**İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİMİ**

**(SON ANAYASAL DEĞİŞİKLİKLERLE)**

Hazırlayan

**Av. Sinem Karataş**

**Ankara**

**2011**

**İÇİNDEKİLER**

1. **İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ 1**
2. Genel Olarak İmtiyaz Sözleşmeleri 1
3. **TAHKİM 2**
4. Tahkimin Tanımı 2
5. Tahkimin Nitelikleri 2
6. Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkimin Kullanılma Nedenleri 3
7. **İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN YERİ 4**
8. İdare Hukukunda Tahkim Yasağı Prensibi 4
9. Tahkim Uygulamasının Özellikleri Açısından Tahkim Yasağının Gerekçeleri 4
10. Tahkimin Rastlantısal Sonuçlar Doğurduğu Düşüncesi 4
11. Tahkimin Özel Hukuk Temelli Bir Yargılama Mekanizması Olması Bakımından 5
12. İdari Yargının Özellikleri Açısından Tahkim Yasağının Gerekçeleri 5
13. İdarenin Devlet Yargısı Dışında Bir Yargı Sistemine Tabi Olamayacağı Düşüncesi 5
14. Kamu Yararı Ve Kamu Düzeni Kavramları İle Tahkim İlişkisi Bakımından 6
15. İdare Hukukunda Tahkimin Uygulanabilirliği 7
16. Anayasa Değişiklikleri Öncesindeki Uygulamalar 7
17. Anayasa Değişiklikleri Ve Yasal Düzenlemelerle Oluşturulan Uygulama Çerçevesi 7
18. **İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHTİYARİ TAHKİM VE UYGULANMA USULÜ 9**
19. Tahkime Hazırlık Aşaması 9
20. İmtiyaz Sözleşmelerinde Yabancılık Unsurunun Bulunup

Bulunmadığı Ve Buna Bağlı Olarak Doğan Sonuçlar 9

1. İmtiyaz Sözleşmesine Koyulan Tahkim Şartı İle Tahkim Anlaşması

Ayrımı Ve Sonuçları 10

3. Tahkim Hususunda Danıştay’ın Görüşünün Alınması 10

4. Tahkim Dili 11

5. Hakemlerin Sayısı Ve Atanması 11

B. Tahkim Yargılaması 12

1. Tahkim Yeri 12
2. Tahkimde Uygulanacak Hukuk Kuralları 12
3. Hakemlerin Yetkileri 13
4. Tahkim Sonucunda Verilen Kararlara Karşı Başvuru Yolları 13
5. **TAHKİM YARGILAMASI NETİCESİNDE VERİLEN KARARLARIN UYGULANMASI 15**
6. **DEĞERLENDİRME VE SONUÇ 16**

**KAYNAKÇA 17**

1. **İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ**
2. **GENEL OLARAK İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ**

İmtiyaz sözleşmeleri esasen Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri kamu hizmetinin sürdürülmesinde ihtiyaç duyulan ve uygulanan idari sözleşmelerdir.

İmtiyaz sözleşmelerini genel olarak; kamu hizmetinin, kar ve zararı kendisinde kalmak üzere, hizmetten yararlananlardan bir bedel alarak bir özel kişi tarafından gördürülmesini hedefleyen sözleşmeler[[1]](#footnote-1) olarak tanımlayabiliriz. Yani imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz alan (imtiyazcı) söz konusu hizmetin tüm masraf, tehlike ve zararını üstlenmektedir. İmtiyazcı sağladığı bu hizmet karşılığında hizmetten faydalananlardan aldığı bedelle kendisine gelir sağlamaktadır.

Yargı organlarının çeşitli kararlarında verdikleri imtiyaz sözleşmeleri tanımları ise şöyledir: Anayasa Mahkemesi’nin 1994/43 esas, 1994/42 karar sayılı ve 09.12.2004 tarihli kararına göre; *“…konusu, kamu hizmetinin kurulmasını, ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler…”* imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul edilmiştir. Danıştay 3. Dairesi ise 1967/371 esas, 1967/451 karar sayılı ve 17.11.1967 tarihli kararında *“…İmtiyaz sözleşmesi, bir kamu hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak üzere, idarece tayin olunan şartlar, tanınan yetkiler, taahhüt olunan mali menfaatler karşılığında bir özel kişi tarafından ifasını tazammun eder…”* şeklinde imtiyaz sözleşmelerini ifade etmiştir.

Her ne kadar yukarıda verdiğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetlerinin sözleşme yoluyla özel kişiler tarafından gördürülme yöntemi olsa da bütün kamu hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi yoluyla gördürülebileceğini söylemek mümkün değildir. Zira kolluk[[2]](#footnote-2), savunma, adalet gibi özellikle kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren hizmetlerin imtiyaz sözleşmesine konu olması mümkün değildir.[[3]](#footnote-3) Dolayısıyla yalnız ekonomik nitelikteki kamu hizmetlerinin imtiyaz sözleşmelerine konu edildiği söylenebilir.

1. **TAHKİM**
2. **TAHKİMİN TANIMI**

Tahkim, tarafların ya aralarında uyuşmazlık çıkmadan önce ileride çıkacak uyuşmazlıkların çözümü için ya da uyuşmazlıktan çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için seçtikleri hakemlere başvurmaları ve hakemlerin vereceği kararlara uyacakları yönünde anlaştıkları kurumdur. Tahkimde taraflar hakemleri seçtikleri gibi uygulanacak hukuku ve usulü de kendileri anlaşarak seçerler.

Tahkim kurumu her ne kadar günümüzde popüler hale gelmiş gibi görünse de esasen çok eskilere dayanmaktadır. Zira tarihte kurumsal bir devlet yargısı oluşmadan evvel ortaya çıkan uyuşmazlıklar hakemler aracılığıyla çözüme kavuşturulmuştur.

Tahkim müessesesi çeşitli şekillerde olabilir. Tahkimin, tahkime müracaat eden tarafların iradelerine bırakılmış olup olmamasına göre ihtiyari tahkim, mecburi tahkim; belli bir müessesenin murakebesi altında belirlenmiş kurallara uygun cereyan edip etmemesine göre kurumsal tahkim, arızi 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.[[4]](#footnote-4)

Ancak bu çeşitlerden üzerinde en çok durulan iki yarımı 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 akdedilmeyen tahkim türüdür.[[5]](#footnote-5) Mili tahkimde milli hukuka göre ortaya çıkan ihtilafların tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması söz konusudur. Milletlerarası tahkimde ise milletlerarası ticari ihtilaflar çözüme kavuşturulur.

Tahkimde üzerinde durulan ikinci ayrım ise kurumsal ve arızi tahkimdir. Kurumsal tahkimde uygulanacak usulü birtakım kuruluşlar belirlerken arızi tahkimde tüm usulü taraflar kendileri belirlerler.

1. **TAHKİMİN NİTELİKLERİ**

Yukarıda verdiğimiz tahkim tanımından yola çıkarak tahkimin niteliklerini şu şekilde sayabiliriz:

* Tahkim, bir hukuki ihtilafın çözümü için uygulanan bir yönetimdir.
* Tahkim yargısı devlet yargısının yanında ve fakat devlet yargısı dışında alternatif bir çözüm yoludur.
* Tahkimde taraflar aralarındaki ihtilafın çözümünde uygulanacak hukuku, hakemleri, hakemlerin yetkilerini, yargılama yerini ve dilini anlaşarak seçerler.
* Tarafların aralarındaki ihtilafın çözümünü tahkim yoluyla sağlayabilmeleri için aralarında ihtilafa neden olan sözleşmenin dışında tahkim yolunun kabul edildiğine dair de bir anlaşma bulunmalıdır. Bu anlaşma ihtilafın ortaya çıkmasından evvel yapılabileceği gibi ihtilaf ortaya çıktıktan sonra da yapılabilir.

1. **UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİMİN KULLANILMA NEDENLERİ**

Tarafların aralarında çıkan ihtilaflar nedeniyle devlet yargısı yerine tahkime başvurmalarının çeşitli nedenleri vardır:

* Tahkim yargılaması sürecinin devlet yargılaması süresine göre daha kısa sürmesi.
* Tahkimde uygulanacak hukuk kurallarını, usulü, hakemleri tarafların iradeleriyle belirlemeleri.
* Tahkimde taraflar hakemleri kendileri seçtiklerinden ihtilaf konusunda uzman kişilerin hakem olarak seçilmesinin mümkün olması.
* Devlet yargılamasının açık olmasına karşılık tahkim yargılamasının gizli olması özellikle ticari sırlarının açıklanmasını istemeyenler tarafından tahkimi kullanma nedenlerinden biridir.
* Tahkim, tarafların tarafların serbestçe belirledikleri ve uzmanlığına güvendikleri hakemlerce ihtilafın çözümüne imkan verdiği için tarafların tahkim sürecine ve tahkim sonucunda verilen karara güvenleri artmaktadır.

1. **İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN YERİ**
2. **İDARE HUKUKUNDA TAHKİM YASAĞI PRENSİBİ**

Fransız İdare Hukukunda uluslararası sözleşmeler nedeniyle iç hukukun parçası haline gelmiş düzenlemeler dışında, kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kanunla yasaklanmıştır. İdare Hukuku sistemimizin mehazını oluşturan Fransız İdare Hukukundaki bu kuralın tahkim yasağı prensibinin kaynağı olduğunu söyleyebiliriz.

Ülkemizde yakın geçmişte hukukta gerçekleşen değişiklikler (özellikle 1999 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri[[6]](#footnote-6)) öncesinde devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini yasaklayan açık bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen idari ihtilafların tahkim yoluyla çözülebileceğine dair bir düzenleme de olmadığından idare hukukunu giren alanlarda tahkim yoluna başvurulamamıştır. Zira kanunilik ilkesi gereğince İdare, Anayasa ve Kanunlarda öngörülmeyen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem veya eylemde bulunamamaktadır.

Nitekim 1999 değişikliklerinden önce idari sözleşmelere konu tahkim şartları sözleşmenin yürürlüğe girmesi için gerekli olan Danıştay incelemesi sırasında iptal edilmiştir. Örneğin Danıştay 1. Dairesi 1995/178 esasi 1996/78 karar sayılı ve 10.04.1996 tarihli Gebze Dilovası Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin kurulması, işletilmesi ve üretilen elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine verilmesi hakkında imtiyaz sözleşmesinde yaptığı inceleme neticesinde verdiği kararında; *“…sözleşmenin 27. maddesinde öngörülen ‘uzlaşma komisyonu’ ve onun kararlarına karşı itiraz halinde başvurulacak ‘tahkim yolu’ 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. Maddesinin 1/son fıkrası ve 2577 sayılı İYUK’un 2. maddesinin 1/c bendi uyarınca ‘imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargılamaya ait bulunması nedeniyle, Tasarının 27. maddesinde öngörülmüş bulunan bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesi ilgili düzenlemeler metinden çıkarılmıştır...”* ifadesini kullanmıştır.

1. **Tahkim Uygulamasının Özellikleri Açısından Tahkim Yasağının Gerekçeleri**
2. **Tahkimin Rastlantısal Sonuçlar Doğurduğu Düşüncesi**

Tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurduğu düşüncesini, idare hukuku ile hukukun genel ilke ve kuralları çerçevesinde incelememiz gerekir.

Devletin, egemen bir süje olarak tahkim gibi keyfi sonuçlara yol açabilecek bir sistem içinde yargılanamayacağı tezi bu yöndeki en büyük engel görüş olarak durmaktadır.[[7]](#footnote-7)

Hukukumuzda kanuni idare ilkesi mevcuttur. Ancak tahkim yargılaması bu ilke ile çelişmektedir. Örneğin tahkim yargılamasında hakemlerin usul kanunlarında açık hüküm olmayan hallerde takdir haklarını kullanarak boşluk doldurma yetkileri vardır.[[8]](#footnote-8) Bu ilkenin kanuni idare ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Kaldı ki bu durumda hakemler kanun boşluklarını doldurduklarında rastlantısal sonuçların çıkması da pek mümkündür.

Tahkim yargılamasında hakemlerin davanın devam etmesini herhangi bir nedenden dolayı gereksiz veya imkansız bulmaları halinde yargılamanın sona erdirilmesine karar verme hakları vardır. Bu durum da tahkimin rastlantısal sonuçlar doğurduğu düşüncesini desteklemektedir.

1. **Tahkimin Özel Hukuk Temelli Bir Yargılama Mekanizması Olması Bakımından**

Tahkimin, özel hukuk alanında (özellikle de ticari ihtilaflarda) uygulanan bir uygulama olduğu açıktır.

İdare hukuku ile özel hukuk arasında mahiyet farkı olduğu için idare hukukuna ilişkin ihtilafların çözümünde özel hukuk hükümlerinin kıyas yolu ile dahi uygulanmasına izin verilmezken içine özel hukuk hükümlerinin sinmiş olduğu tahkimin uygulanması da düşünülemez.

1. **İdari Yargının Özellikleri Açısından Tahkim Yasağının Gerekçeleri**
2. **İdarenin Devlet Yargısı Dışında Bir Yargı Sistemine Tabi Olamayacağı Düşüncesi**

Adli yargı-idari yargı ayrımı olan ülkelerde ve tabii ki bizim ülkemizde de bu ayrım gereğince idare hukukundan kaynaklanan ihtilafların çözümü için idari yargı yolu öngürülmüştür. Yani idare hukukundan kaynaklanan ihtilafların adli yargı hakiminin dahi önüne gelmesi istenmemiştir. Bu durum karşısında idare hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda özel hukuk temelli bir yargılama mekanizması olan tahkime başvurulamaması gerekmektedir.

1. **Kamu Yararı Ve Kamu Düzeni Kavramları İle Tahkim İlişkisi Bakımından**

İmtiyaz sözleşmeleri ile ilgili ihtilaflarda yargının, kamu yararı ve kamu düzeni kavramlarına sıkça yer verdiği görülmektedir.

Devletin kanunla kurulmuş yargı mercileri önünde yargılanması kamu düzeni gereği olup kamu yararını ilgilendirmektedir. Yani esasen önemli olan nokta yargılama sırasında kamu yararını ve kamu düzenini gözetmek, bu kavramları ihlal etmemektir. İdare Hukuku alanında tahkime başvurulmasının bu kavramları ihlal edeceğini söylemek pek mümkün değildir. Çünkü gerçekleşme ihtimali olan bir ihlali çeşitli aşamalarda önlemek mümkündür:

Yapılan Anayasa değişiklikleri sonrasında imtiyaz sözleşmeleri için tahkim yolu açılmıştır. Ancak bu sözleşmeler için Danıştay incelemesi öngörülmüştür. İşte Danıştay’ın bu inceleme aşamasında tahkime başvurunun kamu yararına ve kamu düzenine zarar vereceğini düşündüğü durumlarda sözleşme hükümlerine kaldırabilmesi mümkündür. Nitekim Danıştay İdari İşler Kurulu 2000/107 esas, 2000/76 karar sayılı ve 09.10.2000 tarihli kararında; *“…Görüldüğü üzere yasa koyucu, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesine, gerektiğinde bir kısmının tahkim kapsamı dışında bırakılmasına olanak sağlamaktadır…Bu noktada önemli olan husus, sözleşmeden doğan bazı uyuşmazlık türleri yönünden tahkim yolunun kapatılmasının, genelde “kamu düzenini korumak” düşüncesine dayandırılmış olmasıdır…Tahkim şartı ve sözleşmesi içeriğinde tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıkların sınırlandırılması mümkün olduğuna göre işletmenin askıya alınması, haberleşmenin gizliliği, milli güvenlik ve kamu düzeni konularında kural getiren 25. ve 44. maddelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim sözleşmesi kapsamından çıkarılmasının uygun olacağı; aksi halde, kamu güvenliği, ulusal savunma, milli güvenlik, kamu düzeni, haberleşmenin gizliliği gibi ülkenin kendine özgü koşulları içinde oluşan ve değerlendirilmesi gereken kavramların ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkların ulusal mahkemeler yerine tahkim yoluyla değerlendirilip çözümlenmesi gibi kamu yararı ile bağdaşmayan bir durumun oluşmasına neden olacağı sonucuna varıldığından, sözleşme taslağının 25. ve 44. Maddelerinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim şartı dışında, ayrı bir tahkim sözleşmesi düzenlenmesi halinde ise aynı maddelerin sözleşme kapsamı dışında bırakılmasının uygun olacağına…”* şeklinde görüş bildirilmiştir.

Anayasa’da ve Danıştay Kanunu’nda yapılan değişikliklerden sonra, imtiyaz sözleşmeleri konusunda Danıştay’ın verdiği görüşler artık bağlayıcılığını yitirmiştir. Ancak Danıştay’ın görüşüne uyulmayarak bu alanlarda hakem kararları alınacak olursa, bu kararların kamu düzenine aykırılık nedeniyle temyizi ya da iptali talep edilebileceği gibi verilen yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında, kamu düzeni engellemesiyle karşılaşabileceği de bir vakıadır.[[9]](#footnote-9)

1. **İDARE HUKUKUNDA TAHKİMİN UYGULANABİLİRLİĞİ**
2. **Anayasa Değişiklikleri Öncesindeki Uygulamalar**

13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişiklikleriyle Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle imtiyaz sözleşmelerinden çıkan ihtilaflar hakkında tahkim yoluna başvurulabilmesinin yolu açılmıştır.

Yapılan bu değişikliklere kadar tüm idari sözleşmeler gibi imtiyaz sözleşmeleri için de tahkim yolu kapalı idi. Bu sözleşmelerle ilgili ihtilaflarda idari yargıya başvuruluyordu. Her ne kadar 1999 değişikliklerinden önce bu durumun değiştirilmesi için bazı girişimlerde bulunulmuşsa da bu girişimler Anayasa Mahkemesi’nin kararlarıyla sonuçsuz kalmıştır. Örneğin 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanununun 5. maddesi ile bu kapsamdaki sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilerek idari yargının denetiminden çıkarmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi 1994/71 esas, 1995/23 karar sayılı ve 28.06.1995 tarihli kararında kanun koyucunun bu tip sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak niteleme yetkisinin olmadığı, kanun koyucunun sözleşmelerin niteliğini değiştiremeyeceğini, idari sözleşmelerden doğacak her türlü ihtilafın idari yargı içinde kaldığının gerekçe göstererek ve bu nedenle de tahkimin bu alanda söz konusu olamayacağını belirterek söz konusu maddeyi iptal etmiştir.

Yukarıda da açıkladığımız üzere 1999 Anayasa değişiklikleri öncesinde imtiyaz sözleşmeleri açısından tahkimin mümkün olmadığı açıktır. Ancak iç hukukumuza 6 Aralık 1988 tarihinde dahil edilmiş olan Devletler Ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Konvansiyon (International Center for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) gereği esasen ülkemizde bir tahkim usulü mevcuttur. Bu konvansiyonla kurum kurulmuş ve yabancı bir devletle arasında iş ilişkisi olan yabancı arasındaki ihtilafların bu kurum aracılığıyla uzlaştırma ve tahkim yollarıyla çözümlenmesi öngörülmüştür. Bu anlaşmanın onaylanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte Anayasa’nın uluslararası anlaşmaları kanunlarla eş değer göre 90. maddesi gereği tahkim hukukumuzda yerini almıştır. Fakat, her ne kadar ICSID gereğince tahkim yolu açık gibi görünse de 1999 değişikliklerine kadar imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay’ın öndenetiminden geçme zorunluluğu olduğundan tahkimin fiilen uygulanması pek mümkün olmamıştır. Zira Danıştay’ın ilgili maderleri iptal edebilme imkanı bulunmaktadır.

Ayrıca ICSID dışında çeşitli ülkelerle yapılan yatırım anlaşmalarında da tahkim yolu öngörülmüşse de yukarıda açıkladığımız iç hukuk gereklerimiz nedeniyle bunların da uygunlanma imkanları olmamıştır.

1. **Anayasa Değişiklikleri Ve Yasal Düzenlemelerle Oluşturulan Uygulama Çerçevesi**

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa değişiklikleriyle Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle imtiyaz sözleşmelerinden çıkan ihtilaflar hakkında tahkim yoluna başvurulabilmesinin yolu açılmıştır.

Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun teklifinin genel gerekçelerinde şu ifadelere yer verilmiştir: *“…ülkemizin yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü, önemli bir yer tutmaktadır. Günümüzde bu tür uyuşmazlıklar bakımından tahkim uluslararası düzeyde gittikçe yaygınlaşan bir kurum haline gelmiştir…”*

Ancak bu Anayasa değişikliği teklifinin esas nedeni, 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağına ilişkin hükmünün Anayasa Mahkemesi’nin 1994/71 esas, 1995/23 karar sayılı ve 28.06.1995 tarihli kararıyla iptal edilmesi ile Danıştay’ın da incelediği imtiyaz sözleşmelerinden tahkim kaydını Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu iptal kararı doğrultusunda çıkarmasıdır.

Anayasa’nın 47. maddesine getirilen *“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”* ifadesiyle kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin çıkarılacak bir kanun ile kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi olanaklı hale getirilmiştir.

Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasına getirilen *“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.”* ifadesiyle kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara milli ve milletlerarası tahkim yolu açılmıştır.

Anayasa’nın 155. maddesindeki değişiklik ile getirilen *“Danıştay, …kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmekle…görevlidir.”* ifadesiyle Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki ön denetim yetkisini kaldırarak bunu görüş bildirme yetkisi haline getirilmiş ve görüş bildirme süresi iki ay ile sınırlandırılmıştır.

Anayasa’da yapılan bu değişikliklere paralel olarak ilgili diğer bazı kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır. [[10]](#footnote-10) Ayrıca Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun çıkarılarak yap-işlet-devret sözleşmelerinin tahkime konu olabileceği ve bunların özel hukuk sözleşmeleri olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Yapılan bu değişikliklerle tahkim yolu açıldığından tahkime ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Gereken İlkelere Dair Kanun kabul edilmiştir. Ayrıca tüm bunlardan sonra 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çıkarılarak yabancılık unsuru içeren durumlarda ki tahkime ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

1. **İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE İHTİYARİ TAHKİM VE UYGULAMA USULÜ**

Türk hukukunda öngörülen tahkim, ihtiyari tahkimdir. Zira Anayasa’nın 4446 sayılı kanunla değişik 125. maddesine göre; *“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir.”* İhtiyari tahkimde taraflar aralarındaki ihtilafın çözümü için tahkim yoluna başvurabilirler; ancak bu yönde bir zorunlulukları yoktur.

1. **TAHKİME HAZIRLIK AŞAMASI**
2. **İmtiyaz Sözleşmelerinde Yabancılık Unsurunun Bulunup Bulunmadığı Ve Buna Bağlı Olarak Doğan Sonuçlar**

Anayasa’nın 4446 sayılı kanunla değişik 125. maddesine göre; *“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.”* Bu hükme göre milletlerarası tahkime başvurulabilmesi için imtiyaz sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunması gerektiği açıktır. Ancak yabancılık unsuru bulunan sözleşmelerde de milli tahkime başvurulması mümkündür.

Yabancılık unsuru, 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 birini ifade eder.[[11]](#footnote-11) 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin 5. fıkrasında 4501 sayılı kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilafların milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün, 4686 sayılı kanuna tabi olduğu öngörülmüştür.

1. **İmtiyaz Sözleşmesine Koyulan Tahkim Şartı İle Tahkim Anlaşması Ayrımı Ve Sonuçları**

4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Gereken İlkelere Dair Kanun’nun Tahkim Yoluna İlişkin İlkeler Başlıklı 4. maddesinde, tahkim yolunun öngörülmesi halinde tahkim anlaşmasının iki şekilde yapılabileceği kabul edilmiştir:

* Sözleşmeye konulan tahkim şartı şeklinde veya,
* Ayrı bir tahkim sözleşmesi içinde. (Bu durumda, 4501 sayılı kanunun 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tahkim sözleşmesi, esas sözleşmenin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olur.)[[12]](#footnote-12)

Taraflar ihtilafı hakem önüne bir sözleşme ile getiriyorlarsa burada tahkim sözleşmesi söz konusudur. Şayet taraflar arlarında yaptıkları esas sözleşmeye bu sözleşmeden doğacak ihtilafların hakem yoluyla çözülebileceğine dair bir şart koymuşlarsa burada tahkim şartı söz konusudur.

Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının yazılı olarak yapılması gerekir. Zira yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Ayrıca tahkim şartında, ihtilafların çözümlenmesinin tahkime tabi olduğunun açık bir biçimde belirtilmesi de gerekir.

4501 sayılı kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“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 esasıma 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 benzer konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.”*

1. **Tahkim Hususunda Danıştay’ın Görüşünün Alınması**

Anayasa’nın 155. Maddesi ile Danıştay Kanunu’nun 23. maddesinin d bendi gereğince imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay’ın iki ay içerisinde görüş bildirilmesi gerekir. Bu hususa 4501 sayılı kanun açısından yaklaşıldığında da imtiyaz sözleşmesine tahkim şartı konulması durumunda esas sözleşmenin, ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılması durumunda ise bu sözleşmenin Danıştay’a gönderilerek görüş alınması gerekir. Zira bu sözleşmeler görüş alındıktan sonra yürürlüğe girecektir. Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere Danıştay’ın görüşü bağlayıcı değildir.

Peki Danıştay’ın görüşünü belirlenen iki aylık sürede açıklamamsı durumunda ne olacaktır? Bu hususta uygulanacak bir yaptırım bulunmamaktadır. Genel düşünce gereği bu durumunda Danıştay’ın görüşünün olumlu olduğu değerlendirmek gerekir.

1. **Tahkim Dili**

Tahkim dili; dava dilekçesi, cevap dilekçesi, diğer tüm yazılı beyanlar ve duruşmalarda kullanılacak dili ifade etmektedir.

Esas sözleşmenin kaleme alındığı dilin tahkim dili olarak da kabul edilmesi gerekli değildir. Zira taraflara tahkim dili konusunda bir serbesti tanınmıştır. Taraflar istedikleri bir dili tahkim dili olarak kabul edebilirler.

Milletlerarası tahkimde tarafların bir tahkim dili kabul etmemiş olmaları durumunda hakemler tahkim dilini seçme yetkisine sahiptirler. Bu durumda hakemlerce, genelde sözleşmenin kaleme alındığı dil tahkim dili olarak belirlenir.

1. **Hakemlerin Sayısı Ve Atanması**

Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 Sayılı Kanun’da hakem mahkemesinin oluşturulması konusunda uyulacak kurallara ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda söz konusu ihtilafın tahkim yoluyla çözümü bir uluslararası anlaşmanın uygulama alanına girmiyorsa ya da böyle bir imkan var olduğu halde kullanılmıyorsa aynı kanunun “Hüküm Bulunmayan Haller” başlıklı 6. maddesi gereğince milli takime ilişkin diğer düzenlemeler için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar için de Milletlerarası Tahkim Kanunu’na başvurmak gerekir.[[13]](#footnote-13)

Hakemlerin sayısı konusunda emredici bir düzenleme bulunmamaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7. maddesi gereğince ihtilafın tarafları hakemlerin sayısını, tek sayı olmak kaydıyla, diledikleri gibi belirlemekte serbesttirler. Zaten genel tahkim uygulamalarında da tahkim mahkemesinin bir ya da üç hakemden oluşması kabul edilir. Üçten fazla hakem uygulamada tercih edilmemektedir.

İmtiyaz sözleşmeleri hakkında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla çözümünde tahkim mahkemesinin üç hakemden oluşması daha doğru ve faydalı olacaktır. Zira bu konudaki uyuşmazlıklar teknik ve karışık olduğundan farklı alanlarda uzmanlıklara ihtiyaç duyulmaktadır.

Tahkim yargılamasında tarafların hakemler konusunda anlaşmaları mümkündür. Ancak bu yönde bir anlaşma olmaması durumunda Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7. maddesine göre hakem seçimi asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır. Ancak HUMK’da ise bu seçimin davaya bakmakta görevli ve yetkili olan hakim tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda yabancılık unsuru taşımayan imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili ihtilaflarda hakemlerin atanmasında Danıştay’ın görevli olduğu açıktır. Yabancılık unsuru taşıyanlarda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince hakemlerin atanmasında asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Sadece gerçek kişiler hakem olarak seçilebilir.

Milletlerarası tahkimde; bir hakem seçilecekse bu bir hakemin, üç hakem seçilecekse ikisinin ihtilaf tarafları ile aynı milliyetten olmaması gerekir.

1. **TAHKİM YARGILAMASI**
2. **Tahkim Yeri**

Tahkim yeri, hakemlerin kararlarını verecekleri yerdir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 9. Maddesi gereğince tahkim yeri seçiminde, taraflar veya onların seçmiş olduğu tahkim kurumu tamamen serbesttir. Tahkim yeri konusunda herhangi bir anlaşma yoksa hakem ya da hakem kurulu olayın niteliklerine göre tahkim yerini belirler. Tahkim yeri olarak belli bir yer tespit edilmiş olsa da hakemlerin tahkim yeri dışında bir yerde toplantı yapmalarına engel bir durum bulunmamaktadır.

Milletlerarası tahkim yoluna başvurulduğunda hakem mahkemesinin kuruluşundan, hakem kararlarına karşı başvuru yollarına kadar tüm aşamalarda tahkimin devam ettiği devletin yerel mahkemelerinden yardım alınması gereken durumlarla karşılaşılabilir. Böyle durumlarda, tahkim yeri hukukuna göre öngörülen kurallar çerçevesinde söz konusu devletin mahkemeleri karara bağlanması gerekli konuları görüşür, karara bağlarlar.[[14]](#footnote-14)

1. **Tahkimde Uygulanacak Hukuk Kuralları**

Tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk kuralları, usul kuralları ve ihtilafın esasının çözümünde uygulanacak olan maddi hukuk kuralları olmaz üzere iki grup kurallardır.

4501 sayılı kanunun 4. maddesine göre ihtilafın esasına uygulanacak maddi hukukun da tespit edilmesi gerekir. Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde tarafların ihtilafa uygulanacak maddi hukuku belirlemiş olmaları durumunda hakemler buna riayet etmek durumundadırlar. Aynı durum usul kuralları için de geçerlidir.

Hakemler, tarafların daha önceden ihtilafın esasına uygulanacak hukuk olarak seçtikleri hukukun uluslararası kamu düzenini ihlal edeceğini düşündükleri durumlarda bu hükümleri göz ardı edebilirler.

4501 sayılı kanunun 6. maddesine göre; *“Bu Kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır.”* Tarafların, uygulanacak hukuku tespit etmemiş olmaları halinde 4501 sayılı kanunun yollamasıyla 2675 sayılı MÖHUK’un 24. Maddesine göre uygulanacak hukuk belirlenir. Söz konusu maddeye göre; sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, tarafların açık olarak bir kanunu seçmemeleri halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yeri hukukunun birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yer hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır. Bu doğrultuda imtiyaz sözleşmelerinde ifa yeri Türkiye olarak belirlendiğine göre Türk İdare Hukuku’nun uygulanması söz konusu olabilir.

1. **Hakemlerin Yetkileri**

Tahkim yargılamasında hakemler esasen taraflarca verilen yetkiye dayanarak yargılama yaparlar.

Anayasa’nın 125. maddesine ve bu maddeye paralel olarak çıkarılan ilgili kanunlara göre kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi mümkündür. Peki hakemlerin imtiyaz sözleşmesini iptal etme yetkileri var mıdır? Hukukumuz uyarınca hakemlerin bir idari işlem olan imtiyaz sözleşmesini iptal etme yetkileri yoktur. Çünkü hukukumuza idari işlemleri iptal etme yetkisi idare hakimine verilmiştir ve hiç kimse kaynağını Anayasa ve kanunlardan almayan bir yargı yetkisini kullanamaz. Bu bağlamda ve ayrıca Anayasa’nın 125. maddesinin incelenmesiyle tahkim yoluna başvurulacak ihtilafların imtiyaz sözleşmelerinden “doğan”, bir başka deyişle bu sözleşmelerin uygulanması aşamasında karşılaşılacak uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu söylenebilir.[[15]](#footnote-15)

1. **TAHKİM SONUCUNDA VERİLEN KARARLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI**

* Milli Tahkim Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

Milli tahkim kararlarına karşı temyiz yoluna başvurmak mümkündür. Söz konusu bu temyizde HUMK tahkimle ilgili hükümleri uygulanır.

Tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların icra kabiliyetine sahip olabilmesi için ya Yargıtay’ca onanması ya da temyiz edilmemesi gereklidir.

Temyiz edilen tahkim kararlarının temyizi mümkün geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanan ve usulüne uygun atanmış hakem veya hakemlerce verilmiş olan ve ihtilafın esasına ilişkin bir hüküm olması gerekir. Nihai karar niteliğinde olmayan kararlar ancak nihai kararla birlikte temyiz edilebilirler.

Hakemler, yargılama sonucunda kararı yetkili mahkeme kalemine tevdi etmelidirler. Yetkili mahkeme, taraflar arasındaki ihtilafın tahkim yoluyla çözülmeyecek olması durumunda görevli ve yetkili olan mahkemedir. Taraflar, bahsi geçen tevdi işlemi gerçekleştikten sonra kararı temyiz edebilirler.

* Milletlerarası Tahkim Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

Milletlerarası tahkim kararlarına karşı başvuru yolları 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinde düzenlenmiştir.

Milletlerarası tahkim kararlarına karşı ancak iptal davası açma yoluna başvurulabilir. İptal davası, yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır. İptal davasının açılma süresi, kararın taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gündür. İptal davası hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna açıktır, ancak karar düzeltme yolu kapalıdır.

Tahkim kararlarının iptal sebeplerinden bazıları mahkeme tarafından re’sen dikkate alınırken bazıları sadece tarafların ispatlamaları durumunda dikkate alınır. Mahkemenin re’sen dikkate alacağı sebepler hakem kararına konu ihtilafın tahkime elverişli olup olmadığı ile kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığıdır. Bu sebeplerin bulunması halinde mahkeme kararı iptal eder. Tarafların ispat etmesi durumunda dikkate alınan sebepler ise tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz veya tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması; hakem seçiminde, anlaşmada belirlenen veya Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda öngörülen usule uyulmaması; kararın tahkim süresi içinde verilmemesi; hakemlerin, hukuka aykırı olarak yetkili ya da yetkisiz olduğuna karar vermesi, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi; tarafların eşitliğe ilkesinin gözetilmemesi; yargılamanın uygulanması gereken usule göre yapılmamış olmasıdır. Bu sebeplerin taraflarca ispatı halinde mahkeme iptal kararı verir.

Taraflardan yerleşim yerleri ve olağan oturma yerleri Türkiye dışında olanların anlaşarak iptal davası açma hakkından feragat edebilmeleri mümkündür. Buradaki feragat, iptal davası açma hakkından tamamen feragat etme şeklinde olabileceği gibi belirli bazı iptal sebeplerine dayanarak iptal davası açamama şeklinde de olabilir.

1. **TAHKİM YARGILAMASI NETİCESİNDE VERİLEN KARARLARIN UYGULANMASI**

Tahkim kararlarının icra kabiliyeti yoktur. Bu kararların icra kabiliyetine sahip olabilmeleri için kesinleşmeleri gerekmektedir.

* Milli tahkimde karar, temyiz edilmemekle veya temyiz edilip onanmakla;
* Milletlerarası tahkimde ise karar, tenfiz edilmekle veya açılan iptal davası sonucu red kararı verilip bu red kararının kesinleşmesiyle kesinleşir.

Anayasa’nın 138. maddesinin 4. fıkrasına göre; *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesine göre ise; “1.Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir. 2.Tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.”*

Tahkim yargılaması neticesinde verilen kararların da mahkeme kararları gibi kazai niteliktedir. Bu nedenle bu kararların da kesinleştikten sonra yukarıda bahsettiğimiz Anayasa ve İYUK hükümleri gereği uygulanması gerekmektedir.

1. **DEĞERLENDİRME VE SONUÇ**

Yüksek maliyet ve ileri teknoloji gerektiren kimi kamu hizmetlerinin her türlü kar ve zararı hizmeti yürütende kalmak kaydıyla özel kişilere gördürülmesine imtiyaz usulü denilmektedir. Ülkemizde imtiyaz usulü 1980’li yıllara kadar pek kullanılmazken bu yıllardan itibaren duyulan ihtiyaç nedeniyle sıkça kullanılır hale gelmiştir. İmtiyaz sözleşmeleri nitelikleri itibariyle idari sözleşme olmalarından ötürü bu tür sözleşmelerde idare lehine bir üstünlük söz konusudur. 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinden önce imtiyaz sözleşmelerinin geçerli olması için Danıştay’ın onayı gerekli olmuş, ayrıca bu sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların çözümü için tahkim yolu kabul edilmemiştir. Söz konusu sözleşmelere ilişkin doğacak ihtilaflarda çözüm yolu idari yargı olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar tahkim konusunda yasal düzenlemeler yapılmaya çalışılmışsa da bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ayrıca imtiyaz sözleşmelerine konulan tahkime ilişkin hükümler de Danıştay tarafından iptal edilmiştir. 1999 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle ve bunu takiben çıkarılan uyum yasalarıyla imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilafların çözümü için tahkim yolu açılmıştır.

İmtiyaz sözleşmelerinde idarenin karşı tarafında yer alan yatırımcılar tahkim yolunun kapalı olması durumunu kendileri için bir hukuki risk ve belirsizlik olarak görmektedirler. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinden doğan ihtilafların idari yargıda çözümlenmesi aşamasında kamu yararı düşüncesiyle idare lehine bir eşitsizlik uygulanacağını düşünmektedirler. Ayrıca yargılamanın uzun sürmesi de yatırımcıları tedirgin etmektedir. Bu nedenlerle yatırımcılar tahkim yolunu tercih etmektedirler. Çünkü tahkimde daha hızlı ve daha adil bir yargılama yapılacağını düşünmektedirler.

Her ne kadar yukarıda açıkladığımız gerekçeler doğrultusunda yatırımcıların tahkim uygulaması sayesinde imtiyaz almak ve dolayısıyla yatırım yapmak için daha istekli olacakları bir gerçekse de ben kişisel kanaatim olarak imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenmesine karşıyım. Zira imtiyaz sözleşmelerinde bir kamu menfaati söz konusudur. Bu kamu menfaatinin en iyi şekilde korunması için ilgili yargılamaların idari yargıda yapılması gerekmektedir. Tahkim kararlarına karşı temyiz ya da iptal davası yolları mevcutsa da bu yollarda idari yargıda yapılacak bir yargılamadaki etkinin olmayacağı düşüncesindeyim. Yatırımcıların yatırım yaparken çok büyük mali riskler aldıkları doğru, fakat zaten bu durum tacir olmanın bir gereğidir. Dolayısıyla kamu menfaatinin en iyi şekilde korunabilmesi açısından imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilafların çözüm yerinin idari yargı olması gerektiği kanaatindeyim.

Ancak günümüzde bu alandaki tahkimin hızla yaygınlaştığı ve artık vazgeçilmez bir kurum olduğu aşikardır. Bu şartlar altında da kamu menfaatinin en iyi şekilde korunabilmesi için birtakım düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Özellikle de milletlerarası tahkimde idarenin, ilgili konuda uzman, tahkim usulüne vakıf, özellikle yargılamanın yapıldığı yabancı dili çok iyi düzeyde kullanılabilen kişiler tarafından temsil edilmesi yerinde olacaktır. Bu hususta idarenin Kamu İhale Kanunu gereğince hizmet alımı yapması mümkün olduğu gibi kendi bünyesinde de bu yapılanmayı sağlaması mümkündür.

**KAYNAKÇA**

**AZRAK**, Ü., İdari Sözleşmeler Ve Uluslararası Tahkim, TBB, Panel, Ankara, 1999, s. 26-38

**GÜLAN,** A., Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, Hukuk Ve Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim Ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, 2001, Ankara, s. 142

**GÜNDAY,** M., İdare Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2003

**KESKİN,** B., Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Arıkan Yayınları, 2007

**ORAK,** C.Ç., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2006

**POLATKAN,** V, Yap-İşlet-Devret Modeli İle Ulusal Ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2000

**Soysal,** M., İdari Sözleşmeler Ve Uluslararası Tahkim, TBB, Panel, Ankara, s. 62-64

**TAN,** T., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Hukuk Kurultayı 2000, İzmir Barosu, s. 463 v.d.

**TANRIVER,** S., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Ve Tahkim, Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, s.1082

**ZABUNOĞLU,** Y., Bir İdari Sözleşme Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, c. I., Ankara, 2000, s. 491-497

1. GÜNDAY, M., İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 7. Bası, 2003, s. 172 [↑](#footnote-ref-1)
2. 26 Haziran 2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 10 Haziran 2004 tarih ve 5188 sayılı “Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun”’un 1. maddesinde *“Bu Kanunun amacı, kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemektir.”*, ifadesi kullanılmış ve kanunun 5. maddesinin 1. paragrafında özel güvenlik şirketlerine ilişkin olarak şu hususlar düzenlenmiştir: *“Şirketlerin özel güvenlik alanında faaliyette bulunması İçişleri Bakanlığının iznine tabidir. Faaliyet izni verilebilmesi için şirket hisselerinin nama yazılı olması ve faaliyet alanının münhasıran koruma ve güvenlik hizmeti olması zorunludur. Özel güvenlik şirketleri, şubelerini bir ay içinde Bakanlığa ve ilgili valiliğe yazılı olarak; hisse devirlerini bir ay içinde Bakanlığa bildirirler.”* [↑](#footnote-ref-2)
3. ORAK, C. Ç., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, 2006, s. 36 [↑](#footnote-ref-3)
4. POLATKAN, V., Yap-İşlet-Devret Modeli İle Ulusal Ve Uluslararası Tahkim, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2000, s.484-489 [↑](#footnote-ref-4)
5. TANRIVER, S., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Ve Tahkim, Prof.Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000, s.1078 [↑](#footnote-ref-5)
6. 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri [↑](#footnote-ref-6)
7. KESKİN, B., Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Arıkan Yayınları, 2007, s.134 [↑](#footnote-ref-7)
8. ORAK, C. Ç., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, 2006, s. 90 [↑](#footnote-ref-8)
9. KESKİN, B., Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Arıkan Yayınları, 2007, s.142 [↑](#footnote-ref-9)
10. Danıştay Kanunu’nun 23/2,24 ve 28. maddelerinde; İYUK’un 2/1-c maddesine; Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanunu’nun 5/1-c maddesinde yapılan değişiklikler. [↑](#footnote-ref-10)
11. 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun madde 2/c’ye göre. [↑](#footnote-ref-11)
12. KESKİN, B., Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Arıkan Yayınları, 2007, s.234 [↑](#footnote-ref-12)
13. KESKİN, B., Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Arıkan Yayınları, 2007, s.239 [↑](#footnote-ref-13)
14. ORAK, C. Ç., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, 2006, s.192 [↑](#footnote-ref-14)
15. ORAK, C. Ç., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, 2006, s.203 [↑](#footnote-ref-15)