BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM

HAZIRLAYAN
ALİ ERGÜN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. MEHMET EMİN AKGÜL

ANKARA-2025

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORİJİNALLİK RAPORU

Tarih: 18 / 02 / 2025

Öğrencinin Adı, Soyadı: Ali Ergün

Öğrencinin Numarası: 22210087

Anabilim Dalı: Hukuk

Programı: Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Mehmet Emin Akgül

Tez Başlığı: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 179 sayfalık kısmına ilişkin, 27 / 12 / 2024 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından TURNITIN adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 5'dır. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç

2. Alıntılar hariç

3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 18 / 02 / 2025

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

ÖZET

Ali ERGÜN, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı 2025

İnsan, gelişen ve evrilen bir varlıktır. İnsanlardan oluşan toplum da bu doğrultuda, gelişen insandan bağımsız olarak değerlendirilemeyecektir. Toplum, insanların ihtiyaçları çerçevesinde gelişir ve bu süreçte gücünü kaçınılmaz unsur olarak hukuktan alır. Hukukun topluma yansıması olarak "devlet" kavramı, vatandaşların ihtiyaçlarını gidermek ve toplumun evrilen isteklerine cevap vermek adına "kamu hizmeti" sunmakla yükümlüdür. Devlete mali açıdan önemli bir külfet olabilen bu hizmetler, tarihsel süreçte özel sektör işbirliğiyle gerçekleştirilmeye başlanmış, bu doğrultuda "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" doğmuştur.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, devletin birimleriyle özel sektör arasında kamu hizmetlerinin sağlanmasını düzenleyen önemli araçlardır. Bu tür sözleşmeler genellikle uzun vadeli ve karmaşık olup taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde çeşitli zorluklarla karşılaşılabilmektedir. Son yıllarda, bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun daha fazla tercih edildiği gözlemlenmektedir. Tahkim, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların etkili ve tarafsız bir şekilde çözülmesini sağlayarak hukuki belirsizlikleri azaltmasının yanında uzun süren mahkeme süreçlerinden kaçınılmasında da yardımcı olmaktadır. Ancak kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartının varlığı, ülkemiz ve yabancı ülke doktrinlerinde çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Bu bağlamda, bu tez kapsamında öncelikle kamu hizmeti kavramına değinilecek; genel olarak uyuşmazlıklar açıklanarak alternatif bir yol olarak tahkim ele alınacak; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin usuller ve bu modelin avantajları ile dezavantajları hukukçuların görüşleri ve yargı kararları çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Kamu Hukuku, İmtiyaz, Kamu Hizmeti.

ABSTRACT

Ali ERGÜN, Arbitration in Public Service Concession Agreements, Başkent University, Institute of Social Sciences, Master's of Public Law with Thesis, 2025

Human beings are evolving entities. The society composed of humans cannot be evaluated independently from the evolving human. Society evolves within the framework of human needs and in this process, it derives its power as an inevitable element from law. The concept of "State" as a reflection of law to society is obligated to provide "public services" to meet the needs of citizens and respond to the evolving desires of society. These services, which can be a significant burden on the state in financial terms, began to be carried out in collaboration with the private sector in historical process. In this regard, "public service concession contracts" have emerged.

Public service concession contracts are important instruments regulating the provision of public services between state entities and the private sector. These types of contracts are generally long-term and complex, and various difficulties may be encountered in resolving disputes that may arise between the parties. In recent years, it has been observed that arbitration is preferred for the resolution of disputes arising from such contracts. Arbitration, by providing for the effective and impartial resolution of disputes between the parties, not only reduces legal uncertainties but also helps to avoid lengthy court proceedings. However, the existence of an arbitration clause in public service concession contracts has led to various debates in both our country and foreign legal doctrines. In this context, within the scope of this thesis, firstly, the concept of public service will be explained, generally addressing disputes and considering arbitration as an alternative method, procedures for resolving disputes arising from public service concession contracts through arbitration, and the advantages and disadvantages of this model will be examined within the framework of the views of legal experts and judicial decisions.

Keywords: Arbitration, Public Law, Concession, Public Service.

İÇİNDEKİLER

ÖZET i
ABSTRACT ii
İÇİNDEKİLER iii
KISALTMALAR CETVELİ vii
GİRİŞ 1

I. BÖLÜM
KAVRAMSAL BOYUTUYLA KAMU HİZMETİ VE İDARİ SÖZLEŞME

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI 4
A) Kamu Hizmeti Tanımı 4
1) Kamu Hizmeti Nedir? 4
2) Kamu Hizmeti Kavramının Ortaya Çıkması 8
B) Kamu Hizmetinin Tespitine İlişkin Ölçütler 18
1) Maddi Ölçüt 18
2) Organik Ölçüt 22
3) Şekli Ölçüt 23
II. İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI 24
A) İdari Sözleşmelerin Tarihsel Gelişimi 24
1) Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri 24
2) Türk Hukukunda İdari Sözleşme Kavramının Gelişimi 25
3) İdari Sözleşmelerin Niteliği ve Uygulanması 28
4) Organik Ölçüt 29
5) Maddi Ölçüt 31
6) Şekli Ölçüt 32
7) İdari Sözleşmelerin Uygulanması ve İdari Sözleşme Kavramına Getirilen Eleştiriler 33
B) İdari Sözleşmelerin Hukuki Niteliğinin Uygulamadaki Karşılığı 36
1) İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İdari Sözleşmeler Ayrımı 36
2) İdari Sözleşmelerin Tespitine İlişkin Ölçütler 40
a) Yargı Organlarının İdari Sözleşmelere İlişkin Yaklaşımı 41

b) Yasama Organının İdari Sözleşmelere İlişkin Yaklaşımı 44
c) Yürütme Organının İdari Sözleşmelere İlişkin Yaklaşımı 46

İKİNCİ BÖLÜM
KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ. 48
A) Tarihsel Süreç 48
B) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Tanımı 51
1) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Konusu ve Mahiyeti 54
2) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çerçeve ve Düzenlemeler 57
a) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesine Yönelik Ölçütler 60
3) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Yetki ve Şekil 63
4) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilme Usulleri ile Sürece Yön Veren İlkeler 65
5) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri 68
6) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Avantajları ve Dezavantajları 73
7) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi 75
II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN DİĞER KAMU HİZMETİ GÖRÜLME USULLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 78
A) Yap-İşlet-Devret Modeli 78
B) Mali İltizam Sözleşmeleri 80
C) Kamu Özel İş birliği 81
III. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN YARGI DENETİMİ 82
A) Taraflar Arasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar 82
B) Üçüncü Kişiler Tarafından Açılabilecek Davalar ve Ayrılabilir İşlemler Kuramı 84
C) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Değerlendirme 85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

I. GENEL OLARAK TAHKİM USULÜ 88

A) Kurumsal ve Ad Hoc (Arizi) Tahkim 90

B) Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkimin Kullanılma Nedenleri 92

C) Tahkimin Uygulanma Prosedürü 95

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİMİN UYGULANMASINA İLİŞKİN ANAYASAL VE YASAL DÜZENLEMELER 97

A) Anayasa Değişiklikleri 98

B) 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun 100

C) 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 102

D) Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği 104

E) 2575 Sayılı Danıştay Kanunu 104

F) 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun 106

G) 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 106

H) 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu 107

İ) 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları ile Geçişine Dair Kanun 107

J) 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 108

K) Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmelikleri 109

III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM ŞARTI UYGULAMALARI 109

A) Tahkim Yasağına İlişkin Yaklaşım 111

1) Tahkimin Özel Hukuk Temelli Bir Mekanizma Olması 111

2) İdarenin Devlet Yargısı Dışında Yargılanamayacağı İlkesi 114

B) Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID 115

C) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Üzerine Değerlendirme 121

D) Kamu İmtiyazlarına İlişkin Tahkim Yargılamasında Kavramlar 124

a) Sübjektif Tahkime Elverişlilik 125

b) Ehliyet 126
c) Yabancılık Unsuru 129
d) Hakem Seçimi 132
aa) Hakemlerin Sayısı ve Seçimi 132
bb) Hakemin Reddi 134
cc) Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi 136
e) Uygulanacak Hukuk 137
aa) Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk 138
bb) Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Usul Hukuku 138
f) Tahkim Dilinin Belirlenmesi 139
g) Tahkim Yerinin Belirlenmesi 140
h) Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi 141
ı) Hakem Kararlarına Karşı Yargı Yolu 142
i) Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi 143
j) Devletlerin Yargı Bağışıklığı 145
E) Tahkim ile Sözleşmenin Tarafı Olmayan Üçüncü Kişiler Arasındaki İlişki 147
SONUÇ 153
KAYNAKLAR 156

SİMGELER VE KISALTMALAR LİSTESİ

AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
bkz.	Bakınız
C	Cilt
CISG	Contracts for the International Sale of Goods
D	Daire
E	Esas
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	Milletlerarası Ticaret Odası
ISTAC	İstanbul Tahkim Merkezi
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	Karar
KÖİ	Kamu Özel İş birliği
LCIA	The London Court of International Arbitration
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
md	Madde
RG	Resmî Gazete
s	Sayfa
S	Sayı
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
T	Tarih
UNCITRAL	The United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
vd	Ve devamı
vs	Ve sair
Y	Yıl
YİD	Yap-İşlet-Devret
yy	Yüzyıl

GİRİŞ

Kamu hizmeti ve idari sözleşme kavramları, kamu hukukunun en temel ve kapsamı geniş alanlarından biri olarak teorik ve pratik boyutlarıyla hukuki literatüre önemli katkılar sağlamıştır. Kamu hizmeti, toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacıyla devlet veya yetkilendirdiği kurumlar aracılığıyla sunulan faaliyetleri ifade ederken; idari sözleşmeler, bu hizmetlerin sunumunda özel sektör ile kamu sektörü arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen önemli mekanizmalardır. Bu tez, kamu hizmeti ve idari sözleşme düzeni arasındaki ilişkiyi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve tahkim yolu üzerine odaklanarak detaylandırmayı amaçlamaktadır.

Kamu hizmeti kavramı, tarihsel gelişimi boyunca çeşitli hukuki ve sosyal boyutlarıyla tartışılagelmiş bir alanı temsil etmektedir. Birinci bölümde kamu hizmetinin tanımı, bu kavramın ortaya çıkışı ve kamu hizmetinin tespitine ilişkin ölçütler ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Maddi, organik ve şekli ölçütlerin kamu hizmetinin kapsamını belirlemedeki rolü vurgulanmış, bu kavramın hukuki düzenlemelerdeki yeri analiz edilmiştir. Aynı zamanda, idari sözleşmelerin tarihsel gelişimi, hukuki niteliği ve uygulanma ölçütleri incelenerek kamu hizmetinin ve idari sözleşmelerin birbiriyle olan etkileşimi çözüm odaklı bir çerçevede sunulmuştur.

Tezin ikinci bölümü, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kapsamına ve hukuki niteliğine odaklanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri aracılığıyla sunulmasını sağlayan ve taraflar arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenleyen sözleşmelerdir. Bu bölümde, imtiyaz sözleşmelerinin tarihsel gelişimi, hukuki çerçevesi ve uygulama ilkeleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiş; bu sözleşmelerin kamu hizmeti sunumundaki özel yeri ve önemi üzerinde durulmuştur. Ayrıca, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yapılması, sona ermesi ve yargısal denetim mekanizmaları çok boyutlu bir analizle ele alınmış; diğer kamu hizmeti görülme usulleriyle karşılaştırmalı bir çerçeve sunulmuştur. Bu bağlamda, kamu-özel iş birliği modelleri ve yap-işlet-devret gibi alternatif yöntemlerin imtiyaz sözleşmeleriyle benzerlikleri ve farklılıkları değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi konusu ele alınmış, tahkim mekanizmasının anayasal ve yasal

düzenlemeler çerçevesinde nasıl işlediği detaylandırılmıştır. Bu bölümde, kurumsal ve ad hoc tahkim yaklaşımlarının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerindeki yerine dikkat çekilmiş; tahkim şartının uygulanmasına ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler şematik bir çerçevede sunulmuştur. Ayrıca, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve ilgili düzenlemelerin kamu hizmeti imtiyazları üzerindeki etkisi, ulusal ve uluslararası örneklerle desteklenerek tartışılmıştır. Bununla birlikte, tahkim mekanizmasının özel hukuk ve kamu hukuku arasındaki dengeleri nasıl etkilediği ve tarafsızlığın nasıl sağlandığı gibi konular da bu bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Özellikle tahkim sürecinde hakem seçimi, tahkim yerinin belirlenmesi, uygulanacak hukuk kurallarının seçimi ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gibi önemli aşamalar incelenmiş; bu süreçlerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine uygunluk açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile tahkim mekanizması arasındaki ilişki yalnızca hukuk dünyasında değil, aynı zamanda ekonomik ve politik boyutlarıyla da dikkat çeken bir alanı temsil etmektedir. Özellikle devletlerin uluslararası yatırımcılarla olan ilişkilerinde tahkim mekanizmasının etkin bir şekilde kullanılması taraflar arasındaki güvenin tesis edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ancak idare hukukunun geleneksel anlayışı, devletin egemenlik yetkisini tahkim mekanizmasına devretmesi konusunda belirli çekinceleri beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda tahkim yasağına ilişkin yaklaşımlar, idarenin devlet yargısı dışında yargılanamayacağı ilkesi ve kamu düzeni kavramlarının tartışılması bu tezin ana eksenlerinden birini oluşturmaktadır. Tezde ayrıca, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde taraflar arasında doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim mekanizmasının avantaj ve dezavantajları üzerinde durulmuştur. Bu yöntemle sağlanan esneklik, hızlı karar alma süreci ve uluslararası bağlamda geçerlilik gibi olumlu yönlerin yanı sıra; tahkimin yüksek maliyeti, hakem kararlarının bağlayıcılığı konusundaki belirsizlikler ve kamu yararı açısından doğabilecek olumsuz etkiler de eleştirel bir bakış açısıyla analiz edilmiştir.

Bu çalışma, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve tahkim mekanizması konularında teori ile pratiği birleştirerek hukuki alanda çözüm odaklı bir yaklaşım sunmayı amaçlamaktadır. Kamu hukuku ve idare hukuku bağlamında yapılan bu inceleme, akademik literatüre katkı sağlamakla birlikte aynı zamanda uygulayıcılar için de yol gösterici bir kaynak olmayı hedeflemektedir. Kamu hizmeti ve idari sözleşme düzenlerinin

dinamik yapısını kavrayarak bu mekanizmaların toplumsal ihtiyaçların karşılanmasındaki etkinliğini artırmak, tezin nihai hedefidir.

I. BÖLÜM

KAVRAMSAL BOYUTUYLA KAMU HİZMETİ VE İDARİ SÖZLEŞME

I. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

A) Kamu Hizmeti Tanımı

1) Kamu Hizmeti Nedir?

Kamu hizmeti hususu, Sıddık Sami ONAR tarafından detaylı bir şekilde ele alınmıştır. ONAR'a göre, "*Kamu hizmeti geniş anlamda devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından, genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak, kamu yararını sağlamak amacıyla sunulan devamlı ve muntazam faaliyetleri içermektedir.*" [1] ONAR, dar anlamda kamu hizmetini ise *"Kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler"* olarak tanımlamıştır. Kamu hizmeti, Anayasa Mahkemesinin 9 Aralık 1994 tarihli kararında ise, "*Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir."* [2] ifadeleri ile tanımlanmıştır. Söz konusu tanımın vurgu yaptığı nokta, özel sektörün kamu hizmetlerine dahil olmasıdır. [3] Kamu hizmetine ilişkin olarak Aydın GÜLAN'ın tanımında da özel sektörün katılımına değinilerek *"Toplum için önemli olan genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya denetimi altında özel kişilerce yürütülen faaliyetler de kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır.*" [4] ifadelerine yer verilmiştir. Kemal GÖZLER ise kamu hizmetinin amacına değinmiş ve bu görüşlerini, *"Kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafından veya onun görevlendirmesi ve denetimi altında bir özel kişi tarafından*

[1] Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1966, s. 13.
[2] AYM., K: 1994/42-2, E: 1994/43: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 18.01.2024.
[3] Cem Çağatay Orak, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s.12-14.
[4] Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.1988, C.9, S.1-3), s.148. Erişim Tarihi: 21.01.2024.

yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir.[5] şeklinde ifade etmiştir. GÖZLER'e ait bu görüş yorumlandığında ise, kamu hizmetlerinin, devletin ve/veya ilgili kamu kurumlarının, vatandaşların ihtiyaçlarını gidermek hususunda doğrudan doğruya gördüğü veya sorumluluğu ile denetimi kendisinde olmak şartıyla üçüncü kişilere gördürdüğü faaliyetler bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ek olarak, Refik TİRYAKİ'ye ait, kamu hizmetini detaylı bir perspektiften inceleyen görüş ile de özel sektöre yer verilmiş ve bu durum, kamu yararı esasına da değinilerek, "*Kamu hizmeti, kendine özgü bir hukuksal rejim içinde idare veya onun sorumluluğundaki özel hukuk kişilerince yürütülmesiyle kamu yararı elde edileceği yetkili organlarca kararlaştırılan faaliyetler*" [6] olarak belirtilmiştir. Ali ULUSOY ise kamu yararı ve özel hukuku aşan hükümlerin varlığından bahisle kamu hizmetlerini; "*kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi yine bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyetler*" olarak tanımlamıştır.[7] Bir başka görüşe göre ise, kamu hizmeti devletin görevleri arasında sayılmış, kamu hizmetleri "*toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetlerinin devlet tarafından, üretim ilişkileri alanının kurallarından belirli oranda bağışık kılınarak üstlenilmesi*" olarak ifade edilmiştir.[8] Kamu hizmetlerinin idare veya üçüncü kişiler tarafından gördürülmesi hususunda görüşlerini paylaşan Metin GÜNDAY, kamu hizmetlerinin *idare tarafından doğrudan yürütülebildiği gibi, kamu-özel ortaklığıyla veya özel tüzel kişileri tarafından yürütülebileceğini* savunmuştur.[9] Bu görüşe paralel olarak Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN, *kamu hizmeti hususunda önemli olan noktanın faaliyetin özel hukuk kişilerince görülmesi halinde dahi hizmetin asıl sahibinin idare olduğu ve ilgili hizmete ilişkin sorumluluğun denetim ve gözetim yolu ile de olsa idarede olduğu* yönünde görüş bildirmişlerdir.[10] Modern kamu hizmeti anlayışının önemli temsilcilerinden olan Fransız hukukçu Leon DUGUIT [11], kamu hizmeti hususuna ilişkin olarak düşüncelerini *"Devlet, yönetenler tarafından örgütlenen ve denetlenen kamu hizmetleri birliğidir."* şeklinde ifade ederken, BONNARD ise esas olarak kamu

[5] Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2023, s. 477.
[6] Refik Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s. 235.
[7] Ali Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ankara 2024, s.13.
[8] Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara 2015, s.5.
[9] Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara 2017, s.331.
[10] Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Ankara 2019, s.555.
[11] Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2022, s.556.

hizmetlerini toplumsal örgütlenmenin bir sonucu olarak değerlendirmiştir. JEZE de kamu hizmetlerine ilişkin olarak "*idare hukukunun köşe taşı*" ifadesini kullanmıştır.[12] Fransız sosyolog ve hukukçu Maurice Haurio, kamu hizmetinin idare hukukun temel kavramlarından olduğuna vurgu yaparak "*İdare hukukundaki temel iki kavram olan "kamu kudreti" ve "kamu hizmetleri" kavramları arasında kamu kudreti kavramı, idare hukukunun sınırı ve içeriği ile idari yargıcın yetki alanının belirlenmesinde ilk planda rol oynar.*" ifadelerini kullanmıştır.[13]

Yukarıda ele alınan bu tanımların her birinin ortak noktası olarak kamu hizmetinin genel, kolektif ve karşılanmamış bir ihtiyacın devamlı[14] ve muntazam bir şekilde gördürülmesini amaçlayan ve kamu yararını hedef alan faaliyetler bütünü olduğu şeklinde bir tanımlama yapılmaktadır.[15] Bu doğrultuda açıkça görülmektedir ki kamu hizmeti, toplumsal düzenin sağlanması ve genel refahın artırılması için kilit bir role sahip olan önemli bir kamu hukuku aracıdır.[16]

Kamu hizmeti, genel olarak bir topluluğun veya toplumun çeşitli ihtiyaçlarını karşılamak, refahını artırmak ve genel yararı sağlamak amacıyla sunulan hizmetleri ifade etmektedir.[17] Kamu hizmetleri genellikle devlet veya kamu kurumları tarafından yürütülmektedir. Bu hizmetler, eğitim, sağlık, ulaşım, güvenlik, adalet, çevre koruma, sosyal yardımlar gibi birçok farklı alanı kapsayan hizmetler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ek olarak, belirli faaliyetlerin doğaları gereği sahip oldukları nitelik itibarıyla kendiliğinden kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunan Duguit, kamu hizmeti anlayışına öncülük ederek kamu hizmetini, *"toplumun karşılıklı bağımlılığının gerçekleşmesi ve gelişmesi için gerekli olan, ancak sadece yönetici gücün devreye girmesiyle tam anlamıyla yerine getirilebilecek ve bu nedenle yönetenler tarafından sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gereken faaliyetler"* olarak tanımlamıştır. Objektif kamu hizmeti anlayışını savunan Yıldırım ULER ise kamu hizmetinin belirlenmesi hususunda yasa koyucu yetkili göstermiş lakin bu yetkinin sınırlı bir yetki

[12] Karahanoğulları, s.91.
[13] Atay, s.553.
[14] Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2023, s. 255.
[15] Çağlayan, s. 327.
[16] Sezin Öztoprak, İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları, Ankara 2019, s.50-54.
[17] Atay, s.551-552.

oluşuna vurgu yapmıştır.[18] Yasa koyucunun iradesi ekseninde Pertev BİLGEN de "*Bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun iradesi rol oynamaktadır.*" ifadelerini kullanmıştır.[19]

Kamu hizmetini devletin kurucu unsurları arasında sayan ve yukarıda görüşlerine yer verilen DUGUIT'in aksine DURAN, objektif kamu hizmeti anlayışını eleştirerek *"...nitelikçe kamu hizmeti olan bir faaliyet zaten yoktur ve düşünülemez.*" ifadelerini kullanmış, kamu hizmeti niteliğini yöneticilerin iradelerinden ayrı değerlendirilmemesi gerektiğini savunmuştur.[20] Sübjektif kamu hizmeti olarak adlandırılan bu yaklaşıma ilişkin olarak JEZE; "*Kamu hizmeti anlayışında tek belirleyici olan yöneticilerin iradeleridir.*" demiştir.[21]

Özel hukuk kişilerince yürütülen bazı faaliyetlerin, yasal düzenleme ile öngörülmedikleri halde yine de yargı organlarınca kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi üzerine şekillenen Virtüel kamu hizmeti teorisi, söz konusu hizmetlerin potansiyelleri sebebiyle olası kamu hizmetleri olarak da anılmaktadır. KARAHANOĞULLARI bu hususta "*bazı özel faaliyetlerin taşıdıkları kamu yararından bahisle kamu hizmeti olmaya yatkın olduklarını"* ifade etmiştir.[22] Hasan Nuri YAŞAR ise Virtüel kamu hizmeti teorisinin üç unsurdan oluştuğunu ifade etmiş bunları; *özel faaliyetin kamu yararı amacı gütmesi*, *faaliyetin kamu malları özelinde gerçekleşmesi* ve *faaliyetin yasa ile kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş olması* olarak saymıştır.[23]

Görüldüğü üzere, ortak noktalara sahip olmakla birlikte Türk hukukunda kamu hizmeti kavramının tanımlanması hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Süheyp DERBİL bu görüş ayrılıklarının sebebi olarak, *kamu hizmeti teriminin Fransızcadan çevrilmesi ve bu çevirinin terimin statik yönünden ziyade sadece dinamik yönünü yansıtıyor oluşunu*

[18] Yıldırım Uler, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", (Anayasa Dergisi, Y.1998, C.15), s. 253. Erişim Tarihi: 13.11.2024
[19] Pertev Bilgen, "Kamu Hizmeti Hakkında", (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.1980, C.1, S.1), s.113. Erişim Tarihi: 10.11.2024.
[20] Atay, 556.
[21] Orak, s.8-9.
[22] Karahanoğulları, s.270.
[23] Hasan Nuri Yaşar, "Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği", (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.2003, C.13, S.1-3), s.447. Erişim Tarihi: 15.11.2024.

işaret etmiş, public service kavramının dilimizde komple bir karşılığı bulunmadığını ifade etmiştir.[24]

2) Kamu Hizmeti Kavramının Ortaya Çıkması

Kamu hizmeti kavramının modern anlamda doğuşunu incelediğimizde görmekteyiz ki bu kavramın kökeni 19.yüzyıl Fransa'sına kadar dayanmaktadır.[25] Fakat kamu hizmetlerini "toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması" şeklinde düşündüğümüz takdirde ise kökenin Roma ve Yunan hukuklarına kadar gittiği görülmektedir.[26] Öyle ki Antik Yunan dönemin ünlü düşünürleri Aristo ve Platon'un bu hususta görüşleri mevcuttur. Platon'un "devlet" kavramına ilişkin olarak görüşü hükümdarın kendi çıkarları için değil, vatandaşların ortak mutluluğu için çalışmasına yönelik olduğudur.[27] Bu dönemde, kamusal alan ile özel alan birbirlerinden ayrı ele alınmış, döneme egemen olan şehir-devlet anlayışından bahisle Aristo kamusal alan için "*kendi kendine yeterli en mükemmel toplum biçimi*" ifadelerini kullanmıştır. Kamusal alan ile bireyin toplumdaki rolü üzerine bir anlayış doğarken, özel alanın temelinde ise bireyin aile ve akraba ilişkileri yatmaktadır. Habermas da bu ayrıma değinmiş, özel alanı "bireyin evi" olarak; kamusal alanı ise "özel alanın karşısında, özgürlük ve istikrarı temsilcisi" olarak ifade etmiştir.

Roma da ise kamusallık kavramı "*res publica*" ile ifade edilmiştir. Romalı bilim adamı Cicero'na göre toplumsal hayatın örgütlenişi "özel alan" ve "kamusal alan" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Antik Yunan anlayışına da paralel olan bu ayrım neticesinde kamusal alan, özel alan ile birlikte var olan ve toplum için genel yararın gerçekleştirileceği alan olarak kabul edilmektedir. Bu durum kamu hizmeti anlayışının, sınırları tam olarak çizilmemiş olmak ile birlikte ilkel anlamda doğduğunun göstergesidir.[28]

Kronolojik olarak takip eden süreçte Orta Çağ'da ise genel yarara yönelik bu hizmetler doğrudan prensin-senyörün şahsi faaliyetleri olarak görülmeye başlanmıştır. Bu dönemde kamu hizmetinin temelini oluşturan kamu yararının şekillenmesinde dinin de

[24] Süheyp Derbil, İdare Hukuku C.2, Ankara 1952, s.421.
[25] Atay, s.554.
[26] Karahanoğulları, s.84-85.
[27] Mustafa Ökmen/Fatih Demir, "Kamu Hizmetinin Felsefi ve Yeni Kamu Yönetiminde Geçirdiği Dönüşüm", (Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2020, C.15, S.3), s.23. Erişim Tarihi: 24.01.2024.
[28] Burcu Güdücü, "Özel Alan, Kamusal Alan, Kent ve İnsan", (Aydın İnsan ve Toplum Dergisi, T.2015), s. 59-63. Erişim Tarihi: 26.01.2024.

etkili olduğu görülmektedir. Bu etkileşimin temelinde ise dinsel topluluklardaki ortak iyilik anlayışı ve kamu hizmetinin kamu yararı kavramı ile olan benzerliği yer almaktadır. Bu dönemde, monarşi ile yönetilen krallıkların baskıcı yönetimleri ile kilisenin otoriter tutumu kamusal yaşamın ve kamuoyunun varlığından söz edilebilmesini mümkün kılmamaktadır.

1600 ile 1800'li yıllar arasındaki Aydınlanma Döneminin kilit aktörleri olan Rönesans ve Reform hareketlerinin sonucu olarak ortaya çıkan zihinsel farkındalık ve aydınlanma ise monarşik yönetimlerin rejimlerini kırmış, kilisenin otoritesini sarsarak "kamuoyu" kavramının doğmasına öncülük etmiştir.[29] Bu dönemde, Avrupa kıtası ülkeleri ve ABD yüksek yargı organları tarafından verilen önemli kararlar mevcuttur.

1610 yılında İngiliz Ortak Hukuk Mahkemesi tarafından görülen *Dr. Bonham*[30] davasına ilişkin karar, her ne kadar 17. yüzyılda verilmiş olsa da bu dava 18. yüzyıl boyunca kamu hizmetlerinde bireysel hakların korunmasına öncülük etmiştir. Dr. Bonham davasında İngiliz mahkemesi, parlamentonun çıkarabileceği yasaların da yargısal denetime tabi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, hukuk ilkelerinin yasama yetkisini sınırlayabileceğinden bahisle anayasal denetim kavramının temellerini oluşturmuştur. Bu durum, 18. yüzyıl İngiltere'sinde bireylerin kamu otoritelerine karşı haklarını savunabilecekleri bir yapının oluşturulmasına katkı sağlamıştır.

1679 yılında İngiltere'de kabul edilen *Habeas Corpus Act* [31] bireylerin keyfi gözaltılara karşı korunmasını sağlayarak kamu hizmetlerinin hukuki güvence altında işlemesini sağlamıştır. Bu yasa, 18. yüzyıl boyunca uygulanmaya devam etmiş ve İngiliz hukuk sisteminde devletin bireylere karşı sorumluluğunu arttırarak, kamu görevlilerinin bireylere karşı hukuki sınırlar içinde hareket etmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.

Takip eden süreçte, 1689 yılında İngiltere'de kabul edilen *İngiliz Haklar Bildirgesi (Bill of Rights)*[32] mutlak monarşinin zayıflamasının da bir sonucu olarak kamu hizmetleri ve bireylerin hakları adına önemli bir zemin hazırlamış, devletin bireylere karşı

[29] Erdal Dağtaş, "Onsekizinci ve Ondokuzuncu Yüzyıllarda Kamusal Alan-Özel Alan İkilemi ve Basının Tarihsel Gelişimi", (Kurgu Dergisi, Y.1999, S.16), s.160-161. Erişim Tarihi: 26.01.2024.
[30] Britannica, Bonham's Case, https://www.britannica.com/event/Bonhams-Case. Erişim Tarihi: 13.11.2024.
[31] Britannica, Habeas Corpus Act, https://www.britannica.com/topic/habeas-corpus. Erişim Tarihi: 13.11.2024.
[32] İbrahim Çağrı Erkul, "İngiliz Parlamentosu'nun mutlak monarşiye karşı güç kazanma sürecinin analizi." (Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y.2015, C.34, S.2), s.142-145. Erişim Tarihi: 07.10.2024.

sorumluluğu anlayışına ışık tutmuştur. Bildirge, kralın yetkilerini sınırlayarak parlamentonun gücünü artırmış ve yasal hakların korunmasını sağlamıştır.

1766 yılında yayımlanan *Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi* ve onu takip eden *anayasa çalışmaları*, kamu hizmetlerinin halkın çıkarlarına hizmet etmesi gerektiği anlayışını pekiştiren bir diğer gelişme olarak değerlendirilmektedir. Bildirgede, bireysel özgürlüklere vurgu yapılarak devletin sınırlandırılması gerekliliği düzenlenmiş, devletin halka karşı sorumluluğu işaret edilmiştir.[33] Bu gelişmeler, kamu hizmetlerinin bireysel haklarla uyumlu olması gerekliliğini savunan bir anlayışa da öncülük etmiştir.

1799 yılında, ilerleyen dönemde Fransız hukukunda kamu hizmetlerine ilişkin davaların görüldüğü bir yargı organı olarak önemli bir yere sahip olacak olan kamu hizmetlerinin yargı denetimine tabi olması gerektiği anlayışını yaygınlaştıran ve devletin kamu hizmetlerindeki hukuki sorumluluğunu güçlendiren Fransız Conseil d'État'ı kurulmuştur. Feodalizm anlayışını takiben doğan 18.yüzyıl mutlakıyetçi devletlerinde, kamu düzenini sağlayıcı devlet düzenlemelerinin yanı sıra kamusal ve özel alanda geniş ölçekli düzenlemeler yapılmıştır.[34] Kamusal alan ile özel alanın günümüz anlayışıyla ayrılması, bu dönemde ortaya çıkan ulusal ve bölgesel devletlerin feodalitenin temellerini sarsması ile mümkün olmuştur.

19. yüzyıl ise kamu hizmeti kavramına ilişkin önemli olaylara sahne olmuştur. ABD Yüksek Mahkemesince görülen 1816 tarihli, *Martin v. Hunter's Lessee*[35] davasına ilişkin verilen karar, federal mahkemelerin eyalet mahkemeleri üzerindeki yetkisini doğrulayan bir dönüm noktasıdır. Federal hukukun üstünlüğü ilkesiyle, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ulusal ölçekte bütünlüğün sağlanması hedeflenmiştir. Bu durum, kamu hizmetlerinde merkezi yönetimin yetkisini genişletmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesinin 1819 tarihli *Dartmouth College*[36] davasına ilişkin kararı ise, kamu ve özel kurumlar arasındaki ayrımı netleştirmiş ve devletin özel kurumlara

[33] Ömer Faruk Atagün, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Tarihsel Gelişimi ve Anayasal Güvencesi." Ankara 2019, s.15-16.
[34] Ebru Zeybek Cebeci, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler (Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim Ekseninde), Ankara 2021, s.54-57.
[35] Legal Dictionary, MARTIN V. HUNTER'S LESSEE, https://legaldictionary.net/martin-v-hunters-lessee/. Erişim Tarihi: 14.11.2024.
[36] Justia U.S Supreme Court, Trustees of Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/. Erişim Tarihi: 14.11.2024.

müdahale edebilme sınırlarını belirlemiştir. Mahkeme, devletin özel kurumların sözleşmelerine keyfi olarak müdahale edemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar, özel kurumların hukuki statülerini güçlendirmiş ve kamu hizmeti ve özel sektör arasındaki sınırları belirlemiştir.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararında, "kamu hizmeti" kavramını ilk kez kullanarak, kamu hizmetinde görevli kişilerin bireylere verdikleri zararlardan devletin sorumlu olacağına dair bir hüküm belirtmiştir.[37] Blanco kararının, kendisinden önceki 1807 tarihli Simon kararına[38] rağmen bu konuda başlangıç olarak kabul edilişinin sebebi Simon kararında kamu hizmetinden ziyade "kamu gücü" anlayışının egemen olmasıdır. ABD Yüksek Mahkemesinin 1940 tarihli *Minersville School District v. Gobitis* [39] davası ve 1943 tarihli *West Virginia State Board of Education v. Barnette* [40] davasına ilişkin kararları birbirleri ile bağlantılı şekilde incelenmelidir. Minersville davasında mahkeme, öğrencilerin Amerikan bayrağına selam durmak zorunda olduklarına karar vermiştir. Ancak, üç yıl sonra Barnette davasında bu karar tersine çevrilmiş ve kamu okullarında öğrencilere zorla bir ideoloji dayatılamayacağına karar verilmiştir. Bu kararlar, kamu hizmetlerinin bireylerin inançlarına ve ifade özgürlüğüne saygı göstermesi gerektiğini vurgulamıştır.

ABD Yüksek Mahkemesince görülen 1954 tarihli *Brown v. Board of Education* [41] davası, kamu okullarında ırk ayrımcılığının anayasal olmadığını ilan ederek, eşitlik ilkesini vurgulamış ve kamu hizmetlerinin ayrımcılıktan arındırılması gerektiğini işaret etmiştir. Eğitimde ırk ayrımını reddeden bu karar, kamu hizmetlerinde eşitlik ilkesini güçlendirmiştir.

Fransız Uyuşmazlık Mahkemesinin 1955 tarihli *Effimief* [42] kararı, kamu hizmeti tanımını genişletmiş ve kamu kuruluşlarının görev kapsamını artırarak kamu hizmetlerinin

---

[37] Gözler/Kaplan, s. 44.
[38] M. Günday, İdare Hukuku, B.12., İmaj Yayınevi, 2017, s. 145-148.
[39] Global Freedom of Expression, Columbia Univeristy, Minersville School Dist. v. Gobitis, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/minersville-sch-dist-v-gobitis/. Erişim Tarihi: 16.11.2024.
[40] Britannica, West Virginia State Board of Education v. Barnette, https://www.britannica.com/event/West-Virginia-State-Board-of-Education-v-Barnette. Erişim Tarihi: 17.11.2024.
[41] Britannica, Brown v. Board of Education, https://www.britannica.com/event/Brown-v-Board-of-Education-of-Topeka. Erişim Tarihi: 15.11.2024.
[42] CoursDeDroit, Arret Effimief, 28 Mars 1955, https://cours-de-droit.net/arret-effimieff-1955/. Erişim Tarihi: 16.09.2024.

esnek bir şekilde ele alınabileceğini göstermiştir. Bu karar, özellikle kamu yararı için yapılan ancak doğrudan kamu hizmeti olarak görülmeyen faaliyetlerin de kamu hukuku ilkelerine tabi olabileceğini vurgulamıştır.

Fransız Devlet Şurasının 1956 tarihli *Consorts Grimouard* [43] kararı ile Devlet Şurası, kamu hizmeti sunumu sırasında kamu otoriteleri tarafından özel kişiler adına yürütülen bazı faaliyetlerin de kamu hizmeti olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Bu davada, kamu hizmetinin yürütülmesiyle doğrudan bağlantısı olan faaliyetlerin, kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Fransız Devlet Şurasının 1956 tarihli *Epoux Bertin*[44] kararı doğrultusunda Devlet Şurası, devletin özel kişilerle yaptığı bazı sözleşmelerin kamu hizmetinin yürütülmesine katkı sağladığı durumlarda kamu hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Epoux Bertin davasında, kamu hizmeti sunumuyla doğrudan bağlantılı bir sözleşmenin kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi olacağı belirtilmiştir.

Fransız Devlet Şurasının 1956 tarihli *Societe Le Beteon* [45] kararı ile özel sektör ile devlet arasında yapılan sözleşmelerin kamu hizmeti ilişkisi çerçevesinde değerlendirileceğini ve devletin bu faaliyetlerin yürütülmesinde kamu yararını gözetmesi gerektiğini vurgulanmıştır. Kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından yürütülmesi durumunda bile kamu yararının esas alınması gerektiği belirtilmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesinin 1957 tarihli *Jencks v. United States* [46] davası ise kamu çalışanlarının şeffaflık ve adil yargılanma hakkı açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Mahkeme, sanıkların ve tanıkların önceki ifadelerine erişme hakkı olduğunu ve federal davalarda şeffaflığın sağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar, kamu görevlileri hakkında yapılan yargılamalarda adaletin sağlanmasını ve devletin kamu görevlilerine

---

[43] ConseilEtat, Conseil d'État, 20 avril 1956, Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ consorts Grimouard et autres, https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-20-avril-1956-epoux-bertin-et-ministre-de-l-agriculture-c-consorts-grimouard-et-autres. Erişim Tarihi: 09.10.2024.

[44] CoursDeDroit, Arret Epoux Bertin, 20 Avril 1956, https://cours-de-droit.net/arret-epoux-bertin-1956/. Erişim Tarihi: 10.11.2024.

[45] DocDuJuriste, Conseil d'Etat, 19 octobre 1956, Société Le Béton - détermination de la domanialité publique et aménagement, https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/commentaire-d-arret/conseil-etat-19-octobre-1956-societe-beton-determination-domanialite-publique-450923.html. Erişim Tarihi: 14.11.2024.

[46] Justia U.S Supreme Court, Jencks v. United States, 353 U.S. 657 (1957), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/353/657/. Erişim Tarihi: 12.11.2024.

karşı hesap verebilirliğini güçlendirmiştir. Aynı yıl Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *De Becker v. Belgium* [47] davasına ilişkin kararı ile ifade özgürlüğü ve devletin kısıtlayıcı önlemleri konusunda dönüm noktası olacak bir karar vermiştir. De Becker, Belçika hükümeti tarafından gazetecilik yapmasının yasaklanması kararını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşımış; mahkeme, Belçika'nın kararını hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu karar, ifade özgürlüğünün ve kamu hizmetlerinin bireysel haklarla uyum içinde olması gerektiğini göstermiştir.

Alman Anayasa Mahkemesinin 1958 tarihli *Lüth Kararı* [48] Almanya'da temel hakların kamu hizmetleri üzerinde ne derece etkili olabileceğine dair önemli bir içtihat oluşturmuştur. Mahkeme, ifade özgürlüğünün yalnızca bireyler için değil, kamu hizmetleri için de bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. Lüth davası, Almanya'da kamu hizmetlerinin temel haklar çerçevesinde düzenlenmesi gerektiğine dair bir prensip geliştirmiş ve kamu yararı gözetilirken anayasal hakların korunması gerekliliğini ortaya koymuştur.

ABD Yüksek Mahkemesinin 1962 tarihli *Engel v. Vitale* [49] davasına ilişkin kararı ile, kamu okullarında zorunlu olarak devlet tarafından hazırlanan duaların okutulmasının anayasal olarak uygun olmadığına karar verilmiştir. Bu davada mahkeme, din ve devlet işlerinin ayrılması gerektiğini, kamu hizmetlerinde dini tarafsızlığın korunmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.

İngiliz Yüksek Mahkemesinin 1968 tarihli *R v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn*[50] kararı ile Mahkeme, polisin yasal sorumlulukları ve kamu hizmeti sağlayıcıların görev ihmalleri üzerine önemli prensipler geliştirmiştir. Bu karar, kamu hizmeti sağlayıcıların görevlerini yerine getirme sorumluluklarını ve kamu yararını gözetme zorunluluğunu vurgulamıştır.

---

[47] Juricaf, AFFAIRE DE BECKER c. BELGIQUE, https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESDROITSDELHOMME-19620327-21456. Erişim Tarihi: 11.11.2024.
[48] Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court's Judgement of 15 January 1958 - 1 BvR 400/51 [CODICES], https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1958/01/rs19580115_1bvr040051en.html. Erişim Tarihi: 15.11.2024.
[49] USCourts, Facts and Case Summary - Engel v. Vitale, https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-engel-v-vitale. Erişim Tarihi: 13.11.2024.
[50] LexJustis, R v Commissioner of Police of the Metropolis, ex parte Blackburn, https://vlex.co.uk/vid/r-v-commissioner-of-793996665. Erişim Tarihi: 14.11.2024.

ABD Yüksek Mahkemesinin 1973 tarihli *Roe v. Wade* [51] davasına ilişkin kararı ile, mahkeme kürtaj hakkının anayasa tarafından korunduğunu ve bireyin mahremiyet hakkının kamu hizmetlerinde korunması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar, sağlık hizmetlerinde birey haklarının kamu yararıyla dengelenmesi gerektiği anlayışını güçlendirmiştir.

Avrupa Adalet Divanının 1986 tarihli *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [52] davasına ilişkin kararı ile, kamu hizmetlerinde cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu karar, kamu hizmetlerinin cinsiyet eşitliği çerçevesinde düzenlenmesi gerektiği anlayışını pekiştirmiştir.

Avusturya Yüksek Mahkemesinin 1992 tarihli *Mabo v. Queensland* [53] davasına ilişkin kararı, yerli halkların toprak haklarının korunması konusunda önemli bir içtihat oluşturmuştur. Mahkeme, Avustralya'da yerli halkların toprak üzerindeki kadim haklarının tanınması gerektiğine karar vermiştir. Bu dava, kamu hizmetlerinde ve devlet politikalarında yerli haklarının göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamaktadır.

21.yüzyıl da kamu hizmetine ilişkin önemli davalara sahne olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2001 tarihli *Association Ekin v. Fransa* [54] davasına ilişkin kararı ile AİHM, kamu hizmeti sunan kurumların birey haklarına, özellikle ifade özgürlüğüne saygı göstermesi gerektiğini vurgulayarak, kamu hizmeti sunarken kamu yararı ve birey haklarının dengelenmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Avrupa Adalet Divanının 2015 tarihli *Schrems v. Data Protection Commissioner* [55] davasına yönelik kararı ile, mahkeme, kişisel verilerin korunmasının kamu yararına yönelik bir hizmet olduğunu ve kişisel verilerin korunması konusunda AB hukukuna uygun standartlar sağlanmadan veri aktarımının yapılamayacağına karar vermiştir. Bu karar, veri

---

[51] Britannica, Roe v. Wade, https://www.britannica.com/event/Roe-v-Wade. Erişim Tarihi: 15.11.2024.
[52] The Court of Justice, Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=93234&doclang=EN. Erişim Tarihi: 14.11.2024.
[53] Parliament of Australia, The Mabo decision, https://www.aph.gov.au/Visit_Parliament/Art/Stories_and_Histories/The_Mabo_decision. Erişim Tarihi: 16.11.2024.
[54] StradaLex, European Court of Human Rights (39288/98) - Committee of Ministers - Res-54 - CASE OF ASSOCIATION EKIN AGAINST FRANCE, https://www.stradalex.eu/en/se_src_publ_jur_eur_cedh/document/echr_39288-98_001-85876. Erişim Tarihi: 10.11.2024.
[55] EurLex, Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0362. Erişim Tarihi: 16.11.2024.

güvenliğinin kamu hizmeti kapsamında bir yükümlülük olduğunu ve kamu hizmeti sunan kurumların bireylerin özel bilgilerini koruması gerektiğini vurgulamıştır.

Avrupa Adalet Divanının 2020 tarihli *ClientEarth v. European Investment Bank*[56] davasına ilişkin kararı neticesinde, Mahkeme, çevre koruma konusundaki kamu hizmeti faaliyetlerinde şeffaflık ilkesine uyulması gerektiğini ve vatandaşların çevresel bilgiye erişim hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

Kamu hizmeti anlayışının ülkemiz hukukunda gelişimi ise Osmanlı İmparatorluğu döneminden itibaren çeşitli evrelerden geçmiştir. Osmanlı İmparatorluğu'nda kamu hizmeti kavramı, modern anlamda olmasa da padişahın mutlak otoritesi ve devletin toplumsal düzeni sağlama amacı çerçevesinde şekillenmiştir. Kamu hizmetleri, merkezi otoriteye bağlı olarak halkın temel ihtiyaçlarının karşılanması ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla gerçekleştirilmiştir. Ancak bu dönemde, kamu hizmetleri devletin bir lütfu olarak görülmüş ve bu hizmetler padişahın iradesine bağlı olarak yürütülmüştür.[57]

Fransız devrimi ile paralel olarak 19. yüzyılda Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile Osmanlı İmparatorluğu hukuk sisteminde reformlar yapılmaya başlanmış ve kamu hizmeti anlayışında batılı anlamda gelişmeler kaydedilmiştir. Tanzimat dönemi, Osmanlı devlet yapısının modernleşmesi ve kamu hizmetlerinin hukuki temellere oturtulması açısından önemli bir dönemeçtir. Bu dönemde; özellikle maliye, eğitim, sağlık ve altyapı gibi kamu hizmetleri düzenlenmiş ve daha sistematik hale getirilmiştir. Tanzimat Fermanı, devlet yönetiminin hukuka bağlı olmasını öngörmüştür. Bu, kamu hizmetlerinin keyfi bir şekilde değil, kanunlar çerçevesinde ve belirli kurallar doğrultusunda yürütülmesi gerektiği anlamına gelmektedir. [58] Tanzimat'tan önce devletin yönetiminde padişahın mutlak iradesinin geçerli olduğu anlayışı egemen iken; Tanzimat ile birlikte devletin vatandaşlarına karşı sorumlulukları belirgin hale gelmiş ve hukuki normlara dayalı bir kamu hizmeti anlayışı gelişmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak kamu hizmetlerinin merkezi otorite altında toplanması ve yerel yönetimlerin güçlerinin sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Bu, kamu hizmetlerinin daha düzenli ve etkin bir şekilde yürütülmesi için

[56] EurLex, ClientEarth v. EIB, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019TJ0009_RES. Erişim Tarihi: 10.11.2024.
[57] Gülan, s.97-107.
[58] Mehmet Aktel, "Tanzimat Fermanı'nın Toplumsal Yansıması", (Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.1998, S.3.), s.180-181. Erişim Tarihi: 04.02.2024.

önemli bir adımdır.[59] Merkezileşme politikası, kamu hizmetlerinin idaresinde bütünlük ve denetim sağlamıştır. Tanzimat Fermanı, vergi toplama sistemini reforme etmeyi de amaçlamış ve kamu maliyesinde daha adil ve düzenli bir sistem kurulmasını sağlamıştır. Daha önce keyfi ve düzensiz şekilde alınan vergiler, Tanzimat ile birlikte belirli kurallar çerçevesinde ve halkın refahını gözeten bir anlayışla düzenlenmiştir. Bu da özellikle kamu hizmetlerinin finansmanında daha sistematik bir yapının oluşmasına yardımcı olmuştur.[60] Tanzimat dönemi, eğitim ve sağlık gibi temel kamu hizmetlerinin modernleştirilmesi sürecini de başlatmıştır. Bu dönemde modern okullar ve hastaneler açılmaya başlanmış, halkın bu hizmetlere erişimi artırılmıştır. Devletin bu alanlardaki rolü, daha öncesinde oldukça sınırlıyken Tanzimat ile birlikte eğitim ve sağlık hizmetleri kamu hizmeti olarak düzenli ve sistematik bir şekilde sunulmaya başlanmıştır.[61]

Tanzimat Fermanının getirdiği tüm bu yeniliklerin din, dil ve ırk ayrımı gözetmeksizin bütün Osmanlı vatandaşlarına yönelik olması hiç şüphesiz kamu hizmetlerine ilişkin getirilen en önemli yeniliktir. Bu, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki azınlık grupların da kamu hizmetlerinden eşit şekilde yararlanmalarını sağlamış ve modern kamu hizmeti anlayışının temel unsurlarından biri olan eşitlik ilkesini pekiştirmiştir. Tanzimat Fermanı, Osmanlı İmparatorluğu'nda kamu hizmeti kavramına hukuki bir temel kazandırmış ve bu hizmetlerin modernleşmesini sağlamıştır. Devletin halka karşı görev ve sorumluluklarının arttığı, kamu hizmetlerinin hukuk ve düzen içinde sunulmaya başlandığı bu dönem, Osmanlı'nın modernleşme sürecinin önemli bir parçası olarak kabul edilir. Ferman ile getirilen reformlar, kamu hizmetlerinin daha etkin, adil ve merkezi bir yapıda sunulmasını sağlamış ve bu hizmetlerin Batılı anlamda gelişmesine zemin hazırlamıştır.[62]

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla birlikte kamu hizmeti anlayışı köklü bir değişim yaşamıştır. 1924 Anayasası ile birlikte, kamu hizmeti anlayışı modern hukuk çerçevesine oturtulmuş ve devletin halkın refahını sağlama sorumluluğu vurgulanmıştır.

---

[59] Demokaan Demirel, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma (1839-1923)", (Türk İdare Dergisi, Y.2011, S.473), s.98-101. Erişim Tarihi: 05.02.2024.
[60] Yiğit Yılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Vergi Sistemi ve Vergi Denetimi", (Vergi Raporu Dergisi, Y.2019, S.232), s.18-20. Erişim Tarihi: 12.03.2024.
[61] Şükran Güray/Alev DURAN, "Tanzimat Dönemi Eğitimin Durumu ve Dönemin Bir Değerlendirilmesi", (The Journal of Social Sciences Dergisi, Y.2024, S.44), s.515-518. Erişim Tarihi: 13.03.2024.
[62] Yavuz Ercan, "Türkiye'de Azınlık Sorununun Kökeni (Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Gayrimüslimler)", (OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Y.2006, s.20*)*, s.5-8. Erişim Tarihi: 13.03.2024.

Cumhuriyet'in ilanıyla birlikte devletin rolü genişletilmiş; özellikle eğitim, sağlık, ulaşım ve sosyal hizmetler alanında kamu hizmetlerinin gelişmesi sağlanmıştır. Bu dönemde kamu hizmetleri, devletin temel görevlerinden biri olarak kabul edilmiştir.[63]

1961 Anayasası, Türkiye'de kamu hizmeti anlayışına yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu anayasada sosyal devlet ilkesi daha güçlü bir şekilde vurgulanmış ve devletin vatandaşlarına sunduğu kamu hizmetlerinin kapsamı genişletilmiştir. Kamu hizmetlerinin etkin, eşit ve ulaşılabilir olması için çeşitli anayasal güvenceler sağlanmıştır. Anayasada sosyal güvenlik, eğitim, sağlık, çalışma hakkı ve sosyal refah gibi kamu hizmetleriyle ilgili hükümler yer almış; devletin bu alanlardaki görev ve sorumlulukları anayasal güvenceye alınmıştır.[64] Nitekim, 1961 Anayasası'nın ön projesini hazırlayan Onar'ın kendi ifadesi de, "*Devlete iktisadî kalkınma, sosyal adaleti sağlama gibi görevler de yüklemekle, Türk hukukunda, kamu hizmeti anlamını genişletmiş bulunduğu yönündedir."* şeklindedir.[65] 1982 Anayasası da kamu hizmeti kavramını korumanın yanında kamu hizmetleri açısından önemli düzenlemeler içermektedir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde verimlilik, tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri öne çıkarılmıştır.[66] Anayasa, kamu hizmetlerinin kamu yararını gözeterek sunulmasını garanti altına almış ve kamu hizmetlerinin herkes için ulaşılabilir olmasını öngörmüştür. Devletin eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi alanlardaki görevlerine ek olarak, çevreyi koruma ve doğal kaynakların kullanımı gibi konulara da kamu hizmeti kapsamında yer verilmiştir.

1980'li yıllardan itibaren, Türkiye'de serbest piyasa ekonomisine geçiş süreciyle birlikte, kamu hizmeti anlayışında da değişiklikler yaşanmıştır. Özelleştirme politikaları, kamu hizmetlerinin bazı alanlarının özel sektör tarafından yürütülmesine olanak tanımış, ancak devletin düzenleyici rolü devam etmiştir. Elektrik, telekomünikasyon ve ulaştırma gibi kamu hizmetleri alanında özel sektörün daha fazla rol aldığı görülmüştür. Buna rağmen, kamu hizmetlerinin kamu yararı gözetilerek sunulması gerekliliği, hukuki düzenlemelerle korunmuştur.[67] Türkiye'de 1980'lerden itibaren kamu hizmetlerine dair vatandaş şikayetleri için kurulan BİMER ve daha sonra Ombudsmanlık kurumları,

[63] Karahanoğulları, s.115-122.
[64] İlhan Özay, "Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı:" Çok Yaşa" Ya Da" A Tes Amour", (Journal of Istanbul University Law Faculty, Y.1998, S.1-4): s. 294-295. Erişim Tarihi: 15.04.2024.
[65] Onar, s.37.
[66] Atay, s.567
[67] Şennur Sezgin, "Politika Transferi ve Türkiye'de Özelleştirme", (Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.2010, S.27), s.4-7. Erişim Tarihi: 17.04.2024.

vatandaşların kamu hizmetleriyle ilgili hak arama süreçlerini güçlendirmiştir. Ombudsmanlık, kamu görevlilerinin halkın haklarını gözetmesini sağlayan bir denetim mekanizması oluşturmuştur.

Özetle, Türk hukukunda kamu hizmeti anlayışı, Osmanlı döneminden başlayarak, Tanzimat reformları, Cumhuriyet'in kurulması ve modern anayasal düzenlemelerle birlikte gelişmiş ve günümüze kadar uzanmıştır. Kamu hizmeti, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde, devletin halkın temel ihtiyaçlarını karşılaması ve toplumsal düzeni sağlaması olarak hukuk sistemimizde yerini bulmuştur. Özellikle Turgut Özal döneminde başlatılan özelleştirme politikaları ile devletin bazı kamu hizmetlerini özel sektöre devretmesi gündeme gelmiştir. Elektrik, ulaşım, telekomünikasyon gibi kamu hizmetleri alanında özelleştirmeler yapılmış, ancak devletin düzenleyici ve denetleyici rolü devam etmiştir.[68]

B) Kamu Hizmetinin Tespitine İlişkin Ölçütler

Kamu hizmetlerinin tanımlanması amacıyla, doktrin ve içtihat tarafından birtakım ölçütler düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, kamu hizmeti üç ana unsurdan meydana gelmektedir. Bunlardan ilki, kamu hizmetinin maddi ölçütü; diğeri, hizmetin organik ölçütü ve sonuncusu ise hizmetin şekli ölçütüdür.

1) Maddi Ölçüt

Bu ölçütün temelinde "*kamu yararı amacı*" yer almaktadır.[69] Bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan ya da bir kamu tüzel kişisinin denetimi altındaki bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen bir faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilebilmesi için, bu faaliyetin kamu yararını sağlamaya yönelik bir amaç taşıması gerekmektedir.[70] Diğer bir tabirle, kamu hizmetleri, maddi ölçüt perspektifi doğrultusunda, *giderilmesinde toplumsal bir yarar olan ve toplumsal ihtiyacı gideren eylem ve girişimler* olarak tanımlanabilmektedir.[71] Bu görüşe paralel olarak ÇAĞLAYAN, kamu hizmetinin bir unsuru olarak; hizmete konu eylemin *toplumun ortak ve sürekli bir ihtiyacının karşılanmasına (kamu yararının gerçekleştirilmesine) yönelik bir faaliyet* olması

[68] Karahanoğulları, s.95-106.
[69] Çağlayan, s. 250.
[70] Bayram Keskin, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Ankara 2019, s.27-28.
[71] Atay, 557.

gerekliliğine vurgu yapmıştır.[72] AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA ise maddi anlamda kamu hizmetini, *kamu yararına, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının tatmini için yürütülen faaliyetler* olarak tanımlamıştır.[73] GÖZLER ve KAPLAN ise maddi ölçütten bahisle kamu hizmetlerini, *kamu yararı amacına yönelik faaliyetler* olarak tanımlamışlardır.[74] SANCAKDAR, ÖNÜT, DOĞAN, TURHAN ve SEYHAN, kamu hizmetinin niteliğinin teşhisinde *kamu yararı bulunan ve toplumsal ihtiyacı karşılayan her faaliyetin kamu hizmeti olmadığından bahisle maddi ölçütün tek başına yeterli olmadığını* savunmuşlardır.[75]

Burada tartışmaya açık olan husus, kamu yararı kavramının farklı yorumlanıyor olmasıdır. Kamu yararına ilişkin görüşler, farklı ideolojik ve teorik perspektiflere göre çeşitlenir. Kimine göre kamu yararı, bireylerin toplam faydası iken, kimine göre toplumsal refahı sağlamak için devletin aktif müdahalesiyle ortaya çıkar. Bu farklı görüşler, kamu yararı kavramının esnek ve duruma göre değişebilen bir nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır.[76]

Klasik liberal yaklaşımda kamu yararı, bireysel özgürlüklerin korunması ve bireylerin kendi çıkarlarını maksimize edebilmesi için devletin minimal müdahalesi olarak tanımlanır. Bu görüşe göre, kamu yararı devletin bireylerin özel alanlarına müdahale etmeden, onların güvenliğini ve temel haklarını koruyarak, serbest piyasa koşullarını sağlamasıyla elde edilir.[77] Adam Smith gibi liberal ekonomistlerin görüşlerinde kamu yararı, piyasanın kendi kendini düzenlemesine olan güvenle ilişkilendirilir. Buna göre, bireylerin kendi çıkarları peşinde koşmaları, toplumun genel refahını da artırır; dolayısıyla kamu yararı, bireysel çıkarların toplamı olarak kabul edilir.[78]

Faydacılık teorisine göre kamu yararı, toplumda en fazla sayıda kişiye en fazla mutluluk veya fayda sağlayan eylem ve politikaların hayata geçirilmesiyle sağlanır. Jeremy Bentham ve John Stuart Mill gibi düşünürlerin savunduğu bu yaklaşım, kamu yararını toplumun genel refahı olarak tanımlar ve bir politikanın ahlaki değerini, bu politikanın

[72] Çağlayan, s.252.
[73] Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2023, s.587.
[74] Gözler/Kaplan, s.477.
[75] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2022, s.562.
[76] Orak, s.19-20.
[77] Gözler/Kaplan, s.482.
[78] Önder Çalcalı, "Kamu Maliyesi Perspektifinden Adam Smith", (Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Y.2013), s.93-96. Erişim Tarihi: 19.04.2024.

topluma sağladığı faydaya göre değerlendirir. Kamu yararı, bu bağlamda bireylerin toplam mutluluğuna hizmet eden sonuçlarla ölçülür.[79]

Sosyal devlet ve refah devleti anlayışında kamu yararı, bireylerin sosyal ve ekonomik haklarının korunması ve toplumdaki eşitsizliklerin azaltılmasıyla elde edilir. Bu yaklaşım, devletin sosyal refahı artırmak amacıyla kamu hizmetleri sunmasını, gelir dağılımını düzenlemesini ve toplumsal eşitliği sağlamasını kamu yararının temel unsurları olarak görür. Sosyal devlet anlayışına göre, kamu yararı sadece bireysel çıkarların toplamından ibaret değildir; toplumun tüm üyelerinin temel ihtiyaçlarının karşılanması, sosyal güvenlik sistemleri, eğitim ve sağlık hizmetlerine erişim kamu yararının önemli birer parçasıdır.[80]

Kamusal seçim teorisi, kamu yararını, bireylerin kendi çıkarlarını gözeterek politik süreçlere katılmalarının sonucunda oluşan dengeler üzerinden açıklar. Bu teoriye göre kamu yararı, demokratik karar alma süreçlerinde seçmenlerin, bürokratların ve politikacıların bireysel çıkarlarının çatışması ve bu çatışmadan doğan sonuçlarla belirlenir. Kamusal seçim teorisi, genellikle kamu yararı kavramına şüpheyle yaklaşır ve bu kavramın, siyasetçilerin ve bürokratların kendi çıkarlarını kamu yararı kisvesi altında savunmalarına imkân tanıdığına inanır. Bu nedenle, kamu yararı daha çok "grup çıkarları"nın uzlaşısı olarak görülür.[81]

Marksist teori, kamu yararı kavramını sınıfsal bir perspektiften ele alır. Karl Marx ve takipçilerine göre kapitalist toplumlarda kamu yararı, çoğunlukla egemen sınıfın (burjuvazinin) çıkarlarına hizmet eder ve bu nedenle toplumsal eşitsizlikleri daha da derinleştirir. Marksist yaklaşım, devletin kamu yararını sağlamaktan ziyade, sermaye sınıfının çıkarlarını koruduğunu savunur. Dolayısıyla, gerçek kamu yararı ancak sınıfsal eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasıyla ve işçi sınıfının kontrolü altındaki bir devlet yapısıyla mümkün olabilir.[82] Marksist bir devlette kamu yararı kavramı önemli bir yer tutar; ancak bu kavram kapitalist toplumdaki anlamından farklı bir çerçevede değerlendirilmelidir.

---

[79] Faydacılığın Tarihi, Stanford Felsefe Ansiklopedisi, 22.09.2014.
[80]Yusuf Göven, "Kamulaştırma İşlemlerinde “Kamu Yararı”, (Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.1999, S.1), s.261. Erişim Tarihi: 21.04.2024.
[81] Metin Saraçoğlu, "Kamusal Tercih Teorisi: Siyasetin Ekonomik Analizi", (Kamu-İş Dergisi, Y.2000, C. 1), s.5-8. Erişim Tarihi: 23.04.2024.
[82] Ruveyda Kızılboğa, "Kamu Tercihi ve Anayasal İktisat Teorilerinin Değerlendirilmesi", (Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi Y.2012, C.2.1), s.98. Erişim Tarihi: 25.04.2024.

Marksizm'de kamu yararı, toplumun genel çıkarlarını gözeten, üretim araçlarının ortak mülkiyetine dayanan ve sınıfsız bir toplum hedefleyen bir ilke olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda kapitalist toplumdaki kamu yararının birey ya da özel sektör çıkarlarıyla dengelenmesi gerekmez; çünkü üretim araçları ve ekonomik güç özel ellerde toplanmamıştır.

Marksist teoriye göre, sınıfsız ve devletsiz bir topluma geçişin hedeflendiği sosyalist aşamada kamu yararı, toplumun tüm bireylerinin ihtiyaçlarını eşit bir şekilde karşılamayı ve toplumsal üretim gücünün gelişimini herkesin yararına olacak şekilde yönlendirmeyi amaçlamaktadır. Kamu yararının sağlanması, aynı zamanda işçi sınıfının politik gücünü ve demokrasiyi geliştirerek bireylerin topluma daha geniş ölçekte katkı sağlayabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenle Marksist devlette kamu yararı, toplumun ortak ihtiyaçlarının bireylerin veya ayrıcalıklı grupların çıkarlarından bağımsız olarak karşılanması anlamına gelecektir.

Cumhuriyetçi görüşe göre kamu yararı, bireylerin ortak iyiliğini sağlayan politikaların benimsenmesiyle elde edilir. Bu yaklaşımda, kamu yararı bireysel çıkarların toplamı değil, ortak iyiliğin gerçekleşmesidir. Cumhuriyetçilik, bireylerin sadece kendi çıkarları doğrultusunda değil, topluma karşı sorumlulukları olduğunu da vurgular. Kamu yararı, ortak refahın korunması ve toplumun ortak çıkarlarının gözetilmesi anlamına gelir. Bireyler, kamu yararına katkı sağlamak için toplumun genel çıkarları doğrultusunda hareket etmelidirler. Bu görüşe göre, bireylerin bireysel hak ve özgürlükleri toplumsal faydaya katkıda bulunduğu sürece meşrudur.[83]

Günümüzde, hangi faaliyetlerin kamu yararına dayalı olduğu ve dolayısıyla kamu hizmeti kapsamına girebileceği oldukça belirsizdir. [84] Ayrıca, bazı kamu hizmeti olarak kabul edilen faaliyetlerin ise kamu yararıyla doğrudan bir ilişkisinin kurulamadığı gözlemlenmektedir.[85] Kamu yararına esas olabilecek faaliyetin niteliğine ilişkin bu durum Anayasa Mahkemesi'nin 1997 tarihli kararında[86] düzenlenmiştir. Kararda, bir girişim veya etkinliğin kamu hizmeti sayılıp sayılmayacağının çeşitli koşullar dikkate alınarak yasa

[83] Gülden Çamurcuoğlu, "Ortak Yarardan Kamu Yararına", (Selçuk Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2021, C.29, S.3), s.2247-2248. Erişim Tarihi: 28.04.2024.
[84] Atay, s.574.
[85] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.562.
[86] AYM, E.1996/63, K.1997/40, T.26.03.1997: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 30.04.2024.

koyucunun belirlemelerine bağlı olarak değişken ve göreceli olduğu belirtilmiş; bir hizmetin amacı kamu yararına ise kamu hukuku ilkelerine dayanması gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla, idarenin toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gerçekleştirdiği etkinlikler, yapılan yöntem fark etmeksizin kamu hizmeti olarak kabul edilecektir. Söz konusu karar, "*kamu hizmeti*" kavramının en önemli öğesi olarak yönetim biçimini değil, hizmetin amacı ve sorumluluğunu üstlenen organın niteliğini işaret etmiştir.

2) Organik Ölçüt

Organik ölçütün temelinde faaliyetin kimin tarafından yürütüldüğü yatmaktadır. Klasik anlayışa göre hizmetin organik ölçütü idare tarafından yürütülmelidir. Ancak günümüzde bu anlayış değişmiş,[87] bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelenebilmesi için bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetimi altında olan bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülmesi de kabul görmektedir.[88] Kamu hizmetleri idare tarafından doğrudan yürütülebileceği gibi kamu-özel ortaklıkları benzeri finansal modeller veya özel hukuk tüzel kişilerince de yürütülebilmektedir.[89] ONAR organik ölçüt hususunda hizmetlerin idare tarafından yürütülmesi anlayışı ile ilgili olarak *"sözleşmenin taraflarından birinin idare olması şartının sözleşmeyi idari olarak nitelendirebilmek için yeterli olmadığını, idarenin taraf olduğu sözleşmelerden birçoğunun özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu"* ifade etmiştir.[90] ÇAĞLAYAN'a göre kamu hizmetine konu faaliyet, *kamu tüzel kişilerince veya onun sıkı denetimi altında özel hukuk kişilerince yürütülmelidir.*[91] Bu faaliyetlerin kamu hizmeti kapsamında değerlendirilmeleri hususunda asıl belirleyici nokta ise hizmeti sunacak kişilerin kuruluş ve faaliyetleri üzerinde idarenin kesin bir denetim yetkisinin olması gerekliliğidir.[92] Söz konusu denetim koşuluna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 1990 tarihli bir kararında[93] şu ifadelerde yer vermiştir: *"Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir…kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse*

[87] Cebeci, s.20-21.
[88] Atay, s.561.
[89] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.561.
[90] Onar, s.1591.
[91] Çağlayan, s.252.
[92] Orak, s.19-20.
[93] AYM, E.1990/4, K.1990/6, T.12.04.1990: www.kazancı.com.tr. Erişim Tarihi: 03.05.2024.

yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur". Görülmektedir ki, özel hukuk kişileri tarafından yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için bu faaliyetlerin yasa koyucu tarafından idareye görev olarak verilmesi ve bu görevin özel hukuk kişilerince her koşulda kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetiminde görülebilmesinin mümkün kılınması gerekmektedir.[94]

Organik ölçüte ilişkin olarak, ATAY ise organik ölçüt yaklaşımı doğrultusunda kamu hizmetlerini *belirli bir hizmeti yürütmek adına bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilen vasıta ve ajanlar* olarak tanımlamıştır.[95] ATAY'a ait bu tanım ile bağdaşacak şekilde AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA da, organik anlamda kamu hizmetini *idareler tarafından, kamuya ait mal ve teçhizatla ve kamu personeli tarafından yerine getirilen faaliyetler* olarak tanımlamışlardır.[96] GÖZLER ve KAPLAN da organik ölçüt temelli bakış açısı ile kamu hizmetlerini *bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve doğrudan doğruya onun tarafından veya ondan aldığı yetkiyle ve onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından faaliyetler* olarak nitelemişlerdir.[97] SANCAKDAR, ÖNÜT, DOĞAN, TURHAN ve SEYHAN ise imtiyaz ve benzeri usullerin varlığını işaret ederek, bu usullerin organik ölçütün analizinde yetersiz kaldığını belirtmiş, organik ölçütü yeni konjonktüre adapte ederek kamu hizmetlerinin *imtiyaz gibi birtakım usuller haricinde doğrudan idare tarafından yerine getirileceğini* savunmuşlardır.[98]

3) Şekli Ölçüt

Şekli, diğer bir tabirle "biçimsel" ölçütün temelinde faaliyetin tabi olduğu hukuksal rejim yer almaktadır.[99] Klasik anlayışa göre kamu hizmetlerinin kamu hukuku ile düzenlendiği anlayışı hakim iken günümüzde, ticari ve sınai kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel hukuk düzenlemelerinin uygulanmaya başlaması ile bu unsur önemini yitirmektedir.[100] Kamu hizmetlerinin kamusal yönetim usulleri çerçevesinde ifasına ilişkin AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA, şekli anlamda kamu hizmetlerini *kamusal yönetim*

[94] Keskin, s.26-27.
[95] Atay, s.557.
[96] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.587.
[97] Gözler/Kaplan, s.477.
[98] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.561.
[99] Cebeci, s.27.
[100] Keskin, s.28-30.

usullerine göre yürütülen faaliyetler olarak tanımlamış; kamusal yönetim usulünün yapı taşları olarak ise faaliyetin *serbestçe yürütülememesi*, *belirli bir hukuki rejime dayanması* ve *uygulanmasında kamu gücü etkisinin gerekliliğine* vurgu yapmışlardır.[101] Öte yandan, GÖZLER ve KAPLAN ise *özel hukuku aşan hükümlerin varlığını* diğer bir deyişle kamu hizmetlerinin kamu hukuku ekseninde şekillenmesi gerekliliğini reddederek, şekli ölçütü kamu hizmetinin niteliğinin belirlenmesi noktasında dikkate almamışlardır. Buna ek olarak *şekli ölçütün kamu hizmeti nezdinde bir varlık şartı olmadığını, kamu hizmeti kavramından varılan bir sonuç olduğunu* ifade etmişlerdir.[102] Şekli ölçütün uygulamada kendine bulamaması hususunda SANCAKDAR, ÖNÜT, DOĞAN, TURHAN ve SEYHAN, Anayasanın 47. maddesine vurgu yapmış; kamu hizmetlerinin kamu hukukuna tabi olarak yürütülebilecekleri gibi, özel hukuka ya da hem özel hem de kamusal rejime aynı anda tabi olarak yürütülebileceklerini savunmuşlardır.[103]

Günümüzde karma bir rejim olarak özel hukuk hükümlerine göre yürütüldüğü halde, bazı faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıyabileceği kabul edilmektedir.[104] Şekli ölçütün azalan önemine Uyuşmazlık Mahkemesi 1992 tarihli kararında[105] *"Bugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleriyle görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre, değişik nispetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sınai ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmeti alanının varlığı, kamu hizmetlerinin şekli unsurundaki gelişme ve farklılaşmayı göstermektedir."* ifadeleri ile yer vermiştir.

II. İDARİ SÖZLEŞME KAVRAMI

A) İdari Sözleşmelerin Tarihsel Gelişimi

1) Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri

İdari sözleşmeler, kamusal hizmetlerinin yürütülmesinde idare tarafından sıkça kullanılan hukuki araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşmeler, genellikle kamusal kaynakların yönetimi, hizmetlerin yürütülmesi veya kamu mallarının işletilmesi gibi

[101] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.587.
[102] Gözler/Kaplan, s.478.
[103] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.562.
[104] Orak, s.21.
[105] UYM, E.1992/33, K.1992/36, T.26.10.1992, R.G. 01.12.1992: https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr. Erişim Tarihi: 04.05.2024.

alanlarda özel kişilere tanınan hak ve yükümlülükleri düzenlemektedir. Ancak, idari sözleşmeler ile hukuki ilişkilerin belirlenmesi sürecinde, sözleşmenin niteliğini belirleme ve bu niteliğe uygun hukuki düzenlemelerin yapılması önem arz etmektedir.[106]

İdari sözleşmeler ile diğer hukuki ilişki temelli sözleşmeler arasındaki ayrım, çeşitli ölçütler kullanılarak yapılmaktadır. Kamu hizmeti ile doğrudan ilişkili olan sözleşmeler genellikle idari sözleşme kapsamına girer. Sözleşmenin konusu, tarafların yetkileri, sözleşmenin finansmanı gibi faktörler bu ayrımda önemli rol oynar. Ayrıca, sözleşmenin amacı, tarafların statüsü ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri gibi hususlar da ayrımda dikkate alınan ölçütler arasındadır.[107] Öte yandan sözleşmelerin hukuki niteliği, genellikle yasa tarafından belirlenir. Yürürlükteki mevzuat, belirli türdeki sözleşmeleri idari sözleşme olarak tanımlayabilir ve bu sözleşmelerin özelliklerini belirleyebilir. Sözleşmelerin nitelendirilmesinde kullanılan ölçütlerin yasal dayanağa sahip olması, hukuki güvenilirliği artıracaktır.[108]

2) Türk Hukukunda İdari Sözleşme Kavramının Gelişimi

Türk hukukunda idarenin sözleşmeleri incelenmek istediğinde en doğru yaklaşım bu incelemeyi Osmanlı Devleti ve ilerleyen süreçte de Türkiye Cumhuriyeti için ayrı ayrı ele almak olacaktır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda idari sözleşme kavramının gelişimi, Osmanlı'nın yönetim yapısının evrimi ve modern hukuk anlayışının etkisi altında şekillenmiştir. İdari sözleşme, devlet ile bireyler veya kurumlar arasında yapılan anlaşmaları ifade eder ve bu sözleşmelerin içeriği genellikle kamu hizmetlerine ilişkin olmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nun yönetim sistemi, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren zaman içinde çeşitli dönüşümler geçirmiştir. İdari sözleşme kavramının gelişimi, bu değişimlerin bir yansımasıdır. Osmanlı İmparatorluğu'nun kuruluş döneminde, devlet ile bireyler veya topluluklar arasında yazılı olmayan sözleşmelerin varlığı bilinmektedir.[109] Ancak, modern

[106] Zehra Odyakmaz, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1998, C.2, S.2), s. 3-10. Erişim Tarihi: 05.05.2024.
[107] Mustafa Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2006, C.55, S.2), s. 199-201. Erişim Tarihi: 07.05.2024.
[108] Orak, s.21-24.
[109] Keskin, s.92-94.

anlamda idari sözleşmelerin gelişimi daha sonraki dönemlerde gerçekleşmiştir. [110] Osmanlı'nın yönetim anlayışı, sultanın merkezi otoritesi etrafında şekillenmiş olup, yönetimin merkeziyetçi bir yapısı vardı. Bu nedenle, idari işler genellikle merkezi otoritenin doğrudan kontrolü altında yürütülmüştür. Osmanlı Devleti'nde idare hukuku alanında önemli gelişmeler Tanzimat Dönemi ile Meşrutiyet Dönemi ve takip eden süreçteki hukuk reformlarında karşımıza çıkmaktadır. [111] Modern anlamda idari sözleşmelerin belirginleşmesi, Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinde gerçekleşmiştir. Bu dönemlerde yapılan hukuki reformlar, Osmanlı İmparatorluğu'nda idari işleyişin daha düzenli bir şekilde yürütülmesine ve bireylerin haklarının korunmasına katkı sağlamıştır. Bu dönemde Avrupa'dan gelen etkilerle birlikte hukuk alanında da önemli reformlar yapılmıştır. Bu dönemde idari işlerin daha düzenli bir şekilde yürütülmesi ve hukuki güvencelerin sağlanması amacıyla idari sözleşme kavramı daha belirgin hale gelmiştir.[112] Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. yüzyılın sonlarına doğru II. Meşrutiyet Dönemi başlamıştır. Bu dönemde, Osmanlı Devleti anayasal bir yapıya doğru evrilirken, hukuki alanda da reformlar gerçekleştirilmiştir.[113] Toplamda 13 maddeden oluşan 1910 tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile imtiyaz usulü ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un 1. maddesi: "*Herhangi bir şekilde, genel bütçeye katılmayan, genel kamu hizmetlerine dahil olmayan veya bu kanunda belirtilen muafiyet dışındaki muafiyetleri içermeyen hizmetler için, belediyeler veya yerel hükümetler tarafından verilecek olan genel kamu hizmetlerine ilişkin imtiyazlar, doğrudan yürütme yetkisine sahip olan makamlar tarafından verilecektir*." ifadelerine yer vererek imtiyaz verme yetkisinin yürütme organına ait olduğunu vurgulamıştır. 2. madde ile imtiyaza konu arazinin/tesisin imtiyazcıya devrediliş usulü düzenlenmiştir. 3. madde ile imtiyaz süresi boyunca işletme için gerekli olan ekipman ve malzeme ile ilgili düzenleme yapılmış, *"İmtiyaz süresinin sona ermesi durumunda, işletme için gereken ekipman, malzeme ve eşyalar, sözleşmede belirlenen şartlar dahilinde hükümet tarafından tasfiye edilebilir. İmtiyaz sözleşmelerinde belirlenen sürenin sona ermesi durumunda, hükümetin bu*

[110] Seher Alamur, "Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler", (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y.2013), s.44-46. Erişim Tarihi: 07.05.2024.
[111] Süheyla Şenlen, "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", (Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y.1994, C.49, S.3), s. 402-406. Erişim Tarihi: 08.05.2024.
[112] Mehmet Göküş, "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Modern Türkiye'ye Yöneten-Yönetilen İlişkilerinin Gelişimi", (Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2010, S.15), s. 233-236. Erişim Tarihi: 09.05.2024.
[113] Seda Örsten Esirgen, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Çerçevesi", (1. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri), s.318.

işletmeye katılma hakkı saklı tutulacaktır. Söz konusu ekipman, malzeme ve eşyaların bedeli, sözleşmede belirlenen yöntemlerle veya hükümetin belirleyeceği diğer bir yöntemle belirlenecek ve ödenecektir." ifadelerine yer verilmiştir. 5. madde ile idarenin sözleşmede yer almayan taleplerine ilişkin düzenleme yapılarak; *"İmtiyaz sözleşmesinde yer almayan ancak imtiyazın son on beş yılı içinde hükümetin izniyle gerçekleştirilecek yeni imalatlar için, her bir yıl için bedelinin 1/15'i oranında indirim yapılarak belirlenecek tazminat, ilgili sözleşme kapsamında ödenecektir. Bu düzenleme, imtiyaz şartnamesinde bulunmasa dahi, ileride gerçekleştirilebilecek imalatlar için hükümet tarafından belirlenebilecektir."* hükmüne yer verilmiştir. 8. madde ile imtiyaza konu faaliyette görev alacak personele değinilerek; *"İmtiyaz işlerinde çalışacak personelin fenni ve idari yetkinlikleri ile ustalar ve işbaşılarının sayısı ve nitelikleri belirlenecek ve sınırlanacaktır."* düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, II. Meşrutiyet dönemi, idari sözleşmelerin daha net bir şekilde tanımlanması ve uygulanmasına olanak tanımıştır. Devlet ile bireyler arasındaki ilişkilerde yazılı sözleşmelerin önemi artmıştır.[114] Bunlara ek olarak, ilerleyen dönemde Türkiye Cumhuriyeti'nin düzenleyeceği imtiyaz sözleşmelerine de öncülük ederek, yol gösterici olmuştur.

Osmanlı Devletini takiben doğan Türkiye Cumhuriyeti'nde idari sözleşme kavramının gelişimi, Osmanlı İmparatorluğu'ndan Cumhuriyet dönemine geçişle birlikte yaşanan dönüşüm sürecinde şekillenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla birlikte, ülke modern bir hukuk sistemi kurma yolunda önemli adımlar atmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşü ve cumhuriyetin ilanıyla birlikte, devletin yapısı ve işleyişi büyük ölçüde değişmiştir. Bu süreçte, Osmanlı'dan miras kalan geleneksel yönetim anlayışı yerini modern hukuk ilkelerine bırakmıştır. Cumhuriyet'in ilanından sonra Türkiye, hukuk alanında köklü reformlara girişmiştir. Bu reformlarla birlikte, idari işleyişin düzenlenmesi ve devletin vatandaşlarla ilişkilerinin belirlenmesi önem kazanmıştır. İdari sözleşme kavramı da bu dönemde daha belirgin hale gelmiş ve hukuki alanda yerini almıştır. Devlet ile bireyler veya kurumlar arasındaki ilişkilerin daha açık ve belirli bir çerçevede düzenlenmesi amacıyla idari sözleşme kavramı giderek daha fazla kullanılmıştır. Bu süreçte, 1982 Anayasası da bir dönüm noktası niteliği taşımaktadır. Öyle ki, anayasa, devletin ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini güvence altına alırken, idari işleyişin düzenlenmesine de önem vermiştir. İdari sözleşme kavramı da bu anayasa çerçevesinde

[114] Nur Yıldız, "İdari Rejimin Doğuşu, Tarihçesi ve Gerekçeleri", 2020, s.14-15.

daha da güçlenmiş ve vatandaşların devletle olan ilişkilerinde önemli bir araç haline gelmiştir. Günümüzde idari sözleşme kavramı, devletin ve vatandaşların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi, altyapı projelerinin gerçekleştirilmesi ve benzeri konularda devlet ile özel sektör veya bireyler arasında yapılan sözleşmeler, idari sözleşme kavramı çerçevesinde ele alınır. Bu sözleşmeler, taraflar arasındaki hakların ve sorumlulukların net bir şekilde belirlenmesini sağlamanın yanında, uyuşmazlıkların çözümünde de önemli bir rol oynarlar.[115]

İdari sözleşmelere ilişkin Türk hukukçularının doktrinde önem arz eden görüşlerini incelediğimizde ise farklı yaklaşımların olduğunu görmekteyiz. Öyle ki, Gözübüyük bu hususta görüşlerini; *"İdari sözleşmeler, kamu kuruluşlarının yönetim hukuku kurallarına göre yaptıkları sözleşmelerdir. İdari sözleşmeler kamu kuruluşları ile kişiler arasında olabileceği gibi, tüzel kişiliği olan kamu kuruluşları arasında da olabilir. İdari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmeleri gibi iki tarafın anlaşması ile yapılır. Taraflar kural olarak hem sözleşme yapmakta hem içeriğini saptamakta belli koşullar arasında serbesttirler."* [116] ifadeleriyle bizlere sunmaktadır. Günday da Gözübüyük'e paralel olarak *"idarenin, idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmelerini"* idari sözleşme olarak tanımlamıştır*."* [117] Öte yandan Gözler idari sözleşmelere farklı bir yaklaşım getirmiş ve görüşlerini; "*İdari sözleşme, bir kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilen veya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması ve kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan veya özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmedir.*"[118] şeklinde açıklamıştır.

3) İdari Sözleşmelerin Niteliği ve Uygulanması

İdare, faaliyetlerinin çoğunluğunu tek taraflı işlemleriyle yürütmektedir. Bu işlemlerde idare özel hukuk kapsamında akdettiği sözleşmelerin aksine, kamusal yetkisinin bir sonucu olarak işlemin karşı tarafına nazaran üstün ve ayrıcalıklı bir pozisyona sahiptir. [119] Bir sözleşmenin "*idari sözleşme*" olarak kabul edilebilmesi adına değerlendirilmesi gereken üç ölçüt mevcuttur. Bu ölçütler; sözleşmenin taraflarından

[115] Gürsel Kaplan/Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 2018, s.247.
[116] A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara 2005, s.267.
[117] Günday, s.166.
[118] Gözler, s.439.
[119] Çağlayan, s. 325.

birinin kamu tüzel kişisi olması perspektifinde şekillenen *organik ölçüt*, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti olmasını öngören *maddi ölçüt* ve sözleşme içerisinde özel hukuk hükümlerini aşan hükümlerin varlığını arayan *şekli ölçüt* olarak sayılmaktadır.[120] Sayılan bu ölçütler, sözleşmenin *idari* olup olmaması hususunda kümülatif olarak ele alınmalıdır.[121] Ölçütlerin kümülatif değerlendirilmesi hususunda, Anayasa Mahkemesi 1994 tarihli kararında[122]; *"Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir"* ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 1982 tarihli kararında[123] kümülatif değerlendirmeye vurgu yaparak *"Bir kamu teşekkülü olarak davalının kamu yararı gütmesi, sözleşmenin davalının görmekte olduğu kamu hizmeti ile ilişkili olması davada dayanılan sözleşmenin idari sözleşme olarak kabulü için yeterli değildir."* hükmüne yer vermiştir.

4) Organik Ölçüt

Türk idare doktrini uyarınca, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi ancak sözleşmenin taraflarından birinin idare olması ile mümkündür.[124] Öte yandan, idarenin taraf olduğu her sözleşme idari sözleşme olarak değerlendirilemeyecek; idari sözleşme nitelendirmesi organik, maddi ve şekli ölçütlerin birlikte incelenmesi ile yapılabilecektir.

İdari sözleşmelerin organik ölçütü, bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilebilmesi için taraflarından en az birinin kamu tüzel kişisi ya da kanunla belirlenmiş yetkilerle kamu hizmetini yürüten bir özel tüzel kişi olmasını gerektirmektedir.[125] Organik ölçüt, sözleşmeyi akdeden tarafların hukuki statüsünü inceleyerek, hangi tarafların "idare" olarak kabul edileceğini belirler.[126] Organik ölçütü sağlamak, bir sözleşmenin idari nitelik

[120] Atay, s.523.
[121] Çağlayan, s. 469.
[122] AYM., E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 11.05.2024.
[123] Y., 13.HD, E.1982/6483, K.1982/6996, T.18.12.1982: https://karararama.yargitay.gov.tr. Erişim Tarihi: 11.05.2024.
[124] Atay, s.524., Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.603.
[125] Çağlayan, s. 467-468.
[126] Gözler/Kaplan, s.423.

taşıması için tek başına yeterli olmasa da incelenmesi gereken ilk ve en temel koşuldur.[127] Bu bağlamda, kamu tüzel kişiliğinin anayasa veya kanunlarla kurulan ve kamu hizmetlerini yürütmekle görevli olan devlet kurumları, belediyeler, kamu üniversiteleri gibi yapıları ifade ettiği görülmektedir.[128] Bu kurumların idari sözleşmeler akdetme yetkisi, maddi ölçüte de paralel olarak kamu yararı amacıyla ve kamu gücünün gereklerini yerine getirmek üzere kanunla belirlenmiştir. Organik ölçütün uygulandığı kamu kurumları, kamu hukukunun gerektirdiği yetkilerle donatılmış olduklarından, kamu yararını gözetme amacıyla bu sözleşmelerde şekli ölçütün de bir yansıması olarak tek taraflı düzenleme yapabilme ve gerektiğinde sözleşmeyi feshetme gibi yetkilere sahiptirler.

Organik ölçüt, kamu tüzel kişisi olmayan bazı özel hukuk tüzel kişilerini de kapsayabilmektedir. Örneğin, kanun tarafından belirli kamu hizmetini yürütme yetkisi verilen özel şirketler veya kamu hizmetini yürütmek için ihale ile seçilen yüklenici firmalar bu çerçevede değerlendirilebilmektedir. Bu durum özel hukuk tüzel kişilerinin idare adına hareket etme yetkisine sahip olmaları anlamına gelmekle birlikte ve bu kişilerin idare ile akdettikleri sözleşmeleri de idari niteliğe sahip kılmaktadır.

Organik ölçüt, idareye bağlı olan kurumların akdettiği tüm sözleşmeleri idari sözleşme olarak kabul etmekle beraber[129] bazı durumlarda sözleşmenin idari mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda ihtilaf çıkabilmektedir. Bu durum, ancak idari sözleşmelerin sayılan üç kriter çerçevesinde birlikte değerlendirilmesi ile netlik kazanacaktır. Örneğin; belediyenin imar işleri için bir şirketle yaptığı sözleşme idari bir sözleşme olarak kabul edilirken, belediyenin bina bakımı için bir tamirat firmasıyla yaptığı basit bir bakım onarım sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi sayılabilmektedir. Bu ayrım, diğer ölçütlerle yapılacak kümülatif bir yaklaşımın sonucu olarak kamu gücü kullanımı gerektiren ve kamu yararı gözetilmesi gereken işlerde organik ölçütün ağır basmasından kaynaklanmaktadır.

[127] AYM., E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 13.05.2024., DAN. 10.D, E.1991/1, K.1993/1752, T. 29.04.1993: Danıştay Dergisi S.88, s.465. Erişim Tarihi: 13.05.2024.
[128] Çağlayan, s. 43-48.
[129] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara 2023, s.518.

5) Maddi Ölçüt

İdari sözleşmelerin maddi ölçütü, bir sözleşmenin idari olarak nitelendirilebilmesi adına yalnızca taraflarının kim olduğuna değil, aynı zamanda sözleşmenin konusuna, amacına ve yürütülüş biçimine de odaklanmaktadır.[130] Maddi ölçüt, sözleşmenin kamu yararını gözetip gözetmediğini, kamu hizmetine katkı sağlayıp sağlamadığını ve şekli kriter doğrultusunda idareye özgü yetki ve ayrıcalıklar içerip içermediğini değerlendirir. Bu ölçüt, organik ölçütü de tamamlayarak, sözleşmenin içeriğinin kamu hukuku alanına girip girmediğini belirlemeye yardımcı olmaktadır.[131]

Maddi ölçütün şüphesiz en önemli unsuru, sözleşmenin kamu hizmetini yürütmek veya sürdürmek amacı taşımasıdır.[132] İdari sözleşmeler genellikle kamusal bir ihtiyacın karşılanmasını hedeflerler. Örneğin; bir belediyenin altyapı hizmetleri için bir firmayla yaptığı sözleşme, kamu yararına hizmet ettiği için maddi ölçütü karşılamaktadır. Bu nedenle, idari sözleşmelerde kamu yararının ön planda olması ve özel menfaatlerin değil, toplumsal ihtiyaçların gözetilmesi esastır.

Maddi ölçütün kamu yararı temelli oluşunun dolaylı bir sonucu olarak, idarenin şekli kriter uyarınca sözleşmenin uygulanmasını denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Maddi ölçütün uygulanması, sözleşmenin kamu yararı gözetilerek akdedilmiş olup olmadığının ve kamu hizmetine katkı sağlayıp sağlamadığının belirlenmesiyle gerçekleşmektedir. Örneğin, bir hastanenin temizlik hizmetleri için yaptığı bir sözleşme, idari bir sözleşme olarak kabul edilebilir; çünkü hastanenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için kamu sağlığını koruma amacıyla düzenlenmiştir. Ancak, aynı hastanenin ofis mobilyaları satın almak için akdettiği bir sözleşme idari bir nitelik taşımaz; çünkü bu sözleşme, doğrudan kamu hizmetinin yürütülmesine katkı sağlamaktan ziyade, idarenin genel ihtiyaçlarını karşılamaya yöneliktir.

Görüldüğü üzere maddi ölçüt, idari sözleşmenin, kamu hizmetini sürdürme ve toplumsal faydayı koruma gibi bir kamusal amaca hizmet etmesini öngörmektedir.[133] Bu ölçüt şekli ölçüt ile birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmede özel hukuk hükümlerini aşan

[130] Atay, s.525., Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s..604.
[131] Gözler/Kaplan, s.425.
[132] Çağlayan, s. 468.
[133] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.519.

hükümlerin varlığının önünü açmakta ve idarenin kamu yararını koruyacak şekilde sözleşmeye müdahale edebilmesine imkân tanımaktadır.

6) Şekli Ölçüt

İdari sözleşmelerin şekli ölçütü, sözleşmenin özel hukuku aşan hükümlere sahip olması esasına göre şekillenmektedir. Özel hukuku aşan hükümlere sahip bu sözleşmelerde kamu yararının korunması amacıyla idareye bazı ayrıcalıklı yetkiler tanınması hususu idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli noktalardan biridir.[134] İdari sözleşmelerde yer alan özel hukuku aşan bu hükümler, idareye maddi ölçüt ekseninde şekillenen kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve etkinliğini sağlama yetkisi tanırken, sözleşmenin diğer tarafını belirli açılardan sınırlayabilmektedir.

İdare, şekli ölçüt uyarınca kamu yararını sağlamak veya kamu hizmetini aksatmadan sürdürmek amacıyla sözleşmeye tek taraflı değişiklik yapabilme hakkına sahiptir.[135] Örneğin; bir belediyenin altyapı hizmetleri için bir şirketle yaptığı sözleşmede, belediye halkın ihtiyaçları doğrultusunda sözleşmenin koşullarını tek taraflı olarak değiştirebilecektir. Bu yetki, idarenin kamu yararını gözetme zorunluluğundan doğmakla birlikte, kamusal hizmetlerin sürekliliğini pekiştirmektedir.

İdare, kamu hizmetini veya kamu yararını koruma gerekliliği ortaya çıktığında sözleşmeyi değiştirmenin yanında sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilme yetkisine de sahiptir.[136] Bu yetki, idarenin kamu hizmetinde bir aksaklık veya kamu yararını tehlikeye sokacak bir durumun varlığı halinde, hizmetin sürekliliğini ve etkinliğini sağlama amacıyla müdahalede bulunmasına imkân tanımaktadır.[137] Örneğin; bir yol yapım ihalesinde yüklenicinin sözleşme şartlarına uymaması veya kamu zararına sebep olacak bir eylemde bulunması durumunda, idare sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilmektedir. Buna ek olarak idare, sözleşme sürecinde ve sözleşmenin ifası sırasında denetim yetkisine sahiptir. Kamu yararını koruma amacıyla idarenin, yüklenicinin çalışmalarını kontrol etme ve kamu hizmetine uygunluk denetimi yapma hakkı her zaman saklıdır. Bu denetim, idareye gerektiğinde müdahalede bulunma ve hizmetin kalitesini güvence altına alma imkânı

[134] Atay, s.527.
[135] Çağlayan, s. 469.
[136] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.604.
[137] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.521.

sağlamaktadır. Sözleşmenin karşı tarafı ise bu denetime katlanmak ile yükümlüdür. Örneğin, bir kamu hastanesine malzeme tedarik eden bir firmaya karşı ürünlerin kalitesinin düşmesi durumunda idare, ürünlerin değiştirilmesi için müdahale edebilecektir.

İdare, denetimin bir sonucu olarak kamu hizmetinin aksaması veya kamu yararına aykırı bir durumun tespiti halinde yaptırım uygulayabilmektedir. Bu yaptırımlar uyarı, para cezası, geçici durdurma gibi idarenin kamu yararını ve hizmetin sürekliliğini korumak adına kullanabileceği araçlardan oluşmaktadır.[138] Örneğin, bir temizlik şirketinin kamu kurumunda belirlenen standartları karşılayamaması durumunda, idare bu şirketi cezalandırma veya sözleşme şartlarını gözden geçirme yetkisine sahiptir.

Maddi ölçüt ile birlikte değerlendirildiğinde, idari sözleşmelerde özel hukuku aşan hükümlerin varlığı, kamu yararını ön planda tutan bir düzen oluşturmak amacıyla idareye geniş yetkiler tanımaktadır. Bu hükümler, idarenin kamu hizmetini kesintisiz ve etkin bir şekilde sağlama yükümlülüğünden kaynaklanmakta ve idarenin tek taraflı değişiklik yapabilme, denetim, fesih ve yaptırım uygulama gibi kamu gücüne dayalı yetkiler kullanabilmesine imkân tanımaktadır.

7) İdari Sözleşmelerin Uygulanması ve İdari Sözleşme Kavramına Getirilen Eleştiriler

İdari sözleşmeler, kamu yararını göz önünde bulunduran, idarenin tek taraflı yetkilerle donatıldığı ve idari yargı denetimi altında gerçekleştirilen bir süreçtir. Bu tür sözleşmelerde, idarenin temel sorumluluğu, kamu hizmetinin kesintisiz ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlamaktır. İdare, bu amaç doğrultusunda sözleşmeye müdahale etme, feshetme ve denetleme gibi geniş yetkilere sahiptir.[139] Ancak, bu yetkilerin hukuka uygun[140] ve orantılı bir biçimde kullanılması, sözleşmenin diğer taraflarının haklarının korunması açısından büyük önem taşır.[141]

İdari sözleşmelerin en önemli özelliği, kamu yararını sağlama amacıdır. Kamu tüzel kişileri, bu sözleşmeleri yerine getirirken, kamu hizmetlerinin aksatılmadan sürdürülmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, idare sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerini yerine

[138] Gözler/Kaplan, s.426.
[139] Gözler/Kaplan, s.465.
[140] Çağlayan, s. 326.
[141] Keskin, s.110-111.

getirirken kamu hizmetinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesini gözetmek zorundadır.[142]

İdare, kamu hizmetinin gereksinimlerine göre sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak değiştirme yetkisine sahiptir.[143] Bu yetki, kamu yararının korunması ve kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak devam ettirilmesi amacıyla idareye tanınmış bir ayrıcalıktır. Ancak, bu tür değişikliklerin sözleşmenin diğer tarafına zarar vermemesi ve sözleşme dengelerini ağır biçimde bozmaması gerekmektedir. İdare, yalnızca kamu yararı doğrultusunda ve sözleşme hükümlerini aşırı derecede değiştirmeden bu yetkisini kullanabilir.[144] Ayrıca, idarenin kamu yararı gerekçesiyle sözleşmeyi tek taraflı feshetme yetkisi bulunmaktadır.[145] Bu yetki, özellikle kamu hizmetinin kesintisizliğini sağlama ve kamu düzenini koruma amacı taşır. Ancak, fesih yetkisi sınırsız değildir ve yalnızca kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kullanılabilir. İdare, fesih kararı aldığı takdirde, sözleşmenin diğer tarafının uğrayabileceği zararları tazmin etmek zorundadır.[146] İdari sözleşmelerde olağanüstü durumlar veya öngörülemeyen olaylar (doğal afetler, savaş, ekonomik krizler gibi) sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirebilir. Bu gibi durumlarda mücbir sebep hükümleri devreye girer. Mücbir sebep nedeniyle, sözleşme taraflarının yükümlülükleri askıya alınabilir veya sözleşme şartları yeniden müzakere edilebilir. Bununla birlikte aşırı ifa güçlüğü durumunda da sözleşme şartlarının uyarlanması talep edilebilir; böylece taraflar arasında adil bir dengenin korunması sağlanır. İdarenin, sözleşmenin süresi boyunca diğer tarafın sözleşmeye uygun davranışını denetleme yetkisi vardır. İdare, sözleşme hükümlerine uyulmaması halinde yaptırımlar uygulayabilir.[147] Bu yaptırımlar arasında para cezaları, teminatların nakde çevrilmesi ya da sözleşmenin feshi yer alır. İdari sözleşmeler, idare tarafından gerçekleştirilen işlemler ve uygulamalar olduğundan, idari yargının denetimine tabidir. İdarenin tek taraflı olarak yaptığı değişiklikler, fesih işlemleri veya uyguladığı yaptırımlar nedeniyle sözleşmenin karşı tarafı idari yargıya başvurma hakkına sahiptir. İdari yargı, idarenin uygulamalarını hukuka uygunluk açısından denetler ve gerekirse bu işlemleri iptal edebilir.[148] İdari sözleşmeler genellikle belirli bir süre için geçerlidir ve sürenin sona ermesiyle birlikte sona erer. Ancak, taraflar karşılıklı rıza

[142] Atay, s.563.
[143] Atay, s.528.
[144] Çağlayan, s. 256.
[145] Gözler/Kaplan, s.52.
[146] Çınar, s.335-337.
[147] Gözler/Kaplan, s.467.
[148] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.619.

göstererek sözleşmenin süresini uzatabilir. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte idare kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak amacıyla gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Ayrıca, idari sözleşmelerde "yeniden uyarlama" ilkesi büyük önem taşır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra koşullarda önemli değişiklikler meydana gelirse, taraflardan biri sözleşme şartlarının yeniden gözden geçirilmesini isteyebilir. Özellikle ekonomik koşulların ciddi şekilde değişmesi ya da kamu hizmetinin gereksinimlerinde ortaya çıkan farklılıklar bu tür taleplerin gündeme gelmesine neden olabilir.

İdari sözleşme kavramı, devlet ile bireyler veya kurumlar arasındaki ilişkileri düzenleyen önemli bir hukuki araç olmasına rağmen, zaman zaman çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, idari sözleşme kavramının uygulanmasındaki zorluklar, taraflar arasındaki dengesizlikler, hukuki belirsizlikler ve kamu yararının gözetilmemesi gibi konuları içermektedir.[149] İdari sözleşme kavramına getirilen eleştiriler; taraflar arasındaki dengesizlikler, hukuki belirsizlikler ve mevzuatsal eksiklikler, hedeflenen kamu yararının gözetilmemesi, sözleşmenin tek taraflı değiştirilmesi ile denetim eksikliği[150] olarak sayılmaktadır. Günümüzde yaygınlaşan tahkim usulü de bu eleştiriler neticesinde doğmuştur.[151]

İdari sözleşmelerde, genellikle devlet ile bireyler veya özel sektör arasında dengesiz bir güç ilişkisi bulunmaktadır. Bu durum şüphesiz, devletin sözleşmenin diğer tarafına kıyasla sahip olduğu kaynağa ve güce dayanmaktadır. Taraflar arası bu güç dengesizliği, özellikle özel sektör veya bireylerin haklarının devlet karşısında korunması açısından endişe yaratmaktadır.[152] Devletin bu üstünlüğü yargı alanında da kendine yer bulmaktadır ve devlet ile uyuşmazlık içinde olan tarafın devlet kontrolünde olan yargılamanın objektifliğinden şüphe etmesi de şaşırtıcı olmamalıdır.[153] Öte yandan her ne kadar 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun gibi özel düzenlemelere tabii kanunlar mevcut ise de idari sözleşmelerin hukuki statüsü ve uygulanabilirliği konusunda bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Yasal düzenlemelerde netlikten yoksun kalan noktalar, sözleşme taraflarının haklarını ve

[149] Cebeci, s.143.
[150] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.619.
[151] İsmail Kahraman, “Danıştayın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri”, (MS thesis. Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2014, s. 51. Erişim Tarihi: 17.05.2024.
[152] Keskin, s.102-103.
[153] Sırrı Düğer/Yeliz Neslihan Akın, "İdarenin Sözleşme Akdetme Usulü", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2021, C.12, S.1), s. 228. Erişim Tarihi: 18.05.2024.

sorumluluklarını belirlemede zorluklar yaratabilmektedir. Bu belirsizlikler, uyuşmazlık çıkma olasılığını artırabilir ve hukuki güvenceleri zayıflatabilir.[154] Bir diğer önemli nokta da devletin özel sektörle yaptığı sözleşmelerde kamu yararının ticari çıkarlara öncelik verilerek ihmal edilebilmesinin olası olmasına yönelik eleştirilerdir.[155] Bu eleştirilere ek olarak, devletin, yasal düzenlemeler veya mevcut koşullar değiştiğinde idari sözleşmeleri tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisi de özellikle diğer tarafın haklarının olumsuz yönde etkileyebilmesi açısından adil olmayan bir durum olarak değerlendirilebilir. [156] Bu sözleşmelerin denetimleri de yapılan eleştirilerden paylarını almışlardır. İdari sözleşmeler genellikle devletin yürüttüğü faaliyetleri düzenlediği için, bu sözleşmelerin denetimi ve hesap verebilirliği önemlidir. Ancak bazen, devletin idari sözleşmeleri yürütme ve denetleme süreçlerinde şeffaflık eksikliği yaşanabilir. Bu durum, sözleşme taraflarının haklarının korunmasını zorlaştırabilir.[157]

B) İdari Sözleşmelerin Hukuki Niteliğinin Uygulamadaki Karşılığı

1) İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İdari Sözleşmeler Ayrımı

İdare tarafından akdedilen özel hukuk kapsamındaki sözleşmeler ile idari sözleşmeler ayırt edilmek istendiğinde, bu sözleşmelerin dayanaklarını oluşturan mevzuatın, doktrin genelinde yol gösterici olacağı görülmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin dayanakları olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu görülecekken, idari sözleşmelerin temelinde ise idare hukukunun yattığı görülmektedir.[158]

İdarenin sözleşmelerini akdederken esinlendiği özel hukuk sözleşmelerinin [159] yukarıda değinildiği şekilde belli başlı kanunlar çerçevesinde düzenlendiği açık olsa da bu kapsam değişen mevzuat ile genişleyebilmektedir. Öyle ki, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre hayata geçen Yapım Sözleşmeleri'nin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu madde 4/3 ile düzenlenen; "*Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme*

[154] Sedat Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Mart 2008, s.287-289.
[155] Gözler/Kaplan, s.48-49.
[156] Öztoprak, s.103-110.
[157] Öztoprak, s.162-174.
[158] Abdurrahim Çınar, "İdari Sözleşme Ölçütleri", (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2021, C.7, S.2), s.334. Erişim Tarihi: 19.05.2024.
[159] Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.428.

hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorumlanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur." hükmü ile aynı kanunun 36. maddesindeki; "*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmü doğrultusunda özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır. Buradaki esas önemli nokta tarafların eşitliği prensibidir. Öte yandan, temelinde idare hukuku esas ve usulleri yatan idari sözleşmelerde ise tarafların eşitliği anlayışı yer almamaktadır. İdari sözleşmelerde taraflardan biri olan idare, kamu yararının temsilcisi pozisyonundadır ve olası bir uyuşmazlıkta esas olan kamu yararı olacağından idarenin daha avantajlı bir pozisyonda bulunması oldukça mantıklıdır.[160]

İdarenin, Özel Hukuk Sözleşmeleri ile İdari Sözleşmeler arasında temel bir diğer ayrım ise tarafların arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar konusunda "görevli yargı yeri" hususundadır. Bu ayrım İYUK madde 2/1'de: "*İdarenin özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer. İdari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözüm mercii ise idari yargıdır."* ifadeleri ile düzenlenmiştir.[161] Bu hususun, aynı kanun madde 32/1'de yer alan: "*Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir.*" ifadesi ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir.

Öte yandan, idare hukuku ile birlikte "idari sözleşme" kavramının da ilk olarak işlendiği Fransız hukukunda; *"İdarenin uyuşmazlığa taraf olup olmaması, sözleşmenin amacının kamu hizmetine ilişkin olup olmaması ve sözleşmenin hazırlanış ile ifa ediliş şekillerine ilişkin esasların, bir sözleşmenin "idari sözleşme" olarak kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır."*[162] anlayışı hakimdir. Ayrıca, Fransız hukukunda birtakım sözleşme türleri idare hukukuna özgü sözleşme türleri olarak sayılmakla birlikte, idarenin yaptığı sözleşmelerin sadece bunlardan ibaret olmadığı, idarenin, medeni hukuk ve ticari hukuk alanına giren tüm sözleşmeleri de yapabileceği söylenmektedir.[163] Bu duruma eleştiri

[160] Atay, s.521.
[161] Atay, s.529.
[162] Odyakmaz, s. 4-15.
[163] Fransız hukuk sistemi, idari sözleşmeleri belirli kategorilere ayırarak tanımlamıştır.

olarak hukukçu Gaston JÉZE'nin[164] "*taraflardan birinin daha üstün olduğu idare hukuku bakış açısı sözleşmenin varoluş amacıyla örtüşmemektedir*"[165] şeklindeki görüşü, idarenin üstün konumunun idari sözleşme kapsamının daralmasına yol açacağı sonucuna değinmektedir. Ancak hukuk, toplumun gelişen ihtiyaçlarına göre evrilen yaşayan bir mekanizma olduğu için zaman içerisinde idare hukuku çatısı altında daha çok sözleşme türünün kendine yer bulduğu görülmektedir. Konuya ilişkin farklı bir görüş ise, Bordeux ekolü olarak bilinen kamu hizmeti ekolünün en eski temsilcilerinden olan Léon DUGUIT'den gelmiş, idarenin sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmeleri ayrımına değinen Duguit, bu hususta görüşlerini, "*İdari sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımı yoktur. İdari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında, öz ve öğeler açısından sözleşmeler her zaman aynı özellik ve hükümlere sahip olduğu için, hiçbir ayrım yoktur."*[166] şeklinde ifade etmiştir.

İdarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmelerin ayrımı noktasında ATAY, idarenin özel hukuk sözleşmelerinin *borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde akdedildiğine ve taraflar arasında eşitliğin varlığına* vurgu yapmış; idarenin özel kapsamındaki sözleşmelerin tabi olduğu kurallardan farklı olarak *üstün ve ayrıcalıklı konumda olduğu sözleşmeleri ise idari sözleşmeler* olarak tanımlamıştır. İdari sözleşmelerin ise, *idari hukuku kurallarına tabi olduğunu ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğini* ifade etmiştir.[167]

---

[164] Gaston Jèze, kamu hukuku alanında önemli bir figürdür ve çeşitli konularda görüşler ortaya koymuştur. Jèze, devletin toplum içindeki rolünü ve işlevini önemli ölçüde değerlendirmiştir. Ona göre, devletin temel görevi, kamu düzenini sağlamak ve toplumun genel refahını korumaktır. Bu bağlamda, devletin vatandaşlar üzerindeki egemenliği ve yetkileriyle ilgili kuralları incelerken, devletin bu rollerini dikkate almıştır. Buna ek olarak, Jèze, hukuk devleti ilkesini vurgulayan önemli bir kamu hukuku doktrini olan Rechtstaat kavramını da ele almıştır. Hukuk devleti ilkesine göre, devletin eylemleri hukuk tarafından sınırlanmalı ve yasalara uygun olmalıdır. Jèze, bu ilkenin önemini vurgulamış ve devletin hukuka uygunluğunu ve yasal mekanizmaları korumasını savunmuştur. Gaston Jèze, kamu hizmeti ve yönetim konularına da önem vermiştir. Kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde sunulması, toplumun refahı için hayati önem taşır. Jèze, kamu hizmetinin adalet, eşitlik ve etkinlik ilkeleri çerçevesinde düzenlenmesi gerektiğini savunmuş ve bu konuda çeşitli öneriler getirmiştir. Öte yandan, Jèze, bireylerin haklarını korumak için hukuki güvencelere de önem vermiştir. Hukuk devleti ilkesinin bir parçası olarak, bireylerin adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakları gibi temel haklarının korunması gerektiğini savunmuştur. Bu nedenle, hukuk sisteminin tarafsızlık, bağımsızlık ve etkinlik ilkelerine dayanması gerektiğini öne sürmüştür. (Süheyp Derbil, "Kamu Hizmeti Nedir?", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1950, S.7.3). s.32-35. Erişim Tarihi: 20.05.2024.

[165] Pertev Bilgen, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1999, s.3-4.

[166] Bilgen, s.2-3.

[167] Atay, s.521.

İdari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmelerinin ayrımı hususunda ÇAĞLAYAN da ATAY'a paralel olarak fikirlerini, *zira özel hukuk sözleşmesi varsa, özel hukuk kuralları uygulanacak ve uyuşmazlık adli yargıda görülecektir. İdari sözleşme varsa, idare hukuku hükümleri uygulanacak ve uyuşmazlık idari yargıda görülecek demektir* şeklinde ifade etmiştir. Öte yandan, özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşme ayrımı hususunda öncelikle *kanuna uygun hüküm yoksa içtihada bakılması gerektiğini* savunmuştur.[168]

İdarenin sözleşmeleri konusunda ONAR, idari sözleşmeleri "*idari usullerin temelini teşkil eden idare kudretinin icrai karar, re'sen hareket etme gibi unsurları ile idari rejimin esasını teşkil eden adliye karşısında idarenin bağımsızlığı ilkesine dayanan, kamu hizmetlerinin ifası sırasında bu hizmetlerini yerine getirmek için yaptığı sözleşmeler"* olarak nitelenmiş, *idareye özgü bu sözleşmelerin hepsinin idari sözleşme sayılmayacağı hatta aynı sözleşmenin bazen özel hukuk sözleşmesi, bazen de idari sözleşmesi mahiyetinde görüneceğini"* ifade etmiştir.[169]

AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA bu ayrıma, "*İdare tarafından yapılan sözleşmeler, karşımıza her zaman idari sözleşmeler olarak çıkmaz. İdarenin, idari sözleşmelerin yanında özel hukuk kişileri ile akdettiği özel hukuk sözleşmeleri vardır."* ifadeleri ile dikkat çekmiş, bu ayrıma başvurulmasının sebebi olarak da *"sözleşmelere uygulanacak hukukun ve doğacak uyuşmazlıkların çözümünde yetkili mahkemenin belirmesi sorununu"* işaret etmişlerdir.[170] Buna ek olarak, idari sözleşmeler için idare hukuku hükümlerinin; idarenin özel hukuk sözleşmeleri için ise adli yargı hükümlerinin bağlayıcı olacağı ifade edilmiş, lakin bu iki tip sözleşme arasında sözleşmenin akdinden önce karşı tarafın seçimi ve sözleşmenin sonuçlandırılması noktalarında farklılık olmadığına değinilmiştir.[171]

SANCAKDAR, ÖNÜT, DOĞAN, TURHAN ve SEYHAN ise, "*idarenin ister idari, isterse özel hukuk sözleşmesi söz konusu olsun sözleşme serbestisi bulunmadığını"* ifade etmiş; idari sözleşmelerin kamu hukukuna tabi olduklarını, özel hukuk sözleşmelerinin ise

[168] Çağlayan, s.466.
[169] Onar, s.1592-1593.
[170] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.506.
[171] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.507.

özel hukuka tabi olduklarından bahisle uyuşmazlıkların çözümü ve sözleşmelere uygulanacak hukuk hususlarında yetkili yargı mercilerini teşhis etmişlerdir.[172]

İdari sözleşmeler için idare hukuku kuralları, özel hukuk sözleşmeleri için özel hukuk hükümlerinin bağlayıcı olması temelli ayrım GÖZLER ve KAPLAN içinde belirleyici oluşturmuştur. Bu durum, "*İdarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir. Buna karşılık idari sözleşmeler idare hukukuna tabidir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır."* şeklinde ifade edilmiştir.[173]

2) İdari Sözleşmelerin Tespitine İlişkin Ölçütler

İdari sözleşmelerin ayrımında kullanılan ölçütler, bu sözleşmelerin niteliğini ve uygulanabilirliğini belirlemek için önemli role sahiptirler. İdari sözleşmeler genellikle devlet ile bireyler veya kurumlar arasındaki ilişkileri kendilerine konu ederler. Bu sözleşmelerin ayrımında; taraflar arasındaki nitelik, sözleşmenin konusu [174] , taraflar arasındaki güç dengesi, sözleşmenin uygulanabilirliği ve hukuki statüsü gibi bazı temel ölçütler kullanılmaktadır.[175]

Bu ölçütlere ilişkin genel bir açıklama yapmak gerekirse, idari sözleşmelerin tarafları arasındaki nitelik, bu sözleşmelerin ayrılmasında temel bir ölçüt olabilmekle birlikte, eğer bir taraf idare veya devletin bir kurumu ise, sözleşme genellikle bir idari sözleşme olarak kabul edilir. Öte yandan, her iki taraf da özel kişiler veya kuruluşlar ise, sözleşme genellikle özel hukuk sözleşmesi olarak sınıflandırılabilir. [176] Sözleşmenin konusu hususunda ise, eğer sözleşme devletin kamu hizmetlerine ilişkin ise, genellikle bir idari sözleşme olarak kabul edilmektedir. Örnek vermek gerekirse; kamu altyapı projeleri, kamu hizmetlerinin sunumu veya devlet tarafından verilen izinler gibi konular idari sözleşme kapsamına girmektedirler. Sözleşmenin konusu kadar sözleşmenin taraflarının karşılıklı

[172] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.601.
[173] Gözler/Kaplan, s.421.
[174] Danıştay idari sözleşmeninarlığı için, "konusunun kamu hizmeti ve yararı olması" veya konusunun "doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin" bulunması şartını aramaktadır: DAN. 8.D, E.965/933, K.976/2141, T.11.1.1966: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 22.05.2024.
[175] Kadir Can Özel, "İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme", (Ombudsman Akademik Dergisi Y.2020, C.12), s. 185-189. Erişim Tarihi: 24.05.2024.
[176] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.632-633.

dengesi de önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.[177] Öyle ki, sözleşme tarafları arasındaki güç dengesi, sözleşmenin idari niteliğini belirlemede etkili olabilmektedir. Eğer devlet veya devletin bir kurumu, sözleşmenin diğer tarafına göre belirgin bir üstünlüğe sahipse, sözleşme genellikle bir idari sözleşme olarak kabul edilmektedir.[178] Öte yandan, uygulanabilirlik ve hukuki statü hususları da yol gösterici niteliğe sahip ayırıcı ölçütler olarak doktrinde karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, eğer sözleşmenin uygulanması ve sonuçları kamu yararını etkiliyorsa sözleşme genellikle idari bir nitelik taşımaktadır, dolayısıyla da sözleşmenin kamu hukuku hükümlerine tabi olması ve idari yargı organlarında çözümlenmesi beklenmektedir.[179]

İdari sözleşmelerin ayrımında kullanılan ölçütler, bir arada ve her durum özelinde ayrı değerlendirilmelidir. Bu ölçütlerin birlikte ele alınması, sözleşmenin idari niteliğini belirlemede daha doğru ve tutarlı bir yaklaşım izlenmesine öncülük edecektir. Ancak her durum için tek bir ölçütün yeterli olmayabileceği unutulmamalıdır ve sözleşmenin tüm özellikleri dikkate alınarak ayrım yapılmalıdır.

a) Yargı Organlarının İdari Sözleşmelere İlişkin Yaklaşımı

Türk hukukunda idari sözleşmelere ilişkin ilk tanımlamaya Danıştay'ın 1935 tarihli kararında[180] *"...Yardımlı veya yardımsız menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması esasına müstenit bulunan mukavelelere "amme hizmeti imtiyazi mukaveleleri"* denir. Bu nevi mukaveleler, taraflara idare hukukundan müştak mükellefiyetler tarh etme itibarıyla idari mukaveleler mecmuasına dâhil olmakla beraber, bunlar akitlerini amme hizmetini yürütmek ve muntazam bir halde işletmek gayesini temin için amme kudreti haklar ile de teçhiz ettiklerinden diğer idari mukavelelerden bir fark arz

[177] Keskin, s.97-99.
[178] Sedat Çal, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.2010, C.14, S.2), s.235-236. Erişim Tarihi: 25.05.2024.
[179] Orak, s.25-29.
[180] Nafia Vekaleti v. İstanbul Tramvay Şirketi Kararı: Devlet Şurası Devai Daireleri Umumî Heyeti, 26 Şubat 1935 Tarihli Karar. (Dahiliye Vekaletinin Aylık Mecmuası, Mart 1935, Y.8, S.84), s.504. Erişim Tarihi: 25.05.2024.

ederler ifadeleri ile rastlanmaktadır. Görülmektedir ki, idari sözleşmelerin belirlenmesinde sözleşmelerin niteliği ve imtiyaz usulü esas alınmıştır.[181]

Uyuşmazlık Mahkemesinin 1946 tarihli kararı[182] ile idari sözleşmelere ilişkin daha kapsamlı bir tanımlama yapılarak, *"Mevzu hukuk muvacehesinde idari mukavelelerin gayesini teşkil eden amme hizmeti tabirinin mana ve medlulünü düşünmek icabeder. Bir amme hizmetinin tanzim ve işlemesini temin maksadıyla münakıt olan ve idari prensip ve kaideleri harekete getiren idari mukaveleler, devletin amme kudretine dayanmaksızın tamamen bir fert gibi hareket ettiği ve tam bir müsavat esasına dayanan hususi hukuk mukavelelerinden ayrı bir karakter arz eder. Bu mukavelelerde akit olan özel veya tüzel kişinin, hizmetin işlemesine iştirak ettirilmesi, bunlara adi mukavelelere nazaran ağır vecibeler tahmili, hizmeti umumun menfaatine uygun bir şekilde yürütmekle görevli ve sorumlu olan idarenin alelade bir fert mevkiinde kalmaması, amme hizmetlerinin icap ve zaruretleri icranın devamınca değişebileceğinden mukavele şartlarını bu icaplara göre tadil etmek kudret ve salahiyetinin idari otoriteye tanınması, hizmetin yürütülmesinde aksaklı husule getiren akit hakkında zecri hükümler vaazı, el koyma ve uzun müddetli olmak ve genel şartnamelere dayanmak gibi adi mukavele hudutlarını aşan şartların bulunması mutat olmuştur."* ifadelerine yer verilmiş ve sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ile bu hizmetlerin yürütülmelerine özel kişilerin doğrudan veya dolaylı rol alabilecekleri, idareye tanınan üstün hak ve ayrıcalıklar ile sözleşmenin uzun süreli akdi ölçütlerine değinilerek modern anlamda idari sözleşmelerin öncülüğü yapılmıştır.[183]

Uyuşmazlık Mahkemesinin 1946 tarihli kararına paralel olarak Danıştay 1993 tarihli kararında[184] idari sözleşme hususunu tanımlamış ve *"Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir."* ifadelerine

[181] Orak, s.32-35.
[182] UYM, E.1946/8, K.1946/3, T.24.01.1946, R.G. 04.03.1946: https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr. Erişim Tarihi: 26.05.2024.
[183] Öztoprak, s.26-30.
[184] DAN. 10.D, E.1991/1, K.1993/1752, T.29.04.1993: https://karararama.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 26.05.2024.

yer vererek taraflardan birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve idareye tanınan üstün yetki ve ayrıcalıklara vurgu yapmıştır.[185]

Genelleme yapıldığında, Danıştay içtihatlarına göre idari sözleşmelerin ölçütleri; kamu hizmetinin varlığı, sözleşmenin özel hukuku aşan şartlar içermesi ve uyuşmazlıkların çözülmesinde idari yargının görevli olmasıdır. Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatlarında bunlara ek olarak AYHAN'ın da savunduğu üzere, sözleşmelerin uzun süreli olması da idari sözleşmelerin ölçütleri olarak sayılmıştır.[186]

Anayasa Mahkemesi de 1994 tarihli kararında[187] idari sözleşmeleri tanımlamış, kendinden önce tanımlama yapan yargı organlarına paralellik göstererek, *"Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması, sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı gereklidir."* ifadelerini kullanmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi, idari bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi için idare lehine üstünlük tanıyan kuralların varlığını şart olarak kabul etmekle birlikte, doğaları uyarınca idare hukuku kapsamında sayılan sözleşmelerin yasalarla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının mümkün olmadığını savunmaktadır.[188] Anayasa Mahkemesinin, 1994 tarihli, E.1994/43, K: 1994/42-2 Sayılı Kararı, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. Maddesi ile birlikte incelenmelidir. Öyle ki, kanunun ilgili beşinci maddesinde belirtilen Yüksek Planlama Kurulu tarafından belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikteki sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olmasına yönelik hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından *"idari sözleşme niteliğindeki bu sözleşmelerin adli yargı organının denetimine tabi tutulmasının olanaksız olması"* gerekçesi ile iptal edilmiştir.[189] Anayasa Mahkemesinin bu kararı doğrultusunda yasa koyucu 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesine *"Devlet, kamu iktisadi*

[185] Çağlayan, s.511.
[186] Keskin, s.110-111.
[187] AYM., E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 28.05.2024.
[188] AYM., E. 1994/43, K. 1994/722, T. 09.12.1994: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 28.05.2024.
[189] AYM., E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.06.1995: Anayasa Mahkemesi Karar Bilgi Bankası. Erişim Tarihi: 28.05.2024.

teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir." şeklinde "*idarenin özel hukuk sözleşmelerine tabi olup olmayacağını belirleme yetkisinin yasama organına bırakıldığını*" düzenleyen bir hüküm eklemiştir.[190] Öte yandan bir diğer önemli gelişme de 1982 Anayasası'nın 125. Maddesine getirilen değişiklikte yatmaktadır, öyle ki "*kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümününde milli/milletlerarası tahkime başvurulabileceği"* ifade edilmiş, bu durum yargı organlarının yetkisinin tahkim karşısında daraltılmasına neden olmuştur. Buna ek olarak, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 2/c'de yer alan *"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."* ifadesi idari dava nitelik ve şartlarına tabi değerlendirilecekleri düzenlenmiştir.

b) Yasama Organının İdari Sözleşmelere İlişkin Yaklaşımı

Yasama organı, genel ve asli düzenleme yetkisi çerçevesinde, anayasal hükümlere aykırı olmamak kaydıyla idari sözleşmelere dair doğrudan veya dolaylı düzenlemeler yapabilmektedir. Yasama organınca gerçekleştirilecek dolaylı nitelemenin esasen idarenin sözleşmesine uygulanacak hukuk rejim ve sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin görevli ve yetkili mahkeme çerçevesinde şekillendiği görülmektedir.[191]

Yasama organının 669 sayılı Şuray-ı Devlet Kanunu'ndan başlayarak günümüze kadar idari sözleşme kavramına çıkardığı kanunlarda yer vermiştir. Söz konusu kanunda, genel hizmetlerden birinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan idari sözleşmelerden kaynaklanan davalarda idari yargının görevli olacağı hükme bağlanmıştır. 669 sayılı kanunda yer alan bu hüküm halen yürürlükte olan 2575 (Danıştay Kanunu), 2576 (Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun) ve 2577 (İdari Yargılama Usulü Kanunu) sayılı kanunlar içerisinde de yer almaktadır.[192]

[190] Hayrettin Yıldız, "Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2014), s. 288. Erişim Tarihi: 30.05.2024.
[191] Karahanoğulları, s.259-264.
[192] Öztoprak, s.23-26.

O zamana kadar kanun metinleri içerisinde değinilen idari sözleşmelere ilişkin ilk özel kanuni düzenleme ise günümüzde de yürürlükte olan 1910 tarihli *Menafaii Umumiyeye Müteallik İmtiyaz Hakkında Kanun*'dur. Bu kanun ile açıkça idari sözleşme kapsamında gösterilmese de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bu belirsizlik ilerleyen yıllarda 1982 Anayasası'nda 1999 yılında 4446 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile son bulmuştur.[193] Öyle ki, Anayasa'nın 47. maddesine "*Yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" hükmü eklenerek idari sözleşmelere ilişkin net bir çerçeve çizilmiştir. Eklenen bu hüküm içerisinde yer alan "Yatırım ve Hizmetler" kavramlarına ilişkin çerçeve ise 2013 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında çizilmeye çalışılmış "Yatırım ve Hizmetler" den anlaşılması gerekenin, devletin asli görevleri dışındaki hizmetleri olduğu ifade edilmiştir. Lakin 1999 anayasa değişikliğini takiben kamu hizmetine ilişkin birçok alanda, kanun hükmüyle özel hukuk sözleşmesi yöntemi benimsenmiş ve bu sözleşmelerin niteliği netlik kazanmıştır. Görülmektedir ki, bir sözleşmenin kanunen özel hukuk sözleşmesi kabul edildiği hallerde sözleşmenin konusu kamu hizmetine ilişkin olsa da veya idare üstün yetkilere sahip olsa da bu hususların sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelenmesinde etkisi olmayacaktır. Buradaki asıl belirsizlik kanun ile hiçbir niteleme yapılmayan hallerde hangi sözleşmelerin idari sözleşme, hangilerinin ise özel hukuk sözleşmesi sayılacağı hususuna ilişkindir.

Sözleşmelerin hukuki nitelendirmesi, tabi oldukları hukuki rejimin ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yargı kolunun belirsiz olduğu durumlarda önemli bir süreçtir. Bu nitelendirmenin yapılması, söz konusu sözleşmenin türünün idari bir sözleşme mi veya idarenin özel hukuk sözleşmelerinden biri mi olup olmadığını belirleyecek ve sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğine dair temel bir çerçeve oluşturacaktır.

Özetle, sözleşmenin hukuki rejimi önceden bir kanun ile belirlenmişse, sözleşmenin idari olup olmama niteliğine ilişkin sorun genellikle ortadan kalkmaktadır. Öyle ki, bir kanun bir sözleşme ile ilgili olarak "idari sözleşme" olduğu yönünde bir düzenleme yapmışsa, bu sözleşmenin idare hukuku kurallarına tabi olduğu ve bu sözleşmeden

[193] Turgut Tan, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", (Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y.1995), s.302. Erişim Tarihi: 30.05.2024.

doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümleneceğini sonucuna varılacaktır.[194] Benzer şekilde, sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümü hususunda yetkili yargı kolunun belirlenmiş olduğu hallerde de nitelendirme sorununun çoğunlukla ortadan kalktığı görülmektedir, uyuşmazlık eğer idari yargıda çözümleniyorsa sözleşme idari sözleşme olarak kabul edilir, öte yandan uyuşmazlıkların çözülmesi için adli yargı yetkili kılınmışsa söz konusu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirildiği sonucuna varılmalıdır. [195]Ancak, belirli durumlarda kanunlar, sözleşmeyi doğrudan idari bir sözleşme veya özel hukuka tabi bir sözleşme olarak nitelendirmemiş olabilmektedir. Bu durumda, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim ve uyuşmazlıkların çözümü esas alınarak bir nitelendirme yapılması gerekmektedir.

Kanunların, sözleşmeyi nitelendirerek ayrımı kolaylaştırdığı yaklaşımdan ziyade, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimi belirleme eğiliminde oldukları da görülmektedir. Örneğin, kanunlarda yer alan düzenlemelerde bazı hallerde bir sözleşme için açıkça *"idari sözleşmedir"* ya da *"özel hukuk sözleşmesidir"* gibi düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir[196]; nitelendirme, *"bu sözleşmeye özel hukuk hükümleri uygulanacaktır"* veya *"bu sözleşmeye kamu hukuku hükümleri uygulanacaktır"* gibi düzenlemeler aracılığıyla yapılmaktadır. Bu durumda, hukuki nitelendirme sorunu ortaya çıkmayacaktır, çünkü sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim açıkça belirtilmiştir.[197]

c) Yürütme Organının İdari Sözleşmelere İlişkin Yaklaşımı

Yürütme organı olan idarenin, idari sözleşmeler ile ilişkisi kanunlar ile düzenlenmiştir. Menafaii Umumiyeye Müteallik İmtiyaz Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre "*devlet adına imtiyaz verme yetkisi yürütme organına aittir*". 2017 tarihli anayasa değişikliği ile 1982 Anayasası'nda yürütme organının yapısı, göre ve yetkileri hususlarında değişiklik yapılmış, Cumhurbaşkanı yürütmenin tek yetkili organı olmuş, buna paralel olarak da cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulama alanı genişlemiştir. Bu genişleme Anayasa'da 47. madde ile birlikte ele alınmalıdır. Çünkü ilgili madde içerisinde *"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya*

[194] Gözler/Kaplan, s.422.
[195]Karahanoğulları, s. 209-211.
[196] Duran, s.305-306.
[197] Çal, s. 157-159.

tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." ifadelerine yer verilmektedir. Özetle kanun ile belirlenmesi öngörülen bir duruma karşı uygulama alanı genişleyen cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin pozisyonu olası belirsizliklere yol açabilecektir. [198] Olası bu belirsizliklerin önünde Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen *"Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."* hükmü belirleyici olacaktır. Öyle ki, anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan hususlarda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. [199] Bu sebeple Anayasanın 47. maddesi kapsamında idarenin sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenebilmesi yalnızca kanun ile düzenlenmesi ile mümkündür, yürütme organının bu hususta düzenleme yapma yetkisi haiz değildir.[200]

[198] Cebeci, s.40-45.
[199] Gözler/Kaplan, s.390-391.
[200] Öztoprak, s.35-39.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

I. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A) Tarihsel Süreç

Osmanlı İmparatorluğu'nda, imtiyaz verilmesi ve ruhsatlandırma süreçlerini düzenleyen 9 Temmuz 1865 tarihli Memâlik-i Mahrûse-i Şâhânede Müsâade-i İmtiyâziye ve Ruhsat-ı Resmiye İstid'â Edenlerin Îfâ Etmeleri Lâzım Gelen Şerâit ve Merâsime Dair Nizamnâme'den[201] günümüze kadar, Türkiye'nin hukuki ve ekonomik yapısında imtiyaz sözleşmelerinin önemi büyük olmuştur. Bu sözleşmeler, devletin ve özel sektörün iş birliğiyle önemli hizmetlerin sunulmasını sağlamış ve ülkenin ekonomik kalkınmasına katkıda bulunmuştur.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde imtiyaz sözleşmeleri, genellikle yabancı devletler veya şirketlerle yapılmıştır. Özellikle 19. yüzyılın sonlarına doğru, Osmanlı Devleti'nin ekonomik zorluklarla karşılaştığı dönemde, yabancı devletlerin Osmanlı topraklarında ticaret yapma ve altyapı projeleri gerçekleştirme konusundaki istekleri artmıştır. Bu dönemde imzalanan imtiyaz sözleşmeleri, özellikle demiryolları, limanlar ve ticaret yolları gibi alanlarda önemli hizmetlerin sunumunu ve işletilmesini öngörmüştür.[202]

19. yüzyılda Avrupa'da kapitalizmin altın çağı yaşanmaktaydı. Bu dönemde Osmanlı Devleti ise Tanzimat döneminin de etkisi ile devlet otoritesinin zayıfladığı, ordunun yapısının bozulduğu, toprak ve vergi sisteminde aksaklıkların baş gösterdiği, anarşi ve ayaklanmalar ile çalkalanan bir vaziyette; sermaye yokluğu ve teknik yetersizlikler sebebi ile kamu hizmetlerini dahi tam olarak yerine getiremeyecek durumdaydı. Bu dönemde PTT, fener, limanlar ile tramvay ve tünellere ilişkin yabancılara imtiyazlar verilmiştir. Osmanlı hükümeti ile Western Electricin arasında 30 yıl süreli olarak imzalan telefon

[201] Esirgen, s.318. Erişim Tarihi: 02.06.2024.
[202] Cebeci, s.75.

imtiyazlarına ilişkin sözleşme PTT imtiyazları arasında sayılmaktadır.[203] Buna ek olarak, Akdeniz, Çanakkale Boğazı ve Karadeniz sahillerindeki deniz fenerlerine ilişkin olarak da 1860 yılında Osmanlı Fenerleri Şirketine 20 yıl süre ile imtiyaz verilmiş, imtiyaza ilişkin denetimlerin ise Avrupalı ve Osmanlılardan oluşacak bir komisyon tarafından yapılması öngörülmüştür. Bu süreci takiben ulaşım alanında imtiyaz verilmeye başlanmış; 1868 yılında İstanbul Tramvay ve Tünel imtiyazları verilmiştir.[204]

19. yüzyılda gelişen deniz ticaretine karşı Osmanlı Devleti'nin rekabette geri kalmasında doğal limanlar hariç limanlara sahip olunmaması etkilidir. Denizcilik faaliyetlerinin gelişmesi adına yeni liman işletmelerinin kurulmasına yönelik 1888 yılında Beyrut ve Selanik Limanlarına İlişkin İmtiyaz, 1890 yılında İstanbul Liman, Rıhtım, Dok ve Antrepo İmtiyazı ve 1899 yılında da Haydarpaşa Limanı İmtiyazı verilmiştir.[205]

Osmanlı Devleti dönemine ait imtiyaz sözleşmeleri incelendiğinde görülmektedir ki; imtiyaz sahibinin yükümlülükleri, sözleşme ile taraflara yüklenen sorumluluklar, idarenin üstün pozisyonu ile uyuşmazlıkların çözümü gibi belli başlı hususlar günümüzde de önemini sürdürmeye devam etmektedir.[206] Öyle ki, günümüz anlayışı ile paralel olarak Osmanlı döneminde de, imtiyaz sahibinin esas yükümlülükleri; imtiyaz konusu iş/faaliyetler için sözleşme ile belirlenen sürelere ve şartnamelerde belirlenen hususlara uymak, sözleşmenin konusunu oluşturan kamu hizmetini yürütmek, bu süreçte idarenin denetim ve teftişlerine razı olmak ile kullanılan tesis ve/veya mal ile malzemeleri iyi bir şekilde muhafaza ederek sözleşme sonunda anahtar teslim olarak idareye teslim ediyor olmak gibi uygulamalar mevcuttur. Günümüzle paralellik gösteren bir başka husus ise, imtiyaz usulü kapsamında sunulacak hizmetleri teşvik etmek amacıyla yabancı sermayeye çeşitli imtiyazlar verilebilecek olmasıdır. Öyle ki, bu imtiyazlar arasında: ücret alma yetkisi, tekel ve kamulaştırma hakkı ve kamu mallarından yararlanma izni gibi çeşitli olanaklar yer almaktadır.[207] Ek olarak, idarenin imtiyaz sahibine kıyasla üstün bir pozisyonda olması ve bu durumu pekiştirir nitelikte, idarenin Nafıa Nezareti[208] aracılığıyla denetim yapma ve yaptırım uygulama hakları da Osmanlı dönemi imtiyaz sözleşmelerinde

[203] Keskin, s.115.
[204] Gözler/Kaplan, s.510.
[205] Keskin, s.115-116.
[206] Şenay Atam, "Osmanlı Sanayileşmesi Sürecinde Osmanlı Kibrit Fabrikası ve Nizamnamesi", (Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi, Y. 2020, C.8, S.22), s. 294-296. Erişim Tarihi: 03.06.2024.
[207] Ali Akyıldız, Anka'nın Sonbaharı, 4.B., Ankara 2024, s. 18.
[208] Ali Akyıldız, Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri, 1.B., İstanbul 2001, s. 43.

karşımıza çıkmaktadır.[209] Öyle ki, denetime bağlı olarak meydana gelebilecek zarar ve masraflar için de imtiyaz sahibi sorumlu tutulmuştur.

Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak ise, sözleşmelerin dört temel grup altında toplandığı görülmektedir: Hakemleri görevlendiren sözleşmeler, Şura-yı Devlet'i görevlendiren sözleşmeler, Adlî yargıyı görevlendiren sözleşmeler ve İdarî ve adlî yargıyı birlikte görevlendiren sözleşmeler.[210] 1882 tarihli Demiryol ve Bi't-tasarruf Kanal ve Liman ve sâir İnşaat-ı Nâfiaya Dair Mukavelenâme isimli örnek İmtiyaz Sözleşmesi'nin 28. maddesi, imtiyaz sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgilidir.[211] Buna göre, imtiyaz hakkının devredilmesi için kurulacak anonim şirket Osmanlı tabiiyetine gireceğinden, Osmanlı Devleti ile imtiyaz sahibi ya da şirket arasında veya imtiyaz sahibi ve şirket ile çevre halk arasında çıkabilecek her türlü uyuşmazlık, "*Osmanlı mahkemelerinde*" görülüp çözüme kavuşturulacaktır.[212]

Takip eden süreçte, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonra da imtiyaz sözleşmeleri önemini korumuştur. Özellikle 1920'ler ve 1930'larda, Türkiye'nin modernleşme ve sanayileşme çabaları kapsamında, enerji, ulaşım ve iletişim gibi alanlarda imtiyaz sözleşmelerine sıkça başvurulmuştur. Örneğin, 1935 yılında Türkiye'de petrol arama ve üretimine ilişkin imtiyazlar verilmiş ve bu alandaki yabancı yatırımlar teşvik edilmiştir. Ancak, 1950'lerden itibaren Türkiye'de ekonomik politikalarda ve hukuki düzenlemelerde önemli değişiklikler yaşanmıştır. Özellikle 1980'lerde başlayan ekonomik liberalizasyon süreciyle birlikte, devletin rolü ve imtiyaz sözleşmelerinin önemi değişmeye başlamıştır. Türkiye, enerji, telekomünikasyon, ulaşım ve benzeri alanlarda devletin doğrudan yatırım yapma yerine özel sektörü teşvik etmeye yönelik politikalara odaklanmıştır. Bu dönemde, imtiyaz sözleşmeleri daha çok özelleştirme, işletme hakkı devri ve ortak girişim anlaşmaları gibi biçimlerde kullanılmıştır.[213]

Günümüzde Türkiye, uluslararası standartlara uygun, şeffaf ve rekabetçi bir iş ortamı oluşturmak için çaba sarf etmektedir. Bu bağlamda, imtiyaz sözleşmeleri, yabancı

[209] Esirgen, s.320. Erişim Tarihi: 05.06.2024.
[210] Rüştü Aral, "Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi", (Yüzyıl Boyunca Danıştay, Y.1986), s. 422. Erişim Tarihi: 07.06.2024.
[211] Esirgen, s.318. Erişim Tarihi: 07.06.2024.
[212] 28 Kasım 1882 tarihli Demiryol ve Bi tasarruf Kanal ve Liman ve sâir İnşaat-ı Nâfiaya Dair Mukavelenâme, md. 28, Düstur, I. Tertip, Z3, s. 142. Erişim Tarihi: 08.06.2024.
[213] Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi.", (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1998, C.56, S.1-4), s.97-107. Erişim Tarihi: 10.06.2024.

yatırımcıların ülkeye olan güvenini artırmak ve ekonomik büyümeyi desteklemek için önemli bir araç olarak görülmektedir. Bu doğrultuda özellikle sağlık alanında faaliyete giren şehir hastaneleri konsepti ile başta rüzgâr ve hidro elektrik olmak üzere enerji santralleri ve karayolu projelerinin yaygınlaşması, idare tarafından sunulması gereken kamu hizmetlerinin, akdedilen imtiyaz sözleşmeleri ile üçüncü kişilere gördürülmesi adına önemli örneklerdir.

B) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesinin Tanımı

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri incelendiğinde bu sözleşmelerin; süre, kapsam, tarafların hak ve yükümlülükleri ve denetim mekanizmaları gibi önemli hususlarda düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bu tip sözleşmelerde sözleşmenin ne kadar süreyle geçerli olacağı belirtilmekle birlikte, genellikle uzun vadeli olup olmayacakları ile sözleşmenin yenilenip yenilenmeyeceği de düzenlenen hususlar arasındadır. Kamu yararına ilişkin düzenlenen bu sözleşmelerin hangi hizmet ve alanlara yönelik faaliyetleri kapsayacakları da yine sözleşme metninde düzenlenen hususlar arasındadır. Hizmet ve faaliyetlerin istikrarlı ve kesintisiz bir şekilde faaliyet göstermesini sağlamak amacıyla idarenin ve imtiyaz sahibinin hak ve yükümlülükleri yanında, idarenin imtiyaz sahibinin faaliyetlerini denetlemesine ilişkin usul ve esaslar da sözleşme metninde kendilerine yer bulmaktadırlar.

Doktrinde ve yargı kararlarında bu tür sözleşmelere dair çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. ONAR bu tip sözleşmelerde imtiyaz sahibine yüklenen sorumluluklara değinmiş ve *"İmtiyaz mukaveleleri, bir amme hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartları temin edilerek salahiyetler ve taahhüt olunan mali menfaatler mukabilinde hususi bir şahıs tarafından ifasını tazammun eden bir mukaveledir."* [214] ifadelerini kullanmıştır. DERBİL genel bir değerlendirme yaparak bu tip sözleşmeleri; *"Bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve işletilmesini öngören idari sözleşmeler, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmesidir."* şeklinde tanımlamıştır.[215] AZRAK ise bu tanıma yakın olarak *"İdarenin, kamu hizmeti teşkil eden bir görevin yerine getirilmesini bir idari sözleşme ile özel bir*

[214] Onar, s. 536.
[215] Süheyp Derbil, İdare Hukuku, 4.B., Ankara 1955, s.593.

müteşebbise devretmesi" tanımlamasını yaparken[216], ÖZAY ise *"Kamu hizmetinin ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak, Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından görülmesine imtiyaz usulü denir*" şeklinde imtiyaz sözleşmelerini açıklayan bir tanım yapmıştır.[217] GÖZLER imtiyaz sözleşmelerini *"bir kamu hizmetinin, bu hizmetlerden yararlananlardan alacağı ücret karşılığında ve kendi kar ve zararına bir özel hukuk kişisi tarafından kurulması ve belirli bir süre işletilmesi amacıyla bu özel hukuk kişisiyle bir kamu tüzel kişisi arasında akdedilen sözleşme"* olarak tanımlamış, tanımda yer alan belirli bir süre ifadesine ilişkin olarak ise *"İmtiyazcı kişinin yaptığı yatırım masraflarını karşılayabilmesi ve kara geçebilmesi için imtiyaz sözleşmeleri genellikle 40-50 yıl gibi uzun bir süre ile yapılır"* ifadesine yer vermişlerdir.[218] ATAY imtiyaz yönetimini "*İdarenin kendi belirlediği ve gözetimi altındaki özel bir kişiye bir kamu hizmetinin yürütülmesini, masraf ve gelirlerini üstlenmek ve hizmetin karşılığını kamu hizmetini kullananlardan almak kaydıyla bir sözleşme ve şartlaşma ile belli bir süre için vermesi*" olarak tanımlamıştır.[219] ÇAĞLAYAN imtiyaz usulünü, *"kamu tüzel kişisi ile özel hukuk kişisi arasında yapılan bir idari sözleşme çerçevesinde, özel hukuk kişisinin kar ve zarar kendisine ait olmak üzere bir kamu hizmetini kurması ve işletmesi"* olarak nitelemiştir.[220] AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA imtiyaz sözleşmelerini *"idarenin kendi görev alanında bulunan bir kamu hizmetini, kendi adına işletmek ve hizmet karşılığı alınan ücreti hizmetten yararlananlardan almak üzere bir özel kişiyi görevlendirmesi"* olarak tanımlamışlardır.[221] GÖZÜBÜYÜK ve TAN kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini imtiyaz terimini tanımlamak suretiyle *"Kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin, özel kişilere verilmesi "imtiyaz", bu amaçla yapılan sözleşmeler de "imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmek suretiyle, günümüzde özelleştirme uygulamaları çeşitli sözleşmeler de bu kavram içinde ele alınıp, onun hukuki rejimine tabi tutulmaya çalışılmaktadır."* ifadeleri ile tanımlamışlardır.[222]

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak Danıştay 3. Dairesi 1967/371 esas, 1967/451 karar sayılı ve 17.11.1967 tarihli kararında imtiyaz sözleşmelerini şu şekilde tanımlar; "*İmtiyaz sözleşmesi, bir kamu hizmetinin masrafı kendisi tarafından*

[216] Azrak, s. 521-539.
[217] İlhan Özay, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 250.
[218] Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa 2003, s.68.
[219] Atay, s.591.
[220] Çağlayan, s.265.
[221] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.524.
[222] Gözübüyük/Tan, s.467.

yapılmak üzere, idarece tayin olunan şartlar, tanınan yetkiler, taahhüt olunan mali menfaatler karşılığında bir özel kişi tarafından ifasını tazammun eder." Bu tanım, imtiyazın özel kişi tarafından üstlenilen masraflar ve taahhütler çerçevesinde yürütülen bir iş birliği olduğunu vurgulamaktadır.

Danıştay 1. Dairesi ise 1992/232 E. 1992/294 K. sayılı kararında kamu hizmetine ilişkin imtiyaz sözleşmelerini, *"İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulmasının ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel almak ve giderleriyle kar ve zararı (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir."* olarak tanımlanırken, Danıştay 1. Dairesi'nin 2005/754 E. 2005/1075 K. sayılı kararında ise imtiyaz sözleşmeleri için yukarı da değinilen Onar'a ait tanıma atıf yapılmıştır. Ek olarak, Anayasa Mahkemesi ise imtiyaz sözleşmelerine ait görüşlerini; 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı kararı ile ortaya koyarak *"Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ... idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar."* ifadelerine yer vermiştir.

İmtiyaz sözleşmelerinin kapsamına ilişkin bir başka tanıma göre [223] ,*"İmtiyaz sözleşmeleri ekonomik nitelikteki kamu hizmetlerini kapsar. Ancak, kolluk, savunma, adalet gibi kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılmasını gerektiren hizmetler imtiyaz sözleşmesi kapsamına girmemektedir. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmeleri genellikle altyapı, ulaşım, enerji gibi ekonomik faaliyetlere odaklanır."*

GÖZLER ve KAPLAN, imtiyaz sözleşmelerinin ayrıştırıcı özelliklerini dört başlık olarak belirlemiştir. Birinci ayrım *imtiyaz bir sözleşme yani iki taraflı bir işlemdir* hususuna dayanmaktadır. İkinci ayrıma göre *imtiyazın konusu, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesidir*. Kamu hizmetine ilişkin ücretlendirme ekseninde şekillenen üçüncü ayrıma göre *özel kişi kamu hizmetini bu hizmetten yararlanan kullanıcılardan aldığı ücret karşılığında* yürütür. Dördüncü ayrım ise imtiyaz sahibinin kendi nam ve hesabına hareket etmesi temelinde *kamu hizmeti imtiyaz sahibi özel kişi tarafından kendi*

[223] İsmet Giritli/Tayfun Akgüner/Pertev Bilgen, İdari Yargı İlke ve Yöntemleri, 2.B., 2014, s.110-134.

kar ve zararına işletilir olarak karşımıza çıkmaktadır.[224] Bu duruma paralel olarak ATAY da *"İmtiyazcı, yürütülen kamu hizmetinden kaynaklanan kar ve zararı kendi nam ve hesabına yürütmektedir"* ifadelerini kullanmıştır.[225]

1) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Konusu ve Mahiyeti

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen imtiyaz sözleşmelerinin esasında söz konusu hizmetin özel bir kişi tarafından kurulması ve belirli bir süre işletilmesi yer almaktadır. [226] Bu tanıma paralel olarak ÇAĞLAYAN imtiyaz sözleşmelerinin konusundan bahisle bu sözleşmelerin *konusu bir hizmetin kurulması ve işletilmesi olduğundan, sözleşmenin süresinin uzun olması (30, 49, 99 yıl gibi) gerektiğini* ifade etmiştir. [227] Sözleşmeye niteliğini katan "imtiyaz" terimi ise, belirli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere özel kişi tarafından kurulması ve/veya işletilmesi anlamına gelmektedir.[228] Burada değinilmesi gereken husus, özel kişiye gördürülen kamu hizmetinin özel işletme olarak tanımlanamayacağı diğer bir deyişle imtiyaz sözleşmesinin kamu hizmetinin mahiyetini değiştirmeyeceğidir.[229]

Hukukumuzda "imtiyaz" kavramı ilk kez Osmanlı İmparatorluğu'nda kurulan ve dış devletlere olan borçlarını ödeme gayesi ile yabancı sermayeye verilen ayrıcalıklar olarak karşımıza çıkmaktadır. İmtiyaz kavramına ilişkin asıl kapsamlı düzenleme ise 1326 tarihli Menafaii Umumiyeye Müteallik İmtiyaz Hakkında Kanun ile yapılmıştır. [230] Öyle ki, imtiyaz terimi tanımlanmış, imtiyaz verme yetkisine ve imtiyaz süreleri ile denetimlere ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Öte yandan, bu sözleşmelere konu olan kamu hizmetleri açısından da önemli hususlar mevcuttur. Kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılması ile mümkün olabilecek; milli savunma, adalet ve kolluk gibi faaliyet sahalarında hizmetlerin

[224] Gözler/Kaplan, s.510.
[225] Atay, s.592.
[226] Orak, s.35.
[227] Çağlayan, s.265.
[228] Günday, s.296.
[229] Keskin, s.148.
[230] Murat Sezginer, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2007, C.11), s. 1085. Erişim Tarihi: 15.06.2024.

imtiyaz usulü ile gördürülemeyeceği açıktır. Sadece iktisadi kamu hizmetleri imtiyaz sözleşmeleri ile gördürülebilecektir.[231]

İmtiyaz sözleşmelerinin anayasal süreçte gelişimleri ise 1924 Anayasası ile başlamış, Anayasa'nın 26. maddesi ile imtiyaz sözleşmelerinin onay yetkisinin TBMM'nin olduğu fakat sözleşme ile şartname hususlarında Danıştay görüşünün alınacağı (madde 55) düzenlenmiştir. 1961 Anayasası ile imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi TBMM'den alınmış, Danıştay ise görüş vermekten öte inceleme yapacak bir pozisyona evrilmiştir. Danıştay'a ilişkin bu değişim 4446 sayılı Kanun ile değişen 1982 Anayasasının ilgili maddesi (155/2) doğrultusunda "*salt görüşme bildirme*" olarak tekrar değişmiştir. Takip eden süreçte, 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği ile imtiyaz verme yetkisi Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.[232]

Anayasal düzenlemelere ek olarak, özel niteliğe sahip kanunlar da "imtiyaz" kavramına ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. 5393 sayılı Belediye Kanunu madde 15'e göre, *belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunmak; müktesep haklar saklı kalmak üzere; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; kaynak sularını işletmek veya işlettirmek, toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırma; toptancı ve perakendeci hâlleri, otobüs terminali, fuar alanı, mezbaha, ilgili mevzuata göre yat limanı ve iskele kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek veya bu yerlerin gerçek ve tüzel kişilerce açılmasına izin vermek,* belediyenin yetki ve imtiyazları arasında sayılmış ve maddenin devamında, *belediyelerin bu hizmetleri Danıştayın görüşü ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kararıyla süresi kırk dokuz yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla gördürebileceği* düzenlenmiştir.[233] Aynı Kanun'un madde 18/j hükmüne göre *belediye*

[231] Mustafa Ayhan Tekinsoy, "İdari Sözleşme Rejiminn Temel Özellikleri", (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2002), s.166. Erişim Tarihi: 16.06.2024.
[232] Gözler/Kaplan, s.512.
[233] Cebeci, s.76.

adına imtiyaz verilmesi ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılması hususunda Belediye Meclisi yetkili kılınmıştır.[234]

Yargı organlarının da imtiyaz sözleşmelerine ilişkin kararları mevcuttur. Anayasa Mahkemesi 2015 tarihli kararında,[235] *"Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmelerin özel bir türü olup kamu hukuku kurallarına tabidir. Bir sözleşmenin "idarî sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekmektedir."* ifadelerine yer vererek, imtiyaz sözleşmelerini, idari sözleşme olarak sayıp, tabi olunacak hukuku işaret etmiştir. Danıştay ise 2002 tarihli kararında,[236] *"...idare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin uzun süreli bir "idari sözleşme" uyarınca, sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine imtiyaz denir."* ifadelerine yer vererek hizmetin, kar ve zararı özel kişinin olacak şekilde uzun süreli gördürülmesine vurgu yapılmıştır; aynı kararda *"...idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması..."* düzenlemesine de yer verilerek idare tarafından yapılacak denetim de imtiyaz sözleşmelerinin belirleyici nitelikleri arasında sayılmıştır.

Özel hukuk ve kamu hukukunun kesişim noktasında yer alan imtiyaz sözleşmelerini[237] bünyelerinde barındırdıkları tasarruflara göre ele almak gerekmektedir. İdare tarafından tek taraflı olarak hazırlanan ve imtiyaz sözleşmesinin kapsamını belirten "teknik şartnameler" düzenlenmektedir. Bu şartnameler "Kaide-Tasarruf Mahiyeti" olarak adlandırılmaktadır.[238] Ek olarak kamu hizmetini ifa edecek özel tarafın yetki ve faaliyet kapsamına ilişkin çerçevenin çizilmesi ise "Şart-Tasarruf Mahiyeti" olarak adlandırılmaktadır.[239] Açıktır ki, özel tarafın amacı kamu hizmetinden ziyade kar elde etmektir. İdare, imtiyaz sözleşmesi ile karşı tarafın ekonomik menfaatini temin edecektir. Bu durum ise imtiyaz sözleşmelerinin "subjektif tasarruf mahiyeti" olarak

[234] Atay, s.592.
[235] AYM, E.2013/50, K.2015/38, T.01.04.2015: www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 17.06.2024.
[236] DAN 10. D, E.1999/2407, K.2002/347, T.06.02.2002: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 18.06.2024.
[237] Derbil, s.565.
[238] Onar, s.1628.
[239] Onar, s.537.

adlandırılmaktadır.[240] Kamu hizmeti imtiyazlarının kapsamına ilişkin çerçeve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un madde 15 hükmü ile de düzenlenmiş[241], *"Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır."* ifadesine yer verilmiştir. Buna ek olarak ilgili 15. maddenin devamında imtiyazın süresine ilişkin olarak *"Bu madde gereğince işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresi 49 yılı geçemez."* düzenlemesine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere imtiyaz usulü kamu hizmetlerinin görülmesi hususunda önemli bir yere sahiptir. Öte yandan, imtiyaz usulü ile birlikte tüm ekonomik sonuçların idare tarafından üstlenildiği "emanet" yöntemi, kamu hizmetlerinin gördürülmesinde Weber'in de ifadesiyle "*ideal tip*" lerdir. Bu iki yöntem zaman içerisinde harmanlanmış ve risk temelli farklı tiplerin doğuşuna sebep olmuştur. *La regie interessee* diğer bir deyişle "Müşterek Emanet" kavramı bu iki *ideal tip* 'in sentezi konumundadır. Öyle ki, özel kişi hizmetin gördürülmesi hususunda bir aracı olarak kullanılacak ve idare tüm mali sonuçları üstlenecektir. Özel kişi için ise idare tarafından belirli bir ücret ödemesi veya hizmetin karlılığına bağlı olarak sabit ücrete ek ödemeler yapılacaktır.[242]

2) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Hukuki Çerçeve ve Düzenlemeler

İmtiyaz sözleşmeleri, bir ülkedeki hukuki çerçeve tarafından düzenlenen ve kamu hizmetlerinin belirli bir özel kişiye devredilmesini amaçlayan önemli sözleşmelerdir. İmtiyaz sözleşmeleri, her ülkede belirli bir hukuki çerçeve altında düzenlenir. Bu çerçeve, genellikle şeffaflığı artırmak, taraflar arasındaki ilişkileri düzenlemek ve kamu yararını korumak amacıyla oluşturulur. Türkiye'de, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın tanımları, imtiyazın temel karakterini ve işleyişini açıkça ifade etmektedir. Öyle ki Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994 tarihinde verdiği E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı karar ile imtiyaz sözleşmelerini; *"... konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel*

[240] Keskin, s.149.
[241] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.588.
[242] Karahanoğulları, s.330.

kişiye devretmek olan sözleşmeleri kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirmiştir. Ek olarak, Danıştay İdari İşler Kurulu ise 09.10.2000 tarihli E. 2000/107, K.2000/76 sayılı kararında imtiyaz sözleşmeleri için; *"Klasik tanıma göre kamu hizmeti imtiyazı, bir kamu hukuku kişisinin bir gerçek veya tüzel kişiye belli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle vermesidir. İç içe geçmiş iki bölümden meydana gelen bir imtiyaz işlemi, imtiyazı veren ile alan arasındaki anlaşmayı belirleyen dar anlamda sözleşme ve imtiyazın konusunu, süresini, tarafların hakları ve borçları ile hizmetten yararlananlar ile ilişkilerini belirleyen şartlaşma hükümlerinden oluşmaktadır. Bu biçimiyle bir imtiyaz işleminin, bir yandan akdi nitelikte hükümler, diğer yandan da imtiyaz verenin iradesini yansıtan ve düzenleyici nitelikte hükümler içeren karma işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir."* ifadelerini kullanmıştır.

İmtiyaz sözleşmelerinin unsurları bu sözleşmelere ve bu sözleşme ile sunulacak faaliyetler için kilit role sahiptirler. Bu unsurları; sözleşme tarafları (bir tarafta kamu kurumu veya ilgili idare ile diğer tarafta özel sektör kişileri), sözleşmenin konusu (sözleşme kapsamında hangi kamu hizmetinin devredileceği ile bu devre esas olan imtiyazın kapsam ve süresi), mali koşullar (özel sektör tarafından sunulacak hizmetlere ilişkin olarak taraflara yüklenen finansal yükümlülükler), denetim ve şeffaflık (sözleşmenin ifası ve sona ermesini takip eden süreçte idarece yapılacak denetime ve yaptırımlara ilişkin denetim mekanizması ile kamuoyu ve paydaşların bilgilendirilmesini amaçlayan şeffaflık politikaları) ve düzenlemeler ile[243] imtiyaz usulüne ilişkin özel kanunlar (6309 sayılı Maden Kanunu, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 1910 sayılı Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 1982 Anayasası ilgili hükümleri vb.) olarak sayabilmekteyiz.

Hukuki dayanaklara paralel olarak, hukukçularında bu hususta görüşlerine yer vermemiz gerekir. Öyle ki, GÖZLER bu sözleşmeleri; *"Bir kamu hizmetinin, bu hizmetten yararlananlardan alacağı ücret karşılığında ve kendi kar ve zararına bir özel kişi tarafından kurulması ve belli bir süre işletilmesi amacıyla bu özel kişi ile bir kamu idaresi*

[243] Gözler, s.19-29.

arasında yapılan bir sözleşmedir." şeklinde tanımlamaktadır.[244] GÜLAN ise bu hususta görüşlerini; *"Devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk kişisi arasında yapılan ve kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı ona ait olmak üzere bu özel hukuk kişisi tarafından görülmesine ilişkin hükümleri içeren bir idari sözleşme"*[245] olarak ifade etmektedir. Öte yandan Tan ise tarafların sorumlulukları ile sözleşmenin süresine ilişkin bir yorum yaparak görüşlerini; "*Bir kamu hukuku kişisinin bir gerçek veya tüzel kişiye (özel hukuk tüzel kişisi olabildiği gibi bazen kamu hukuku tüzel kişisi de olabilmektedir), belirli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle vermesidir. İmtiyazı alan kişi hizmeti risk ve tehlikelerini üstlenerek, imtiyazı veren idarenin denetimi ve gözetimi altında yürütmekte, gördüğü bu hizmetten yararlananlardan bir bedel alarak finansmanını sağlamaktadır.*" ifadeleriyle bizlerle paylaşmıştır.[246] Anayasa Mahkemesi ise 1994/43 E., 1994/42-2 K. kararı ile imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak; *"konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ... idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar."* ifadelerini kullanmaktadır.

İmtiyaz sözleşmeleri, hukuki bir çerçeve içinde düzenlenir ve bu çerçeve taraflar arasındaki ilişkileri ve kamu hizmetinin etkin bir şekilde yürütülmesini güvence altına alır. Türkiye'de bu sözleşmeler ve ilgili kanunlar, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından belirlenen prensipler doğrultusunda yönetilmektedir. Bu düzenlemeler; şeffaflığı, denetim mekanizmalarını ve kamu yararını koruma amacını taşır.

Türk kanunlarında imtiyaz sözleşmelerine yapılan atıflar çeşitli alanlarda kendilerini göstermektedir. Özellikle; maden, enerji, ulaşım, iletişim gibi sektörlerde imtiyaz sözleşmelerine sıkça rastlandığı görülmektedir. Mevzuat kapsamında, Türk kanunlarında imtiyaz sözleşmelerine yapılan atıflara ilişkin bir derleme yapmak gerekirse, 3213 sayılı Maden Kanunu, "*madencilik faaliyetlerine ilişkin imtiyazların verilmesi ve işletilmesi"* konusunu düzenlerken aynı zamanda "*maden arama, işletme ve işletme ruhsatlarının verilmesi ile ilgili imtiyazlar ve sözleşmelere ilişkin hususları"* da ele almaktadır; 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu, "*Petrol ve doğal gaz arama, üretim ve işletme faaliyetlerine*

[244] Gözler, s. 70.
[245] Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1987, s. 56. Erişim Tarihi: 21.06.2024.
[246] Turgut Tan, İdare Hukuku, 2.B, Ankara 2013, s. 371-372.

ilişkin imtiyazların verilmesi ve bu alanda yapılan sözleşmelere ilişkin düzenlemelere" yer vermektedir; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, *"telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyazların verilmesi ve bu hizmetlerin işletilmesi"* hususunda düzenlemeler içerir.[247] Özellikle "*telekomünikasyon altyapısıyla ilgili imtiyazlar"* bu kanun çerçevesinde ele alınır; 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, *"elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti gibi faaliyetlere ilişkin imtiyazlara ve sözleşmelerin düzenlenmesine yönelik esaslara"* yer vermektedir; 14.05.2012 tarihli Karayolları Genel Müdürlüğünün Sorumluluğu Altında Bulunan Otoyollar İle Erişme Kontrolünün Uygulandığı Karayollarında Geçiş Ücretlerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ile, "*otoyol ve köprülerin işletilmesi için yapılan imtiyaz sözleşmeleri düzenlenerek ve ücretlendirme esasları*" belirlenmiştir; 3996 sayılı kanunda ise, *"Yap İşlet Devret Sözleşmeleri; köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yer üstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerinin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında idare ile sermaye şirketleri veya yabancı şirketler arasında yapılır. Sermaye şirketleri yerli anonim şirketlerdir. Gerektiğinde kamu kurulu ve kuruluşları da (kamu iktisadî teşebbüsleri dâhil) bu anonim şirkete ortak olabilirler (md.3). Bu tür sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz."* ifadelerine yer verilmiştir; 4734 sayılı Kanun ile imtiyaza ilişkin yapılacak "*ihaleye ilişkin hususlar"* belirlenirken; 5393 sayılı Belediye Kanunu, *"belediyelerin imtiyaz yetkilerine ve bu türde bir imtiyazın usullerine"* değinmektedir; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile, *"telekomünikasyon sektöründe, imtiyaz sözleşmeleri ve yetki belgeleri ile yetkilendiren işletmecilere ilişkin usul ve esaslara"* yönelik düzenlemelere yer vermektedir.

a) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliğinin Belirlenmesine Yönelik Ölçütler

Anayasa'nın, *Devletleştirme ve Özelleştirme* başlıklı 47. maddesinde; "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."* hükmü yer almaktadır. 1999

[247] Seçkin Yavuzdoğan, "Türkiye'de Telekomünikasyon Hizmetlerinde İmtiyaz Sözleşmeleri", (Congress Book, Y. 2016), s. 998 vd. Erişim Tarihi: 23.06.2024.

Anayasa Değişikliği ile son halini alan bu düzenlemeye göre; sözleşmenin niteliği hususunda yasal bir düzenleme mevcut değilse madde kapsamında sayılan sözleşmeler idari sözleme olarak sayılacaktır. Öte yandan, hizmetlerin *özel hukuk sözleşmeleriyle de gördürülebilecekleri* hususunda bir yasal düzenleme mevcutsa bu durumda idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir.[248]

İdarenin akdetmiş olduğu sözleşmenin hukuki niteliği belirtilen usul ile belirlenemiyorsa, bu durumda sözleşmenin niteliği yargı mercii tarafından organik, maddi ve biçimsel ölçütler kullanılmak suretiyle belirlenecektir. Danıştay 5. Dairesi 2000 tarihli bir kararında[249] bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için *"taraflardan birinin idare olmasının, konusunun doğrudan veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin bulunmasının ve sözleşmenin özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmasına olanak bulunmayan olağanüstü hüküm ve şartları içermesinin"* gerektiği hükmüne varmıştır. Karar metninde yer alan *"taraflardan birinin idare olması"* ifadesi organik ölçütün, *"sözleşmesinin konusunun kamu hizmeti ile ilişkili olması"* ifadesi maddi ölçütün, *"idareye tanınan üstün hak ve ayrıcalıklar"* ise biçimsel ölçütün ayırt edici unsurlarıdır.[250]

Bu ölçütlere ilişkin olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi 2014 tarihli kararında[251] *"Anılan düzenlemeler uyarınca, müşterek bahisler ile şans oyunları düzenleme hak ve yetkisinin, Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliği haiz Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'na ait olduğuna ve bu hak, bir sözleşme ile bayilik ruhsatı alma koşullarını taşıyanlara devredilebildiğine göre, buna ilişkin bayilik sözleşmesinin, bir genel hizmetin yürütülmesi için yapılan idari sözleşme olduğu açıktır"* hükmüne yer vererek sözleşmenin niteliği belirleme adına organik kriter ve maddi kriterden birlikte faydalanmıştır. Bunu yetkili tarafın idare olarak gösterilmesinden ve sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olduğuna yönelik yapılan değerlendirmeden anlamak mümkündür.

Organik ölçütün temelinde daha önce de belirtildiği üzere idarenin sözleşmeye taraf olması yatmaktadır.[252] Lakin idare, idari sözleşmeler gibi özel hukuk sözleşmeleri de akdedebilmektedir. Hukukumuzda iki özel hukuk kişisi arasında akdedilen sözleşmeler

[248] Cebeci, s.143.
[249] DAN 5. D., E.2000/476, K.2000/1516, T.17.05.2000: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 18.06.2024.
[250] Gözler, s.44.
[251] UYM, T.29.12.2014, E.2014/1129, K.2014/1171: www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 19.06.2024.
[252] Gözler, s.41.

konu ve amaç fark etmeksizin özel hukuk sözleşmesi niteliğine sahipken; Danıştay'ın 1976 tarihli kararında[253] da belirtildiği üzere *iki kamu tüzel kişisi arasında akdedilen sözleşmeler ise idare sözleşme niteliğine sahiptir*. Bu durumda görülmektedir ki, organik ölçüt idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmelerinin ayrımı hususunda tek başına yetersiz kalacaktır, çünkü iki tür sözleşme için de idare taraflardan biridir.[254]

İdari sözleşmelerin maddi ölçütünün temelinde ise sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması gerekliliği yer almaktadır.[255] Ancak tıpkı organik ölçütte olduğu gibi, sözleşmenin kamu hizmetine yönelik akdedilmesi de söz konusu sözleşmenin idari sözleşme niteliğine sahip olduğunu ispatlamak adına yetersiz kalacaktır. Ek olarak Danıştay'da sözleşmenin maddi ölçütünü oluşturan kamu hizmetini idari sözleşmelerinin kurucu unsuru olarak kabul ederek 2002 tarihli kararında[256] *"Öğretide de kabul edildiği üzere, bir sözleşmenin "idari sözleşme" sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir. Ancak, idari sözleşmenin kurucu unsur bulunan "Kamu hizmeti" kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır."* ifadelerine yer vermiştir. Danıştay bu kararında organik ve biçimsel ölçütün gerekliliğine değinmiş lakin idari sözleşmelerin kurucu unsuru olarak kamu hizmetini yani maddi ölçütü işaret etmiştir. Danıştay 2008 tarihli bir kararında[257] ise kamu hizmeti ile imtiyaz ilişkisine değinerek *"İdari sözleşmelerde idareye tanınan bu yetki (imtiyaz verme yetkisi), sözleşmelerin konularının kamu hizmeti ve kamu yararı ile olan ilgi ve irtibatına dayanır. İdareye tanınan bu imtiyaz ve yetkinin dayandığı esasın kamu hizmeti ve kamu yararı olması bu imtiyazın sınırlarını da gösterir."* ifadelerini kullanmış, sözleşme konusu imtiyazın çerçevesini kamu hizmeti ekseninde çizmiştir.

Sözleşmelerin niteliklerine ilişkin bir diğer ayrım ise biçimsel ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Biçimsel ölçütün temelinde, idarenin sözleşmenin diğer tarafına kıyasla daha üstün yetkilere sahip olması ve ayrıcalıklı bir pozisyonda olması yer almaktadır. İdari

[253] DAN 12. D, E.1974/1958, K.1976/2141, T.02.11.1976: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 27.06.2024.
[254] Çağlayan, s.511.
[255] Gözler, s.42.
[256] DAN 10. D, E.1999/2407, K.2002/347, T.06.02.2002: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 26.06.2024.
[257] DAN 13. D, E.2007/1622, K.2008/2776, T.27.02.2008: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 28.06.2024.

sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasında yapılacak ayrımda etkin rol üstlenen bu kriter, özel hukuk sözleşmelerinde esas olan tarafların eşitliği prensibinin aksine idari sözleşmelerde idarenin ayrıcalıklı olması anlayışından beslenmektedir. Sözleşmenin biçimsel ölçütüne ilişkin verilen ilk karar 1912 tarihli Conseil d'Etat kararıdır.[258] Şehir yollarına döşenecek taşların teminine ilişkin akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlık ile ilgili olarak sözleşmede *özel hukuk hükümlerini aşan yetki ve ayrıcalıkların yer almaması sebebiyle* söz konusu sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğine vurgu yapılmıştır. Öyle ki, idari sözleşmelerde idarenin, kamu hizmetinin yürütülmesi ile kamu yararın sağlanması sorumluluğu sebebiyle, sözleşmenin karşı tarafına nazaran üstün konumda olduğu kabul edilmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere sözleşmenin niteliği belirlenirken organik, maddi ve biçimsel ölçütlerden kümülatif olarak faydalanılmalıdır. Bu hususa örnek olarak Uyuşmazlık Mahkemesi 1991 tarihli kararında[259] nitelik tespiti yaparken maddi ve biçimsel ölçütten beraber faydalanmış, *"Bağ-Kur'un bu sözleşmedeki fesih yetkilerinin karşı taraftan fazla oluşu, sözleşmenin özel sözleşme niteliğini etkilememektedir. Sözleşmenin kamu hizmetine ilişkin bulunduğu bir gerçek olmakla birlikte, idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucuna varılamamaktadır"* ifadelerine yer vermiştir. Görüldüğü üzere Uyuşmazlık Mahkemesi hem idarenin taraf oluşu (maddi ölçüt) hem de idarenin üstün yetkilere sahip olup olmadığı (biçimsel ölçüt) özelinde inceleme yapmış lakin maddi ölçütün varlığı tek başına yeterli görülmemiştir. Sözleşmenin niteliğinin belirlenmesine yönelik ölçütlerin birlikte irdelenmesine ilişkin olarak CHAPUS ise biçimsel ölçüte vurgu yaparak *"özel hukuku aşan şartların açıklanabilmesi için, özel hukuk ilişkilerinin dışında kalan şartlar açıklamasının yeterli olmayacağını, bu şartların yanına, idarenin karşı taraf üzerinde üstünlük/otorite kurduğu, taraflar arasında eşitliğe aykırılık doğuran şartların da eklenmesi gerektiğini"* savunmuştur.[260]

3) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Yetki ve Şekil

İdare adına imtiyaz verme yetkisine ilişkin ilk düzenleme 1910 tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanunun 1. maddesinde yer alan *"Evvelâ her*

[258] LegieFrance, Conseil d'Etat, du 31 juillet 1912, 30701, publié au recueil Lebon, https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007634187.en Erişim Tarihi: 02.07.2024
[259] UYM, T.08.07.1991, E.1991/15, K.1991/16, RGT. 20.10.1991, S.21027. Erişim Tarihi: 05.07.2024
[260] (Aktaran: Cebeci), s.174.

ne suretle olursa olsun devletçe halen ve atiyen taahhüdatı maliyeye tazammun eden emsal ve emlâki umumiyenin sarf ve tahsilini istilzam etmiyen, saniyen bütçeye dahil bir hizmeti umumiyeye taalluk eylemiyen, salisen işbu kanunda tasrih olunan muafiyettan gayri muafiyatı muhtevi bulunmayan rabian kavanini mer'iye ahkâmının tâdil ve takyidini müstelzim olmayan hamisen vilâyet devairi belediyesinin teşkilâtına dair vazedilecek kavanin ile itası hükûmeti mahalliyenin dairei selâhiyetlerinde bulunmıyacak olan menafii umumiyeye müteallik imâlat imtiyazatı doğrudan doğruya kuvvet icraiye tarafından verilecektir" hükmü ile getirilmiştir, anlaşılacağı üzere devlet adına imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir.[261]

1925 tarihinde 2025 sayılı Menafi Umumiyeye Müteallik İmtiyaz Hakkında 10 Haziran 1910 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlgasına Dair Kanun'un 1. maddesinde yer alan *"... imtiyaz mukavaleleri Büyük Millet Meclisi'nin tasdikine arz olunur."* hükmü doğrultusunda imtiyaz sözleşmeleri için TBMM onayı şartı aranacaktır.

Buna ek olarak, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesi de "*enerji ve tabii kaynakların araştırılması, işletilmesi, geliştirilmesi, değerlendirilmesi, bunların kontrolü ve korunmasına yönelik tesis kurma, işletme ve faydalanma hakları vermeyi",* bakanlığın görevleri arasında saymıştır. Öte yandan aynı yetki, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirmesi Hakkında Kanun'un ilgili 3. maddesi ile Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Yetkiye ilişkin bu karmaşa Danıştay 10. Dairesinin imtiyaz verme hususunda Bakanlar Kurulunu yetkili gösterdiği kararı ile son bulmuştur.[262]

Yerel makamların imtiyaz verme yetkileri ile ilgili olarak ise belirsizlik söz konusudur. Öyle ki, Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile yalnızca merkezi idarenin imtiyaz verebilmesine ilişkin düzenleme yapılmış, yerel yönetimlerin imtiyaz verip veremeyecekleri hususu ise cevapsız kalmıştır. Bu belirsizlik ise, 1580 sayılı Belediye Kanunu ile giderilmiş ve belediyelere de imtiyaz verebilme yetkisi tanınmıştır.

[261] Gözler/Kaplan, s.511.
[262] Keskin, s.125-126.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri şekil özelinde incelendiklerinde ise bu tip sözleşmelerin idari sözleşme niteliği taşımalarından ötürü özel hukuk sözleşmeleri gibi sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde düzenlenemeyeceği, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yazılı olması gerekliliği kabul edilmektedir.[263]

Bu tip sözleşmelerde yazılı olmaları dışında aranan bir diğer şekil şartı ise Danıştay yetkisidir. Zaman içerisinde yetkisi değişmekle birlikte; 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında Danıştay'ı yetkili kılan hükümlere yer verilmiştir. En başta 1924 Anayasası ile görevi "*görüş vermek*" olan Danıştay, 1961 Anayasası ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini "*incelemekle*" görevlendirilmiş, 1982 Anayasası ile 1961 Anayasasının vermiş olduğu inceleme yetkisi yerini "*2 ay içinde görüş bildirmeye*" bırakmıştır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 23. maddesi de Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin görev ile yetkisini *"...kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme"* ifadeleriyle düzenlemiş, aynı Kanun'un madde 42/c'si ile de *"Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirme"* görevi Danıştay Birinci Dairesi'ne verilmiştir.

4) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Akdedilme Usulleri ile Sürece Yön Veren İlkeler

İmtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesine kadar ki süreç, hazırlık aşaması ve ihale aşaması olarak karşımıza çıkmaktadır.[264] ÇAĞLAYAN ise geniş bir perspektifle idarenin sözleşmeleri için hazırlık aşaması, ihale aşaması, sözleşme aşaması ve onay aşamasının varlığına vurgu yapmıştır. [265] İhale aşamasından önce gerçekleşen hazırlık aşaması sürecinde idare genel esasları belirtmek üzere birtakım şartnameler hazırlar. Bu şartnameler imtiyaz sözleşmeleri için bir geçerlik şartı olmamakla birlikte genellikle kabul edilmektedirler.

ODYAKMAZ'a göre "*Şartnameler idarenin üstünlüğü ilkesine dayanılarak tek yanlı idari tasarruf ile düzenleyici nitelikte yapılırlar. İdare her zaman hatta sözleşme yapıldıktan sonra da sözleşmelerde değişiklik yapabilir. Diğer âkit tarafın genel şartnameler üzerinde hiçbir söz hakkı yoktur. Şartnamelere ilâve yapamaz, şartnameleri*

[263] Keskin, s.128.
[264] Gözler, s.107.
[265] Çağlayan, s.477, Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.614.

değiştiremez, kısmen kabul veya kısmen reddedemez. Şartnameleri tartışmasız kabul mevkiindedir".[266]

Şartnameler belirli kanunlar ile de düzenlenmiştir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre şartnameler "*ihale konusu işlerin her türlü özelliğini belirten belgeler"*dir. Hazırlık aşaması sürecinde, şartnameye ek olarak bütçe planlamasının yapılması da önem teşkil etmektedir.[267] İdare tarafından bütçede yeterli ödeneğin olup olmadığı araştırılmalı bu süreci takiben şartname hazırlanmalıdır. Gerekli ödeneğin sağlanması idarenin yükümlülüğündedir.[268]

Hazırlık aşamasını takiben ihale aşaması ise farklı kanunlar ile düzenlenmiştir. Öyle ki, 4734 sayılın Kamu İhale Kanunu, kamunun alım yapacağı durumlarda yapılacak ihale usul ve esaslarına ilişkin düzenlemelere yer verirken, kamu mallarının satımı veya kiralanması hususlarında düzenlemelere yer vermemektedir. Öte yandan, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ise daha geniş bir perspektif ile kamu tarafından yapılacak alımların yanında, kamu mallarının satımı ve kiralanması ile ilgili ihale usullerini de düzenlemektedir.[269] Kamu alımlarının hem 4734 sayılı hem de 2886 sayılı Kanun ile düzenleniyor oluşu sebebiyle oluşan belirsizlik ise 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile 2886 sayılı Kanun'un mal alımına ilişkin hükümlerinin ilga edilmesi ile çözülmüştür.[270] Özetle, kamu tarafından yapılacak mal alımına ilişkin ihaleler 4734 sayılı Kanun, kamu mallarının satılması ve kiralanmasına ilişkin ihaleler ise 2886 sayılı Kanun kapsamında incelenecektir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesi ile yapılacak ihalelere ilişkin idarenin sorumluluğuna esas olan ilkelere de değinmiş, idarenin *"saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu"* olduğu belirtilmiştir. 5. madde ile yapılacak ihaleye ilişkin usul de düzenlenerek *"yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usulleridir. Diğer ihale usulleri kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir"* hükmüne yer verilmiştir. Açık

[266] Odyakmaz, s.160.
[267] Gözler, s.104.
[268] İsmet Giritli/Tayfun Akgüner/Pertev Bilgen, s.181.
[269] Sezginer, s. 1091.
[270] Atay, s.602.

ihale usulü de yine aynı kanunun 19. maddesinde düzenlenmiş ve "*bütün isteklilerin teklif verebildiği usul*" olarak ifade edilmiştir.

İhalenin saydamlığı prensibine ilişkin ONAR'ın görüşü, *"İdarenin, tüm idari sözleşmelerde olduğu gibi kamu hizmeti imtiyazlarını verirken de açmış olduğu ihalelerde saydamlık (açıklık) esastır ve mecburidir."* şeklindedir.[271] Saydamlık ilkesi ile, sözleşmeye konu kamu hizmetinin en uygun koşullarla ve yetkin kişilerce yürütülmesi amaçlanmaktadır.[272]

İhalelere yönelik bir diğer ilke ise, şartnamedeki şartları karşılayabilen tüm isteklilerin ihaleye katılabilmesini hedefleyen "Rekabet ve Eşit Muamele" ilkesidir.[273] Lakin bu ilke tüm isteklilerin ihaleye katılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır.[274] Öyle ki, 4734 sayılı Kanun'un *"İhaleye Katılamayacak Olanlar"* başlıklı 11. maddesi serbest rekabet ilkesi gereği bazı kişilere ihaleye katılma yasağı getirmiştir. Buna ek olarak aynı kanunun 10. maddesinde ihaleye katılımda yeterlik kuralları düzenlenmiş, bu madde doğrultusunda koşulları sağlamayan isteklilerin ihaleye katılamayacağı belirtilmiştir.[275] Belirtilen yasaklara rağmen ihaleye katılanlara ilişkin olarak yine 11. madde kapsamında düzenleme yapılarak *"Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir."* hükmüne yer verilmiştir.

İdarenin, yapacağı ihale ile amaçladığı en önemli husus ise işi-hizmeti mümkün olan en uygun bedelle yaptırmaktır. Uygun bedelin ne olduğu yine 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, *"Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir."* ifadeleriyle düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, en uygun bedelin hesaplanmasında alım ve satım

[271] Onar, s.1617.
[272] Keskin, s.136.
[273] Gözler, s.100-101.
[274] Günday, s.185.
[275] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.538.

hususları özelinde ayrım yapılması gerekmektedir. Öyle ki, idare bir mal veya hizmet alırken düşük bir fiyatla alım yapmayı, bir mal veya hizmet satarken veya kiralarken de en yüksek bedeli ödeyene satmayı veya kiralamayı amaçlayacaktır. En uygun bedelin belirlenmesi hususunda yaşanacak ayrıma ilişkin örnek olarak; 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, idarenin mal satışı veya kiralamasına ilişkin "en uygun bedel" olarak *en yüksek fiyatı* kabul ederken; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamı çerçevesinde düzenlenecek eksiltmeler için "en uygun bedel" olarak *işin en iyi ve güvenilir şekilde en ucuza ihale edilmesini* kabul etmiştir.

5) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Kamu hizmetinin sürekliliği düşünülerek, uzun vadeli olacak şekilde düzenlenen imtiyaz sözleşmeleri, özel hukuk ile kamu hukukunun kesişimindeki önemli sözleşme türlerinden biridir.[276] Bu sözleşmelerin taşıdığı özellikleri ve konularını şu şekilde ele alabiliriz; imtiyaz sözleşmeleri, taraflar arasında karşılıklı hak ve borçları düzenleyen bir sözleşme niteliği taşırlar, imtiyaz sahibi, kar elde etme amacı güder, ancak bu karın miktarı belirsizdir. İmtiyaz sözleşmesi, belirsizlik içeren bir risk yönetimi aracıdır, imtiyaz sahibinin kimliği ve nitelikleri, sözleşmenin şartlarını etkiler. ÇAĞLAYAN'a göre *"İmtiyaz usulünde bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi özel hukuk kişisine verilmektedir. Dolayısıyla sermaye ve risk özel hukuk özel hukuk kişine aittir"*.[277] Bu nedenle, imtiyaz sözleşmesi kişisel bir sözleşme olarak kabul edilir ve imtiyaz sahibi izin olmadan sözleşmeyi bir başkasına devredemez.[278] Ek olarak, kamu hizmetinin doğası gereği değişken olması imtiyaz sözleşmelerini etkileyen başka bir özelliktir. Bu sebeple idare, tek taraflı olarak kamu hizmetinin niteliğini değiştirebilir.[279] İmtiyazcının yaşadığı zarar durumunda ise idare, tazminat yükümlülüğü altındadır. Sözleşmeye konu olan imtiyaz sahibine verilen haklar yine sözleşmeyle belirlenir ve yazılı olmayan hakları talep etme yetkisi bulunmaz. Diğer bir deyişle, sözleşme dışında hak talepleri geçerli değildir. İmtiyaz sahibi, kamusal hizmetin yerine getirilmesi için oluşturduğu tesislerin sahibi değildir. İmtiyaz sözleşmesi sona erdiğinde ise, mücbir sebep veya sözleşme ile düzenlenen istisnai

[276] Gözler, s.117.
[277] Çağlayan, s.265.
[278] T. Ayhan Beydoğan, "Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi", (Ankara Barosu Dergisi, Y.2011, C.4), s. 120-123. Erişim Tarihi: 07.07.2024.
[279] Gözler, s.135.

niteliğe sahip haller dışında; imtiyaz sahibi işi, faaliyeti, tesisleri idareye iyi durumda anahtar teslim olarak bırakma yükümlülüğüne sahiptir. [280]

Kamu hizmetinin gördürülmesi amacıyla akdedilen imtiyaz sözleşmelerinde tarafların hak ve yükümlülükleri açıkça düzenlenir.[281] İmtiyaz sahibinin sahip olduğu mali dengenin korunmasını isteme hakkı, sözleşme hükümlerine saygı gösterilmesini isteme hakkı, ücret hakkı[282] ve yargısal başvuru hakkının yanı sıra; şahsen ifa yükümlülüğü, hizmetin devamlılığını sağlama yükümlülüğü[283], hizmeti değişen koşullara uydurma yükümlülüğü ile denetlemeye katlanma yükümlülüğü de mevcuttur.[284] Öte yandan imtiyaz veren konumunda bulunan idare ise; denetleme yetkisi, tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, mali müeyyideler-geçici el koyma-imtiyazın düşürülmesi gibi yaptırımları uygulama yetkisine sahipken; sözleşme hükümlerine uyma ve kamu yararını korumakla mükelleftir.[285] Bunula birlikte GÖZLER'e göre idarenin imtiyazcıyı seçme konusunda tek taraflı takdir yetkisi bulunmaktadır.[286]

Değişen ekonomik koşullar, zamanla imtiyaz sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmesini güçleştirebilmektedir. Hizmetlerin yürütülmesi hususunda yaşanacak olası bir aksaklık doğrudan "*kamu hizmetinin devamlılığı*" [287] ilkesini zedeleneceğinden, bu durumun önüne geçmek adına imtiyaz sahibine iki ilke çerçevesinde idareden tazminat talep etme hakkı tanınmaktadır: "Fait du Prince" ve "Imprevision".[288] Imprevision yani öngörülemezlik ilkesi kapsamında, sözleşmenin akdedildiği esnada taraflarca öngörülmesi mümkün olmayan olumsuz bir durumun ilerleyen süreçte gerçekleşmesi ve bu durum neticesinde imtiyaz sahibinin, hizmetten yararlananlardan aldığı ücretlerin hizmetin sürekliliğini sağlamak adına yetersiz kalması yer almaktadır.[289] Bu durumda idare, zararın tamamını değil, sözleşmenin devamlılığını sağlayacak düzeyde bir tazminata mahkûm edilebilecektir.[290] 1950'li yılları takiben ekonomik hayatı etkileyen enflasyon, bu hususta sözleşme akdeden bir çok müteahhiti iflasın eşiğine getirmiş, hükümet de bozulan dengeyi

[280] Kahraman, s.58.
[281] Orak, s.36.
[282] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.611.
[283] Çağlayan, s. 255.
[284] Keskin, s.150-152, Atay, s.593.
[285] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.617.
[286] Çağlayan, s.496.
[287] Gözler/Kaplan, s.487.
[288] Atay, s.593.
[289] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.627-629.
[290] Odyakmaz, s.169.

sağlamak için ciddi fiyat farkları ödemiştir.[291] Öte yandan, Fait du Prince ilkesi, sözleşmenin imzalanmasını takiben idarenin kendi aldığı bir kararla imtiyazcının yükünü ağırlaştırdığı hallerde uygulanmaktadır.[292] Öyle ki, imprevision ilkesinin aksine imtiyazcının zararı doğrudan idareden, idarenin bir eylem-işleminden kaynaklanmaktadır. Bu durumun varlığında ise idare, imtiyaz sahibinin tüm zararlarını tazmin edecektir.[293]

Değişen koşullar ile ilgili bir diğer husus ise mücbir sebep (Force Majeur) halinin varlığıdır. Tarafların iradesi dışında ortaya çıkan, önceden öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan ve sözleşmenin yerine getirilmesini engelleyen harici olaylar mücbir sebep olarak tanımlanmaktadır. Kapsamından da anlaşılacağı üzere bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilmesi ancak ve ancak mücbir sebep olarak ileri sürülen olayın tarafların iradesinden bağımsız olması, bu olayın önceden öngörülemez nitelikte olması ve sözleşmenin ifasını kesin bir şekilde imkânsız kılması ile mümkündür.[294] Hem imtiyaz veren (idare) hem de imtiyaz sahibi için geçerli olan ve tarafları ifa yükümlülüğünden kurtaran mücbir sebep halinin varlığında borcunu yerine getirmeyen taraftan diğer taraf tazminat isteyemez.[295]

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesinde, mücbir sebep kapsamına giren haller belirtilmiştir. Bu haller arasında doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen diğer durumlar yer almaktadır. Bu hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için ise şu şartlar aranmaktadır, yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan kaynaklanmamış olmaları; taahhütün yerine getirilmesine engel teşkil etmeleri; yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi; mücbir sebebin meydana geldiği tarihten itibaren 20 gün içinde yüklenicinin idareye yazılı bildirimde bulunması ve ilgili hallerin yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi.

İmtiyaz sözleşmeleri ile imtiyazcıya verilen en büyük hak, idarenin aynı hususta başka bir girişimciye izin vermemesi yani tekel hakkıdır.[296] Buna ek olarak, idare tarafından imtiyazcıya: sübvansiyonlar, avans ve borç garantileri ile kredi teminatı gibi

[291] Recep Başpınar, İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar, s.520.
[292] Atay, s.594.
[293] Çağlayan, s.502.
[294] Çağlayan, s.504.
[295] Gözler/Kaplan, s.467.
[296] Esirgen, s.321.

avantajlar taahhüt edilmiş olabilmektedir. Bu gibi tek taraflı değiştirilemeyecek hallerin varlığında imtiyaz sahibi, idarenin sözleşme hükümlerine saygı göstermesini isteme hakkına sahiptir.[297] İmtiyaz sahibine verilen en önemli hak olan tekel hakkının yanında, imtiyaz sahibinin en temel borcu ise kamu hizmetini düzgün ve sürekli olarak işletmektir. İmtiyaz sahibi, hizmetin kurulması ve işletilmesi ile ilgili gerekli araç ve gereci kendisi temin edecektir. Araç ve gereçlerin idare tarafından değil de imtiyaz sahibi tarafında temin edilmesi hususu aynı zamanda iltizam sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmelerinin birbirlerinden ayrıldığı en önemli noktadır.[298]

İmtiyaz sahibinin, imtiyaz şartnamesinde öngörülen tarife üzerinden, hizmetten yararlananlardan ücret alma hakkı mevcuttur.[299] Öyle ki, imtiyazcı üstlendiği kamu hizmetini, yararlananlardan aldığı ücret karşılığında, kendi kar ve zararına yürütür.[300]

İmtiyaz sahibinin değinilen bu haklarına ilişkin yargı güvencesi ve tahkim yolu ile ilgili usul ve esaslara ilerleyen bölümlerde detaylı değinilecek olmasına rağmen, burada belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 125. Maddesi ile imtiyaz sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar için tahkim yolu açılmış, 4501 sayılı *"Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Gereken İlkelere Dair Kanun"* ile de tahkim usulüne ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.[301]

İmtiyaz sahibinin sayılan hakları dışında yetkileri de mevcuttur. Öyle ki, imtiyaz sahibi üstelendiği kamu hizmetini *şahsen ifa* ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü üçüncü bir kişiye devredemeyecektir.[302] Buna ek olarak, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi çerçevesinde imtiyazcı, kamu hizmetinin kesintisiz, sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi ile de sorumludur. Bu süreçte değişen koşullara adapte olmak ve *kamu hizmetini değişen koşullara adapte etmek* de imtiyaz sahibinin yükümlülüğündedir.[303]

Kamu hizmetinin yürütülmesinde araç ve gereçlerin yanı sıra, taşınmazlara da ihtiyaç duyulabilmektedir. İmtiyaz sahibi gerekli araç ve gereci tedarik etmekle mükellefken,

[297] Karahanoğulları, s.329.
[298] Keskin, s.152.
[299] Çağlayan, s.499.
[300] Atay, s.592.
[301] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.636.
[302] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.629.
[303] Günday, s.300.

sadece taşınmaz mal hususunda idareden kendi adına kamulaştırma yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Tüm bunlara ek olarak, imtiyaz sahibi her daim idarenin denetimine katlanmak ile de yükümlüdür.[304]

Sözleşme süresince sorumlu olduğu yükümlülüklere ek olarak, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 9. maddesi doğrultusunda imtiyaz sahibi, sözleşmenin sona ermesi ile yatırım ve hizmetleri, üzerinde borç ya da taahhüt olmaksızın, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak idareye teslim edecektir.

İmtiyaz sahibin hak ve yükümlülüklerinin ardından imtiyazı veren idarenin de yetki ve yükümlülüklerinden bahsetmek gerekmektedir. Daha önce değinildiği üzere kamu hizmetinin özel tarafa gördürülmesi, idarenin kendisini sorumluluktan kurtardığı anlamına gelmemektedir.[305] İdare işi-hizmeti özel tarafa gördürse dahi hizmetin sürekli ve düzenli işleyip işlemediğine ve şartnamede yer alan hususlara uyulup uyulmadığına ilişkin denetim yapmakla mükelleftir. Bu denetimler neticesinde idare, işin öngörülen zaman zarfında bitmediği hallerde mali cezalar, imtiyazcının ağır kusuru halinde ise sözleşme feshi veya geçici el koyma gibi yaptırım yetkilerini kullanabilmektedir.[306]

İdarenin imtiyaz sözleşmeleri kapsamında sahip olduğu haklarından en önemlisi şüphesiz tek taraflı değişiklik yapma yetkisidir.[307] Bu değişiklikler, sözleşmenin kapsamı, hizmetlere ilişkin teknik hususlar, kullanılacak malzemenin nitelik ve niceliği konusunda yani daha önce bahsedildiği üzere Kaide-Tasarrufu hususlarında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile düzenlenen azami sınırlarda yapılabilecektir.[308] Bir diğer husus ise, idare özel tarafa gördürdüğü kamu hizmetine ilişkin olan tesisi, araç ve gereçleri bedelini imtiyaz sahibine ödemek suretiyle her zaman satın alma (Rachat) hakkına sahiptir. Bu durumda, sözleşmenin feshinden farklı olarak imtiyaz sahibinin kusuru aranmamaktadır.[309] Bir diğer husus ise önceden izin alınmadığı hallerde imtiyazın üçüncü kişilere devredilemeyecek olmasıdır. İmtiyaz, imtiyazcının teknik yeterliliği, ekonomik

[304] Günday, s.312.
[305] Keskin, s.148.
[306] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.630.
[307] Atay, 593.
[308] Gözübüyük, s.532.
[309] Gözler/Kaplan, s.565.

gücü ve uzmanlığı sebebiyle imtiyazcıya verilmiştir. Bu sebeple imtiyaz idarenin önceden onayı olmaksızın üçüncü kişilere devredilemeyecektir.[310]

6) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Avantajları ve Dezavantajları

İmtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin gerek finansal gerekse erişilebilirlik açısından etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini kendisine temel alan bir finansman modelidir. Bu sözleşmeler, özel sektörün yatırımlarını teşvik ederken, kamu kaynaklarının daha etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayabilmektedirler. Ancak, bu modelin avantajları yanında kötü tasarlanmış veya denetlenmeyen sözleşmelerin olumsuz etkileri de göz ardı edilmemelidir. [311]

Temelinde Kamu Özel İş birliği anlayışının yattığı İmtiyaz Sözleşmelerinin gerek İdare gerekse İmtiyaz sahibi açısında belli başlı avantajları bulunmaktadır. Öyle ki, bu avantajları; yatırım ve hizmetlerin hızlı gerçekleştirilmesi, maliyet düşüklüğü, teknolojik ilerleme, rekabetin ve paralelinde hizmet kalitesinin artması ile artan yatırımcı güveni olarak sayabilmekteyiz. İmtiyaz sözleşmeleri, büyük altyapı projelerinin hızlı bir şekilde hayata geçirilmesini sağlayabilme potansiyeline ek olarak, özel sektör tarafından, devlete ait olan veya kontrolü altında bulunan bir hizmetin veya altyapının yönetilerek, daha hızlı ve etkin bir şekilde hizmet sunabilmesinin de önünü açmaktadır. Bu tip sözleşmeleri maliyet açısından incelediğimizde ise özel sektörün, genellikle devletin sağlayabileceğinden daha verimli bir şekilde finansman sağlayabildiği, özel sektörce sağlanan bu finansmanın devleti ekonomik bir külfetten kurtararak devlet kaynaklarının daha verimli yönetimine fırsat yarattığı görülmektedir. Sunulan hizmet ile faaliyetler açısından da özel sektör, idareye kıyasla genellikle daha yenilikçi ve teknolojik olarak ileri seviyede çözümler sunabilmektedir. Bu sebeple imtiyaz sözleşmeleri, devletin teknolojik altyapısını güncellemesi ve iyileştirmesi için önemli bir fırsat sunarlar. Öte yandan, artan rekabet hizmetlerin daha kaliteli sunulmasını teşvik edecek ve vatandaşlar için bu hizmetlere erişimi kolaylaştıracaktır. Bir diğer önemli nokta ise devletin yatırımcılara sunduğu finansal destek ve taahhütlerdir. Öyle ki, bu durum yatırımcıların projeye olan güvenini arttırmanın yanında gün geçtikçe daha çok yatırımcının da sektöre yönelmesi adına kapıyı aralamaktadır.

---

[310] Atay, s.592.

[311] Yusuf Uysal, "Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının iki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar", (Kent Akademisi Dergisi, Y.2017, C.10, S.2), s.170-171. Erişim Tarihi: 09.07.2024.

Görülmektedir ki, imtiyaz sözleşmeleri özel sektörü kamu hizmetlerine yatırım yapmaya teşvik eder. Bu durum, daha fazla sermaye gücünün projelere yönlendirilmesinin önünü açacak ve altyapı gelişimine katkıda bulunacaktır. Özel sektörün işletme konusundaki uzmanlığı kamu hizmetlerinin kalitesini artıracaktır.[312] İmtiyaz sözleşmeleri, projeye ilişkin riskleri paylaşma esasına dayanır. Bu, özel sektörün belirli riskleri üstlenmesini ve projenin başarısına olan bağlılığını artırabilir. Özel sektörün rekabet ortamı, teknolojik gelişim ve inovasyonu teşvik eder. İmtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinde de bu tür gelişmelerin yayılmasına katkıda bulunabilir.

Bir finansal model olarak imtiyaz sözleşmelerinin gerek idare gerek imtiyaz sahibi açısından olumlu yönlerinin yanında hem sözleşme tarafları hem de sunulacak hizmetlerin muhatabı olan vatandaşlar nezdinde dezavantajları da bulunmaktadır. Bu dezavantajları; hizmet üzerinde kamu kontrolünün azalması, hizmet kalitesinde olası düşüş, maliyet artışları, rekabetin azalması, adil olmayan şartlar ile siyasi-hukuki belirsizliklerin yol açabileceği sorunlar olarak sayabilmekteyiz.

İmtiyaz sözleşmeleriyle, kamu hizmetlerinin işletilmesi ve yönetimi özel sektöre devredilir. Bu durum, sözleşmeye konu olan hizmet özelinde devletin doğrudan kontrolünün azalmasına ve kamu ihtiyaçlarının öncelikli olarak karşılanmasının zorlaşmasına neden olabilecektir. Çünkü, özel sektör faaliyetlerini kar odaklı yürütür, kamu yararından ziyade kar maksimizasyonu amaçlanarak sürdürülen hizmetler özelinde hizmet kalitesinde düşüşler yaşanması ve maliyetleri düşürmek adına hizmetlerin ihmal edilmesi olası durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, idare tarafından özel sektöre yıllık bazda ödenmesi taahhüt edilen çeşitli bedeller ile verilen çeşitli garantiler, bu tip uzun vadeli sözleşmelerde idareyi oldukça büyük bir ekonomik külfete sokabilmektedir. Bu tip sözleşmeler, kuruluşları itibariyle ihale bazlı olmaları sebebiyle rekabeti arttırıcı niteliğe sahip olarak değerlendirilseler de söz konusu imtiyazların sıklıkla belirli şirket veya konsorsiyumlara veriliyor olmaları rekabeti azaltmanın yanında sektörel tekelleşmenin de önünü açabilecektir.

İmtiyaz sözleşmeleri gibi uzun vadeli ve taraflar için büyük ölçekli ekonomik yükümlülükler içeren sözleşmeler için risk yönetimi ile siyasi-hukuki öngörülebilirlik

[312] D. Şahin, "İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Genel Esaslar", (Mali Çözüm Dergisi, Y.2016, C.3, S.33), s. 57-73. Erişim Tarihi: 10.07.2024.

oldukça büyük stratejik öneme sahiptir. Siyasi veya hukuki değişikliklere bağlı olarak değişkenlik gösteren politik-ekonomik durumlar taraflar hususunda belirsizlik yaratabilmektedir. Yeni bir yönetim veya yasa değişikliğinin, sözleşmede öngörülmeyen haller için her halde sözleşme şartlarını etkileyebilme ve taraflar arasında anlaşmazlıklara neden olabilme potansiyeli her zaman mevcuttur.

Tüm bu dezavantajlar için bir genelleme yapmak gerekirse kötü tasarlanmış veya denetlenmeyen sözleşmelerde, özel sektörün kâr odaklı olması sebebiyle hizmet kalitesinde düşüş yaşanabilmektedir. Bu durum, kamu hizmetlerinin etkili bir şekilde sağlanmasını engelleyebilir. İmtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin önemli bir kısmını özel sektöre devrettiği için kamusal çıkarların riske girmesine neden olabilir. Bu hususta özel sektörün kâr hedefleri ile kamusal çıkarlar arasında bir denge sağlanması önemlidir. Özel sektör şirketleri, imtiyaz sözleşmeleri ile belirli bir hizmeti kontrol altında tutabilir ve bu durum rekabeti sınırlayabilir.[313] Bu, tüketicilere daha az seçenek sunabilir. Ek olarak imtiyaz sözleşmeleri, hizmetleri vatandaşlara ücretli olarak sunar, bu da sosyal adaletsizlik sorunlarına yol açabilir. Ekonomik durumu zayıf olan bireyler, belirli hizmetlere erişim konusunda dezavantajlı olabilir.

İmtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesinde önemli bir rol oynayabilir. Ancak, bu sözleşmelerin avantajları ve dezavantajları dikkatlice değerlendirilmeli ve kamu çıkarları gözetilmelidir. İyi tasarlanmış ve etkin bir şekilde denetlenen imtiyaz sözleşmeleri, kamu-özel sektör iş birliğinden en iyi sonuçları almayı mümkün kılacaktır.

7) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi

İmtiyaz sözleşmeleri normal olarak sona erebilecekleri gibi, sürelerinden önce de sona erebilirler.[314] Normal sona erme halleri olarak sürenin dolması ve taahhüdün ifası sayılmaktadır. Diğer yandan sözleşmenin zamanından önce yani fesih yolu ile sona ermesi

[313] Y. Mete/H. M. İkiz, "İmtiyaz Sözleşmeleri: Türkiye Pratiği ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Üzerinde Bir İnceleme", (Maliye Dergisi, Y.2015), s. 1-27. Erişim Tarihi: 12.07.2024
[314] Gözler, s.161-162.

ise; anlaşmayla idare tarafından veya mahkeme kararıyla atılacak adımlar ile mümkündür.[315]

İmtiyaz sözleşmelerinin sona ermesi hususunda ilk bahsedilmesi gereken unsur sözleşmenin süresinin dolmasıdır. İmtiyaz sözleşmeleri belirli sürelerle akdedilmektedir. Bu sebeple bu sürenin bitimiyle imtiyaz sözleşmesi de sona erecektir.[316] Buna ek olarak, kamu hizmetinin sürekliliği esası ile Danıştay 8. Dairesi bir kararında[317] "*sözleşme konusunun sürekli bir kamu hizmetine bizzat katılma niteliğinde olması halinde, idarenin sözleşme süresinin bitmesine rağmen haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi yenilemekten kaçınamayacağına*" vurgu yaparak, sözleşmenin süresinin bitmesini takiben imtiyazın kendiliğinden sona ereceğine ve tarafların sözleşmenin yenilenmesi hususunda tekrar sözleşme akdedebileceklerine vurgu yapmaktadır.[318] Süre bitimine ek olarak sözleşme konusu edimin yerine getirilmesi de imtiyaz sözleşmesinin normal şartlar altında sona ermesine sebep olacaktır.

İmtiyaz sözleşmeleri, sözleşmede öngörülen zamandan önce de sona erebilmektedirler. Sözleşmenin zamanından önce sona ermesi ise ancak fesih ile mümkündür. Bu fesih, tarafların anlaşmasıyla veya idare tarafından gerçekleşebileceği gibi mahkeme kararı ile de gerçekleşebilmektedir.[319] Sözleşmelerin temelinde tarafların karşılıklı iradeleri yer almaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri de bu esas ile kurulduklarına göre, yine tarafların karşılıklı iradeleri ile de sona erebileceklerdir.[320] Bu halde tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri sona erecektir. İdare tarafından yapılacak tek taraflı fesih ise; sözleşmecinin kusuru ve hizmetin yararı ilkeleri çerçevesinde gerçekleşmektedir. Öyle ki, imtiyaz sahibinin ağır kusurunun varlığı halinde idare sözleşmeyi tek taraflı olarak, hakime başvurma zorunluluğu olmaksızın ve her daim feshedebilme hakkına sahiptir.[321] Sözleşmeyi tek taraflı feshetme yetkisi, idareye sözleşme ile tanınabileceği gibi, böyle bir hükmün olmamasında dahi idarenin mahkemeden imtiyazın düşürülmesini talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.[322] Öte yandan, idare imtiyaz sahibinin kusuru

[315] Gözler/Kaplan, s.565.
[316] Keskin, s.155.
[317] DAN 8.D. E.1963/9879, K.1964/121: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2024.
[318] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.620.
[319] Çağlayan, s.508.
[320] Çağlayan, s.508.
[321] Tahsin Bekir Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara 1970, s.195.
[322] Keskin, s.155-156.

olmasa dahi kamu yararını gerekçe göstererek yine hakime başvurma zorunluluğu olmadan "hizmet yararına fesih" hakkına sahiptir, lakin bu halde imtiyaz sahibinin mahkemeye başvurma ve tazminat talep etme hakkı mevcuttur.[323] İmtiyaz sahibi tarafından yapılacak tazminat talebi ancak imtiyaz sahibinin kusuru olmadığı hallerde mümkündür.[324]

İmtiyaz sözleşmeleri tarafların talebi doğrultusunda, mahkeme kararı ile de sürelerinden önce sona erebilmektedir. İmtiyaz sahibinin kusuru halinde idare tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebileceği gibi, mahkemeye başvurarak da sözleşmenin feshini talep edebilecektir. İmtiyaz sahibi de idarenin kusuru halinde ve/veya idare tarafından sözleşmede yapılan değişiklerin kendisinde yarattığı hak kaybından bahisle mahkemeye başvurarak sözleşmenin feshini talep etme hakkına sahiptir.[325]

İmtiyaz sözleşmesine konu olan faaliyetin, hizmetin, tesisin tüm teferruatıyla idare tarafından satın alınması ve imtiyaz sahibinin iflası halleri de sözleşmeyi sona erdirmektedir. İdare, söz konusu hizmetin bizzat kendisi tarafından yürütülmesi gerektiğine karar verdiği hallerde imtiyazcının haklarını korumak suretiyle hizmeti satın alabilmektedir.[326] Satın alma yani Rachat yolu ile sözleşmenin sona ermesi; cebri satın alma ile akdi geri satın alma şeklinde uygulanmaktadır.[327] Cebri satın alma, sonuçları bakımından kamu yararına fesih ile paralellik gösterirken, akdi geri satın alma ise ödenecek bir tazminat ile imtiyaz konusu faaliyet, hizmet veya tesisin idare tarafından devralınması halidir.[328]

Daha önce değinilen ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri ile düzenlenen mücbir sebep halinin varlığı halinde de mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine sözleşmenin feshine karar verebilecektir. Öte yandan, öngörülemezlik (imprevision) halinin kamu hizmetini uzun süreli sekteye uğrattığı dolayısıyla hizmetin kamu ihtiyaçlarına cevap veremez duruma geldiği hallerde taraflar anlaşarak, anlaşamazlar ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından sözleşmeye son verilebilmektedir.

[323] Gözler, s.163.
[324] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.620.
[325] Çağlayan, s. 508.
[326] Atay, s.600.
[327] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.621.
[328] Gözübüyük, s.635.

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMESİNİN DİĞER KAMU HİZMETİ GÖRÜLME USULLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A) Yap-İşlet-Devret Modeli

Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli, kamu altyapı projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılan bir finansman ve işletme yöntemidir. Bu model, özellikle büyük maliyetli projelerde, devletin kendi bütçesi yerine özel sektörden yararlanması temeli üzerinde kurulmuştur. YİD modelinde, özel sektör şirketi otoyol, havaalanı veya santral gibi bir projeyi inşa eder, belirli bir süre boyunca işletir ve bu süre sonunda projeyi devlete geri verir. Bu süreçteki ana adımlar şunlardır; Yap: Özel sektör şirketi, devletin ihale ettiği projeyi kendi finansmanıyla inşa eder. İşlet: Özel sektör inşa ettiği projeyi belirli bir süre (genellikle 20-30 yıl) boyunca işletir. Bu süreçte, işletme gelirleri (örneğin otoyol geçiş ücretleri) şirket tarafından elde edilir. Devret: İşletme süresi sonunda proje, tamamen devlete devredilir.[329]

Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli, ileri teknoloji ve yüksek maliyet gerektiren bir yatırım veya hizmetin finansmanının özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, belirli bir süre için işletilmesi, bu süre zarfında üretilen mal veya hizmetin kamu kurum ve kuruluşları veya hizmetten yararlananlar tarafından satın alınarak yatırım maliyetinin ödenmesi ve sürenin sonunda, işletilmekte olan tesislerin, borçsuz, bakımı yapılmış, eksiksiz ve faal bir şekilde ilgili kamu kurum veya kuruluşuna bedelsiz olarak devredilmesi şeklinde tanımlanabilir.[330]

YİD modeli hukuksal süreç içinde incelendiğinde ise ilk yasal düzenlemenin enerji sektörü ile ilgili olarak, 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun olduğu görülmektedir. Bu kanun ile Türkiye Elektrik Kurumu dışında özel sektörün de elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretiyle ilgili faaliyetleri yürütebilmesinin önü açılmıştır.

Takip eden süreçte, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun ile modele hukuki bir temel

[329] Çal, s.147-150.
[330] Orak, s.46, Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.609-610.

kazandırmak amaçlanmış, 3096 sayılı Kanun ile belirtilen uygulama alanı genişletilmiş, enerji üretimi, iletimi, dağıtımına ek olarak otoyol yatırımları ile ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren diğer bazı yatırımlar da YİD modeli kapsamına alınmıştır (Madde 2). 3996 sayılı Kanun ile YİD modeline ilişkin olarak; YİD sözleşmelerinin şekli (m. 5), verilecek garantiler (m.11), vergi ve muafiyetler (m. 12) ve ihaleye ilişkin hususlara (m.14) ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. İlerleyen süreçte, 4047 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanunda değişiklik yapılmış, enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkartılmıştır. 1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile elektrik üretim, iletim dağıtım ve ticareti tekrar 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre akdedilen sözleşmeler de özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur. 4283 sayılı yap-işlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun ise Anayasa Mahkemesince "*imtiyaz*" niteliğinde kabul edilen YİD modelinin aksine, kamu hizmetini gördürme yönteminin bir türü olan "izin (ruhsat)" sistemi çerçevesinde, yap-işlet (Yİ) modelini düzenlemeyi hedeflemiştir (m. 3/4).[331]

Yap-işlet-devret modeli ve imtiyaz usulü arasındaki benzerlik ve farklılıklar hukukçular tarafından dile getirilmiş, modele ilişkin olarak BİLGEN kavramlar arası benzerlikten yola çıkarak [332] *"yap-işlet-devret sözleşmelerinin adına bakarak hukuki mahiyetini tespit etmek yanıltıcı olacaktır. Adı ne olursa olsun bu sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir"* ifadelerini kullanmıştır. TAN ise[333] *"imtiyaz sözleşmesi yerine yap-işlet-devret kavramının kullanılması ve yeni bir yöntem yaratılmasının nedeni imtiyaza ilişkin bazı usul ve şekil kurallarından kurtulma çabasıdır"* ifadeleriyle YİD modelinin doğuş amacına değinmiş ve ÖZAY da YİD modelinin kamu yararından ziyade menfaat amacı taşımasından hareketle[334] *"yap-işlet-devret modelini kamu yararından başka bir amaca yönelik olması sebebiyle maksat unsuru sakat bir imtiyaz usulü"* olarak tanımlamıştır.

Görüldüğü üzere temelde benzerlik gösteren imtiyaz usulü ve yap-işlet-devret modeli, belirli hususlarda önemli farklılıklar barındırmaktadır. Yap-işlet-devret gibi yeni bir yöntemin geliştirilmesinin temelinde yatan sebep, bu sürecin çeşitli avantajlar

[331] Orak, s.53.
[332] Pertev Bilgen, "Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında", 1. Ulusal idare Hukuku Kongresi, II. Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s.799-800. Erişim Tarihi: 18.07.2024.
[333] Turgut Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından 'Yap-İşlet-Devret Modeline, s.320-321.
[334] Özay, s.258.

sunmasıyla açıklanabilir. Bu sayede, yapılan sözleşme Danıştay'ın ön denetimine tabi tutulmamakta ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar imtiyaz sözleşmelerinin aksine adli yargıda çözümlenmektedir. [335] Hem yap-işlet-devret modelinde hem de imtiyaz yönteminde, yatırım, kar ve zarar sorumluluğu özel hukuk kişisine bırakılmaktadır. Bununla birlikte, yap-işlet-devret modeli kapsamında sözleşme tarafı olan özel hukuk kişisine devlet tarafından önemli yardımlar sağlanmaktadır. Bu yardımlar, idarenin kredi sağlaması, katkı payı ödemesi veya talep garantisi vermesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Böylece, kamu hizmeti alanını elinde bulunduran özel hukuk kişisi, yap-işlet-devret modeli sayesinde piyasa koşullarına karşı da korunmuş olacaktır.[336]

B) Mali İltizam Sözleşmeleri

İltizam usulü, tıpkı imtiyaz usulü gibi kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince gördürülmesinde kullanılan bir usuldür. [337] İltizam usulünde kamu hizmeti, önceden belirlenmiş bir bedel karşılığında özel hukuk kişisi ("mültezim", imtiyaz usulünde ise "imtiyazcı") tarafından aynı imtiyaz usulünde olduğu gibi idarenin denetimi altında yürütülmektedir.

Başka bir tanımda ise iltizam usulü, *bir hizmetin mültezim denilen özel hukuk kişisine götürü veya orantılı bir kazanç karşılığında gördürülmesi* olarak tanımlanmıştır. [338] ATAY'a göre Mali İltizam Sözleşmeleri *"idare ile özel kişi yaptıkları bir anlaşma hükmü gereğince bir kamu hizmetinin yürütülmesinin, özel kişinin idareye belirli bir ücret ödeyerek hizmetin yürütülmesinde kar ve zarara kendisinin katlanacağını kabul ettiği"* sözleşmelerdir.[339] GÖZLER iltizam sözleşmelerini *"özel hukuk kişisinin kamu idaresine ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında bir kamu hizmetini kendi kar ve zararına işletmesi konusunda bir özel hukuk kişisi ile bir kamu idaresi arasından akdedilen sözleşmeler"* şeklinde tanımlamışlardır.[340] ÇAĞLAYAN da mali iltizam sözleşmelerini *"idare ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen idari sözleşmeler"* olarak tanımlamış; iltizam usulünün konusunun *kurulmuş olan bir kamu hizmetinin işletilmesinin özel hukuk kişisine verilmesi* olduğunu, *özel hukuk kişisinin aldığı bu hizmet karşılığında idareye götürü ve orantılı bir*

[335] Gözler/Kaplan, s.431.
[336] Orak, s.46-49.
[337] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.623.
[338] Duran, s.333.
[339] Atay, s.591.
[340]Gözler, s. 69.

bedel ödeyeceğini ve *mültezimin hizmeti kendi kar ve zararına işleteceğini* ifade etmiştir.[341] AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA iltizam sözleşmeleri için üç ayırt edici unsura değinmiş, bu unsurları; *bir kamu hizmetinin işletilmesinin özel kişiye verilmesi, hizmetin yürütülmesi için gerekli her yapı ve teçhizatın idare tarafından karşılanması ve özel kişinin idareye ücret ödemesi* olarak saymışlardır.[342]

İmtiyaz usulü ile benzer olarak iltizam usulünde de hizmete ilişkin kar ve zarar özel hukuk kişisine aittir. Bu iki usul arasındaki temel ayrım ise süre ve maliyet hususlarına ilişkindir. Öyle ki, iltizam usulü ile mültezim imtiyaza göre daha kısa süre için kamu hizmetini yürütmekte bununla birlikte hizmetin kurulumu ile yatırım maaliyeti idare tarafından üstlenilmektedir.[343] Buna ek olarak, hizmetin sürdürülmesi adına gerekli araç ve gereçler imtiyaz sözleşmelerinin aksine idare tarafından tedarik edilmektedir.[344] Bu usulde mültezim, idareye ödediği ücret ile hizmetten yararlananlardan sağladığı gelir arasındaki fark kadar kar etmektedir.[345]

Özetle, iltizam usulü de kamu hizmetlerinin özel hukuk kişisine gördürülmesine yöneliktir. İmtiyazdan ayrıldığı nokta ise sermayenin hizmete yatırılmaması, bu bedelin idareye ödenmesidir. Diğer bir deyişle mültezim söz konusu faaliyetin işletilmesini idareye ödediği ücret karşılığında devralmaktadır.

C) Kamu Özel İş birliği

Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) modeli, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi hususunda diğer usulleri de kapsayan bir çatı özelliği taşımaktadır.[346] Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan "Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Muhasebe İşlemleri" başlıklı Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği'nin madde 3/1-f hükmü Kamu Özel İşbirliğini; *"Yap-işlet-devret veya yap-kirala-devret modellerine göre gerçekleştirilen kamu yatırımları ile işletme hakkının devri gibi kamu hizmeti sunumunun devredilmesini içeren idari sözleşmeleri ya da özel hukuk sözleşmeleri ile kanunlarla belirlenmiş bu modellerin belirli bölümlerini kısmen içeren diğer kamu özel işbirliği modelleri"* olarak tanımlamış ve

[341] Çağlayan, s.263.
[342] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.529.
[343] Gözler/Kaplan, s.431.
[344] Cebeci, s.87.
[345] Cebeci, s.88-89.
[346] Fatih Gökyurt, İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirligi Sözleşmeleri, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.50. Erişim Tarihi: 14.07.2024.

çatı başlık olma niteliğine vurgu yapmıştır. ATAY'a göre Kamu Özel İşbirliği *"kamu hizmetinin görülmesinde bir finans modeli gibi görülen idarilik vasfı ağır basan nevi şahsına münhasır bir sözleşmeye dayalı olarak*" yürütülmesidir.[347] GÖZLER ve KAPLAN ise kamu özel işbirliği modeli kapsamında akdedilen sözleşmeleri *idari sözleşme* olarak kabul etmiş ve bu modeli tarafların yükümlülüklerinden bahisle *"Kamu özel ortaklığı sözleşmesi, bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk kişisi arasında akdedilen uzun süreli öyle bir idari sözleşmedir ki, özel hukuk kişisi bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını, kamu tüzel kişisi de bunun karşılığında özel hukuk kişisine her yıl belirli bir miktar kira ödemeyi taahhüt eder."* ifadeleri ile tanımlamışlardır.[348]

Ülkemizde KÖİ modeline ilişkin ilk yasal düzenleme 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanun'a, 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile getirilen değişiklik ile yapılmış, sağlık hizmetleri sahasında Kamu Özel İş birliği olarak adlandırılmamakla birlikte, günümüzde KÖİ olarak kabul edilen sistemin temeli oluşturulmuştur.[349]

Takip eden süreçte yürürlüğe giren, 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile modele ilişkin daha kapsamlı düzenleme yapılmış; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yapım-yenileme işleri ile hizmetin özel hukuk kişilerince yatırım dönemi hariç en fazla 30 yıl süreyle gördürülmesi düzenlenmiştir (madde 1 ve 2).

III. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNİN YARGI DENETİMİ

A) Taraflar Arasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar

İmtiyaz şartname ve sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında doğacak uyuşmazlıkların çözümünde belirleyici faktör, söz konusu şartname ve sözleşmenin uyuşmazlık halinde tahkim yolunu mümkün kılıp kılmadığıdır.[350] 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-c maddesine göre *"tahkim yolu öngörülen imtiyaz*

[347] Atay, s.602.
[348] Gözler/Kaplan, s.434.
[349] Cebeci, s.109.
[350] Orak, s.62-64.

şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinin birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" idari yargının görev alanına giren birer idari dava türleridir.[351] Ek olarak, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5/1-c maddesi de tahkim şartına vurgu yaparak, *"Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinin birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar"* için idare mahkemelerini görevlendirmiştir.

Bir diğer önemli husus ise Anayasa'nın 125. maddesi çerçevesinde şekillenmektedir. 125. madde, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır"* ifadesine yer verirken, bu yargı yolunun adli mi yoksa idari yargı mercileri mi olacağı belirsizdir.[352] Bu belirsizlik çerçevesinde, Anayasa'nın *Kanuni Hâkim Güvencesi* başlıklı 37. maddesinde yer alan *"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz."* ifadesinin bir sonucu olarak, idari bir sözleşmeden doğacak uyuşmazlığın tarafların rızası olsa dahi adli yargıda çözümlenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.[353]

Taraflar arasında ortaya çıkacak uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı mercinin tespitinde, uyuşmazlığın sözleşme akdinden önce ya da sonra ortaya çıkması şeklinde ikili bir ayrım vardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre sözleşmeye hazırlık safhasında, ilân safhasında, ihalenin yapılması safhasında veya sözleşmenin yapılması safhasında çıkabilen diğer bir deyişle idari sözleşmelerin akdedilmesinden önceki safhaya ilişkin tüm uyuşmazlıklar, idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklardır ve bu uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenecektir. Bu duruma ilişkin olarak Danıştay da bir kararında[354] idare ile "İş birliği-Güç Birliği Destek Programı" kapsamında taahhütname imzalayan özel hukuk kişisinin, sözleşmenin imzalanmasından önceki iptal talebiyle ile ilgili olarak *"... idare ile özel hukuk sözleşmesi imzalanmasına kadar geçen süreçte idarece tesis edilen idari işlemler niteliği itibariyle idari yargının denetimine tâbi iken; sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamalarda tesis edilen*

[351] Çağlayan, s.510.
[352] Gözler, s.396.
[353] Atay, s.600.
[354] DAN 10. D, E.2016/15212, K.2018/3889, T.05.12.2018: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 17.07.2024.

işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümü ise, sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olmadıkça, adli yargı yerine aittir .... Taahhütnameden doğmayan davalı idarenin tek taraflı, kamu gücüne dayanarak tesis ettiği dava konusu işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde idari yargı mercilerinin görevli olduğu açıktır." ifadelerini kullanmıştır. Bu karar, sözleşme imzalanmasını takiben görevli mahkemenin belirlenmesi adına uyuşmazlığa esas olan hükmün sözleşmeden ayrılabilir olup olmadığına vurgu yaparak uyuşmazlığa temel olan hükmün sözleşmeden ayrılamaz nitelikte olması halinde adli yargıyı, ancak ayrılabilir nitelikte olması halinde idari yargının görevli olacağını ifade etmektedir. Öte yandan, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun madde 24/1-j hükmü *"imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevlidir"* demektedir. Bu maddeye ek olarak aynı kanunun m 24/1-e hükmünde *"Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay İdari Dairelerince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemlere..."* bakmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Görülmektedir ki, Danıştay'da dava konusu olabilecek idari sözleşmeler; madde 42/c'ye göre *Danıştay 1. Dairesinde incelenen imtiyaz sözleşmeleri* ile madde 46/b'ye göre *idari işler Kurulu'nun incelemesinden geçmiş imtiyaz sözleşmeleri'*dir.

B) Üçüncü Kişiler Tarafından Açılabilecek Davalar ve Ayrılabilir İşlemler Kuramı

Mevzuat kapsamında açık bir düzenleme olmamakla birlikte idarenin yapmış olduğu idari sözleşmelere karşı iptal davasının açılamayacağı kabul edilmektedir.[355] Bunun temelinde iptal davasının, idarenin tek taraflı işlemlerine karşı açılabilen bir dava olması yatmaktadır. Burada devreye giren ayrılabilir işlemler kuramı, sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki tek yanlı idari işlemlerin sözleşmeden bağımsız olarak yürütülebilecekleri ve ayrılabilir niteliğe sahip bu işlemlerin yargısal denetimlerinin yapılabileceğine ilişkin bir çerçeve çizmektedir.[356] Ayrılabilir işlemler kuramı doğrultusunda, idarenin gerek sözleşmenin hazırlanması gerekse uygulanması safhalarındaki tek yanlı işlemleri sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebilirler.[357] Burada kritik husus, yalnızca sözleşmenin akdine kadar olan süreç zarfında icra edilen tek taraflı işlemlerin iptal davasına konu edilebilmesidir. Öte yandan, sözleşmenin kurulmasına

[355] DAN 12. D, E. 1974/1958. K. 1976/2141, T. 2.11.1976: https://kararara ma.danistay.gov.tr. Erişim Tarihi: 19.07.2024.
[356] Özay, s.415.
[357] Güven Dinçer, İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları, Danıştay Dergisi, Y. 3, S. 8, 1973. s.18-23. Erişim Tarihi: 20.07.2024.

ilişkin ayrılabilir işlemin iptali, sözleşme üzerinde doğrudan sonuç doğurmayacak; sözleşme taraflar için bağlayıcı kalmaya devam edecektir.[358] İptal kararının sözleşme nezdinde sonuç doğurabilmesi ancak ve ancak iptal kararı doğrultusunda sözleşmenin idarece feshi ile mümkündür.[359]

Ayrılabilir işlemler, idari işlemlerin parçalı yapısında hukuki denetim açısından önemli bir rol oynamaktadır. İdarenin gerçekleştirdiği işlemlerin hukuka uygunluğu, bireylerin haklarının korunması ve kamu yararının gözetilmesi açısından denetlenmesi gereklidir. Ayrılabilir işlemler, idari işlemlerin çeşitli unsurlarının bağımsız olarak denetlenmesini sağlayarak, idarenin keyfi işlemler yapmasını engeller.[360] Bu bağlamda, iptal davaları ve Danıştay'ın içtihatları, ayrılabilir işlemlerin hukuki denetiminin en önemli araçlarıdır. Ayrılabilir işlemler, kamu hizmetlerinin sunumunda önemli bir yeri olan yap-işlet-devret gibi kamu-özel iş birliği modellerinde de önemli bir hukuki kavramdır. Bu modellerde, idarenin ve özel sektörün haklarının dengeli bir şekilde korunması, ayrılabilir işlemlerin hukuki denetimiyle mümkün olmaktadır. [361]

C) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Değerlendirme

İmtiyaz sözleşmeleri konusu bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olan idari sözleşmelerdir, her sözleşmede olduğu gibi taraflar karşılıklı hak ve yükümlülüklere sahiptir. İdari sözleşme olarak kabul edilen imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda görevli yargı mercii idari yargıdır. Karşılıklı hak ve yükümlülüklere ilişkin olarak; imtiyaz sahibi sözleşme ile düzenlendiği şekilde kamu hizmetini yürütecek, idare de imtiyaz sahibine ödeme yapacaktır. Yapılacak bu ödeme hizmetten yararlananlardan elde edilecek harç ve ücretler ile karşılanacaktır. Ek olarak, kamu hizmetinin yürütülmesinden her ne kadar imtiyaz sahibi sorumlu olsa da bu durum, idareyi hizmetten yararlananlar nezdinde sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde süreklilik ilkesi önemli role sahiptir. Bu sebeple, imtiyaz sözleşmeleri de kamu hizmetinin kurulması ve/veya yürütülmesi için yeterli olacak düzeyde uzun süreli olarak akdedilirler. İmtiyaz sözleşmeleri, tarafları açısından ise kişisel

[358] Çağlayan, s.513.
[359] Gözübüyük/Tan, s.414.
[360] Gözler, s.189-191.
[361] Orak, s.71-73.

nitelikli bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak; imtiyaz sahibi idarenin onayı olmaksızın sözleşmeyi üçüncü bir tarafa devredemez. Devir için belirlenen idare onayı hususu sözleşmede düzenlenmemiş olsa dahi geçerli olacaktır. İmtiyaz sözleşmeleri beraberinde kar ve zarar riskleri de taşımaktadır. İmtiyaz sahibinin kar elde edip edemeyeceği etse bile ne derece kar elde edeceği kesin olarak bilinemez bu sebeple öngörülemezlik hali hariç imtiyaz sahibi sözleşmenin değiştirilmesini talep edemez.

Toplumlar gibi toplumların ihtiyacı doğrultusunda değişen kamu hizmetleri, imtiyaz sahibi adına ekonomik sorunlara yol açabilmektedir. Bu hususta, kamu hizmetinin değişmesini tetikleyen unsurun idare kaynaklı olup olmadığı önemli olmaktadır. İdarenin tek taraflı eylem ve işlemleri ile gerçekleşen bir değişiklik halinde idare imtiyaz sahibinin oluşacak zararını tazmin ile yükümlü olacaktır. İmtiyaz sahibi, ilgili kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi için tesisler inşa edebilmektedir. Lakin imtiyaz sahibi bu tesislerin maliki değil, kamu idaresi adına bu tesislerinden istifade eden rolündedir. Sözleşmenin sona ermesini takiben de ilgili tesis/hizmetleri idareye teslim etmekle yükümlüdür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

İmtiyaz sözleşmeleri, bir kamu hizmetinin kar ve zararı işletene ait olmak üzere bir özel hukuk tüzel kişisi tarafından uzun süreli olarak kurulup işletilmesi hususunu düzenleyen sözleşmelerdir.[362] Bu tür sözleşmelerde, taraflar arasında çeşitli nedenlerden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bu uyuşmazlıklar; sözleşmenin ihlali, mevzuata uygunluk, tazminat ve zarar talepleri ile sözleşmenin iptali/sonlanması hususları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde en yaygın uyuşmazlık türlerinden biri, taraflardan birinin sözleşme şartlarına uymaması veya sözleşmenin ihlal edilmesidir. Bu durum, imtiyaz sahibinin belirli yükümlülükleri yerine getirmemesi veya imtiyaz veren tarafın sözleşme koşullarını yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkabilmektedir. İmtiyaz sözleşmeleri, düzenledikleri hususlar kapsamında mevzuata uyum konusunda farklı yorumlar veya uygulamaların olması ile değişen düzenlemelerin öngörülemez etkileri sebebiyle taraflar arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına neden olabilirler. Sözleşmenin değişen mevzuata uyum sağlayabilmesi, sürdürülebilirliği için kritik role sahiptir. Öte yandan, imtiyaz sözleşmelerinde taraflar arasında yaşanan anlaşmazlıklar veya sözleşme ihlalleri sonucunda tarafların zarar görmesi durumunda tazminat talepleri ortaya çıkabilmektedir. [363] Uyuşmazlıkların çözülememesi durumunda ise, bir tarafın sözleşmenin iptalini veya sonlandırılması talebinde bulunması veya sözleşmenin doğrudan kendiliğinden fesih olması gibi durumlarda taraflar arasında uyuşmazlıklara sebebiyet verebilecektir.[364]

İmtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, taraflar arasında olumlu ve iş birliğine dayalı bir yaklaşım gerektirir. Tarafların bir araya gelerek karşılıklı çıkarları göz önünde bulundurarak çözüm odaklı yaklaşımlar benimsemeleri, uzun ve maliyetli hukuki süreçlerden kaçınmalarını sağlayacaktır. Ancak, uyuşmazlıkların hukuki

[362] Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s.526.
[363] Cebeci, s.201-202.
[364] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.621.

çözüme ihtiyaç duyması durumunda ilgili hukuki yolların etkin bir şekilde kullanılması önemlidir.

I. GENEL OLARAK TAHKİM USULÜ

Uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin olarak tahkim, taraflar arasında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların devlet yargısına başvurulmaksızın, taraflarca veya tarafların yetkili kıldığı şahıs ve mercilerce seçilen gerçek kişi, hakem veya ilgili alanda faaliyet gösteren kurumlar tarafından çözümlenmesidir.[365] Bu hususta, ileride detaylı olarak açıklanacak olan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Uygulanması Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin m.1/2 hükmü bireysel hakemlerin yanı sıra tahkim kurumlarının da uyuşmazlıkların çözümünde etkili olabileceklerine vurgu yaparak, "*Hakem Kararı" terimi ile sadece belli meselelerin çözülmesi için tayin olunan hakemlerin değil aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının da verdikleri kararlar anlaşılır*." ifadesine yer vermektedir. Bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenebilmesi ancak akdedilmiş bir tahkim sözleşmesi veya mevcut sözleşmeye tahkim şartı konulması ile mümkündür.[366] Diğer bir deyişle uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi ancak tarafların müşterek iradeleri ile mümkündür. Tahkim hususunda yetkili yargı mercii hususunda kolektif bir yaklaşım öne süren ŞANLI ise tahkimi hem adli hem idari uyuşmazlıklar için uyuşmazlık çözüm metodu olarak değerlendirmiş ve tahkimin *"hem idari hem adli yargı alanında, tarafların sözleşmesine ve ihtilaf konusu ilişkinin akdi niteliğine bağlı alternatif bir uyuşmazlık çözme yöntemi"*[367] olduğunu ifade etmiştir.

Tahkimin uygulama kapsamı açısından ise 1958 tarihli New York Sözleşmesi[368] m.1/3 hükmü ile tahkime yalnızca ticari niteliğe sahip uyuşmazlıklar için başvurulabileceği düzenlenmiş, "*İşbu sözleşmeyi imza veya onaylama, buna katılma veya sözleşme hükümlerini 10 uncu maddede yazılı yerlere teşmil ihbarı sırasında, her devlet, mütekabiliyet esası dairesinde, sözleşme hükümlerini sadece diğer bir Akit Devletin topraklarında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrasına uygulanacağını beyan*

[365] Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s.3.
[366] Keskin, s.159.
[367] Cemal Şanlı, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Halinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", (Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılmında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası, Y.1998), s.38. Erişim Tarihi: 10.08.2024.
[368] https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/612021141817Newyork%20Konvansiyonu%20Türkçe.pdf

edebilir. Bunun gibi her devlet sözleşmenin uygulanmasını akdi ve akdi olmayan hukukî münasebetlerden doğan uyuşmazlıklar arasında kendi millî kanununa nazaran sadece ticari mahiyette sayılanlara hasredeceğini beyan edebilir." ifadesine yer verilmiştir.[369]

Türkiye, "New York Sözleşmesi" olarak bilinen 1958 New York Konvansiyonu'na (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme) bazı çekincelerle taraf olmuştur. Türkiye'nin bu sözleşmeye ilişkin çekinceleri ise karşılıklılık ve uyuşmazlığın ticari olması hususlarına ilişkindir. Öyle ki, Türkiye, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan ülkelerden gelen hakem kararlarının tenfizine yalnızca karşılıklılık ilkesine göre, yani söz konusu ülkenin de Türk hakem kararlarını tanıması durumunda izin vermektedir. Buna ek olarak Türkiye, yalnızca ticari uyuşmazlıklardan doğan hakem kararlarının tenfizini kabul etmektedir. Bu çekince, sözleşmenin uygulanma alanını ticari davalarla sınırlandırmaktadır. Ticari olmayan konulara ilişkin hakem kararları bu kapsamda tenfiz edilememektedir. Bu çekincelere ilişkin olarak, 3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'un 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti, sözleşmenin 1 inci maddesinin 3 üncü paragrafına uygun olarak, sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; ayrıca sözleşmeyi yalnız akdi veya âkit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticarî mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan eder.*" ifadesine yer verilmiştir.

Ticari mahiyette sayılan hallere ilişkin çerçeve ise, devletlerin akdettikleri yatırım anlaşmalarında düzenlenen yatırım sözleşmesinin uygulanması ve yorumlanması, yatırım müsaadesinin uygulanması ile yorumlanması ve yatırım sözleşmesi ile doğan bir hakkın/yükümlülüğün ihlali ekseninde değerlendirilmektedir.[370] Ticari mahiyete ilişkin olarak, uluslararası ticari tahkimin uygulama esaslarının belirlenmesi adına Birleşmiş Milletler bünyesinde UNCITRAL Model Kanun hazırlanmıştır. Kanun'un 1. maddesi ile; kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri, ticari temsilcilik ile acentecilik,

[369] İsmail G. Esin / Julian Lew / Gerhard Wegen, Milletlerarası Tahkim Mevzuatı, İstanbul 2003, s.141.
[370] Akıncı, s.417.

faktöring, leasing, müteahhitlik, mühendislik, yatırım, mal ve hizmet alımı/satımı gibi işlemler ticari işlem olarak düzenlenmektedir.[371]

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan UNCITRAL Model Kanun ile tahkimin uluslararası niteliğine de değinilmiş, m.1/3 ile uluslararası niteliğe sahip olunması adına koşullar düzenlenmiştir. Öyle ki, *bir tahkim anlaşmasının tarafların iş yerlerinin, anlaşmanın imzalandığı tarihte, ayrı devletlerde olması halinde, tarafların, tahkim anlaşmasının konusunun birden çok devletle ilişkili olduğu hususunda açıkça anlaşmaları halinde ve Tahkim anlaşmasında veya ona dayanarak belirlenmiş olan hallerde, tahkim yeri ya da; Ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerlerden biri veya ihtilafın konusunun en çok bağlantılı olduğu yer, tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletten başka bir yerde bulunması halinde*, tahkimin uluslararası bir niteliğe sahip olacağı düzenlenmiştir. [372] Günümüzde ise *tahkimin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde yabancılık unsuruna nazaran sözleşmenin ekonomik niteliği ağır basmakta uluslararası ticaretin kapsamında olan tüm sözleşmeler yabancılık unsuru taşıyıp taşımamalarına bakılmaksızın*[373] uluslararası sözleşme olarak kabul edilmektedir. Taraflar, hakem seçimi hususunda olduğu gibi tahkim sürecinde uygulanacak hukuk kurallarının tespiti konusunda da serbesttir. Taraflarca belirlenen hukuk kuralları, tahkim sürecince hakemler tarafından uygulanacak, yine uyuşmazlığa ilişkin karar da bu hukuk kuralları ekseninde verilecektir.[374]

A) Kurumsal ve Ad Hoc (Arizi) Tahkim

Tahkim, uyuşmazlıkların bağımsız bir üçüncü kişi olan hakemler tarafından karara bağlandığı alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uyuşmazlıkların etkin bir şekilde, uzman kişiler tarafından hızlı ve adil bir şekilde sonuçlandırılmasının planlandığı tahkim sürecinde, taraflar genellikle uyuşmazlığı mahkemeler yerine hakemlerin kararına

[371] Beyza Özturanlı, Devletlerarası Tahkim, Ankara 2016, s.48.
[372] Keskin, s.244.
[373] Uğur Emek, "Uluslararası Ticarette Tahkim Prosedürü", (İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Y.1999), s.7. Erişim Tarihi: 18.08.2024.
[374] Akıncı, s.113.

bırakırlar ve bu karar genellikle nihai ve bağlayıcıdır. Tahkim süreci, kurumsal ve ad hoc (arizi) olmak üzere iki ana kategoride gerçekleştirilebilir.[375]

Uyuşmazlık halinde, belirli bir tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarının uygulanması temel alan kurumsal tahkim, genellikle İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), Uluslararası Ticaret Odası (ICC), Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (SIAC) ile Londra Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi tanınmış tahkim kuruluşları veya merkezler aracılığıyla yürütülen bir tahkim türüdür. Bu kuruluşlar, tahkim sürecinin yönetimini, hakemlerin atanmasını, prosedürlerin belirlenmesini ve uyuşmazlığın çözümünü denetler. Kurumsal tahkimde, tahkim kuruluşu genellikle taraflar arasındaki anlaşmazlığın yönetimine yardımcı olur ve tahkim prosedürlerini standardize ederler. Bu durum tahkimin daha düzenli olması, hakemlerin atanması, dava dosyasının yönetimi ve kararın icrası gibi süreçlerin daha sistematik bir şekilde gerçekleşmesini sağlar.[376] Ayrıca, kurumsal tahkimde görev alan hakemler genellikle uyuşmazlık konusu alanda uzmanlaşmış kişilerdir. Tahkim merkezleri, taraflar arasında adil bir sonuç elde edilmesini sağlamak için bu hakemleri titizlikle seçerler. Kurumsal tahkimde, bir tahkim kuruluşunun süreci yönetip taraflara hizmetler sunuyor olması, tahkim sürecinin idaresine ilişkin olarak taraflara düşen yükü azaltacaktır, buna ek olarak tahkim kuruluşu tarafından sağlanan kurallar ve prosedürler sürecin işleyişi açısından bir standart ortaya koyacaktır.[377] Ülkemiz mevzuatında tahkim türlerinin seçimine ilişkin bir sınırlama olmamakla birlikte, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un 3. maddesi: *"Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, ad hoc veya kurumsal tahkime götürülebilir."* taraflara tanınan bu serbestiyi düzenlemektedir.[378]

Ad hoc (Arızi) tahkim ise, özel olarak oluşturulan bir tahkim heyeti veya kurulu tarafından yürütülen tahkimdir. Bu tür tahkimde, taraflar genellikle kendi tahkim prosedürlerini belirler ve ilgili heyet veya kurumu seçerler. Kurumsal tahkimden farklı olarak, Ad hoc tahkim belirli bir kuruluşun veya merkezin katılımı olmaksızın gerçekleşir. Ad hoc tahkimde, taraflar daha fazla özgürlüğe ve esnekliğe sahiptir. Ancak, bu esneklik bazen prosedürlerin belirsizliği veya tutarsızlığına neden olabilir. Tarafların ad hoc tahkimi

[375] Nuray Ekşi / Günseli Öztekin / Ergin Nomer, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s.47.
[376] Özturanlı, s.127.
[377] Özturanlı, s.45-47.
[378] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.113.

düzenlemesi ve yönetmesi gerektiğinden, bu tür tahkim genellikle daha karmaşık ve zaman alıcı olabilmektedir. Ad hoc modelinin avantajları olarak; tarafların kendi heyetlerini oluşturabilmeleri ve süreci istedikleri gibi yönetebilmeleri vesilesiyle "esneklik" ve herhangi bir tahkim kuruluşundan hizmet temin edilmemesi ile kurumsal tahkime göre daha düşük maliyete sahip olması sebebiyle "Maliyet" hususları sayılabilmektedir. Öte yandan tarafların süreci, profesyonel bir tahkim merkezi olmadan kendileri yönetiyor olması sürecin idaresini zorlaştıracaktır ve Ad hoc tahkimde verilen bir kararın uygulanabilirliğinin, kurumsal tahkime kıyasla daha zor olabilmesi ve bu sebeple kararın yerel mahkemeler tarafından tanınması ve icra edilmesinin daha fazla zaman ve kaynak gerektirebilecek olması da Ad hoc tahkim sisteminin dezavantajları olarak sayılabilmektedir.[379] Görüldüğü üzere her iki yöntemin de avantajları ve dezavantajları vardır ve hangi yöntemin tercih edileceği, tarafların ihtiyaçlarına, uyuşmazlığın karmaşıklığına ve maliyet toleranslarına bağlı olarak değişebilmektedir. UNCITRAL tarafından kabul edilen kurallar, ad hoc tahkimlerde sıkça tercih edilen usul kuralları arasında yer almaktadır. Ancak, taraflar genellikle daha iyi bilinen ve tanınan tahkim kuruluşlarını tercih etmektedirler. ICSID, ICC Arbitration Court ve LCIA gibi uluslararası tahkim kurumları bu konuda öne çıkan örneklerdir.

B) Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkimin Kullanılma Nedenleri

Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkimin kullanılmasının temelinde, gerçekleşen ticaret dolayısıyla tarafların tedirginliklerinin giderilmesi ile yatırımlarının korunması ve güvence altına alınması bulunmaktadır. Ulusal hukuk mevzuatına ilişkin güvensizlik, tahkimin kısa sürede etkili sonuç gösteriyor oluşu, hakemlerin tarafsız ve alanında uzman kişiler olması, tahkim sürecinin gizli yürütülmesi ile güvenirliği gibi etkenler tahkim yoluna başvurulmasının temel sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Alanında yetkin kişilerin hakem olarak seçiliyor oluşu, uyuşmazlığa konu olan sektörün; teknik detayları ile örf adetleri çerçevesinde iyi niyet perspektifinde hakkaniyetli kararların alınmasına öncülük etmektedir.[380]

[379] Mehmet Selçuk Türkoğlu, "Milletlerarası Tahkim Kanunu ve UNCITRAL tahkim kuralları çerçevesinde Ad Hoc tahkim usulü", (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2011, s.67-70. Erişim Tarihi: 24.08.2024.
[380] Keskin, s.166.

Tahkim ile ilgili irdelenmesi gereken ilk husus taraflara sunduğu serbestidir. Ulusal mahkemelerin aksine tahkim yargılamasında hakemler ulusal maddi ve usul kurallarına bağlı değillerdir.[381] Bu durumun perde arkasında tahkimin tarafların iradeleri ekseninde şekilleniyor olması yatmaktadır. Takip eden bölümlerde detaylıca ele alınacağı üzere tahkim usulünde taraflar uyuşmazlığa ilişkin olarak hakemler; uygulanacak hukuk, tahkimin yeri, tahkime esas olacak dil ve usule ilişkin esasları belirleme noktasında serbesttirler.[382]

Tahkimin temelinde yatan temel endişe ise ulusal mevzuata duyulan güvensizliktir. Bir ülkede, devlet ile ticari faaliyet gösteren bir yatırımcı yaşayacağı bir uyuşmazlık halinde yine o ülkenin mahkemelerinin uyuşmazlığı objektif olarak değerlendirmeyeceği endişesine sahiptir çünkü uyuşmazlığın diğer tarafı devlettir ve yargı mercisinin de devlet mahkemeleri oluşu söz konusu taraf için endişe verici olabilmektedir. Bu hususta devreye giren tahkim, özellikle yabancı yatırımcı adına şüpheden uzak ve objektif bir yargılamanın gerçekleşebilmesi adına etkin bir rol oynamaktadır. Öte yandan hakemlerin taraflarca seçilmesi, seçilen hakemlerin yetkinliği ile sürecin kısa süre içinde sonuçlanacağı yönündeki inanç tarafların tahkim süreci ile süreç sonunda alınan karara olan güvenlerini pekiştirmektedir.[383] Hakemlerin serbestçe seçilebiliyor olması kurumsal tahkim merkezleri tarafından yönetilen tahkim süreçleri için de geçerlidir. Öyle ki taraflar, ilgili tahkim kurumu çatısında kendilerince uygun gördükleri kişi veya kişileri hakem olarak seçebilmektedirler.

Ulusal mahkemeler, uyuşmazlık çerçevesinde belirli maddi ve usul kurallarına uymakla yükümlüdürler. Tahkim de ise uygulanacak hukukun taraflarca belirlenebiliyor olması, ulusal hukuka kıyasla uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesi ile sonuçlanmaktadır. Öyle ki, adaletin hızlı tecelli etmesi de büyük öneme sahiptir. Örnek vermek gerekirse, kurumsal tahkim kapsamında hakemlerin ne süre zarfında karar verecekleri belli iken, ulusal mahkemelerinin hali hazırda önlerindeki dava yükü dolayısıyla sürecin gidişatını tahmin edebilmek mümkün olmamaktadır.[384] Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla kısa süreler içinde çözümleniyor olması, zaman kaybının azaltılmasının yanında; yatırımcı adına büyük maddi kayıpların ve daha da önemlisi ileriye dönük belirsizliklerin giderilmesi

[381] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.48-49.
[382] Akıncı, s.7.
[383] Özturanlı, s.54.
[384] Nomer / Ekşi / Öztekin, s.14.

noktalarında da etkili bir role sahiptir. Tahkim yargılamasının belirli süreler içinde hızlı sonuçlanıyor oluşu; uyuşmazlığın çözümüne ilişkin sürenin taraflarca belirleniyor oluşu, hakemlerin alanlarında yetkin olmaları ile yoğun iş yüklerine sahip olmamaları ve gerek maddi gerekse usulen teferruatsız hukuk kurallarının seçimi ile mümkün olmaktadır.[385] Ulusal mahkemelere ilişkin bir diğer ayırt edici husus ise; ulusal mahkemelerin süreci kendi dillerinde yürütmek istemeleridir, tahkimde ise taraflar aralarında belirleyecekleri dili kullanma hususunda serbestiye sahiptirler.[386]

Uyuşmazlığa ilişkin hakemlerin seçimi hususunda değinilmesi gereken bir diğer önemli nokta ise alanlarında yetkin bu kişilerin söz konusu uyuşmazlığa esas olan sektör havuzundan seçilebiliyor olmasıdır. Uyuşmazlığa ilişkin, bir mühendis veya bir teknisyen de hakem olarak seçilebilmektedir. Bu durumun; uyuşmazlığın konu hakkında yetkin kişilerce çözümlenecek olmasının yanında, ulusal yargıdan farklı olarak hukukçular dışındaki kişilerin de uyuşmazlığın çözümünde yetkili olabileceğini gözler önüne sermektedir.[387]

Tahkim yargılamasının bir diğer belirleyici unsuru sürecin gizli yürütülebilmesidir. Uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmı; hakem heyeti ve tarafların bir arada olduğu ve kamuoyuna kapalı ortamlarda, gizli bilgilerin korunması ilkesi çerçevesinde ele alınır. Öte yandan ulusal mahkemelerde yapılacak bir yargılama, kamuoyuna açık olacağı için tarafların itibarını zedeleyebilmekte ve ticari sırların ortaya çıkışına sebebiyet verebilmektedir.

Hakem kararlarının uygulanması hususunda ise Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve ülkemizin de çekince koyarak imzaladığı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi önem arz etmektedir. 133 ülke tarafından imzalanan bu sözleşme taraf devlette verilen hakem kararlarının sözleşmeye taraf diğer devletler tarafından tanınması ile uygulanmasını düzenlemektedir. Uluslararası ölçekte genel geçerliğe sahip tahkim usulü, yatırımcılara uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde hızlı ve etkili bir alternatif çözüm yolu olmaktadır.[388]

[385] Akıncı, s.463.
[386] Akıncı, s.441.
[387] Özturanlı, s.119-120.
[388] Akıncı, s.35-36.

C) Tahkimin Uygulanma Prosedürü

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde alternatif bir çözüm yolu olarak tahkimin tercih edilebilmesi, 1999 tarihli 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğini takiben 2000 yılında yayımlanan 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ile mümkün kılınarak sürece ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

4501 sayılı Kanun m.1'de Kanunun amacı, "*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca sözleşme yapılırken uyulması gereken ilke ve esasları belirlemektir*." olarak belirlenmiş, yine aynı Kanun m.4 hükmü ile tahkim şartı veya sözleşmesinde yer alması gereken; uygulanacak tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi ve yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa nasıl bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.[389]

Türk hukukunda her ne kadar tahkimi mümkün kılan düzenlemeler olsa da milletlerarası tahkimin esas ve usulleri artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde değil münhasır bir Kanun olan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmektedir. 4686 sayılı Kanun ile ilerleyen bölümlerde tekrar incelenecek olmakla birlikte, tahkimin hangi durumlarda milletlerarası statüye sahip olacağı yabancılık unsuru özelinde ele alınmış (m.2), tahkimde görevli ve yetkili mahkeme ile müdahaleye ilişkin sınırlar belirlenmiş (m.3) ve hakem seçimine ilişkin esaslar sayılmıştır. (m.7). Burada asıl önemli husus, tahkim yoluna başvurulabilmenin ancak ve ancak tahkim şartının varlığı ile mümkün olacağıdır. Tahkim şartının mevcut olmadığı hallerde ise uyuşmazlığa ilişkin olarak Danıştay görevli kılınmıştır (Danıştay Kanunu m.24/f). Görüldüğü üzere taraflar tahkime başvurup başvurmama noktasında seçim yapabilmektedir. Bu husus aynı zamanda

[389] Özturanlı, s.175.

"ihtiyari tahkim" ile "mecburi tahkim" ayrımını da ortaya çıkarmaktadır.[390] Tarafların seçim yapabilmeleri ekseninde şekillenen ihtiyari tahkim taraflara seçim sunmakta, tarafların gerek ulusal mahkemelere gerekse tahkime başvurmalarına imkan tanımaktadır.[391] Öte yandan, mecburi takvimde ise tarafların seçim hakkından bahsedilememektedir, mecburi tahkimin varlığında taraflar kesinlikle uyuşmazlığı ulusal yargıya taşımayacaklar ve uyuşmazlığı yalnızca tahkime götürebileceklerdir.

4501 sayılı Kanun, her ne kadar tahkim sürecine ilişkin çerçeve statüsü görse de hakem sözleşmesinin yapılması ile hakem kararlarının kesinleşmesi arasında sürece yönelik düzenlemelere yer vermemiştir. Bu noktada 4501 Kanun'un m.6 hükmüne (*Bu Kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır.)* göre değerlendirme yapılarak kanunda eksik olan hakem sözleşmesinin yapılması ile hakem kararlarının kesinleşmesi arasındaki süreçte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, taraflar arasında meydana gelecek bir uyuşmazlık durumunda tahkim yoluna gidilebilmesi ancak taraflar arasında düzenlenen bir tahkim anlaşması veya sözleşme içerisinde düzenlenen bir tahkim şartı ile mümkündür.[392] Taraflar gerek imtiyaz sözleşmesi imzalanırken gerekse uyuşmazlığı takiben anlaşarak tahkime başvurabilirler. Tahkime ilişkin sözleşmenin, imtiyaz anlaşmasından sonra akdedilmesi halinde ise 4501 sayılı Kanun m.4 hükmünde de belirtildiği üzere, tahkim sözleşmesi, *tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*

4501 sayılı Kanun, hakem heyetinin oluşturulması hususunda da noksandır. Bu sebeple, 4501 sayılı Kanun'un Hüküm Bulunmayan Haller başlıklı 6. maddesi doğrultusunda *"Bu Kanunda ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü*

[390] Keskin, s.287.
[391] Nomer / Ekşi / Öztekin, s.14.
[392] Akıncı, s.97.

Muhakemeleri Kanunu ile 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun tahkim ile ilgili hükümleri uygulanır." Hakemlerin seçilmesine ilişkin olarak işaret edilen ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerine geçen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 416. maddesi ile hakem seçimini düzenlemiştir.

Tahkim şartının varlığı açısından ele alındığında, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yolunun açık olduğu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri çerçevesinde hakem seçimi hususunda ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda 4686 sayılı Kanun m.3 hükmü gereği Asliye Hukuk Mahkemesi görevli iken[393]; tahkim yolunun öngörülmediği imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan hakem seçimi dahil uyuşmazlıklarda ise Danıştay Kanunu m.24/f hükmü *"...tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar."* doğrultusunda Danıştay görevli ve yetkili mahkeme olacaktır.

II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİMİN UYGULANMASINA İLİŞKİN ANAYASAL VE YASAL DÜZENLEMELER

Türk mevzuatında milletlerarası tahkim, uluslararası ticaretin ve yatırımların giderek artan karmaşıklığı ve çeşitliliğiyle başa çıkmak adına önemli bir yere sahiptir. Milletlerarası tahkim, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan etkili bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Türk mevzuatında milletlerarası tahkimle ilgili temel düzenlemeler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ile düzenlenmektedir. Bunlara ek olarak Türkiye'nin taraf olduğu New York Sözleşmesi, İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu ile UNCITRAL Model Kanunu da ele alınması gereken hususlardır. Türk mevzuatındaki bu düzenlemeler ve uygulamalar, Türkiye'nin milletlerarası ticaret ve yatırımların hukuki altyapısını güçlendirmeye yönelik çabalarının bir yansımasıdır. Milletlerarası tahkim, Türkiye'nin uluslararası ticarette rekabet gücünü artırmak ve yatırımcılara güven vermek için önemli bir araç olarak kabul edilmektedir.

[393] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.138.

A) Anayasa Değişiklikleri

Anayasamız Tahkimi mümkün kılan hükümlere yer vermektedir. Anayasamızın *Yabancıların Durumu* başlıklı 16. maddesi, yabancılar için uluslararası hukukun uygulanabileceğinden bahisle *"Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir."* ifadesine yer vermektedir. Buna ek olarak Anayasamız *Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma* başlıklı 90. maddesi ile tahkimi mümkün kılan uluslararası sözleşmelerin normal hiyerarşisindeki konumuna değinerek *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." ifadelerine yer vermiş, tahkimi mümkün kılan uluslararası anlaşmaların statüsünü vurgulamıştır.*

Anayasamız ve tahkim ilişkisine esasen 1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişiklikleri yeni bir dönemim başlangıcı niteliğindedir. 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 47., 125. ve 155. Maddelerinde değişiklik yapılmıştır. 1999 değişiklikleri ile Anayasanın *Devletleştirme ve Özelleştirme* başlıklı 47. maddesine *"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."* hükmü[394], *Yargı Yolu* başlıklı 125. maddesine *"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."* hükmü ve *Danıştay* başlıklı 155. maddesine *"Danıştay, davaları görmek, (...) kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, (...) idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."* hükmü eklenerek tahkime başvurulabilmesi, tahkime uygulanacak hukuk ile görevli yargı mercii hususları ele alınmıştır. 1999 değişiklikleri öncesi *"İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır."* şeklinde olan Anayasa madde 125'e *"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak*

[394] Cebeci, s.129-130.

yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." ifadesi eklenmiştir.[395] Lakin *yabancılık unsurunun* ne olduğuna değinilmemiştir. Yabancılık unsuruna ilişkin belirsizlik 2001 yılında çıkarılan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu içerisinde yabancılık unsurunun düzenlenmesi ile son bulmuştur.[396]

Söz konusu Anayasa değişikliklerinin perde arkasında ise, hukuksal çerçevesi çizilmeye çalışılan Tahkim konusu yatmaktadır. 1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun 5. maddesi idare ile sermaye şirketi-yabancı şirket arasındaki sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelemiştir.[397] Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 1995 tarihli kararı[398] ile iptal edilmiş, Danıştay da incelemekte olduğu imtiyaz sözleşmelerinden "tahkim" kaydını çıkarmıştır. Bu gelişmenin akabinde, Anayasa değişikliğinin gerekliliğinden bahisle dönemin Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanı, TBMM Genel Kurulu'nda yaptığı konuşmasında[399] *"Eğer Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararını şu andaki uygulamada yaptığı gibi yorumlamayıp, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartını çıkarmamış olsaydı, bugün, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasasını değiştirmek zorunda kalmazdı."* ifadelerini kullanmıştır. Anayasa değişikliğini öngören 4446 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesinde yer alan: *"...bu değişiklikle...kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceğinin kanunla belirlenmesi ilkeleri getirilmektedir"* ifadesi ile imtiyaz sözleşmelerine ilişkin özel hukuk niteliğine değinilmiş, yine Genel Gerekçe içerisinde yer verilen: *"...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 uyuşmazlıkların 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."* ifadesi

[395] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.112-113.
[396] Çal, s.361.
[397] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.114.
[398] AYM, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995: www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.09.2024.
[399] TBMM Tutanak Dergisi, 46. Birleşim, C.9, Y.1999, s.69. Erişim Tarihi: 04.09.2024.

ile de hali hazırda uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak kullanılan tahkimin, çağdaş hukukun bir parçası oluşu ile anayasada bu konuda değişiklik yapılması gereğini vurgulamıştır.[400]

Anayasamız, 1999 değişikleri öncesi "özelleştirme" kavramı hususunda da yetersiz kalmış, 1999 değişikleri ile Anayasanın *Devletleştirme* başlıklı maddesi *Devletleştirme ve Özelleştirme* olarak değiştirilmiş, söz konusu maddeye eklenen *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların 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 yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."* hükmü ile de kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmet ve yatırımların, özelleştirme ekseninde özel hukuk kişilerine gördürülmesinin temeli atılmıştır. Anayasa değişikliği öncesi süreçte de 1994 tarihinde çıkarılmış olan 4046 sayılı *Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* yürürlüğe girmiş, ilerleyen süreçte çıkarılan 5398 sayılı Kanun ile 4046 sayılı Kanun'un adı *Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun* olarak değiştirilmiştir.[401]

1999 tarihli Anayasa değişikleri ile imtiyaz sözleşmelerinin, idari yargı kapsamından çıkarılıp özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi amaçlanmıştır. Lakin, bu tip sözleşmelerin kamu hukuku sözleşmeleri olarak nitelendirilmesine ve Danıştay tarafından incelenmesine devam edilmiştir.[402] 1999 Anayasa değişiklikleri tahkim konusundaki belirsizliğin giderilmesi amaçlanmış ve Anayasanın 155. Maddesi'nde değişiklik yapılarak maddeye *kamu hizmeti* kavramı eklenmiş ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine yönelik *inceleme* görevi *düşünce bildirme* olarak tadil edilmiştir.

B) 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun

Bu Kanunun amacı birinci maddede belirtilmiş ve bu hususta; "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla*

[400] Keskin, s.252.
[401] Çal, s.359.
[402] Orak, s.127.

çözülmesi durumunda tarafların, sözleşme yaparken uymaları gereken ilke ve esaslar belirlenmiştir." ifadeleri kullanılmıştır. Kanunun ikinci maddesinde ise, *"tahkim yolu, milletlerarası tahkim anlaşması ile yabancılık unsuru"* gibi kavramlar tanımlanmıştır. Öyle ki, Tahkim yolu: "*Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti"* olarak tanımlanırken, milletlerarası tahkim anlaşması ise yabancılık unsuruna vurgu yaparak*: "Yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi için yapılan anlaşmayı"* ifade etmektedir. Diğer bir deyişle tahkim, sözleşme kapsamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların taraflarca belirlenecek bir usul ile, sözleşme kapsamında belirlenen hakem veya hakem kuruluna götürdükleri bir alternatif uyuşmazlık çözme metodu olarak tanımlanabilmektedir.[403] 4501 sayılı Kanunu, daha sonra yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte değerlendirildiğinde, yabancılık unsurunun geniş bir yorumu gerektiği ortaya çıkmaktadır.[404] Özellikle, *"sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından birinin şirketteki hisse oranı minimum düzeyde dahi olsa yabancılık unsurunun kabulü için yeterli olacağı gibi, sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı Türk menşeli olsa bile sözleşmenin uygulanması için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılması gerekli ise gene yabancılık unsurunun kabulü gerekecektir."*[405] bağlamında sözleşmelere taraf olan şirketlerin hisse yapılarına, sermaye kaynaklarına ve diğer finansal unsurların değerlendirilmesi ile yapılan bu yorum ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tamamında yabancılık unsurunun mevcut olduğu ve kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinin bu kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.[406] Söz konusu Kanun'un 4. maddesinde ise *"Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde; tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenilen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde*

[403] Yıldız, s. 288.
[404] Keskin, s. 267.
[405] Hasan Dursun, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2016, S.125), s.94 vd. Erişim Tarihi: 18.09.2024.
[406] Çal, s.360.

bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir." ifadelerine yer verilmekle birlikte bu düzenlemelerin geçerlilik şartı olmadığı belirtilmiştir.[407]

Bu kanun ile ilgili değinilmesi gereken diğer bir nokta da Kanun'un geçici 1. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, *"Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. Ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvuru ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir."* hükmü bu kanunun kabul tarihinin bir milat olduğunu ve her ne kadar bu kanundan önce de olsa faaliyete geçmiş projelerin de kapsama dahil edilmesi için müracaat yolunu açık tutulduğunu gözler önüne sermektedir.[408]

C) 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

4686 sayılı Kanun, 4501 sayılı Kanun'un kapsamını genişletmek adına UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu'ndan ilham alınarak hazırlanan Türkiye'de milletlerarası tahkim süreçlerini düzenleyen ve bu alandaki temel kuralları belirleyen önemli bir yasal düzenlemedir. Bu kanun, Türkiye'nin uluslararası ticaret ve yatırımlar alanında rekabet gücünü artırmak, hukuki istikrarı sağlamak ve adil bir tahkim ortamı oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır.[409] İlham aldığı içerikten biri olan UNCITRAL Model Kanunu, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanmış bir model yasal metindir. Bu model kanun, uluslararası ticaret hukuku alanında yaygın olarak kabul edilmiş standartları içerir ve ülkelerin kendi yasal düzenlemelerini bu modele uygun şekilde oluşturmalarını sağlamak amacıyla tasarlanmıştır.[410] UNCITRAL Model Kanunu, uluslararası ticaret sözleşmeleri gibi belirli alanlarda uygulanabilir bu durum uluslararası ticarette standartlaşmanın

[407] Atay, s.601.
[408] Esin / Lew / Wegen, s.191-193.
[409] Akıncı, s.17.
[410] Ata Karazincir, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim", MS thesis. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.15 vd. Erişim Tarihi: 19.09.2024.

sağlanmasını amaçlamaktadır.[411] Özellikle, sözleşme yapma, sözleşme ihlalleri, sözleşme sona erme ve tahkim gibi konularda kapsamlı düzenlemeler içerir. Uluslararası ticaret hukuku alanında bir referans noktası olarak kabul edilen bu model kanun, uluslararası ticaretteki belirsizlikleri ve anlaşmazlıkları azaltarak, taraflar arasında daha adil ve tutarlı bir ticaret ortamı oluşturmayı amaçlar. Bir diğer önemli nokta olan İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu (Swiss Federal Code of Private International Law) ise, İsviçre'de uygulanacak hukukun ve uluslararası yargı yetkisinin belirlenmesi konusunda kapsamlı düzenlemeler içerir.[412] Uluslararası ticarette işbirliğini teşvik etmek ve ticaretin kolaylaştırılmasını sağlamak amacıyla hazırlanan bu kanun; uluslararası ticaretin kolaylaştırılması, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlaması ve çeşitli alanlarda uygulanabilir olması açısından önemli role sahiptir.[413]

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, Türkiye'nin uluslararası alanda daha rekabetçi bir tahkim merkezi haline gelmesi hedeflenmektedir. Kanun, tahkim sürecini düzenlerken UNCITRAL'in modelini temel alarak uluslararası standartlara uygunluğu sağlamıştır. Bu adım, Türkiye'nin ticari ve yatırım ilişkilerindeki güvenilirliğini artırarak uluslararası tahkimde daha etkin bir rol oynamasını desteklemektedir.[414]

4686 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı birinci maddesinde düzenlenmiş ve *"yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar"* işbu kanunun kapsamına dahil edilirken, bu Kanun'un *"Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar"*için geçerli olmadığı vurgulanmıştır. İlgili maddede ek olarak, 4501 sayılı Kanun'a da atıfta bulunulmuş ve Kanun'un kapsamı *"4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden*

[411] Mustafa Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 17, S. 2), s. 542 vd. Erişim Tarihi: 21.09.2024.
[412] Keskin, s. 245.
[413] Çal, s.361.
[414] Şanlı, s. 232 vd.

doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tâbidir." ifadeleriyle genişletilmiştir.[415]

D) Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 16. ve geçici 1. maddesi doğrultusunda hazırlanan Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Yönetmeliği "*Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, 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 milletlerarası kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılmamış olması hallerinde başvurulacak ücret tarifesinin hazırlanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek"* amacıyla 2001 yılında çıkarılmıştır. Yönetmeliğin Hakem Ücretinin Belirlenmesi başlıklı 4. maddesi ile hakem ücretlerinin tespitine ilişkin tarifeden bahisle *"Hakem veya hakem kurulunun ücreti, Adalet Bakanlığınca ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir."* ifadesine yer verilmiştir. 4. madde de değinilen ve Adalet Bakanlığınca tespit edilen ücret tarifesi ise takip eden 5. madde içerisinde düzenlenmiş, tarifede olası değişiklerin nasıl gerçekleşeceği ile tarifenin değişmesi halinde eski tarifenin yürürlük esaslarına ilişkin olarak *"Ücret tarifesinde gerekli görülecek değişiklikler, ilgili kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri alınarak, her yıl Mart ayında Adalet Bakanlığınca tespit olunur. Yeni tarife yürürlüğe girinceye kadar eski tarife uygulanır."* düzenlemesine yer verilmiştir.

E) 2575 Sayılı Danıştay Kanunu

1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliklerinin bir sonucu olarak Anayasanın 155. maddesi değiştirilmiş; Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili *inceleme yapma* görevi *düşünce bildirme* olarak değişmiştir. Anayasada, Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin görevleri kapsamında yapılan bu değişiklik beraberinde 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nda da yapılan değişiklikleri getirmiştir.[416] Anayasa

[415] Esin / Lew / Wegen, s.171.
[416] Keskin, s. 276.

değişikliği ile aynı yılda yürürlüğe giren 4492 sayılı Kanun ile Danıştay Kanunu'nun; 23., 24., 42., ve 48. maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun *Danıştay'ın Görevleri* başlıklı 23. maddesi, 4492 sayılı Kanun ile değişmeden önce *"Danıştay, tüzük tasarılarını ve imtiyaz sözleşme ve şartnamelerini inceler"* şeklindeyken; 4492 sayılı Kanun ile bu hüküm *"Danıştay, tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir"* olarak değişmiştir. Bu değişiklik ile Danıştay Kanunu'nun Anayasaya uygunluğu amaçlanmıştır.[417]

Danıştay Kanunu ile ilgili yapılan bir diğer değişiklik ise "*İlk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar"* başlıklı 24. maddesinde gerçekleşmiş*; "Danıştay ... imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler"* ifadesi *"tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar."* olarak revize edilmiş, tahkim yolunun öngörüldüğü imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan davalar, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak göreceği davalar kapsamından çıkarılmıştır.[418]

Bir başka değişiklik ise Danıştay Birinci Dairesinin görevleri ile ilgili olarak *Birinci Dairenin Görevleri* başlıklı 42. madde içerisinde yapılmış, *"Danıştay Birinci Dairesi ... Bayındırılık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini inceler"* hükmü *"Danıştay Birinci Dairesi ... Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini ... inceler ve gereğine göre karara bağlar veya düşüncesini bildirir."* şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin perde arkasında ise maden imtiyazlarının zaten kamu hizmeti imtiyazları kapsamında oluşu işaret edilmiştir.

Danıştay Birinci Dairesi'ne ilişkin değişikliklere ek olarak, Danıştay'ın İdari İşler Kurulu'nun görevlerine ilişkin de değişiklik yapılmış, Danıştay Kanunu'nun *İdari İşler Kurulunun Görevleri* başlıklı 46. maddesinde düzenlenen "*İdari İşler Kurulunun imtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme şartlaşmaları inceler ve gereğine göre karara bağlar veya*

[417] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.114.
[418] Keskin, s.276.

düşüncesini bildirir hükmü *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceler ve gereğine göre karara bağlar veya düşüncesini bildirir"* olarak değiştirilmiştir.[419]

Danıştay'ın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin bildireceği düşünceye ilişkin süreye dair de 4492 sayılı Kanun ile Danıştay Kanunu'nda düzenleme yapılmıştır. Değişiklik öncesi, Danıştay Kanunu'nun *Kanunların Tüzüklerin Görüşülmesi* başlıklı 48. maddesinin başlığı; *"Kanun ve Tüzük Tasarıları ile Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Görüşülmesi"* şeklinde değiştirilmiştir. Başlıktan ziyade kanun hükmünde de değişikliğe gidilmiş, zaman kaybının önlenmesinden bahisle iki aylık süreye vurgu yapılarak *"Danıştay, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorundadır."* ifadesine yer verilmiştir.

F) 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun

1999 Anayasa değişikliğini takiben, 2000 yılında 4577 sayılı Kanun ile tahkim hususuna ilişkin olarak, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun içerisinde düzenleme yapılmış, 2576 sayılı Kanun'un *İdare Mahkemelerinin Görevleri* başlıklı 5. maddesi hükmü *"İdare Mahkemeleri, ...tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları ... çözümler"* ifadeleri ile tahkim yolunun öngörülmesi ekseninde revize edilerek, tahkim yolu öngörülmeyen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları çözme hususunda idari mahkemelerinin görevli olmadığını işaret etmektedir.

G) 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı* başlıklı 2. maddesi de 1999 Anayasa değişikliklerini takiben tadil edilmiştir. Tadil öncesi, genel hizmetlerin yürütülmesi adına akdedilen tüm sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için idari yargıyı yetkili kılan 2. madde kapsamında tadil ile birlikte

[419] Çal, s. 383.

tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar idari davaların kapsamından çıkarılmış, madde hükmü *"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."* şeklinde değiştirilmiştir.

H) 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun *Amaç ve Kapsam* başlıklı 1. maddesine göre bu kanun *doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları* düzenlemektedir.

4875 sayılı Kanun'un *Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Esaslar* başlıklı 3. maddesi, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milli veya milletlerarası tahkimi işaret ederek *"Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilinir."* ifadelerine yer vermiştir.[420] Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere yabancı yatırımı teşvik gayesi adına imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü hususunda ulusal mahkemelere alternatif olarak tahkime başvurudan söz edilmiştir.[421]

İ) 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları ile Geçişine Dair Kanun

4586 sayılı Petrolün Boru Hatları ile Geçişine Dair Kanunu'nun *Amaç ve Kapsam* başlıklı 1. maddesine göre bu *Kanun petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili Türkiye'nin taraf*

[420] Atay, s.600.
[421] Orak, s.168.

olduğu milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir.

4586 sayılı Kanun'un *İhtilafların Çözümü* başlıklı 3. maddesi ile devlet ve yatırımcılar arasında transit petrol boru hattı projesi kaynaklı uyuşmazlıklar özelinde tahkim usulüne değinilerek *"Transit petrol boru hatları projeleri ile ilgili olarak, Devlet mercileri ile yatırımcılar arasında çıkabilecek ihtilaflar, ilgili proje anlaşmaları hükümlerine göre, ilgili proje anlaşmasında başka bir hüküm bulunmuyor ise Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalarda yer alan çözüm usulleri vasıtasıyla ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözümlenir."* ifadesine yer verilmiştir. Tahkimi mümkün kılan hükmünün yanında tahkim giderlerinin bütçe kanunu doğrultusunda belirlenen ödenekten karşılanacak olmasına ilişkin düzenlemelere de yer veren 4586 sayılı Kanun'un m.9/2 hükmü doğrultusunda *"Transit petrol boru hattı projeleri ile ilgili hizmet satın alımları, proje takip, tahkim, mahkeme, sigorta, tazminat ve proje ile ilgili sorumluluk ve taahhütlerden doğan veya diğer tüm giderler, her yıl bütçe kanununa konulacak ödenekten karşılanır."* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere transit petrol boru hatları ile ilgili taraflar arasında doğacak uyuşmazlıklarda proje anlaşmasında yer alan ilgili hükümler esas olacaktır. Proje anlaşmasının uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemelere yer vermediği hallerde ise uyuşmazlıklar Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalarda yer alan çözüm usulleri vasıtasıyla ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözümlenir.[422]

J) 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu *kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri* belirlemektir. Kanun kapsamında, milletlerarası tahkim davalarına ilişkin avukatlık hizmeti alımları ile hizmet alımına ilişkin usul düzenlenmiştir. Kanun'un Doğrudan Temin başlıklı 22. maddesi ile uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim kabul edilmiş, tahkim süresince idareyi temsil adına avukatlık hizmet alımına ilişkin olarak "*Milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet*

[422] Keskin, s.281.

alımları" için ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temini usulüne başvurulabileceği ifadelerine yer verilmiştir. Kanun hükmünde atıf yapılan *Doğrudan Temin* kavramı ise yine aynı kanunun *Tanımlar* başlıklı 4. maddesi içerisinde *"Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul"* olarak tanımlanmaktadır.

K) Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmelikleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile düzenlenen, tahkime ilişkin avukatlık hizmet alımı hususuna paralel olarak yine 4734 sayılı Kanun'a dayanan Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım İhaleleri Uygulama Yönetmelikleri 2003 yılında çıkarılmış, bu yönetmelikler ile kanun kapsamındaki idarelerin gerçekleştirecekleri mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri ve danışmanlık hizmet alımı ihalelerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu dört farklı yönetmeliğin eklerinde 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılacak alımlara ilişkin ihaleler hususunda standart oluşturması adına *Tip İdari Sözleşmeler* ve *Tip Sözleşmeler*'e yer verilmektedir. Bu sözleşmeler uyuşmazlıkların çözümü adına taraflar arasında akdedilen sözleşmeyi işaret ederek *"sözleşmelerin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda işin sözleşmesinde yer alan bu konuya ilişkin hükümler uygulanacaktır*" hükmüne yer vermektedir. Tip sözleşmelerde uyuşmazlıkların çözümü hususunda atıf yapılan yukarıdaki hükme ek olarak, dipnotlar bölümünde ihalenin uluslararası ölçekte yapılması hali üzerinde durulmuş ve bu durumun varlığı halinde sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak uluslararası tahkimin öngörülmesi halinde bu durumun ayrı bir metin şeklinde ana sözleşmeye eklenmesi gerekliliğine değinilmiştir.[423]

III. İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİNDE TAHKİM ŞARTI UYGULAMALARI

İdari sözleşmeler ile doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin mevcut düzenlemeler, genellikle iptal ile tam yargı davalarını kapsamaktadır. Ancak uygulamada, sözleşmelere ilişkin bazı davaların iptal davası gibi ele alınması ve sonuç olarak da sözleşmelerin iptaline ilişkin karar verilmesi sıkça yaşanan bir durumdur. [424] Uyuşmazlıkların

[423] Akıncı, s.96-97.
[424] Çağlayan, s.509.

sınıflandırılmasında, özellikle idarenin tek taraflı iradesinin geçerli olduğu sözleşme öncesi dönem önemli bir aşamayı oluşturur. Sözleşme imzalanmadığından, özel hukuk kişisi henüz sözleşme kapsamında bir hakka haiz değildir. Bu dönemde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların, özel bir sınıflandırmaya tabi tutulması gerekir. Sözleşmenin imzalanması sonrasındaki süreç, uyuşmazlıkların bir diğer önemli aşamasını oluşturur. Bu dönemde, sözleşmenin konusunun kamu hizmeti olması ve idarenin iradesini içermesi, uyuşmazlıkları daha karmaşık hale getirebilir. İdarenin her türlü işlem ve eyleminde kamu yararının gözetilme zorunluluğu[425], sözleşme ve sözleşme ile bağlantılı işlemlerin üçüncü kişiler tarafından da dava konusu yapılabileceği gerçeğini ortaya çıkarır. Davalara yaklaşım açısından hem sözleşmenin tarafları hem de üçüncü kişiler açısından bir sınıflandırma yapılması önemlidir. Bu sınıflandırma, davaların niteliğini anlamak ve adil bir yargılama sürecini sağlamak adına gereklidir. İdari sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların taraflar açısından sınıflandırılması, hukuki süreçlerin daha etkin bir şekilde yönetilmesine olanak tanır. İdari sözleşmelerden doğan ihtilafların sınıflandırılması, uyuşmazlıkların karmaşıklığını anlamak ve adaletin sağlanması adına önemli bir adımdır. Sözleşme öncesi ve sonrası dönemlerde ortaya çıkabilecek farklı nitelikteki davaların ayrı ayrı ele alınması, hukuki süreçlerin daha açık ve adil bir şekilde ilerlemesine katkı sağlar. Bu nedenle, idari sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflara yönelik sınıflandırmanın detaylı bir şekilde ele alınması ve uygun düzenlemelerin yapılması önemlidir.

Fransa'da, sözleşmelerin iptali ile ilgili yargılamalar özel bir düzenlemeye tabidir. Bu düzenleme, sözleşmenin üçüncü kişiler tarafından iptal edilebilmesinin olası olmadığı ve objektif nitelikli bir iptal davasının, sözleşmenin tabi olduğu rejimde değerlendirilmemesi amacını taşımaktadır. Buna göre sözleşmenin iptali yönündeki bir yargılama, sadece sözleşmenin tarafları tarafından başlatılabilir ve tam yargı davası özelinde hayata geçirilir.[426] Bu tipte gerçekleşen yargılama, hakim tarafından yürütülmektedir. Yargılama, sadece sözleşme sürecine değil, aynı zamanda taraflar arasında meydana gelebilecek haksız fiil benzeri eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları da kapsar. Bu sayede, sözleşmenin kuruluşundan önceki ve sonraki dönemde ortaya çıkan sorunlar da bu yargılama kapsamında çözüme kavuşturulabilir.[427]

[425] Çağlayan, s.327.
[426] Gözübüyük, s.277
[427] Çağlayan, s.510.

A) Tahkim Yasağına İlişkin Yaklaşım

Türk hukukunda tahkime ilişkin ilk düzenlemeye 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun'da yer verilmiş, sayılan kuruluşların adli mahkemelerde görülecek uyuşmazlıkları için tahkim yolu işaret edilerek *"Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere ait olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler."* ifadesine yer verilmiştir.

İdari yargıya konu uyuşmazlıklar için ise 1999 Anayasa değişiklikleri öncesi tahkim yolunu işaret eden mevzuat hükümleri mevcut olmadığından tahkime başvurulamamıştır. TAN bu boşluğu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nu işaret ederek, idari yargı ve tahkime ilişkin olarak *"...hukukumuzda Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kamu kuruluşlarının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmelerde tahkim koşuluna yer verdikleri görülmektedir. Bilindiği gibi 2886 sayılı yasa uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelenmektedir."* [428] ifadeleriyle görüşlerini paylaşmıştır. 1999 Anayasa değişiklikleri öncesi, Danıştay tarafından incelemeler sonucunda idari sözleşmelerde bulunan tahkim şartları iptal edilmiş ve uygulanmamıştır.[429]

1) Tahkimin Özel Hukuk Temelli Bir Mekanizma Olması

Tahkim mekanizması, devlet yargısının aksine kamu hukukundan ziyade özel hukuka dayanması nedeniyle taraflar arasındaki özgür iradeyi ön planda tutmaktadır.[430] Taraflar, tahkim sürecinde uyuşmazlıklarını çözmek adına kendi belirledikleri bir yolu izleyebilirler ve hakemlerin kararlarını tanıma ve uygulama noktasında ulusal veya uluslararası alanda güvenceye sahiptirler. Özel hukuk temelli bu mekanizma, özellikle ticari uyuşmazlıklarda

[428] Tan, s.9.
[429] DAN 1. D., E.1995/178, K.1996/78, T.10.04.1996: www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 07.10.2024.
[430] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.66.

hızlı ve gizlilik içinde çözüm arayan taraflar için etkili bir alternatif olarak tercih edilmektedir.[431]

Tahkim, özel hukuk ilkelerine dayanan yapısı sayesinde ticaret ve yatırım alanlarında da sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir role sahiptir. Bu nedenle, tahkimin esnek, taraf iradesine dayalı ve uluslararası alanda tanınan bir mekanizma olarak, özel hukuk temelli yapısının güçlenmesi, iş dünyası ve küresel yatırım ortamında güvenli bir zemin oluşturmaktadır. Tahkimin özel hukuk temelli bir mekanizma olarak değerlendirilmesinin nedeni, esasen taraf iradelerinin ön planda olması ve kamu otoritelerinin müdahalesinden büyük ölçüde bağımsız bir süreç olarak işletilmesidir.[432]

Tahkim mekanizması, tarafların serbest iradesi ile kurulması nedeniyle özel hukuk temelli kabul edilir. Taraflar, tahkim anlaşması ile uyuşmazlıklarını çözme konusunda kendi tercihlerini ortaya koyarlar. Bu serbesti, tahkimdeki temel prensiplerden biridir ve tahkimi kamu yargılamasından ayıran en belirgin özelliklerden biridir.[433]

Tahkim, taraflar arasında yapılan bir tahkim anlaşmasına dayandığından, esas olarak sözleşme hukukuna dayanır. Tahkim anlaşması, taraflar arasında bağlayıcı bir sözleşme niteliği taşır ve taraflar, bu anlaşma ile uyuşmazlıklarını hakem veya hakem heyetinin kararına bırakmayı taahhüt eder. Bu sözleşme, tarafların hukuki güvenliğini sağlamakta ve süreci belirli ilkelere bağlamaktadır.[434]

Tahkimde hakemlerin seçimi taraflarca yapılır. Taraflar, uyuşmazlıklarını çözmek için seçtikleri hakemlerde uzmanlık, bağımsızlık[435] ve tarafsızlık arayışındadırlar.[436] Kamu yargılamasından farklı olarak, taraflar, hakemlerin kimler olacağına dair geniş bir takdir yetkisine sahiptir.[437] Tahkim neticesinde hakemlerin vermiş olduğu kararlar, devlet mahkemesi kararları gibi bağlayıcıdır; ancak tahkim kararlarının bağlayıcılığı, kamu gücünden ziyade tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Bu yönüyle tahkim kararları, bir özel hukuk işlemi sonucunda ortaya çıkan bağlayıcı nitelikte sonuçlardır. Tahkim

[431] Orak, s.81.
[432] Özturanlı, s.162.
[433] Keskin, s.173-174.
[434] Akıncı, s.394-395.
[435] Özturanlı, s.121.
[436] Akıncı, s.442.
[437] Özturanlı, s.107.

kararlarının icrası, devlet mekanizmaları tarafından uluslararası anlaşmalar ile tanınmakla birlikte, esasında tarafların özel hukuk çerçevesinde belirledikleri bir usulün sonucudur.

Tahkimde yargılamanın usulü büyük ölçüde tarafların iradelerine göre belirlenebilir. Bu esneklik, taraflara kendi aralarındaki ihtiyaçlara ve uyuşmazlığın niteliğine uygun bir yargılama süreci yaratma imkânı sağlar. Ayrıca, tahkim yargılaması gizlilik esasına dayanır, bu da tarafların özel hukuk ilişkilerini korumalarına imkân tanır.

Özel hukuk ile idare hukuku arasında farklılıklar olmakla birlikte, alternatif bir uyuşmazlık çözme metodu olarak tahkimin doğması; devletin bir yasama tasarrufu ile kendi yargı yetkisine istisna koyması olarak değerlendirilmelidir. Tahkimin özel hukuk kökenli olması ile ilgili ONAR tahkime konu iş/eylemlerin idari niteliğine vurgu yaparak *"tahkimin akdi bir esasa dayanmasına ek olarak, söz konusu uyuşmazlıklarda idari işlem ve eylemler incelendiğinden, bunların idari yargının yetkisine girdiğini ve tahkimin bir özel hukuk müessesi olduğunu"* ifade etmiştir.[438]

Tahkimin özel hukuk temelli bir mekanizma olarak kabul edilmesi, özellikle "tahkim yasağı ilkesi" ile doğrudan bağlantılıdır. Tahkim yasağı ilkesi, kamu düzenini ilgilendiren ve yalnızca devletin yetkili mahkemelerince çözümlenmesi gereken bazı uyuşmazlık konularının tahkime elverişli olmadığını ifade etmektedir. Tahkimin özel hukuk temelli bir çözüm yolu olması, taraf iradelerine ve özel hukuk ilkelerine dayandığından, kamu hukuku ve kamu düzeni ile ilgisi olan konularda tahkime başvurulamaması gerektiği sonucuna varılabilmektedir. Boşanma, velayet, nafaka gibi aile hukuku ile ilgili uyuşmazlıklar kamu düzenini ilgilendirdiği için tahkime elverişli değildir. Ceza hukuku ve idare hukukuna giren uyuşmazlıklar da kamu yetkisini ilgilendirdiğinden tahkim yolu ile çözülemezler. Bunlara ek olarak, şirketlerin iflas ve konkordato süreçleri gibi kamu denetimini gerektiren konular da tahkim yasağı kapsamına girmektedir.[439]

Bu sınırlamalar, tahkimin özel hukuk temelli bir çözüm yolu olarak kalmasını sağlayarak tahkimin kamu düzenini koruma yükümlülüğüne sahip olan devlet yargısının yerini alması önlenmiş olur. Tahkimin özel hukuk temelli bir mekanizma olması, kamu düzeni ile sınırlı konularda yetkisiz olmasını beraberinde getirir. Tahkim yasağı ilkesi,

[438] Günday, s.304.
[439] Orak, s.80-81.

tahkimi özel hukuk uyuşmazlıklarıyla sınırlı tutarak kamu düzeninin korunmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, tahkimin serbest irade ve sözleşme özgürlüğü esaslarına dayanan bir sistem olarak işlemeye devam etmesi için kamu hukukunu ilgilendiren konuların tahkim yoluyla çözülemeyeceği kabul edilmiştir. Tahkimin sınırlarının belirlenmesinde tahkim yasağı ilkesi, tahkimin özel hukuk sınırları içinde işlevsel bir mekanizma olarak kalmasını güvence altına almaktadır.[440]

2) İdarenin Devlet Yargısı Dışında Yargılanamayacağı İlkesi

İdarenin devlet yargısı dışında yargılanamayacağı ilkesi, idarenin kamu otoritesi çerçevesinde gerçekleştirdiği işlemler ve eylemler üzerinde yalnızca devlet yargısının denetim yetkisine sahip olduğunu ifade eden bir hukuk prensibidir. Bu ilkeye göre, kamu hizmetlerini yürüten idare, faaliyetlerinde kamu yararı gözetmekle yükümlüdür ve bu faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıklar yalnızca bağımsız devlet yargısı tarafından incelenebilmektedir. İdarenin özel hukuk mekanizmalarıyla denetlenememesi ilkesi; kamu düzeni, egemenlik yetkisi ve kamu güvenliği gibi unsurlar doğrultusunda güvence altına alınmıştır.[441]

İdarenin faaliyetleri, toplumun genel yararını ilgilendirir ve kamu düzenini doğrudan etkiler. Kamu yararına dayalı bu faaliyetlerin bağımsız, tarafsız ve kamu güvencesi altında bir denetime tabi tutulması, kamu düzeninin korunması açısından zorunludur. İdare, egemenlik yetkisi çerçevesinde kamusal görevlerini yürütürken, devlete bağlı olarak hareket eder ve kamu hizmetlerini yerine getirir. Devletin egemenlik yetkisini ilgilendiren faaliyetler, özel hukuk yolları ile denetimden muaf tutulur. Bu yetkinin kamu gücüne dayanması ve kamu adına kullanılması, idari işlemlerin bağımsız devlet yargısının denetimi dışında kalmaması gerektiğini gösterir niteliktedir. İdari işlemlerin yalnızca devlet yargısı tarafından denetlenmesi, vatandaşların kamu hizmetleri üzerindeki denetimde adalet ve güvenlik duygusunun sağlanması açısından önemlidir. Devlet yargısı, tarafsız yapısıyla idarenin keyfi veya hukuka aykırı uygulamalarını sınırlandırmakta ve hukuki güvence sağlamaktadır.[442]

---

[440] Mahmut Birsel, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Ankara 1998, s.526. Erişim Tarihi: 14.10.2024.
[441] Keskin, s.177.
[442] Orak, s.79.

İdarenin devlet yargısı dışında yargılanamayacağı ilkesi ile ilişkili olarak DURAN: *"idarenin kendi dışından gelen müdahalelerden alınma ve tedirginlik duyma eğilimi, idareyi hukuka uymaya zorlayacak başka etkili bir gücün ve yöntemin bulunmamasıdır. Bütün bu olumsuzluklara rağmen kişilerin ve toplumun temel hak ve özgürlüklerini, idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetki ve müdahalelerine karşı korumaktan geri durulamayacağına göre; idarenin yargısal denetimini bu zıt gerek ve istekleri uyumlu ve dengeli olarak bağdaştıracak biçimde örgütlemek ve işletmek gerekir."*[443] ifadelerini kullanmış, adli ve idari yargı ayrımına vurgu yapmıştır.

B) Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID

1965 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkında Sözleşme ile devletler ve diğer devlet vatandaşları arasında meydana gelen yatırım uyuşmazlıklarının "arabuluculuk"[444] veya "tahkim" müesseseleri ile çözümü için Dünya Bankası bünyesinde ABD'de kurulmuş bir tahkim merkezi olan ICSID bünyesinde; idari konsey, sekretarya, arabulucular paneli ve hakemler paneli gibi organlar yer almaktadır.[445] Merkezin hukuki statüsü ICSID Ana Sözleşmesi'nin 18. maddesinde düzenlenmiş ve *"Merkez, tam olarak uluslararası tüzelkişiliğe sahip olacaktır. Merkezin yasal kişiliği şunları da kapsayacaktır: Sözleşme yapmak, taşınır ve taşınmaz mal sahibi olmak veya satmak, hukuk davaları açmak*" hükmüne yer verilmiştir. Ek olarak yine Sözleşme'nin 2. maddesi ile merkezin yerleşim yerine değinilerek *"Merkezin yerleşim yeri Dünya Bankasının merkezi içerisinde olacaktır."* ifadesine yer verilmiştir.

ICSID'in en üst idari karar alma organı olan İdari Konsey, sözleşmeye taraf devletlerin gönderdiği temsilcilerden oluşmaktadır. Başkanlığını Dünya Bankası'nın başkanının üstlendiği bu Konsey, ICSID'in bütçesini onaylama, usul kurallarını belirleme, tahkim başvuru prosedürünü düzenleme gibi önemli görevleri yerine getirmenin yanında, genel sekreterin seçimi gibi kritik kararların alınmasında da etkin rol oynamaktadır. Merkezin idaresinden sorumlu olan ve merkezi temsil ile yetkili olan genel sekreter ve

[443] Lütfi Duran, "İdari Yargı Adlileşti", (İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi, C. 3, S.1-3, Y.1982), s.55. Erişim Tarihi: 19.10.2024.
[444] Akıncı, s.9.
[445] Yusuf Artar, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında ICSID Tahkimi", (Vergi Raporu, Y.2013, S.164), s.106. Erişim Tarihi: 20.10.2024.

yardımcıları, İdari Konsey tarafından en fazla altı yıllık süreler için seçilirler. Öte yandan, arabulucular ve hakemler paneli, her bir taraf devletin atadığı dörder üyeden meydana gelir. İdari Konsey Başkanı, farklı ülke vatandaşı olmak kaydıyla her bir panele on kişi atayabilir. Uyuşmazlıklar, bu paneller aracılığıyla çözülür.[446] Bu nedenle, panellere yalnızca yüksek ahlaki değerlere sahip, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye alanlarında uzman ve tarafsız oldukları kabul edilen kişiler atanır. ICSID, taraflara hakemlerini veya arabulucularını belirleme olanağı sunar, lakin kendisi bu çözüm sürecine doğrudan katılmaz.[447]

Bir uyuşmazlığın ICSID kapsamında çözümlenebilmesi ancak doğrudan doğruya uluslararası bir yatırım kaynaklı uyuşmazlık olması durumunda, farklı milletlere mensup yatırımcı ve diğer tarafın mensup olduğu devletin ICSID Sözleşmesi'ne taraf olması halinde, tarafların aralarında akdettikleri sözleşmede uyuşmazlık halinde doğrudan ICSID'i yetkili kıldıkları (ki bu yetki uyuşmazlık doğduktan sonra bile yazılı olarak merkeze sunulabilir) hallerde veya sözleşmeye tahkim şartı ekledikleri hallerde mümkün olabilmektedir.[448] Öyle ki, tahkim merkezinin yetki kapsamını düzenleyen ICSID Ana Sözleşmesi'nin 25. maddesi *"Merkezin yargılama yetkisi, Taraf ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Taraf devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiçbir taraf bu kararını tek taraflı olarak geri alamaz."* ifadelerine yer vermekle birlikte Sözleşme'nin 26. maddesi bu yetkinin *"münhasır olması"* hususuna değinmiş ve aksi belirtilmedikçe uyuşmazlıkların çözümünde merkezin açıkça yetkili olduğunu düzenlemiştir.

ICSID yargılamasına ilişkin olarak süreç; tahkime başvuru talebi ve başvurunun kaydedilmesi, hakem heyetinin seçilmesi ve heyetin verebileceği kararlar şeklinde ayrılmaktadır.[449] ICSID'e başvuru sürecinde, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvuran taraf, talebini yazılı olarak ICSID Genel Sekreterliği'ne iletmelidir.[450] Bu başvuru, taraflar arasındaki ihtilafın ayrıntılarını içeren bir talep formu veya dilekçe

[446] Keskin, s.231. Erişim Tarihi: 21.10.2024.
[447] Neva Övünç Öztürk, "ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk", MS thesis. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 13 vd. Erişim Tarihi: 23.10.2024.
[448] Orak, s.144.
[449] Akıncı, s.45.
[450] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.80.

şeklinde olabilir. Genel Sekreterlik, başvuruyu aldıktan sonra, talebin bir kopyasını diğer tarafa ileterek resmi başvuru sürecini başlatır. Taraflar, kimlik bilgileri ve uyuşmazlığın konusuna ilişkin belgeleri Genel Sekreterlik'e sunarlar. Bu belgelerin incelenmesi sonucunda, Genel Sekreterlik tarafından başvurunun ICSID'in yargı yetkisi kapsamında olup olmadığı değerlendirilir. Eğer başvuru ICSID'in yargı yetkisi içindeyse, Genel Sekreterlik başvuruyu kaydederek taraflara tebliğ eder.[451]

ICSID tahkim sürecinde, tahkim heyeti genellikle bir veya birden fazla hakemden oluşur. Taraflar arasındaki anlaşmaya göre, heyetin oluşturulmasında hakemlerin kimlerden oluşacağı ve heyetin yapısı belirlenir. Taraflar arasında hakem seçimi konusunda anlaşmazlık çıkarsa veya bu husus sözleşmede düzenlenmemişse, genellikle üç hakemden oluşan bir heyet oluşturulur. Bu heyet, tarafların her biri tarafından seçilen birer hakem ile heyetin başkanlığını yapacak bir hakemden oluşur. Ancak, taraflar uzlaşmaya varamaz veya hakemleri belirleyemezse, ICSID'in İdari Konsey Başkanı atanmamış hakemleri belirleyebilmektedir. Bu atanacak hakemler, uyuşmazlıkla ilgili tarafların mensup olduğu devletin vatandaşı olamayacaktır.

Bu prosedür ve esaslar doğrultusunda toplanan heyet; bütün üyelerinin mevcudiyetinde toplanarak veya üyelere ayrı ayrı danışarak nihai kararını vermektedir. Hakem heyetinin nihai kararında mutlak çoğunluk esası hakimdir, üye çoğunluğu ile karar verilir, bu karar yazılı[452] olmalı ve oy veren tüm üyelerce imzalanmalıdır. Nihai kararlar, ayrıntılı ve gerekçeli olacak şekilde düzenlenmekle birlikte tarafların rızası olmaksızın yayımlanamamaktadırlar. Öte yandan, çoğunluğun sağlanamadığı hallerde heyet çalışmalarına devam etmektedir. Delillerin ikamesi safhasının sona ermesinden itibaren başlayacak 120 gün içerisinde heyet, heyetin davadan el çekmesini gerektiren nihai kararlar dışında diğer kararlar veya ihtiyati tedbirlere de hükmedebileceği nihai bir karara varır. ICSID Tahkiminde ele alınan uyuşmazlığa ilişkin yargılama süreci; uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak hakem heyetinin nihai bir karar vermesi, tarafların sulh olması sebebiyle davanın düşmesi, bir tarafın davanın düşürülmesine[453] yönelik talebi üzerine, diğer tarafça sunulacak zımni veya açık rıza beyanı ile ve tarafların davayı takipten vazgeçmeleri hallerinde sonuçlanacaktır.

---

[451] İlyas Gölcüklü, "ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar.", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2018, C.38, S.2), s.290-294. Erişim Tarihi: 29.10.2024.
[452] Özturanlı, s.335
[453] Sancakdar/Önüt/Doğan/Turhan/Seyhan, s.621.

ICSID hakem heyetlerince verilen nihai kararlara karşı tarafların başvurabilecekleri hukuki yollar, diğer bir anlatımla kararlarının hukuki denetimi ICSID bünyesinde gerçekleştirilmektedir. ICSID Sözleşmesinin 53'üncü maddesindeki düzenlemeye göre: *"Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu Sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır."* ICSID Sözleşmesinin 54(1)'inci maddesinde ise *"Her üye ülke bu Sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir."* düzenlemesi mevcut olup, bu düzenleme ile yerel mahkemelerin ICSID hakem kararlarını tekrardan gözden geçirmek ve incelemek hakkına sahip olmadıkları açıkça belirtilmektedir.[454] ICSID Hakem heyetlerince verilen kararlar için, ICSID Sözleşmesinde belirtilen şartlar oluştuğunda, ICSID Tahkim Kuralları ve ICSID Sözleşmesi kapsamında taraflarca kararın tashihi ve ek karar verilmesi, kararın düzeltilmesi (revizyon), kararın yorumu ve kararın iptali talep edilebilmektedir. ICSID hakem heyetlerinin verdiği nihai kararlara karşı tarafların başvurabileceği hukuki yollar, yine ICSID bünyesinde düzenlenmektedir. Öyle ki, Sözleşme'nin 50, 51 ve 52. maddelerinde düzenlendiği üzere; kararın tashihi ve ek karar verilmesi, kararın revize edilmesi ile kararın yorumlanması ve kararın iptali gibi mekanizmalara başvurabilmektedirler. Yatırımcının uyruğu, anlaşmanın uygulanabilirliği bakımından önemlidir. Bu hususta belirleyici olan, uyuşmazlığın tahkim veya uzlaşma yoluyla çözümüne ilişkin başvurunun yapılacağı tarihtir. Ev sahibi ülke vatandaşı olan gerçek kişiler, ICSID'de uyuşmazlığı çözme yoluna başvuramazlar. Tüzel kişiler için ise, tarafların yabancı sayılacağını kararlaştırdıkları ve Türk kanunlarına göre kurulmuş olmalarına rağmen yabancı kontrolünde olan tüzel kişiler, ICSID'e başvurabilirler. Gerçek kişiler için geçerli olan bu husus, sözleşme ile kararlaştırılmayan ancak ihtiyari olarak ve yasal zorunluluklar nedeniyle ev sahibi devlette yerel şirket formunda yatırım yapan şirketin akit devlet vatandaşı yabancı ortaklarının ICSID'e başvurmasına engel olmayacaktır.[455]

Önemli bir başka husus olarak uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının seçimine ilişkin 42. madde kapsamında *"(1) Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet*

[454] Orak, s.148.
[455] Şanlı, s. 258 vd.

anlaşmazlığa taraf olan Akit ülkenin, hukukunun (Kanunların çatışması halinde uygulanacak kurallar da dâhil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır. (2) Heyet, hukukun belirsizliği veya boşluğu karşısında bir çözüm getirmeyebilir. (Heyet sadece hukukun belirsizliği veya hukuki boşluk gerekçesi ile yargılamayı reddedebilir.)" hükmüne yer verilerek, esasa uygulanacak hukukun, taraflarca kararlaştırılan hukuk olacağı fakat taraflarca belirlenmemesi halinde bu hususta hakem heyetinin yetkili olacağı vurgulanmıştır.[456]

Bir diğer önemli nokta ise sözleşmenin "*Akit Devletler Arası Anlaşmazlıklar"* başlıklı 64. maddesinde düzenlenmiş, ilgili maddede *"Bu sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan ve görüşmelerle çözüme kavuşturulmayan Akit Devletler arasındaki anlaşmazlıklar Devletler başka bir çözüm yöntemi üzerinde anlaşmadıkları takdirde Uluslararası Adalet Divanına götürülür."* ifadelerine yer verilerek çözüme kavuşturulamayan uyuşmazlıkların Uluslararası Adalet Divanı'na götürülebilmesinin önü açılmıştır. Ülkemiz bu madde ile birlikte *"Taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve ayni haklarla ilgili uyuşmazlıkların ICSID yargılama yetkisi dışında olduğuna ilişkin"* olmak üzere toplamda iki adet çekince koymak suretiyle sözleşmeyi onaylamıştır.[457]

ICSID tahkim modelinin taraflara sunduğu avantajlar arasında, uluslararası bir standart sunması (ICSID, uluslararası standartlar çerçevesinde yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü sağlar. Bu husus, yatırımcılar ve devletler arasında adil bir sürecin izlenmesini ve kararların tarafsızlıkla alınmasını sağlar.), sunduğu uluslararası uygulanabilirlik (ICSID tahkim kararları, 159 ülkenin taraf olduğu Washington Sözleşmesi çerçevesinde tanınır ve uygulanır. [458] Bu, kararların uluslararası alanda tanınmasını ve icra edilmesini kolaylaştırır.), hız ve esnekliği temel alan yargı süreci (Geleneksel yargı sistemlerine kıyasla, ICSID tahkim süreci daha hızlı ve esnektir.[459] Taraflar, kendi hakemlerini seçebilir ve prosedürleri belirleyebilirler, bu da sürecin daha verimli bir şekilde ilerlemesini sağlar.) ve sektörel uzmanlık (ICSID panelleri genellikle yatırım hukuku alanında uzman hakemlerden oluşur, bu durum, kararların yatırım hukuku ilkelerine uygun olarak ve uzman bir bakış açısıyla alınmasının önünü açabilecektir) sayılabilir.

[456] Orak, s.192.
[457] Akıncı, s.42.
[458] Keskin, s.222-223.
[459] Behnam Alipourvaghaslou, "Yatırımdan Kaynaklanan Anlaşmazlıklarda ICSID Tahkimi." (Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 5, S. 10), s. 62. Erişim Tarihi: 15.10.2024.

Öte yandan, maliyetli yapısı (Hakem ücretleri, avukat ücretleri ve diğer masrafların yanı sıra, sürecin uzamasıyla birlikte maliyetler artabilir.), gizlilik endişeleri (ICSID tahkim süreci, geleneksel yargı sistemlerine kıyasla daha az şeffaftır ve genellikle gizli oturumlarla gerçekleşir. Bu, kararların kamuya açık olmaması ve uyuşmazlığın ayrıntılarının gizli tutulması anlamına gelir.), devlet egemenliği sorunu (ICSID tahkim süreci devletlerin egemenliğini sınırlayabilir. Tahkim kararları, devlet politikalarını ve hükümetlerin yatırımcılar üzerindeki kontrolünü etkileyebilir.) ve yargı kararlarının icra edilmesi zorluğu (ICSID kararlarının uygulanması uluslararası hukuka tabidir ve bazen kararların icrası zor olabilir, özellikle de taraflar arasında güçlü siyasi veya ekonomik çıkarlar bulunuyorsa) gibi hususlar da bu tahkim modelinin olası dezavantajları arasında sayılabilmektedir.

Genellikle büyük ölçekli altyapı projeleri ile kamu hizmetlerinin gördürülmesine yönelik düzenlenen ve hem yatırımcılar hem de devletler için önemli mali ve siyasi sonuçları olan Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri'nden doğan uyuşmazlıklar özelinde taraflar genellikle ICSID tahkimine başvurarak, uzman hakemlerden oluşan tarafsız bir panelin kararına güvenirler ve uluslararası standartlara uygun bir çözüm elde etmeyi amaçlarlar. Bu nedenle, kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde ICSID tahkimi, taraflar arasında tercih edilen bir yöntem olarak kabul edilmektedir.[460]

1999 Anayasa değişiklerini takiben, imtiyaz sözleşmelerinde tahkimin uygulanması ile ilgili olarak 2002 yılında PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine ICSID merkezinde açılan dava 2004 yılında karara bağlanmış, hakem heyeti verdiği kararda *"...Türk Hukukunda yapılan değişiklikler ile imtiyaz sözleşmelerinin uluslararası tahkime götürülebileceği ve özel hukuku tabi kılınabileceği"* ifadelerine yer vermiştir. Uyuşmazlığın ICSID merkezinde çözümlenmesi hususunda Türkiye Cumhuriyeti *"...taraflar arasındaki imtiyaz sözleşme taslağının Danıştay tarafından incelenmesi esnasında ICSID tahkim merkezini yetkili kılan hükmün silindiğini"* iddia etmiş, buna karşılık davacılar ise yatırımın niteliğinden bahisle *"...bu işlemin yatırımın niteliği göz önüne alındığında ve ICSID'in uluslararası anlaşmalar çerçevesindeki yeri*

[460] Cebeci, s.205.

değerlendirildiğinde savunulabilir olmadığını" ifade etmişlerdir. Hakem heyeti yetki hususunda Anayasa m.90 hükmüne atıfla *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları dikkate alındığında Danıştay'ın yargılama yetkisinin üzerinde uluslararası anlaşmalar durmaktadır"* ifadelerini kullanmış, ICSID tahkim merkezinin uyuşmazlık özelinde yetkili merci olduğuna kanaat etmiştir.[461]

Anayasamızın, *Mahkemelerin Bağımsızlığı* başlıklı 138. maddesi dördüncü fıkrası ile mahkeme kararlarına uyulması şartından bahisle *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*." hükmüne yer vermektedir.

Yargı kararlarının idare tarafından uygulanmadığı hallerde maddi ve manevi tazminatı düzenleyen İYUK'un 28. maddesi *"Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir."* hükmüne yer vermektedir.

ICSID hakem heyeti tarafından verilen kararlar ise bu hususta istisnai niteliğe sahiptir. ICSID hakem heyeti tarafından verilen kararlar, yerel mahkeme kararları kadar bağlayıcıdır. ICSID kurallarının m.54/1 hükmü konusu parasal alacakların tahsili olan hakem kararlarının hiçbir şekilde üye devletlerin yetkili organlarınca incelenemeyeceğini düzenlemektedir.

C) Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Üzerine Değerlendirme

Günümüzde, yargı organlarının artmakta olan iş yükü, yargılama sürelerini olumsuz yönde etkilemekte ve uzayan süreler hak kayıplarına yol açabilmektedir. Bu durum, bireylerin yargı sistemine duyduğu güveni sarsmakta ve hukuki süreçlere olan inancı zayıflatmaktadır. Uzun süren yargılamaların beraberinde getirdiği zaman kaybı ve maliyetler, bireyleri alternatif çözüm yolları arayışına yönlendirmiştir. Burada değinilmesi gereken bir diğer husus, taraflardan birinin idare olduğu uyuşmazlıklarda karşımıza

[461] M. Mustafa Demir, "PSEG v. Türkiye ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi", (Eskişehir Barosu Dergisi Y.2023, C.8, S.1), s.219-228. Erişim Tarihi: 06.12.2024.

çıkmaktadır. Öyle ki, yargı organı ile idare arasında bağ, uyuşmazlığın diğer tarafı için yargılamanın objektifliği hususunda soru işaretleri doğuracaktır, günümüzde bir tarafın idare olduğu uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması, yargılamanın şeffaf ve objektif niteliğini sağlama almaktadır.[462] Bu bağlamda, yargı yoluna başvurmanın ötesinde uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlere duyulan ihtiyaç giderek artmaktadır. Alternatif çözüm yolları, taraflar arasındaki anlaşmazlıkları çözmek için yargı mercileri dışında başvurulan ve genellikle üçüncü bir kişinin müdahalesini içeren çeşitli yöntemleri kapsamaktadır.[463]

Anayasanın 9. Maddesine göre *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."* Tahkim bu kuralın bir istisnasıdır. 1999 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 125. Maddesi yeniden düzenlenmiş, maddenin sonuna *"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir."* ifadesi eklenerek tahkim usulünün önü açılmıştır. ULUSOY, anayasada gerçekleştirilen bu tadili "*kamu hukuku öğretisinde ve idari yargı yerlerinde etkisi şiddetli bir deprem kadar hissedilen küçük bir devrim*" şeklinde ifade etmiştir. Öte yandan, Baki KURU tahkimi "*bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması*" olarak tanımlamıştır.[464]

Hukuki uyuşmazlıkların, devlet yargısı haricinde taraflar tarafından seçilen tarafsız hakemler aracılığıyla, yine taraflarca belirlenecek olan uygulanacak hukuk ve yerde karara bağlanması anlamına gelen tahkim, idari sözleşme niteliğindeki kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda önemli bir role sahiptir. Bu durum, özellikle ekonomik ve politik bakış açılarıyla değerlendirildiğinde farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyazlarına dair ihtilafların tahkimle çözülmesinin, objektif hukuk kuralları yanında kamu yararı esasına dayalı bir yargılama gerektireceği eleştirilerine rağmen, sözleşmelerin karmaşıklığı ve yüksek mali değeri gibi nedenlerle tahkime başvurmanın makul görüldüğü ifade edilmiştir. Ancak, kamu hizmeti imtiyaz

[462] Çal, s.369.
[463] B. Sena Güneş, "İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2017, S.2), s. 428-435. Erişim Tarihi: 02.11.2024.
[464] Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1.B., C.4., İstanbul 2001, s.587. Erişim Tarihi: 30.10.2024.

sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların devlet yargısı yerine tahkime tabi tutulmasının anayasaya aykırı olduğu ve devletin egemenlik haklarına zarar verebileceği endişeleri bulunmaktadır. Yine de "*idari yargının yatırım ihtilaflarını çözmekte yetersiz kalabileceği, devlet mahkemelerinin idareye destek olabileceği ve Türkiye'nin uluslararası yatırım uyuşmazlıklarıyla ilgili anlaşmalardan kaynaklanan çelişkilerin olduğu" i*fade edilmiştir.[465] Bu durum, kamu hizmeti imtiyazlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde bir denge arayışını ortaya koymaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararına göre[466] *"niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kuralıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulmasının olanaksız olduğu"* ifadeleri sebebiyle, başta kamu hizmeti imtiyazları olmak üzere idari sözleşmelerin özel hukuka tabi olabilmesi ve bu sözleşmelere tahkim şartının eklenmesini sağlamak amacıyla 4446 sayılı Kanun ile anayasada değişiklik yapılmıştır.

Ancak, *"tahkim yöntemi, bir kamu hizmeti sözleşmesinin mali hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ya da taraflarca sözleşmenin feshinin istenmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir. Buna karşılık, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin idarece tek yanlı olarak feshedilmesi halinde tek yanlı fesih işlemi sözleşmeden ayrılabilir nitelikte ve tek yanlı bir işlem olduğundan bu işlemin iptali istemiyle açılacak olan bir davanın görevli idari yargı merciinde karara bağlanması gerekir."*[467] görüşüne karşı, aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacak olan şekilde uyuşmazlığın idari yargı kapsamında çözümlenmesi tamamen imtiyaz sahibinin takdirindedir. Çünkü, ayrılabilir işlem teorisi ile doğan seçimlik haklar vesilesi ile hakemlerin yetkilerini belirlemede takdir hakları bulunması ve özel hukuk anlayışına göre genellikle sözleşmenin feshine yönelik iradenin

---

[465] Ergin Nomer/Nuray Ekşi, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 5.B., İstanbul 2008, s. 154 vd

[466] 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin Anayasa'nın çeşitli maddelerine aykırı olduğu iddia ediliyor. Özellikle, idarenin yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı, sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı olabileceği ve özel hukuk hükümlerine tabi olmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmektedir. Yasaya yönelik eleştirilerin özeti şu şekildedir:
1. İdare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılan sözleşmelerin idari nitelikte olduğu ve bu nedenle idari yargı denetimine tabi olması gerektiği.
2. Yasada yer alan "imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde bir sözleşme yapılır" hükmünün, yapılan sözleşmenin niteliğini belirlemede yetersiz olduğu ve idari yargı denetiminden kaçınmaya yönelik olduğu.
3. Yasada yer alan "sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi" hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu ve idari yargının yetki alanını etkilediği.
Sonuç olarak, yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi talep ediliyor. Ayrıca, yasanın uygulanmasının hukuka aykırı sonuçlar doğurabileceği ve telafisi güç zararlara yol açabileceği gerekçesiyle yürürlüğünün durdurulması talep edilmiştir.

[467] Günday, s.307 vd.

de sözleşmede düzenlenmiş olmasından ötürü, işbu konuda imtiyazcının seçim yapma özgürlüğünü korumaktadır.[468]

D) Kamu İmtiyazlarına İlişkin Tahkim Yargılamasında Kavramlar

Kamu imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, idare hukuku ile sunulması öngörülen kamu hizmetine ilişkin anlayışının ötesinde, tahkimin hususi terminolojisi ile birikimi çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu durumda, özel bir dizi kavram ve kurum ortaya çıkar ve tartışılır.[469]

Bu kavramlar arasında özellikle kamu hukuku tüzel kişilikleriyle ilgili olan sübjektif tahkime elverişlilik ve ehliyet kavramları öne çıkmaktadır. Diğer yandan, kamu imtiyaz sözleşmelerine tahkim yargılamasına ilişkin gösterilen yaklaşımlar ile devletin yargı bağışıklığı ile tahkim sözleşmelerinin üçüncü kişilere yansıması gibi hukuki meseleler de genel bir değerlendirme içinde tartışılacaktır.

Devletin tahkim yargılamasındaki varlığının güçlenmesi gerekliliği, uluslararası ticaret ortamının amaçları sayıldığında kendine önemli bir yer bulmaktadır. Bu doğrultuda, milletlerarası ticaret uygulayıcılarının ehliyeti, müzakerecinin yetki eksikliğinin hüküm ifade etmemesi, çelişkili davranış yasağı ve tahkim anlaşmasının güçlendirilmesi gibi konularda genel bir eğilim bulunmaktadır. Aksi takdirde, devletin taraf olduğu sözleşmelerde milletlerarası ticaret muamele ve ilişkilerinde belirli bir güvenin sağlanamayacağına inanılmakta ve bu konuda hareket edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.[470]

Sözleşme temelli uyuşmazlığın bağımsız bir üçüncü kişi veya kişiler tarafından, mahkeme dışında ve resmi yargı prosedürlerinden farklı bir şekilde çözülmesini öngören bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim özünde; tahkim sözleşmesi, tahkim heyeti, tahkim yeri, tahkim kuralları, delil sunumu ile ispat aşamaları ve karar verme süreçlerini barındırmaktadır. Tahkim sürecinin temel bileşenlerini oluşturarak taraflar arasındaki uyuşmazlıkların etkili bir şekilde çözümünü öngören bu unsurlar, Tahkim modelinin, günümüzde uyuşmazlıkların hızlı, esnek ve tarafsız bir şekilde çözülmesi adına

[468] Gözler/Kaplan, s.511.
[469] Tan, s. 561
[470] Nomer/Ekşi, s. 154

önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesine öncülük etmektedirler. Tahkimin genel yapı taşı olan bu unsurlara ek olarak; sübjektif tahkime elverişlilik, ehliyet ve tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmiline ilişkin hususlara da değinmek gerekmektedir.

a) Sübjektif Tahkime Elverişlilik

Sübjektif tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine uygun olup olmadığını belirleyen bir kavramdır. Diğer bir deyişle, tarafların uyuşmazlığın çözülmesi hususuna yönelik tahkimi yetkili kılan beyanları olarak değerlendirilebilecek bu kavram, tarafların, tahkim yargılamasının sonucuna güven duymaları ve uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeye istekli olmaları gerektiğini ifade eder. Bu doğrultuda, sübjektif tahkime elverişlilik, tarafların tahkim sürecine girmeyi kabul etmeleri, tahkim heyetine güvenmeleri ve tahkimin sonucunu kabul etmeye hazır olmaları üzerine odaklanır.[471]

Taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi veya akdettikleri sözleşmede tahkim şartı varsa, bu durumda sübjektif tahkime elverişliliğin varlığından bahsedebilmekteyiz, çünkü taraflar, uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesini önceden kabul etmişlerdir. Öte yandan, bazı durumlarda taraflar, tahkim sürecine girmekte isteksiz olabilirler veya tahkimin sonucuna güvenmeyebilirler.[472] Bu durumda, sübjektif tahkime elverişlilikten söz edilemeyeceğinden sebeple işbu uyuşmazlık diğer alternatif yollarla çözümlenecektir.

Sübjektif tahkime elverişlilik, sadece bir ehliyet meselesi olarak görülmekle birlikte, aslında tahkim sözleşmesinin yalnızca bir sözleşme olma boyutunu aşmaktadır. Ehliyet konusundaki tartışmalar, bir sözleşmenin geçerli olup olmadığını belirleme sürecini etkilese de sübjektif tahkime elverişlilik, ehliyetsizliğin tahkim sözleşmesinin akıbetini etkileyebileceği gerçeğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, ticari muamelelerin temelinde, ehliyet konusu dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme önem kazanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime Elverişlilik başlıklı 408. maddesi *"Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir."* ifadeleriyle

[471] Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, "Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2019, C.10, S.2), s. 601. Erişim Tarihi: 30.10.2024.
[472] Akıncı, s.106-107.

tahkim kapsamının sınırlarını çizmiş, 50 ve 51. maddeleri ile de taraf olma ve dava ehliyeti ayrımına giderek "ehliyet" hususuna *"Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir, dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir."* ifadeleri ile açıklık getirmiştir. Görüldüğü üzere, diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi tahkim sözleşmesinde de bir gerçek ya da tüzel kişinin taraf olabilmesi için ehliyetli olması gerekir. Ek olarak, 7983 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile de tahkime elverişliliğe değinilmiş Kanun'un 1. maddesinde yer alan *"Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz."* hükmü ile Türkiye'de bulunan taşınmaz mallara yönelik mülkiyet hakkı, rehin hakkı, irtifak haklarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin önü kapatılmıştır.

b) Ehliyet

Tarafların tahkime başvurabilme ehliyeti, tahkim anlaşmasının hukuki niteliği ve bu anlaşmanın geçerliliği ile yakından ilişkilidir. Tahkim sözleşmeleri, sadece "maddi veya usul" olarak değil, her iki niteliğin harmanı şeklinde yorumlanmalıdır. Öyle ki, maddi hukuk bakış açısıyla tahkim anlaşması, tarafların hak ehliyeti ve fiil ehliyeti gibi maddi hukuk prensiplerine uygun olması anlamına gelecekken, usul açısından değerlendirildiğinde ise tarafların dava ehliyeti ve taraf ehliyeti gibi usul hukuku prensipleri incelenecektir. Bu durumda, bir tarafın hak veya fiil ehliyetine sahip olmaması veya dava veya taraf ehliyetine sahip olmaması durumunda, söz konusu taraflar arasında akdedilen veya akdedilecek olan bir sözleşmenin veya şartın geçerli kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.[473] Dolayısıyla, tarafların ehliyetlerine dikkat edilmesi, tahkim sürecinin geçerliliği ve etkinliği açısından son derece önemlidir. Görüldüğü üzere, ehliyet literatürde iki ana kategoriye ayrılmaktadır; "hak ehliyeti ve fiil ehliyeti". Bir kişinin hak ve borçlara sahip olabilme yeteneği hak ehliyetini ifade ederken, bu kişinin eylemleri ve davranışlarıyla hak ve borçlara taraf olabilme kabiliyeti ise fiil ehliyeti olarak adlandırılır.[474]

[473] Akıncı, s.289.
[474] M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018, s. 40-48. Erişim Tarihi: 30.10.2024.

Ehliyet kavramı; gerçek kişiler, tüzel kişiler ve idare ile idarenin kuruluşları için ayrı ayrı mensup oldukları ülke hukuku çerçevesinde incelenmelidir.[475] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "hak ehliyeti" başlıklı 8. maddesi *"Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler."* ifadelerine yer vermiş, hak ehliyetinin doğmakla kazanıldığına dikkat çekmiştir. Öte yandan, aynı Kanun'un 9. maddesi ile fiil ehliyetine ilişkin düzenleme yapılarak *"Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir."* ifadelerine yer verilmiştir. Takip eden 10. madde içerisinde *"Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır."* denilirken, "erginlik" kavramına ilişkin kapsam 11. maddede "*Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar."* ifadeleriyle çizilmiştir. Kişiler, fiil ehliyetleri açısında ise; tam ehliyetliler, sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler olarak ayrılmaktadır. Yukarıda atıf yapılan maddeler ışığında görülmektedir ki, Türk hukukunda, gerçek kişiler açısından ayırt etme gücüne ve kısıtlamaya sahip her ergin birey doğrudan tahkim sözleşmesi yapabilir. Fakat, kanunun takip eden maddelerinde düzenlenen sınırlı ehliyetli kişiler için bazı kısıtlamalar söz konusudur. Sınırlı ehliyetli kişiler adına yasal temsilci, tahkim sözleşmesini yapabilir veya bu kişilerin rızasını alabilir. Tam ehliyetsiz kişiler için ise, yasal temsilci tahkim sözleşmesini yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, kişinin ehliyet durumu, tahkim sözleşmesi yapabilme yeteneğini belirleyen önemli bir faktördür ve bu durum, Türk hukukunda titizlikle ele alınmaktadır. Tahkim anlaşması bir temsilci aracılığıyla imzalanacaksa, temsilcinin bu konuda özel ve açık bir şekilde yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, geçersiz kabul edilen tahkim anlaşması nedeniyle hakem heyeti yetkisiz kalabilir, verilen hakem kararı iptal edilebilir veya hakem kararının tenfizi reddedilebilir.[476] Tahkim anlaşması imzalamak için özel yetki iradi temsilciler için aranırken, organ sıfatına haiz temsilciler için aranmaz. Bu sınıflandırmaya ek olarak, tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları gerektiği de tekrar vurgulanmalıdır. Tarafların hak ve fiil ehliyeti, kendi milli hukuklarına göre belirlenir. New York Konvansiyonu madde 5, 1/a: *"anlaşmayı akdeden tarafların haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olduğu yahut da zikri geçen anlaşmanın taraflarca tabi kılındığı kanuna ve eğer bu babta sarahat mevcut değilse*

[475] Selin Ece Tekin, "Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk", (Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, MS thesis, Y. 2019), s. 79. Erişim Tarihi: 27.10.2024.
[476] Akıncı, s.362.

hakem kararının verildiği yer kanununa göre hükümsüz bulunur" hükmü ile tahkim sözleşmesi akdeden tarafların ehliyetsizliği halinde, hakem kararının tanınması ve tenfizine ilişkin reddin önü açılmıştır. Öyle ki, New York Sözleşmesi veya resmi adıyla "1958 New York Tahkim Sözleşmesi", uluslararası ticari tahkimdeki en önemli belgelerden biridir. New York Sözleşmesi, uluslararası tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda önemli bir hukuki araçtır. Bu, uluslararası ticari anlaşmazlıkların çözümünde tahkim yolunun tercih edilmesini teşvik eder ve tahkim kararlarının uluslararası alanda daha etkili bir şekilde uygulanmasını sağlar. Sözleşme, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanır ve devletlerin tahkim kararlarına saygı göstermelerini sağlar. Bu sayede, uluslararası ticaretin gelişmesi ve sözleşmelerin güvenilir bir şekilde icra edilebilmesi desteklenir.[477] New York Sözleşmesi, uluslararası ticarette güvenin artmasına ve iş dünyasının istikrarlı bir ortamda faaliyet göstermesine katkıda bulunur. Taraflar, tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda daha az belirsizlikle karşılaşırlar, bu da ticari ilişkilerin sağlamlaştırılmasına yardımcı olur. Sözleşme, ticaretin kolaylaştırılmasına yönelik birçok uluslararası girişimin bir parçasıdır. Tahkimin güvenilirliğini ve etkinliğini artırarak, ticari anlaşmazlıkların çözümünde daha hızlı ve etkili bir yol sağlar. Ek olarak belirtilmelidir ki, New York Sözleşmesi, uluslararası ticaretin daha verimli ve sorunsuz bir şekilde gerçekleşmesine yardımcı olur. Ticaretin artan karmaşıklığı ve küreselleşme ile birlikte, bu sözleşmenin önemi giderek artmaktadır.[478]

Tüzel kişilere ilişkin olarak, bu kişilerin hak ehliyetleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında: TMK 48. madde hükmü *"Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler."* ve TTK madde 125 *"Ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir. Ticaret şirketleri, Türk Medenî Kanununun 48 inci maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Bu hususiaki kanuni istisnalar saklıdır."* hükümleri ile düzenlenmiştir. Tüzel kişilere yönelik fiil ehliyeti hususu ise; TMK madde 49 *"Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar."* hükmü ile düzenlenmiştir. Ek olarak, iki veya daha fazla tüzel kişinin belirli bir işi kazanç amacıyla gerçekleştirmek üzere tüzel

[477] Ceren Eyüpoğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", (Ankara Barosu Dergisi, Y.2017, S.3), s.231 vd. Erişim Tarihi: 25.10.2024.
[478] Mustafa Serdar Özbek, "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi", (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 1, S. 2), s.183-194. Erişim Tarihi: 26.10.2024.

kişilik oluşturmaksızın bir araya gelerek oluşturdukları adi ortaklıklar olarak bilinen joint venture'lar için tahkim müessesi tartışılan bir konu olmakla birlikte, Emre ESEN'e göre: *" bir adi ortaklık olan joint-venture'ı oluşturan gerçek ya da tüzel kişiler, gerekli temsil yetkisiyle donatılmışsalar joint-venture'ı temsilen diğer ortakları bağlayıcı geçerli bir tahkim anlaşması akdedebilirler. Böyle bir temsil yetkisi yoksa tahkim anlaşması salt tahkim anlaşmasını akdeden ortak/ortaklar bakımından geçerli olur."*[479]ifade edilen görüşe paralel olarak tüm ortaklar adına hareket edecek ortağın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinde öngörülen şekilde *" Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz."* yetkilendirilmesi gerektiği fikrindeyim.

İdare ve idareye bağlı kuruluşların tahkim ehliyetlerine ilişkin hususlar ise devletlerin milli hukuklarında düzenlenmekle birlikte uluslararası sözleşmeler ile de konuya açıklık getirilmiştir. Öyle ki, Avrupa Konvansiyonu madde 2 hükmü ile *"kamu hukuku tüzel kişisi olarak vasıflandırılan tüzel kişilerin tahkim anlaşması akdetmeye ehliyetli oldukları"* düzenlenmiştir.[480] Yerel düzenlemelere örnek olarak ise, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un imtiyaz sözleşmeleri için tahkim yolunu mümkün kılan 2. maddesi ile düzenlenen *"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."* hükmü gösterilebilir.

c) Yabancılık Unsuru

Yabancılık unsuru, bir hukuki ilişkinin veya uyuşmazlığın, birden fazla ülkenin hukuk sistemini ilgilendirmesi durumunda ortaya çıkan ve o ilişkinin uluslararası boyutunu belirleyen unsurdur. Bu unsur, bir ilişkinin yalnızca bir devletin hukuk sistemiyle sınırlı

[479] Emre Esen, "Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği", (Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y.2017, C.6, S.2), s. 98. Erişim Tarihi: 20.10.2024.
[480] Konstantin Razumov, "The Law Governing the Capacity to Arbitrate", (Planning Efficient Arbitration Proceedings, Kluwer Law International, Y. 40, s. 2), s. 265. Erişim Tarihi: 20.10.2024.

olmadığı durumlarda devreye girmektedir. Türk hukukunda bu kavram, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve ilgili kanunlar ile ele alınmaktadır.[481]

Anayasa'nın Yargı Yolu başlıklı 125. Maddesi *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."* hükmü ile yabancılık unsurunu milletlerarası tahkime başvurunun ön koşulu olarak belirtmiştir.[482]

MÖHUK'un *Yabancı Hukukun Uygulanması* başlıklı 2. maddesi[483], yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerde uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin temel kuralları düzenlemektedir. Bu maddeye göre, yabancılık unsuru taşıyan durumlarda tarafların iradelerine uygun olarak veya kanuni kurallar çerçevesinde hangi devlet hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nun 1. maddesi, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. 1.madde içerisindeki, *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."* hükmü ile Kanun'un uygulama alanı belirlenmiştir.

---

[481] Mehmet İnanç/Fatih Avcı, "İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar", (*Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Y.2024, S.5), s.61. Erişim Tarihi: 18.10.2024.

[482] Orak, 164.

[483] *Yabancı hukukun uygulanması*
MADDE 2 – (1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.
(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.
(3) Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.
(4) Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.
(5) Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır.

Uyuşmazlığın hangi durumlarda yabancılık unsuru taşıdığı hususunda, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nun 2. maddesi hükmüne göre, *"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 hâllerde tahkim yerinden, 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 yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi."* hâllerinden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.[484]

4686 sayılı Kanun'un 4.maddesi ile "*Tahkim Sözleşmesi*" kavramı da tanımlanmış, Tahkim Sözleşmeleri, "*tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir."* ifadeleri ile düzenlenmiştir.

6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile de Tahkim ve yabancılık unsuru şartına ilişkin düzenleme yapılmış ve kanunun amacı, *"yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere uyuşmazlıkların tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere İstanbul Tahkim Merkezinin kurulması ile Merkezin teşkilat ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanunun uygulanmasını sağlamak ve Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine tabi İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur."* ifadeleri ile ortaya konmuştur.

Yabancılık unsuru ile ilgili dolaylı bir yorum olarak, 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun ile *"Türk şirket ve*

[484] Yıldız, s.292. Erişim Tarihi: 13.10.2024.

müesseselerinin hukuki ve ticari işlemlerinde Türkçe kullanmasını zorunlu tutmaktadır." hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda, yabancılık unsuru taşımayan tahkim anlaşmalarının geçerliliklerinin analizinde 805 sayılı Kanun hükümleri yargı mercilerince ayırt edici olarak bir unsur olarak incelenmektedir.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 1.maddesi ise yatırım ve yatırımcılara değinerek *"doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esaslara"* ilişkin hükümler içermektedir.

d) Hakem Seçimi

Tahkim, uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine tarafların belirlediği hakemler aracılığıyla çözülmesini ekseninde şekillenen alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Türk hukukunda tahkim, *iç tahkim* ve *uluslararası tahkim* olarak iki ayrı başlıkta düzenlenmektedir. İç tahkim hükümleri, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda, uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nda düzenlenmiştir.[485] Hakemlerin seçimi ve hakem seçimine itiraz hususları, tahkim sürecinin taraflar açısından en kritik aşamalarındandır.[486]

aa) Hakemlerin Sayısı ve Seçimi

Hakem seçimi, taraf iradesine büyük önem veren tahkim sürecinin temel bir unsurudur. Hakemlerin seçimi, uyuşmazlığın çözümünde görev alacak kişilerin tarafsız ve bağımsız bir şekilde belirlenmesini gerektirmektedir.

HMK'nın "*Hakem Sayısı*" başlıklı 415. maddesi ve MTK'nın "*Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi*" başlıklı 7. maddesi, hakemlerin seçiminin tarafların anlaşmasına tabi olduğunu düzenlemektedir.

[485] Orak, 187.
[486] İnanç/Avcı, s.47-48. Erişim Tarihi: 11.10.2024.

MTK madde 7.'ye göre *Taraflar, hakemlerin sayısını belirlemekte serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır*. Bu hükme paralel olarak HMK madde 415 içerisinde *"Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır."* hükmüne yer verilmiştir. Aynı madde içerisinde, hakem sayısının belirlenmediği durumlara ilişkin olarak da "*Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir."* hükmüne de yer verilmiştir.

HMK'nun *Hakemlerin Seçimi* başlıklı 416/1. maddesi "*Taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir*" ifadeleri ile başlamıştır. Maddenin devamında ise Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı hallerde uygulanacak *"hakem seçiminde aşağıdaki usul uygulanır: a) Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir. b) Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir. c) Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar. ç) Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir. d) Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır."* hükmü ile seçilecek hakemlerin nitelikleri vurgulanmıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun *"Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi"* başlıklı 7. maddesi, HMK'nun 416.maddesi ile paralel olarak hakem seçiminde uygulanacak kuralları, *"Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır: 1. Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir. 2. Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından seçilir. 3. Üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar. 4. Üçten fazla hakem*

seçilecek ise, son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir." ifadeleri ile düzenlemiştir.

HMK'nın 416/2. maddesi ise, hakemlerin seçim usulünün taraflarca kararlaştırmış olduğu hallerde: *"a) Taraflardan biri sözleşmeye uymazsa, b) Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, c) Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse,"* hakem veya hakem kurulunun seçimi, *taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından* yapılacaktır. Madde hükmünde atıf yapılan *mahkeme* hususu ise HMK'nın *Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme* başlıklı 410.maddesinde **"***Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir."* olarak düzenlenmiştir. Bu hükme paralel olarak, yetkili mahkeme MTK'nın *"Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi"* başlıklı 7/B Maddesi hükmü[487] ile *"asliye mahkemeleri"* olarak belirlenmiştir.

bb) Hakemin Reddi

Hakem seçimine ilişkin itiraz, tarafların hakemlerin bağımsızlığı, tarafsızlığı veya tahkim sözleşmesine uygunluk gibi kriterler açısından endişeleri olduğu hallerde ortaya çıkmaktadır.

Hakemlerin seçimine yönelik itiraz nedenleri HMK'nın 417. Maddesinde yer alan *"Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir."* hükmü ile

[487] Hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen;
1. Taraflardan biri anlaşmaya uymazsa,
2. Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa,
3. Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse,
Hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır.

düzenlenmiş, hakeme ilişkin reddin ise *"yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabileceği"* ifade edilmiştir.

Hakem seçimine yönelik itiraz süreci hem HMK hem de MTK'da düzenlenmiştir. HMK'nın *Hakemin Reddi Usulü* başlıklı 418. maddesi tarafların, hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabileceklerini ifade etmektedir. Madde 418/2 ile *"Hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi talebinde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilir ve bu talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirir. Reddedilen hakem kendiliğinden çekilmez veya diğer taraf reddi kabul etmez ise ret hakkında, hakem kurulunca karar verilir."* hükmüne yer verilmiştir. HMK ile belirlenen iki haftalık süreden farklı olarak, MTK'nın "*Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi"* başlıklı 7. Maddesinin (D) fıkrası 30 gün süreden bahisle *"Hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde ret isteminde bulunabilir ve bu istemini karşı tarafa yazılı olarak bildirir."* hükmüne yer vermiştir.[488]

Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf HMK m. 418/3 hükmüne göre, *"ret talebini ve gerekçesini hakem kuruluna bildirir. Ret talebinin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine ilişkin talep hakkında karar verilmesini isteyebilir".* Bu hükme paralel olarak MTK'nın madde 7/D hükmü, hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddinin istendiği hallere ilişkin olarak *"Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf, ret istemini ve gerekçesini hakem kuruluna bildirir. Ret isteminin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı otuz gün içinde asliye hukuk mahkemesine başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini isteyebilir."* düzenlemesine yer vermiştir.[489]

Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi için HMK m.418/4 hükmüne göre ancak *mahkemeye*,

[488] Nuray Ekşi / Günseli Öztekin / Ergin Nomer, s.16.
[489] İnanç/Avcı, s.75.

MTK'nın m.7/D hükmüne göre ise ancak *asliye hukuk mahkemesine* başvurulabilir. HMK m.418/4 ve MTK'nın m.7/D hükümleri için ortak olarak, Kanun maddelerinde atıf yapılan *mahkeme* ve *asliye hukuk mahkemeleri* tarafından verilecek kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebini mahkemenin kabul etmesi hâlinde ise hem HMK m.418/5 hükmüne hem de MTK'nın m.7/D hükmüne göre tahkim sona erebilecektir. Bu durumun bir istisnası olarak HMK m.418/5 hükmü ile hakem veya hakemlerin isimlerinin belirlenmemiş olduğu hallerden bahisle *"Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebini mahkemenin kabul etmesi hâlinde tahkim sona erer. Ancak tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin isimleri belirlenmemişse yeniden hakem seçimi yoluna gidilir."* düzenlemesine yer verilmiştir. Buna paralel olarak MTK'nın m.7/D hükmünde de *"Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddine asliye hukuk mahkemesince karar verilmesi hâlinde tahkim sona erer. Ancak tahkim anlaşmasında hakem veya hakemlerin isimleri belirlenmemişse yeniden hakem seçimi yoluna gidilir."* hükmüne yer verilmiştir.

cc) Hakemin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi

HMK'nın "*Hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi"* başlıklı 422. maddesine göre: *"(1) Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. (2) Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz. (3) Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhâl ileri sürülmelidir. (4) Hakem veya hakem kurulu, yukarıda belirtilen her iki hâlde de gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, süresinde ileri sürülmeyen itirazı kabul edebilir. (5) Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar; yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar."*

Hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi hususuna ilişkin, MTK'nın m.7/H hükmüne göre hakem veya hakem kurulu, *"tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmaz. Hakem veya hakem kurulu, yukarıda belirtilen her iki hâlde de, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir. Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar; yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar."* hükmüne yer verilmiştir.

e) Uygulanacak Hukuk

Tahkim sürecinde, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasının en önemli unsurlarından biridir. Türk hukukunda bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri yol göstericidir. Ayrıca 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uygulanacak hukukun belirlenmesinde tamamlayıcı rol oynamaktadır.[490]

Tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları ve tahkim sürecinde izlenecek usulleri belirlemektedir. Bu, tarafların uyuşmazlıklarının hangi kurallar çerçevesinde çözüleceğini belirlediği için adil ve etkin bir tahkim süreci açısından kritik bir meseledir.

Uygulanacak hukuk iki başlık altında ele alınmaktadır: Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk ve Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Usul Hukuku.

[490] Yıldız, s.284.

aa) Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, büyük ölçüde tarafların iradelerine bağlıdır. Bu durum, Türk hukukunda hem HMK hem de MTK'da düzenlenmiştir. MTK'nın 12. maddesi, tarafların, uyuşmazlığın esası hakkında uygulanacak hukuku serbestçe seçebileceğini düzenlemektedir. Buna göre taraflar, tahkim anlaşmasında ya da tahkim sürecinde uyuşmazlığa hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirleyebileceklerdir. Taraflar, belirli bir ülkenin hukukunun veya UNIDROIT İlkeleri veya CISG gibi uluslararası düzenlemelerin uygulanmasını kararlaştırabilmektedir.[491]

Eğer taraflar uyuşmazlığın esasında uygulanacak hukuku belirlememişlerse, MTK'nın 12/C. maddesi uyarınca *"...hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir."* hükmüne yer verilmiş, hakem veya hakem kuruluna verilen bu yetkinin *"hakkaniyet ve nasafet kuralları"* çerçevesinde *"ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla"* kullanılacağı düzenlenmiştir.

bb) Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Usul Hukuku

Tahkim yargılamasında uygulanacak usul hukuku, tahkim sürecinin nasıl yürütüleceğini belirlemektedir. Bu konuda da taraf iradesine büyük önem verilmiştir. HMK'nın 410. maddesi ve MTK'nın 8. maddesi, taraflara tahkim yargılamasında izlenecek usulü belirleme imkânı tanımaktadır. MTK'nın *Yargılama kurallarının belirlenmesi, tarafların eşitliği ve temsili* başlıklı 8. Maddesi usul hukukuna ilişkin kuralların belirlenmesi hususunda: ***"****A) Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür. B) Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır."* hükmüne yer vermiş; maddenin devamında tarafların temsili noktasında ise yabancı kişilerce temsile imkân tanıyacak şekilde *"Tahkim yargılamasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler. Bu hüküm,*

[491] Özturanlı, s.260.

tahkimle ilgili olarak mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz." ifadesini kullanmıştır.[492]

Eğer taraflar tahkim sürecinde uygulanacak usulü belirlememişse, hakem heyeti duruma göre bir usul belirler. MTK'nın 8/A. maddesi, *"taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür."* hükmü ile hakem heyetinin bu durumda yargılamayı, taraflar arasında eşitliği ve adil yargılanma hakkını gözetecek şekilde usule uygulanacak hukuk kurallarını MTK çerçevesinde yürütecekleri belirtilmiştir. Hakem heyeti, usule uygulanacak hukuk kurallarını belirlerken, tahkim yargılamasının yapıldığı yerin hukukunun usul kuralları (Lex Arbitri) ve Uluslararası tahkimde kabul gören genel ilkelerden faydalanacaktır.

Uygulanacak hukuk seçiminin etkileri, tahkim yargılamasında uygulanacak hukukun doğru ve tarafsız bir şekilde belirlenmesi, sürecin meşruiyetini ve taraflar açısından kabul edilebilirliğini artırır. Tahkim kararının geçerliliği, tahkim sırasında doğru hukukun uygulanmasına bağlıdır. Eğer tahkim anlaşmasında belirtilen veya tahkim heyeti tarafından belirlenen hukuk uygulanmamışsa, taraflar bu durumu tahkim kararının iptali için ileri sürebilir. MTK'nın 15/A-1-f maddesi, *"Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediği"* ve *"bu durumun kararın esasına etkili olduğunun ispat edildiği"* hallerde uygulanacak hukukun dikkate alınmamasını *iptal sebebi* olarak öngörür.[493]

f) Tahkim Dilinin Belirlenmesi

Tahkim sürecinde uygulanacak dil, yargılama sırasında iletişim, belgelerin sunumu ve duruşmaların yürütülmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Uygulanacak dil, tarafların anlaşmazlıklarını etkili ve adil bir şekilde çözümleyebilmesi adına belirleyici bir rol oynamaktadır. Türk hukukunda bu konuda hem 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hem de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), tarafların iradesi ekseninde belirli düzenlemelere yer vermektedir.

[492] İnanç/Avcı, s.60.
[493] Güneş, s.425-426. Erişim Tarihi: 02.11.2024.

Türk hukukunda taraflara, tahkim sürecinde kullanılacak dili belirleme konusunda geniş bir serbesti tanınmıştır. HMK'nın 424. maddesi ve MTK'nın 8. maddesi, tarafların tahkim sürecine ilişkin usul kurallarını serbestçe belirleyebileceğini hükme bağlamıştır. Bu kapsamda taraflar, tahkim anlaşmasında kullanılacak dili açıkça belirtebilir veya tahkim başvurusu yapıldıktan sonra kullanılacak dil üzerinde anlaşabilirler.[494]

Eğer taraflar tahkim dilini belirlememişlerse, bu durumda hakem veya hakem heyeti devreye girerek dil konusunu karara bağlar. MTK'nın 8/B. maddesi, hakem heyetine tarafların eşitlik ve adil yargılanma hakkını gözeterek usul kurallarını belirleme yetkisi vermektedir. Bu durum ICC Tahkim Kuralları'nın 20. maddesi *"Taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, hakem kurulu, tahkim dilini veya dillerini, sözleşmenin dili de dahil olmak üzere ilgili tüm hususları göz önünde bulundurarak belirler."* şeklinde düzenlenmiştir. UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu'nun 22. maddesi de tarafların serbestliğinden bahisle *"(1) Taraflar, tahkim işlemlerinde kullanılacak dil veya diller konusunda anlaşmakta serbesttir. Bu tür bir mutabakat sağlanamaması hâlinde, işlemlerde kullanılacak dili veya dilleri hakem heyeti belirleyecektir. Bu anlaşma veya karar, burada aksi belirtilmedikçe, taraflardan birinin herhangi bir yazılı beyanına, herhangi bir duruşmaya ve hakem heyetinin herhangi bir kararına veya diğer iletişimlerine uygulanacaktır. (2) Hakem heyeti, herhangi bir belgeye dayalı delille birlikte taraflarca kararlaştırılan veya hakem heyeti tarafından belirlenen dile veya dillere yönelik bir tercümenin de bulundurulması emrinde bulunabilir."* ifadelerini kullanmıştır.[495]

g) Tahkim Yerinin Belirlenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun *Tahkim Yeri* başlıklı 9.maddesi ile tarafların serbestisine vurgu yaparak *"Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir. Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir."* hükmüne yer vermiştir.[496]

[494] Yıldız, s.284. Erişim Tarihi: 09.10.2024.
[495] Özturanlı, s.123.
[496] İnanç/Avcı, s.49.

Tahkim yeri hususunda HMK 407. maddesi ile MTK'ya atıf yaparak: *"Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."* düzenlemesine yer vermiştir.

HMK'nın *Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme* başlıklı 10. Maddesi tahkim yerinin taraflarca belirlenmesine ilişkin olarak: "Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir." hükmüne yer vermiştir.

Tahkim süreci ile ilgili olarak İdareyi temsil edecek birimin tespiti ise, 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 4(2)/a maddesinde, *"hukuk birimlerinin, idarenin taraf olduğu tahkim yargılamalarında idareyi temsil edebilecekleri*"; 7'nci maddesinde ise *"ulusal ve uluslararası mahkeme ve tahkim mercilerinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti veya idarelerin taraf ya da müdahil oldukları davalardan, Cumhurbaşkanlığı hukuk birimi tarafından takibi gerekli görülenler ve bunlarla ilgili icra işlemleri, ilgili idarenin de vekili sıfatıyla Cumhurbaşkanlığı hukuk birimince takip ve müdafaa edilebileceği"* ifadeleri ile düzenlenmiştir.[497]

h) Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun *Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi* başlıklı 435. maddesine göre tahkim yargılaması "*nihai hakem kararının verilmesine*" ek olarak; *"Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa, Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşırlarsa, Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulursa, 427'nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse, Taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine*

[497] Yıldız. s.286. Erişim Tarihi: 03.11.2024.

rağmen, hakem kurulu oybirliğiyle karar veremezse, 442'nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca yargılama giderleri için avans yatırılmazsa" sona erecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun *Hakem kurulunun karar verme usulü ve tahkim yargılamasının sona ermesi* başlıklı 13/B maddesi MHK ile paralel olarak tahkim yargılaması "*nihai hakem kararının verilmesi*" halinde veya *"Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukukî yararı bulunduğunu kabul etmesi hali hariç, davacı davasını geri alırsa, Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşırlarsa, Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulursa, tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse, Taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen, hakem kurulu oybirliğiyle karar veremezse, Altı ay içinde bildirim yapılmaz veya bildirimde bulunulanlar tahkim yargılamasına devam edeceklerini açıkça diğer tarafa ya da hakem veya hakem kuruluna bildirmezlerse ve yargılama giderleri için avans yatırılmazsa"*sona erecektir.

ı) Hakem Kararlarına Karşı Yargı Yolu

Hakem kararlarına karşı yargısal başvuru 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde *"Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, 3'üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür."*, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinde *"Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür."* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre iptal davasında yetkili mahkeme asliye hukuk mahkemesi iken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yetkili mahkeme, tahkim yerindeki mahkemedir. Bu nedenle, iptal davasının bu mahkemelerde öncelikle ve hızla değerlendirilmesi gerekmektedir. İptal davası açma süresi, kararın taraflara bildirildiği tarihten itibaren 30 gündür. İptal davası hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir, ancak karar düzeltme yoluna gidilemez. Bunlara ek olarak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82. madde hükmü ile olası bir hakem kararının iptali sonucu devlet mallarının haczine

değinilerek *"Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar haczedilemez"* ifadelerine yer verilmektedir.[498]

İptal başvurusunda bulunan taraf, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olduğunu veya tahkim anlaşmasının, tarafların belirlediği hukuka ya da böyle bir hukuk seçimi olmaması durumunda Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, hakem ya da hakem kurulunun seçiminde belirlenen veya kanunda öngörülen usullere uyulmadığını, kararın tahkim süresi içinde verilmediğini, hakem ya da hakem kurulunun hukuka aykırı şekilde yetkili ya da yetkisiz olduğuna karar verdiğini, hakem ya da hakem kurulunun tahkim anlaşması dışında bir konuda karar verdiğini, istem hakkında eksik ya da tamamlanmamış bir karar verdiğini ya da yetkisini aştığını, tahkim yargılamasının usul açısından tarafların anlaşmasına veya böyle bir anlaşma yoksa Türk kanunlarına uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasını etkilediğini, ayrıca tarafların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğini ispat ederse, karar iptal edilebilecektir. Aynı şekilde, eğer yetkili mahkeme, hakem veya hakem kurulu kararına konu olan uyuşmazlığın Türk hukukuna uygun olmadığını veya kararın kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varırsa, hakem kararı iptal edilebilir. Bu nedenle, mahkemenin amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek değil, tahkim anlaşmasının uygunluğunu ve tahkim sürecinin hukuka uygunluğunu belirlemektir. İptal kararının temyiz edilmesi durumunda, temyiz mahkemesi de verilen kararın hukuka uygunluğunu ve yukarıda belirtilen hususlarla sınırlı bir şekilde inceleme yapacaktır.[499]

i) Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Türk hukuk sisteminde hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, ulusal ve uluslararası hakem kararlarına ilişkin farklı düzenlemelere tabidir. Bu süreç hem iç hukuk düzenlemeleri hem de uluslararası sözleşmeler çerçevesinde yürütülür. Bu bağlamda: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu temel düzenlemeler arasında yer almaktadır.

MÖHUK'un *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi* başlıklı 60. maddesine göre: *"Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir. Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak*

[498] Yıldız. s.294. Erişim Tarihi: 04.10.2024.
[499] Güneş, s.412-413. Erişim Tarihi: 02.10.2024.

kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır." Takip eden 61. ve 62. maddelerde ise değinilen dilekçeye ilişkin olarak "*Dilekçe ve inceleme usulü*" ve "*Ret sebepleri*" hususlarına ilişkin hükümler mevcuttur.

MÖHUK'un *Yabancı hakem kararlarının tanınması* başlıklı 63.maddesi *"Yabancı hakem kararlarının tanınması da tenfizine ilişkin hükümlere tâbidir"* ifadesine yer vermiştir. Bu durumun istisnası olarak aynı Kanun'un "*Kamu Düzenine Aykırılık*" başlıklı 5.maddesi, hakem kararlarının kamu düzenine uygun olması gerekliliğinden bahisle *"Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır."* şeklinde ifade edilmiştir.

Türkiye, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülkedir. Bu sözleşme ile hakem kararlarının uluslararası düzeyde tanınması ve tenfizine ilişkin standartlar belirlenmektedir.[500]

New York Sözleşmesi'nin Madde 1/1hükmüne göre: *"Bu sözleşme gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınmasına ve icrasına uygulanır. Sözleşme aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette millî sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanır."* Bu hükümden bahisle aynı Kanun'un 3. maddesi akit devletlerin hakem kararını icrası hususunda: *"Âkit devletlerden her biri hakem kararlarının muteberliğini tanıyacak ve bunların öne sürüldüğü memlekette yürürlükte olan usul kaideleri gereğince aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde icrasını temin edecektir, işbu sözleşmenin şümulü içine giren hakem kararlarının tanınması ve icrası için millî hakem kararlarınınkine nisbetle ne oldukça daha ağır şartlar yüklenecek ne de daha yüksek adlî harçlar alınacaktır."* düzenlenmesine yer vermiştir.

MTK'nın 1. maddesi ise *"Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda*

[500] Nuray Ekşi / Günseli Öztekin / Ergin Nomer, s.149-150.

uygulanmaz." hükmü ile tahkimin uygulama alanına sınırlama getirmiş; aynı Kanun'un 15. maddesi hakem kararının kesinleşmesinden bahisle *"İptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa verir. Bu belgenin verilmesi harca tâbi değildir. Hakem kararının icraya konulması hâlinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanır."* olarak düzenlenmiştir.

j) Devletlerin Yargı Bağışıklığı

Devletlerin eşitliği ile egemenlik hakkının korunmasını hedefleyen bu husus, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 49. maddesinde *"Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz."* ifadeleri ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme yargı bağışıklığına ilişkin istisnaların varlığını işaret etmektedir. Bu istisnaları, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndan ve Uluslararası Sözleşmelerden doğan istisnalar olarak ayırabilmekteyiz.

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu temelli istisnalar ile ilgili olarak, yukarıda değinilen kanun hükmü ışığında, devletlerin özel hukuk çerçevesindeki faaliyet ve ilişkilerinin yargı bağışıklığı kapsamında kabul edilemeyeceği açıktır.[501] Bu doğrultuda, davayı gören mahkemenin hukukunun esas alındığı bir usul ile devletler tarafından gerçekleştirilebilecek hukuki işlemleri, egemenlik tasarrufunu ve özel hukuk tasarrufunu, ayrı ayrı incelemek gerekir. Yargıtay bu ayrıma ışık tutacak kararlar vermiştir.[502] Devletin egemenlik tasarrufu olarak değerlendirilen işlemler, devlet olmanın gereği olarak gerçekleştirilen ve devletin egemenlik hakkından istifade edilmesinin doğrudan sonucu olan işlemlerdir. Ayrıca, özel hukuk çerçevesinde sonuç doğurmakla birlikte, egemenlik hakkının kullanımıyla ilgili olmayan ve devlet fonksiyonlarını yerine getirmek amacıyla ifa edilmeyen hukuki işlemlerin de özel hukuk tasarrufu olarak kabul edildikleri görülecektir.

Uluslararası sözleşmelerden doğan istisnalara ilişkin olarak, uluslararası hukukta yargı bağışıklığına ilişkin istisnalar içeren sözleşmeler: Cenevre Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ilişkin Statü devletlerin yargı

[501] Harun Mert, "Türk Hukukunda Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı", (Marmara Universitesi Sosyal Biimler Enstitüsü), 1999, s.4-9. Erişim Tarihi: 08.09.2024.
[502] Y. 13. HD, E. 2013/10023, K.2013/13933 ve Y. 6. HD, E. 2009/10643, K. 2009/10361. https://kararara ma.yargitay.gov.tr. Erişim Tarihi: 14.07.2024.

bağışıklığına ilişkin bazı istisnaları tanımlayarak, belirli koşullar altında devletlerin uluslararası yargıya tabi tutabilmelerine örnek teşkil etmektedirler. Öyle ki, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi, savaş zamanında insanların korunmasına ve insancıl muameleye ilişkin uluslararası sözleşmedir.[503] Ancak, bu sözleşmenin bazı hükümleri, devletlerin belirli koşullar altında yargılanmaları ve bu yargılamalara ilişkin istisnai durumları düzenlemektedir.

AİHS, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerce akdedilen ve insan hakları ile temel özgürlükleri korumayı amaçlayan bir sözleşmedir. Sözleşme'nin 6. maddesi, "*adil yargılanma hakkı*"nı düzenler ve bu hüküm, bazı durumlarda devletlerin yargı bağışıklığına istisna getirebilmektedir, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, uluslararası suçlarla ilgili olarak yargı yetkisine sahip olan uluslararası bir mahkeme kurar.[504] Bu statü; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırganlık suçu gibi suçları işleyen kişilerin yargılanmasına ilişkin yargı bağışıklığı hususuna bazı istisnalar getirmektedir.

Dava muafiyeti, devletin yargı yoluyla hukuki sorumluluğu veya yükümlülüğü hakkında bir mahkemede dava açılmasını sınırlayan bir prensiptir. Bu muafiyet, devletin egemenlik haklarının bir parçası olarak kabul edilir ve genellikle devletin kamu hizmetlerini yerine getirirken ortaya çıkan eylemleri ile ilgilidir. Devlet, kamu hizmeti görevlerini yerine getirirken hukuka uygun davranmakla yükümlüdür, ancak bu tür eylemlerden kaynaklanan davalara karşı genellikle sınırlı bir dava muafiyeti bulunur.[505] Devlet, bazı durumlarda, belirli koşullar altında ve belirli türde davalarda sorumluluktan muaf tutulabilir. İcra muafiyeti ise, devletin mallarının icra yoluyla haczedilmesini veya el konulmasını sınırlayan bir prensiptir. Devletin, kamu hizmetlerini sürdürebilmesi için belirli mallara ve kaynaklara ihtiyacı vardır ve bu nedenle bu tür malların icra yoluyla elde edilmesi genellikle kısıtlanmıştır.[506]

---

[503] Ekşi / Öztekin / Nomer, s.45

[504] Hatice Özdemir-Kocasakal, "Devletlerin Yargi ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2002, C.22, S.2), s. 534 vd. Erişim Tarihi: 23.10.2024.

[505] Ersin Erdoğan, "Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağışıklığı", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C.65, S.4), s.3379 vd. Erişim Tarihi: 06.10.2024.

[506] Yasemin Pektoylan, "Milletlerarası Örgütlerin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Yargı ve İcra Muafiyeti", (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2013, s.18-20. Erişim Tarihi: 08.09.2024.

Mevzuat kapsamında, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 82/1. maddesi *"devlet mallarının haczedilemeyeceğini"* belirtir. Bu hüküm ile varılacak sonuç, devlete karşı icra takibinin yapılabileceği fakat devlete ait mal varlığının haczedilemez olduğudur.[507] Bu hususta, akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının varlığı, doğrudan devletin bu yöndeki itiraz hak ve muafiyetlerinde feragat etmiş olması olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, şirketlerin kamu hukuku kişisi aleyhine yabancı hakem kararının tenfizi hususunda hangi kamu mallarının haczedilebileceği konusunun ayrıca tartışılması gerektiği belirtilmektedir. Paris Temyiz Mahkemesi, bu duruma ilişkin olarak verdiği Creighton kararında, icra muafiyetinden feragat hususunun yalnızca devlete ve devlet birimlerine ait olan ve kamu hizmetine tahsis edilmemiş varlıklara uygulanabileceğini belirtmiştir.[508] Dolayısıyla, kamu mallarının haczinin mümkün olup olmadığının tespiti için kamu mallarının kamu hizmetine tahsis edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekir.

E) Tahkim ile Sözleşmenin Tarafı Olmayan Üçüncü Kişiler Arasındaki İlişki

Günümüzde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin sözleşmenin kamu yararına aykırılık sebebiyle sözleşmenin iptalini talep edebilecekleri uygulamada kabul edilmektedir.[509] İdari sözleşmelerde, özellikle mali hükümler, taraflar arasında geçerli ve sübjektif nitelikte olan hükümlerdir. Bununla birlikte, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerdeki bu hükümler, üçüncü kişiler üzerinde etkiler yaratabilmekte ve onların haklarını ihlal edebilmektedir.

Danıştay, üçüncü kişiler tarafından idari sözleşmenin mali hükümleri de dahil olmak üzere tüm hükümlerinin iptali talebiyle açılan davaları kabul etmiştir. Danıştay, 12. Dairesi'nin 1976 tarihli, E.1974/1958, K. 1976/214 sayılı kararı ile *"üçüncü kişilerin idarî sözleşmelerden dolayı mevcut, meşrû ve aktüel menfaatleri ihlâl edilmişse sözleşmenin mevzuata aykırılığından dolayı dava açabileceklerini"* ifade edilmiştir. Buna ek olarak, Danıştay 6. Dairesi'nin E.1966/2898, K.1970/713 sayılı kararı ile *"Üçüncü kişinin hakkı*

[507]Pınar Yağcı, "Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 11, S.2), s. 610 vd. Erişim Tarihi: 09.09.2024.
[508] Serhat Eskiyörük, "Execution of International Arbitration Awards against State Bank Accounts and State Immunity Defense in the Light of Recent Case Law", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 13, S. 2), s. 297 vd. Erişim Tarihi: 01.11.2024.
[509] İnanç/ Avcı, s.68. Erişim Tarihi: 10.10.2024.

veya menfaatinin ihlâli, sözleşmenin konusu idarî hizmetle bağlantılı olarak ve bu idarî hizmetin yerine getirilmesinden doğuyorsa, hizmetin asıl sahibi sıfatıyla idarenin sorumlu kabul edileceği" de ifade edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin E.1999/2407, K.2002/347 sayılı kararı devletin icra muafiyeti konusunda istisna oluşturabilecek durumu netleştiren önemli bir içtihattır. Karara göre devletin özel hukuk ilişkilerindeki işlemlerinden doğan alacaklar, devletin ticari faaliyetleri veya özel hukuk kapsamındaki sözleşmeleri gibi durumlar icra takibine konu olabilir, ancak kamu gücüne dayalı işlemler (vergi, kamu alacakları gibi) için icra takibi yapılamayacaktır.

İdari sözleşmelerin, kamu hizmetinin yürütülmesine dair esasları belirleyen düzenleyici hükümleri, üçüncü kişiler tarafından açılacak iptal davalarına konu olabilecektir. Özellikle imtiyaz sözleşmelerinde yer alan düzenleyici hükümler, kamu hizmetiyle doğrudan ilişkilidir ve idare tarafından tek yanlı olarak belirlenirler. Bu hükümler taraflar arasında geçerli olmanın yanı sıra, idare tarafından tek yanlı olarak da değiştirilebilirler. İdarenin bu tür düzenlemelerdeki üstün yetkisi, idari sözleşmelere karakteristik özellik kazandırmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin düzenleyici hükümleri, idarenin tek yanlı icrai işlemleriyle aynı hukuki rejime tabi tutulabilmektedir ve bu hükümler, üçüncü kişiler üzerinde dolaylı olarak etkiler yarattığı sürece iptal davasına konu olabileceklerdir. Ayrıca, idari sözleşmelere aykırı olarak alınan idari kararlar, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler tarafından dava konusu edilebilecektir.[510]

Özel hukuk sözleşmeleri için üçüncü kişilerin idari yargıda iptal davası açması mümkün değildir aksine bu tür uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girmektedir. Ancak Danıştay, ihale aşamasında hukuka aykırılık iddiasıyla üçüncü kişiler tarafından özel hukuk sözleşmesinin feshinin talep edilmesi ve bu talebin idare tarafından reddedilmesi durumunda, ret kararının iptalini talep eden davada idari yargının yetkili olduğuna karar vermiştir.[511] İdari sözleşmelerin iptaliyle ilgili davalar ise idari yargı merci tarafından çözümlenmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ile üçüncü kişilerin davaya katılması hususunda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmış ve *"bu Kanunda*

[510] Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 10.B, Ankara 2024, s.131.
[511] D.13. HD, E.2008/4254, K.2009/1535, T. 09.02.2009. www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 08.07.2024.

hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukününu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." ifadesine yer verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu *"üçüncü kişilerin menfaatlerinin ihlalinin, sözleşmenin konusu olan idari hizmetle bağlantılı olması ile birlikte ve bu hizmetin yerine getirilmesinden doğmasının gerekliliği"* şartı ile birlikte, 2. maddede düzenlediği *"idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan"* ifadesiyle üçüncü kişilerce açılacak iptal davalarını idari davalar arasında saymaktadır.

İdari işlemler hakkında yapılan iptal davalarında, üçüncü kişilerin dava açma hakkının, işlemin hukuka uygunluğunun saptanması, hukuk devleti ilkesinin güvence altına alınması ve idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesi amacına hizmet ettiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin dava açabilme yetkisinin, hukuk devletinin temel prensipleri doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda üçüncü kişilerin dava açma hakkı, zaman içinde genişletilmiş ve hukuki belirsizlikler ortadan kaldırılmıştır.[512]

Üçüncü kişilerin menfaat ilişkisinin ve dava açma ehliyetinin değerlendirilmesinde, hukuk devleti ilkesinin teminat altına alınması, hukuka uygunluğunun saptanması ve idarenin sorumluluğunun belirlenmesi esas alınmalıdır. Bu çerçevede, üçüncü kişilerin haklarını koruma amacına hizmet eden bir yargı sistemine doğru ilerlenmelidir. Öte yandan, tahkim sözleşmeleri ile sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler arasındaki ilişki ise genellikle sınırlıdır. Ancak, belirli durumlarda üçüncü kişilerin haklarını korumak adına üçüncü kişilere tahkim sürecine katılma veya tahkim kararlarını sorgulama hakkı tanınabilmektedir. Bu nedenle, tahkim sözleşmelerinin üçüncü kişilerle olan ilişkileri belirlemek için sözleşmenin şartlarının ve ilgili mevzuatın dikkatlice incelenmesi önemlidir.

[512] Gözler, s.195.

Türk hukukunda kendisine yer bulan "*sözleşmelerin nisbiliği*" ilkesi, sözleşmelerin, sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracağını ifade etmektedir.[513] Tahkim şartı içeren sözleşmeler için de geçerli olan bu durum sözleşmelerinin etki ve sonuçlarını tarafları arasında *(inter parties)* olacak şekilde kısıtlamaktadır.[514] Öte yandan; halefiyet ilkesi, üçüncü kişi lehine yapılmış sözleşmelerde bulunan tahkim şartının üçüncü kişilere genişlemesi ile tüzel kişiliğe ilişkin bazı hususlar bu duruma istisna olarak gösterilebilir.[515]

Halefiyet, esasen külli ve cüzi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Külli halefiyet terimi, bir malvarlığının, hem aktifi (varlıkları) hem de pasifi (borçları) ile birlikte, tek bir hukuki işlemle bir kimseden başka bir kimseye geçmesini ifade eder. Cüzi halefiyet ile ayrıldıkları nokta ise Cüzi halefiyette, intikalin konusu olan varlık veya hakların, ayrı ayrı işlemlerle devrinin mümkün olması, külli halefiyette ayrı ayrı işlemlere gerek olmamasıdır.[516] Diğer bir deyişle külli halefiyet ile malvarlığı bütün olarak, tek bir işlemle devir alana geçecektir.

Külli halefiyetin uygulama alanı yasalarla çizilmiştir öyle ki, Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesi *"Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler."* hükmü ile külli halefiyet kapsamını belirleyen bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasal haleflerle ilgili bu uygulama, şirketler hukuku kapsamında da birleşme, ticari işletmelerde bölünme, yapılandırma ve aktiflerin devri gibi konular başta olmak üzere birçok alanda da uygulanmaktadır. Bu durum ayrıca kamu iktisadi kuruluşlarının ekonomik yönden yeniden yapılandırılmasında da geçerlidir. Devletin kontrolü altında olan bir kuruluşun yapılandırmanın öncesinde

[513] Akıncı, s.104.
[514] Gediz Kocabaş, "Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı", (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3), s. 1798 vd. Erişim Tarihi: 07.10.2024.
[515] Banu Şit Köşgeroğlu, "Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, C.15, S.3), s. 13 vd. Erişim Tarihi: 08.10.2024.
[516] Muhammet Emin Bingöl, "Adi Ortaklıkta Pay Kavramı ve Adi Ortaklık Payının Devri", (İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y. 2022), s. 8-9. Erişim Tarihi: 11.10.2024.

olduğu gibi bu yapılanmadan sonra da geçerli bir tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu kabul edilmektedir.[517]

Cüzi halefiyet hususu; alacağın devri, borç üstlenimi, üçüncü kişiler lehine akdedilen tahkim sözleşmeleri ve tüzel kişilik konuları için ayrı ayrı ele alınmalıdır.[518] Alacağın devri hususu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 183-194. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Öyle ki, madde 183'te düzenlenen: *"Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez."* ifadeleri ile açıklanmıştır. Doktrinde, *"alacağı temlik alan kişinin o alacağın konu olduğu bir tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmayacağı"* hususu tartışmalara yol açmıştır. Borç üstlenimi hususunda da tartışma konusu olan bu hususa ilişkin olarak Yargıtay, alacağı/borcu temlik alan kişinin o alacağın konu olduğu bir tahkim anlaşmasıyla bağlı olduğu görüşündedir.[519]

Görülmektedir ki, bir tahkim anlaşmasının akdedilmesi, sadece anlaşmayı imzalayan tarafların tahkim sürecine katılabileceği anlamına gelmez. Bazı durumlarda, anlaşmadan kaynaklanan haklar veya yükümlülükler nedeniyle, aslında anlaşmaya dahil olmayan üçüncü kişiler de tahkim sürecine katılabilirler. Asıl kritik nokta, sözleşme içerisinde hangi tarafın tahkime başvurduğuna bakılmaksızın, uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesine izin veren hükümlerin olup olmadığıdır.

Tahkim sözleşmeleri ile üçüncü kişiler arasındaki bu ilişki özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi idari, siyasi ve mali öneme sahip konularda karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."* ifadesi ile bu hükme paralel olarak Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2003/2654 E., 2004/2603 K. Sayılı kararında yer alan *"Tahkim şartını içeren sözleşme, davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. AŞ. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalı banka M... Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi*

[517] Cebeci, s.214-215.
[518] Zafer Kahraman, "Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi: Borcun Nakli", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2013, s.18-25. Erişim Tarihi: 11.10.2024.
[519] Ali Bozer "Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)", Ankara 2002, s.264-265.

istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar. Aksi düşünce Anayasanın 9. maddesinde teminat altına alınan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerde kullanılacağına ilişkin kurala ve tabii hakimde yargılama hakkına aykırı düşer. Bu nedenlerle tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan davalı İ... Bankası ve M... Corp'a teşmil edilemeyeceğinden, adı geçenler hakkındaki davanın esasının incelenip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde uyuşmazlığın tahkime tabi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." ifadeleri bir arada değerlendirildiğinde tahkim sözleşmesinin istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağladığı görülmektedir.

SONUÇ

Bu tez ile kamu hizmeti kavramı, idari sözleşmeler ve özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ayrıntılı bir şekilde ele alınmış; bu sözleşmelerin hukuki niteliği, yapısı, uygulanma usulleri, avantaj ve dezavantajları, diğer kamu hizmeti görülme yöntemleriyle karşılaştırılması ve tahkim mekanizmalarının bu sözleşmeler bağlamındaki rolü kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Çalışmanın amacı, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki çerçevesini analiz etmek, bu sözleşmelerin hukuki sorunlarını ve çözüm yollarını ortaya koymaktır. Tez, konuyu kavramsal boyuttan uygulamaya uzanan bir çerçevede ele alarak, kamu hizmeti ve idari sözleşmelerin kamu hukuku içindeki yerini derinlemesine değerlendirmiştir.

Tezin ilk bölümünde kamu hizmeti kavramı, tarihsel gelişimi ve bu kavramın hukuki boyutları ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Kamu hizmetinin toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında ve kamu yararının sağlanmasındaki önemi vurgulanmıştır. Kamu hizmetinin tespiti için maddi, organik ve şekli ölçütler değerlendirilmiş, bu ölçütlerin uygulamadaki yeri somut örneklerle açıklanmıştır. Bu çerçevede kamu hizmeti kavramının hem idare hukuku hem de kamu ekonomisi açısından temel bir taşıyıcı unsur olduğu belirtilmiştir. Kamu hizmetlerinin giderek karmaşıklaşan yapısı, bu hizmetlerin görülme usullerinin çeşitlenmesine neden olmuş, bu durum kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin önemini artırmıştır.

İkinci bölümde idari sözleşmelerin hukuki niteliği, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin bu bağlamdaki yeri ve bu sözleşmelerin yapısal özellikleri incelenmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin özel sektör iş birliği ile yürütülmesini sağlarken, kamu yararını gözeten bir denge mekanizması oluşturur. Bu bağlamda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yap-işlet-devret modeli, mali iltizam sözleşmeleri ve kamu-özel iş birliği gibi diğer kamu hizmeti görülme yöntemleriyle karşılaştırılması önemli bir yer tutmaktadır. Bu karşılaştırma, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanını ve avantajlarını daha net bir şekilde ortaya koymuştur. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yargısal denetimi ve bu denetimin sınırları, özellikle taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü bağlamında detaylandırılmıştır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün etkinliğini ve kaynak kullanımını teşvik ederken, aynı zamanda kamusal otoritenin denetim

fonksiyonunu korumasını ekseninde şekillenmektedir. Bu bağlamda, bu sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmelerin hazırlanma, uygulanma ve sona erme süreçleri, hukuki düzenlemelerle yakından ilişkilidir. Tezde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin avantajları arasında esneklik, kaynakların etkin kullanımı ve özel sektörün inovasyon kapasitesinin kamu hizmetlerine entegre edilmesi sayılmıştır. Buna karşılık, dezavantajlar arasında sözleşme süreçlerinin karmaşıklığı, uzun vadeli risklerin öngörülememesi ve kamu yararı ile özel çıkarlar arasındaki dengenin korunmasındaki zorluklar öne çıkmıştır.

Tezin üçüncü bölümünde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim mekanizmasının yeri ve önemi ele alınmıştır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri gibi karmaşık ve uzun vadeli sözleşmelerde uyuşmazlıkların kaçınılmaz olduğu vurgulanmış ve tahkimin, bu uyuşmazlıkların çözümünde sağladığı hız, esneklik ve uzmanlaşmanın altı çizilmiştir. Tahkim mekanizmasının, taraflar arasında uzlaşı sağlanmasında etkili bir yöntem olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, tahkim mekanizmasının kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine uygulanabilirliği, hukuki ve anayasal sınırlamalar çerçevesinde incelenmiştir. Özellikle 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ve diğer ilgili mevzuatın tahkime getirdiği sınırlamalar ve imkanlar üzerinde durulmuştur.

Tezde tahkime ilişkin anayasal düzenlemeler ve yargı organlarının yaklaşımları analiz edilmiştir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim mekanizmasının uygulanabilirliği, tarafların tahkim yoluna başvurma ehliyeti, hakemlerin seçimi, uygulanacak hukuk ve tahkim dili gibi unsurlar üzerinden değerlendirilmiştir. Bunun yanı sıra, uluslararası tahkim mekanizmalarının bu sözleşmeler bağlamında oynadığı role ve devletlerin yargı bağışıklığı kavramının tahkim süreçlerindeki etkisine yer verilmiştir.

Bu tez, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin hukuki niteliği ve uygulama süreçlerini kapsamlı bir şekilde analiz ederek, bu sözleşmelerin kamu yararının korunması ve kamu hizmetlerinin etkin bir şekilde sunulması açısından taşıdığı önemi ortaya koymayı amaçlamaktadır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin doğru uygulanması hem kamu hem de özel sektör açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, kamu yararı ile özel sektörün kar beklentisi arasında dengeli bir ilişki kurulması, tarafların hak ve

yükümlülüklerinin net şekilde belirlenmesi ve yargısal denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde işletilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idarenin devlet yargısı dışında yargılanamayacağı ilkesinin bir istisnası olarak tahkimin uygulanması, hem kamu otoritesi hem de özel sektör yatırımcıları için önemli bir denge unsuru olarak öne çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından üstlenilmesi, genellikle büyük çaplı yatırımları ve uzun vadeli iş birliklerini içerdiğinden, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için etkili bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Tahkim, bu bağlamda, tarafsız ve bağımsız bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sunarak hem kamu otoritesinin kamu yararını koruma hedeflerini hem de yatırımcıların hak ve menfaatlerini dengelemektedir.

Özellikle uluslararası boyutta, yabancı yatırımcıların bir ülkeye yatırım yaparken tarafsız ve güvenilir bir yargı sürecine erişim beklentisi tahkimin önemini artırmaktadır. Ulusal mahkemelere kıyasla daha hızlı ve uzmanlık odaklı bir süreç sunan tahkim, yatırımcılar açısından hukuki belirsizliği azaltırken, kamu otoriteleri için de etkin ve şeffaf bir çözüm platformu sağlamaktadır. Ancak, tahkim süreçlerinde kamu yararı, egemenlik ilkesi ve ulusal düzenlemelere uygunluk gibi unsurlar dikkatle gözetilmelidir.

Bunun yanında, tahkim şartlarının sözleşmede açık ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi büyük önem taşımaktadır. Tahkime konu olabilecek uyuşmazlıkların kapsamı, tahkim kuralları, seçilecek tahkim merkezi ve uygulanacak hukuk gibi hususların önceden belirlenmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerini netleştirecek ve olası uyuşmazlık durumlarında süreçlerin hızlı bir şekilde işlemesini sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

28 Kasım 1882 tarihli Demiryol ve Bi tasarruf Kanal ve Liman ve Sâir İnşaat-ı Nâfiaya Dair Mukavelenâme, md. 28, Düstur, I. Tertip, Z3, Erişim Tarihi: 08.06.2024.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016.

Aktel, Mehmet, "Tanzimat Fermanı'nın Toplumsal Yansıması", (Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.1998, S.3.).

Akyıldız, Ali, Osmanlı Dönemi Tahvil ve Hisse Senetleri, 1.B., İstanbul 2001.

Akyıldız, Ali, Anka'nın Sonbaharı, 4.B., Ankara 2024.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat /Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2023.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat /Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2023.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat /Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 10.B, Ankara 2024.

Alamur, Seher "Türk Hukukunda İdari Sözleşmeler", (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y.2013).

Alipourvaghaslou, Behnam, "Yatırımdan Kaynaklanan Anlaşmazlıklarda ICSID Tahkimi." (Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 5, S. 10).

Aral, Rüştü, "Yargı Yönünden Danıştay'ın Gelişimi", (Yüzyıl Boyunca Danıştay, Y.1986).

Artar, Yusuf, "Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında ICSID Tahkimi", (Vergi Raporu, Y.2013, S.164).

Atagün, Ömer Faruk, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Tarihsel Gelişimi ve Anayasal Güvencesi." Ankara 2019.

Atam, Şenay, “Osmanlı Sanayileşmesi Sürecinde Osmanlı Kibrit Fabrikası ve Nizamnamesi", (Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi, Y. 2020, C.8, S.22).

Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2022.

Balta, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE Yayınları, Ankara 1970, s.195.

Başpınar, Recep, “İdari Sözleşmelerden Doğan Davalar”, (Yüzyıl Boyunca Danıştay Dergisi, Y.1968).

Beydoğan, T. Ayhan, "Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi", (Ankara Barosu Dergisi, Y.2011, C.4).

Bilgen, Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.1980, C.1, S.1).

Bilgen, Pertev, "Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında", 1. Ulusal idare Hukuku Kongresi, II. Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1-4 Mayıs 1990.

Bilgen, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1999.

Bingöl, Muhammet Emin, "Adi Ortaklıkta Pay Kavramı ve Adi Ortaklık Payının Devri", (İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y. 2022).

Birsel, Mahmut, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Ankara 1998.

Bozer, Ali, “Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)”, Ankara 2002.

Cebeci, Ebru Zeybek, Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler (Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim Ekseninde), Ankara 2021.

Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2023.

Çal, Sedat, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.2010, C.14, S.2).

Çal, Sedat, Türkiyede Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Mart 2008.

Çalcalı, Önder, "Kamu Maliyesi Perspektifinden Adam Smith", (Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Y.2013).

Çamurcuoğlu, Gülden, "Ortak Yarardan Kamu Yararına", (Selçuk Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2021, C.29, S.3).

Çınar, Abdurrahim, "İdari Sözleşme Ölçütleri", (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2021, C.7, S.2).

Dağtaş, Erdal, "Onsekizinci ve Ondokuzuncu Yüzyıllarda Kamusal Alan-Özel Alan İkilemi ve Basının Tarihsel Gelişimi", (Kurgu Dergisi, Y.1999, S.16).

Dahiliye Vekaletinin Aylık Mecmuası, Mart 1935, Y.8, S.84).

Demir, Mustafa, "PSEG v. Türkiye ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi", (Eskişehir Barosu Dergisi Y.2023, C.8, S.1).

Demirel, Demokaan, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma (1839-1923)", (Türk İdare Dergisi, Y.2011, S.473)

Derbil, Süheyp, "Kamu Hizmeti Nedir?", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1950, S.7.3).

Derbil, Süheyp, İdare Hukuku C.2, Ankara 1952.

Derbil, Süheyp, İdare Hukuku, 4.B., Ankara 1955.

Dinçer, Güven, “İdarenin Yaptığı Mukavelelerden Doğan İhtilafların Hal Yolları”, (Danıştay Dergisi, Y. 1973, S. 8).

Duran, Lütfi, “İdari Yargı Adlileşti”, (İdare Hukuku ve İdare İlimleri Dergisi, C. 3, S.1-3, Y.1982).

Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

Dursun, Hasan, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2016, S.125).

Düğer, Sırrı/Akın, Yeliz Neslihan, "İdarenin Sözleşme Akdetme Usulü", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2021, C.12, S.1).

Ekşi, Nuray/Öztekin, Günseli/Nomer, Ergin, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003.

Emek, Uğur, “Uluslararası Ticarette Takhim Prosedürü”, (İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Y.1999).

Ercan, Yavuz, "Türkiye’de Azınlık Sorununun Kökeni (Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Gayrimüslimler)", (OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Y.2006, s.20*)*.

Erdoğan, Ersin, "Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağışıklığı", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2016, C.65, S.4).

Erkan, Mustafa, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 17, S. 2).

Erkul, İbrahim Çağrı, "İngiliz Parlamentosu'nun Mutlak Monarşiye Karşı Güç Kazanma Sürecinin Analizi." (Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Y.2015, C.34, S.2).

Esen, Emre, "Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği", (Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Y.2017, C.6, S.2).

Esin, İsmail G./Lew, Julian/Wegen, Gerhard, Milletlerarası Tahkim Mevzuatı, İstanbul 2003.

Esirgen, Seda Örsten, "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Çerçevesi", (1. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri).

Eskiyörük, Serhat, "Execution of International Arbitration Awards Against State Bank Accounts and State Immunity Defense in the Light of Recent Case Law", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 13, S. 2).

Eyüpoğlu, Ceren, "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", (Ankara Barosu Dergisi, Y.2017, S.3).

Giritli, İsmet/Akgüner, Tayfun/Bilgen, Pertev, İdari Yargı İlke ve Yöntemleri, 2.B., 2014.

Göküş, Mehmet, "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Modern Türkiye'ye Yöneten-Yönetilen İlişkilerinin Gelişimi", (Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2010, S.15).

Gökyurt, Fatih, İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirligi Sözleşmeleri, Ankara 2018, Adalet Yayınevi.

Gölcüklü, İlyas, "ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar.", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2018, C.38, S.2).

Göven, Yusuf, "Kamulaştırma İşlemlerinde “Kamu Yararı”, (Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.1999, S.1).

Gözler, Kemal, İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa 2003.

Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2023.

Gözübüyük, A. Şeref, İdare Hukuku, 6.B, C.1, 6., Turhan Kitabevi, 2021.

Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2005.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, İdare Hukuku, Ankara 2019.

Güdücü, Burcu, “Özel Alan, Kamusal Alan, Kent ve İnsan”, (Aydın İnsan ve Toplum Dergisi, T.2015).

Gülan, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.1988, C.9, S.1-3).

Gülan, Aydın, “Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1987.

Gülan, Aydın, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi.", (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1998, C.56, S.1-4).

Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2017.

Günday, Metin, İdare Hukuku, B.12., İmaj Yayınevi, 2017.

Güneş, B. Sena, "İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2017, S.2).

Güray, Şükran/Duran, Alev, "Tanzimat Dönemi Eğitimin Durumu ve Dönemin Bir Değerlendirilmesi", (The Journal of Social Sciences Dergisi, Y.2024, S.44).

İnanç, Mehmet/Avcı, Fatih, "İmtiyaz Sözleşmeleri Çerçevesinde İdari Uyuşmazlıklarda Tahkime İlişkin Usuli Hukuksal Sorunlar", (Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Y.2024, S.5).

Kahraman, İsmail, “Danıştayın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri”, (MS thesis. Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2014.

Kahraman, Zafer, "Karşılaştırmalı Hukukta Borcun Dış Üstlenilmesi: Borcun Nakli", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y.2013).

Kaplan, Gürsel/Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 2018.

Karahanoğulları, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Ankara 2015.

Karazincir, Ata, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim”, (MS thesis. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y.2012).

Keskin, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Ankara 2019.

Kızılboğa, Ruveyda, "Kamu Tercihi ve Anayasal İktisat Teorilerinin Değerlendirilmesi", (Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi Y.2012, C.2.1).

Kocabaş, Gediz, "Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı", (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3).

Köşgeroğlu, Banu Şit, "Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, C.15, S.3).

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1.B., C.4., İstanbul 2001.

Mert, Harun, “Türk Hukukunda Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, (Marmara Universitesi Sosyal Biimler Enstitüsü, Y.1999).

Mete, Y./ İkiz, H. M., “İmtiyaz Sözleşmeleri: Türkiye Pratiği ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Üzerinde Bir İnceleme”, (Maliye Dergisi, Y.2015).

Odyakmaz, Zehra, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1998, C.2, S.2).

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Oktay, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1966.

Orak, Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006.

Ökmen, Mustafa/Demir, Fatih, “Kamu Hizmetinin Felsefi ve Yeni Kamu Yönetiminde Geçirdiği Dönüşüm”, (Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2020, C.15, S.3).

Özay, İlhan, "Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı:" Çok Yaşa" Ya Da" A Tes Amour", (Journal of Istanbul University Law Faculty, Y.1998, S.1-4).

Özay, İlhan, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004.

Özbek, Mustafa Serdar, "Tahkim İlk İtirazı Üzerine Tahkim Sözleşmesi Üzerinde Yapılan Mahkeme Denetimi", (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 1, S. 2).

Özdemir-Kocasakal, Hatice, "Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunlarin Tahkim Yargılamasındaki Rolü", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.2002, C.22, S.2).

Özel, Kadir Can, “İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme", (Ombudsman Akademik Dergisi Y.2020, C.12).

Öztoprak, Sezin, İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları, Ankara 2019.

Özturanlı, Beyza, Devletlerarası Tahkim, Ankara 2016.

Öztürk, Neva Övünç, “ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk”, (MS thesis. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y.2006).

Pektoylan, Yasemin, “Milletlerarası Örgütlerin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Yargı ve İcra Muafiyeti”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Y.2013).

Razumov, Konstantin, “The Law Governing the Capacity to Arbitrate”, (Planning Efficient Arbitration Proceedings, Kluwer Law International, Y. 1996).

Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Doğan, Eser Us/Turhan, Mine Kasapoğlu/Seyhan, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2022.

Saraçoğlu, Metin, "Kamusal Tercih Teorisi: Siyasetin Ekonomik Analizi", (Kamu-İş Dergisi, Y.2000, C. 1).

Sezgin, Şennur, "Politika Transferi ve Türkiye'de Özelleştirme", (Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.2010, S.27).

Sezginer, Murat, “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2007, C.11).

Şahin, A., “İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Genel Esaslar”, (Mali Çözüm Dergisi, Y.2016, C.3, S.33).

Şanlı, Cemal, "Yatırım Uyuşmazlıklarının Halinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", (Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılmında İmtiyaz

Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası, Y.1998).

Şenlen, Süheyla, "Türkiye'de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi", (Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y.1994, C.49, S.3).

Tan, Turgut, "İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler", (Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y.1995).

Tan, Turgut, İdare Hukuku, 2.B, Ankara 2013.

Tan, Turgut, "Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", (Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y.1992, C.47, S.3).

TBMM Tutanak Dergisi, 46. Birleşim, C.9, Y.1999.

Tekin, Selin Ece, "Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esastan Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk", (Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, MS thesis, Y. 2019).

Tekinsoy, Mustafa Ayhan, "İdari Sözleşme Rejiminn Temel Özellikleri", (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Ensititüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2002).

Tekinsoy, Mustafa Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2006, C.55, S.2).

Tiryaki, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008.

Türkoğlu, Mehmet Selçuk, "Milletlerarası Tahkim Kanunu ve UNCITRAL tahkim kuralları çerçevesinde Ad Hoc tahkim usulü", (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2011.

Uler, Yıldırım, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, (Anayasa Dergisi, Y.1998, C.15).

Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ankara 2024.

Uysal, Yusuf, “Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının iki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar”, (Kent Akademisi Dergisi, Y.2017, C.10, S.2).

Yağcı, Pınar, "Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Bir Değerlendirme", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 11, S.2).

Yaşar, Hasan Nuri, “Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.2003, C.13, S.1-3).

Yavuzdoğan, Seçkin, "Türkiye’de Telekomünikasyon Hizmetlerinde İmtiyaz Sözleşmeleri", (Congress Book, Y. 2016).

Yıldız, Hayrettin, "Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2014).

Yıldız, Nur, “İdari Rejimin Doğuşu, Tarihçesi ve Gerekçeleri”, 2020.

Yılmaz, Süleyman/Çavuşoğlu, Gökçe Filiz, "Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi", (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2019, C.10, S.2).

Yılmaz, Yiğit, "Osmanlı Devleti’nde Vergi Sistemi ve Vergi Denetimi", (Vergi Raporu Dergisi, Y.2019, S.232).

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Britannica, https://www.britannica.com/event/

Bundesverfassungsgericht, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1958/01/rs19580115_1bvr040051en.html

ConseilEtat, https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/

CoursDeDroit, https://cours-de-droit.net

DocDuJuriste, https://www.doc-du-juriste.com

EurLex, https://eur-lex.europa.eu/

Global Freedom of Expression, https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/

https://blog.lexpera.com.tr/

https://dergipark.org.tr/tr/

https://karararama.danistay.gov.tr

https://karararama.yargitay.gov.tr

https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr

https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/

Juricaf, https://juricaf.org/

Justia U.S Supreme Court, https://supreme.justia.com/

Legal Dictionary, https://legaldictionary.net/

LexJustis, https://vlex.co.uk/

Parliament of Australia, https://www.aph.gov.au

StradaLex, https://www.stradalex.eu

The Court of Justice, https://curia.europa.eu

USCourts, https://www.uscourts.gov

www.kazancı.com.tr

www.mevzuat.gov.tr