

KAMUSAL HİZMETLERDE YABANCI YATIRIM VE TAHKİM

Prof. Dr. VEDAT RAŞİT SEVİĞ*

GİRİŞ

Devletler ile diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi hakkında bir sözleşme düzenlenmesine Dünya Bankası girişti ve bunu 18 Mart 1965 tarihli Sözleşme ile oluşturdu.

Bu sözleşme, yabancı yatırımcıya tahkime başvurabilme garantisini sağlar.

Bilindiği üzere tahkim milletlerarası ticarete iş çevrelerinin tercih ettikleri bir usuldür, çünkü tahkim devlet mahkemelerinden daha süratlidir, iş çevrelerinde tarafsızlığına daha çok güvenilir ve de yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi sayesinde yabancı ülkede tenfiz kolaylaşmıştır. Yabancı mahkeme kararının tenfizi için aranan kesinleşme ve icra kabiliyetini kazanmış olma şartları aranmadığı gibi karşılıklılık şartı da var sayılır.

O zaman akla gelen soru şu oluyor. 1958 Sözleşmesine katılmış devletler arasında neden Dünya Bankası 1965 Sözleşmesine ihtiyaç olsun. Bunun cevabı şudur ki birçok ülkede yürürlükte olan kamu hukuku kuralları bir devlet ile bir başka devletin vatandaşı arasındaki akitlerde, özellikle yatırım akitlerinde devletlerin iç kamu hukuku kuralları 1958 Sözleşmesinin etkisini büyük ölçüde ortadan kaldırıyor çünkü kamu organlarının özel kişilerle olan parasal uyuşmazlıklarının çözümü genelde idare mahkemelerinin tekelinde sayılır.

* İÜ. Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Anabilimdalı Emekli Öğretim Üyesi.

Bundan dolayı yabancı yatırımcı bir kamu hizmetine yatırımda bulunurken çıkabilecek uyuşmazlıklar konusunun idare mahkemelerinin tekelinde olmamasını ister.

Adı Devletler ve diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi hakkında Sözleşme olan Dünya Bankasının 18 Mart 1965 tarihinde Washington'da düzenlemiş olduğu Sözleşme kendi bünyesi çerçevesinde bir Tahkim Merkezinin kurulduğunu bildirerek devletleri kendi kamu hizmetleri yararına yabancı yatırımcılarla yapacakları akitlerde tahkim şartına razı olmalarını ve bunun için kamu hukuku mevzuatlarına gerekli esnekliği vermeğe teşvik etmiştir.

A. 1965 WASHINGTON SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Dünya Bankasının kurduğu Tahkim Merkezi, Sözleşmeye katılmış her devletten kendi uyruklarından veya yabancı olan dörder arabulucu ve dörder hakem aday göstermesini ister. Merkez bunlar arasından, tarafsız, güvenilir, dirayetli ve bilgili kişilerden iki liste oluşturur. Bir arabulucular listesi bir de hakemler listesi düzenler (madde 3, 12, 13, 14, 15, 16).

Ayrıca bu Sözleşmeye katılan her devlet, kendi kamu kuruluşlarının hangi ölçüde tahkim konusuna katılmaya yetkili olacağını bildirecektir. Bu bilgiler öbür devletlere derhal aktarılacaktır (madde 25/ 3 ve 4).

Sözleşmeye katılan her devlet, tahkime rızasını ancak yerel kanun yollarının tümünün tükenmiş olması koşuluna bağlayabilir.

Hakem kararına uyulmaması durumu dışında, bu Sözleşme çerçevesinde hakemliğe başvurmuş veya başvurmaya rıza göstermiş vatandaşını, diğer bir akit devlet ile olan uyuşmazlığı dolayısıyla, bir devlet diplomatik korumaya kalkışamaz (m.27/1).

Sözleşmenin 64 . maddesi, Akit devletlere Milletlerarası Adalet Divanına başvurma yolunu açmaktadır, eğer Sözleşmenin yorumunda veya uygulanmasında kendi aralarında çözümleyememiş oldukları bir anlaşmazlık çıkarsa.

Demek ki Sözleşme yatırımcıları ölçülü bir biçimde koruduğu gibi Akit devletleri de ölçülü biçimde bağlar.

Bu Sözleşmede yatırımcı tarafın kesin olarak yabancı uyruklu olması aranılmıyor. Yeter ki mali kaynak yabancı olsun (m. 25/2b).

Yine Sözleşmede dikkati çeken bir özellik, tarafların mutabakatine büyük ölçüde değer verilmesidir. Örneğin: Taraflar a) Merkezin düzenlemiş olduğu listedeki hakemlerden başkalarını tayin edebilirler(m. 40/1-2) ; b) uygulanacak hukuku saptayabilirler; c) hakem mahkemesinin, delil oluşturacak belgeleri talep etme ve münasip göreceği keşifleri yerinde yapma hakkını kutlayabilirler (m.43); d) hakemlik prosedürüne hükmedecek mevzuatı tayin edebilirler (m.44) (Şu var ki boşluk halinde, hakemler gerekli tamamlamayı yaparlar); e) hakemlerin alabilecekleri kısıtlayıcı önlemleri taraflar sözbirliğiyle kısıtlayabilir.

Ayrıca tarafların mutabakati olmadan, Merkez hiçbir hakem kararını yayınlıyamaz (m.48/5) ve hakemlik yerini taraflar anlaşarak saptayabilirlerse de, Merkez Sekreterliğine danışmaları ve sonra hakem mahkemesinin rızasını almaları şarttır (m.63).

Yalnız şuna da dikkat edilmelidir ki hakem kararının düzeltilmesi, yorumu ve iptali, Sözleşme kurallarına göre oluşturulmuş hakem kurullarınca ve Sözleşmede öngörülen zamanaşımı sürelerine uyularak gerçekleştirilir (m. 50, 51 ve 52). Yani 1958 New York Sözleşmesinde olduğu gibi tenfiz talep edilen ülkede tenfizin reddi için iptal nedenleri araştırılması yapılmaz.

Her Akit devlet, bu Sözleşmenin çerçevesinde verilmiş hakem kararlarını tanır ve kendi ülkesindeki yerli bir mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş bir karar imişçesine onun tenfizini sağlar (m.54/1). Ne var ki 55. maddeye göre, 54. maddenin hiçbir hükmü, Sözleşmeye katılmış bir devlete ne kendisi hakkında ne de başka devlet hakkında yürürlükte bulunan icra takibinden masuniyet hükümlerine kısıtlama getiren bir hüküm olarak yorumlanamaz .

Bu Sözleşmeye katılmayı ülkemiz TBMM'nin, onaylamayı uygun bulunan 27 Mayıs 1988 tarih 3460 sayılı kanunuyla kabul etmiştir (2. 6. 1988 tarih ve 19830 sayılı RG).

B. KAMU HİZMETLERİ ALANINA YABANCI YATIRIMI SAĞLA- YABİLMEK İÇİN YAPILMIŞ OLAN AYARLAMALAR

1965 Washington Sözleşmesine 1988 de katılmamızdan sonra 1994 de Yap, İşlet, Devret formülüyle bazı yatırımların sağlanması için 3996 sayılı kanun çıktı. Fakat bu kanunun 5. maddesinin iptali Anayasa Mahkemesinden talep edildi. Anayasa Mahkemesi de bu talebi haklı buldu ve bu tür işletmeleri özel hukuka tabi tutan bu maddeyi iptal ettiği gibi akitler yapılırken kamu hizmetlerinin bir üst kamu hukuku merciinin kontrolüne tabi olamayacaklarını öngören 2. maddeyi de iptal etti. Bu iptaller, yabancı yatırımcıları Türk kamu kuruluşlarına yatırım yapmaktan vazgeçirdi. Artık yapılması gereken şey Anayasanın ilgili hükümlerini esnekletirmek, Danıştay ve idare mahkemeleri kanununda gerekli değişiklikleri yapmak ve de kamusal yatırımlarla ilgili bir kanun çıkarmak idi. Bunlar sırasile yapıldı.

Önce Anayasanın bazı maddelerinde değişiklik getiren 13 Ağustos 1999 tarih ve 4446 sayılı kanun çıktı. Bu kanun, Anayasamızın 125. maddesine yeni bir fıkra ekleyerek kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz akitlerinden çıkabilecek uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebileceğini ve milletlerarası tahkimin bu alanda sözkonusu olması için bir yabancılık unsurunun var olması gerektiğini bildirdi. Yine bu kanun Anayasamızın 155. maddesindeki "Danıştay, kanunla gösterilen belli davalarda ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" cümlesini kaldırıp onun yerine "Danıştay, kamu hizmetlerine ilişkin olarak tasarlanan imtiyaz akitleri hakkındaki görüşünü iki ay zarfında bildirir" cümlesini koymuştur.

Sonra, Danıştay ve idare mahkemeleri kanununda 4492 sayılı kanunla da değişiklik getirilmiş yani 155. maddesine konulmuş olan yeni hüküm aynen Danıştay ve idare mahkemeleri kanununa eklenmiştir. Bu kanundaki ikinci bir değişiklik ile de, tahkime tabi tutulmuş imtiyaz akitlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar 2. maddede sözü geçen idari yargının kapsamı dışına çıkarılmış. Bir de 8.6.2000 tarih ve 4577 sayılı kanunla bu ayarlamalar tamamlanmıştır.

Ayrıca Kamu Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Akitlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tabi Tutulacakları tahkimlerde Uygulanacak İlkelere Ait 4501 Sayılı Kanun çıktı. Bu kanunda mutad olan bazı esaslar yer almıştır. Örneğin;

a) ad hoc veya kurumsal tahkim olabilecek; b) ayrı tahkim sözleşmesi yapılabileceği gibi esas akitte tahkim şartı konabilecek; c) taraflar tahkim yerini seçebilecek; d) taraflar uygulanacak olan kanunu gösterebilecek; e) taraflar hakemlerin sayısını belirleyebilecek; f) yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi Asliye mahkemesinin bu yoldaki kararına bağlı olacak; g) hakem kararına karşı açılacak iptal davasına Yargıtay bakacak; h) bu kanunda düzenlenmemiş olan durumlar için 1086 No'lu HUMK ve ya 2675 No'lu MÖHUK hükümleri uygulanacak.

Bu kanunun getirmekte olduğu dikkat çekici bir yenilik "Yabancılık unsurunu" tanımlamasıdır. Şöyle ki, imtiyaz aktinde taraflardan en az biri yabancı olmalıdır veya sermayenin, kredinin veya garanti anlaşmasının yabancı kaynağı olmalıdır.

Görüldüğü gibi 4501 sayılı kanun geniş kapsamlıdır. O halde taraflar tahkim için Dünya Bankasının 1965 tarihli Washington Sözleşmesinin hükümlerini tercih edebilecekleri gibi başka bir kurumun örneğin Paristeki Milletlerarası Ticaret Odasının Milletlerarası Tahkim Divanını hatta ad hoc bir tahkimi veya Türkiyenin tahkimle uğraşan bir Ticaret odasını tercih edebilirler. Dolayısıyla hakemlik Türkiye dışında cereyan ettiyse duruma göre MÖHUK'a veya 1958 New York hatta 1961 Cenevre Sözleşmelerinden birine başvurmak gerekebilecektir. Yalnız gerçekçi olmak bakımından şu noktayı hatırdan çıkarmamak gerekir ki yabancı kaynaklı tarafı 1961 Cenevre Sözleşmesi kapsamına girmiyorsa Dünya Bankası nezdindeki tahkimi Türk kamu kuruluşuna kabul ettirmeye çalışacaktır. Buna karşılık eğer Türk kaynaklı bir sermaye Washington Sözleşmesine katılmış bir ülkenin bir kamu hizmeti kuruluşuna yatırım yapacak olursa onun da Washington Sözleşmesinden yararlanması gerekir.