu maddeler ve maddelerde yer alan hükümler şunlardır:

- Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi dolayısıyla Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarının çözümü için Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)'e gidilemez (m.25).

- Diğer ülkelerle imzalamış olduğu münferit Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki anlaşmalarında başka uyuşmazlık çözüm kurumları da öngörülmüş olduğundan uyuşmazlıkların Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin sözleşmenin 64 üncü madde hükmü Türkiye için uygulanamaz (m.64).

139 devletin Washington Sözleşmesini dolayısıyla Merkez'i (ICSID'i) onaylamış olmaları, kurumsal olarak tahkim mekanizmasının dünya devletleri arasında önemli oranda kabul gördüğünü ortaya koymaktadır. ICSID'in kurulmasındaki amaç, Washington Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda arabuluculuk ve hakem hizmetleri vererek devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmaktır.

Sözleşme, tahkim talebinden başlayarak nihai tahkim kararına kadar olan tüm tahkim süreç ve işlemlerini düzenlemektedir.

Sözleşmeye göre herhangi bir uyuşmazlık, hiçbir âkit devletin kendi rızası olmaksızın, uzlaştırma veya tahkime götürülemez.

Tarafların kendi rızaları ile Merkez'e gitmeleri durumunda ise verilen

⁸⁷ Bkz: 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı RG.

⁸⁸ Bkz: 06.12.1988 tarihli ve 20011 sayılı RG.

hakem kararları tarafları bağlayıcıdır. Her bir üye devlet, bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı olarak kabul etmek ve kararın getirdiği yükümlülükleri kendi ülkesinde yerine getirmek mecburiyetindedir.

3. Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi)

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin Cenevre Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun katkılarıyla hazırlanmıştır. 21 Nisan 1961 tarihinde imzalanan Cenevre Sözleşmesi 1 Ocak 1964 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, 27 ülke tarafından onaylanmış durumdadır. Sözleşmenin, 21 Mayıs 1991 tarihinde 3730 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylaması uygun bulunmuş⁸⁹ ve 91/2138 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır⁹⁰.

Cenevre Sözleşmesi'nin genel amacı, ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, Avrupa ticaretinin kalkınmasında engel oluşturmalarını önlemek ve bu suretle Avrupa ülkeleri arasındaki ticaretin gelişmesini sağlamaktır. Bu nedenle sözleşme, üye devletler veya vatandaşları arasında ortaya çıkabilecek tahkim vasıtasıyla çözümünü öngörmektedir.

25 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Uygulanması Hakkında Anlaşma ile, Cenevre Sözleşmesi 'nin hakemlik müessesesinin oluşturulması yönündeki 4 üncü maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Ancak anılan Anlaşma, sekiz devlet tarafından onaylanmış bulunmaktadır⁹¹.

Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'ni tamamlayan bir yardımcı kaynak niteliğindedir. New York Sözleşmesi hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine yöneliktir. Diğer bir ifade ile New York Sözleşmesi

⁸⁹ Bkz 21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı RG.

⁹⁰ Bkz. 23.09.1991 tarihli ve 21000 sayılı RG.

⁹¹ Bu devletler, Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg ve Moldova Cumhuriyeti'dir.

sonuca etkilidir. Cenevre Sözleşmesi ise tahkimin tanıma ve tenfizden önceki aşamasını düzenlemektedir.

Cenevre Sözleşmesinde taraf Devletler, uyuşmazlıkların çözümünde yaptıkları ikili veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan tahkim hükümlerini uygulayabilmektedirler. Yani Sözleşme devletlerce daha önce yapılan ve tahkime ilişkin hükümler içeren ikili veya çok taraflı anlaşmaların geçerliliğini herhangi bir şekilde etkilememektedir.

4. Ekonomik ve Bilimsel-Teknik İşbirliği İlişkilerinde Ortaya Çıkan Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü Hakkında Sözleşme (Moskova Sözleşmesi)

Moskova Sözleşmesi, 26 Mayıs 1972 yılında eski Doğu Bloku devletlerinden Bulgaristan Halk Cumhuriyeti, Demokratik Almanya Cumhuriyeti, Macaristan Halk Cumhuriyeti, Polonya Halk Cumhuriyeti, Romanya Sosyalist Cumhuriyeti, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Çekoslovak Sosyalist Cumhuriyeti arasında imzalanmış ve 13 Ağustos 1973 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

Sözleşme, 1949 yılında Moskova'da kurulmuş olan ve ekonomik, teknik ve bilimsel yönden üye devletler arası işbirliğinin geliştirilmesi ile ekonomik entegrasyonunu öngören Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi'ne (Council For Mutual Economic Assistance-COMECON/CMEA) üye sosyalist devletlerin, bu ilişkiler dolayısıyla karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu kullanmalarını sağlama amacını taşımaktadır. Sadece COMECON/CMEA üyesi ve sosyalist ekonomi politikaları uygulayan devletlerin sözleşmeye taraf olması, Moskova Sözleşmesi'ni uluslararası nitelik kazanmasını engellemiştir. Bu anlamda, bölgesel olmamakla birlikte uluslararası özellikleri de bulunmamaktadır.

Moskova Sözleşmesi, taraf devletler arasında ekonomik işbirliğinin geliştirilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek sorun veya uyuşmazlıkların öncelikle uyuşmazlığa taraf devlette bulunan Ticaret Odaları bünyesindeki

Tahkim Mahkemeleri tarafından çözümünü öngörmektedir. Bunun mümkün olmaması halinde uyuşmazlık çözümü için sözleşmeye taraf üçüncü bir ülke Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'ne başvurulacaktır.

SSCB'nin dağılmasıyla birlikte Doğu Bloku'nun ortak pazarı olarak nitelendirilen COMECON/CMEA önemini yitirmiş ve devletler birer birer üyelikten çekilmişlerdir. Konsey'in fiili (de facto) olarak sona ermesi dolayısıyla devletler, Moskova Sözleşmesi'ne taraf olmaktan çıkmışlardır⁹². Hukuki geleceği belirsiz olan Moskova Sözleşmesi'nin günümüzde uygulanma alanı kalmamış ve geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiş durumdadır.

5. Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Amerikan Devletleri Arasındaki Sözleşme (Panama Sözleşmesi)

Panama Sözleşmesi, 30 Ocak 1975 yılında imzalanmıştır. Bolivya'nın da sözleşmeyi onaylaması ile sözleşmeye taraf olan devlet sayısı 17 olmuştur. Bu ülkelerin çoğunluğunu Güney Amerika ülkeleri⁹³ oluşturmaktadır. Sözleşme, 16 Temmuz 1976 tarihinde genel anlamda yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, taraf devletlerin farklı tarihlerde sözleşmeyi onaylamaları sebebiyle uygulanma tarihi ülkeler arasında farklılık göstermiştir.

Sözleşmeye ilişkin sekreteryahizmetlerini, Amerikan Devletler Örgütü (Organization of American States-OAS) Genel Sekreterliği yerine getirmektedir. Panama Sözleşmesi'nin, Amerikan Devletler Örgütü (Organization of American States-OAS) bünyesinde gerçekleştirilmesi dolayısıyla sadece OAS'a üye devletler bu sözleşmeye taraf olabilmektedir. Bu bakımdan Panama Sözleşmesi, uluslararası olmaktan öteye bölgesel bir nitelik arz etmektedir. OAS üyesi olmayan devletlerin bu sözleşme hükümlerine başvurması mümkün bulunmamaktadır.

⁹² Örneğin, Çekoslovak Sosyalist Cumhuriyeti bölündükten sonra Slovakya 28 Mayıs 1993'te, Çek Cumhuriyeti ise 30 Eylül 1993'te, 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ni kabul etmiş ve onaylamıştır.

⁹³ Bu ülkelerden 9'u (Arjantin, Bolivya, Brezilya, Ekvador, Kolombiya, Paraguay, Peru, Uruguay, Şili ve Venezuela) Güney Amerika kıtasından, 7'si (El Salvador, Guatemala, Honduras, Kosta Rika, Meksika ve Panama) Orta Amerika kıtasından 1'i (ABD) de Kuzey Amerika kıtasındandır.

Sözleşme, OAS üyesi devletler veya bunların vatandaşları ile üye devletler arasındaki ticari ilişkilerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini amaçlamaktadır.

H. BAŞLICA ULUSLARARASI TAHKİM MERKEZLERİ VE UYGULANAN TAHKİM KURALLARI

1. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (International Center For Settlement Of Investment Disputes-ICSID)

Günümüzde özellikle gelişmekte olan ülkeler, yatırımcıları kendi ülkelerine çekmenin yollarını aramaktadır. Bu yatırımların sermaye, hizmet, patent, mal, teknik bilgi gibi unsurların ev sahibi devletin gelişmesine katkı sağlayacağına kuşku yoktur. Yabancı ülkelerde yatırım yapmak isteyen yatırımcılar ise bu faaliyetlerinin güvende olmasını istemektedirler. Bu güven ortamı da ülkelerin idari, siyasi yapısı ve iç huzuruyla yakından ilgilidir.

İşte bu güvenin sağlanmasını teminen, Devletler ve diğer Devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için Dünya Bankasının öncülüğünde “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” imzalanmış; Türkiye bu Sözleşmeye 2 Nisan 1989 tarihinde taraf olmuştur. Kısaca ICSID⁹⁴ diğer adıyla Washington Sözleşmesi olan bu uluslararası sözleşme 3460 sayılı “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulunmuştur⁹⁵. 2003 yılı itibariyle anlaşma 154 devlet tarafından imzalanmıştır ve halen 139 ülkede yürürlükte

⁹⁴ ICSID açılımı şöyledir: “International Center for Settlement of Investment Disputes”.

⁹⁵ 3460 sayılı “uygun bulma” Kanunu 2.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

bulunmaktadır⁹⁶.

Türkiye, iki konuda çekince koyarak söz konusu sözleşmeyi imzalamıştır.

Çekincelerden biri, Sözleşmenin 25/4 maddesine ilişkindir. Türkiye bu çekinceyle, ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğunu ve bu konuda ICSID yargılamasına gidilemeyeceği belirtmiştir.

Türkiye'nin koymuş olduğu çekincelerden bir diğeri ise Sözleşmenin 64 üncü maddesi ile ilgilidir. Anılan maddeye Türkiye, uyuşmazlığın, taraflar arasında yapılacak anlamlı müzakereler yoluyla çözüleceğini ve çözüm için üçüncü bir tarafa (Lahey Adalet Divanı) başvurulmayacağı kaydını koymuştur.

ICSID, yatırımcı ile ev sahibi arasında bir denge kurmuştur. Yabancı yatırımcının yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı tereddütü ICSID tahkimi ile giderilmiş ve kendisine bir devlete karşı onunla eşit mücadele yapacağı bir ortam sunulmuştur. Ev sahibi devlet de yabancı sermayeyi bir yandan çekerken diğer taraftan kendi menfaatlerinden tamamen vazgeçmiş de değildir.

ICSID yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için oluşturulmuşsa da Sözleşmede hangi uyuşmazlıkların “yatırım uyuşmazlığı” olduğu açıklanmamıştır. “Yatırım” kavramının ICSID’de tanımlanmamış ve uygulamaya bırakılmış olması isabetli de olmuştur. Yabancı sermaye kavramının sürekli nitelik değiştirmesi ve çeşitlenmesi nedeniyle bilgi transferi

⁹⁶ Sözleşme'nin yürürlükte olmadığı devletler şunlardır: Belize, Kamboçya, Dominik Cumhuriyeti, Etiyopya, Gine-Bissau, Haiti, Kırgızistan, Malta, Moldova, Namibya, Rusya Federasyonu, Sao Tome ve Principe, Sırbistan-Karadağ, Tayland, Yemen Cumhuriyeti.

ve hizmet sözleşmeleri gibi yeni yatırım biçimleri de ICSID tahkiminin konusunu oluşturabilecektir.

Ayrıca, ikili yatırım anlaşmalarında yatırım ile neyin kastedildiği açık olarak belirtildiği için uyuşmazlık konusu olacak hususların kapsamı da belirlenmiş olmaktadır⁹⁷. Türkiye'nin taraf olduğu pek çok ikili anlaşmada yer alan yatırım tanımını⁹⁸ esas alarak uyuşmazlıkların yatırım uyuşmazlığı olup-olmadığını belirleyebiliriz. Bu anlaşmalara göre yatırım uyuşmazlığı;

-Tarafların ülkelerindeki doğal kaynakların aranması, ihracı, işlenmesi ve kullanılması gibi konularda yasalar ve yasalara uygun olarak aktedilmiş bir ticari sözleşme uyarınca sağlanan imtiyazlardan kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar,

-Devletle diğer devlet vatandaşı yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler arasındaki yatırıma ilişkin sözleşmelerden (patent, sınai tasarım, lisans, know-how, v.b.) kaynaklanan uyuşmazlıklar,

-Bir tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım izninin yorum ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar,

-Bir yatırımla ilgili olarak ve anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır.

ICSID ile uyuşmazlıkları çözmek için bir Merkez oluşturulmuştur. Merkezin amacının, anlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda taraf Devletler ile diğer taraf Devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yoluyla çözümü yönünde

⁹⁷ GİRAY, F.Kerem: “Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları”, MHB., Prof.Dr.Yılmaz ALTUĞ’a Armağan, Y.17-18, S.1-2, İstanbul 2000, s.224.

⁹⁸ Örnek olarak bkz. Türkiye-ABD (m.VI); Türkiye-İngiltere/Kuzey İrlanda (m.8); Türkiye-Kore (m.10).

çalışmak olduğu ifade edilmiştir⁹⁹. Bu kapsamda Merkez¹⁰⁰, âkit ülkelerden (ya da onların alt birimlerinden veya ülke tarafından belirlenip Merkez'e bildirilen temsilcilerden) biri ile diğer âkit ülke vatandaşları arasında çıkan ve tarafların ICSID Merkezi'ne götürmeyi yazılı olarak kabul ettiği yatırımlar ile ilgili herhangi bir hukuki uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisine sahiptir¹⁰¹.

ICSID'in sahip olduğu bu yetki dolayısıyla uluslararası mahkeme niteliğinde olup-olmadığı tartışılmıştır. Ancak sonuç itibariyle ICSID tahkiminin iç hukuk düzenlerinden tamamen bağımsız, kendi kendine yeten mahalli usûl düzenlemelerinin müdahale ve kontrol alanı dışında tutulmuş bir sistem olması dolayısıyla uluslararası nitelikte bulunduğunu söylemek mümkündür.

ICSID tahkiminde hakemlik ve arabuluculuk hizmetlerine başvuru tamamıyla tarafların isteğine bağlıdır¹⁰². Tarafların bu yönde bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, taraflar ICSID tahkimini bir kez kabul ettikleri takdirde, tahkim durumunda verilen karara uymak zorundadırlar. Diğer bir deyişle taraflar bu kabullerini tek taraflı olarak geri çekemezler.

Yatırım uyuşmazlıklarında ICSID tahkimine müracaatın yaygın bir şekilde kabul edildiği görülmektedir. "Yatırım uyuşmazlıklarının ICSID tahkimine götürülmesi hususundaki hükümetlerin ön kabulleri yaklaşık 20 yatırım yasası ve 900'ün üzerindeki iki taraflı yatırım anlaşmasında yer

⁹⁹ Bkz. NOMER, Ergin –Nuray EKŞİ – Günseli ÖZTEKİN: Milletlerarası Tahkim, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003, s.71 vd.; ALTINTAŞ, A: "Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel uyuşmazlıklar ve Tahkim Kuralları", Hazine Dergisi, Nisan 1998, S.10, s.18.

¹⁰⁰ Esasen yargılama yetkisini haiz olan "hakem heyetidir" ve "Merkez" herhangi bir yargılama faaliyeti yürütmez. ancak ICSID metninde, kolaylık açısından "Merkez'in yargı yetkisi deyimi kullanılmıştır ve İdari Yöneticilere göre bu deyim, "Anlaşma'nın hükümlerinin uygulanacağı ve Merkez'in imkanlarının arabuluculuk ve tahkim takipleri için hazır bulunacağı sınırlar" anlamına gelmektedir. (Bkz. YEŞİLIRMAK, A.: "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi", Batider., Aralık 1999, Cilt XX, Sayı 2, s. 165, dipnot 81).

¹⁰¹ YEŞİLIRMAK, A.: "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi", agm., s.165.

¹⁰² SHIHATA, Ibrahim: The Experience of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators, ICC Publications, No:472, 1991, s.17.

almaktadır."¹⁰³ Aynı şekilde ICSID tahkimine, dört tane çok taraflı ticaret ve yatırım anlaşması içerisinde de yer verilmiştir¹⁰⁴.

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

a. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)'in Birimleri

ICSID'in üç önemli birimi bulunmaktadır. Bunlar, Yönetim Konseyi, Sekreteryaya ve Panel Heyetleri'dir.

aa. Yönetim Konseyi

Yönetim Konseyi, sözleşmeyi imzalayan her bir devlet temsilcilerinden oluşmaktadır. Yönetim Konseyi'nin başkanlığını Dünya Bankası Başkanı yapmaktadır. Esas temsilciler ile birlikte, onların yokluğunda veya istifası durumunda yerini alacak olan bir vekil de bulunmaktadır. Dünya Bankası Başkanı, Yönetim Konseyi'nin de başkanıdır ancak oy verme yetkisi bulunmamaktadır. Başkanın yokluğunda Dünya Bankası Başkanlığı'nı yürüten kişi aynı zamanda Yönetim Konseyi'nin de başkanlığını yürütür.

Yönetim Konseyi'nin görevleri şunlardır:

- ICSID'in idari ve mali tüzüklerini kabul etmek,
- Tahkim ve arabuluculuk prosedür kurallarını belirlemek,
- Dünya Bankası idari olanak ve hizmetlerinden yararlanma amacıyla Banka ile yapılan düzenlemeleri onaylamak,
- Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcısı veya Yardımcılarının

¹⁰³ www.worldbank.org/icsid/about/main.htm,

¹⁰⁴ Bu ticaret ve yatırım anlaşmaları daha çok bölgesel bir nitelik göstermektedirler: Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), Enerji Şartı Anlaşması (ECT), Cartagena Serbest Ticaret Anlaşması (CFTA), Güney Ülkeleri Ortak Pazarı Colonia Yatırım Protokolü.

hizmet koşullarını belirlemek,

-ICSID'in yıllık gelir ve gider bütçesini kabul etmek,

-ICSID'in yıllık faaliyet raporlarını onaylamak,

-Sözleşme hükümlerinin uygulanması yönünde gerekli faaliyetlerde bulunmak.

Yönetim Konseyi, yılda bir kez toplanmaktadır. Konsey üyelerinin her birinin bir oyu bulunmaktadır. Konsey kararları, oylamaya katılan üye oylarının çoğunluğu ile alınmaktadır. Konsey'in herhangi bir toplantısı için salt çoğunluk, onun üyelerinin çoğunluğu olmaktadır.

ab. Sekreteryä

Sekreteryä, bir Genel Sekreter ve bir veya daha fazla Genel Sekreter Yardımcısı ve çalışanlarından oluşmaktadır. Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcıları altı yıllık süreler için Yönetim Konseyi Başkanı tarafından önerilen adaylar arasından, Yönetim Konseyi üyelerinin 2/3'sinin oyu ile seçilirler. Altı yıllık sürenin sonunda tekrar seçilmeleri mümkündür. Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcıları, Yönetim Konseyi'nin onayı dışında herhangi bir görev alamazlar. Genel Sekreter'in yokluğunda yardımcısı onun yerine görev yapar. Birden fazla yardımcı olması halinde Yönetim Konseyi, Genel Sekreter'in yerini alacak yardımcısı önceden belirler.

Genel Sekreter, Yönetim konseyi tarafından alınan kararlar ile sözleşme hükümlerine uygun bir yönetim göstermek zorundadır. Genel Sekreter, sözleşme hükümlerine uygun olarak verilen tahkim kararlarının belgelendirilmesi ve kaydedilmesi, örneklerinin onaylanması, tahkim talebinin alınması ve kaydedilmesi görevini yerine getirir.

ac. Panel Heyetleri

Panel Heyeti üyeleri Sözleşmeye taraf devletlerin her bir panel heyetine kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşları arasından atadığı dörder kişiden oluşmaktadır Bununla birlikte, Yönetim Konseyi

Başkanı da her bir panel heyetine milliyetleri farklı 10'ar kişi atamaktadır. Atanan bu kişilerin uzmanlıklarını ispatlamış, tanınmış ve bağımsız olarak hüküm verebilecek kapasitede olmaları gerekmektedir. Hakem Paneli'nde görev alacaklar için hukuk alanındaki yeterlik özel önem taşımaktadır.

Panel Heyeti üyeleri, altı yıllık dönemler içinde hizmet vermektedirler. Herhangi bir panel üyesinin ölümü veya istifası halinde, bu üyeyi atayan makam tarafından geri kalan hizmet süresinin tamamlanması için yeni bir üye atanır. Bir kişi aynı zamanda iki panel heyetinde de görev yapabilir. Her üye ataması Genel Sekreter'e bildirilir ve panel heyeti üyeliği, bu bildirim tarihinden itibaren yürürlüğe girer.

b. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)'in Yargılama Yetkisi

ICSID Merkezinin yargılama yetkisi, âkit devletler ile diğer âkit devlet vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarında söz konusudur. Yani milliyet farklılığı ve uyuşmazlığın konusu ICSID için önemlidir.

ICSID'in devreye girebilmesi tarafların çözüm için, uyuşmazlıkları yazılı olarak ICSID'e götürmeyi kabul etmeleri gerekmektedir¹⁰⁵.

Tarafları, uyuşmazlık çözümünde ICSID tahkimini kabul ettikleri takdirde Sözleşmenin 25 inci maddesine göre bu kabullerini tek taraflı olarak daha sonra geri çekemezler. Diğer bir ifadeyle, ICSID tahkimi taraflarca kararlaştırıldıktan sonra mecburi bir tahkim yolu haline gelir ve tarafların tek taraflı olarak bu tahkim yolundan vazgeçme imkanları da sona ermektedir.

c. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)'de Tahkim Süreci

¹⁰⁵ BROCHES, Aron: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States, 136(1972), Recueil des Cours, s.348.

ICSID Sözleşmesine taraf Devletin ICSID Tahkiminin kabulüne dair iradesini belirtmesi ve yatırımcının yatırım uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümü için ICSID Merkezine müracaatı yeterlidir¹⁰⁶. Bu iradenin aynı bir belgede, örneğin taraflar arasında akdedilen bir yatırım sözleşmesinde yer almış olması zorunlu görülmemiştir.

ICSID bağlamında yatırım uyuşmazlığından kastedilen genel olarak yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklardır.

"Sözleşmeye taraf yabancı devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişi, ev sahibi ülkeye getirdiği yabancı sermaye yatırımı, bu ülke hukukuna göre kurulmuş bir şirket ya da bu ülkede tescil edilmiş bir şube şirket veya bu ülkede kurulu bir Joint Venture-Konsorsiyum şeklinde gerçekleştirebilir. Bu, yabancı devlet vatandaşı yatırımcının ICSID bakımından "yabancılığını" ve yatırımın "yabancı sermaye yatırımı" olma vasfını ortadan kaldırmaz. Diğer bir ifade ile ICSID, ev sahibi ülkeye yapılan yatırımın menşesine bakmış; ev sahibi ülkede daha sonra aldığı hukuki şekille ilgilenmemiştir. Yatırımın yapıldığı ülkede, bu ülke hukukuna göre kurulan şirketin sermayesi ve şirketin amaçladığı işin (yatırımın) finansmanı Sözleşmeye taraf diğer bir devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişi tarafından sağlanmakta ise, ortada ICSID anlamında bir yabancı devlet vatandaşının yatırımı söz konusudur."¹⁰⁷

Tahkim süreci, tahkim talebi ile başlar. ICSID tahkim prosedürüne başvuru yazılı olarak Genel Sekreter'e yapılır.

¹⁰⁶ BİRSEL, Mahmut Tefik: age., s. 23.

¹⁰⁷ "ICSID'in konusunu teşkil eden yatırım uyuşmazlıklarından neyin kastedildiği, bu anlaşmayı model olarak alan sonraki yıllarda yapılmış bulunan iki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının ortak hükümlerinden de çıkarılabilir. İki taraflı Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının ortak hükümlerine göre: (a) Ev sahibi devletle diğer devlet vatandaşı yatırımcı arasında akdedilen Yap-İşlet-Devret şeklindeki İmtiyaz, istisna, lisans, Know-How, manegement...vs. gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar; (b) Ev sahibi devletin yabancı yatırımlarla ilgili makamının yabancı yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım izninin yorum veya uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar; (c) Bir yatırımla ilgili olarak ve taraflar arasındaki sözleşme ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın çiğnendiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklar "yatırım uyuşmazlıklarıdır." ŞANLI, Cemal: age., s. 40-41.

Tahkim talebini alan Genel Sekreter, talebin Merkezin yargılama yetkisine dahil olduğunu tesbit ederse davayı kaydedip dilekçenin bir örneğini uyuşmazlığın diğer tarafına bildirir.

Uyuşmazlığın açık bir şekilde ICSID'in yargılama yetkisi dışında olması halinde ise Genel Sekreter talebi reddeder.

Tahkim talebinin kabulünden sonra Tahkim Heyeti teşkil edilir¹⁰⁸. Heyet, tek hakem veya tarafların anlaştığı tek sayıda hakemden oluşabilmektedir. Uyuşmazlık taraflarının hakem sayısı ve atama usulü üzerinde anlaşma sağlayamamaları halinde Heyet, üç hakemden oluşturulur. Tahkim talebinin kaydedildiği tarihten itibaren 60 gün içinde taraflar arasında bir anlaşma sağlanamaz ise ilgili sözleşme hükümlerine göre hakem tayin edilir. Buna göre hakemlerden birer tanesi taraflarca, Heyet'e başkanlık edecek üçüncü hakem ise taraflar arasında yapılacak anlaşma ile atanır.

Tahkim talebinin kaydedildiği tarihten itibaren 90 gün içinde Tahkim Heyeti teşkil etmez ise taraflardan birinin talebi üzerine Başkan, taraflara da danışarak hakem veya hakemleri tayin eder. Başkan tarafından tayin edilen hakem veya hakemler, uyuşmazlığa taraf devlet vatandaşı veya vatandaşı uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşı olamazlar.

ca. Tahkim Heyeti'nin Yetkileri ve İşlevleri

Tahkim Heyeti, sözleşme doğrultusunda kendisine verilen yetkilerle sınırlı olarak görevini yerine getirir¹⁰⁹. Taraflardan birinin uyuşmazlığın Heyet'in yetkileri dışında olduğu yönündeki itirazlarını Heyet, öncelikli olarak ele alır.

Hakem Heyeti uyuşmazlığa, tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk

¹⁰⁸ DELAUME, Georges: "ICSID Arbitration", Contemporary Problems in International Arbitration (Ed.julian D.), Dordrecht/Boston/Lancaster 1987, s.23-39.

¹⁰⁹ DELAUME, Georges: "ICSID Arbitration and the Courts", AJIL, 1983, Vol.77, s.784-803.

kurallarını uygular ve bu kurallar doğrultusunda karar verir. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde Heyet, uyuşmazlığa ve sözleşmeye taraf olan devlet hukukunu ve uyuşmazlığa uygun uluslararası hukuk kurallarını uygular. Heyet'in, uygulanacak hukukun belirsiz olduğu veya uygulanacak herhangi bir hukuk kuralının bulunmadığı alanlarda açık olmayan, belirsiz bir karara varması söz konusu değildir. Ancak bu durum, Heyet'in uyuşmazlık konusunda, tarafların anlaşması halinde, hakkaniyet ve iyiniyet kurallarına göre karar vermesinde bir sakınca oluşturmaz.

Uyuşmazlık taraflarınca aksi yönde bir anlaşma yapılmadıkça Heyet, sürecin herhangi bir aşamasında gerekli gördüğü takdirde taraflardan doküman ve diğer kanıtlayıcı belgeleri talep edebilir, uyuşmazlıkla ilgili yerleri ziyaret edip bu yerlerde incelemeler yapabilir.

Taraflar, tahkim sürecinde savunma ve iddialarını yazılı ve sözlü olmak üzere iki şekilde ortaya koyabilirler.

-Yazılı prosedür, tahkim talebi ile birlikte başlayan ve iki aşamada gerçekleşen bir süreçtir. Tarafların anlaşmış olması veya Tahkim Heyeti'nin gerek görmesi durumunda bu iki aşamaya ek olarak, tahkim talebinde bulunan tarafın karşı-dilekçeye cevabım ve diğer tarafın bu ikinci cevaba vereceği cevabı kapsayan iki yazılı aşama daha gerçekleştirilir.

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

Heyet ayrıca, tahkim kuralları veya taraflarca üzerinde anlaşılan diğer

kurallar hakkında doğabilecek ihtilafları karara bağlama yetkisine sahiptir ve her bir tarafın haklarının korunmasına yönelik geçici tedbirler alabilir.

Taraflardan birinin tahkim sürecinde, herhangi bir şekilde savunma yapmaması durumunda uyuşmazlığın diğer tarafı Heyet'ten, kendisine sunulmuş olan belge ve kanıtlar doğrultusunda bir karar vermesini talep edebilir. Bu durumda Heyet, karar vermeden önce karşı tarafa savunma yapması için ek bir süre tanır. Bu süre sonunda da Heyet savunma yapılmayacağı izlenimini alırsa, kararını verir.

Uyuşmazlığın ICSID'in yargılama yetkisi alanına girmediği ve Tahkim Heyeti'nin yetkisi dışında kaldığı yönünde yapılacak itiraz, Tahkim Heyeti tarafından değerlendirilir. Böyle bir itiraz söz konusu olduğunda tahkim süreci ertelenir. Bu sürede Heyet Başkanı'nca, taraflardan itiraza ilişkin bulgularını sunmaları istenir. Tahkim Heyeti yapılan itirazı haklı bulursa bu yönde bir karar alır. Ancak itirazın reddedilmesi durumunda süreç kaldığı yerden yeniden başlar.

ce. Tahkim Heyeti Kararları¹¹⁰ ve Bu Kararlara İtiraz

Tahkim Heyeti kararı sürecin kapanmasını takip eden 60 gün içinde düzenlenir ve imzalanır. Bu süreye ilave 30 gün daha verilebilir.

Kararlar Heyet tarafından oyçokluğu ile alınır. Oylamada çekimser oylar, olumsuz oy olarak kabul edilir. Karar, oy veren tüm üyelerin imzalaması ve Tahkim Heyeti Başkanı tarafından onaylanması suretiyle geçerlilik kazanır. Karar gerekçelidir. Karşı Oy(lar) gerekçeleri ile birlikte karara eklenebilir.

¹¹⁰ Hakem kararlarının niteliği için bkz. BOWET, D.W.: The Law of International Institutions, 4. Edit, Stevens & Sons, Londra 1982, s.282; GIARDIANA, A.: "The International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", Essays on International Commercial Arbitration, (Ed. Peter Sarcevic), London/Dordrecht/Boston 1989, s.214-222.

Tarafların rızası olmadıkça alınan kararlar Heyet tarafından yayımlanamaz. Alınan kararların onaylı örnekleri Genel Sekreter tarafından uyuşmazlık taraflarına gönderilir.

Kararda gerektiği halde yer verilmeyen veya ihmal edilen konulara ilişkin ek karar alınabilir. Böylece ilk karardaki yazım hataları ile aritmetik ve benzeri hataların düzeltilmesi imkânı da yaratılmaktadır.

Hakem Heyetince verilmiş olan bir kararın anlamı ve kapsamı hakkında uyuşmazlık tarafları arasında anlaşmazlığın ortaya çıkması halinde taraflardan biri, kararın yorumlanmasını talep edebilir. Yorum talebi, Genel Sekreterlik tarafından karar alan Heyete iletilir. Bunun mümkün olmaması halinde yeni bir Heyet oluşturulur. Yeni oluşturulan bu Heyet, kendi kararını verinceye kadar eski kararın uygulanmasını erteleyebilir.

Kararın özünü kesin bir şekilde etkileyecek yeni bir belge, kanıt veya benzeri bir olayın ortaya çıktığını, bu gerçeklerin karar anında Heyet tarafından bilinmediğini, tahkim talebinde bulunan tarafın ihmal veya özensizliğinden dolayı bu gerçekleri bilemediğini kanıtlaması durumunda da uyuşmazlık taraflarından biri kararın revizyonunu talep edebilir. Revizyon talebinde bulunan taraf, talebinde eski kararın uygulanmasının ertelenmesine de yer vermiş ise Heyet'in bu konudaki kararına kadar eski kararın uygulanması ertelenir.

Karar hakkında tarafların izleyebilecekleri diğer bir yol ise aşağıdaki sınırlı nedenlere dayalı olarak kararın iptalini istemektir. Bu nedenler:

- Tahkim Heyeti'nin gerektiği şekilde oluşturulmaması,
- Heyetin açıkça yetkilerini aşması,
- Heyeti üyelerinden biri veya bir kısmı hakkında yolsuzluğun tespit edilmesi,
- Prosedür kurallarından birinden önemli ve ciddi bir sapmanın bulunması,

-Kararın dayandığı gerçeklerin açıkça ortaya konmaması.

İptal talebi, kararın alındığı tarihten itibaren 120 gün içinde yapılmalıdır. Yolsuzluk nedeniyle iptal isteminde ise bu süre yolsuzluğun tespitinden itibaren 120 gün ve her halukârda kararın alındığı tarihten itibaren üç yıldır.

İptal talebinin alınmasını müteakiben Kararı veren Heyet üyeleri ve bu üyeler ile aynı uyrukluktan kişiler, taraf devlet veya vatandaşı uyuşmazlığa taraf olan devletin vatandaşı, bu devletlerin Panel Heyeti'ne atamış oldukları veya aynı uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapmış olanlar dışından, geçici (ad hoc) Komite oluşturulur. Komite, kararın tümünü veya belli kısımlarını iptal etme yetkisine sahiptir.

Komite, kararını verene kadar esas kararın icrasını erteleyebilir. İptal talebinde bulunan tarafın talep yazısında bu yönde bir istekte bulunması halinde de Komite kararına kadar esas kararın uygulanması ertelenebilir.

2. Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber Of Commerce-ICC)

ICC¹¹¹, 1919 yılında, Birinci Dünya Savaşının sona ermesinin hemen ardından, uluslararası ticareti ve yatırımları artırmak, üretilen mal ve hizmetler için açık pazarlar oluşturmak ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamaya yardımcı olmak amacıyla Belçika, İngiltere, Fransa, İtalya ve ABD özel sektör temsilcilerince kurulmuştur. ICC'nin kuruluşunun hukuksal dayanağı, kazanç amacı gütmeyen derneklerin kuruluşuna ilişkin Fransız Kanunudur. ICC günümüzde 130 ülkede temsilciliği bulunan ve binlerce üyesi bulunan bir kuruluş haline gelmiştir.

ICC uluslararası ticaret alanında uygulanacak standart ve kuralları tespit etmekten, ekonomik büyüme ve ülke refahının artmasında rol

¹¹¹ ICC Handbook 2001, s.61-86.

oynamaya, iş dünyasında gerekli birikim, teknik yardım ve bilgiyi yaymaktan uluslararası platformlarda iş çevrelerinin savunuculuğunu yapmaya kadar çok çeşitli hizmetler sunmakta ve milletlerarası ticaretin işleyişini kolaylaştırmaya yönelik girişimlerde bulunmaktadır. Nitekim ICC, 1929 Dünya Ekonomik Buhranı'ndan sonraki dönemde devletler arasında ulusal economicilik ve korumacılığın yaygınlaşması karşısında açık pazar ekonomisi ve devletler arasında serbest ticaretin geliştirilmesi yönünde çalışmalar yapmış; 1980'lerde ve 1990'lı yıllarda ise korumacı politikaların, gönüllü ihracat kısıtlamaları ve karşılıklı ticaret anlaşmaları şeklinde yeniden ortaya çıkmasını engellemeye yönelmiştir. Ayrıca, SSCB'nin dağıtması ile birlikte ortaya çıkan yeni ulusal devletlerin serbest pazar ekonomisini kabullenmesi, bu ülkelerdeki özelleştirme uygulamaları ve ekonomilerinin liberalizasyonu konularında yoğun çalışmalar yapmıştır¹¹².

Yine ICC, ICC, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün sürdürülebilir kalkınma, kalkınma finansmanı ve bilgi toplumu konularındaki toplantılarına iş dünyasının katılımını sağlamakta öncü bir rol üstlenmekte; ayrıca her yıl G-8 Zirvesi'nin yapıldığı ülkenin liderleri ile bir araya gelerek zirveye uluslararası iş dünyasının fikirlerini aktarmaktadır.

ICC'nin bünyesinde yer alan uzmanlık komisyonları bankacılık teknikleri, finansal hizmetler ve vergileme, rekabet hukuku, mülkiyet hakları, iletişim ve bilgi teknolojisi, hava ve deniz taşımacılığı, uluslararası yatırım rejimleri ve ticaret politikaları gibi alanlarda çalışmalar yapmaktadır.

ICC tüm yukarıda sayılan faaliyetlerinin yanı sıra uluslararası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların hakemlik yolu ile çözümünde önemli rol oynamaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözümü için 1923'te Uluslararası Tahkim Mahkemesi (International Court of Arbitration-ICA) kurulmuştur.

Uluslararası ticaretin genişlemesine paralel olarak ICC Tahkim

¹¹² DERAİNS, Y.: "The Revision of The ICC Rules of Arbitration-Methods And Objectives", ICC Bulletin, 1997, Vol.8, No: 2, s.11.

Mahkemesine müracaatlar da yıldan yıla artmaktadır.

a. Tahkim Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

ICC bünyesinde, uyuşmazlıkların çözümü için sadece tahkim mekanizması kullanılmamakta, Uluslararası Tahkim Mahkemesi dışında üç önemli uyuşmazlık çözüm hizmeti veren birim bulunmaktadır. Bunlar, Uyuşmazlığın Dostane Çözümü (Amicable Dispute Resolution-ADR), Yazılı Belgelere Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Ekspertizi (Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise-DOCDEX) ve Expertise (Bilirkişilik)'tir.

ICC ADR Kuralları, tarafsız bir kişinin yardımı ile ticari uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözümü yönünde kullanılan bir süreçtir. Burada amaç, iş çevrelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların kendi gereksinmelerine en uygun ve dostane bir şekilde çözüme ulaştırılmasıdır.

Dostane çözüm yolu olarak ICC ADR, ICC Tahkimi'nden ayrılmaktadır. Her ikisi de uyuşmazlık çözüm yolu olarak birbirine alternatif olmakla birlikte bazı hallerde birbirini tamamlayıcı bir fonksiyon üstlenmektedir. Örneğin, tarafların dostane bir çözüme ulaşamamaları halinde ICC Tahkim yoluna başvurmaları mümkündür. Benzer şekilde, tahkimde bulunan taraflar, uyuşmazlığın farklı ve daha çok kanı birliği gerektiren yaklaşımları gerektirmesi durumunda ICC ADR'ye dönebilirler.

DOCDEX ise, akreditif uygulamasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümünü kolaylaştırmak amacıyla ICC Bankacılık Komisyonu tarafından kurulmuştur¹¹³. DOCDEX özel, bilirkişi odaklı, belgelere dayalı kredilerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası dava ve tahkime alternatif oluşturan ve bağlayıcılığı olmayan bir çözüm yoludur.

Uyuşmazlık çözümü için ICC bünyesinde tahkim dışındaki bir diğer

¹¹³ www.iccwbo.org/drs/english/docdex/all_topics.asp

mekanizma da Bilirkişilik Merkezidir. Bu Merkez teknik ve mali konularda çalışmaktadır. Bilirkişi önerme, bilirkişi atama ve bilirkişilik sürecinin yönetimi ana faaliyet alanıdır. ICC Bilirkişiliği, taraflardan biri veya birkaçı tarafından talep edilebilir. Taraflar, sözleşmelerinde veya ilişkilerinin herhangi bir aşamasında bilirkişi tayinine karar verebilirler. Taraflar ICC'den bir bilirkişi önermesini veya atamasını ya da bilirkişilik prosedürünü yönetmesini talep edebilirler. ICC Bilirkişiliği, uyuşmazlığın dostane çözümü ve taraflar arasındaki farklı düşüncelerin giderilmesi yönünde yardımda bulunmaktadır. Tarafların anlaşması durumunda yapılan tespitler bağlayıcı olabilir.

b. Tahkime İlişkin Hizmetler

ICC tahkim kuralları çeşitli tarihlerde gözden geçirilmiş ve son halini 1 Ocak 1998'de almıştır.

ICC tahkim kuralları özü itibariyle yıllar içinde oluşan tahkim uygulaması deneyiminin bir yansımasıdır.

ICC kuralları, açıklık ve kesinlik niteliği yüksek olan, taraf iradesinin tahkime hakim kılınmış olduğu kurallardır. Bu anlamda, ICC tahkim kuralları detaylı bir düzenleme örneği olmayıp, taraf iradesini hakim kılacak ölçüde esneklik sağlayan bir kurallar dizinidir.

ICC tahkimi ile sadece idari organizasyon bakımından sabit ve sürekli olan ancak uyuşmazlığı halledecek hakem heyetinin davadan davaya farklı kimselerden oluştuğu ve tahkimin her somut davada farklı bir hukuka tâbi kılınabildiği esnek bir düzen kurulmuştur. Diğer tahkim kurumları ile karşılaştırıldığında ICC tahkiminin belli bir tahkim yerine tâbi olmadığı görülür. Bu bakımdan ICC tahkimi ad hoc tahkim türü ile benzerlikler göstermektedir.

ICC tahkiminde tahkim talebi Uluslararası Tahkim Mahkemesi Sekreteryası'na yazılı olarak yapılır¹¹⁴. Talebin bir örneği Sekreteryaya tarafından davalı tarafa gönderilir.

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

Davalı taraf karşı iddialarını içeren cevabını, Sekreteryaya tarafından uzatılmadığı sürece talebin alındığı tarihi takip eden günden itibaren 30 gün içinde vermek durumundadır.

ICC tahkiminde taraflar hakem veya hakemleri seçmede serbesttirler. Mahkeme veya Genel Sekreter taraflarca aday gösterilen hakemleri onaylar. Mahkeme hakem tespitinde bulunmayan taraf adına tek veya üçüncü hakemi tayin edebilir. ICC bünyesinde oluşturulmuş bir hakem listesi mevcut değildir¹¹⁵. ICC hakemlerinin çoğu üniversite hocaları, mühendisler ve bürokratlardır. Yani hakemler geniş bir meslek grubundan gelmektedirler.

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

Uyuşmazlığın çözümünde üç hakeme başvurulacak ise, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, davacı ve davalı taraf, mahkeme onayına sunmak üzere birer hakem adayı gösterir. Taraflardan birinin hakem tayin

¹¹⁴ ULMER, N.: "Winning The Opening Stages of an ICC Arbitration", Journal Of International Arbitration, 1991, Vol.8, No:2, s.33-34.

¹¹⁵ The ICC Court of Arbitration, ICC Publishing, s.14.

edememesi durumunda atama Mahkeme tarafından yapılır. Üç hakemli Tahkim Kurulu'na başkanlık edecek üçüncü hakemi Mahkeme tayin eder.

ICC tahkim davalarında çoğunlukla tahkim yeri, taraflarca kararlaştırılan yer olarak belirlenir. Tahkim yeri konusunda anlaşma sağlanamadığı zaman, mahkeme tahkim yerini re'sen tespit eder. Tahkim yeri, davalı ve davacı taraf devletleri dışında "tarafsız" bir ülke olarak belirlenir.

c. Hakem Kararı

Tahkimin temel amaçlarından birisi tarafların uzlaşmasıdır. Tahkim uygulamasında taraflar nihai taleplerini azaltmaya, uzayan tahkim sürecinin masraf ve zahmetlerini düşünmeye yani bir anlamda uzlaşmaya zorlanmaktadır¹¹⁶.

Taraflar uzlaşma ile uyuşmazlığı sona erdirmezler ise tahkim prosedürü hakem kararı ile sona ermektedir. Hakem veya hakem mahkemesi ihtilafı giderir ve kararını "hakem kararı" denilen belgede açıklar. Hakem kararı tahkim sürecinin yapıtaşısıdır¹¹⁷.

Hakem kararını, dosyanın kendisine ulaşmasını takip eden 30 gün içinde verir ve kararları gerekçeleri ile birlikte Sekreteryaya'ya gönderir. Hakem kararları Sekreteryaya tarafından uyuşmazlık taraflarına bildirilir ve sadece tarafları bağlar.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça hakem heyetine verilen tüm dokümanlar gizli kalır. Hakem, Sekreteryaya tarafından uyuşmazlık taraflarına bildirilmeden kararlarını açıklamaya veya kararlarına yönelik ek gerekçeler sunmaya zorlanamaz.

¹¹⁶ LALİVE, P.: "Enforcing Award", 60 years of ICC Arbitration, A Look At The Future, ICC Publishing, 1984, s.318.

¹¹⁷ FONTAİNE, M.: "ICC Arbitral Process, The Award", ICC Bulletin, 1994, Vol.5, No:1, s.30

Karar alındıktan sonra Sekreteryaya hakem heyetince imzalanan metni taraflara tebliğ eder. Karar taraflar için bağlayıcıdır. Zira taraflar uyuşmazlığı ICC kuralları çerçevesinde tahkime sunmakta, verilecek kararın bağlayıcı olacağını baştan kabul etmektedir. Ancak taraflar kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde maddi hataların düzeltilmesi veya tavzih için tekrar müracaat edebilirler.

3. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL-United Nations Commission On International Trade Law)

a. Genel Olarak UNCITRAL

Birleşmiş Milletler bünyesinde 1966 yılında kurulan Ticaret Hukuku Komisyonunca uluslararası ticaretin geliştirilmesi ve uluslararası kuralların uyumlaştırılması amacıyla hazırlanan Milletlerarası Tahkim Örnek Kanun Metni (UNCITRAL Model Law) 21 Haziran 1985 tarihinde kabul edilmiştir.

UNCITRAL tahkim kuralları, kurumsallaşmış bir tahkim ve buna ilişkin düzenlemeler içermemektedir. Sadece ad hoc tahkim bakımından model teşkil edebilecek nitelikte bir düzenleme öngörmektedir.

Uluslar arası ticari ilişkilerde, aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi amaçlayan taraflar çoğu zaman tahkim yerinde uygulanan usul hukuku mevzuatının milletlerarası tahkimle ilgili özel hükümler içermemesi halinde sözleşmedeki amaçlarına ters düşen yerel tahkim hükümleri uygulamak zorunda kalmaktadırlar. İşte UNCITRAL Model Kanununun temel amacı, bir milletlerarası ticari iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın, ilgili işe uygulanacak özel hukuk düzenlemeleri içinde tarafların adil ve haklı beklentilerinin tahkimin toprakları üzerinde yürütüldüğü devletin usûl

hükümleri dolayısıyla boşa çıkmasına engel olmaktan ibarettir¹¹⁸.

"Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Kanun Örneği ("UNCITRAL Kanun Örneği"), New York ve Cenevre Sözleşmeleri'nden farklı olarak, bir milletlerarası antlaşma değildir. İsminden de anlaşılacağı üzere, UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni kendi resmi dillerine tercüme etmek suretiyle bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kendi hazırlayacakları bir kanun tasarısında, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler."¹¹⁹

b. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve Tahkim Süreci

UNCITRAL tahkim Kuralları, ticari alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne yönelik olarak geniş kapsamlı prosedür kuralları oluşturmak düşüncesi sonucu ortaya çıkan kurallardır.

UNCITRAL tahkim kurallarının getiriliş amacının taraf iradelerine öncelik tanıyarak milletlerarası ticaretin güvenli ve rahat bir şekilde cereyanını sağlama ile muhtemel uyuşmazlıkların en hızlı şekilde giderilmesi olduğu söylenebilir.

Ayrıca, UNCITRAL Model Kanununun bir diğer amacı da, maddi hukukların tamamen birleştirilmesi değilse de, birbirine yakınlaştırılması, böylece yabancı hakem kararlarının daha kolay tanınması ve tenfizlerinin sağlanmasıdır.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın uyuşmazlık konusuna uygulanabilmesi için uyuşmazlık tarafları arasında var olan anlaşma veya sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması gerekmektedir. UNCITRAL

¹¹⁸ BİRSEL, Mahmut T.: "Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları -Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri-, Prof.Dr. Hayri DOMANIÇ'e 80. yaş Günü Armağanı, Cilt 1, İstanbul 2001, Beta Yayınları, s.97.

¹¹⁹ BİRSEL, Mahmut T. - Ali Cem BUDAK: age., s. 201-202.

Tahkim Yönetmeliğinin 1/1 maddesine göre tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Tahkim şartı¹²⁰ adı verilen bu hüküm uyarınca taraflardan birinin başvurusu veya ortak şekilde başvurulmuş üzerine UNCITRAL tahkim süreci başlar.

Tahkim Kurulu, tek veya üç hakemin atanmasından sonra oluşur. Uyuşmazlık taraflarının tek hakem tayininde anlaşamaları halinde uyuşmazlığın çözümü için üç hakem tayin edilir.

Üç hakemin atanması durumunda uyuşmazlık tarafları birer hakem tayin eder ve bu iki hakem de başkanlık edecek üçüncü hakemi seçerler. Taraflardan birinin hakem tayin edememesi ve üçüncü hakemin tayininde başarısız olunması durumunda hakem atama görevini atama otoritesi yerine getirir.

Kurul, Tahkim Kuralları'nın eksiksiz uygulamakla, taraflara eşit şekilde davranmakla ve tarafların kendilerini savunmalarına ve iddialarını ortaya koymalarına imkan vermekle yükümlüdür.

Hakemlerin reddi Yönetmeliğin 9-12. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Hakem veya hakemlerin tayin edilmesinden sonra tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hususunda tereddütlerin ortaya çıkması halinde taraflar hakemleri reddedebilir. Reddeden taraf bunu öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde uyuşmazlığın diğer tarafına, ilgili hakeme ve tahkim kurulunun diğer üyelerine gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirir. İtirazın diğer tarafça kabul edilmesi halinde hakemin görevden çekilmesi gerekir. Çekilen hakemin yerine yeni bir hakem atanır. Aksi halde talep hakkında nihai karar merci tarafından verilecektir.

¹²⁰ Bu sözleşmeden doğan veya sözleşme ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık, ihtilaf veya sözleşmenin ihlali, feshi ya da geçersizliğine yönelik bir iddia halihazırda yürürlükte bulunan UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre tahkim yoluyla çözümlenecektir.

Yine tahkim sürecinde hakemlerden birinin ölümü, istifası, görevini yapamaması, fiili ve hukuki olarak fonksiyonlarını yerine getirmemesi hallerinde hakem değişikliğiyle yeni bir hakem tayin edilir. Tek veya başkanlık yapan hakemin değişmesi durumunda daha önce yapılan oturumlar tekrarlanır. Diğer hakemlerin değişmesi durumunda ise önceki oturumların tekrarı tahkim kurulunun takdirine bağlıdır.

Tahkim Kurulu oluşumunun tamamlanmasından sonra tahkime ilişkin süreç başlar.

Tarafların anlaşmamış olması durumunda tahkim yeri hakem mahkemesi tarafından belirlenir.

Tahkim sürecinde Heyet, sözlü tartışma açabilir, bilirkişi ve şahit dinleyebilir. Böyle bir talep olmaması halinde Heyet, sürecin oturumlar şeklinde veya belgeler üzerinden yürütülmesine karar verebilir.

Hakemler uygulanacak olan milli hukukun kamu düzenine ilişkin hükümleri ve tarafların anlaşmalarıyla bağlıdırlar. Ayrıca hakemler Yönetmeliğin 15/1 maddesine göre takdir yetkilerini kullanırken taraflara eşit muamelede bulunma ve onlara yargılamanın her aşamasında iddia ve savunmalarını ileri sürebilme olanağı tanımak zorundadır.

Hakem heyeti ayrıca talep üzerine her türlü ihtiyati tedbir kararı almaya yetkilidir.

Tahkim Kurulu'nun üç hakemden oluşması durumunda nihai karar ve tahkim süreci içerisindeki diğer Kurul kararları hakemlerin çoğunluğu tarafından verilir. Kurul, nihai kararın yanı sıra geçici ve ara kararlar da alabilir. Kurul'un verdiği nihai kararlar tarafları bağlayıcı niteliktedir. Taraflar kararın geciktirmeksizin uygulamak zorundadır. Karar, ancak taraflar kabul edelerse yayımlanabilir.

Kararda yapılan hesaplama, yazım veya baskı hatalarının düzeltilmesi yönündeki başvuru, kararın alımı tarihinden itibaren 30 gün içinde yapılır. Bu yöndeki talepleri Kurul, 30 gün içinde karara bağlar. Tahkim sürecinde iddia edilmiş ancak nihai kararda yer verilmesi gerekirken ihmal edilen veya unutulmuş konuların karara eklenmesi yönünde yapılacak başvurular da Kurul tarafından talep tarihin izleyen 60 gün içinde sonuçlandırılır.

UNCITRAL Model Kanununun 34. maddelerine göre milletlerarası ticari tahkimde hakem kararlarına karşı tek yol hakem kararlarının iptali talebinde bulunulabilmesidir. Temyiz yolu ise kapalıdır.

Hakem kararları ise, tahkim anlaşmasının geçersiz olması, iddia ve savunmanın kısıtlanması, hakem heyetinin oluşumunun tarafların anlaşmalarına aykırı olması gibi sebeplerle iptal edilebilir.

GİRİŞ

Küreselleşme, artan nüfus ve değişen ihtiyaçlar, insanları, daha farklı bir hizmet beklentisi içine sokmuştur. Bu beklentiler de, ülkelerde yapısal değişikliklere ve bu yöndeki yasal reformlara sebep olmuştur.

Bu değişimden İdare Hukuku da nasibini almış, İdare Hukukunda yerini bulan kamu hizmeti gibi köklü kavramlar, eski anlamlarını önemli ölçüde kaybederek yeniden tanımlanmaya başlamışlardır. Kamu hizmeti kavramı artık klâsik anlamından uzaklaşmış; özel sektörün de dahil olduğu bir kavram haline gelmiştir. Devletin son dönemlerde görevlerini adalet, savunma gibi temel ve geleneksel kamu hizmetlerini görmeye indirgemesi, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetlerin özel sektöre devrine neden olmuştur.

Bu noktada ise özellikle ülkemizde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin önem kazandığını söyleyebiliriz. Osmanlı İmparatorluğu döneminden itibaren uygulanan bu sözleşmeler, Yap-İşlet-Devret gibi modellerin yasal alt yapısının tam olarak hazırlanamaması sebebiyle özellikle yargı kararlarında önümüze çıkmıştır. Yap-İşlet-Devret gibi alt yapısı hazırlanmayan modellere dayanılarak yapılan sözleşmeleri de yargı organları Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi saymış ve böylece özellikle 1999 Anayasa değişikliğinden önce Danıştay'ın devre dışı bırakılarak idarenin bu tür sözleşmeleri yapmasının önüne geçmiştir.

Ancak bu durum 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunuyla yabancı yatırımcıyı çekmek için kolaylıklar sağlanması ile çelişki yaratmıştır. Yabancı yatırımcıların büyük finansman gerektiren yatırımlarını karşı tarafla eşit şartlarda olmak koşulu ile sağlamak istemeleri ve ülkemizdeki Danıştay incelemesinin zaman olarak uzun sürmesi ve bu incelemeye karşı yabancı şirketlerin taşıdıkları güvensizlik ve kaygılar bu yatırımcıların çekilmesinde sorun olarak önümüze gelmiştir. Bunun yanı sıra, yabancı yatırımcıların bu tür yatırımlarından kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak yerine kendi tercihleri doğrultusunda her iki tarafa da eşit mesafede olduğu varsayılan tahkim mekanizmasını kullanmak istemeleri de sorununun bir diğer yönü olmuştur. Bu nedenle, Türkiye'de, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri öncesinde

yasal düzenlemeler yoluyla yabancı sermaye yatırımcılarının bu yöndeki beklentileri karşılanmaya çalışılmıştır. Ancak yapılan kanuni düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle, kendi yatırımları hakkında yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak istemeyen yabancı yatırımcıları ülkeye çekebilmek güçleşmiştir.

İşte bu güçlüğü aşabilmek için 1999'da Anayasa değişikliği yoluna gidilmiş; daha sonra da alt mevzuatta gerekli değişiklikler yapılarak imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime gidilebilmenin yolu açılmıştır.

Çalışma konumuz, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmeler ve bu sözleşmelerden uyuşmazlıkların giderilmesinde uluslararası tahkimin fonksiyonudur.

Tez, üç ana bölümden oluşmuştur. Birinci bölümün birinci kısmı Kamu Hizmeti Teorisi, birinci bölümün ikinci kısmı İdarî Sözleşmeler, ikinci bölüm İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Davalar ve Uluslararası Tahkim, üçüncü bölüm ise Uluslararası Tahkim Kurallarının Kabul Edilmesine İlişkin İç Hukukumuzda Yapılan Düzenlemeler ana başlıklarından oluşmaktadır.

Kamu Hizmeti Teorisi başlığını taşıyan birinci bölümün birinci kısmında; doktrin ve yargı içtihatlarına göre kamu hizmetinin tanımları verilmiş, nasıl kurulduğu ve düzenlendiği anlatılmaya çalışılmış, unsurları, geçirdiği evrim ve şu an aldığı yeni anlamlara değinilmiş ve son olarak da özellikleri ve kamu hizmetinin nasıl kaldırılacağı konusu irdelenmiştir.

Birinci Bölümün ikinci kısmında idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve İdarî Sözleşme kavramları ve birbirlerinden farkları incelenerek doktrin ve yargı içtihatlarına göre İdarî Sözleşmelerin kriterlerine değinilmiş, geçmişten günümüze İdarî Sözleşme türlerinin neler olduğu açıklanmıştır ve İdarî Sözleşme türlerinden olan Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri incelenmiştir. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi kavramına değinilirken de doktrinde ve yargı kararlarında imtiyaz sözleşmesinin tanımı verildikten sonra tarihçesi ele alınmış, özellikle Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinden günümüze kadar verilmiş imtiyazlar sayılmıştır. Daha sonra ise bu bölümde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin hukukî mahiyeti ve

bu arada unsurları, özellikleri, süresi, tarafların hak ve borçları, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Yap-İşlet-Devret Modelinden farklarına ve imtiyaz sözleşmesinin sona ermesi konuları incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde uluslararası tahkimin tanımı, idare hukukundaki tahkim yasağı ilkesinin temelleri, uluslararası tahkim kuruluşları, işleyişleri ve uluslararası tahkim kuralları, ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmaları, ülkemizin taraf olduğu yatırım anlaşmaları gibi konulara değinilmiştir.

Üçüncü bölümde ise özellikle 1999 Anayasa değişikliğinden sonraki süreç ele alınmış; imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime olanak tanıyan iç düzenlemeler ve bunların uygulaması anlatılmıştır.

Sonuç bölümünde ise küreselleşmenin getirmiş olduğu kamu hizmeti anlayışındaki değişim göz önüne serilmeye çalışılmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI TAHKİM KURALLARININ KABUL EDİLMESİNE İLİŞKİN İÇ HUKUKUMUZDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Kamu hizmetlerinin yalnızca idare eliyle yürütülmesi veya kamu hukuku kapsamında düşünülmesi, geçmişte ticari, mali ve teknolojik açıdan kayıplara neden olduğundan bu hizmetlerin özel hukuk kapsamındaki kişiler eliyle yürütülebilmesine zaman içinde olanak tanınmıştır. Özel kişilerin bu hizmetleri yürütürken kamu hukukunun katı kurallarıyla kuşatılmasını kabul etmek ilk zamanlarda kabul görürken süreç içerisinde bir yumuşama yaşanmıştır.

Gerek bu eğilimin bir yansıması olarak ve gerekse uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesini teminen imtiyaz sözleşmelerindeki kamu hukuku egemenliğini sona erdirmek için Anayasa da ve bir kısım alt mevzuatta değişiklik yapılmış/yeni hükümler kabul edilmiştir.

I. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Uluslararası tahkim Anayasa da doğrudan bir temele kavuşturulmadan önce de aslında dolaylı bir şekilde yer almıştır. 1982 Anayasasının 16, 35 ve 90 ıncı maddeleri uluslar arası tahkimin dolaylı güvenceleri arasında sayılabilir:

- Anayasanın 16 ıncı maddesi temel hakların yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanabileceği hükmünü içermektedir.

- Anayasanın 35 inci maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almıştır. Hakemlerin hüküm altına aldıkları alacak da bu anlamda mülkiyet hakkının bir parçasıdır. Nitekim Anayasanın 35 inci maddesinin Danışma Meclisi

gerekçesinde “Mülkiyet, anayasal güvence altına alınan tek tek menkul ve taşınmaz malları ve para ile değerlendirilebilen hakları içeren teminattır” denildikten sonra; “mülkiyeti Anayasa teminatı altında bulundurmanın ülke ekonomisinin ihtiyacı olan uluslararası ilişkileri geliştireceği, yabancı sermayenin ülkemizde yatırım yapmasını mümkün kılacağı bu ilişkide ülke menfaatine öncelik tanınması durumunda ise ekonomik büyümenin gerçekleşmesi suretiyle toplumun refahını artıracaklığı genellikle kabul edilmektedir” ifadelerine yer verilmiştir.

- Ayrıca Anayasanın 90 ıncı maddesiyle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” denilmek suretiyle uluslararası tahkime olanak sağlayan uluslararası sözleşmelerin iç normlara göre kuvvetli olduğu hususu vurgulanmıştır.

1999 Ağustos ayında 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasal değişikliklerle, İdare Hukuku alanındaki geleneksel çizgiden vazgeçildiğini ve Türk İdare Hukuku açısından yeni bir sayfanın açıldığını söyleyebiliriz.

Türkiye’de imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkim 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun¹ anayasal hayatımıza doğrudan girmiştir. Ancak, Anayasa’da yapılan bu değişiklik sadece uluslararası tahkimin kabulüne yönelik değildir. Bu, tahkimle dolaylı veya dolaysız bağlantıları bulunan özelleştirme ve kamu imtiyaz sözleşmelerindeki yargı denetimine ilişkin olarak Anayasa’da düzenleme öngören bir değişiklik paketi niteliğindedir. Nitekim, 4446 sayılı Kanunla da Anayasa’nın 47 nci, 125 inci ve 155 inci maddelerine yönelik değişiklik yapılmıştır.

Anayasa değişikliğine gidilmesinin temel nedeni, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması

¹ Bkz. 14.08.1999 tarihli ve 23786 sayılı RG.

Hakkında Kanunun² "Sözleşme" başlıklı 5 inci maddesinin bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağına ilişkin hükmünün, Anayasa Mahkemesi'nin E. 1994/71 ve K. 1995/23 sayılı kararı³ ile iptal edilmesi ve Danıştay'ın da incelediği kamu imtiyaz sözleşmelerinden Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararı doğrultusunda tahkim kaydını çıkarmasıdır. Nitekim, Anayasa değişikliği teklifi hakkında TBMM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında, hükümet adına yapılan konuşma da bunu doğrulamaktadır: *"Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararını -şu andaki uygulamada yaptığı gibi-yorumlamayıp, sözleşmelerde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, bugün, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasasını değiştirmek zorunda kalmazdı."*⁴

4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu'nun verdiği (2/187) Esas No'lu Raporu'nda⁵, *"globalleşen dünyada ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinde yatırım yapmalarının artık olağan hale geldiği ve bu oluşumun karşısında yatırımların güvence altına alınması için bir çok genel ya da ikili uluslararası sözleşmeler imzalandığı ve bu sözleşmelerde ilişkilerden doğacak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili hükümlere yer verildiği, bu noktada tahkimin önemli bir uyuşmazlık çözümü olarak ortaya çıktığı; daha önce Türkiye'nin de kabul ettiği New York Sözleşmesinde ticari ilişkilerde tahkime yer verilmesi ve bu çerçevede verilecek olan hakem mahkemesi kararlarının tenfizini öngören hükümlerin yer aldığı, 1961 tarihli yine Türkiye'nin imzaladığı Cenevre Sözleşmesinde, New York Sözleşmelerindeki ilkelerin Avrupa bakımından da uygulama alanı bulduğu, Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesinin*

² Bkz. 13.06.1994 tarihli ve 21959 sayılı RG.

³ Bkz. 20.03.1996 tarihli ve 22586 sayılı RG.

⁴ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Mustafa Cumhur ERSÜMER'in TBMM Genel Kurulu'nda yapmış olduğu konuşma, TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 9, 46 ncı Birleşim, 10.08.1999, s. 69.

⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi Hakkındaki Anayasa Komisyonu Raporu (2/187) için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 9, 46 ncı Birleşim, 10.08.1999, Sıra Sayısı: 109.

Türkiye tarafından onaylandığı, ülkemiz ile çeşitli ülkeler arasında iki taraflı yatırım anlaşmalarının yapıldığı; tüm bu ikili ve genel anlaşmalarda yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin de öngörüldüğü” ifade edilmiştir.

Kanun Teklifinin Genel Gerekçesinde ise Anayasa'da bu yönde bir değişiklik yapılmasının nedenleri şöyle açıklanmıştır: "Ülkemizin son onbeş yılının gündeminde önemli yer tutan, gelecek yıllarda da gündemin ön sıralarında yer alacağı kuşkusuz olan özelleştirmenin hukuki temelinin Anayasa'da düzenlenmesi uygun görülmüştür. Bu değişiklikle hem özelleştirmeye ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, hem kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceğinin kanunla belirlenmesi ilkeleri getirilmektedir. 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. Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde gerek çok taraflı sözleşmelerde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasa'da yer verilmesi uygun olacaktır. Bu arada, önerilen değişiklikle kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay'ın "düşünce" bildireceği konulara arasına alınmaktadır. Özetle, Anayasa'nın konuya ilişkin hükümlerinin ülkemizin ihtiyacı olan yatırım ve hizmetlerde uygulanacak evrensel ilke ve uygulamalara paralel bir biçimde değiştirilmesi zorunluluğuna bağlı olarak ülkemizin kalkınması için büyük önem taşıyan çağdaş hukuk ilkelerine Anayasa'da yer verilmesi amacıyla, Anayasa'da değişiklik öngören bir kanun teklifi hazırlanmıştır."

A. 1982 Anayasası'nın 47 nci Maddesine İlişkin Değişiklik

Ekonomideki devletçi modellerin yerini karma sistemlere ve liberal anlayışa terk etmesi ile dünya genelinde hızlanan özelleştirme çabaları 1980'li yıllardan itibaren Türkiye'de etkisini göstermeye başlamıştır.

İşte bu akımın da etkisiyle, 1982 Anayasası'nın 47 nci maddesinde 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle özelleştirme konusu, ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur.

Anayasa değişikliğinin Genel Gerekçesi'nde, *"1982 Anayasasının 46 ıncı maddesinde 'kamulaştırma', 47 inci maddesinde ise 'devletleştirme' düzenlenmiş; buna karşılık 'özelleştirme' kavramına yer verilmemiştir. Oysa başka ülkelerin Anayasalarında özelleştirmeyi öngören hükümler bulunmaktadır..."* denilmiştir.

Değişiklik Teklifine ilişkin Anayasa Komisyonu Raporu'na göre ise *"Devlet tarafından yürütülen iktisadi faaliyetlerin verimlilik açısından yetersiz olmaları ve hantal bir yapıya ulaşmaları; verimli işletmemenin bir sonucu olarak bu tür işletmelerin özel girişim tarafından yürütülmesi düşüncesinin ortaya çıkması ve özelleştirme kavramının, devletleştirme kavramı karşısında önemle vurgulanmaya başlanması; Anayasa'da özelleştirmeye ilişkin bir hüküm bulunmaması nedeniyle yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi'ne götürüldüğü; Anayasa Mahkemesi 'nin de devletleştirmeye paralel olarak kamu yararının gerekli olması, gerçek değer üstünden yapılma, tekelleşmeye meydan vermeme gibi unsurları özelleştirme unsurları olarak araması ve özelleştirme ile ilgili yasal düzenlemelerin sık sık yargıya götürülmesinin özelleştirmeden beklenen sonuçların doğmasını engellemesi, özelleştirmenin Anayasal bir temele dayandırılmasını gerekli kılmaktadır."*⁶

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi Hakkındaki Anayasa Komisyonu Raporu (2/187), TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 9, 46 nci Birleşim, 10.08.1999, Sıra Sayısı: 109.

Yapılan değişiklikten önce "E. Devletleştirme" başlıklı 47 nci madde hükmü şu şekildedir:

"Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme geręek karşılığı üzerinden yapılır. Geręek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir."

1982 Anayasası'nın 47 nci maddesinde 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmet ve yatırımların özelleştirilmesi suretiyle özel hukuk kişilerine yaptırılmasına Anayasal açıdan hukuksal zemin yaratmıştır.

Değişiklikten sonra Anayasa'nın 47 nci maddesinin başlığı "E. Devletleştirme ve özelleştirme" olmuş ve anılan maddeye üçüncü ve dördüncü olmak üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

"Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile geręek veya tüzelkişilere yaptırılabilereği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

Anayasanın 47 nci maddesindeki değişiklikle, "hangi kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleri ile gördüröleceğini belirleme yetkisi yasa koyucuya verilmiştir. Yasa koyucuya belli kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürölmesinde özel hukuk sözleşmesinin yapılmasına imkan kılabilerecek yasal düzenlemeleri yapma konusunda yetki

verilmektedir."⁷ Değişikle, bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usûllerin kanunla belirlenmesi, öbür yandan kamu tüzelkişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu madde ile kabul edilen esasla, kamu hizmetlerinin özel kişilerce gördürölme usûllerinde, kamu hukuku rejimini yada özel hukuk rejimini seçme konusu artık kanun koyucunun takdirindedir.

Genel Kurul görüşmelerinde 1982 ve daha önceki Anayasalarda özelleştirmeye yer verilmediği bunun yanında, bu konuda herhangi bir yasaklamanın bulunmadığı, Devletin ekonomiden çekilerek uluslararası piyasalarda rekabet edebilir hale gelmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine özelleştirme uygulamalarının yetersizliğinin ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerine değinilerek bu durumun devlet bütçesine getirdiği yükün artmasına adalet, iç güvenlik, eğitim ve sağlık gibi alanlara ayrılan kaynakların da azalmasına neden olduğu vurgulanmıştır⁸.

Özelleştirme, dar anlamda Kamu İktisadi Teşebbüslerinin mülkiyet ve yönetimlerinin özel kesime devrini ifade eder. Geniş anlamda ise ekonomik, mali, sosyal ve siyasal nedenlerle ulusal ekonomide kamu kesiminin ekonomik faaliyet hacminin daraltılması anlamına gelir."⁹

Özelleştirme konusu, 1999 yılındaki Anayasa değişikliğinden önce kanuni düzenlemeler yoluyla yürütölmekteydi.

⁷ GÜNDAY, Metin: "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2001, s. 189.

⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 9, 46 ncı Birleşim, 10.08.1999.

⁹ SEYİDOĞLU, Halil: Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Gizem Yayınları, s. 661.

Ülkemizde 1983 yılından sonra gündeme gelen özelleştirme programına yönelik *ilk hukuki düzenleme*, 1984 yılında çıkarılan ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunlara ait tesislere, hisse senedi ihracı yoluyla gerçek ve tüzel kişilerin ortak edilebilmesine veya bu tesislerin işletme hakkının belli sürelerle devrine olanak tanıyan 2983 sayılı Kanun'la getirilmiştir.

Daha sonra 1986 yılında çıkarılan 3291 sayılı Kanun'da, kamu kuruluşlarının özelleştirme kapsamına alınması ve uygulamaların yürütülmesine ilişkin esaslar belirlenmiştir. Buna göre, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede adı geçen, tamamı devlete ait ve kamu iktisadi teşebbüsü statüsünde faaliyet gösteren kuruluşların özelleştirme kapsamına alınmasına *Bakanlar Kurulu*, KİT'lerin müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimleri ile iştiraklerindeki payların özelleştirme kapsamına alınmasına da *Yüksek Planlama Kurulu* yetkili kılınmıştır. Özelleştirme programının yürütülmesi konusunda ise, 2983 sayılı yasa ile oluşturulan "*Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi*" görevlendirilmiştir.

Nisan 1990'da yürürlüğe giren 414 sayılı KHK ile Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi, "*Kamu Ortaklığı İdaresi*" ve "*Toplu Konut İdaresi*" adı altında iki ayrı kuruluş olarak yeniden örgütlendirilmiştir. Kamu Ortaklığı İdaresi, özelleştirme uygulamalarının yürütülmesi ve Kamu Ortaklığı Fonu ile Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabı'nın yönetimi konusunda görevli kılınmıştır.

6 Ocak 1992 tarihinde yürürlüğe giren 473 sayılı KHK ile de, özelleştirme uygulamaları konusundaki karar mercii, "*Kamu Ortaklığı Yüksek Kurulu*" olarak değiştirilmiştir.

Bütün bu düzenlemeler, bir takım genel esasların belirlenmesinden öteye gidememiş, uygulamaların gerektirdiği ihtiyaca cevap verecek sağlam bir hukuki altyapı oluşturulamamıştır.

Özelleştirmede karşılaşılan sorunların giderilmesi ve programa hız kazandırılması amacı ile uygulamalar konusundaki yasal ve yönetsel yapının değiştirilmesine yönelik ilk somut adım 1992 yılında atılmıştır. Bu tarihte başlayan mevzuat değişikliği çalışmaları, 1994 yılında tamamlanmış ve konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içeren bir dizi kararname çıkarılmıştır. 11 Mayıs 1994 tarihinde yürürlüğe giren ve hükümete özelleştirme uygulamaları konusunda düzenleme yapma yetkisi veren *3987 sayılı yetki yasasına* dayanılarak çıkarılan *530, 531, 532 ve 533 sayılı kanun hükmünde kararnameler* 6 Haziran 1994, *546 sayılı kanun hükmünde kararname* ise 7 Temmuz 1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ancak, söz konusu 5 kararnamenin dayanağı olan 3987 sayılı yetki yasası 7 Temmuz 1994 tarihinde *Anayasa Mahkemesi* tarafından iptal edilmiştir. Daha sonra ise, bu kanun çerçevesinde çıkarılan 530, 531, 532, 533 ve 546 sayılı kanun hükmünde kararnamelerin iptali ve bu konuda yürütmenin durdurulması amacı ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru değerlendirilerek 21 Temmuz 1994 tarihinde karara bağlanmış ve söz konusu kararnameler iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptale ilişkin gerekçeli kararı, 5 Ağustos 1994 tarihli Resmi Gazete'nin mükerrer sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu iptal kararları sonucu, özellikle yapısal açıdan getirilen değişiklikler nedeniyle doğacak hukuki boşluğa, Bakanlar Kurulu'nun 31 Temmuz 1994 tarihinde aldığı prensip kararı ile açıklık getirilmiştir. Konuya ilişkin olarak 3 Ağustos 1994 tarihinde yayınlanan Başbakanlık genelgesinde, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu konudaki idari eylem ve işlemlerin, iptal kararından önceki mevzuat çerçevesinde yürütülmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede İdare, 5 Ağustos 1994 tarihinden

itibaren yeniden Kamu Ortaklığı İdaresi adı altında ve eski statüsünde faaliyetlerine devam etmiştir.

Bu çalışmalar sonucunda, bütün siyasi partilerin ve sendikaların önerileri de dikkate alınarak hazırlanan 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu, 27 Kasım 1994 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile, getirilen yeni düzenlemeler, ana başlıklar itibariyle şöyledir:

- "Özelleştirme Yüksek Kurulu" oluşturulmuştur.

- "Özelleştirme İdaresi Başkanlığı" kurulmuştur.

- Özelleştirmenin kapsamı genişletilmiş, iktisadi devlet teşekkülleri ile bunlara ait kurum ve payların yanı sıra, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının da özelleştirilebilmesine imkan tanıyan düzenlemeler yapılmıştır.

- "Özelleştirme Fonu" oluşturulmuştur.

- Özelleştirme uygulamaları sırasında veya sonrasında işini kaybedenlere, kanunda belirtilen hükümler çerçevesinde, yasalardan veya toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ek bir iş kaybı tazminatı ödenmesi öngörülmüştür.

5398 sayılı Kanunla 4046 sayılı Kanunun adı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir.

B. 1982 Anayasası'nın 125 inci Maddesine İlişkin Değişiklik

1982 Anayasası'nın 125 inci maddesi, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna başvurulması ve idari işlem ve eylemlerin yargı denetimine tâbi olmasını düzenlemektedir. Maddenin değişiklikten önceki şekli;

"İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır..."

şeklindeydi.

Yani Anayasa değişikliğinden önce 125 inci maddede, uluslararası tahkime ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Uygulama ise ulusal

tahkime ilişkin MÖHUK hükümleri ile uluslararası alanda imzalanan sözleşme ve ikili anlaşma hükümleri doğrultusunda yürütülmekteydi.

İşte zaten varolan uygulamanın Anayasal temele kavuşturulmasını teminen Anayasa değişiklik paketi hazırlanmıştır. Bu paketin en önemli maddesi de 1982 Anayasanın 125 inci maddesine yapılan ilavedir. Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinin tahkim ile doğrudan ilgili olan tek maddesi Anayasa'nın 125 inci maddesine bir ek cümle eklenmesini öngören 2 nci maddesidir. 4446 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle Anayasanın 125 inci maddesine imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime olanak tanıyan hüküm Anayasa'da yer almıştır. Bu durum da Anayasanın 47 inci maddesinde yer alan özelleştirme gibi bir ilki yansıtmaktadır.

Kanun Teklifinin ilk şekli şu şekildedir:

"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir."

Teklifinin Genel Kurul'da görüşülmesi esnasında verilen ve kabul edilen bir önergeyle kanun teklifi;

"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."

halini almıştır.

Önergenin nedeni, değişiklik teklifinin ilk halinin hiçbir yabancı unsur taşımayan, hiçbir yabancıyı ilgilendirmeyen, taraflarından birinin Türk Devleti olduğu bütünüyle milli bir uyuşmazlığı uluslararası alanda yabancı hukuk

kurallarına göre yabancı hakemler vasıtasıyla çözümenin "milli egemenlik" kavramı ile bağdaşmayacağına ilişkin tereddütleri gidermektedir.

Önergede ve daha sonra Kanunlaşan metinde "yabancılik unsurunun" ne olduğuna ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Fakat yabancılik unsurunun ne olduğu ve hangi durumlarda uluslararası nitelik kazanacağı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda belirlenmiştir.

C. 1982 Anayasası'nın 155 inci Maddesine İlişkin Değişiklik

1982 Anayasasının 155 inci maddesi Danıştay'ı düzenleyen hükme havi olup; maddedeki değişiklik 47 nci maddede yapılan değişikliğe bağlı olarak gerçekleştirilmiştir. Anayasa'nın 47 nci maddesine konulan hüküm ile Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağına kanunla belirlenebilmesine olanak verilmiştir. Böylece, kanunla belirlenecek olan ve özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki yatırım ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler idari yargı alanından, dolayısıyla da Danıştay incelemesinden çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 155 inci maddesinin değiştirilmeden önceki ikinci fıkrası;

"Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

şeklindedir.

Tezimizin ilk iki bölümünde belirtildiği İdare Hukuku rejimimizde idari yargı-adli yargı ayırımına paralel olarak bir tarafını Devletin oluşturduğu sözleşmelerde, idari yargı ilkelerine uygun olarak diğer tarafa karşı, tek

tarafli fesih gibi bir üstünlüğü söz konusudur. Diğer bir ifadeyle idare hukuku alanında devletin imzalamış olduğu sözleşmelerde taraflar arasında "eşitlik" söz konusu değildir. Devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmenin niteliğı, o sözleşmeden kaynaklanan sorunların çözümü için başvurulacak mercii de belirlenmektedir. Devletin kamu hukuku tüzel kişisi olarak taraf olduğu sözleşmelerde, Devletin taraf olduğu kamu hizmeti niteliğindeki imtiyaz sözleşmelerinin idari yargı kapsamına girmesi kaçınılmazdır. 1999 yılına kadar imtiyaz sözleşmelerinin, idari yargı alanından çıkararak özel hukuk sözleşmesi niteliğine büründürme sorunu, yasal düzenlemeler ile aşılımaya çalışılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1994'teki iptal kararı ile bu tür sözleşmelerin kamu hukuku sözleşmeleri olarak değerlendirilmesine ve Danıştay tarafından incelenmesine devam edilmiştir. Kanuni düzenlemelerin iptal edilmesi, sorunun hükümet tarafından Anayasa düzeyinde çözümüne yönlendirmiştir.

Anayasa değışiklik paketi içinde Danıştay'a ilişkin maddenin de yer alması hususu tartışılmıştır. Örneğın, 125 inci maddede yapılan değışiklik ile uluslararası tahkim hususunun anayasal bir zemine oturtulduğu, bu nedenle Danıştay'ın tahkim kaydını içeren imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini geçersiz sayması imkanının ortadan kaldırıldığı, dolayısıyla da 155 inci maddedeki değışikliğin gereksiz oluğu ve diğer değışikliklerle çelişki yarattığı öne sürülmüştür. Şöyle ki, *"idari yargının kurulma nedeni, öncelikli olarak vatandaşı, vatandaşın haklarını korumaktır. İmtiyaz sözleşmelerinin Danıştay denetiminden çıkarılması, hizmetten yararlanan veya uygulama alan ile mağdur olan her vatandaşın, hizmetle ilgili sözleşmelerin iptali için dava açma hakkının da ortadan kaldırılması demektir. Özel hukukta ise, dava açabilmek için 'hakkın ihlal edilmesi' gerekir ve bu durumda sadece "tazminat davası" açılabilir. Böyle bir süreçte ise, kamu yararı ile birey haklarının korunması tartışmalı hale gelecektir."*¹⁰

¹⁰HACALOĞLU, Algan: Uluslararası Tahkim İle İlgili Olarak Anayasanın 47., 125. ve 155. Maddelerinde Değışiklik Öngören Yasa Tasarısı Hakkında Bilgilendirme ve Tartışma Notu, 25 Temmuz 1999, s. 4.

Danıştay'a ilişkin 1982 Anayasası'nın 155 inci maddesindeki değişiklikle kamu hizmeti imtiyazı niteliği taşıyan sözleşmelerde uluslararası tahkime dolaylı da olsa destek sağlanmıştır. Danıştay Anayasa tarafından kendisine verilen imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisini kullanırken, tahkim kaydını içeren sözleşmelerden bu kaydı, bu tür sözleşmelerin idari yargı alanına girdiği gerekçesi ile çıkarmıştır. Bu durum da imtiyaz sözleşmesi ile yabancı yatırımcılar tarafından yapılan yatırımların ya hiç gerçekleşmemesi ya da çok fazla gecikmesi sonucunu doğurmuştur. Karşılaşılan bu sorunun aşılabilmesi amacıyla Anayasa'nın Danıştay'a ilişkin 155 inci maddesinin ikinci fıkrası da değiştirilmiştir.

4446 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle teklif edilen değişiklikle, 155 inci maddenin ikinci fıkrasının;

"Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

şeklinde yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür.

Getirilen değişiklik teklifi ile maddeye kamu hizmeti kavramı eklenerek Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek görevi, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler hakkında düşüncelerini bildirmek olarak değiştirilmiştir.

Teklif, Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilmiştir. Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilen teklifin ilk halinde, Danıştay'a verilen "düşüncesini bildirme" görevine ilişkin herhangi bir süre sınırı konulmamıştır. Ancak değişiklik teklifinin TBMM Genel Kurulu'nda görüşmeleri devam ederken verilen ve kabul edilen bir önergeyle iki aylık süre sınırı getirilmiştir.

Böylece, Anayasa'nın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin değişiklik teklifi;

"Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

olarak son halini almıştır.

Anayasa'nın 155 inci maddesinin değiştirilmesine paralel olarak, daha sonra 4492 sayılı "Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹¹ ile hem Danıştay Kanunu hem de İdari Yargılama Usulü Kanununda, Anayasa değişikliğine uygun gerekli değişiklikler yapılmıştır.

D. Uluslararası Tahkimin Kabulüne Yönelik Eleştiriler

Bir dönem tahkim, idari yargının görev alanına giren konularda kesinlikle uygulanamayacak bir mekanizma olarak görülmüştür.

1982 Anayasasında idari yargı alanında tahkime olanak sağlayan değişiklikten sonra dahi eleştiriler devam etmiştir. Bu eleştirileri ve kaygıları genellikle aşağıdaki başlıklarda sıralanmaktadır:

-Türk Devleti ile içinde hiçbir yabancı unsuru taşımayan bir Türk firması arasındaki uyuşmazlığın Türk yargısı yerine uluslararası tahkim kuruluşları yoluyla çözümü "milli egemenlik" kavramı ile bağdaşmamaktadır.

-Tahkim mekanizması, Türk yargı sistemindeki ana bölümlere olan

¹¹ 21.12.1999 tarihli ve 23913 sayılı RG.

adli yargı-idari yargı ayrımını zedelemektedir.

- Tahkimin özel hukuka daha yakın hatta özel hukukun bir parçası olan bir yargılama sistemi olması, adliye hakiminin özel hukuk alanında uzmanlaşması, idari yargı alanındaki uyuşmazlıkların adli yargıdakilerden daha farklı olması idari yargıdaki tahkim yasağı ilkesinin gerekçelerindendir.

-"Amacı, kamu yararı olan ve "kamu hizmeti" veren devlet ve yerel yönetimler ile amaçları kar olan ticari şirketler "eşit" statüde tanımlanamayacakları için aralarındaki anlaşmazlıklara ulusal yargıda, önceden belirlenmiş hukuk kuralları uyarınca hakimler tarafından karara bağlanması gerekmektedir."¹²

-"Sosyal devlet anlayışının gereği olarak devletin temel görevlerinden birisi olan kamu yararını koruma, kamu hizmeti alanındaki imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay'ın denetiminden çıkarılması ve bu konuların uluslararası tahkime açılması yolundaki düzenlemeler ile zedelenmektedir. Ulus devletin temel gereklerinden biri olan ulusal yargının egemenliği de tahrip edilmiş olmaktadır."¹³

- İmtiyazlı alan, özü itibarıyla kamu düzeni alanıdır ve bu alanda tahkim söz konusu olmamalıdır.

-Devletin kanunla kurulmuş yargı merciileri önünde yargılanması kamu düzenindendir. Kamu düzeni ise kamu kudreti ile yakından ilişkilidir. Kamu düzeni ile sıkı sıkıya bağlı olan kamu kudretinin kullanımı konusu ise sadece Devlet mahkemelerinde incelenmelidir.

¹² YÜZAK, Özlem ve Mutlu DEMİRKAN: "Uluslararası Tahkimin Öyküsü", Cumhuriyet, 24.07.1999.

¹³ DEĞİRMENCİ, Koray: "Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Küresel Hukuk Kurulmasına İlişkin Diğer Gelişmeler", Türk-İş Dergisi, Haziran-Temmuz 2001, Sayı: 345.

-Ulusal idari yargının devre dışı bırakılması, birey haklarının, çevre ve sağlık haklarının savunulmasını geriletir; yabancı yatırımcıların hak ihlalleri karşısında vatandaşlarını bireysel başvuru ve yargı hakkı pratikte ellerinden alınmış olmaktadır.

-"Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idare hukukuna tabi sözleşmeler olup aslında karma nitelikli sözleşmelerdir. Kamu hukuku imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle belli bir kişiyi, imtiyazcıyı önceden hazırlanmış bulunan şartnamede belirlenmiş bir statüye sokar. Genel, soyut, objektif bir statüye sokar ve dolayısıyla idare hukuku deyiimiyle imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle şart işlemidir. Belli bir kişinin şartnamede belirlenen hukuki statüye sokulmasında bir hukuka aykırılık savıyla uyuşmazlık ortaya çıkarsa bu takdirde kuşkusuz böyle bir uyuşmazlık tahkimle çözümlenemez."¹⁴

-Yabancı hakem heyetlerinin tahkim kararlarını, gelebilecek siyasi baskılarla verme ihtimalleri bulunmaktadır.

-Yabancı sermayenin ulusal hukuk kuralları ile bağlı olmaması, bu tür sermaye sahiplerine ekonomik ve siyasi kontrol sağlama imkanı vermektedir.

-İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde Danıştay ve Rekabet Kurulu devreden çıkarılmaktadır.

-"İmtiyaz sözleşmesi yapacak yabancılar, uzun sözleşme sürelerini garantiye almak arayışındadırlar. Şartların değişmesi halinde, fiyatta ve imtiyazın kapsamında bir anlaşmazlık çıkması halinde Türk hukuk sistemi dışında kalmak, anlaşmazlığı hakem ile çözmek istenmektedir."¹⁵

-Tahkim, anlaşmazlıkların herkese açık mahkemelerde değil, gizli

¹⁴ GÜNDAY, Metin: "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", a.g.m., s. 193.

¹⁵ URAS, Güngör: "Sorun Tahkim'de Değil İmtiyaz'da", Milliyet, 30.07.1999.

olarak çalışan hakemler aracılığıyla çözümünü öngörmektedir. Bu gizlilik, hakem kararları hakkında kuşkuyla da beraberinde getirmektedir. Kamu hizmetinin görülmesi ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yargılamanın tahkime bırakılarak "kamudan gizli" tutulması bir çelişki oluşturmaktadır.

- "Hakemlerin uyuşmazlık halinde temel aldıkları tek ölçü taraflar arasında yapılan sözleşme şartlarıdır. Sözleşme şartları dışındaki hiçbir ulusal veya uluslararası hukuk normları dikkate alınmaz ve hakemlik müessesesi her davada farklı bir sözleşmeyi esas aldığı için, evrensel ve değişmez hukuk kuralları oluşturulamaz. Hakem heyetinin aldığı kararlar kesindir ve tarafların bir üst hakeme gitme hakkı yoktur."¹⁶

Özetle, tahkim konusunda olumsuz yaklaşım sergileyenlerin ortak argümanları, tahkimin Türkiye'deki idari yargı adli yargı ayrımını kaldırdığı, kamu hizmeti niteliğindeki yatırımların Türk yargı denetimi dışında bırakıldığı, dolayısıyla şirketlerin ulusal ekonomiyi tekelleşme yoluyla kontrol edebilecekleri ve kamu imtiyazı teşkil eden alanlarda özel hukuk kişileri ile yapılacak sözleşmelerin idari yargı alanı dışına çıkarılamayacağı yönündedir.

E. Uluslararası Tahkimin Gerekliliği Yönündeki Görüşler

Tahkimin kabulüne yönelik olumlu görüşlerin temel çıkış noktasını, yabancı sermaye yatırımlarından daha fazla pay alabilmek, büyük finansman gerektiren altyapı ve enerji gibi yatırım alanlarında yabancı sermayeden faydalanmak ve Türkiye'nin uluslararası hukukun çağdaş norm ve kurumlarını takip ederek kendi iç hukuk normlarını buna uyumlaştırma politikası izlemesi gerekliliği oluşturmaktadır.

İdare hukuku alanında uluslararası tahkimin, gerekliliğini savunan görüşler aşağıdaki argümanlara dayandırılmaktadır:

¹⁶ www.antimai.org/kitap/tahkim.htm.

-Türkiye imzaladığı ikili ve genel nitelikli anlaşma ve sözleşmelerde tahkimi kabul etmiş ve büyük kısmım usulüne uygun olarak yürürlüğe koymuştur. Bu anlaşma ve sözleşmeler Anayasa'nın 90 inci maddesine göre kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Milli menfaatlerimize aykırı anlaşmanın imzalanması ve uygulanması söz konusu olmadığına göre uluslararası alanda kabul edilen tahkim mekanizmasının ulusal planda da Anayasal bir niteliğe bürünmesi gerekmektedir.

-Ülkenin kalkınması, çağdaş teknolojilerin ülkemizde uygulanabilmesi için yabancı sermaye ve getireceği teknolojilere ihtiyaç duyulmaktadır ancak, yabancı sermaye yatırım yapacağı ülkelerde hukuki güvenceler aramaktadır. Bu noktada tahkim, önemli bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak ortaya çıkmaktadır.

-Özel hukuk ilişkilerinde zaten uygulanmakta olan tahkimin, bir tarafını Devletin diğer tarafını ise özel kişilerin oluşturduğu kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de kullanılmaması sorunu, yabancı yatırımcıların yatırım yapma konusunda çekingen davranmalarına neden olmaktadır.

-"Türk kamu kurumlarının veya Türk Yüksek Mahkemelerinin, Devletin anlaşma ile kabul ve taahhüt ettiği bir düzenlemeyi yok farzetmeleri; Devletin imza koyduğu anlaşmalarla uyuşmazlıkların çözüm metodu olarak kabul ettiği bir usulü, kamu kurumları veya mahkemelerin uygulamada reddetmeleri, Uluslararası Hukuk bakımından kabul edilemez."¹⁷

- "Yabancı yatırımcılardaki genel kanı, doğru veya yanlış, ulusal mahkemelerin ilke olarak devlet teziyle bağlı olması; ulusal mahkemelerin yapı ve nitelikleri gereği, tahkim mahkemeleri gibi pratik, hızlı, basit bir usul üzerine değil, bürokratik bir usul üzerine kurulmuş olmaları nedeniyle

¹⁷ ŞANLI, Cemal: age., s. 46.

Danıştay incelemesinin uzun sürmesi ve yatırımların gecikeceği yönündedir."¹⁸

-Türkiye'nin ihtiyacı olan altyapı ve enerji yatırımlarını, yap-işlet veya yap- işlet-devret modeli ile yapma niyetinde olan yabancı yatırımcılar, diğer ülkeler tarafından tanınan tahkim hakkını ülkemizden de beklemekte, aksi takdirde yatırım yapmamaktadırlar.

-Küreselleşme denen ekonomik değişimin özünde, ürünlerin ve sermaye, işgücü, bilgi gibi üretim faktörlerinin serbest dolaşım ilkesi yatmaktadır. Bu serbestlik ilkesi, bir yandan da, özel girişime daha fazla rol verilmesini gerektirmektedir. Tahkim konusundaki değişiklik, Türkiye'nin küreselleşme denilen sürece ayak uydurma çabalarının bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

- Uluslararası hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara iç hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsemiş olduğu tahkime, bu yaklaşımla, Anayasa'da yer verilmesi uygun olacaktır.

-Türk hukuk sistemi, tahkimi eskiden beri kabul etmiştir. Hukuki ve ticari uyuşmazlıkların çözümü hakim kararıyla mahkemede yerine getirilebildiği gibi, hakem kararıyla da bu nitelikteki uyuşmazlıklara çare bulmak mümkündür. Tahkim hukukumuzda yabancı bir müessese değildir.

-İç hukukumuzda ulusal tahkime ilişkin düzenleme yer alırken uluslararası tahkime ilişkin kapsamlı bir düzenlemenin olmaması yabancı yatırımcıları ülkeye çekme konusunda sıkıntılar doğurmaktadır.

-Uluslararası anlaşmalarda mütekabiliyet ilkesi gereği Türk müteşebbislerinin yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim müessesesinin

¹⁸ TBMM Tutanak Dergisi, Cilt: 9,46 ncı Birleşim, 10.08.1999, s. 62.

uygulanabilmesi için ülkemizde de tahkimin kabul edilmesi gerekmektedir.

-Hukuk sisteminin ve potansiyel ihtilafların çözüm risklerini önceden analiz edemeyen dış yatırımcı, belirsizliğe adım atmamaktadır. Bu nedenle uluslararası tahkim, dışarıdan gelen ve gelişmeye katkı sağlayan, girişimci yönünden hukuk alanındaki belirsizliği ortadan kaldıran bir teminat niteliğindedir.

-İmtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda tahkime gidilmesi, tenfiz hakkı saklı kalmak kaydıyla, Türkiye'nin uluslararası piyasalarda etkin olmasını ve uluslararası alanlarda, yeni gelişen şartlardaki yabancı sermaye ve teknoloji imkanlarından yararlanması olanağını getirecektir.

-Dünyadaki ekonomik ve hukuki gelişmelerin ışığında, ulusal varlıkların işletilmesi ve değerlendirilmesi için, uluslararası teknolojiyi ve sermayeyi Türkiye'ye çekebilecek, uluslararası alanda rekabet edebilecek hukuk altyapısını tamamlayacak girişimlerde bulunulması kaçınılmazdır.

II. KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

A. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun

4446 sayılı Kanunla kabul edilen Anayasa değişikliği paketiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için uluslararası tahkim yolu anayasal temele kavuşmuştur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin tercih edilmesi durumunda tarafların uyması gereken ilkeleri belirleyebilmek için de 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun¹⁹ kabul edilmiştir.

¹⁹ Bkz. 22.01.2000 tarihli ve 23941 sayılı RG.

Uluslararası tahkime yönelik olarak çıkarılan 4686 sayılı Kanundan önce yürürlüğe giren 4501 sayılı Kanunla, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi halinde taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek amacını taşımaktadır.

4501 sayılı Kanun sadece, taraflar arasında yapılacak tahkim sözleşmesinde uyulacak esas ve usulleri belirlemekte; tahkimle ilgili prosedürü düzenlememektedir.

Bu esas ve usuller, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde ve bu sözleşmelerde tahkim kaydının bulunması halinde uygulanabilecektir. Buna göre tahkim kaydı taşımayan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 4501 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

Türk Hukukunda uzun yıllar belirsiz ve tartışmalı bir kavram olan “yabancılık unsuru” ilk defa bu Kanunda açıklanmıştır. 4501 sayılı Kanunun 2 nci maddesine göre “yabancılık unsuru”, “sözleşmeye taraf, şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri” (m.2/c) olarak tanımlanmıştır.

4501 sayılı Kanunda yabancılık unsuru, 4686 sayılı Kanuna göre daha dar tanımlanmıştır. Nitekim 4501 sayılı Kanunda yabancılık unsuru sadece, şirket ortaklarından birinin yabancı menşeli olmasına veya esas sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı bir sermaye, kredi veya teminat sözleşmesinin bulunmasına bağlanmıştır.

4501 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde, tarafların kararlaştırabilecekleri tahkim biçimi ne açıklık getirilerek yabancılık unsuru

taşıyan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların; Türkiye'de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda veya yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda veya kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşlarında çözümü kabul edilmektedir. Bunun anlamı, tarafların ad hoc ya da kurumsal tahkim türlerinden herhangi birini tercih edebilmeleridir. Ayrıca taraflara uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku Türk veya yabancı hukuk olarak belirleyebilme imkanı da tanınmıştır.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunun seçimi, sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkileri, yargılama usulü, kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, delillerin ikamesi, bilirkişilerin seçimi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem ücretleri, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzer konuların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği de 4501 sayılı Kanunun öngörmüş olduğu bir düzenlemedir. Bu maddede sayılan hususlar tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartı olmaktan ziyade kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesi hazırlayanlara rehberlik etmesi amacıyla getirilmiştir.

Kanunun 7 inci maddesiyle, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun geçici 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasına hüküm eklenmiştir:

“Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki

Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5 inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir.”

4501 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesiyle de,

“Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır.

Ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir.”

hükmü getirilmiştir.

4501 sayılı Kanunun 7 inci ve Geçici 1 inci maddesi bir arada değerlendirildiğinde, imtiyaz sözleşmesi imzalamış veya imzalayacak olan şirketin şu seçenekleri vardır:

- 4501 sayılı Kanundan önce imzalanmış sözleşmeler için belirtilen yasal süreler içinde gerekli başvuruları yapmak kaydıyla, Bakanlar Kurulu Kararı ile şirket ve idare arasında tahkime olanak tanınması,

- Sözleşmenin imtiyaz rejimine, dolayısıyla da doğabilecek uyuşmazlıkların idari yargı rejimine tâbi kılmak,

- Sözleşmeyi imzalarken veya daha önce imzalanmış sözleşmeler için 4501 sayılı Kanunda öngörülen yasal süre içinde müracaat ederek sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar için uluslararası tahkimi talep etmek.

B. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası tahkime ilişkin ikili ve çok taraflı bir çok anlaşmanın bulunmasına ve gerek Anayasa değişikliği ile ve gerekse sonradan çıkarılan uyum yasalarıyla milletlerarası tahkimin uygulama alanının genişletilmesine rağmen Türk Hukukunda milletlerarası tahkimin esas ve usullerini belirleyen münhasır bir Kanun bulunmamaktaydı. Yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa (HUMK) tabi olmaktadır.

İşte bu boşluğu doldurmak ve milletlerarası tahkimin esas ve usullerini belirlemek amacıyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu²⁰ kabul edilmiştir. Böylece, Türk Hukuku da milletlerarası tahkimin liberal niteliğine ve milletlerarası uygulamanın yeknesaklığına sahip kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur.

4686 sayılı Kanunun amaç ve uygulanma sınırı, Kanunun 1 inci maddesinde belirlenmiştir. Kanunun amacı milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Kanun koyucu “milletlerarası tahkim” terimini tercih etmiş, “milletlerarası ticari tahkim” terimini kullanmamıştır. Banka ve

²⁰ Bkz. 05.07.2001 tarihli ve 24453 sayılı RG.

Ticaret Enstitüsünce hazırlanan UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak hazırlanan kanun taslağında “milletlerarası ticari tahkim” tabiri kullanılmış ve ticari iş deyimi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti²¹. Ancak bu şekildeki düzenlemenin hükme bağlandığı maddeyi karmaşık bir yapıya sürükleyeceği kaygısıyla bu yöntemden vazgeçilerek kanunun uygulanamayacağı uyuşmazlıkların belirlenmesi yöntemi kullanılmıştır.

Buna göre, Kanun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar ile 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi hakkında uygulanmakta (m.1/5); ancak, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradeleri dışındaki uyuşmazlıklara uygulanmamaktadır (m.1/4)

1. Uyuşmazlıklarda Yabancılık Unsurunun Tespiti

Hatırlanacağı üzere, Anayasa’nın 125 inci maddesindeki değişiklik ile ilgili olarak Kanun Teklifi ilk olarak;

"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir." şeklinde iken,

Genel Kurul’da görüşme esnasında verilen ve kabul edilen bir önergeyle,

"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."

²¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No:341, Ankara 1999, s.74-91.

halini almış idi.

Görüldüğü gibi milli egemenlik gibi kaygılarla önerge verilmesine ve madde lafzı değiştirilmesine rağmen, Kanunlaşan Anayasa metinde “yabancılık unsurunun” ne olduğuna ilişkin bir hüküm getirilmemiştir.

İşte, “yabancılık unsurunun” ne olduğu ve hangi durumlarda uluslararası nitelik kazanacağı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2 inci maddesiyle belirlenmiştir. Böylece, “yabancılık unsurundan” ne anlaşılması gerektiği Türk Hukukunda bir kanun hükmü ile tarif edilmiş olmaktadır.

4686 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde Kanunun uygulanabilmesi için uyuşmazlığın “yabancılık unsuru” taşıması gerektiği hükme bağlanmış; uyuşmazlığın hangi durumlarda “yabancılık unsuru” ve dolayısıyla milletlerarası nitelik taşıyacağı Kanunun 2 inci maddesinde açıklanmıştır.

“Burada dikkat edilmesi gereken, yeni yasa uyarınca bir tahkimin milletlerarası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurlar değil (örneğin tahkim usulüne uygulanacak hukuk vs.) uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurlardan hareket edilerek yabancı unsurun tespit edilmesidir.”²²

Böylece tarafların iradeleriyle bütün unsurlarıyla Türk hukuk düzenine ait bir ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları milletlerarası tahkime konu yapmaları önlenmiştir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, aşağıdaki hallerden birinin varlığı halinde uyuşmazlığı yabancı unsurlu saymakta, dolayısıyla milletlerarası nitelik kazandığını kabul etmektedir:

²² AKINCI, Ziya: "Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, Yılı: 2001, Sayı: 4.

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

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

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

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

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

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

Görüldüğü gibi Kanun, “yabancılık unsurunu” pek çok durum ve ihtimali kapsayacak şekilde geniş tanımlamıştır.

2. Tahkim Anlaşması ve Tahkim Süreci

4686 sayılı Kanuna göre tahkim anlaşması asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir (m.4) .

Yine 4 üncü maddeye göre tahkim anlaşması; tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.

Tahkim şartının şekil şartı yazılı olmasıdır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında gönderilen mektup, telgraf, faks gibi iletişim araçlarından kaynaklı bir metnin varlığı gerekir. Ancak çağın gereklerine uygun olarak elektronik ortamda akdedilen tahkim sözleşmeleri de şeklen geçerli sayılmıştır.

Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa Milletlerarası Tahkim Kanununun 5 inci maddesine göre, davalı taraf, mahkemede tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.

Hakem veya hakem kurulunun seçimi, hakemlerin reddi, sorumlulukları, görevlerinin sona ermesi ve yetkileri hususu UNCITRAL Model Kanununun 11 inci maddesindeki düzenlemeye paralel olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 7 nci maddesinde düzenlenmiştir.

4686 sayılı Kanuna göre, uyuşmazlık tarafları hakemlerin sayısını, tek sayı olmak kaydıyla, tespit etmekte serbesttirler. Böyle bir tespitte bulunulmamış ise üç hakem seçilecektir. Ancak gerçek kişiler hakem olarak seçilebilir. Tek hakem seçilecekse ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebiyle, asliye hukuk mahkemesince seçilir. Tek hakem seçiminde bu tek hakemin, üç hakem seçilecek ise hakemlerden ikisinin uyuşmazlık tarafları ile aynı milliyetten olmaması gerekmektedir.

Hakemler, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığı hakkındaki şüpheleri haklı gösterecek hal ve şartlarını açıklamak zorundadır. Uyuşmazlık taraflarının önceden bilgi sahibi olmamaları halinde hakem, kendisi hakkında sonradan ortaya çıkabilecek durumları gecikmeksizin taraflara bildirmekle yükümlüdür. Hakem taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip değilse, tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcutsa, hakemin

tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösterecek durumlar gerçekleşir ise, reddedilebilir.

Bir hakem hukuki veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer.

Tahkim yerinin belirlenmesi Kanunun 9 uncu maddesinde hükme bağlanmıştır. Tahkim yeri konusunda taraflar arasında herhangi bir anlaşma mevcut değil ise, hakem veya hakem kurulu olayın niteliklerine göre tahkimin yapılacağı yeri belirler.

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

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

Hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmıştır; ancak iptal davası açmak mümkündür. Tahkimle ilgili olarak Asliye Hukuk Mahkemesine verilen görevler arasında 4686 sayılı Kanunun 15 inci maddesine göre, iptal davalarını da saymak mümkündür.

İptal davası, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içinde açılabilir. İptal davası, yetkili asliye hukuk mahkemesinde öncelikle görülür.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15 inci maddesine göre hakem kararının iptaline yol açan sebepler şunlardır:

-Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması,

-Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmaması,

-Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi,

-Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi,

-Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermesi ya da yetkisini aşması,

-Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması,

-Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi.

Mahkeme, hakem veya hakem kurulu kararına konu olan uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığını ve/veya kararın kamu düzenine aykırı olduğunu tespit ederse hakem kararının iptal

eder. İptal davasının açılması hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurur.

İptal davası hakkında verilen kararlara karşı HMUK hükümlerine göre temyiz yolu açık olmakla birlikte, karar düzeltme yoluna gidilemez. Temyiz incelemesi, iptal sebepleriyle sınırlı olarak öncelikle ve acilen görülür.

C. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu

4446 sayılı Kanunla Anayasanın 155 inci maddesinde yapılan değişiklikle Danıştay'ın görevleri yeniden düzenlenmiştir. Anayasamıza göre Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki görev/yetkisi aşağıdaki gibidir:

"Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

İşte Anayasamızın 155 inci maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, 4492 sayılı Kanun²³ ile, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü, 24 üncü, 42 nci ve 48 inci maddelerinde değişiklik yapılmıştır:

2575 sayılı Danıştay Kanununda yapılan bu değişikliklere bakacak olursak:

1. 23 üncü Maddeye İlişkin Değişiklik

2575 sayılı Danıştay Kanununun "Danıştay'ın Görevleri" başlıklı 23 üncü maddesinin (d) bendi değişiklikten önce şu hükme havi idi:

Danıştay, *"tüzük tasarılarını ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceler"*.

²³ 21.12.1999 tarihli ve 23913 sayılı RG.

4492 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklikten sonra hüküm;

Danıştay, *"tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir"* şeklinde olmuştur.

Böylece, Anayasa değişikliğine uygun olarak Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme görevi ve yetkisi, "düşüncesini bildirmeye" dönüştürülmüştür.

2. 24 üncü Maddeye İlişkin Değişiklik

4492 sayılı Kanunla Danıştay Kanununun "İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay'da Görülecek Davalar" başlıklı 24 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (j) bendi değiştirilmiştir.

Değişiklikten önce, *"...imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler"* şeklinde olan hüküm,

Değişiklikten sonra, *"...tahkim yolu öngörülmeleyen kamu hizmetleriyle ilgili şartlaşma ve sözleşmelerden doğan idari davaları karara bağlar"* şeklinde olmuştur.

Bu değişiklikle, tahkim yolunun öngörüldüğü imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan davalar, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalar arasından çıkarılmıştır.

3. 42 nci Maddeye İlişkin Değişiklik

2575 sayılı Kanunun "Birinci Dairenin Görevleri" başlıklı 42 nci maddesinin (c) bendinde yer alan,

"Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini inceler..." hükmü,

4492 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle, *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini.."* olarak değiştirilmiştir.

4492 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin gerekçesinde, Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında bulunan bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işleri, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri kapsamında olduğundan bu değişikliğin yapıldığı belirtilmektedir.

4. 46 ncı Maddeye İlişkin Değişiklik

2575 sayılı Danıştay Kanununun "İdari İşler Kurulunun Görevleri" başlıklı 46 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının, Kurulun inceleyip gereğine göre karara bağlayıp düşüncesini bildireceği konulardan birini belirten 1 inci fıkrasının (b) bendinde değişiklikten önce yer alan, *"imtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme ve şartlaşmaları"* cümlesi, *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini"* olarak değiştirilmiş ve İdari İşler Kurulunun bu sözleşmeleri inceleyeceği ve karara bağlayacağı veya düşüncesini bildireceği hüküm altına alınmıştır.

5. 48 inci Maddeye İlişkin Değişiklik

2575 sayılı Danıştay Kanununun "Kanunların Tüzüklerin Görüşülmesi" başlıklı 48 inci maddesi 4492 sayılı Kanunla başlığıyla birlikte değiştirilmiştir.

Değişiklikten önce 48 inci madde hükmü; *"Görevli Daire, kanun tasarı ve teklifleriyle, tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini Danıştay'a geliş tarihinden itibaren üç ay içinde sonuçlandırmak zorundadır. Kanun tasarı ve teklifleriyle, tüzük tasarıları görevli daire dışında başka bir daire veya kurulda bir daha görüşülmez"* şeklindeydi.

Değişiklikten sonra 48 inci maddenin başlığı,

"Kanun ve Tüzük Tasarıları İle Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Görüşülmesi" olarak,

madde hükmü de,

“Danıştay, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Böylece, Danıştay’a, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırma zorunluluğu getirilmiştir. Maddeyle, sözleşme konusu projelerin fazla bekletilmeden hayata geçirilmesi sağlanmak istenmiştir.

D. 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun

4577 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle, 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun²⁴ idare mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi değiştirilerek,

“Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” İdare Mahkemelerinin görevleri arasında sayılmıştır.

Diğer bir ifadeyle "tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları" çözme görevi, idare mahkemelerinin görev alanı dışına çıkarılmıştır.

²⁴ Bkz. 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı RG.

E. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

4492 sayılı Kanunun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu²⁵nda da değişiklik yapılmıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesi idari dava türlerini ve idari yargı yetkisinin sınırlarını tespit etmektedir. Maddenin (c) bendi, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları idari yargı kapsamına almaktaydı.

4492 sayılı Kanunun 6 ncı maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (c) bendi değiştirilmiş ve,

"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 olarak kabul edilmiştir.

Adı geçen değişiklikle, tahkim kaydı taşıyan ve daha önce idari yargı yetkisinde bulunduğundan uluslararası tahkime engel teşkil eden bu hüküm ortadan kaldırılarak, Danıştay denetimine tabi olan kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmeler, idari yargı kapsamından çıkarılarak özel hukuk usullerine tabi kılınmıştır.

F. 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu²⁶, *"doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara*

²⁵ 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı RG.

²⁶ Bkz. 17.06.2003 tarihli ve 25141 sayılı RG.

uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemek” amacıyla (m.1) çıkarılmıştır.

4875 sayılı Kanunun 3/e maddesinde, yabancı sermaye yatırımlarına uygulanacak esaslar içerisinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne de yer vermiştir. Madde hükmüne göre,

“özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.”.

4875 sayılı Kanunun 3/a maddesine göre de, “*Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe;*

1-Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir.

2- Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler.”

Görüldüğü gibi, 4875 sayılı Kanunla yabancı yatırımcının Türkiye’de yatırım yapmasının önü açılmış, bu yatırımları güvence altına almak için de özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden ve idare ile yabancı yatırımcı arasında yapılan kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için ulusal mahkemelerin yanı sıra, milli veya milletlerarası tahkime de başvurabilmeleri imkanı getirilmiştir.

G. 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun

4586 sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun²⁷, *“Petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamak”* amacıyla çıkarılmıştır (m.1)

Kanunun 12 nci maddesinde, *“bu Kanun kapsamındaki hususlarla ilgili olarak milletlerarası andlaşmalarda yer alan konularda; 2644 sayılı Tapu Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu ile diğer kanunların tahdidi ve takyidi hüküm getiren ilgili maddeleri uygulanmaz.”* denilerek yatırıma öncelik verilmiştir.

Kanunun “İhtilafların Çözümü” başlıklı 13 üncü maddesinde de, *“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 andlaşmalarda yer alan çözüm usulleri vasıtasıyla ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözümlenir.”* Hükümü getirilmiştir.

13 üncü madde hükmüne göre, bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili olarak ilgili milletlerarası anlaşmalar ile kamu kurum veya kuruluşlarının yatırımcıyla imzaladıkları her bir anlaşmayı ifade eden proje anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözümüne dair herhangi bir hüküm bulunmaması halinde, uyuşmazlık Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda öngörülmüş olan çözüm usulleri ya da uluslararası tahkim usullerinden biri veya her iki usul birden kullanılarak çözülebilecektir.

Yine, 4586 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan hükme göre, *“Transit petrol boru hattı projeleri ile ilgili hizmet satın alımları,*

²⁷ 23.06.2000 tarihli ve 24094 sayılı RG.

proje takip, tahkim, mahkeme, sigorta, tazminat ve proje ile ilgili sorumluluk ve taahhütlerden doğan veya diğer tüm giderler, her yıl bütçe kanununa konulacak ödenekten karşılanır.”

H. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu²⁸ 4 Ocak 2002 tarihinde kabul edilmiş ve 01.01.2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

4734 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki kez değişikliğe uğramıştır. İlk değişiklik, 4761 sayılı Kanunla²⁹ 2002 tarihinde, ikincisi değişiklik ise 4964 sayılı Kanunla³⁰ yapılmıştır.

Kamu İhale Kanununun ilk halinde, uluslararası tahkim nedeniyle yapılan avukatlık hizmetleri alımının tabi olacağı ihale usulü belirlenmemiştir. Bu nedenle, uluslararası tahkim davalarında, kamu kurumlarını temsilen iddia ve savunma amacıyla temin edilen avukatlık hizmetlerinin, Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. Uygulamada yaşanan bu sıkıntıyı gidermek amacıyla yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, bir yıllık süreyle geçerli olacak olan 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununa bir hüküm eklenerek hukuki boşluk giderilmeye çalışılmıştır. 4964 sayılı Kanunun 15 inci maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesine yeni bir hüküm eklenerek uluslararası tahkim davalarına ilişkin avukatlık hizmeti alımlarının tabi olacağı ihale usulü belirlenmiştir³¹.

22 nci maddeye eklenen (g) bendi ile, *“milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarının”, doğrudan temin yöntemiyle yapılabileceği öngörülmüştür.*

²⁸ 22.01.2002 tarihli ve 24648 sayılı RG.

²⁹ 22.06.2002 tarihli ve 24793 sayılı RG.

³⁰ 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı RG.

³¹ www.bumko.gov.tr.

Yine 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin giriş bölümünde, doğrudan temin yönteminde açık ihale usulünde olduğu gibi ilan yapılmasına, ve teminat alınmasına gerek bulunmadığı hususuna değinilmiştir.

I. 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, yukarıda da değinildiği üzere, ilk halinde, uluslararası tahkim nedeniyle yapılan avukatlık hizmetleri alımının tabi olacağı ihale usulü belirlenmemiştir.

Bu nedenle, uluslararası tahkim davalarında, kamu kurumlarını temsilen iddia ve savunma amacıyla temin edilen avukatlık hizmetlerinin, Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu hukukî boşluğu giderebilmek amacıyla, 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununa³² bir hüküm eklenmiştir.

2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun "Milletlerarası Tahkime İlişkin Uyuşmazlıklarda Hizmet Satın Alınması" başlıklı 49 uncu maddesinde;

"Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin tarafı olduğu milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, bu daireleri temsil ve savunmak üzere Türk ve yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından 2003 yılında gerçekleştirilecek avukatlık hizmeti alımlarında; 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendi hükmüne göre şartname düzenlenmeksizin ve teminat aranmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir."

denilerek, 2003 yılı içerisinde uluslararası tahkim davaları nedeniyle yapılacak avukatlık hizmetleri alımlarının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun

³² Bkz. 31.03.2003 tarihli ve 25065 sayılı RG.

21 inci maddesinin (b) bendindeki, "ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" hükmü kapsamında değerlendirilerek, şartname ve teminat aranmaksızın pazarlık usulü ile temin edilebilmesi imkanını sağlamıştır.

Ancak, 4964 sayılı Kanunla Kamu İhale Kanununda yapılan değişiklik ile, avukatlık hizmetleri alımının artık pazarlık usulü ile değil doğrudan temin usulü ile yapılması hüküm altına alınmıştır.

4964 sayılı Kanunla getirilen hüküm 15.08.2003 tarihinden itibaren; yani 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun yürürlükte olduğu dönemde yürürlüğe girmiştir. Tarihlerin çakışması, tahkim davalarında aynı anda iki farklı hükmün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Yürürlükteki 2003 Bütçe Kanununa göre tahkim davalarında avukatlık hizmetleri "pazarlık usulüne" göre; 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra Kamu İhale Kanununa göre de "doğrudan temin" yöntemiyle yapılabilecektir.

İşte bu sorun, yine 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ilk şeklinde yer alan hükümle aşılmıştır. 4734 sayılı Kanunun 68/b maddesinde; *"diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz."* denildiğinden; avukatlık hizmetlerinin pazarlık usulü ile teminini öngören 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun 49 uncu maddesi, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra zımnen kaldırılmıştır.

III. DİĞER DÜZENLEMELER

A. Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmelikleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53 üncü maddesine dayalı olarak çıkarılan Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım

İhaleleri Uygulama Yönetmelikleri³³, Kanun kapsamındaki idarelerin gerçekleştirecekleri mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri ve danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde uygulayacakları esas ve usulleri düzenlemektedir.

Bu dört ayrı yönetmeliğin de eklerinde, 4734 sayılı Kanunda belirlenen ihale usulleri ile yapılacak alımlarda, idarelerin her bir ihale usulü için kullanacakları Tip İdari Şartnameler ve Tip Sözleşmeler yer almaktadır.

İdari Şartname ve Tip Sözleşmede, anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin uygulanacak maddeler standarttır. Bu standart hükme göre, *"sözleşmelerin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda işin sözleşmesinde yer alan bu konuya ilişkin hükümler uygulanacaktır."* denilerek, taraflar arasındaki sözleşmelere atıfta bulunmaktadır.

Tip sözleşmelerde de, anlaşmazlıkların çözümü hem bir madde başlığı altında düzenlenmiş; hem de çözüm yöntemine ilişkin ayrıntılı hüküm dipnota konulmuştur.

Dipnotlar incelendiğinde anlaşmazlıklarla ilgili olarak iki olası durum için iki farklı çözüm şekli getirilmiştir. Dipnotlarda, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların esas olarak Türk Mahkemeleri tarafından çözümü öngörülmekte ve bu durumda maddeyi oluşturacak standart metin verilmektedir. Ancak, ihalenin uluslararası katılıma açık olması halinde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak uluslararası tahkimin öngörülmesi halinde farklı bir metin, madde metni olarak sözleşmeye eklenecektir.

³³ Bkz. 11.09.2003 tarihli ve 25226 sayılı RG.

B. Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği

Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği³⁴ “4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaması veya tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması ya da taraflarca hakem veya bu konuda yerleşmiş milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamış olması hallerinde başvurulacak ücret tarifesinin hazırlanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek” amacıyla, 4686 sayılı Kanunun 16 ıncı ve Geçici 1 inci maddesine dayalı olarak, 28.12.2001 tarihinde çıkarılmıştır.

Yönetmelik hükmüne göre, “*Hakem veya hakem kurulunun ücreti, Adalet Bakanlığınca ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir.*” (m.3)

Yönetmeliği 5 inci maddesine göre de, “*Ücret tarifesinde gerekli görülecek değişiklikler, ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak, her yıl Mart ayında Adalet Bakanlığınca tespit olunur. Yeni tarife yürürlüğe girinceye kadar eski tarife uygulanır.*”.

C. Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Tebliği

Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Tebliği, Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliğinin 5 inci maddesine dayalı olarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmaktadır.

İlk Tebliğ, 29.12.2001 tarihli Resmi Gazetede son Tbeliğ ise 09.03.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

2006 Yılında Uygulanacak Olan Milletlerarası Ücret Tarifesi hakkındaki Tebliğ'in içeriğinde hakemlik ücretinin kapsadığı işler (m.2),

³⁴ Bkz. 28.12.2001 tarihli ve 24624 sayılı RG.

Başkanın ücreti (m.3), , ücretin kısmen ödenmesini gerektiren durumlar ile , ücret ödenmeyecek haller (m.4), davanın konusuz kalması, feragat ve sulh hallerinde ödenecek ücret (m.5), kısmi kararda ücret (m.6), ücretin hak edilme zamanı (m.8), ücretin paylaşımı (m.9) gibi hususlar düzenlenmektedir.

Yine Tebliğ'de, uyuşmazlık miktarına göre hakem ücretlerinin oransal olarak saptandığı Hakemlik Ücret Tarife Tablosu da yer almaktadır. Ücret tarife tablosuna göre hakem ücretlerinin belirlenmesinde müddeabihin değeri ve hakem tek ya da üçten fazla olması (yani hakem sayısı) hususları baz alınmaktadır.

IV. TAHKİMİLE İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİNİN İDARİ UYGULANMA PROSEDÜRÜ

İdare Hukuku alanında uluslararası tahkimi yasal temel kavuşturan Anayasa değişikliği paketinden sonra alt mevzuatta da Anayasaya uygun değişiklikler yapılmıştır. Nitekim Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılan değişiklikler, hükümlerin Anayasa ile paralelleştirilmesi amacına havidir.

1999 yılında 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin tercih edilmesi durumunda tarafların uyması gereken ilkeleri belirleyebilmek için 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun³⁵ kabul edilmiştir.

4501 sayılı Kanun, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi halinde taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek amacını taşımaktadır.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası tahkime ilişkin ikili ve çok taraflı bir çok anlaşmanın bulunmasına ve gerek Anayasa değişikliği ile ve gerekse sonradan çıkarılan uyum yasalarıyla milletlerarası tahkimin uygulama alanının genişletilmesine rağmen Türk Hukukunda milletlerarası tahkimin esas ve usullerini belirleyen münhasır bir Kanun bulunmamaktaydı. Yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa (HUMK) tabi olmaktaydı.

İşte bu sorunu çözmek için milletlerarası tahkimin esas ve usullerini belirleyen münhasır bir Kanun olan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir.

³⁵ Bkz. 22.01.2000 tarihli ve 23941 sayılı RG.

Bütün bu düzenlemeler sonucunda, Türk hukukunda ancak adli yargının görevine giren uyuşmazlıkların çözümü için mümkün olan ihtiyari tahkim uygulaması, idari yargının görevindeki sınırlı bir alan için de mümkün kılınmıştır.

Türk Hukukunda kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için tahkim şartı öngörülmediği takdirde, bunlardan doğan uyuşmazlıklar, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli olduğu "idari dava"lar olarak çözüme kavuşturulacaktır. Yani " taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmak zorunda değildirler; davalarını Devlet'in mahkemelerinde de açabilirler, hakemler tarafından çözülmesini de kararlaştırabilirler.

Dolayısıyla, Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için öngörülen tahkimin, "ihtiyari tahkim" olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim ihtiyari tahkimde, taraflar, uyuşmazlığın çözümü için mutlaka hakeme müracaat etmek zorunda değildirler; mutlaka hakeme başvurmak zorunda olmadıkları halde, anlaşmaları sonucu belli bir davayı tayin edecekleri hakemlere götürebilirler.

Mecburi tahkimde taraflar seçim hakkına sahip değildirler, Devlet mahkemelerinde dava açamazlar, uyuşmazlığı mutlaka hakeme götürmek zorundadırlar.³⁶

³⁶ Mecburi tahkime örnek olarak; 3533 sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete ve Belediyeye veya Hususi İdarelere ait Daire ve Müesseseler arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun'da öngörülen haller, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmasının öngörüldüğü haller, Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu'na göre uygulanma ve yürütümünden doğacak uyuşmazlıklar, Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de öngörülen, borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden doğan ihtilafların halline yönelik olarak verilmiş Borsa Yönetim Kurulu kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu'na itirazda bulunulması, Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun bakacağı işler v.s. verilebilir. Daha fazla bilgi için KURU, Baki: age., s. 5876-5918.

A. Tahkime Hazırlık Aşaması ve Tahkim Şartı-Tahkim Anlaşması

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bir idari sözleşme olması dolayısıyla idari sözleşmelerin temel özelliklerini yansıtmaları kaçınılmazdır. Nitekim bu sözleşmeler, mutlak bir sözleşme serbestisi içinde değil de, Anayasa ve kanunlarla düzenlenmiş belli sınırlar çerçevesinde yapılacaktır.

Bu nedenle 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ve devamındaki alt mevzuat değişikliği sonrasında bile yabancılık unsuru taşımayan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların sadece milli tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilecektir. Bu durumda hakem kararının verilmesi ve buna karşı başvuru yolları HUMK'un ilgili hükümlerine göre belirlenecektir.

Milletlerarası tahkime ise sadece yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için başvurulabilecektir.

Anayasanın 125 inci maddesinin ilk fıkrasındaki ifadeden, sözleşmede yabancılık unsuru bulunduğu halde, milli tahkime başvurunun da mümkün olduğu sonucunu çıkarmak yanlış bir yorum değildir. Başka deyişle, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıklar, taraflar arasında anlaşma sağlandığı takdirde milli tahkim yoluyla çözülebilecektir.

“Yabancılık unsuru”, 4501 sayılı Kanunda ve 4686 sayılı Kanunda tanımlanmıştır.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda, 4501 sayılı Kanun uyarınca “yabancılık unsurunun” bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün, 4686 sayılı Kanuna tabi olduğu öngörülmüştür. Yani milletlerarası tahkime gidilmesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi

veya taraflar ya da hakem kurulunca bu Kanun'un seçilmesi durumunda uyuşmazlığın çözümüne 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun hükümleri de uygulanacaktır. Diğer yandan, 4686 sayılı Kanun md.1/son uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı olduğunun göz önünde bulundurulması gerekir.

4501 sayılı Kanun tahkim anlaşmasının sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabileceğini kabul etmiştir (m.4)

Uyuşmazlıkların tahkime götürölmesi için ayrı bir tahkim yapıldığında, adıgeçen anlaşmanın yürürlüğe girmesinde de, bağlı olduğu imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe girmesi usulünü izlemek gerekecektir. Tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin bir parçası olduğundan, bu düzenleme yapılmamış olsaydı dahi, yukarıdaki şekilde hareket edilmesi gerekecektir.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların sadece bir kısmı için tahkime gidilmesi öngöröllebileceğinden, bunların kapsamının tam olarak belirlenmesi kamu düzeni ve kamu yararının hep ön planda tutulduğu bu alanda tartışmaların önüne geçecektir.

4501 sayılı Kanunda hakem sözleşmesinden başlayarak, hakem kararlarının kesinleşmesine kadar geçecek aşamalarda izlenecek kurallara ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, imtiyaz sözleşmesi yabancılık unsuru taşımıyorsa, ancak milli tahkime gidilmesi mümkün olabilecek; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyari tahkim'e ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

İmtiyaz sözleşmesi yabancılık unsuru taşıyorsa ve milletlerarası tahkime gidilmesi öngörölmüşse yukarıda sayılan hususların düzenlenmesinde takip edilecek prosedür farklılaşacaktır: Buna göre;

- Uyuşmazlık milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülecekse, izlenecek usul, söz konusu tahkim kuruluşunun usulü olacaktır,

-Uyuşmazlığın “yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem kurulunda” çözümlenmesi öngörülmüşse, izlenecek prosedür, ya tarafların kararlaştırdığı yabancı hukuka, ya da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine tabi olacaktır,

-Uyuşmazlık “Türkiye’de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda” çözülecekse, izlenecek prosedür, taraflar başka bir şey kararlaştırmışlarsa, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi olacaktır.

B. Tahkim Şartı veya Tahkim Sözleşmesi Konusunda Danıştay’ın Görüşünün Alınması

4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, Anayasanın 155 inci maddesinde Danıştay’ın yüksek mahkeme olarak görevleri yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa değişikliğine paralel olarak Danıştay Kanununun 23 üncü maddesi de yeniden düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleriyle ilgili olarak artık inceleme görevine haiz olmayıp, “...iki ay içinde düşüncesini...” bildirecektir. Buna göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine tahkim şartı konulacak olursa, söz konusu sözleşme yürürlüğe girmeden önce görüşünü alınmak üzere Danıştay’a iletilecektir. Ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılması halinde de sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için aynı yolu takip etmek gerekecektir.

Danıştay görüşünün bağlayıcılığına gelince; 4446 sayılı Kanun’la Anayasa’da yapılan değişiklikler ve devamında Danıştay Kanununda yapılan düzenleme ile Danıştay’ın “iki ay içinde düşüncesini bildirme” yükümünde

olduğunu göstermektedir. Yani Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerindeki görev ve yetkisi "inceleme"den, "düşüncüce bildirmeye" indirgenmiştir. Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini incelerken vermiş olduğu kararların tarafları bağlayacağı yönünde içtihatlar³⁷ var idi. Ancak bu içtihadın 4446 sayılı Kanunla, artık bağlayıcılığının kalmadığı söylenebilir. Çünkü Yasa Koyucu bu yöndeki iradesini "bağlayıcı olmama" yönünde yansıtmıştır.

Nitekim, 4492 sayılı "Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nın "Genel Gerekçesi"ne bakıldığında; *"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 inci maddelerinde yapılan değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırılabilmesi için, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddelerinde değişiklik yapılması gerekmektedir."*³⁸ denildiği görülecektir. Yani, yatırımcının önünü açacak şekilde tüm engellerin (Danıştay bağlayıcılığı dahil) kaldırılması hedeflenmiştir.

Ancak, Danıştay incelemesinin aslında taraflar açısından bir güvence olabileceği de unutulmamalıdır. Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin yürürlüğe girmesinden önce yaptığı "inceleme"ye göre, ve bu incelemedeki hususlar göz önünde bulundurularak akdedilmesi durumunda, yabancı yatırımcı için aslında bir nev'i hukuki güvence oluşturulmaktadır³⁹. Şöyle ki; Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesi görüş bildirdiği bir imtiyaz sözleşmesi bu görüş hilafına akdedilirse, uyuşmazlık çıktığında, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tenfiz imkansız hale gelebilecektir. Bu şekilde bir başvuruyu, İdare kadar, konu ile ilgili bir üçüncü kişinin yapması da olasıdır. Yani, sözleşmenin yürürlüğe girmesi aşamasında göz ardı edilen bir konunun, zaman içinde çıkan uyuşmazlıkların ardından, sonuç olarak iptal

³⁷ Bu yönde bir istisari karar için bkz. Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 15.12.1998, E.1998/178, K.1998/199 sayılı kararı (Danıştay Dergisi, S.99, s.33).

³⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss292m.htm>

³⁹ Düşünülebilir diyoruz, çünkü Danıştay'ın idari incelemesi yine Danıştay'ı yargı organı olarak bağlamaz, ama etkileyebilir.

edilen ya da en azından bir süre icra edilemeyen⁴⁰ bir hakem kararı şeklinde yabancı yatırımcıya yansması da, başta yabancı yatırımcı olmak üzere, sözleşme taraflarının, altına girmek istemeyeceği bir risktir.

Bu nedenle, Danıştay'ın bildirdiği görüşlere uygun hareket ederek olası sorunların çıkmasına baştan ve önemli ölçüde engel olmak pratik bir yoldur.

Sonuç olarak, Danıştay görüşlerinin hukuken olmasa bile, uygulamada “bağlayıcı” olmadığını söylemek güçtür.

C. Hakem Sözleşmesi ve Hakem Mahkemesinin Oluşumu

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri için tahkime gidilebilmesinin ön şartı bu hususta taraflar arasında yazılı bir irade uyuşmazlığının varlığıdır. Bu irade uyuşması imtiyaz sözleşmesi imzalanırken var olabileceği gibi, uyuşmazlık çıktıktan sonra ayrı bir sözleşme şeklinde de tanzim edilebilir. Bu sözleşme, imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe girmesindeki şartlarla aynı usule tabi olacaktır (4501 sayılı Kanun m.4) .

4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanunda hakem mahkemesinin oluşumu konusunda izlenecek kurallara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenle, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkta yabancılık unsuru yoksa ya da yabancılık unsuru varolmasına rağmen taraflar uluslararası tahkimi kabul etmedi iseler bu durumda uyuşmazlık Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre çözümlenecektir.

⁴⁰ Yabancı hakem kararının iptali için dava açılması, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15 inci maddesi uyarınca, söz konusu hakem kararının icrasını kendiliğinden durduracaktır.

Bir tarafın vekili veya kanuni temsilcisi, temsil ettiği kişinin taraf olduğu davada hakem olamayacağı gibi, gereği de milletvekilleri, kamu kuruluşlarının taraf olduğu işlerde hakemlik yapamazlar (3096 sayılı Kanun md.2). Ayrıca kural olarak Cumhuriyet Savcıları ve buradaki gibi ihtiyari tahkimin söz konusu olduğu hallerde de hakimler, hakemlik yapamazlar.

Hakemlerin verdikleri kararlardan dolayı ancak hakimler hakkındaki hükümlere göre sorumlu tutulurlar, cezai sorumlulukları da memurlar gibidir. Hakemler mahkeme tarafından seçilse bile, taraflarla hakem arasında hakem sözleşmesi yapılmış varsayılacağı gibi, taraflardan her birinin kendi hakemini seçmesi durumunda, kendi hakemini seçen taraf, diğer tarafın seçtiği hakemle de sözleşme yapmış sayılır.⁴¹

Devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda yabancıların hakemlik yapması hususu tartışılmıştır. Türk hukukunda yabancı uyruklu kişiler hakem olabilir; fakat bir yabancı resmi makam hakem olamaz. Uygulamada, idarenin, yabancı uyruklu hakemlerce yargılanmasının kabul edilmesi güç gözükmemektedir. Esas sözleşmenin “yabancılık unsuru” içermediği, Türkiye’de cereyan edecek ve tamamen Türk usul hukukuna tabi olacak bir tahkim uygulamasında hakem veya hakemlerin de Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmaları, pratik olarak ilk anda akla gelen bir çözümdür. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bu konuda bir sınırlama getirilmemiş, sadece bazı yargı kararlarında⁴² yabancı resmi makamların hakem tayin edilemeyeceğine hükmedilmiştir.

⁴¹ KURU, Baki: age. , s.5997-5998.

⁴² Yargıtay Hukuk Dairesinin 18.2.1938 tarih ve 385 sayılı kararı. Türk resmi makamlarının da hakem tayin edilmemeleri yönünde yargı kararları mevcuttur. Örneğin: Yargıtay Hukuk Dairesinin 8.4.1938 tarih ve 336 sayılı kararı.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca tahkim şartı veya sözleşmesinde hakemlerin seçilmesi aşağıdaki yöntemlerden birisiyle olur:

-hakemler ismen gösterilebilir (HUMK. m. 520).

-hakemlerin taraflarca seçileceği kararlaştırılır (HUMK m.520 ve 523).

-hakemlerin seçimi üçüncü bir kişiye bırakılır.

-tahkim sözleşmesinde hakemlerin seçimi konusunda bir açıklık bulunmaz. Bu durumda davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme üç hakem seçer (HUMK m.520).

Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar da , Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi” bakımından 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda ayrıntılı düzenleme yer almaktadır (m.7).

Gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), gerekse 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, taraflar, hakem sayısını belirlemekte serbest bırakılmışlardır. 4501 sayılı Kanunda da “tek hakem” ya da “hakem heyeti” seçimi konusunda emredici bir düzenleme içermemektedir. HUMK. Ve 4686 sayılı Kanunda tarafların bu sayıyı kararlaştırmamaları halinde bu konuda görevli ve yetkili mahkeme tarafından üç hakem seçilmesi⁴³ öngörülmüştür. Ayrıca, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, herhalükarda hakem sayısının tek sayı olması gerektiği de düzenlenmiştir.

Fakat büyük yatırımları ilgilendiren imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların tek hakemle çözümünün, hukuki güvenilirlik açısından tartışma yaratabilmesi de muhtemeldir. Bu nedenle, bu uyuşmazlıkların tek

⁴³ Bu hüküm, hakem seçiminin üçüncü bir kişiye bırakıldığı ve seçilecek hakem sayısının belirtilmediği hallerde de uygulanmaktadır (KURU, Baki :age. , s.6021).

hakemden ziyade hakem heyetince giderilmesinin zorunlu olması yönünde gerekli mevzuat düzenlemesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Yabancılik unsuru taşıyan bir kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlık için tahkime gidildiği ve hakem seçiminde bir sorun çıktığı takdirde görevli mahkeme, 4686 sayılı Kanun hükmü gereği, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Yani Adli Yargıdır.

Oysa, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolu öngörülmemişse, davaya bakmakla görevli mahkeme Danıştay Kanunu md. 24/f'ye göre Danıştay'dır. Bu durumda HUMK md. 520 hükmü gereği, yabancılik unsuru taşımayan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlık için tahkime gidildiği ve hakem seçiminde bir sorun çıktığı takdirde bunu görevli ve yetkili mahkeme olan Danıştay çözecektir⁴⁴. Prof Dr.

Yani, tamamen aynı nitelikteki iki hukuki sorunun çözümü için, farklı yargı rejimleri görevli ve yetkili kılınmıştır.

Burada bir başka sorun da, idari uyuşmazlıklar konusunda hakem seçiminde Asliye hukuk mahkemelerinin görevli olmalarının nasıl sonuçlar doğuracağının belli olmamasıdır. Uyuşmazlıkları çözecek bir “idari tahkim” mekanizmasının kabulünün bu sorunları ve ikiliği kanaatimizce engelleyebilecektir.

⁴⁴ “Yine, tahkim süresinin dolması ve uzatılmasının da sağlanamaması halinde, milli tahkim bağlamında davanın görevli ve yetkili mahkemeye intikal edeceğini öngören Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 529 uncu maddesinin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili milli tahkim çerçevesinde de 4501 sayılı Kanun’un 6 ıncı maddesi uyarınca kıyasen uygulanması sebebiyle, hakemlerde görülmekte olan dava , sözü edilen ilişki tipinden kaynaklanan uyuşmazlık yönünden asıl görevli ve yetkili mahkemeye Kanun’un değişikliğiyle “selahiyettar mahkemeye”, yani Danıştay’a intikal edecektir. Bu örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür.”. TANRIVER, Süha : agm. , s.1082.

SONUÇ

Kamu hizmeti kavramı, İdare Hukukunun en tartışılan konularından birisi olmuştur. Kamu hizmeti için, üzerinde ittifak edilen bir tanım bulunmasa da, *“.....Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır....”* denmiş olsa da pek çok yazar bu kavrama kendince bir anlam vermiştir.

Duguit gibi bazı yazarlar, kamu hizmeti kavramını Devletle özdeşleştirmişler, yönetenlerin, yönetilenlere emir verebilmeleri, yasaklar koyabilmeleri, ve onları cezalandırabilmelerinin tek meşruluk kriteri olarak kamu hizmetini görmüşlerdir. Geçmiş dönemlerde Devletin meşruiyetini kamu hizmetine dayandırmak, o dönem için geçerli bir teori olmakla birlikte günümüzde artık kamu kesiminin daraltılması ilkesi, pek çok ülkede resmî politika haline gelmiştir.

Bu nedenle kamu hizmetinin, “hizmetin kamu tüzel kişilerince yapılması”, “kamu yararı sağlayan bir faaliyet oluşu”, “hizmetin Kamu Hukuku usûlleri ile yürütülmesi” olarak sayılan üç ana unsurundan özellikle “hizmetin kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesi” ilkesi günümüzde yeterliğini yitirmiş, organik anlamdaki kamu hizmeti değişime uğramıştır.

Kamu hizmeti imtiyazları Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde oldukça sık kullanılmış ve yabancılara verilen bu imtiyazlar İmparatorluk aleyhine olumsuz sonuçların doğmasına yol açmıştır. Bu olumsuzlukları gidermek amacıyla 1910 yılında Menafi-i Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun çıkarılarak kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetlerin imtiyaz yöntemiyle sadece Türk şirketlerine verilmesi uygulaması başlatılmıştır. Cumhuriyet döneminden 1980'lerin ortalarına kadar imtiyaz yöntemi pek kullanılmamıştır. Bunda, imparatorluğun son dönemlerinde yaşanan olumsuz tecrübeler ve Cumhuriyet Türkiye'si'nin Devlet eliyle

kalkınma modelini benimsemiş olmasının payı çok fazladır.

Fakat Kamu hizmetinin dayandırıldığı bu artık terkedilmiştir. Özellikle 1.Dünya Savaşından sonra kamu hizmeti alanının genişlemesi ve karmaşık bir hal almasıyla Devletin her kamu hizmetine yetişmesi zorlaşmıştır. Bu nedenle son yüzyılda, idarenin kamu hizmetini özel sektöre gördürmesinin hukukî alt yapısı olan İdarî Sözleşme kavramı da önem kazanmış, İdarî Sözleşmelerin sayısı ve çeşitleri artmıştır.

Diğer İdarî Sözleşmeler gibi “kamu hizmetlerinin kurulması ve/veya işletilmesinin bir özel kişiye devri” anlamına gelen Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin de önemi bu dönemde artmıştır.

Yabancı yatırımların önünü açmak amacıyla Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet gibi modeller geliştirilmiş ancak; Anayasa Mahkemesi’nin ve devamında Danıştay’ın kararlarıyla bu yönde getirilen açılımlar iptal edilmiştir. bu modeller yargıdan dönmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı modelle ilgili Kanunun, “.....idare ile şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte sözleşme yapılır.....” ; “.....bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir..... “ ; “.....bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyyeye Mûteallik İmtiyazat hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun hükümleri uygulanamaz.....” hükümlerini iptal etmiştir Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesi olarak, “.....3996 sayılı Kanun ile düzenlenen Yap-İşlet-Devret Yönteminin kamu hizmetleri imtiyazından, 2.maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür.....” demiştir.

İşte yüksek yargının bu içtihatlarından sonra yasa koyucu yabancı sermayenin önünü açmak amacıyla imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime imkan tanıyan paketi kabul etmiştir.

Hakemlik ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar söz konusu olmuş ve bu uyuşmazlıkların çözümünde hep varolan bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişiler çok eski zamanlarda bile tarafsızlık ve tecrübelerine güvendikleri kişileri hakem atayarak bunlardan adil bir çözüm üretmelerini beklemişlerdir. Ancak, Devlet mekanizması içinde hakemlik hep yargı erkinin paylaşıldığı bir müessese olarak algılandığı için gelişmemiştir.

Bu durum, II. Dünya Savaşı sonrası döneme kadar devam etmiştir. Bu döneme kadar devletler, kendi iç hukuk metinlerinde çok ayrıntılı olmasa da ulusal tahkime yönelik düzenlemeler yapmış, uluslararası düzeyde de birkaç sözleşme denemesi ve 1923 yılında kurulan Uluslararası Tahkim Mahkemesi dışında uluslararası tahkim konusunda bir gelişme yaşanmamıştır. Bu dönemde de uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak tahkim kullanılmakla birlikte bu, devletler tarafından genel kabul görmüş veya yabancı sermaye akımlarında öncü rol oynayan bir konu değildir.

Türkiye'de de dışa açık ekonomik büyüme modelinin 1980'lerden itibaren dünyada yaşanan ekonomik liberalleşme hareketlerine paralel olarak benimsenmesiyle birlikte altyapı yatırımlarındaki kaynak yetersizliğini yabancı sermaye yoluyla giderme amacına yönelik politikalar izlenmiştir. Bu dönemde çıkarılan 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunların amacı da devlet tarafından yeterli kaynak aktarılmayan yüksek maliyetli yatırımların, özel kesim ve özellikle büyük finansman kaynaklarına sahip yabancı sermaye aracılığı ile gerçekleştirilebilmesini sağlamaktır.

Bu yasal düzenlemelerle getirilen uluslar arası tahkime ilişkin hükümlerse yukarıda da değinildiği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin iptal

kararları ile karşı karşıya kalmıştır.

Oysa ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi bu döneme kadar, uluslararası tahkime yönelik olarak 3460 sayılı Kanunla Washington Sözleşmesi'nin, 3730 sayılı Kanunla Cenevre Sözleşmesi'nin ve 3731 sayılı Kanunla da New York Sözleşmesi'nin onaylanmasını uygun bulmuştur. Böylece, uluslararası ilişkiler kapsamında kabul edilmiş olan tahkim konusunun ülkemizde uygulanamaması durumu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, yapılan bu düzenlemelerden beklenen ve hedeflenen noktaların önemli bir kısmı gerçekleştirilememiştir.

Devletler son dönemlerde yabancı yatırımcıları ülkelerine çekebilmek için vergi indirimleri, yatırım izinlerinin kaldırılması, gümrük vergilerinin indirilmesi, bedelsiz arazi tahsisleri gibi teşviklerde bulunmaktadır. Fakat bu teşvikler yabancı sermayeyi çekmek için başlı başına yeterli olan tedbirler değildir. Zira Yabancı yatırımcıların bir de hukukî alanda güvence beklentileri bulunmaktadır. Dolayısıyla, yabancı sermayeyi ülkelere çekmek isteyen devletler, yabancı yatırımcıların hukuki kaygılarını en aza indirecek tedbirleri almak ve düzenlemeleri yapmak durumundadırlar.

İşte bu noktada yabancı yatırımcılar açısından uluslararası tahkim konusu devreye girmektedir. Yabancı yatırımcılar, özellikle büyük sermaye yatırımı yapacakları projelerde Devlet ile akdettikleri sözleşmelerde eşit durumda değildir. Bu durum da, yabancı yatırımcıların yatırım kararı vermelerinde çekingen davranmalarına neden olmaktadır.

Yabancı yatırımcıları kaygılandıran bir diğer husus ise, yabancı yatırımcı ile idare arasındaki yatırım ilişkisini belirleyen sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözüm için devlet yargısına götürülmesidir. Devlet yargısının uzun süre devam etmesi ve devletin bizzatıhi taraf olduğu uyuşmazlıklarda objektif olamayacağı kaygısını yabancı yatırımcı daima taşımaktadır.

Yabancı yatırımcılar, uluslararası tahkimin uyuşmazlığın her iki tarafını da eşit statüde kabul etmesi, tarafların iradesine bağlı bir çözüm yöntemi olması, çözümü üretecek hakemlerin taraflarca belirlenmesi, uygulanacak hukuk kurallarının taraflarca serbestçe belirlenebilmesi, gizli ve süreleri belli bir süreç olması, tahkimde uyulacak usul kurallarının uyuşmazlık taraflarınca belirlenebilmesi gibi kendine özgü nitelikleri göz önüne alarak da uluslararası tahkimi devlet yargısına oranla tercih etmektedirler.

Diğer taraftan Türkiye, imzalamış olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmelerle tahkimi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul etmiş durumdadır. İkili ve çok taraflı anlaşmalarda ve uluslararası sözleşmelerde münhasıran düzenlenerek uluslararası hukukun bir parçası haline gelen tahkimin, Türkiye'de de kabul edilmesi kaçınılmaz olmuştur.

Ancak Anayasa değişikliğine ilişkin süreçte, imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime karşı çıkanlar, uluslararası tahkimin ulusal yargıya bir alternatif oluşturması hususunu dile getirerek, devletin egemenlik haklarının kısıtlandığı yönünde görüşler ortaya atmışlardır. Aynı şekilde, kamu hizmeti niteliğindeki hizmetlerin gördürülmesinde Devletin, tahkim yoluyla hizmeti görecektek olan yatırımcı ile eşit sayılması ve yatırımcılara, devleti uluslararası tahkim kuruluşlarına şikayet etme hakkı tanınması, bu kesim tarafından kabul edilemez bulunmuştur.

Uluslararası tahkimin iç hukuk düzeninde de yer alması gerektiğini savunanlar ise; taraf olunan ikili ve çok taraflı anlaşmalar ile uluslararası sözleşmelerde zaten kabul edilmiş olan tahkime Anayasa'da da yer verilmesi gerektiğine ve Devletin uluslararası alanda kabul etmiş olduğu bir kurumun, yargı organları tarafından kabul edilmemesinin Devletin dış ilişkilerinde tutarlılığını zedeleyeceğini dile getirmişlerdir.

Tüm bu tartışmalara rağmen, 4446 sayılı Kanunla 1999 yılında Anayasa'da uluslararası tahkime yönelik düzenlemeler yapılmıştır. 4446 sayılı Kanunla 1982 Anayasasının devletleştirmeyi düzenleyen 47 nci, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunu düzenleyen 125 inci ve Danıştay'a ilişkin 155 inci maddelerinde ek ve değişiklikler yapılmıştır. 47 nci maddenin kenar başlığına " ve özelleştirme" kelimesi ile madde metnine iki fıkra eklenmiştir. Yapılan ekler ile özelleştirmenin esas ve usullerinin kanunla belirlenebilmesi ve Devlet, KİT'ler ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceğinin kanunla belirlenebilmesi imkanı getirilmiştir.

4446 sayılı Kanunla 1982 Anayasasının 125 inci maddesinde yapılan yapılan değişiklik doğrudan uluslararası tahkime yöneliktir. Böylece uluslararası tahkim, ilk kez Anayasa'da yer almış olmaktadır. İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ve bunların yargı denetimine tabi olacağı hususlarını düzenleyen 125 inci maddeye ek bir hüküm getirilerek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda uluslararası tahkime başvurma imkanı getirilmiştir. Böylece uluslararası tahkime ilişkin olarak daha önce getirilen hükümlerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin yarattığı sıkıntılar giderilmiştir. Yapılan değişikliğe göre uluslararası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Yabancılık unsuru ile neyin kastedildiği ise 4501 ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu açıklanmış durumdadır.

Anayasanın 155 inci maddesinde yapılan değişiklik ise uluslararası tahkimin kabulüne yönelik bir değişikliktir. 4446 sayılı Kanunla kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk kapsamına alınabildiğinden Danıştay'ın inceleme yetkisi de fiilen kalmamış, bu değişikliğe paralel olarak da, Danıştay'ın kamu hizmeti ile ilgili şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme yetkisi, iki ay içerisinde düşüncesini bildirme olarak değiştirilmiştir.

1999 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle; hem iç ve dış politika uygulamaları arasında yaşanan bu iki farklı yaklaşım giderilmiş hem uluslararası hukukta kabul edilen uluslararası tahkim, anayasal zemine oturtulmuş hem de tahkim konusunda sistematik bir hukuk altyapısının oluşturulması önündeki engeller kaldırılmıştır. Yapılan değişiklik, Türkiye'nin yabancı sermaye yatırımları konusunda attığı önemli bir adım olmuştur

Anayasa'da yapılan bu değişikliklerin ardından sıra, bu değişikliklerle uyumlu yasal düzenlemelere gelmiştir. Bu anlamda imtiyaz sözleşmelerinde tahkime başvurulması halinde uyulacak ilke ve esasları belirleyen 4501 sayılı Kanun ile uluslararası tahkim konusunda uygulanacak esasları belirleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve kamu hizmetleri ile ilgili. Ayrıca, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddeleri Anayasa değişikliğine uygun şekilde değiştirilmiştir. Aynı şekilde, 4586 sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununda uluslararası tahkime yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Uluslararası tahkim, yabancı yatırımlar için gerekli koşullardan biridir. Çünkü yabancı yatırımcıların hedeflerinden biri olan yatırımlarda minimum risk alma, hukukî anlamda da geçerlidir. 1999 yılı itibarıyla Türkiye'de uluslararası tahkim sorunu çözülmüş ve günümüzde de kamu hizmeti niteliğindeki hizmet ve yatırımların özel kişilere gördürülmesi sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, özellikle yabancı unsur taşıyan şirketler tarafından uluslararası tahkim mekanizması kullanılmaya başlanmıştır.

Uluslararası tahkim mekanizması; devlet yargı süreçlerinden süre, sürat ve usul açılarından daha pratik ve kullanışlı olmakla birlikte malî açıdan devlet yargısından çok daha fazla maliyeti olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur.

Dünyada kendisine uygun pazar arayan yabancı sermayeden aldığı payı artırma yönünde bir rekabet içerisinde bulunan ülkelerin, bu süreçte yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif bir yol olarak kabul edilen uluslararası tahkimi kabul etmeleri kaçınılmaz olmuştur.

Tahkim mekanizması, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde geniş kabul görmüş bir uyuşmazlık çözüm metodu durumundadır. Çağdaş ekonomik gelişmeleri takip etmek ve evrensel hukuk kurallarını benimsemek bu tür ülkeler için gelişme ve kalkınmalarını sürdürme noktasında önemli bir köşe taşı oluşturmaktadır.

1999 Anayasa değişikliğinden ve 4501 gibi bir kısım kanunlardan önce de Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalarda tahkim zaten kabul edilmişti. Türk kamu kurumlarının veya Türk Yüksek Mahkemelerinin, Devletin anlaşma ile kabul ve taahhüt ettiği bir düzenlemeyi yok farzetmeleri; Devletin imza koyduğu anlaşmalarla uyuşmazlıkların çözüm metodu olarak kabul ettiği bir usulü, kamu kurumları veya mahkemelerin uygulamada reddetmeleri, Uluslararası Hukuk bakımından kabul edilemez bir durum olduğu için Anayasada ve yasalarda gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Yani bu düzenlemeleri yapmak aslında bir zorunluluk olmuştur. Bu bakımdan gerek Anayasadaki ve gerekse diğer alt mevzuattaki tahkime ilişkin olarak yapılan düzenlemeleri biz de bir gereklilik olarak görmekteyiz.

Ayrıca Adli Yargı alanında uluslararası tahkimin kabul edilmesi ve/fakat İdarî Yargı alanında bu yöntemle engel olunması da Türkiye açısından ayrı bir çelişki olmuştur. İdarî Yargı alanında da bu yasal ve anayasal düzenlemelerden sonra artık tahkime gidilebilmesi bu çelişkiyi de ortadan kaldırmıştır.

Anayasa'da düzenlenmiş olması nedeniyle uluslararası tahkim mekanizmasından ancak yeni bir Anayasa değişikliği ile vazgeçilebilir. Bunun ise yakın zamanda olmayacağı açıktır. yüksek maliyetli tahkim davalarında

bu maliyeti en aza indirme yönünde çalışmalar yapmak mümkündür. Uluslararası tahkim davalarında, genellikle davalı konumda bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının bu davalar neticesinde yüksek tazminat ödememeleri için uluslararası tahkim davalarında, bu kurumları temsilen avukatlık ve savunma hizmeti verecek ayrı birimlerin kurulması gerekmektedir.

Donanımlı kişilerden oluşturulacak bu birimlerin ihdasına kadar geçecek sürede ise uyuşmazlıkları takip etmek için 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesi uyarınca doğrudan temin yoluyla avukatlık hizmeti satın almak mümkündür.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Mehmet: "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesi", AYİM. 25 Yıl Armağanı, Ankara 1998, s.293-324.

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

AKINCI, Ziya:"Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, Yılı: 2001, Sayı: 4.

AKINCI, Ziya, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", www.izmirbarosu.org.tr.

AKTAN, Coşkun Can: Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme, İzmir 1987.

AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Konya Ocak 2004, Sayram Yayınları.

AKYÜZ, Müfit - ERTEL, Nesrin: Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü, Dünya Yayınları: 42, 2. Baskı, İstanbul, Şubat 1989.

ALTINTAŞ, A.: "Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kuralları", Hazine Dergisi, Nisan 1998, S.10, s.18-30.

An Overview of ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes Web Page: <http://www.worldbank.org/html/extdr/icsid.htm>.

ARSLAN, Süleyman-Bahtiyar AKYILMAZ-Murat SEZGİNER-Cemil KAYA: İdare Hukuku Mevzuatı, Konya 1998.

AYHAN, Önder: İdari Sözleşmeler, Danıştay Dergisi, Y.1979, S. 32-33, s.84-136.

AZRAK, Ali Ülkü: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1972.

AZRAK, Ali Ülkü: “İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1963, S.29, s.521-536.

AZRAK, A.Ülkü: “İdarî Usûl ve Yasalaştırılması”, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, II.Kitap Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, Ankara 1990, s.823 v.d.;

AZRAK, A.Ülkü: “İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar”, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler 17-18 Ocak 1998, Ankara 1998, s.88. v.d.

AZRAK, Ali Ülkü: Millîleştirme ve İdare Hukuku, İstanbul 1976.

AZRAK, Ali Ülkü: “Millîleştirme ve Kamu Hizmeti”, İHFM., C.36, S. 1-4, 1971, s.44-78.

BALKAR,Kemal Galip: “Hizmet Kusurunun Sınırları”, İÜHFM., C. XXVI, S.1-4, s.17-28.

BALTA,Tahsin Bekir: İdare Hukuku, C.I, (Genel Konular), Ankara 1972.

BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayını, Ankara 1970.

BAŞPINAR, Recep: “İdarî Sözleşmelerden Doğan Davalar”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s.512-536.

BİERMAN, S.- L. FERNANDEZ: Game Theory with Economic Applications, Addison-Wesley Publishing Company, USA 1998.

BİLGİN, Pertev: "Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında", Kamu Hukuku Bülteni, S.3, Mart 1990, s.1-6.

BİLGİN, Pertev: "Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında", I.Uluslararası İdare Hukuku Kongresi İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1990, s.799-804.

BİLİR, Ali-H.Engin ŞENALP: "Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahalli İdareler Yönünden Hukuki Geçerliliği", Türk İdare Dergisi, S.382, Mart-1989, s.127-804.

BİRSEL, Mahmut T.-BUDAK, Ali Cem: "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11 Nisan 1997, s. 171-223.

BİRSEL, Mahmut Tefvîk: "Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması", 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, s. 20-32.

BİRSEL, Mahmut T.: "Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları -Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri-, Prof.Dr. Hayri DOMANIÇ'e 80. yaş Günü Armağanı, Cilt 1, İstanbul 2001, Beta Yayınları, s.85-129.

BOWET, D.W.: The Law of International Institutions, 4. Edit, Stevens & Sons, Londra 1982.

- BOZKURT, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci), Ankara 1996, Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- BROCHES, Aron: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States, 136(1972), Recueil des Cours,
- BULUTOĞLU, Kenan: “Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri (ve Konunun Yorumu) Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” (Uluslararası Seminer)”, İstanbul 5-7.2.1982, s.363-387.
- COŞAR, Vedat Ahsen: “Yasa Hükmünde Kararnameler ve Hukuk”, Ankara Barosu Dergisi, C.41, S.6, Y.1984, s.869.
- CRAIG, W.L.-PARK, W.W.-PAULSEN,J.: International Chamber of Commerce Arbitration (ICC Arbitration), Third Edition, New York 2000.
- CROZAT, Charles.: Amme Hizmeti Mefhumi, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi 32, Ankara 1938.
- CROZAT, Charles: “XIX. Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı” (Çev. Tarık Zafer TUNAYA), İÜHFD.,C.XI, 1945, S.1-2, s.23-100.
- ÇIKARMAN, Birsen: “Kamu Hizmeti”, Amme İdaresi Dergisi, C. 9, S. 4, Aralık 1976, C.9, S.4, Aralık 1976, s.75-94.
- ÇEÇEN, Anıl: Sosyal Demokrasi, Devinim Yayınları, Birinci Basım, Ankara Ocak 1984.
- ÇEÇEN, Anıl: Atatürk ve Cumhuriyet, “S” Yayınları, Ankara 1991, İkinci Basım.

DEĞİRMENCİ, Koray: "Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Küresel Hukuk Kurulmasına İlişkin Diğer Gelişmeler", Türk-İş Dergisi, Haziran-Temmuz 2001, Sayı: 345.

DELAUME, Georges: "ICSID Arbitration and the Courts", AJIL, 1983, Vol.77, s.784-803.

DELAUME, Georges: "ICSID Arbitration", Contemporary Problems in International Arbitration (Ed.julian D.), Dordrecht/Boston/Lancaster 1987, s.23-39.

DEMİRKIRAN, Arif: "An Approach to Project Financing Build-Operate-Transfer (B.O.T) Model", Bayers, Highlights, Autumn, 1988, s.17-19.

DERBİL, Süheyp: "Kamu Hizmeti Nedir?", AÜHFD,1950, C.7, S.3-4, s.28-36.

DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku,C.II, (İdari Faaliyet),Gözden Geçirilmiş ve Düzeltilmiş Yeni Bası, Ankara 1952.

DERDİYOK, Türkmen: "Yap-İşlet-Devret Modeli", Yaklaşım Dergisi, S.9, Eylül 1993, s.95-103.

DERAİNS, Y.: "The Revision of The ICC Rules of Arbitration-Methods And Objectives", ICC Bulletin, 1997, Vol.8, No: 2, s.10-15.

DOLZER, Rudolf: STEVENS Margrete: Bilateral Investment Treaties, Kluwer Law International Publications, Netherlands, 1995.

DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, 1982.

DURAN, Lütfi: "İdari Yargı Adlileşti" , İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan, Yıl 3, Sayı 1-3, 1982, s.54 v.d.

DURAN, Lütfi: "Sözleşmeli Kamu Personeli", Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1968.

DURAN, Lütfi, Türk Hukukunda İdari Mukaveleler, İHFM. C. XXXII, S. 1, s.418-447.

DURAN, Lütfi: "Türk Kamu Personelinin Malî Sorumluluğu", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s.59-120.

DURAN, Lütfi:"Yap-İşlet-Devret Modeli", AÜSBFD.,C.46, 1991, S.1-2, s.47-170.

DÜNDAR, Erol:"İdarî Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi", Malî Hukuk, S.15-16, 1972, s.12-20.

EMEK, Uğur: Ek ve Değişiklikler İle Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, DPT, Kasım 2002.

EMEK, Uğur: Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT, Haziran 1999.

EMEK, Uğur: "Enerji Yatırımları ve Uluslararası Ticari Tahkim: Bütüncül Bir Yaklaşım", İşletme ve Finans Dergisi, Kasım 1998, s. 46-55.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul 1994.

ERTEKİN, E.-KARATAŞ, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları , Ankara 1997.

ERYILMAZ,Bilâl: "Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler", Türk İdare Dergisi, Y.61, S.382, s.17 – 60 .

ESİN, Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, Ankara 1976.

FEYZİÖĞLU, Turan: İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi, Ankara 1947.

FONTAİNE, M.: "ICC Arbitral Process, The Award", ICC Bulletin, 1994, Vol.5, No:1, s.30-37.

GAILLARD, Emmanuel: "The International Centre for Settlement of Investment Disputes", New York Law Journal, April 2, 1998.

GIARDİANA, A.: "The International Center for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", Essays on International Commercial Arbitration, (Ed.Peter Sarcevic), London/Dordrecht/Boston 1989, s.214-222.

GİRAY, Filiz : "Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI) ve Alternatif Öneriler Üzerine Bir Değerlendirme", Mülkiye, Cilt: XXVII, Sayı: 240, s. 135-160.

GİRAY, F.Kerem: "Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları", MHB., Prof.Dr.Yılmaz ALTUĞ'a Armağan, Y.17-18, S.1-2, İstanbul 2000, s.220-232.

GİRİTLİ, İsmet – Pertev, BİLGİN: İdare Hukuku, İstanbul 1968.

GİRİTLİ, İsmet-Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1985.

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

GOULD Nicholas, HULEAT-JAMES Mark: International Commercial Arbitration: a handbook, LLP Limited Publicans, London-New York-Hong Kong, 1996.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-TAN Turgut: İdare Hukuku, C.I, (Genel Esaslar), Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

GÜLAN, Aydın.: “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri” (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987.

GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Prof.Dr.Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı,Y.9, S.1-3,1988, s. s.147-159.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.

GÜNDAY, Metin: "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2001, s. 183-201.

GÜRAN, Sait: “ABD’nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi”, İHİD. Vakur Versan’a Armağan Özel Sayısı, Yıl 6, Sayı 13, Aralık 1985, s.123-140.

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

HACALOĞLU, Algan: Uluslararası Tahkim İle İlgili Olarak Anayasanın 47., 125. ve 155. Maddelerinde Değişiklik Öngören Yasa Tasarısı Hakkında Bilgilendirme ve Tartışma Notu, 25 Temmuz 1999, www.turkab.net.

İMRE, Erol: "Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması", www.ydk.gov.tr

İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 3.Baskı, Ankara 1984.

İNAN, Nurkut: "İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi", 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, s. 16-20.

KANLIGÖZ, Cihan: Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri, AÜSBFD, Cilt 52, No: 1-4, s. 339 vd.

KAPLAN, İbrahim : « Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet finans modelleri ve sözleşmeleri » , Batider, Aralık 1998, Cilt XIX, Sayı 4, s.15.

KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

KARAHANOGULLARI, Onur: "Kanun Hükmünde Karamame Çıkarma Yetkisi", AÜSBFD, C.52, S.1-4, Y. 1997, s.387.

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

KELEMPERER, A. : "Auctions with Almost Common Values: The Wallet Game and its Applications" European Economics Review, 1998, 42(3-5), May, p.757-769.

KIRATLI, Metin: Koruyucu İdari Hizmetler, Ankara 1973, TODAİE Yayınları, No:135.

KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, İzmir 1997.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, İlaveli Beşinci Baskı, İstanbul 1990.

KUZUM, Yıldırım: “İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968, s.758-774.

LALİVE, P.: “Enforcing Award”, 60 years of ICC Arbitration, A Look At The Future, ICC Publishing, 1984, s.317-368.

MERİÇ, Osman: “İdarî Sözleşme Müessesesinin Doktrin ve İçtihadta İşlenmiş ve İşlenmemiş Yönleri”, Danıştay Dergisi, Y.3, S.11, 1973, s.66-81.

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Yayın No:341, Ankara 1999, s.74-91.

NOMER, Ergin - Nuran EKŞİ – Günseli ÖZTEKİN: Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. , İstanbul 2003.

ODYAKMAZ, Zehra:“Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Haziran-Aralık 1998,Sayı 1-2, s.141-196.

ODYAKMAZ, Zehra: “Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası”, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, s.203-208.

ODYAKMAZ, Zehra: “Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı 2, Aralık 1997, s.1-21.

ODYAKMAZ, Zehra: “İdarî Usûlden Beklediklerimiz”, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, s.2-5.

ODYAKMAZ, Zehra: “Şeffaf Yönetime Doğru”, Strateji (Yimder Bülteni), Yıl1, Sayı2, s.3.

ONAR Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, 3. Baskı, C. I. İstanbul 1966.

ONAR, Sıddık Sami: “Amme Hizmetleri ve Zamanımızda İnkişafı”, 5.Üniversite Haftası, Van 1944.

ORAN, Baskın: Küreselleşme ve Azınlıklar, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 4. Basım, İmaj Yayınevi, Ankara, Aralık 2001.

ORMANOĞLU, Burhan: Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Devlet Bütçe Uzmanlığı Araştırma Raporu, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü, Mart 2004.

OSTEN, Necmi: İdarî Mukavele ve Amme Hizmeti İmtiyazlarının Hukukî Mahiyeti, İstanbul 1938.

OZANSOY, Cüneyt: “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, AÜHFD., C.46, S.1-4, 1997, s.85-100 .

OZANSOY, Cüneyt: “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut” isimli incelemenin özet metni.

ÖKSÜZ, Murat: İdarî Sözleşmelerin Çeşitleri ve İdarî Sözleşmelerde Sakatlıklar, [Basılmamış Yüksek Lisans Tezi].

ÖNCEL, Mualla-Ahmet KUMRULU-Nami ÇAĞAN: Vergi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1997.

ÖNEN, Turgut: İdarî Faaliyetler, İdarî Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri, Ankara 1976,

ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 1996, s.239.

ÖZAY, İl Han: Devlet İdari Rejim Yargısal Korunma; C.I, İstanbul 1986, s.24.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s.196 v.d.;

PARK, W.W.: "National Legal Systems and Private Dispute Resolution", http://web.lexis-nexis.com/universe/document_12, search terms: ICC Arbitration.

PİRLER, Orhan: "Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli", Çağdaş Yerel Yönetimler, C.4, S.1, Ocak 1995, s.38-47.

POLATKAN, Vahit: "Yap-İşlet Modeli ile Termik Elektrik Üretim Tesisi Kurulması ve İşletilmesi", Yaklaşım, Yıl 5, S.58, Ekim 1997, s.20-24

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

ROUVIÈRE, Jean (Çev. Vecihi TÖNÜK): İdarî Sözleşmeler, İdare Dergisi, Y.21, Temmuz-Ağustos 1950, S.205, s.103-113.

SAĞLAM, Fazıl: "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları-Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı, Yıl 1984, s.261 v.d.

SAKMAR, A.: Kamu Kuruluşlarının Taraf Olduğu Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği , Türk-Fransız Uluslar arası Ticari Tahkim Semineri, İstanbul 27-28 Nisan 2000 (yayınlanmıştır).

SCHWARTZ, Bernard: Administrative Law, Third Edition, United States of America 1991.

SERİM, Bülent: "Sözleşmeli Personelin Hukukî Statüsü", Amme İdaresi Dergisi, C.21, S.1, Mart 1988, s.135-154.

SERİM, Bülent: Öğretide,Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987.

SEYİDOĞLU, Halil: Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Gizem Yayınları.

SHIHATA, Ibrahim: The Experience of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators, ICC Publications, No:472, 1991.

SİRMEN, Lale: “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Ankara 19 Haziran 1996, s.11-17.

SOYSAL, Mümtaz – İter ERTUĞRUL: Kamu Hizmeti ve Tahkim, KİGEM Yayınları, Ankara 1999.

STRONG, S.I.: “Intervention And Joinder As Of Right In International Arbitration”, http://web.lexis-nexis.com/universe/document_12, search terms: ICC Arbitration, p.1.

ŞAH, Yusuf, "Uluslararası Tahkime Giden Süreçte Yaşananlar Üzerine", www.liberaltdt.org.tr.

ŞANLI, Cemal: "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", 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, s. 35-51.

ŞENALP, H.Engin- Ali BİLİR: “Yap-İşlet-Devret Modelinin Mahallî İdareler Yönünden Hukukî Geçerliliği”, Türk İdare Dergisi, S.382, Mart 1989, s.153-154.

TAN, Turgut: “İdare Hukuku ve Tahkim” , AİD., C.32, S.3, Eylül 1999, s.9.

TAN, Turgut: “İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Ankara 19 Haziran 1996, s.23-40.

TAN, Turgut: “İdarenin Özel Hukuk Alanındaki İşlemleri”, II.Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, 10-14 Mayıs 1993 Ankara, s.107-116.

TAN, Turgut: İdarî Faaliyetler, İdarî Sözleşmeler, Kolluk Kuvvetleri, Ankara 1976.

TAN, Turgut : “İdarî Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi., Prof. Dr. Turan GÜNEŞ’e Armağan, Haziran-Aralık 1995, C.50, S.3-4, s.291-309.

TAN, Turgut: Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayını, No:210, Ankara 1984;

TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti,Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I.Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara 1991, s.330-331

TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri” , Hukuk Kurultayı 2000, İzmir Barosu, s.463 v.d.

TAN, Turgut: “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, AÜSBFD.,C.XXII, S.2, s.285-326.

TANRIVER, Süha : “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim” , Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. , İstanbul 2000, s. 1082.

TANRIVER, Süha: Makalelerim (1985-2005), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005.

TANSUĞ, Çağla: İdari Sözleşmelerde Tahkim, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2001.

TBMM Tutanak Dergisi, Cilt:9,46 ncı Birleşim, 10.08.1999, s. 40-113.

TEZİÇ, Erdoğan : “Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, s.3;

The ICC Court of Arbitration, ICC Publishing.

The World Investment Report (WIR) 2003, www.unctad.org.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: "Doğrudan Yabancı Yatırımcılara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü, Eğitim Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2001, s. 165-181.

TÖNÜK, Vecihi: “İdarî Sözleşmeler” Türk İdare Dergisi, Y.1952, S.215, s.101 v.d.

TÜREL, Oktar - SOMEL, Cem: "Çok Taraflı Yatırım Anlaşması: Seattle'a Giderken", Küreselleşme Emperyalizm Yerelcilik İşçi Sınıfı, Derleyen: E. Ahmet TONAK, İmge Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2000, s. 45-63.

ULER, Yıldırım: “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, Anayasa Yargısı, Ankara 1998, C.15, s.252 v.d.

ULUATAM, Özhan: “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, İşveren Dergisi, C.XXVIII, S.5, Şubat 1989, s.27-29.

ULUSOY, Ali: “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, AÜHFD, C.48, S.1-4, Ankara 1999, s. 165-177.

ULUSOY, Ali D.: “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, C.31.,S.2, s.-21-40.

URAS, Güngör: "Sorun Tahkim'de Değil İmtiyaz'da", Milliyet, 30.07.1999.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı İhtihatlı İnşaat Hukuku, Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

ULUATAM, Özhan: “Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler”, İşveren Dergisi, C.XXVIII, S.5, Şubat 1989, s.27-29.

ULMER, N.: “Winning The Opening Stages of an ICC Arbitration”, Journal Of International Arbitration, 1991, Vol.8, No:2, s.33-45.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı: Osmanlı Tarihi, Ankara 1947.

VARLIER, Oktay: "Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim", Görüş Dergisi, Sayı: 40, Eylül-Ekim 1999, s. 50-55.

VARLIER, O. , “Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi” , Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu (Bildiriler-Panel, Ankara, 19 Haziran 1996) , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s.3-7.

WEINBERG, K.S.: “Equity In International Arbitration: How is fair? A Study Of Lex Mercatoria And Amiable Composition”, <http://web.nexis.com/universe/document> 34, search terms: ICC Arbitration.

YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 1985.

YENİCE, Kâzım - Yüksel ESİN : Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdarî Yargılama Usûl Kanunu Şerhi, Ankara 1983.

YEŞİLIRMAK, A.: “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi”, Batider., Aralık 1999, Cilt XX, Sayı 2, s. 165 v.d.

YET, Orhun: “İdari Yargıda Yapısal Değişim” , Danıştay Başkanlığı tarafından düzenlenen “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü” konulu Sempozyumda sunulan tebliğ (11-12 Mayıs 2001, Ankara).

YILDIZ ÇAKAR, Filiz: "Tahkim", www.basakekonomi.com.tr, Erişim Tarihi: 26.06.2003.

YILMAZ, Ejder : “Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim” , Yargı Reformu 2000- İzmir Barosu (5-8 Nisan 2000) , s.286 v.d.

YILMAZ, Onur, "Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Kısa Tarihçesi", www.sendika.org,

YILDIRIM, Turan: “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usûlleri Sempozyumunda sunulan tebliğ.

YÜZAK, Özlem ve Mutlu DEMİRKAN: "Uluslararası Tahkimin Öyküsü", Cumhuriyet, 24.07.1999.

ZABUNOĞLU, Yahya: “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 Bildiriler Panel, İkinci Baskı Ankara 1996, s.45-54.

ZABUNOĞLU,Yahya: “Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri” , Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000 (12-16 Ocak 2000- Ankara) , s. 495 v.d.

Yararlanılan Internet Adresleri:

- 1-www.worldbank.org
- 2-www.unece.org
- 3-www.unctad.org
- 4-www.treasury.gov.tr
- 5-www.iccwbo.org
- 6-www.bumko.gov.tr
- 7-www.dpt.gov.tr
- 8-www.uncitral.org
- 9-www.tbmm.gov.tr
- 10-www.oib.gov.tr
- 11-www.miga.org

OZET

İdare Hukukundaki kamu hizmeti gibi köklü kavramlar, eski anlamlarını önemli ölçüde kaybederek yeniden tanımlanmaya başlamışlardır.

Küreselleşmenin etkisiyle yaşanan bu değişim önce yerli firmaların sonra ise yabancı yatırımcıların kamu hizmeti görmesinin onunu açmıştır.

Uluslararası alanda yabancı yatırımcıların yatırım güvenliğini sağlamak için tahkim mekanizması oluşturulmuş ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkimi kabul etme süreci özellikle Türkiye’de sancılı olmuştur.

1999 Anayasa değişikliğinden sonra ise artık imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime olanak tanınmıştır.

ABSTRACT

Definitions of some central concepts of the administrative law, such as service public, have been changing and the new definitions are being searched and constructed.

This change, which is led by the globalization, provided both domestic agencies and the foreign investors with the opportunity of having service public.

Arbitration mechanism is well-defined under the international law to protect the foreign investors, but in Turkey the period of applying international arbitration for the service public contract has become painful.

After the change in the 1999 constitution, international arbitration is recognized for the service public contract.