

KAMU HUKUKU İLE ÖZEL HUKUKUN KESIŐTİĐİ YER: KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM YOLU

LE POINT DE L'INTERSECTION DU DROIT PRIVE ET DU DROIT PUBLIC:
LA VOIE DE L'ARBITRAGE DANS LES CONTRATS DE CONCESSION

Hayrettin YILDIZ*

Özet: Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hukukunun daha belirleyici bir ifadeyle idare hukukunun alanına giren bir sözleşme türüdür. İdare bu yolla kendisine mali açıdan büyük külfetler getirmesi muhtemel kamu hizmetlerini özel kişilere gördürmektedir. Diğer taraftan tahkim konusu, common law olarak nitelendirebileceğimiz özel hukukun alanına girmektedir. Bu yönüyle tahkim esasında bir özel hukuk kurumudur. Bu makalede de, bu iki farklı hukuk dalına ait bu iki farklı kurum ve kavram kaynaştırılmaktadır ve bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu açıdan öncelikle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ele alınacak, tahkim kurumuna yönelik bazı açıklamalarda bulunulacak, tahkim kurumunun idare hukukuna nüfuz etme sürecinden bahsedilecek ve nihayet kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yönteminin benimsenmesi durumunda, nasıl bir yol izleneceği konusu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, Tahkim, İdare hukukunda tahkim yasağı ilkesi, Anayasa Mahkemesi, Daniştay.

Abstrat: Les contrats de concession entrent dans le domaine de droit public, plus particulièrement dans le droit administratif. Par le biais des contrats de concession l'administration, concède un service public qui peut lui causer des charges financières lourdes, à une personne généralement de droit privé. Dans l'autre coté, l'arbitrage est un sujet de droit privé, qualifié comme *common law*. De cet effet, l'arbitrage est une institution de droit privé. Alors dans cet article, on fait la composition de ces deux notions et institutions déduites de différents domaines de droit en les prenant en considération dans leur intégralité. Ainsi, dans cet article les contrats de concession seront expliqués, quelques explications à propos de l'institution de l'arbitrage seront faites, le processus de l'expansion de l'institution de l'arbitrage dans le droit administratif sera traité. Enfin, on va se pencher sur le sujet de la méthode de l'arbitrage qui sera obtenue au cas où il y a un conflit résultant de l'application d'un contrat de concession.

Les mots clés: Les contrats de concession, L'arbitrage, Le principe de l'interdiction de l'arbitrage dans le droit administratif, Le Conseil Constitutionnel, Le Conseil d'Etat

* Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Anabilim Dalı

GİRİŞ

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, yap-işlet-devret ve yatırım sözleşmeleri benzeri sözleşmelerin konusunu oluşturan işlerin mali değeri çok yüksektir. İdare kamu hizmetlerini özel kişilere gördürürken, yeni teknoloji ve uzmanlık gerektiren işleri, idareye personel istihdamı, teknoloji üretimi ve yatırım için mali kaynak ayırma külfeti yüklemekten gerçekleştirmeye çalışmaktadır¹. Üstelik bu sözleşmeler uzun bir süre için akdedilmekte ve sözleşmenin ifası için taraflar büyük mali kaynaklar aktarmaktadırlar. Bu uzun süre içerisinde, ülke siyasi ve politik açıdan bir çok değişime uğrayabilmekte ve bazen yatırımcıların aleyhine durumlar ortaya çıkabilmektedir². Yatırımcılar bu tür risklerden korunmak ve ulusal yargıların yavaşlığını bertaraf etmek amacıyla, sözleşmenin tarafları arasında çıkması muhtemel ihtilafların tarafsız bir yargılama makamı, daha açık bir ifadeyle bir tahkim makamı tarafından çözüme kavuşturulması yönünde talepte bulunmaktadırlar.

Ayrıca idare hukuku ve yargısı içerisinde kalındığında, kamu gücü ile donatılan idare taleplerini sözleşmenin karşı tarafına empoze edebilmekte, diğer taraftan uyuşmazlık söz konusu olduğunda idari yargı organları, doğal bir şekilde kamu yararını temel alarak idareyi koruyan bir tavır benimseyebilmektedir. Bu tür kaygılar uyuşmazlıkların çözümünde tahkim kurumunun ihdasını gerekli kılmaktadır. Devlet böylece bir taraftan tahkim kurumuna izin vererek yatırımcıyı teşvik etmeye, bir taraftan özel hukukta uygulanan tahkim kurumunu kamu hukukuna da yayarak, Türkiye'yi tahkim cenneti sayılan ülkeler arasına sokmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla bu makalede kamu hukuku ile özel hukuk dallarının bir anlamda kompozisyonu sonucu oluşan, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim konusu ele alınacaktır.

Bu yüzden çalışmanın devamında öncelikle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliğinden bahsedilecek (I), sonra genel olarak tahkim müessesesi ele alınacak (II), daha sonra da idare hukuku bakımından tahkimin uygulanabilirliği tartışılacak (III) ve nihayet kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim kurumunun nasıl uygulandığına değinilecektir.

¹ Özay İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 394

² Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 154

I. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

İmtiyaz sözleşmeleri idare hukukunun yegane sözleşme tipi değildir. Bu sözleşme dışında da idare bir çok şekilde bir kamu hizmetini başta özel hukuk kişileri olmak üzere başka kişilere gördürebilir. Bunlara idari sözleşmeler denir. Örnek vermek gerekirse mali iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz (borçlanma) sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler, orman işletme sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri ve nihayet imtiyaz sözleşmeleri birer idari sözleşmedir³. İdari sözleşmeler, kısaca konusunu bir kamu hizmetinin yürütülmesini oluşturduğu sözleşmelerdir. Yani idare bu sözleşme ile esasında bir kamu hukuku tüzel kişisi tarafından yerine getirilen (getirilmesi gereken, getirilecek olan) bir işi, idari sözleşme akdederek başka bir kişiye devretmektedir. Bu bakımdan bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin karşı tarafının bir kamu hizmetini ifa etmesi ya da bu kamu hizmetinin ifasına doğrudan doğruya katılması gerekir⁴.

İmtiyaz sözleşmesi ise yukarıda bahsettiğimiz üzere idari sözleşme türlerinden sadece birisini oluşturmaktadır⁵. İmtiyaz sözleşmesi (*contrat de concession*), bir özel hukuk kişinin bir kamu tüzel kişisi ile yaptığı sözleşme uyarınca, kullanıcılardan alınacak ücret karşılığında bir kamu hizmetini kendi kar ve zararına olarak kurup işletmesidir⁶. Bu tanımdan da çıkarılabileceği üzere imtiyaz sözleşmesinin dört unsuru vardır; öncelikle her sözleşme gibi imtiyaz sözleşmesi de iki taraflıdır, idare ve özel hukuk kişinin iradelerinin uyuşmasıyla akdedilir. İmtiyazın konusu, bir kamu hizmetinin kurulup işletilmesidir. İmtiyaz alan kişi bu hizmeti hizmetten yararlanacak olan üçüncü kişilerden

³ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa, 2013, s. XIX

⁴ Günday Metin, İdare hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 186

⁵ Bununla beraber hem yargı kararlarında hem doktrinde imtiyaz sözleşmesinin tanımında yanlışlık yapılmaktadır. Yargı kararlarında imtiyaz sözleşmesinin tanımı yapılırken “bir kamu hizmetinin uzun bir süre boyunca bir özel kişiye gördürülmesi” şeklinde tanım yapılmaktadır. Ancak yukarıda gördüğümüz gibi bu tanım kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tanımı değil, genel olarak idari sözleşmenin tanımıdır. Kemal Gözler yargı kararlarındaki bu yanlış ısrarı “imtiyaz saplantısı” olarak nitelendirmektedir. İmtiyaz saplantısı için bkz. Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 575

⁶ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 559

aldığı ücretle karşılar. Son olarak imtiyazı alan kişi bu hizmeti kendi kar ve zararına (*à ses frais et à ses risques*) işletir. İmtiyazcı bu yolla yatırım masraflarını ve imtiyaz için ödediği ücreti karşılamaya çalışır⁷. İmtiyaz sözleşmesine konu olan hizmetler genelde büyük masraflar gerektirir. Bu yüzden imtiyazcı kişinin yaptığı masrafları karşılayabilmesi ve nihayet kara geçebilmesi için imtiyaz sözleşmeleri genellikle 40-50 yıl gibi uzun bir süreyi kapsayacak şekilde akdedilir⁸. İmtiyaz sözleşmesinde idari otorite, imtiyaz veren (*l'autorité concédante*) olarak nitelendirilirken, özel hukuk kişisi imtiyazı alan, imtiyazcı ya da imtiyaz sahibi (*cessionnaire*) olarak adlandırılır⁹.

Yukarda yaptığımız tanıma uygun olarak, ilk defa 1935 tarihli bir kararında Danıştay, imtiyaz sözleşmesini “yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret 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 tanımlamaktadır¹⁰.

İmtiyaz sözleşmesi halen yürürlükte olan 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Kanununun 1. maddesine göre devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Anayasanın 155. maddesine göre de herhangi bir kişi ile imtiyaz sözleşmesi akdedilirken Danıştay’ın görüşünün alınması zorunludur. Ancak Danıştay tarafından en geç iki ay içerisinde bildirilecek olan bu görüşle idare bağlı değildir. Bakanlar Kurulu ya da yetkili idare, Danıştay’ın görüşünü uygun görmezse, sözleşmeyi önceden belirlediği şekilde akdedebilir¹¹. 1910 tarihli kanunun dışında idareye imtiyaz verme yetkisi veren bir başka kanun da 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’dur. Belediye

⁷ Chapus René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001, s. 637

⁸ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 460

⁹ Chapus René, Droit administratif général, op.cit, s. 637s. 638

¹⁰ Karahanogulları O., (2002), Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara, Turhan Kitabevi; Aktaran: Aslan Zehreddin - Arat Nilay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 ss.1-25

¹¹ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit., s. 460

Kanununun 15. maddesine göre belediye, kanunun e (su tedariki, atık sular), f (toplu taşıma) ve g (katı atık) bentlerinde belirtilen hizmetleri, Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredebilir. Görüldüğü gibi imtiyazı verecek olan idare hangisi olursa olsun, konu hakkında Danıştay'ın görüşünün alınması gerekmektedir.

Yukarda zikredilen kanunlar bir anlamda geleneksel imtiyaz verme usullerini düzenlerken, ayrıca başka bazı kanunlar da bazen imtiyaz kavramını zikrederek bazen de bu kavram kullanılmadan yine imtiyaz olarak nitelenebilecek sözleşmelerin akdedilmesini düzenlemektedir. Bu kapsamda 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların 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 Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 9 Mayıs 2013 tarih ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu, 8 Haziran 1994 tarih ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 16 Temmuz 1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun vs. sayılabilir. Doktrin kahir ekseriyeti ve en önemli kalemleri, bu kanunlar tarafından düzenlenen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleri olduğunda hemfikirdir¹².

II. İhtilaf Çözme Yöntemi Olarak Tahkim

Genel olarak tahkim müessesesi (*arbitration, arbitrage*) esasında bir özel hukuk kurumudur¹³. Bu yolla taraflar bir hukuk düzeni içerisinde, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere karar verme yetkisini, devlet mahkemeleri yerine resmi olmayan bir ya da birden çok hakeme havale etmektedirler¹⁴. Tahkim kurumuna daha ziyade medeni ve ticari konularda doğan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla başvurulur. Ta-

¹² Günday Metin, İdare hukuku, op.cit, ss. 355-362, Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, ss. 571-574, Gözübüyük Şeref- Tan Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, ss. 642-645,

¹³ Günday Metin, İdare hukuku, op.cit, ss. 353

¹⁴ Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, op.cit, s. 1

raflar, aralarındaki uyuşmazlığın bağımsız bir hakem ya da hakemler kurulu tarafından çözüme kavuşturulacağını, bu uyuşmazlık ortaya çıkmadan evvel kararlaştırabilecekleri gibi uyuşmazlık çıktıktan sonra da kararlaştırabilirler¹⁵.

Özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi tahkimde de esas olan tarafların iradesinin özerkliği ve serbestliğidir. Taraflar ihtilafı çözüme kavuşturacak olan hakemleri, hakemlerin sayısını ve niteliklerini, seçilme usullerini, tahkim anlaşmasının içeriğini, tahkimin yapılacağı yeri, ihtilaf ve tahkime uygulanacak hukuku, yargılamanın usul ve esaslarını ve yargılamada kullanacak olan dili özgür iradeleriyle belirleme imkanına sahiptirler¹⁶.

Tahkimde, taraflar aralarındaki sözleşmenin uygulanmasından dolayı aralarında çıkabilecek ihtilafı, devlet mahkemelerine başvurmadan çözüme amacı güderler¹⁷. Bu açıdan tahkim yargılamasının esasında devlet yargılamasına alternatif, ona ikame bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu söylenebilir. Tahkim usulünde yargılama sürecinin devlet mahkemelerine nazaran daha hızlı bir biçimde ilerlemesi, yargılamada basitlik, çabukluk ve ucuzluk esaslarının benimsenmesi ve taraflara yararında bahsettiğimiz özgürlükleri tanınması, tahkim yönteminin benimsenmesinin temel nedenlerini oluşturmaktadır¹⁸. Buna ilaveten devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalar halka açık iken, tahkim kurumlarında yapılan yargılamaların halka kapalı yapılabilmesi imkanı vardır¹⁹. Buna binaen, ticari sınırlarının rakip firmalar ya da üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini arzu etmeyen müteşebbisler de, uyuşmazlık çözüm metodu olarak tahkimi benimseme yoluna gitmektedirler.

Tahkim müessesesi, doktrin tarafından taraf iradesinin serbestisi ve mecburiyeti açısından ihtiyari tahkim ve mecburi tahkim; tahkimin daimi ya da geçici oluşuna göre geçici (arızı, *ad hoc*) tahkim ve ku-

¹⁵ Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi (Son Anayasal Değişikliklerle) Ankara, 2011, s. 2 (http://www.dayanirsagkan.av.tr/site/?page_id=40- 21 Kasım 2013)

¹⁶ Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Op.Cit, S. 1

¹⁷ Bourmonville De Philippe, Droit Judiciaire: L'arbitrage, Editions Larcier, Bruxelles (Belgique), 1999, S. 55

¹⁸ Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, *Adalet Dergisi*, Ankara, Sayı 15, Yıl 2003, s. 121

¹⁹ Ibid.

rumsal tahkim; tahkimin yabancılık unsuru içerip içermemesine göre milli tahkim ve milletlerarası tahkim; uyuşmazlığın türüne göre alelade tahkim ve ticari tahkim gibi ayrımlara tabi tutulabilmektedir²⁰. Bu ayrımlardan en çok öne çıkanı milli tahkim ve milletlerarası tahkim ayrımıdır. Milli tahkim her devletin ulusal kanunlarına uygun olarak oluşturulan ve ona tabi olan tahkim türü iken, milletlerarası tahkim uluslararası mevzuata göre ve ona uygun olarak yürütülen tahkim türüdür. Milletlerarası tahkim, ayrıca belli bir ulusal hukukun sınırları içine sokulamayan tahkim olarak da tanımlanabilmektedir²¹.

Taraflar aralarında çıkan ya da çıkması muhtemel ihtilafların kendileri tarafından oluşturulacak bir hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulacağını, aralarında akdettikleri sözleşmeye bir ek hüküm (tahkim şartı) ilave ederek kararlaştırabilecekleri gibi, aralarındaki sözleşmeden bağımsız olarak ayrıca düzenledikleri bir tahkim sözleşmesi yoluyla da kararlaştırabilirler²². Bu husus gerek bir tahkim şartı ile gerekse ayrı bir sözleşme ile belirlensin, amaç her halükarda normal yargının bertaraf edilmesidir²³. Taraflar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar için tahkime gidilmesini kararlaştırabilirler²⁴. Üzerinde tahkime gidilecek husus başka kişilerin iradesine müdahale niteliğinde ise ya da kamu düzenine aykırı ise taraflar tahkime gidemezler.

III. İdare Hukukunda Tahkimin Yeri

Kamu hukuku ve idare hukukuna hakim kavram kamu yararadır. Bu yüzden İdare, kamu yararını temel alarak idari eylem ve işlemlerde bulunurken, kamu yararını gözeterek hareket eder ve kamuyu temsil ederek işlemler gerçekleştirir. İdarenin kamu adına hareket ederken toplumun yararını gerçekleştirebilmesi için de idare kamu gücü

²⁰ Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, op.cit, s. 3, Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, op.cit, s. 122-123, Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi, Op.Cit, S. 2

²¹ Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, op.cit, s. 125

²² Özkan Cahit, İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim (<http://okul.selyam.net/docs/index-98210.html?page=4>, 21 Kasım 2013), s. 8

²³ Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, op.cit, s. 2

²⁴ Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, op.cit, s. 121

ayrıcılıklarıyla donatılmıştır. Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen ve özel hukuktaki ilişkileri aşan birtakım yetki ve durumlardır²⁵. Bilindiği üzere özel hukukta tarafların eşitliği ve iradelerin serbestliği ilkesi geçerlidir. Kimse kimseye sözleşme akdederken üstün konumda değildir. Ancak idare hukukunda durum bunun tersidir; idarenin iradesi, hukuki ilişkiye girdiği kişi ile ne eşittir ne de idare bu hukuki ilişkiyi kurarken bütünüyle serbesttir, zira söz konusu irade kamu yararı ile sınırlandırılmıştır. Çünkü idare hukukunda esas olan taraf eşitliği değil, kamu yararının üstünlüğüdür. Bu yüzden idareye bir takım özel hukuku aşan kamu gücü ayrıcalıkları tanınmıştır. Kamu gücü ayrıcalıkları çok çeşitlidir; bunlar arasında, tek yanlı işlemler yapabilmek, idarenin kendi borcunu re'sen tahsil edebilmesi, bazı vergi ve harçlardan muafiyetler vs. sayılabilir. Tahkim kurumunda tarafların mutlak eşitliği söz konusu olduğundan, tahkimin idare hukuku tarafından kabul edilmesi, hukuki açıdan sancılı süreçlerin yaşanmasına neden olmuştur.

Çalışmanın bu kısmında öncelikle idare hukukunda tahkim yasağına değinilecek (A) daha sonra da bu yasağın anayasal düzenlemelerle nasıl bertaraf edildiğine ve yasal düzenlemelerle nasıl düzenlendiğine (B) değinilecektir.

A. Tahkim Yasağı İlkesi

Özel hukuk ilişkilerinde ve tahkim kurumunda taraf iradelerinin serbestliği ve eşitliği söz konusu olduğundan, idarenin özel hukuk kişisi ile arasındaki uyuşmazlığı tahkime götürmesi durumunda, idarenin iradesi hukuki açıdan özel hukuk kişisi ile eşit duruma gelmektedir. Bu eşitlik kabul edilmediğinden, kural olarak kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesi kabul edilmemiştir. Buna “*kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma yasağı ilkesi*” (*Le principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage*) denmektedir²⁶. Tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurması, tahkimin özel hukuk temelli bir yargılama türü olması, idarenin devlet dışında bir yargılama mekanizmasına tabi ola-

²⁵ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, 51

²⁶ Chapus René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13. Baskı, Paris, 2001, s. 268, Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2009, s. 240

mayacağı düşüncesi, idare hukukundaki kamu yararı ve kamu düzeni kavramına aykırılık gibi sebepler söz konusu tahkim yasağının temelinde yatan nedenlerdir²⁷. Nitekim, Fransız Danıştay'ı bir tavsiye kararında bu kuralın Fransız hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu belirtmiştir²⁸. Dolayısıyla idare hukukunda kural ve esas olan tahkim yasağıdır. Bu kuralın dışlanarak idari sözleşmelerde tahkim yönteminin benimsenmesi, istisnai bir durumdur. Bildiğimiz üzere hukukta norm yorumlanırken istisnalar dar yorumlanır. Bu yüzden kaideye istisna getirilirken, söz konusu istisnanın kanunla düzenlenmesi ve açıkça belirtilmesi gerekir. Nitekim genel kural bu olmakla beraber, Fransız hukukunda bir çok yasa ile bu kurala istisnalar getirilmiştir²⁹. Aynı şekilde, Fransız yargı içtihatlarında, uluslararası ticari yararın (*les intérêts du commerce international*) söz konusu olması durumunda kamu tüzel kişilerinin uluslararası ticari tahkime (*l'arbitrage international*) gidebileceği uzun süreden beri kabul edilmektedir³⁰.

Türk idare hukukunda da uzun bir süre boyunca, idarenin bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla özel hukuk kişileriyle yapılacak sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tahkime gidilemeyeceği, bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun yasak olduğu düşünülmüştür. Örneğin, 11 Mayıs 1994 tarihinde yürürlüğe giren ve hükümete özelleştirme uygulamaları konusunda düzenleme yapma yetkisi veren 3987 sayılı yetki yasasının 3. maddesinde "özelleştirme akidlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukuki uyuşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince yahut - uluslararası hakemlik dahil - tahkim yollarına başvurulması" hükmü getirilmek suretiyle özelleştirmelerde tahkim kurumunun - bu alanda - ihdası amaçlanmıştır. Kanun koyucu burada özelleştirme sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir tahkim müessesesi tarafından çözüme kavuşturulmasına izin vermeyi amaç-

²⁷ Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi, op.cit, ss. 4-6

²⁸ Fransız Danıştay'ının 6 Mart 1986 tarihinde belirttiği görüşü, EDCE 1987, görüş numarası; 38, Aktaran; Chapus René, Droit du contentieux administratif, op.cit, s. 268

²⁹ Bu istisnanın Fransız hukukunda düzenlenmiş olduğu kanunlar için bakınız, Gözler Kemal, İdare Hukuku, Op.Cit, S. 240

³⁰ Chapus René, Droit du contentieux administratif, op.cit, s. 273, Gözler Kemal, İdare Hukuku, op.cit, s. 241

lamıştır. Ancak Anayasa mahkemesi bu hükmü Anayasa'nın 9. ve 142. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir³¹. Daha sonra Bakanlar Kurulu tarafından "Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında Karar" çıkartılmış ve söz konusu kararda "TEAŞ ve Üretim Şirketi arasındaki sözleşmenin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda Türk Mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış bulunan uluslararası mahkemeler ve tahkim kuruluşları yetkilidir" hükmü getirilmiş ancak yine hem bu karar hem de kararın uygulama tebliği hakkında Danıştay tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir³².

B. Yasağın Bertaraf Edilmesi

Tahkim yasağı ekonomik gelişme ve çeşitlilikle beraber idarenin hareket alanını sınırlamakta, buna karşılık yap-işlet-devret türünden imtiyaz sözleşmeleri akdedilirken devlet yabancı sermayeden de yararlanmak istemekte, yabancı sermaye ise akdedilecek sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasını talep etmekteydi³³. Aynı şekilde, yabancı yatırımcılar, Türkiye'de yargılama işlevinin yavaşlığını göz önüne getirerek devlet mahkemelerinin haklarını istenilen çabuklukta teslim edemeyeceklerini, hatta kamu hizmetlerinin gerekleri karşısında haklı olsa bile yatırımcı lehine karar verilmeyebileceği, dolayısıyla devlet mahkemelerinin idareden yana tavır takınabileceği itirazını ileri sürüyorlardı³⁴. Hem bu gerekçelerle hem de yukarıda bahsi geçen yargı kararlarına tepki olarak kurucu iktidar tarafından önce, 13 Ağustos 1999 tarihinde 4446 sayılı kanun ile Anayasanın 47. maddesine eklenen hükümlerle "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir" denilmek suretiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilen bazı sözleşmelerin yasa koyucu tarafından özel hukuk

³¹ Anayasa Mahkemesi, 7.7.1994 tarih ve E. 94/49-K. 94/45-2. RG; 10.9.1994, sayı: 22047, s. 7 Aktaran, Gözübüyük Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, op.cit, s. 558

³² Danıştay 10. D; E. 996/8972 sayılı kararı; Aktaran, Ibid., s. 559

³³ Ibid.

³⁴ Özay İl Han, Günışığında Yönetim, op.cit, s. 394

sözleşmeleri olarak nitelenebilmesi olanağı doğdu³⁵. Hukukumuzda özel hukuk sözleşmelerinde tahkime gidilmesine izin verilmektedir. Yasa koyucu tarafından bir idari sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanması durumunda, bu tür sözleşmeler için dolaylı olarak tahkime gidilebilmesine imkan sağlanmış olmaktadır³⁶. Ancak bu hüküm genel olarak idari sözleşmelerde tahkimi serbest bırakmamakta, sadece yasa koyucuya idari sözleşme niteliğinde olan bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak vasıflandırılması imkanını vererek, dolaylı olarak tahkim gitme imkanını doğurmaktadır.

Tali kurucu iktidar, yasa koyucu tarafından idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ile yetinmemiş yine 4446 sayılı kanunla idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun düzenlendiği Anayasanın 125. maddesine şu hükmü eklemiştir “... Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”. Böylece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine şüpheye yer bırakmayacak şekilde izin verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm bütün idari sözleşmeleri kapsamamakta sadece taraflar arasında çıkabilecek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili ihtilaflarda tahkime gidilmesine izin vermektedir³⁷. Değişikliğe paralel olarak idari yargı mevzuatında da gerekli değişiklikler yapılarak, idari yargı organlarının tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara bakabilecekleri şeklinde düzenlemeler yapılmıştır³⁸. Yani devlet mahkemelerinin yargı yetkisi, taraflar tahkim yoluna gidilmesini kararlaştırmamışsa devreye girebilecektir.

³⁵ Gözübüyük Şeref- Tan Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, op.cit, s. 561

³⁶ Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 396

³⁷ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, 525

³⁸ İdari yargı mevzuatının uğradığı değişiklikler şu şekildedir; 2577 sayılı İYUK madde 2 fıkra 1-c ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri hakkında Kanunu madde 5 fıkra 1-c (her iki kanun için aynı hüküm)“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”, 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 24 fıkra 1-j “...Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar”.

Anayasada tahkim yolunun öngörülmesini müteakip, Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörüldüğü durumlarda, taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken usul ve esasların belirlenmesi için 21 Ocak 2000 tarihinde 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir. 4501 sayılı kanunu 6. maddesine göre “Bu kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk usulü Muhakemeleri Kanunu ile 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanacaktır”³⁹.

4501 sayılı kanunun 4. maddesine göre tahkim yolunun öngörülmesi durumunda tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki HMK’nın tahkim ile ilgili hükümleri milli tahkimin mevzu bahis olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Yani taraflar aralarındaki uyuşmazlığı milli tahkimde çözüme kavuşturacaklarsa, tahkim anlaşmasına Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır. Nitekim, HMK md. 407’ye göre tahkimin uygulanma alanı bulabilmesi için uyuşmazlığın yabancılik unsuru içermemesi ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi gerekir⁴⁰.

4501 sayılı kanunun 3. maddesinde yabancılik unsurunun bulunduğu durumlarda milletlerarası tahkime gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Yabancılik unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uyulması gereken usul ve esaslar, 21 Haziran 2001 tarihinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiştir. Dolayısıyla idare ile özel hukuk kişisi akdedilen sözleşme yabancılik unsuru barındırıyorsa, milli tahkim hükümleri değil milletlerarası tahkim hükümleri uygulanacaktır.

³⁹ Aslan Zehreddin- BERK Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar (İçtihatlı), Alfa yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2011, s. 994

⁴⁰ Tuncay Ahmet, Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı, Session 2D, Uluslararası Hukuk, International Conference on Eurasian Economies, 2013, s. 880

Son olarak, 5 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanunu da 3. maddesinde (e bendi) uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin benimsenmesine olanak vermektedir. Maddeye 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 çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli ya da milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir"⁴¹. Bu hüküm ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkime gidilmesine olanak vermektedir.

IV. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkimin Uygulanması Yöntemi

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda benimsenecek olan tahkim usulü ihtiyari tahkim usulüdür. Zira bu tür ihtilaflarda tahkime gidilmesine izin veren hükmün genel çerçevesini düzenleyen Anayasanın 125. maddesi tahkime gidilmesini zorunlu olarak şart koşmamakta açık bir ifadeyle " ... milli ya da milletlerarası tahkime gidilebilir" demektedir. Dolayısıyla tahkime gidilip gidilmemesi tarafların iradesine bırakılmıştır.

Yazının devamında mevzuatta geçen yabancılik unsurundan ne kastedildiğine (A), tahkim anlaşmasının unsurlarına (B) ve tahkim yargılaması sonrasında verilen karara karşı hangi yargı yoluna (C) gidileceğine değinilecektir.

A. Yabancılik Unsurunun Tanımlanması ve Tahkim Türüne Etkisi

4501 sayılı kanun sadece yabancılik unsurunun bulunduğu imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tahkim sözleşmesi yapılırken uyulması gerekli ilke ve esasları düzenlemektedir⁴².

⁴¹ Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, op.cit, 525, Gözübüyük Şeref- Tan Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, op.cit, s. 562, Gözler Kemal, İdare Hukuku, op.cit, s. 244

⁴² Nomer Ergin - Ekşi Nuray - Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Huku-

Öncelikle, yabancılık unsurundan kastedilen imtiyaz sözleşmesinin karşı tarafının yabancı şirket olacağı değildir. 4501 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinde yabancılık unsurunun tanımı yapılmaktadır. Hükme göre, sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri yabancılık unsurunun bulunduğunu gösterir. Akdedilecek kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde yabancılık unsurunun varlığı, yine zorunlu olarak milletler arası tahkime gidileceği anlamına gelmemektedir. Yabancılık unsurunun varlığı halinde dahi, sözleşmenin tarafları dilerlerse uyuşmazlıklarını milli tahkime, dilerlerse milletlerarası tahkime götürürler⁴³.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu da 2. maddesinde yabancılık unsurunun tanımını ve içeriğini belirttikten sonra son fıkrasında “21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır” demek suretiyle, kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinde esas alınacak yabancılık unsuru tanımının, 4501 sayılı kanunda belirtilen tanım olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla yabancılık unsurunun tespiti 4501 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının c) bendindeki tanım esas alınacak, ancak yabancılık unsurunun varlığı durumunda taraflar aralarındaki uyuşmazlığı milletlerarası tahkime giderek çözüme kararına varırlarsa, 4686 sayılı Milletlerarası tahkim kanununa tabi olacaklardır. Yani yabancılık unsurunun tanımı 4501 sayılı kanuna, tahkim usul ve esasları 4686 sayılı kanuna göre yerine getirilecektir. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. maddesinin 5. fıkrasında “4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tabidir” denmektedir.

ku, op.cit, s. 158-159

⁴³ 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanunun 3. maddesi.

B. Tahkime İlişkin Diğer Hususlar

4501 sayılı kanununun 4. maddesine göre taraflar tahkim anlaşmasını iki şekilde yapabilirler. Bu bakımdan, tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşması, sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir⁴⁴.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde tahkime ilişkin bütün hususlar belirtilmez. Hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği, tahkime uygulanacak kurallar, tahkimin yapılacağı yer, hakemlerin sayısı ve nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun benimseyeceği yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun ne olduğu, 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 düzenlenmesi gerekir. Yine belirtmek gerekir ki, tarafların herhangi bir organize tahkim kurumunun yargılama usulünü yetkilendirdikten sonra, tahkim şartı veya sözleşmesinde ayrı usul kuralları öngörmeleri mümkün değildir⁴⁵. Yani yukarıda bahsi geçen içerik, kurumsal tahkime değil ad hoc tahkime gidilmesi durumunda ayrıntılı olarak belirlenmelidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmasını şart koşturmaktadır (md 4). Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için de, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir (md 4/2). Hükme göre, asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 23. maddesinde Danıştay'ın görevlerinden birinin de kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri

⁴⁴ Aynı hüküm Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. maddesinde de geçmektedir.

⁴⁵ Orak Cem Çağatay, 4501 sayılı kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, (<http://cakmak.av.tr/pdf/4501.pdf> - 21 Kasım 2013), s. 1

hakkında görüş bildirmek olduğu belirtilmiştir. Danıştay'ın inceleme sonrası bildirdiği görüş bağlayıcı olmamakla beraber, bu inceleme sözleşmede tahkim şartının ne şekilde yer aldığı, sözleşmenin yabancılık unsuru içerip içermediği ve 4501 sayılı kanunun hükümlerinde uyulup uyulmadığı etrafında şekillenecektir⁴⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, mevzuata aykırı olarak hazırlanmış bir imtiyaz sözleşmesini iptal etme yetkisini Danıştay her durumda haizdir. Bu durumda söz konusu olan görüş bildirmek olmaktan çıkıp, yargısal denetim faaliyetine dönüşür.

Hakemlerin sayısı konusunda Milletlerarası Tahkim Kanunu tarafları serbest bırakmakta, ancak bu sayının tek olması gerektiğini belirtmektedir (md 7).

C. Hakem Kararına Karşı Yargı Yolu

Hem Milletlerarası Tahkim Kanunu (md 15) hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu (md 439) hakem ya da hakemlerin verdiği karara karşı yalnızca iptal davasının açılabileceğini hüküm altına almaktadır. Ancak milletlerarası tahkim kanununa göre iptal davasında yetkili mahkeme asliye hukuk mahkemesi iken, hukuk muhakemeleri kanununda yetkili mahkemenin tahkim yerindeki mahkeme olduğu belirtilmiştir. Bahsi geçen hükümlere göre iptal davasına bu mahkemelerde öncelikle ve ivedilikle bakılmalıdır. İptal davasının açılma süresi, kararın taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gündür. İptal davası hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna gidilebilir, ancak karar düzeltme yoluna gidilemez⁴⁷.

İptal başvurusunda bulunan taraf, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını, kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini, hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin

⁴⁶ Ibid., s. 2

⁴⁷ Karataş Sinem, İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkimi, op.cit, s. 14

tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini ispat ederse karar iptal edilebilir (MTK md 15). Aynı şekilde, eğer yetkili mahkeme, hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı veya kararın kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varırsa, hakem kararı iptal edilebilir. Dolayısıyla mahkemenin amacı, tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözmek değil, Tahkim anlaşmasına uyulup uyulmadığı veya tahkim anlaşması ve yargılanmasının hukuka uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlıdır. İptal kararının temyiz mahkemesine götürülmesi durumunda, temyiz mahkemesi yine aynı şekilde verilen kararın hukuka uygunluğu ve yukarıda belirtilen hususlarla sınırlı bir şekilde inceleme yapacaktır.

SONUÇ

Yapılan değişiklikler sonrası yabancı ve yerli yatırımcıların sözleşmeden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulması konusundaki kaygıları giderilmiş, tahkim uygulaması sayesinde imtiyaz almak ve dolayısıyla yatırım yapmak için daha istekli olmaları sağlanmıştır. Ancak, Türk mevzuatında yapılan yasal düzenlemeler ile Türkiye tahkim müessesesi bakımından Avrupa ülkeleri ile aynı düzeye gelmiş olsa da, mevzuat alanında elden edilen başarı uygulamaya yansıtılmamış ve Türkiye bazı Avrupa ülkeleri gibi tahkim cenneti sayılan ülkeler arasında girememiştir⁴⁸.

Bununla beraber, tahkim kurumunu idare hukukunun içine nüfuz etmesiyle beraber, söz konusu kurumun bu dalın temel öğelerini oluşturan hukuki istikrar, hukuki güvenlik, kamu hizmeti, kamu yararı gibi kavramları da etkileyeceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, kamu hizmeti ve belirtilen diğer kavramların, tahkim kurumu ile bir arada yaşamasını kolaylaştıracak, 4501 sayılı kanundan öteye geçen yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmektedir⁴⁹. Nitekim bu

⁴⁸ Ekşi Nuray, Yargıtay Kararları Işığında İcc Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 1, Kış 2009, s. 54

⁴⁹ Özyay İl Han, Günışığında Yönetim, op.cit, s. 399

kanun kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde takip edilecek tahkim yolunu düzenlemekten ziyade, uygulanacak hükümler için HMK'ya, MÖHUK'a ya da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa atıf yapmaktadır. Bu durum mevzuatta da dağınıklığa yol açmakta ve bütünsel bir okumaya imkan vermemektedir.

KAYNAKLAR

- Aslan Zehreddin – Arat Nilay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2 ss.1-25
- Aslan Zehreddin- BERK Kahraman, İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar (İçtihatlı), Alfa yayınları, 5. Baskı, İstanbul, 2011
- Başbayraktar Taşkın Mine, Tahkimde Yabancılık Unsuru, *Adalet Dergisi*, Ankara, Sayı 15, Yıl 2003, ss. 116-144
- Bournonville De Philippe, Droit Judiciaire: L'arbitrage, Editions Larcier, Bruxelles (Belgique), 1999
- Chapus René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001
- Chapus René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13. Baskı, Paris, 2001
- Ekşi Nuray, Yargıtay Kararları Işığında İcc Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı: 1, Kış 2009, ss. 54 -74
- Gözler Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa, 2009
- Gözler Kemal-Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa, 2013
- Gözübüyük Şeref- TAN Turgut, İdare Hukuku: Genel Esaslar, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011
- Günday Metin, İdare hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011
- Nomer Ergin – Ekşi Nuray – Gelgel Öztekin Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2008
- Orak Cem Çağatay, 4501 sayılı kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, (<http://cakmak.av.tr/pdf/4501.pdf> - 21 Kasım 2013),
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- Özkan Cahit, İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, (<http://okul.sel-yam.net/docs/index-98210.html?page=4>, 21 Kasım 2013),
- Tuncay Ahmet, Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı, Session 2D, Uluslararası Hukuk, International Conference on Eurasian Economies, 2013, ss. 879-884