

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM USULÜ*

Zehreddin ASLAN*

Nilay ARAT**

ÖZET

Çalışmada, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim usulü incelenmektedir.

İncelemede, öncelikle tahkim müessesesi ve bu müesseseye ilişkin Türk Mevzuatı ele alınmış, sonrasında da idari sözleşmeler ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri üzerinde durulmuştur. 1982 Anayasasında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim yolunu açan değişiklikler incelenmiş ve son olarak da Anayasada yapılan bu değişiklikler neticesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri için açılan tahkim yolunun kamu menfaatinin gözetilmesi gereken imtiyaz sözleşmelerinin Türk İdare Hukukunda yarattığı sorunlar ve getirdiği olumlu sonuçlar değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, Tahkim

ABSTRACT

This paper examines arbitration procedure for the disputes arising out of a public service concession agreement.

In this study, authors firstly give some background about arbitration and related arbitration laws in Turkey regarding concession agreements. Secondly, they sketch the outline of administration acts and public service concession agreements. Then, they discuss the latest Constitutional amendments in the way of availing disputes arising out of public service concession agreements for arbitration. Lastly, they underline the negative and positive results of arbitration in the case of a concession agreement where public benefit must be sought.

Keywords: Concession agreement, Arbitration

* Aynı makale daha önce *Kamu Hukuku Arşivi*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan 2, Eylül 2004, Yıl:7, s.157 - 170'de basım hatası nedeniyle eksik yayımlandığından makalenin anlam bütünlüğü bozulmuş, bu sebeple de yeniden yayımlanma ihtiyacı hasıl olmuştur.

* Prof.Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı - İstanbul

** Arş.Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı - İstanbul

I) TAHKİM MÜESSESESİ

A) GENEL OLARAK

Tahkim müessesesi her ne kadar yerli ve yabancı hukuk sistemlerinde son yıllarda özellikle de globalleşen dünyada uluslararası ticari ilişkilerin yoğunlaşması neticesinde popüler bir kavram ve pratik bir araç haline geldiyse de kökleri çok eskiye dayanan bir kurumdur (Şanlı,1986:13). Devlet yargısının kurumsal olmadığı dönemlerden beri varlığını sürdürmüş olan tahkim, yargının devlet eliyle organize bir biçimde görülmeye başlanmasıyla geri planda kalmış ancak günümüzde ekonomik ilişkilerin ve dolayısıyla ticaretin dünya üzerindeki serbest hareketiyle yeniden tercih edilir hale gelmiştir (Şanlı,1986:16). Tahkim kurumunun devlet yargısına alternatif olarak düşünülmesinin ve uygulanmasının sebebini anlayabilmek için evvela bu kurumu tanımak ve esaslı unsurları ile ortaya koymak gerekir.

Tahkim, tarafların ya uyuşmazlık çıkmadan evvel daha sonra aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için ya da aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre yine aralarında beraberce kararlaştırdıkları özel kişilere (hakemlere) müracaat ettikleri ve bu kişilerce alınacak karara uymayı riayet ettikleri kurum, olarak adlandırılır (Carbonneau, 2001).

Doktrinde ise tahkim kavramı farklı yazarlarca farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir yazara göre, tahkim “[t]arafların anlaşması üzerine, aralarındaki hukuki nizam hakem denilen hususi şahıslar tarafından halledilmesi” olarak tanımlanırken (Postacıoğlu,1975:783) diğer bir yazar tahkimi, “[b]ir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması” şeklinde ifade etmiştir (Kuru,2001:5875). Bir diğer tanıma göre de tahkim “taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan muayyen hukuki ihtilafların devlet yargısı dışında taraflarca seçilen ve hakem denen tarafsız özel şahıslar marifetiyle nihai olarak karara bağlanması” olarak tanımlanmıştır (Şanlı,1986:17).

Tüm bu tanımlardan yola çıkarak tahkimi niteleyen unsurlar olarak birkaç nokta göze çarpmaktadır.

Bunlardan ilki, tahkimin hukuki bir ihtilafın çözümü için geliştirilmiş bir yöntem olmasıdır. Tahkimi niteleyen diğer bir unsur tahkimin devlet yargısı yanında ve

bunun dışında bir alternatif yargı olmasıdır. Bunun sonucu olarak da taraflar anlaşarak aralarındaki belirli ihtilafları devlet yargı sistemi dışında özel bir yargı yöntemiyle ve devletin yargı yetkisiyle sıfatlandırmadığı kişilerce çözmektedirler. Bu nedenle de, aralarındaki ihtilafın çözümünde kullanılacak metodu, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, ihtilafı çözecek özel kişileri, bunların yetkilerini, hakemlerin toplanma yerlerini, yargılama dilini taraflar belirlemektedir. Devlet yargısında olmayan bir serbesti tahkim yargılaması taraflarında ziyadesiyle bulunmaktadır.

Buna ek olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi sebebiyle başvuru tahkim yöntemi neticesinde taraflar arasında uyuşmazlığa sebebiyet veren sözleşme dışında tarafların kendi aralarında uyuşmazlığı tahkime götürmek üzere akdettikleri bir özel hukuk sözleşmesinin yanında, ihtilafı çözecek hakemleri belirledikleri ve bu hakemlerin hak ve yetkilerini tayin ettikleri diğer bir özel hukuk sözleşmesi de karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle tahkim yargılamasına başvurmak neticesinde bir sözleşmeler ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, tarafların uyuşmazlığın halli için başvurdukları hakemlerin uyuşmazlığı kesin karara bağlaması niyetiyle bu işe giriştiklerinden bu karara uymaları gerekliliği de tahkimi niteleyen bir unsur olarak belirlemektedir. Ancak, uygulamada gerek nihai karar aleyhine olan tarafın kararı uygulamada kimi zaman isteksiz davranması, kimi zaman da aşağıda inceleneceği üzere yabancılık unsuru içermesi nedeniyle diğer bir ülkede tanınma ve tenfizi gereken kararların tenfiz aşamasında “kamu düzeni” engeline takılmaları, bu özelliği, tahkimin bir niteliği olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Tanımları ve unsurları yukarıda açıklanmaya çalışılan tahkim müessesesi çeşitli şekillerde olabilir. Tahkimin, tahkime müracaat eden tarafların iradelerine bırakılmış olup olmamasına göre ihtiyari tahkim, mecburi tahkim; belli bir müessesenin murakabesi altında belirlenmiş kurallara uygun cereyan edip etmemesine göre kurumsal tahkim, arızı tahkim; tahkime konu olan ihtilafın çeşidine göre alelade tahkim, ticari tahkim; tahkimin yabancılık unsuru içerip içermemesine göre milli tahkim, milletlerarası tahkim; tahkim anlaşmasının iki veya daha fazla tarafın arasında olmasına göre iki taraflı tahkim, çok taraflı tahkim şeklinde ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir (Polatkan,2000:484-489).

Ancak bu çeşitlerden üzerinde en çok durulan iki ayırım mevcuttur. Bunlardan ilki tahkimin cereyan ettiği düzene göre milli tahkim ve milletlerarası tahkim ayırımıdır. Milli tahkim, bir ülkenin hukukuna göre milletlerarası sayılmayan tahkim türü iken milletlerarası tahkim ise belli bir ülkenin hukukunca milli addedilmeyen tahkim türüdür (Tanrıver,2000:1078). Buna göre, milli tahkim, yerel hukuka göre uyuşmazlık konusu olan ihtilafların, taraflarınca tahkim yoluyla çözülmesi hali iken; milletlerarası tahkim, konusu milletlerarası ticari ihtilaflar olan tahkim

prosedürüdür. Bir tahkim prosedürünün milletlerarası karakterine ilişkin olarak her hukuk sistemi kendi kıstaslarını belirlemektedir. Bu da her ülkenin kendi kanunları ile bir tahkim prosedürüne milletlerarası olma niteliği veren özelliklerin ortaya konmasıyla olur. Nitekim bu konuda öğretilerde de farklı görüşler mevcuttur (Şanlı, 1986:29)¹. Milletlerarası tahkim konusuna aşağıda uluslararası tahkim kuruluşları açıklanırken daha ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

Bunun dışında tahkim, kurumsal (institutional) ve arzi (ad hoc) olmak üzere ikiye ayrılır (Nomer vd, 2000:25; Şanlı,2002:241 vd). Bunlardan ilkinde taraflar aralarındaki bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile hallini amaçlarken bu yolun izlenmesinde uygulanacak usulü, kurallar dizini halinde belirlemiş olan birtakım kuruluşların yürüttüğü görülürken, ikincisinde herhangi bir kuruma tabi olmaksızın tarafların tahkim prosedürünün tüm kurallarını kendilerinin belirledikleri bir tahkimden söz edilir (Akıncı,2003:24). Kurumsal tahkime milli bazda Ticaret Odalarının tahkim kurumları² örnek olurken milletlerarası arenada Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce), Londra Tahkim Mahkemesi (London Court of Arbitration) ve Amerikan Tahkim Kurumu (American Arbitration Association) örnek olarak verilebilir. Bunların yanı sıra milletlerarası uygulamada kurumsal tahkim için öngörülen ancak sektörel bazda hizmet veren Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal-GAFTA) (www.gafta.org (05.06.2004, WEB), Rafine Şeker Birliği Tahkim Mahkemesi (The Refined Sugar Association Arbitration Tribunal) ve Sıvı ve Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Arbitration Tribunal-FOSFA) (www.fosfa.org (05.06.2004, WEB) gibi kurumlar da mevcuttur.

B) TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM DÜZENLEMELERİ

1) Milli Tahkime İlişkin Düzenlemeler: Türk Hukukunda tahkime ilişkin kanunlar çeşitli olmakla beraber bunlardan konumuzla ilgili olanları son yıllarda yürürlüğe girenleridir. Mevzuatımızda ilk başta 18.06.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) göze çarpmaktadır. Milli tahkime ilişkin olarak düzenlemeler (HUMK.md.516-536) içeren HUMK, yürürlüğe girdiği 1927 yılından Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda anlatılacak olan iptal kararlarına kadar uluslararası tahkimi (Şanlı,2002:220) ve yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen hükümler ihtiva etmekteydi. Ancak bu hükümler sonraki tarihli 2675 sayılı

¹ Yazara göre bir tahkim prosedürünün milletlerarası olması taraflar arasında ihtilafa sebebiyet veren sözleşmenin ekonomik karakteri ile açıklanacağından bu kıstası belirlemede "milletlerarası akit" kavramına dayanmak gerekir.

² İstanbul ve İzmir Ticaret Odaları gibi.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla HUMK, konumuz dışında kalan milli tahkime ilişkin düzenlemeler açısından kurallar getirdiğinden burada ele alınmayacaktır.

2) Milletlerarası Tahkime İlişkin Düzenlemeler: Milletlerarası tahkime ilişkin olarak ülkemizde gerek TBMM tarafından kabul edilmiş olan kanunlar gerekse de Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yabancı ülkeler ile akdetmiş olduğu ikili yatırım antlaşmaları ile uluslararası sözleşmelere katılma ile oluşmuş bir milletlerarası tahkim düzenlemeleri alanı mevcuttur. Bunlardan ülkemizde hazırlanarak yürürlüğe girmiş olanlardan 4501 sayılı ve 21.01.2000 tarihli Kamu Hizmetleri ile İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun (R.G., 22.01.2000, sy. 23941) karşımıza çıkarken, 4446 sayılı ve 13.08.1999 tarihli Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (R.G., 14.08.1999, sy. 23786) ile 4492 sayılı ve 18.12.1999 tarihli Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., 21.12.1999, sy. 23913) da mevzuat açısından yapılan en köklü değişiklikleri hukuk sistemimize ithal etmektedir.

Bunların yanı sıra, uluslararası alanda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin diğer ülkeler ile imzalamış olduğu ikili yatırım antlaşmaları ile, 6 Aralık 1988 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak ülkemiz mevzuatında etkili olan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon, 23 Eylül 1991 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak hukuk sistemimize giren 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında 25 Eylül 1991 tarihinde Resmi Gazete'de yayımla hukukumuzda geçerlik kazanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Konvansiyonu, kendi iç hukukumuzdan 2675 sayılı ve 20 Mayıs 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve son olarak da 21 Haziran 2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, ülkemizde milletlerarası (uluslararası) nitelikli tahkime ilişkin geçerli olan düzenlemeleri oluşturmaktadır.

II) İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

A) İDARİ SÖZLEŞMELER

İdare, kamu hizmetlerini yerine getirirken çoğunlukla tek yanlı işlemler yapmasına rağmen her zaman tek yanlı işlemler idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken gerekli olan hareket kabiliyeti açısından yeterli olmaz. Bunun neticesinde idare, tek

yanlı işlemler yanında sözleşmeler de akdeder. İdari sözleşmeler, kamu hizmeti kavramının değişerek yayılması neticesinde idare hukuku alanına girmiş ve nitelik değiştirerek idari yöntemlerden birini oluşturmuştur (Onar,1966:1590 vd.).

İdarenin tarafı olduğu sözleşmeler iki grupta incelenir. Bunlardan ilkinin idari sözleşmeler teşkil ederken diğerini ise özel hukuk sözleşmeleri oluşturur. Dolayısıyla, idarenin sözleşmeleri her zaman idari sözleşme olarak nitelendirilemez. Zira, idarenin sözleşmeleri bu iki grubu da yani hem özel hem de idari nitelikteki sözleşmeleri kapsar niteliktedir³. Türk Hukukunda genellikle İdarenin yapmış olduğu bir sözleşmenin hangi çeşit içine dahil olduğu kanunlar tarafından sözleşmenin tabi olduğu hukukun belirtilmesi ya da ihtilaf halinde çözüm yerinin belirtilmiş olması ile belirlenir. Ancak, her zaman sözleşmenin türü kanun hükümlerinden anlaşılamayabilir. Bu gibi durumlarda sözleşmenin niteliğine bakmak gerekecektir. Sözleşmenin niteliği incelenirken sözleşmenin konusu ve taraflar arasındaki hukuksal ilişkiden hareket etmek gerekir.

Söz konusu hukuki ilişki “özel hukuk dışında idareye özgü bir düzenleniş gereksinim gösteriyor ise” (Günday,2003:169) sözleşme idari nitelik arz ediyor demektir. Bu hususta Türk yargı kararlarına geliştirilen kriterler mevcuttur. Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay tarafından muhtelif kararlarında belirtildiği üzere aşağıdaki özelliklere sahip olanlar, idarenin idari sözleşmelerinden sayılmıştır (Bilgen,1970; Duran,1982:430). Buna göre, taraflardan birinin idare olduğu, kamu yararı amacının güdüldüğü, konusunun kamu hizmeti ve bunun yürütülmesi olduğu⁴ ve idareye üstün ayrıcalıkların tanındığı sözleşmeler idari sözleşmelerden sayılmıştır⁵. Dolayısıyla, idari sözleşmeleri belirlemek açısından kesin bir takım kriterler topluluğu geliştirilmiştir, ancak, her olayda sözleşmeyi nitelenmek farklı yöntemlerle olabilmektedir.

³ Buna göre özel hukuk sözleşmeleri Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir ve bunlardan doğan ihtilafalara adli yargı mercileri bakarken, idari sözleşmeler İdare Hukukuna tabidir ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür, meğer ki hukukumuzda son yıllarda ağırlığını hissettiren tahkim şartı öngörülmüş olsun. Netice olarak, idarenin kamusal yetkilerine dayanarak yaptığı sözleşmeler nitelik olarak idari sözleşme, özel kişiler gibi Medeni Hukuka göre yaptığı, kendi üstünlüğü söz konusu olmayan ve tüzel kişi ehliyetiyle yaptığı sözleşmeler de özel hukuk sözleşmesi kategorisine girmektedir.

⁴ Ayrıca Anayasa Mahkemesi de kamu hizmetinin yürütülmesini, idari sözleşmelerin kriterlerinden saydığı bir kararında açıkça belirtmiştir (Anayasa Mahkemesi 28.06.1995 T., E. 1994/71, K. 1995/23).

⁵ Bir sözleşmenin idari sözleşme olması için taraflardan biri kamu idaresi, kamu kuruluşu ya da kurumu olmalı, sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmalı ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınmış olmalıdır(Bkz. Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 T., E. 1994/43, K. 1994/42-2 ve 28.06.1995 T., E.1994/71, K.1994/23. Danıştay da aynı nitelikleri muhtelif kararlarında belirtmiştir. Örnek karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993 T., E. 1991/1, K.1993/1752; *Danıştay Dergisi* sy.88, s. 463.

İdarenin idari sözleşmelerinde her ne kadar bir eşitsizlik ve idare lehine bir dengesizlik, ağırlık görülse de bu durum aynı zamanda idarenin kısıtlanmasını da beraberinde getirmektedir. Zira, idari sözleşmelerde idarenin kamu hizmetinin kamu yararı doğrultusunda görülmesini gözeten ve kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlayan taraf olması dolayısıyla bir takım imtiyazlara sahip olması karşısında, görülen hizmetin kamu yararına gerçekleştirilmesi gerektiğinden idarenin, sözleşmenin karşı tarafını, konusunu, amacını ve şeklini seçmek konusunda bir takım sınırlamalara tabi olduğu bir gerçektir (Duran,1982:433-444). Bu özelliğın bir sonucu olarak da sözleşmenin tarafları arasında bir uyuşmazlık ancak idari yargının konusu olabilir; ayrılabilir işlem kuramı hariç olmak üzere tam yargı davası konusu olur ve iptal davası konusu olmaz (Duran,1982:433-444).

İdari bir sözleşmede taraflar arasındaki eşitsizliğin bir takım araçları mevcut olduğu gibi karşı tarafın da sahip olduğu bir takım haklar mevcuttur. İdare; genel gözetim ve denetim, sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma ve para yaptırımları, akidin kötü ifası halinde onun adına ve hesabına işi görme/gördürme, işletmeye geçici olarak el koyma, işi başkasına ihale etme veya akidin ağır kusuru durumunda tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshetme gibi karşı tarafa uygulayacağı yaptırımlara sahiptir (Duran,1982:439-446). Bunlar karşısında akid taraf ise sözleşmenin ifasının kolaylaştırılması için kendi lehine kamulaştırma isteme ve sözleşmedeki mali dengenin sağlanması açısından idarenin sözleşmenin şartlarını ağırlaştırılması durumunda bunu tazmin etmesini gerektiren *fait du prince* ile iki tarafın da öngöremeyeceği iktisadi değişikliklerin ortaya çıkması nedeniyle sözleşmenin uygulanmasının zorlaştığı durumlarda yükümlün paylaşıldığı *öngörülemezlik (imprevison)* kuramı gibi haklara sahiptir (Duran,1982:439-446).

Bu şekilde taraflara haklar ve yetkiler veren bir idari sözleşme çeşitli şekillerde son bulabilir. Sözleşme, tarafların yükümlerini yerine getirmeleri ile son bulabileceği gibi sözleşme süresinin nihayeti ile de sona erebilir (Giritli vd.,2001:860). İdare, bu haller dışında akidin ağır kusuru halinde bir müeyyide olarak veya akidin kusurunu olmadığı durumlarda kamu yararının gerektirdiği hallerde bir işlem ile ve karşı tarafın zararını tazmin ederek sözleşmeye son verebilir (Giritli vd.,2001:860). Bunlara ek olarak, idarenin ağır kusurlu olduğu hallerde akidin mahkemeye başvurusu, akidin ağır kusuru halinde idare, yaptırım olarak işletmeye el koyarak mahkemeden fesih isterse veya beklenmeyen haller vuku bulduğunda tarafların mahkemeye başvurarak fesih istemesiyle mahkemenin fesih kararı vermesiyle idari sözleşmeler son bulabilir (Giritli vd.,2001:860).

Hukuki rejimi bu şekilde özetlenebilecek olan idari sözleşmeler, uygulamada, kamu borçlanma (istikraz) sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerine ilişkin işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ve kamu hizmeti

imtiyaz sözleşmeleri olarak karşımıza çıkabilirler. Konumuz açısından idarenin idari sözleşmelerinden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ele alınacaktır.

B) KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

1) Genel Olarak:

Kamu hizmeti imtiyazı, Osmanlı dönemindeki mali ve teknik eksiklikler nedeniyle yabancı özel girişimcilere tanınmış, sonraları Cumhuriyet rejiminin kurulması ile bu hizmetlerin özel girişimciden satın alma (*rachat*) yöntemi ile alınıp iktisadi devlet teşekküllerince bu hizmetlerin görülmesi şekline dönüşmüş ve daha sonra liberal düzenin bir gereği olarak yeniden özel girişimcilere verilmeye başlanmıştır (Duran,1982:329, Giritli vd.,2001:848; Günday,2003:172; Tan,1995:291-309).

Kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hizmetinin idarenin gözetimi ve sorumluluğu altında olmak koşulu ile kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesinin bir sözleşme ile bir özel kişiye verilmesi ve böylece masrafları, karı ve zararı bu özel hukuk kişisine ait olmak üzere kurulan bu hizmetten yararlananlardan bu özel hukuk kişisinin belli bir ücret alması ve kararlaştırılan süre sonunda da işletmenin borçlardan arınmış bir halde idareye devri ile sonuçlanan bir sözleşme ile olur. Bu durumda idare imtiyaz veren özel girişimci ise imtiyaz sahibi olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bir “kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı, kendisine ait olmak üzere, özel hukuk kişilerince yerine getirilmesini” imtiyaz, ve “konusu kamu hizmetlerinin kurulmasını ve /veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri” de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak nitelemiştir⁶, bir diğer kararında da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini, “...kamu hizmetinin özel teşebbüse gördürülmesine ilişkin olan ve yönetime üstünlük tanınan...sözleşmeler...” şeklinde tanımlamıştır⁷.

Danıştay’ın imtiyaz sözleşmesini nitelediği ilk karar olarak kabul edilen 1935 tarihli kararında Danıştay, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini, “[y]ardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istidası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukaveleler” olarak tanımlamıştır (Karahanoğulları,2002:323 ve 372 no’lu dipnot). Daha sonraki bir kararında,

⁶ Anayasa Mahkemesi 28.06.1995 T., E.1994/71, K.1995/23 ve 09.12.1994 T., E.1994/43, K. 1994/42-2.

⁷ Anayasa Mahkemesi 22.12.1994 T., E. 1994/70, K.1994/65-2.

“...kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, devletin aslen sahibi bulunduğu bir kamu hizmetini başka bir şahsa veya kuruluşa devretmesinden ibarettir. Ancak, bu devir keyfiyeti, kamu idaresi ile kar ve zararı kendisine ait olmak üzere hizmetin yürütülmesini yüklenen arasında uyuşma sonucunda imzalanan bir akit” (Karavelioğlu,2001:35) olduğunu belirtmiş, bir diğer kararında ise, “idarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında, hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere, idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yöntem biçimi”⁸ni imtiyaz olarak tanımlarken diğer bir kararında⁹ da imtiyaz sözleşmesini, tanınan bir takım menfaatler karşılığında kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi şeklinde nitelemiştir¹⁰.

2) Hukuki Nitelik :

İmtiyaz sözleşmeleri, bir yandan teknik konuların kural olarak düzenlendiği, bir yandan da özel kişi olan akidin hak ve yetkilerini gösteren koşul ve mali konulara ilişkin olarak sübjektif hükümler içerdiklerinden, idarenin karma işlemleri kategorisine girmektedirler (Duran,1982:334; Giritli vd.,2001:830, Özay,2004:251)¹¹. İmtiyaz sözleşmeleri, özel hukuk anlamında anlaşılan sözleşmelerden farklı olarak, taraflar açısından hak ve borçlar yaratan sözleşme olmanın yanında, görülecek olan kamu hizmetinin kuruluşu ve buna ilişkin görev ve yetkileri belirleyen şartlaşma ve diğer belgelerden oluşur (Duran,1982:334). Bu şartlaşma kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olan kuralları belirlemesinden ötürü kural işlem özelliği gösterirken, bu hükümlerden imtiyaz sahibine ücret tahsili ve kamulaştırma isteme gibi yetkilerle donatırken koşul-işlem olmakta ve nihayet

⁸ Danıştay 1.Dairesi 24.12.1992 T., E.1992/232, K. 1992/294, *Danıştay Dergisi*, S.87, 1992, s. 37.

⁹ DDK, 27.06.1970 T., E. 1967/702, K.1970/425, *Danıştay Dava Daireleri Kurul Kararları*, 1. Kitap, Ankara 1981, s. 477.

¹⁰ İmtiyaz sözleşmesinin Danıştay tarafından tanımlandığı diğer kararlarda; “...Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi idari bir sözleşme ile özel girişimciye devredilmişse,kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden tahsil edilecek olması ve bu hizmet devrinin uzun ve belli bir devre için yapılması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran özelliklerdir...”(Danıştay 10. Dairesi 29.04.1993 T., E. 1991/1, K.1993/1752; *Danıştay Dergisi*. S.88,s. 463. [İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 21.01.1994 T., E. 1993/358, K. 1994/10 ile onanmıştır]), “...konusu bir kamu hizmetinin kurulmasını ve /veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yerine getirenlere kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıyan ve idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olduğu uzun süreli sözleşmeler...”(Danıştay 1.Dairesi 24.09.1996 T., E. 1996/17, K. 1996/185; *Danıştay Dergisi*, S. 93,s. 19) şeklindeki tanımlamalara rastlamak mümkündür.

¹¹ Nitekim Danıştay’ın imtiyaza ilişkin olarak verdiği 1935 tarihli ilk kararında da bu husus belirtilmiştir.

sözleşmenin mali hükümlerini düzenleyen kısımlar da sözleşme özelliği göstermektedir (Duran,1982:335).

İmtiyaz sözleşmesinde tarafların hak ve yükümleri açısından idarenin yukarıda genel olarak idari sözleşmeler için açıklandığı üzere görülen kamu hizmetinin sahibi olması ve sorumluluğun idarede olmasından kaynaklanan denetim ve yaptırım uygulama yetkisi, değişen ekonomik ve teknolojik şartlara kamu hizmetinin uyarlanabilmesi için tek yanlı değişiklik yapma yetkisi ve özel kişi olan akidin ağır kusuru ya da ona ağır kusur yüklenmediği ancak hizmetin görülmesi açısından kamu yararının gerektirdiği hallerde sözleşmeyi feshetme yetkilerine sahipken; imtiyaz sahibi de, bir kamu hizmeti gördüğünden kamu hizmetine egemen olan tüm ilkelere -süreklilik, eşitlik, değişkenlik, meccanilik, tarafsızlık- uymak durumundadır (Özay,2004:251). Aynı zamanda da bu özel kişi belirlenen hizmeti görmek bakımından sahip olduğu birtakım teknik ve mali özelliklere göre seçilmiş olduğundan o hizmeti bizzat görmeli ve dolayısıyla da başkasına gördürmeden kendi yerine getirmelidir (Duran,1982:337; Günday,2003:301 vd.). Bunların yanında imtiyaz sahibi, yukarıda idari sözleşmelerde açıklandığı üzere, yapmakta olduğu hizmette kar amacı güttüğünden bir bedel isteme¹², değişen şartlara yönelik olarak idarenin yaptığı tek yanlı değişikliklerden doğabilecek mali zararlara ilişkin olarak sözleşmenin mali dengesinin korunması için zararını talep etme ve kendi lehine kamulaştırma, hizmet ile ilgili bir takım menkul-gayri menkul malların temini gibi özel kişinin işini değil ama hizmetin görülmesini kolaylaştırmak amacıyla getirilmiş kamusal olanaklara da sahiptir. İmtiyaz sözleşmesinin sona ermesi de yine yukarıda açıklanan usullerde olduğu gibi, sözleşmede belirlenen sürenin dolması ile olabileceği gibi, idarenin tek taraflı fesih hakkını kullanması [bu hakkına dayanarak satın alma-rachat yöntemi ile imtiyaza son verebilir (Duran,1982:340)] ya da taraflardan birinin mahkemeye başvurarak karşı tarafın ağır kusurunu ileri sürmesi neticesinde alacağı bir mahkeme kararı ile de olabilir (Günday,2003:302).

İmtiyaz sözleşmeleri açısından mevzuata bakıldığında ilk göze çarpan düzenleme günümüzde de geçerliliğini korumakta olan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli *Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*'dur. Bu yasal düzenlemenin dışında Cumhuriyet dönemi anayasaları da imtiyaz sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler ihtiva etmişlerdir. 1924 Anayasası, imtiyaz sözleşmelerinin onaylanması görevini TBMM'ye verirken Danıştay'ı da görüş bildirme ile yetkilendirmiş; 1962 Anayasası ile 1982 Anayasasının 1999 değişikliği öncesindeki düzenlemesi de imtiyaz sözleşmeleri açısından sadece Danıştay'ın incelemesine tabi olmak koşulu aramıştır. Nihayet, 1999 değişikliği sonrası düzende aşağıda

¹² Kamu hizmetine ilişkin olarak ücret tarifeleri idare tarafından belirlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duran,1982:336.

görüleceği üzere Danıştay'ın bu etkin yetkisi sadece görüş bildirme olarak öngörülürken bu yetki iki ay gibi bir süre ile de sınırlandırılmıştır.

1326 sayılı Kanun yanında günümüzde imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hükümler içeren birtakım özel kanunlar da çıkarılmıştır. Bunlar; 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kurumların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 28 Mayıs 1988 tarih ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'dur. Ayrıca 03.04.1930 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu ile de bir takım belediye hizmetlerinin imtiyaz yolu ile gördürülmesi düzenlenmiştir.

III) İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

A) ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNDEN ÖNCEKİ DURUM

1) Genel Olarak: Milletlerarası tahkim ve özellikle de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklar konusundaki tahkim açısından belki de milat sayılabilecek olan dönüm noktası 13 Ağustos 1999 tarihli anayasa değişikliğidir. Bu tarihte Anayasanın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişiklikler ile kamu hizmeti ve bu hizmetin görülmesi anlayışına yeni bir boyut getirilmiş ve bu alan yabancı sermayenin ülkeye daha rahat girebilmesi ve kendisini güvenli bir ortamda hissedebilmesine uygun bir biçimde yeniden şekillendirilmiştir.

Bu köklü değişiklikten evvel idarenin tarafı olduğu tüm sözleşmeler gibi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de her koşulda idari yargının görev alanına girmektedirken bu durumun değiştirilmesi için bir takım girişimlerde bulunulmuş, ancak, bu girişimler Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla 1999 Anayasa değişikliğine kadar sonuçsuz kalmıştır.

İmtiyaz sözleşmeleri, açıklandığı üzere klasik idare hukuku sözleşmesi olarak kabul edile gelmiş ve bunun doğal bir sonucu olarak da bu tür sözleşmelerden doğan tüm ihtilaflar idari yargının alanı içinde hallolunmuştur. Tipik bir idare hukuku sözleşmesi kabul edilen imtiyaz sözleşmelerinin 1999 değişikliği öncesinde

Anayasa'nın 155. maddesi¹³ gereği yapılması mecburi olan denetim de yine bu özelliğin diğer bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenle, idari yargının görev alanında çözümlenen ve Danıştay denetimine tabi olan imtiyaz sözleşmelerinin 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 5.maddesi ile özel hukuk sözleşmesi sınıfına sokulması ve idari yargı denetiminden kaçınılması Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmeyerek reddedilmiştir. Söz konusu olan Kanun ile birtakım yatırım hizmetleri (köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve havalimanları yapımı ve işletilmesi) özel hukuk sözleşmesi haline getirilmiş, ancak Anayasa Mahkemesi bu tutumu imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan bu tür sözleşmeler üzerindeki Danıştay ön denetimini kaldırmak olarak niteleyerek bu hükmü iptal etmiştir¹⁴. Gereğesinde de, kanun koyucunun bu tip sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme/sınıflandırma yetkisinin olmadığını, kanun koyucunun sözleşmelerin doğasını/niteliğini değiştiremeyeceğini belirtmiş ve idari sözleşmelerden doğacak her türlü ihtilafın idari yargı içinde kaldığını, bu nedenle de tahkimin bu alanda gerçekleştirilemeyeceğini de eklemiştir.

Görüldüğü üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve adı farklı dahi olsa bu nitelikteki sözleşmeler klasik idare hukuku sözleşmesi olarak düzenlenmiş ve bunların üzerinde Danıştay'ın ön denetimi kabul edilerek bu düzene aykırı hükümler Anayasa Mahkemesi'nin iptali ile var olan sistem korunmaya çalışılmıştır.

2) 1999 Anayasa değişikliği öncesindeki düzende uluslararası bir antlaşma olan ICSID ve Devletlerarası İkili Yatırım Antlaşmaları (Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları) gereği Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin tahkime ilişkin yükümlülüğü (Şanlı,2002:222): Ulusal bazda ele alındığında 1999 Anayasa değişikliği öncesinde bir tarafı idare olan kamu hizmeti imtiyazı niteliği taşıyan sözleşmeler açısından yukarıda ele alındığı üzere durum net olarak tahkime elverişli bir ortamı mümkün kılmamakta ancak uluslararası bir yükümlülük gereği bu net durum biraz farklı bir yöne doğru gitmektedir. Zira, iç hukukumuza 6 Aralık 1988 tarihinde ithal edilmiş bulunan "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon" (International Center for the Settlement of Investment Disputes-ICSID) gereği o

¹³ Değişiklikten önceki haliyle 1982 AY md. 155/2: "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlenmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

¹⁴ Anayasa Mahkemesi 28.06.1995 T., E.1994/71, K.1995/23.

günden 1999 yılına kadar ülkemizde varlığı çoğunlukla tartışma konusu olmamış bir uluslararası ticari tahkim mevcuttur. Bu Konvansiyon ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için bir kurum kurulmuş ve yabancı bir devlette yatırım yapan yabancı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların tahkim ve uzlaştırma yolu ile çözümü öngörülmüştür (Nomer vd.,2000:52-65) (<http://www.worldbank.org/icsid/> (05.06.2004, WEB). Her ne kadar, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde bu uyuşmazlığın ICSID çatısı altında bir tahkim yolu ile çözülmesi için taraflarca bir anlaşma yapılması gerekse de (ICSID md.25) Türkiye Cumhuriyeti Devleti, taraf olduğu böyle bir antlaşma ile Anayasa md. 90 gereği bu antlaşmayı iç hukukumuzdaki kanunlar ile eş değerde saymış ve yatırım uyuşmazlıklarına dair sözleşmelerin tarafının devlet olduğu sözleşmeler açısından tahkimi öngören bir irade ortaya koymuştur. Dolayısıyla, bu antlaşmanın onaylanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte bir tarafının idare olduğu yatırım uyuşmazlıkları bakımından tahkim ülkemiz hukukunda yerini almıştır.

Bunun yanı sıra, Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı sermayeyi ülkeye çekmek amacıyla diğer devletler ile akdetmiş olduğu onlarca ikili yatırım antlaşmaları mevcuttur. Bu antlaşmalarda belirtilen uyuşmazlık çözüm yolu gerek kurumsal olsun gerekse de arızı olsun tahkimdir. ICSID ile yüküm altına girmenin ötesinde yabancı sermayeyi Türkiye'ye çekmek ve kendi sermayemizin de yabancı ülkelerde güvenli ortamlarda yatırım yapabilmesini temin edebilmek için yine bir yüküm altına girilmiş ancak iç hukukta buna ilişkin düzenlemeler yapılmadığından idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar açısından tahkim yolunu kullanmak uygulamada mümkün olmamıştır.

Anayasa değişikliği öncesinde hernekadar ICSID ve diğer ikili yatırım antlaşmaları nedeniyle tahkim yolu idari sözleşmeler bakımından açık gözükiyorsa da doktrinde bunun aksi görüşler de mevcuttur (Özay,1999:629-639). Bu görüşü savunan Özay, Mümtaz Soysal'ın uygun bulma yasası ile hukuk sistemimizde kanun değerinde sayılan uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılıkları ileri sürülemez de uygun bulma yasalarının yargı önüne götürülebileceği tezine atıf yapmış, bunun yanı sıra da bir kanun ya da idari işlemin yargı bağımsızlığından yararlanmasının bunların diğer bir dava esnasında değerlendirilip hukuka aykırılıklarının ileri sürülebilmesini engellemeyeceğini belirtmiştir. Tüm bunların neticesinde de uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığını ileri sürmek mümkün olmasa bile Anayasaya aykırı bu sözleşmeye dayanarak yapılan uygulama işlemi sakat olarak görüp bu yönde karar vermek mümkündür, zira, idari yargı mercileri Anayasa ve yasalara uygunluktan daha geniş bir kavram olan hukuka uygunluk denetimi yapmakla yükümlüdürler. Ayrıca yazar, ilgili uluslararası sözleşmenin (ICSID) sadece sözleşmeye taraf olan devlet vatandaşları için geçerli olacağından bu durumun hem Anayasa'daki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini hem de "genel bir

uygulamanın güvencesi olama[yacağı]”belirtmektedir. Kaldı ki, ICSID ve ikili yatırım anlaşmaları neticesinde tahkim yolu açık olsa bile 1999 değişikliğine kadar her imtiyaz sözleşmesi Danıştayın ön denetiminden geçtiğinden bunlara ilişkin hükümler Danıştayca iptal edilebilme engeliyle karşılaşma ile fiilen uygulanamayabildiler. Buna göre de önceki tarihlerde imtiyaza ilişkin açık kapı var denilerek, imtiyaz sözleşmelerine tahkim kaydı koyarak, Danıştay denetimine yollamak burada kolaylıkla tahkimin sözleşmeden çıkarılması ile neticelenebilirdi.

Bunun yanında, ICSID çerçevesinde görülen tahkimlerin sonuçlarının hükmün verildiği ülkedeki bir mahkeme kararının sonuçlarını doğurması da ICSID md.54/1’de düzenlendiği üzere ICSID’e göre verilen tahkim kararı üye ülkeler açısından bağlayıcı olarak öngörülmüş ve kararın mali kısımlarını ilgilendiren hükümlerin de üye ülkenin kendi mahkemesi tarafından verilmiş bir nihai karar gibi yerine getirileceği hükme bağlanmış olduğundan, Danıştay denetiminden geçtiği vakit sözleşmeden çıkarılmamış bir tahkim hükmü neticesinde uyuşmazlığın tahkime götürülmesi ile sonuçlanan bir durumda verilen karar Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından bağlayıcılığa sahip olduğu gibi maddi hükümleri de devlet yargı organlarınınca verilmiş nihai bir karar hükmünde olacaktır.

B) ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA MEVZUATTA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE TAHKİME İLİŞKİN YENİ DÜZEN

Yapılan ilk değişiklik ile Anayasa’nın 47. maddesine “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü getirilerek kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin çıkarılacak bir kanun ile yasa koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Ayrıca, Anayasa md. 125’in birinci fıkrasına eklenen “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.” cümlesi sonucu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ulusal ve uluslararası tahkim yolu açılmıştır. Aynı değişiklik ile, milletlerarası tahkime gitmek, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması şartına bağlanmıştır. Buna ek olarak, Anayasa’nın 155. maddesindeki değişiklik ile “Danıştay, ...kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek[le]...görevlidir.” demek suretiyle Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki ağır etkisi hafifletilmiş, Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki ön denetim yetkisi kaldırılarak bu yetki hem zaman hem de etki

bakımından daraltılarak görüş bildirme yetkisi olarak iki ay ile sınırlı bir hale getirilmiştir.

Anayasa’da yapılan bu değişikliklere ek olarak ve bu değişiklikleri tamamlayıcı olması sebebiyle diğer bazı kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır¹⁵. Yapılan bu değişiklikler Anayasa’ya yapılan değişikliklere paralel hükümler içermektedir. Söz konusu değişiklikler ile, Danıştay Kanunu md. 23/2 değiştirilerek Danıştay’ın kendisine gelen imtiyaz sözleşmesi hakkındaki düşüncesini en geç iki ay içinde bildirmesi hükmüne bağlanarak, yine Danıştay Kanunu md. 24 değiştirilerek (R.G., T. 02.06.2000, S. 4575) Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı uyuşmazlıklar belirlenirken “...tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar...” sayılarak¹⁶, yine Danıştay Kanunu md. 48, “ Danıştay,...., kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi,... iki ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.”, şeklinde (R.G., T.18.12.1999, 4492 S.) değiştirilerek, İYUK md. 2/1(c) “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.....” şeklinde değiştirilerek ve son olarak da 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunu md.5/1(c)’de yapılan değişiklik (R.G., T.08.06.2000, 4577 S.) ile “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” hükmü getirilerek, tahkim şartı içeren imtiyaz sözleşmeleri idari yargının görev alanı dışına çıkarılmıştır.

Buna ek olarak, “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” da çıkarılarak, yap-işlet-devret sözleşmelerinin tahkime konu olabileceği ve özel hukuk sözleşmeleri olduğu vurgulanmıştır (Nomer vd.,2000:90). Bu sayede daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 5. madde hükmü, şartların değişerek hukuki ortamın mümkün kılmasıyla, yeniden mevzuatta yerini almıştır¹⁷.

¹⁵ 18.12.1999 tarihli Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

¹⁶ Paralel değişiklikler olarak Danıştay Kanunu md.42 ve 46 da yapılan diğer değişikliklerdir.

¹⁷ 1999 değişikliği öncesinde YİD’ler yolu ile özel hukuk sözleşmeleri niteliğindeki sözleşmeler ile kamu hizmetleri gördürülmesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay içtihatlarıyla mümkün olmadığı vurgulanmış olmasına rağmen bu şekildeki sözleşmelere ilişkin davaların, süreleri içinde açılmamış olmaları, hiç açılmamış olmaları ya da taraflar arasında taraflar açısından haklar ve borçlar yaratmış olan sözleşmelerin

Ayrıca, imtiyaz sözleşmelerinin ulusal veya uluslararası tahkime konu olabilmesi yolu açıldığı için bu konuyu düzenleyen bir yasa olan 21.01.2000 tarih ve 4501 Sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Gereken İlkelere Dair Kanun” kabul edilmiştir. Böylece, imtiyaz sözleşmelerinden çıkan uyuşmazlıklar sebebi ile tahkime gidilmesinde uyulacak kurallar düzenlenmiştir.

4501 sayılı Kanun, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim müessesesinin taraflarca kararlaştırıldığı durumlar için genel çerçeveyi belirleyen ana ilkeleri belirlemektedir. Bu ilkelere göre, taraflar, sözleşmeye koydukları bir tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi ile tahkim yoluna gitmeyi kabul edebilirler (md. 4/1). Tahkim şartı ya da sözleşmesinin içereceği, tahkim yeri, uygulanacak maddi hukuk, usul hukuku gibi hususlar da yol gösterici nitelikte Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında¹⁸ belirtilmiştir.

Kanunda yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğacak ihtilafların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla halli için yapılan anlaşma milletlerarası tahkim anlaşması olarak belirlenirken yabancılık unsuru da sözleşmenin tarafı olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı kaynaklı olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye, kredi veya teminat sözleşmelerinin yapılmasının gerekli olması olarak açıklanmıştır (md. 2/b-c).

Bunlara ek olarak, verilen tahkim kararlarının tanınma, tenfiz ve temyizine ilişkin olarak da ilk iki durum için asliye hukuk mahkemelerini, son durum için ise Yargıtay’ı merci olarak belirtmiştir (md. 5). Ancak, bu hüküm, aşağıda değinilecek olan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 17. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan haller için ise, HUMK ve MÖHUK’un tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (md. 6).

tarafının iradeleri veya yargı kararı ile ortadan kaldırılmaması nedeniyle pratik hayatta kullanılma alanı bulmuşlardır (Ulusoy,2001:13).

¹⁸ 4501 sayılı Kanun md. 4/2: “Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.”

Yapılan tüm bu hukuki düzenlemelerin ardından nihayet 2001 yılında “Milletlerarası Tahkim Kanunu” çıkarılarak, tahkim konusunda eksikliği o güne kadar hissedilmiş olan bir düzenleme yapılmıştır. Adı geçen kanun öncesinde, yabancı unsur içersin içermesin, tahkim Türkiye’de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na tabi iken, kanun çıktıktan sonra, yabancılık unsuru içeren ve Türkiye’nin tahkim yeri seçildiği veya bu Kanunun tahkime uygulanacağını kararlaştırıldığı uyuşmazlıklara uygulanmak üzere uyuşmazlığın unsurlarından hareket ederek milletlerarası tahkime bu Kanunun uygulanacağı belirlenmiştir. Yabancılık unsuru taşıyarak bu Kanuna göre milletlerarası nitelik taşıyan tahkim türleri açısından yabancılık unsuru,

- [t]ahkim anlaşmasının taraflarının ikametgah veya mutad meskenlerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması veya,
- tarafların ikametgah veya mutad meskenlerinin ya da işyerlerinin, -tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, -asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması veya, -tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf şirketi ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması veya, -tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi,

hallerinden birinin varlığı halinde kabul edilmiştir (4686 sayılı Kanun md. 2).

Görüldüğü üzere 4686 sayılı Kanun ile yabancılık unsurunun neleri içerdiği tek tek sayılmış ve bu surette yabancılık unsuru bu haller ile sınırlı tutulmuştur. Bunun yanı sıra Kanunun 7, 10, 13, 14 ve 15. maddelerinde de devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi belirli bir takım yardımlar ile sınırlandırılmıştır (Şanlı,2002:228-229). Bunlardan konumuz açısından en önemlisi, hakem kararlarına karşı yetkili asliye hukuk mahkemesinde yalnızca iptal davasının açılabilceğini öngören ve temyiz yolu yerine bu müesseseyi düzenleyen 15. madde hükmüdür. 15. madde gereği tarafların yetkili asliye hukuk mahkemesinde iptal davası açabilmesi belli koşullara bağlanmış ve bu koşullardan konumuz açısından en önemlileri mahkeme tarafından tahkim konusu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı ya da tahkim mahkemesinin verdiği kararın kamu düzenine aykırı olduğunun tespit edildiği durumlar olarak öne çıkmıştır. Bir diğer önemli madde ise mahkemelerin tedbir vermelerine ilişkin olan 10. maddedir. Anılan hüküm gereği, uyuşmazlık taraflarından biri ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı almışsa otuz gün içinde

tahkime gitmek mecburiyetindedir, aksi halde ihtiyati haciz ve tedbir kendiliğinden kalkar.

Tahkim iradesinin asıl sözleşmeye bir hüküm olarak (tahkim şartı) eklenebileceği gibi ayrı bir sözleşme halinde de ortaya konabileceği ayrıca *incorporation* yoluyla yani tahkim kaydı içeren bir belgenin taraflar arasındaki sözleşmeye ek yapılması suretiyle de belirlenebileceğini; şekil itibarıyla de yazılı şekilde olması gerektiği hüküm altına alınmıştır(4686 sayılı Kanun md. 4).

DEĞERLENDİRME

Anayasa değişikliği ile kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinin sadece idari sözleşme ile değil özel hukuk sözleşmesi ile de mümkün kılınması nedeni ile sözleşmede karşılıklı eşit iki taraf oluşmuş ve bu durum idarenin kamu hizmetinin esas sahibi olarak sözleşmenin kamu gücü tarafını oluşturmasıyla sözleşmenin ağırlık taşıyan tarafını teşkil ettiği idari sözleşmelerden farklı bir tablo çizmiştir. Zira, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile gördürüldüğü durumlarda artık idare kendisinin sorumlu olduğu ve kamu yararının gözetilerek görülmesi gerekli olan kamu hizmetlerini özel kişilere gördürmek için masaya otururken Anayasa değişikliğinden önce olduğu gibi sözleşmenin iradesi ağır basan tarafı olmamakta ve taraflar karşılıklı eşit iradelerle sözleşmeyi akdedebilmektedirler. Dolayısıyla, idarenin iradesinin ağırlığı tüm kamu hizmeti görülme sözleşmelerinde mümkün olmamakta ve hangi tür sözleşmelerde bu durumla karşılaşılacağı, kanun koyucunun iradesine bırakılmaktadır.

Kısacası, idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenebilmelerinin neticesi olarak sözleşmenin tarafları eşit iki irade olarak karşı karşıya geldiklerinden idari sözleşmelerde idarenin sahip olduğu ağırlık ve kamu gücünden gelen ve kamu yararını gözetilen bir konumda olması itibarıyla eşitliğin idare lehine bozulması durumları özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmetlerinin görüldüğü durumlarda mümkün olmayacaktır. Bunun neticesinde, özel hukuk sözleşmesi ile görülmekte olan kamu hizmetinin, taraflar arası eşitlik nedeniyle, İdare Hukuku'nda kamu hizmetinin temel özelliklerinden biri olarak beliren "uyarlama" ilkesinin gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Burada özel hukuk sözleşmesiyle de olsa görülen bir kamu hizmeti olduğundan, hizmetin asıl sahibi konumunda olan idare, hizmetin değişen ekonomik ve teknolojik şartlara uyarlanması ve işleyişini denetlemek konusunda ve bu sayede de kamu yararını gerçekleştirmek hususunda elleri kolları bağlı kalacaktır.

Bu değişikliğin yarattığı durumun direkt olarak imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun açılmış olması ile ilgisi yoktur. Zira, bu sonuç idarenin sorumluluğunda

olan bir kamu hizmetinin bir özel hukuk kişisine gördürülme yöntemi ile ilgilidir ve bu konuda özel hukuk ile düzenleme yolunu kanun koyucuya açarak yeni bir kamu hizmeti görme yöntemi yaratmaktadır (Gülen,2001:142). Anayasa değişikliği ile kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin kanun koyucunun belirlemesi ile özel hukuk sözleşmesi ya da idari sözleşme olarak karşımıza çıkmasının sonucu olarak niteliği itibarıyla idari sözleşme özelliğinde olan bir sözleşmenin kanun koyucunun iradesi ile özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmesi söz konusu olabilmektedir¹⁹. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere uluslararası alandaki yükümlülüklerimiz gereği bu alan zaten idari yargı alanı dışına çıkarılması mümkün olan bir alandı. Zira, zaten Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin imzalamış olduğu ve Anayasa md. 90 gereği iç hukukumuzda kanun niteliği taşıyan milletlerarası antlaşmalar (ICSID ve ikili yatırım antlaşmaları) bir tarafın idare olduğu kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri için tahkim yolunu önceden beri öngörmekteydi. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yollarından bir yenisi olarak düzenlenen özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti görmek, kısacası Anayasa md. 47/3'de yapılan değişiklik sadece kamu hizmetinin görülüş usulü hakkında bir yenilik getirerek bunların hukuki rejimini değiştirmekle kalmamakta, bunun bir sonucu olarak da bunlara ilişkin ihtilaflar açısından yargı alanını da değiştirmektedir.

Anayasa md. 155 değişikliği ile Danıştay'ın ön denetiminin bertaraf edilmesi imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yerindelik ve kanunilik denetimini ortadan kaldırmış ve konusu, kamu yararını bütünüyle içinde barındıran, kamu hizmetinin görülmesi olan bir sözleşmenin devlet denetiminden geçirilmeden içinde barındırabileceği sakıncalarla taraflar için bağlayıcı hale gelmesi mümkün kılınmıştır. Bunun neticesinde, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ya da kamu hizmetinin görülmesine özgü tüm gereklerin sağlanıp sağlanmadığı, sözleşmenin bir tarafı olan idarenin dışında herhangi bir resmi birimin denetimi olmaksızın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi yürürlük kazanmaktadır.

Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmesi açısından net olmayan bir takım durumlar da söz konusudur. Her ne kadar, daha önce inceleme olarak düzenlenen yetki görüş bildirme yetkisine dönüştürülmüş ve bu yetki iki ay gibi bir süre ile sınırlandırılmış olsa da, bu yetkinin içeriğine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bir görüşe göre Danıştay'ın inceleme yapmadan görüş

¹⁹ Anayasa Mahkemesi 09.12.1994 T., E. 1994/43, K. 1994/42-2 ve 28.06.1995 T., E. 1994/71, K. 1995/23'de birtakım faaliyetlerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olduklarını ve kanun koyucunun bu hizmetleri kamu hizmeti olarak düzenlememesinin bu faaliyetlerin niteliklerine bir etkisi olmayacağını belirtmektedir. Karşıt görüş için bkz. Duran,1982: 304 vd.

bildirmesi mümkün olamayacaktır (Karahanoğulları,2002:327). Diğer bir görüşe göre, düşünce, görüş almak niteliğinde olduğundan danışma niteliğindedir ve bağlayıcılığı yoktur (Gözler,2003:382). Ancak, Anayasa ve ilgili Kanunlarda düzenlenmiş olduğundan Danıştay'ın düşüncesinin alınması zorunludur. Bu durumda genelde işlemin oluşum sürecini çabuklaştırmak amacıyla öngörülen süreler (Karahanoğulları,2002:327) dahilinde konumuz açısından düşünce almak işlemi iki ay içinde yerine getirilmezse imtiyaz sözleşmesi esastan etkilenecek midir? Yoksa bu eksiklik bir usul eksikliği midir? Şekil şartı mıdır? sorunları gündeme gelecektir. Bu gibi hususların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Anayasa md. 125'deki değişiklik, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülebilmesini mümkün kılan değişikliktir. Bu durumda hizmetin sahibi ve sorumlusu olan idare, kamu yararına görülen bir kamu hizmeti ile ilgili uyuşmazlığın idari yargının alanından çıkarak özel ihtilaf çözme yöntemi olan tahkim yargılamasında çözümlenmesinde taraf olabilecektir. Netice olarak, alternatif ve özel bir yargılama tekniği olan tahkimin kamu hizmeti gördürülmesine ilişkin olan sözleşmeler için de mümkün kılınması ile bir tarafı idare olan ve idarenin sahibi olduğu bir hizmet olan kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olan bir uyuşmazlık, idari yargının görev alanından çıkarılmıştır. Buna ek olarak, daha ileriki aşama olan tenfiz aşamasında da tarafların ihtilafının halli için verilmiş bir tahkim kararının ülkemizde tenfizi aşamasında tenfiz işlemi adli yargı mercilerinde verilerek yine idari bir uyuşmazlık adli yargı alanına dahil edilmiş olmaktadır (Günday,2003:306)²⁰.

Bu durumun sonucu olarak da tahkim kaydı veya sözleşmesi olmadığı için idari yargı alanında halledilecek kamu hizmeti imtiyazına ilişkin ihtilaflara ilişkin kararlar idari yargıda verildiğinden ve tahkim öngörülen imtiyaz sözleşmelerinin de idari yargı dışında çözümü ve tenfiz safhasında adli yargı alanına dahil olması sonucu kararların adli yargı tarafından verildiğinden, ortaya çelişkili bir durum çıkmakta ve bu durum yargılama hukukunda göreve ilişkin olduğundan kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir (Günday,2003:306).

Yukarıda belirtilen tüm bu olumsuzluklara rağmen, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde umutsuzluğa kapılmamayı gerektirecek bir takım sonuçlar da vardır.

²⁰ Özellikle bu konuda, Anayasa Mahkemesi, içtihatları ile idari ihtilaflardan doğan davaların yasal düzenlemeler ile adli yargı alanına dahil edilmesini Anayasa'ya aykırı bulmaktadır.

Her ne kadar, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden doğan ihtilafların halli için tahkim yolu açılmışsa da yargı alanının idari alan dışına çıkarılmış olması sözleşmenin hukuki niteliğini etkilememektedir. Nitekim, ihtilaf çözüm yolunun idari yargı dışına çıkması kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin niteliğini özel hukuk sözleşmesi yapmaz, sözleşme yine idari sözleşmedir. Değişen sadece tarafların asıl sözleşmeleri ile kararlaştırdıkları uyuşmazlık çözüm yolunun eskiden kararlaştırma serbestileri olmadan idari yargı olmasıyken bu halde, idari yargı alanı içinde değil de özel bir ihtilaf çözüm yolu olan tahkimde çözümlenmesi yolunun açılmış olmasıdır. Bunun en büyük kanıtı, hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin hizmetin işlemesiyle ilgili konularda, hizmeti gören özel hukuk kişisi aleyhine adli yargıya gidebilecekleri gibi hizmetin asıl sahibi idare olduğundan menfaatlerinin ihlali sebebiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin iptali için idari yargıya (Danıştay) gidebilmeleridir (Tanrıver,2000:1082).

Öğretideki bir görüşe göre menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin hizmetin gereği gibi işlemesini temin bakımından idareye gitmesi ve bunun sonucu olarak da idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde “geniş anlamda bir idari vesayet yetkisi” olması gerektiğinden idare tek taraflı kararlar vermek yoluna gitmekte bu sebeple de tahkimin pratik bir anlamı kalmamaktadır (Azrak,1999:26-38,60-62). Görülen hizmet bir kamu hizmeti olduğundan, hangi yol²¹ ile ya da hangi sözleşme tipi ile görülürse görülsün hizmetten yararlananların birtakım hakları dolayısıyla hizmeti veren özel kişiye adli yargı yerinde talep haklarının yanında hizmetin asıl sahibi olan idareye de idari yargı yerinde dava açabilmeleri mümkündür (Karavelioğlu, 2001:355; Ulusoy,2001:19). Bu durum, hizmetin özel hukuk ya da idari sözleşme olması açısından fark etmeyeceği gibi sözleşmenin niteliğini de değiştirmez (Ulusoy,2001:19).

Bir başka anlatımla, tahkim şartı ya da sözleşmesi yalnızca sözleşmeden doğan ve tarafları bağlayan hususlar açısından olduğundan, hizmetin görülmesinde menfaati ihlal edilenler, sözleşmeye taraf olmadığından, tahkim hükmü ile bağlı değildirler (zira sözleşme hükümleri ile tarafların anayasal hakları olan hak arama özgürlükleri ortadan kaldırılamaz)ve hizmetin esas sahibi olması dolayısıyla²² idareye kamu

²¹ Hizmetin özel hukuk kişisine gördürülmesi hizmetin hukuki niteliğini değiştirmez. Bu da sorumluluk açısından idarenin sorumluluğunun devam ettiğini gösterir (Örnek kararlar için bkz. Danıştay 8. Dairesi 08.07.1987 T., E. 1985/211, K. 1987/313; *Danıştay Dergisi*, S.70-71, s. 426 ve Danıştay 10. Dairesi 25.06.1997 T., E. 1997/160, K. 1997/2583; *Danıştay Dergisi*, S.95, s. 643).

²² Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, “Devlet, bir kamu hizmetini, bizzat kendi personel, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir. Ancak bu durum hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluktan kurtarmaz....O halde bir yanda genel kamu yararı amaçlayan bir kamu hizmeti, öte yanda da yararını düşünen özel kişiler vardır ve işte bu yarar çatışmasının dengelenmesi söz konusudur. Bunu

hizmeti imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümleri için idari yargıda idari dava, hizmeti görmesi dolayısıyla özel hukuk kişisine karşı idari kamu hizmetlerinden doğan ihtilaflarda idari yargıda, sınai ve ticari nitelikteki kamu hizmetlerinden doğan ihtilaflara ve hizmetin bedeline ilişkin uyuşmazlıklarda da adli yargıda hak aramaları mümkündür (Gözler,2003:395; Karahanoğulları,2002:328).

Bunun yanı sıra, idari sözleşmenin gerek hazırlık gerekse de uygulanma aşamasında yapılan bir takım işlemler de idari işlem olmakla beraber bunlar içinden sözleşmeden ayrı olarak hukuki değeri olanlar sözleşmeden ayrı olarak iptal davasının konusunu oluşturabilirler (Erkut,1990:40; Karahanoğulları,2002:340). Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşmalarında yukarıda da bahsedildiği üzere karma nitelikli bir işlem olma özelliği görüldüğünden bu tip sözleşmelerin hizmete ilişkin kuralları belirleyen ve idare tarafından tek taraflı olarak oluşturulan düzenleyici işlem kısmı ile bu işleme katılma ile bu aşamada sözleşmelerin mali hükümlerinin taraflarca karşılıklı olarak belirlendiği ve sözleşme olarak nitelenen kısımdan oluştuğu ve böylece bir bütün olarak kabul edilen imtiyaz sözleşmelerinin kural koymaya ilişkin olan kısmının sözleşme özelliği gösteren mali hükümler kısmından ayrılarak “ayrılabilir işlem kuramı” gereği ayrıca iptal davasına konu olabileceği kabul edilmektedir (Erkut,1990:42-43). Bunun sonucu olarak da ayrılabilir işlem kuramı gereği sözleşmeden ayrılarak idari karar niteliği taşıyan tek yanlı irade tahkimin konusu dışında kalmalıdır, zira, idari sözleşmenin olduğu yerde kamu yararı olduğundan ve “kamu yararına faaliyeti düzenleyen bir sözleşme” de hizmetin görülüş yöntemine ilişkin olarak kamu düzeni ve kamu yararını gerektirdiğinden bu gibi önemli sorunlarla ilgili ihtilaflar hakem tarafından görülmemelidir (Azrak,1999:26-38,60-62). Buna ek olarak, zaman içinde değişen şartlar ve teknoloji göz önüne alınarak sözleşmede değişiklik yapılması gerekebileceğinden (havagazı/haliç vapurları örneği) ve bu değişiklikler de idarenin tek yanlı kararı ile olabileceğinden bunlar idari yargı alanı içinde kalmalı, ancak mali hükümlere ilişkin sorunlar, bunlar sözleşme niteliği gösterdiğinden tahkim yolu ile çözümlenebilmelidir. Kaldı ki, değişen birtakım koşullar nedeniyle kamu hizmetini gören özel kişinin olası mali kayıpları açısından doktrin ve yargı içtihatları ile getirilmiş güvenceler (*fait du prince* ve *imprevision*) zaten mevcuttur (Gülan,2001:142).

Bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin herhangi bir devlet makamı tarafından yapılacak bir denetim, inceleme gibi bir takım engellere takılması, yapılan tüm yasal ve anayasal düzenlemeler ile imkansız hale getirilmişse de taraflar arasındaki sözleşme uyarınca tahkim yoluyla çözülen uyuşmazlık hakkındaki karar, neticede

sağlayabilmek için de yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna etkin yetki ve sorumluluk tanımak gerekir”. Anayasa Mahkemesi, 12.04.1990 T., E. 1990/4, K. 1990/6.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırlarında icra kabiliyetine kavuşmak gerekeceğinden buna ilişkin olan ve büyük önem arz eden tenfiz aşaması resmi yargı mercilerini bu sürece dahil etmektedir. Nitekim, verilen bir tahkim kararının tenfizi aşamasında karar, ülke mahkemeleri önüne giderek burada incelendikten sonra icra kabiliyeti kazanabildiğinden önceki aşamalarda tüm engellerin bertaraf edilmesinin yanında tenfiz aşaması her zaman bir güvence teşkil etmektedir. Zira yine ülke mahkemesi, tahkim kararının uygulanması için son noktayı koymakta ve - kamu düzeninin ihlali, konunun tahkime konu edilemeyecek uyuşmazlıklardan olması gibi sebeplerden- tenfize karar vermesi ya da vermemesi söz konusu olmaktadır.

Tüm bu hususlara ek olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gitmenin saikleri yabancı yatırımcı açısından yabancı bir ülkedeki mevzuatta zamanla söz konusu olabilecek değişiklikler ve o hukuk sistemindeki yargıya olan güvensizlik olduğundan ve bunun yanında idari yargı sistemine sahip ülkeler açısından idari yargının hep idarenin yargısı olarak görülmesi söz konusu olduğundan tahkim tercih edilir bir yol olmuştur ancak bu yanlış düşüncenin de yıkılması gerekmektedir. İdari yargıya idarenin yargısı şeklindeki bakış yani idari yargının ekseri olarak idareyi koruyacağı varsayımı yanlıştır ve bir önyargıdan öteye gidemez. Zira, idari yargı, birey ile idarenin çıkarlarını kamu yararı potasında eriterek kamu düzeni korunarak uzlaştırılması ile görevlidir (Azrak,1999:26-38,60-62). Kaldı ki, kamu ile devlet özdeş değildir ve idare hukuku kamu yararını koruduğundan “hakları korunmamış bireyleri koruyan kamu da sağlıklı” olmayacağından, idare tüm bu bahsedilenleri korur (Soysal,1999:62-64). Sonuç olarak, her ne kadar özel bir ihtilaf çözme yöntemi olan tahkimin kendine has birtakım avantajları olsa da, kamu hizmetinin görülmesine ilişkin kamu yararını en iyi o ülkenin milli mahkemeleri belirleyeceğinden, milli yargıya güvenin devam etmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak, idari yargı alanındaki aksaklıklar ile bunların neden olduğu güvensizliğe ilişkin ön yargıların düzeltilmesi hususunda herkesin önemli bir çaba sarfetmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

AKINCI Z., (2003), **Milletlerarası Tahkim**, Ankara, Seçkin Yayınları.

AZRAK A. Ü., (1999), “İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim”, Türkiye Barolar Birliği Panel, 16 Temmuz 1999, Ankara.

BİLGEN P., (1970), **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası.

CARBONNEAU T. E., (2001), **Cases and Materials on The Law and Practice of Arbitration**, New Orleans, Second Edition Juris Publishing.

DURAN L. (1982), **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

ERKUT C., (1990), **İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları No:51.

GİRİTLİ İ., BİLGEN P., AKGÜNER T., (2001), **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları.

GÖZLER, K., (2003), **İdare Hukuku**, Bursa, C.II, Ekin Kitabevi Yayınları

GÜLAN A., (2001), “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, s.140-154.

GÜNDAY M., (2003), **İdare Hukuku**, Ankara, 7. Bası, İmaj Yayıncılık.

KARAHANOGULLARI O., (2002), **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Ankara, Turhan Kitabevi.

KARAVELİOĞLU C., (2001), **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, cilt 1, 5. Baskı.

KURU B., (2001), **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt IV, İstanbul.

NOMER E., EKŞİ N., GELGEL G., (2000), **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul, Beta.

ONAR S. S., (1966), **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, Akgün Basım.

ÖZAY İ. H., (1999), “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri”, **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım, s.629-639.

ÖZAY İ. H., (2004), **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi.

POLATKAN V., (2000), **Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim**, Ankara, Yaklaşım Yayıncılık.

POSTACIOĞLU İ., (1975), **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 6. Bası.

SOYSAL M., (1999), “İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim”, Türkiye Barolar Birliği Panel, 16 Temmuz 1999, Ankara.

ŞANLI C., (1986), **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları No:18.

ŞANLI C., (2002), **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, İkinci Bası, Beta.

TAN Turgut, (1995), “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD** sy.3-4, s. 291-309.

TANRIVER S., (2000), “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, s.1063-1089.

ULUSOY A., (2001), **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları.

Elektronik Kaynakça :

- www.gafta.org (05.06.2004, WEB)

- www.fosfa.org (05.06.2004, WEB)

- <http://www.worldbank.org/icsid/> (05.06.2004, WEB)

Zehreddin Aslan / Nilay Arat
