



İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ ÇERÇEVESİNDE İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİME İLİŞKİN USULİ HUKUKSAL SORUNLAR*

Procedural Legal Issues in Arbitration of Administrative Disputes within the
Framework of Concession Agreements

Mehmet İNANÇ*

Fatih AVCI**

ÖZ

1990'larla başlayan tahkim-idare hukuku etkileşimi zaman içinde Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve sonrasında yasa koyucunun müdahalesiyle tartışmalı aşamalardan geçmiş ve nihai olarak tahkim müessesesi imtiyaz sözleşmeleri kapsamında uygulamaya başlanmıştır. Ancak 1999 ve sonrasında oluşturulan yasal çerçevede imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkim uygulamasında, tahkim-idari uyuşmazlık bağdaşmazlığı bu defa kendisini yargılama usulü sorunları olarak göstermiştir. 2000'li yıllarda aceleyle oluşturulan ve içerik olarak yetersiz olan yasal çerçevedeki tahkim uygulaması, idare hukuku öğretisinde ileri sürülen eleştirileri haklı çıkardığı gibi mevcut haliyle tahkim uygulanabilirliğini olumsuz etkilemekte ve tahkimden beklenen avantajların elde edilmesini de engellemektedir. Sorunun çözümü adına Fransa uygulamasından yararlanarak imtiyaz sözleşmelerine dair yasal çerçevede bazı düzenlemeler yapılması, tamamen olmasa da tahkim-idari uyuşmazlık birlikteliğini daha sürdürülebilir kılabilecektir.

Anahtar Kelimeler: İdari Uyuşmazlık, İmtiyaz Sözleşmesi, Kesin Hüküm, Tahkim, Tahkime Elverişlilik, Yabancı Sermaye, Yap İşlet Devret.

• **Gönderi:** 29.12.2023 - **Kabul:** 31.01.2024 | **Received:** 29.12.2023 - **Accepted:** 31.01.2024.

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye
✉ minanc@cu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9033-9213.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye
✉ fatihavci81@gmail.com • ORCID 0009-0004-8936-9177.

Atıf Şekli / Cite As: İNANÇ, Mehmet, AVCI, Fatih (2024). İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar. ÇÜHAD, (5), 43-91.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

The arbitration-administrative law interaction, which started in the 1990s, went through controversial stages over time, with the intervention of the Constitutional Court, the Council of State and later the legislature, and eventually the arbitration began to be implemented within the scope of concession agreements. After the legal framework established in 1999 and later, the incompatibility of arbitration and administrative disputes has now manifested itself as procedural problems in the arbitration within the scope of concession agreements. Legal framework of arbitration, established in a hurry in the 2000s, is inadequate in content and has led to these problems and also justified the criticisms claimed in the administrative law doctrine. Besides, these problems hamper the applicability of arbitration in administrative disputes and expected advantages of arbitration cannot be obtained. In order to solve the problem, by considering French experience, legal framework of arbitration regarding concession agreements to be revised. By this way, although a complete smooth practice of arbitration in administrative disputes may not be possible, comparing to existing situation, arbitration-administrative dispute association can be more sustainable and applicable.

Keywords: Administrative Dispute, Concession Agreement, Final Judgment, Arbitration, Arbitrability, Foreign Investment, Build Operate Transfer.

GİRİŞ

Türk İdare Hukukunda tahkim konusunda, özellikle, 1999 yılı öncesinde Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları ekseninde yoğun tartışmalar yapılmış olup¹, nihayetinde 13 Ağustos 1999 tarihli Anayasa Değişikliği ve sonrasında getirilen kanuni düzenlemeler ile tahkim müessesesinin idare hukuku alanında belirgin bir yer edinmesi söz konusu olmuştur. İdari uyuşmazlıklarda tahkim yoluna ilişkin 1999 öncesi akademik tartışmalar çoğunlukla idari sözleşme, imtiyaz sözleşmesi ve kamu hizmeti konuları ile tahkim yasağına dair anayasal sınırlar çerçevesinde yürütülmüştür. Bundan sonraki süreçte ise akademik tartışmaların 1999 öncesindeki kadar yoğun olmadığı görülmüştür. Oysa Anayasal düzeyde imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı getirilmesinin, imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşmeler olma niteliğini veya tahkime konu uyuşmazlığın idari bir uyuşmazlık olduğu gerçeğini değiştiren bir yönü bulunmamaktadır. Söz konusu Anayasal ve yasal düzenlemeler sonrasında ortaya çıkan hukuki duruma göre, yasa koyucunun kamu hizmetlerine dair sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyebilme imkânı sağlanmasıyla, bu tür sözleşmelerde tahkim kurumunun idare hukuku yönüyle tartışma alanı kamu hizmeti yönüyle sınırlı olacak biçimde daraltılmıştır. Ancak kamu hizmetine dair imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının öngörülmesiyle dahi

¹ Bkz. ARAT, TBB İdari, s. 3; SOYSAL, ERTUĞRUL, s. 5.

sözleşmenin idari niteliği değişmemekte, idari uyuşmazlık, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları ile tahkim kurumu arasında mecburi bir birliktelik ortaya çıkmaktadır. Nitekim 1990'lı yılların sonu ve 2000'li yıllarda akdedilen Telekomünikasyon alanındaki imtiyaz sözleşmelerinde önceleri tahkim şartlarına yer verilmiş olduğuna rastlanıyor olsa da yaşanan sorunlar ve ortaya çıkan tahkim uyuşmazlıklarındaki tecrübeler neticesinde daha sonraları akdedilen imtiyaz sözleşmelerinde tahkim uygulamasından vazgeçildiği görülmüştür. Aradaki süreç ise, aynı tip kamu hizmeti ve imtiyaz sözleşmelerinde hem tahkim yargılamasının hem de idari yargı uygulamalarının gözlemlenebildiği bir dönem olarak, adeta idari uyuşmazlıklarda tahkime elverişlilik meselesine dair deneysel bir ortam ve tecrübe sunmuştur. Bu dönemde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime dair uygulamada görülen sorunların, sanki yeterince planlanmadan aceleye getirilmiş izlenimi uyandıracak derecede eksik yasal düzenlemelerden kaynaklandığı da düşünülebilir. Zira bir yandan tahkimde bir idari uyuşmazlığın görülmesine olanak sağlayan, diğer yandan tahkime dair, taraf iradelerine bağlı yapısından kaynaklı ortaya çıkacak salt biçimsel yargılama usulü sorunlarını dahi içermeyen yasal düzenlemeler, tahkim süreçlerini boşluklarla dolu bir hukuksal çerçeveye sığdırmaktadır. Bundan dolayıdır ki, telekomünikasyon alanındaki uygulama örneklerinde, tahkim yargılama sürecinin farklı aşamalarında sorunlar çıkarmıştır. Nihayetinde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartına başvurmaya ilişkin eğilimin terkedildiği görülmüştür. Mesela, GSM şirketlerinin ikinci nesil GSM hizmetleri için 10.03.2006 tarihinde imzalamış oldukları “GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmeleri” hükümleri içerisinde uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği öngörülmüşken, üçüncü nesil GSM hizmetleri olarak bilinen IMT-2000/UMTS altyapılarına ilişkin olarak 30.09.2009 tarihinde Bilgi Teknolojileri Kurumu ile ihaleyi kazanan GSM şirketleri arasında imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkim yolu öngörülmemiştir.

Belirtmemiz gerekir ki, tarihsel süreçte idare hukukunda tahkime dair tartışmalar yukarıda sayılan eksende yürütülse de idare hukuku alanında farklı kapsam ve içerikte tahkim uygulama örnekleri de vardır. Gerçi bu uygulamaların tipik bir tahkim yolu olarak kabul edilip edilmeyeceği ayrı bir tartışma konusu olsa da idare hukukunda doğrudan veya dolaylı şekilde tahkime temas eden örneklerin de olduğu ifade edilmelidir. Özellikle ikili yatırım anlaşmaları kapsamında yatırım/ICSID tahkimi doğrudan bir idari uyuşmazlığa dair tanımlanmış bir müessese değildir, fakat uluslararası bir yatırım kapsamında tahkime konu olabilecek kamusal müdahalenin, büyük olasılıkla bir idari işlem veya idari eylem neticesinde ortaya çıkması

muhtemeldir. Bu yönüyle olası idari uyuşmazlıkların yatırım tahkimi kapsamında da ele alınması olasıdır.

Buraya kadar ifade edilenlerle birlikte, çalışma içerisinde gösterilen yaklaşımın, tarihsel süreçlerin göz önünde tutulmasıyla idare hukuku alanında tahkimin varlığının ve işleyişinin ele alınması yerine, idari hukukunda mevcut uygulama ve müesseseler bakımından tahkimin konumlandırılmasına dair olduğunu da belirtmemiz gerekir. Bu çerçevede, çalışmanın amacı idari uyuşmazlıklar bakımından tahkimin yasal çerçevesini incelemek ve bu inceleme sürecinde tahkim kurumu ile imtiyaz sözleşmesi özelinde idari uyuşmazlık kavramı gibi idare hukuku kavramlarının birlikteliğinden doğan sorunlarını ele almaktadır.

I. TAHKİM VE İDARİ UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YOLU

Tahkim yoluna ve bu yolun idari uyuşmazlıklarla olan uyumuna ilişkin bir çalışmanın amacının tahkime ilişkin genel bilgiler sağlamak olmadığı açık olsa da tahkim müessesesi hakkında genel bir kavramsal çerçeve çizilmesinin, çalışmanın odağında yer alan sorunların bağlamını daha iyi izah edebilmeye fayda sağlayacağı düşünülmüştür. Böylece, aşağıda görüldüğü üzere, öncelikle çalışma bakımından açıklanmasına ihtiyaç duyulan temel kavramların, faydasız ayrıntıları içermeyecek biçimde ve gerektiği düzeyde tanımlanmasına dikkat edilmiştir.

A. Hukuksal Bir Müessese Olarak Tahkim

Modern devletlerde uyuşmazlıkların çözümü görevi temel olarak yargı yetkisini kullanan mahkemeler tarafından yerine getirilir. Yargı, egemenliğin bir görünümü olarak devletin temel görevlerinden birisidir. Bu durumda uyuşmazlıkların yargı yoluna alternatif başka yollarla çözümünün öngörülmesi ilk bakışta bir çelişki algısı uyandırabilir. Oysa, alternatif uyuşmazlık yolları yargı sisteminin dışında işleyen yollar olsa da bizzat devletin koyduğu hukuk kurallarıyla oluşturulan, devlet denetiminde olan, hukuk düzeniyle çatışmayacak kurumlar olarak oluşturulmuştur². Tahkim yolu da bu alternatif uyuşmazlık yollarından birisi olarak, kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmektedir.

² ABEL, s. 31.

Tahkim (arbitrage)³ en basit ifadesiyle anlaşmazlıkların sona erdirilmesi için uyuşmazlıkların hakem huzuruna götürülmesini içeren uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁴. Diğer bir ifadeyle, tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlamaları olarak tanımlanmaktadır⁵. Başka bir tanıma göre ise, tahkim, tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce daha sonra aralarında çıkacak uyuşmazlıklar için ya da aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra bu uyuşmazlığın çözümü için kendi aralarında anlaşarak seçtikleri usul ve hukuka göre yine aralarında serbestçe kararlaştırdıkları özel kişilere müracaat ettikleri ve bu kişilerce alınacak karara uymayı riayet ettikleri kurumdur⁶. Daha ayrıntılı bir tanıma göre ise tahkim, tarafların aralarında bulunan ya da çıkması muhtemel uyuşmazlıkların, yargı mercileri yerine seçtikleri hakemlerce çözümlenmesi için başvuru, hakemlerce verilen kararları kesin hüküm niteliğinde olup mahkeme ilamları gibi icra edilebilen sahip olan ve devlet denetimine tabi tutulabilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁷. Bu tanımlardan hareketle denilebilir ki, tahkim, bir hukuksal uyuşmazlığın, çözümlenmesi için yetkili mahkeme yerine özel yöntemlerle çalışan bir hakem ya da hakem kuruluna havale edilmesidir. Tahkimi niteleyen unsurlar da tahkimin hukuki bir ihtilafın çözümü için geliştirilmiş bir yöntem olması, devlet yargısı yanında ve bunun dışında bir alternatif yargı olması, tarafların uyuşmazlığın halli için başvurdukları hakemlerin uyuşmazlığı kesin karar bağlaması niyetiyle bu işe başladıkları için bu karara uymaları gerekliliği⁸ olarak sıralanabilir⁹. Ancak tahkimin temel unsurlarından bahsedilecek olursa, doktrinde iki ana unsurdan söz edilmektedir ki, bu unsurlar; hakemler tarafından yapılacak yargılamanın taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanması ve tahkim yargılamasını gerçekleştirecek hakemlerin tıpkı hakimler gibi görevlendirilmesidir¹⁰. Burada, tahkim sözleşmesinin unsurlarına da değinmek gerekir. Tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki belirli bir

³ Fransızca “arbitrage” teriminin, Türk hukukunda kullanılan “tahkim” terimiyle örtüşen bir işleme sahip olduğuna dair bkz. YILMAZSOY, s. 392.

⁴ Daha kısa olarak, “Herhangi bir ihtilafın hallini hakeme havale etmektir.”, bkz. TÜRK HUKUK KURUMU, s. 315.

⁵ Daha geniş bilgi için bkz. KURU, ARSLAN, YILMAZ, s. 933.

⁶ ASLAN, ARAT, s. 2.

⁷ PEKCANITEZ, ÖZEKES, KORKMAZ, s. 2594.

⁸ Uygulamada gerek nihai karar aleyhine olan tarafın kararı uygulamada kimi zaman isteksiz davranması, kimi zaman da yabancılik unsuru içermesi nedeniyle diğer bir ülkede tanınma ve tenfizi gereken kararların tenfiz aşamasında “kamu düzeni” engeline takılmalarının, bu özelliği, tahkimin bir niteliği olmaktan uzaklaştırdığı öne sürülmektedir. Bkz. ASLAN, ARAT, s. 3.

⁹ ASLAN, ARAT, s. 2-3.

¹⁰ ŞANLI, s. 19.

uyuşmazlığa dayanması¹¹, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması¹², uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi hususunda tarafların iradelerinin olması¹³ ve yazılı olması¹⁴ gerekmektedir.

Tahkimde tarafların, tahkim yerini, yargılama usullerini belirleyebilme, hakemlerin sayısını, niteliklerini ve hatta hakemleri belirleyebilme konularında etkin role sahip olmaları, uyuşmazlığın taraflarına güven sağlamanın yanı sıra uyuşmazlıkların süratle sonuçlandırılmasına katkı sağlamaktadır¹⁵. Bu nedenle tahkim özellikle tacirler bakımından mahkemelere göre daha elverişli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülebilmektedir.

B. Tahkime Elverişlilik

İdari uyuşmazlıklarla ilgili farklılaşan yönlerinin aşağıda açıklanması nedeniyle, burada, tahkim sözleşmesinin bir unsuru olan tahkime elverişlilik konusuna değinme ihtiyacı duyulmuştur. Tahkime elverişlilik tahkim yolu için önemli bir şarttır. Gerek iç tahkime gerekse milletlerarası tahkime ilişkin genel esaslara göre, tahkim yoluna başvurulabilecek bir uyuşmazlığın her şeyden önce üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir konuya ilişkin olması gerekmektedir¹⁶. Diğer bir ifadeyle, tarafların, özgürce karar verebileceği ve bu kararlarının geçerli olabilmesi için mahkeme kararına gereksinim duymayacağı konular tahkime elverişli konulardır¹⁷. Bunun haricinde, kamu düzenini ilgilendiren konular, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin konular veya tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konular tahkime elverişli değildir. Örneğin, iç tahkim bakımından, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıklar, avukatlık ücretinin tespitine yönelik davalar, kira bedel tespit davaları, şirket genel kurul kararlarının iptaline ilişkin davalar tahkime elverişli olarak kabul edilmemektedir¹⁸.

Tahkime elverişlilik meselesi iç tahkimi veya uluslararası tahkimi düzenleyen hukuksal çerçevede ele alınmaktadır. Türk hukukunda iç tahkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407. ve 444. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, gerçek ya da tüzel kişi tacirler arasındaki ilişkilerde "tarafların serbestçe belirleyebilecekleri her konuda" olanaklıdır. Türkiye'de

¹¹ Tarafların arasında muayyen bir hukuksal ilişkiye dayanmayan, gelecekte doğması muhtemel hukuksal ilişkiler için tahkim yolu öngören tahkim sözleşmeleri geçerli değildir. Bkz. ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, s. 767.

¹² Tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılmış tahkim sözleşmeleri geçersizdir. Bkz. YILMAZSOY, s. 403.

¹³ AKINCI, Milletlerarası, s. 83.

¹⁴ Geçerlilik şartı olduğu için yazılı olmayan tahkim sözleşmeleri geçersizdir. YILMAZSOY, s. 404.

¹⁵ EROĞLU, s. 20-21.

¹⁶ Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m. 408 ve Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 1/4.

¹⁷ KURU, s. 1872.

¹⁸ ULUKAPI, s. 517-518.

tartışılan konu bakımından en önemli tahkim türü “bir devletle, özel kişi arasındaki tahkim” dir. Bu türde, tahkimin bir tarafı bir devlet kuruluşu iken öteki tarafı da bir özel kişidir. Bu tahkim türünde, genellikle yabancı yatırımcılar, kendilerini güvence altına almak için, yatırım yapacakları ülke kuruluşuyla bağladıkları sözleşmeye bir “tahkim şartı” koydurmaktadırlar¹⁹. Türk Hukukunda uluslararası ticari tahkimi düzenleyen esas ve usuller ise tahkim yeri olarak Türkiye'nin belirlendiği tekmlil uluslararası ticari tahkim prosedürleri ile ilgili olarak 21/06/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören Anayasanın 125. maddesi, kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan tahkimlerde uyulması gereken ilkeleri düzenleyen 21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, yabancı ülkelerden verilen uluslararası hakem kararlarının ülkede tanınması ve tenfizini düzenleyen 20/05/1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu, 08/05/1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Anlaşması, 08/05/1991 tarihli ve 373 sayılı Kanunla onaylanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşması, merkezi New York'ta bulunan bir Uluslararası Yatırım İhtilaflarını Çözüm Merkezi (ICSID) kurulmasını öngören ve 27/05/1988 tarihli, 3453 sayılı Kanunla onaylanan Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Haline Dair Konvansiyon ve yatırım ihtilaflarının uluslararası tahkim yolu çözümünü öngören çeşitli taraflarla akdedilmiş Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları çerçevesinde geliştirilmiştir²⁰.

C. İdari Uyuşmazlıkların Tahkime Elverişliliği

İdari uyuşmazlık kavramı, idari davaya konu olabilecek nitelikte ve idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları içeren üst kavram niteliğindedir. İdari uyuşmazlık kavramını anlatmak için, bu kavramın içleminde yer alan idari eylem ve idari işlem kavramlarını da tanımlamak gerekir. İdari işlem ve eylemler yasalarda tanımlanmış değildir²¹. İdare, kamusal vazifelerini işlem ve eylemler ile yerine getirmektedir. Bu işlemler ve eylemlerin idari nitelikte olanlarını ayrı ayrı tanımlamanın kolay olmadığı söylenebilir. İdari eylem ve idari işlemleri ayırt etmenin zorluğuna rağmen, idare eylem, kendisini oluşturan kişilerin

¹⁹ AYBAY, s. 54.

²⁰ ŞANLI, s. 218-220.

²¹ TAN, s. 221.

hareketlerini aşan nitelikte kamu gücünü içeren icrai veya ihmali yolla tezahür eden iradesi ile hareketler, işlemler topluluğu olarak kamu hizmeti örgütlenmesi ve işleyişi olarak nitelendirilebilir²². İdari işlemler ise, tüzel kişilerin idare fonksiyonuna göre faaliyette bulunurken, rızaları aranmaksızın kişilerin hukuki statülerinde etki ve sonuçlar doğuran ve kamu gücüne dayanan tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanabilir²³. İdari eylem ve işlemlerin hangilerinin idari davaya konu olabileceğine ilişkin olarak ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine değinmekte yarar vardır. Söz konusu hükme göre, idari davalar terimi, menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarını, hakları ihlal edilenler tarafından açılacak tam yargı davalarını ve idari sözleşmelerden kaynaklanan tam yargı davalarını anlatmaktadır. İdari uyuşmazlık terimi de bu sayılan davalara konu olabilecek idari eylem ve işlemleri ifade etmektedir.

1999 yılında yapılan yasal değişiklikler sonrasında Anayasa'nın idareye sağladığı hareket alanı çerçevesinde tahkime elverişlilik meselesi, kamu hizmetine dair sözleşmeler açısından büyük oranda normatif bir tahkim yasağından ziyade, pratik yargılama usulü sorunlarına dönüşmüştür²⁴. Yine de somut bir uyuşmazlık karşısında tahkime elverişlilik tartışmasının yapılması tamamen önemini kaybetmemiş olup kamu düzeninin bir gereğidir. Bu çerçevede kural olarak, idarenin kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine dayanarak tesis ettiği işlemler nedeniyle doğan idari uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı ifade edilebilir²⁵. Buna karşılık, 1999 yılında gerçekleşen değişikliklerle birlikte, imtiyaz sözleşmelerinin mali hükümleri gibi idare ile müzakere edilebilen konuların tahkime elverişli olduğu, sözleşmeden ayrılabilen işlemlerde ise idari yargının görevli kalmaya devam ettiği söylenebilir²⁶. Tahkim şartı olan bir imtiyaz sözleşmesinde taraf iradelerinin esas olduğu mali hükümler gibi bazı hususlar tahkime götürülebilirken, kamu hizmetinin gereklerinden kaynaklanan tek yanlı uyarlamalar gibi tahkime elverişli olmayan konularda idari yargı görevli olacaktır²⁷. Bu noktada ortaya çıkacak olası bir tereddüdü gidermek adına bir idari uyuşmazlığın tahkime elverişliliğinin nihai olarak yargısal denetime konu edilebileceği ve bu bakımdan tahkim kararının tenfizi aşamasının bir güvence oluşturduğu düşünülebilir²⁸. Bu

²² KARAHANOĞULLARI, İdare Hukuku, s. 40-42.

²³ İNANÇ, s. 84.

²⁴ TAN, Tahkim, s. 23.

²⁵ SARI, s. 7.

²⁶ GÜLAN, s. 154; ULUSOY, İdare Hukuku s. 721; ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 157.

²⁷ GÜLAN, s. 153.

²⁸ ASLAN, ARAT, s. 23.

denetimin adli yargı yerlerince idari uyuşmazlıkların niteliklerinin yeterince gözetilemeyeceği gerçeği yanında²⁹, tahkim kararlarının tenfizi için açılan davalara adli yargı mercilerince bakılmasına karşın, tahkim şartı bulunmayan imtiyaz sözleşmelerine ilişkin yargısal denetimin idari yargıda gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkan çelişik durumun kamu düzenine ilişkin olan görev konusunda sorun teşkil ettiğini de unutmamak gerekmektedir³⁰.

İdari uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına dair görüşler çerçevesinde öne sürülen argümanlardan birisi tahkimin keyfi sonuçlar çıkarmaya müsait olduğu yönündeki itirazdır³¹. Zira egemen bir süje olan devletin böyle rastlantısal sonuçların doğduğu bir sistem içerisinde yargılanamayacağı kabul edilmiştir³². Diğer yandan, idari uyuşmazlıkların, tarafların rızalarına ve iradelerine dayanmayan, objektif statülere ilişkin olmaları dolayısıyla tahkime elverişli görülmemesi gerektiği söylenebilir³³. Tarafların serbestçe tasarrufta bulunamamasına ek olarak, kamu yararına dayanması da idari uyuşmazlıkların tahkime elverişli görülmemesine gerekçe oluşturabilir³⁴. Zira idari uyuşmazlık terimi idari davaya konu olabilecek kamu gücüne dayanan eylem ve işlemlerle ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkları içermektedir. Bu bakımdan idari uyuşmazlıklar eşit hukuk özneleri arasındaki uyuşmazlıklardan oldukça farklı niteliktedir³⁵. Bu durum, tahkim yolunun bir alternatif uyuşmazlık yolu olarak, tıpkı özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkları çözme işlevini yerine getirmekte olduğu gibi idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasındaki kamu gücüne dayanan uyuşmazlıkların çözümünde de elverişli olup olmadığı konusunda şüphe uyandırmaktadır³⁶. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere tahkim yolunun elverişli olmadığı durumlar içerisinde kamu düzenini ilgilendiren konular gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği durumlar söz konusudur. İdari uyuşmazlıklar da aslında tam da kamu gücünün olduğu ve tarafların serbest iradesinin olmadığı bir alanda ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Zaten “kamu gücü” kavramı muhatabının rızası aranmadan tek yanlı eylem ve işlem yapabilme ile gerektiğinde cebri icraya başvurabilme yeteneği olarak tanımlanmaktadır³⁷. O halde, idari uyuşmazlıkların tahkim yoluna ilişkin genel esaslar

²⁹ ARAT, İdari Uyuşmazlıkların, s. 892-894.

³⁰ GÜNDAY, Uluslararası Tahkim, s. 192.

³¹ Bu konudaki tartışma için bkz. KESKİN, s. 157.

³² ORAK, s. 88-93.

³³ ONAR, s. 1931.

³⁴ AZRAK, s. 36-37.

³⁵ İNANÇ, s. 81-83.

³⁶ Özellikle bağlı yetkinin bulunduğu durumlarda tahkimi de içerecek biçimde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin idare hukukunun özellikleriyle örtüşmediği değerlendirilmektedir. Bkz. ARAT, “İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri...”, s. 906.

³⁷ ÖZAY, s. 298.

çerçevesine göre elverişli görünmediği ifade edilebilir. Bu nedenle, üstün yetkiler kullanılarak yapılan eylem ve işlemlerin, idare hukuku ve idari sözleşmelerin yargılanmasında uzmanlaşmış idari yargı denetiminden uzaklaştırılması ve kamu hizmeti gereklerinin dikkate alınmasının şüpheli olduğu bir tahkim yoluna tabi kılınmasının hukuk devleti ilkesini zedelediği de göz önüne alınarak, idari uyuşmazlıkların esasında tahkime elverişli görülmemesi gerektiği kabul edilmelidir³⁸. Buna rağmen, bazı idari uyuşmazlıkların tahkim yoluna götürülebilmesine neden olanın bazı özel hukuki düzenlemeler olduğu düşünüldüğünde, tahkime elverişlilik konusunun genel olarak değil, özel düzenlemeler ışığında ele alınmasının daha yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Aksi halde, bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin söz konusu sözleşmenin şartnamesinin tahkime elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerden farklılaşmasının nedeninin izahı oldukça güç olacaktır. İdari sözleşmeler bakımından da aynı yorumu yapabilmek mümkündür. Zira idari uyuşmazlık kavramı yalnızca idarenin tek yanlı irade açıklamalarını içermez. İdarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerin niteliği ve tüm faaliyetlerinde kamu yararını izleme zorunluluğu tek yanlı idari işlemlerin yaygın kullanımına yol açsa da³⁹ idare bazen karşılıklı iradelerin uyuşumu sonucu oluşan sözleşmeler de yapabilir⁴⁰. Bu sözleşmeler ile idarenin tek yanlı iradesiyle ortaya çıkan idari işlemler, aynı hukuki rejime tabi kılınmamaktadır. Dolayısıyla, idari sözleşmelerin bu farklılaşan hukuki rejimi çerçevesinde tahkime elverişlilik veya kamu hizmetlerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği özel olarak ele alınması gereken bir meseledir. Bu nedenle, aşağıda çalışma bakımından tüm idari uyuşmazlıkların değil, kamu hizmeti sunumu çerçevesinde imtiyaz sözleşmelerinde tahkime elverişlilik konusu açıklanmıştır. Ancak öncesinde kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel kişilere gördürülmesinin bir türü olarak gösterilen imtiyaz sözleşmelerinin mahiyetine değinilmiştir.

II. KAMU HİZMETİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİNDE “İDARİ SÖZLEŞMELER” VE TAHKİM ŞARTI

Kamu hizmeti, kamu tüzel kişilerinin bizzat veya gözetim ve denetimi altında genel ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak amacıyla kamuya sundukları devamlı ve muntazam faaliyetleridir⁴¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir faaliyetin, kamu hizmeti sayılması için o

³⁸ ERGUVAN, s. 89.

³⁹ GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 515.

⁴⁰ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 183.

⁴¹ ONAR, s. 13.

faaliyetin mutlaka klasik idari kuruluşlarca yürütülmesi şartı aranmamakta, kamu hizmeti haline getirilmiş bazı iktisadi, sınai ve ticari faaliyetlerin de özel hukuk rejimine tabi tutulmaları mümkün olabilmektedir⁴². Zira modern idare hukukunda kamu hizmeti, kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi yerine getirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet olarak tanımlanmaktadır⁴³. Bu durumda her kamu hizmetinin sonuçta bir kamu otoritesi tarafından üstlenilmesi, kamu hizmetinin mutlaka o kamu otoritesi tarafından yürütülmesi ve işletilmesini gerektirmez. Hizmetin sahibi konumundaki kamu otoritesince yerine getirilmesi gereken yeni teknoloji, uzmanlık ve özellikle büyük yatırım gerektiren faaliyetler, idareye personel istihdamı, teknoloji üretimi ve yatırım için mali kaynak ayırma külfeti olmadan gerçekleştirebileceği fikriyle ve özel kişilerce hizmet sunumunun daha hızlı, düşük maliyetli ve kaliteli olacağı öngörüsüyle, özel hukuk kişileri tarafından idarenin denetimi altında yerine getirilebilmektedir. Bu durumda bir özel kişi tarafından yürütülen kamu hizmetinde, kamu hizmetinin nihai sorumlusu olan kamu otoritesinin kamu düzenini sağlama amaçlı olarak özel faaliyetler üzerinde idarenin uyguladığı kolluk denetimini aşan, içselleştirilmiş bir yakın gözetim ve denetimi söz konusudur⁴⁴. Buna karşın, kamu hizmetlerini sunumuna katılan özel kişilerin, kamu hizmetlerine sağlayacağı yatırım bakımından güvence sağlanmasına yönelik talepleri ve bu taleplerin karşılanması yönünde ihtiyaçlar da söz konusudur⁴⁵. Türkiye’de kamu hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilme usullerinin gelişim ve yaygınlaşmasıyla ortaya çıkan bu yöndeki taleplerin karşılanması amacıyla, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun hükümleriyle yapılan Anayasa Değişikliği ile kamu hizmetlerine ilişkin önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu değişiklikler içerisinde çalışmamız bakımından en fazla dikkate değer olanı şüphesiz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için ulusal ve uluslararası tahkim yolu öngörülebilmesine imkân tanınmasıdır. Bu değişikliğin kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin ilk akla gelen sözleşmeli yöntemlerinden imtiyaz sözleşmeleri üzerinde etkileri oldukça büyüktür. Ancak bu etkilere değinmeden önce bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinin ayırt edici özellikleri de ifade edilmekle beraber, idari sözleşmelere ilişkin bilgiler bağlamında açıklanmasında yarar olduğu düşünülmüştür. Zira bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde özel hukuk sözleşmeleri de

⁴² GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 332.

⁴³ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 13.

⁴⁴ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 31.

⁴⁵ ÖZAY, s. 394.

kullanılabilmekte ise de bu sözleşmelerden oldukça farklı nitelikte olan, idari sözleşmeler ile bu sözleşmelerin içerisinde imtiyaz sözleşmelerinin tanımlanmasının söz konusu farklıları görünür kılmaya giden yolda ilk basamak olduğu da bir gerçektir.

A. İdari Sözleşmeler

İdari sözleşmeler terimi, idarenin taraf olduğu sözleşmeler olarak bir çağrışım yapıyor olsa da yalnızca bu özelliği ile açıklanabilen bir terim değildir. Çünkü idarenin taraf olduğu her türlü sözleşme idari sözleşme sayılmamakta, idarenin sözleşmelerinden tamamen özel hukuk hükümlerine tabi olan ve idarenin sözleşmenin diğer tarafları ile eşit statüde olduğu sözleşmeler ile idarenin kamu yararının temsilcisi olarak katıldığı ve idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan idari sözleşmeleri birbirlerinden ayırt etmek gerekir⁴⁶. Diğer bir ifadeyle, idarenin yaptığı sözleşmeler, tabi olduğu hukuksal rejime göre özel hukuka tabi olan ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargı organları tarafından çözüldüğü özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hukukuna tabi olan ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde idari yargı organlarının görevli olduğu sözleşmeler olmak üzere iki türe ayrılmaktadır⁴⁷. Bunlardan, idari sözleşmeler, taraflarından en az birisi idare olan, konusu veya sözleşme ile kurulmak istenen ilişki bakımından özel hukuk dışında idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim duyan, sözleşmenin karşı tarafının bir kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa etmesini veya ifasına katılmasını öngören, idareye özel hukuku aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkları tanıyan, özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmelerdir⁴⁸.

Danıştay'ın güncelliğini koruyan ve yukarıda sunulan tanımlardaki ölçütlere benzer ölçütleri içeren tanımına göre, idari sözleşmeler, “Konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak veya yetkilerini içeren hükümler taşıyan sözleşmeler” niteliğindedir⁴⁹. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “taraflardan birinin kamu tüzelkişisi olması, konunun kamu hizmeti ile ilgili bulunması düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olması ve yönetime üstünlük tanınması, idari sözleşmelerin ana koşulları” olarak sayılmaktadır⁵⁰. Buraya kadar sunulan tanımlardan, idari

⁴⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 183-184.

⁴⁷ TEKİNSOY, s. 183.

⁴⁸ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 184-187; ÖZAY, s. 510-511; GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 528-541; TEKİNSOY, s. 192-206.

⁴⁹ D. 12.D., T. 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141, DD, S. 26-27, s. 509. vd.

⁵⁰ AYM, T. 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, RG. 25/07/1989, S. 20232, s. 54., AYM, T. 09.12.1994, E.1994/13, K.1994/42-2, RG. 24.01.1995, S. 22181, s.3., AYM, T. 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG.20.03.1996, S. 22586.

sözleşmelerin bazı unsurlarına ulaşılmakta ve bunların idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden ayırt edilmesinde dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Ancak ayırt edici unsurlara ilişkin denilebilir ki, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin düzenlediği ilişkinin idare hukuku ilişkisi olduğuna ilişkin bir tespit olup, sözleşmenin konusu, hükümleri ve sözleşmeyi ilgilendiren, düzenleyen sözleşme dışı kurallar bu ilişkiyi nitelendirmeye yarayan belirtiler demeti niteliğinde görülerek bir bütün olarak değerlendirilmelidir⁵¹.

B. İdari Sözleşme Olarak İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkime Elverişliliği

İmtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmeler denilince belki de akla ilk gelen sözleşme türüdür. Elbette bu durum oldukça doğaldır. Zira Türkiye’de uzunca bir dönem, imtiyaz dışında bir idari sözleşme uygulamasının olmamasının da etkisiyle, idari sözleşme kategorisinin oluşturulmasında, kamu hizmeti imtiyazının önemli etkisi olmuş ve idari sözleşme kuralları, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerinden çıkarım yapılarak oluşturulmuştur⁵². Hatta, yargı organlarının imtiyaza işlevsel bir anlam vererek, kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin özel kişiye devrine ilişkin sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak niteledikleri⁵³, hatta kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerini imtiyaz usulü ile özdeşleştirdikleri bilinmektedir⁵⁴. Aslında farklı isimlendirmelere rağmen bir kamu hizmetin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi özelliklerini gösterdiği durumlarda bu yaklaşımın yanlış olmadığı düşünülmektedir. Mesela, Fransa’da 2016 yılından sonra bir yapım işinin ve kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usulünün Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi “yetki devri” olarak adlandırılmaması, bu sözleşmelerin geleneksel haliyle “imtiyaz sözleşmesi” olarak ifade edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi’nin 01.12.1994 tarihli ve E.1994/43, K.1995/42-2 sayılı kararında imtiyaz usulü şu şekilde tanımlanmıştır: “Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında çok uzun süreli bir ‘idari

⁵¹ TEKİNSOY, s. 224.

⁵² TEKİNSOY, s. 181.

⁵³ “İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzelkişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zarar özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi...” D.İ.D., T. 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294, DD, S.87, s. 37.

⁵⁴ “Konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler (kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri) olarak tanımlanmaktadır.” AYM, T. 28.06.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG. 20.03.1996, S. 22586, s. 51.

⁵⁵ MORAND-DEVILLER, J., BOURDON, P., POULET, F., s. 436.

sözleşme' uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir..."⁵⁶. Bu kararda, konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmışsa da bu tanım imtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından yürütülmesini sağlayan tek sözleşme çeşidi olmamasından dolayı eleştirilmiştir⁵⁷. Benzer şekilde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle bir girişimciye devredilmişse kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur" şeklinde Danıştay'ın muhtelif kararlarında geçen ifadeler de⁵⁸ imtiyaz sözleşmesinin, kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından yürütülmesini sağlayan tek idari sözleşme çeşidi olmamasından dolayı eleştirilmektedir⁵⁹. Nitekim idari sözleşme rejiminin kökeninde yer alan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, hem kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tek yöntemi hem de idari sözleşmenin temel biçimi olarak anlaşılması, idari sözleşmeler için başkaca bir ölçüt aranmasını gereksiz kılacağından idari sözleşme ölçütlerine yönelik tartışmalara ilişkin tek boyutlu bir yaklaşım doğurma potansiyeli bakımından eleştirilmiştir⁶⁰.

1. İmtiyaz Sözleşmelerinin Özellikleri

Bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, özel bir kişi tarafından kurulması ve /veya işletilmesi usulü olan imtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan idari bir sözleşme ile verilmektedir⁶¹. Konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli süre işletilmesini içeren imtiyaz sözleşmeleri ile bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi, kamu hizmetinin terki anlamına gelmediğinden⁶² ve kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğundan dolayı, şartname ve sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa dahi, idarenin, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁶³.

⁵⁶ AYM, T.01/12/1994, E.1994/43, K.1995/42-2, AYMKD, S. 31, C. 1, s. 303.

⁵⁷ GÖZLER, s. 420.

⁵⁸ D.1.D., T. 24.09.1992, E.1992/232, K.1992/294, Legalbank, (E.T. 28.12.2023); D.10.D., T. 29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752, Lexpera (E.T. 29.12.2023).

⁵⁹ GÖZLER, s. 424.

⁶⁰ TEKİNSOY, s. 225.

⁶¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 344.

⁶² GÖZLER, s. 437.

⁶³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 347.

İmtiyaz sözleşmelerinin bir diğer özelliği, idari sözleşmelerin ayırt edici özelliklerinden birisi olarak, idari sözleşmelerin özel hukuku aşan şartlar içermekte olması ile ilgilidir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşme niteliğinde olan ve özel hukuku aşan şartlar içeren sözleşmelerdir. Bu bağlamda, sözleşmelerin tarafı olan idarelerin, diğer taraflara göre hizmetin hangi koşullarda yürütüleceğini tek yanlı olarak belirleme, pazarlık yapma, yürütülen kamu hizmetinin zorunlu kılması halinde, sözleşmede yer almasa bile, sözleşmenin mali hükümleri dışındaki hükümlerinde tek yanlı değişiklikler yapma, bedelini ödeyerek sözleşmeyi satın alma (rachat) ve mahkmeden sözleşmenin feshini isteme gibi bir takım üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanabilmesi söz konusudur⁶⁴. Ancak hemen belirtmelidir ki, özel hukuku aşan şartların idareye sağladığı tek yanlı üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin, idareye avantaj bahşeden görünümüne karşın, özel kişiler bakımından hukuki belirsizlik ve güvensizlik yaratması nedeniyle imtiyaz sözleşmeleri, genellikle kuşkuyla yaklaşılacak ve istenmeyen bir yöntem olarak görülmektedir⁶⁵.

İmtiyaz sözleşmelerinin başka bir özelliği ise içeriği nedeniyle maddi sınıflandırmaya göre “karma işlem” niteliğinde olmalarıdır. Aslında tüm idari sözleşmeler, teknik hususları düzenleyen “kural”, imtiyazcının haklarından ve sahip oldukları yetkilerden oluşan imtiyazları gösteren “koşul” ve belgeye asıl iki yanlı işlem niteliğini veren mali konulardaki “öznel” hükümlerden oluşmaları nedeniyle “karma işlem” sayılmaktadırlar⁶⁶. İmtiyaz sözleşmeleri de teknik konuları kural olarak düzenlemenin yanında özel kişi olan akidinin hak ve yetkilerini gösteren koşul ve mali konulara ilişkin olarak öznel hükümler içerdiklerinden, idarenin karma işlemlerindedir. Bu sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, taraflar açısından hak ve borçlar yaratan sözleşme olmanın yanında, görülecek olan kamu hizmetinin kuruluşu ve buna ilişkin görev ve yetkileri belirleyen şartlaşma ve diğer belgelerden oluşur. Bu şartlaşma kamu hizmetinin görülmesine ilişkin kuralları belirlemesinden ötürü kural işlem özelliği gösterirken, bu hükümlerden imtiyaz sahibine ücret tahsili ve kamulaştırma isteme gibi yetkilerle donatırken koşul-işlem olmakta ve nihayet sözleşmenin mali hükümlerini düzenleyen kısımlar da sözleşme özelliği göstermektedir⁶⁷. Konu ile ilgili olarak, imtiyaz sözleşmelerin karma niteliğine ve iki bölümden oluştuğuna dikkat çeken Danıştay İdari İşler Kurulu’na göre, “imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici işlem niteliğinde olan bölümde imtiyaz konusu, hizmetin koşulları, örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin olarak idari ve teknik

⁶⁴ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 35-36.

⁶⁵ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 36.

⁶⁶ ÖZAY, s. 251.

⁶⁷ ASLAN, ARAT, s. 9-10.

şartnamelerde yer alan hükümlerin, imtiyaz veren idarenin isteklerini ve iradesini yansıtabak biçimde düzenlemesi kamu yararı açısından zorunludur”⁶⁸.

Sadece iki taraf arasında imzalanmış olduğu için sözleşme adını taşıyan bu işlemlerin aslında bir katılma-işlem olduğunu vurgulayan bir görüşe göre, maddi ayırım bakımından karma işlem niteliğini taşıyan idari sözleşmelerin hükümlerinin büyük bir bölümü yine maddi yönden kural işlemlerden oluşurken, sözleşme bu şartname ya da şartlaşma denilen kural işlemdede öngörülen şekilde gerçekleşmektedir. Sözleşmenin konusu ve yapılacak iş saptandıktan sonra bu belgeye sadece öznel nitelikte olan mali hükümler iki taraf arasında varılan anlaşmaya göre saptanmaktadır. Bu nedenle idare ile sözleşme imzalayacak olan taraf, tüm yönleri idare tarafından belirlenmiş bir metne katılarak onu imzalamakta ve böylece sözleşme ortaya çıkmaktadır⁶⁹.

2. İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkime Elverişlilik

İmtiyaz sözleşmeleri, idarenin iki yanlı işlemi olarak ifade edilen “idari sözleşme” kategorisinde yer alan, konusu bir kamu hizmetinin gördürülmesini içeren sözleşmelerdir. İdare kamu hizmetlerini yalnızca bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmesi ile değil özel hukuk sözleşmesi ile de özel kişilere gördürebilir. Kamu hizmetlerinin bir özel kişiye gördürülmesini içermenin yanı sıra imtiyaz sözleşmeleri, özel hukuku aşan şartlar (kamusal ayrıcalık ve yükümlülükleri) içeren ve bu bakımdan özel hukuk sözleşmelerinden ayrılan sözleşmelerdir. İmtiyaz sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim süreçlerinde göz önüne alınması gereken hukuk da esas olarak özel hukuk değil, idare hukukudur. Nitekim imtiyaz sözleşmelerine uygulanacak hukukun idare hukuku olduğuna dair milletlerarası tahkim kararları örneklerinin de göz önünde tutulmasıyla, Türk idari yargı mercilerince de sorunun aynı yönde yorumlanmanın mümkün olduğu ve hatta gerektiği söylenebilir⁷⁰. İdare hukuku, taraflardan birisinin kamusal ayrıcalıklara sahip olması karşısında eşit olmayan bir hukuksal ilişkiyi kavrayacak nitelikte esaslar içerir⁷¹. İmtiyaz sözleşmeleri özelinde de bu kuralların, imtiyaz verene üstün yetkiler tanımlarken, imtiyazcıya kamu mallarından yararlanma, vergi bağışıklıklarından yararlanma, 3. kişi lehine kamulaştırma yapabilme yetkileri ile bazı kolluk yetkileri ve tekel olarak mal ve hizmet sunumu gibi bazı kamusal ayrıcalıklar sağlamaktadır⁷². Bu esaslar, şüphesiz kamu

⁶⁸ D. İDDK, T. 09.10.2000, E. 2000/107, K. 2000/76 (Yayımlanmamıştır.) (Nakleden GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 548.)

⁶⁹ ÖZAY, s. 511.

⁷⁰ GÜNEŞ, s. 562-564.

⁷¹ KARAHANOĞULLARI, s. 5.

⁷² GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, BERK, s. 1214.

düzenine ilişkin sonuçlar doğurmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinin tahkime elverişliliği bakımından sorun yaratmaktadır. Çünkü tahkime elverişli konular, tarafların serbestçe belirleyebildikleri ve kamu düzenini ilgilendirmeyen konulardır⁷³. Fransa’da idari sözleşmeler alanında tahkime başvurulamayacağı genel bir kuraldır. Bu kurala kanunlar ve uluslararası sözleşmelerle istisnalar getirilerek, bazı imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün öngörüldüğü bilinmektedir⁷⁴. Türkiye’de Fransa’dan farklı olarak, imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlıklar için tahkim yolu öngörülebileceği Anayasa’da öngörülen bir esastır⁷⁵. Böyle düşünüldüğü zaman imtiyaz sözleşmelerinin kategorik olarak tahkime uygun sözleşmeler olduğu ve elverişlilik hususunda özel hukuk sözleşmeleri bakımından yapılan tartışmaların yapılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Farklı bir ifade ile, tahkime elverişlilik konusunda HMK ve MTK hükümlerinin, Anayasa’da tahkim yolu öngörülebileceği açıkça ifade edilen imtiyaz sözleşmeleri bakımından sınırlandırıcı bir etkiye sahip olduğunun düşünülmesi hatalı olacaktır. Üstelik, bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmesini kamu düzenine ilişkin konular içermesi bakımından tahkime elverişli görmemek bir yana, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarında idare hukuku kurallarının göz ardı edilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği bile düşünülebilir⁷⁶. Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmelerinin yapısal olarak, tahkim yolu ile uyumsuz olmasına rağmen, hukuksal kabule göre tahkime elverişli sayıldığı söylenebilmektedir. Aralarındaki uyumsuzluğa rağmen kurulan zoraki bir ilişkiye benzetilebilecek bu durum ise pek çok hukuksal ve pratik sorunlara yol açmaktadır. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanan usulî sorunlar da aslında bir yönüyle bu sorunları ifade etmektedir.

III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ TAHKİM YARGILAMA SÜRECİNDE YAŞANAN USULÎ SORUNLAR

Kamu hizmetinin gördürülmesine dair idarenin sözleşmeleri kapsamında imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde ve Yap-İşlet-Devret ve benzeri özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde tahkim yolunun öngörülmesine imkân tanınmaktadır. Ancak, imtiyaz sözleşmelerinin tesisi için en temel hukuki düzenleme olan 1910 yılından kabul edilen Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile tahkim için 4501 sayılı Kanun tahkim yolu ile ilgili ihtiyaçları

⁷³ ATALI, ERDOĞAN, ERMENEK, s. 729.

⁷⁴ GÖZLER, s. 242.

⁷⁵ TAN, s. 407.

⁷⁶ GÜNEŞ, s. 563.

karşılaktan uzaktır⁷⁷. Bu nedenle imtiyaz sözleşmesinin hangi şartlarda tercih edileceği, imtiyazcının eşitlikçi ve rekabetçi bir ortamda seçimi gibi imtiyaz sözleşmesinin imza öncesi hazırlık aşamasına dair süreçler ve ilkelerin bir kanunla belirlenmesine duyulan ihtiyaç bugün de devam etmektedir. Diğer yandan, imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartının konulması durumunda, 4501 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekmekte olduğu söylenebilir. Fakat, 4501 sayılı Kanun da imtiyaz sözleşmelerinde tahkim uygulaması açısından birçok noktayı cevapsız bırakmıştır. Söz konusu kanun hükümleri, imtiyaz sözleşmelerinin idari yönünü barındırmakla birlikte idari uyuşmazlıklarla tahkim yolunun uyumsuzluğunu giderecek veya azaltacak düzenlemeleri içermemektedir.

4501 sayılı Kanun hemen hemen tahkimin işleyişine dair tüm konularda milli ve milletlerarası ayrımı çerçevesinde çerçeve kanuni düzenlemelere yollamada bulunmuştur. Türk hukukunda da milli tahkime dair düzenlemeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 11. kısmında, uluslararası tahkim yargılama usulü ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenmektedir. Söz konusu Kanun'un 17. maddesinde; "Bu Kanunda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmaz" hükmüne yer verilmiştir.

Tahkimin doğası gereği tahkim yargılamasına dair hakemlerin seçiminden uygulanacak tahkim usulüne kadar birçok kural tarafların iradesiyle şekillenmektedir. Bu nedenle tahkime dair çerçeve kanuni düzenlemeler ve uluslararası kurumsal tahkim kuralları çoğunlukla tamamlayıcı ve yedek hukuk kuralları mahiyetindedir. Bu noktada tarafların iradesinin sınırı 4686 sayılı Kanun'un m. 8/A maddesinde ifade edildiği gibi emredici hükümleridir. Ancak, bunlar da tahkim alanında oldukça sınırlı sayıdadır. Bu durumda, söz konusu düzenlemeler taraf iradesinin esas olduğu özel hukuk ilişkileri açısından doğal karşılanabilir. Ancak ilk bölümde de ele aldığımız üzere idarenin takdir yetkisinin mutlak olmayıp yasalarla sınırlandırıldığı ve her durumda kamu yararını gözetmek zorunda oldukları, taraf eşitliğinin daha arka planda kaldığı idari sözleşmeler açısından bu durum birtakım sorunlar oluşturmaya müsaittir.

Bu başlık altında imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkim yargıma süreci tüm ayrıntısı ile ele alınmayacak, sürece dair tahkim yolu ile idari uyuşmazlıkların arasındaki uyumsuzluğunun ciddi hukuksal sorunlara dönüştüğü noktalar değerlendirilecektir. Ancak ele aldığımız hususların kamu hizmetlerinin işletilmesine dair özel hukuk sözleşmeleri açısından da büyük oranda geçerli olduğunu belirtmek gerekir. İmtiyaz sözleşmelerinde tahkimle

⁷⁷ DURSUN, s. 97.

amaçlanan gayelerden birisi yabancı sermayeyi yatırım yapmaya teşvik olduğundan değerlendirmelerimizde aksine ihtiyaç duyulmadıkça 4686 sayılı Kanun hükümleri gözetilecektir. Kaldı ki milletlerarası tahkime olanak sağlayacak yabancı sermaye şartının da hemen her imtiyaz sözleşmesi ile sağlanabilmesi büyük olasılıktır.

A. Uluslararası-Ulusal Tahkim Ayrımında Yabancılık Unsurunun Objektifliği Sorunu

Anayasa koyucu Anayasa'nın 47/4. maddesi ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmesiyle görüleceğini belirleme noktasında yasamayı yetkilendirmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 125/1 maddesi uyarınca da kamu hizmetlerinin görülmesinde imtiyaz sözleşmesi tercih edilse bile, idarelerin uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak idari yargı⁷⁸ veya tahkimin tercih edebilmesine somut bir kriter belirlemeksizin olanak sağlanmıştır. Ayrıca, "yabancılık" unsurunun varlığına göre tahkimin milli veya milletlerarası mı olacağına karar verilecektir. Zira, iki tahkim türü farklı hukuki rejimlere tabidir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesine göre kural olarak yabancılık unsuru bulunan ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklarda uygulanacaktır. Aynı maddenin son fıkrasında, 4501 sayılı Kanun çerçevesinde yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimle çözülmesi durumunda da 4686 sayılı Kanun'un uygulanacağı ifade edilmektedir. 4686 sayılı Kanun'un 2. maddesinde milletlerarası tahkim için aranan yabancılık unsuruna dair kriterler belirlenmiştir. Ancak 2. maddenin 4. fıkrasına göre, 4501 sayılı Kanun kapsamında tahkime gidilmesi durumunda söz konusu madde hükmü uygulanmayacak, 4501 sayılı Kanunda yer alan yabancılık unsurunun varlığına bakılacaktır.

Özetle, imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde milletlerarası tahkimin uygulanabilmesi için 4501 sayılı Kanuna göre yabancılık unsurunun bulunması gerekmektedir. 4501 sayılı Kanun çerçevesinde yabancılık unsuru bulunmazsa da uyuşmazlığın çözümünde milli tahkim ve bu çerçevede 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'un tahkime dair hükümleri devreye girecektir.

4501 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre "yabancılık" unsurunun mevcudiyeti, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre belirlenecektir. 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanuna

⁷⁸ 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1. maddesi gereği Danıştay imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi olarak görevlidir.

çerçevesinde düzenlenmekteydi. Ancak 05.06.2003 tarih 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, mülga olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun yerini almıştır. Söz konusu Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde yabancılık unsuruna referans olabilecek kavramlara yer verilmiştir. Bu çerçevede; yabancı yatırımcı, Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapan; yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları kapsamaktadır. Sadece yabancı yatırımcı kavramı yabancılık unsuru için yeterli değildir. Ayrıca, doğrudan yabancı yatırımın kapsamına bakmak gerekmektedir. Doğrudan yabancı yatırım ise; yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları ile yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla yeni şirket kurmayı veya şube açmayı ya da menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı, ifade etmektedir.

4875 sayılı Kanundaki tanımlara göre yabancılık unsuru için aranan yatırımın kapsamı çok geniş olup hemen hemen her düzeydeki yatırımda kolayca sağlanabilecek ve uluslararası tahkime gidilebilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi tarihsel süreçte tahkim tartışmalarındaki en önemli argümanlardan birisi yabancı sermayeyi teşvik etmektir. Ancak gelmesi gereken yabancı sermaye için minimum bir oran veya tutar belirlenmemesi, bu amacın gerçekleştirilmesi noktasında isabetli olmamıştır. Yurtiçi işletmeler minimum bir yabancı yatırımcı hissesi ile muhtemel bir imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki faaliyetlerini tamamen Türk yargı sisteminin etkisinden uzaklaştırabilecektir⁷⁹. Burada belki, yabancılık unsurunun varlığı için isabetli bir kriter belirlenmemiş olduğu da akla gelebilir. Zaten 4501 sayılı kanunun 2/c bendi ile 7. ve Geçici 1. maddelerinin Anayasa'nın 2, 10, 48, 125 ve 167. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla konu Anayasa Mahkemesine taşınmış, Anayasa Mahkemesi 20.07.2000 tarih ve 2000/16 E. ve 2000/17 K. sayılı kararında ilgili düzenlemeler noktasında yasa koyucunun takdirini vurgulayarak böylesi bir tercihle ilgili olarak anayasal bir sınırlama bulunmadığına hükmetmiştir. Bu kararın yorumuyla ilgili olarak, *Orak*'ın ifadesiyle Anayasa Mahkemesi 90'lı yıllarda tahkime karşı göstermiş olduğu duruşta değişikliğe giderek daha liberal bir bakış

⁷⁹ TAN, Tahkim, s. 23.

sergilemiştir⁸⁰. Zira Anayasaya uygunluk açısından bir sorun olmadığı kabul edilse bile mevcut düzenleme yerindelik açısından tahkimle güdülen amaçla örtüşmemekte olup uygulamada amaçla bağdaşmayan bir keyfiliğe imkân verecek niteliktedir.

Diğer yandan, 4875 sayılı Kanunun 3/e fıkrasında doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne dair ayrı bir düzenleme yer almaktadır: “Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.” Söz konusu madde imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıkları kapsar niteliktedir⁸¹. Kanaatimizce bu maddenin imtiyaz sözleşmeleri kapsamında ancak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası yatırım anlaşmaları çerçevesinde kabul ettiği yatırım tahkimi ve imtiyaz sözleşmeleri ile doğrudan bağ kurulamayacak yabancı yatırımla ilgili uyuşmazlıklarla sınırlı bir uygulama alanı olacaktır. Örneğin, yabancı yatırımcının bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde elde ettiği ticari kar üzerinden ayrımcılık yasağına rağmen ek bir vergi alınması durumunda bu maddenin uygulanabilirliği gündeme gelebilir. Ancak imtiyaz sözleşmeleri ilgili uyuşmazlıklarda yukarıda ele alınan tahkim düzenlemelerin özel düzenleme niteliğinde olduğunu, bu madde kapsamında ayrıca bir değerlendirme gerekmediğini düşünmekteyiz.

B. Tahkim Şartının Hukuki Statüsü: Görevsizlik veya Tahkim İlk İtirazı

İdari yargıda tahkim şartının varlığı çoğunlukla “görev” ekseninde tartışılmaktadır. Ancak, tahkim şartının varlığının yargılama usulü açısından göreve ilişkin bir konu olup olmadığı net görünmemektedir. Tahkim yolu öngörülmuş bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin ihtilaf, Danıştay’ın önüne geldiğinde, Danıştay’ın 2577 sayılı Kanun’un 14/3-a fıkrası uyarınca ilk inceleme sırasında dava dilekçesini ele alıp aynı Kanun’un 15. maddesi uyarınca görevsizlik nedeniyle davayı reddedip reddetmeyeceği daha ayrıntılı bir analizi gerektirmektedir.

Öğretide, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2/1-c maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu 24/1. maddesinde 1999 yılında yapılan değişikliklerle kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinin tahkim yolu öngörülmemişse idari yargının görevine girdiği

⁸⁰ ORAK, s. 3.

⁸¹ ORAK, s. 4.

belirtilmektedir⁸². *Gözler*, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı öngörülmesi durumunda bu sözleşmeler kapsamındaki uyuşmazlıkların idare mahkemelerinin görevi dışına çıkartılacağını belirtmektedir⁸³. Bu noktada idari yargının mahfuz bir görev alanı olup olmadığı açısından konu öğretide tartışılmaktadır⁸⁴. Bahse konu anayasal tartışma, tahkim yolu ve görev tartışması açısından anlamını yitirse de tahkim kararlarının kanun yolu olarak idari yargı-adli yargı tercihi açısından geçerliliğini korumaktadır. Sonuç olarak aynı nitelikteki bir sözleşmede tahkim şartının konulup konulmadığına göre, görevli yargı yeri ilk aşamada tahkim ile Danıştay arasında, kanun yolu aşamasında da adli yargı yerleri (Bölge Adliye Mahkemesi-Yargıtay) ile idari yargı yeri (Danıştay-İDDK) şeklinde değişebilmesi tamamen sözleşmeciler tarafından tahkimi seçmesine bağlıdır⁸⁵. İmtiyaz sözleşmeleri açısından ortaya çıkan bu sonucun kamu düzeninin gereği olan görev ilkeleriyle çeliştiği ve Anayasa'ya aykırılığını değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶. Diğer bir ifadeyle, yasa koyucunun bu konudaki düzenlemeleri idari yargının görev alanına dair anayasal ilkelerle uyumsuz kabul edilmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-c maddesi ile Danıştay Kanunu 24/1. maddesinin 1999 yılındaki değişiklikten sonraki hallerinin gerçekten tahkim şartının varlığı halinde idari yargının görevsiz olduğunu düzenleyip düzenlemediği, birkaç noktadan daha ayrıntılı bir şekilde analiz edilebilir. Yasa koyucu tarafından imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için öngörülmüş olan Danıştay veya tahkim tercihinin göreve dair bir sorun olmadığı, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde lafzi, amaçsal ve sistematik yorum yapıldığında, bu sorunun medeni usul hukukuna özgü "ilk itiraz" müessesesinin ayrıksı olarak imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde de uygulanması gerektiği düşünülebilir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, bir uyuşmazlıkta tarafların tahkime başvurma kararı tahkimin doğası gereği taraf iradelerinin üstünlüğüne verilen değer sonucudur. Bu önermenin mefhumu muhalifi, taraflar arasında tahkim yolu uyuşmazlık çözüm yolu olarak belirlense ve tahkim şartı sözleşmeye derç edilse de uyuşmazlık doğduktan sonra tarafların iradesi bu uyuşmazlığı tahkime götürmeme noktasında değişebilir. Yasa koyucu bu noktada taraf iradelerinin üstünlüğünü düşünerek, tahkim şartının varlığına rağmen bir uyuşmazlığın yargı yerlerine götürülmesi durumunu dava şartı (görev) konusu olarak düzenlememiş, onun yerine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 413. maddesinde tahkim itirazına yer

⁸² TEKİNSOY, s. 187.

⁸³ GÖZLER, s. 245.

⁸⁴ GÜNDAY, İdari Yargının, s. 347-358.

⁸⁵ DURSUN, s. 125.

⁸⁶ Ayrıntılı bir değerlendirme için: GÜNDAY, İdari Yargının, s. 350 vd.

vermiştir. Tahkim şartına rağmen bir taraf mahkemede dava açarsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecektir. Tahkim itirazına dair usul hükümleri HMK'nin 116. ve 117. maddelerinde "ilk itirazlar" başlığında düzenlenmiştir. HMK'nin 116. maddede tahkim şartı bir ilk itiraz olarak sayılmış, ayrıca mahkemenin re'sen ve her zaman göz önünde bulundurmaya zorunda olduğu dava şartlarından (HMK m. 114 ve m. 115) farklı olarak ilk itirazların ancak karşı tarafın bu durumu en geç cevap dilekçesinde ileri sürmesi durumunda, talebe ve süreye bağlı olarak incelenmesini öngörmüştür. Esasen bu düzenlemeler tahkimin taraf iradelerini önceleyen yapısı ile uyumludur.⁸⁷ Taraflar tahkimi kabul etseler bile uyuşmazlığı ortak iradeleri ile genel mahkemelere götürebilecekleridir. Nitekim bu düzenlemeler Anayasa 36. maddesi çerçevesinde yargı yerlerinin taraflarca getirilen bir uyuşmazlığa bakmaktan kaçınamayacağına dair hak arama hürriyeti kapsamındaki ilke ile de uyumludur. Yargıtay'ın konu hakkındaki değerlendirmesi de aynı yöndedir. Yargıtay 15. Daire'nin örnek bir kararında; "*Tahkim itirazında bulunulmaması halinde mahkemenin kendiliğinden tahkim itirazını gözetip görevsizlik kararı vermesi mümkün değildir*", şeklinde bu husus açıkça ifade edilmiştir.⁸⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından konuyu değerlendirirsek, tahkim itirazının Kanun'un 5. maddesinde düzenlendiği görülecektir. Bu maddeye göre; tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, HMK'nin ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir. Yani milletlerarası tahkimde de tahkim ilk itirazı açısından HMK hükümleri uygulanacaktır.

Konunun milli ve milletlerarası tahkim yönü medeni usul hukuku kuralları çerçevesinde ortaya konulmuştur. Bu düzenlemeler çerçevesinde imtiyaz sözleşmeleri kapsamında tahkim şartı öngörülmesi durumunda, taraflar uyuşmazlığı tahkime götürmek istemezlerse uygulamanın nasıl olacağını ele almak olanaklı hale gelmiştir. Bu noktada 2577 ve 2575 sayılı Kanunlardaki düzenlemelerin amacının tahkim şartının varlığını mutlak olarak görevsizlik konusu olarak düzenlemek olmadığını, bu sonuca 4501 ve 4686 sayılı Kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi yoluyla varılabileceğini belirtmek gerekir. Öncelikle, imtiyaz sözleşmelerindeki tahkim yargılama sürecine dair temel düzenlemenin 2577 ve 2576 sayılı Kanunlar olmadığı da ifade edilmelidir. Bu nedenle konu hakkındaki yasal düzenlemeleri öncelik-sonralık ve genellik-özellik incelemesine tabi tutmak mümkündür. Yukarıda da ele aldığımız üzere imtiyaz sözleşmeleri kapsamında tahkim uygulamasında 4501 sayılı Kanun hem özel kanun hem de 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki değişikliğe göre yeni kanundur.

⁸⁷ Tahkim İtirazına dair ayrıntılı bilgi için bakınız: ÖZBEK, s. 179-253.

⁸⁸ Y.15. HD, T. 28.09.2010, E. 2010/4198, K.2010/4827, Yargıtay (E.T. 28.12.2023).

Diğer yandan 4501 sayılı Kanun çerçevesinde imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki tahkimlerin yargılama usulü; milletlerarası tahkim için 4686 sayılı Kanun hükümleri ile milli tahkim için ise 4501 sayılı Kanun'un 6. Maddesindeki gönderme nedeniyle, HMK hükümlerine göre yürütülecektir. 4686 sayılı Kanun çerçevesinde de tahkim itirazı için HMK kurallarının uygulanacağını yukarıda ifade etmiştik. Özetle, imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde tahkim itirazının doğması durumunda, aynı özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda olduğu gibi HMK'nın ilk itiraz kurallarının imtiyaz sözleşmeleri açısından da uygulanması yasal düzenlemeler gereğidir. Bu konuda yasa koyucu imtiyaz sözleşmeleri için ayrı bir düzenleme getirmemiş, tahkim usulü 4501 sayılı Kanundaki birkaç istisnai düzenleme hariç idari uyuşmazlık-adli uyuşmazlık açısından yine aynı tahkim kanunları çerçevesinde düzenlenmiştir.

Konuyu amaçsal bir yorumla ele aldığımızda, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının öngörülmesindeki temel niyetin imtiyazcı şirkete uyuşmazlığı olağan yol olan Danıştay yerine tahkime götürme imkânı sağlanması olduğunu söyleyebiliriz. Her ne kadar 2575 ve 2577 sayılı Kanun'da tahkim şartının varlığı sanki görevsizlik gibi algılansa da esasen pratikte tahkimin somut bir imtiyaz sözleşmesi kapsamında devreye girmesi, sözleşmeciler tarafının ortak iradesi ile yani idari bir işlemle kararlaştırılmaktadır. Sözleşmede tahkim şartının öngörülmediği bir durumda ise 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca Danıştay imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkeme olmaya devam etmektedir. Yani, somut bir imtiyaz sözleşmesinde tahkim şartının konulması o konuda imtiyaz sözleşmesi imzalamaya yetkili olan idarenin takdirindedir. Nitekim, bu konuda telekom alanındaki imtiyaz sözleşmeleri incelendiğinde bazıları için tahkim, bazıları için Danıştay yargısı benimsenmiştir⁸⁹. İmtiyaz sözleşmesi akdedilirken taraflara tahkimi belirleme iradesi verilmesine rağmen, sözleşmenin uygulanması aşamasında tarafların uzlaşmalar bile bu iradelerini artık kullanamayacaklarını söylemek tutarsızlık olacaktır. Diğer bir ifadeyle, görev konusunda olduğu gibi bir uyuşmazlığın muhakkak tahkimde çözüleceğini öngören emredici bir irade, özellikle yasa koyucunun iradesi yoktur⁹⁰. Aksine, yasa koyucu bu noktada tahkim ilk itirazını bir müessese olarak tanımlayarak, bu olasılığı kanuni bir kural haline getirmiştir. Bu nedenle, tahkim ilk itirazına dair kanuni düzenlemelerle birlikte idari yargılama hukukuna

⁸⁹ GSM Şirketlerinin ikinci nesil GSM hizmetleri (2G) için 10.03.2006 tarihinde imzalamış oldukları "GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmeleri"nin 51. maddesinde de uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği öngörülmüşken, üçüncü nesil GSM hizmetleri olarak bilinen IMT-2000/UMTS altyapılarına ilişkin (3G) olarak 30.09.2009 tarihinde Bilgi Teknolojileri Kurumu ile ihaleyi kazanan GSM Şirketleri arasında üç adet yeni imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu imtiyaz sözleşmelerinin 45. maddesinde uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkim yerine Danıştay öngörülmüştür.

⁹⁰ SADRULEŞRAFİ, s. 329.

ilişkin yukarıdaki düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesiyle, esasen imtiyaz sözleşmeleri açısından da ortada gerçek manada bir görev düzenlemesi olmadığı söylenebilmektedir.

Aksi bir yaklaşım tahkim gibi ihtiyari bir aracın taraf iradelerinin aksine, sözleşme imzalandıktan sonra hiçbir şekilde değiştirilemeyecek zorunlu bir uyuşmazlık çözüm yoluna dönüştürür. Böylesi bir bakış açısı hem sözleşme teorisi açısından hem de anayasal kurallar açısından sorunludur. Bu yaklaşım Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Dahası, idari uyuşmazlıklar açısından tarafların iradeleriyle tahkimi istemedikleri durumda, Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olacağı ilkesiyle de örtüşmeyecektir. Üstelik, yasa koyucunun adli yargı alanındaki tahkimlerde tahkimi bir ilk itiraz, idari yargı alanındaki uyuşmazlıklarda ise tahkimi bir görev konusu olarak düzenlendiğini kabul etmek için mantıki ve haklı bir gerekçe de bulunmamaktadır. Bu açıdan Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.

Sonuç olarak, HMK'da düzenlenen ilk itiraz müessesesi tahkim şartı öngörülen imtiyaz sözleşmeleri açısından bahse konu yasal atıflar çerçevesinde idari yargıda da uygulanmalıdır. Çünkü, başta tahkimi seçen imtiyaz sözleşmesi taraflarının daha sonra iradelerini karşılıklı olarak değiştirerek Danıştay yargısını kabul edebilme olasılığı mevcuttur. Söz konusu irade değişikliğinin kamu düzenine aykırı bir yönü olmadığı gibi oluşacak yeni durumda, Danıştay Kanunu m. 24 hükmüne göre görevli yargı yeri Danıştay olduğu için tarafların iradesine saygının gözetilmesi ve davanın Danıştayca görülmesine devam olunmasında hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Ancak, tahkime gidilmesi hususunda taraflardan diğerinin iradesinin değişmediği durumlar bakımından aynı yorumu yapmaya imkân bulunmamaktadır. Mesela, GSM hizmetleri ile ilgili 10.03.2006 tarihli imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki bir ihtilaf imtiyazcı şirket tarafından Danıştay'a götürülmüş, Danıştay 13. Dairesi 2577 sayılı Kanununun 15/1-b hükmü uyarınca ilk inceleme sonucunda davayı reddetmiştir⁹¹. Danıştay davayı görevsizlik nedeniyle reddetmemiştir. Davalı Kamu idaresi Bilgi Teknolojileri Kurumu tahkim itirazında bulunduğu için Danıştay davayı reddetmiştir. Bu örnekten yapılacak basit bir çıkarım sonucu olarak, böyle bir itirazda bulunulmamış olduğu bir varsayımda, Danıştay'ın davanın esası hakkında karar vermesinin bekleneceği söylenebilmektedir. Oysa, Danıştay'ın bu konuya ilişkin sonraki kararlarında, davalı idarelerin tahkim ilk itirazında bulunmadığı durumlarda dahi görevsizlik kararı verme yönünde eğilim gösterdiği görülmüştür.

⁹¹ D.13. D., T.19.07.2010, E. 2010/1915, K. 2010/6081, Lexpera (E.T. 28.12.2023).

C. Tahkim Sözleşmesinin Tarafları ve Üçüncü Kişilerin Konumu

İdari sözleşmelere dair açılacak davaların 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sayılan dava türleri açısından, tam yargı davası veya iptal davası ya da üçüncü bir dava türü olarak kabul edilip edilmemesi noktasında öğretide bir konsensüsün oluştuğu söylenememektedir⁹². Ancak ister iptal davası ister tam yargı davası olarak kabul edilsin, bu davaları açabilecekler açısından imtiyaz sözleşmesinin niteliği ve tahkim şartının varlığı çok farklı durumlar ortaya çıkarabilmektedir.

İmtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar sözleşme öncesi hazırlık aşamasına ilişkin olabileceği gibi sözleşme sürecine dair de olabilir. Sözleşmenin yapılmasından önceki ve sonraki aşamalarında sözleşmelerden ayrılabilir işlemlerin sözleşmeden bağımsız şekilde davaya konu edilmeleri imtiyaz sözleşmeleri açısından da mümkündür⁹³. Tahkim şartı öngörülmuş olsa bile sözleşme öncesi aşamadaki icrai işlemler idari yargıda dava edilebilecektir⁹⁴. Bu noktada imtiyaz sözleşmesinin hazırlık aşaması kamu ihale sözleşmeleri öncesindeki idari aşamayı anımsatmaktadır. Sözleşme öncesi aşamada, idari dava türleri için aranan sübjektif ehliyet şartının sağlandığı durumda, icrai nitelikteki işlemlere karşı sözleşmenin olası tarafları veya üçüncü kişilerin açacağı davalar idari yargıya götürülecektir.

Diğer yandan, imtiyaz sözleşmelerinin imzalanmasıyla uygulanması sürecinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda durum daha karışıktır. Zira imtiyaz sözleşmeleri özel hukuk anlamındaki tipik sözleşmelerden farklıdır. Bu sözleşmeler taraflar arasındaki sübjektif ilişkinin yanında kamu hizmetine dair düzenlemeleri de içermektedir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmeleri sözleşme ve hizmete dair şartların düzenlendiği iki kısımdan oluşmakta olup doktrinde karma nitelikte bir işlem olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Ayrılabilir işlemler kuramı uyarınca sözleşmenin uygulanması aşamasında da üçüncü kişilerce ehliyet şartının sağlanması durumunda iptal davası açılabilir⁹⁶. Üçüncü kişiler, kamu hizmetinin iyi yürütülmemesi nedeniyle, hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olan idarenin haiz olduğu denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getiremediğini ortaya koyarak idarenin sorumluluğuna gidebilmekte ve uğradıkları zararın tazmini istemiyle idare aleyhine bir tam yargı davası açabilmektedir⁹⁷. Danıştay da

⁹² Bu konudaki farklı değerlendirmeler için bakınız: ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 100 vd.

⁹³ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 102.

⁹⁴ KESKİN, s. 157.

⁹⁵ ASLAN, ARAT, s. 9.

⁹⁶ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 110.

⁹⁷ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 352.

menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin davalarını incelemektedir⁹⁸. Bu noktada altını çizmek gerekir ki idari yargı tarafından verilecek iptal kararlarının sözleşmeler çerçevesinde uygulanmasında önemli sorunlar çıkacaktır⁹⁹.

Özetle ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde sözleşmenin akdi unsurları haricindeki konular sübjektif dava ehliyetinin varlığına göre taraflar veya üçüncü kişilerce idari yargıya götürülebilecektir. Salt sözleşmenin akdi niteliğindeki uyuşmazlıklar ise taraflarca tahkime götürülebilir¹⁰⁰. *Günday*'a göre tahkim ancak kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde veya sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabilir¹⁰¹. Bu konuda mobil telefon hizmetlerine dair imtiyazlar çerçevesinde bir örneği incelediğimizde, 2001-2004 yılları arasında, mobil telefon hizmetlerine ilişkin tahkim şartı olan üç farklı imtiyaz sözleşmesi kapsamında dokuz tahkim davası açılmıştır. Bu davaların beşinde hakem heyeti “görevsizlik” kararı vermiştir. Bu görevsizlik kararlarından dördünde, imtiyaz sözleşmesinde yer alan kural gereği imtiyazcının diğer operatörle “roaming” yapma noktasında serbesti sağlarken sonraki süreçte kanunla belirli şartlar altında roaming yapma yükümlülüğü getirilmesinden ve bu çerçevede tesis edilen idari işlemlerden çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle, kamu hizmetin iyi işlemesi ve uyarılma ilkesi gereği imtiyazcı şirketlere ek yükümlülük getirilmesi söz konusu olmuştur. Hakemler roaming yükümlülüğü ile ilgili dört davada “görevsizlik” kararı vermiştir¹⁰². Hakem heyetleri kamu hizmetine dair getirilen yükümlülükleri sözleşme kapsamında tahkime elverişli bir durum olarak değerlendirmemişlerdir. Bu hakem kararları teknik açıdan isabetli görünmektedir.

Değnilmesi gereken bir diğer önemli husus da sözleşmenin akdi hükümlerinden doğan, ancak doğrudan sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasındaki durumudur. Örneğin, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmayan bir başka kamu idaresinin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı yetki ve sorumluluklara sahip olması ve bu kapsamda birtakım uyuşmazlıklar çıkması durumunda üçüncü kişi konumundaki kamu idaresinin konumu belirsizdir. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişi idarenin imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki hukuki durumu borçlar hukukunda düzenlenen üçüncü kişi lehine sözleşmeyi anımsatmaktadır. Ancak bu idarenin tahkim yargılamasındaki statüsünü de ele almak gerekir. Uygulamada bu kapsamda da bir takım tahkim uyuşmazlıkları çıkmıştır. Mesela, mobil telefon hizmetleri kapsamında 2G

⁹⁸ D.10.D., T. 29.04.1993, E.1991/1, K.1993/1752, DD, S.88, s.465-466.

⁹⁹ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 156.

¹⁰⁰ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 110-111

¹⁰¹ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 355.

¹⁰² ÇAVUŞOĞLU, s. 210-216.

İmtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde şirketlerin brüt satışlarının belirli bir yüzdesini hazine payı adı altında Hazine Müsteşarlığı'na ödeme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰³. İmtiyaz sözleşmesinin tarafı olmayan Hazine Müsteşarlığı, bahse konu hazine payı alacağının doğruluğu için denetleme ve alacağını takip etme yetkisine sahiptir. Hazine payına dair farklı yıllara ilişkin tahkim uyuşmazlıkları ortaya çıkmıştır. Bu tahkim davalarının bazılarında tahkim sözleşmesi yönüyle Hazine Müsteşarlığı'nın taraf sıfatına haiz olup olmayacağı sorunu gündeme gelmiştir. Bazı hakem heyetleri Hazine Müsteşarlığı'nın taraf vasfını kabul ederken, bazıları ise kabul etmemiştir. Ret gerekçeleri ise Hazine Müsteşarlığı'nın tahkim sözleşmesinin tarafı olmadığına ilişkindir¹⁰⁴. Hazine Müsteşarlığı'nın kanunla ve imtiyaz sözleşmesi ile hazine payını takip ve talep etmeye dair kanuni yetkileri, yani idare hukuku kuralları göz ardı edilmiştir. İmtiyaz sözleşmesinin tarafı olmasa da bir kamu idaresinin imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde uyuşmazlığa esas olan işlemleri tesis ettiği, bu işlemlerin icrai nitelikte olduğu da ihmal edilmiştir. Tahkim yargılaması da bahse konu işlemi tesis eden idarenin katılımıyla değil, salt imtiyaz sözleşmesinin tarafı olarak bir başka idarenin katılımıyla yargılamayı yürütmüştür. Esasen böyle bir durumda, idare hukuku açısından Hazine Müsteşarlığı'nın uyuşmazlık kapsamındaki sorumluluğu ve imtiyaz sözleşmesi çerçevesindeki tahkim davalarında taraf olabilme kabiliyeti rahatlıkla değerlendirilebilirdi. Kaldı ki, tahkim anlaşmasının nisbiliğinin tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmiline bir engel teşkil etmediği, borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, tahkim anlaşmalarının nisbiliğinin üçüncü kişilere teşmil açısından istisna olacağı milletlerarası hukuk öğretisinde kabul edilmektedir¹⁰⁵.

D. Tahkim Yargılamasının Mücerretliği, Bağlantılı İdari Uyuşmazlıklar ve İçtihat Birliği

Somut bir uyuşmazlığı çözmeye dair taraflarca uyuşmazlığa özgü olarak bir hakem veya hakem heyetinin oluşturulması, tahkim yargılamasının en tipik özelliklerinden birisidir. Yani, hakem heyetleri kalıcı ve kurumsal bir yapıda olmayıp somut uyuşmazlık özelinde devreye girmektedir. Kurumsallaşmamış tahkim yargılamalarının sonucunda verilen kararların bağlayıcılığı da yalnızca söz konusu yargılama ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, ne devam eden diğer tahkim yargılamalarının ne de önceki veya sonraki tahkim yargılamalarının sonucunda, başka bir uyuşmazlık kapsamında görevlendirilmiş hakemleri mutlak surette bağlayan kararlar çıkmamaktadır. Ancak, konusu, sebebi ve tarafları aynı iki uyuşmazlıkla ilgili farklı tahkim

¹⁰³ 2G ve 3G İmtiyaz Sözleşmelerinin 8. maddesi.

¹⁰⁴ ÇAVUŞOĞLU, s. 189.

¹⁰⁵ Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. BİNGÖL, s. 115.

yargılamalarının yürütüldüğü bir durum için de farklı bir değerlendirme yapılmak gerekir. Konusu, sebebi ve tarafları aynı olan bir uyuşmazlığın iki farklı tahkim yargılamasına konu olduğunun anlaşılması üzerine hakemler, “Kompetenz-Kompetenz” ilkesi doğrultusunda kendi yargı yetkisine karar vermeye yetkilidirler¹⁰⁶. Bu noktada milletlerarası derdestlik kavramı da devreye girmektedir. Zira derdestlik, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki veya daha fazla yargılamanın, eş anlı bir şekilde farklı yargılama mercileri (mahkemeler, hakemler vb.) önünde görülüyor olmasıdır¹⁰⁷. Ancak derdestlik anlamında aynı uyuşmazlık olmasa da bağlantılı davaların da tahkim ve mahkeme önüne gelmesi olasıdır. Tahkim hukukunda kurumsal tahkim merkezleri birbiriyle bağlantılı uyuşmazlıklar için çeşitli ilke ve mekanizmalar da geliştirmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede bekletici mesele yapma gibi dava yönetim teknikleri, şemsiye klotlar, davaların birleştirilmesi vb. yöntemler akla gelmektedir. Ancak her bir yöntemin kendisine göre sorunları vardır. Özellikle, tarafları farklı olan tahkimler için davaların birleştirilmesi gibi yöntemler ticari sır ve gizlilik gibi nedenlerle sorunludur. Çoğu durumda, nihai çözüm yolu için taraf iradeleri esas belirleyici olacaktır¹⁰⁸. Taraflar açık veya örtülü bir birleştirme iradesi göstermedikleri durumda, tıpkı Hollanda örneğinde olduğu gibi ulusal kanunlarda birleştirmeye dair tamamlayıcı hukuk kurallarının devreye girmesi gerektiği savunulabilmektedir¹⁰⁹. Ne var ki, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, farklı tahkim yargılamalarının birleştirilmesi için bir kural belirlenmemiştir¹¹⁰. Dahası, bağlantılı uyuşmazlık sorunu sadece tahkim yargılamaları arasında değil, tahkim ve mahkemeler arasında da gerekebilecektir ki, bu noktada tahkim hukukunda geliştirilen yöntemlerin uygulama kabiliyeti olmayacaktır.

Bu konudaki somut örnekleri imtiyaz sözleşmeleri özelinde incelemek gerekir. Bir kamu hizmetinin görülmesinde hizmetin tekel niteliği yoksa, birden fazla imtiyaz sözleşmesi ile farklı kişiler görevlendirilmesi söz konusu olabilmektedir. Elektronik haberleşme hizmeti kapsamında mobil iletişim; GSM altyapısının kurulması ve işletilmesine yönelik olarak üç, IMT 2000/UMTS hizmet ve altyapılarının kurulup işletilmesine ilişkin olarak da üç olmak üzere, üç farklı şirket tarafından altı farklı imtiyaz sözleşmesi ile yürütülmektedir¹¹¹. Mobil iletişim

¹⁰⁶ AĞAOĞLU, s. 13.

¹⁰⁷ GÜLER, s. IV.

¹⁰⁸ AĞAOĞLU, s. 17.

¹⁰⁹ KIYAK, s. 215.

¹¹⁰ KIYAK, s. 137.

¹¹¹ BEYDOĞAN, s. 126. Ayrıca, belirtmelidir ki, imtiyaz sözleşmelerinin yanı sıra sonraki yıllarda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (m. 9) çerçevesinde yetkilendirme rejimi uyarınca bu hizmetin özel kişilere gördürülmesinde başka yöntemlerle de kullanılmaya başlanmıştır.

İmtiyaz sözleşmelerinden ilk üçünde tahkim şartı öngörölmüşken, sonraki üçünde ise Danıştay yargısı benimsenmiştir. Bu imtiyaz sözleşmelerin hemen hemen her birbirinin aynı içeriğe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Asıl önemli nokta bu imtiyaz sözleşmelerinin uygulanması sürecinde aynı nitelikteki uyuşmazlıklar farklı imtiyaz sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkmaktadır. Hatta imtiyaz sözleşmesinin mali hükümleri çerçevesinde imtiyazcılarının her yıl devlete ödemek zorunda oldukları hazine payı hesaplamaları ile ilgili olarak gerek aynı sözleşmeciler arasında farklı yıllara ilişkin hem tahkime konu hem Danıştay'a konu farklı davalar, gerekse farklı sözleşmeciler arasında benzer nitelikte tahkim ve Danıştay nezdinde uyuşmazlıklar doğmuştur¹¹². Örneğin, hazine payı hesaplamasında imtiyazcı şirketlerin bir faaliyet türünde (ara-bağlantı gelirleri vb.) elde ettikleri gelirin dikkate alınıp alınmayacağı tipik bir uyuşmazlık türüdür. Ancak bu aynılık hukuki anlamda uyuşmazlık konusu işlemlerin aynı olduğu anlamına gelmediğinden derdestlik iddiasında bulunmak olanaklı değildir.

Bu durum, tahkim yargılaması açısından farklı usul sorunlarına neden olmaktadır. Dahası, bu sorunları çözmek adına başta kısaca ifade ettiğimiz tahkim hukukunda geliştirilen bağlantılı davalara dair usuller de çoğu durumda uygulama kabiliyeti bulamamıştır. Nitekim, bu önerilerin bahsettiğimiz senaryodaki altı farklı imtiyaz sözleşmesi kapsamında farklı yıllara dair hem farklı tahkim heyetleri hem de Danıştay tarafından çözülmesi beklenen uyuşmazlıklar için uygulanabilirliği de hukuki açıdan sorundur. Danıştay'ın tahkim kararını kendi uyuşmazlığı için referans yaparak bekletici mesele yapması veya tersi için tahkimin Danıştay'ın bekletici mesele yapması hukuken mümkün olmadığı gibi bu davalar arasında bağlantı kurulmasını sağlayacak bir hukuksal müessese de yoktur. Bu nedenle, Danıştay veya tahkim heyetlerinden birisinin ilk kararı vermesi durumunda, derdestlikle ilgili ifade ettiğimiz gibi konu hakkında kesin hüküm etkisi olanaklı gözükmemektedir. Ancak, buradaki meseleye ilişkin başka bir örneğe daha değinmek mümkündür. Mesela, telefon aboneliği için yapılan başvurularda 2G ve 3G imtiyazı kapsamında abone olunma hususunda bir tercih söz konusu değildir. Abonelerin hizmetten yararlanırken, kullandığı cihaza göre aboneliği kapsamında aldığı telefon hizmeti bazı durumlarda 2G imtiyazı çerçevesinde kurulan bazı istasyonları ve altyapıdan, bazı durumlarda da 3G imtiyazı kapsamındaki altyapıdan verilmektedir. Doğal olarak bu abone üzerinden elde edilen gelirlerin de muhasebeleştirilmesi aşamasında gerçek manada 2G imtiyazı geliri mi yoksa 3G imtiyazı geliri mi olduğunu tespiti imkân

¹¹² ÇAVUŞOĞLU, s.150 vd.

bulunmamaktadır¹¹³. Böylesi uygulama sorunları ortaya çıktığında problemin nihai olarak aynı yargı yerince çözüleceği bir varsayımda hukuki açıdan büyük sorun teşkil etmeyeceği düşünülebilir. Zira imtiyaz sözleşmesinde tahkim şartı bulunmadığı bir durum için bu tür uyuşmazlıkların tamamı aynı görevli yargı mercii olan Danıştay'da ilk derece mahkemesi sıfatıyla ele alınacaktır. Danıştay'ın içtihat birliğini sağlaması zor değildir. Hatta, istisnai olarak adli yargı-idari yargı arasında böyle sorunlar çıkması durumunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de hüküm uyuşmazlığı müessesesi ile içtihat birliğini gerçekleştirmesine imkân vardır. Ancak tahkim şartı öngörülmuş bir imtiyaz sözleşmesi kapsamında gidilen tahkim yargılaması açısından ise bu tür sorunların nasıl çözüme kavuşturulacağı belirsizdir. Bir an için tahkim kararlarının iptal davası yoluyla kanun yolu incelemesinden geçirildiği, bu çerçevede bu sorunların kanun yolunda giderilebileceği düşünülebilir. Aşağıda bu hususu ayrıca ele alacak olmakla birlikte, şimdilik tahkim kararlarına dair kanun yolu incelemesinin şekli ve sınırlı bir inceleme olduğunu belirtmek gerekir. Üstelik söz konusu kanun yolu böylesi durumları çözecek şekilde tasarlanmamıştır. Gerçi, iptal sebeplerinden birisi olan kamu düzenine aykırılık çerçevesinde bu tür tahkim uyuşmazlıklarının içtihat birliğini sağlayacak şekilde çözüme kavuşturulması amaçlanabilir. Ancak Danıştay ile tahkim yerleri arasındaki uyuşmazlık açısından iptal davası ve kanun yolu dışında teknik olarak yeterli bir imkân bulunmamaktadır. Bu durumda konu hakkında ciddi bir hukuki boşluk bulunduğunu söylemek mümkündür.

Uygulamada elektronik haberleşme alanındaki imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde yukarıda özetlediğimiz biçimde uyuşmazlıkların ortaya çıktığı, bu uyuşmazlıkların farklı hakem heyetleri ve Danıştay nezdinde görüldüğü bilinmektedir. Üstelik bazı hakem heyetlerinin aynı konuda birbirine zıt kararlar verdiği de görülmüştür. Ancak bütüncül olarak bir çözüm üretme hususunda yasa koyucunun gereğince hareket etmediği de görülmüştür. Mesela, spesifik bazı sorunlar özelinde yasa koyucunun kanunla getirdiği bir uzlaşma imkânı ile çözüme yönelik devinimler olmuştur¹¹⁴. Ancak sorunun kaynağını ortadan kaldıracak

¹¹³ GSM Şirketlerinin ikinci nesil GSM hizmetleri için 10.03.2006 tarihinde imzalamış oldukları GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmeleri'nin 51. maddesinde de uyuşmazlıkların tahkimle çözüleceği öngörülmüşken, üçüncü nesil GSM hizmetleri olarak bilinen IMT-2000/UMTS altyapılarına ilişkin olarak 30.09.2009 tarihinde Bilgi Teknolojileri Kurumu ile ihaleyi kazanan GSM Şirketleri arasında üç adet yeni imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu imtiyaz sözleşmelerinin 45. maddesinde uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak tahkim yerine Danıştay öngörülmüştür.

¹¹⁴ 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. Maddesi ile 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 37. maddesi değiştirilmiştir. Bu kanun hükmü bu konudaki imtiyaz sözleşmelerinde yer alan hükümlere referans niteliğindedir. Dolaylı olarak imtiyaz sözleşmelerinde de değişiklik anlamına gelecek yasa hükmü, hazine payına dair tanımı yeniden yapılmış ve en önemlisi de tahkim öncesinde uyuşmazlıkları çözmek için uzlaşma müessesesi oluşturulmuştur. Uzlaşmanın da 213 sayılı Kanunun Ek 11. maddesinde yer alan tarhiyat öncesi uzlaşma hükümlerinin

hukuksal normlar ihdas etmek yerine palyatif bir çözüm niteliğinde atılan adımların yeterli olmadığı da açıktır. Zira sonucunda, imtiyazcıların bahse konu uzlaşma yolunu kabul etmelerini sağlamak adına ciddi tavizler verilmesini içeren bir yasal düzenlemenin sorunu çözmekten ziyade gelecekte devam edeceği öngörüsünü pekiştirdiği dahi söylenebilmektedir. Ancak burada soruna ilişkin büyük resmi hatırlamak gerekmektedir. Buradaki sorunun, idari uyuşmazlıkların niteliği ve olası durumlar gözetilip kapsamlı bir yargılama usulü tanımlanmadan imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin öngörülmesi sonucunda tahkimin meşruiyeti ve hukuka uygunluk denetimi bakımından ortaya çıkan sorunların bir parçasıdır. Bu sorunlara çözümler üretilmemesinin doğal sonucu da tahkim şartının uygulanabilirliğinin yitirilmesi olacaktır. Nitekim elektronik haberleşme alanındaki uygulamada da idare tahkimden vazgeçerek sonraki imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartına yer vermemiştir. Bu nedenle, tahkim yolunu, imtiyaz sözleşmeleri bakımından daha çok tercih edilebilir ve uygulanabilir kılmak için 4501 sayılı Kanun'da ayrıntılı düzenlemeler yapılmasına ilişkin ihtiyacın güncelliğini koruduğu söylenebilmektedir.

E. Tahkim Yargılamasında Hakemlerin Seçimi

Bir önceki başlıkta ele alınan konuyla alakalı olarak ele alınacak bir başka sorun da tarafların tekrarlı uyuşmazlıklarda hakem seçimine dairdir. Tahkim yargılamasında taraf iradesinin gereği olarak hakem seçiminde tarafların tercihi esas alınmaktadır. Milletlerarası tahkim için getirilen hukuksal düzenlemelerden 4686 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre taraflar, tek sayıda olmak üzere hakemleri seçmede serbesttirler. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça üç hakem seçilmesi gerekmekte olup, her bir taraf bir hakem seçmekte, seçilen hakemler de başkan olarak görev yapacak üçüncü hakemi seçmektedir. Ayrıca, hakemlerin alacağı ücretler 4686 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de belirtildiği gibi taraflarca tahkim yargılama giderleri kapsamında ödenmektedir. HMK'nin m. 415, m. 416 ve m. 440 hükümlerinde de benzer bir işleyişin öngörüldüğü söylenebilir. Diğer bir ifadeyle tipik bir tahkim heyeti oluşturulması sürecinde ayrıksı durumlar saklı kalmak üzere taraflar uyuşmazlıkları için kendi hakemlerini seçme şanslarına sahiptir ve hakemlerin de

uygulanacağı ifade edilmiştir. Esasen salt yasal değişiklikle kamu hizmetine dair olmayan, taraflar arasındaki sözleşmelerinin mali hükümleri değiştirilmesi, tahkime rağmen uzlaşma kurumunun getirilmesi ahde vefa ilkesi açısından ayrıca tartışılabilir (Anayasa Mahkemesi elektrik piyasasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmelerini düzenlemeye yönelik yapılan 22.2.1994 tarihli ve 3974 sayılı bir Kanuna ilişkin verdiği bir kararında "ahde vefa" ilkesi çerçevesinde Devletin kanunla dahi sözleşmedeki iradeye müdahaleyi yerinde görmemiştir. (AYM, T. 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, R.G. 24.01.1995, S. 22181, s. 3 vd.) Ancak, 406 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler imtiyazcı şirketler adına ek bir külfet getirmeyip yararlandırıcı hükümler içerdiği için bu yönde bir itirazın ortaya çıkmasında menfaatleri bulunmayacaktır.

seçilebilmeleri ve ücreti hakkedebilmeleri için kendilerini seçecek tarafın iradesine ihtiyaçları vardır. Bu noktada baş hakemin seçimi heyetin tarafsızlığı adına önemli bir kontrol mekanizmasıdır. Ama yine de hakemler için olası bir çıkar çatışması sistemin işleyişinde yer almaktadır.

Esasen tipik ve tek seferli bir özel hukuk uyuşmazlığında seçilen hakemlerin tarafsızlığını zedeleyecek bir ikilem kural olarak söz konusu değildir. Nitekim tarafsızlığa dair endişelere karşın 4686 sayılı Kanun'un 7. maddesinde hakemlerin reddine ilişkin düzenlenmeler de mevcuttur. Ancak elektronik haberleşme kapsamındaki imtiyaz sözleşmelerine dair tahkim uygulamalarında da gözlemlendiği gibi aynı taraflar arasında tekrarlayan uyuşmazlıklar olduğunda tarafların farklı tahkim heyetleri için hakemler seçmesi gerekmektedir. Bu uyuşmazlıklar kapsamında özellikle ilgili tarafın seçtiği hakem kendini seçen tarafın beklentisinin aksine karar vermesi durumunda, sonraki uyuşmazlıklarda tekrar hakem olarak seçilmesi çok da olası gözükmemektedir. Bu değerlendirme tarafların seçtiği hakemlerin seçilen taraf lehine hareket ettiği noktasında mutlak bir tespit anlamına gelmemektedir. Ama bu işleyişin en azından hakemler üzerinde bir baskıya neden olacağına, bu nedenle hakemlerin ister istemez kendini seçen taraf lehine hareket etme noktasında baskı altında kalacağı gerçeğinin de önemsiz bir endişe olarak görülemeyeceğine dikkat çekilmektedir.

Tipik bir tahkim yargılamasının doğrudan anayasal yargılama ilkeleriyle ne ölçüde bağdaştırılması gerektiği, taraf iradeleriyle şekillenen tahkim gerçeği karşısında çok da anlamlı görülmeyebilir. Ancak idari uyuşmazlıklarda taraf iradelerinin yanında, hatta onların da ötesinde uyuşmazlıkların kamusal niteliğinin bulunması bu yönde ciddi bir hukuki değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Zira ele aldığımız endişeler karşısında tahkim yargılamasının Anayasa'nın 36. madde çerçevesinde adil yargılama hakkının gereklerini tam anlamıyla içerip içermediği, hakemlerin seçimindeki işleyişin Anayasa'nın 37. maddesi kapsamında "kanuni hâkim" ilkesiyle de bağdaşır bağdaşmadığı tartışılmalıdır. Bu tartışmaların, özel kişilerden farklı olarak, serbest iradeyle hareket etmediği için serbestçe tahkime başvurmuş olduğu kabul edilemeyecek olan idare bakımından değeri daha büyüktür. Bu husustaki endişeleri giderme bakımından ise 4501 sayılı Kanunda hakemlerin belirlenmesine ilişkin özel bir usulün tanımlanabilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

F. Uygulanacak Maddi Hukuk Sorunu

Kural olarak tahkimde uygulanacak hukuk tarafların iradeleri çerçevesinde belirlenmektedir. Nitekim 4686 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan, "...Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir" kuralı ile hakem heyeti de ikincil seviyede yetkilendirilmiştir. Öğretide, hakemlerin taraflarca seçilen maddi hukuk kurallarına göre karar verme zorunluluğu olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu da iç tahkim bakımından, tarafların tahkim şartı veya sözleşmesinde, uygulanacak maddi hukuk kurallarına ilişkin irade bildirmiş olmaları halinde, hakem ya da hakem kurulunun, tarafların iradesi hilafına karar veremeyeceğine hükmetmiştir¹¹⁶. İmtiyaz sözleşmeleri açısından durumun değerlendirilmesi bakımından, tahkim şartı öngörülse dahi imtiyaz sözleşmelerinin idari niteliğinin devam ettiğinin göz önünde tutulması değer taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, imtiyaz sözleşmelerinde geçerli maddi hukuk kurallarının idare hukuku kuralları olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Anayasa'nın m. 125 ve m. 155/2 hükümleri karşısında, tarafların maddi hukuk belirleme adına imtiyaz sözleşmesinin içini boşaltarak tamamen bir özel hukuk sözleşmesine dönüştürmelerine imkân bulunmadığı gibi imtiyaz sözleşmesinde tahkim şartına ilişkin hükümler çerçevesinde uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun idare hukukunun dışında belirlenebilmesine de imkân yoktur. Diğer bir ifadeyle, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı öngörülse bile, sözleşmeciler tarafların maddi hukuk kurallarını belirlemede idare hukuku ilkelerini göz ardı etmemeleri gerekmektedir¹¹⁷. Bu noktada, tahkim yargılama usulündeki serbestinin imtiyaz sözleşmelerinin tarafları için aynı ölçüde geniş olmayacağı söylenebilmektedir. Hakem heyetinin maddi hukuk noktasında bir seçim hakkının olmadığı ise evleviyetle söylenebilmektedir. Örneğin, GSM İmtiyaz Sözleşmesi'nin 35. maddesinde işletmecinin, ulusal roaming yapabilmek amacıyla, Türkiye'deki diğer lisanslı GSM şebekeleriyle sözleşme yapabileceği serbesti içinde düzenlenmiş, ancak kamu hizmetinin gereği olarak uyarılma ilkesi doğrultusunda 27.01.2000 tarihinde 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle şirketlere makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilinde olan roaming taleplerini karşılama yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁸. Bu değişikliğin ahde vefa ilkesi çerçevesinde değil ama bir kamu

¹¹⁵ DOLUNAY, s. 616.

¹¹⁶ Y. İBHGK, T. 28.01.1994, E.1993/4, K.1994/1, R.G. 13.04.1994, S. 21904, s. 5 vd.

¹¹⁷ ÖZTÜRK, İmtiyaz, s. 108.

¹¹⁸ ÇAVUŞOĞLU, s. 215.

hizmeti olarak iletişim hizmetinin değişen şartlara göre uyarlanması anlamında bir gereklilik olduğu söylenebilmektedir.

Bu konuda asıl sorunun uygulamada ortaya çıktığından da bahsedilmesi gerekir. Çünkü seçilen hakem heyetlerinin kamu hukuku alanında veya idare hukuku alanındaki uzmanlığının aranmadan belirlenebilmesi imkânı söz konusudur. Hatta Uluslararası Ticaret Odası Tahkimi (ICC) gibi milletlerarası tahkim kurallarına atıf uyarınca seçilen yabancı hakemler veya başhakemlerin, kamu hukukunda uzman olma şartı bir yana, Türk hukuku hakkında dahi yeterli bilgiye sahip olup olmadığı gözetilen bir koşul değildir. Çoğunlukla taraflar tahkim müessesine dair usul kurallarından etkin şekilde yararlanmak adına, Milletlerarası Usul Hukuku alanında ihtisaslaşmış kişileri hakem olarak atamaktadırlar. Bu durum normal şartlarda gayet ideal bir seçim olabilir, ancak, üç hakemin de kamu hukuku ve idare hukuku anlamında uzmanlığının bulunmadığı durumlar, tahkim yargılaması bakımından sorun yaratmaktadır. Böylesi durumlarda, imtiyaz sözleşmelerine dair uyuşmazlıklar, maddi hukuk olarak Türk İdare Hukuku yerine, ticari muamelelere saygı gibi uluslararası ticari örf ve âdet hukukuna ait muğlak ve idari sözleşmelerle ilgisi zayıf ilkeler çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır.¹¹⁹ Aslında Milletlerarası Usul Hukuku'na göre "lex fori" ilkesi gereği egemen devletin hukuku olarak Türk hukuku uygulanmalıdır. Ancak hakemler, ulusal hukuku bypass etmek için, uyuşmazlığın ulusları bir ticari uyuşmazlık niteliğine sahip olduğunu, bu nedenle de uluslararası ticari örf ve âdet ile teamül hukukunun, yani "lex mercatoria" kurallarının uygulanması gerektiğini ifade edebilmektedir¹²⁰.

Tahkim yolu öngörülmuş imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim yargılamalarında esas hakkında maddi hukuk olarak Türk hukuk kurallarının tam manasıyla uygulanıp uygulanmadığının denetimi ise kanun yoluna kalmaktadır. 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen iptal nedenleri incelendiğinde, doğrudan maddi hukuka aykırılık bir iptal nedeni olarak belirlenmemiştir. Dahası, ayrıntısı aşağıda yer almakla birlikte, kanun yolu denetiminin esasa yönelik maddi bir denetime olanak vermediğini, dolayısıyla maddi hukuka uygun hareket edilip edilmediğinin, ancak açık hataların kamu düzenine aykırılığı kapsamında değerlendirilerek mümkün olacağı ifade edilebilmektedir. Kaldı ki, böyle bir denetimin ancak adli yargı yerlerinin maddi hukuk olarak idare hukuku konusundaki bilgi ve tecrübeleri düzeyinde yapılabileceği de unutulmamalıdır. Bu durumda, ele alınan sorunla ilgili mevcut hukuksal çerçevede oluşan risklerin bertaraf edilmesine ihtiyaç duyulduğu

¹¹⁹ KARAHAN, s. 205.

¹²⁰ KÖSEOĞLU, s. 103.

ortadadır. Çözüm ise seçilecek hakemler için kamu hukuku veya uyuşmazlık konusunda belirli bir uzmanlık ve tecrübe şartı aranması hususunda getirilecek düzenlemelerle sağlanabilmektedir. Ayrıca, aşağıda açıklandığı üzere, kanun yolunun etkinliği bakımından görevli yargı yerinin adli yargı yerine, Danıştay olarak belirlenmesinin daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

G. Taraflarca Getirilme İlkesi ve Kamusal Nitelikteki Uyuşmazlıkların Çözümü

İmtiyaz sözleşmeleri kamu hizmetinin gördürülmesinde kullanılan ve tarafların iradeleriyle vücuda getirilen bir araç olsa da söz konusu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne giden yolda, özel kişilerin tersine imtiyazı veren idare için irade serbestisi olduğundan bahsedilemez. Şu kadar ki, kamu hizmetlerinin en iyi şekilde işlemesi için¹²¹ idareye tanınan takdir yetkisi dahi bir serbest iradeden farklı olarak sınırlı bir yetkidir. Zira, takdir yetkisinin bir serbestlik, keyfilik olmadığı ve kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı ile sınırlı olduğu, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla da kabul edilmiştir¹²². Dolayısıyla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinde de kamu yararının gözetilmesi gerekmekte olsa da söz konusu tahkim yargılamasında kamu yararına aykırı durumlar da söz konusu olabilir¹²³. Nitekim imtiyaz sözleşmeleri çerçevesindeki tahkim uyuşmazlıkları da çoğu durumda kamu yararını ilgilendiren, salt taraf iradelerinin çok ötesinde etkisi olan niteliklere sahiptir. Mesela, mobil telefon imtiyaz sözleşmeleri kapsamındaki uyuşmazlıklar imtiyazcı şirketin devlete ödemek durumunda oldukları hazine payı ödemelerine dairdir. Bu ödemeler esasen imtiyazla sağlanan tekel niteliği ağır basan mobil haberleşme hizmetinden elde edilen gelirin paylaşılmasına dairdir. Hazine payı ödemeleri Hazine hesaplarına aktarılmakta olup büyüklük olarak da ilgili yıllardaki Hazine payı tutarları devlet bütçesi açısından çok önemli gelir kalemleridir. Yani, sadece üç imtiyaz sözleşmesi kapsamındaki imtiyazcı şirketlerin mali yükümlülükleri devlet bütçesinde birçok vergi kaleminden daha büyüktür. Böylesi bir durumda olası uyuşmazlıklar tipik bir vergi alacağı niteliğine bürünmektedir. Üstelik tahkim yargılamasında idari yargıda olduğu gibi re'sen araştırma ilkesi uygulanmamakta, tamamen taraf iradeleri esas alınmaktadır. Bir an için adli yargıda HMK'nın temel ilkelerinden birisinin taraflarca getirilmesi ilkesi olduğu ve bir takım idari nitelikteki uyuşmazlıkların bu çerçevede adli yargının görev alanına sokulduğu düşünüldüğünde bu sorunun tahkime özgü olmadığı söylenebilir. Bu argümanın

¹²¹ DERBİL, s. 45.

¹²² KARAHANOĞULLARI, Takdir Yetkisi, s. 61.

¹²³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 355.

haklılık payı olsa da bahse konu tarihsel süreçte, farklı kamusal menfaatler için adli yargının görev alanına bırakıldığı, önemli bir kısmı için de adli yargı kapsamında da re'sen araştırma ilkesinin uygulandığını söylemek gerekir¹²⁴.

İdari yargının amacı, sadece idare karşısında kişi hak ve menfaatlerini korumaktan ibaret olmayıp aynı zamanda idarenin hukukun sınırları içerisinde tutulması gibi hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birinin gerçekleştirilmesini de sağlamaktır. Bu nedenle, idarenin özel kişilerle yaptığı tahkim şartını içeren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların hakem kararıyla çözülmeye çalışılması, sadece idari rejimi zedelemekle kalmayıp, hukuk devleti ilkesine de zarar verecektir. Çünkü tahkim; idare uyuşmazlıklar için önemli olan hukuki istikrar, hukuki güvenlik, kamu hizmeti, kamu yararı gibi kavramlarının içini boşaltacaktır¹²⁵. İdari uyuşmazlığın kamusalılığı re'sen araştırma ilkesini zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının bile tahkime elverişli olmadığı ifade edilmektedir¹²⁶. Oysa bu ilke kamu hukukuna dair benzer uyuşmazlıklar için yasa koyucu tarafından gözetilmemiştir.

H. Tahkim Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Tahkim yolu, bir uyuşmazlığı nihai olarak çözmesi yönüyle diğer alternatif uyuşmazlık yöntemlerine göre ayrı bir öneme sahiptir¹²⁷. Tahkim yargılamasında verilen hakem kararları aynen mahkeme kararları gibi sonuç doğurmakta ve bu kararlar, kural olarak icraî kabiliyete sahip, nihai çözüm yolu olma özelliği taşıyor olsa da tahkim kararları bir kanun yolu aşamasından geçmektedir¹²⁸. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükteyken, iç tahkim için temyiz gibi kanun yolu belirlenmiş¹²⁹, 6100 sayılı HMK döneminde hakem kararlarına karşı gidilen kanun yolu değiştirilerek, iptal davası şeklinde bir yol öngörülmüştür. Milletlerarası tahkim yargılamaları sonunda verilen kararlara karşı da iptal davası adında bir davaya gidilebileceği kabul edilmiştir. Bu davada görevli mahkeme ise önceleri Asliye Hukuk Mahkemeleri iken, 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesinde 28.2.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Bölge Adliye Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Tahkim kararlarına karşı değil ama iptal davası sonucundaki mahkeme kararına karşı temyiz yolu

¹²⁴ Medeni Usul Hukukunda re'sen araştırma ilkesi uygulanan uyuşmazlıklar için bkz. TAHİROĞLU, s. 41-49.

¹²⁵ YILDIZ, s. 295.

¹²⁶ TAHİROĞLU, s. 150.

¹²⁷ PAVİC, s. 132. <https://ssrn.com/abstract=1615333> (E.T. 07.12.2023).

¹²⁸ PAVİC, s. 131.

¹²⁹ 1086 sayılı HUMK döneminde hakem kararlarına karşı gidilebilen kanun yolları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ALBAYRAK, s. 59-88.

açıktır¹³⁰. Bu nedenle, öğretilde, iptal davasının tipik bir kanun yolu olmadığı ifade edilmektedir¹³¹. Nitekim iptal davası neticesinde hakem kararının iptal edilmesi üzerine, tarafların, ancak yeni bir tahkim süreci başlatabilmesi mümkün olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu iptal davası sonucunda kararın bozulması ve dosyanın hakeme iadesi, hakemin ısrarı gibi usuller öngörülmemiştir. Hakem kararlarına yönelik açılan iptal davalarının, istinaf incelemelerinden ayrılan yönü, iptal sebeplerinin sınırlı tutulmuş olması ve maddi incelemenin öngörülmemiş olmasıdır. Temyiz incelemesinden farklı olarak iptal davalarında, esasa dair bir hukukilik denetimine cevaz verilmediği bakımından eleştirildiği de bilinmektedir.¹³² İptal davasında görevli mahkeme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda belirtilen iptal sebeplerine dayalı olarak, esasa girmeden ve maddi inceleme yapmadan tahkim sözleşmesine ve hakem kararına bakarak tahdidi bir inceleme yapar. Hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı veya hakem kararlarının gerekçeleri bu kapsamda incelenmez¹³³.

Tahkim kararlarının iptali, uluslararası tahkim açısından 4686 sayılı Kanun'un hazırlanmasında model alınan UNCITRAL Model Kanunu'nun Yedinci Bölümü'nde, iptal sebepleri ise 34. maddesinde düzenlenmiştir¹³⁴. Benzer şekilde, 4686 sayılı Kanun'un 15/A maddesi kapsamında iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. HMK'nın 439. maddesinde ise iç tahkim bakımından iptal davası ve sebepleri düzenlenmektedir. İster milletlerarası tahkim ister iç tahkim olsun, mahkemenin iptal davasındaki görevi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ikinci derecede hukukilik denetime tabi tutarak çözmek değil, tahkim anlaşmasına uyulup uyulmadığını veya tahkim anlaşması ve yargılamasının şeklen hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini denetlemek ile sınırlıdır¹³⁵.

Bu nedenle, gerçek manada iki dereceli bir yargılamaya olanak vermeyen tahkim yargılamasının Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde adil yargılama hakkıyla ne derece örtüştüğü sorgulanabilir. Elbette, söz konusu hakkın mahkemelerde yapılan yargılamalarda geçerli olduğu, tahkimin ise Anayasa ve yasalara göre mahkeme niteliğinde olmaması nedeniyle, adil yargılama hakkının tahkim yargılamalarında geçerli olmadığı da akla gelebilir. Fakat, bu yaklaşım doğru değildir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi

¹³⁰ TUNA, s. 115.

¹³¹ YILDIRIM, s. 3007.

¹³² TUNA, s. 112

¹³³ YILDIRIM, s. 3010.

¹³⁴ https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration (E.T. 10/12/2023).

¹³⁵ YILDIZ, s. 295.

kapsamında bir değerlendirme için uyuşmazlığı çözen makamın mahkeme niteliğini iç hukuktan bağımsız olarak kendi geliştirdiği ölçülere göre belirlemektedir ve bu çerçevede tahkim yolunu mahkeme niteliğinde kabul etmenin gerekli olduğu söylenebilir.¹³⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, zorunlu tahkim yargılamalarında, adil yargılanma hakkının öngördüğü güvencelerin sağlanması gerektiğine hükmetmektedir¹³⁷. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin ihtiyari tahkim için aranmayacağına dair bir yaklaşımı olduğu da bilinmektedir¹³⁸. Aslında tahkim yargılamasının, iradi olarak devletin yargı yetkisinin dışına çıkmayı sağlayan bir yol olduğu ve tipik bir ticari uyuşmazlıkta ihtiyari olarak tarafların iradeleriyle seçilen hakemlerle sağlandığı düşünüldüğünde, adil yargılanma hakkı çerçevesinde bir sorun olmadığı ve hatta tarafların tahkime giderek adil yargılanma hakkı çerçevesinde sağlanan güvencelerden zımni olarak feragat ettiği dahi düşünülebilir¹³⁹. Belki de burada imtiyaz sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından da bir değerlendirmede bulunmak gerekebilir. Çünkü yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, idarenin karar süreçlerinin kamu yararı, kamu düzeni ve kamu hizmeti gerekleri ile sınırlandırılmış olması, tahkime ilişkin serbest iradenin doğurduğu hukuki etkilere ilişkin yorumları değersiz kılabileceği ileri sürülebilir. Burada anlatılmak istenen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde, bu durumun ihtiyari tahkimi zorunlu tahkim niteliğine büründürülecek bir kriter olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bir önerme değildir. Zaten buna gerek olmadan, adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konu olduğu tahkim yargılamalarında da gözetilmesine engel bir hukuksal durumun olmadığı görülmektedir. Üstelik muhtelif kararlarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, tahkim yoluna başvurulmakla feragat edilenin tümüyle 6. madde olmadığı, bu bakımdan 6. madde kapsamında bulunan güvenceler arasında ayırım yapmak gerektiği ve bazı güvencelerin feragat edilemez nitelikte olduğuna ilişkin yaklaşım içinde olduğu da bilinmektedir¹⁴⁰. Bu durumda, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yargılaması sürecinde, bu sürecin sonunda doğabilecek kamusal hukuki sonuçlar da düşünülerek, adil yargılanma hakkına dair güvencelerin de olabildiğince dikkate alınmasına ihtiyaç duyulacağı değerlendirilebilir.

¹³⁶ ÖZTÜRK, Zorunlu Tahkim Yolu, s. 625.

¹³⁷ AİHM, T. 02/10/2008, Mutu ve Pechstein V. İsviçre, B. No:40575/10 ve 67474/10, Hudoc ECHR (E.T. 29.12.2023), s. 115.

¹³⁸ AİHM, T. 28/10/2010, Suda V. Çek Cumhuriyeti, B. No: 1643/06, Hudoc ECHR (E.T. 29.12.2023).

¹³⁹ Bkz. AİHM, Mutu ve Pechstein V. İsviçre, s. 100-103.

¹⁴⁰ VÍŠINSKYTĚ, s. 174.

Kanun yolu açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da iptal sebeplerine dairdir. Tahkim kanun yolunda genel kabul gören iptal sebeplerinden birisi kamu düzenine aykırılıktır. Ancak “kamu düzeni” kavramının mahiyeti ve kapsamı noktasında bazı tartışmalar bulunmaktadır¹⁴¹. Bu kavramın anlamı ülkeye, zamana ve alt hukuk disiplinler yönüyle farklılık arz etmektedir¹⁴². Nitekim milletlerarası özel hukuk öğretisinde, kamu düzeni kavramının, muğlak ve tanımlanması zor bir kavram olması ve bu nedenle kamu düzenine aykırılıktan bahisle hakem kararlarına müdahale imkânının da bulunmaması göz önüne alınarak, özellikle milletlerarası tahkim yargılamalarında esasa girme yasağına aykırı yargısal yorum ve uygulamalardan kaçınılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴³. Ancak bazı kararları ile yargı mercilerinin uyuşmazlığın esası hakkında bir hukukilik denetimi yapmayı sağlayacak genişletici bir anlayışla hareket ettiği de görülmektedir. Örneğin, Yargıtay, GSM (2G) İmtiyaz Sözleşmeleri çerçevesindeki bir tahkim kararında, uyuşmazlığın esasına dair Türk hukuk sistemindeki muhasebe mevzuatının tahkim yerlerince gözetilmemesini, kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirmiştir¹⁴⁴. Aslında bu tutum, tahkim hukuku açısından arzu edilen bir yaklaşım olmasa da aşağıda da ifade edildiği üzere, Conseil d’État tarafından tahkim kararlarının denetiminde geliştirdiği içtihadı oldukça yakındır.

Buraya kadar ifade edildiği biçimiyle ortaya çıkan sorunların, tahkimin ulusal yargı yerlerine alternatif bir yöntem olarak getirilişine yönelik politik nedenlerden olan tarafsızlık, meşruiyet ve güvenlik kaygıları ile uyumlu bir çözüm bulunmasına ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Bu bakımdan sorunun çözümü adına iki noktayı işaret edebiliriz. İlk olarak, gerçek manada bir iki dereceli bir tahkim yargılaması, farklı bir hakem heyeti veya tahkim mahkemesi kapsamında bir kanun yolu denetiminin sağlanması düşünülebilir. Aslında, bu konuda, yatırım uyuşmazlıkları için ICSID tahkimi çerçevesinde benzer endişeler daha önce de dile getirilmiş ve öğretilerde tahkim kararları arasında içtihat birliğinin sağlanamaması yanında, tahkim yargılamasına dair suiistimal ve manipülasyon iddiaları ile meşruiyet ve şeffaflık eksikliğinin ancak iki dereceli bir tahkim yargılaması ile çözülebileceği, bunun da en iyi çözümünün uluslararası yatırım mahkemesi adında bir üst tahkim mahkemesinin oluşturulması olduğu ileri sürülmüştür¹⁴⁵. ICSID için yaşanan sorunlar ve öneriler diğer tahkim uygulamaları için de düşünülebilir.

¹⁴¹ KONYALI, s. 4.

¹⁴² DÜRÜSTKAN, s. 109.

¹⁴³ TOPALOĞLU, s. 893.

¹⁴⁴ Y.13. H.D., T.17/04/2012, E.2012/8426, K.2012/10349, Lexpera (E.T. 28.12.2023).

¹⁴⁵ İLHAN, s. 203.

İmtiyaz sözleşmeleri açısından sorunun bir başka boyutu, daha önce ele aldığımız uyuşmazlıkların idari niteliğine rağmen tahkim yargılamalarında kamu hukukunun gözetilmesini zorunlu kılacak tedbirlerin bulunmayışı ile kanun yolu aşamasında da bu anlamda bir denetimin söz konusu olmayışıdır. Sorunun önemini ifade etmek için, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan idari uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde idari yargı mercilerinin görevli olduğunu, idari yargının bu görev alanının Anayasa'nın muhtelif hükümlerince korunmakta olduğunu ifade ederek başlamak gerekir¹⁴⁶. Gerçekten de Anayasa'da idari yargının korunan bir görev alanı bulunmakta, ancak, istisnai durumlar için idari uyuşmazlıkların adli yargı mercilerince görüm ve çözümünün kanunla öngörülebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁷. Bunun ötesinde, imtiyaz sözleşmelerine dair kanun yolu denetiminin ihtisaslaşmış bir yargı kolu olarak idari yargı yerlerince yapılmasının, hakkaniyete uygun yargılama yapmaya daha elverişli olduğu açıktır. O halde, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarına karşı gidilen kanun yolunda idari yargının değil de adli yargının görevli kılınmasını gerektirecek derecede haklı nedenler ve kamu yararını izah eden güçlü dayanakların ileri sürülmesi beklenebilir¹⁴⁸. Mesela, Fransa uygulamasında, bir takım idari sözleşmeler kapsamındaki tahkim kararlarının kanun yolu incelemesi, Conseil d'État tarafından yapılmaktadır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre bir tahkim kararının denetiminin Fransız kamu hukukunun emredici kurallarına uygunluğunu da kapsıyorsa, idari yargı tahkim kararları için kanun yolu olarak görevli kabul edilmektedir¹⁴⁹. 2001'de Fransa Gaz İdaresi'nin (Gaz de France) bir iştiraki olan Fosmax LNG bir gaz depolama işi çerçevesinde akdedilen sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine, 2011 yılındaki sözleşme değişikliği ile karar vermiştir. Bu sözleşme kapsamında 2015 yılında çıkan bir uyuşmazlık hakkında verilen tahkim kararı, Conseil d'État'nın önüne iptal davası olarak gelmiş (annulment of arbitral award), ilk aşamada Conseil d'État konuyu görev yönünden değerlendirmesi için Fransız Uyuşmazlık Mahkemesine taşımış, Uyuşmazlık Mahkemesi ise Conseil d'État'ı görevli

¹⁴⁶ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 353-354.

¹⁴⁷ AYM, T. 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, R.G. 19.05.2012, S. 28297. Farklı olarak GÖZLER'e göre; bir ülkede idari yargının görev alanı anayasayla belirlenmişse ve bu belirlemeyle idari sözleşmelerden doğan davalar idari yargının görev alanına giriyorsa, yasama organı kanunla idari sözleşmelerden doğan davaları adli yargının görev alanına sokamaz. Türkiye'de idari yargının görev alanı anayasal olarak belirlenmediğinden, Türkiye'de idari sözleşmelerden doğan davalar adli yargının görev alanına kanunla dahil edilebilir. Bkz. GÖZLER, s. 205.

¹⁴⁸ Bu beklenti, idari rejime tabi ülkeler bakımından doğaldır. Nitekim, idari uyuşmazlıkların niteliklerinin, dolayısıyla da idari yargının amacının adli yargının amacından farklılığı da düşünülerek, özel hukuk uyuşmazlıklarında olduğu gibi idari uyuşmazlıklarda tahkim gibi alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin aynı şartlarda kullanılamayacağı söylenebilir. Bkz. ARAT, İdari Uyuşmazlıkların, s. 906.

¹⁴⁹ LİN, s. 393 vd.

bulunca, tahkim kararının kanun yolu incelemesi Fransız kamu hukukunun emredici hükümlerine uygunluğu yönüyle Conseil d'État tarafından yapılmış, netice olarak emredici kamu kurallarına aykırılık tespitinde bulunulmuştur¹⁵⁰.

Conseil d'État'nın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin hakem kararlarına karşı kanun yolu mercii olarak görevlendirilmesi ve bu aşamada emredici hukuk kuralları yönüyle esas denetimi yapabilmesi bakımından Fransa örneği, Türkiye için oldukça önemlidir. Buna rağmen, başka bir çalışma kapsamında da incelenmeyi hak edecek kadar ayrıntılı bir kaynaklar da içermektedir. O nedenle şimdilik ayrıntılarına girilmeden, Fransız uygulamasına benzer bir işleyişin, 4501 sayılı Kanun'da yapılacak değişikliklerle Türkiye'de de fayda sağlayabileceğine kanaat getirildiğini ifade etmekle yetinilmektedir.

İ. Tahkim Öncesi Zorunlu İdari İtiraz

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcılar arasında ayırım yasağı ve eşit muamele ilkesi benimsenmektedir¹⁵¹. Yani bu ilke gereğince, imtiyazcı bir şirketin bir faaliyet türü üzerinden hazine payı ödemek durumunda kalabilirken, aynı idarenin, başka bir imtiyazcı şirketten böyle bir bedel talep etmemesi söz konusu olmamaktadır. İmtiyazcılarının aynı imtiyaz veren idare karşısında birbirini etkileyen statüleri söz konusu olmaktadır. Ancak imtiyaz sözleşmelerinde öngörülen bu ilkenin sözleşmenin sistematığı bakımından bazı sorunlu sonuçları olduğuna da değinmek gerekir. Mesela, bazı imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilmeden önce uyuşmazlığın bir takım zorunlu uzlaştırma mekanizmalarına götürülmesi zorunlu tutulmuştur¹⁵². Ancak bu yola gidilmediği takdirde tahkim aşamasında ne yönde karar verileceğine dair düzenlemelere de rastlanmamıştır. Buradaki belirsizlik bir yana, söz konusu idari çözüm yolu olan BTK Lisans Koordinasyon Kurulu önünde uzlaştırmaya yönelik farklı imtiyazcılarca yapılan başvuru sonucunda farklı kararlar çıkma ihtimalinde, aynı hizmete dair farklı imtiyaz sözleşmelerinde eşit muamele ilkesine uygun bir uygulamanın nasıl sağlanacağı da belirsizdir.

Böylesi sorunlara, tahkim yargılamalarının hiç de ucuz sayılmayacak maliyetleri de eklenince, uygulamada imtiyazcılarının uyuşmazlık çözümleri hususunda birbirleri arasında sıkı

¹⁵⁰ CONSEIL D'ÉTAT (2010).

¹⁵¹ Mesela, 2G İmtiyaz Sözleşmelerinin 10. maddesinde, idarenin diğer işletmeciler lehine olan hükümlerin kendisi hakkında da uygulanmasını isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir.

¹⁵² 2G İmtiyaz Sözleşmelerinin 51. maddesinde de uyuşmazlığın çözümü düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca uyuşmazlık tahkime götürülmeden önce Lisans Koordinasyon Kurulu önünde çözülmeye çalışılacaktır. Sözleşmelerin 48. maddesinde ise Lisans Koordinasyon Kurulu'nun oluşumu düzenlenmiştir.

takip geliştirdiği ve buna göre tavır takındığı görülmektedir. Mesela, imtiyazcı şirketler, bir konuda diğer bir imtiyazcı firma tahkime gittiği zaman yukarıda bahsettiğimiz “eşit muamele ilkesi” gereğince, bahse konu tahkim kararının neticesinden zaten yararlanacağını düşünerek, avans vb. tahkim giderlerine katlanmamak için aynı nitelikte kendi uyuşmazlığı için tahkime gitmemektedir. Bunun yanı sıra, ileride olası bir hak kaybı yaşamamak için kendi uyuşmazlığı ile ilgili olarak idari yargıda dava açabilmektedirler. İmtiyaz sözleşmeleri konu olduğunda tahkim yargılamasının ucuz bir yol olmaması nedeniyle uygulamada gelişen bu tavrı anlamak zor değildir. Zira bu konuda yapılan anketlere göre, 5-10 milyon ABD Doları değerindeki bir uyuşmazlık konusuna dair orta zorlukta bir tahkim yargılamasının 2-3 yıl arasında sürdüğü ve tarafların her birine 1 Milyon ABD Dolarında masraf ortaya çıktığı bu ifade edilmiştir¹⁵³. Örneğin, mobil telefon hizmetlerine dair imtiyaz sözleşmeleri (2G) kapsamındaki tahkimler ICC kurallarına göre yürütülmektedir. Bu kapsamda ICC Divanına ödenen bedeller oldukça yüksektir¹⁵⁴. Hakem ücretleri, prestijli otellerdeki duruşmalar, taraflar ve hakemlerin çoğunluğu da Türk de olsa tahkim dilinin İngilizce seçilmesinden kaynaklı çeviri ve dokümantasyon giderleri gibi kalemler dikkate alındığında, idari yargıdaki tipik bir iptal davasına göre kat kat daha fazla bir yargılama gideri ortaya çıkmakta olduğu gayet anlaşılabilir olmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolu söz konusu olduğunda tahkimin ucuz ve hızlı bir yol olduğuna dair bilgilerden oldukça uzaklaşmaktadır.

SONUÇ

İdare hukuku alanında, 1990’lardan bugüne, tartışma konusu olan tahkim müessesesi, 1999 sonrası dönemde uygulama alanı bulduğu imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından önemli bir çözüm yolu olarak görülmüştür. 1999 yılında, Anayasa’da yapılan değişiklik, sonrasında da tahkime dair yasal çerçevenin oluşturulma süreciyle, tahkimin idari uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasının önemsizleştirildiği düşünülebilirse de idari uyuşmazlıkların daha çok özel kişiler arasındaki problemleri çözme amacıyla dizayn edilmiş tahkim yolu ile uyumsuz yapısı, çokça tartışılmayan yeni problemler de doğurmuştur. Çünkü imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının varlığı, ne imtiyaz sözleşmesinin idari sözleşme niteliğini, ne de tahkime konu uyuşmazlığın idari bir uyuşmazlık olduğu gerçeğini ve bunun doğurduğu hukuksal sonuçları tümüyle değiştirebilmiştir. Aslında 90’lı yıllarda daha çok birer sav olarak ileri sürülen eleştiri ve uyarıların, imtiyaz sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların

¹⁵³ MORTON, s. 19.

¹⁵⁴ ÇAVUŞOĞLU, s. 211.

tahkim yargılama süreçlerinde, nasıl somut sorunlara dönüştüğü de bu durumu açıklayıcı niteliktedir. Zira *Ulusoy*'un belirttiği üzere hiçbir objektif kritere bağlı olmaksızın imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine bağlı olabilmesi, Türk pozitif hukukunda idari sözleşmelerin ölçütünü ortadan kaldırmış, kamu hizmetlerinin temel ilkeleriyle çelişmiş ve kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki hassas denge” bozulmuştur¹⁵⁵. İşte bu çalışmada, söz konusu hassas dengeyi bozan ve somut uygulama sorunlarının gerisinde yatan usûlî problemler üzerinde durularak, bu sorunlara bazı çözüm önerilerinde bulunulmasına çalışılmıştır.

Nihai olarak denilebilir ki, mevcut haliyle imtiyaz sözleşmelerinde tahkime ilişkin hukuksal rejim, oldukça çok sayıda belirsizlik içeren ve yapısal usûlî sorunlar barındıran bir görünüme sahiptir. Bu sorunlar imtiyaz sözleşmesinin taraflarında tahkim yargılamasına karşı haklı bir meşruiyet kaygısı oluşturmaktadır. Sorunun çözümü ise, tahkimin avantajlarının ve tahkime duyulan ihtiyaçların haklı gerekçeleri karşısında, tahkimin idari uyuşmazlık alanından tamamen çıkarılması ile değil, başta 4501 sayılı Kanun olmak üzere birçok konuda tahkimi temel yapısı muhafaza edilerek idari uyuşmazlıkların nitelikleriyle uyumlu bütüncül bir tahkim yargılama süreci ve usul müesseseleri tanımlanmakla mümkündür. Bu kapsamda, idari bir uyuşmazlığı çözecek nitelikte hakemlerin seçimine imkân tanınması, bu hakemlerin mükerrer davalarda görev alması ihtimaline binaen çıkar çatışmasını engelleyecek bir çözüm bulunması, bağlantılı davalara dair hukuksal olanakların tanımlanması, kanun yolu merciinin Danıştay olarak belirlenmesi gibi somut çözümler tahkim yargılamalarının, idari uyuşmazlık birlikteliğini daha sürdürülebilir bir zemine taşıyabilir.

¹⁵⁵ ULUSOY, Kamu Hizmeti, s. 69-74.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞLU, C. (2018). Uluslararası Ticari Tahkimde Aynı veya Birbiriyle Bağlantılı Uyuşmazlıklardan Kaynaklanan Paralel Yargılamalar. *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (7), 187-220.
- ABEL, R. L.(1980). Delegalization. in *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*. BLANKENBURG, E., KLAUSA, E., ROTTLEUTHNER, H. (Eds.), 27-47. Wiesbaden.
- AKINCI, Z. (2007). *Milletlerarası Tahkim*. (2. b.). Ankara.
- ALBAYRAK, H. (2008). Tahkimde Kanun Yolları. *Terazi Hukuk Dergisi*, 3(18), 59-88.
- ARAT, N. (2011). İdari Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Halli Önündeki Engeller. *İÜHFİM*, LXIX(1-2), 891-906.
- ARAT, T. (1999). TBB İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli Tebliği - 16 Temmuz 1999. Ankara.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E., TAŞPINAR AYVAZ, S. (2016). *Medenî Usul Hukuku*. (2. b.). Ankara.
- ASLAN, Z., ARAT, N. (2005). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(8), 1-25.
- ATALI, M., ERDOĞAN, E., ERMENEK, İ. (2019). *Medeni Usul Hukuku* (2. b.). Ankara.
- AYBAY, R. (1999). Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur. *Mülkiye*, XXIII (217), 51-56.
- AZRAK, A. Ü. (1999). TBB İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli Tebliği - 16 Temmuz 1999. Ankara.
- BEYDOĞAN, A. (2011). Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 Ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 112-135.
- BİNGÖL, H. (2023). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Grup Şirketler Doktrini Çerçevesinde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- CONSEIL D'ÉTAT (2016). *The Council of State Specifies the Features of Its Review of an*

- International Arbitration Award, Press Release, 10 November, 2016, <https://www.conseil-etat.fr/en/news/administrative-courts-and-international-arbitration> (E.T. 07/12/2023).
- ÇAVUŞOĞLU, A. E. (2007). Telekomünikasyon Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- DERBİL, S. (1959). İdare Hukuku. (5. b.). Ankara.
- MORAND-DEVILLER, J., BOURDON, P., POULET, F. (2021). Droit Administratif: Cours, Réflexions et Débats. (17. b.). Paris.
- DOLUNAY, A. (2018). Son Değişiklikler Kapsamında Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri Uyuşmazlıklarında Tahkim. *Journal of History Culture and Art Research*, 7(2), 600-623.
- DURŞUN, H. (2016). Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır. *TBB Dergisi*, (125), 85-146.
- DÜRÜSTKAN, S. (2016). Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ERGUVAN, D. D. (2003). İdare Hukukunda Tahkim Yolu. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- EROĞLU, O. (2022). Tahkimde Yargılamanın Yenilenmesi. Ankara.
- GİRİTLİ, İ., BİLGİN, P., AKGÜNER, T., BERK, K. (2013). İdare Hukuku. İstanbul.
- GÖZLER, K. (2019). İdare Hukuku Cilt II. Bursa.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T. (2018). İdare Hukuku Cilt 1. (12. b.). Ankara.
- GÜLAN, A. (2001). Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği. ULUSOY, A. (Ed.). *Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti içinde*, 140-154. Ankara.
- GÜLER, E. S. (2019). Milletlerarası Derdestlik. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- GÜNDAY, M. (1997). İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları. *Anayasa Yargısı*, (14), 347-358.

- GÜNDAY, M. (2001). Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler. Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye. Ankara: TCMB Yayını.
- GÜNDAY, M. (2011). İdare Hukuku. (10. b.). Ankara.
- GÜNEŞ, B. S. (2017). İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim. MHB, 37 (2), 537-571.
- İŞIKTAÇ, N. C. (2021). Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Seri Tahkim Yoluyla Çözümü. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- İLHAN, E. D. (2022). Yatırım Uyuşmazlıklarında Temel Sorunların Çözümü: Uluslararası Yatırım Mahkemesi ve Diğer Seçenekler. Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İNANÇ, M. (2018). Özel Hukuk Tüzelkişilerinin İdari İşlemleri. İstanbul
- KARAHAN, A. (2011). İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KARAHANOĞULLARI, O. (2013). İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi. Mülkiye Dergisi, 35(270), 43-64.
- KARAHANOĞULLARI, O. (2022). İdare Hukuku. Ankara.
- KESKİN, B. (2019). Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim. (2. b.). Ankara.
- KIYAK, Z. D. (2021). Uluslararası Tahkimde Davaların Birleştirilmesi. Doktora Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul.
- KONYALI, S. C. (2017). Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni. Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa.
- KÖSEOĞLU, Ö. (2015). Uluslararası Ticari Tahkimde Uyuşmazlık Çözümünün Uygulanacak Hukuk Açısından İncelenmesi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü İstanbul.
- LIN, C. (2014). Arbitration in Administrative Contract: Comparative Law Perspective. PHD Thesis in Public Law, Science Po Law School, Paris. <https://theses.hal.science/tel-03512739>, (E.T. 05/12/2023).
- ONAR, S. S. (1966). İdare Hukukunun Umumî Esasları. (3. b.). İstanbul.

- ORAK, C. Ç. (2006). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim. Ankara.
- ORAK, C. Ç. (2023). 4501 Sayılı Kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, <https://cakmak.av.tr/wp-content/uploads/2019/07/1-4501-Sayili-Kanun-Kapsaminda-1.pdf>, (E.T. 04/12/2023)
- ÖZAY, İ. H. (2004). Günışığında Yönetim. İstanbul.
- ÖZBEK, M. S. (2019). Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi. ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 179-253.
- ÖZTÜRK, K. B. (2000). Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- ÖZTÜRK, K. B. (2011). İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu. Zabunoğlu Armağanı içinde, 603-632. Ankara.
- PAVIC, V. (2010). Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration. KNAHR, C., KOLLER, C., RECHBERGER, W., REINISCH, A. (Eds.), in Investment and Commercial Arbitration - Similarities and Divergences, 131-152. Netherlands. <https://ssrn.com/abstract=1615333> (E.T. 07/12/2023)
- PEKCANITEZ, H., ÖZEKES, M., AKKAN, M., KORKMAZ, H. T. (2017). Medeni Usul Hukuku (15. b.). İstanbul.
- SADRULEŞRAFİ, H. (2011). Türk ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 25(1-2), 315-366.
- SARI, M. (2009). Tahkime Elverişlilik. Terazi Hukuk Dergisi. 4(32), 145-172.
- SOYSAL M., ERTUĞRUL, İ. (1999). Kamu Hizmeti ve Tahkim. Ankara.
- ŞANLI, C. (1986). Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk. Ankara.
- ŞANLI, C. (2002). Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. (2. b.). İstanbul.
- TAHİROĞLU, F. (2021). Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- TAN, T. (1999). İdare Hukuku ve Tahkim. Amme İdaresi Dergisi. 32(3), 3-23.
- TAN, T. (2019). İdare Hukuku. (8. b.). Ankara.

- TEKİNSOY, M. A. (2006). İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55(2), 181-227.
- TOPALOĞLU, M. (2013). Tahkimde Kamu Düzenin Etkisi. SARI, S., GENCER, A. H., SÖZEN, İ (Ed.). International Conference On Eurasian Economies - Session 2d içinde, 890-893. İstanbul.
- TUNA, E. (2015). Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda İptal Davası. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- TÜRK HUKUK KURUMU (1991). Türk Hukuk Lügatı (3. b.). Ankara.
- ULUKAPI, Ö. (2014). Medeni Usul Hukuku. Konya.
- ULUSOY, A. D. (2004). Kamu Hizmeti İncelemeleri. İstanbul.
- ULUSOY, A. D. (2021). Türk İdare Hukuku. (4. b.). Ankara.
- VIŠINSKYTĖ, D. (2020). Arbitration Agreements and Protection of the Right to a Fair Trial. Baltic Journal of Law & Politics, 13(2), 159-180.
- YILDIRIM, F. (2016). Tahkimde İptal Davası ve, İptal Davasının Amaçları Bakımından Bazı Değerlendirmeler. Cevdet Yavuz'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), 3005-3026.
- YILDIZ, H. (2014). Kamu Hukuku İle Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 26(111), 279-296.
- YILMAZSOY, E. (2020). Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri. TAAD, 11(41), 389-426.