

İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE ULUSLARARASI TAHKİM

Yrd. Doç. Dr. Nur KARAN

Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri kamu hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilmesinde imtiyaz usulünden faydalanılmıştır. Halen yürürlükte olan 1910 tarihli Menafii Umumiyyeye Ait İmtiyazat Hakkında Kanun ile ana esasları belirlenen imtiyaz sözleşmeleri, idare hukuku teorisinde idari sözleşmeler kapsamında değerlendirilmektedir. Konusunun kamu hizmeti, amacının kamu yararı, taraflardan birinin idare olması nedeniyle idari sözleşmelerde idarenin ayrıcalıklı ve üstün yetkilerinin olması esastır¹. İdareye tanınan bu üstünlüğün temel sebebi, kamunun yararına bir hizmetin gerçekleştirilmesidir. Aynı gerekçeyle sözleşmeci tarafa da birtakım ayrıcalıklardan yararlanma hakkı verildiği gibi hem idareye hem de karşı tarafa birtakım yükümlülükler de yüklenmiştir. İmtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibi, bir kamu hizmetini masrafları, kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere kurma ve işletme veya sadece işletme yükümlülüğü altına girmektedir. Bunun karşılığında da hizmetten yararlanandan bir kazanç elde etmeyi amaçlamaktadır. İmtiyaz sahibinin temel yükümlülüğü, kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesidir. İdare ise kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olması nedeniyle, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir².

¹ "İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, kar, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denir. ... Konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya iletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlaması için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar ..." AYMK, E. 1994/47, K. 1995/23, RG, T. 20.03.1996, S. 22586.

² GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004, s. 310.

Ancak uygulamaya baktığımızda, imtiyaz sözleşmesi adını taşımasına rağmen, idarenin taraf olduğu bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulabildiğini ve idarenin artık sözleşmenin tarafı olan özel kişi ile eşit konumda kabul edildiğini görüyoruz. İmtiyaz sözleşmelerinde görülen bu değişim teoride ve uygulamada uzun yıllar tartışma konusu olsa da, 1999 yılında 4446 sayılı kanunla Anayasa'da yapılan değişiklikle somut bir hukuki durum halini almıştır.

4446 sayılı kanunla Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkraya göre, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceğini veya devredebileceğini artık yasama organı çıkaracağı bir kanunla belirleyebilecektir. Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilecektir. Ancak milletlerarası tahkime gidilebilmesi için uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıması gerekmektedir. Anayasa'nın 155. maddesinde yapılan değişiklikle de Danıştay'ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında inceleme yapma yetkisi iki ay içinde görüş bildirmeye dönüştürülmüştür.

Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların, yargı organları dışında, hâkim sıfatına sahip olmayan kişilerce çözümlenmesi Anayasa değişikliği öncesinde de hukukumuzda mümkündü³. Örneğin 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun'a⁴ göre, söz konusu kurumlar arasındaki uyuşmazlıklardan adli yargının görevi içinde bulunanların tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülmüştür. Burada tahkim, kamu kurumları arasındaki özel hukuk uyuşmazlıkları için geçerlidir ve hakem olarak da asliye hukuk hâkimi belirlenmiştir. Öte yandan devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmelerini açıkça yasaklayan bir hükmün bulunmaması nedeni ile kamu kuruluşlarının 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri özel hukuk sözleşmelerinde de tahkim koşuluna yer verme imkânları vardır. Uluslararası tahkim ise 1999 yılından itibaren yabancılik unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde anayasal bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, Anayasa değişikliği

³ TAN, Turgut, "İdare Hukuku ve Tahkim", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 9-11.

⁴ RG, T. 16.07.1938, S. 3961.

öncesinde dahi imzalanan uluslararası anlaşmalar kapsamında uluslararası tahkime gidebilmenin mümkün olduğunu görmekteyiz⁵. Örneğin 1961 yılında imzalanan Uluslararası Ticari Tahkim Konusunda Avrupa Konvansiyonu, 1991 yılında 3730 sayılı yasa ile Türkiye tarafından onaylanmıştır. Cenevre Sözleşmesi olarak da adlandırılan Konvansiyon, II. maddesinde kamu hukuku tüzel, kişilerinin tahkime gidebilmesi konusunda açık hüküm içermektedir. Türkiye’de Konvansiyon’a taraf olurken kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma hakkı ile ilgili herhangi bir çekince koymamıştır⁶. Türkiye’nin 1989 yılında taraf olduğu, Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Sözleşme (ICSID)⁷ ve pek çok devletle imzalanan yatırımların korunmasına ve teşvikine dair ikili anlaşmalarla, Türk Devleti ile yabancı akit devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler arasında akdedilen ve çok defa idari sözleşme niteliğinde olan yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkim yoluna başvurmak mümkündür⁸.

Dolayısıyla gerek milli mevzuatımıza gerekse uluslararası sözleşmelere göre, imtiyaz sözleşmelerinden doğan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkim yoluna gidilebileceği açıktır. Ancak uygulamada, milletlerarası tahkimin konusunun imtiyaz sözleşmesi olması nedeniyle, “yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlık” ve “kamu hizmeti” gibi kavramların tanımlanmasında sorun çıkabildiği gibi, hizmetten yararlanan üçüncü kişinin mağduriyetinin nasıl giderileceği veya devletin milli olmayan bir makamca yargılanması konusundaki soru işaretleri tam anlamıyla giderilebilmiş değildir. Türkiye’nin taraf olduğu ikili yatırım anlaşmalarının büyük çoğunluğunda yatırım uyuşmazlıklarının ICSID tahkim merkezinde çözümlenmesi kabul edildiğinden⁹, çalışmamız kapsamında bu sorunlar, ICSID hükümleri ve milli mevzuat çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır.

⁵ EKŞİ, Nuray, “Yabancı Yatırımcılarla Yapılan Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümü”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 1, İstanbul 2005, s. 150; YEŞİLIRMAK, Ali, ‘Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkezin Türk İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yargı Yetkisi’, BATİDER, Aralık 1999, C. XX, S. 2, s. 164.

⁶ BİRSEL, M., “Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve Anayasa ve Kanuna Aykırılık Sorunu”, Altyapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim, 1998, s. 38.

⁷ RG, T.02.06.1988, S. 19830.

⁸ TAN, s. 15; ŞANLI, Cemal, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, Alt Yapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim, 1998, s. 39.

⁹ Antlaşma metinleri için bkz. NOMER, Ergin – EKŞİ, Nuray – GELGEL, Günseli, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s. 255-573.

I. Uluslararası Tahkimin Konusu Olarak İmtiyaz Sözleşmesi

Uluslararası tahkime konu olabilecek “yatırım” ya da “yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık”ın ne olduğu konusunda hukukçular ortak bir tanıma ulaşamamıştır. ICSID açısından konuya yaklaşırsak; Türkiye, dava edilebilecek uyuşmazlıklarla ilgili olarak sözleşmede, merkezin yargılama yetkisinin kapsamını belirleyen 25. maddeye tek bir çekince koymuştur. Buna göre gayrimenkul mülkiyeti ve gayrimenkullerle ilgili aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yalnızca Türk mahkemeleri yetkilidir. Çekince yalnızca bu konulara ilişkin olduğundan diğer bütün uyuşmazlıkların, dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ve çekince kapsamında olmayan tüm sorunların da yatırım uyuşmazlığı olarak nitelendirilebileceği ve ICSID kapsamında çözümlenebileceği söylenebilir¹⁰. Ancak ICSID’in yetki alanını çok genişleten bu yorumu, Fransız Danıştay’ı, 6 Mart 1986 tarihli Euro Disney kararında kabul etmeyerek, Paris’te bir Amerikan şirketince gerçekleştirilen Disneyland projesini yatırım kavramına sokmamış ve ICSID’in uygulanmasına imkân vermemiştir¹¹. ICSID’de yatırım kavramı tanımlanmamasına rağmen, uygulamada hem geleneksel yatırım şekli olan sermaye katılımı hem de hizmet akitleri ve teknoloji transferleri de dahil olmak üzere yeni yatırım şekillerini kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır¹². Yatırım kavramının geniş yorumlanması nedeni ile belirli hizmet türleri, yapısal ve finansal düzenlemeler ve imtiyaz sözleşmeleri ICSID’e göre tahkime konu olabilmektedir¹³.

İdare hukukçuları ise, ICSID madde 25/1’de yer alan “yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık” kavramının, imtiyaz şartname ve sözleşmesini bütün boyutları ile kapsadığı kanaatinde değildirler. Günay, tahkimin ancak imtiyaz sözleşmelerinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıklarda ya da taraflarca sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabileceğini söylerken¹⁴; Gülan, mali konuların yanı sıra teknik uyuşmazlıklarda da tahkimin mümkün olduğunu ifade etmektedir¹⁵. Ancak imtiyaz sözleşmeleri-

¹⁰ AZRAK, Ülkü, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, Ankara 16.7.1999, Türkiye Barolar Birliği, s. 27, 28; DURAN, Lütfi, “Yap-İşlet-Devret”, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLVI, no: 1-2, s. 170.

¹¹ AZRAK, s. 28; TAN, s. 15.

¹² YEŞİLİRMAK, s. 172.

¹³ NOMER - EKŞİ, - ÖZTEKİN, s. 79; AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 49.

¹⁴ GÜNDAY, s. 317.

¹⁵ GÜLAN, Aydın, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001, s. 153.

nin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıktan kastedilen idare hukukuna göre, imtiyaz sahibinin beklentisi olan kâr olmamalıdır. Çünkü klasik imtiyaz sözleşmelerinde, imtiyaz sahibi kâr ve zarar ihtimallerini göze alarak sözleşmeye taraf olur ve öngörülemezlik durumu hariç, kârın beklenen düzeyde olmaması veya zarar edilmesi, tahkime başvurma imkânı vermemelidir. İmtiyaz sahibi kurduğu ve işlettiği kamu hizmetinin bedelini yararlananlardan alır. Ancak hizmetten alınacak ücret idarece belirlenir. İdare bu ücreti belirlerken, imtiyaz sahibinin kârı kadar, hizmetten yararlananın ödeme gücünü de göz önünde tutmak zorundadır. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinde alınan ücret aslında bir fiyat olmaktan çok bir çeşit harç veya vergidir¹⁶. Bu nedenle kazancın azalması, imtiyaz sahibine tazminat isteme hakkı vermeyeceği gibi, kazancın çoğalması da idareye sözleşme şartlarını değiştirme hakkı vermez¹⁷. Dolayısıyla umduğu kârı elde edemeyen yatırımcının uluslararası tahkime başvurusu klasik imtiyaz sözleşmesi teorisine göre mümkün değildir.

Ancak son dönemlerde imtiyaz sözleşmelerine taraf olan şirketlerin, kâr garantisi talepleri olabildiği gibi idarenin de alım garantisi verebildiğini veya klasik imtiyaz yönteminde imtiyaz sahibinin aldığı imtiyaz karşılığında bir ücret ödememesi esas olmasına rağmen artık yıllık aidat veya kâr payı gibi isimler altında idareye ödeme yapılabildiğini görmekteyiz¹⁸. Dolayısıyla adı imtiyaz sözleşmesi olsa da bu hali ile idare hukukunun konusunu oluşturan klasik imtiyaz sözleşmesi özelliklerine sahip olmayan bu tip sözleşmelerin belki de imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılmaksızın tahkime götürülmesi daha yerinde olacaktır. 1999 yılında 4446 sayılı kanunla Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılması veya devredilmesi mümkün olduğundan, imtiyaz sözleşmesi niteliği taşıyan pek çok sözleşmeyi yasama organı dilerse zaten özel hukuk hükümlerine tabi kılabilir. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmesinin hukuki tanımını bozmak yerine, uluslararası tahkim

¹⁶ GÜNDAY, s. 311; DURAN, s. 338; Karşı görüş için bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.II, Bursa 2003, s. 388; Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1984/9, K. 1985/4, T. 18.02.1985, RG, 26.06.1985; ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, Turan, "Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı", Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001, s. 36-47; YAYLA, Yıldızhan, "Sosyal Devletten İktisadi Devlete", Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1986, s. 37.

¹⁷ KESKİN, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, İstanbul 2007, s. 114; DERBİL, Süheyp, İdare Hukuku, C. II, Ankara 1952, s. 565.

¹⁸ Bkz. ORAK, Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s. 37, dp. 171.

şartı konulacak sözleşmelerin doğrudan idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak adlandırılması yerinde olacaktır¹⁹.

II. Uluslararası Tahkimin Konusu Olarak Kamu Hizmeti

İmtiyaz sözleşmesinin konusu ihtiyaç duyulan bir kamu hizmetinin yerine getirilmesidir. Bu nedenle hizmet fiilen özel kişilerce görülse de kamu hizmetinin temel gerekleri yerine getirilmelidir. Kim tarafından yerine getirilirse getirilsin kamu hizmetinin temel özelliklerinden birisi de değişkenlik, yani hizmetin çağın gereklerine uygun olarak yerine getirilmesidir²⁰. 25 yıldan 99 yıla kadar değişebilen uzun süreler için yapılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, değişkenlik ilkesinin uygulanmaması düşünülemez. Dolayısıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin en önemli yetkilerinden biri sözleşmede yer verilmesi dahi tek taraflı olarak değişiklik yapabilmesidir²¹. Nitekim ÇEAŞ ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesine ilişkin davada yatırımcıdan talep edilen değişiklikler de gündeme gelmiş ve Danıştay görüşünü şu şekilde açıklamıştır: “İmtiyaz Sözleşmesi”nin 21(h) maddesinde, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmenin tarafı özel hukuk tüzel kişisinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra mevzuatta meydana gelecek değişikliklere ilişkin düzenlemelere uyacağını, bu değişiklikler kapsamında mevcut sözleşmenin müzakereye açılarak sözleşmenin değişeceğini kabul etmiş olduğu kuşkusuzdur²².

Kamu hizmetinin çağın gereklerine uygun hale getirilmesi için idarenin imtiyaz sahibinden talep ettiği değişiklikler nedeniyle imtiyaz sahibi şirket, zor duruma düşerse veya mali dengesi bozulursa idare bozulan dengeyi tazmin etmek zorundadır²³. Mali dengenin sağlanabilmesi için idari yargı yerlerince “fait du prince” kuramı geliştirilmiştir. Hatta idare kendi dışında gelişen olaylarda dahi “imprevision” kuramı gereğince yatırımcıya yardımcı olmaktadır.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLAN, s. 145; ASLAN, Zehreddin-ARAT, Nilay, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, S. 8, Güz 2005/2, s. 19.

²⁰ Aynı yönde bkz. GÜLAN, s. 150.

²¹ ‘İdare, onu karşı tarafa nazaran üstün ve ayrıcalıklı konuma getiren bu yetkilerden feragat edemez.’, TANRIVER, Süha, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1067.

²² Danıştay 13. Daire, E. 2005/5390, K. 2005/2879, Danıştay Dergisi, S. 110.

²³ KESKİN, s. 116.

Egemen olgusu²⁴ ya da kamu gücünün eylemi²⁵ olarak açıklanabilecek *fait du prince*, sözleşmenin uygulanma koşullarının, sözleşmenin tarafı olan idarenin karar ve işlemleri ile ağırlaştırılması kavramını anlatmak üzere kullanılan bir terimdir²⁶. Buna göre sözleşmenin tarafı olan idare, yaptığı birel veya genel düzenleyici bir işlem ile imtiyaz sahibinin yükünü artırmışsa, bunu gidermekle yükümlüdür. *Imprevision*, yani öngörülemezlik kuramının uygulanabilmesi içinse sözleşmenin tarafı olan idareden kaynaklanmayan ve önceden düşünülebilmesi mümkün olmayan olağanüstü ve ayrık bir durumun söz konusu olması gerekir. Ayrıca bu durum nedeniyle imtiyaz sahibi şirketin gelirinde bir azalma değil, artık o faaliyetin sürdürülemez hale gelmesi gerekmektedir²⁷. Bu durumda idare, kamu hizmetinin sürekliliğini, aksamadan yerine getirilmesini sağlamak için olağanüstü koşullar sona erene kadar imtiyaz sahibi şirkete yardımcı olmak zorundadır.

Dolayısıyla, –uluslararası tahkim taraftarlarının aksini savunmalarına rağmen– idari yargı her zaman idarenin yargısı olarak hareket etmemekte, imtiyaz hakkı sahibi özel hukuk tüzel kişilerinin de haklarını gözetmektedir²⁸. Ancak gerek *fait du prince* uygulamasında, gerekse öngörülemezlik kuramının uygulamasında amaç ne idareyi ne de imtiyazcıyı korumaktır, amaç yalnızca kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesini sağlamak, yani kamu yararının gerçekleşmesidir. Öte yandan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin çağın gereklerine uyarlanması sonucunda doğan uyumsuzlukların uluslararası tahkim önüne gitmesi halinde, tahkim mercii konuya kamu hizmetinin gereklilikleri veya kamu yararı açısından değil, yalnızca sözleşmedeki hükümleri dikkate alarak yaklaşacağından, sözleşmede açıkça öngörülmedikçe, kamu hizmetinin günün koşullarına uygun hale getirilmesini bir zorunluluk olarak, dolayısıyla haklı bir sebep olarak görmeyecektir.

Öte yandan idarece sözleşmede tek yanlı değişiklik yapılması halinde hakem heyetinin bu alandaki yetkisi de belirsiz olduğundan, hakemlerin tasarrufta bulunamayacakları bir konuda karar vermeleri, örneğin bir idari işlemin iptaline hükmetmeleri yetki aşımı sorununu doğurabilecektir²⁹. Günday,

²⁴ ÖZAY, İl Han, *Günışığında Yönetim*, İstanbul 2004, s. 253.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, Ankara 2006, s. 594.

²⁶ ÖZAY, s. 253.

²⁷ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, s. 1637.

²⁸ "... yabancı yatırımcının rahatsızlık duyduğu konu idari yargının ağır ve taraflı çalışması değil; idare hukukunun bizzat kendisidir". EMEK, Uğur, *Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu*, Aralık 1999.

²⁹ ORAK, s. 88.

kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin tek yanlı olarak idarece feshi halinde dahi tahkime gidilemeyeceğini söylemektedir³⁰. Azrak da idari işlemlerin tahkim heyetince iptal edilemeyeceğini savunmaktadır³¹. Kaldı ki tahkimden idari bir işlemin iptali kararı çıksa dahi bunun uygulanması devletin egemenlik hakkına müdahale olarak dahi nitelendirilebilecektir. Örneğin Turkcell ve Telsim ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesinin “Ulusal Roaming” başlıklı 35. maddesi, işletmecilerin Türkiye’deki diğer lisanslı işletmecilerle roaming yapabilmesine izin verir şekilde kaleme alınmasına rağmen, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nda yapılan bir değişiklikle işletmeciler, makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilinde olan roaming taleplerini karşılamakla yükümlü kılınmışlardır. Konuya ilişkin uyuşmazlıklar işletmeciler tarafından, ICC önüne götürülmüş ve hakem heyetleri, uyuşmazlık sözleşmeden kaynaklanmadığı için görevsizlik kararı vermiştir^{32, 33}. Ancak kanaatimizce sözleşmede bu konuda bir hüküm olsa idi dahi yasama organınca yapılan bir kanunun, tahkim heyetince iptali mümkün olamayacağına göre tahkim heyetinin bu konuda bir karar verebilmesi mümkün değildir.

III. Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmetinden Yararlanan Üçüncü Kişiler

İmtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturan kamu hizmetlerinden faydalanan üçüncü kişiler, imtiyaz sözleşmesinin veya tahkim sözleşmesinin tarafı konumunda değildir. Dolayısıyla kamu hizmetinden faydalanan 3. kişinin, şikâyetçi olduğu bir konuda imtiyaz sözleşmesine veya tahkim sürecine müdahale etme imkânı yoktur. Bir başka deyişle tahkim yalnızca sözleşmeden doğan ve sözleşmenin taraflarını bağlayan hususlar açısından geçerli olduğundan, hizmetin görülmesi nedeni ile zarar gören kişilerin tahkime başvurma şansı yoktur³⁴. Ancak Anayasa’nın 36. maddesi gereğince hak arama özgürlüğüne sahip olan bireyler, tabii ki iç hukuk yollarına başvurabileceklerdir. Hizmetten yararlananın bir yandan hizmetin asıl sorumlusu olan idare

³⁰ GÜNDAY, s. 317.

³¹ AZRAK, s. 28.

³² ICC Case No: 11871/DB; ICC Case No: 12106/DB; ICC Case No:11867/DK; ICC Case No: 12085/DK.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAVUŞOĞLU, Ahmet Erdiç, Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2007, s. 151-185.

³⁴ ASLAN-ARAT, s. 21.

aleyhine idari yargıya başvurma hakkı varken³⁵; diğer yandan hizmeti gören özel hukuk kişisine karşı adli yargıda dava açma hakkı vardır³⁶. Hatta üçüncü kişiler, menfaatlerini ihlal eden imtiyaz sözleşmesinin idari yargıda iptalini dahi talep edebilirler³⁷. Dolayısıyla hizmetten yararlanan üçüncü kişi, hakkını ancak iç hukuk yollarına başvurarak koruyabilmektedir. Ancak milli mahkemelerce verilen kararlar, yalnızca kişinin menfaat veya hak ihlalini gidermeye yönelik olabileceği gibi, yatırımcı tarafın güç durumunda kalmasına, hatta imtiyaz sözleşmesinin iptal edilmesine kadar varan sonuçlar da doğurabilecektir. Bu durumda hizmetten faydalananlara zarar verdiği veya sözleşmeye aykırı davrandığı milli bir mahkemece tespit edilen yatırımcı, milletlerarası tahkime gidebilir mi, sorusu akla gelmektedir.

Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için öncelikle milletlerarası tahkime gidebilmek için aranılan “yatırımdan kaynaklanan hukuki uyuşmazlık” kavramı içine milli bir mahkemece verilmiş hüküm de girer mi, sorusunu yanıtlamak gerekir. İmtiyaz sözleşmeleri, tahkimin konusunu oluşturan yatırım kavramı içinde değerlendirilmektedir, ancak tahkime konu olabilecek hukuki uyuşmazlıktan bahsedebilmek için imtiyaz sözleşmesini imzalayarak iradesini ortaya koyan devlet veya yatırımcının, sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle hukuki sorun, doğrudan devlet ile yatırımcı arasında ortaya çıkmalıdır. Yargı yerleri, devletin organı olarak değerlendirilseler dahi asıl uyuşmazlığın tarafı devlet değil, vatandaş olduğundan ve uyuşmazlığın konusunu imtiyaz sözleşmesine aykırılık değil, kişinin mağduriyeti oluşturduğundan, kanımızca hizmetten yararlananların açtığı davalar sonucunda zarara uğrayan yatırımcı uluslararası tahkime başvuramaz. Kaldı ki Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 1/4’de iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda bu kanunun uygulanamayacağı hükmü yer almıştır. Uluslararası tahkimin uygulanabilmesi için uyuşmazlığın iki tarafın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir hukuki ilişkiden veya işleminden doğmuş olması gerekir³⁸.

³⁵ “Halkın çıkarını düşünebilecek ve koruyabilecek mekanizma kamu yararına göre karar verebilen yegane organ halen idari yargı (Danıştay) dır”, EMEK, Uğur, “Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri”, Vergi Dünyası, S. 218, Ekim 1999, s. 100.

³⁶ ULUSOY, Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001, s.19.

³⁷ GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 705; GÜNDAY, s. 313; DURAN, s. 169.

³⁸ EKŞİ, Nuray, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Gülören Tekinalp’e Armağan, Y. 23, S. 1-2, 2003, s. 306.

IV. Sonuç

İmtiyaz sözleşmesinin konusunun kamu hizmeti olması nedeniyle, kamu yararının veya kamu düzeninin ihlali sonucunu doğurabilecek konularda tahkime kuşkuyla yaklaşılmaktadır³⁹. Kamu düzeninin ihlali, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/2-b’de ve bazı anlaşmalarda hakem kararlarına karşı başvuru ve hakem kararlarının tenfizi aşamasında bu kararların uygulamasının engellenmesine yol açabilecek nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir. Ancak ICSID Sözleşmesi’nin 54’üncü maddesine göre; akit devletler sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, ICSID hükümleri çerçevesinde alınan bir hakem kararı kamu düzeni gerekçesiyle dahi tenfiz edilememektedir⁴⁰. ICSID’e taraf olan bütün devletler, söz konusu yatırım ihtilafının bizzat tarafı olsun veya olmasın, sözleşmeye uygun olarak verilen hakem kararının bağlayıcılığını kabul etmek ve karar verilen para borçlarının icra edilmesini sağlamak borcu altındadır⁴¹. Örneğin herhangi bir belediyenin veya kamu kurumunun yaptığı imtiyaz sözleşmesi ICSID önüne gittiğinde, sonuçları devlet için bağlayıcı olacaktır. Bu nedenle uluslararası tahkim şartı konulan imtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce Danıştay’ın görüşünün alınması basit bir şekil şartı olarak değerlendirilmemelidir⁴². 1999 yılında Anayasa’nın 155. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, Danıştay’ın görüşü bağlayıcı olmamasına rağmen, Danıştay’ca yapılan inceleme sonucunda, tahkime başvurunun kamu düzeni veya kamu yararına zarar verebileceği sonucuna ulaşılmışsa bu görüşün dikkate alınması yerinde olacaktır⁴³. Kaldı ki ICSID de yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde, bu tür

³⁹ Kimi zaman imtiyaz sözleşmelerinde kamu yararına ilişkin konularda tahkim yasağı getirilebilmektedir. Örneğin Telekomünikasyon Kurumu’nun İŞ-Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş., Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ve Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş ile imzaladığı imtiyaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümü için tahkim usulü benimsenmiştir. Ancak sözleşmelerin 26. ve 46. maddelerinde kamu güvenliği, ulusal savunma ve kamu düzenine ilişkin hükümler getirilmiş ve bu konularda tahkim yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. Bkz. ÇAVUŞOĞLU, s. 142.

⁴⁰ ERDOĞAN, Feyiz, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 178.

⁴¹ NOMER-EKŞİ-ÖZTEKİN, s. 75; Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR-Kocasakal, Hatice, “Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü”, Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 22, İstanbul 2002, s. 571-573.

⁴² ASLAN-ARAT, s. 19.

⁴³ Nitekim, Danıştay İdari İşler Kurulu’nca verilen, E. 2000/107, K. 2000/76, 09.10.2000 tarihli karar şu şekildedir: “... Görüldüğü üzere yasa koyucu, yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların bir

endişeleri göz önünde bulundurarak; devletlere iç hukuk yollarının tüketilmesi (ICSID m. 26/2) ve anlaşmazlığa uygulanacak hukukun serbestçe belirlenmesi (ICSID m. 42) gibi imkânlar tanımıştır⁴⁴. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin kapsamının tayini çok önemlidir. Sözleşmenin hangi kısmının tahkime götürülebileceği, hangi kısmının götürülemeyeceği açıkça belirlenmelidir. Sözleşmenin bir yerine, “işbu sözleşmeden kaynaklanan her türlü ihtilaf tahkime götürülür” şeklinde bir tahkim şartı koymak yerine; her türlü olasılığın düşünüldüğü ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılmalı ve bu sözleşme hakkında alınan Danıştay görüşü de yetkili makamlarca dikkate alınmalıdır⁴⁵.

kısımının 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 gereken 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 kapsamında 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 çözümlenip değerlendirilmesi gibi kamu yararı ile bağdaşmayan bir duruma 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 oy birliğiyle...”

⁴⁴ Bkz. AKINCI, s. 51.

⁴⁵ 4501 sayılı kanun m. 4, tahkim sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesinin yürürlüğe konulmasındaki usule tabi olmasını öngörmektedir.; ULUSOY, Ali, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, s. 94; ÇAVUŞOĞLU, s. 135.

