

İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI İÇİNDE TAHKİM

*Orhun YET**

Tahkim, mahkeme dışında, bir uyuşmazlık çözüm biçimi niteliğine sahip olması nedeniyle, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde değerlendirilir. Tüm dünya ülkelerinde ortak sorun olan, yargıda artan iş yüküne bağlı olarak davaların sonuçlanmasının uzaması; devlet yargısı dışında, alternatif uyuşmazlık çözüm biçimleri arayışlarında önemli bir neden olarak yer almaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1960'lı yılların başında uygulanmaya başlanan 1980'lerden sonra uygulama alanı genişleyen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bilahere Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde, daha sonra Kıta Avrupası ülkelerinde uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

Uluslararası alanda ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (1981) 7 Sayılı Mahkemelere Başvurmayı Kolaylaştıran Vasıtalara Dair Tavsiye Kararı'nda, "İhtilafların taraflar arasında sulh ve anlaşma yoluyla çözümlenmesini kolaylaştırmak ve teşvik etmek için uygun tedbirler alınması", R (1986) 12 Sayılı Mahkemelerin Aşırı İş Yükünü Önlemeye ve Azaltmaya Yönelik Bazı Tedbirlere Dair Tavsiye Kararında "İhtilafların uygun görülen hallerde ya adli sistemin dışında veya yargılama öncesi veya sırasında uzlaşmayla çözüme bağlanmasını teşvik edilmesi, bu amaçla, aşağıda yer alan:

a) Uygun teşviklerle birlikte yargılama öncesi veya yargılama esnasında, ihtilafları çözümlenme amacıyla uzlaşma usulleri öngörülmesi,

b) Yargılamanın başında veya uygun olan herhangi bir safhasında taraflar arasındaki uyuşmazlığı uzlaşmayla çözüme bağlama arayışı içinde olmasının, hâkime asli bir görev olarak verilmesi,

c) Avukatların yargı yoluna başvurmadan önce ve yargılamanın uygun olan herhangi bir safhasında hasım tarafla uzlaşmaya çalışmasının kendileri

* Danıştay 13. Daire Üyesi

için ahlaki bir görev olarak kabulü veya yetkili organların böyle bir ahlaki görev olarak kabulü veya yetkili organların böyle bir ahlâki görevi tanımaya davet edilmesi tedbirlerinin dikkate alınabileceği” konusunda üye ülkelerine tavsiyede bulunulmasına karar verilmiş, 18 Eylül 2002 tarihli R (2002) 10 sayılı tavsiye kararı ile, medeni hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk hakkındaki esaslar düzenlenmiş, 2002 yılında Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından Uluslararası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun hazırlanmış, 15-16 Ekim 1999’da Tampere’de düzenlenen Avrupa Birliği zirvesinde üye devletler Avrupa’da daha iyi adalete erişime ilişkin olarak mahkeme dışı alternatif yöntemler oluşturmaya davet edilmiştir. 2004 yılında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi medeni hukuk alanında ve ticari konularda arabuluculuğa ilişkin hükümleri içeren Hukuk ve Ticari uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Direktif Tasarısı’nı kabul etmiştir.

Alternatif çözüm yolları sabit bir uygulama alanına sahip olmayıp, her ülkenin sosyolojik gerçeklerine uygun değişik çözüm yolları kullanılmaktadır. En yaygın kullanılan biçimlerin ise, uzlaşma, arabuluculuk ve tahkim olduğunu görmekteyiz.

Arabulucu (Mediation): Bir uyuşmazlıkta tarafların yaptığı sözleşmeye göre atanan arabulucu, çözüme ulaşmak için taraflarla ayrı ayrı veya birlikte görüşmeler yapmak suretiyle anlaşmazlığın özelliğine göre haklılıkları konusunda tarafları bilgilendirir.

Uzlaştırma (Conciliation): Arabuluculuğa benzemekle beraber, uzlaştırıcı konumunda olan, uyuşmazlığın çözümü konusunda taraflara tavsiye niteliğinde bir görüş, karar beyan edebilir. Ancak bu kararın, tarafları bağlayıcı niteliği olmadığından, taraflarca istenilirse kabul edebilir, isterlerse daha sonraki görüşmeler için bir zemin olarak kullanılabilir.

Tahkim (Arbitrage): Tarafların kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre hakemlerce uyuşmazlığın sonuçlandırılmasıdır. Özellikle Uluslararası Tahkim, en fazla örgütlenen, mevzuat ve uygulanma açısından en köklü geçmişe sahip uyuşmazlık çözüm yoludur. Diğer yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarından farkı, yargılamanın yerine geçen bir niteliğe sahip olması ve bağlayıcı bir hakem kararı ile sonuçlanmasıdır. Tahkimde de bir yargılama faaliyeti vardır ve bu tahkim yargısı olarak adlandırılmaktadır. 4501 sayılı kanunun 2. maddesinde tahkim yolu “Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti” olarak tanımlanmıştır. Bu niteliği itibarıyla diğer alternatif uyuş-

mazlık çözüm yöntemleri dışında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinin uygulanması ve durum tespitine dair Yeşil Kitap'ta uluslararası tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm arasında değerlendirilmemiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, kısa sürede sonuç alınması, mahkemeye göre ucuz ve daha az çekişmeli olmaları, tarafların uyuşmazlığın çözümüne aktif katılımları, aleni olmamaları nedeniyle tercih edilmektedirler. Yargılama öncesi veya yargılama esnasında kullanılmalrı mümkündür. Söz konusu yöntemlerin asıl amacı, yargıya başvurma olanağını ortadan kaldırmak olmayıp, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların çözümünü, yargı tasarrufu olmaksızın tarafların iradesiyle gerçekleştirmek bu suretle toplum barışını sağlamaktır.

TÜRK HUKUK SİSTEMİNDEKİ DÜZENLEMELER

Ülkemizde hukuki uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce yargı dışında çözüm yollarını düzenleyen bir genel yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kişilerle idare arasında, özel hukuk ilişkilerinden doğan, konusu para alacağı olan ve adliye mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların uzlaştırma yoluyla çözülmesi amacıyla 1994 yılında "Uzlaştırma Kurullarının Kuruluş, Görev ve Yetkilerine Dair Kanun Tasarısı" hazırlanmış, bu tasarı adalet komisyonunda "Kişilerle İdare Arasında Özel Hukuk İlişkilerinden Doğan İhtilafların Uzlaştırma Yolu İle Halline Dair Kanun Tasarısı" adını alarak aynen kabul edilmiş; fakat, kanunlaşması mümkün olmamıştır. Halen Bakanlar Kurulu'na hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı 26.05.2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiş, henüz kanunlaşmamıştır.

Bununla beraber, özel hukuk alanında, 3533 Sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle idare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkındaki Kanun'un (4, 5, 6) 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (213/I), 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun (58, 59), 6326 sayılı Petrol Kanunu'nun (26), 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (22), 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun (35/A 95/5), 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun (49/4), 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hukuku Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (13), 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un (12/A, 14), 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun (5/o-s, 5/A-ı/), 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanu-

nu (6/B-12, 8/b-6), 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu (10), 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10/4), 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Görev, Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un (7) maddelerinde alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde değerlendirilebilecek değişik düzenlenmelerin yer aldığı görülmektedir.

Tahkim ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. maddelerinde düzenlenmiş, uluslararası tahkim alanında çok daha geniş ve kapsamlı düzenlemelere gidilerek, 1982 yılında yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, bilahare 05/07/2001 tarihinde Uluslararası Tahkime İlişkin Usul ve Esasları düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Genellikle özel hukuk alanında kamu düzenine ait olmayan konularda uygulama alanı bulan ve tarafların iradesine bağlı alternatif çözüm yollarının, idarelerin görevli oldukları, kamu hizmetini yürütmek çerçevesinde, kamu gücü kullanarak tek taraflı işlemlerle tesis ettiği hukuki durumlara ilişkin uyuşmazlıklarda yaygın bir uygulama alanı bulması zordur. Ancak idari yargıda da artan iş yükü sonucu davaların uzamasından kaynaklanan sorunlar, bu alanda da yargı dışında uyuşmazlıkların çözülmesi olanaklarının araştırılmasını gündeme getirmiştir. Bu alanda da ABD'nin öncü olduğunu görmekteyiz. 1990 yılında yürürlüğe giren İdari Uyuşmazlık Çözüm Kanunu tüm federal kurumların uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif çözüm yollarını dikkate almalarını öngörmektedir. Son yıllarda Avrupa ülkelerinde, idari uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatif arayışlar görülmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 05.10.2001 tarihli "İdari Otoriteler ve Özel Kişiler Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatifler"e İlişkin R (2001) 9 sayılı tavsiye kararına uygun olarak üye devletlerin yargı dışı denetim yollarını geliştirmeleri konusunda teşvik edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu karar, idari uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarının esaslarını belirlemesi itibarıyla önemli bir uluslararası düzenlemedir.

Bu kararlar alternatif çözüm yollarının, tüm idari işlemlere yönelik olarak değil, idari aktivite üzerinde elverişli olan bazı idari uyuşmazlıklar, özellikle kişisel idari işlemlere, sözleşmelere, medeni sorumluluğa, daha genel anlamda belli bir paranın konu teşkil ettiği uyuşmazlıklara ilişkin kabul edilebileceği belirlenmiştir. Alternatif biçimler ise: idareye başvuru (*Recours à l'administration*), uzlaşma (*Conciliation*), arabuluculuk (*Mediation*), karşılıklı

anlaşma (*Transaction*) ve tahkim (*Arbitrage*) olarak sayılmıştır.

Alternatif çözüm biçimlerinin düzenlenmesinde;

A- Taraflara alternatif çözüm biçimleri olanakları hakkında gerekli bilginin,

B- Uzlaştırmacı, arabulucu ve hakemlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının,

E- Alternatif biçimler içinde kabul edilen çözümlerin yerine getirilmesinin sağlanmasının,

C- Özellikle tarafların haklarına ve eşitlik prensibine saygı duyan adil bir prosedürün,

D- Mümkün olduğu ölçüde, alternatif çözümlerin kullanımında şeffaflık ve bazı ketumiyetlerin korunmasının teminat altına alınmasının,

esas alınması, düzenlemenin:

a) Alternatif prosedürün sonuçlandırılması için makul bir süreyi,

b) Bazı alternatif biçimlerde belirli hallerde doğrudan veya yetkili otoritenin kararıyla işlemin askıya alınması olanağını öngörmesi gerektiği belirlenmiştir.

Mahkemelerle ilişkiler yönünden ise:

1- İdareye başvuru, uzlaşma, arabuluculuk, karşılıklı anlaşma ve hakem gibi alternatif biçimlerden bazılarının mahkemeye başvurmadan önce kullanılabileceği, bunların yargıya başvurmadan önce bir ön başvuru zorunluluğu olarak kabul edilebileceği gibi, bir dava esnasında gerektiğinde hâkimin tavsiyesiyle kullanılabileceği,

2- Tahkim başvurusunun kural olarak mahkemeye başvuruyu önleyeceği,

3- Tüm hallerde alternatif yollara başvurunun, idare ve idare edilenlerin haklarının son garantisini oluşturan mahkemeler tarafından yapılan uygun denetim olanağını ortadan kaldırmayacağı,

4- Mahkemeler tarafından yapılan denetimin seçilen alternatif yola bağlı kalacağı,

5- Kural olarak ve yürürlükteki mevzuatın kaydı altında alternatif yollara başvurunun yargıya başvurma sürelerini kesme veya askıya alma etkisini haiz olması gerektiği düzenlenmiştir.

Belirtilen alternatif uyuşmazlık çözme yollarının özellikleri ise:

1- İdareye başvuru yöntemi yönünden

- a) Kural olarak tüm işlemler için idareye başvurma olanağının tanınması,
- b) Bazı hallerde bunun mahkemeden önce zorunlu bir ön başvuru niteliğinde olabileceği,
- c) Bir inceleme ve yetkili otoritenin kararına ulaşma sonucunu haiz olması gerektiği.

2- Uzlaşma ve arabulucu yöntemi yönünden

- a- Uzlaşma ve arabuluculuğun kanunla düzenlenmek suretiyle zorunlu veya hâkimin veya tarafların girişimi ile uygulanabileceği,
- b- Uzlaştırmacı ve arabulucunun, eşzamanlı veya taraflarla yapılan ayrı oturumlarla bir çözümü sağlamayı organize etmesi gerektiği,
- c- Uzlaştırmacı ve arabulucunun idari bir otoriteyi hukukilik ve yerindelik nedenleriyle bir işlemi düzeltmeye, kaldırmaya veya iptal etmeye davet edebilme imkânı verilmesi gerektiği

3- Karşılıklı anlaşma

- a- Yasada aksine bir düzenleme olmadıkça idarenin kendisine düşen bir zorunluluğu bu yolla tanımamazlık yapamayacağı,
- b- Kanuna uygun olarak karşılıklı anlaşmaya katılan kamu görevlilerinin anlaşma için yeterli güçle donatılması gerektiği

4- Tahkim

- a- Yasal çerçeve içinde tarafların uygulanacak hukuk ve usulü seçebilmelerine imkân tanınması gerektiği, kanun ve tarafların seçimi gereğince hakem kararlarının hakkaniyete dayanacağı,
- b- Hakemlerin kural olarak iptal etmek üzere bir işlemin hukukiliğini değerlendirmeye yetkileri olmasa bile kararlarını verirken bunu ön başlıkta yapabilecekleri belirlenmiştir.

TÜRK İDARE HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Yukarıda anılan bakanlar komitesinde yer alan ilkeler çerçevesinde Türk hukukunda kamu idareleri ile bireyler arasındaki idari uyuşmazlıkların yargı dışı çözüm usulleri olarak kabul edilebilecek yasal düzenlemeler bulunmaktadır.

1- Öncelikle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari yargıda bir tam yargı davası açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerekliliği yargı öncesi bir ön başvuru zorunluğu olmasına karşın, 11. maddede düzenlenen ilgililerin bir idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde isteyebilmeleri ihtiyari bir başvuru yoludur.

2- 5233 sayılı Terör veya Terörle Mücadeleden Kaynaklanan Zararların Karşılama Hakkındaki Kanun'un amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin bu zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece ve en kısa sürede sulh yoluyla karşılamaktır. Valinin onayı ile kurulan zarar tespit komisyonunun görevi; meydana gelen zararların yargı yoluna başvurmaya gerek kalmaksızın hızlı ve etkin bir biçimde sulh yoluyla sonuçlandırmaktır. Komisyonlar, bu yasa kapsamına giren bir zararın bulunduğu tespit edilmesinde halinde, belirlenen nakdi veya ayni ödeme miktarını içeren sulhname tasarımlarını hazırlarlar. Sulhname tasarımlarının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hallerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek birer örneğinin ilgiliye gönderilmesinden sonra sulh yoluyla çözülemeyen bu uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma olanağı bulunmaktadır.

3- 442 sayılı Köy Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan, iki köy arasındaki uyuşmazlık konusu olan sınırların çizilmesi için kaymakamın emriyle ihtilaflı köylerin ihtiyar heyetlerinin toplanarak işin kendi aralarında düzeltilmesi için çalışılacağı, uzlaşamadıkları takdirde idare meclisince sınırın çizilmesi yöntemi, 48. maddesinde yer alan iki veya daha ziyade köylere düşen işler için köylerin ihtiyar meclisleri kendi aralarında anlaşamazlarsa bunlardan bir tarafın dilemesi üzerine köyün bağlı olduğu ilçe kaymakamının o köylerin ihtiyar meclislerini toplayarak işi bitirme yöntemi ile 53. maddesinde yer alan, ihtiyar meclislerini köylünün iki tarafın uzlaşmasıyla bitirilebi-

len her türlü işlerini görecekları yolundaki düzenlemeler köylere münhasır uyuşmazlık çözüme biçimleridir.

4- Vergi Usul Kanunu'nun ek 1-12. maddeleri arasında düzenlenen uzlaşma, mükellefle idare arasında vergi ya da cezanın miktarı konusunda çıkan uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurmadan önce, taraflarca müzakere edilmesine bağlı uzlaşma sağlanarak uyuşmazlığın giderilmesi yoludur.

5- 4650 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, kamulaştırma kararının alınmasından sonra idarenin, kamulaştırma bedelini peşin ve ya koşulları varsa taksitle ödemek suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak isteğinin malik tarafından kabul ederek, süresi içinde idareye başvurusu üzerine, idare bünyesinde kurulan en az üç kişilik uzlaşma komisyonunca belirlenen günde yapılan pazarlık görüşmeleri sonunda, kıymet takdir komisyonunca belirlenmiş bulunan tahmini değeri geçmemek üzere bedelde ya da trampada uzlaşmaya varılırsa, bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde kamulaştırma bedelinden doğan uyuşmazlık, idare tarafından taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde, kamulaştırma bedelinin tespiti ve bu bedelin ödenmesi karşılığında taşınmazın idare adına tescil talebiyle dava açılır. Mahkemede yapılacak duruşmanın başında hâkim, taşınmaz malın bedeli konusunda tarafları anlaşmaya davet eder. Anlaşamazlarsa yargılama sonunda kamulaştırma bedeli tespit edilir.

Bu düzenlemeyle kamulaştırma bedelinin tespiti konusunda öncelikle uzlaşma, bu sağlanmadığı takdirde hâkime bir yargısal arabuluculuk görevi verilmiştir.

6- 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan ihalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından öncelikle idareye şikâyette bulunulacağı, idarece otuz gün içinde karar alınmaması veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya isteklinin, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen on beş gün içinde kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceği hükmüyle öncelikle ihaleyi yapan idareye başvuruyu, 56. maddesinde yer alan Kamu İhale Kurulu'nun itirazın şikâyet üzerine idare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda, düzeltici işlemi belirleyeceği, ihale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde, ihale işlemlerini iptal edeceği, aksi halde itirazın şikâyet başvurusunun uy-

gun bulunmadığını belirleyeceği, 57. maddesi uyarınca şikâyetler ile ilgili Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararların dava konusu edilebileceği hükümleriyle yasa kapsamındaki ihale uyuşmazlıklarını yargı öncesi çözmekle Kamu İhale Kurulu görevlendirilmiş, ancak kurul kararlarına karşı yargıya başvurma olanağı getirilmiştir.

TAHKİME İLİŞKİN İDARE HUKUK ALANINDA DÜZENLEMELER

İdare hukuku alanında tahkime ilişkin düzenlemelerin ise, uyuşmazlıkların çözümünde yukarıda belirtilen gereksinimler nedeniyle değil, farklı gereksinimler sonucunda ortaya çıktığını görmekteyiz. Bir sözleşmeler ilişkisi olan tahkim, kökeni itibarıyla bir özel hukuk kurumu olup, globalleşen dünyada uluslararası ticari ilişkilerin yoğunlaşmasına bağlı olarak yabancı sermayenin güvence isteği çerçevesinde popüleritesi artmış ve çeşitli uluslararası anlaşmalarla düzenleme altına alınmıştır.

1980'lerde uygulamaya başlanan ihracata dayalı büyüme anlayışı çerçevesinde dış ticaret politikalarında serbestleşmenin önem kazanmasına bağlı olarak Türkiye 1980 ve 1990'larda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen çeşitli uluslararası sözleşmeleri yürürlüğe koymuştur. 18 Mart 1965 tarihli "Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon" (Washington Sözleşmesi) (ICSID) 1988 yılında, "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Konvansiyonu" (New-York Sözleşmesi) ile beraber 1961 yılında imzalanan "Uluslararası Ticari Tahkim Konusunda Avrupa Konvansiyonu" (Cenevre Sözleşmesi) 1991 yılında onaylanmıştır. New-York Sözleşmesi'ne Türk hukukuna göre ticari sayılan işlere münhasır olmak üzere konulan çekince dışında, diğerleri olduğu gibi kabul edilmiştir.

Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, konvansiyonun birinci maddesinde öngörülen durumlarda yasaların kamu hukuku tüzel kişisi olarak niteliği tüzel kişilerin geçerli tahkim sözleşmesi yapabilecekleri düzenlenmiş olup, Türkiye'de kamu hukuku tüzel kişilerinin tahkime başvurma hakkı ile ilgili herhangi bir çekince koymamıştır.

3460 sayılı yasa ile onaylanan "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme ve de pek çok devletle yapılan yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları ile T.C. Devleti ile yabancı akit devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler arasında yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözümü kabul edilmiştir. Bu ikili yatırım anlaşmalarının bir özelliği de, ICSID'den farklı olarak, uyuşmaz-

lık halinde tahkim merkezlerine başvurunun, ev sahibi devletin ihtiyarına bırakılmayıp, “zorunlu ve otomatik bir uyuşmazlık çözme mekanizması” olarak kabul edilmesidir.”

Ancak bu uluslararası sözleşmeler kabul edilirken, yatırım anlaşmalarına konu yatırımlar çerçevesinde yapılacak sözleşmelerin kamu hizmetlerine ilişkin idari sözleşme nitelikleri itibarıyla iç hukuk yönünden tahkimin mümkün olup olmadığı gözetilmemiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2.maddesinde genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar idari dava türleri içinde belirlenmiş 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun’un 5. maddesinde “Genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların İdare Mahkemeleri, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde ise, “imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davalar”ın Danıştay’ın görevi içinde olduğu düzenlenmektedir.

Bu yasal düzenleme çerçevesinde Anayasa’nın 155/2. maddesi gereğince imtiyaz şartlaşma sözleşmelerini incelemek görevli olan Danıştay, “yap-işlet-devret” modeline göre yapılan ve “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi” niteliği dolayısıyla, gönderilen sözleşmelerdeki tahkim koşulunu, bu sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisinin idari yargıya ait olduğunu belirterek sözleşme metinlerinden çıkarmıştır. Bu durumu aşmak üzere çıkarılan altyapı yatırımlarının yap-işlet-devret modeli ile yaptırılmasına imkân veren 3974 ve 3996 sayılı kanunların; kamu kuruluşlarının yap-işlet-devret modeli çerçevesinde üçüncü kişilerle yapacakları uygulama sözleşmelerinin ‘imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasını’ düzenleyen maddeleri ise Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir.

Uluslararası sözleşmeler ile iç hukuk arasında tahkim konusunda ortaya çıkan bu çelişkiyi gidermeye yönelik yeni yasal düzenlemelere gidilerek, 14.08.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4446 sayılı ve Anayasa’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 21.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4492 sayılı Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 21.01.2000 tarihli 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanunlarla köklü değişiklikler hukuk sistemimize getirilmiştir.

Kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde tahkim yolunu açmak üzere Anayasa'da iki farklı düzenleme yapılmıştır.

Birincisi, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkrayla "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir" hükmüyle, kamu hizmetlerinden bazılarının özel hukuk sözleşmeleri ile görülmesinin yasa ile belirlenebilmesi yolunun açılmasıdır. Bu düzenlemeyle özel hukuk sözleşmelerine uygun olan tahkimin, kamu hizmetlerine ilişkin idari sözleşmelerin yasayla niteliği değiştirilmek suretiyle bu tür sözleşmelerde yer alabilmesi amaçlanmıştır.

İkincisi ise, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının sonuna eklenen "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir" hükmü ile imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının konulması olanağı getirilmiştir.

Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinde yapılan değişiklikle, Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkındaki inceleme görevi, düşüncesini bildirmeye dönüştürülmüş, 24. maddesinde yapılan değişiklikle de tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan davalar görevi dışına çıkarılmıştır.

Kamu hizmetiyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinde tahkim imkânını açmak için Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişikliğin yeterli olmasına karşın, bununla yetinilmeyerek, Anayasa'nın 47. maddesine getirilen düzenlemeyle yasakoyucuya imtiyaz sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme olanağı tanınmıştır. Bu suretle hukukumuzda ilk defa kamu hizmetlerinin iki ayrı niteliğe sahip sözleşmeyle yürütülmesi imkânı getirilmiştir.

Bu uygulamalar, idari sözleşmelerde tahkim yolunun açılmasının, genel alternatif bir uyuşmazlık çözümü arayışına dayanmayıp, ulusal hukuk sisteminde uygun çözümler düzenlenmeden yapılan uluslararası anlaşmalara uyuma gerekliliğine bağlı acele bir düzenleme niteliğinde olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede yapılan yasal değişiklikler içerisinde dikkat çekici yeni bir unsur da; 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun, uyuşmazlıkların çözümü başlıklı 3/e maddesinde yer alan: "Özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra ilgili mevzuatta yer alan koşulların

oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli ve milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir,” hükmüyle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim dışında çözüm yollarına başvurma olanağının getirilmesi olmaktadır.

Tahkimin sözleşmeye dayalı hukuki durumlarda uygulanma olanağı olması itibarıyla diğer idare hukuku durumlarında uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. Ülkemizde idari yargıda her geçen yıl iş yükünün arttığı ve davaların sonuçlandırma süresinin uzaması karşısında Avrupa Konseyi’nin R (2001) 9 sayılı Tavsiye Kararı’nda yer alan ilkeler çerçevesinde belirli idari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklar yönünden yargı dışı çözüm yollarının getirilmesinin tüm dünyadaki gelişmeye uygun bir gereksinim olduğu açıktır. Ancak özel hukuk ilişkilerinde daha etkin kullanılabilen alternatif çözümlerin idari uyuşmazlıklarda aynı sonucu sağlayabilmesi Türkiye’nin bugünkü idari realitesi karşısında zor gözükmektedir.

Bir uyuşmazlığın sonuçlanması karara bağlanmasıyla değil, verilen kararların sonuçlarının yerine getirilmesi ile mümkündür. İdari yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılan ve bu konuda yeterli yasal düzenlemelerin halen yapılmadığı ve idare aleyhine verilen yargı kararlarına karşı kanun yollarına başvurmanın ihtiyat haline dönüştüğü ülkemizde idarenin taraf olduğu bir uyuşmazlığın yargı dışında, hele bağlayıcı olmayan yollarla çözüme bağlanması zor gözükmektedir. Alternatif çözüm yollarında ulaşılabilecek çözümlerin, sağlanması yasal düzenlemelerle teminat altına alınmadıkça bu çözüm yollarından beklenen, toplum barışını sağlama ve uyuşmazlıkların çözümlenerek yargıya intikalini önlemek görevini yerine getiremeyeceği aşikardır.