

YABANCI SERMAYE-TAHKİM İLİŞKİSİ VE TÜRKİYE'DE YAŞANAN GELİŞMELER

Burhan ORMANOĞLU*

GİRİŞ

Toplumsal yaşamı, koyduğu kurallarla düzenleyen bir otoritenin bulunmadığı dönemlerde dahi insanlar arasında ticari ve ekonomik ilişkilerin mevcut olduğu bilinmektedir. Nitekim bu dönemde ekonomik ve ticari hayatı belirleyen de ticaret taraflarının kendi kurallarıdır. Bu anlamda, aralarındaki ticari uyumsuzlukları da taraflar, anlaşmazlıkla ilgisi olmayan ve bilgi, tarafsızlık ve tecrübelerine inandıkları üçüncü kişilere başvurarak çözmeye ve adaleti sağlamaya çalışmışlardır. Bu durumu, o zamana kadar haklarını kendi kuvvetleri ile elde etmeye çalışan tarafların, Devletin tayin ettiği bir hakime değil de, kendi aralarında intihap ettikleri (seçtikleri) hakeme müracaat etmeleri dolayısıyla hakemlik olarak telakki edecek olursak, Devletin tayin ettiği hakim huzurunda takib ve tatbik edilen usulden evvel diğer bir usulün mevcut bulunduğunu kolayca anlarız.¹

Devlet kurumunun ortaya çıkmasıyla yargı erki, siyaset biliminde devletlerin egemenliğinin bir göstergesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle devletler, bu erki paylaşmayı veya alternatifler oluşturulmasını egemenlik haklarının zedelenmesi olarak algılamışlardır. Dolayısıyla tahkim sistematik olarak gelişmemiş ancak varlığını da kaybetmemiştir. Bu durumun iki önemli nedeni bulunmaktadır. İlki, devletler arasındaki ekonomik ve ticari ilişkilerin sınırlı olması ve dünya üzerinde yaşanan siyasi ve ekonomik çalkantılardır. İkinci olarak, I. ve II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, özellikle bağımsızlığını yeni kazanan devletlerde, ekonomik ve siyasi alanda yabancı devlet müdahalelerine hassasiyetin artmasıdır.

Özellikle 1980-1990 yılları arasında uluslararası ekonomik hayatta gerçekleşen hızlı gelişmeler, iletişim ve bilgi teknolojisindeki ilerlemeler ve

* Maliye Bakanlığı Devlet Bütçe Uzmanı

¹ Richard HONIG, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 72, Çev. Şemseddin TALİP, İstanbul, 1938, s. 82-83.

küreselleşme olgusu, Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve ekonomide liberalleşme eğilimlerinin artması, devletlerin dışa açılma politikalarına yönelmesi devletler arasındaki ilişkilerin her alanda yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Yaşanan bu gelişmeler neticesinde, çeşitli uluslararası anlaşma ve sözleşmelerle mal ve hizmet ticareti önündeki engeller kaldırılmış ve 1970'lerden itibaren çok uluslu şirketlerin de ortaya çıkmasıyla birlikte sermaye, ulusal boyuttan yeni pazarlar bulma amacıyla uluslararası boyuta taşınmıştır.

Öncelikle çok uluslu şirketlerin sahip olduğu sermayenin, uluslararası alanda yeni pazarlar aramaya başlaması, büyüme ve kalkınma hedefleri olan ancak yeterli sermaye birikimine sahip olmayan ülkeleri bu sermayeden pay almaya yönlendirmiştir. Bu noktada, hukuki olarak yabancı sermayenin beklentilerini karşılama gerekliliği, tahkim mekanizmasının sadece iç hukuk alanında değil uluslararası alanda da kabulünü zorunlu kılmıştır.

Günümüzde tahkim konusu, özellikle uluslararası ekonomik ve ticari ilişkilerin önemli bir boyutunu teşkil etmektedir. Çünkü tahkim, yabancı yatırımcıların yatırım yapılacak ülkede aradıkları şartlardan biri olarak karşımıza çıkmakta ve ulusal tahkim kurallarının uluslararası ticari ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kaldığı düşüncesi oldukça yaygınlaşmaktadır. Öte yandan, uluslararası tahkim mekanizmasının devletin egemenlik gücünün bir yansıması olan yargı alanına bir alternatif teşkil etmesi, tahkim konusunda karşıt fikirlerin doğmasına neden olmuştur. Ancak gelişmekte olan ülkelerin, önemli altyapı yatırımlarını gerçekleştirebilmeleri ve uluslararası ekonomik ilişkilerdeki gelişmelere ayak uydurabilmeleri için yabancı sermayeye ihtiyacı bulunmaktadır. Yabancı sermaye yatırımlarından daha fazla yararlanabilmek için gerekli şartlardan biri ise, uluslararası tahkim mekanizmasına iç hukukta yer verilmesidir. Ancak, yabancı sermayeyi çekebilmek için ülkelerin uyguladıkları ekonomik ve mali teşvikler yeterli olmamakta, yabancı sermaye sahiplerinin hukuki beklentilerini de karşılamak gerekmektedir. İşte, uluslararası tahkim mekanizması da günümüzde yabancı sermayenin hukuki beklentilerinin bir parçasını oluşturmaktadır.

YABANCI SERMAYE YATIRIMLARI VE ULUSLARARASI TAHKİM İLİŞKİSİ

Yabancı sermaye, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin, büyüme ve kalkınma çabaları esnasında kendi öz kaynaklarının yanı sıra kullandıkları iktisadi bir olgudur. Yabancı sermaye, yabancı bir kaynağın ülkeye lisans anlaşmaları, portföy yatırımı ve üretime yönelik olarak doğrudan yatırım şeklinde ithal

edilmesini ifade etmektedir. Yabancı sermaye hareketlerinin üç şekilde geliştiği görülmektedir. Bunlardan ilki, gelişmiş ekonomiler tarafından gelişmekte olan ekonomilere yapılan bağış, hibe ve kredi şeklindeki resmi sermaye hareketleridir. İkinci olarak, ticari koşullar altında sermayenin bir ülkeden diğerine hareketini ifade eden özel sermaye hareketleri gelmektedir. Yabancı sermaye hareketlerinin üçüncü bölümünü, bu çalışmada da esas olarak ele alınan doğrudan yabancı sermaye yatırımları oluşturmaktadır.

Bir firmanın üretimini, kurulu olduğu ülkenin sınırları ötesine yaymak üzere yabancı ülkelerde tesis kurması veya mevcut üretim tesislerini satın alması doğrudan yabancı sermaye yatırımı olarak nitelendirilmektedir.² Doğrudan yabancı sermaye yatırımları, bir ülkeden diğerine transfer edilen sermayenin yatırıma dönüşmesini ifade etmektedir. Bu tür yatırımlar, temel olarak, yatırım faaliyetlerini birden fazla ülkede sürdüren ve üretimle ilgili kararları bir merkezden alan veya çeşitli yollarla bağlı şirketlerin kararlarını etkileyebilen çok uluslu şirketler tarafından yapılmaktadır.

1. Yabancı Sermaye Yatırımlarının Belirleyici Unsurları

Doğrudan yabancı sermaye yatırımlarına ev sahipliği yapmak, dönemler itibarıyla farklı özelliklere sahip olmayı gerektirmiştir. II. Dünya Savaşı’nın hemen ertesinde, merkez ülkelerin ihtiyaç duyduğu hammaddelere sahip olmak yeterli bir koşul iken, 1970’lerde ucuz işgücü yatırımın yapılması için önemli bir ölçüt olmuştur. Günümüzün küreselleşen dünya ekonomisinde ise sadece ucuz işgücü yeterli bir ölçüt olmayıp tamamlayıcı politikalar zorunlu hale gelmiştir.³

1.1. Yabancı Sermaye İhtiyacı Duyan Ülkeler Açısından

Dünyada kendine uygun pazar arayan büyük miktardaki sermayeden olabildiğince fazla pay alma düşüncesi, gelişmekte olan ülkeler arasında güçlü bir rekabetin oluşmasına neden olmuştur. Buna paralel olarak serbest ticaret bölgelerinin kurulması ve mal, hizmet ve sermaye hareketlerinin serbestleşmesi de bu rekabeti güçlendirmiştir. Küreselleşmenin de etkisiyle ekonomik alanda hızlanan rekabet olgusu ve hızlı kalkınma hamleleriyle çağdaş ekonomik gelişmelere uyma zorunluluğu ve yatırıma yönelecek tasarruflarının yetersiz olması gibi faktörler, gelişmekte olan ülkelerin doğrudan yabancı sermaye

² Halil SEYİDOĞLU, **Uluslararası İktisat**, Geliştirilmiş 13. Baskı, İstanbul, 1999, s. 664.

³ Hasan SABİR, “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar”, **Dış Ticaret Dergisi**, Sayı: 26, Ekim 2002, s. 77.

yatırımlarını ülkeye çekebilecek politikalar üzerinde yoğunlaşmalarına neden olmaktadır. Bu anlamda, gelişmekte olan ülkelerin bu yöneliminde etkili olan faktörler ve buna yönelik olarak uyguladıkları politikalar şöyle sıralanabilir:

- Gelişmekte olan ülkelerde yurtiçi tasarrufların, hızlı bir ekonomik kalkınmayı finanse edememesi ve bu durumun dış tasarruf veya kaynakların bulunmasını gerektirmesi⁴,

- Gelişmekte olan ülke hükümetleri tarafından uzun vadeli yabancı sermaye girişinin, kalkınmanın bir parçası olarak görülmesi,

- Ülkedeki gelir, sürdürülebilir büyüme, yatırımların artırılması, ihracat, döviz ve ödemeler dengesi, enflasyon, faiz oranları gibi makro büyüklükleri olumlu yönde etkilemesi,

- Doğrudan yabancı yatırımların ülkedeki endüstriyel verimliliği artırması, ülkede üretilen ürünlerin nitelik, kalite ve miktarının ve üretim kapasitesinin artırılmasında etkili rol oynaması,

- Özellikle işsizliğin yoğun olduğu ülkelerde, üretim ve istihdamı artırıcı, iş gücü niteliklerini yükseltici etkilerinin bulunması,

- Hükümetlerin yatırım indirimi, gümrük vergilerinden bağışıklık gibi tedbirlerle yabancı sermaye yatırımını özendirilmesi,

- Yabancı sermaye yatırımlarına yönelik idari prosedür ve işlemlerin sadeleştirilmesi ve yabancı yatırımlar hakkında sistematik, sağlam bir hukuki altyapının bulunması,

- Yabancı firmaları, özelleştirilen devlet kurumlarına yatırım yapmalarına yönlendirecek etkin bir özelleştirme politikasının yürütülmesi,

- Etkili bir rekabet ortamının hukuksal altyapısının oluşturulması,

- Ülkedeki iş gücü ve diğer üretim faktör maliyetlerinin ve verimliliklerinin diğer ülkelerle rekabetçi bir yapıda bulunması.

1.2. Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımcıları Açısından

Doğrudan yabancı sermaye yatırımları ancak ülkelerin uyguladıkları politikalar ile yabancı şirket yatırım stratejilerinin ve beklentilerinin büyük oranda uyduğu, çakıştığı ortamda gerçekleşmektedir. Bir şirketi kendi ülkesi dışında

⁴ Harun TERZİ ve İhsan GÜNAYDIN, "Ekonomik Kalkınmada Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Rolü: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", **İşletme ve Finans Dergisi**, Mart 1997, s. 54.

yatırım yapmaya iten faktörlerin başında kâr elde etme amacı gelmektedir. Bu temel belirleyici yatırım faktörüne bağlı olarak yabancı sermayenin aradığı ve yatırım planlarının belirleyicisi olan dolaylı ve dolaysız koşullar, genel olarak şunlardır:

- Yatırım yapılacak ülkede kârın devamlılığını sağlayacak ekonomik, siyasi ve sosyal istikrarın ve mülkiyet ve teşebbüs özgürlüğünün bulunması, ekonomik, siyasi ve sosyal risklerin minimum düzeyde olması,
- Yabancı şirketlerin üretim için yeni pazar arayışları veya mevcut pazarlarını genişletme ya da pazar payını kaybetmeme çabaları,
- Üretim ve genişleme stratejilerine uygun olarak ülkelerin vergi, yatırım teşvik ve imkanlarından faydalanma,
- Sermayenin marjinal verimliliğinin, yatırım yapılacak ülkede yabancı yatırımcının kendi ülkesinden fazla olması,
- Hammadde ve işgücü faktörlerine yakın üretim yapma ve dolayısıyla işgücü, pazarlama, ulaşım ve taşıma maliyetlerini azaltma,
- Yatırım yapılacak ülkenin piyasa hacminin geniş olması,
- Ülkede sağlıklı ve istikrarlı bir döviz kuru politikasının bulunması,
- Ülkedeki büyüme hızının yüksek olması ve bu nedenle kâr elde etme olanaklarının daha fazla olması,
- Yüksek gümrük tarifesi uygulamaları, ithalat kısıtlamaları ve kota uygulamaları gibi ticaret engellerinin bulunmaması.

2. Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları

Türkiye’de, Cumhuriyet’in kuruluşundan II. Dünya Savaşı sonuna dek ekonomik bağımsızlık da siyasi bağımsızlık kadar önemsenmiş ve iç ekonomik dinamiklere dayalı bir kalkınma politikası yürütülmüştür. 1950’lerden itibaren izlenen liberal ekonomik politikalarla yabancı sermayeye daha olumlu bir yaklaşım içerisine girilmiştir. Nitekim 1947-54 yılları arasında kurulan hükümetler, programlarında “ekonomik teşebbüslerde yabancı sermayeye geniş yer ayırmak ve bunları teşvik etmek” ile “yabancı teşebbüs sermaye ve tecrübesinden geniş ölçüde faydalanabilmenin icaplarını yerine getirmek” gibi yabancı sermayeye yönelik teşvik edici yaklaşımlar sergilemişlerdir.

Bu yaklaşımın neticesi olarak 1951 yılında, 5821 sayılı Yabancı Sermaye Yatırımlarını Teşvik Kanunu çıkarılmıştır. 5821 sayılı Kanun ile yabancı

sermayeye, imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde belirli hak ve kolaylıklar sağlanmıştır. 1954 yılında ise, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çıkarılmıştır. Bu Kanunla, yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan tüm haklardan, muafiyetlerden ve kolaylıklardan aynı alanda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüslerin de yararlanabilmesi imkânı tanınmıştır.

Ancak, 1980 yılına kadar Türkiye’de yaşanan ekonomik ve siyasi istikrarsızlıklar sebebiyle, yabancı sermayeden beklenen yararlar elde edilememiştir. 1980 yılı başlarına kadar uygulanan dışa kapalı, ithal ikameci ve koruyucu dış ticaret politikaları nedeniyle Türkiye’ye gelen toplam yabancı sermaye miktarı 300 milyon dolara dahi ulaşamamıştır.⁵ Bunda uygulanan ithal ikamesine dönük sanayileşme stratejisinin rolü büyüktür. Bu stratejide, ülke sanayisini yabancı sanayi rekabetine karşı korumaya yönelik olarak aşırı değerli döviz kuru, kotalar, ithalat yasakları, sıkı kambiyo kontrolü gibi araçlar kullanılmıştır.

1980 yılından itibaren Türkiye, dışa açık ekonomik büyüme sürecine girmiştir. Bu anlamda, 24 Ocak 1980 Ekonomik İstikrar Tedbirleri kapsamında yabancı sermaye ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. 8/168 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararnamesi 25.01.1980 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Başbakanlığa bağlı Yabancı Sermaye Dairesi kurulmuştur. Genel Müdürlük, günümüzde Hazine Müsteşarlığı bünyesinde faaliyetine devam etmektedir.⁶ Bunun yanı sıra, 32 Sayılı Karar ile yabancı sermaye üzerindeki miktar kısıtlamaları kaldırılmış ve yabancıların, Türkiye’deki menkul kıymet piyasasından alım yapabilmelerine izin verilmiş ve yabancıların döviz bozdurmaksızın yurtiçinde elde ettikleri gelirlerin, yurtiçinde kullanımı veya yurtdışına transferi serbest bırakılmıştır.

2003 yılında, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4875 sayılı Kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesinde, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uymak ve daha önce var olan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülerek yabancı sermaye yatırımlarının artırılmasını sağlamaktır.

Yapılan bu düzenlemeler sonucunda yabancı yatırımcılara tekel veya özel imtiyaz teşkil etmemek kaydıyla, Türkiye’de özel sektöre açık her alanda, her

⁵ Yücel GÜÇLÜ, “Yabancı Sermaye Çekimi, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları”, *Uluslararası Ekonomik Sorunlar*, Şubat 2003, Sayı: 8, s. 32.

⁶ **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, DPT, Ankara, Mayıs 2000, s. 8.

türlü mal ve hizmet üretimine yönelik faaliyetlerde bulunabilme imkânı tanınmıştır. 1993-2003 arasındaki 10 yıllık dönemde, Türkiye'de toplam 24.992 milyon dolar yabancı sermaye girişine izin verilmiş ve 12.035 milyon dolar fiili yabancı sermaye girişi sağlanmıştır. 2003 yılı içinde, ilk altı aylık dönemde 1.208 milyon dolar yatırım izni verilmiş ve 150 milyon dolar fiili yabancı sermaye girişi olmuştur (Bkz.Tablo-1).

(Tablo-1)
Türkiye'de Yıllara Göre Yabancı Sermaye Yatırımları

Yıllar	İzin Verilen Yabancı Sermaye (Milyon \$)	Yabancı Sermayeli Firma Sayısı (**)	Fiili Giriş (Milyon\$) (***)
1993	2.063	2.554	746
1994	1.478	2.830	636
1995	2.938	3.161	934
1996	3.836	3.582	914
1997	1.678	4.068	852
1998	1.646	4.533	953
1999	1.700	4.950	813
2000	3.477	5.328	1.707
2001	2.725	5.841	3.288
2002	2.243	6.280	1.042
2003(*)	1.208	6.511	150
TOPLAM	24.992	---	12.035

Kaynak: Hazine Müsteşarlığı

(*) Haziran ayı itibariyle

(**) Birikimli

(***) 2003 Yılı Ocak-Mayıs itibariyle

Doğrudan yabancı sermaye yatırımları konusuna, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda da yer verilerek; doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının, ülkemizin üretim teknoloji ve kapasitesi ve rekabet gücüne katkısına önem verileceği, ihracata dönük ve yüksek katma değer yaratabilecek projelerin özendirileceği⁷ öngörülmüştür.

Türkiye'de, bütçeden ayrılan kaynaklar açısından yatırımlar, konsolide bütçe içerisinde oldukça düşük bir paya sahiptir. 2000-2004 yılları arasında yatırım ödeneklerinin konsolide bütçe toplamına oranı sırasıyla, %5, %4,7, %5,8, %5,5 ve %7,7 olmuştur. Yatırım harcamalarının GSMH içindeki payı da sırasıyla %1,97, %2,35, %2,52, %2,01 ve %1,80'dir (Bkz.Tablo-2 ve 3).

⁷ Uzun Vadeli Gelişmenin (2001-2023) ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planının (2001-2005) Temel Amaçları ve Stratejisi, DPT, Eylül 2000, s. 13.

(Tablo-2)
2000-2004 Yılları Arasında Türkiye'de Yatırım Harcamalarının Gelişimi

(Milyar TL)

Yıllar	Proje Sayısı	Toplam Proje Tutarı	Yatırım Ödeneği	Kesintili Bütçe Ödeneği	Yılsonu Ödeneği	Yılsonu Harcama	Konsolide Bütçe Ödeneği	Yatırımların Konsolide Bütçeye Oranı (%)	Yatırımların Yılsonu Ödenekleri İtibariyle Gerçekleşme Oranı (%)
2000	5321	86.219.268	2.352.000	2.351.784,8	3.093.035	2.475.116	46.713.341,6	5	69,2
2001	5047	105.205.568	3.500.000	3.469.629,0	5.010.051	4.149.580	48.359.962,0	4,7	67,7
2002	4414	166.799.927	5.736.000	5.735.940,0	8.810.865	6.891.836	98.131.000,0	5,8	75,1
2003	3851	187.110.313	9.000.000	7.998.500,0	7.998.500	7.179.667	143.444.500,0	5,5	89,7
2004	3555	196.100.000	11.900.000	11.662.000,0	12.531.549	8.050.334	149.858.129,0	7,7	64,2

Kaynak: DPT ve Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü

(Tablo-3)
2000-2004 Yılları Arasında Yapılan Yatırım Harcamalarının GSMH'daki Payı

(Milyar TL)

	2000	2001	2002	2003	2004
GSMH	125.596.129	176.483.953	273.463.168	356.681.000	428.932.000
Yatırım Harc.	2.475.116	4.149.580	6.891.836	7.179.667	8.050.334
Yat.Harc./GSMH	1,97%	2,35%	2,52%	2,01%	1,80%

Kaynak: Hazine Müsteşarlığı ve Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü

Yatırımların faiz dışı bütçe içindeki payı yıllar itibariyle sabit denilebilecek bir oranda seyrederken, konsolide bütçe içindeki payının bu kadar düşük olmasının başlıca nedeni, uzun yıllar süregelen bütçe açıklarının oluşturduğu borç faizlerinin bütçe içerisindeki ağırlıklı oranının artmasıdır. Kaynak sıkıntısı görülen yatırımların en erken zamanda tamamlanabilmesi ve ekonomiye kazandırılması için bütçe kaynaklarının yanında yerli ve yabancı sermayeden de yararlanmak gerekmektedir. Bu nedenle, ülkeye yabancı sermaye çekebilme hususu, Türkiye gibi kalkınma ve sürdürülebilir bir büyüme hedefleyen ülkeler için önemli bir ekonomik argümanı ve projelendirilmiş yatırımların öngörülen zamanda tamamlanması için kullanılabilir finansman kaynağını oluşturmaktadır.

3. Yabancı Sermaye Yatırımları ve Uluslararası Tahkim

Yatırım kararı alan bir yabancı firmanın, ekonomik ve siyasi istikrarın yanında bu kararı almasındaki önemli etkenlerden biri de, yatırım yapacağı

ülkedeki hukuk sisteminin işleyişidir. Yabancı yatırımcının, yatırım yaptığı ülkede karşılaşacağı hukuki muameleyi bilmesi, yatırım kararı vermesinde önemli rol oynamaktadır. Nitekim kar transferi, kamulaştırmaya karşı korunma, yerli yatırımcı ile aynı muameleye tabi olma gibi hukuksal güvenceler isteyen yabancı yatırımcılar, aynı şekilde ihtilaf halinde çözüm mercii olarak da ulusal yargı mekanizmaları yerine uluslararası tahkim kurallarını kullanmak istemektedirler.

Doğrudan yabancı yatırımcılar için uygun yatırım ikliminin sağlanmasında temel koşullarından biri de sistematik ve uluslararası düzeyde uygulanan hukuki koşulların varlığıdır. Nitekim dünya ölçeğinde, kar ve pazar payını artırma hedefinde olan yabancı yatırımcının hukuki açıdan yatırımlarının güvende olduğunu ve yatırımın tabi olacağı kuralları bilmemesi halinde, diğer koşullar olumlu olsa dahi yatırım yapması beklenemez. Yabancı yatırımcılarda temel hedef, en az risk ile en çok kar elde edilebilecek bir yatırımdır. Yatırımcının karşı karşıya bulunduğu ekonomik, siyasi ve politik risklerin yanında bir de yatırım yapılan ülkedeki hukuki belirsizliklerin oluşturduğu riskler de vardır. Özellikle altyapı, baraj, sulama v.b. büyük mali kaynak gerektiren alanlarda yatırım yapacak olan yabancı yatırımcının yatırımlarını ve gelirlerini hukuki anlamda koruma güdüsüne sahip olması doğaldır. Bu durumun temelinde yatan sorun, hukuki anlamda yatırımcının devletle karşı karşıya bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, yatırım yaptığı ülkenin idaresi ile muhatap olmasından kaynaklanan bir “eşitsizlik” söz konusudur. Dolayısıyla yatırım yapılan devletin, kamu gücüne dayanarak yabancı yatırımlar üzerinde tek taraflı hukuki işlemler yapabilme yetkisine sahip olması, yabancı yatırımcılar için bir risk faktörünü oluşturmaktadır.

Aslında, ortada karşılıklı bir çıkar ilişkisi söz konusudur. Bir tarafta yatırımlarından elde ettiği karları yükseltmek ve dünyadaki pazar payını artırmak isteyen yabancı sermayeli şirketler bulunurken, diğer tarafta ise yatırımlara kendi öz kaynaklarından çok az bir pay ayırabilen ve dolayısıyla bu yatırımları gerçekleştirebilmek için yabancı kaynaklara ihtiyacı olan devletler bulunmaktadır. Böyle bir ortamda yabancı sermayeli kuruluşların, gelişmekte olan ülkelere göre avantajları vardır. Bunlardan en önemlisi, yabancı sermaye çekmek isteyen birçok devletin bulunması ve yabancı yatırımcıların bu devletler arasında tercih yapabilmesi olanağıdır. Bunun neticesi, yabancı sermaye konusunda ülkeler arasında bir rekabetin yaşanıyor olmasıdır. Bir başka anlatımla uluslararası platformda yaşanan bu rekabet sonucunda, yatırımlara uygulanacak muameleler konusunda elde edilen kazançlar, bu ilişkide yabancı sermaye yatırımcılarını gelişmekte olan ülkelere göre avantajlı konuma getirmektedir. Oysa bu tür

ülkelerin yabancı sermayeler arasında tercih imkânı pek bulunmamaktadır. Çünkü yabancı sermayenin, yatırım yapmak için herhangi bir taviz veya kolaylık sunması söz konusu değildir. Hiçbir yatırımcıdan karı olmayan yerde yatırım yapması beklenemez.

Yatırımlar konusunda devletle karşı karşıya bulunmaları durumunda, yabancı yatırımcılar açısından, bir güvensizlik ve tedirginlik ortamı vardır. Özellikle, kamu hizmeti olarak görülen alanlarda yapılacak yatırımlara ilişkin yabancı yatırımcı ile idare arasında akdedilecek olan sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların, çözüm için yine idare ile aynı çatı altında bulunan yargı mekanizmalarına götürülmesi yabancı yatırımcılar açısından, çözümün objektif olmayacağı yönünde kaygılara sebep olmaktadır. Tam bu noktada, sözleşme ilişkisi içine girdiği idare ile eşit statüde olmak isteyen yabancı yatırımcıların tercihi, ulusal mahkemeler yerine uluslararası tahkim mekanizması olmaktadır.

Tahkim sisteminin, uyuşmazlık taraflarından herhangi biri ile hukuki bağlantısının olmaması, tarafları eşit statüde kabul etmesi, uluslararası ticari ilişkilerde anlaşmalara konu olması ve bu anlaşmalara birçok devletin üye bulunması, uyuşmazlık konusunda uygulanacak hukuk kurallarının taraflarca belirlenebilmesine imkan vermesi, tahkim sürecinin önceden belli kurallara bağlı olması ve süre olarak ulusal yargı süreçlerinden daha kısa zamanda sonuçlanması, tarafların bilgi ve belgelerin gizli tutulması gibi özellikleri tahkimin, yabancı yatırımcılar tarafından tercih edilebilirliğini artırmaktadır.

ULUSLARARASI TAHKİMİN TANIMI, NİTELİKLERİ, UYGULAMA ALANI

Ulusal ve uluslararası ticarete kısaca, herhangi bir uyuşmazlığın çözümünü hakemlere bırakma olarak tanımlanan tahkim; geniş anlamda, kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların tahkim şartı denilen bir akit hükmü uyarınca devlet yargısına başvurmadan anlaşmazlığın taraflarınca ve/veya yetkili kılınan şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan gerçek kişi veya kişiler veya bu alanda faaliyet gösteren kurumlar tarafından, görülen tahkim davası sonucunda verilen bir hakem kararı ile çözümlenmesidir. Tanımından da anlaşıldığı üzere tahkim, özel bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu nedenle, tahkim yolunun kullanılması ancak uyuşmazlık tarafları arasında bu konuda bir irade uyuşmasının var olması halinde mümkün olmaktadır.

1. Uluslararası Tahkim Nitelikleri

Hakem heyetlerinin uyuşmazlık tarafları veya bunların temsilcileri tarafından seçilebilmesi, tahkim davasında hakemlerin uyuşmazlık konusunda uygulayacakları usul ve hukuk kurallarının taraflarca belirlenebilmesi, hakem kararlarının nihai ve tarafları bağlayıcı olması gibi hususlar hemen her tahkim davasında bulunabilmektedir. Ancak tahkim davaları yine de tekdüze bir süreç niteliği göstermemektedir. Bu genel prensipler, tahkimin içeriği, tarafların milliyeti, tahkim mahalli, tahkim usul hukuku ve ihtilafın karakterine göre değişiklik arz edebilmektedir.⁸

1.1. Tahkimin Uluslararası Niteliği

Ticari ilişkilerin uluslararasılaşması ve birbirleri ile uyumlu olmayan ülke mevzuatının tahkim konusunda farklı kurallar içermesinden dolayı, ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkim mekanizması daha yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Tahkimin uluslararası niteliğini belirlemede tek bir ölçüt bulunmamaktadır. Burada tarafların milliyeti, taraflar arasında var olan sözleşmenin niteliği, toprak esası gibi farklı ölçütler kullanılabilir.

1958 tarihli New York Sözleşmesi’nin 1. maddesinde sözleşme hükümlerinin, gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, tanınması ve uygulanması istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınması ve uygulanması hakkında uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylece Sözleşme’de, hakem kararının tabiiyetinin, tahkim yerinin bulunduğu ülke toprakları (toprak esası) olduğu kabul edilmiştir.

Tahkim müessesesinin ulusal veya uluslararası olup olmadığını belirlemede genellikle “uluslararası sözleşme” kavramı kullanılmaktadır. Bu konudaki klasik görüş, sözleşmenin vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken, sözleşmenin konusu olan şey, hizmet veya ödemeler olarak yabancı bir unsur taşınması halinde, bir uluslararası sözleşmeden bahsedilebileceği yönündedir. Günümüz yaklaşımlarında ise, tahkim şartının veya tahkim sözleşmesinin varlığını oluşturan ana sözleşmenin ekonomik karakteri tahkimin uluslararası nitelikte olup olmadığını ortaya koymaktadır. Bu yaklaşıma göre uluslararası olma karakterini tespit, sözleşmenin ekonomik karakteri ön planda tutulmakta ve uluslararası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeler, şahsi ve coğrafi

⁸ Uğur EMEK, **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT, Haziran 1999, s. 7.

anlamda yabancılık unsuru taşımasa veya bu unsur zayıf olsa dahi uluslararası sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁹

1.2. Tahkimin Ticari Niteliği

Tahkim mekanizması, ticari nitelikte sayılan durumlarda kullanılmaktadır. New York Sözleşmesi’nin 1. maddesinin üçüncü fıkrasında; *“her devlet Sözleşme’nin tabikini, akdi veya akdi olmayan hukuki münasebetlerden mütevellit ibtilaflar arasından kendi milli kanununa nazaran münhasıran ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini açıklayabilir”* denilerek, sözleşmeyi imzalayan devletlere, sözleşme hükümlerini kendi iç hukuk kurallarının ticari iş mahiyetinde saydıkları işler hakkında uygulayabilmeleri imkânı sunulmuştur.

UNCITRAL Model Kanununun 1. maddesinde geçen ticari terimini açıklayan dipnotta, Kanun’da kullanılan bu terimin kapsamına girecek ilişki türleri sayılmıştır. Ancak bu sayma yolu ile açıklama, sınırlayıcı değildir. Kanunda ticari nitelikte sayılan ilişkilerden bazıları şunlardır: Mal ve hizmet alışverişi, acentelik, factoring, leasing, müteahhitlik, yatırım, bankacılık, kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri, ortak girişim, deniz, hava, demiryolu veya karayolu taşımacılığı.

1.3. Tahkimin Hukuki Niteliği

Tanımından da anlaşılacağı üzere tahkim, devletlerin yargı organlarından bağımsız ve kendine özgü nitelikleri olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Uyuşmazlık tarafları ya önceden belirlenmiş hakem listelerinden hakem tayin etmekte ya da tahkim kurumu tarafından hakem tayini yapılmaktadır. Bu durum, kimi yazarlara göre tahkim kuruluna hukuki bir kurum olma niteliği vermeyi önmektedir. Bir diğer kesim ise, tahkim mekanizmasını içeren anlaşmaların devletler genel hukukuna tabi olmasına karşın, tahkimin kendisinin uluslararası hukuka tabi olmadığı görüşünü savunmaktadırlar.¹⁰ Buna göre, uluslararası tahkim kurullarındaki ana kurallar sadece tahkim heyetinin nasıl seçileceği, nasıl çalışacağını hükme bağlamaktadır; ancak uyuşmazlık hakkında nasıl karar verileceği konusunda herhangi bir kural içermemektedir.

⁹ Uğur EMEK, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁰ Nurkut İNAN, “İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası, 1998, s. 16-20.

Diğer taraftan uluslararası anlaşmalarda yer alan tahkime ilişkin maddelerin taraf devletler tarafından uygulanmaması, uluslararası hukuk bakımından sorumluluk gerektirmektedir. New York Sözleşmesi’nin 3 üncü maddesinde; *“akit devletlerden her biri hakem kararının muteberliğini tanıyacak ve kararın öne sürüldüğü memlekette cari prosedür kaidelerine tevkiyan, aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde, bunun icrasına hüküm verecektir...”* denilerek, sözleşmeye taraf devletler için hakem kararlarını uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Aynı şekilde, 1965 tarihli Washington Sözleşmesi’nin 25. maddesinde de; *“merkezin yargulama yetkisi, akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyumsuzluk haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyumsuzlukları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.”* denilerek, ICSID tahkimini kabul eden tarafların bu kabullerini tek taraflı geri alamayacakları hükme bağlanmaktadır.

Benzer bir şekilde devletlerin kendi aralarında yaptıkları ikili yatırım anlaşmalarında da tahkim sonucunda hakem kurulu tarafından verilecek olan kararın nihai ve tarafları bağlayıcı olacağını baştan kabul ettikleri görülmektedir. Tahkimin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların ötesinde günümüzde uluslararası hukuk kurallarının ana kaynaklarından olan anlaşma ve sözleşmelerde tahkim konusunun düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, konunun uluslararası hukuk düzeyinde kabul edildiği açık bir şekilde görülmektedir.

Türkiye açısından bakıldığında, Anayasa’nın 90 ıncı maddesi hükmüne göre, usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmünde sayılmış ancak, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurma imkânı tanınmamıştır. Dolayısıyla tahkime yönelik veya tahkim hükümleri içeren ve usulüne uygun olarak iç hukukta yürürlüğe konulan uluslararası anlaşma ve sözleşmeler kanun hükmündedirler. Anayasa’ya aykırılıklarının öne sürülebilmesi de bu tür anlaşma ve sözleşmelere, kanunlara göre görece bir üstünlük atfedildiği sonucunu ortaya koymaktadır. Türkiye’nin tahkime ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olması ve akdetmiş olduğu yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarında tahkime yer verilmiş olması da uluslararası alanda tahkimin Türkiye tarafından kabul edilmiş olduğunu göstermektedir.

Taraflar arasındaki herhangi bir uyumsuzluğun tahkime götürülebilmesi için tarafların, aralarındaki hukuki ilişkiyi tanımlayan sözleşmelerinde çok açık ve kesin şekilde tahkime ilişkin irade beyanında bulunmuş olmaları gerekmektedir.

Sözleşmeye konulan bu hükümler, tahkim şartı olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte, taraflar aralarındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak ana sözleşmeye hüküm koyma yerine aralarında müstakil bir tahkim sözleşmesi de yapabilirler. Tahkim sözleşmesi/şartının yazılı olması geçerlilik şartıdır. Tahkim sözleşmesinde/şartında ihtilafın tahkimle çözümleneceği konusunda hakem mahkemesine münhasır yetki verilmiş olmalıdır.

2. Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Uluslararası Tahkimin Kullanılma Nedenleri

Yabancı yatırımcıların, yatırımlarının korunması ve teminatına yönelik tedirginliğin giderilmesi çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıkan tahkimin tercih edilmesi şu nedenlere dayanmaktadır:

- *Ulusal Hukuk Mevzuatına Karşı Olan Güvensizlik/Rahatsızlık*: Genellikle bir tarafın devlet diğer tarafın ise yatırımcı olduğu uyuşmazlıklarda yabancı yatırımcının, devlet mahkemelerinin soruna objektif yaklaşamayacağı veya tam bağımsız olamayacağı yönünde kaygı taşınmasına neden olabilmektedir.

- *Tabkim Sürecinin Kısa Olması*: Ulusal yargı sürecinin yürürlükte bulunan maddi ve usul hukuku hükümleri ile bağlı olması, ulusal mahkemelerin davalarını bu hükümler doğrultusunda görmelerini gerektirmektedir. Bunun nedenle bir davanın ne zaman sonuçlanabileceği önceden kestirilememektedir. Ayrıca mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun bulunması, yatırımcı açısından ilave bir zaman kaybı ve maliyet anlamına gelmektedir. Bu yüzden, yabancı yatırımcıların hem zaman kazanma hem de geleceğe yönelik belirsizlik riskini minimuma indirme amacıyla tahkimi tercih ettikleri gözlemlenmektedir.

- *Özel Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olması*: Tahkim, esas itibarıyla tarafların iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle, hakemler ulusal mahkemeler gibi maddi ve usul hukuku kuralları ile bağlı değildir. Uyuşmazlık tarafları hakemleri, tahkim yeri ve yöntemini tespit etmekte, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler.

- *Tabkim Sürecinin Süratli Olması*: Bazı ülkelerde genel mahkemelerde kısa sürede netice almak, gerek usul hükümlerindeki prosedürün teferruatı, gerekse mahkemelerin yükünün fazlalığı nedeniyle mümkün olmamaktadır. Buna karşılık tahkim süresinin genelde sınırlanmış olması, tatilin söz konusu olmaması, hakemlerin genellikle çok az uyuşmazlık dosyasına sahip olmaları nedeniyle uyuşmazlık konusundaki inceleme ve çalışmalarının daha süratli, kolay ve aralıksız olması tahkimi tercih edilebilir kılmaktadır.

- *Hakemlerin Tarafsız/Uzman Kişilerden Oluşması:* Özellikle yatırımcı açısından uyuşmazlığı çözecek kişi veya kurumun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması önem arz etmektedir. Bunun nedeni, uzman kişilerin konu hakkında bilgi ve tecrübesinin olması, tarafsız olması ve bu kişinin vereceği kararın daha fazla güvenilir olmasıdır.

- *Kullanılan Dil:* Mahkemeler, genellikle iddia ve kanıtların kendi ulusal dillerinde sunulmasını istemektedirler. Bu durum uyuşmazlıkların taraflarından en az birisi için kullanılan iletişim dilinden farklı bir dilin kullanılması anlamına gelmektedir. Tahkimde ise taraflar, iş ilişkilerini sürdürdükleri ve anlaşabilecekleri dili kullanma imkânına sahiptirler.

- *Tahkim Sürecinin Gizli Olması:* Tahkim davası, hakem heyeti ve tarafların bulunduğu bir ortamda kamuoyuna kapalı olarak görüldüğü için, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın dayandığı bilgiler sadece hakemlerin elinde olmakta, bu bilgiler üçüncü kişilere aktarılamamaktadır.

- *Tahkim Kararlarının Uygulama Yaygınlığı ve Kolaylığı:* Tahkimin uluslararası ticarete tercih edilmesindeki en ciddi ve kapsamlı neden, ulusal mahkeme kararlarına oranla hakem kararlarının uygulanmasındaki yaygınlık ve kolaylıktır. Örneğin günümüzde, New York Sözleşmesi’ne 133, Washington Sözleşmesi’ne de 153 ülke taraftır.

3. Uluslararası Tahkim Uygulama Alanı

Uluslararası tahkim uygulamasının genellikle uluslararası ticari ilişkiler sırasında veya sonucunda ortaya çıkmış olması hesaba katıldığında, en geniş manada, tahkimin uygulama alanının uluslararası ticaret olduğunu söylemek mümkündür. New York Sözleşmesi’nin 1. maddesinde sözleşmenin uygulanacağı haller belirlenmiştir. Buna göre; Sözleşme’nin uygulama alanı, sözleşme üyesi devlet toprakları dışında bir devlette verilmiş olan hakem kararları ile o devlet tarafından milli sayılmayan hakem kararlarının uygulanması olarak belirlenmiştir. Bunun yanı sıra, 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne göre, uluslararası ticari işlerden kaynaklanan ve işlem merkezleri farklı ülkelerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, Sözleşme’nin uygulama alanına girmektedir.

Washington Sözleşmesi’nin 25. maddesinde; “Merkezin yargılama yetkisi, akit ülkeler ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.” denilmektedir.

Bu üç uluslararası sözleşmede de kapsama girecek olan uyumsuzluğun ticari veya yatırım niteliklerinin ne olması gerektiğine veya hangi tür ilişkilerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik bir tanımlamaya rastlanılmamaktadır. Buna karşılık UNCITRAL Model Kanununda uygulama alanına yönelik bir tanımlamaya yer verilmiştir. Şöyle ki, Kanun o devlet tarafından taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri saklı kalmak üzere, milletlerarası ticari tahkime uygulanır. Ancak Kanunun 1. maddesinde uygulama alanı, tahkim yerinin o devlette bulunduğu hallerle sınırlanmıştır.

ULUSLARARASI TAHKİME İLİŞKİN TÜRKİYE’DEKİ GELİŞMELER

1. Anayasa Değişiklikleri

Türkiye’de uluslararası tahkimi anayasal bir temele kavuşturan düzenleme, ilk kez, 4446 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Ancak, Anayasa’da yapılan bu değişiklik sadece uluslararası tahkimin kabulüne yönelik değildir. Bu, tahkimle dolaylı veya dolaysız bağlantıları bulunan özelleştirme ve kamu imtiyaz sözleşmelerindeki yargı denetimine ilişkin olarak Anayasa’da düzenleme öngören bir değişiklik paketi niteliğindedir.

4446 sayılı Kanunun Gerekçesinde, Anayasa’da değişiklik yapılmasının nedenleri şöyle açıklanmıştır: “Ülkemizin son onbeş yılının gündeminde önemli yer tutan, gelecek yıllarda da gündemin ön sıralarında yer alacağı kuşkusuz olan özelleştirmenin hukuki temelini Anayasa’da düzenlenmesi uygun görülmüştür... Ülkemizin, yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan sorunların çözümü önemli bir yer tutmaktadır. Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde gerek çok taraflı sözleşmelerde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye’nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasa’da yer verilmesi uygun olacaktır.... Özetle, Anayasa’nın konuya ilişkin hükümlerinin ülkemizin ihtiyacı olan yatırım ve hizmetlerde uygulanacak evrensel ilke ve uygulamalara paralel bir biçimde değiştirilmesi zorunluluğuna bağlı olarak ülkemizin kalkınması için büyük önem taşıyan çağdaş hukuk ilkelerine Anayasa’da yer verilmesi amacıyla, Anayasa’da değişiklik öngören bir kanun teklifi hazırlanmıştır.”

Ancak, bu Anayasa değişikliği teklifinin temel nedeni, 3996 sayılı Kanunun “Sözleşme” başlıklı 5. maddesinin bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağına ilişkin hükmünün, Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmesi ve Danıştay’ın da iptal kararı doğrultusunda incelediği kamu imtiyaz sözleşmelerinden tahkim kaydını çıkarmasıdır. Nitekim değişiklik teklifi hakkında TBMM Genel Kurulu’nda yapılan görüşmeler sırasında, hükümet adına yapılan konuşma da bunu doğrulamaktadır: Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararını –şu andaki uygulamada yaptığı gibi- yorumlamayıp, sözleşmelerde, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, bugün TBMM Anayasasını değiştirmek zorunda kalmazdı.¹¹

1.1. Anayasa’nın 47. Maddesine İlişkin Değişiklik

1982 Anayasası’nın 47. maddesinde 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmet ve yatırımların özelleştirilmesi suretiyle özel hukuk kişilerine yaptırılmasına imkân vererek, Anayasa açısından hukuksal zemin yaratmıştır. 4446 sayılı Kanunun 1. maddesi ile Anayasa’nın 47. maddesinin kenar başlığı “E. Devletleştirme ve özelleştirme” olarak değiştirilmiş ve anılan maddeye üçüncü ve dördüncü olmak üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Yapılan bu değişiklikte özelleştirme konusu, ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. 47. maddedeki değişiklikte, bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla belirlenmesi, öbür yandan kamu tüzelkişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilir veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi amaçlanmıştır. Yani kısaca, hangi kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleri ile gördürüleceğini yasa koyucu belirleyecektir. Yasa koyucuya bir takdir yetkisi tanımaktadır.¹²

¹¹ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Mustafa Cumhur ERSÜMER’in TBMM Genel Kurulu’nda yapmış olduğu konuşma, **TBMM Tutanak Dergisi**, Cilt: 9, 46 ncı Birleşim, 10.08.1999, s. 69.

¹² Metin GÜNDAY, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, **Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye**, Türkiye Cumhuriyet

1.2. Anayasa’nın 125. Maddesine İlişkin Değişiklik

Kanun teklifinin tahkim ile doğrudan ilgili olan tek maddesi Anayasa’nın 125. maddesine bir ek cümle eklenmesini öngören 2. maddesidir. Değişiklikten önce Anayasa’nın 125. maddesinde, uluslararası tahkime ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakta, uygulama ise ulusal tahkime ilişkin MÖHUK hükümleri ile uluslararası alanda imzalanan sözleşme ve ikili anlaşma hükümleri doğrultusunda yürütülmekteydi.

Anayasa’nın “Yargı Yolu”nu düzenleyen 125. maddesine ilişkin değişiklik teklifinde, anılan maddenin birinci fıkrasında; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir.” hükmü ikinci cümle olarak eklenmiştir. Kanun teklifinin Genel Kurul’da görüşülmesi esnasında verilen ve kabul edilen bir önergeyle teklif; “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” halini almıştır. Bunun nedeni, değişiklik teklifinin ilk halinin hiçbir yabancı unsur taşımayan, hiçbir yabancıyı ilgilendirmeyen, taraflarından birinin Türk Devleti olduğu bütünüyle milli bir uyuşmazlığı uluslararası alanda yabancı hukuk kurallarına göre yabancı hakemler vasıtasıyla çözmenin “milli egemenlik” kavramı ile bağdaşmayacağına ilişkin tereddütleri gidermektir.

Görüldüğü gibi, bu değişiklik teklifi ile kamu imtiyaz sözleşmeleri ve şartlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların çözümü için ulusal yargı yerine tahkim mekanizmasının kullanılabilmesine olanak tanınmaktadır. Buna göre, imtiyaz sözleşmesi veya şartlaşması özelliğindeki sözleşmelerde tarafların, sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda ulusal veya uluslararası tahkim yolunu kullanacaklarına dair hüküm koyma imkânı yaratılmış ve buna anayasal bir dayanak oluşturulmuştur. Buna karşılık, sözleşmeden doğan ve sözleşmeyle ilgili, fakat sözleşmeden ayrılabilen idari işlemler ve kararlara ilişkin uyuşmazlıklar, yine iptal ve tam yargı davasına konu olabileceklerdir.

1.2.1. Uluslararası Tahkimin Kabulüne Yönelik Eleştiriler

Genel anlamda uluslararası tahkim mekanizmasına, özelde ise Anayasa’nın 125. maddesinde değişiklik öngören kanun teklifinin uluslararası

Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2001, s. 189.

tahkimi düzenleyen bölümüne yönelik eleştiriler ve kaygılar, aşağıda sayılan alanlarda yoğunlaşmıştır:

- Yabancı sermayenin ulusal hukuk kuralları ile bağlı olmaması, bu tür sermaye sahiplerine ekonomik ve siyasi kontrol sağlama imkanı vermektedir.

- İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde Danıştay devreden çıkarılmaktadır.

- Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idare hukukuna tabi sözleşmeler olup aslında karma nitelikli sözleşmelerdir. Kamu hukuku imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle belli bir kişiyi, imtiyazcuyu önceden hazırlanmış bulunan şartnamede belirlenmiş bir statüye sokar. Genel, soyut, objektif bir statüye sokar ve dolayısıyla idare hukuku deyişimiyle imtiyaz sözleşmeleri bir yönüyle şart işlemidir. Belli bir kişinin şartnamede belirlenen hukuki statüye sokulmasında bir hukuka aykırılık savıyla uyumsuzluk ortaya çıkarsa bu takdirde kuşkusuz böyle bir uyumsuzluk tahkimle çözümlenemez.¹³

- İmtiyazlı alan, özü itibarıyla kamu alanıdır ve bu alanda tahkim söz konusu olmamalıdır.

- Tahkim mekanizması, Türk yargı sistemindeki ana bölümlenme olan adli yargı-idari yargı ayrımını zedelemektedir.

- “İmtiyaz sözleşmesi yapacak yabancılar, uzun sözleşme sürelerini garantiye almak arayışındadırlar. Şartların değışmesi halinde, fiyatta ve imtiyazın kapsamında bir anlaşmazlık çıkması halinde Türk hukuk sistemi dışında kalmak, anlaşmazlığı hakem ile çözmek istenmektedir.”¹⁴

- Ulusal idari yargının devre dışı bırakılması, birey haklarının, çevre ve sağlık haklarının savunulmasını geriletir; yabancı yatırımcıların hak ihlalleri karşısında vatandaşların bireysel başvuru ve yargı hakkı pratikte ellerinden alınmış olmaktadır.

- Uluslararası tahkim isteminin altında kürselleşme ile yayılmaya çalışan yeni bir düzenin hukuki temellerini oluşturmak ve insanlar üzerinde bu sistemi meşrulaştırma çabaları yatmaktadır.

- Tahkim, anlaşmazlıkların herkese açık mahkemelerde değıl, gizli olarak çalışan hakemler aracılığıyla çözümünü öngörmektedir. Bu gizlilik, hakem kararları hakkında kuşkuvarı da beraberinde getirmektedir. Kamu hizmetinin

¹³ Metin GÜNDAY, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁴ Güngör URAS, “Sorun Tahkim’de Değıl İmtiyaz’da”, **Milliyet**, 30.07.1999.

görülmesi ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yargılamanın tahkime bırakılarak “kamudan gizli” tutulması bir çelişki oluşturmaktadır.

- Amacı, kamu yararı olan ve “kamu hizmeti” veren devlet ve yerel yönetimler ile amaçları kar olan ticari şirketler “eşit” statüde tanımlanamayacakları için aralarındaki anlaşmazlıkların ulusal yargıda, önceden belirlenmiş hukuk kuralları uyarınca hakimler tarafından karara bağlanması gerekmektedir.¹⁵

- Hakemlerin uyuşmazlık halinde temel aldıkları tek ölçü taraflar arasında yapılan sözleşme şartlarıdır. Sözleşme şartları dışındaki hiçbir ulusal veya uluslararası hukuk normları dikkate alınmaz ve hakemlik müessesesi her davada farklı bir sözleşmeyi esas aldığı için, evrensel ve değişmez hukuk kuralları oluşturulamaz. Hukuken geçerli mahkeme oluşumunda savcı (iddia makamı), avukat (savunma makamı) ve yargıçtan (karar makamı) oluşan bir yapı vardır. Mahkemelerde davalara ulusal ya da uluslararası yazılı hukuk normlarına göre bakılır ve karara bağlanır. Uluslararası hakem (tahkim) heyetlerinde hukukçu bulunması gerekmez. Hakem heyetinin aldığı kararlar kesindir ve tarafların bir üst hakeme gitme hakkı yoktur.¹⁶

- Sosyal devlet anlayışının gereği olarak devletin temel görevlerinden birisi olan kamu yararını koruma, kamu hizmeti alanındaki imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin Danıştay’ın denetiminden çıkarılması ve bu konuların uluslararası tahkime açılması yolundaki düzenlemeler ile zedelenmektedir. Ulus devletin temel gereklerinden biri olan ulusal yargının egemenliği de tahrip edilmiş olmaktadır.¹⁷

1.2.2. Uluslararası Tahkim Lehindeki Görüşler

Uluslararası tahkimin, Anayasa’da düzenlenmesi gerekliliğini savunan görüşler aşağıdaki argümanlara dayandırılmaktadır:

- İç hukukumuzda ulusal tahkime ilişkin düzenleme yer alırken uluslararası tahkime ilişkin kapsamlı bir düzenlemenin olmaması yabancı yatırımcıları ülkeye çekme konusunda sıkıntılar doğurmaktadır.

¹⁵ Özlem YÜZAK ve Mutlu DEMİRKAN, “Uluslararası Tahkimin Öyküsü”, **Cumhuriyet**, 24.07.1999.

¹⁶ www.antimai.org/kitap/tahkim.htm, Erişim Tarihi: 06.05.2005.

¹⁷ Koray DEĞİRMENÇİ, “Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Küresel Hukuk Kurulmasına İlişkin Diğer Gelişmeler”, **Türk-İş Dergisi**, Haziran-Temmuz 2001, Sayı: 345.

- Türkiye imzaladığı ikili ve genel nitelikli anlaşma ve sözleşmelerde tahkimi kabul etmiş ve büyük kısmını usulüne uygun olarak yürürlüğe koymuştur. Bu anlaşma ve sözleşmeler Anayasa'nın 90 ıncı maddesine göre kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Milli menfaatlerimize aykırı anlaşmanın imzalanması ve uygulanması söz konusu olmadığına göre uluslararası alanda kabul edilen tahkim mekanizmasının ulusal planda da Anayasal bir niteliğe bürünmesi gerekmektedir.

- Özel hukuk ilişkilerinde zaten uygulanmakta olan tahkimin, bir tarafını Devletin diğer tarafını ise özel kişilerin oluşturduğu kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde de kullanılmaması sorunu, yabancı yatırımcıların yatırım yapma konusunda çekingen davranmalarına neden olmaktadır.

- Bütçe kaynakları kıt, ihtiyaçları sınırsız olan ülkelerde, tabii kaynakların işletilmesi, çağdaş teknolojilerin ekonomiye kazandırılması amacıyla yabancı yatırımcıların yatırım yapmaya teşvik edilmesi, kalkınma yolunda önemli bir araçtır.

- Ülkenin kalkınması, çağdaş teknolojilerin ülkemizde uygulanabilmesi için yabancı sermaye ve getireceği teknolojilere ihtiyaç duyulmaktadır ancak, yabancı sermaye yatırım yapacağı ülkelerde hukuki güvenceler aramaktadır. Bu noktada tahkim, önemli bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak ortaya çıkmaktadır.

- Uluslararası hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara iç hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsemiş olduğu tahkime, bu yaklaşımla, Anayasa'da yer verilmesi uygun olacaktır.

- Türk hukuk sistemi, tahkimi eskiden beri kabul etmiştir. Hukuki ve ticari uyuşmazlıkların çözümü hakim kararıyla mahkemede yerine getirilebildiği gibi, hakem kararıyla da bu nitelikteki uyuşmazlıklara çare bulmak mümkündür. Tahkim hukukumuzda yabancı bir müessese değildir.

- Uluslararası anlaşmalarda mütekabiliyet ilkesi gereği Türk müteşebbislerinin yatırımlarına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim müessesesinin uygulanabilmesi için ülkemizde de tahkimin kabul edilmesi gerekmektedir.

- "Türk kamu kurumlarının veya Türk Yüksek Mahkemelerinin, Devletin anlaşma ile kabul ve taahhüt ettiği bir düzenlemeyi yok farz etmeleri; Devletin imza koyduğu anlaşmalarla uyuşmazlıkların çözüm metodu olarak kabul ettiği bir

usulü, kamu kurumları veya mahkemelerin uygulamada reddetmeleri, Uluslararası Hukuk bakımından kabul edilemez.”¹⁸

- Hukuk sisteminin ve potansiyel ihtilafların çözüm risklerini önceden analiz edemeyen dış yatırımcı, belirsizliğe adım atmamaktadır. Bu nedenle uluslararası tahkim, dışarıdan gelen ve gelişmeye katkı sağlayan, girişimci yönünden hukuk alanındaki belirsizliği ortadan kaldıran bir teminat niteliğindedir.

- İmtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda tahkime gidilmesi, uygulama hakkı saklı kalmak kaydıyla, Türkiye’nin uluslararası piyasalarda etkin olmasını ve uluslararası alanlarda, yeni gelişen şartlardaki yabancı sermaye ve teknoloji imkanlarından yararlanması olanağını getirecektir.

- Dünyadaki ekonomik ve hukuki gelişmelerin ışığında, uluslararası alanda rekabet edebilecek hukuk altyapısını tamamlayacak girişimlerde bulunulması kaçınılmazdır.

- Türkiye’nin ihtiyacı olan altyapı ve enerji yatırımlarını, yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapma niyetinde olan yabancı yatırımcılar, diğer ülkeler tarafından tanınan tahkim hakkını ülkemizden de beklemekte, aksi takdirde yatırım yapmamaktadırlar.

- Yabancı yatırımcılardaki genel kanı, doğru veya yanlış, ulusal mahkemelerin ilke olarak devlet teziyle bağlı olması; ulusal mahkemelerin yapı ve nitelikleri gereği, tahkim mahkemeleri gibi pratik, hızlı, basit bir usul üzerine değil, bürokratik bir usul üzerine kurulmuş olmaları nedeniyle Danıştay incelemesinin uzun sürmesi ve yatırımların gecikeceği yönündedir.¹⁹

- Küreselleşme denen ekonomik değişimin özünde, ürünlerin ve sermaye, işgücü, bilgi gibi üretim faktörlerinin serbest dolaşım ilkesi yatmaktadır. Bu serbestlik ilkesi, bir yandan da, özel girişime daha fazla rol verilmesini gerektirmektedir. Tahkim konusundaki değişiklik, Türkiye’nin küreselleşme denilen sürece ayak uydurma çabalarının bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

- Türkiye’nin uyuşmazlık çözüm yöntemlerindeki isteksizliği egemenlik kavramı üzerindeki hassasiyetten kaynaklanmaktadır. Hâlbuki yerel tahkimin ve uluslararası tahkimin kabul edilmesi, milli kanun koyucunun iradesiyle

¹⁸ Cemal ŞANLI, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası, 1998, s. 46.

¹⁹ **TBMM Tutanak Dergisi**, Cilt:9, 46 ncı Birleşim, 10.08.1999, s. 62.

gerçekleşmektedir. Kanun koyucu buna cevaz vermediği müddetçe, o ülkenin toprakları üzerinde, sivil vasıflı yani resmi sıfatı olmayan insanların bir yargılama yapıp, karar vermeleri mümkün değildir. Dolayısıyla, sivil yargılama yöntemlerinin egemenlikle ilişkilendirilmesi doğru bir yaklaşım değildir.

1.3. Anayasa’nın 155. Maddesine İlişkin Değişiklik

Anayasa’nın Danıştay’a ilişkin 155. maddesindeki değişikliğin ana nedeni, kamu hizmeti imtiyazı niteliği taşıyan sözleşmelerde uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelere yer verebilme imkânını yaratmaktır. Bu değişiklik doğrudan olmasa bile dolaylı olarak uluslararası tahkime yöneliktir. Daha önce de belirtildiği gibi, yapılan bir kanuni düzenleme (3996 sayılı Kanun) ile kamu imtiyaz sözleşmeleri özel hukuka tabi kılınmış ancak Anayasa Mahkemesi, Kanunun bu hükmünü iptal etmiştir. Danıştay da Anayasa tarafından kendisine verilen imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisini kullanırken, tahkim kaydını içeren sözleşmelerden bu kaydı, bu tür sözleşmelerin idari yargı alanına girdiği gerekçesi ile çıkarmıştır. Bu sorunun aşılabilmesi amacıyla Anayasa’nın Danıştay’a ilişkin 155. maddesinin ikinci fıkrası da değiştirilmiştir.

4446 sayılı Kanununun 3. maddesiyle teklif edilen değişiklikle, 155. maddenin ikinci fıkrasının; “Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.” şeklinde yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür.

Getirilen değişiklik teklifi ile maddeye kamu hizmeti kavramı eklenerek Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek görevi, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler hakkında düşüncelerini bildirmek olarak değiştirilmiştir. Teklif, Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilmiştir. Teklifin Genel Kurul’da görüşmeleri devam ederken verilen ve kabul edilen bir önergeyle iki aylık süre sınırı getirilmiştir. Böylece Anayasa’nın 155. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin değişiklik teklifi; “*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.*” olarak son halini almıştır.

2. Kanuni Düzenlemeler

2.1. 4686 Sayılı Kanun

1999 Anayasa değişikliği ile Anayasa’ya zaten girmiş olan uluslararası tahkim kurumunun işleyişine ilişkin esas ve usullerin kanunla belirlenmesi ihtiyacı karşısında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe konmuştur. 4686 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçtiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. Kanun hükümleri, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradeleri dışındaki uyuşmazlıklara uygulanmaz.

2.1.1. Uyuşmazlıklarda Yabancılık Unsurunun Tespiti

4686 sayılı Kanununun 2. maddesi ile yabancılık unsuru belirlenmiştir. Kanununun 2. maddesinde, yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin “milletlerarası nitelik” kazanacağı ifade edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, yeni yasa uyarınca bir tahkimin milletlerarası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurlar değil uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurlardan hareket edilerek yabancı unsurun tespit edilmesidir.²⁰

Kanunun, uyuşmazlığı yabancı unsurlu kılan ve bu durumda tahkime milletlerarası nitelik kazandırdığını belirlemiş olduğu haller şunlardır:

- Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

- Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması,

b) asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması.

- Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için

²⁰ Ziya AKINCI, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yılı: 2001, Sayı: 4.

yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

- Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

2.1.2. Tahkim Anlaşması ve Şekli

4686 sayılı Kanununun 4. maddesine göre tahkim anlaşması; tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim kaydı asıl sözleşmede yer alabileceği gibi taraflar, asıl sözleşmeden ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapabilirler.

Tahkim şartının şekil şartı yazılı olmasıdır. Ancak çağın gereklerine uygun olarak elektronik ortamda akdedilen tahkim sözleşmeleri de şeklen geçerli sayılmıştır. Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartı ise, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olarak yapılmış olmasıdır.

2.1.3. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçimi

Hakem veya hakem kurulunun seçimi, Kanununun 7. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre uyuşmazlık tarafları hakemlerin sayısını, tek sayı olmak kaydıyla, tespit etmekte serbestirler. Böyle bir tespitte bulunulmamış ise üç hakem seçilecektir. Ancak gerçek kişiler hakem olarak seçilebilir. 7. maddede sayılan hakem seçimin yapılamadığı hallerde, hakem seçiminde yetkili mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Tek hakem seçiminde bu tek hakemin, üç hakem seçilecek ise hakemlerden ikisinin uyuşmazlık tarafları ile aynı milliyetten olmaması gerekmektedir.

Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığı hakkındaki şüpheleri haklı gösterecek hal ve şartlarını açıklamak zorundadır. Uyuşmazlık taraflarının önceden bilgi sahibi olmamaları halinde hakem, kendisi hakkında sonradan ortaya çıkabilecek durumları gecikmeksizin taraflara bildirmekle yükümlüdür. Hakem taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip değilse, tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcutsa, hakemin tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösterecek durumlar gerçekleşir ise, reddedilebilir.

2.1.4. Tahkim Yeri, Süresi, Kullanılan Dil ve Duruşma

Tahkim yeri seçiminde, taraflar veya onların seçmiş olduğu tahkim kurumu tamamen serbesttir. Tahkim yeri konusunda herhangi bir anlaşma mevcut değil ise, hakem veya hakem kurulu olayın niteliklerine göre tahkimin yapılacağı yeri belirler. Taraflar tahkim sürecinde kullanılacak dil olarak, Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi dili olarak belirlemekte serbesttir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin seçilmiş olduğu davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlediği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hakem veya hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Tahkim kurulu kararını oy çoğunluğu ile alır ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

Hakem veya hakem kurulu, delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılmasına karar verebileceği gibi, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesine de karar verebilir. Taraflar, aksini kararlaştırmadıkları sürece, hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin isteği üzerine tahkim yargılamasının uygun bir aşamasında duruşma yapılmasına karar verebilir.

2.1.5. Tahkim Giderleri

Tahkim sürecinde yapılan giderlerin içeriği ve ödenmesine ilişkin hükümler, Kanununun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tahkim giderleri, hakem ücretleri ile yargılama giderlerinden oluşmaktadır. Genel prensip olarak hakem ücretleri, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılır. Böyle bir anlaşmanın olmaması, tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması ve taraflarca bu konuda yerleşmiş milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunulmamışsa, hakem veya hakem kurulunun ücretleri her yıl Adalet Bakanlığı tarafından ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir.

Hakem ücretleri dışında yargılama giderleri ise; hakemlerin seyahat giderleri ile diğer masraflarını, bilirkişi ve yardımına başvuru diğer kişilere ödenen ücret ve keşif bedellerini, tanıkların seyahat ve diğer giderlerini, hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekalet ücretini, yargı harçlarını ve tahkim yargılamasına ilişkin bildirim giderlerini kapsamaktadır. Aksi kararlaştırılmadıkça, yargılama giderleri ile hakem ücretleri haksız çıkan tarafa yüklenir. Davada her iki

taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri ile hakem ücretleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır.

2.2. 4501 Sayılı Kanun

4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, 4686 sayılı Kanundan önce yürürlüğe girmiştir. Kanun, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi halinde taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemek amacını taşımaktadır. Ancak bu esas ve usuller, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde ve bu sözleşmelerde tahkim kaydının bulunması halinde uygulanabilecektir.

Kanun, üç alanda yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerin tahkim yoluyla çözümünü kabul etmiştir. Buna göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, Türkiye’de toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda veya yabancı bir ülkede toplanarak Türk hukukuna ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda veya kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşlarında çözümü kabul edilmektedir.

Tahkim yoluna ilişkin uyulacak ilkeler, Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunun seçimi, sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkileri, yargılama usulü, kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delillerini ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücretleri, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzer konuların ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

2.3. 4875 Sayılı Kanun

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, yabancı sermaye yatırımlarına uygulanacak esaslar içerisinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne de yer vermiştir. Kanununun 3/e maddesinde özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden ve idare ile yabancı yatırımcı arasında yapılan kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümü

için tarafların, ulusal mahkemelerin yanı sıra, milli veya milletlerarası tahkime de başvurabilmeleri imkânı tanınmıştır.

2.4. 2575 Sayılı Kanun

1999 yılındaki Anayasa değişikliğiyle, Danıştay’ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki “inceleme” yetkisi, “iki ay içinde düşüncesini bildirmek” olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu değişikliklere uygulama kabiliyeti kazandırılabilmesi için, 4492 sayılı Kanunla, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23., 24., 42., 46. ve 48. maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

2575 sayılı Kanunun 23. maddesi, Danıştay’ın görevlerini düzenlemektedir. 23. maddenin (d) bendinde yer alan; “*tüzük tasarılarını ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceler*” şeklindeki hüküm; “*tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir*” şeklinde değiştirilmiştir.

Danıştay Kanununun 24. maddesi, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak göreceği davaları belirlemektedir. 4492 sayılı Kanunun 2. maddesi ile 24. maddenin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinden sonra gelen paragrafı; “*karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler.*” şeklinde değiştirilmiştir. Başka bir ifadeyle, bu değişiklik ile tahkim yolunun öngörüldüğü imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan davalar, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalar arasından çıkarılmıştır.

Danıştay Birinci Dairesi’nin görev alanını belirleyen 2575 sayılı Kanunun 42. maddesinin (c) bendi 4492 sayılı Kanunun 3. maddesi ile “*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini*” incelemek ve gereğine göre karara bağlamak veya düşüncesini bildirmek olarak değiştirilmiştir.

Danıştay Kanununun 46. maddesi, Danıştay İdari İşler Kurulunun görevlerini düzenlemektedir. 4492 sayılı Kanunun 4. maddesi ile Danıştay Kanununun 46. maddesinin (1)/(b) bendindeki, “*imtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme ve şartlaşmaları*” cümlesi, “*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini*” olarak değiştirilmiş ve İdari İşler Kurulunun bu sözleşmeleri inceleyeceği ve karara bağlayacağı veya düşüncesini bildireceği hüküm altına alınmıştır.

Danıştay Kanununun 48. maddesinin başlığı, 4492 sayılı Kanunun 5. maddesi ile “*Kanun ve Tüzük Tasarıları ile Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Görüşülmesi*” olarak düzenlenmiş ve madde hükmü değiştirilmiştir.

2.5. 2576 Sayılı Kanun

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı Kanunun idare mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 5. maddesinin (1)/(c) bendi, 4577 sayılı Kanunun 2. maddesiyle değiştirilerek *“tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları”* çözüme görevi, idare mahkemelerinin görev kapsamı dışına çıkartılmıştır.

4492 sayılı Kanunun 6. maddesi ile de 2577 sayılı Kanunun 2. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Bu madde idari dava türlerini ve idari yargı yetkisinin sınırlarını tespit etmektedir. 2. maddenin (c) bendi değiştirilmiş ve *“tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar”* idari dava olarak kabul edilmiştir.

3. Diğer Düzenlemeler

3.1. Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği

Yönetmelik, Adalet Bakanlığı tarafından, 4686 sayılı Kanunun 16. ve Geçici 1. maddelerine dayanılarak, taraflarla hakem veya hakem kurulu arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaması veya tahkim anlaşmasında ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması ya da taraflarca hakem veya bu konuda yerleşmiş uluslararası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamış olması hallerinde başvurulacak ücret tarifesinin hazırlanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemek amacıyla çıkarılmıştır.

Yönetmeliğe göre, hakem veya hakem kurulunun ücretleri, ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak Adalet Bakanlığı tarafından her yıl Mart ayında tespit edilmektedir.

3.2. Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Tebliği

Tebliğ, 4686 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmaktadır. Tebliğ’in içeriğinde hakemlik ücretinin kapsamı, ücret ödenmeyecek haller, ücretin kısmen ödenmesini gerektiren durumlar, davanın konusuz kalması, feragat ve sulh hallerinde ödenecek ücret, hakem kurulu tarafından kısmi karar verilmesi durumunda hükmolunacak ücret ve ücretin hak edilme zamanı gibi hususlar düzenlenmektedir. Ayrıca uyuşmazlık

miktarına göre hakem ücretlerinin oransal olarak saptandığı Hakemlik Ücret Tarife Tablosu da Tebliğ ekinde yer almaktadır. 11.03.2005 tarih ve 25752 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Tebliğ’e göre 2005 yılında hakemlik ücretlerine uygulanacak oranlar aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

Hakem Ücretleri Tarife Tablosu*

ANLAŞMAZLIK KONUSU DEĞER	ÜCRET	
	TEKHAKEM	ÜÇVEYADAHAFAZLASAYIDA HAKEM
0-500.000 YIL	%6	%8
500.000,01 - 1.000.000 YIL	%4	%6
1.000.000,01 - 2.000.000 YIL	%3	%4
2.000.000,01 - 5.000.000 YIL	%2	%3
5.000.000,01 -	%1	%2

* 15.03.2005 tarihinden itibaren uygulanan ücret tarife tablosudur.

YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ VE KAMU İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNE BAĞLI YATIRIMLARDA ULUSLARARASI TAHKİM

1. Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

Kamu hizmeti kavramı, öğretilerde ve uygulamada net tanımı yapılamayan bir kavramdır. Aynı şekilde ülkemizdeki hukuk metinlerinin hiçbirinde kamu hizmetine ilişkin bir tanımlama veya açıklama yer almamaktadır. Toplum ihtiyaçlarının durağan olmaması, devletin de bu ihtiyaçları karşılama görevinin de sürekli değişmesini ve yenilenmesini gerektirmektedir. Bu değişkenlik, kamu hizmeti kavramının sınırları belli bir tanımının yapılmasını güçleştiren bir etkidir. Bununla birlikte öğretilerde, kamu hizmeti kavramının genel, çerçeve bir tanımı yapılabilmektedir. Buna göre; kamu hizmeti kısaca, bir kamu kurumunun, ya kendisi tarafından, ya da yakın gözetimi altında özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmet²¹ olarak tanımlandığı gibi daha geniş şekilde, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetimi ve denetimi altında genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve

²¹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, 13. Bası, Ankara, 1999, s. 235.

topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler²² olarak da tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere kamu hizmeti sayılan etkinliklerin tek tek sayılması yerine o hizmetin nitelikleri üzerine tanımlama yapılmıştır. Ancak, bu niteliklerin belirlenmesinde hangi kurumun yetkili olduğu konusu açık değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de E.1994/43 ve K.1994/42-2 sayılı kararında, kamu hizmeti konusunda geniş tanımlamayı kabul etmiş ve bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde kanun koyucunun iradesinin rol oynadığını ancak bir etkinliği kamu hizmeti olarak nitelendirmedeki Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim görevi gereğince yaptığı değerlendirmeleri saklı tutmuştur.

İmtiyaz sözleşmeleri de tıpkı kamu hizmeti kavramı gibi net olarak tanımlanmış değildir. Danıştay’a göre, kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur. Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında kullanılan şekliyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ayırıcı niteliklerini Danıştay şöyle açıklamaktadır: *sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kar ve zararına olarak kurulur ve işletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, idarenin kendisine devrettiği tabsil hakkıdır. Ayrıca, imtiyaz süresince hizmetten yararlanacaklardan alınacak olan bedel veya ücret, esasları kanunla saptanacak bir tarife üzerinden tabsil olunur ve son olarak kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir devre için verilir...bu karakterlerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır.*²³

Sonuç olarak, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde kullanılan imtiyaz yöntemi ancak bu alanda idare ile özel kişiler arasında akdedilecek bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile mümkün olabilecektir. 1999 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar geçen dönemde bu ilke korunmuştur.

2. Yap-İşlet-Devret Modeli

Günümüzde, çeşitli ülke ve uluslararası kuruluşların sahip olduğu büyük finansman ve teknoloji olanaklarını, sınırlı kaynaklar ile yapılamayacak altyapı yatırımlarını hızla gerçekleştirmek ve toplumun hizmetine sunmak amacıyla kullanmak için geliştirilen finansman modellerinden biri de yap-işlet-devret

²² Oktay VARLIER, “Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci Baskı, Ankara, 19.06.1996, s. 5.

²³ I. Daire, E.1992/232-K.1992/294, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 87 (1993), s. 33.

modelidir. Yap-işlet-devret modeli, kamunun görev alanına giren bir yatırım veya hizmetin, yatırım ve işletme döneminde yapılacak masrafları yüklenen ve karşılığında yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi, önceden belirlenen bir süre ve tarife üzerinden işletme hakkına sahip olan bir şirket eliyle gördürülmesidir.²⁴

Yap-işlet-devret, bir sözleşme tipi değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modelidir.²⁵ Bu model çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım ile yatırımcı, kaynak ihtiyacı olan tarafa ait arazi üzerinde taraflarca kararlaştırılan tesisi yapacak, belli bir süre bunu işletecek ve sonra da diğer tarafa devredecektir. Böylelikle yatırım bedeli, tesisin işletilmesi ile elde edilen gelirden ödenmiş olacaktır.

3096 sayılı ve 3465 sayılı Kanunların sadece otoyol ve elektrik konusunda bir düzenleme getirmeleri, bu Kanunlara göre akdedilen sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri sayılmasından kaynaklanan güçlükler nedeniyle gerek bu Kanunların kapsamını genişletmek ve gerekse karşılaşılan güçlükleri bertaraf etmek amacıyla 1994 yılında, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun yürürlüğe konmuştur.

3996 sayılı Kanunun 2. maddesi ile yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden, fabrika ve benzeri tesisler, otoyol, demiryolu ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi gibi konularda görevlendirilmesine olanak tanınmıştır. Yine 3996 sayılı Kanuna göre, Kanunda sözü edilen yatırım ve hizmetleri yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırmak isteyen idarelerin Yüksek Planlama Kurulu'ndan izin almaları gerekmektedir. Bu izin alındıktan sonra nitelikleri belirtilen bir yerli ya da yabancı şirketle sözleşme yapılacaktır. Yapılacak sözleşme en fazla 49 yıllık olabilir. Yapılan yatırım ve hizmetler sözleşme süresi sonunda tüm tesisleriyle, taşınır ve taşınmaz malları ile birlikte her türlü taahhütten arındırılmış şekilde idareye devredilecektir.

²⁴ Uğur EMEK, **Ek ve Değişiklikler İle Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, DPT, Kasım 2002, s. 3.

²⁵ Lale SİRMEN, "Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci Baskı, Ankara, 19.06.1996, s. 11.

3996 sayılı Kanunun en önemli düzenlemesi, Anayasa’da uluslararası tahkime yönelik düzenlemeler yapılmasına kadar uzanan sorunların kaynağını oluşturan 5. maddesidir. Kanunun ilk halinde 5 inci madde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.”*

Görüldüğü gibi, kanun koyucu yap-işlet-devret modeli ile gördüreceği hizmetlerine ilişkin sözleşmeleri, bir yasa hükmü ile idari hukuk kapsamından çıkarıp özel hukuk alanına sokmuştur. Kanunda sayılan işlerin gördürülmesine ilişkin idare ile yabancı şirket arasında iki tarafın eşitliği ilkesine dayalı özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. İdarenin bu kapsamda yaptığı sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmeyecek, dolayısıyla özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır.

Şurası açıktır ki, böyle bir yaklaşımın nedeni, yabancı yatırımcıların bu tür büyük finansman gerektiren yatırımlarını karşı tarafla eşit şartlarda olmak koşulu ile sağlamak istemeleri ve Danıştay incelemesine karşı yabancı şirketlerin taşıdıkları güvensizlik ve kaygıdır. Bunun yanı sıra, yabancı yatırımcıların bu tür yatırımlarından kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, yatırım yaptıkları ülkelerin hukuk kuralları ile bağlı olmak yerine kendi tercihleri doğrultusunda tahkim mekanizmasını kullanmak istemeleridir.

3. Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararları

Büyük finansman kaynakları gerektiren ve yukarıda belirtilen Kanunlarla düzenlenmiş olan altyapı alanlarında yapılacak yatırımlarla ilgili sözleşmelerin idare hukuku kapsamından çıkarılıp özel hukuk alanına dahil edilmesi düşüncesi, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu yasal düzenlemeler hakkında vermiş olduğu iptal kararları ile karşılaşmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin bu olumsuz tavrının esas nedeni, Mahkeme’nin iptal kararlarında dayandığı kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının içeriğinin bu tür sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olmalarına imkân vermediği yönündeki yaklaşımıdır.

3.1 3974 Sayılı Kanuna İlişkin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi, E.1994/43 ve K.1994/42-2 sayılı kararında, 3291 sayılı Kanuna bazı ek maddeler getirilmesini öngören 3974 sayılı Kanunun Ek 5. maddesini iptal etmiştir. İptal edilen Ek 5. madde; *“Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören*

hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında idari sözleşme, kamu hizmeti, imtiyaz ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi kavramlarına açıklık getirmiş ve iptal kararının gerekçesini bu kavramlar üzerine kurmuştur. Yüksek Mahkeme kararında bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime, özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığının gerekli olduğunu belirtmektedir. Bunun yanında kamu hizmetini de; devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlamakta ve süreklilik ve düzenliliğin kamu hizmetinin önemli öğelerinden biri olduğunu ifade etmektedir.

Aynı kararda Mahkeme imtiyazı; kamu hizmetinin kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir “idari sözleşme” uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi olarak tanımlamakta ve konusu kamu hizmetlerinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeleri de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak açıklamaktadır. Mahkeme’ye göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Mahkeme 3974 sayılı Kanunda yer alan elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmelerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlik olduğunu belirterek, bu tür etkinliklerin kamu hizmeti kapsamında bulunduğu, bir hizmetin kamu hizmeti niteliği kazanmasında kanun koyucunun iradesinin rol oynadığını ancak, bu saptama yapılırken hizmetin niteliğine bakılması gerektiği ve bu nedenle nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesinin o hizmetin niteliğinde etkili olamayacağını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi tüm bu nedenlerle, 3974 sayılı Kanun kapsamında bulunan sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi özel hukuk alanında değil idare hukuku kapsamında yapılacaktır.

3.2. 3996 Sayılı Kanunun 5. Maddesine İlişkin İptal Kararı

3996 sayılı Kanunun “Sözleşme” başlıklı 5. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 3974 sayılı

Kanunun iptal edilen Ek 5. maddesinin iptal gerekçesinde kullandığı argümanları tekrar ederek, E.1994/71 ve K.1995/23 sayılı kararı ile bu maddenin iptaline karar vermiştir. İptal edilen 5. madde daha önce açıklandığı üzere, idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılacak sözleşmeye ilişkindir.

3996 sayılı Kanun yap-ışlet-devret modeli ile yapılacak yatırımlarda, yatırımcı ile idare arasında imtiyaz teşkil etmeyecek ve özel hukuk hükümlerine tabi olacak bir sözleşme öngörmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davada kanun koyucunun bu yöndeki iradesini, 3974 sayılı Kanun hakkında vermiş olduğu kararın iptal gerekçelerini tekrarlayarak Anayasa’ya aykırı bulmuştur.

3.3. 3996 Sayılı Kanunun 11. Maddesine İlişkin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan iptal başvurularından bir diğeri, 3996 sayılı Kanunun 11. maddesini değiştiren 4180 sayılı Kanunun 1. maddesine ilişkindir. Anılan Kanunun 4180 sayılı Kanunla değişik 11. madde hükmü; *Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler gereği, yap-ışlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarının, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-ışlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir.* şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi, E.1996/63 ve 1997/40 sayılı kararında Anayasa’nın 153. maddesi gereği iptal edilen kanunlarla aynı doğrultuda ve aynı içerikte ya da nitelikte yeni bir kanun çıkarılamayacağını hatırlatarak; *Yasa’nın 4 üncü maddesine dayanılarak çıkarılan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararına konu olan düzenlemeye koşut hükümler içermesine karşın yürürlükten kaldırılmamıştır. Dava konusu madde ile bu karara göndermede bulunulması, Anayasa Mahkemesi’nin iptal ettiği sözcük ve kurullarla benimsenen ilkelerin yeniden yasalaştırılması anlamına gelmektedir.*” diyerek, söz konusu 11. maddenin; *Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller*

uyarınca imzalanmış sözleşmeler... bölümünü Anayasa’nın 153 üncü maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

3.4. İptal Kararlarının Doğurduğu Sonuçlar ve Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi’nin yap-işlet-devret modeli yoluyla özel kişilere gördürülecek altyapı hizmetlerine ilişkin idare ve yatırımcı arasındaki hukuksal ilişkilerin kapsamını saptayan sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak kabul etmesi ve aksi yönde yapılan kanuni düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmesi ekonomik ve hukuki alanda bir takım önemli sonuçları beraberinde getirmiştir:

- Öncelikle bu tür sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edildikleri için Anayasa’nın 155. maddesi ve Danıştay Kanununun ilgili maddeleri gereğince Danıştay’ın ödenetimine tabi olmaya devam etmiştir.

- Büyük finansman gerektiren ve kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilemeyen yatırım ve hizmetlerin, özel kesime gördürülmesi amacıyla geliştirilen yap-işlet-devret uygulamasında hukuki altyapının bu modele hazır olmadığı görülmüş ve dolayısıyla bu tür yatırımların ve hizmetlerin yabancı sermaye aracılığıyla gerçekleştirilme olasılığı azalmış veya gecikmiştir.

- Bu sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıklar, idari yargıda ve dolayısıyla 2575 sayılı Kanunun 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay’da çözümlenecektir. Bunun anlamı, özellikle yabancı yatırımcıların istedikleri tahkim mekanizmasının bu tür sözleşmelerde yer alamayacağıdır.

- Danıştay inceleme sonrasında, 2575 sayılı Kanunun (24/1) maddesi ve 2577 sayılı Kanunun (2/1-c) maddesi hükümlerine dayanarak, imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunduğu gerekçesiyle “bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesiyle ilgili düzenlemeleri” sözleşme metinlerinden çıkarmaya başlamıştır.²⁶

- Sözleşmelerde yalnızca şirket kusurundan bahsedilmekte, “idare kusuru” kabul edilmemektedir. Kusura ancak idare karar vermektedir. İdare bu anlaşmalarda tek başına fesih hakkına sahiptir. Kredi veren kuruluşların

²⁶ Danıştay 1. Dairesi’nin 10.04.1996 tarihli ve E.1995/178-K.1996/78 sayılı kararı.

gerektiğinde müdahale hakkı yoktur. Yatırımcı ve işletmeci başarısız olursa, kreditorler başka bir yatırımcı-işletmeci önerememektedir.²⁷

Bu nedenle, kanuni düzenlemeler yoluyla halledilmek istenen bu sorun, bu alanda yapılan düzenlemelerin Anayasal yargı organı tarafından iptal edilmesi sebebiyle ancak Anayasa’da değişiklik yapılmak suretiyle giderilebilecektir. Nitekim 1999 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerin kaynağını da bu sorunun çözümü çabaları oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Anayasa değişiklikleri, Türkiye’nin yabancı sermaye yatırımlarına olan ihtiyacının ve yabancı yatırımcıların beklentilerinin ortak ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

Türk hukuk sisteminde uluslararası tahkime ilişkin yapılan hukuki düzenlemelerin ve uygulamaların birbiriyle uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle, 4875 sayılı Kanununun 2/b maddesi ile tanımlanmış olan yabancı sermaye kavramının; 4686 sayılı ve 4501 sayılı Kanunda, “yurtdışından sermaye veya kredi veya teminat sözleşmeleri yoluyla getirilen sermayenin” yabancı sermaye olarak kabul edilmesi ile yabancılik unsurunun genişletilmiş olması, bu uyumu bozucu niteliktedir. Dolayısıyla, 4686 ve 4501 sayılı Kanunlarla yabancı unsur olarak kabul edilmiş olan “yurtdışı kaynaklı sermaye, kredi veya teminat sözleşmeleri yoluyla getirilen sermaye”ye, 4875 sayılı Kanunda da yabancı sermaye tanımı içerisinde yer verilmesi gerekmektedir.

Uluslararası tahkim mekanizması; devlet yargı süreçlerinden süre, sürat ve usul açılarından daha pratik ve kullanışlı olmakla birlikte mali açıdan devlet yargısından çok daha fazla maliyeti olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Anayasa’da düzenlenmiş olması nedeniyle uluslararası tahkim mekanizmasından ancak yeni bir Anayasa değişikliği ile vazgeçilebilir. Günümüz uluslararası ekonomik koşullarında, öz kaynaklar ile finanse edilemeyen yüksek maliyetli yatırımlarda yabancı sermayenin önemi ve gerekliliği ortadadır. Bu nedenle, böyle bir tersine gelişmenin yaşanamayacağı aşikârdır. Bu yüzden, yüksek maliyetli tahkim davalarında bu maliyeti en aza indirme yönünde çalışmalar yapılabilir. Nitekim Türkiye’de uluslararası tahkim davalarında, özellikle yabancı sermayeli şirketler ile yakın ilişki içinde bulunan yatırımcı kamu kurum ve kuruluşları davalı konumunda bulunmaktadır. Özellikle dava sonucunda tazminata da karar verilmesi halinde, bu kuruluşlar yüksek bir tahkim maliyeti ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

²⁷ Oktay VARLIER, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim”, **Görüş Dergisi**, Sayı: 40, Eylül-Ekim 1999, s. 54.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Uygulama Alanı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 2001, Sayı: 4.
- BİRSEL, Mahmut T. ve BUDAK, Ali Cem, “Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği”, **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11 Nisan 1997, s. 171-223.
- DEĞİRMENÇİ, Koray, “Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Küresel Hukuk Kurulmasına İlişkin Diğer Girişimler”, **Türk-İş Dergisi**, Haziran-Temmuz 2001, Sayı: 345.
- DPT, **Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, DPT, Ankara, Mayıs 2000.
- DPT, **Uzun Vadeli Gelişmenin (2001-2023) ve Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planının (2001-2005) Temel Amaçları ve Stratejisi**, DPT, Eylül 2000.
- EMEK, Uğur, **Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, DPT, Haziran 1999.
- EMEK, Uğur, **Ek ve Değişiklikler İle Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı**, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, DPT, Kasım 2002.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, 13. Bası, Ankara, 1999.
- GÜÇLÜ, Yücel, “Yabancı Sermaye Çekimi, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları”, **Uluslararası Ekonomik Sorunlar**, Şubat 2003, Sayı 8.
- GÜNDAY, Metin, “Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye’de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler”, **Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye**, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü, Eğitim Müdürlüğü, Ankara, Şubat 2001, s. 183-201.

- HONIG, Richard, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No. 72, çev. Şemseddin TALİP, İstanbul, 1938, s. 82-83.
- İNAN, Nurkut, “İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası, 1998, s. 16-20.
- SABIR, Hasan, “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar”, **Dış Ticaret Dergisi**, Sayı: 26, Ekim 2002, s. 74-84.
- SEYİDOĞLU, Halil, **Uluslararası İktisat**, Geliştirilmiş 13. Baskı, İstanbul, 1999.
- SİRMEN, Lale, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci Baskı, 19.06.1996, s.11-17.
- ŞANLI, Cemal, “Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, **Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli**, Ankara Sanayi Odası, 1998, s. 35-51.
- TERZİ, Harun ve GÜNAYDIN, İhsan, “Ekonomik Kalkınmada Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Rolü: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, **İşletme ve Finans Dergisi**, Mart 1997, s. 52-61.
- URAS, Güngör, “ Sorun Tahkim’de Değil, İmtiyaz’da”, **Milliyet**, 30.07.1999.
- VARLIER, Oktay, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim”, **Görüş Dergisi**, Sayı: 40, Eylül-Ekim 1999, s. 50-55.
- YÜZÜAK, Özlem ve DEMİRKAN, Mutlu, “Uluslararası Tahkimin Öyküsü”, **Cumhuriyet**, 24.07.1999.