



TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI
STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ALTERNATİF YÖNTEMLER VE TAHKİM

Uzmanlık Tezi
İrem ERDEMİR



SEKTÖRLER VE KAMU YATIRIMLARI GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

EKİM 2026



TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI
STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI

Yayın No: 0024

**KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDEN
KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE
ALTERNATİF YÖNTEMLER VE TAHKİM**

**Uzmanlık Tezi
İrem ERDEMİR**

SEKTÖRLER VE KAMU YATIRIMLARI GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
EKİM 2026

ISBN 978-625-5752-83-3

Bu çalışma Strateji ve Bütçe Başkanlığının görüşlerini yansıtmaz. Sorumluluğu yazara aittir. Yayın ve referans olarak kullanılması Strateji ve Bütçe Başkanlığının iznini gerektirmez.

“Bu tez Kutluhan TAŞKIN başkanlığında, Faruk CİRİT, Hilal TEZCAN, Salih KÖSE ve Ramazan GÜVEN’den oluşan Strateji ve Bütçe Başkanlığı Tez Sınav Kurulu tarafından 16 Şubat 2024 tarihinde değerlendirilmiştir.”

Bu yayın 350 adet basılmıştır.

TEŞEKKÜR

Değerli görüşleri ve yönlendirmeleriyle tezin şekillenmesini sağlayan, kıymetli desteklerini ve vaktini hiçbir zaman esirgemeyen tez danışmanım ve Daire Başkanım Sayın Sedef YAVUZ NOYAN’a,

Tez hazırlık ve yazım süreçlerinin tamamında bana yol gösteren, tüm sorularımı sabırla cevaplayan, tezin hukuki içeriğinin ve şekli unsurlarının son halini almasında çok emeği geçen Sayın Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN’a,

Kıymetli yönlendirmeleri, bilgi ve kaynak paylaşımlarıyla tezimi zenginleştiren Sayın Dr. Bahar BAYAZIT’a,

Ufuk açıcı yorumlarıyla tez konuma farklı pencerelerden bakmamı sağlayan Sayın Sevgi YALÇIN’a,

Hayatımın her anında bana destek olan annem Fatma ABUL, babam Mustafa ABUL ve ablam Merve ABUL’a,

Tüm değerlere ve yargılara olan bakış açımı değiştiren rahmetli dayım Kemal Battal ABUL’a,

Beni her şeyin üstesinden gelebileceğime inandıran kıymetli hayat arkadaşım Fatih ERDEMİR’e,

Koşulsuz sevgisiyle evime huzur veren Çiko’ya

En yürekten teşekkürlerimi sunarım.

İrem ERDEMİR

ÖZET

Strateji ve Bütçe Uzmanlığı Tezi

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ALTERNATİF YÖNTEMLER VE TAHKİM

İrem ERDEMİR

Kamu hizmetleri gelişen teknolojinin etkisiyle daha karmaşık bir hal almış ve artan nüfusla beraber altyapı yatırımlarına olan ihtiyaç artmıştır. Ancak sınırlı kamu kaynakları yüksek maliyetli altyapı yatırımlarının finansmanında yetersiz kalmıştır. Bu sebeple devletler kamu hizmetlerinin ifa edilmesi amacıyla özel sektörle uzun süreli sözleşme ilişkileri içerisine girmişlerdir. Kamu özel işbirlikleri (KÖİ) farklı kıtalardan pek çok ülkede; ulaşım, sağlık, enerji, eğitim, çevre gibi sektörlerde uygulanmaktadır. KÖİ sözleşmeleri uzun vadeli, teknik detaylar içeren; kamu hizmetini konu alan ve dolayısıyla kamu yararını amaçlayan sözleşmelerdir. Bu sebeple KÖİ uygulamalarının yaygın olduğu birçok ülkede ilgili yasal düzenlemelerin yanı sıra rehber dokümanlar ve standart sözleşmeler hazırlanmıştır. Türkiye’de de KÖİ projelerinin hazırlık, ihale ve sözleşme aşamalarına ilişkin rehberler ve standart belgeler oluşturulması hedeflenmektedir. Şüphesiz ki bu dokümanlarda yer verilmesi gereken önemli başlıklardan biri de KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüdür.

Bu çalışmada, Türk hukukunda KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili yasal düzenlemelerin iyileştirilmesine yönelik öneriler, sözleşmelerde yer alacak uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair öneriler ile KÖİ Sözleşmeleri nedeniyle doğabilecek olası yatırım tahkimi davalarının önlenmesine yönelik öneriler sunulması amaçlanmıştır. Konu devlet yargısı dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sınırlandırılmış, arabuluculuk ve vakıaların saptanması gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve yargısal bir yöntem olan tahkim odağında ele alınmıştır. Fransa, Almanya, İngiltere ve Çin’deki KÖİ uygulamaları ile KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde benimsenen yöntemler incelenmiştir. Bu kapsamda literatür taraması yapılmış, kütüphane kaynakları ve çevrimiçi veri tabanları kullanılmış, seçili ülkelerin KÖİ uygulamaları ve resmî belgeleri incelenmiştir. Ayrıca UNCITRAL, OECD, UNECE, EBRD, Dünya Bankası ve Asya Kalkınma Bankası tarafından hazırlanan uluslararası tavsiye dokümanlarından yararlanılmıştır. Strateji ve Bütçe Başkanlığı kaynaklarından da istifade edilmiş, Türkiye’de akdedilen bazı KÖİ Sözleşmeleri incelenerek değerlendirilmiştir.

Çalışma neticesinde, ilgili yasal düzenlemelerde farklı yorumlara mahal verebilecek ifadelerin çıkarılması, mevzuatın sadeleştirilmesi ve birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca KÖİ sözleşmelerinin uygulanması ve tadili ile bu sözleşmeleri etkileyebilecek nitelikteki kamu politikalarının belirlenmesinde, muhtemel yatırım tahkimi davalarının da dikkate alınması gerekmektedir. Tüm bunların yanında KÖİ sözleşmelerinde olası uyuşmazlık konularının önceden tespit edilerek önlenmesine; ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise hızlı, etkili ve ekonomik şekilde sonlandırılmasına olanak sağlayan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının benimsenmesi gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Tahkim, Yatırım Tahkimi, İmtiyaz, Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, KÖİ

ABSTRACT

Strategy and Budget Expertise Thesis

ALTERNATIVE METHODS AND ARBITRATION IN RESOLUTION OF DISPUTES ARISING FROM PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS

İrem ERDEMİR

Public services have become more complex with the impact of developing technology. Moreover, the need for infrastructure investments has increased with the growing population. On the other hand, limited public resources have been insufficient to finance high-cost infrastructure investments. In order to fulfill public services, governments have entered into long-term contractual relationships with the private sector. Public-private partnerships (PPP) are implemented in many countries from different continents in numerous sectors such as transport, health, energy, education, and environment. PPP contracts are long-term contracts, including technical details, the subject of which is public service, thus aiming for the public interest. Therefore, in several countries where PPP practices are widespread, guidance documents and standard contracts have been prepared in addition to the relevant legal regulations. It is aimed to create guides and standard documents regarding the preparation, tendering, and contract stages of PPP projects in Türkiye as well. Certainly, one of the important topics that should be included in these documents is the resolution of disputes arising from PPP contracts.

This study aims to provide suggestions for improvement of the regulations regarding the resolution of disputes arising from PPP contracts in Turkish law, suggestions regarding the dispute resolution methods to be included in the contracts, and suggestions for preventing possible investment arbitration cases that may arise due to PPP Contracts. The subject matter is limited to dispute resolution methods other than the state judiciary and focuses on alternative dispute resolution methods such as mediation and fact-finding and arbitration as a judicial method. PPP practices in France, Germany, the UK and China and the methods adopted in the resolution of disputes arising from PPP contracts were examined. In this context, a literature review was conducted, library resources and online databases were used, and PPP practices and official documents of the selected countries were analyzed. In addition, international guide documents prepared by UNCITRAL, OECD, UNECE, EBRD, World Bank and Asian Development Bank were utilized. The resources of the Presidency of Strategy and Budget were also utilized, and some PPP Contracts concluded in Turkey were analyzed and evaluated.

The study concludes that expressions that may cause different interpretations in the relevant legislation should be removed and the legislation should be simplified and consistent. In addition, possible investment arbitration cases should also be taken into account in the implementation and amendment of PPP contracts and in the determination of public policies that may affect these contracts. In addition, it is necessary to adopt dispute resolution mechanisms in PPP contracts that allow possible disputes to be identified and prevented in advance and to terminate the disputes quickly, effectively, and economically.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Arbitration, Investment Arbitration, Concession, Public Private Partnership Contracts, PPP

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

TEŞEKKÜR.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
TABLOLAR	vi
GRAFİKLER	vi
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ, ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE TAHKİM	5
1.1. Kamu Özel İşbirliği ve Tarihî Gelişimi	5
1.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri	10
1.2.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Tanım ve Tarihî Gelişim.....	10
1.2.2. Müzakere	14
1.2.3. Arabuluculuk	15
1.2.4. Uzlaştırma.....	18
1.2.5. Diğer Yöntemler	21
1.3. Tahkim	24
1.3.1. Tahkim Kavramı.....	24
1.3.2. Tahkimin Tarihî Gelişimi	25
1.3.3. Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları.....	30
1.3.4. Tahkim Türleri.....	34
1.3.4.1. Zorunlu Tahkim ve İhtiyari Tahkim	34
1.3.4.2. Milli, Milletlerarası ve Yabancı Tahkim.....	36
1.3.4.3. Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim.....	38
1.3.4.4. Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi.....	40
1.3.5. Tahkimin Tabi Olduğu Hukuk	46
1.3.6. Tahkim Sözleşmesi ve Geçerliliği.....	47
1.3.7. Tahkim Yeri Kavramı ve Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar.....	51
1.3.8. Hakem Kararı ve Hakem Kararının Milliyeti	56
1.3.9. Tahkim Yargılamasında Esasa Uygulanacak Hukuk	60

1.4. Bölüm Sonu Değerlendirmesi	61
İKİNCİ BÖLÜM	
DÜNYADA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARI VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ.....	64
2.1. Fransa	64
2.2. Almanya	67
2.3. Çin.....	72
2.4. İngiltere	76
2.5. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinde Kullanılabilecek Uyuşmazlık Çözüm Maddelerine İlişkin Uluslararası Belgelerde Yer Alan Öneriler	83
2.6. Bölüm Sonu Değerlendirmesi	91
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
TÜRK HUKUKUNDA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ	96
3.1. Türkiye’de Uygulanan Kamu Özel İşbirliği Modelleri.....	96
3.2. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği.....	106
3.3. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Yasal Düzenlemeler	123
3.3.1. 4501 Sayılı Kanunun Kapsamındaki Düzenlemeler.....	123
3.3.1.1. Kanunun 3’üncü ve 4’üncü Maddelerinin Değerlendirilmesi.....	123
3.3.1.2. Kanunun Diğer Kanunlarla İlişkisi	125
3.3.1.3. Kanunda Yer Alan Yabancılik Unsurlarının Değerlendirilmesi	128
3.3.2. 3996 Sayılı Kanun Kapsamındaki Düzenlemeler.....	132
3.3.3. 6428 Sayılı Kanun Kapsamındaki Düzenlemeler.....	134
3.3.3.1. Kanunun 4’üncü Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi	134
3.3.3.2. Kanun Kapsamında Verilen Hakem Kararlarının Tenfizi ve İptali	137
3.4. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden Doğabilecek Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları	139
3.5. Türkiye’nin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Kullanılan Yöntemler.....	149
3.6. Bölüm Sonu Değerlendirmesi	151
SONUÇ VE ÖNERİLER	155
EKLER.....	166
EK-1: Türkiye’de İmzalanan Bazı KÖİ Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözüm Maddeleri ve Değerlendirilmesi	166
KAYNAKLAR	170
DİZİN	187

TABLolar

Tablo 2.1. Seçilmiş Ülkelerde KÖİ Uygulamalarının Karşılaştırılması.....	95
Tablo 3.1. Türkiye'de Uygulanan KÖİ Modelleri ve İlgili Mevzuat.....	99
Tablo 3.2. 4446 Sayılı Kanunla Değiştirilen Anayasa Maddeleri.....	110

GRAFIKLER

Grafik 3.1. Türkiye'de 1986 ila 2023 Yıllarında Sözleşmesi İmzalanan KÖİ Projelerinin Sayısı	97
Grafik 3.2. Eylül 2023 İtibariyle Türkiye’de Uygulama Sözleşmesi İmzalanmış KÖİ Projelerinin Sektörel Dağılımı.....	97
Grafik 3.3. Şubat 2023 İtibariyle Türkiye’de Uygulama Sözleşmesi İmzalanmış KÖİ Projelerinin Modellere Göre Dağılımı.....	98
Grafik 3.4. 31 Aralık 2022'ye Kadar Açılan ICSID Davalarında Yargılama Yetkisine Dayanak Olan Rızanın Kaynakları	141

KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirketi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADB	: Asian Development Bank (Asya Kalkınma Bankası)
AUÇY	: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bknz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission
CPPPC	: China Public Private Partnership Center
D.	: Daire
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EBRD	: European Bank for Reconstruction and Development (Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası)
ECT	: Energy Charter Treaty (Enerji Şartı Anlaşması)
EPEC	: European PPP Expertise Centre
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes (Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez)
IMF	: International Monetary Fund
İHD	: İşletme Hakkı Devri
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FIN INFRA	: Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé
K.	: Karar
KGM	: Karayolları Genel Müdürlüğü
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
m.	: madde
M.Ö.	: Milattan Önce
MAPPP	: Mission d'appui aux partenariats public-privé
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
NAFTA	: North American Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması)
OBOR	: One Belt One Road Initiative
OECD	: The Organisation for Economic Co-operation and Development

PCA	: Permanent Court of Arbitration
PF2	: Private Finance 2
PFI	: Private Finance Initiative
PPIAF	: The Public Private Infrastructure Advisory Facility
PPP	: Public Private Partnership
R.G.	: Resmî Gazete
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development (Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı)
UNECE	: United Nations Economic Commission for Europe (Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu)
vd.	: ve devamı
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKD	: Yap-Kirala-Devret
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması

GİRİŞ

Özel sektörün kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesinde rol alması, ilk örneklerine Roma İmparatorluğu döneminde rastlandığı belirtilen eski bir uygulamadır. Roma İmparatorluğunda genişletilen yollarla bağlantılı bir posta istasyonu ağı geliştirilmiş ve istasyonların yapımı özel bir ortağa bırakılmıştır. Bu kişiler bazen ilgili yolun bakımı da dâhil olmak üzere istasyonu inşa etmiş ve beş yıllığına işletmişlerdir. Ayrıca limanların yapımı ve işletmesinin de özel kişilerce yapıldığı görülmüştür.¹ Ancak modern anlamda kamu özel işbirliği (KÖİ) modelleri dünyada ve Türkiye’de 1980’li yıllardan itibaren geliştirilmiş ve zamanla yaygınlaşmıştır. KÖİ uygulamalarının yaygınlaşmasında, kamu hizmetlerinin gelişen teknoloji ve değişen toplumsal ihtiyaçlar nedeniyle karmaşık bir hal alması ve sınırlı kamu kaynaklarıyla yüksek maliyetli yatırımların gerçekleştirilememesi etkili olmuştur.²

Kamu yatırımlarının KÖİ modelleriyle gerçekleştirilmesi ve işletilebilmesi için idare ile özel sektör arasında özel kişinin kamu hizmetini finanse ettiği, sunduğu ve ilgili riskleri paylaştığı uzun vadeli bir sözleşme imzalanmaktadır.³ KÖİ sözleşmelerinde yer alan kritik önemi haiz maddelerden biri de uyuşmazlıkların çözümü maddesidir. Bu konu, KÖİ modellerinin Türkiye’de uygulanması ve Türk hukuku açısından ayrıca incelenmeye değer niteliktedir. Şöyle ki Türkiye’de bir kamu yatırımı projesinin özel sektör ile işbirliği içerisinde gerçekleştirilmesi için hazırlanan ilk sözleşme 1986 yılında akdedilmiş,⁴ 90’lı yılların sonunda KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışmalara sebep olmuştur. Tartışmaların odağında 13.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Kanunun Kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğu yönündeki 5’inci maddesi yer almıştır. Madde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş,⁵ ardından 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 47, 125 ve 155’inci maddeleri değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı iptal kararına, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçesine ve değişiklikle ilgili meclis tutanaklarına bakıldığında KÖİ Sözleşmelerinin hukuki niteliğini belirleme ihtiyacının bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılabilecek yöntemlerin belirlenmesi amacından

¹ The Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), 2009:34

² Boz, 2013:278.

³ OECD, 2012:18.

⁴ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2012:24, 31.

⁵ AYM E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995

kaynaklandığı görülmektedir. Bu bağlamda bütçe kaynaklarının sınırlı olması nedeniyle yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarının yabancı sermayenin teşvik edilmesiyle gerçekleştirilebileceği, ancak bu yatırımlara ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususunun yabancı sermayenin yatırım yapmakta çekingen davranmasına neden olduğu belirtilmiş ve bu tür uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna olanak sağlanması gerektiği vurgulanmıştır.⁶ Netice itibariyle Anayasa’da yapılan değişiklik ile kamu yatırım ve hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağı kanunla belirleneceği (dolayısıyla bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği) ve kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği düzenlenmiştir. Öğretide Türkiye’de milletlerarası tahkimin milli tahkimden ayrı bir kanunla düzenlenmesinin tüm bu gelişmeler neticesinde gerçekleştiği belirtilmektedir.⁷ Bahse konu tarihî gelişim ve hukuki tartışmalar dikkate alındığında çalışma kapsamında KÖİ Sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususunun incelenmesinin literatüre katkı sunacağı değerlendirilmiştir.

KÖİ Sözleşmelerinin hukuki niteliğinin daha önce, yap-işlet-devret gibi bazı KÖİ modelleri özelinde ele alındığı görülmüştür. KÖİ Sözleşmeleri ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü hususunun ise 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun kapsamında ve 21.02.2013 tarih ve 6428 sayılı Kanun kapsamında incelendiği tespit edilmiştir. Türkiye’deki tüm KÖİ modellerinin hukuki niteliğinin incelendiği, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü hususunun diğer ülke örnekleri ve uluslararası belgeler de dikkate alınarak değerlendirildiği ve öneriler getirildiği bir eser bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmanın özgün olduğu düşünülmektedir.

Bu çalışma ile KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için dünyada ve Türkiye’de tercih edilen yöntemler incelenerek Türkiye için öneriler geliştirilmesi amaçlanmıştır. Çalışmada devlet mahkemelerinde dava açılması dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemleri incelenmiş, konu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile yargısal bir yöntem olan tahkim odağında ele alınmıştır. Fransa, Almanya, İngiltere ve Çin’deki KÖİ uygulamaları

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, Esas Numarası: 2/187, Dönemi ve Yasama Yılı:21/1, Er. 06 Temmuz 2023. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y1/T2/WebOnergeMetni/5274ec87-4dff-461a-9046-284e7eb8e900.pdf>>

⁷ Kalpsüz, 2007:6-7

ile KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde benimsenen yöntemler incelenmiştir. Çalışma kapsamında literatür taraması yapılmış, kütüphane kaynakları ve çevrimiçi veri tabanları kullanılmış, Strateji ve Bütçe Başkanlığı'nın kaynaklarından yararlanılmış, seçili ülkelerin resmî dokümanları ve uluslararası tavsiye belgeleri incelenmiştir. Ayrıca Türkiye'de çeşitli sektörlerde ve farklı tarihlerde akdedilen bazı KÖİ Sözleşmeleri örneklem olarak seçilmiş, bu sözleşmelerde yer alan uyuşmazlık çözüm maddeleri incelenmiş, anonim hale getirilerek kıyaslanmıştır.

Çalışma ile Türkiye için hem mevzuatın iyileştirilmesi kapsamında hem de akdedilecek KÖİ sözleşmelerinde yer alacak uyuşmazlık çözüm maddelerine ilişkin öneriler geliştirilmiştir. Mevzuata ilişkin önerilerin, yasal düzenlemelerden kaynaklanan olası farklı yorumları ve muğlaklığı gidererek hukuki belirlilik sağlayacağı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte Türkiye'de henüz KÖİ projeleri için hazırlanmış bir kılavuz veya standart sözleşme bulunmadığından çalışmanın akdedilecek KÖİ sözleşmeleri açısından ve ileride oluşturulacak standart dokümanlar ve rehberler için yararlı olması beklenmektedir. Ayrıca çalışmada KÖİ projeleriyle bağlantılı olarak karşılaşılabilecek uluslararası yatırım tahkimi yargılamalarına da değinilmiş, yatırım tahkimi davalarına sebebiyet verilmemesi amacıyla KÖİ projelerinin uygulanması ve genel olarak kamu politikalarının belirlenmesi kapsamında birtakım öneriler ileri sürülmüştür. Çalışmanın bu sebeple de uygulamaya katkı sunacağı düşünülmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde kamu özel işbirliği kavramı genel olarak incelenmiş ve KÖİ uygulamalarının tarihî gelişimi ele alınmıştır. Daha sonra alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kavramı ve ortaya çıkışı incelenmiş, en sık kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan müzakere, arabuluculuk ve uzlaşma üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte ticari uyuşmazlıklarda sıklıkla tercih edilen vakıaların saptanması yöntemine ve nispeten daha az kullanılan diğer alternatif yöntemlere de değinilmiştir. Ayrıca bu bölümde özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda taraflarca en çok tercih edilen yargısal uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim incelenmiştir. Tahkimin avantajları ve dezavantajlarına değinilmiş, tahkim türleri anlatılmış, tahkime ilişkin temel kavramlara ve tahkim yargılamasında uygulanan kurallara yer verilmiştir.

İkinci bölümde Fransa, Almanya, Çin ve İngiltere'de KÖİ uygulamalarının gelişimi ve mevcut durumu ile KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için benimsenen yöntemler incelenmiştir. Bu bölümde uluslararası tavsiye belgelerinde yer alan

uyuşmazlık çözümüne ilişkin açıklamalara yer verilmiş, UNCITRAL, OECD, UNECE, EBRD, Dünya Bankası ve Asya Kalkınma Bankası tarafından hazırlanan dokümanlar incelenmiştir.

Üçüncü bölümde Türkiye’deki KÖİ uygulamalarının gelişimi, kullanılan modeller ve ilgili mevzuat incelenmiştir. KÖİ sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilebilecek yöntemlere bir çerçeve oluşturmaktadır. Bu sebeple ikinci bölümde Türkiye’de uygulanan KÖİ modellerinin kaynaklandığı yasal düzenlemeler incelenerek, Türk hukukunda KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Daha sonra ise Türkiye’de KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mevzuat hükümleri ele alınmıştır. Bu bağlamda 4501 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun, 2011/1807 sayılı 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar ile 6428 sayılı Kanun hükümleri incelenmiş, olası problemlere, belirsizliklere ve çözüm önerilerine yer verilmiştir. Ayrıca KÖİ sözleşmelerinin yatırım tahkim davalarına kaynak teşkil edebilmesi sebebiyle bu husus ayrıca ele alınmıştır. Bu bölümde son olarak Türkiye’de farklı sektörlerde ve çeşitli KÖİ modelleri kapsamında akdedilen yedi adet KÖİ sözleşmesi incelenmiş, sözleşmelerde yer alan uyuşmazlık çözüm maddeleri anonim hale getirilerek karşılaştırılmıştır. Sözleşmelere ilişkin ayrıntılar çalışmanın ekinde sunulmuştur.

Sonuç ve öneriler bölümünde ise tez kapsamında tespit edilen hususlar kısaca belirtilmiş, KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü hususunda Türk hukukunda yürürlükte olan mevzuat için iyileştirme önerilerinde bulunulmuştur. Bu bölümde Türkiye’deki KÖİ projeleri kapsamında yatırım tahkimi yargılamalarına sebebiyet verilmemesi amacıyla birtakım tavsiyeler ileri sürülmüştür. Son olarak Türkiye’de akdedilecek KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, hızlı, ekonomik ve etkili şekilde sonlandırılması için sözleşmelerde yer alacak uyuşmazlık çözüm maddelerine ilişkin önerilere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ, ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE TAHKİM

Bu bölümde öncelikle kamu özel işbirliği (KÖİ) kavramından ve tarihî gelişiminden bahsedilmiştir. Daha sonra KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünün çalışmanın ana konusunu teşkil etmesi sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ele alınmış, sıkça tercih edilen yöntemler üzerinde durulmuştur. Ardından yargılama faaliyeti niteliğinde bir uyuşmazlık çözümü olan tahkim kavramı incelenmiş, tahkimin tabi olduğu hukuk, tahkim yeri, usule uygulanacak hukuk, hakem kararı ve milliyeti ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hususları anlatılmıştır.

1.1. Kamu Özel İşbirliği ve Tarihî Gelişimi

Küreselleşme ve liberalleşmenin etkisiyle kamu hizmetlerinin gördürülme usulleri değişikliğe uğramıştır. Önceleri devletlerin tekelinde bulunan kamu hizmetleri, gelişen teknolojinin de etkisiyle bir yandan ifası daha kolay hale gelirken diğer yandan farklılaşarak karmaşık bir yapıya bürünmüştür. Bu gelişmeler neticesinde devletler kamu hizmetlerini sınırlı kamu kaynaklarıyla bizzat yerine getirmekte zorlanmış, çözüm olarak özel hukuk kişilerini sürece dâhil etmiştir. Devletler, kamu hizmetlerini ifa edebilmek amacıyla özel hukuk tüzel kişileriyle sözleşme imzalamış ve onları sürece ortak etmiştir. Kamu özel işbirliği modeli bu şekilde gelişim göstermiştir.⁸

Kamu özel işbirliği kavramının literatürde kabul görmüş tek bir tanımı bulunmamaktadır.⁹ Ayrıca kavramı ifade etmek için kullanılan ortak bir terim de bulunmamaktadır. Şöyle ki Kamu Özel Ortaklığı (KÖO), Kamu Özel Sektör Ortaklığı (KÖSO), Kamu Özel Sektör İşbirliği (KÖSİ), Kamu Özel Ortaklığı Modeli (KÖOM), eksik imtiyaz gibi farklı ifadeler kullanılmakta ancak bu ifadelerle aynı kavram kastedilmektedir.¹⁰ Bu çalışmada kamu özel işbirliği (KÖİ) ifadesi tercih edilmiştir.

⁸ Boz, 2013:278.

⁹ Delmon and Rigby Delmon, 2013:3; Boz, 2013: 282; Gürkan, 2014:5; Keşli, 2016:43.

¹⁰ Boz, 2013: 282-283; Gürkan, 2014: 5-7.

Dünya Bankası KÖİ'yi, bir kamu varlığı veya hizmeti sunmak amacıyla bir devlet kurumu ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan, özel tarafın önemli ölçüde risk ve yönetim sorumluluğunu üstlendiği ve bedelin performansla bağlantılı olduğu uzun vadeli sözleşme olarak tanımlamıştır.¹¹ OECD'nin tanımına göre KÖİ, hükümet ile özel hukuk kişisi ortak arasında imzalanan, özel kişinin sermayesini kullanarak kamu hizmetini finanse ettiği, sunduğu ve ayrıca ilgili riskleri paylaştığı uzun vadeli bir sözleşmedir. Bir KÖİ anlaşmasında hükümetin hizmet sağlama amaçları ile özel ortağın kâr elde etme hedeflerinin uyumlu olması istenir. Bu uyumun etkinliği, özel ortak tarafından yeterli ve uygun riskin üstlenilmesine bağlıdır.¹² IMF'nin tanımına göre KÖİ, geleneksel olarak hükümet tarafından sunulan altyapı varlıklarının ve hizmetlerin özel sektör tarafından tedarik edilmesidir. Özel sermayenin ve işletmenin katılımı ile altyapı yatırımları üzerindeki mali kısıtlamaların hafifleyebileceği ve verimliliğin artabileceği belirtilmiştir.¹³ Avrupa Komisyonu KÖİ kavramını, bir altyapının finansmanı, inşası, yenilenmesi, işletilmesi veya bakımı yahut bir hizmetin sunulması amacıyla kamu otoriteleri ve iş dünyası arasında yapılan işbirliği yöntemleri olarak tanımlamıştır.¹⁴

KÖİ, kamu hizmetlerinin tamamının klasik yollarla devlet tarafından sunulması ile tüm hizmetin özel sektör aracılığıyla sunulması arasındaki yelpazede bulunan, devlet ve özel sektörün birlikte yer aldığı tüm mal ve hizmet sunma modellerini kapsayan bir üst kavramdır.¹⁵

Onuncu Kalkınma Planı çalışmaları kapsamında hazırlanan Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu'ndaki kapsayıcı KÖİ tanımı şöyledir: “*Kamu Özel İşbirliği yöntemi, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel sektör kişileri arasında yapılan ve risklerin taraflar arasında dengeli biçimde dağılmasını amaçlayan bir sözleşmeye dayanarak altyapı hizmetlerinin sunumu amacıyla özel sektörün görevlendirilmesini ifade etmekte olup hizmet konusu mevcut ya da yapılacak tesislerin tasarımı, inşası, yenilenmesi, geliştirilmesi, değiştirilmesi ile işletmesinin, bakımının ve onarımının özel sektör tarafından, finansmanı da tamamen veya kısmen özel sektör tarafından sağlanarak yapılmasıdır.*”¹⁶ Özetle KÖİ, yatırım

¹¹ The World Bank, 2017:5.

¹² OECD, 2012:18.

¹³ International Monetary Fund, 2004:3.

¹⁴ European Commission, 2004:3.

¹⁵ Tekin, 2008:3.

¹⁶ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2014:14.

ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde projeye dair maliyet, risk ve getirilerin kamu ve özel kesim arasında paylaşılmasını öngören ve sözleşmeye dayanan bir yöntemdir.¹⁷

Özel sektörün kamu hizmetlerine katılmasının eskiden beri uygulanageldiği ve birçok devlette bu tür uygulamaların görüldüğü belirtilmektedir.¹⁸ Kamu yatırımlarının kamu ve özel sektörün işbirliği ile gerçekleştirilmesi, iki bin yıl öncesine, Roma İmparatorluğu'nda kadar dayanmaktadır. Roma İmparatorluğu döneminde yolların genişletilmesi çalışmaları kapsamında, bu yollarla bağlantılı bir posta istasyonu ağı geliştirilmiş ve istasyonların yapımı özel bir ortağa bırakılmıştır. Bu kişiler bazen ilgili yolun bakımı da dâhil olmak üzere istasyonu inşa etmiş ve beş yıllığına işletmişlerdir. Ayrıca limanların yapımı ve işletmesinin de özel kişilerce yapıldığı görülmüştür. Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasıyla son bulan bu uygulamalar daha sonra 12 ve 13. yüzyılda Fransa'da yeni kasabaların inşası kapsamında tekrar görülmüştür. 16 ve 17. yüzyılda Avrupa devletleri, kanal, yol, aydınlatma projeleri gibi daha büyük ölçekli kamu yatırımları için imtiyazlar vermişlerdir. 19. yüzyılda sanayileşmenin sebep olduğu hızlı şehirleşme neticesinde su, kanalizasyon, ulaşım ağları genişlemiş, bu genişleme büyük oranda özel girişimcilerce gerçekleştirilmiştir. Yine demiryollarının oluşturulması da tüm Avrupa'da imtiyazlarla gerçekleşmiştir. 20. yüzyılda savaşların etkisiyle imtiyazlar azalmıştır.¹⁹

İmtiyaz uygulamalarına Osmanlı İmparatorluğu'nda da rastlamak mümkündür. 1869 yılında tamamlanan Süveyş Kanalı²⁰, 1850'li yıllarda yapılan Terkos Suyu Projesi ve İstanbul Şirket-i Hayriye Deniz Hatları İşletmesi Projesi, 1870'lerde yapılan Beyoğlu Tüneli Projesi²¹ bu uygulamalara örnektir. II. Meşrutiyet döneminde, yabancılara verilen imtiyazlar Mebusan Meclisi'nde sıkça gündeme gelmiş, 1910 yılında Menafii Umumiyyeye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun hala yürürlüktedir.²² Dünya genelinde, 1929 buhranı ve enflasyon gibi olumsuz gelişmeler neticesinde imtiyaz sahipleri sözleşmelerini devlet şirketlerine devretmiştir. Bu süreçte Türkiye Cumhuriyeti, ekonominin hızla

¹⁷ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2018:8.

¹⁸ PPIAF, 2009:34.

¹⁹ PPIAF, 2009:34.

²⁰ Levy, 1996:19.

²¹ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2014:5.

²² Esirgen, 2011:938.

güçlendirilmesi amacıyla imtiyazları sonlandırmış, altyapı şirketleri ve tesisler kamuya devredilmiştir.²³

19'uncu yüzyıldan sonra, devletlerin idari yapılanmalarının genişlemesi, devletlerin kamu hizmetlerini doğrudan gerçekleştirip sunmayı tercih etmeleri ve devlet şirketlerinin yaygınlaşması neticesinde KÖİ uygulamaları azalmıştır.²⁴ KÖİ uygulamaları tekrar 1980'li yıllarda özellikle İngiltere'de²⁵ görülmeye başlanmıştır.²⁶ 1980'li yıllarda Amerika ve İngiltere'de kamunun ekonomideki rolü azalırken özel sektörün rolü giderek artmış, kamu harcamalarında kısıntı yapılmış, sermaye hareketleri ve uluslararası ticaret serbestleştirilmiştir.²⁷ 1992 yılından itibaren İngiliz hükümeti, altyapı yatırımlarının özel finansman girişi²⁸ olarak adlandırılan bir modelle gerçekleştirilmesini teşvik etmiştir. Bir çeşit KÖİ modeli olan PFI ile bir ortak girişim çatısı altındaki şirketler bir tesisin tasarımı, inşası, finansmanı, işletmesi ve bakımı hususunda kamuyla sözleşme imzalamaktadır.²⁹ PFI modeli Avrupa Birliği'nin koyduğu borçlanma limitleri aşılmadan yatırımı artırmanın bir yöntemi haline gelmiştir. Bahse konu politika 1997 yılında; kamu hizmetlerinin ihale edilebilmesine ve sınırlı sayıda da olsa bazı projeler için proje yapım maliyetinin doğrudan finanse edilebilmesine olanak sağlayan kamu özel işbirliği³⁰ politikasına dönüşmüştür.³¹

KÖİ modelleri ABD'de de uzun bir geçmişe sahiptir. 1950 ve 60'lı yıllarda şehir içi altyapıya yönelik özel yatırımlar ve bölgesel ekonomik gelişmeler KÖİ uygulamalarıyla teşvik edilmiştir. Reagan döneminde, özel yatırım kararlarına öncelik veren politikalar geliştirilmiş ve yerel kararlarda federal hükümetin rolü azaltılmıştır. Clinton döneminde ise hem kamuya hem özel kesime aynı anda sorumluluk veren *üçüncü yol* politikaları benimsenmiştir.³² KÖİ

²³ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2014:5.

²⁴ Garsse, 2008:222.

²⁵ Birleşik Krallık özellikle ulaştırma altyapısını KÖİ modeliyle gerçekleştiren ülkeler içinde Avusturalya ve İspanya'yla birlikte önde gelen ülkeler arasında sayılmaktadır (Siemiatycki, 2011:310.) İngiltere'de KÖİ uygulamaları Teatcher hükümetinin başlattığı geniş kapsamlı özelleştirme sürecinin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır (T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2010:72).

²⁶ Garsse, 2008:222.

²⁷ Yalçın, 2014:29.

²⁸ Private Finance Initiative – PFI

²⁹ Siemiatycki, 2011:310.

³⁰ Public Private Partnership – PPP

³¹ Smyth and Edkins, 2007:233.

³² Bult-Spiering and Dewulf, 2006:8.

modellerinin tarihsel gelişiminin, Anglo-Sakson ülkelerinde geliştirilen yeni kamu yönetimi³³ teorisi ile uyumlu ve bağlantılı olduğu belirtilmiştir.³⁴

Bütçe kısıtları ve kamu hizmetlerinde kamu otoritelerinin rolünün azaltılarak özel sektörün tecrübelerinden ve yöntemlerinden yararlanma isteği, birçok ülkede KÖİ uygulamalarının geliştirilmesine neden olmuştur.³⁵ Bu uygulamalar KÖİ modelleri uygulanarak sunulacak kamu hizmetlerinin, yalnızca kamu kesiminin yahut yalnızca özel sektörün sunacağı hizmetten daha iyi olacağı düşüncesiyle geliştirilmiştir.³⁶

Kamu hizmetinin görülmesi için kamu kesimi ve özel sektörün bir araya geldiği modeller topluluğu³⁷ olan KÖİ doğası gereği esnektir.³⁸ Her ne kadar önceki uygulamaların incelenmesi kıymetli olsa da ihtiyaca göre farklı yaklaşımların benimsenmesi mümkündür. Bu nedenle KÖİ uygulamaları çeşitli ülkelerde, sektörlerde ve projelerde farklılıklar göstermektedir.³⁹ Günümüzde KÖİ yöntemleri, ulaştırma, eğitim, güvenlik gibi farklı sektörlerde altyapının temin edilmesi, finanse edilmesi ve devamlılığının sağlanması için yaygın olarak kullanılmaktadır.⁴⁰

KÖİ modelleri, devlet (veya bir kamu tüzel kişisi) ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanmaktadır. KÖİ sözleşmelerinin genellikle uzun süreli olması, sözleşmenin imzalandığı zamanın koşullarının değişmesine ve öngörülemeyen problemlilerin ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler büyük önem arz etmektedir.

³³ new public management

³⁴ T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 2010:74.

³⁵ Garsse, 2008:222.

³⁶ Şahin ve Uysal, 2008:9.

³⁷ Kul, 2021:104.

³⁸ Delmon, 2017:8.

³⁹ Delmon, 2017:8-10.

⁴⁰ Garsse, 2008:222.

1.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

1.2.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Tanım ve Tarihî Gelişim

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (AUÇY⁴¹), bir uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerinin yanında seçimlik bir yol niteliğinde olan ve genellikle tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığın taraflarına yardımcı olmak ve çözüme katkı sağlamak amacıyla sürece dâhil olduğu metotlar topluluğudur.⁴² Daha genel bir ifadeyle tarafların resmî bir yargılama usulüne ihtiyaç duymadan uyuşmazlıklarını çözümlmek için başvurdukları usuller dizisi olarak tanımlanabilir.⁴³ Bu yöntemler, mevcut bir uyuşmazlığın yahut olası anlaşmazlık konularının her iki tarafça kabul edilebilir ortak bir çözüme kavuşturulmasını sağlar. AUÇY ile anlayış, uzlaşma, karşılıklı ödünler vererek anlaşmaya varma ve uyuşmazlığı sonlandırma teşvik edilir.⁴⁴

AUÇY, devlet mahkemeleri dışındaki tüm uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kapsamaz. Zira uyuşmazlıkların şiddetle, hukuk dışı dini veya toplumsal birlikler içinde yahut diğer geleneksel yollarla çözülmesi AUÇY olarak nitelendirilemez.⁴⁵ AUÇY yasal sistemin içinde veya yasal sisteme yardımcı yöntemler olup devlet yargısının katı düzeni ile özel alanda yürütülen geleneksel yöntemlerin esnekliği arasında köprü niteliğindedir. Bu itibarla bazı usulleri ve kuralları devlet yargısına benzerlik gösterirken birtakım unsurları ise geleneksel yöntemlerden etkilenmiştir.⁴⁶

AUÇY kavramsal olarak öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) daha sonra ise Birleşik Krallık'ta gelişmekle birlikte daha eski bir geçmişe sahiptir. Talep miktarı az olan uyuşmazlıkların AUÇY ile çözülmesi fikri, 1846 yılında Birleşik Krallık'ta geniş bir görev alanına sahip olan ilçe mahkemelerinin⁴⁷ kurulması ile dile getirilmiştir. Bu mahkemeler davaları ticari örf ve adetlere göre hızlı ve sade bir usûl ile sonuçlandırmışlar ve bu sebeple

⁴¹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için literatürde genel kabul görmüş kısaltma ADR olup İngilizce Alternative Dispute Resolution ifadesinin baş harflerinden oluşur. Bu çalışmada ifadenin Türkçe kısaltması olarak AUÇY'nin kullanılması tercih edilmiştir.

⁴² Brown and Marriott, 1999:1; Ildır, 2003:30; Özbek, 2022:197.

⁴³ Lieberman and Henry, 1986:426; Tanrıver, 2006:821; Özbek 2022:198.

⁴⁴ O'Leary and Raines, 2001:682.

⁴⁵ Ceylan, 2009:171.

⁴⁶ Lieberman and Henry, 1986:424.

⁴⁷ *county court*

tercih edilir olmuşlardır. 1873- 1875 yıllarında İngiltere ve Galler’de çıkarılan reform yasaları neticesinde yüksek mahkeme ile ilçe mahkemelerinin uyguladıkları usul kuralları ayrılmış, 20. yüzyıla gelindiğinde ise belli tür uyuşmazlıkların çözümü için özel mahkemeler kurulmuş ve bu mahkemelerde AUÇY yollarında olduğu gibi daha az şekilci yargılama usulleri benimsenmiştir.⁴⁸

1940 yılında, ABD’de yaşanan toplu iş uyuşmazlıklarında ilk defa profesyonel arabulucular yer almıştır. 1950’li yıllarda ise sayıları az da olsa bazı mahkemeler, hafif suçlarda ve aile uyuşmazlıklarında tarafların arabuluculuğa başvurmasını özendirmiştir. 1960 sonlarında ise alternatif uyuşmazlık çözümü kavramsal olarak ABD’de şekillenmeye başlamıştır.⁴⁹

1976 yılında Amerikan Barolar Birliği’nin desteğiyle düzenlenen Roscoe Pound Konferansı⁵⁰ AUÇY’nin gelişmesine hız kazandırmıştır. Konferansta yargı sistemindeki pahalılık, gecikme ve aşırı iş yükü gibi sorunlara değinilmiştir. Bu bağlamda Frank Sanders tarafından ileri sürülen⁵¹ mahkemelerin yalnızca yargılama yapan yerler değil uyuşmazlığın çözümü için en uygun çözüm yolunu yönetecek uyuşmazlık çözüm merkezleri haline getirilmesi gerektiği fikri benimsenmiştir. Uyuşmazlıkların çözümünde AUÇY’nin kullanılmasının fazla iş yükü nedeniyle çalışamaz hale gelen mahkemeleri rahatlatacağı, uyuşmazlıkların çözümü için harcanan zaman ve giderleri en aza indireceği ifade edilmiştir. Kamu kaynaklarıyla desteklenen pilot projeler geliştirilerek arabuluculuk ve tahkimin kullanılması tavsiye edilmiştir.⁵² Ayrıca konferansta, yargı sistemindeki tıkanıklığa çözüm olarak, arabuluculuk hizmeti sunan mahalli adalet merkezlerinin⁵³ kurulması ve tarafları (uzlaşma, arabuluculuk, tahkim gibi) uyuşmazlıkları için en uygun çözüm yoluna doğrudan yönelten çok seçenekli adliye programlarının⁵⁴ geliştirilmesi tavsiye edilmiştir.⁵⁵ Nitekim 1980 yılından itibaren ABD’de uyuşmazlık çözüm merkezleri ve çok seçenekli mahkeme teşkilatları

⁴⁸ Özbek, 2022:258-259.

⁴⁹ Applebey, 1991:28.

⁵⁰ National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (Adalet Yönetiminde Karşılaşılan Yaygın Memnuniyetsizliğin Sebepleri Hakkında Ulusal Konferans)

⁵¹ Frank E. A. Sander, Pound Konferansı’nda “Varieties of Dispute Processing” adlı bir tebliğ sunmuştur.

⁵² Özbek, 2022:259.

⁵³ Neighborhood Justice Centers

⁵⁴ Multi-door Courthouse Programs

⁵⁵ Özbek, 2022:259.

kurulmuştur. AUÇY yöntemleri taraflarca daha sık tercih edilmeye ve öğretilerdeki yazarlarca daha yoğun irdelenmeye başlanmıştır.⁵⁶

AUÇY'nin yaygınlaşmasını sağlayan etkenlerden biri de adalete erişim akımıdır⁵⁷. Bu akım Batılı ülkelerde, özellikle Avrupa'da uzun yıllardır hâkim olan şekli yaklaşımı reddeder. Şekli yaklaşım, hukuku devlet tarafından ihdas edilen durağan bir kurallar bütünü olarak gördüğü, hukuka sadece normatif açıdan baktığı ve hukuk sisteminin öznelere, süreçlerine, kurumlarına ve toplumsal niteliğini göz ardı ettiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Adalete erişim yaklaşımına göre ise temel unsur tüm kültürel, ekonomik ve psikolojik özellikleriyle insandır. Bu yaklaşımda hukukun normatif yapısı reddedilmese de kurumlar ve süreçler daha ön plandadır. Adalete erişim akımına göre hukuk üç boyuttan oluşur. İlk boyut, hukuki müdahaleyi veya yasal bir kurumun oluşumunu gerektiren toplumsal problem, ihtiyaç veya taleptir. İkinci boyut, bahse konu ihtiyaca ilişkin yasal karşılık veya çözümdür. Bu karşılık, yalnızca hukuk normlarını değil toplumsal ihtiyacı, problemi ve talebi karşılamaya yönelik kurumları ve süreçleri de içerir. Üçüncü ve son boyut ise toplumsal ihtiyaç, problem veya talep için oluşturulan karşılığın (çözümün) sonucu veya etkisidir. Dolayısıyla akademinin ve avukatların rolü çok daha karmaşık fakat etkileyici ve gerçekçi bir hal almaktadır. Hukukçunun görevi yargı sürecini başlatmak veya sürdürmek için uyulacak kurallar ve usullerle sınırlı değildir. Hukukçu bir yargısal süreç sebebiyle doğacak masrafları, geçirilecek zamanı, baş edilmesi gereken zorlukları (psikolojik zorluklar da dâhil), elde edilecek menfaatleri ve sair unsurları da dikkate almalıdır.⁵⁸

Erişim fikri, liberalizm ve hukukun üstünlüğü fikirlerine tarihsel bir tepki niteliğindedir. Sosyal ve siyasi hakların, bu haklardan toplumsal, kültürel ve ekonomik nedenlerle yararlanamayan kişiler için anlamsız vaatler olduğu ileri sürülmüş, bu hakların birçok insan için “erişilemez” olmasının sebepleri incelenmiştir. Medeni yargıya erişim özelinde, hakların kullanılamamasına sebep olan başlıca üç engel bulunmaktadır: ekonomik engeller (fakirlik), yapısal engeller ve usule ilişkin engeller.⁵⁹ Bu engellerin, (özellikle usûlî engellerin) ortadan kaldırılması için ileri sürülen fikirlerden biri de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin

⁵⁶ Özbek, 2022:261

⁵⁷ access to justice movement

⁵⁸ Cappelletti, 1993:282-283.

⁵⁹ Cappelletti, 1993:284.

yaygınlaştırılması ve bu sayede adaletin yoksullar dâhil herkes için ulaşılabilir kılınmasıdır. Günümüzde adalete erişim kavramı kişilerin yalnızca devlet yargısına değil diğer etkin uyuşmazlık çözüm yollarına da erişimini kolaylaştırmayı ifade etmektedir.⁶⁰

1960'lı yıllardan itibaren tüm dünyada gelişen ve özellikle ABD ve kısmen Federal Almanya'da etkili olan adalet reformları da herkesin hukuki kurumlara ulaşmasını amaçlamış ve adalete erişim akımından etkilenmiştir. Bu amaç doğrultusunda mahkemelerin ve ilgili sair kurumların yapısı değiştirilmiş, alternatif kurumlar teşvik edilmiş ve AUÇY'nin uygulama alanı genişletilmiştir.⁶¹

AUÇY, avukatların yargılamadaki şekli rollerini reddeden, sosyo-ekonomik sebeplerden dolayı adalete erişemeyen kesimin ihtiyaçlarına cevap verilmesi amacını taşıyan adalete erişim akımının çatısı altında ve bu akımdan etkilenen reform hareketleriyle doğmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde doğan AUÇY, hukuk sistemlerinin benzerliği ile dil ve kültür engeli olmaması nedeniyle Avusturalya ve Birleşik Krallık gibi diğer Anglo-Sakson ülkelerine de hızlı şekilde yayılmıştır. Ancak yine aynı sebeplerle diğer ülkelerde geniş bir uygulama alanı bulması gecikmiştir. Örneğin Alman ve Türk hukuklarında AUÇY'nin kurumsallaşması ve uygulanması zaman almıştır.⁶²

Günümüzde, özellikle sanayileşmiş ülkelerde AUÇY hızla gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır.⁶³ Ulusal hukuk düzenlerinin yanı sıra milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde de etkin olarak kullanılan AUÇY, dünya ticaretinin büyümesini hızlandırmıştır. Uluslararası kuruluşlar, milli ve uluslararası düzeydeki kurumsal topluluklar ve ticaret odaları AUÇY ile ilgili yasal düzenlemeler yaparak AUÇY'ye olan yönelimi artırmışlardır.⁶⁴ Japonya gibi uzak doğu ülkelerinde de AUÇY'ye yönelim yaygındır.⁶⁵

⁶⁰ Cappelletti, 1993:295. Nadja Marie, 2006:6; Bush and Folger, 2013:10; Commission of the European Communities, Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, EUR-Lex: Access to European Union Law, {SEC(2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004, Er. 30 Nisan 2023. < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF>>; Özbek, 2007:198.

⁶¹ Özbek, 2022:251-255.

⁶² Özbek, 2022:255.

⁶³ Özbek, 2022:263.

⁶⁴ Hollering, 1986:785; Özbek, 2022: 264; Nomer ve ark., 2008:4; Ünsal, 2012:1249 vd.

⁶⁵ Nishikawa, 2001:369. Ayrıntılı bilgi için bknz. Houghton, A. *Alternatice Dispute Resolution – A Far East Perspective*, 1st Edition, Routledge, 1992.

AUÇY 'nin tercih edilme sebeplerinin başında, uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümünün iş yoğunluğu sebebiyle uzun zaman alması gelir. Taraflara daha hızlı bir çözüm imkânı sunan AUÇY, aynı zamanda uyuşmazlığın mahkemeye taşımaksızın sulh olarak sonlandırılmasına ve bu şekilde taraflar arasındaki iyi ilişkilerin sürdürülmesine olanak sağlamaktadır.⁶⁶ Ayrıca taraflar AUÇY ile uyuşmazlığın çözümünde etkin olarak rol almakta⁶⁷ ve katı kurallara tabi olmaksızın kendi çözümlerini üretebilmektedir.⁶⁸ Zira AUÇY yöntemlerinde hak odaklı değil menfaat odaklı bir yaklaşım benimsenmekte ve kazan-kazan bakış açısı hâkim olmaktadır.⁶⁹ Bu nedenlerle, özellikle tek seferlik olmayan uzun soluklu ilişkilerde uyuşmazlıkların çözümünde AUÇY tercih edilmektedir.⁷⁰

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çok çeşitli olmakla beraber, temel anlamda ortak nitelikler taşırlar. Bu yöntemler diğer çözümleri dışlamaz, yargı yollarına başvuru imkânını ortadan kaldırmaz⁷¹, gönüllülük esasına dayanır, biçimsel olarak daha esnektir. Taraflar uyuşmazlığın çözümünde daha aktif ve daha fazla kontrol sahibidirler.⁷²

Çalışmada müzakere, arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemleri incelenmiş ayrıca nispeten daha az tercih edilen diğer yöntemlere kısaca değinilmiştir.

1.2.2. Müzakere

Müzakere en genel ifadesiyle “bir konuyla ilgili fikir alışverişinde bulunma; olaşma”⁷³, bir sorunun çözümü amacıyla veya bir konuda anlaşmaya varmak için iletişim kurma⁷⁴ olarak tanımlanabilir. Bir AUÇY yöntemi olarak müzakere, uyuşmazlığın taraflarının sorunu çözmek için yürüttükleri stratejik bir iletişimdir. Bu iletişimde tarafların düşünce ve taleplerini açık olarak yansıtmaları ve uyuşmazlığın çözümünde etkin rol oynamaları önemlidir. Taraflar müzakereyle uyuşmazlığın daha ileri bir boyuta taşınmasını engellemeyi ve aralarındaki

⁶⁶ Ildır, 2004:386; Pekcanitez ve ark., 2017b:2806.

⁶⁷ Ildır, 2004:386.

⁶⁸ Şanlı, 2002:58; Ildır, 2003:24-25; Pekcanitez ve ark., 2017b:2807.

⁶⁹ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2021:16.

⁷⁰ Özbek, 2022:260.

⁷¹ Tahkim, her ne kadar bazı kaynaklarda bir AUÇY yöntemi olarak anılsa da yargısal bir yöntem olması nedeniyle bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilmemelidir (Pekcanitez ve ark., 2017b:2807; İ. Özbay: 2006:472-474).

⁷² Pekcanitez ve ark., 2017b:2807.

⁷³ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Er.07 Eylül 2023. <<https://sozluk.gov.tr>>

⁷⁴ Nolan, et al. 1990:1036.

uyuşmazlığı rızaî bir anlaşmayla sonlandırmayı amaçlar.⁷⁵ Bu amaç doğrultusunda, üçüncü bir kişiden yardım almadan, zaman zaman avukatlarını da sürece dâhil ederek bir araya gelir, fikir alışverişinde bulunur, birbirlerini tartarlar.⁷⁶

Müzakere, geleneksel geçmişi ve kolay uygulanır olması nedeniyle⁷⁷ sıkça tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁷⁸ Genellikle uyuşmazlığın erken safhalarında, uyuşmazlık henüz büyümeden ve dolayısıyla üçüncü kişinin müdahalesine ihtiyaç duyulmadan kullanılır.⁷⁹

Tüm AUÇY yollarının temelinde müzakere bulunmaktadır. Ancak diğer yöntemler, üçüncü kişinin sürece dâhil olması nedeniyle müzakereden ve üçüncü kişinin uyuşmazlık çözümündeki rolüne göre de birbirlerinden ayrılır.⁸⁰

1.2.3. Arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında etkin ve yaygın olarak kullanılan yöntemlerden biri de arabuluculuktur.⁸¹ Bu yöntem ile uyuşmazlığın tarafları müzakerelerde bulunmaları amacıyla bir araya getirilir.⁸² Birbirlerini anlamaları ve kendi çözümlerini üretmeleri amacıyla aralarındaki iletişim arabulucu tarafından kolaylaştırılır.⁸³ Arabulucu, uzmanlık eğitimi almış, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişi olarak süreci yürütür. Arabuluculuk gönüllülük esasına (ihtiyarilik/iradilik ilkesine) dayanır.⁸⁴ Diğer bir ifade ile taraflar esas olarak sürece katılmak, süreci sürdürmek ve sonlandırmak hususunda özgürdürler.⁸⁵

⁷⁵ Şahin Ceylan, 2009:297.

⁷⁶ Soysal, 2005: 212; Tanrıver, 2021b:237.

⁷⁷ Şahin Ceylan, 2009: 297.

⁷⁸ Pekcanıtez ve ark., 2017b:2810.

⁷⁹ Şahin Ceylan, 2009: 297.

⁸⁰ Pekcanıtez ve ark., 2017b:2810; Soysal, 2005: 212.

⁸¹ Tanrıver, 2021b:245.

⁸² Mackie, 1991: 87; Tanrıver, 2021b:245

⁸³ Fiadjoe, 2006:58-59; Tanrıver, 2021b:245.

⁸⁴ Tanrıver, 2021b:245. Türk Hukukunda ana kural arabuluculuğın iradi olmasıdır (HUAk m.3) Ancak bazı uyuşmazlıklar için arabuluculuk dava şartı olarak benimsenmiştir. Diğer bir ifade ile dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması kanunen şart kılınmıştır. (Örneğin 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5/A, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.73/A, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/A). Bu uyuşmazlıklarda yalnızca arabuluculuğa başvurma hususunda ihtiyarilik ortadan kaldırılmış olup taraflar süreci devam ettirme veya sonlandırma hususlarında özgürdürler.

⁸⁵ Çırkan, 2021:52; HUAk m.3.

Arabulucu uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar vermez. Arabulucunun görevi sistematik biçimde iletişim teknikleri uygulayarak taraflar arasında iletişimi kolaylaştırmak, diyalog ortamının canlı tutulmasını sağlamak, rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratarak tarafların kendi çözümlerini üretmelerine imkân sağlamaktır.⁸⁶ Arabulucu telkin ve ikna yöntemleri kullanarak tarafların bir anlaşma zemini bulmasını sağlar, tarafların üzerinde anlaşabileceği noktaları belirler ve ortak paydaları tespit eder.⁸⁷ Ancak tarafları anlaşmaya zorlamaz, onlara herhangi bir çözüm önerisi dayatmaz, hukuki öneri ve telkinlerde bulunamaz.⁸⁸ Arabulucu tarafların uyuşmazlığa ilişkin çözüm seçenekleri üretmesini kolaylaştırırken tarafların; talep ve beklentilerinin ne kadar gerçekçi olduklarını sorgulamalarını, arabuluculuk sürecinde anlaşamama halinde kayıp ve kazançlarının ne olacağını düşünmelerini⁸⁹, uyuşmazlığa ilişkin haklarından ziyade menfaatlerine odaklanmalarını, tüm bunlar ışığında somut olaya en uygun çözüm seçeneğini belirlememelerini sağlar.⁹⁰

Arabuluculuk diğer AUÇY yöntemlerinde olduğu gibi uyuşmazlığı daha hızlı ve daha az masrafla çözmeyi amaçlar.⁹¹ Arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesi uygulanır.⁹² Taraflar, arabulucu ve sürece dâhil olan üçüncü kişiler, süreçte paylaşılan hususları saklı tutmakla yükümlü olup anlaşma sağlanamaması halinde arabuluculuk görüşmelerinde öğrendikleri bilgileri mahkemede delil olarak ileri süremezler (HUAK m.4). Arabuluculukta amaç tarafların haklarına kavuşmaları değil menfaatlerini dengelemeleri ve kazan-kazan temelli bir anlaşmaya ulaşmalarıdır. Bu sebeple katı şekil kurallarından uzak, esnek ve ılımlı bir süreç yürütülür. Dolayısıyla taraflar menfaatleri doğrultusunda daha esnek çözümler üretebilirler. Diğer AUÇY yöntemlerinde olduğu gibi arabuluculuk ile tarafların arasındaki ilişkinin zedelenmemesi ve mümkün olduğunca devam ettirilmesi hedeflenir.⁹³

⁸⁶ Ildır, 2003:100; Pekcanıtez, 2005:16; Sungurtekin Özkan, 2005:358; Şahin Ceylan, 2009: 298-299.

⁸⁷ Subaşı, 2003:760-761.

⁸⁸ Küçükgüngör, 2005:51; Şahin Ceylan, 2009:299; Subaşı, 2003:760.

⁸⁹ Sungurtekin Özkan, 2005:359.

⁹⁰ Fuller, 1971:327; Tanrıver, 2021b:246-247.

⁹¹ Tanrıver, 2021b:247.

⁹² Tanrıver, 2022:66; Tanrıver, 2021b:247.

⁹³ Tanrıver, 2021b:247. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 3'üncü maddesinde de bu husus açıkça düzenlenmiştir.

Arabuluculuğun ülkelere yayılımı farklı zamanlarda gerçekleşmiş ve arabuluculuk ülkeden ülkeye farklı şekillerde uygulanmıştır.⁹⁴ Bu farklılıklar arabuluculuğun türlere ayrılmasına neden olmuştur.⁹⁵ Kolaylaştırıcı arabuluculuk⁹⁶ olarak adlandırılan modelde, arabulucunun rolü nispeten pasif olup tarafların menfaat odaklı bir çözüm üretebilmeleri için uygun diyalog ortamını sağlamakla sınırlıdır. Arabulucu uyuşmazlığın çözümü için taraflara önerilerde bulunamaz ve hukuki tavsiye veremez.⁹⁷ Diğer bir model olan değerlendirici arabuluculukta⁹⁸ ise arabulucunun rolü daha aktiftir. Arabulucu, uyuşmazlığa ilişkin hukuki bir değerlendirme yaparak taraflar için çözüm önerilerinde bulunur.⁹⁹ Değerlendirici arabuluculuk modelinde arabulucu tarafların güçlü ve zayıf yönlerini belirterek taraflara teknik ve hukuki bilgi sunar. Muhtemel bir davada hâkimin veya hakemin uyuşmazlık hakkında nasıl bir karar vereceğini tahmin ederek taraflara çözüm önerisinde bulunur. Dolayısıyla bu modelde tarafların menfaat ve ihtiyaçlarından çok haklarına odaklanılır. Son olarak değinilmesi gereken arabuluculuk modeli dönüştürücü arabuluculuktur¹⁰⁰. Bu model ilişki odaklı arabuluculuk olarak da adlandırılmakta olup uyuşmazlığı çözülmesi gereken bir sorun olarak değil insanın gelişiminde önemli bir fırsat olarak nitelendirir.¹⁰¹ Bu modelde uyuşmazlık, tarafların birbirlerini tanımaları için bir araçtır ve çözüme ulaşmaya çalışmak çözüm kadar kıymetlidir. Arabuluculuk sürecinin amacı ise tarafların birbirlerine karşı anlayış geliştirmeleridir.¹⁰² Arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlığın taraflarının gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları nasıl çözeceklerini öğrenmeleri sağlanır.¹⁰³ Bu bağlamda taraflar arasında yanlış anlamaların tespit edilmesi, başkalarına dair bilinmeyenlerin öğrenilmesi ve alternatif bakış açılarının geliştirilmesi sürecin başarılı sayılması için yeterlidir. Bu model akran arabuluculuğunda sıklıkla uygulanır.¹⁰⁴

⁹⁴ Çırkan, 2021:48.

⁹⁵ Ridley-Duff and Benett, 2011:110.

⁹⁶ facilitative mediation

⁹⁷ Tanrıver, 2022:49-50; Ekmekçi ve ark., 2019:64.

⁹⁸ evaluative mediation

⁹⁹ Tanrıver, 2022:50; Ekmekçi ve ark.,2019:64.

¹⁰⁰ transformative mediation

¹⁰¹ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2021:37.

¹⁰² Tanrıver, 2022:51; Çırkan, 2021:51; Ekmekçi ve ark., 2019, 65.

¹⁰³ Tanrıver, 2022:51; Çırkan, 2021:51; Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2021:37.

¹⁰⁴ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2021:37.

Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin temel mevzuat 07.06.2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunudur. Kanun arabuluculuğu “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlamaktadır. Her ne kadar arabulucuya tarafların çözüm üretememesi halinde çözüm önerisi getirme yetkisi tanınmış olsa da Türk hukukunda benimsenen arabuluculuk modeli kolaylaştırıcı arabuluculuktur.¹⁰⁵

Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin diğer bir önemli kaynak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda arabuluculuk neticesinde tarafların imzaladığı anlaşma belgelerinin farklı ülkelerde icra edilebilmesini kolaylaştırmak amacıyla Birleşmiş Milletler çatısı altında hazırlanan Singapur Konvansiyonu¹⁰⁶dur. Türkiye Konvansiyonu 7 Ağustos 2019 tarihinde imzalamış, 25.02.2021 tarihli ve 7282 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuştur.¹⁰⁷ Konvansiyon 22 Nisan 2021 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1.2.4. Uzlaştırma

Uzlaştırma metodunun tanımı ve uzlaştırıcının görevleri konusunda öğretide yeknesak bir görüş bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Bir görüşe göre uzlaştırma; tarafsız ve bağımsız, uzmanlık eğitimi almış üçüncü kişinin uyuşmazlığın taraflarına somut olayın özelliklerine uygun çözüm seçenekleri sunarak tarafların bu öneriler üzerinde müzakere etmesini ve bunlardan biri üzerinde anlaşmaya varmalarını amaçlayan bir AUÇY yöntemidir. Uzlaştırıcı arabulucuya kıyasla genel olarak daha aktif bir rol üstlenir. Ancak taraflara bir çözüm dayatamaz, onları anlaşmaya zorlayamaz. Arabuluculuk menfaat odaklı, esnek, tarafların aktif olduğu ve yaratıcı çözümler sunulmasına imkân sağlayan bir AUÇY yöntemi iken uzlaştırma daha çok hak odaklı,

¹⁰⁵ Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2021:37.

¹⁰⁶ Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu

¹⁰⁷ Yağcı, 2022:529.

¹⁰⁸ Mackie, 1991: 88; Özbek, 2022:227-230.

hukuk kuralları ve delillerin ön planda olduğu, uzlaştırıcının aktif olduğu ve çözüm önerilerinin daha sınırlı olduğu bir AUÇY yöntemidir.¹⁰⁹

Diğer bir görüşe göre ise uzlaştırıcı, uyuşmazlığın çözümünde arabulucudan daha pasif bir rol üstlenir, tarafların müzakere masasına oturmasını sağlar ve görüşmelerde taraflara eşlik eder.¹¹⁰ Bu görüşe göre uzlaştırma, kolaylaştırıcı arabuluculuğa benzer bir süreç olarak yürütülür. Uzlaştırıcı kendi fikrini beyan edemez, taraflara önerilerde bulunamaz.¹¹¹

Başka bir görüşe göre ise uzlaştırmacının rolü, uyuşmazlığın yapısına, tarafların karakterine, taraflar arasındaki ilişkinin zedelenme oranına, müzakerenin kendine has yapısına göre farklılık gösterebilir. Bu sebeple uzlaştırma ve arabuluculuk kavramları aynı anlamdadır ve bu kavramları birbirinden ayırmanın herhangi bir faydası bulunmamaktadır.¹¹² Ayrıca uzlaştırma ve arabuluculuk kelimelerinin etimolojik kökenleri de birbirlerine çok yakın olup sıklıkla birbirlerinin yerine kullanılabilen kavramlardır.¹¹³ Zira 2002 tarihli UNCITRAL Milletlerarası Ticari Uzlaştırma Model Kanunun¹¹⁴ yerine düzenlenen 2018 tarihli model kanun, UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Sözleşmeleri Hakkında Model Kanun olarak adlandırılmıştır.¹¹⁵ Yeni model kanunda “uzlaştırma” yerine daha yaygın kullanılan “arabuluculuk” kelimesi tercih edilmiştir.¹¹⁶

Türk hukukunda uzlaştırmaya ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan biri de avukatların dâhil olduğu özel bir uzlaştırma süreci sonucunda imzalanan sözleşmeye, kanunda sayılan şartların sağlanması kaydıyla güçlü bir etki tanıyan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesidir. Söz konusu hüküm uyarınca, henüz dava açılmadan veya dava açılmış ise duruşmalar başlamadan önce, taraflar ve avukatlarınca imzalanan “uzlaşma

¹⁰⁹ Tanrıver, 2021b:247-248.

¹¹⁰ Mackie, 1991: 88; Özbek, 2005:105-109; Özbay 2006:464; Şahin Ceylan, 2009:308; Özbek, 2022:227-228.

¹¹¹ Özbek, 2005:105-109; Özbek, 2022:227-228.

¹¹² Özbek, 2022:228. Mackie, bazı ülkelerde arabulucunun uzlaştırıcıya göre daha aktif rol aldığını bazı ülkelerde ise tam tersinin görüldüğünü belirtmiştir (Mackie, 1991: 88).

¹¹³ Süral 1982:30; Süral 1993:55; Kocaoğlu, 1999:25.

¹¹⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation

¹¹⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), Er. 11 Mayıs 2023. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf>

¹¹⁶ Özbek, 2022:230.

konusunu, yerini, tarihini, tarafların karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları” içeren tutanak (sözleşme), ilâm niteliğindedir. Kanun koyucu, sayılan şartların yerine getirilmesi kaydıyla tarafların avukatları ile yaptıkları müzakere sonucu imzaladıkları belgeye bir mahkeme kararı ile aynı gücü tanımış ve mahkeme kararları gibi icra edilmesine (karşı tarafın icraya zorlanmasına) olanak sağlamıştır. Hükmün amacının mahkemelerin iş yükünün azaltılması olduğu belirtilmiştir.¹¹⁷

İlk bakışta tarafların avukatlarının uyuşmazlığın çözümünde rol alan üçüncü kişi niteliğini haiz olmadığından, diğer bir ifadeyle müvekkilleriyle bir değerlendirilmesi gerektiğinden, söz konusu yöntemin müzakere niteliğinde olduğu ileri sürülecektir.¹¹⁸ Ancak 14.04.2017 tarihli ve 30038 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Yönetmeliği’nin “Uzlaşma Sağlayan Avukatların Hak ve Yükümlülükleri” bölümünde yer alan 10’uncu maddesinde, avukatların çözüm önerilerinde bulunma ve müvekkilleri uzlaşma konusunda özendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu husus nazara alındığında söz konusu yöntemde avukatın üçüncü kişi uzlaştırmacı gibi rol aldığı söylenecektir.¹¹⁹ Uygulamada Avukatlık Kanunu’nun 35/A maddesi uyarınca yürütülen uzlaştırmalara sık rastlanmamakta, bu müessesenin etkin kullanılamaması eleştirilere konu olmaktadır.¹²⁰

Türk Hukukunda uzlaştırmaya ilişkin diğer bir kanuni düzenleme ise 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253’üncü maddesidir. Maddede sayılan suçlarda, *şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulur*. Kasten yaralama, taksirle yaralama, tehdit, hırsızlık, güveni kötüye kullanma suçları uzlaştırma kapsamında olan suçlardan bazılarıdır. Soruşturma konusu suçun 253’üncü madde kapsamında olması ve kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunması hâlinde, dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir ve uzlaştırma süreci başlar. Ayrıca 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun ek 1’inci maddesi ve devamı hükümlerinde,

¹¹⁷ Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avukatlık Kanununa Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Kütahya Milletvekili Emin Kara’nın 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/422,1/411,2/317), TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, S. Sayı: 413. 22.06. 1999, Er. 30 Nisan 2023

<<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c062/tbmm21062094ss0413.pdf>>

¹¹⁸ Tanrıver, 2021b:237.

¹¹⁹ Atalay, 2004:2215-2216; Sungurtekin Özkan, 2005:365.

¹²⁰ Atalay, 2004:2222-2223; Bulur, 2010:238-239.

04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8'inci ve geçici 6'ncı maddelerinde, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 18'inci maddesinde uzlaştırmaya ilişkin hükümler yer almaktadır.

1.2.5. Diğer Yöntemler

En çok başvurulmuş AUÇY yöntemleri müzakere, uzlaştırma ve arabuluculuktur.¹²¹ Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda en çok kullanılan yöntemler ise müzakere, arabuluculuk ve vakıaların saptanmasıdır (teknik bilirkişilik ve hakem bilirkişilik).¹²² Bunların dışında da çok çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Bu başlık altında diğer AUÇY yöntemlerine kısaca yer verilmiştir.

Tarafsız Ön Değerlendirme: Tarafların, uyuşmazlığın çözümünde nasıl bir yöntem kullanmaları gerektiğini belirlemek amacıyla henüz uyuşmazlığın başlangıcında, üzerinde anlaştıkları tarafsız, bağımsız ve tecrübeli bir üçüncü kişi aracılığıyla uyuşmazlığın ortaya çıkışı, gelişimi ve seyri hakkında bilgilendirilmesidir.¹²³ Üçüncü kişi, uyuşmazlığın ortaya çıkışı, gelişimi ve seyri hakkında sistematik bir inceleme yapar ve taraflar için bağlayıcı olmayan değerlendirmelerde bulunur. Bu sayede tarafların uyuşmazlık hakkında kapsayıcı bir fikir edinmeleri, uyuşmazlık hakkında yeni bakış açıları kazanmaları sağlanarak, uyuşmazlığın çözümünde nasıl bir yol izlemeleri gerektiği, hangi çözüm yöntemini tercih etmeleri gerektiği konularında karar almaları kolaylaştırılır.¹²⁴ Üçüncü kişinin sunduğu raporla taraflar güçlü ve zayıf yönlerini gerçekçi bir bakış açısıyla tespit etmiş olurlar. Raporda taraflara çözüm önerilerinde de bulunulabilir ve taraflar bu önerilerden biri üzerinde mutabakata vararak uyuşmazlığı sonlandırabilir.¹²⁵

Vakıaların Saptanması: Uyuşmazlığın tanımlanması, uyuşmazlığın temelindeki maddi olguların tarafsız, bağımsız, tecrübeli ve genellikle uzman üçüncü bir kişi tarafından açıklığa kavuşturulması yöntemidir.¹²⁶ Tarafsız ön değerlendirme yöntemi ile benzer nitelikler taşısa da daha kapsamlı ve derin bir araştırma içerir.¹²⁷ Taraflar, durumlarının objektif bir şekilde

¹²¹ Özbek, 2022:227.

¹²² Şanlı, 2019:528-548.

¹²³ Ildır, 2003:83; Küçükgüngör, 2004:57; Pekcanitez, 2005:16.

¹²⁴ Ildır, 2003:83; Küçükgüngör, 2004:57.

¹²⁵ Ildır, 2003:85.

¹²⁶ Ildır, 2003:78; Pekcanitez, 2005:16.

¹²⁷ Soysal, 2005: 214.

değerlendirilmesi ve özellikle yargı yoluna başvurmaları halinde davayı kazanma olasılıkları hakkında fikir sahibi olmaları için bu yöntemi tercih edilebilir.¹²⁸ Vakıa saptayıcı aydınlatılması gereken olgulara ilişkin tarafların iddialarını dinler, bu olgulara ilişkin bilgilere ulaşır, taraflarla ve tanıklarla lüzum gördüğü takdirde ayrı ayrı görüşür, ayrıntılı bir araştırma yapar ve taraflara raporunu sunar. Bu rapor öneri de içerebilir¹²⁹ ancak taraflar bu önerilerle bağlı değildir.¹³⁰ Zira vakıa saptayıcının maddi olgulara dayanan çözüm önerisinin bağlayıcı olduğu taraflarca kararlaştırılırsa burada bir AUÇY yönteminden değil 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193'üncü maddesi anlamında münhasır delil sözleşmesi olan hakem bilirkişilik söz konusu olacaktır.¹³¹ Vakıaların saptanması yöntemine genellikle diğer AUÇY yöntemleriyle birlikte bu yöntemleri tamamlayıcı olacak şekilde başvurulur.¹³² Vakıaların saptanması, hisse senetlerinin değerlerinin tespiti, şirket birleşmelerinde fiyat tespiti, sigorta, gaz ve petrol projelerinde ortak hisse değerlerinin belirlenmesi ve inşaat sözleşmelerinde metraj hesaplarının yapılması için sıklıkla tercih edilmektedir.¹³³

Kısa Duruşma: Tarafların temsilcileri ile tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin oluşturduğu bir kurulun, bağlayıcı olmamak kaydıyla uyuşmazlığa dair çözüm önerisi sunmak için uyuşmazlığı içselleştirerek gizlilik içinde değerlendirmesidir.¹³⁴ Taraflar, üçüncü kişinin yetkilerine kendileri karar verir. Bu bağlamda üçüncü kişinin oturumlara başkanlık etmek, arabuluculuk yapmak, görüş bildirmek ve son kararı vermek yetkilerinden hangilerine sahip olacağını taraflar serbestçe kararlaştırır.¹³⁵ Bu sebeple kısa duruşma; tahkim, müzakere ve arabuluculuk yöntemlerinin özelliklerini taşıyan yaratıcı bir yöntemdir.¹³⁶ Kısa duruşma anlaşmasında duruşmanın tarihi ve saati, taraflara iddialarını dile getirmeleri için tanınacak süre, duruşma usulü, tanık listesi, nelerin delil sayılacağına ilişkin ilke ve kurallar ile temsilcilerin kimler olacağı da belirlenir. Bu kurallar çerçevesinde kurul taraflarca arz edilenleri ve tanıkları dinler, elde edilen bilgileri değerlendirir ve çözüm için görüşmelerde bulunur. Bu

¹²⁸ Ildır, 2003:79.

¹²⁹ Ildır, 2003:80; Pekcanıtez, 2005:16; Özekes ve ark., 2017: 2810.

¹³⁰ Ildır, 2003:81; Özekes ve ark., 2017: 2811.

¹³¹ Tanrıver, 2021b:241; Özekes ve ark., 2017:2810.

¹³² Özekes ve ark., 2017: 2810.

¹³³ Küçükgüngör, 2004:56.

¹³⁴ Ildır, 2003:108; Pekcanıtez, 2005:16.

¹³⁵ Ildır, 2003:108-109.

¹³⁶ Şahin Ceylan, 2009: 309.

AUÇY yöntemi iş çevrelerinde ve özellikle ticari uyuşmazlıklarda olumlu neticeler vermektedir.¹³⁷

Hâkim Kiralama: Tarafların aralarındaki uyuşmazlık için, görevde bulunan veya emekli olmuş bir yargıca ücret ödeyerek, kural olarak, devlet yargısındaki usul kuralları çerçevesinde bir karar vermesini talep ettikleri yöntemdir. Hâkim kiralama yönteminde yapılan duruşmalar gizlidir ve mahkeme tarafından onaylanmadıkça bağlayıcı değildir.¹³⁸ Bu yöntem Türk hukukuna yabancı nitelikte olup ABD’de uygulanmaktadır.¹³⁹

Arabuluculuk – Tahkim (Med-Arb): Bir AUÇY modeli olan arabuluculukla, istisnai bir yargı yolu niteliğindeki tahkimin birlikte uygulandığı karma yöntem verilir.¹⁴⁰ Bu yöntemde taraflar öncelikle arabuluculuğa başvurmaya ve süreç anlaşma ile neticelenmezse tahkim yoluyla uyuşmazlığı neticelendirmeye karar verirler. Arabulucu ve hakemin aynı kişi olması mümkündür.¹⁴¹ Arabuluculuk-tahkim yönteminde, arabuluculuk aşamasında uyuşmazlığın tarafları ve uyuşmazlık konusunda detaylı bilgi edinilmiş olması, tahkim aşamasının hızlı bir şekilde neticelenmesini, zamandan ve emekten tasarruf edilmesini sağlamaktadır. Ancak arabulucu ve hakemin aynı kişi olduğu durumlarda bu yöntem bazı sakıncalar taşıdığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Zira arabulucunun taraflardan edindiği hassas ve gizli bilgilerden etkilenecek tarafsızlığını koruyamaması mümkündür.¹⁴² Taraflar bu ihtimali gözeterek arabuluculuk sürecinde yeterince açık ve paylaşımcı olmayabilirler.¹⁴³ Öğretide belirtilen diğer bir sakınca da arabulucunun arabuluculuk aşamasında önerdiği ancak taraflarca kabul edilmemiş olan çözüm yöntemini, hakem olarak vereceği kararda esas alma ihtimalidir.¹⁴⁴ Bu yöntem her ne kadar Med-Arb olarak nitelendirilse de uygulamada arabuluculuk ve tahkim süreçlerinin birlikte yürütülmesi (paralel kullanım) veya tahkim süreci başlatıldıktan sonra arabuluculuk yönteminin denenmesi yahut arabuluculuk-tahkim-arabuluculuk metodlarının anılan sırayla yürütülmesi gibi çok çeşitli kombinasyonlar görülebilmektedir. Doktrinde otuzun

¹³⁷ İldır, 2003:108, 111.

¹³⁸ İldır, 2003:77.

¹³⁹ Tanrıver, 2021b:243-244.

¹⁴⁰ Özbek, 2022:230; Tanrıver, 2021b:244.

¹⁴¹ İldır, 2003:102; Yeşilirmak, 2018:183; Akıncı, 2021:19-20.

¹⁴² Ekmekçi ve ark., 2019:16-17; Yeşilirmak, 2018:183-184; İldır, 2003:102.

¹⁴³ Yeşilirmak, 2018:184.

¹⁴⁴ Ekmekçi ve ark., 2019:16-17; İldır, 2003:102.

üzerinde kombinasyon olduğu belirtilmiştir. Ancak en yaygın olanlar; önce arabuluculuk sonra tahkim sürecinin işletilmesi yöntemi (ardışık kullanım) ve paralel kullanımdır.¹⁴⁵

1.3. Tahkim

1.3.1. Tahkim Kavramı

Tahkim, Arapça kökenli bir kavram olup kelime anlamı sağlamlaştırmaktır. Bu tanımdan yola çıkıldığında tahkim, uyuşmazlık konusunun karar vermeye ehil bir kişiye bırakılarak, belirsizliklerin giderilmesi, karşılıklı yükümlülüklerin tespit edilmesi ve taraflar arasındaki ilişkinin daha sağlam hale getirilmesi olarak anlaşılabılır.¹⁴⁶ Hukuki bir terim olarak tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözülmesine izin verdiği konularda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, hakem adı verilen özel kişi veya kişiler tarafından kesin ve bağlayıcı olarak çözülmesidir.¹⁴⁷

Tahkimin kendine özgü nitelikleri, kelime anlamında olduğu gibi, uyuşmazlığın çözümünde taraflar arasındaki ilişkinin sağlamlaştırılmasına olanak sağlamaktadır. Şöyle ki taraflar çoğunlukla henüz uyuşmazlık çıkmadan uyuşmazlığın hangi koşullarda ve usullerle çözümleneceğini belirleyerek ve uyuşmazlığı çözecek hakemleri seçerek çözüm için iradelerini ortaya koymaktadırlar. Bu durum taraflar arasındaki ilişkilerin geliştirilmesine olanak tanır.¹⁴⁸

Tahkim, bir uyuşmazlığın devlet yargısında görevli olan hâkimler tarafından değil uyuşmazlığın çözümü için seçilen hakemler tarafından sonlandırılmasıdır ve bir yargılama niteliğindedir.¹⁴⁹ Dolayısıyla tahkim, devletin yargılama yetkisinden kısmen de olsa sarfınazar etmesini gerektirir.¹⁵⁰ Bu sebeple her türlü uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü mümkün olmayıp kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulara ilişkin ihtilaflar tahkim ile neticelendirilebilir. Buna tahkime elverişlilik denir. Taraflar, tahkime elverişli konularla sınırlı

¹⁴⁵ Yeşilirmak, 2018:185-186.

¹⁴⁶ Ağırman, 2022:35.

¹⁴⁷ Yeğengil, 1974:94; Akıncı, 2021:5; Ağırman, 2022:35-36.

¹⁴⁸ Ağırman, 2022: 35.

¹⁴⁹ Yeğengil, 1974:94; Kuru, 2001:5875; Kalpsüz, 2003:1028; Ağırman, 2022:36.

¹⁵⁰ Ağırman, 2022:36.

olmak kaydıyla, aralarında mevcut yahut doğabilecek olan bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne karar verebilir. Tarafların bu yöndeki anlaşmalarına tahkim sözleşmesi denir.¹⁵¹

Tahkim, iki taraf arasındaki borç ilişkisinin taraflarla ilişkili bir üçüncü kişi (genellikle devlete) ile tasfiye edilmesi olan konsolidasyondan farklı bir kavram olup konsolidasyonla karıştırılmamalıdır.

1.3.2. Tahkimin Tarihî Gelişimi

Tahkimin tarihsel temellerine bakıldığında, eski Mısır uygarlığında ve eski Yunan ve Roma hukuklarında uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine hakem sıfatını taşıyan özel kişilerce çözüldüğü bilinmektedir.¹⁵² Antik Yunan uygarlığında, tahkimin M.Ö. 7. yüzyıldan itibaren kullanıldığı bilinmekte, hem özel hukuk hem kamu hukuku alanlarında tahkimin izlerine rastlanmaktadır. Yunan şehir devletleri arasındaki uyuşmazlıkların ve şehir devletlerinin meclislerinde farklı gruplar arasında çıkan uyuşmazlıkların seçilen hakemler aracılığıyla çözüldüğü görülmektedir. Demosthenes'in eserlerinde, eski Yunan'da, tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere başvurabildikleri, istedikleri kişileri hakem olarak seçebildikleri ve hakemin kararına itiraz etmeksizin boyun eğdikleri belirtilmiştir.¹⁵³

Roma Hukukunda, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözeceklerine ilişkin anlaşma yaptıkları bilinmektedir.¹⁵⁴ Ancak bu sözleşme uyarınca verilen hakem kararına taraflardan birinin uymamasının önceleri herhangi bir yaptırımını bulunmamaktadır.¹⁵⁵ Justinien döneminde, 529 yılında çıkarılan bir kanunla tahkim sözleşmesi ve hakem kararlarının geçerliliğine ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Bu kanuna göre tarafların hakem kararını kabul edeceklerini ve hakemin vicdanına göre karar vermeye yetkili olduğunu belirli şekil şartlarına

¹⁵¹ Alangoya, 1973:1; Akıncı, 2021:32; Ağırman, 2022:36. Tahkim esas itibariyle tarafların bu yolu tercih etmelerine bağlıdır. Tahkime başvurulmasının zorunlu olduğu durumlar bu temel kuralın istisnasını oluşturur. Kanunda açıkça düzenlenen bazı konularda taraflar, devlet mahkemesine değil tahkim yoluna başvurmak zorundadırlar. 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun, Türk hukukunda zorunlu tahkime örnek teşkil eder. Bu bağlamda, kanun kapsamındaki idareler arasında doğan uyuşmazlıklar, kanun hükmüne göre belirlenecek yerin yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından *hakem sıfatıyla* çözümlenir (Akıncı, 2021:8).

¹⁵² Şanlı, 1986:13. Yılmaz, 2000:268, Dayınlarlı, 1997:7.

¹⁵³ Yeğengil, 1974:17.

¹⁵⁴ Yeğengil, 1974:27.

¹⁵⁵ Yeğengil, 1974:31; Küçükgüngör 1998:138.

uyarak ve hakem önünde kabul etmeleri halinde, verilen hakem kararının tenfizi ve icrası mümkündür.¹⁵⁶

Ortaçağ Avrupası'nda Hristiyanlığın yayılmasının etkisiyle eski Roma Hukuku tekrar hâkim hukuk olmuş ve tahkim uygulama kabiliyeti kazanmıştır. Hristiyan cemaate mensup kişiler arasındaki uyuşmazlık devlet mahkemelerine gitmeden özel kişiler aracılığıyla çözülmüştür. Ardından feodal beyliklerin yıkılarak yerine merkezi yönetimlerin kurulması kodifikasyon sürecini başlatmış, bu süreçte 1510 tarihinde çıkarılan kanunda tahkime de yer verilmiş ve tahkim kanuni bir koruma kazanmıştır.¹⁵⁷

Eski Türk topluluklarında bugünkü anlamda bir tahkim uygulamasının bulunmadığı, ancak özellikle ticari alandaki uyuşmazlıkların hakeme benzer kişilerce çözüldüğü görülmektedir.¹⁵⁸ İslam hukukunun temel kaynağı Kur'an'a bakıldığında ise uyuşmazlıkların genel yargının yanında ihtiyari olarak hakem tayin etmek suretiyle çözümlenmesine ilişkin hükümler bulunduğu görülmektedir.¹⁵⁹ Osmanlı hukuku incelendiğinde, ana kaynaklarından birinin İslam hukuku olduğu, Osmanlı'da uzun bir süre tahkime ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı ancak buna rağmen tahkimin uygulandığı söylenebilir.¹⁶⁰ Örneğin Anadolu'da 13. yüzyıldan itibaren kurulan ahilik birlikleri, esnaf ve sanatkârların dayanışmalarını sağlamanın yanı sıra uyuşmazlıklarının hakemler aracılığı ile çözümlenmesine olanak sağlamıştır.¹⁶¹ Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı hukukunda kodifikasyon çalışmalarına başlanmış, Fransız usul kanununun iktibas edilmesi yoluyla ilk usul kanunumuz olan 1861 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi yürürlüğe girmiştir. Bu kanununda bugünkü anlamda tahkim olarak nitelendirilemese de belli uyuşmazlıklardaki hesapların yapılması ve hakimnin karar vermesini kolaylaştırmak adına hakemlerin atanabileceği düzenlenmiştir. 1864 tarihli deniz ticaret kanununda ise tarafların deniz sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların hakemlerce çözüleceği yönünde anlaşma yapmalarına olanak sağlanmıştır. Bu hükümler Osmanlı mevzuatında tahkime ilişkin ilk düzenlemelerdir. Günümüz tahkim hukukuna en yakın ve

¹⁵⁶ Ağırman, 2022:51. Tenfiz, yabancı mahkeme veya hakem kararının tenfiz işleminin gerçekleştiği devlette icra edilebilir olmasıdır (Akıncı, 2021:523).

¹⁵⁷ Ağırman, 2022:52-53.

¹⁵⁸ Ağırman, 2022:57.

¹⁵⁹ Ağırman, 2022: 62.

¹⁶⁰ Ağırman, 67-68.

¹⁶¹ Akıncı, 2021:6.

somut düzenlemelere, ilk kez Mecelle'nin dördüncü bölümünde bulunan 1841 ila 1851'inci maddelerinde yer verilmiştir.¹⁶² Mecelle'de tahkim, “*hasım olan iki tarafın ihtilaflarının halli için kendi rızalarıyla üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmeleri*” olarak tanımlanmıştır.¹⁶³

Tahkimin ticari uyuşmazlıklarda gelişmesindeki en büyük etkenler, bir sonraki başlıkta tahkimin avantajları arasında belirtileceği üzere, tarafların ihtilafı hızlı şekilde sonuçlandırmak istemesi ve farklı milliyetten olmaları durumunda da diğer tarafın ulusal mahkemelerinde keyfi muamelelere maruz kalmak istememesidir.¹⁶⁴ Ticari tahkimin, uluslararası ticaret camiasının ihtiyaçları üzerine ulusal ve uluslararası kanun koyucuların bu camia tarafından zorlanması neticesinde geliştiği söylenebilir. Tacirler tahkim ile hukuki risklerini azaltmayı ve bu risklere karşılık gelen maliyetleri en aza indirmeyi amaçlanmıştır.¹⁶⁵ Örneğin İngiliz hukukunda tacirler arasındaki uyuşmazlıklar için ticari örf – adet kurallarını esas alan ticaret hukuku (Law Merchant) oluşturulmuş, uyuşmazlıkların hızlı ve keyfiyetten uzak şekilde çözülmesini isteyen tacirler, piyasaya ilişkin işlerinde Anglo – Sakson hukukuna değil bahse konu ticaret hukukuna göre karar veren özel görevli ticaret mahkemelerinin¹⁶⁶ kurulmasını sağlamıştır.¹⁶⁷ 20. yüzyılda, bugünkü gibi bir ticari pazar konumunda olan Avrupa'nın başlıca etkin şehirlerinden (Venedik, Floransa, Barselona gibi) yola çıkarak uluslararası piyasalara giden tacirler de taraf oldukları ihtilafların çözümünde mahkeme kararlarını beklemek istememişlerdir. Bu sebeple tacirler uyuşmazlıklarını, daha kısa sürede, resmi olmayan usullerle, alanında uzman ve kendileriyle aynı konumda olan özel kişilere havale etmişlerdir. Tacirler tarafından yürütülen ticari tahkim, bu alana ilişkin maddi hukukun¹⁶⁸ da gelişmesini sağlamıştır.¹⁶⁹

Tahkime dair ilk uluslararası sözleşme 1923 tarihli Tahkim Şartlarına İlişkin Cenevre Protokolü¹⁷⁰'dür. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi¹⁷¹ ise tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartlarına ilişkin düzenlemelere yer

¹⁶² Ağırman, 2022: 69-70.

¹⁶³ Berki, 1982:406.

¹⁶⁴ Jenks, 1950: 54; Özbek, 2022:256.

¹⁶⁵ Şanlı, 2019:317.

¹⁶⁶ *court merchant*

¹⁶⁷ Jenks, 1950: 54; Özbek, 2022:256.

¹⁶⁸ ticaret hukuku, *ius marcatorum*

¹⁶⁹ Özbek, 2022:276-257.

¹⁷⁰ Protocol on Arbitration Clauses

¹⁷¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

veren ilk uluslararası belgedir.¹⁷² Ayrıca New York Sözleşmesi'ne çok sayıda ülkenin taraf olması neticesinde yabancı hakem kararlarının dünya genelinde tanınması ve tenfizi kolaylaşmıştır.¹⁷³ Tahkime ilişkin önemli bir diğer uluslararası sözleşme, 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi¹⁷⁴dir. Sözleşme ile tahkim sözleşmelerinin şekli, geçerliliği, akit devletlerin hukuk sistemlerinde kabulü konuları düzenlenmiştir. Bu esnada, uluslararası düzenlemelerle eş zamanlı olarak birçok devlet de kendi ulusal düzenlemelerini yürürlüğe koymuştur. Devletlerin tahkime ilişkin ulusal mevzuatlarının modernize edilmesi, uluslararası tahkimin hukuki zemininin hazırlanması ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla 1958 tarihinde Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından, Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun¹⁷⁵ hazırlanmıştır. UNCITRAL Model Kanunu, 2006 yılında revize edilmiştir.¹⁷⁶ Türkiye değinilen bu üç uluslararası sözleşmeye de taraf olmuş,¹⁷⁷ tahkime ilişkin mevzuat düzenlemelerinde UNCITRAL Model Kanunu'nu esas almıştır.¹⁷⁸ Günümüzde özellikle milletlerarası ticari ilişkilerin zamanla artması neticesinde, taraflar arasındaki ihtilafların devlet mahkemeleri yerine taraflarca seçilen hakem veya hakem heyetlerince çözülmesi yöntemi giderek yaygınlaşmıştır.¹⁷⁹

Türk hukukunda tahkime ilişkin toplu ilk yasal düzenlemenin 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) olduğu görülmektedir. HUMK'un 516 ilâ 536'ncı maddelerinde milli tahkim düzenlenmiştir. HUMK'u yürürlükten kaldıran 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hala yürürlükte olup *21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. 21.06.2021 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ise yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır.*

¹⁷² Ağırman, 2022:80.

¹⁷³ Şanlı, 2019:322; Tractenberg, 2019:452-453; Akıncı, 2021:10

¹⁷⁴ European Convention on International Commercial Arbitration

¹⁷⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

¹⁷⁶ Ağırman, 2022: 80.

¹⁷⁷ Ağırman, 2022:80.

¹⁷⁸ Ekşi, 2019:9; Akıncı, 2021:41.

¹⁷⁹ Akıncı, 2021:6.

Ayrıca devletin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebilmesi amacıyla 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı yasa ile Anayasa'nın 125'inci maddesi değiştirilmiş, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmesine ilave hüküm getirilmiştir. Anayasa'nın 125'inci maddesine göre *“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.”* Bahse konu Anayasa değişikliğiyle uyumlu olarak 06.01.1982 tarihli 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun idare mahkemelerinin yargı yetkisini düzenleyen 2'nci maddesi de değiştirilmiş, *“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”*ın idari dava niteliğinde olduğu belirtilmiştir. 13.08.1999 tarihli ve 4446 Sayılı Kanunla Anayasa'nın 47'nci maddesi de değiştirilmiş, kamunun yürüttüğü yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirtileceği düzenlenmiştir. Anayasa değişikliğine paralel olarak 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesi hükmü *“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir”* şeklinde değiştirilmiştir.

Devletin taraf olduğu tahkim yargılamalarına ilişkin bir diğer önemli mevzuat 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun'dur. Buna ek olarak, yalnızca yabancı sermaye yatırımına ilişkin esasları düzenleyen 05.06.2023 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda da yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde milli ve milletlerarası tahkime ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Dünyadaki ve Türkiye'deki tarihsel gelişimine ve güncel duruma bakıldığında, tahkim uygulamasının özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde giderek yaygınlaştığı görülmektedir.¹⁸⁰ Bu bağlamda uyuşmazlıkların hallinde tahkim yolunun tercih edilmesinin sağlayabileceği avantajlara ve sebep olabileceği dezavantajlara değinilmesi yerinde olacaktır.

¹⁸⁰ Akıncı, 2021:6.

1.3.3. Tahkimin Avantajları ve Dezavantajları

Tahkim uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerinde dava açılmasına kıyasla daha çok tercih edilmektedir. Özellikle uluslararası ticari ihtilaflar için asli çözüm yolu haline gelmiştir.¹⁸¹ Milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için uluslar üstü bir mahkeme bulunmamaktadır. Bu nedenle tarafların uyuşmazlığı mahkeme aracılığıyla çözmeyi tercih etmesi halinde bir devlet mahkemesine başvurmaları gerekecektir.¹⁸² Bu durumda taraflar, genellikle ihtilafların diğer tarafın milli mahkemelerinde çözülmesini istemezler.¹⁸³ Zira bir ülkenin mevzuatında her ne kadar mahkemelerin tarafsız olduğu vurgulanmış olsa da hâkimlerin bağlı bulundukları devletin toplumsal, ekonomik ve siyasal politikalarının az veya çok etkisi altında olduğu ileri sürülmektedir.¹⁸⁴ Ulusal mahkemeler, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda milliyetçi yaklaşımlarının verdikleri kararda etkili olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁸⁵ Bu sebeple özellikle taraflardan birinin devlet olduğu uyuşmazlıklarda, bahse konu devletin mahkemelerinde dava açılması diğer tarafça tercih edilmez. Bu bağlamda tahkim, uyuşmazlığın hiçbir taraf için avantaj teşkil etmemesi ve taraflar açısından nötr olması sebebiyle yabancılık unsuru içeren ticari uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılmaktadır.¹⁸⁶

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin tercih edilmesinin bir diğer nedeni ise mahkeme kararlarına kıyasla hakem kararlarının tenfizinin daha kolay olmasıdır.¹⁸⁷ Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ile yabancı hakem kararlarının tenfizinin farklı hükümlerle ve koşullarla düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 54'üncü maddesine göre yabancı bir mahkeme kararının Türk mahkemesi tarafından tenfizine hükmedilebilmesi için diğer koşulların yanında, *“Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmin verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili*

¹⁸¹ Özbek, 2022:218.

¹⁸² Şanlı, 1986:321; Birsell, 1980:100.

¹⁸³ Şanlı, 1986:321; Birsell, 1980:100; Tractenberg, 2019:454.

¹⁸⁴ Şanlı, 2019:82.

¹⁸⁵ Tractenberg, 2019:454.

¹⁸⁶ Şanlı, 1986:321; Birsell, 1980:100.

¹⁸⁷ Akıncı, 1994:40.

uygulamanın bulunması” gerekmektedir. Türkiye, yabancı mahkeme kararlarının infazına olanak tanıyan çok taraflı bir anlaşmaya taraf olmadığı gibi yabancı mahkeme kararların tenfizi konusunda az sayıda ülke ile ikili anlaşma yapmıştır.¹⁸⁸ Diğer yandan Türkiye, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesine taraftır. New York sözleşmesine bugüne kadar 172 ülke taraf olmuştur¹⁸⁹ ve bu sayede yabancı hakem kararlarının tenfizi dünya genelinde kolaylaştırılmıştır¹⁹⁰.

Tahkim uyuşmazlığın uzman kişilerce çözümüne olanak sağladığından, daha çok teknik bilgi ve tecrübe gerektiren uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilmektedir¹⁹¹. Devlet yargılamasında uyuşmazlık, mevzuat uyarınca yetkili ve görevli hâkimler tarafından çözülür. Tabii hâkim ilkesi gereğince tarafların davalarında görevlendirilecek hâkimi seçme imkânları bulunmamaktadır.¹⁹² Diğer yandan tahkim yolunda taraflar uyuşmazlığın ilgili olduğu alanda uzman kişi veya kişileri hakem olarak seçebilmektedir. Bu sayede hem yargılama hızla sonuçlanmakta hem de hakemler sahip olduğu bilgi birikimini uyuşmazlığın çözümünde kullandıkları için neticede daha doğru bir karar elde etme ihtimali artmaktadır.¹⁹³ Türk hukuku açısından bakıldığında; hâkimin hukuk dışında herhangi bir uzmanlığını, sorumlu olduğu dava dosyalarında kullanması mümkün değildir ve hâkim hukuk dışı alanlara ilişkin inceleme ve tespitlerini bilirkişiler aracılığıyla yapmak zorundadır.¹⁹⁴ Bu durum davanın tarafları için zaman ve yargılama masrafına sebep olmakta, devlet yargısı ve tahkim kıyasında tahkim lehine değerlendirilmektedir.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Akıncı, 2021:10.

¹⁸⁹ New York Arbitration Convention, Contracting States, Er. 31 Mayıs 2023. <<https://www.newyorkconvention.org/countries>>

¹⁹⁰ Şanlı, 2019:322; Tractenberg, 2019:452-453; Akıncı, 2021:10. Ayrıca yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen MÖHUK m. 62 hükmünde, tenfiz işleminin yapılma şartları değil, tenfiz talebinin reddine ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile, 62’nci maddede sayılan hallerin varlığı dışında yabancı hakem kararlarına ilişkin tenfiz taleplerinin kabul edilmesi gerekmektedir. New York Sözleşmesine taraf olan ülke sayısının fazla olması nedeniyle MÖHUK m.62’nin uygulama alanı dar olsa da bu hüküm New York Sözleşmesi’nin ilgili maddesi ile benzerlik taşımakta, yabancı hakem kararlarının tenfizi için zorlayıcı şartlar içermemektedir.

¹⁹¹ Perino, 2002:3; Dayınlarlı, 2014:4.

¹⁹² Akıncı, 2021:10.

¹⁹³ Şanlı, 2019:320; Akıncı, 2021:11.

¹⁹⁴ Pekcanıtez ve ark., 2017a:1914-1930; Tanrıver, 2021a:979-981; Yılmaz, 2021:4146.

¹⁹⁵ Şanlı, 2019:320.

Taraflara, devlet yargılamasına kıyasla daha kısa sürede uyuşmazlığa ilişkin bağlayıcı bir karar alma olanağı sunması tahkimin bir diğer avantajıdır. Şöyle ki birçok devletin yargı sistemi mahkemelerdeki iş yoğunluğu sebebiyle yavaş ilerlemektedir. Ayrıca mahkemelerce verilen kararlar, üst derece mahkemelerince incelenebilmekte, kimi durumlarda üst derece mahkemesi karar vermek yerine verilen kararı bozarak dosyayı tekrar ilk derece mahkemesine gönderebilmektedir.¹⁹⁶ Diğer yandan tahkim süreci neticesinde verilen hakem kararları taraflara tebliğ edildiği anda kesin ve bağlayıcı niteliktedir.¹⁹⁷ Ayrıca uyuşmazlığı çözen hakemler mahkemelere kıyasla çok daha az davaya baktıklarından, sorumlu oldukları davaları daha hızlı çözüme kavuşturmaktadır.¹⁹⁸

Mahkemeler, bulundukları devletlerin usul kurallarıyla bağlıdırlar. Ancak tahkim yargılamasında taraflar, uygulanacak usul kurallarının ve yargılama dilinin belirlenmesinde serbesttir.¹⁹⁹ Bu serbestlik tarafların zamandan ve maliyetten tasarruf etmelerini sağlamaktadır. Örneğin taraflar mahkemelerde aylarca süren posta yoluyla resmi tebligat usulü yerine; tebligatların e-posta, faks veya özel kurye yoluyla yapılacağını kararlaştırabilirler. Yahut tarafların yargılama dilini belirleme serbestisi sayesinde, birçok belge ve beyan herhangi bir çeviriye ihtiyaç duyulmadan yargılamada doğrudan kullanılabilir, zaman kaybı ve ilave masraflar önlenir ve devlet yargısında görülen çeviriye ilişkin itirazların tahkim yargısında ileri sürülmesinin önüne geçilmiş olacaktır.²⁰⁰

Ulusal mahkemelerin yargılama usulünde alenilik ilkesi uygulanmakta iken²⁰¹, tahkim yargılamasında kural olarak gizlilik esastır. Uyuşmazlığın gizlilik içerisinde neticelenmesi ve

¹⁹⁶ Akıncı, 2021:11.

¹⁹⁷ Tractenberg, 2019:454; Akıncı, 2021:11. Hakem kararları genel olarak kesin kararlar olmakla birlikte bazı istisnalar da bulunmaktadır. Örneğin Amerikan Tahkim Derneği'nin (American Arbitration Association) iştiraki olan The International Centre for Dispute Resolution (ICDR), tarafların hakem kararının temyiz incelemesinden geçirilmesi hususunda anlaşmalarına olanak tanımaktadır (Tractenberg, 2019: 454). Amerika'da kurulmuş bir uluslararası uyuşmazlık çözüm merkezi olan JAMS da benzer şekilde taraflara hakem kararının bir kez daha incelenmesi hususunda anlaşma olanağı sunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.jamsadr.com/appeal/>> Ayrıca ad-hoc tahkimde taraflar da hakem kararına karşı bir yüksek hakem mahkemesine başvurulacağını kararlaştırabilir, diğer bir ifade ile dereceli bir tahkim yargılamasını tercih edebilirler. HMK ve MTK'nın emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla böyle bir belirleme Türk hukukunda da geçerlidir (Erdoğan, 2020:117).

¹⁹⁸ Akıncı, 2021:11.

¹⁹⁹ Akıncı, 1996: 95-96-101.

²⁰⁰ Akıncı, 2021:11.

²⁰¹ Türk hukukunda da yargılamanın aleniliği esastır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aleniyet ilkesi başlığını taşıyan 28'inci maddesinin ilk iki fıkrası şöyledir: "(1) *Duruşma ve kararların bildirilmesi*

hakem kararlarının genel olarak yayınlanmaması, özellikle ticaret hayatındaki aktörlerin tahkimi tercih sebebidir.²⁰²

Son olarak tahkimin avantajları arasında devlet yargısına göre ucuz olması belirtilmiştir.²⁰³ İstatistiki verilere bakıldığında devlet mahkemelerine erişim, tahkim heyetlerine kıyasla genellikle ücretsizdir. Ancak davaya hazırlık süreci, avukat vekâlet ücreti ve dava değerine göre ödenen nispi harçlar dikkate alındığında, tahkimin daha ucuz olduğu ileri sürülmüştür.²⁰⁴ Diğer yandan uyuşmazlığın değerinin yüksek olduğu durumlarda tahkime başvurmak devlet mahkemelerine oranla daha ucuzken uyuşmazlığın değerinin az olduğu (talep miktarının düşük olduğu) davalarda tahkim devlet yargısına göre pahalı bir yol olabilmektedir. Bununla birlikte ticari hayatın hızı dikkate alındığında, özellikle zamanın paradan çok daha değerli olduğu yatırım ve borsa gibi alanlarda²⁰⁵, tahkim yolu daha pahalı gibi görünse de daha ekonomik bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır.²⁰⁶

Tahkim, avantajlarının yanı sıra birtakım sakıncaları da barındırmaktadır. Tahkimin sağladığı irade serbestisine dayanılarak; hakem seçimi, tahkime uygulanacak usul kurallarının belirlenmesi, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukukun belirlenmesi gibi kritik konularda yapılacak hatalı bir seçim, yargılamanın neticesini büyük oranda ve olumsuz şekilde etkileyecektir. Tahkimin bir diğer dezavantajı ise hakemlerin, devlet yargısının ulusal mahkemelere tanıdığı üstün nitelikleri haiz olmamasıdır. Bu bağlamda tanığın zorla getirilmesi, resmî makamlardan belge talep edilmesi gibi devlet yargısının sahip olduğu birçok yetki hakemlerce kullanılamamaktadır. Ancak bu olumsuzluğun bir nebze giderilmesi adına, bazı

alenidir. (2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kaldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir. ”

²⁰² Alangoya, 1973:19; Yeğengil, 1974:100-102; Şanlı, 1986:24. Ancak, devletin taraf olduğu uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü kendisine has özellikler taşıyan bir tahkim türü olup farklılaştığı alanlardan biri de sürecin görece şeffaf olmasıdır. Örneğin ICSID bünyesinde gerçekleştirilen yatırım tahkimi kararları çevrimiçi olarak yayımlanmaktadır. (Tractenberg, 2019:455-456, Ayrıntılı bilgi için bkz. ICSID, Confidentiality and Transparency - ICSID Convention Arbitration (2022 Rules), Er. 01 Haziran 2023. <<https://icsid.worldbank.org/procedures/arbitration/convention/confidentiality-transparency/2022>>)

²⁰³ Sussman, 2009:21; Şanlı, 2019:322; Akıncı, 2021:12

²⁰⁴ Sussman 2009: 21.

²⁰⁵ Katsoris, 1985:3.

²⁰⁶ Akıncı, 2021:12.

durumlarda hakemlerin devlet mahkemelerinden yardım talep etmesine olanak tanınmaktadır.²⁰⁷

Tahkim yargılamasına, tahkim sözleşmesine taraf olmayan üçüncü kişilerin dâhil edilmesi çok zordur.²⁰⁸ Birden fazla davalının veya davacının bulunduğu benzer konulardaki uyuşmazlıklarda, tahkim yolunun tercih edilmesi durumunda tarafların rızası olmaksızın yargılamaya dâhil edilmeleri mümkün değildir.²⁰⁹ Aynı sebeple taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunsa bile rızaları olmadığı müddetçe davalar birleştirilemeyeceğinden taraflar arasında aynı anda görülen birden çok tahkim yargılaması bulunabilir.²¹⁰ Bu durum ise farklı kararların ortaya çıkma ihtimalini doğurmaktadır. Ayrıca davaların ayrı yürütülmesi taraflar nezdinde ilave mali yük ve zaman kaybına sebep olmaktadır.²¹¹

Her ne kadar New York Sözleşmesi sayesinde hakem kararlarının dünya genelince icrası kolay olsa da hakem kararının icrasının istendiği ülke hukukunda uyuşmazlığın konusunun tahkim yolu ile çözümüne olanak tanınmamışsa, bu halde tahkimin hızlı sonuç vermesi gibi avantajlarından yararlanmak mümkün olmaz.²¹²

1.3.4. Tahkim Türleri

Tahkim çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bu çalışmada; zorunlu tahkim - ihtiyari tahkim, milli - milletlerarası - yabancı tahkim, ad hoc tahkim - kurumsal tahkim ve ticari tahkim - yatırım tahkimi ayrımlarına değinilmiştir.

1.3.4.1. Zorunlu Tahkim ve İhtiyari Tahkim

Uyuşmazlıkların çözümü için esas olan devlet mahkemelerinin yetkili olması ve davanın devlet mahkemeleri nezdinde açılmasıdır. Tarafların tahkime başvurusu kural olarak ihtiyaridir.²¹³ Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği hususunda anlaşmış olmaları

²⁰⁷ Özdamar, 2013:837. Türk hukukunda bu yöndeki hükümler için bkz. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 411 ve 432'nci maddeleri.

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ağırman 2022:254 vd., 508 vd.

²⁰⁹ Emek, 1999:20.

²¹⁰ Emek, 1999:20; Ağırman, 2022:508-509.

²¹¹ Emek, 1999:20.

²¹² Yeğengil, 1974:100.

²¹³ Yeğengil, 1974:101; Arslan ve ark., 2022:835.

gerekir.²¹⁴ Taraflar tahkime başvuracakları hususuna aralarındaki asıl ilişkiyi düzenleyen sözleşmeye koydukları bir madde (tahkim şartı) ile veya bağımsız bir sözleşme ile karar verebilirler. Tarafların tahkim yoluna başvuracakları hususunda anlaşmalarına dayanılarak başlatılan tahkim sürecine ihtiyari tahkim denir.²¹⁵ Diğer taraftan bazı sebeplerle tahkim yoluna başvurulması kanunen zorunlu tutulmuş olabilir. Bu durumda kanun koyucu tarafların iradelerine bakılmaksızın tahkim yoluna gidilmesini istemektedir ve bu bağlamda başlatılan tahkim süreci zorunlu tahkim olarak adlandırılır.²¹⁶

Türk hukukunda zorunlu tahkimin öngörüldüğü kanunlar şunlardır:

- 11.06.1936 tarihli ve 3039 sayılı  eltik Ekimi Kanunu
- 29.06.1938 tarihli ve 3533 sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi B t çelerle  dare Edilen Daire ve Belediyelerle, Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi  darelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki  htilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun,
- 11.03.2010 tarihli ve 5957 sayılı Sebze ve Meyveler  le Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun,
- 05.05.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun,
- 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu  ř Sözleşmesi Kanunu

Bu kanunlar özel kanun niteliğinde olup öncelikle uygulanırlar.²¹⁷ Bu kanunlarda yer alan zorunlu tahkime ilişkin hükümler, tarafların zorunlu tahkim yerine mahkemeye başvurmalarını engellediği gibi²¹⁸ HMK kapsamında ihtiyari tahkim yoluna başvurmalarına da engel teşkil eder.²¹⁹ Taraflar tahkim sözleşmesi yaparak veya aralarındaki ilişkiyi düzenleyen sözleşmeye tahkim şartı ekleyerek, kanunda zorunlu tahkim yolu öngörülen bir uyuşmazlığı ihtiyari tahkimle  zemezler.²²⁰

²¹⁴ Akıncı, 2021:8.

²¹⁵ Yeğengil, 1974:101; Arslan ve ark., 2022:836-837.

²¹⁶ Yeğengil, 1974:101; Arslan ve ark., 2022:836;  zekes ve Birben, 2001: 151; Ağırman, 2022:88.

²¹⁷ Ekşi, 2019:15.

²¹⁸  zekes ve Birben, 2001: 151; Ekşi, 2019:15.

²¹⁹ Ekşi, 2019:15.

²²⁰ Karadaş, 2013:35.

1.3.4.2. Milli, Milletlerarası ve Yabancı Tahkim

Milli tahkim²²¹ uyuşmazlığın tarafları ve konusu bakımından belli bir hukuk sisteminin sınırları içinde kalan, herhangi bir yabancı hukuk sistemiyle bağlantısı bulunmayan tahkim türüdür. Bu sebeple milli tahkim, milletlerarası tahkime kıyasla, kapsamında olduğu hukuk sistemi tarafından daha yakından kontrol edilebilir ve daha ayrıntılı olarak düzenlenebilir niteliktedir.²²²

Milletlerarası tahkim²²³ birden fazla ülke ve hukuk sistemi ile bağlantılı olan ve bu sebeple uyuşmazlık konusunun ve usulî konuların çözümünde en az bir yabancı hukuk sisteminin etkili olabileceği tahkim türüdür. Tahkimin milletlerarası nitelikte olup olmadığının belirlenmesi için genellikle iki tür kıstas kullanılmaktadır. Bunlar; tarafların statüleri ve uyuşmazlık konusudur. Tarafların statüleri kıstası kapsamında; uyuşmazlığın taraflarının tâbiyeti, ikametgâhı, işyerinin veya tüzel kişi ise idare merkezinin farklı ülkelerde olması gibi hususlar dikkate alınır. Kaynağını Fransız hukukundan alan uyuşmazlık konusu kriterinde ise taraflara ilişkin irtibat noktalarına değil uyuşmazlığın konusunun milletlerarası ticaret hayatını ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılır.²²⁴ Bu bağlamda tahkim konusu uyuşmazlığın doğduğu hukuki ilişki milletlerarası nitelik taşıyorsa tahkimin de milletlerarası nitelikte olduğu sonucuna varılır.²²⁵

Farklı hukuk sistemlerinde, tahkimin milletlerarası nitelikte olup olmadığına ilişkin bu iki kriterden biri esas alınmaktadır.²²⁶ Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanununun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasında ise her iki kritere birden yer verilmiş, tarafların statülerinden veya temel hukuki ilişkiden kaynaklanan yabancılık unsurlarının varlığı halinde milletlerarası tahkimden bahsedileceği düzenlenmiştir.²²⁷

Türk hukukunda milli tahkim ve milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler ayrı kanunlarda yer almaktadır. Şöyle ki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun *Tahkim*

²²¹ İç tahkim veya *ulusal* tahkim olarak da adlandırılmaktadır.

²²² Tanrıbilir ve Şit, 2002:821.

²²³ *Uluslararası* tahkim olarak da adlandırılmaktadır.

²²⁴ Tanrıbilir ve Şit, 2002:819-820.

²²⁵ Akıncı, 1994:24-25; Tanrıbilir ve Şit, 2002:820.

²²⁶ Tanrıbilir ve Şit, 2002:820.

²²⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, (1985 With amendments as adopted in 2006), UNCITRAL, Er. 06 Haziran 2023. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>

başlıklı on birinci kısmında yer alan 407 ila 444'üncü maddeleri milli tahkime ilişkin hükümlerdir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ise milletlerarası tahkimi düzenler. MTK'nın kapsama ilişkin birinci maddesine göre “*yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği*” uyuşmazlıklar milletlerarası tahkim hükümlerine tabidir. MTK'nın 2'nci maddesinde²²⁸ yabancılık unsuru tanımlanmıştır. Hüküm incelendiğinde UNCITRAL Model Kanununda olduğu gibi hem taraf statüsü hem de uyuşmazlık konusu kriterlerine birlikte yer verildiği görülmektedir.²²⁹

MTK'nın kapsamını düzenleyen 1'inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca 21.1.2000 tarihli ve 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 doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de MTK hükümlerine göre gerçekleşecektir. Bu husus 3.2.1. numaralı başlıkta ayrıca incelenecektir. Türk hukuku açısından milli tahkimin kapsamına bakıldığında ise; HMK'nın 404'üncü maddesi uyarınca, MTK'nın kapsamı dışında kalan ve tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıkların yerli tahkim kurallarına tabi olduğu görülmektedir.

Yerli-yabancı tahkim ayrımı milli-milletlerarası tahkim ayrımından farklıdır. Yerli – yabancı tahkim ayrımı, tahkim neticesinde verilecek hakem kararının etkisini esas alır. Yerli tahkim ve yabancı tahkim ayrımının pratik önemi, yerli tahkim neticesinde verilen hakem

²²⁸ Yabancılık unsuru

Madde 2 – Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

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

2. 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.

3. 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 hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi. 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.

²²⁹ Tanrıbilir ve Şit, 2002:822.

kararlarının “yerli” olarak nitelendirildiği ülkede mahkeme kararları gibi icra edilebilir olmasıdır. Ancak yabancı tahkim neticesinde verilen hakem kararlarının “yabancı veya uluslararası” olarak nitelendirildiği ülkede geçerli olabilmesi veya icra edilebilmesi için ayrıca bir tanıma veya tenfiz sürecine tabi tutulması gerekir.²³⁰ Yerli tahkim, milli ve milletlerarası tahkimi kapsar. Türk hukukunda HMK ve MTK kapsamında gerçekleştirilen tahkim yargılamaları yerli, kapsam dışındaki yargılamalar ise yabancı tahkim olarak nitelendirilir. Hakem kararlarının milliyeti hususu 1.3.8. numaralı başlıkta ayrıca incelenmiştir.

1.3.4.3. Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim

Taraflar uyuşmazlığın çözümüne ilişkin prosedürün kendi denetimlerinde gerçekleşmesini tercih ettiklerinde tahkimin tüm unsurlarını kendileri tayin ederler.²³¹ Tarafların herhangi bir tahkim kurumuna bağlı olmaksızın hakem veya hakem heyetini, tahkim yerini, tahkim usulüne uygulanacak her neviden kuralı belirledikleri bu tahkim prosedürüne ad hoc tahkim denir. Ad hoc tahkimde tahkim heyeti taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek amacıyla geçici olarak (tek seferlik) ve herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın oluşur. Bu sebeple ad hoc tahkim, tahkimin tarih boyunca uygulanagelmiş en sade şeklidir.²³²

Ad hoc tahkimin tercih edilmesinin birtakım sebepleri vardır. Bunların başında; tarafların uluslararası ticari sisteme duyduğu güvensizlik ve kurumsal tahkime etkisi olabileceğini düşündükleri güçlü kuruluşların veya devletlerin ticari sırlarını bilmesini istememesi gelmektedir.²³³ Ayrıca gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerde, uluslararası ticari tahkim kurumlarının batılı ve gelişmiş ülkelerin çıkarlarını temsil ettiği ve dayattığı yönündeki kanı sebebiyle de ad hoc tahkim tercih edilmektedir.²³⁴ Kurumsal tahkimde hakem ücretlerinin yanı sıra tahkim prosedürünü yürüten kuruma da belli bir hizmet bedeli (ücret veya harç) ödendiğinden düşük tutarlı uyuşmazlıklar için ad hoc tahkim tercih edilmektedir.²³⁵

²³⁰ Akıncı, 2021:75-76, 523 vd. Mevzuatlarında yalnızca milli tahkime ilişkin hükümlere yer veren, milletlerarası tahkime dair düzenleme bulunmayan hukuk sistemlerinde yerli-yabancı tahkim ayrımı kullanılır. Bu ayrım tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının yerli olup olmamasını esas alır (Özdemir Kocasakal, 2006:346).

²³¹ Şanlı, 1986:69.

²³² Şanlı, 1986:69; Balcı, 1999; 109.

²³³ Şanlı, 1986:69.

²³⁴ Şanlı, 1986:69.

²³⁵ Akıncı, 2021:7-8; Akıncı,2003:24-25

Ad hoc tahkimin tercih edildiği hallerde taraflar genellikle UNCITRAL Tahkim Kurallarının uygulanacağını kararlaştırmaktadır. Tarafların aralarındaki sözleşmede UNCITRAL Tahkim Kurallarına²³⁶ yer vermesi durumunda kurumsal tahkim söz konusu olmamakla birlikte taraflarca ayrıca düzenlenmeyen hususlarda bu kurallar uygulanmaktadır.²³⁷

Uyuşmazlığın bir tahkim kurumunun gözetimi altında yürütüldüğü ve taraflarca kararlaştırılanlar dışındaki hususların tahkim kurumu tarafından önceden hazırlanmış kurallara göre belirlendiği tahkim usulüne kurumsal tahkim²³⁸ denir.²³⁹ Kurumsal tahkimin tercih edilmesi halinde hakem mahkemesi tahkim usulüne öncelikle kamu düzenine aykırı olmayan sözleşme hükümlerini, daha sonra tahkim kurumunun kurallarını, bunların yetersiz kalması halinde ise tahkime ilişkin genel hükümleri uygular.²⁴⁰

İhtilafların tahkim yoluyla çözülmesi için kurulan çok sayıda tahkim kurumu vardır.²⁴¹ En çok bilinen tahkim kurumları arasında: Milletlerarası Ticaret Odası²⁴², Amerikan Tahkim Kurumu²⁴³, Londra Milletlerarası Tahkim Merkezi²⁴⁴, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi²⁴⁵, Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi²⁴⁶, Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu²⁴⁷ yer almaktadır.²⁴⁸

Uluslararası ticari uygulamada belli bir sektöre özgü faaliyet gösteren tahkim kurumları da mevcuttur. Bitkisel yağ sektöründe Uluslararası Yağlı Tohumlar ve Bitkisel Yağlar

²³⁶ BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Tahkim Kuralları, 1976 yılında Komisyonunda ve daha sonra da BM Genel Kurulu'nda onaylanmış tahkime ilişkin usul kurallarıdır (Dayınlarlı, 2014: 64-65). Bu kuralların hazırlanmasının amacı farklı hukuki, ekonomik ve sosyal sistemlere sahip ülkelerde, ad hoc tahkim için uygulanabilecek ortak kurallar oluşturmak ve bu sayede uluslararası ekonomik ilişkilere katkı sağlamaktır. UNCITRAL kuralları yalnızca ad hoc tahkimde uygulanmamakta, birçok tahkim kurumu tarafından benimsendiğinden kurumsal tahkim kuralları olarak da kullanılmaktadır (Of, 2012:131).

²³⁷ Şanlı, 1986:98-99.

²³⁸ institutional arbitration

²³⁹ Şanlı, 1986, 69; Birsal, 1980:101; Karayalçın, 1998:10.

²⁴⁰ Karayalçın, 1998:10.

²⁴¹ Ticari ilişkilerin gelişmiş olduğu ülkelerde, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların yine milletlerarası ticari tahkim kuruluşları aracılığıyla çözülmesi uzun zamandır kullanılagelen bir yöntemdir. Örneğin 1768 yılında kurulan New York Ticaret Odası'nın görevlerinden biri tahkim olarak belirlenmiştir (Yılmaz, 2000:268).

²⁴² International Chamber of Commerce - ICC

²⁴³ Amerikan Arbitration Association - AAA

²⁴⁴ The London Court of International Arbitration - LCIA

²⁴⁵ Singapore International Arbitration Centre - SIAC

²⁴⁶ Hong Kong International Arbitration Centre - HKIAC

²⁴⁷ Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

²⁴⁸ Akıncı, 2021:6-7.

Federasyonu²⁴⁹, pamuk sektöründe Liverpool Pamuk Kuralları²⁵⁰, hububat sektöründe Tahıl ve Yem Ticareti Derneği²⁵¹ bu kurumlara örnek gösterilebilir.²⁵² Ayrıca spor, inşaat, sigortacılık, finansal hizmetler, deniz taşımacılığı gibi sektörlerde de sektöre özgü tahkim ve arabuluculuk prosedürleri oluşturulmuştur. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü²⁵³, ve Spor Tahkim Mahkemesi²⁵⁴ kuralları bu kapsamda sayılabilir.²⁵⁵

Türkiye'deki tahkim kurumlarına örnek olarak; İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), TOBB Tahkim Divanı, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM), TBB Tahkim Merkezi gösterilebilir.

Kurumsal tahkimin dezavantajları arasında ad hoc tahkime göre masraflı olması ve bürokratik usullerinin çokluğu sayılmaktadır. Diğer yandan kurumsal tahkim taraflara kayda değer bir yönetim desteği sağlamaktadır.²⁵⁶ Tahkim kurumunun desteği özellikle hakemlerin atanmasında ve hakemler tarafından hızlı ve geçerli bir karar verilmesinde kendisini göstermektedir. Bu nedenle uygulamada ad hoc tahkimden ziyade kurumsal tahkim tercih edilmektedir.²⁵⁷

1.3.4.4. Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi

Ticari tahkim, aralarında mal veya hizmet ticareti bulunan tacirler veya bir tacir ile tacir gibi hareket eden devlet/devlet kuruluşu arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan tahkim yolunu ifade eder. Yatırım tahkiminde ise uyuşmazlığın taraflarından biri özel hukuk kişisiyken diğer taraf devlet yahut devlet kuruluşudur. Ancak burada devlet tacir gibi hareket etmez. Yatırım tahkimi, yabancı yatırımcı ile yatırımın yapıldığı ülke devleti (ev sahibi devlet) arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan tahkim yoludur. Yabancı yatırımcılar, ev sahibi devletin egemenlik gücüne dayanarak mevcut şartları değiştirmesi

²⁴⁹ Federation of Oils Seeds & Fats Association International - FOSFA

²⁵⁰ Liverpool Cotton Rules

²⁵¹ The Grain and Feed Trade Association - GAFTA

²⁵² Akıncı, 2021:7. FOSFA ve GAFTA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Covo, F., "Uluslararası Tarım Ürünleri Ticaretinde Tahkim, FOSFA ve GAFTA, Londra", *Public and Private International Law Bulletin*, 02.12.2020, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, <<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/ppil/article/uluslararasi-tarim-urunleri-ticaretinde-tahkim-fosfa-ve-gafta-londra>>

²⁵³ World Intellectual Property Organization – WIPO

²⁵⁴ Court of Arbitration for Sport-CAS

²⁵⁵ Paulsson ve arkadaşlarından aktaran Demirel Özdemir, 2019:12.

²⁵⁶ McLaren, 2002:479.

²⁵⁷ Akıncı, 2021: 7-8.

sebebiyle birtakım müdahalelere maruz kalabilmektedir. Bu nedenle yatırım tahkiminde, ticari tahkimden farklı olarak devletler hukuku kuralları uygulama alanı bulur. Zira devletler hukuku, devletlerin egemenlik haklarını kullanmaları hususunda bazı sınırlamalar getirmektedir. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde bu sınırlamalar esas alınarak, yabancı yatırımcının ev sahibi devletlerin keyfî uygulamalarından (örneğin herhangi bir bedel ödenmeksizin yatırımın kamulaştırılması yahut kâr etmesinin engellenmesi) korunması amaçlanmıştır. Yatırım tahkiminde devletler hukuku; tahkim sözleşmesinin (veya şartının) yorumlanması, tahkim yargılamasında izlenecek usul ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konularında uygulama alanı bulmaktadır.²⁵⁸

Uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlerin kayda değer bir bölümü dolaylı ve doğrudan yabancı sermaye yatırımlarından oluşmaktadır. 20. yüzyıldan itibaren yabancı sermaye yatırımları, milli devletler tarafından bir kalkınma aracı olarak görülmekte ve teşvik edilmektedir.²⁵⁹ Bu bağlamda birçok ülke özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra yabancı sermaye girişini özendirici kanunlar çıkarmışlar ve yabancı sermayeyi yerli sermayeyle aynı koşullarda destekleyen, teşvik eden ve koruyan düzenlemeler yapmışlardır.²⁶⁰ Bununla birlikte yabancı sermaye için ev sahibi devletin politik, ekonomik ve hukukî istikrarı yatırımın geleceği açısından büyük önem taşır. Ancak yabancı sermayeye ihtiyaç duyan gelişmekte olan ülkelerde yaşanan sosyal, siyasal ve ekonomik istikrarsızlıklar yabancı sermaye için potansiyel tehlike arz etmiştir. Bu bağlamda yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde en çok tercih edilen yöntem tahkim olmuştur.²⁶¹

Gelişmekte olan ülkelerin yabancı sermaye ihtiyacı ve yabancı sermayenin istikrar beklentileri arasında bir denge oluşturulması amacıyla Dünya Bankası tarafından Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşı Kişiler Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair

²⁵⁸ Ataman Fıganmeşe, 2011:93, 103-104.

²⁵⁹ Şanlı, 2019:573. Klasik görüşe göre yabancı yatırımlar, gelişmekte olan ülkeler için vazgeçilmez bir kalkınma vasıtasıyken, aksi yönde olan bağımlılık teorisine göre durum tam tersi nitelikte olup yabancı sermaye gelişmekte olan ülkelerin istismarına yol açmaktadır. İlmî teori ise bu iki zıt görüşün arasında yer almaktadır. Teorilere ilişkin bilgi için bkz. Tiryakioğlu, 2022:27-30.

²⁶⁰ Şanlı, 2019:573. Ülkemizde doğrudan yabancı sermayeyi teşvik etmek amacıyla 05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çıkarılmıştır.

²⁶¹ Şanlı, 2019:573.

Washington Anlaşması²⁶² (ICSID Anlaşması) yürürlüğe konmuştur. Bu anlaşma ile yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlığın çözümü için özel bir kurumsal tahkim usulü öngörülmüştür. Anlaşma kapsamındaki uyuşmazlıklar yine anlaşma ile kurulan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez (ICSID veya Merkez) tarafından, Anlaşmada öngörülen usul kuralları çerçevesinde çözülecektir. Merkez, uyuşmazlık hakkında karar vermez, uyuşmazlığa ilişkin tahkim sürecini yönetir. Kural olarak uyuşmazlığı çözecek hakemler taraflarca seçilir. Merkez yalnızca bir tarafın hakem seçememesi yahut taraflarca belirlenen hakemlerin başhakemi seçememesi halinde hakem kurulunun oluşturulmasını sağlar.²⁶³

Yatırım tahkimi kavramı yalnızca ICSID tahkiminden oluşmamaktadır. Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları ad hoc tahkim kurulları tarafından yahut başkaca tahkim kurumları bünyesinde de çözülebilmektedir.²⁶⁴ Burada yatırım tahkimini ticari tahkimden ayıran önemli hususlardan biri uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi için taraflarca verilen rızanın şekli ve kapsamıdır. Şöyle ki yatırım uyuşmazlıkları çoğunlukla yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilen bir anlaşmadan kaynaklanmaz.²⁶⁵ Bir yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartı içeren bir sözleşme akdedilmesi ve bu şarta dayanılarak tahkim sürecinin başlatılması istisnaidir. Bu istisnai hal dışında, yatırımcının ev sahibi devlete karşı tahkim yoluna başvurması, devletlerce imzalanan ikili veya çok taraflı yatırımları teşvik ve koruma

²⁶² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Anlaşma ülkemizde, 3460 sayılı Kanunla ve 25.07.1988 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir (06.12.1988 tarih ve 20011 sayılı R.G.).

²⁶³ Şanlı, 2019:574-576. Dünya Bankası tarafından hazırlanan bir diğer uluslararası anlaşma da “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kurulu Anlaşması (MIGA)’dır. Bu anlaşma ile yabancı sermaye yatırımlarının karşılaşılabileceği ticari olmayan risklerin karşılanması amacıyla garanti fonu oluşturulmuştur.

²⁶⁴ UNCTAD’ın 31.12.2022 yılında güncellediği yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin veri tabanına göre şimdiye kadar (sonlandırılmış ve devam etmekte olan) toplam 1257 adet yatırım tahkimi davası vuku bulmuştur. Bunlardan 75’i ad hoc tahkim vasıtasıyla çözülmüştür veya çözülmektedir. 82’si hakkında bilgi bulunmamaktadır. Tüm yatırım tahkimi davalarının 782’si ICSID nezdinde, 226’sı PCA (Permanent Court of Arbitration) nezdinde, 24’ü ise ICC nezdinde görülmüş/görülmektedir. Diğer bir ifade ile 31.12.2022 tarihine dek mevcut olan yatırım tahkimi davalarının yüzde 88’inde kurumsal tahkim ve yüzde 62’sinde bir kurumsal tahkim türü olan ICSID tahkimi tercih edilmiştir. (UNCTAD, Investment Policy Hub, Total number of known investment treaty cases rises to 1,257, Er. 11 Temmuz 2023. <<https://investmentpolicy.unctad.org/news/hub/1717/20230419-total-number-of-known-investment-treaty-cases-rises-to-1-257>> (UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator, Er. 11 Temmuz 2023. <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>)

²⁶⁵ Ataman Figanmeşe, 2011:105.

sözleşmeleri²⁶⁶ ile mümkün olmaktadır.²⁶⁷ Yatırımların Karşılıklı Teşviki Ve Korunması (YKTK) Anlaşmalarının her biri kendine has hükümler içerebilse de bu anlaşmalarla devletler genellikle yabancı yatırımcılara sözleşmede düzenlenen standartlarda muamele etme²⁶⁸, kamulaştırma halinde uygun tazminatın ödenmesi (genellikle “derhal, yeterli ve etkili” bir tazminat ödenmesi), kamulaştırmanın kamu yararı gözetilerek ve ayrımcı olmayacak biçimde yapılması gibi yükümlülükler altına girerler.²⁶⁹ Yatırımcılar bu anlaşmalara taraf olmamakla beraber anlaşmadan kaynaklanan haklarını, anlaşmada düzenlenen uyuşmazlık çözüm maddesi yoluyla talep edebilir. Zira YKTK Anlaşmasına taraf olan ülkeler, sözleşme kapsamındaki yatırımlar için sözleşmede düzenlenen tahkim yolunu kabul etmiş olurlar. Sözleşme ile korunan yatırımcılar ise doğrudan sözleşmede yer alan tahkim şartına dayanarak başlatacakları bir tahkim yargılamasıyla tahkime rızalarını göstermiş olurlar.²⁷⁰

İki taraflı YKTK Anlaşmalarına²⁷¹ ilave olarak, çok taraflı sektörel ve bölgesel birtakım anlaşmalarla da uluslararası yatırımlara ilişkin düzenlemeler getirilmiş, yatırımcıların doğrudan akit devletlere karşı işletebileceği uyuşmazlık çözüm yolları kabul edilmiştir. Örneğin Enerji Şartı Anlaşması (ECT) ile üye devletlerin uyması gereken yatırımın teşviki ve korunması hükümleri düzenlenmiş (m.10 ilâ 17), üye devletlerin bu hükümlere uymaması halinde yatırımcılar tarafından üye devletlere karşı uluslararası tahkim yoluna gidilebileceği belirtilmiştir (m.26). Anlaşmanın 26’ncı maddesine göre yatırımcı, öncelikle ev sahibi devletle uzlaşmaya çalışacak, üç ay içerisinde uzlaşmaya varılamaması halinde ise ICSID tahkimine veya UNCITRAL kurallarına göre yürütülecek ad-hoc tahkime ya da Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü’ne yahut ev sahibi devletin mahkemelerine ya da idari makamlarına veya

²⁶⁶ Bu anlaşmalar genellikle iki devlet arasındaki karşılıklı yatırımların korunmasını ve teşvik edilmesini amaçlar (Tiryakioğlu, 2022:166). Taraf devletler bu sözleşmelerle, diğer taraf devlet vatandaşı yatırımcılarına (yabancı yatırımcılara) karşı egemenlik güçlerini eşit ve adil şekilde kullanacaklarını taahhüt ederler (Çal, 2009:236). Bu anlaşmalarda, korunacak yatırımların ve yatırımcıların tanımı yabancı yatırımcıya gösterilecek muamelenin standardı, kamulaştırma, tazminat ve uyuşmazlıkların çözümü maddeleri bulunur (Tiryakioğlu, 2022:166). İki taraflı yatırım anlaşmalarında her ne kadar yatırımların karşılıklı korunmasının amaçlandığı belirtilse de bu anlaşmalar genellikle gelişmiş ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasında akdedilir ve yatırım akışı tek taraflı cereyan eder (Houtte, 1995, 245-246).

²⁶⁷ Ataman Fıganmeşe, 2011:105.

²⁶⁸ Bu standart adil ve hakkaniyete uygun işlem standardı, ulusal işlem standardı ve en çok gözetilen ulus kaydı şeklinde adlandırılmış olup alternatif olarak kullanılabileceği gibi aynı yatırım anlaşmasında birlikte de yer alabilirler. (Tiryakioğlu, 2022:173).

²⁶⁹ Tiryakioğlu, 2022:164-181.

²⁷⁰ Wong, 2006:144.

²⁷¹ Bu anlaşmalara Bilateral Investment Treaties (BIT) denilmektedir.

varsa ev sahibi ülke ile kararlaştırılmış olan başka bir çözüm prosedürüne başvurabilecektir.²⁷² Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) da yatırımcıların akit devletlere karşı tahkim sürecini başlatmasına cevaz veren bir diğer çok taraflı anlaşma örneğidir.²⁷³

Yatırım ihtilaflarından doğan tahkim davalarının büyük bir kısmının devletlerarasında akdedilen anlaşmalardan kaynaklanması, yatırım tahkiminde devletler hukukunun yoğun olarak uygulanmasının ana sebebidir. Zira bahse konu uluslararası sözleşmelerin (özellikle tahkim şartının) yorumu, bu sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti ve sair hususlar milli hukuk kurallarına göre değil 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31'inci maddesi kapsamında gerçekleştirilmektedir. Diğer yandan ticari tahkim davalarında, hükümleri ihlal edildiği ileri sürülen sözleşme, tabi olduğu milli hukuk kapsamında yorumlanır.²⁷⁴

Ticari tahkim neticesinde verilen hakem kararları tanıma ve tenfiz prosedürüne tabidir. Kararların icra edilebilmesi için öncelikle tenfiz edilmesi gerekir. Milletlerarası tahkim neticesinde verilen kararların tenfizi 1858 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi²⁷⁵ ile düzenlenmiş, sözleşmeye çok sayıda ülkenin taraf olması neticesinde yabancı hakem kararlarının dünya genelinde tanınması ve tenfizi kolaylaşmıştır.²⁷⁶ Diğer yandan yatırım tahkimi davalarının büyük çoğunluğu ICSID bünyesinde görülmekte²⁷⁷ ve ICSID tahkimi neticesinde verilen kararlar tenfiz işlemine tabi olmaksızın akit devletlerin kendi devlet mahkemelerinde verilmiş kararlar gibi icra edilmektedir (ICSID Anlaşması m.54). Bu husus, ev sahibi devlet aleyhine verilen bir kararın, devletin malvarlığının bulunduğu başka bir akit devlet ülkesinde de doğrudan icra edilebilmesine olanak sağlamaktadır.²⁷⁸

²⁷² Enerji Şartı Anlaşması, 12.07.2000 tarih ve 24107 (Mükerrer) sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. Anlaşmanın güncel ve konsolide metni için bkz. The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents, Er. 11 Temmuz 2023, <<https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>

²⁷³ Çal, 2009: 94-95.

²⁷⁴ Ataman Figanmeşe, 2011:146.

²⁷⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

²⁷⁶ Şanlı, 2019:322; Tractenberg, 2019:452-453; Akıncı, 2021:10

²⁷⁷ UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator, Er. 11 Temmuz 2023. <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>

²⁷⁸ Şanlı, 2019:592-594.

Yatırım tahkimi ile ticari tahkim arasındaki önemli diğer bir fark ise ticari tahkimin gizlilik içerisinde yürütülmesi esasken yatırım tahkiminde şeffaflığın gündemde olmasıdır. Zira ticari tahkimde, tacir olan tarafların ticari sırlarının bilinmemesi amacıyla süreç gizlilik ilkesi kapsamında yürütülür. Bu durum tahkimin tercih edilme sebeplerinden biridir. Diğer yandan yatırım tahkiminden kaynaklanan uyuşmazlıklar ev sahibi devletin kalkınması, doğal kaynakları, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi hususlarla yakından ilgilidir.²⁷⁹ Yatırımcı – devlet uyuşmazlıklarının kamu yararını ilgilendiren konuları içermesi sebebiyle yatırım tahkimi usulünün daha şeffaf şekilde yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir.²⁸⁰ Bu bağlamda UNCITRAL uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yatırım tahkimine ilişkin şeffaflık kuralları yayımlanmış,²⁸¹ ABD tarafından hazırlanan model YKTK Anlaşmasında şeffaflık hükümlerine yer verilmiş (madde 11),²⁸² 2022 yılında güncellenen ICSID Tahkim Kurallarıyla kararların yayımlanması, belgelere ve duruşmalara erişim ve üçüncü taraf finansmanı hususlarında daha şeffaf bir yapı benimsenmiştir.²⁸³

Türkiye'ye karşı bugüne kadar toplam on sekiz yatırım tahkimi davası açılmıştır. Bu davaların on altısı ICSID'de, biri Daimi Tahkim Divanı'nda (PCA) diğeri ise Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'nde (SCC) açılmıştır.²⁸⁴ ICSID bünyesinde yürütülen on altı davanın on dördü ICSID tahkimi niteliğinde olup ikisi ICSID Ek Mekanizma Tahkim Kuralları kapsamında yürütülmektedir.²⁸⁵ Bahse konu on sekiz davanın beşi devam etmektedir. Davaların onu Türkiye lehine sonuçlanmış, ikisi taraflarca anlaşma sağlanması nedeniyle son bulmuş, birine ise devam edilmemiştir. Türkiye'ye karşı açılan yatırım tahkimi davalarının on ikisi Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında yer alan tahkim şartına, dördü Enerji Şartı

²⁷⁹ Ataman Figanmeşe 2011:139,

²⁸⁰ International Bar Association, 2018:53,61.

²⁸¹ UNCITRAL, Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, New York, 2014, Er. 12 Temmuz 2023. <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf>>

²⁸² 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Er. 12 Temmuz 2023. <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>

²⁸³ Portman and Muti, Increased Transparency under the New ICSID Rules: A Way Forward for ISDS Legitimacy, 01.07.2022, Jus Mundi Blog, Er. 12 Temmuz 2023, <<https://blog.jusmundi.com/increased-transparency-under-the-new-icsid-rules-a-way-forward-for-isds-legitimacy/>> Ayrıca bkz. ICSID, Confidentiality and Transparency - ICSID Convention Arbitration (2022 Rules), Er. 12 Temmuz 2023. <<https://icsid.worldbank.org/procedures/arbitration/convention/confidentiality-transparency/2022>>

²⁸⁴ UNCTAD, Investment Hub Policy, Investment Dispute Settlement Navigator > Türkiye, Er. 16 Temmuz 2023. <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/214/t-rkiye>>

²⁸⁵ ICSID, Search Case, Er. 16 Temmuz 2023. <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>>

Anlaşması'na ve ikisi hem YKTK anlaşmasına hem de Enerji Şartı Anlaşması'na dayanılarak açılmıştır. Türk yatırımcılar tarafından diğer ülkelere karşı açılan yatırım tahkimi davası sayısı kırk dokuz olup davaların on biri yatırımcı lehine sonuçlanmış, on ikisi ise derdesttir.²⁸⁶

1.3.5. Tahkimin Tabi Olduğu Hukuk

Hakem kararlarının tabi olduğu hukuk *lex arbitri* olarak ifade edilmiştir. Geleneksel görüşe göre *lex arbitri*, tahkimi yöneten, tahkim yargılamasının ve kararın geçerliliğinin kendisine göre belirlendiği hukuktur.²⁸⁷ Başka bir tanıma göre *lex arbitri*, bir ülkede tahkimi yöneten tüm düzenlemeleri kapsar ve bu düzenlemeler; tahkim anlaşmasının geçerliliği, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, hakem heyetinin oluşumu, usûle ilişkin temel garantiler, mahkemelerin yardımı ve hakem kararlarının denetimi gibi konuları içerir. *Lex arbitri*, tahkimi bir bütün olarak idare eden hukuktur.²⁸⁸

Lex arbitrinin belirlenmesinde farklı ölçütlerin esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Mülkîlik kriterini benimseyen görüşe göre *lex arbitri* tahkim yeri esas alınarak belirlenmelidir.²⁸⁹ Usul kanunu kriterini belirleyen görüşe göre ise *lex arbitri* tahkim yargılamasında taraflarca seçilen veya hakem heyeti tarafından uygulanmasına karar verilen usul hukukuna göre belirlenmelidir.²⁹⁰ *Lex arbitrinin* belirlenmesinde mülkîlik kriterinin uygulanması daha yaygın kabul görmüştür. Bunun sebepleri arasında mülkîlik ilkesinin, uygulamasının kolay olması ve öngörülebilir olması yer alır. Diğer bir sebep ise UNCITRAL Model Kanununda mülkîlik kriterinin benimsenmiş olmasıdır. Model Kanunu benimseyen bazı

²⁸⁶ UNCTAD, Investment Hub Policy, Investment Dispute Settlement Navigator > Türkiye, Er. 01 Eylül 2023. <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/214/t-rkiye>> 21 Ağustos 2023 tarihinde Giriş İnş. ve Müh. A.Ş. tarafından Sudi Arabistan'a karşı açılan ICSID davası, ICSID veri tabanında Türk yatırımcılar tarafından açılan davalar arasında sıralanmış ancak UNCTAD veri tabanına henüz eklenmemiştir (ICSID, Search Case, Er. 01 Eylül 2023. <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>>) Ayrıca bkz. ICSID, Case Details, Er. 01 Eylül 2023. <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/23/36>>

²⁸⁷ Petrochilos, 2004:20. Geleneksek görüşe göre *lex arbitri* tek bir hukuktur. *Lex arbitrinin* dışındaki hukuklar açısından hakem kararı yabancı olarak nitelendirilmelidir (Petrochilos, 2004:20).

²⁸⁸ Poudret and Besson, 2007:83, 458.

²⁸⁹ Petrochilos, 2004:22-23; Aygül ve Erdoğan, 2020:69. Milletlerarası Ticari Tahkime Dair UNCITRAL Model Kanununda mülkîlik ilkesi benimsenmiş (Blackaby, et al. 2015:183), Model Kanunun etkisiyle de mülkîlik ilkesi hukuk sistemlerinde daha yaygın kabul görmüştür (Kaufmann Kohler, 1999:338-339; Poudret and Besson 2007:84).

²⁹⁰ Aygül ve Erdoğan, 2020: 71; Erdoğan, 2020:54-56.

lkeler²⁹¹ *lex arbitrinin* belirlenmesinde yalnızca mülkîlik kriterini kabul etmiş, Türkiye ve Mısır gibi bazı ülkeler ise büyük ölçüde mülkîlik kriterini benimsemekle beraber usûl kanunu kriterini de kabul etmişlerdir.²⁹² Ayrıca New York Sözleşmesi’nde de mülkîlik ilkesi benimsenmiştir.²⁹³

1.3.6. Tahkim Sözleşmesi ve Geçerliliği

Taraflar aralarında mevcut olan veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşabilir. Tarafların bu yöndeki mutabakatına tahkim sözleşmesi denir. Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması ve taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması halinde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerekir.²⁹⁴ Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen devlet mahkemelerinde dava açılması, HMK m. 116 uyarınca ilk itirazdır ve süresi içinde ileri sürülürse davanın devlet mahkemelerinde görülmesini engeller.²⁹⁵

Tahkim sözleşmesi HMK’nın 412’nci maddesinde “*tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma*” olarak tanımlanmıştır. Kanuni tanımda da belirtildiği üzere taraflar henüz aralarında bir uyuşmazlık bulunmadan tahkim sözleşmesi akdedebilecekleri gibi aralarında uyuşmazlık çıktıktan sonra da tahkime gidileceğini kararlaştırabilirler. Ancak uygulamada genellikle, uyuşmazlık çıkmadan önce tahkim sözleşmesinin yapıldığı görülmektedir.²⁹⁶

Tahkim sözleşmesi taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşme içerisinde bir hüküm (tahkim şartı) olabileceği gibi ayrı bir sözleşme olarak da düzenlenebilir.²⁹⁷ Tahkim sözleşmesi ne şekilde yapılırsa yapılsın taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen asıl (temel) sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilir. Buna tahkim

²⁹¹ Almanya, İngiltere, Hollanda, İsveç ve İtalya Model Kanunla uyumlu şekilde mülkîlik kriterini benimsemişlerdir. Ayrıca İsviçre gibi Model Kanunu takip etmeyen birçok ülkede de bu kriter kabul görmüştür (Aygl, 2014:31).

²⁹² Aygl, 2014:30-31.

²⁹³ Blackaby et al. 2015:172.

²⁹⁴ Alangoya, 1973:1; Akıncı, 2021:8, 32; Ağırman, 2022:36, 219.

²⁹⁵ Ekşi,2019:96 vd; şanlı, 2019:357-358.

²⁹⁶ Ağırman, 2022:219-220.

²⁹⁷ Yeğengil, 1974:101; Arslan ve ark., 2022:1994:837.

sözleşmesinin bağımsızlığı (veya ayrılabilirliği²⁹⁸) ilkesi denir.²⁹⁹ Bu ilke uyarınca taraflar arasındaki asıl sözleşme fesih, ifa ve sair nedenlerle sona erse yahut geçersizliği söz konusu olsa bile asıl sözleşmedeki tahkim şartı bu durumlardan etkilenmeyecektir.³⁰⁰

Tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsız olması, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukukun ayrıca tespit edilmesini gerektirir.³⁰¹ Tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığına ilişkin tespit; bu sözleşmeye dayanılarak başvurulacak hakemlerin yetkili olup olmadığı, hakem kararının iptali, hakem kararının tanınması ve tenfizi hususlarında verilecek karara esas teşkil eder.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği ehliyet, şekil ve esas açısından incelenmektedir.³⁰² Geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilmesi için bütün sözleşmelerde olduğu gibi tarafların sözleşme akdetme ehliyetine sahip olmaları gerekir.³⁰³ Yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar için TMK m. 8 ve m. 14 uygulama alanı bulacaktır.³⁰⁴ 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne göre tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk, tarafların haklarında uygulanması gereken hukuk olup tenfiz talebinin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre³⁰⁵ belirlenecektir.³⁰⁶ Yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizi talep edildiğinde tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyeti hususuna uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9 hükmüne göre tespit edilecektir.³⁰⁷

²⁹⁸ Ağırman, 2022:252.

²⁹⁹ Bucher, 1993:17; Özbek, 2020:45; Akıncı, 2021:199; Ağırman, 2022:250.

³⁰⁰ Alangoya, 1973:93; Akıncı, 2021: 198-200; Ağırman, 2022:251. HMK'nın 414'üncü maddesinin dördüncü fıkrası da tahkim anlaşmasının bağımsızlığını vurgulamaktadır. Fıkra hükmü şöyledir: "*Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*" Ayrıca belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesi, hakemlerin uyuşmazlığı çözmekte yetkili olup olmadıkları hususunda yine kendilerinin karar vermeye yetkili olduklarına dair Kompetenz – Kompetenz kuralıyla da uyumludur. Taraflardan birinin tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi durumunda hakemler bu iddiayı bir ön sorun olarak değerlendirecek, tahkim sözleşmesinin geçerli olduğu kararına varırsa, asıl uyuşmazlığa ilişkin karar verecektir (Ağırman, 2021:251).

³⁰¹ Bucher, 1993:17; İlhan, 2016:12.

³⁰² Şanlı, 2019:448.

³⁰³ Özel, 2017:309. Akıncı, 2021:452.

³⁰⁴ Ağırman, 2022:221.

³⁰⁵ Yabancılık unsuru bulunması durumunda ehliyetle ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin MTK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına, diğer bir görüşe göre ise tenfiz devleti hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmalıdır (Eyuboğlu, 2017:238). Tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz Akıncı, 2021:452.

³⁰⁶ Özel, 2008:68; Mistelis and Kröll, 2003:117-118; Şanlı, 2019:449.

³⁰⁷ Özel, 2017:309-310.

Tahkim sözleşmesinin geçerli olması için şekil şartlarına uygun olması gerekir. Karşılaştırmalı hukukta genel olarak tahkim sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği kabul edilmiştir.³⁰⁸ 172 ülkenin taraf olduğu³⁰⁹ 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin ikinci maddesine göre tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir. Tahkim sözleşmesinin yazılı olması için taraflarca imzalanan bir sözleşme içinde tahkim şartı olarak veya mektup teatisi yahut karşılıklı gönderilen telgraf şeklinde olması yeterlidir. HMK m. 412'de benzer bir düzenleme içermektedir. Maddenin ilgili fıkraları şöyledir: *“(2) Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. (3) Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”* MTK'nın tahkim sözleşmesinin şeklini düzenleyen 4'üncü maddesi, HMK'nın 412'nci maddesi ile benzer bir içeriğe sahiptir. MTK ayrıca tahkim lehine ilave bir düzenleme daha içermektedir. MTK uyarınca her ne kadar tahkim sözleşmesinin kural olarak yazılı olması gerekse de *“dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması”* halinde de yazılılık şartı yerine getirilmiş sayılır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuka göre belirlenir. New York Sözleşmesinin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçerliliği taraflarca belirlenen hukuka göre taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem kararının verildiği yer hukukuna göre belirlenir.³¹⁰ HMK, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olan ihtiyari tahkim prosedürlerine uygulandığından,

³⁰⁸ Kalpsüz, 1989:4. Bu genel kabulün sebebi tarafların tahkime gitme yönündeki iradelerinin tereddütsüz olarak belirlenebilmesidir. Ancak Hollanda gibi tahkim sözleşmesinin sözlü olmasına olanak sağlayan hukuk sistemleri de vardır (Ekşi, 2019:75-76).

³⁰⁹ New York Arbitration Convention, Contracting States, Er. 31 Mayıs 2023. <<https://www.newyorkconvention.org/countries>>

³¹⁰ New York Arbitration Convention, United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958), Er. 17 Haziran 2023. <<https://www.newyorkconvention.org/english>>

HMK kapsamındaki bir tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin Türk hukukuna göre belirleneceği noktasında tereddüt bulunmamaktadır.³¹¹ MTK'ya bakıldığında ise kanunun 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında tahkim anlaşmasının tarafların seçtiği hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna³¹² uygun olduğu takdirde geçerli olduğu düzenlenmiştir. MTK'nın, tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda uygulanacağı dikkate alındığında New York Sözleşmesi ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu'nun 36'ncı maddesi de New York Sözleşmesinin 2'nci maddesi ile aynı doğrultudadır.³¹³

Tahkim yeri Türkiye dışında olan ve MTK kapsamında olmayan uyuşmazlıklarda, tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin Türk mahkemeleri tarafından hangi hukuka göre belirleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre MTK milletlerarası tahkime ilişkin usûl ve esasları belirlediğinden, kapsamı dışında kalan bir tahkim yargılamasında dahi tahkim sözleşmesinin geçerliliğine MTK m. 4/3'ün uygulanması gerekir.³¹⁴ Başka bir görüşe göre ise bu konuda bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluk MTK m. 4/3'ün kıyasen uygulanmasıyla giderilmelidir.³¹⁵ Bizim de genel olarak katıldığımız görüşe göre ise bu durum MTK'nın kapsamı dışındadır ve henüz verilmiş bir hakem kararı bulunmadığında New York Sözleşmesi de uygulama alanı bulmaz.³¹⁶ Bu sebeple yabancılık unsuru için sözleşmelere ilişkin genel düzenleme niteliğinde olan MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. MÖHUK m. 24'e göre yapılacak

³¹¹ Karadaş 2013:46.

³¹² Burada Türk kanunlar ihtilafı kuralları değil Türk maddi hukuk kurallarından bahsedilmektedir (Akıncı, 2021:197).

³¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, (1985 With amendments as adopted in 2006), UNCITRAL, Er. 06 Haziran 2023. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>

³¹⁴ Özel, 2008:81.

³¹⁵ Şanlı ve ark., 2020:693-694, dn.586. Şanlı, 2019: 357.

³¹⁶ Ancak Türk mahkemelerinde nihai bir hakem kararının tanınması veya tenfizi talep ediliyor ve bu kapsamda geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olup olmadığı değerlendiriliyor ise, talebin New York Sözleşmesi kapsamında olması durumunda m.5/1/a'ya göre inceleme yapılacaktır. Yine henüz verilmiş bir karar bulunmasa da New York sözleşmesine akit devletler, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen tahkim sözleşmesi kapsamında bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinden talepte bulunulması üzerine, mahkemelerinin talep hakkında karar vermeyeceğini ve tarafları tahkime yönlendirileceğini kabul etmişlerdir (m.2/3). Ancak New York Sözleşmesi tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bir hukuku işaret etmediği gibi bu konuda kapsayıcı bir kural da bulundurmamakta, tahkim sözleşmelerinin yalnızca şekli geçerliliğine ilişkin hüküm içermektedir. Bu bağlamda meselenin kanunlar ihtilafı kuralları esas alınarak değerlendirilmesi ve MÖHUK'un uygulanması yerinde olacaktır. Zira New York Sözleşmesinin dibacesinde de tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tanıma ve tenfiz talep edilen ülkenin sözleşmeler hukukuna tabi olduğu ifade edilmiştir.

değerlendirmede, tahkim anlaşmasında karakteristik edim söz konusu olmadığından ve sözleşmeye en sıkı ilişkili hukuk tahkim yeri hukuku olacağından, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanması yerinde olacaktır. Bu değerlendirme neticesinde varılan sonuç tahkime ilişkin milli ve milletlerarası düzenlemelerle de uyumludur.³¹⁷

1.3.7. Tahkim Yeri Kavramı ve Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar

Tahkim yeri hakem veya hakem heyeti tarafından yargılama faaliyetlerinin yürütüleceği ve kararın verileceği yeri ifade eder. Ancak tahkim yeri, yalnızca coğrafi bir yeri ifade etmekten öte hukuki olarak kendisine birtakım hüküm ve sonuçların bağlandığı önemli bir kavramdır.³¹⁸ Tahkim yeri, tahkim usulünün tabi olacağı hukukun belirlenmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği; tahkime elverişlilik, hakem kararlarının iptal davasının açılacağı yer ve iptal sebepleri gibi hususlarında belirleyici rol oynar. Bu sebeple milletlerarası tahkimde, tahkim yeri seçiminde tahkim yeri hukukunun düzenlemeleri önem arz eder. Tahkim yeri olmak isteyen devletler, mevzuatlarını çağın ihtiyaçlarına göre güncel tutmaktadır. Türkiye'nin yukarıda değinilen Cenevre ve New York Sözleşmelerine taraf olması ve MTK hükümlerinde UNCITRAL Model Kanununun esas alınması bu sebeptir.³¹⁹

Tahkim yeri taraflarca tahkim şartında, tahkim sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabilir.³²⁰ Taraflar tahkim yerinin seçtikleri tahkim kurumu tarafından belirleneceğini de kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim yerini seçmemiş ve bir tahkim kurumunu bu yönde yetkilendirmemişse hakem veya hakem kurulu tahkim yerini olayın özelliklerine göre belirler (HMK m.425, MTK m.9). Tahkim yerinin taraflarca belirlenmemesi halinde hakemler, seçecekleri tahkim yeri hukukunun tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik hususlarındaki hükümlerini dikkatle değerlendirmeli, milletlerarası tahkimin ihtiyaçlarına

³¹⁷ Esen, 2017:95-96; Aygöl ve Erdoğan, 2020:85-86.

³¹⁸ Akıncı, 2021:281-282; Ağırman, 2022:394. Zira genel kabul, tahkim yerinin coğrafi bir kavram olarak görünse de aslında tahkim yargılamasına ilişkin hukuki bir bağlama noktası olduğudur. (Nomer, 2017:585) Bu nedenle tahkim yeri şekli bir ikametgâh olarak nitelendirilmiş hatta sanal tahkim yeri olarak da ifade edilmiştir (Takavut, 2020:45). Born, tahkim yerinin coğrafi veya fiziki bir yer olmadığını, yasal bir kavram olduğunu, tahkim yargılamasının hakimiyeti altında yürütüldüğü hukuku ifade ettiğini, zira birçok ülkenin tahkim mevzuatında tahkim yargılamasının tahkim yeri dışında gerçekleştirilebileceği yönünde hükümler bulunduğunu tüm, tahkim yargılamasının tarafların ve hakem heyetinin tahkim yerine ayak basmaksızın yürütülebileceğini belirtmiştir (Born: 2014: 1538-1539).

³¹⁹ Akıncı, 2021:282.

³²⁰ Akıncı, 2021:282-283; Ağırman 2022:395.

karşılık veren bir hukuk düzenini haiz yer tahkim yeri olarak seçilmelidir. Tahkim yeri şehir olarak belirlenmelidir.³²¹

Kural, hakemlerin yargılama faaliyetlerini (duruşma, keşif vs.) tahkim yerinde gerçekleştirmeleridir. Ancak tahkim yargılamasının gerektirdiği hallerde, önceden taraflara bildirilmek kaydıyla başka bir yerde de toplanılarak yargılama faaliyetleri gerçekleştirilebilir. (HMK m.425/2, MTK m.9/2). Tahkim yeri dışında gerçekleştirilecek toplantıların önceden taraflara bildirilmesi zarureti, tarafların da katılması gereken yargılama faaliyetleri içindir. Hakemler tarafların katılmayacağı, yalnızca kendilerinin bir araya gelecekleri toplantıları tahkim yerinde gerçekleştirmek zorunda değildir.³²² Hakemler bu tür toplantıları tahkim yeri dışında ve hatta çevrimiçi ortamda gerçekleştirebilirler. Ancak farklı yerde gerçekleştirilen gerek yargılama faaliyetleri gerekse de hakem toplantıları, bahse konu tahkim yargılaması için belirlenen tahkim yerini değiştirmez. Hakem kararında, tahkim yeri kararın verildiği yer olarak yazılır.³²³

Tahkim yeri, tahkim usulüne uygulanacak hukuku belirler. Kural olarak taraflar tahkim usulüne uygulanacak hukuku belirlemekte serbesttirler. Ancak genel olarak, tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırı bir belirleme yapılamayacağı kabul edilmiştir.³²⁴ Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi halinde, tahkim yargılamasına uygulanacak usul hukukuna ilişkin HMK ve MTK hükümlerine bakılmalıdır. Tahkim yerinin Türkiye olduğu yerli tahkim prosedüründe tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesi HMK'nın 424'üncü maddesine tabidir. Madde hükmü şöyledir: *“Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür.”* Tahkim yerinin Türkiye olduğu milletlerarası bir tahkim yargılamasında usule ilişkin kurallar MTK m.8 hükmüne göre belirlenir. Hükmün ilgili kısımları şöyledir: *“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*

³²¹ Akıncı, 2021:283.

³²² Born, 2014: 1539.Akıncı, 2021:285; Ağırman, 2022:397-398.

³²³ Akıncı, 2021:285-286.

³²⁴ Takavut, 2020:158-159. Aygöl, 2014:45-46; Born, 2014: 1543, 1554-1555, 1599; Blackaby et al. 2015:176.

kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür.” Görüleceği üzere HMK ve MTK tahkim usulünün belirlenmesinde genel olarak benzer kaideler içermekte, tarafların tahkim usulüne uygulanacak kuralları belirlemekte serbest oldukları, bu serbestliğin çerçevesinin ise kanunun emredici hükümleri ile çizildiği düzenlenmektedir. Ancak taraflarca bir belirleme yapılmamışsa, yerli tahkimde hakemler tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak kuralları belirlemekte serbestken milletlerarası tahkimde hakemlerin emredici olmayan (yedek hukuk kuralı niteliğindeki) kurallarıyla birlikte MTK’yı uygulaması gerekir. Ancak hakemler MTK’da düzenlenmeyen hususlarda gerekirse kendileri kural koyabileceklerdir.³²⁵

MTK ve HMK kapsamında tahkim usulüne uygulanacak hukuk açısından bir normlar hiyerarşi oluşturulursa en üstte MTK veya HMK’nın emredici hükümleri, daha sonra taraflarca belirlenen usul kuralları ve daha sonra ise MTK ve HMK’nın yedek hükümleri ile hakemlerin yetkileri çerçevesinde belirledikleri usul kuralları gelmektedir. Taraflar uygulanacak usul kurallarını belirlerken doğrudan başkaca bir ülkenin usul kurallarına veya bir tahkim kurumunun usul kurallarına atıf yapabilecekleri gibi bazı konularda kendi kurallarını belirledikten sonra geri kalan konularda başka bir ülke veya tahkim kurumu kurallarına atıfta da bulunabilirler.³²⁶

Bu hiyerarşide HMK ve MTK’nın emredici hükümlerinin en yukarıda yer almasının sebebi tahkim yerinin Türkiye seçilmiş olması ve tahkim yeri hukukunda usule ilişkin emredici düzenlemelerin bu kanunlarda yer almasıdır. Dolayısıyla hiyerarşide ilk sırayı, tahkim yeri hukukunun emredici hükümleri alır.³²⁷ Daha sonra ise tarafların sözleşme serbestisi uyarınca

³²⁵ Akıncı, 2021:277.

³²⁶ Aygül, 2014:47,55-57,59-61; Born, 2014:1602-1609. Örneğin ICC Tahkim Kuralları’nın birçok maddesi (7, 10, 12, 13, 18, 28 gibi) “taraflarca aksine karar verilmemişse” uygulanacaktır. Tarafların bu maddelerde belirtilen hususlara dair anlaşmaları halinde, hakemler bu anlaşma uyarınca tahkim usulünü yürütecektir (2021 Arbitration Rules, ICC, Er. 09 Haziran 2023. <<https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/>>).

³²⁷ Ulusal mevzuatlarda genellikle milletlerarası tahkim usulüne ilişkin ayrıntılı emredici hükümler bulunmamakta, taraf iradelerine öncelik verilmektedir. Devletler, özgürlükçü mevzuatlarıyla kendi ülkelerinin tahkim yeri olarak seçilmesini amaçlamaktadır. Ancak tahkim dostu ülkeler de dâhil olmak üzere genellikle hakem kararlarının iptali, adil yargılanma, mahkeme ve hakem kurulunca verilecek geçici önlemler, hakemlerin belirlenmesinde mahkemelerin yardımı, keşif, tanık, yemin, kompetenz-kompetenz kuralı gibi hususlarda emredici hükümler bulunmaktadır (Born, 2014:1532, 1582). Taraf iradelerinin tahkim yeri hukukundan önce değerlendirilmesi yönündeki görüşler için bkz. Born, 2014:2131.

belirledikleri usul kuralları ve/veya gönderme yaptıkları kurallar uygulanır. En alt sırada ise emredici hükümlerle ve taraf iradeleri ile düzenlenmeyen hususlarda hakem veya hakem heyetlerinin belirlediği usul kuralları gelir. Bu sıralamanın sonucu olarak, tahkim yeri farklı belirlenmiş olan tahkim yargılamalarında, taraflarca aynı tahkim kuralları seçilmiş olsa dahi yargılama usulü farklılaşabilecektir. Örneğin taraflarca ICC tahkim kurallarının uygulanacağına karar verilen ve tahkim yeri İstanbul olan bir tahkim usulü ile yine ICC tahkim kurallarına atıf yapılan ancak tahkim yeri Viyana olan bir tahkim usulü birbirinden farklı olacaktır.

Tahkim sözleşmelerinde tahkim yeri seçimi büyük önem arz etmektedir. Tahkim yeri seçimi başlı başına ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek genişliktedir. Tahkim yeri, tahkim usulünün tabi olacağı hukukun belirlenmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği; tahkime elverişlilik, hakem kararlarının iptal davasının açılacağı yer ve iptal sebepleri gibi hususlarda belirleyici rol oynamaktadır.³²⁸ Bu sebeple tahkim yeri hukukunun çağın ihtiyaçlarına göre güncel olması ve uluslararası standartları haiz olması çok önemlidir. Tahkim yeri hukukunun tahkim kurallarının UNCITRAL Model Kanunundan esinlenilerek hazırlanmış olması, bu standartları taşıdığına ilişkin göstergelerden biridir.

Tahkim yeri seçiminde, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamasında mahkemelerin rolüne ve hakem kararının iptal sebeplerine ilişkin hükümleri özellikle incelenmelidir. Yerel mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi sınırlı olmalı ve hakemlere yardım niteliğinde olmalıdır.³²⁹ Hakem kararının iptal sebepleri ise UNCITRAL Model Kanununda olduğu gibi çok kısıtlı olmalı, mahkemeler kamu düzenine aykırılık dışında kararın esasına ilişkin bir değerlendirmede bulunma yetkisine sahip olmamalıdır. Tahkim yeri hukukun yasal düzenlemelerinin yanı sıra mahkemeleri de tahkim dostu olmalıdır. Mevzuatın çağdaş hükümler içerdiği bir ülkede, mahkemelerin yetkilerini aşması ve (örneğin hakem kararını esastan inceleyerek iptal etmesi) tahkim karşıtı uygulamaları benimsemesi de mümkündür. Bu sebeple tahkim yeri seçiminde, olası tahkim yerindeki güncel yargı kararları da incelenerek mahkemelerin tahkime bakış açısı analiz edilmelidir.

CIArb (Birleşik Hakemler Kurumu) tarafından 2015 yılında ilan edilen Londra Prensipleri de tahkim yeri seçiminde dikkate alınacak kıstaslar için yol gösterici bir

³²⁸ Akıncı, 2021:282.

³²⁹ Şanlı, 2019:349.

dokümandır. Londra Prensipleri milletlerarası tahkim için etkili, verimli ve güvenli bir tahkim yeri seçimine ilişkin on temel ilke belirlemiştir. Bu ilkelere yukarıda bahsedilen hususlara ilave olarak, a) tahkim yeri mahkemelerinin bağımsız, yetkin ve etkili olması, b) tahkim yeri ülkesinde tarafları mahkemeler nezdinde temsil edecek tahkim alanında yetkin ve bağımsız hukukçuların mevcudiyeti, c) tahkim yeri hukukunun tarafların tahkim yargılamasında tahkim yerinden veya tahkim yeri dışından seçtikleri temsilcilerce temsil edilmesine olanak sağlaması, d) hakemlerin ve avukatların davranışlarını düzenleyen mesleki ve sair etik normların mevcudiyeti ve e) hakemin hakem sıfatıyla gerçekleştirdiği iyiniyetli davranışlarından dolayı hukuki sorumluluktan muaf tutulmasına ilişkin açık bir düzenlemenin mevcudiyeti hususlarının gerekli olduğu belirtilmiştir.³³⁰

Türkiye çağdaş tahkim mevzuatı ve güncel kararlarda görüleceği üzere mahkemelerin tahkim dostu yaklaşım benimsemiş olması nedeniyle birçok uyumsuzluk için ideal bir tahkim yeridir. Ancak KÖİ sözleşmelerinde taraflardan birinin devlet olması yatırımcının tahkim yerinin Türkiye içinde belirlenmesini tercih etmemesine sebep olabilecektir. Türkiye dışında bir tahkim yeri seçilecekse yukarıda değinilen kriterler dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda KÖİ sözleşmelerinde tahkim yeri olarak Londra, Paris, Cenevre, Zürih, Frankfurt gibi şehirler tercih edilebilecektir.³³¹

³³⁰ CIArb London Centenary Principles 2015, Er. 12 Ekim 2023. <<https://www.ciarb.org/media/1263/london-centenary-principles.pdf>> Queen Mary Üniversitesi ve White&Case tarafından 2018 yılında yapılan milletlerarası tahkim anketine göre en çok tercih edilen tahkim yerleri sırasıyla; Londra, Paris, Singapur, Hong Kong, Cenevre, New York ve Stockholm olarak belirtilmiştir. 2021 yılında tekrar yapılan anketin sonuçlarına göre ise en çok tercih edilen tahkim yeri sıralamasında ilk sırayı Londra ve Singapur paylaşmaktadır. Ardından sırasıyla Hong Kong, Paris, Cenevre, New York, Pekin, Şangay, Stockholm ve Dubai gelmektedir. 2018 yılında yapılan anket ve 2021 yılında yapılan anket kıyaslandığında Hong Kong ve Singapur'un hem sıralamadaki yerinin ilerlediği hem de tercih edilme oranının dikkate değer şekilde arttığı görülmektedir. Bu şehirlerin tahkim yeri olarak seçilmesinde SIAC gibi kurumsal tahkim merkezlerinin varlığının ve tarafların söz konusu bölgede yer alan ticari çıkarlarını yine bu bölge içerisinde yürütülen bir tahkim prosedürü ile çözmeyi tercih etmeleri etkili olabileceği belirtilmiştir. Bir Kuşak Bir Yol gibi büyük ölçekli projelerin ileriki yıllarda gerçekleştirilecek anket sonuçları üzerinde etkili olabileceğine de değinilmiştir (White&Case and Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Er. 12 Ekim 2023. <[https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey--The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)>, White&Case and Queen Mary University of London, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, Er. 12 Ekim 2023. <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf>).

³³¹ K&L Gates, Guide to Leading Arbitral Seats and Institutions, Er. 12 Ekim 2023. <<https://files.klgates.com/files/upload/guidetoleadingarbitralseatsandinstitutions.pdf>>

1.3.8. Hakem Kararı ve Hakem Kararının Milliyeti

Hakem kararı kavramı Türk hukukunda ve New York Sözleşmesi'nde tanımlanmamıştır. MTK'nın 13/B maddesinde nihai hakem kararının verilmesiyle tahkim yargılamasının son bulacağı düzenlenmiştir.³³² Bizim de bu başlık altında “hakem kararı olarak” ifade edeceğimiz kavram hakem veya hakem heyetlerince verilen tüm kararları değil nihai hakem kararlarını ifade etmektedir. Hakem kararı; a) tahkim sözleşmesine dayanarak taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında, b) taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasına ilişkin, c) hakem veya hakem heyeti tarafından sahip oldukları yargılama yetkisine dayanarak, e) hakem veya hakem heyetinin yargılamayı sonlandırması sonucunu doğuracak şekilde verilen karardır.³³³

Bir hakem kararının milliyeti tahkimin tabi olduğu hukuka yani *lex arbitri*ye göre belirlenir.³³⁴ Her ülke hakem kararının milliyetine ilişkin farklı kıstaslar belirleyebilir.³³⁵ Bir hakem kararı birden fazla ülke açısından millî hakem kararı olabilir veya bütün ülkeler açısından yabancı bir hakem kararı olarak nitelendirilebilir.³³⁶

Türk Hukuku açısından bakıldığında HMK veya MTK kapsamında gerçekleştirilen bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararı kural olarak yerli hakem karardır. Yukarıda da izah edildiği üzere MTK'da tanımlanan yabancılık unsurunu içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar HMK kapsamındadır (HMK m. 407). Bu kapsamda gerçekleştirilecek tahkim yargılaması neticesinde verilen karar yerli hakem karardır. Diğer yandan MTK'da belirtilen yabancılık unsurunu taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği bir uyuşmazlık MTK kapsamındadır (MTK m.1) ve yargılama neticesinde verilen karar yerli hakem karardır.³³⁷

Ancak kanun koyucu hakem kararlarının yerli olup olmadığının belirlenmesinde yalnızca tahkim yeri kriterini esas almamış, tahkim yerinin yanı sıra uygulanan usûl kuralı ölçütünü de kabul etmiştir. Zira tahkim yeri Türkiye dışında olmakla birlikte MTK hükümlerinin uygulanmasına karar verilen bir tahkim yargılaması da MTK kapsamında

³³² Erdoğan, 2020:93.

³³³ Erdoğan, 2020:94-95.

³³⁴ Petrochilos, 2004:20.

³³⁵ *Lex arbitri* nin belirlenmesinde kullanılan en yaygın iki yöntem için bkznz. 1.3.5 numaralı başlık.

³³⁶ Aygül ve Erdoğan, 2020:68.

³³⁷ Erdoğan, 2020:58-59; Aygül ve Erdoğan, 2020:75.

gerçekleştirilecek ve bu yargılama neticesinde verilen karar Türk hukukuna göre³³⁸ yerli hakem kararı olarak nitelendirilebilecektir. Bu ihtimalde tahkim yerinin bulunduğu devlete bakılarak hakem kararının yerli veya yabancı olacağı yönünde karar verilecektir. Zira Türkiye'nin de taraf olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi, bir hakem kararının yerli olup olmadığının belirlenmesinde tahkim yeri kriterini esas almıştır.³³⁹ New York Sözleşmesi uyarınca “*tanıma ve tenfiz* istendiği ülkeden başka ülkede verilen karar” yabancı hakem kararıdır ve bu kararın tanıma/tenfizi Sözleşme hükümlerine tabidir. Dolayısıyla Sözleşmeye taraf olmayan bir ülkede verilmiş hakem kararı, Sözleşmeye taraf olan ülkede tenfiz edilirken Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Ancak Sözleşmeye taraf ülkeler, onay esnasında ileri sürecekleri çekinceyle, Sözleşmenin uygulanmasını sadece diğer akit ülkelerde verilen hakem kararlarıyla sınırlandırabilirler. Türkiye de bu yönde çekince koyarak Sözleşmeye taraf olan ülkelerdendir.³⁴⁰ New York Sözleşmesinin kapsamını düzenleyen 1'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde; Sözleşme hükümlerinin, tahkim yerinde yerli hakem kararı sayılmayan kararların tanınması ve tenfizinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hüküm söz konusu tarihte hakem kararlarının milliyetinin usul hukukuna göre belirlendiği Almanya gibi Kıta Avrupası ülkeleri dikkate alınarak eklenmiştir.³⁴¹ Örneğin tahkim yeri Almanya olan bir tahkim yargılaması, 1998 Reformu öncesi hâkim görüşüne göre hakem kararlarının milliyetinin tahkim usulüne uygulanan hukuka göre belirlendiği Alman hukukunda yabancı hakem kararı olarak nitelendirilecekti. Bu halde bahse konu hakem kararının Almanya'da New York Sözleşmesi hükümlerine göre tanınması ve tenfizi istenebilecektir. Sözleşmenin birinci maddesinde getirilen bu esneklik, sözleşmenin uygulama alanını daraltacak şekilde değil genişletecek şekilde yorumlanmalıdır.³⁴² Ancak öğretide New York Sözleşmesinde yer alan mülkîlik kriteri ile usul hukuku kriterinin eş güçte olduğunu kabul eden görüşler de vardır.³⁴³

Tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu ancak usulüne Türk hukukunun uygulandığı bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının yerli hakem kararı sayılıp

³³⁸ Böyle bir hakem kararının başka bir ülke hukukuna göre de yerli hakem kararı olarak nitelendirilmesi mümkündür (Erdoğan, 2020:60). Konuya ilişkin eleştiriler için bkz. Aygöl, M. *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.40.

³³⁹ Erdoğan, 2020:58.

³⁴⁰ Şanlı, 2019:428.

³⁴¹ Yeşilova, 2013:147; Akıncı, 2021: 528-529.

³⁴² Yeşilova, 2013:147; Akıncı, 2021:529.

³⁴³ bkz. Aygöl ve Erdoğan 2020:74 dn. 62.

sayılamayacağı hususu tartışmalıdır. Akıncı, Türkiye'nin New York Sözleşmesine koyduğu çekinceye değinmemiş, tahkim yeri Türkiye dışında olan bir tahkim yargılamasına Türk usul hukuku kuralları uygulansa dahi yerli hakem kararı olarak nitelendirilemeyeceğini ve hakem kararının New York Sözleşmesi kapsamında tenfiz edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁴⁴ Özel'e göre bir hakem kararı yerli hakem kararı olarak nitelendirilebiliyorsa, tenfiz edilmesine gerek yoktur.³⁴⁵ Ekşi, bu ihtimalde MTK ile New York Sözleşmesinin çatıştığını ve MTK'nın 1'inci maddesinin son fıkrası gereğince New York Sözleşmesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.³⁴⁶ Bayata Canyaş ise New York Sözleşmesinin 7'nci maddesinin Sözleşmeye göre daha lehe hükümler içeren iç hukuk mevzuatının uygulanmasına olanak sağladığını, dolayısıyla icranın daha kolay şekilde gerçekleşmesine imkân sağlanması gerektiğini ve bahse konu ihtimalde hakem kararının yerli hakem kararı sayılması gerektiğini belirtmiştir.³⁴⁷ Çelikel ve Erdem'e göre de taraf iradeleri öncelikli olup tarafların Türk usûl kurallarının uygulanmasına karar vermesi durumunda yargılama neticesinde verilecek hakem kararının milli olarak değerlendirilmesi gerekecektir.³⁴⁸ Aygöl ve Erdoğan'a göre Türkiye'nin New York Sözleşmesi'nin uygulama alanını daraltma yetkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple tahkim yeri Türkiye dışında olmakla birlikte New York Sözleşmesi'ne taraf bir devlet sınırlarındaysa MTK'nın uygulanmasına karar verilmiş olsa dahi verilen hakem kararı, yabancı hakem kararı niteliğindedir.³⁴⁹ Türkiye dışında belirlenen tahkim yeri New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette ise hakem kararı yerli hakem kararı olarak nitelendirilecektir.³⁵⁰ MTK'nın 1'inci maddesinin son fıkrasında Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklı tutulduğundan ve Türkiye'nin New York Sözleşmesinin uygulama alanını daraltma yetkisi bulunmadığından bu çalışmada, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu ancak usulüne MTK'nın uygulandığı bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının, tahkim yeri New York Sözleşmesine taraf bir devlet sınırlarındaysa yabancı, değilse yerli hakem kararı olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir.

³⁴⁴ Akıncı, 2021:529-530.

³⁴⁵ Özel, 2008:25.

³⁴⁶ Ekşi, 2003:337.

³⁴⁷ Bayata Canyaş, 2016,15-16, dn 49.

³⁴⁸ Çelikel ve Erdem, 2021:822-823.

³⁴⁹ Erdoğan, 2020:58-61.

³⁵⁰ Erdoğan, 2020:58-61; Ekşi, 2003:337.

MTK anlamında yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olmayan bir uyuşmazlığın çözümünde MTK uygulanmış olması ihtimalinde de (ki bu ihtimalin fiilen gerçekleşmesi pek mümkün görülmemektedir) verilen hakem kararı yabancı hakem kararı niteliğinde olacaktır.³⁵¹

Türk hukukuna göre yerli hakem kararları, Türkiye’de Türk mahkemelerince verilmiş kararlar gibi icra edilirler. Türk hukukuna göre yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra edilebilmesi için kararın, tahkim yeri New York Sözleşmesine taraf bir ülkede ise New York Sözleşmesi hükümlerine göre³⁵² değilse MÖHUK hükümlerine göre tenfiz edilmesi gerekmektedir.³⁵³

Devlet mahkemelerince verilen kararların aksine hakem kararlarına karşı bir kanun yolu bulunmamaktadır.³⁵⁴ Hakem kararlarına karşı, kararın yerli olarak nitelendirildiği ülkede iptal davası açılabilir. Türk hukukuna göre yerli hakem kararlarına karşı iptal davası HMK m. 439 ve MTK m.15’te düzenlenmiştir. İptal davasında hakem kararlarının doğruluğu incelenmez, kural olarak³⁵⁵ içerik denetimi yapılmaz.³⁵⁶ İptal davasında mahkeme tarafından yapılan denetim kanunda sayılan iptal sebepleriyle sınırlıdır.³⁵⁷ Kanunda düzenlenen iptal sebepleri; tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz olması veya tahkim sözleşmesinin geçersizliği, hakem seçiminde uyulması gereken usul kurallarına uyulmamış olması, hakem kararının tahkim süresi içinde verilmemiş olması, hakemin yahut hakem heyetinin hukuka aykırı bir şekilde yetkili olduğuna veya yetkisiz olduğuna karar vermesi, hakem veya hakem heyetinin yetkisini aşması yahut talebin tamamı hakkında karar vermemesi, tahkim yargılamasının uyulması gereken usul kurallarına uyuşmaksızın yürütülmesi ve bu aykırılığın kararın esasına etki etmesi, tarafların eşitliği ilkesine ve hukuki dinlenilme hakkına uyulmaması, karara konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olmasıdır.

³⁵¹ Erdoğan, 2020:62.

³⁵² Şanlı, 2019:429-430.

³⁵³ Akıncı, 2021:527.

³⁵⁴ Erdoğan, 2020:11-112.

³⁵⁵ Kuralın tek istisnası kamu düzenine aykırılık denetimidir. (HMK m.439/2, MTK m.15/A,2,b).

³⁵⁶ Süral, 2014:1385; Erdoğan, 2020:111; Şanlı ve ark., 2020:701- 702; Akıncı, 2021:401-402.

³⁵⁷ Süral, 2014:1385; Akıncı, 2021:401.

1.3.9. Tahkim Yargılamasında Esasa Uygulanacak Hukuk

İhtiyari tahkimde esas olan taraf iradelerine üstünlük tanınmasıdır. Tarafların serbestçe karar verebileceği hususlardan biri de uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktur.³⁵⁸ Taraflar asıl sözleşmenin bir maddesinde, tahkim şartında veya uygulamada pek rastlanmasa da ayrıca yapacakları bir sözleşmede³⁵⁹, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler.³⁶⁰

HMK kapsamında gerçekleşen bir tahkim yargılamasında, taraflarca bir hukuk seçimi mevcutsa hakem veya hakem heyeti uyuşmazlığı çözerken bu hukuku uygulamak zorundadır.³⁶¹ HMK'nın konuya ilişkin 443'üncü maddesinde bu husus açıkça düzenlenmese de böyle bir düzenlemeye malumun ilanı niteliğinde olacağından ihtiyaç olmadığı belirtilmiştir.³⁶² Esasa uygulanacak hukuk taraflarca seçilmemişse hakemler tarafından belirlenir. Bu durumda hakemler Türk hukukundan başka bir hukukun uygulanmasına da karar verebilir.³⁶³ Uyuşmazlığın esasına herhangi bir ülke hukukunun uygulanması mecburi değildir. Zira taraflar, açıkça yetkilendirmiş olmak şartıyla, hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığı hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre³⁶⁴ veya dostane çözüm yoluyla çözmesine karar verebilirler (HMK m. 433/3).

MTK kapsamında gerçekleşen bir tahkim yargılamasında da taraflar esasa ilişkin hukuku seçebilirler ve tarafların hukuk seçimi hakemleri bağlar (MTK m.12).³⁶⁵ Kanun tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda esasa uygulanacak hukukun hakemlerce seçileceğini belirtmiştir. MTK m. 12³⁶⁶ uyarınca “*hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en*

³⁵⁸ Ekşi, 2019:167; Ağırman, 2022:466.

³⁵⁹ Şanlı, 1986:228.

³⁶⁰ Ekşi, 2019:167; Akıncı, 2021:349.

³⁶¹ Balcı, 1999:218-219.

³⁶² Pekcanitez, 2011:76.

³⁶³ Ekşi, 2019:167.

³⁶⁴ Tarafların bu yöndeki belirlemeleri, hakemlerin uyuşmazlığı kendi adalet kıstaslarına göre çözmeleri anlamına gelir (Balcı, 1999:219-220). Bu durumda hakemler uyuşmazlığı belli bir hukuk sisteminin kurallarının somut uyuşmazlığa doğru şekilde uygulanması yoluyla değil kendi hakkaniyet anlayışlarına ve vicdanlarına dayanarak çözerler. Dostane çözüm yolu ise hakemlerin hukuk kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalmaksızın somut olayın gerektirdiği hakkaniyeti de dikkate alarak esnek şekilde karar vermeleridir. Bu yöntem, hukukçu olmamakla birlikte uyuşmazlık konusu alanda bilgi sahibi olan kişilerin hakem olarak seçildiği yargılamalarda tercih edilmektedir (Akıncı, 2021:354-355).

³⁶⁵ Hakemlerin, tarafların hukuk seçimini dikkate almamaları hakem kararının iptal edilmesine veya tenfiz edilmemesine sebep olur (Ağırman, 2022:665,933; Akıncı, 2021:485-486,585).

³⁶⁶ MTK m.12 düzenlemesinde UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanununun 28'inci maddesi esas alınmıştır (Ağırman, 2022:467).

*yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre” karar verir.*³⁶⁷ Ayrıca MTK kapsamındaki tahkim yargılamasında da tarafların açıkça yetkilendirmesi halinde hakemler hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilirler.

Uluslararası uygulamada da taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmekte serbesttir.³⁶⁸ Tarafların bir hukuk seçimi yapmaması halinde uygulanacak hukukun belirlenmesi farklılık arz etmektedir. Şöyle ki kurumsal tahkim söz konusuysa hakemler tahkim kurumunun kurallarında yer alan esasa uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin hükümler ile bağlıdır. Tahkim kurumunun kurallarında bu yönde bir düzenleme yoksa veya ad hoc tahkim söz konusuysa esasa uygulanacak hukuk genellikle tahkim yeri ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre veya uyuşmazlıkla en sıkı irtibatlı ülke hukukunun seçilmesi suretiyle belirlenir.³⁶⁹

Esasa uygulanacak hukuk taraflarca veya hakemlerce belirlense de esasa uygulanacak hukukun emredici kuralları saklı kalmak kaydıyla sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır.³⁷⁰ Özellikle milletlerarası tahkimde birçok uyuşmazlık sadece sözleşme hükümleri uygulanarak çözülebilmektedir. Zira uluslararası ticari ilişkileri düzenleyen sözleşmeler hem çok ayrıntılı hükümler içermekte hem de taraflar bu sözleşmelerde genellikle ilgili alandaki standart kurallara atıf yapmaktadır.³⁷¹

1.4. Bölüm Sonu Değerlendirmesi

Küreselleşme ve liberalleşmenin etkisiyle kamu hizmetlerinin gördürülme usulleri de değişikliğe uğramıştır. Kamu hizmetleri, gelişen teknolojinin de etkisiyle farklılaşarak karmaşık bir yapıya bürünmüş, devletler kamu hizmetlerini sınırlı kamu kaynaklarıyla bizzat yerine getirmekte zorlanmış, çözüm olarak özel hukuk kişilerini sürece dâhil etmiştir. Kamu özel işbirliği bu şekilde gelişim göstermiştir.

³⁶⁷ Dolayısıyla hakemler MÖHUK hükümleri ile bağlı olmaksızın uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı hukuku seçerler (Akıncı, 353).

³⁶⁸ Ağırman, 2022:466. Örneğin ICC Tahkim Kurallarının 21’inci maddesi ve UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanununun 28’inci maddesi taraf iradelerine öncelik tanımış, taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde esasa uygulanacak hukukun hakemlerce belirleneceği düzenlemiştir.

³⁶⁹ Şanlı, 2019:366.

³⁷⁰ Ekşi, 2019:168; Ağırman, 2022:469.

³⁷¹ Akıncı, 2021:349.

KÖİ modelleri, devlet (veya bir kamu tüzel kişisi) ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanmaktadır. KÖİ sözleşmelerinin genellikle uzun süreli olması, sözleşmenin imzalandığı zamanın koşullarının değişmesine ve öngörülemeyen problemlilerin ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler büyük önem arz etmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, resmi yargılama yapan ve katı usul kuralları uygulayan devlet mahkemeleri yanında seçimlik nitelikte olan bir dizi metodun genel adıdır. AUÇY ile taraflar arasındaki uyuşmazlığın her iki taraf için kabul edilebilir ortak bir çözüme kavuşturulması sağlanır. AUÇY yöntemleri diğer uyuşmazlık çözüm metodlarını dışlamaz, yargı yoluna başvuru imkânını ortadan kaldırmaz, kural olarak gönüllülük esasına dayanır ve biçimsel olarak esnektir. Taraflar uyuşmazlığın çözümünde aktif rol alırlar ve daha fazla kontrol sahibidirler.

AUÇY, adalete erişim akımı ve herkesin hukuki kurumlara ulaşmasını hedefleyen hukuk reformlarından etkilenmiş ve bu fikirlerin katkısıyla yayılmıştır. Günümüzde, özellikle sanayileşmiş ülkelerde AUÇY hızla gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır. AUÇY'nin tercih edilme sebeplerinin başında devlet mahkemelerindeki iş yoğunluğu nedeniyle davaların uzun sürmesi gelmektedir. Taraflara daha hızlı bir çözüm imkânı sunan AUÇY, aynı zamanda uyuşmazlığın mahkemeye taşımaksızın sulh olarak sonlandırılmasına ve bu şekilde taraflar arasındaki iyi ilişkilerin sürdürülmesine olanak sağlamaktadır. Tüm AUÇY yollarının temelinde müzakere bulunmaktadır. Ancak diğer yöntemler, üçüncü kişinin sürece dâhil olması nedeniyle müzakereden ve üçüncü kişinin uyuşmazlık çözümündeki rolüne göre de birbirlerinden ayrılır. Müzakere, arabuluculuk ve uzlaştırma en çok bilinen AUÇY yöntemleridir. Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda en çok kullanılan yöntemler ise müzakere, arabuluculuk ve vakıaların saptanmasıdır (teknik bilirkişilik ve hakem bilirkişilik).

Tahkim yargısal bir yöntem olması nedeniyle bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak nitelendirilmemelidir. Tahkim, kanunun tahkim yoluyla çözülmesine izin verdiği konularda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, hakem adı verilen özel kişi veya kişiler tarafından kesin ve bağlayıcı olarak çözülmesidir. Dünyadaki ve Türkiye'deki tarihsel gelişimine ve güncel duruma bakıldığında, tahkim uygulamasının bilhassa milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde giderek yaygınlaştığı görülmektedir. Özellikle taraflardan birinin devlet olduğu uyuşmazlıklarda, bahse konu devletin mahkemelerinde dava açılması diğer

tarafça tercih edilmemektedir. Bu bağlamda tahkim, uyuşmazlığın hiçbir taraf için avantaj teşkil etmemesi ve taraflar açısından nötr olması sebebiyle yabancılik unsuru içeren ticari uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılmaktadır. Tahkimin başlıca tercih edilme sebepleri arasında; yabancı mahkeme kararlarına kıyasla hakem kararının daha kolay tenfiz edilebilmesi, tahkimin uyuşmazlığın uzman kişilerce çözümüne olanak sağlaması ve devlet yargılamasına göre daha kısa sürede bağlayıcı bir karar alınması sayılabilir.

Tarafların aralarında mevcut olan veya ileride doğabilecek bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmalarına tahkim sözleşmesi denir. Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması ve taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması halinde, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerekir. Tahkim yargılamasının anlaşılabilmesi, geçerli bir tahkim sözleşmesi akdedilebilmesi ve tahkim neticesinde verilecek kararın uygulanabilir olması amacıyla tahkime ilişkin kavramların ve uygulanacak hukuk kurallarının etkilerinin bilinmesi gerekmektedir. Bu bağlamda tahkimin tabi olduğu hukuk, tahkim yeri, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve hakem kararının milliyeti meselelerine hâkim olunması gerekmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

DÜNYADA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARI VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Diğer ülkelerdeki KÖİ uygulamalarının gelişimi, ilgili yasal düzenlemeler ve kullanılan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının incelenmesi konunun bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmesine, Türkiye ile kıyaslamalar yapılabilmesine ve iyi uygulamaların örnek alınmasına olanak sağlamaktadır. Bu amaçla Fransa, Almanya, Çin ve İngiltere'deki KÖİ uygulamaları ve KÖİ sözleşmelerinin hukuki durumu incelenmiştir. Fransa; Türk idare hukukunun Fransız idare hukukunu esas alarak gelişmiş olması ve KÖİ sözleşmelerinin genellikle idari sözleşme olarak sınıflandırılması nedeniyle seçilmiştir. Almanya; Türk özel hukukunun gelişmesinde kaynakları esas alınan ülkelerden olması, KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ve ülkede özellikle karayolu sektöründe KÖİ uygulamalarının yaygın olması sebebiyle incelenmiştir. Çin; KÖİ uygulamalarının teşvik edilerek son dönemlerde yaygınlaşması ve KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim merkezleri kurulması nedeniyle seçilmiştir. İngiltere ise modern KÖİ uygulamalarının gerçekleştirildiği ilk ülkelerden biri olması ve gelişmiş standart dokümanlara sahip olması nedeniyle incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlıkların çözüm maddelerine ilişkin tavsiyeler içeren uluslararası kılavuz dokümanlara yer verilmiştir.

2.1. Fransa

Fransa, imtiyaz modelinin uzun zamandır uygulandığı bir ülkedir. İmtiyaz anlaşmalarıyla 16 ve 17'nci yüzyılda kanallar ve köprüler inşa edilmiş, 19'uncu yüzyılda demiryolu, metro, su ve elektrik altyapıları yapılmıştır. Kamu hizmeti imtiyazı³⁷² uygulamaları 19'uncu yüzyılın başlarında yasal olarak düzenlenmiş, 20'nci yüzyılın ikinci yarısında ise imtiyaz modeli otoyollar, şehir içi ulaşım, atık yönetimi ve bölgesel ısıtma alanlarına yayılmıştır. İmtiyaz uygulamalarında, hizmetin bedeli kullanıcı tarafından ödenmektedir. Bu modelin yanı sıra 2000'li yıllarda bedelin devlet tarafından ödendiği KÖİ modelleri de

³⁷² *Affermage* olarak adlandırılan bu model; kamu hizmetine ilişkin bir imtiyaz olup hizmeti işleten özel sektörün kayda değer bir sermaye yatırımı gerçekleştirilmesi beklenmez (EPEC,2012:7).

geliştirilmiştir.³⁷³ Günümüzde KÖİ modelleri Fransa’da; ulaşım, sağlık, adalet, eğitim, çevre, enerji verimliliği telekomünikasyon, kentsel ekipman ve kültür gibi çeşitli ekonomik sektörlerde uygulanmaktadır. Ülkede KÖİ modellerinin uygulanması, her yıl yaklaşık 110 milyar Avroluk faaliyete karşılık gelmektedir.³⁷⁴

Contrat de partenariat olarak anılan ortaklık sözleşmeleri, bedelin devlet tarafından ödendiği bir KÖİ modeli olup 2004 yılında kabul edilen düzenlemeyle yasal çerçevesi oluşturulmuştur. Bu düzenlemeyle aynı zamanda merkezi bir KÖİ birimi olan MAPPP³⁷⁵ kurulmuştur.³⁷⁶

2018 yılında, otuz farklı dokümanla dağınık şekilde ele alınmış olan Fransız KÖİ mevzuatının yeniden düzenlenmesi ve modernize edilmesine karar verilmiştir.³⁷⁷

Güncel Fransız KÖİ mevzuatı şu kaynaklardan oluşmaktadır.³⁷⁸

- 1 Nisan 2019 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Kamu İhale ve İmtiyaz Sözleşmeleri Kanunu (KÖİ Kanunu),
- Kamu ihale kanununun yasama kısmına ilişkin 26 Kasım 2018 tarih ve 2018-1074 sayılı Karar³⁷⁹,
- Kamu ihale kanununun düzenleyici kısmına ilişkin 3 Aralık 2018 tarih ve 2018-1075 sayılı Kararname³⁸⁰,
- Kamu ihale sözleşmelerine ilişkin çeşitli tedbirlere ilişkin 24 Aralık 2018 tarih ve 2018-1225 sayılı Kararname³⁸¹.

Fransa’da KÖİ uygulamaları genel olarak iki türe ayrılmaktadır. Bunlar; imtiyaz sözleşmeleri³⁸² ve ortaklık sözleşmeleri³⁸³’dir.³⁸⁴ Fransız hukukunda imtiyaz sözleşmeleri ve

³⁷³ EPEC, 2012a:7.

³⁷⁴ Vaissier et al. 2023:21.

³⁷⁵ Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé

³⁷⁶ EPEC, 2012a:5.

³⁷⁷ Vaissier et al. 2023:21.

³⁷⁸ The World Bank, PPP Laws/Concession Laws – France, 12.01.2022, Er. 07 Ağustos 2023, <<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-laws-concession-laws-france>>

³⁷⁹ Ordonnance n° 2018-1074

³⁸⁰ Décret n° 2018-1075

³⁸¹ Décret n° 2018-1225

³⁸² *délégations de service public*

³⁸³ *contrat de partenariat*

³⁸⁴ EPEC, 2012a:7; Vaissier et al. 2023:22.

ortaklık sözleşmeleri, çok sınırlı istisnaları olmakla beraber, idari sözleşmelerdir. Bu sebeple sözleşmenin tarafları eşit değildir ve idare kamu gücünü kullanmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde, bir yapım işinin gerçekleştirilmesi veya bir hizmetin yönetimi için belirli bir süreyle bir veya birden fazla ekonomik birime imtiyaz verilir. İmtiyaz alan, bahse konu yapım işinin gerçekleştirilmesi veya hizmetin yönetilmesine dair riski üstlenir. Ortaklık sözleşmesinde ise yatırımın amortismanına veya finansman koşullarına göre belirlenen bir sürede; bir kamu hizmeti için gerekli olan bir yapının, ekipmanın yahut maddi olmayan varlığın tasarımı, inşası veya dönüştürülmesi, bakımı, işletmesi veya yönetimi hususlarını kapsayan geniş kapsamlı bir proje özel hukuk kişisine yaptırılır. Projenin tamamı yahut bir kısmı kamu tarafından finanse edilir.³⁸⁵

Yukarıda da değinildiği üzere 2004 yılında 2004-1119 sayılı Kararla, Ekonomi Bakanlığı bünyesinde ortaklık sözleşmesi imzalayan idarelere destek olunması amacıyla bir KÖİ birimi kurulmuştur. MAPPP olarak adlandırılan bu birim, idarelerin ihaleye çıkmadan önce yaptıkları ön değerlendirmeleri incelemek, ayrıca sözleşme hazırlığı ve müzakereleri konusunda idarelere destek olmak, tavsiyeler vermek üzere kurulmuştur.³⁸⁶ 2016-522 sayılı Kararname ile MAPPP yerini FIN INFRA'ya³⁸⁷ bırakmıştır. FIN INFRA, MAPPP ile benzer görevleri yürütmekte, idarelere ihale öncesi değerlendirmede, sözleşme hazırlığında ve müzakeresinde destek olmakta ayrıca ortaklık sözleşmelerinin mali sürdürülebilirliği konusunda görüş bildirmektedir.³⁸⁸

Fransa'da KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü özellik arz etmektedir. Zira Fransız hukukunda kural olarak kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurmamasının yasak olduğu kabul edilmiştir.³⁸⁹ Fransız Danıştay, 1986 yılında verdiği bir görüşünde tahkim yasağı kuralının Fransız hukukunun genel ilkelerinden olduğunu belirtmiş,³⁹⁰ idarenin yabancı şirketlerle akdedeceği sözleşmelerde tahkim şartının yer alamayacağı ileri sürmüştür.³⁹¹ Fransız Danıştay'ın bu görüşü üzerine 19.08.1986 tarihli ve 86/972 sayılı Kanunla ülke yararına olan

³⁸⁵ Vaissier et al. 2023:23.

³⁸⁶ Vassier et al. 2016:94.

³⁸⁷ Mission d'appui au Financement des Infrastructures

³⁸⁸ Vaissier et al. 2023:24.

³⁸⁹ Tan, 1999:8; Gözler, 2009:240-241.

³⁹⁰ Tan, 1999:8; Yıldız, 2014:287.

³⁹¹ Tan ve Bayazıt, 2021:598.

işlerin gerçekleştirilmesi için devlet, yerel yönetimler ve kamu kurumlarının yabancı şirketlerle akdedeceği sözleşmelerde tahkim şartına yer verilebileceği düzenlenmiştir.³⁹² Benzer şekilde farklı bazı yasal düzenlemelerle tahkim yasağına istisnalar getirilmiştir.³⁹³ Tahkim yasağı da kaynağını yasal düzenlemeden almaktadır. Fransız medeni kanunu Code Civil'in 2060'ıncı maddesinin ilk fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzeninden olduğu ve bu sebeple tahkime elverişli olmadığı belirtilmiştir.³⁹⁴ Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ticari ve sınai nitelikteki kamu kuruluşlarına bir kararname ile tahkim yoluna başvurma izni verilebilir.³⁹⁵ Fransız idare hukukunda tahkim yasağının istisnalarından biri de KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüdür. İmtiyaz sözleşmeleri ve ortaklık sözleşmeleri idari sözleşme niteliğinde olduğundan bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, uluslararası ihtilaflar saklı kalmak kaydıyla kural olarak Fransız Medeni Kanunu m.2060 uyarınca tahkim yoluyla çözülemez. Ancak yeni Fransız KÖİ Kanununa göre; a) imtiyaz ve ortaklık sözleşmelerinin tarafı olan özel kişiler arasında çıkan ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkimle çözülebilir, b) ortaklık sözleşmesinin tarafları, uyuşmazlığın esasına Fransız hukuku uygulanması şartıyla bu sözleşmenin ifasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için tahkime başvurabilir. Diğer bir ifadeyle idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ortaklık anlaşmasından doğan ihtilaflar, uyuşmazlığın esasına Fransız hukuku uygulanmak kaydıyla tahkim yoluyla çözülebilir. İmtiyaz sözleşmeleri için böyle bir olanak getirilmemiştir.³⁹⁶

2.2. Almanya

KÖİ modeli Almanya'da 2002 yılında alternatif bir finansman modeli olarak gündeme gelmiştir. Önceleri yalnızca okullar ve idari binalarla sınırlı olarak kullanılmış, daha sonra ise neredeyse tüm sektörlerde yayılmıştır.³⁹⁷ Devlet yollarının veya hastaneler gibi kamu binalarının yapımı, bakımı, işletilmesi için bu projelere başvurulmuştur. Ayrıca birçok Alman şehri, kentsel

³⁹² Tan ve Bayazıt, 2021:598.

³⁹³ Gözler, 2009:240.

³⁹⁴ Güneş, 2017:418-419.

³⁹⁵ Gözler, 2009:240; Güneş, 2017:418-419.

³⁹⁶ Vaissier et al. 2023:32. Fransız KÖİ Kanunun orijinal metni için bkz. République Française, Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, Er. 07 Ağustos 2023, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037695219/>.

³⁹⁷ Alfen and Daube, 2007:206.

elektrik şebekelerinin işletilmesi ve modernize edilmesi için özel şirketlere imtiyaz sağlamıştır. Yine ağır tonajlı araçlardan geçiş ücreti toplanılmasına ilişkin bir program da KÖİ ile tasarlanmış, inşa edilmiş ve yakın zamana kadar özel sektör şirketleri tarafından oluşturulan bir ortak girişimce işletilmiştir. Bunlara ek olarak, kamu idareleri ve özel sektörün; Frankfurt, Duesseldorf ve Hamburg havaalanlarının işletilmesi için ortak girişim oluşturması suretiyle kurumsal KÖİ'ler gerçekleştirilmiştir.³⁹⁸

KÖİ kavramı 2017 yılından itibaren Alman Anayasası m.90/2'de yer almakta ve farklı yasal düzenlemelerde de kullanılmaktadır. Kavram kesin bir şekilde tanımlanmamakla birlikte, genellikle maliyetli altyapı projeleri içeren, devlet ve özel sektör arasındaki uzun vadeli işbirliği modellerini ifade etmek için kullanılmaktadır.³⁹⁹ Almanya'da kamu özel işbirliklerinin düzenlendiği spesifik bir mevzuat bulunmamaktadır.⁴⁰⁰ KÖİ uygulamaları genel olarak medeni hukuka ve Kamu İhale Kanununa,⁴⁰¹ idare hukuku, vergi hukuku, şirketler hukuku, yatırım ve finans hukuku gibi farklı yasal alanlara ilişkin federal düzeyde ve eyalet düzeyinde çıkarılan mevzuata tabidir.⁴⁰² Bununla birlikte otoyollar ve enerji gibi belli sektörlerde KÖİ projelerini düzenleyen yasalar mevcuttur. Ayrıca Federal Bütçe Kanununun 7'nci maddesinde, mali etkisi olan tüm tedbirler için ekonomik fizibilite çalışması yapılacağı ve risk dağılımının dikkate alınacağı belirtilmiş, uygun olması halinde kamu görevinin ifası veya kamusal amaçlı ekonomik aktivitelerin yerine getirilmesi için eşit yahut daha fazla verimlilik sağlaması koşuluyla özel sektöre de fırsat tanınacağı düzenlenmiştir.⁴⁰³ Yasal çerçeve, yap-işlet-devret,

³⁹⁸ Jan Bonhage and Thomas Lang, "The Public-Private Partnership Law Review: Germany", The Public-Private Partnership Law Review, 25.03.2022, Er. 25 Mart 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>>

³⁹⁹ Jan Bonhage and Thomas Lang, "The Public-Private Partnership Law Review: Germany", The Public-Private Partnership Law Review, 25.03.2022, Er. 25 Mart 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>>

⁴⁰⁰ Merzlov, 2022:37; Schaefer and Volland, Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview, 26.11.2009, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement--ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany---an-overview#>>

⁴⁰¹ Merzlov, 2022:37.

⁴⁰² Schaefer and Volland, Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview, 26.11. 2009, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement--ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany---an-overview#>>

⁴⁰³ Federal Budget Code of 19 August 1969 (Federal Law Gazette I, p. 1284), as last amended by Article 2 of the Act of 1 July 2022 (Federal Law Gazette I, p. 1030). Er. 8 Ağustos 2023. <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Downloads/Resources/Laws/1969-08-19-federal-budget-code.pdf?__blob=publicationFile&v=7>

yap-devret-işlet, yap-sahip ol-işlet, imtiyaz, kurumsal KÖİ gibi birçok modelin kullanılmasına olanak tanımaktadır. Buna karşın Alman KÖİ projelerinin yaklaşık yüzde sekseninde yap-işlet-devret modeli kullanıldığı belirtilmiştir. Almanya’da 2005 yılında KÖİ uygulamalarının hızlandırılması için bir yasa⁴⁰⁴ çıkarılmış ve yasa ile ülkedeki KÖİ uygulamalarının kurumsal çerçevesi geliştirilmiştir.⁴⁰⁵

Almanya’da hem federal hem de bölgesel düzeyde KÖİ birimleri bulunmaktadır.⁴⁰⁶ ÖPP Deutschland AG olarak adlandırılan federal KÖİ birimi 2017 yılında yerini *Partnerschaft Deutschland- Berater der öffentlichen Hand GmbH*’ya bırakmıştır. *Partnerschaft Deutschland*, altyapı projelerinin planlanması ve uygulanmasında yalnızca kamu kurumlarına bağımsız olarak danışmanlık sunan bir kamu şirkettir. Şirketin odağı; ihtiyaç analizi, uygunluk testi, ön kârlılık çalışmaları, finansal model geliştirilmesi gibi ilk aşamalara ilişkin tavsiyeler sunmaktır. Bununla birlikte tüm proje döngüsünün kontrolü konusunda da destek sağlanmaktadır. Şirket, ortağı olan kamu kurumlarına herhangi bir ihale süreci olmaksızın, doğrudan görevlendirilmek suretiyle destek hizmetleri sunmaktadır. Kural olarak tüm kamu kurumları şirkete ortak olabilir. Şirket hissedarları; federal yönetim, eyaletler ve bölgesel yönetimlerden oluşmaktadır. Ayrıca 2008 yılında aktif hale getirilen Alman KÖİ projelerine ilişkin bilgileri içeren veri tabanı⁴⁰⁷ hâlihazırda bu şirket tarafından ilgililere sunulmaktadır.⁴⁰⁸

Almanya’da çeşitli modeller içeren KÖİ sözleşmeleri akdedilmektedir. Hastane ve okul gibi kamu binalarının yapımında genellikle mülkiyet hakkı idareye bırakılmakta, inşa, işletme ve yönetim yetkileri özel sektöre verilmektedir. Ayrıca hukuken, mülkiyetin belli bir süre sonra idareye devretmek koşuluyla özel sektörde bırakılması da mümkündür. Kamu kurumları özel

⁴⁰⁴ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (Kamu-Özel Ortaklıklarının Uygulanmasını Hızlandırmak ve Kamu-Özel Ortaklıkları için Yasal Çerçeveyi Geliştirmek için Kanun). Kanun metin için bkz. Bundesgesetzblatt Online-Archiv, Bundesgesetzblatt Teil I 2005, Nr. 56 vom 07.09.2005, Er. 08 Ağustos 2023.

<https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl105s2676.pdf#_b_gbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl105s2676.pdf%27%5D_1691486141925>

⁴⁰⁵ Merzlov, 2022:37.

⁴⁰⁶ Merzlov, 2022:37.

⁴⁰⁷ Veri tabanı için bkz. Partnerschaft Deutschland, Öffentlich Private Partnerschaften PPP-Projektdatenbank <<https://www.ppp-projektdatenbank.de/index.php?id=9>>

⁴⁰⁸ PPP in Niedersachsen, *Die Partnerschaft Deutschland - Berater der öffentlichen Hand GmbH*, Er. 08 Ağustos 2023. <https://www.ppp.niedersachsen.de/foederales_pppkompetenznetzwerk/oepd_deutschland_ag/die-oepd-deutschland-ag---partnerschaften-deutschland---55856.html>

sektöre imtiyaz da verebilmektedir. İmtiyaz usulünde özel sektöre bir hizmetin veya malın kullanılması yahut piyasaya sunulması yetkisi verilirken kamu sözleşmesi akdedildiğinde idare tarafından özel sektöre bir ödeme yapılmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri elektrik ve gaz şebekelerinin işletilmesinde kullanılmakta olup bu hususta yaklaşık yirmi bin anlaşma bulunmaktadır. Tüm bunlara ilave olarak Almanya’da, kurumsal KÖİ olarak adlandırılan ve özel sektör ile idarenin ortak girişim oluşturduğu KÖİ modellerine de rastlanmaktadır. Bu ortak girişimler sınırlı sorumlu şirket yapısında kurulabilmektedir. Genellikle idare, bu şirketlerde çoğunluk oy hakkına sahiptir. Ayrıca pay sahipleri anlaşmasında, şirket amacının kamu hizmetini sağlamakla sınırlı tutulması veya idareye şirket paylarını satın alma opsiyonu sunulması gibi ek koruyucu önlemlere de yer verilebilmektedir. Kurumsal KÖİ’ler, atık yönetimi, kanalizasyon arıtma, su sağlama hizmetleri gibi alanlarda kullanılmaktadır.⁴⁰⁹

Alman KÖİ sözleşmeleri genellikle özel hukuka tabi sözleşmeler olup idare ve özel hukuk kişileri arasında akdedilir. İdare, Federal Cumhuriyet olabileceği gibi bir eyalet veya onun bir kurumu da olabilir. Genellikle özel hukuk kişisi bir tüzel kişi veya birden çok özel şirketin pay sahibi olduğu bir ortak girişimdir.⁴¹⁰ KÖİ sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler çeşitlilik göstermektedir. Federal otoyolların yapımına ilişkin sözleşmeler genellikle uyuşmazlığın yerel mahkemelere intikalinden önce arabuluculuk yönteminin denenmesini öngörmektedir. Federal Ulaştırma Bakanlığının birçok KÖİ sözleşmesinde ise teknik konulara ilişkin olarak, taraflardan birinin uyuşmazlığı yerel mahkemeye götürmemesi durumunda bağlayıcı hale gelen uzman görüşü tercih edilmiştir. Federal Savunma Bakanlığının askeri kışlalarının tasarlanması, inşası ve işletilmesine ilişkin KÖİ sözleşmesi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin tercih edildiği tek sözleşmedir.⁴¹¹

Federal Dijital ve Ulaştırma Bakanlığı, birçok KÖİ sözleşmesini çevrimiçi olarak yayımlamaktadır. Zira KÖİ projelerinin şeffaflığını artırmak amacıyla iktidar partileri arasında

⁴⁰⁹ Jan Bonhage and Thomas Lang, “*The Public-Private Partnership Law Review: Germany*”, The Public-Private Partnership Law Review, 25.03.2022, Er. 25 Mart 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>>

⁴¹⁰ Schaefer and Volland, Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview, 26.11. 2009, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://www.mondaq.com/germany/government-contracts-procurement---ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany---an-overview#>>

⁴¹¹ Jan Bonhage and Thomas Lang, “*The Public-Private Partnership Law Review: Germany*”, The Public-Private Partnership Law Review, 25.03.2022, Er. 25 Mart 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany>>

19'uncu parlamento dönemi için yapılan koalisyon anlaşması, devam eden KÖİ projelerine ilişkin sözleşmelerin sözleşme taraflarının onay vermesinin ardından yayımlanmasına imkân sağlamaktadır.⁴¹² Bakanlığın internet sitesinde paylaştığı ve konusu otoyolların yapımı, bakımı ve işletilmesi olan KÖİ projelerinde, uyuşmazlıkların çözümü için bir uzlaştırma komisyonunun oluşturulması öngörülmüştür. Komisyon tarafların ayrı ayrı seçtiği temsilciler ile tarafların üzerinde mutabakata vardıkları bir başkandan oluşur. Komisyon başkanı seçiminde uzlaşılamaması halinde başkan, sözleşmede belirlenen kişi⁴¹³ tarafından seçilir. Taraflar, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için komisyona başvurabilirler ve komisyon, belirli bir süre içinde, tarafların menfaatlerine uygun olan ve taraflarca kabul edilebilir nitelikte bir çözüm önerir. Belirlenen süre içinde taraflarca kabul edilebilir nitelikte ve her iki tarafın da menfaatine uygun bir öneride bulunulamaması halinde taraflar uyuşmazlığı mahkemeye götürebilirler. Komisyonun önerisi, kural olarak bağlayıcı değildir ve tarafların kabulüne bağlıdır. Ancak bazı uyuşmazlıklar hakkında komisyon tarafından getirilen çözümün bağlayıcı olacağı sözleşmede kararlaştırılabilir.⁴¹⁴ Örneğin bazı sözleşmelerde, sözleşmeye konu yapım işlerine ilişkin uyuşmazlıklarda komisyon tarafından verilen kararın geçici olarak tarafları bağladığı, taraflarca belirli bir süre içerisinde itiraz edilmemesi halinde ise kararın kesin olarak bağlayıcı olacağı belirtilmiştir. Tarafların karara itiraz etmesi halinde, kararın bağlayıcılığının kararın tamamen ortadan kaldırılmasına veya tarafların farklı bir çözüm yolunda anlaşmasına kadar devam edeceği düzenlenmiştir.⁴¹⁵ Ayrıca sözleşmelerde,

⁴¹² Federal Ministry for Digital and Transport, PPP Contracts, 18.06.2020, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Articles/StB/ppp-contracts.html>> Sözleşmelerin belli bölümleri karartılmıştır.

⁴¹³ Bu kişi ilgili bölgenin sanayi ve ticaret odası başkanı veya bölge yüksek mahkemesi başkanı gibi unvan olarak belirtilmiştir.

⁴¹⁴ Federal Ministry for Digital and Transport, PPP Contracts, 18.06.2020, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Articles/StB/ppp-contracts.html>>

⁴¹⁵ Güney Bavyera Otoyol Müdürlüğü ile Isentalautobahn GmbH & Co. KG'nin akdettiği sözleşme için bkz. https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/oepp-vertrag-a-94.pdf?__blob=publicationFile Aşağı Saksonya Eyaleti Yol İnşaatı ve Trafik Otoritesi ile Via Niedersachsen GmbH & Co. KG'nin akdettiği sözleşme için bkz. https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/oepp-vertrag-a-7-goettingen.pdf?__blob=publicationFile, DEGES Deutsche Einheit Fernstrassenplanungs und- bau- GmbH ile BAB A7 Neumünster-Hamburg Autobahnverwaltungsgesellschaft mbH arasında akdedilen sözleşme için bkz. https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/StB/oepp-vertrag-a-7-hamburg.pdf?__blob=publicationFile

uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme belirtilmiş, sözleşmeye Alman hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır.⁴¹⁶

2.3. Çin

Çin’de ilk KÖİ projeleri Çin Halk Cumhuriyetinin kurulmasının ardından 1980’li yıllardan sonra görülmüştür. KÖİ’nin ülkedeki tarihsel gelişimi dört evreye ayrılabilir. 1984-2002 yılları daha çok keşif ve pilot uygulama dönemidir. Bu dönemde yabancı doğrudan yatırımların ülkeye çekilmesi amaçlanmıştır. Pilot uygulama olarak beş adet yap-işlet-devret projesi gerçekleştirilmiştir. Bu projeler su arıtma tesisi, enerji santrali ve diğer altyapı tesislerinden oluşmaktadır. 2003-2008 döneminde, KÖİ projelerinin uygulanması kademeli olarak teşvik edilmiştir. İskân, Kentsel ve Kırsal Kalkınma Bakanlığı tarafından KÖİ’yi teşvik eden ve düzenleyen dokümanlar yayımlanmıştır. Yerli ve yabancı yatırımcıların kanalizasyon arıtma, su temini, ısı temini, toplu taşıma ve sair kamu hizmetlerine yatırım yapmaları büyük ölçüde teşvik edilmiştir. Bu teşvikler sebebiyle KÖİ projelerinin sayısı ülke genelinde hızla artmaya başlamıştır. 2009-2013 dönemi uyum ve dalgalanma aşaması olarak adlandırılabilir. 2008 finansal krizinin etkisiyle Çin’deki KÖİ uygulamaları da dalgalı bir seyir göstermiştir. Hükümet 4 trilyon Çin Yuanı tutarında bir yatırım planı açıklamıştır. Büyük tutarlı kredi ve fonlar ulusal sermaye ile gerçekleştirilen altyapı yatırımlarında kullanılmış ve özel sektörün KÖİ projelerine katılımı azalmıştır. 2014 yılından günümüze kadar olan dönem ise regülasyon ve gelişim dönemi olarak adlandırılabilir.⁴¹⁷

2014 yılı Çin’de KÖİ uygulamaları için dönüm noktası niteliğindedir. Zira 2014 yılında Çin hükümeti kamu hizmeti ve altyapı yatırımlarına özel sektörün katılımını teşvik etmek amacıyla birçok kılavuz belge yayımlamıştır. Bu kılavuzlar, KÖİ sözleşmelerinde idare ile özel sektör arasında etkili bir risk paylaşımı gerçekleştirilmesi için özellikle yerel yönetimlere yardımcı olmayı hedeflemiştir. Kılavuzlar farklı kamu kurumlarınca çıkarılmış olup bu kurumlar; Maliye Bakanlığı, Ulusal Kalkınma ve Reform Komisyonu ve Devlet Konseyidir.⁴¹⁸ Ulusal Kalkınma ve Reform Komisyonu ile Maliye Bakanlığı KÖİ kavramlarını farklı yorumlamıştır. Komisyon KÖİ’yi daha önce kullanılan imtiyaz kavramını esas alarak

⁴¹⁶ Federal Ministry for Digital and Transport, PPP Contracts, 18.06.2020, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Articles/StB/ppp-contracts.html>>

⁴¹⁷ CIETAC, 2017:54-57.

⁴¹⁸ Thieriot and Dominguez, 2015:-6.

yorumlamakta, KÖİ'nin imtiyaz, kamu hizmet alımı ve sermaye işbirlikleri gibi farklı biçimleri kapsadığını belirtmektedir. Maliye Bakanlığı ise KÖİ modelinin esasen kamunun hizmet alımı olduğunu, KÖİ uygulamalarının ihale kanunu sistemine dâhil olduğunu ve bu sebeple özel kişi ortağın kamu alımlarına ilişkin mevzuat ve usullere uygun olarak seçilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴¹⁹ 2014 yılında çıkarılan düzenlemelerden sonra Çin yazınında, KÖİ'ye ilişkin yapılan çalışmaların sayısı da dikkat çekici şekilde artmıştır.⁴²⁰ Bu çalışmalarda KÖİ projelerinde kamu yararı, KÖİ sözleşmelerinin yapısı, kamu yararı ve özel sektör yararı arasındaki koordinasyon, uyuşmazlıkların çözümü gibi KÖİ modeline ilişkin spesifik hukuki konular ele alınmıştır. Ayrıca diğer ülkelerin KÖİ mevzuatının incelendiği karşılaştırmalı hukuk çalışmaları da gerçekleştirilmiştir.⁴²¹

Çin Kamu Özel İşbirliği Merkezi, ülkedeki KÖİ uygulamaları için önemli bir birimdir. Merkez, temel olarak politika araştırması, danışmanlık ve eğitim, kapasite geliştirme, mali destek, bilgi toplama ve KÖİ ile ilgili diğer konulardan sorumludur.⁴²² Merkez, ulusal KÖİ veri tabanına ilişkin belli aralıklarla özet niteliğinde bilgiler yayımlamaktadır. 26.07.2022 tarihli en güncel ilana göre 2021'in ilk yarısı itibarıyla, Ulusal KÖİ Entegre Bilgi Platformu Proje Yönetimi Veri Tabanına toplam 16,4 trilyon Yuan yatırım tutarıyla toplam 10.312 KÖİ projesi kaydedilmiştir. Bu projeler ülke geneline yayılmış olup enerji, ulaşım, su koruma, çevre koruma, belediye mühendisliği, kapsamlı kentsel gelişim, tarım, ormancılık, bilim ve teknoloji, turizm, sağlık, yaşlı bakımı, eğitim, kültür ve spor dahil olmak üzere on dokuz sektörü kapsamaktadır. 13,1 trilyon Yuan yatırım tutarında 7.934 proje için KÖİ sözleşmesi imzalanmış, 8,7 trilyon Yuan yatırım tutarında 5.280 proje inşaat aşamasına girmiş ve 2,8 trilyon Yuan yatırım tutarında 1.988 proje işletme aşamasına geçmiştir.⁴²³

Çin'de KÖİ uygulamalarına özgü ayrı bir mevzuat bulunmamaktadır.⁴²⁴ Yukarıda da izah edildiği gibi farklı kamu kurumları tarafından çıkarılan kılavuzların KÖİ uygulamalarına ilişkin yaklaşımlarının birbiriyle örtüşmemesi ve KÖİ uygulamalarına ilişkin daha üst düzey

⁴¹⁹ Yan, 2019:5.

⁴²⁰ 2014 yılından önce KÖİ konusunda yasal düzenlemelere ilişkin makale sayısı 9 iken, 2019 yılında bu sayının 400'ü aştığı tespit edilmiştir (Zhenzhong and Jinkang, 2019:5)

⁴²¹ Zhenzhong and Jinkang, 2019:5-6.

⁴²² CPPPC, *Who We Are*, Er. 13 Ağustos 2023. <<https://www.cpppc.org/en/gywm.jhtml>>

⁴²³ CPPPC, *National PPP Integrated Information Platform Project Management Database (Key Numbers)- the First Half of 2022*, 26.07.2022, Er. 13 Ağustos 2023. <<https://www.cpppc.org/en/djyw/999354.jhtml>>

⁴²⁴ CIETAC, 2017:75; Zhang, 2020:216; Torres-Lugo, 2022:223.

bir mevzuatın bulunmaması uygulamada sorunlara sebebiyet vermektedir.⁴²⁵ Çin hükümeti, KÖİ projeleri için ulusal seviyede bir yasal regülasyon hazırlığı içindedir. Bu yasal düzenleme ile KÖİ projelerinin denetiminin standartlaştırılması ve ekonomik büyümenin desteklenmesi için yerel yönetimlere KÖİ modelini kullanmaları hususunda yardımcı olunması amaçlanmaktadır.⁴²⁶ Ancak Devlet Konseyinin, altyapı ve kamu hizmetlerinde KÖİ'nin düzenlenmesi hususunda hazırladığı ve görüşe açtığı taslak; imtiyaz, kamu hizmet alımı ve KÖİ kavramlarının ilişkisi ve kapsamı konusundaki muğlaklığı giderecek nitelikte olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁴²⁷

KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliğindeki belirsizlik sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususuna da sirayet etmektedir. Yan'a göre bu sözleşmeler, bir imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilirse kamu hukuku sözleşmesi niteliğinde sayılacak ve idari yargılamaya tabi olacaktır. Tedarik sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde ise özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilecek ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olacaktır. Bir imtiyaz sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda ise uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk açısından çelişkiler yaşanabilecektir. Bu hususta farklı yönde verilmiş mahkeme kararları mevcut olup bir karar birliği söz konusu değildir. Örneğin Bazhong Belediyesi ile Bawan Express Company arasındaki uyuşmazlıkta mahkeme, sözleşmenin taraflarından biri idare olsa dahi kamu çıkarları dışında ekonomik fayda elde etmek amacıyla gönüllülük esasına göre eşit ve tam istişare temelinde imzalandığına ve ticari nitelikte bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. Diğer yandan Heitan Belediyesi ile Xinjiang Xingyuan Construction Group Co. arasındaki uyuşmazlıkta mahkeme, bir imtiyaz sözleşmesinin söz konusu olduğuna ve bu sebeple uyuşmazlığın idari davaya konu edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴²⁸ Pekin Orta Derece Halk Mahkemesi tarafından verilen bir kararda ise yap-işlet-devret modeliyle otoyol yapılmasına ilişkin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine, taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmiştir. Mahkeme; sözleşmenin amacını, taraflarını, tarafların borçlarını, sorumluluklarını ve haklarını kapsamlı olarak değerlendirmiş ve imtiyaz sözleşmesinin ticari nitelikte bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kanaatine varmıştır. Bu

⁴²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yan, W., "Legislative Conflicts and the Resolution of China's PPP Legislation", *China Legal Science*, Year:2019, Vol:7, No:1, pp.3-29.

⁴²⁶ Torres-Lugo, 2022:224.

⁴²⁷ Yan, 2019:5.

⁴²⁸ Yan, 2019:8-9. Ayrıntılı bilgi için bkz. CIETAC, 2017:75-79.

değerlendirmenin akabinde, Çin Halk Cumhuriyeti Tahkim Kanununun 17’nci maddesi uyarınca, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna ve sözleşmede yer alan tahkim şartının geçerli olduğuna hükmetmiştir. Ancak mahkeme, idari sözleşme niteliğindeki bir imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmamıştır.⁴²⁹

Yu’a göre KÖİ sözleşmelerinin niteliği konusundaki bu belirsizliğin ve çelişkinin temel sebebi idari sözleşmelerinin tanımının ve kamu ve özel hukuk ayrımının net bir şekilde belirlenmesinin zor olmasıdır. Zira bu kavramlar teorik olarak da açıklıktan ve kendine özgü niteliklerden yoksundur. KÖİ sözleşmelerinin Çin’deki hukuki durumu, bu konuda yasal bir düzenleme bulunmaması, mevcut idari düzenlemelerin ilkelliği ve yargısal içtihatlarla yeknesak ve net bir kriter belirlenememesi sebebiyle problemlidir. Yazar, idari sözleşme ve KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin teorik çalışmaların yapılmasının ve konunun netleştirilmesinin ardından bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların etkili şekilde çözülebilmesi için tahkimi de içeren çoklu mekanizmalar geliştirilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴³⁰

Çin’de KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin değinilmesi gereken diğer bir husus ise spesifik olarak KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için kurulan tahkim merkezleridir. Bir Kuşak, Bir Yol Projesi (One Belt One Road Initiative - OBOR) kapsamında doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi için 2016 yılında OBOR Tahkim Merkezi kurulmuştur. Ardından 2017 yılı Aralık ayında⁴³¹ OBOR kapsamında gerçekleştirilen uluslararası KÖİ projelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi amacıyla OBOR KÖİ Tahkim Merkezi kurulmuştur.⁴³² Aynı yıl 16 Mayıs tarihinde ise China International Economic and Trade

⁴²⁹ CIETAC, 2017:77.

⁴³⁰ Yu:2019:360,385-386.

⁴³¹ Lu and He, Recent Developments In China’s Cross-border Dispute Resolution Under the “Belt and Road Initiative”, The American Review of International Arbitration: Columbia Law School, 01.02.2018, Er. 13 Ağustos 2023. <<https://aria.law.columbia.edu/recent-developments-in-chinas-cross-border-dispute-resolution-under-the-belt-and-road-initiative/>>

⁴³² Brandt and Kan, 2018:124.

Arbitration Commission (CIETAC)⁴³³ tarafından Pekin’de CIETAC KÖİ Tahkim Merkezi⁴³⁴ kurulmuştur. Merkezde yapılan yargılamalarda, CIETAC’ın kurumsal tahkim kuralları uygulanmaktadır.⁴³⁵ Ülkedeki KÖİ inşaat projelerine atfedilen önem ve OBOR kapsamında da bu tür projelerin sayısında beklenen artış dikkate alındığında, CIETAC KÖİ Tahkim Merkezinin kurulması bahse konu projelerde tahkime yönelik artan talebi karşılamak amacıyla bilinçli ve yerinde bir girişim olarak değerlendirilmiştir.⁴³⁶

2.4. İngiltere

İngiliz Hazine Bakanlığı kamu özel işbirliğini, bir kamu sektörü kuruluşu ile bir özel sektör sağlayıcısı arasındaki uzun vadeli sözleşmeye dayalı düzenlemeler olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda özel sektör sağlayıcısı, altyapı varlıklarını ve ilgili hizmetleri tasarlamak, inşa etmek, finanse etmek, bakımını yapmak ve işletmek için görevlendirilir. İnşaatın gecikmesi, maliyet aşımı ve varlığın bakımı ile ilgili riskler özel sektör ortağına devredilir.⁴³⁷ İngiltere, KÖİ uygulamasında öncü olan ülkelerden biridir. 1980’lerde ve 1990’ların başında İngiliz hükümeti telekom, gaz, elektrik, su ve atık, havaalanları ve demiryolları dahil olmak üzere kamuya ait birçok hizmetin özelleştirilmesine ilişkin kapsamlı bir program başlatmıştır. Ayrıca bu dönemde az sayıda da olsa, ulaşım altyapısına ilişkin olan ve bedelin idareden değil hizmeti kullananlardan tahsil edildiği imtiyaz modeli de kullanılmıştır.⁴³⁸

2012 yılına kadar İngiliz hükümeti tarafından tercih edilen KÖİ modeli, özel finansman girişimidir (Private Finance Initiative – PFI).⁴³⁹ 1992 yılında uygulanmasına başlanılan PFI

⁴³³ Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu (CIETAC) resmi internet sitesinde belirtildiği üzere “CIETAC dünyanın en önemli daimi tahkim kurumlarından biridir. CIETAC, ticari uyuşmazlıkların yanı sıra yatırım uyuşmazlıklarını da tahkim yoluyla bağımsız ve tarafsız bir şekilde çözüme kavuşturmaktadır.” (CIETAC, *About Us*, Er. 13 Ağustos 2023. <<https://www.cietac-eu.org/about-us/#:~:text=Established%20in%201956%2C%20China%20International,disputes%20by%20means%20of%20arbitration.>>>)

⁴³⁴ CIETAC Public-Private Partnership Arbitration Center (CIEATAC PPP Center).

⁴³⁵ CIETAC, 2017:80; Brandt and Kan, 2018:124.

⁴³⁶ Brandt and Kan, 2018:124.

⁴³⁷ HM Treasury and Infrastructure and Projects Authority, 2019:2.

⁴³⁸ Tom Marshall, Helen Beatty, Sam Cundall and Michael Edwards, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>>

⁴³⁹ HM Treasury and Infrastructure and Projects Authority, 2019:2.

modelinde, tıpkı imtiyazda olduğu gibi tesis ve hizmetlere ilişkin birtakım yükümlülükler özel sektöre devredilmekte, ödemeler ise kamu tarafından yapılmaktadır. İngiliz doktrininde KÖİ modellerinin birçok ülkede uzun yıllardır uygulandığı, ancak PFI ile ödemelerin tamamen idare tarafından yapılması hususunda yenilik getirildiği belirtilmiştir.⁴⁴⁰ PFI, özel sektörün bir kamu varlığını ve ilgili hizmetleri tasarladığı, inşa ettiği, finanse ettiği ve işlettiği, özel bir taraf ile bir kamu kurumu arasında yapılan uzun vadeli bir sözleşmeye dayanır. PFI sözleşmesinde özel sektör inşaat, bakım ve yönetim sorumluluğu ile ilgili riskleri üstlenir ve ücretlendirme performansına bağlıdır.⁴⁴¹ Kamu hizmetine ilişkin ödemeler, kural olarak hizmeti kullanan kişiler tarafından değil idare tarafından yapılır.⁴⁴² PFI modelinde idare genellikle tesislerin kullanımı için belirli bir bedel öder. Sözleşme süresi sona erdiğinde tesisin mülkiyeti özel sektöre bırakılabileceği gibi mülkiyetin kamuya devri de mümkündür.⁴⁴³ PFI modeli İngiltere’de ulaşım hizmetlerinde kullanılmaya başlanmış daha sonra ise hastane ve okul gibi sosyal altyapı projelerinde ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmıştır.⁴⁴⁴ PFI modeli kullanılan projelerde harcama getirisine ilişkin tartışmalar sebebiyle model 2012 yılında özel girişim 2 (PF2) olarak güncellenmiştir.⁴⁴⁵ PF2, PFI modeline çok benzemekle birlikte şeffaflığı artırmak, verimliliği teşvik etmek, harcama getirisi sağlamak ve alternatif kurumsal sermaye kaynaklarından (altyapı ve emeklilik fonları gibi) finansman sağlanmasını teşvik etmek için tasarlanmış bir dizi değişiklik içermektedir.⁴⁴⁶ Bu modellerin teslimat, maliyet ve performans riskini özel sektöre

⁴⁴⁰ Evren, 2016:436.

⁴⁴¹ UK Government, *PFI Centre of Excellence*, 21.07.2023. Er. 16 Ağustos 2023. <[https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20\(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>](https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>)

⁴⁴² Tom Marshall, Helen Beatty, Sam Cundall and Michael Edwards, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>>

⁴⁴³ Corner, 2006:40-41.

⁴⁴⁴ Evren, 2016:436.

⁴⁴⁵ UK Government, *PFI Centre of Excellence*, 21.07.2023. Er. 16 Ağustos 2023. <[https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20\(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>](https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>)

⁴⁴⁶ Tom Marshall, Helen Beatty, Sam Cundall and Michael Edwards, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>>

aktardığı ve bu sayede kamu sektörünün gecikmelerden, maliyet aşımından ve düşük performanstan korunduğu belirtilmiştir. PFI ve PF2 kapsamında gerçekleştirilen projeler Birleşik Krallık'ta 700'den fazla altyapı projesine yaklaşık 56 milyar sterlinlik özel sektör sermaye yatırımı sağlamıştır. Bunlar arasında yeni okullar, hastaneler, yollar, konutlar, hapishaneler ve askeri teçhizat ve konaklama yerleri bulunmaktadır.⁴⁴⁷

İngiliz hükümeti, 2018 yılı bütçesinde yeni kamu projeleri için PF2 modelini bundan sonra kullanmayacağını açıklamıştır. Ancak bu açıklama mevcut PFI ve PF2 projelerini etkilemeyecek, bahse konu projeler kendi seyrinde tamamlanacaktır.⁴⁴⁸ Bu projelerin 2048 yılında tamamen son bulması beklenmektedir.⁴⁴⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki PF2 modelinin yeni projelerde kullanılmayacağına ilişkin İngiliz hükümeti tarafından alınan bu karar özyönetim yetkisi tanınan birimleri⁴⁵⁰ bağlamamaktadır.⁴⁵¹ Bununla birlikte özyönetim yetkisi olan İskoçya ve Galler'in kendine özgü PPP modelleri bulunmaktadır.⁴⁵²

İngiliz hükümeti PF2 modelini yeni projeler için kullanmayacağına ilişkin kararını müteakip, Altyapı Finansmanı İncelemesi (Infrastructure Finance Review) hususunu 2019 yılı

⁴⁴⁷ UK Government, *PFI Centre of Excellence*, 21.07.2023. Er. 16 Ağustos 2023. <[https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20\(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>](https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>)

⁴⁴⁸ UK Government, *PFI Centre of Excellence*, 21.07.2023. Er. 16 Ağustos 2023. <[https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20\(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>](https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>) Booth, Lorna, *Goodbye PFI*, UK Parliament House of Commons Library, 30.10.2018, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://commonslibrary.parliament.uk/goodbye-pfi/>

⁴⁴⁹ PFI Dashboard 2021-22 by IPA PPP Team, Infrastructure and Projects Authority, 18.07.2023, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://public.tableau.com/app/profile/ipa.ppp/viz/PFIDashboard2021-22/Guidance>

⁴⁵⁰ İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda özyönetim yetkisine sahiptir (UK Parliament, *Devolved Parliaments and Assemblies*, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://www.parliament.uk/about/how/role/relations-with-other-institutions/devolved/>>). Ayrıca Büyük Londra İdaresi (Greater London Authority)'de özyönetim yetkisi kadar geniş yetkileri olmasa da birçok konuda İngiliz hükümetinden bağımsız karar alabilmektedir (bknz Torrance, 2022:31-35) Büyük Londra İdaresinin kendi bütçesi bulunmaktadır (2023-2024 bütçesi için bkzn. Mayor of London and London Assembly, *MD3103 GLA: Mayor budget for 2023-24*, , 30.03.2023, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://www.london.gov.uk/who-we-are/governance-and-spending/promoting-good-governance/decision-making/decisions/md3103-gla-mayor-budget-2023-24?ac=172538=172523>>).

⁴⁵¹ Booth, Lorna, *Goodbye PFI*, UK Parliament House of Commons Library, 30.10.2018, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://commonslibrary.parliament.uk/goodbye-pfi/>

⁴⁵² UK Government, *PFI Centre of Excellence*, 21.07.2023. Er. Er. 16 Ağustos 2023. <[https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20\(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>](https://www.gov.uk/government/collections/public-private-partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20(PFI,public%20asset%20and%20related%20services.>)

Mart ila Haziran aylarında istişareye açmıştır.⁴⁵³ İstişare sürecinde iletilen görüşler bir rapor olarak yayımlanmıştır. Rapora göre iletilen görüşlerde, gelirleri yapılandırmak ve riski dağıtmak için hâlihazırda kullanılan pek çok KÖİ modelinin altı çizilmiştir. Bahsedilen modeller arasında; düzenlemeye tabi varlık esaslı model⁴⁵⁴, fark sözleşmeleri⁴⁵⁵, açık deniz iletim sahibi modeli⁴⁵⁶, elektrik enterkonnekte sistemleri için tavan ve taban uygulaması⁴⁵⁷ ve elektrik üretimi için kapasite piyasası⁴⁵⁸ yer almaktadır. İletilen görüşlerde, yatırımların gerçekleştirilmesi ve finansman maliyetlerinin yönetilmesi için RAB modelinin başarılı olduğu, CfDs modelinin ise yenilenebilir enerjiye finansman çekme konusunda etkili olduğu belirtilmiştir.⁴⁵⁹

İngiltere’de son dönemde hazırlanan yasalarda, PF2’nin terk edimesini müteakip farklı KÖİ modellerinin benimsendiği görülmektedir. Altyapı Finansmanı İncelemesi’ne ilişkin görüşlerin bu yasaların bir kısmında etkili olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda Enerji Yasa Tasarısı ve Nükleer Enerji Yasası’na özellikle değinmek gerekmektedir. 6 Temmuz 2022 tarihinde Parlamente’ye sunulan 2022-23 sayılı Enerji Yasa Tasarısı⁴⁶⁰ düşük karbonlu endüstrilere daha fazla yatırım yapılmasını teşvik etmek, tüketicileri adil olmayan enerji fiyatlandırmasından korumak ve enerji arz güvenliğini korumak için önlemler getirmektedir. Tasarıda karbon yakalama ve depolama, düşük karbonlu hidrojen, düşük karbonlu ısı planları ve hidrojen şebekesi için iş modelleri⁴⁶¹ geliştirmeye yönelik hükümler yer almaktadır. 31 Mart

⁴⁵³ Richards et al. 2020:258

⁴⁵⁴ regulated asset base model - RAB

⁴⁵⁵ contracts for differences - CfDs

⁴⁵⁶ offshore transmission owner model

⁴⁵⁷ cap and floor

⁴⁵⁸ capacity market

⁴⁵⁹ HM Treasury, *Infrastructure Finance Review: Summary of Consultation Feedback*, 25.11.2020, Er. 16 Ağustos 2023.

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/937407/IFR_consultation_response_20201120_FINAL.pdf>

⁴⁶⁰ Tasarı Lordlar Kamarasındaki komite aşamasını 16 Ocak 2023 tarihinde tamamlamıştır ve rapor aşamasındadır (Tom Marshall, Helen Beatty, Sam Cundall and Michael Edwards, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>>) Tasarının bulunduğu aşama ve Tasarı metni için bkz. UK Parliament, *Parliamentary Bills, Energy Bill*, 21.07.2023, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://bills.parliament.uk/bills/3311>>

⁴⁶¹ Tasarının “Revenue Support Contracts” başlığını taşıyan ikinci bölümünde bu iş modellerinden bahsedilmiş, ayrıntıların ikincil mevzuatla düzenleneceği belirtilmiştir (Energy Bill as Amended in Committee, 29.07.2023, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0340/220340.pdf>>)

2022’de onaylanan Nükleer Enerji Yasası ise nükleer enerji sektöründe RAB modelinin uygulanması için bir çerçeve oluşturmaktadır.⁴⁶²

KÖİ modellerinin İngiltere’deki gelişimi ve güncel durumuna ilişkin yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ülkede PFI ve PF2 haricinde farklı birçok KÖİ modeli kullanılmaktadır. Bunlardan bazıları; imtiyaz, stratejik altyapı ortaklığı, düzenleyeme tabi varlık esaslı model, doğrudan temin, ortak girişim, devlete ait olup yükleniciler tarafından işletilen şirketler, hibrit projeler ve fark sözleşmeleridir.⁴⁶³

İngiltere’de spesifik bir KÖİ mevzuatı bulunmamaktadır.⁴⁶⁴ Ülke, Anglo-Sakson hukuk sistemine sahiptir. Dolayısıyla mevzuat ve içtihat hukuku tüm ticari işlemleri ve risk dağılımının temelini oluşturan ilkeleri etkiler. Bu hukuk sisteminde mevzuatın açık olmadığı hallerde yorumlanması da yargısal içtihatlarla dayanır. Bu şekilde yatırımcılar için önemli olan açıklık, tutarlılık ve esneklik sağlanmış olur. Bu itibarla spesifik bir KÖİ kanunu olmasa dahi mevzuat ve içtihatların sunduğu belirlilik ve esneklik KÖİ uygulamalarına izin vermektedir. Spesifik bir KÖİ kanununun olmaması nedeniyle tüm kamu kurumlarına KÖİ projelerini gerçekleştirme hususunda yetki veren kapsayıcı bir mevzuat da bulunmamaktadır. Ancak ilgili kamu idareleri, kendi mevzuatlarına veya sair özel düzenlemelere dayanarak KÖİ projeleri gerçekleştirebilmektedir. Örneğin yerel idarelerin özel sektörle sözleşme yapma yetkisi 1997 tarihli Yerel Yönetimler (Sözleşmeler) Kanununa⁴⁶⁵ dayanmaktadır.⁴⁶⁶ Merkezi hükümete bağlı idarelerin yetkisi esas olarak sınırsızdır meğerki bu yetki mevzuatla veya teamül hukukuyla sınırlandırılmış olsun. Yerel yönetimler ve diğer kamu kurumları ise mevzuatla kendilerine tanındığı kadar dolayısıyla daha kısıtlı yetkilere sahiptir. KÖİ sözleşmeleri genel olarak İngiliz sözleşmeler hukukunun hükümlerine tabidir. Bununla birlikte bazı sektörlerde

⁴⁶² Tom Marshall, Helen Beatty, Sam Cundall and Michael Edwards, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>>

⁴⁶³ Richards et al. 2020:260-262.

⁴⁶⁴ Keşli, 2008:25; EPEC, 2012b:23; Richards et al. 2020:263; Tom Marshall, Helen Beatty, Sam Cundall and Michael Edwards, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023, Er. 08 Ağustos 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>>

⁴⁶⁵ Local Government (Contracts) Act 1997. Yasa metni için bkz. UK Legislation, Er. 16 Ağustos 2023. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/65/contents>>

⁴⁶⁶ EPEC, 2012b:23.

KÖİ projelerinin finanse edilebilmesini sağlamak amacıyla birincil mevzuat çıkarılmıştır.⁴⁶⁷ Ayrıca İngiliz hükümeti tarafından çıkarılan rehberler ve standart sözleşme dokümanları, KÖİ sözleşmesi akdedecek idareler için yol gösterici olmaktadır.⁴⁶⁸

İngiltere’de KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda bilgi alınabilecek en önemli kaynak, Hazine Bakanlığı tarafından PF2 modeli için hazırlanan standart sözleşmedir. Her ne kadar PF2 modeli yeni KÖİ projelerinde tercih edilmeyecek olsa da söz konusu doküman hükümetin KÖİ projelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü usulündeki tercihlerini göstermektedir. Standart sözleşmenin 34’üncü maddesi uyuşmazlıkların çözümünü düzenler. Dokümanda temel kurallar konulmuş ve sözleşmenin kendine özgü yapısı nedeniyle taraflarca farklı şekillerde kararlaştırılabilecek esnek alanlar belirlenmiştir. Tüm bu açıklamaların ardından örnek bir sözleşme maddesine yer verilmiştir. Bu dokümana göre sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümü yerine alternatif yöntemlerle çözümü (dokümanda alternatif yöntemlerin tahkimi de kapsadığı belirtilmiştir), daha etkili ve daha az maliyetli olabileceğinden, bu yöntemler tercih edilebilecektir. Uyuşmazlığın çözüm usulü genel olarak üç aşamalıdır. Öncelikle idare ve sözleşmenin özel sektör tarafı olan *yüklenici*⁴⁶⁹ arasında müzakere gerçekleştirilmeli, taraflar sözleşmeden belirlenen süre içinde bahse konu uyuşmazlığı karşılıklı görüşmelerle çözmeye çalışmalıdır. Taraflar müzakere neticesinde mutabakata varamazlarsa ikinci aşamaya geçmektedir.⁴⁷⁰

İkinci aşamada arabuluculuk, uzlaştırma veya tarafsız değerlendirme gibi alternatif yöntemler tercih edilebilir. İkinci aşamada tercih edilmesi önerilen bir diğer yöntem ise uzmanlar heyetine başvurulmasıdır. Bu yöntemde taraflar üçer kişiden oluşan iki ayrı heyet

⁴⁶⁷ Richards et al. 2020:263

⁴⁶⁸ Bknz. Public Private Partnership Policy And Guidance, HM Treasury, Er. 17 Ağustos 2023. <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20130102183301/http://www.hm-treasury.gov.uk/infrastructure_ppp_guidance.htm>; Infrustruktur UK, *PF2:A Gudie*, December 2012, Er. 17 Ağustos 2023. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207382/pf2_userguide.pdf>; HM Treasury, *Standardisation of PF2 Contracts*, December 2012, Er. 17 Ağustos 2023. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrustruktur_standardisation_of_contracts_051212.pdf>

⁴⁶⁹ Sözleşmenin özel sektör tarafını ifade etmek için *Contractor* kelimesi tercih edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda yüklenici kelimesi kullanılmıştır.

⁴⁷⁰ HM Treasury, *Standardisation of PF2 Contracts*, December 2012, Er. 17 Ağustos 2023. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrustruktur_standardisation_of_contracts_051212.pdf>

oluştururlar. Bunlar; sözleşmenin akdedilmesinden itibaren sözleşmede belirlenen süre içinde (örnek maddede 28 gün) oluşturulacak olan “Yapım Heyeti” ve işletme aşamasına geçildiği tarihte kurulacak “Hizmet Heyeti”dir.⁴⁷¹ Heyet üyeleri sözleşmenin taraflarından, alt yükleniciden veya yüklenicinin sektördeki ana rakiplerinden bağımsız ve tarafsız kişilerdir. Heyet üyelerinin seçiminde anlaşılammaması halinde üyelerin, kim tarafından seçileceği sözleşmede belirlenir. Taraflar uyuşmazlığın ortaya çıkması üzerine uyuşmazlığın ortaya çıktığı proje aşamasına göre (yapım veya işletme/hizmet sunumu) ilgili uzmanlar heyetine başvururlar. Heyete tevdi edilecek uyuşmazlıkta hangi üyenin görevlendirileceği rotasyon usulüne göre belirlenir ve bu sıralamaya katı şekilde uyulur. Uyuşmazlığın çözümü için görevlendirilen uzman, tarafların uyuşmazlık hakkında yazılı beyanlarını sözleşmede belirlenen süre içinde sunmalarını ister. Ayrıca uyuşmazlığın çözümü için tarafların sözlü beyanlarına başvurulup başvurulmayacağı uzmanın takdirindedir. Uzman, tarafların yazılı beyanlarını ve gerek görülmesi halinde sözlü beyanlarını sunmasından sonra, sözleşmede belirlenen süre içerisinde uyuşmazlık hakkındaki kararını verir. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça karar gerekçeli yazılır. Uzman tarafından verilen karardan memnun olmayan taraf, uyuşmazlık çözümünün üçüncü aşamasına geçer.⁴⁷²

Üçüncü aşamada, uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı bir karar verilmesi için tahkim yargılamasına veya mahkemeye başvurulur. Ayrıca sözleşmede bazı uyuşmazlıkların⁴⁷³ uzmanlar heyetine başvurulmaksızın doğrudan mahkemeye veya tahkime götürülebileceği düzenlenebilir. Üçüncü aşamada tahkimin tercih edilmesi durumunda hakemin seçilme usulü sözleşmede düzenlenmelidir. Tahkimin tercih edilmesi halinde uyuşmazlık tek hakemle çözülür ve tahkim yeri Londra’dır. Tüm bu üç aşamalı sürece ilave olarak bazı uyuşmazlıklar için hızlandırılmış⁴⁷⁴ uyuşmazlık çözüm usulleri öngörülebilir.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Ayrıca, fiyat değişimlerine ilişkin uyuşmazlıklar için bir finans uzmanına başvurulabileceği de belirtilmiştir.

⁴⁷² HM Treasury, *Standardisation of PF2 Contracts*, December 2012, Er. 17 Ağustos 2023. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/in_frastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf>

⁴⁷³ Örnek sözleşme maddesinde, mevzuatın değişmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, idarenin kusurundan doğan zararların tazmini, yüklenicinin kusuru sebebiyle sözleşmenin sonlandırılması, mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin sonlandırılması gibi hususlardan doğan uyuşmazlıkların doğrudan tahkim veya devlet yargısı ile çözülebileceği belirtilmiştir.

⁴⁷⁴ 1996 tarihli Konut Hibeleri, İnşaat ve Yenileme Yasası'nda öngörülen yöntemin hızlandırılmış çözüm usulüne örnek niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

⁴⁷⁵ HM Treasury, *Standardisation of PF2 Contracts*, December 2012, Er. 17 Ağustos 2023. <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/in_frastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf>

2.5. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinde Kullanılabilecek Uyuşmazlık Çözüm Maddelerine İlişkin Uluslararası Belgelerde Yer Alan Öneriler

KÖİ projelerinin uygulanmasında, projenin gerçekleştirildiği ev sahibi ülkenin uyuşmazlıkların çözümü konusunda sahip olduğu yasal çerçeve önem arz etmektedir. Yatırımcılar, yükleniciler ve finansörler proje kapsamında akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların adil ve etkili şekilde çözüleceğine emin oldukları projelerde yer almayı tercih etmektedir. Bununla birlikte sözleşmelerde uyuşmazlıkların önlenmesine ve hızlı şekilde sonlandırılmasına olanak sağlayan etkili usullerin belirlenmesi, sözleşmenin tarafı olan idarenin projeyi izleme faaliyetini kolaylaştırmakta ve genel idari maliyetlerini düşürmektedir.⁴⁷⁶ Bu sebeple KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, birçok uluslararası kuruluşun mevzuat veya sözleşme hazırlama rehberleri ile taslak standart mevzuat ve sözleşmelerinde düzenlenmiştir. Bu başlık altında UNCITRAL, OECD, UNECE, EBRD, Dünya Bankası ve Asya Kalkınma Bankası tarafından hazırlanan dokümanlar incelenmiştir.

UNCITRAL tarafından hazırlanan KÖİ Ortaklıklarına İlişkin Mevzuat Rehberi, 2020 yılında güncellenmiştir.⁴⁷⁷ Rehberin 6'ncı bölümünde⁴⁷⁸ uyuşmazlıkların çözümü konusu ele alınmıştır. Rehberine göre yatırım için elverişli bir ortamın yaratılması amacıyla ev sahibi ülkenin bazı ilkelere uyması gerekmektedir. Bu bağlamda yerli ve yabancı firmaların mahkemelere erişimi büyük oranda aynı koşullarla güvence altına alınmalıdır. Özel hukuk sözleşmesinin tarafları sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme hakkına sahip olmalı, yabancı mahkeme ve hakem kararları icra edilebilir olmalıdır. Yasalar, tarafların en uygun ve etkin olduğunu düşündükleri yargısal veya yargısal olmayan uyuşmazlık önleme ve çözme mekanizmalarını seçmelerine olanak sağlamalıdır.⁴⁷⁹

UNCITRAL Rehberine göre KÖİ sözleşmelerinde, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların tırmanmasını mümkün olduğunca önleyen, iş ilişkilerini koruyan, yatırımın yapım aşamasının

⁴⁷⁶ UNCITRAL, 2020:223.

⁴⁷⁷ Rehberin 2001 yılında yayımlanan versiyonu için bkz. UNCITRAL, *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, United Nations Publications, New York, 2001. Er. 24. Ağustos 2023. <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/pfip-e.pdf>>

⁴⁷⁸ UNCITRAL Rehberinde KÖİ projelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar a) idare ile özel kişi ortak arasındaki sözleşmeden kaynaklanan, b) özel kişi ortak ve diğer kişiler arasında projenin uygulanması için akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan ve c) özel kişi ortak ile diğer kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklar olmak üzere üç kategoride incelenmiştir (UNCITRAL, 2020:224). Bu çalışmanın kapsamı gereğince, özel kişi ortak ve idare arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin değerlendirmelere odaklanılacaktır.

⁴⁷⁹ UNCITRAL, 2020:223.

veya kamu hizmetinin sunumunun kesintiye uğramasını engelleyen, projenin kendine has özelliklerine göre uyarlanmış çözüm mekanizmalarına yer verilmelidir. KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar genellikle çok karmaşıktır ve proje konusu altyapının inşasının veya işletilmesinin aksamaması için süratle çözülmesi gereken son derece teknik konular içerir. Bu sebeple taraflar, uyuşmazlıkların çözümünde yardımcı olacak yetkin uzmanları seçmelerine olanak sağlayan uyuşmazlık çözüm mekanizmaları geliştirmelidirler. Bu itibarla KÖİ sözleşmeleri genellikle mümkün olduğu ölçüde uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını önleyen, tarafların mutabakata varacağı çözümler üretmelerini teşvik eden, yine de anlaşılmadıkları durumda etkili çözüm yöntemlerinin uygulanmasını sağlayan bütünlük uyuşmazlık çözüm maddeleri içermektedir. Bu tarz maddeler genellikle taraflarca çözüme kavuşturulmadığı zaman uyuşmazlığa sebep olacak meselelerin önceden bildirilmesi⁴⁸⁰ ile başlayan bir dizi adım içermektedir. Bu bağlamda bir uyuşmazlık çıktığında taraflar öncelikle bilgi alışverişinde bulunmakta ve bir çözüm üretmek için müzakere etmektedir. Tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözememeleri halinde taraflardan her biri, kabul edilebilir bir çözüm bulmalarına yardımcı olacak bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin katılımını talep edebilir. Çekişmeli uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ise genellikle uyuşmazlığın, bu uzlaşmacı yöntemlerle çözüme kavuşturulamaması halinde kullanılır.⁴⁸¹

UNCITRAL Rehberine göre KÖİ projelerinde, özel sektör ile idare arasında çıkan uyuşmazlığın önlenmesi ve çözülmesi için sıklıkla kullanılan yöntemler şunlardır: Erken bildirim/uyarı, arabuluculuk ve uzlaştırma, teknik uyuşmazlıkların bağımsız uzmanlarca değerlendirilmesi, uyuşmazlık inceleme kurulları, uyuşmazlık çözüm kurulları, tahkim ve devlet yargısı.⁴⁸²

Erken uyarı yöntemi: Bu yöntem uyuşmazlığın ortaya çıkmasını önlemeyi amaçlar. Taraflardan herhangi biri, gerçekleşen olayların veya ileri sürmeyi planladığı birtakım taleplerinin uyuşmazlığa sebep olabileceği kanaatindeyse bu durumu en kısa sürede karşı tarafın dikkate sunmalıdır. Bahse konu taleplerin karşı tarafa iletilmesinde geç kalınması, karşı tarafça söz konusu talebin düşmanca algılanmasına sebep olabileceği gibi talep sahibinin iddiasını kanıtlamasını da zorlaştırır. Bu sebeple erken uyarı öngörülen sözleşme maddelerinde, talepte bulunan tarafın belli bir süre içinde ve gerekli kanıtlarla birlikte sayısal olarak bir talepte

⁴⁸⁰ *early warning*

⁴⁸¹ UNCITRAL, 2020: 225-226.

⁴⁸² UNCITRAL, 2020: 227-242.

bulunması gerektiği düzenlenir. Hükümün etkili olabilmesi için hükümde belirtilen şartlara uyulmaması halinde bahse konu talebin ileri sürülememesi veya talebe ilişkin ispat yükünün ağırlaştırılması gibi yaptırımlara yer verilmektedir. Altyapı projelerinde erken uyarı yöntemi, işin veya kamu hizmetlerinin kalitesini olumsuz etkileyebilecek, maliyetini artırabilecek, gecikmelere neden olabilecek veya hizmetin sürekliliğini tehlikeye atabilecek olayların bildirilmesi için kullanılmaktadır. Yöntemin altyapı projelerinde, proje süresi boyunca kullanılmasının faydalı olduğu belirtilmiştir.⁴⁸³

Teknik uyumsuzlukların bağımsız uzmanlarca değerlendirilmesi: KÖİ projelerinin yapım aşamasında, taraflar birtakım uyumsuzlukların birlikte atadıkları bir uzman tarafından incelenmesini isteyebilirler. Bu yöntem yapının sözleşmede kararlaştırılmış niteliklere veya teknik standartlara uygun olup olmadığı gibi özellikle bir altyapı tesisinin yapımına ilişkin teknik konulardan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde etkili olabilmektedir.⁴⁸⁴ Uzman görüşünün bağlayıcı olması halinde bu yöntem, hakem-bilirkişilik yöntemi olarak nitelendirilebilecektir.⁴⁸⁵

Uyumsuzluk inceleme kurulu: Büyük altyapı projelerine ilişkin KÖİ sözleşmeleri uyarınca, yapım ve işletme aşamalarında doğabilecek uyumsuzlukların çözümü için genellikle uzman kurulları oluşturulmaktadır. Bu kurullar, taraflarca seçilen ve alanında uzman bağımsız ve tarafsız üç kişiden oluşmakta ve projenin kapsamına göre birden fazla kurul oluşturulabilmektedir.⁴⁸⁶ Kurullar, tarafların sözleşmeden kaynaklanabilecek uyumsuzluklara ilişkin beklentilerine göre kalıcı veya *ad hoc* olarak oluşturulabilmektedir. Kurul üyelerine, uygun olması halinde inşaatın ilerleyişi veya altyapı tesisinin işletilmesi hakkında periyodik raporlar sunulabilmekte ve taraflar arasında fikir ayrılığı olması halinde üyeler derhal haberdar edilebilmektedir. Kurul üyeleri düzenli aralıklarla veya ihtiyaç duyulduğunda ortaya çıkan fikir ayrılıklarını değerlendirmek ve olası çözüm yolları önermek üzere taraflarla bir araya gelebilecektir. Kurul üyeleri projenin gerçekleştirildiği alana periyodik ziyaretlerde

⁴⁸³ UNCITRAL, 2020:227.

⁴⁸⁴ UNCITRAL, 2020:229. Bu yöntem, *vakioların saptanması* olarak adlandırılan AUÇY metodudur.

⁴⁸⁵ Yeşilirmak, 2011:24. Şanlı ise teknik uzmanlarca yapılan değerlendirmenin hakem-bilirkişilik olarak adlandırıldığını, tarafların sözleşmede hakem-bilirkişi kararlarına uyulmasının ihtiyari olduğu veya zorunlu olduğu yönünde bir belirleme yaptığını, karara uyulmasının zorunlu olmadığı hallerde hakem-bilirkişinin uzlaştırıcı konumda olduğunu, diğer yandan taraflarca bağlayıcı olacağı kararlaştırılan kararın yürütülecek yargılamada kesin delil niteliğinde olacağını belirtmiştir (Şanlı,2019:544).

⁴⁸⁶ Örneğin teknik konular için ayrı, finansal konular için ayrı bir kurul oluşturulabilmektedir (UNCITRAL, 2020:231).

bulunabilmekte, taraflarla görüşebilmekte ve işin ilerleyişine ilişkin bilgi edinebilmektedir. Bu sayede üyeler olası uyuşmazlık ihtimallerini önceden tespit edebilirler. Uyuşmazlık inceleme kurullarının işlevsel olabileceği bir diğer husus ise sözleşme revizyonudur. KÖİ projelerinin uzun vadeli olması nedeniyle projenin uygulanmasına ilişkin koşullar değişiklik gösterebilmekte ve sözleşme hükümlerinin revize edilmesi ihtiyacı doğabilmektedir. Tarafların, uyuşmazlık inceleme kurulunun spesifik sözleşme hükümlerini değiştirme yetkisi olup olmadığı hususunu, var ise bu yetkinin sınırlarını sözleşmeyle kararlaştırmış olmaları tavsiye edilmektedir.⁴⁸⁷

Uyuşmazlık inceleme kurulu metodunun yer aldığı uyuşmazlık çözüm maddeleri içeren eski sözleşmelerde, karara karşı devlet yargısına veya tahkime gidilmediği takdirde kararın bağlayıcı olacağına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Ancak uygulamada, taraflarca atanan bağımsız uzmanlardan oluşan kurulun oybirliği ile karar alması durumunda, taraflar yargıya veya tahkim yoluna başvurmakta olsa da kurul kararına uymayı tercih etmiştir. Yakın zamanda akdedilen sözleşmelerde ise genellikle kurul kararının verildiği anda bağlayıcı olmayacağı ancak belirli bir süre içinde taraflardan birinin veya her ikisinin uyuşmazlığı mahkemeye yahut tahkime taşınmaması halinde bağlayıcı hale geleceği hükmü bulunmaktadır. Bu durumda taraflar mahkeme veya tahkim yargılamasının uzun sürebilme ihtimaline ilave olarak, hakemin veya hâkimin kurul kararını mahkeme tarafından güçlü bir tavsiye olarak değerlendirilebileceğini de nazara almalıdır. Zira kurul kararı, projeye aşına olan ve uyuşmazlığın çıkmasından önce de projenin ilerleyişi hakkında bilgi sahibi olan bağımsız uzmanlarca verilmiş olacaktır.⁴⁸⁸

Uygulamada nadir olarak görülse de taraflar sözleşmede uyuşmazlık inceleme kurulunun verdiği kararın bağlayıcı olacağını da kararlaştırabilmektedir. Tarafların kararla bağlı olacakları yönündeki anlaşmaları, birçok hukuk sisteminde, yalnızca bir sözleşme hükmü olarak bağlayıcı olup kurul kararı hakem kararlarının icra edilmesi gibi ivedi yargılama usulleriyle icra edilebilecek nitelikte sayılmaz. Zira bu kararlar hakem kararı niteliğinde değildir.⁴⁸⁹ Bu açıklamalar Türk hukuku için de geçerlidir. Hakem kararı niteliğinde olmayan kurul kararının doğrudan icra edilmesi olanağı yoktur. Taraflar karara uyulmaması halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmak durumundadır.

⁴⁸⁷ UNCITRAL, 2020:230-232.

⁴⁸⁸ UNCITRAL, 2020:232.

⁴⁸⁹ UNCITRAL, 2020:232.

Tüm bu sebeplerle ileride çıkacak ihtilafları uyuşmazlık inceleme kurulu önüne götürmeyi planlayan taraflar, kurulun çalışma usul ve esaslarına ilişkin birçok farklı konuyu sözleşmede düzenlemelidir. Sözleşmede, kurula verilen yetki net bir şekilde sınırlandırılmalıdır. Kurulun görevinin niteliğine ilişkin olarak ise sözleşmede kurulun olgulara ilişkin tespitlerde bulunabileceği ve geçici tedbirlere hükmedebileceği belirtilebilir. Kurulun işlevi ve kurul önüne getirilebilecek uyuşmazlık türleri belirlenebilir. Tarafların, kurul kararından sonra belli bir süre içinde tahkime veya mahkemeye gitmesine olanak tanınacaksa, taraflar kurul tarafından gerçekleştirilen olgulara ilişkin tespitlerin tahkim yargılamasında veya devlet mahkemelerinde bağlayıcı olacağını kararlaştırabilecektir.⁴⁹⁰ Bu durumda kurulca icra edilen faaliyet, hakem-bilirkişilik niteliğinde olacaktır. Kurul kararının, herhangi bir sözleşme maddesinden daha bağlayıcı olmasını isteyen tarafların, Türk hukuku kapsamında bu yöntemi tercih etmeleri yerinde olacaktır.

UNCITRAL Rehberinde tüm bu tavsiyelere ek olarak Sözleşmede uyuşmazlık inceleme kurulunun görev süresinin belirlenmesi ve bu sürenin sözleşmenin sona ermesinden veya feshedilmesinden belli bir süre sonra biteceğinin kararlaştırılması tavsiye edilmiştir.⁴⁹¹

Uyuşmazlık çözüm kurulu: Büyük altyapı projelerinde taraflar aralarında çıkan uyuşmazlığın üç üyeden oluşan uyuşmazlık çözüm kurulu tarafından veya kurulun bir üyesi tarafından çözülmesini kararlaştırabilecektir. Bu yöntemin tercih edilmesi durumunda taraflar ve kurul üyeleri arasında bir uyuşmazlık çözüm anlaşması imzalanmaktadır. Bu sözleşme uyuşmazlığın çözüm usulüne ilişkin kuralların yanında KÖİ sözleşmesinin tarafları ve çözüm kurulu üyelerinin birbirlerine karşı üstlendikleri yükümlülükleri de içermektedir. Kurul, kalıcı olarak veya ad hoc şekilde teşkil edebilmektedir. Üyeler, bağımsız ve tarafsız olmayı ve bağımsızlık ve tarafsızlıklarını zedeleyebilecek hususları KÖİ sözleşmesinin taraflarına bildirmeyi taahhüt etmektedir. Ayrıca KÖİ sözleşmesinin tarafları, atanan üyelerin bağımsız olmadıklarını iddia ederek atamaya itiraz edebilecektir. Bu durumda atanmasına itiraz edilen üyenin bağımsızlığı, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında belirlenen kuruluş veya kişi tarafından incelenmekte ve bağımsız olmadığı kanaatine varılırsa üyeliği sonlandırılmaktadır. Sözleşmede belirlenen kuruluş veya kişi tarafından yeni üye atanmaktadır. KÖİ sözleşmesinin tarafları, uyuşmazlık çözüm anlaşmasında genellikle uyuşmazlık çözüm kurulu üyelerinin KÖİ

⁴⁹⁰ UNCITRAL, 2020:232-233.

⁴⁹¹ UNCITRAL, 2020:233.

sözleşmesi kapsamında yürütülecek bir tahkim sürecinde hakem olarak atanamayacaklarını ve tanık olarak dinlenemeyeceklerini kararlaştırmaktadır.⁴⁹²

Uyuşmazlık çözüm anlaşmasında, kurul üyelerinin uyması gereken usul kurallarına yer verilmektedir. Bu kurallar arasında; kurul üyelerinin yetkileri, kurula sunulabilecek uyuşmazlıkların kapsamı, kurulun saha ziyaretlerinde yapması gerekenler, ziyaretlerin süresi, zamanlaması, sıklığı, olası uyuşmazlıkların önceden tespit edilebilmesi için projenin gidişatı hakkında nasıl bilgilendirilecekleri, uyuşmazlığın taraflarının kurula başvurma şekli, yazılı beyanların kaç nüsha sunulacağı, sözlü beyanlar sunulurken uyulması gereken kurallar gibi hususlar yer almaktadır. Uyuşmazlık çözüm anlaşmasında kurulun kararlarının belirsizlik, maddi hata yahut prensip hatası içermesi halinde taraflarca belli süre içinde belirsizliğin veya hatanın giderilmesi için başvurulmasına olanak tanıyan ve ayrıca kurulun kendiliğinden bu belirsizlik veya hataları düzeltmesine imkân sağlayan kurallara da yer verilmektedir. UNCITRAL, KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların kamu politikalarına ilişkin hassas sorular içerebilmesi ve verilecek kararın üçüncü kişilerin meşru menfaatlerini ilgilendirebilmesi sebebiyle uyuşmazlık çözüm anlaşmasında, üçüncü kişilerin uyuşmazlık çözüm sürecinde görüş bildirmelerine olanak tanınmasını tavsiye etmektedir.⁴⁹³

KÖİ sözleşmelerinde genellikle uyuşmazlık çözüm kurulu kararlarının bağlayıcı olduğu kararlaştırılmaktadır. Bazı sözleşmelerde, tarafların karara karşı belli bir süre içinde itiraz edebilecekleri düzenlenmektedir. Bu durumda bahse konu sürenin geçmesine rağmen itirazda bulunulmamışsa kurul kararı bağlayıcı olmaktadır. Ancak karara karşı itirazda bulunulmuşsa, taraflar uyuşmazlığı doğrudan tahkime götürebilecekleri gibi dostane yöntemlerle çözmeyi deneyip başarılı olamazlarsa tahkime götürmeyi de tercih edebilirler.⁴⁹⁴ Her ne kadar Rehber'de belirtilmemişse de uyuşmazlık inceleme kurulu kararlarının bağlayıcılığı ve icra kabiliyetine ilişkin açıklamaların, uyuşmazlık çözüm kurulunun kararları için de geçerli olduğu düşünülmektedir.

KÖİ Sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü ele alan bir diğer belge, OECD tarafından hazırlanan Kamu Özel İşbirliklerinin Kamu Yönetişimine Dair İlkeler

⁴⁹² UNCITRAL, 2020:233-235.

⁴⁹³ UNCITRAL, 2020:233, 235-236.

⁴⁹⁴ UNCITRAL, 2020:237.

Hakkında Konsey Tavsiyesidir. Dokümanda, KÖİ projelerinde uyuşmazlık çözümüne ilişkin açık, öngörülebilir ve şeffaf kuralların bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹⁵

Dünya Bankası tarafından hazırlanan Kamu Özel İşbirliği Başvuru Kılavuzunda da uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerine ilişkin bir bölüm yer almaktadır. Bu bölüm Kerf ve arkadaşları tarafından 1998 yılında yayımlanan *Concessions for Infrastructure* adlı eserin 3.10'uncu bölümü⁴⁹⁶ esas alınarak hazırlanmıştır.⁴⁹⁷ Kılavuzda, uyuşmazlık çözüm usulünün belirlenmesinin uyuşmazlıkların kamu hizmeti kesintiye uğramaksızın hızlı ve verimli şekilde çözülmesine yardımcı olduğu ve bu usulün KÖİ sözleşmesiyle belirlenebileceği belirtilmiştir. Ayrıca bazı devletlerin, uluslararası anlaşmalarda (YKTK veya çok taraflı anlaşmalar gibi) yahut KÖİ mevzuatlarında tüm KÖİ sözleşmelerinde geçerli olacak uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını düzenlediği de ifade edilmiştir. Kılavuzda, KÖİ projelerinde yer alacak uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında şu yöntemlerin kullanılabileceği belirtilmiştir: Arabuluculuk ve uzlaştırma, sektörel düzenleyici kuruluşa başvurma, devlet mahkemelerine başvurma, hakem olarak tayin edilecek uzmanlardan oluşan bir heyete başvurma ve uluslararası tahkime başvurma. Uzmanlardan oluşan hakem heyetinin kararlarının bağlayıcı olacağı veya olmayacağı yönünde belirleme yapılabilir. Belirli bazı uyuşmazlıklar için sektörel düzenleyici kuruluşa başvurulması nispeten hızlı ve daha ucuz bir çözüm yolu sunarken kuruluşun bağımsızlığına ilişkin tereddütler özel kişi yatırımcı açısından risk teşkil etmektedir.⁴⁹⁸ Kerf ve arkadaşları, yalnızca bağlayıcı olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine değinmiş ve özellikle teknik meselelerde uzmanlara başvurulması hususunu bu kapsamda ele almıştır. Ancak Dünya Bankası'nın Kılavuzunda, uzman kararının bağlayıcı olacağının kararlaştırılabileceği de belirtilmiştir.⁴⁹⁹

Asya Kalkınma Bankası tarafından hazırlanan Kamu Özel İşbirliği El Kitabında ise KÖİ sözleşmelerinde performans hedefleri, tarife yapısı, tarife değişiklik koşulları ve uyuşmazlıkların çözümü gibi spesifik kuralların yer almasının, özel sektörün yatırımın kârlılığını daha iyi tahmin etmesine ve sözleşmenin teklif vermeye değer olup olmadığına karar

⁴⁹⁵ OECD, 2022:6, 11, 12.

⁴⁹⁶ Bknz. Kerf, M., D. Gray, T. Irwin, C. Levesque, R. R. Taylor and M. Klein, *Concessions for Infrastructure*, The World Bank, Washington DC, 1998, pp 75-78.

⁴⁹⁷ The World Bank, 2017:154.

⁴⁹⁸ The World Bank, 2017:154.

⁴⁹⁹ Kerf et al, 1998: 79-80; The World Bank, 2017:154.

vermesine olanak sağlayacağı belirtilmiştir. Ayrıca çıkar çatışması ve uyuşmazlıkların çözümü hususları sözleşmede yer alması gereken temel unsurlar arasında sayılmıştır.⁵⁰⁰

Kamu özel işbirliği alanında hazırlanan önemli uluslararası kaynaklardan biri de UNECE ve EBRD'nin Kamu Özel Ortaklıkları/İmtiyazlar Model Kanunudur.⁵⁰¹ Model Kanunun 7'nci bölümü Esasa Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü başlığını taşır. Bölüm girizgâhında; KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözüm maddelerinin her koşulda projenin hedef ve ilkeleri ile sözleşme dokümanlarına uygun olması, mümkün olduğu oranda ortaklık ruhuyla bağdaşması ve uyuşmazlıktan kaçınmaya imkân tanır nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Model Kanunda tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirlemesine olanak sağlanmış, bir belirleme yapılmaması halinde yatırımın gerçekleştirildiği ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.⁵⁰²

Model Kanunun 36'ncı maddesinde, KÖİ sözleşmesinden veya projeyle ilgili sair dokümanlardan kaynaklanan fikir ayrılıkları ve uyuşmazlıkların, taraflarca kararlaştırılan çözüm yöntemleriyle ve usul kurallarına uygun olarak çözülmesi gerektiği belirtilmiş, ancak ilgili mevzuatın bu bağlamdaki spesifik hükümlerine tabi olunacağı vurgulanmıştır. Taraflar bahse konu sözleşme ve dokümanlardan kaynaklanan fikir ayrılıkları veya uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerini, buna ilişkin aşamaları ve usul kurallarını serbestçe belirleyebilecektir. Taraflar; arabuluculuk, bağlayıcı olan veya olmayan uzman değerlendirmesi veya tespiti, milli tahkim, milletlerarası tahkim veya yatırım tahkimi gibi yöntemleri seçebilecek ve bunlara ilişkin usul kurallarını belirleyebilecektir.⁵⁰³

Taraflar, projenin uzun vadeli gelişimini ve başarısını teşvik etmek amacıyla bir ortaklık süreci üzerinde anlaşabilecektir. Bu ortaklık sürecinin, burada sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla şu usulleri içereceği kararlaştırılabilecektir: a) düzenli aralıklarla toplantılar organize edilmesi, b) sorunların çözümü için gereken beceri, uzmanlık ve sorumluluk düzeyine sahip

⁵⁰⁰ Asian Development Bank, 2008:14, 78-79.

⁵⁰¹ Söz konusu doküman herhangi bir değişikliğe uğramadan, UNECE bünyesindeki Yenilik, Rekabet Edebilirlik ve Kamu – Özel Ortaklıkları Komitesi'nin Kamu-Özel Ortaklıkları Çalışma Grubu tarafından 02.12.2022 tarihinde ECE/CECI/WP/ PPP/2022/5 belge numarası ve Kamu Özel Ortaklıkları/İmtiyazlar Model Kanununa İlişkin Standartlar adıyla kabul edilmiştir (UNECE, 2022:1, UNECE, Standard on Private-Public Partnerships/Concession Model Law, 2.12.2022, Er. 16 Ekim 2023. https://unece.org/sites/default/files/2023-05/ECE_CECI_WP_PPP_2022_5-2217017E.pdf).

⁵⁰² UNECE/EBRD, 2022:32.

⁵⁰³ UNECE/EBRD, 2022:32.

personelin sürece katılımının sağlanması, c) taraflarca üzerinde mutabık kalmaları şartıyla, ortaklık ruhunu geliştirmek için gerekli prosedürlerin oluşturulması, d) olası sorunların bildirilmesi ve mevcut veya olası uyuşmazlıkların herhangi bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulmadan önce ortaklık toplantılarında tartışılması.⁵⁰⁴

Model Kanunda uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak uyuşmazlık kurulu, arabuluculuk ve tahkim ele alınmıştır. Taraflar; dışarıdan uzmanlar getirebilecek, düzenli toplantılar yapabilecek ve ihtilaflı konuları değerlendirerek bu konuların çözümünü kolaylaştırabilecek resmî bir uyuşmazlık kurulu oluşturulması konusunda anlaşabilecektir. Taraflar sözleşmelerinde arabuluculuk yöntemini de tercih edebilecektir. Sözleşmede, uyuşmazlığın tahkime götürülmesinden önce ihtiyari veya zorunlu bir arabuluculuk sürecinin işletileceği öngörülebilecektir. Taraflar sürecin bir veya daha çok kıdemli yahut uzman kişi tarafından yürütüleceğini kararlaştırabilecektir. Arabulucunun veya arabulucuların, arabuluculuk sürecini şekillendirebileceğini ve bu bağlamda gerekli ilave usul kuralları koyabileceğini kabul edebilecektir. Taraflar ayrıca ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak kaydıyla uyuşmazlığın nihai olarak milli veya milletlerarası tahkimle çözülebileceğini kararlaştırabilecektir. Bu bağlamda tahkime başvurmadan önce uyuşmazlık kuruluna başvurulması veya arabuluculuk sürecinin tamamlanması gerektiği öngörülebilir. Hakem heyetinin taraflarca seçilecek üç veya daha fazla hakemden oluşacağı kararlaştırılabilir. Kabul edilmiş uluslararası tahkim standartlarına uygun olarak gerekli ilave usul kurallarının konulması hususu da sözleşmede düzenlenebilecektir. Model Kanunda son olarak KÖİ sözleşmesine taraf olan idarenin sözleşmeden veya ilgili dokümanlardan doğan fikir ayrılıkları yahut uyuşmazlıklara ilişkin olarak devlet bağımsızlığından yararlanamayacağı belirtilmiştir.⁵⁰⁵

2.6. Bölüm Sonu Değerlendirmesi

Tezin dördüncü bölümünde, Fransa, Almanya, Çin ve İngiltere'deki KÖİ uygulamaları ve KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri incelenmiştir.

Fransa'da KÖİ uygulamaları genel olarak iki türe ayrılmaktadır. Bunlar; imtiyaz sözleşmeleri ve ortaklık sözleşmeleridir. İmtiyaz sözleşmeleri ve ortaklık sözleşmeleri, çok sınırlı istisnaları olmakla beraber idari sözleşmelerdir. Fransız hukukunda kural olarak kamu

⁵⁰⁴ UNECE/EBRD, 2022:32

⁵⁰⁵ UNECE/EBRD, 2022:32-33.

tüzel kişilerinin tahkime başvurusunun yasak olduğu kabul edilmiş, birtakım yasal düzenlemelerle tahkim yasağına istisnalar getirilmiştir. Fransız idare hukukunda tahkim yasağının istisnalarından biri de KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümüdür. Fransız KÖİ Kanununa göre idare ile özel hukuk kişisi arasındaki ortaklık anlaşmasından doğan ihtilaflar, uyuşmazlığın esasına Fransız hukuku uygulanmak kaydıyla tahkim yoluyla çözülebilir. İmtiyaz sözleşmeleri için böyle bir olanak getirilmemiştir.

Almanya’da kamu özel işbirliklerinin düzenlendiği spesifik bir mevzuat bulunmamaktadır. KÖİ uygulamaları genel olarak medeni hukuka ve Kamu İhale Kanununa, idare hukuku, vergi hukuku, şirketler hukuku, yatırım ve finans hukuku gibi farklı yasal alanlara ilişkin federal düzeyde ve eyalet düzeyinde mevzuata tabidir. Bununla birlikte otoyollar ve enerji gibi belli sektörlerde KÖİ projelerini düzenleyen yasalar mevcuttur. Alman KÖİ sözleşmeleri genellikle özel hukuka tabi sözleşmelerdir. KÖİ sözleşmelerinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler çeşitlilik göstermektedir. Federal otoyolların yapımına ilişkin sözleşmeler genellikle uyuşmazlığın yerel mahkemelere intikalinden önce arabuluculuk yönteminin denenmesini öngörmektedir. Federal Ulaştırma Bakanlığının birçok KÖİ sözleşmesinde ise teknik konulara ilişkin olarak taraflardan birinin, uyuşmazlığı yerel mahkemeye götürmemesi durumunda bağlayıcı hale gelen uzman görüşü tercih edilmiştir. Federal Savunma Bakanlığının askeri kışalarının tasarlanması, inşası ve işletilmesine ilişkin KÖİ sözleşmesi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin tercih edildiği tek sözleşmedir.

Çin KÖİ uygulamalarının yaygınlaştırıldığı ve teşvik edildiği bir ülkedir. Çin’de KÖİ uygulamalarına özgü ayrı bir mevzuat bulunmamaktadır. Farklı kamu kurumları tarafından çıkarılan kılavuzların KÖİ uygulamalarına ilişkin yaklaşımlarının birbiriyle örtüşmemesi ve KÖİ uygulamalarına ilişkin daha üst düzey bir mevzuatın bulunmaması uygulamada sorunlara sebebiyet vermektedir. Çin hükümeti, KÖİ projeleri için ulusal seviyede bir yasal regülasyon hazırlığı içindedir. KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliğindeki belirsizlik sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususuna da sirayet etmektedir. Bu sözleşmeler, bir imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilirse kamu hukuku sözleşmesi niteliğinde sayılacak ve idari yargılamaya tabi olacaktır. Tedarik sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde ise özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilecek ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli olacaktır. Bu hususta farklı yönde verilmiş mahkeme kararları mevcut olup bir karar birliği söz konusu değildir. Yazında KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların etkili şekilde

özlebilmesi için tahkimi de içeren çoklu mekanizmalar geliştirilmesi gerektiği savunulmuştur.

İngiltere, KÖİ uygulamasında öncü olan ülkelerden biridir. İngiltere’de spesifik bir KÖİ mevzuatı bulunmamaktadır. lke, Anglo-Sakson hukuk sistemine sahiptir. Dolayısıyla mevzuat ve içtihat hukuku tüm ticari işlemleri ve risk dağılımının temelini oluşturan ilkeleri etkiler. Bu hukuk sisteminde mevzuatın açık olmadığı hallerde yorumlanması da yargısal içtihatlarla dayanır. Bu şekilde yatırımcılar için önemli olan açıklık, tutarlılık ve esneklik sağlanmış olur. Bu itibarla spesifik bir KÖİ kanunu olmasa dahi mevzuat ve içtihatların sunduğu belirlilik ve esneklik KÖİ uygulamalarına izin vermektedir. İngiltere’de KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda bilgi alınabilecek en önemli kaynak, Hazine Bakanlığı tarafından PF2 modeli için hazırlanan standart sözleşmedir. Her ne kadar PF2 modelinin yeni KÖİ projelerinde tercih edilmeyeceği açıklanmış olsa da söz konusu doküman hükümetin KÖİ projelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü usulündeki tercihlerini göstermektedir. Bu dokümana göre sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümü yerine alternatif yöntemlerle çözümü (dokümanda alternatif yöntemlerin tahkimi de kapsadığı belirtilmiştir), daha etkili ve daha az maliyetli olabileceğinden bu yöntemler tercih edilebilecektir. Uyuşmazlığın özm usul genel olarak üç aşamalıdır. Öncelikle idare ve sözleşmenin özel sektör tarafı olan yüklenici arasında müzakere gerçekleştirilmeli, taraflar sözleşmede belirlenen süre içinde bahse konu uyuşmazlığı karşılıklı görüşmelerle çözmeye çalışmalıdır. Taraflar müzakere neticesinde mutabakata varamazlarsa ikinci aşamaya geçmektedir. İkinci aşamada arabuluculuk, uzlaştırma veya tarafsız değerlendirme gibi alternatif yöntemler tercih edilebileceği gibi uzman görüşüne de başvurulabilir. Üçüncü aşamada, uyuşmazlık hakkında kesin ve bağlayıcı bir karar verilmesi için tahkim yargılamasına veya mahkemeye başvurulur. Ayrıca sözleşmede bazı uyuşmazlıkların uzmanlar heyetine başvurulmaksızın doğrudan mahkemeye veya tahkime götürülebileceği düzenlenebilir.

KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusu, birçok uluslararası kuruluşun rehber, model mevzuat ve standart sözleşmelerinde yer almaktadır. UNCITRAL tarafından hazırlanan KÖİ Ortaklıklarına İlişkin Mevzuat Rehberi’nde yatırım için elverişli bir ortamın oluşturulması amacıyla ev sahibi ülkenin yerli ve yabancı şirketlere büyük oranda aynı şartlarda mahkemeye başvurma güvencesi sağlaması ve özel hukuk sözleşmesinin taraflarına sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir.

Ayrıca ev sahibi ülkede yabancı mahkeme ve hakem kararlarının icra edilebilir olması gerektiği ifade edilmiştir. Rehberde göre ev sahibi devletin yasaları, tarafların kendileri için en uygun ve etkin olduğunu düşündükleri uyuşmazlık önleme ve çözme mekanizmalarını seçmelerine olanak sağlamalıdır. Rehberde KÖİ projelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sıkça kullanılan; erken uyarı yöntemi, arabuluculuk ve uzlaştırma, teknik uyuşmazlıkların bağımsız uzmanlarca değerlendirilmesi, uyuşmazlık inceleme kurulları, uyuşmazlık çözüm kurulları, tahkim ve devlet yargısı incelenmiştir. Dünya Bankası tarafından hazırlanan Kamu Özel İşbirliği Başvuru Kılavuzunda ise KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde; arabuluculuk ve uzlaştırma, sektörel düzenleyici kuruluşa başvurma, devlet mahkemelerine başvurma, hakem olarak tayin edilecek uzmanlardan oluşan bir heyete başvurma ve uluslararası tahkime başvurma yöntemlerinin kullanılabileceği belirtilmiştir. Çalışmamızda değinilen diğer uluslararası dokümanlar; OECD tarafından hazırlanan Kamu Özel İşbirliklerinin Kamu Yönetişimine Dair İlkeler Hakkında Konsey Tavsiyesi, Asya Kalkınma Bankası tarafından hazırlanan Kamu Özel İşbirliği El Kitabı ile UNECE ve EBRD'nin Kamu Özel Ortaklıkları/İmtiyazlar Model Kanunudur.

Tablo 2.1. Seçilmiş Ülkelerde KÖİ Uygulamalarının Karşılaştırılması

Ülke	KÖİ Modellerinin Kullanıldığı Başlıca Alanlar	KÖİ Birimi	KÖİ Mevzuatı	KÖİ Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	Uyuşmazlıkların Çözümü
Fransa	Ulaşım, sağlık, adalet, eğitim, çevre, enerji verimliliği, kentsel altyapı	Mission d'Appui aux Partenariats Public-Privé (FIN INFRA)	1 Nisan 2019 tarihinde yürürlüğe giren yeni Kamu İhale ve İmtiyaz Sözleşmeleri Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak hazırlanan üç adet ikincil düzenlemeden oluşmaktadır.	İmtiyaz sözleşmeleri ve ortaklık sözleşmeleri olarak iki türdür. Sınırlı istisnaları olmakla beraber idari sözleşmelerdir.	İdare ile özel hukuk kişisi arasında ortaklık sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, esasa Fransız hukukunun uygulanması şartıyla tahkim yoluyla çözülebilir.
Almanya	Ulaştırma, sağlık, enerji	Partnerschaft Deutschland-Berater der öffentlichen Hand GmbH (Partnerschaft Deutschland)	Spesifik bir kanun bulunmamaktadır. Otoyol ve enerji gibi bazı sektörlerde özgü yasal düzenlemelerde KÖİ uygulamalarına yer verilmiştir.	Genellikle özel hukuk sözleşmeleridir.	Arbuluculuk sürecinin ardından mahkemelere başvurulması, teknik konularda uzman görüşü alınması ve tahkim gibi çeşitli çözüm yöntemleri benimsenmiştir. Tahkim diğer yöntemlere nazaran daha az tercih edilmiştir.
Çin	Enerji, kentsel altyapı, toplu taşıma, su ve atık su	Çin Kamu Özel İşbirliği Merkezi (CPPPC)	KÖİ uygulamalarına özgü bir mevzuat bulunmamaktadır. Farklı kamu kurumları tarafından çıkarılan kılavuzlar mevcuttur.	Tartışmalıdır. Yargı kararlarında ve öğretide birlik bulunmamaktadır.	Sözleşmelerin hukuki niteliğinin tartışmalı olması nedeniyle benimsenebilecek uyuşmazlık çözüm yolları da belirsizdir. Ancak ülkede KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş iki tahkim merkezi bulunmaktadır.
İngiltere	Telekomünikasyon, enerji, kentsel altyapı, ulaştırma, sağlık, güvenlik, eğitim, sosyal altyapı	Infrastructure and Projects Authority	Spesifik bir Kanun bulunmamaktadır. Bazı sektörlerde KÖİ projelerinin finanse edilebilmesi için yasal düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca hükümet rehberler ve standart dokümanlar hazırlanmıştır.	Anglo Sakson hukuk sistemi uygulanmaktadır.	Çeşitli çözüm yöntemleri tercih edilebilir. AUÇY'nin kullanılması teşvik edilmiştir. Standart sözleşmelerde üç aşamalı çözüm yöntemi tavsiye edilmiş son aşamada mahkemeye veya tahkime başvurulabileceği belirtilmiştir.

Kaynak: Yazar tarafından oluşturulmuştur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ VE SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Bu bölümde KÖİ uygulamalarının Türkiye’deki gelişimi ve Türkiye’de uygulanan KÖİ modelleri anlatılmış, daha sonra ise bu modeller kapsamında akdedilen KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Ardından KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mevzuat incelenmiş mevzuata ilişkin belirsizlikler ve sorunlar tespit edilmiştir. Daha sonra ise KÖİ sözleşmeleriyle ilgili olarak doğabilecek uluslararası yatırım uyuşmazlıklarına değinilmiştir. Son olarak Türkiye’de farklı zamanlarda, farklı sektörler kapsamında akdedilen ve bu çalışma için örnek olarak seçilen yedi adet KÖİ sözleşmesinde yer alan uyuşmazlık çözüm maddeleri incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

3.1. Türkiye’de Uygulanan Kamu Özel İşbirliği Modelleri

KÖİ modellerinin Türkiye’deki gelişimine bakıldığında, her ne kadar kamu ile özel sektörün işbirliği içinde olduğu uygulamalar Osmanlı İmparatorluğu dönemine dek⁵⁰⁶ uzansa da Cumhuriyet döneminde birkaç istisna dışında imtiyaz yöntemine başvurulmamıştır. Bu dönemde kamu hizmetleri daha çok devlet tarafından gerçekleştirilmiştir.⁵⁰⁷ KÖİ uygulamalarının Türkiye’de gelişim göstermesi yine 1980’li yıllardan itibaren olmuş, kamu hizmetleri özel sektör aracılığıyla ancak imtiyaz usulünden farklı bir yöntemle gördürülmeye başlanmıştır.⁵⁰⁸ Zira kamu hizmetlerine duyulan ihtiyacın artması ve kamu hizmetlerinin niteliğinde ve niceliğinde yaşanan artış, devletin yatırımlara ayırdığı kaynağın yetersiz kalmasına neden olmuştur. Devletin yatırımlara ayırdığı sınırlı kaynağın etkin kullanılmasında yaşanan aksaklıklar ile kamu hizmetlerinin istenilen kalite ve düzeyde gerçekleştirilememesi sebebiyle KÖİ modellerinin uygulanmasına başlanmıştır. KÖİ modeli ilk defa 1986 yılında enerji sektöründe kullanılmıştır.⁵⁰⁹

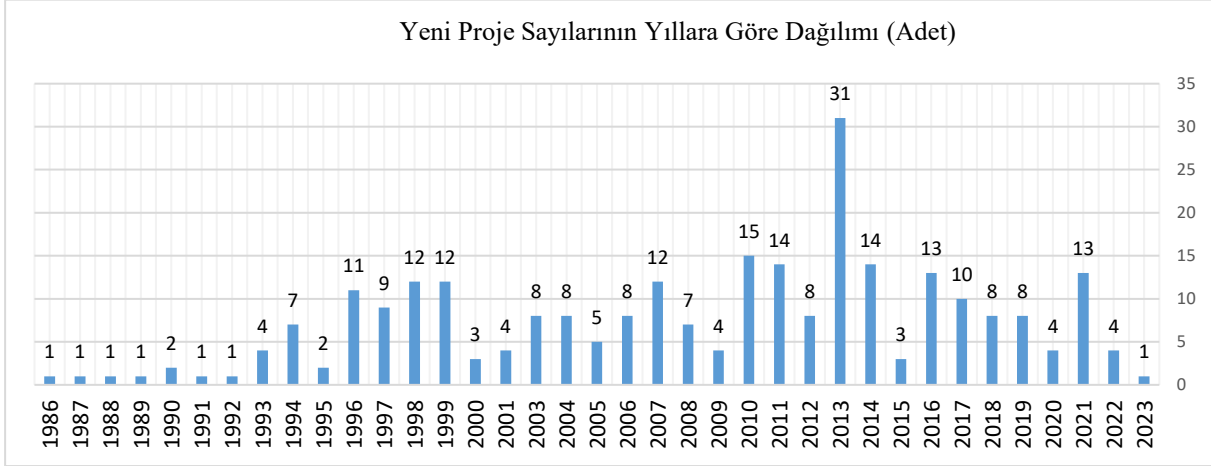
⁵⁰⁶ 10 Haziran 1326 (1910) tarihli Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun ile imtiyaz usulünün kanuni çerçevesi düzenlenmiştir. Bahse konu kanun her ne kadar hala yürürlükte olsa da başka yasal düzenlemeler sebebiyle uygulanabilirliğini yitirmiştir (Tan ve Bayazıt, 2021:359).

⁵⁰⁷ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2012:31

⁵⁰⁸ Yalçın, 2014:194.

⁵⁰⁹ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2012:24, 31.

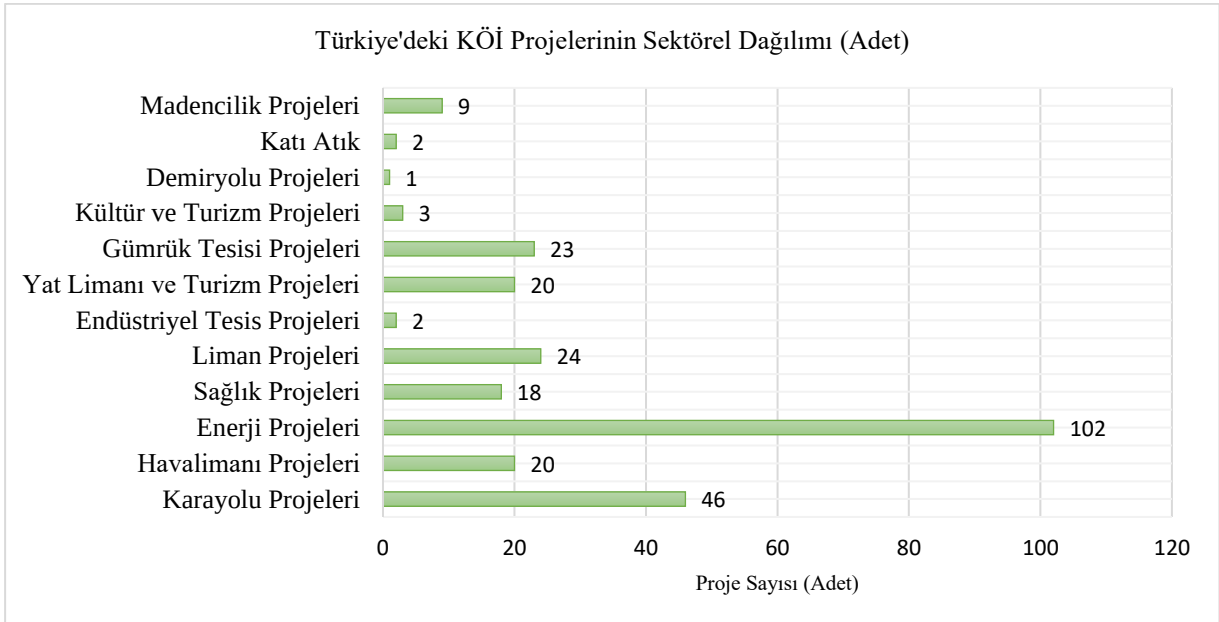
Grafik 3.1. Türkiye’de 1986 ila 2023 Yıllarında Sözleşmesi İmzalanmış KÖİ Projelerinin Sayısı



Kaynak: Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Er. 01 Eylül 2023. <<https://koi.sbb.gov.tr/>>

Türkiye’de 2023 yılı Eylül ayı itibarıyla toplam 270 KÖİ projesinin uygulama sözleşmesi imzalanmıştır. Bu projelerinin sektörel dağılımına bakıldığında en fazla projenin yüzde 38 oranla enerji sektöründe bulunduğu, enerji sektörünü yüzde 17 oranla karayolu sektörünün takip ettiği görülmektedir.⁵¹⁰

Grafik 3.2. Eylül 2023 İtibariyle Türkiye’de Uygulama Sözleşmesi İmzalanmış KÖİ Projelerinin Sektörel Dağılımı

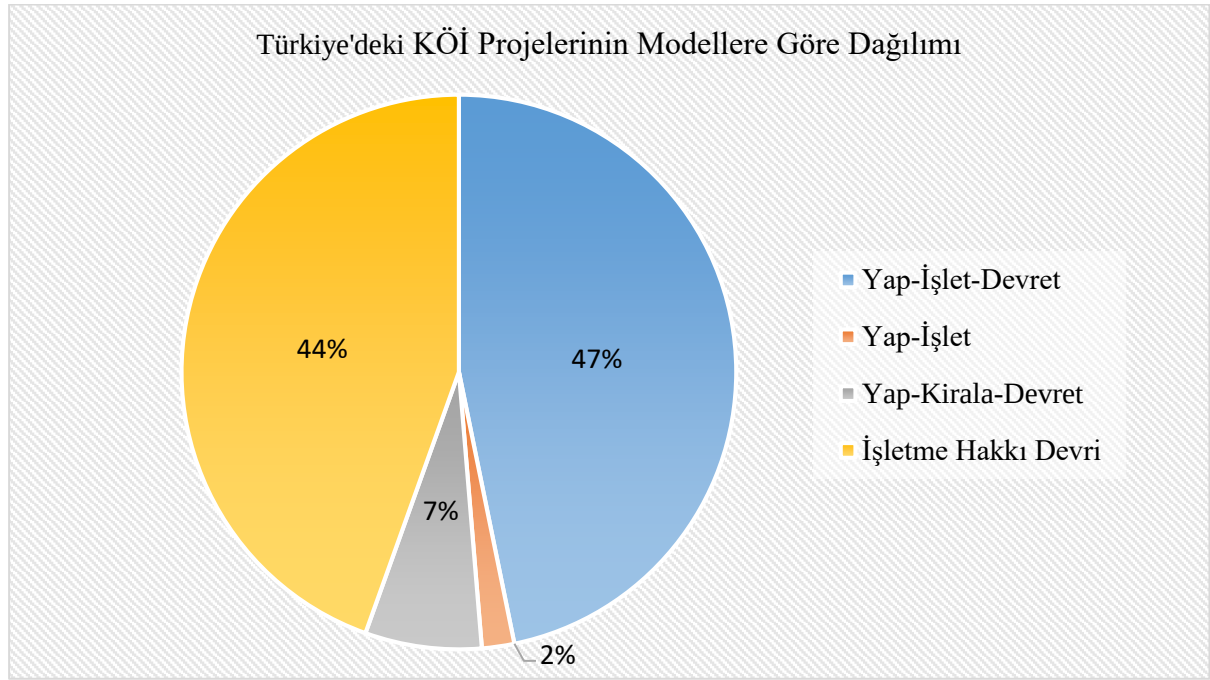


Kaynak: Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Er. 01 Eylül 2023. <<https://koi.sbb.gov.tr/>>

⁵¹⁰ Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Er. 01 Eylül 2023. <<https://koi.sbb.gov.tr/>>

Yatırım tutarları açısından kıyaslandığında ise karayolu sektöründe yer alan projelerin toplam yatırım tutarının en yüksek olduğu (yüzde 33), ikinci sırada havalimanı projelerinin yer aldığı (yüzde 24) ve üçüncü sırada enerji projelerinin bulunduğu (yüzde 22) görülmektedir.⁵¹¹ 270 adet KÖİ projesinin 53 adedinin işletme süresi sona ermiş olup 20 adedinin yapımı devam etmekte ve 197 adedi işletme aşamasındadır.

Grafik 3.3. Şubat 2023 İtibariyle Türkiye’de Uygulama Sözleşmesi İmzalanmış KÖİ Projelerinin Modellere Göre Dağılımı



Kaynak: Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Er. 01 Eylül 2023. <<https://koi.sbb.gov.tr/>>

Türkiye’de uygulanan KÖİ modelleri; Yap-İşlet-Devret, İşletme Hakkı Devri, Yap-Kirala-Devret ve Yap-İşlet modelleridir. Uygulama sözleşmesi imzalanmış tüm projelerin modellere göre dağılımına bakıldığında en yaygın olarak kullanılan modelin 127 proje ile Yap-İşlet-Devret modeli olduğu görülmektedir. İkinci yaygın kullanılan model ise 120 proje ile İşletme Hakkı Devri modelidir. Yatırım tutarlarına bakıldığında YİD projelerinin toplam yatırım tutarı İHD projelerinin yatırım tutarının dört katından fazladır.⁵¹²

⁵¹¹ Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Er. 01 Eylül 2023. <<https://koi.sbb.gov.tr/>>

⁵¹² Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Er. 01 Eylül 2023. <<https://koi.sbb.gov.tr/>>

Bu modellere ilişkin mevzuat düzenlemeleri ve bu modeller kapsamında gerçekleştirilebilecek yatırımlar şöyledir:

Tablo 3.1. Türkiye’de Uygulanan KÖİ Modelleri ve İlgili Mevzuat

Model	İlgili Mevzuat	Yatırım Türü
Yap-İşlet-Devret	3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun	Otoyol, Liman, Havaalanı, Yat Limanı, Gümrük Kapısı, Enerji Santrali ve Benzeri Yatırım ve Hizmetler ⁵¹³
Yap-İşlet	4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun	Termik Enerji Santrali
Yap-Kirala-Devret	351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurt Hizmetleri Kanunu 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 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	Yurt, Okul, Hastane
İşletme Hakkı Devri	4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun 4458 sayılı Gümrük Kanunu	Havaalanı, Liman, Enerji Santrali, Elektrik Dağıtımı, Gümrük Kapısı, Otoyol, Otoyol Hizmet Tesisi ve Benzeri

Kaynak: Mevzuat kaynakları kullanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur.

Yap-işlet-devret modeli, Türk hukukunda esas olarak 3996 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Kanunun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde model, “İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup yatırım bedelinin (elde edilecek

⁵¹³ 3996 sayılı Kanunun kapsamı oldukça geniş tutulmuş ve kanun kapsamında gerçekleştirilebilecek yatırım türleri sınırlı sayı ilkesine tabi olarak değil örnek niteliğinde belirtilmiştir. Kanun kapsamında gerçekleştirilebilecek yatırım türleri için Kanunun 2’nci maddesine, Ek Madde 3 ve Ek Madde 4’e bakınız.

kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi” olarak tanımlanmıştır. Kanun kapsamında gerçekleştirilecek projeler için idare ve yatırımcı şirket arasında bir sözleşme akdedilir ve yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesi şirketin sorumluluğundadır (m. 5 ve 6). Şirket, proje konusu yatırım veya hizmeti inşa etme, belirlenen işletme süresince işletme ve sözleşmenin sona ermesiyle birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak idareye devretme borcu altına girer (m. 6, 7 ve 9). İdare ise projenin gerçekleştirilmesi için gereken kamulaştırma işlemlerini yapar, projenin gerçekleştirilmesi için gerekli kamu taşınmazlarının ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin şirket tarafından bedelsiz olarak kullanılmasına müsaade eder (m.10 ve ek madde 1).

3465 sayılı Kanun ve 3096 sayılı Kanun modelin ana çerçevesi açısından benzer hükümler içerir. 3465 sayılı Kanun ile düzenlenen YİD modeli, sermaye şirketleri tarafından otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ve sözleşme süresinin bitmesinin ardından yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devrine olanak sağlamaktadır. Yapılan ve işletilen, otoyol ile bütün tesisleri ve müstemilatı her türlü borç ve taahhütlerden ari, kullanılabilir durumda, bedelsiz olarak devredilir (m. 1, 4, 6). 3096 sayılı Kanun uyarınca Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yatırımcı şirketin (yalnızca elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerinin), elektrik üretimi yapacak tesisi kurmasına ve tesisi işletmesine izin verilir. Tesiste üretilen elektrik, Bakanlığın belirleyeceği tarifeyle göre ilgili kamu idaresince veya o bölgede görevli şirket tarafından satın alınır. Sözleşme süresi dolduğunda, uzatma talebi yok ise sözleşme son bulur ve tesis ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerden ari olarak Devlete bedelsiz olarak devredilir (m. 4 ve 8). 3096 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinde düzenlenen YİD modelinin yerini, önce 4628 sayılı Kanunla, daha sonra ise 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’yla lisans usulü almıştır.⁵¹⁴ 2000 yılından sonra enerji sektöründe YİD modeli uygulanmamıştır.

Yap-işlet modelinde yatırımcı, mülkiyeti kendisine ait olacak bir tesis inşa etme ve bu tesisi işletme borcu altına girer. İdare ise bu işletme faaliyetine izin verir ve üretilen hizmeti

⁵¹⁴ Ulusoy, 2005:64-65.

satın almayı taahhüt eder.⁵¹⁵ Yap-işlet modelinde, tesisin mülkiyeti yatırımcıya ait olduğundan işletme hakkı devri değil işletme hakkı izni verilmesi söz konusudur.⁵¹⁶ Hukukumuzda bu model, 16.07.1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Kanunun 2'nci maddesi modeli “*elektrik enerjisi santrallerinin*⁵¹⁷ *üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren model*” olarak tanımlamaktadır. Kanun kapsamında gerçekleştirilecek yatırım için İdare ile üretim şirketi arasında üretim tesisi kurma, işletme ve enerji satışını düzenleyen bir sözleşme imzalanır. Sözleşme kapsamında idare, üretim şirketi tarafından üretilen enerjiyi alma taahhüdünde bulunur. Diğer yandan enerji santrali için gerekli malzeme ve ekipman temini ile her türlü proje, inşaat, imalat, montaj işleri, işletmeye alma çalışmaları, her türlü tamir, bakım, nakliye, sigorta, gümrükleme ve bunlarla ilgili hizmetler ve masraflar üretim şirketinin sorumluluğundadır (Yönetmelik⁵¹⁸ m.5). Uygulama sözleşmesinde belirlenen sürenin sona ermesi ile elektrik üretimi ve satışı da son bulur. Bu durumda 4283 sayılı Kanun uyarınca işletme izninin yenilenmesi ve yeni bir satış sözleşmesi yapılması gerekecektir.⁵¹⁹

4283 sayılı Kanunda Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi'nin (TEAŞ) sözleşmeye taraf olacağı düzenlenmiştir. Ancak 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile TEAŞ son bulmuş, TEAŞ'ın görevleri yeni kurulan Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye devredilmiştir. Bu bağlamda TEAŞ'ın daha önce imzaladığı sözleşmeler, görevlerine göre bu şirketlere devredilmiştir. Ayrıca 4283 sayılı Kanun'a 2006 yılında eklenen Geçici 2'nci maddeyle, *daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'ye başvurması üzerine, Türkiye*

⁵¹⁵ Kul, 2021:122.

⁵¹⁶ Ayanoglu, 2007:9.

⁵¹⁷ Kanun kapsamında termik santral kurulabilmektedir. Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller kapsam dışındadır (4283 sayılı Kanun m.1).

⁵¹⁸ 29/8/1997 tarih ve 23095 sayılı R.G.'de yayımlanan Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik

⁵¹⁹ Kaplan, 2019:324. Sözleşme sona erdikten sonra kural olarak tesis idareye devredilmez ve izinlerin yenilenmesi şartıyla faaliyete devam edilebilir. Ancak tesisin kurulduğu yerde bir kömür havzası var ve rezervler tükenmemişse, bu tesislerin geri alınarak yeniden ihaleye çıkılması gerekir. Zira aksi yönde bir uygulamanın doğal kaynakların fiilen özelleştirilmesi niteliğinde olacağı belirtilmiştir (Evren, 2016:492).

Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanacağı düzenlenmiştir. TEAŞ'ın sonlandırılmasından sonraki dönemde 4283 sayılı Kanuna dayanılarak gerçekleştirilen bir KÖİ projesi bulunmamaktadır.

Yap-kirala-devret modelinde, proje konusu tesis özel sektör tarafından finanse edilerek yapılır, belirli bir süreyle İdareye kiralanır ve bu süre sonunda tesisin mülkiyeti İdareye geçer. YİD kapsamında yapılan tesislerde, gereken hallerde yatırım kapsamındaki mal ve hizmet üretim birimlerinin bir bölümü yahut tamamı yatırımcı tarafından işletilebilir.⁵²⁰ Bu modelin Türk hukukunda uygulanması, 351 sayılı Kanunun 20'nci maddesiyle yurt binası ve tesisleri için, 652 sayılı KHK'nın 23'üncü maddesiyle eğitim öğretim tesisleri için ve 6428 sayılı Kanunla⁵²¹ Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesisler için mümkün kılınmıştır.

351 sayılı Kanunun 20'nci maddesinde düzenlenen yap-kirala-devret modeline göre; yapılmasına karar verilen yurt binası ve tesisler idareye ait taşınmazlar üzerinde⁵²², ihaleyle belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılır ve karşılığında idare tarafından bir kira bedeli ödenir. Kanun koyucu kira süresinin en fazla kırk dokuz yıl olabileceğini öngörmüştür. İdare, bina ve tesisin yapılacağı taşınmazların üzerine yatırımcı lehine kira süresi kadar bedelsiz olarak üst hakkı tesis edebilir. Kira bedelinin ve kiralama süresinin tespitinde, tesisin üzerine yapıldığı taşınmazın kamulaştırma işlemine tabi olup olmadığı, bedelsiz bir üst hakkı tesis edilip edilmediği, yatırımın maliyeti, kira konusu taşınmazın ve üzerindeki tesislerin ne kadarının işletilmesi için kiralayana (yatırımcıya) verildiği hususları dikkate alınacaktır. Şimdiye kadar 351 sayılı Kanunda düzenlenen YKD modeli ile yapılmış bir yurt yatırımı bulunmamaktadır.

652 sayılı KHK'nın 23'ncü maddesi de benzer düzenlemeler içermektedir. KHK kapsamında yapılmasına karar verilen eğitim öğretim tesisleri, Milli Eğitim Bakanlığına veya Hazineye ait taşınmaz üzerinde, ihaleyle belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine

⁵²⁰ Güzelsarı, 2013:327.

⁵²¹ Sağlık sektöründe yap-kirala-devret modeli 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 7'nci maddesinde düzenlenmekte iken, 21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle ek madde 7 yürürlükten kaldırılmıştır. Ek madde 7'ye yapılan atıflar 6428 sayılı Kanuna yapılmış sayılır.

⁵²² Kanun söz konusu yurt ve tesislerin "Gençlik ve Spor Bakanlığına veya il müdürlüklerine ya da Hazineye ait olup Gençlik ve Spor Bakanlığına veya il müdürlüklerine tahsis edilen taşınmazların üzerinde" yapılabileceğini düzenlemiştir.

yaptırılacak, idare ise kırk dokuz yılı geçmemek şartı ile belirli bir süre ve bedelle bu tesisi kiralayacaktır. Hazineye ait taşınmazlar, bahse konu projenin yapılması amacıyla yatırımcıya bedelsiz olarak devredilebilir. Kira bedelinin ve süresinin tespitinde taşınmazın yatırımcıya ait olup olmadığı, Hazine’ye ait taşınmazın bedelsiz olarak devredilip edilmediği, yatırımın maliyeti, eğitim öğretim donanımlarının yatırımcı tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yapılacak tesiste eğitim öğretim hizmetleri dışında hizmetlerin⁵²³ ve alanların⁵²⁴ işletilmesinin kiralayana (yatırımcıya) verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır. Ayrıca KHK kapsamında, Bakanlığın kullanımındaki eğitim öğretim tesislerinin yenilenmesi işinin de tesisteki eğitim öğretim hizmet alanları dışındaki alanların işletilmesi karşılığında, bir sözleşme kapsamında gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilmesi düzenlenmiştir. Şimdiye kadar 652 sayılı Kanunda düzenlenen KÖİ modelleriyle yapılmış bir okul yatırımı bulunmamaktadır.

6428 sayılı Kanunda düzenlenen yap-kirala-devret modeline göre Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan ve bu Kanun kapsamında yapılmasına karar verilen tesisler, gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da bunların oluşturduğu ortak girişimler tarafından Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerine yapılır. İdare ise bahse konu taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis eder. Ayrıca idare sözleşme kapsamında yapılan tesislerin kullanımı ve tesisteki belli hizmetlerin yatırımcı tarafından sunulması karşılığında yatırımcıya bir bedel öder. Bu bedel iki unsurdan oluşur. İlki yapılan tesisin kullanımı karşılığında dönemsel olarak ödenen kullanım bedelidir. İkincisi ise hizmet bedeli olup kanunda “*tesisin ve ekipmanların kullanıma*

⁵²³ Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin (08.09.2012 tarih ve 28405 sayılı R.G.) 4’üncü maddesinde “Eğitim öğretim hizmetleri dışındaki hizmetler: Sözleşme hükümlerine göre yüklenici tarafından üstlenilen okul bilgi işlem hizmetleri, kütüphanecilik hizmetleri, spor destek hizmetleri, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemek, arşivleme ve benzeri hizmetler ile aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, gaz, su ve enerji temini de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı, atık ve atık su uzaklaştırma, personel ve öğrenci taşıma, mefruşat, donanım, alet ve eğitim araç gereçlerinin bakım ve onarım hizmeti gibi eğitim öğretim destek hizmetleri” olarak tanımlanmıştır.

⁵²⁴ İlgili Yönetmeliğin 4’üncü maddesinde “Eğitim öğretim hizmetleri dışındaki alanlar: *İhale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak otopark, kapalı ve açık yüzme havuzu, öğretmenevi, konferans ve kültür merkezi, sanat merkezi ve sanat uygulama atölyeleri, bilim merkezi, deney ve gözlemevi, gençlik merkezi, tiyatro ve sinema salonları, akvaryum, hayvanat bahçesi, sera, botanik parkı, restoran, çarşı gibi ön proje ile tanımlanacak eğitim öğretim tesisi konsepti ile uyumlu alanlar*” olarak tanımlanmıştır.

hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen, beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise on yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedel” olarak tanımlanmıştır.

6428 sayılı Kanun kapsamında sadece bir tesisin yapımı değil yenilenmesi de mümkündür. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının kullanımında bulunan tesisler, tesisteki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının⁵²⁵ işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında yatırımcıya yaptırılabilir (m. 2).

İşletme hakkı devri yöntemiyle, devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait işletmeler, mülkiyet hakkı devredilmeksizin, belirli bir süreyle ve belirli bir bedel karşılığında özel hukuk kişilerince işletilir.⁵²⁶ Anayasa Mahkemesi’ne göre işletme hakkının devri modeli, özel kişi yahut şirketlerin mevcut tesisleri belli bir bedel karşılığında devralması, kâr elde etme amacıyla işletmesi ve sözleşme süresi sonunda idareye geri vermesi şeklinde gerçekleşir. Bu modelde kamuya ait olan tesislerin mülkiyeti kamuda kalmaya devam eder. İşletme hakkını devralan şirket, tesislerin bakım ve onarım işlerini belirlenen esaslara uygun şekilde yerine getirmekle mükelleftir.⁵²⁷ İHD modeli, mülkiyetin devri yoluyla özelleştirme yapılamayan hallerde uygulanabilir. Modelin uygulanmasıyla idare işletme hakkı devir bedeli alır, işletme için gerekli finansmanı bulma zorunluluğundan kurtulur ve tesisler işler halde fiziki durumlarını muhafaza eder.⁵²⁸

İşletme hakkı devrinde, işletme hakkı devredilen kuruluş veya mal ve hizmet üretim biriminin mülkiyeti değil kullanım hakkı devredilmektedir. Mülkiyetin devredilmemesi hususu daha çok işletme hakkı devrine konu olan işletmenin taşınmaz mallarına ilişkindir. Diğer yandan işletme hakkı devri süresinin uzun olduğu durumlarda işletmedeki bazı taşınır malların

⁵²⁵ Ticari hizmet alanları; mecburi ticari hizmet alanları ile ihtiyari ticari hizmet alanlarından oluşur. Mecburi ticari hizmet alanları, *idare ve yüklenici tarafından piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenen ücret karşılığında, yerleşkede bulunan ve hizmetten yararlananların ihtiyaçlarını karşıladıkları, ihale dokümanında belirlenen hizmet alanlarını* ifade eder. İhtiyari ticari hizmet alanları ise *mecburi ticari hizmet alanlarından başka idarenin ihale dokümanı ile belirleyeceği esaslara göre yerleşkede yapılacak her türlü hizmet alanını* ifade eder (6428 sayılı Kanun m.1).

⁵²⁶ Ayanoğlu, 2007:13; Baytan, 2009:405-409.

⁵²⁷ AYM E.2001/293, K.2002/28 T.13.02.2002 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁵²⁸ Ayanoğlu, 2007:5.

mülkiyetinin devri gerekebilir. Zira, devredilen işletmede bulunan taşınır malların (işletmenin ayrılmaz parçası niteliğinde olmayan cihaz, ekipman, makine gibi) ekonomik ömürleri de dikkate alınarak, bu malların mülkiyetinin sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında işletme hakkını devralana geçmesi kararlaştırılabilir.⁵²⁹

24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 15'inci maddesinde; a) *Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri), b) Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Türk Telekomünikasyon A.Ş.⁵³⁰ ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesinin 4046 sayılı kanun hükümlerine göre gerçekleştirileceği düzenlenmiştir*

5335 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesiyle, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğünün, kendisi tarafından işletilen havaalanları ile YİD modeliyle yaptırılmış olan terminalleri ve/veya hizmetin bütünlüğü yönünden gerek gördüğü diğer tesisleri 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin (A) fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemlerini kullanarak ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebileceği düzenlenmiştir. İşin özelliğine göre belirtilen yöntemler birlikte veya ayrı ayrı kullanılabilir. 3465 sayılı Kanunun 5'inci maddesiyle ise otoyolların,

⁵²⁹ Baytan, 2009:406-407.

⁵³⁰ Kanunun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "Bu Kanunun 35 inci maddesinin (B) bendinde belirtilen ve kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır" ifadesi bulunmaktadır. Kanunun mevzuat.gov.tr de yer alan güncel halinde 35'inci madde hükmü açıkça görülememekte "(8/6/1984 tarih ve 233 sayılı KHK'nin eki cetvellerinin değişikliği ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)" ibaresi yer almaktadır. Kanunun 27 Kasım 1994 tarihli R.G.'de yayınlanan ilk haline bakıldığında ise, 35'inci maddenin B bendiyle; 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ekindeki "Kamu İktisadî Kuruluşları (KİK)" bölümünde Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye ek olarak T.C. Devlet Demir Yolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü ve T.C. Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün de yer alacağı düzenlenmiş ancak daha sonra bu kurumlar bahse konu listeden kaldırılmıştır.

işletme ve bakım tesislerinin⁵³¹ veya hizmet tesislerinin⁵³² işletme haklarının devredilebileceği düzenlenmiştir.

3096 sayılı Kanunun 5’inci maddesinde kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlere verilebileceği düzenlenmiştir.

İşletme hakkının devri yönteminin kullanılmasına olanak sağlayan bir diğer düzenleme de 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nda yer almaktadır. Kanunun 218/A maddesinde, 3996 sayılı Kanun kapsamında yaptırılan ve işletilen gümrük kapıları ve/veya lojistik merkezlerinin işletme haklarının, işletme sürelerinin bitimini müteakip otuz yılı geçmemek koşuluyla, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemleriyle ve 3996 sayılı Kanundaki usuller kıyas yoluyla uygulanarak sözleşmeyle belirlenecek bedel karşılığında devredilebileceği düzenlenmiştir.

Bu bölümde yapılan açıklamalar dikkate alındığında Türkiye’de KÖİ modellerine dayanak oluşturan yasal düzenlemelerin 3996 sayılı Kanun hariç, belli hizmetlere özgü olduğu söylenebilecektir. Diğer yandan Tablo 3.1.’de de görüldüğü üzere aynı kamu hizmeti için birden fazla model uygulanabilmektedir. Örneğin otoyollar için mülkiyet hakkının devri hariç 4046 sayılı Kanun’un 18’inci maddesinde düzenlenen (işletme hakkı devri ve kiralama) özelleştirme yöntemlerinin veya yap-işlet-devret modelinin kullanılması mümkündür.⁵³³

3.2. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Kamu özel işbirliği modeli, bir kamu hizmetinin, kamu ve özel sektörün sahip olduğu farklı kaynaklarla ve birlikte en iyi şekilde nasıl sunulacağına karar verildiği bir yapıdır.⁵³⁴ Diğer yandan kamu hizmeti, idare hukukunun uygulama alanının ve dolayısıyla da idari yargının görev alanının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan bir kavramdır.⁵³⁵ Bu bağlamda kamu hizmeti kavramı ve tabi olduğu hukuki rejim, kamu özel işbirliği sözleşmelerinin tabi

⁵³¹ Kanunun 3’üncü maddesinde “*Bakım İşletme Tesisleri; bakım ve işletme gibi yolla ilgili yapı ve tesisler*” olarak tanımlanmıştır.

⁵³² Kanunun 3’üncü maddesinde “*Hizmet tesisleri; otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisleri*” olarak tanımlanmıştır.

⁵³³ Evren, 2016:463.

⁵³⁴ T.C. Kalkınma Bakanlığı, 2018:1.

⁵³⁵ Tan ve Bayazıt, 2021:330.

olduğu hukuki rejim ve dolayısıyla bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü açısından da önem arz etmektedir.

Kamu hizmeti kavramı mevzuatta ve yargı kararlarında sıkça kullanılsa da kavramın kabul gören tek bir tanımı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “*En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*”⁵³⁶ Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre bir kamu kurumunun kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idari niteliktedir.⁵³⁷ Bununla birlikte AYM, kamu hizmetlerinin ve tabii olduğu hukuki rejimin değişime uğradığını da kabul etmektedir. Mahkeme verdiği bir kararda “*Kamu hizmetleri kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bilinmektedir.*” ifadelerine yer vermiştir.⁵³⁸ AYM başka bir kararında “*Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün devletin birçok iktisadî görevleri de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz*” ifadelerini kullanmıştır.⁵³⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi de “*bugün artık özel hukuktakinden ayrı, kamu hukuku usulleri ile görülmesi zorunluluğu kamu hizmetinin değişmez bir karakteri ve unsuru olmaktan çıkmıştır. Faaliyet konularının gereklerine göre değişik nisbetlerde kamu ve özel hukuktan oluşan karma bir yöntem ile yürütülen sını ve ekonomik ağırlıklı birçok kamu hizmet alanı vardır.*” ifadeleriyle kamu hizmetinin hukuki rejimindeki değişimi vurgulamıştır.⁵⁴⁰

Bir kamu hizmetinin sunulması amacıyla KÖİ modelleri kapsamında imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği, yap-işlet-devret modeli özelinde tartışmalara konu olmuştur.⁵⁴¹

⁵³⁶ AYM E.1994/43, K.1994/42-2 T.09.12.1994, 24.01.1995 tarihli ve 22181 sayılı R.G. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, kamu hizmet kavramı bazı hallerde “faaliyet, iş” anlamında kullanılırken, bazı durumlarda “kamu kuruluşları” anlamında da kullanılabilmektedir. Kamu hizmeti ifadesinin kullanıldığı mevzuatın yorumlanmasında bu hususun dikkate alınması önemlidir (Tan ve Bayazıt, 2021:330).

⁵³⁷ AYM E.1976/1, K. 1976/38 T. 25.05.1976, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı:14, Sayfa:183.

⁵³⁸ E.1969/33, K.1971/7 T.21.01.1971, 23.08.1971 tarihli ve 13935 sayılı R.G.

⁵³⁹ E.1967/41, K.1969/57 T.23-25.10.1969, 12.03.1971 tarihli ve 13776 sayılı R.G.

⁵⁴⁰ E.1992/33, K.1992/36 T.26.10.1992, 01.12.1992 tarihli ve 21422 sayılı R.G.

⁵⁴¹ Kul, 2021:114.

3996 sayılı Kanunun 13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan ilk halinin 5'nci maddesi şöyledir:

Sözleşme

MADDE 5. — Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.

3996 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin Anayasa'nın 2, 5, 8, 9, 11, 125, 129 ve 155'inci maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali ile bu maddenin iptalinin kanunda öngörülen işlemlerin yapılmasını olanaksız kılacağı iddiasıyla, kanunun tümüyle iptal edilmesi talep edilmiştir. İptal talebi gerekçesinde; Anayasa'nın 125'inci maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, idari işlemlerin denetiminin ise idari yargı tarafından yapıldığı, idari yargının görev alanına giren bir davanın özel hukuk mahkemelerince görülemeyeceği, kanunla düzenlenen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğu ve dolayısıyla idari sözleşme sayılacağı, bu sözleşmeleri inceleme yetkisinin Anayasa m. 155 uyarınca Danıştay'a ait olduğu, bir sözleşmenin niteliğinin "imtiyaz sözleşmesi değildir" şeklindeki bir yasa hükmü ile değiştirilemeyeceği ve yargı denetimi dışına bırakılamayacağı, yargı yetkisinin Türk milleti adına mahkemelerce kullanıldığı ve yasayla da olsa bir sözleşmenin hangi yargı alanına gireceğinin belirlenemeyeceği, iptali istenen yasayla bahse konu sözleşmelerin Danıştay denetimine tabi tutulmasının ve sözleşmeye taraf olmayan ilgili kişiler tarafından dava açılabilmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı belirtilmiştir.⁵⁴²

⁵⁴² AYM E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. 3996 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin iptal isteminin gerekçesinde, AYM tarafından 3974 sayılı yasanın Ek 5'inci maddesinin yürürlüğünün durdurulması kararına da değinilmiştir. AYM'nin bahse konu kararının gerekçesi "Yasa'nın EK 5. maddesinde de Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekkülleri'nin bu Yasa'ya veya diğer yasalara dayanarak üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı oldukları ve imtiyaz sayılmayacakları kurala bağlanmıştır. Bu düzenleme anılan sözleşmeleri, idari yargının yargısal denetimi kapsamı dışına çıkarmaktadır. Dava konusu 3974 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen kurallarından anlaşılacağı üzere, Yasa'ya ilişkin olası bir iptal kararının verilmesi ve bu kararın yürürlüğe girmesine kadar Yasa'nın uygulanması durumunda Türkiye Elektrik Kurumu'nun mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüsleri, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin tamamı özelleştirilebilecek başka bir anlatımla bunların mal varlıkları ya da parasal değeri olan kamu kaynakları yerli-yabancı gerçek kişilere veya özel hukuk tüzelkişilerine devredilmiş; satış ve işletme haklarının devrine ilişkin sözleşmelerde idari yargının denetimi dışında kalmış olacaktır. Böylece, daha sonra "giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar" doğabilecek; verilebilecek bir iptal kararı belki de sonuçsuz kalacaktır." şeklindedir (AYM E.1994/43, K.1994/42-1, T.11.04.1994, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin "... imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ..." sözcükleriyle, "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." şeklindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline oybirliğiyle karar vermiştir.⁵⁴³ İptal gerekçesi ise şöyledir:

"Anayasa'nın "yargı yolu" başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren "her türlü" eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır.

*Bu nedenlerle, 3996 sayılı Yasa'da öngörülen kimi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında yapılacak idarî nitelikteki sözleşmeleri özel hukuk kurallarına bağlı tutarak idarî yargı denetimi dışına çıkaran 5. maddenin ikinci tümcesi, Anayasa'nın 2., 11., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir."*⁵⁴⁴

Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47'nci, 125'inci ve 155'inci maddeleri değiştirilmiştir. Maddelerin değişiklikten önceki ve sonraki hali şöyledir:

⁵⁴³ Ayrıca 3996 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin iptali sebebiyle 14'üncü maddesinin de uygulama imkânı kalmadığı kanaatine varılmış, "Yasa'nın 14. maddesinin ikinci tümcesini oluşturan "Bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyeye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz." kuralının, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline" karar verilmiştir.

⁵⁴⁴ AYM E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi

Tablo 2.2. 4446 Sayılı Kanunla Değiştirilen Anayasa Maddeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası T.C. Resmi Gazete 18.06.1999/23729	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası T.C. Resmi Gazete 14.08.1999/23786
E. Devletleştirme MADDE 47 Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.	E. Devletleştirme ve özelleştirme MADDE 47 Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir. Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.
B. Yargı yolu MADDE 125 İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar. Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez. İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.	B. Yargı yolu MADDE 125 İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. 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. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır. İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar. Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez. İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası T.C. Resmi Gazete 18.06.1999/23729	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası T.C. Resmi Gazete 14.08.1999/23786
C. Danıştay MADDE 155 Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ~~ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini~~ incelemek, idarî uyuşmazlıkları ~~çözümlmek~~ ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir. Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir. Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.	C. Danıştay MADDE 155 Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir. Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir. Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler. Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Bahse konu değişikliğin gerekçesinde; Anayasa'nın 47'nci maddesinde devletleştirmeye yer verildiği ancak özelleştirme konusunda bir düzenleme bulunmadığı, 1984 yılından itibaren özelleştirmeyle ilgili yürürlüğe konulan yasalar, AYM ve Danıştay kararları ile birtakım ilke ve kuralların geliştirildiği, Türkiye gündeminde önemli bir yer tutan özelleştirmenin hukuki temelini Anayasa'nın 47'nci maddesiyle düzenlenmesinin uygun olacağı belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu değişiklikle, kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceğinin kanunla düzenlenmesi ilkesi getirildiği ifade edilmiştir. Gerekçede dikkat çeken bir diğer husus ise bütçe kaynaklarının sınırlı olması nedeniyle yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarının yabancı sermayenin teşvik edilmesiyle gerçekleştirilebileceğinin, ancak bu yatırımlara ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususunun yabancı sermayenin yatırım yapmakta çekingen

davranmasına neden olduğunun belirtilmesidir. Bu tür uyuşmazlıkların dünyada tahkim yoluyla çözüldüğü, 1975 tarihli Helsinki Nihaî Senedinde⁵⁴⁵ de tahkim usulünün öngörüldüğü, Türkiye'nin bu senetle ve imzaladığı diğer uluslararası yatırım sözleşmeleriyle tahkim kurumunu benimsediği, bu yaklaşıma Anayasa'nın 125'inci maddesinde de yer verilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir. 155'inci maddedeki değişiklikle ise kamu hizmetiyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri Danıştay'ın “düşüncesini” bildireceği konular arasına alınmıştır.⁵⁴⁶

Anayasa değişikliğinin ardından 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanunun 5'inci maddesi tekrar değiştirilmiş ve güncel halini almıştır. Madde hükmü şöyledir:

Sözleşme

Madde 5 – (Değişik: 20/12/1999 – 4493/2 md.) Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.

Söz konusu değişiklik ile Kanun kapsamında yap-işlet-devret modeliyle yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirilmiş, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesine olanak sağlanmış, dolayısıyla bu sözleşmelere tahkim şartı konulması da mümkün hale gelmiştir.⁵⁴⁷

Benzer şekilde 01.07.2006 tarih ve 5539 sayılı Kanunla, 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesine “*Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbidir*” fıkrası eklenmiştir. Değişiklik gerekçesinde, Anayasa değişikliğini takiben söz konusu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

⁵⁴⁵ Helsinki Nihai Senedinin Ekonomi, Bilim, Teknoloji ve Çevre Alanında İşbirliği adlı bölümünün, Ticari ve Sınai İşbirliğine İlişkin Hükümler başlığı altında tahkime yer verilmiştir. Mal ve hizmetlere ilişkin ticari işlemlerle sınai işbirliği sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıkların hızlı ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinin ticaret ve işbirliğinin genişletilmesine ve kolaylaştırılmasına katkı sağlayacağı ifade edilmiştir. Tahkimin bu tür uyuşmazlıkların çözümü için uygun bir yol olduğu belirtilerek konferansa katılan devletlerin uygun olduğu durumlarda kendi ülkelerindeki kuruluş, teşebbüs ve şirketlere ticari sözleşmelerinde ve sınai işbirliği sözleşmelerinde veya özel anlaşmalarda tahkim şartı bulundurmalarını tavsiye ettiği belirtilmiştir (Conference On Security and Co-operation in Europe Final Act, OSCE: Organization for Security and Co-operation in Europe, Er. 06 Temmuz 2023. <<https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/39501.pdf>>)

⁵⁴⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, Esas Numarası: 2/187, Dönemi ve Yasama Yılı:21/1, Er. 06 Temmuz 2023. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y1/T2/WebOnergeMetni/5274ec87-4dff-461a-9046-284e7eb8e900.pdf>>

⁵⁴⁷ Yalçın, 2014:207.

21.02.2013 tarihli ve 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 Kanunun 1'inci ve 4'üncü maddelerinde, kanun kapsamında akdedilecek uygulama sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir.

Yine 5335 sayılı Kanunun 33'üncü maddesine 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanunla *“Bu madde kapsamında yapılacak kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi imtiyaz addolunmaz. Bu çerçevede imzalanan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir.”* fıkrası eklenmiştir.

Dolayısıyla 3996, 4283, 6428 ve 5335 sayılı kanunlarla düzenlenen KÖİ modelleri kapsamında idare ile imzalanan uygulama sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılabilir.

652 sayılı KHK'nın 23'üncü maddesine dayanılarak çıkarılan Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Ancak KHK'da idare ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa m.47 hükmü açık olup bu hususun kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple 652 sayılı KHK kapsamında akdedilecek uygulama sözleşmesi idare hukuku hükümlerine tabi olacaktır.⁵⁴⁸

3996 sayılı Kanunun 13'üncü maddesine 24.11.1994 tarihli ve 4047 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkra 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara dayanılarak gerçekleştirilen işlerin ilgili idarenin isteği durumunda 3996 sayılı Kanun'un 5, 11, 12 ve 14 üncü madde hükümlerinden yararlanacağı düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile 3096 ve 3465 sayılı Kanun kapsamında akdedilen KÖİ sözleşmeleri ilgili idarenin kararıyla 3996 sayılı Kanunun 5'inci maddesine tabi olarak özel hukuk sözleşmesi niteliği kazanabilmesi,⁵⁴⁹ bu durumda bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim ve alternatif yöntemlerle çözülmesi mümkün hale gelmiştir. Daha sonra

⁵⁴⁸ Evren, 2016:494-495; Bayazıt, 2018:118.

⁵⁴⁹ 3996 sayılı Kanunun 4047 sayılı Kanunla değiştirilmiş halinde ve ilgili Bakanlar Kurulu Kararında bahse konu idarelerin 3996 sayılı Kanunun belirtilen maddelerinden yararlanma isteğini bildirmesi için azami süre öngörülmemesi ve bildirim usulüne ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması eleştiriye açıktır.

ise 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanunun 7'nci maddesiyle 3996 sayılı Kanunun geçici 1'inci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişiklik 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamındaki proje ve işlere 3996 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin uygulanması, diğer bir ifadeyle bu kanunlar kapsamında akdedilen KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması için ilgili şirketin 4501 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden⁵⁵⁰ itibaren 1 ay içerisinde başvuruda bulunması gerektiği⁵⁵¹ düzenlenmiştir. Bu hüküm, 3996 sayılı Kanunun 13'üncü maddesiyle 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamındaki KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olmasına imkân tanınmasını zaman açısından sınırlandırmıştır. Bahse konu süre 2020 yılı Şubat ayında son bulmuştur. Bu sebeple çalışmada 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamında akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliği incelenirken, idarelerin 3996 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinin ikinci fıkrası ve Geçici 1'inci maddesinin ikinci fıkrası yönünde bir tercihte bulunmadığı varsayılmıştır.

Anayasa'nın 47'nci maddesi uyarınca, İdarenin yürüttüğü yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilceği kanunla belirlenir.⁵⁵² Dolayısıyla KÖİ modellerin uygulanması için imzalanan sözleşmeler, modelin düzenlendiği kanunda özel hukuk hükümlerine tabi olduğu yönünde bir hüküm bulunmadığı takdirde, idari sözleşmeler olarak nitelendirilir.⁵⁵³ Bu itibarla; 652 sayılı KHK ile 351, 3465, 3096 ve 4458 sayılı Kanunlar kapsamında idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmelerin kamu imtiyaz sözleşmesi olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 125'inci maddesinde yapılan değişiklik uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilmektedir. Bahse

⁵⁵⁰ 4501 sayılı Kanun 22.01.2000 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁵¹ Kanunda, şirketin başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olup olmayacağına Bakanlar Kurulu'nun karar vereceği düzenlenmiştir.

⁵⁵² Ulusoy'a göre Anayasa'nın 47'nci maddesinde yer alan devletin yürüttüğü yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk rejimine tabi olacağının kanunla belirleneceği yönündeki düzenlemenin lafzı, bu faaliyetlerden en azından bir bölümünün kamu hukuku rejimine tabi olması gerektiği anlamına gelir. Bu sebeple kamu hizmetlerinin tamamının özel hukuk rejimine tabi olarak gördürülmesi mümkün değildir. Bu hizmetlerin hangilerinin muhakkak idare hukuku rejimine tabi olarak yürütülmesi gerektiği hususu belirsiz olmakla beraber egemenlikle doğrudan ilintili alanların (milli savunma gibi) bu kapsamda olacağı ancak ekonomik yönü ağırlıklı olan hizmetlerin bu kapsama dâhil olmayacağı savunulabilir (Ulusoy, 2001:12).

⁵⁵³ Bayazıt, 2018:119, 130.

konu sözleşmelerin kamu imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varılırsa bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılabilecektir.

İmtiyaz, klasik tanıma göre bir kamu hukuku kişinin kamu hizmeti görme işini bir sözleşme kapsamında belirli bir süreyle bir gerçek veya tüzel kişiye vermesidir. İmtiyaz sahibi bahse konu kamu hizmetinin risk ve tehlikelerini üstlenir, finansmanı ise hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle sağlar.⁵⁵⁴ İmtiyaz sahibi hizmeti idarenin denetim ve gözetimi altında yürütür.⁵⁵⁵ Anayasa mahkemesi, bazı kararlarında bu klasik tanıma yer vermekle birlikte kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesinin özel kişilere gördürülmesini konu alan sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğunu belirtmiştir.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Günday, 2011, 188-189; Tan ve Bayazıt, 2021:353. Danıştay tarafından verilen bir kararda imtiyaz şöyle tanımlanmıştır:

“Bu maddelerde geçen "imtiyaz sözleşmeleri" terimi, teknik anlamda İdare Hukukunda, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında geniş bir şekilde işlenmiş bulunan "imtiyaz" usulünü ve imtiyazla ilgili işlemleri belirtmektedir. Bilinen tanımına göre kamu hizmeti imtiyazı; bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel özel hukuk kişisi konumundaki ve genel olarak Özel kesim sermaye şirketi olan tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin, hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere, idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında gerçekleştirilmesini sağlayan bir yönetim biçimidir. "İltizam" ve "Müşterek Emanet" usullerinde de idarenin bir kamu hizmetini özel kişiye gördürmesi için belirli süreli bir sözleşme yapması söz konusudur.

Ancak imtiyaz usulünün en belirgin özelliği, kamu hizmetinin imtiyaz sahibi tarafından kurulması ve bu hizmetin görülmesinde gerekli olan sermaye, personel, yatırım malları, araç-gereç ve her türlü diğer donanımın imtiyaz sahibi tarafından sağlanmasıdır. Hizmet için gerekli tesislerin, idare tarafından kurulmuş ya da sağlanmış olması halinde imtiyaz usulünden ayrı bir yöntem uygulamaya konulmuş olur. Bu yöntem sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesine göre emanet, iltizam ya da müşterek emanet olarak nitelendirilebilir.” (Danıştay 1.D, E.2006/203, K.2006/719, T.06.07.2006, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁵⁵⁵ Tan ve Bayazıt, 2021:353.

⁵⁵⁶ *“İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri" olarak tanımlanmaktadır.*

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.” (AYM GK. E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Ayrıca bknz. AYM E.2002/47, K.2006/1, T.05.01.2006, RG. 07.10.2006.

Tan'a göre kamu hizmeti imtiyazının klasik tanımında bulunan bazı unsurlar zamanla önemini yitirmiş ve aranmaz hale gelmiştir. Bu bağlamda imtiyaz sahibinin hizmeti yürütürken tüm riskleri üstlenmesi şartı, imtiyazı veren kamu idaresinin yardımları ve gelir garantisi sağlaması sebebiyle geçerliliğini kaybetmiştir.⁵⁵⁷ Benzer şekilde imtiyaz sahibinin, hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle gelir elde etmesi⁵⁵⁸ ve bu bedelin idare tarafından bir tarifeye göre belirlenmesi şartının da aranmadığı, başka bir ifade ile bu unsur var olmaksızın da imtiyaz sözleşmelerinden söz edilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre mühim olan, hizmetin görülmesi neticesinde elde edilen bir bedelle (nasıl elde edildiğine bakılmaksızın) imtiyaz sahibinin gerçekleştirdiği giderlerin karşılanmasıdır. Yine ücretin belirlenmesi hususunda da imtiyaz sahibine ücreti belirleme yetkisinin verilebileceği belirtilmiştir.⁵⁵⁹

İmtiyaz usulünün hukukumuzdaki kaynağı 1910 tarihli Menafii Umumiye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun'dur. Bu Kanun uyarınca imtiyaz verme yetkisi Bakanlar Kuruluna ait olup⁵⁶⁰, imtiyaz alacak şirketin Türk anonim şirketi statüsünde olması gerekmektedir. Bahse konu Kanun hala yürürlükte olmakla beraber birkaç istisna haricinde Cumhuriyetin ilanından sonra 1980'li yıllara dek pek kullanılmamıştır. 1980'li yıllardan itibaren uygulanan liberal ekonomi politikaları sebebiyle imtiyaz yöntemi yeniden uygulama alanı bulmuştur. Günday'a göre 1910 tarihli Kanun yürürlükte olmasına rağmen bu Kanunda yer alan imtiyaz sahibinin belirlenmesi ve imtiyazın verilme usullerine ilişkin sınırlamalara tabi olunmaması amacıyla özel yasalar düzenlenmiştir. 3096 sayılı Kanun, 3465 sayılı Kanun ve 3996 sayılı Kanun⁵⁶¹ bu amaçla çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu kanunlarda düzenlenen kamu hizmetinin özel kesime

⁵⁵⁷ Tan ve Bayazıt, 2021:355. Ancak idare tarafından yapılan katkıların imtiyaz sahibinin kârını artırmayı hedeflememesi gerektiği belirtilmiştir (Tan ve Bayazıt, 2021:355).

⁵⁵⁸ İmtiyaz sözleşmeleri uyarınca imtiyaz sahibinin elde edeceği gelirin hizmetten yararlananlardan alınması şart olmayıp, YİD sözleşmelerinde (burada 3465 sayılı Kanundan bahsedildiği düşünülmektedir) üretilen enerji idareye satılmakta ve bedel idareden tahsil edilmektedir. Diğer yandan otoyol işletmeciliğinde bedelin hizmetten yararlananlardan alındığı da görülmektedir (Çal, 2008:39).

⁵⁵⁹ Tan ve Bayazıt, 2021:356.

⁵⁶⁰ Kanunda bulunan Bakanlar Kurulu ibaresi Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin ardından Cumhurbaşkanı şeklinde değiştirilmemiştir. Diğer yandan yerel yönetimlerin imtiyaz verme yetkisi kendi kanunlarında düzenlenmiştir. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m.10/ii uyarınca il genel meclisi ve 5393 sayılı Belediye Kanunu m.18/j uyarınca belediye meclisi imtiyaz verme konusunda karar vermeye yetkili organlardır. (Yıldırım ve ark. 2021, 574).

⁵⁶¹ Yazar, 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinin ardından 3996 sayılı Kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu, bu sebeple artık kamu imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir (Günday, 2011:191).

göndürülmesine ilişkin yöntemler aslında imtiyaz olup bu kanunlar kapsamında akdedilen sözleşmeler de kamu imtiyazı sözleşmeleridir.⁵⁶²

Benzer şekilde Çal'a göre de imtiyaz sözleşmesi kavramı geniş şekilde yorumlanmalı, imtiyazın özelliklerini taşıması şartıyla kamu hizmetlerinin özel sektöre göndürülmesine ilişkin sözleşmelerin tamamı (ne şekilde adlandırıldıklarına bakılmaksızın) imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir.⁵⁶³ Karahanoğulları'na göre de Anayasa'nın 125'inci maddesinde yapılan değişiklik, imtiyaz yönteminin kamu hizmetinin özel sektöre göndürülmesine ilişkin çeşitli isimlerle anılan idari sözleşmelerin tamamını kapsayan bir üst kavram olarak düşünüldüğünü göstermektedir.⁵⁶⁴

Diğer yandan karşıt görüşe sahip yazarlarca, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, kamu hizmetinin özel kişilere göndürülmesine dair tek yöntem olarak görülmesi veya farklı sözleşme türlerini içinde barındıran bir üst başlık olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁶⁵ Bu bağlamda öğretide YİD sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmelerinden farklı olduğunu belirten ve bu farkları vurgulayan yazarlar mevcuttur.⁵⁶⁶ Bununla birlikte kamu özel işbirliği modelleri kapsamında akdedilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleriyle kıyaslandığı ve farklarının sıralandığı eserler de bulunmaktadır.⁵⁶⁷ Bu çalışmalarda imtiyaz ve kamu imtiyaz sözleşmesi kavramlarının dar yorumlandığı görülmektedir.

Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesi kavramının geniş olarak tanımlanması gerektiği, bir kamu hizmetinin özel kişiler tarafından kurulması ve/veya işletilmesinin kamu hizmeti imtiyazı teşkil ettiği görüşünün doğru olduğu değerlendirilmektedir. Aksi halde 1910 tarihli Kanun yürürlükte olmasına rağmen bu Kanun kapsamında bir sözleşme akdedilmemesi nazara alındığında, 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğinin düzenlenmesi pratikte bir anlam ifade etmeyecektir.⁵⁶⁸

⁵⁶² Günday, 2011:189-191.

⁵⁶³ Çal, 2008:51.

⁵⁶⁴ Karahanoğulları, 2004:327,334-335.

⁵⁶⁵ Tan, 1996:28.

⁵⁶⁶ Şenalp ve Bilir, 1989:153-154.

⁵⁶⁷ Boz, 2013:296-297.

⁵⁶⁸ Yeşilirmak da dolaylı olarak benzer bir değerlendirmede bulunmuştur. Yazara göre 4501 sayılı Kanunun 7'nci maddesiyle 3996 sayılı Kanuna eklenen geçici 1'inci maddede, bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamında akdedilen sözleşmeler için üç ihtimal bulunmaktadır. Bunlar: imtiyaz

Özay’a göre kamu hizmetinin varlığı için tekel olması şart olmamakla beraber kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmeleriyle gördürülmesinin en önemli özelliklerinden biri tekel oluşturmastır.⁵⁶⁹ Danıştay da 18.05.2005 tarihli bir kararında özelleştirmeye konu hizmetin tekel niteliğinde olmaması nedeniyle bahse konu özelleştirmenin imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.⁵⁷⁰ Ancak bahse konu karar incelendiğinde, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun kapsamında bir değerlendirme yapıldığı ve 4046 sayılı Kanun m.15/3’ün açık düzenlemesi⁵⁷¹ uyarınca kamu hizmetinin tekel niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerektiği görülecektir. Dolayısıyla 4046 sayılı Kanun kapsamında akdedilen sözleşmeler dışında, kamu hizmetinin özel sektöre kurulması ve/veya işletilmesine ilişkin tüm sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için hizmetin tekel niteliğinde olmasının mutlak bir şart olarak aranması gerekmediği düşünülmektedir. Diğer yandan idare ile akdedilen bir sözleşme kapsamında özel hukuk kişisine kurdurulan ve/veya işlettirilen kamu hizmetinin tekel niteliğinde olması, özel hukuk kişisini ayrıcalıklı bir konuma taşıyacağından, sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde bu hususun da dikkate alınması yerinde olacaktır.⁵⁷²

rejimini korumak, imtiyaz rejimini korumakla beraber uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırmak yahut özel hukuka tabi yeni bir sözleşme imzalamak. Yazarın bu ifadelerinden, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlar kapsamında akdedilen sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirdiği, dolayısıyla imtiyaz sözleşmesi kavramını 1910 tarihli Kanunla sınırlı olarak değerlendirmede anlaşılmaktadır (Yeşilirmak, 2000:192-193).

⁵⁶⁹ Özay, 2002:237,254.

⁵⁷⁰ Kararın ilgili bölümü şöyledir: “Olayımızda, 2918 sayılı Yasada 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle tescile bağlı araçların muayenelerini yapma hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte, herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmış bulunduğundan, bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir” (Danıştay 1.D E.2005/307, K. 2005/668, T.18.05.2005, Lexpera Hukuk Bilgi Bankası).

⁵⁷¹ Fıkra hükmü şöyledir: “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.”

⁵⁷² Zira Anayasa Mahkemesi 05.01.2006 sayılı bir kararında tekel olan bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin imtiyaz niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken Anayasa Mahkemesi kararlarında sürekli olarak yinlendiği üzere o hizmetin niteliğine bakılması gerekmektedir. Kamu hizmeti olan bir hizmetin, özel kesimce yürütülmesi onun kamu hizmeti niteliğini etkilemeyecektir. Kamu hizmetinin temel niteliği; genelde o hizmetin Devletçe veya kamu kurumlarınca görülmesidir. Özellikle otoyol işletmesi, demiryolu ulaşımı, hava meydanı ve liman işletmeleri gibi hem doğal hem de ekonomik yapısı yönünden tekel olan hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi özel kişilere imtiyaz verilmesi anlamındadır.” (AYM E.2002/47, K.2006/1, T.05.01.2006, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

Tüm bu hususlar nazara alınarak; 3465, 3096, 351, 4458 sayılı kanunlar ile 652 sayılı KHK kapsamında akdedilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği incelenmelidir.

Özay'a göre YİD modelinin uygulandığı sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.⁵⁷³ Çal ise ruhsat niteliğinde olan yap-işlet (Yİ) modelleri haricinde, YİD ve Yİ modelleri uyarınca imzalanan sözleşmelerin de imtiyaz niteliğinde olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁴ Tan da YİD modelini içeren sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁵ Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın içtihatları da bu yöndedir.⁵⁷⁶ Bu itibarla 3096 sayılı Kanunda ve 3465 sayılı Kanunda⁵⁷⁷ düzenlenen YİD modelleri kapsamında akdedilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.⁵⁷⁸

652 sayılı KHK'nın 23'üncü maddesi uyarınca imzalanacak sözleşmenin tarafı olan idare Milli Eğitim Bakanlığı olup model kapsamında yatırımcının okul binası inşa etmesi ve karşılığında kendisine belirli bir süre kira ödenmesi düzenlenmiştir. İdare hukuku alanında kalan diğer bir YKD modeli de 351 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. 351 sayılı Kanunun 20'inci maddesi uyarınca imzalanacak sözleşmenin tarafı olan idare Gençlik ve Spor Bakanlığı olup model kapsamında yatırımcının yurt binası ve tesisleri inşa etmesi ve bunun karşılığında yatırımcıya belirli bir süre kira ödenmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca özel sektör tarafından, içinde kamu hizmetinin sunulacağı ve teknik anlamda üstün özellikler barındırması beklenmeyen binalar inşa edilmekte, kamu hizmeti veya kamu hizmetini tamamlayan sair hizmetler özel sektör tarafından sunulmamaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, sözleşme tarafı özel kişiye herhangi bir imtiyaz tanındığını söylemek güçtür. Dolayısıyla 652 sayılı KHK ve 351 sayılı Kanun kapsamında YKD modeliyle gerçekleştirilecek yatırımlar için akdedilecek sözleşmelerin, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerektiği değerlendirilmektedir.

⁵⁷³ Özay, 2002:260.

⁵⁷⁴ Çal, 2008:48-49.

⁵⁷⁵ Tan, 1992:320-321.

⁵⁷⁶ Bayazıt, 2008:116, dn.470. 3096 sayılı Kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirildiği yönünde bkz. Yıldırım, 2021:580-581 ve Karahanoğulları, 2004:338-342.

⁵⁷⁷ Çal, 3996 sayılı Kanun ile düzenlenen YİD modeli uyarınca akdedilecek sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınması neticesinde imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği, ancak 3465 sayılı Kanun uyarınca akdedilen sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınmadığı ve bu durumun ikilik yarattığını belirtmiştir. Yazara göre benzer nitelikteki tüm kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi kılınarak toptan bir düzenlemenin yapılması daha yerinde olacaktır (Çal, 2008:365).

⁵⁷⁸ Duran, 1991:155-157; Çal, 2008:287,290,365; Dursun, 2016:88-89.

652 sayılı KHK m.23/4 uyarınca Milli Eğitim Bakanlığının kullanımında bulunan eğitim öğretim tesislerinin yenilenmesi; tesislerdeki eğitim öğretim hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilir. Bu modelde, çekirdek hizmet kamu tarafından verilmekte ancak eğitim öğretim hizmetleri dışında kalan ve özel sektöre bırakılacak olan işletme faaliyeti okulu yenileyen özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple 652 sayılı KHK m.23/4 kapsamında akdedilecek sözleşmeler de imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir.

İdare hukuku alanında kalan bir diğer sözleşme 3096 sayılı Kanun kapsamında kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin akitlerdir. Bu İHD modeli uyarınca kamu hizmeti özel sektör tarafından sunulmuştur. Danıştay bir kararında 3096 sayılı Kanun m.5 uyarınca akdedilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁹ Ayrıca Danıştay'ın başka bir kararında somut olaya ilişkin verilen bilgiler, 3096 sayılı Kanunun 5'inci maddesi kapsamında bir İHD sözleşmesinin, imtiyaz sözleşmelerinin tabi olduğu usule göre akdedildiği, bu bağlamda bahse konu sözleşmelerin uygulamada da imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirildiğini göstermektedir.⁵⁸⁰ Öğretide de 3096 sayılı Kanun m.5 uyarınca elektrik

⁵⁷⁹ “3096 sayılı Yasanın yukarıda yazılı nedenleri ve ilgili yönetmelik uyarınca Elektrik Ticaret AŞ ile Enerji Bakanlığı arasında "görev verme" sözleşmesi imzalandıktan sonra, Türkiye Elektrik Kurumu ile ... Elektrik Ticaret A.Ş. arasında da görevli şirket sıfatıyla imzalanan "işletme hakkı devir sözleşmesi" ile otuz yıl süresince, İstanbul İli Anadolu yakasında, yukarıda belirtilmiş olan alan içinde kalan bölgede, elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti görevleri, ... Elektrik Ticareti A.Ş'ne devredilmiş, şirketçe kurulacak tesislerin ye halen Türkiye Elektrik Kurumu tarafından yapılan dağıtım tesislerinin devrine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiş bulunmaktadır. Yukarıda yazılı mevzuatın ve dava konusu sözleşmede mevcut hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu sözleşmenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır.” (Danıştay 10.D E.1991/1, K.1993/1752, T.29.04.1993, Lexpera Hukuk Bilgi Bankası.)

⁵⁸⁰ “3096 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanılarak çıkarılan 23.06.1989 tarih ve 89/14305 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinden, üzerinde mutabakata varılan tesislerin işletme haklarının Şirkete devredilmesi kararlaştırılmıştır. Bakanlık ile şirket arasında imzalanan 19.10.1988 tarihli sözleşme, 1996 yılında Danıştay incelemesinden geçerek Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri ile Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi 09.03.1998 tarihinde, Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. ile Şirket arasında dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrini düzenleyen Devir Sözleşmesi de 29.05.1998 tarihinde imzalanmıştır.” (Danıştay 13.D E.2005/5390, K.2005/2879, T.31.05.2005, Lexpera Hukuk Bilgi Bankası.)

Üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu belirtilmiştir.⁵⁸¹

Son olarak 4458 sayılı Kanun m.218/A kapsamında imzalanan işletme hakkı devir sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanun hükmü uyarınca 3996 sayılı Kanun kapsamında yaptırılarak idareye devredilen gümrük kapıları ve/veya lojistik merkezlerinin işletme hakkı, 4046 sayılı zelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 18’inci maddesi uyarınca devredilebilmektedir. Kanunda açıkça 4046 sayılı Kanuna atıfta bulunulmuştur. Bu sebeple bahse konu işletme hakkı devri sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı, 4046 sayılı Kanun m.15/3’teki ölçütler esas alınarak belirlenecektir. İşletme hakkı devri sözleşmesine taraf olan Ticaret Bakanlığı, genel bütçe kapsamında bir idaredir. Gümrük kapılarının işletilmesi Ticaret Bakanlığı’nın yetkisindedir. Dolayısıyla gümrük kapılarının işletme hakkının 4458 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk kişilerine devrine ilişkin sözleşmeler kamu hukuku imtiyaz sözleşmesidir. Diğer yandan lojistik merkezlerinin işletilmesi hususunda Bakanlık tekel niteliğinde olmayıp özel sektör tarafından işletilen lojistik merkezleri de bulunmaktadır.⁵⁸² Bu sebeple lojistik merkezlerinin işletme hakkının devredilmesine ilişkin sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi niteliğinde değildir.

Özetle 351 sayılı Kanun ve 652 sayılı KHK ile düzenlenen KÖİ modelleri kapsamında idare ile akdedilen sözleşmeler ile 4458 sayılı Kanunda düzenlenen lojistik merkezlerinin işletme hakkı devrine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme olmakla birlikte imtiyaz sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu nedenle bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılamayacaktır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı görevlidir (İYUK m.2/1/c). Diğer yandan 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun ile düzenlenen KÖİ modelleri kapsamında akdedilen sözleşmeler ile 4458 sayılı Kanununda düzenlenen gümrük kapılarının işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi

⁵⁸¹ Akın, 200:41. Ayanoğlu bu görüşe katılmamaktadır. Yazara göre sözleşme konusu kamu hizmeti tekel niteliğinde değildir ve bu sebeple 4046 sayılı Kanunun imtiyaz tanımı kapsamında değildir (Ayanoğlu,2007:16-18). Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere 40406 sayılı Kanunda yer alan imtiyaz sözleşmesi tanımı yalnızca bu kanun kapsamında gerçekleştirilen sözleşmelerin nitelendirilmesi için kullanılabilir. 3096 sayılı Kanuna göre akdedilen sözleşmelerin hukuki niteliğinin bu tanıma göre belirlenmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira 4046 sayılı Kanun m15/3’de bu hususa ilişkin diğer kanunlarda hükümler saklı tutulmuştur.

⁵⁸² Ankara Lojistik ss özel sektör tarafından kurulan ve işletilen lojistik merkezlerine örnektir (bknz. <https://www.alu.com.tr/hakkimizda/>).

kararlaştırılabilecektir. Ayrıca 3996, 4283, 6428 ve 5335 sayılı kanunlara dayanılarak idare ile imzalanan uygulama sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözölməsi mümkündür. Özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözöümü, ilgili modelin düzenlendiğı kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla özel hukukun tahkime ilişkin düzenlemelerine (HMK, MTK ve MÖHUK gibi) ve ilgili uluslararası sözleşmelere (New York Sözleşmesi gibi) tabidir. Kamu imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözöümü ise 4501 sayılı Kanuna ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde kanunda atıf yapılıyor olması nedeniyle HMK ve MÖHUK’a tabidir. Bu uyuşmazlıklarda MTK da uygulama alanı bulabilecektir. Bu hususlara ilişkin ayrıntılar 3.4’üncü başlıkta ele alınmıştır.

İdare hukukuna tabi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözölməsi olanağı, özel hukuk hükümlerine tabi uyuşmazlıklara göre daha dardır. Özel hukuk sözleşmelerinde, kullanılan yöntemin kendine özgü istisnaları saklı kalmak kaydıyla neredeyse tüm AUÇY yöntemleri kullanılabilir. Ancak idari sözleşmelerin alternatif yöntemlerle çözölməsi olanak sağlayan çok az hüküm bulunmaktadır.⁵⁸³ 6325 sayılı Arabuluculuk Kanununun 1’inci maddesi uyarınca ancak özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculukla çözölməsi mümkündür. Dolayısıyla idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar 6325 sayılı Kanun kapsamında sonlandırılmaz. Diğer yandan 659 sayılı KHK kapsamındaki idareler, KHK’da belirtilen usullere uymak kaydıyla uyuşmazlığı sulh yoluyla sonlandırabilirler. Ayrıca bağımsız idari otoritelerin görev alanına giren uyuşmazlıkların, bu idareler yoluyla çözölməsi de mümkündür. KÖİ sözleşmelerinde uyuşmazlık çözöüm mekanizmaları düzenlenirken bu hususların da dikkate alınması gerekmektedir.

⁵⁸³ Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmek için bkz. Hasoğlu, A., “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2016, Cilt:65, Sayı:4, ss. 1981-1996; Özbek, M. “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)”, *TBB Dergisi*, Yıl:2005, Sayı:56, ss.90-132.

3.3. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümüne İlişkin Yasal Düzenlemeler

3.3.1. 4501 Sayılı Kanunun Kapsamındaki Düzenlemeler

13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 125'inci maddesinde yapılan değişikliğin ardından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.2/1/c değiştirilmiş,⁵⁸⁴ tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargının yetkili olmadığı düzenlenmiştir. Ayrıca 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesi değiştirilmiş⁵⁸⁵ ve tahkim yolu öngörülen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davaların kapsamından çıkarılmıştır. Bu mevzuat değişikliklerinin ardından, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi halinde uyulması gereken ilke ve esasların belirlenmesi amacıyla 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun kabul edilmiştir.⁵⁸⁶

3.3.1.1. Kanunun 3'üncü ve 4'üncü Maddelerinin Değerlendirilmesi

4501 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümü için milletlerarası tahkim yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir. Kanunun 3'üncü maddesine göre bu uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yeri Türkiye'de veya Türkiye dışında belirlenebilecek, uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun veya yabancı bir hukukun uygulanacağı kararlaştırılabilecek, ad hoc tahkim veya kurumsal tahkim tercih edilebilecektir. Tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenebilmesi, uyuşmazlıkların yabancı tahkimle çözülmesine olanak sağlamaktadır. Bu yargılama neticesinde verilecek kararlar yabancı hakem kararı vasfındadır.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ 18.12.1999 tarihli ve 3392 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle yapılan değişiklik.

⁵⁸⁵ 18.12.1999 tarihli ve 4492 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle yapılan değişiklik.

⁵⁸⁶ Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun Tasarısı, Esas Numarası: 1/616, Dönemi ve Yasama Yılı: 21/2, 13.01.2000, Er. 16 Temmuz 2023. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y2/T1/WebOnergeMetni/909762d5-36ec-4b19-ba8f-b3d4984f1a22.pdf>>

⁵⁸⁷ Bknz. 1.3.4.2. ve 1.3.8. numaralı başlıklar.

Anayasa'nın 125'inci maddesinde yabancılık unsurunun varlığı halinde milletlerarası tahkim yolunun seçilebileceği belirtilmiştir. 4501 sayılı kanunun 3'üncü maddesinde, Anayasada yer alan "milletlerarası tahkim" kavramının hem MTK ile düzenlenen milletlerarası tahkimi hem de yabancı tahkimi kapsayacak şekilde geniş düzenlendiği görülmektedir. Zira MTK anlamında milletlerarası tahkim, tahkim yeri Türkiye olan ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini ifade eder (MTK m.1/2). Ancak 4501 sayılı Kanun, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların tahkimle çözülmesini de milletlerarası tahkim olarak nitelendirmiştir (4501 sayılı Kanun m.3).

Kanunla, kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine ayrı bir tahkim sözleşmesiyle veya asıl sözleşmede yer alacak bir tahkim şartıyla karar verilebileceği, tahkim sözleşmesi akdedilecekse tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmenin yürürlüğe konulması usulüne tabi olacağı düzenlenmiştir (m.4).

Kanun, tahkim şartı veya sözleşmesinde bulunması gereken hususları da sıralamıştır. Kanunun 4'üncü maddesi uyarınca "*Tahkim şartı veya 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 bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekalet ücreti ve benzeri konular*"ın ayrıntılı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Tahkim şartı veya sözleşmesinde bu hususlara yer verilmemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği belirsizdir.⁵⁸⁸ Kanunun lafzına bakıldığında, hükmün emredici olduğu ve aksi yönde bir anlaşmanın Türk hukukuna göre geçersiz olacağı sonucuna varılabilecektir. Ancak bu yönde bir yorumun doğru olmayacağı düşünülmektedir. Zira hükümde birtakım unsurlar sıralandıktan sonra "...ve benzeri konular"ın tahkim

⁵⁸⁸ Kul, 4501 sayılı Kanun m.4/2'ye tam olarak uymayan hazırlanan tahkim şartı veya sözleşmelerinin akıbetinin belirsiz olduğunu ve bu konuda HMK ve MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir (Kul, 2022:84). Ancak tahkim sözleşmesinin geçerliliği, tarafların ehliyeti ve tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğine ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla, genellikle tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına göre belirlenir. Tahkim anlaşmasının geçerliliği bu çalışmanın 2.6. numaralı başlığında ele alınmıştır.

şartında/sözleşmesinde bulunması gerektiği belirtilmiş, hükümde sayılan unsurlara örnek kabilinden yer verilmiştir.⁵⁸⁹

Yeşilirmak, m.4/2 hükmünün *ad hoc* tahkim sözleşmesi veya şartı hazırlanırken dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir Zira kurumsal tahkimin tercih edilmesi durumunda sözleşmede, tahkim kurumu tarafından önerilen model tahkim şartı kullanılacaktır ve bu tahkim şartları genellikle oldukça kısadır. Bunun sebebi ise tahkim usulüne ilişkin hususların kurumsal tahkim kurallarında ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olmasıdır.⁵⁹⁰

3.3.1.2. Kanunun Diğer Kanunlarla İlişkisi

4501 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

4501 sayılı Kanun 22.01.2000 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu dönemde Türk hukukunda milli tahkim ve milletlerarası tahkim ayrı kanunlarla düzenlenmiş, tahkime ilişkin hükümler 1086 sayılı HUMK'ta yer almıştır. 05.07.2001 tarihinde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmiştir. MTK m.1/5 hükmü uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimle çözülmesi MTK'ya tabi olmuştur. 01.10.2011 tarihinde ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri yürürlüğe girmiş, 1086 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış ve mevzuatta 1086 sayılı Kanuna yapılan atıfların 6100 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla 4501 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde 1086 sayılı Kanuna yapılan atfın uyuşmazlık yabancılık unsuru içeriyorsa 4686 sayılı Kanuna, içermiyorsa 6100 sayılı Kanuna yapılmış sayılması gerekmektedir.

2675 sayılı Kanunda ise yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.12.12.2007 tarihinde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, 2675 sayılı Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. Bu sebeple 4501 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde 2675 sayılı Kanuna yapılan atfın 5718 sayılı Kanuna yapılmış sayılması gerekmektedir.

⁵⁸⁹ Yeşilirmak, 2000:193.

⁵⁹⁰ Yeşilirmak, 2000:193.

4501 sayılı Kanun ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu arasındaki ilişkinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. 1.3.4.2 numaralı başlık altında da belirtildiği gibi MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. MTK’da yer alan yabancılık unsuru tanımı 4501 sayılı Kanundaki tanımdan farklıdır. Bununla birlikte MTK’nın kapsama ilişkin 1’inci maddesinin beşinci fıkrasında “21.1.2000 tarihli ve 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 doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tâbidir.” hükmü yer almaktadır. Benzer şekilde MTK’nın yabancılık unsurunu tanımladığı 2’nci maddesinin ikinci fıkrasında 4501 sayılı Kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.⁵⁹¹ Bu hükümler nazara alındığında, kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar 4501 sayılı kanunda tanımlanan yabancılık unsurunu barındırması halinde milletlerarası tahkimle çözümlenebilecektir. Dolayısıyla kamu imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki kamu özel işbirliği sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların, 4501 sayılı Kanunda tanımlanan yabancılık unsurunu ihtiva etmesi koşuluyla milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılabilecektir. Bu durumda tahkim usulü MTK’ya tabi olacaktır. Taraflar MTK m.8/A uyarınca, MTK’nın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla yargılama kurallarını özgürce belirleyebilecektir. Bu bağlamda kurumsal tahkimi tercih ederek, tahkim kurumunun yargılama kurallarını uygulayabilirler.

MTK m.1/5 hükmü birçok açıdan eleştirilebilir niteliktedir. Şöyle ki 4501 sayılı Kanunun 3’üncü maddesi uyarınca, bu kanun kapsamında yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenirken tahkim yerinin Türkiye dışında tayin

⁵⁹¹ MTK’nın yabancılık unsuruna ilişkin 2’nci maddesinde 4501 sayılı Kanun saklı tutulmuş ancak aynı maddenin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde “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.” bir yabancılık unsuru olarak ayrıca sayılmıştır. Bu ifade 4501 sayılı Kanunda yer alan yabancılık unsuru tanımıyla neredeyse aynıdır. Kanunun gerekçesinde, neden bu şekilde bir düzenleme yapıldığına ilişkin bilgi bulunmamaktadır. MTK’nın hazırlanmasında önemli bir kaynak olan UNCITRAL Model Kanunu’nda da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985 With amendments as adopted in 2006), Er. 06 Haziran 2023. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>). MTK’da 4501 sayılı Kanun’daki yabancılık unsuru tanımına benzer bir tanıma yer verilmesi ve bu kriterin imtiyaz sözleşmeleri dışındaki sözleşmeler için de uygulanacak olması Kalpsüz tarafından eleştirilmiştir (Kalpsüz, 2007:23).

edilmesi mümkündür. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere 4501 sayılı Kanun, *milletlerarası tahkim* kavramını *yabancı tahkimi* de kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır. MTK m.1/5’de yer alan *milletlerarası tahkim* kavramının yabancı tahkimi (tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesini) de kapsayıp kapsamadığı değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle MTK m. 1/5 uyarınca, tahkim yerinin Türkiye dışında tayin edilmesi durumunda dahi tahkim usulüne MTK’nın uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. Bu durumda MTK’nın uygulanacağı görüşü benimsenirse, böyle bir tahkim yargılaması neticesinde verilecek hakem kararının yerli hakem kararı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda, 1.3.8. numaralı başlıkta belirtilen kriterler esas alınacak ve benimsenen görüşe göre farklı değerlendirmeler yapılabilecektir. Bu kapsamda tahkim yeri, New York Sözleşmesi’ne taraf bir ülkede ise karar Türk hukukuna göre yabancı hakem kararı niteliğini taşıyacak, aksi durumda ise Türk hukukuna göre yerli hakem kararı olarak nitelendirilecektir.

MTK m.1/5 hükmü tahkim yerinin Türkiye dışında tayin edilmesi durumunda da MTK’nın uygulanacağı şeklinde yorumlanırsa, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi ve ancak tahkim usulüne MTK’nın uygulanacağının kararlaştırılmamasının ve dolayısıyla usule MTK’nın uygulanmamasının neticesi ayrıca değerlendirilmelidir. Bu durumda verilen hakem kararı yabancı hakem kararı olacak, kararın iptali ancak tahkim yeri mahkemesinden istenecek ve tahkim yeri mahkemesi tahkim sözleşmesinin geçerliliğini taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa çok yüksek bir ihtimalle tahkim yeri hukukuna göre belirleyecektir. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin Türk hukukuna aykırı olması, hakem kararının iptaline sebebiyet vermeyecektir. Kararın Türkiye’de tanınması ve/veya tenfizi talep edildiğinde ise bahse konu durumun kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanıma/tenfiz engeli olarak nitelendirilmemesi gerektiği değerlendirilmektedir.

MTK m.1/5 hükmü tahkim yerinin Türkiye dışında tayin edilmesi durumunda da MTK’nın uygulanacağı şeklinde yorumlanırsa, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu bir tahkim yargılamasında kurumsal tahkim tercih edilemeyecektir. Diğer bir deyişle, MTK m.1/5 hükmü, 4501 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinin uygulamasını daraltmış olacaktır. Taraflar ancak tahkim yerini Türkiye olarak belirlemek kaydıyla kurumsal tahkimi tercih edebileceklerdir. 4501 sayılı Kanunu tahkim yargılamasının otoritesi altında gerçekleştirileceği hukuku belirleyen tahkim yeri unsurunun yabancı bir ülkede belirlenmesine müsaade ederken, tahkim usulüne uygulanacak hukuk açısından sınırlama getirilmesi pratik yönde bir fayda sağlamadığı gibi 4501 sayılı Kanunun yatırım dostu bir ortam yaratma amacıyla da bağdaşmaz.

Bu nedenle MTK m.1/5 hükmü; MTK'nın 4501 sayılı Kanuna göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan tahkim yeri Türkiye'de olan tahkim yargılamalarında uygulanacağı şeklinde⁵⁹² anlaşılmalıdır. Yine de MTK m.1/5 hükmünün Kanundan kaldırılarak, 4501 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde MTK'ya da atıf yapılması farklı yorumların ve belirsizliklerin önüne geçecektir.

3.3.1.3. Kanunda Yer Alan Yabancılık Unsurunun Değerlendirilmesi

4501 sayılı Kanuna göre yabancılık unsuru; “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması⁵⁹³ veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri” şeklinde, çok geniş kapsamlı tanımlanmıştır.⁵⁹⁴

Kanun meclise sunulduktan sonra Adalet Komisyonu görüşmelerinde yabancılık unsuru kapsamında sıralanan ilk durum “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin 18.1.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre yabancı kaynaklı olması” şeklinde kabul edilmişse de Kanun TBMM Genel Kurulunda⁵⁹⁵

⁵⁹² Teorik olarak, 4501 sayılı Kanuna göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan tahkim yeri Türkiye dışında olmakla beraber tahkim usulüne MTK'nın uygulanacağını kararlaştırıldığı uyuşmazlıklar için de MTK uygulanacaktır. Ancak MTK m.1/2'de düzenlenen bu ihtimale uygulamada rastlanmadığından, bu hususun pratik bir önemi bulunmamaktadır.

⁵⁹³ Kanun Tasarısı Metninde yabancılık unsuru “Sözleşmeye taraf olanlardan ya da taraf olan kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat veya sigorta sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması veya ifa yerinin Türkiye dışında bulunması hallerinden biri,” olarak tanımlanmıştır. Adalet Komisyonu toplantısında bu ifade eleştirilmiş, yabancı bir ortağın şirketin kayda değer olmayan oranda hissesine sahip olması durumunun da yasaya göre yabancılık unsurunun var olacağı belirtilmiştir. (Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/616), Dönem :21 Yasama Yılı: 2, Er. 16 Temmuz 2023.

<<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/ad615241-3c82-4040-b726-a5e49356a9d6.htm>>)

⁵⁹⁴ Yeşilırmak, 2000:193.

⁵⁹⁵ Genel Kurul tutanaklarında özellikle; HUMK'da milletlerarası tahkime ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, ancak ülkemizin 40'tan fazla YKTK anlaşmasına taraf olduğu ve çok taraflı uluslararası anlaşmalara da taraf olarak bu anlaşmaları iç hukuka aktardığı, bu anlaşmalarda uluslararası tahkimin kabul edildiği, 4501 sayılı Kanunun mevzuatımızdaki uluslararası tahkime ilişkin belirsizliği gidereceği yönündeki lehe görüş dikkat çekicidir (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21 Cilt :23 Yasama Yılı: 2, 50 nci Birleşim, 20.01.2000 Perşembe, Er. 16 Temmuz 2023. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak20230120/21/2/50/c1ff863a-7259-4c0c-9ffd-dddd5c7e220a.html>>).

bugünkü haliyle kabul edilmiş, 6224 sayılı Kanun’a⁵⁹⁶ yapılan atıftan vazgeçilmiştir. Ancak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı menşeli olması hususu çok geniş bir tanımdır. Zira Türkiye 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nu ve daha sonra da bu kanunu mülga eden 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununu kabul etmenin yanı sıra yabancı sermayeyi teşvik amacıyla çok sayıda YKTK anlaşmasına taraf olmuştur.⁵⁹⁷ Kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümüne milletlerarası tahkim yolunun tercih edilebilip edilemeyeceği tespit edilirken 4875 sayılı Kanunun kapsamının yanı sıra Türkiye’nin taraf olduğu, yürürlükte bulunan ve somut ilişkide uygulama alanı bulabilecek YKTK anlaşmalarının tek tek incelenmesi gerekecektir.

Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması kriteri açısından bakılabilecek ilk kaynak 4875 sayılı Kanun olacaktır. 4875 sayılı Kanunun 2’nci maddesinde yabancı yatırımcı “*Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan, 1) Yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını, 2) Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları* şeklinde tanımlanmıştır. Doğrudan yabancı yatırım kavramı yine Kanunun 2’nci maddesinde, “*yabancı yatırımcı*” tarafından gerçekleştirilen kanunda sayılı faaliyetler şeklinde tanımlanmıştır.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ 4875 sayılı Kanunun 5’inci maddesiyle 6224 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış ve 6224 sayılı Kanuna yapılan atıfların 4785 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

⁵⁹⁷ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı internet sitesinde yer alan bilgiye göre Türkiye’nin taraf olduğu 108 adet YKTK anlaşması olup bunları 88 tanesi yürürlüktedir (Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, YKTK İmzalanan Ülkeler Listesi, Er. 13 Eylül 2023. <<https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk/a11602>>) Bununla birlikte Bakanlığın listesinde henüz yer almasa da 18.07.2023 tarihinde Türkiye’nin Suudi Arabistan’la bir YKTK anlaşması imzalandığı duyurulmuştur (TRT Haber, *Türkiye ve Suudi Arabistan arasında farklı alanlarda anlaşmalar imzalandı*, Er. 19 Temmuz 2023. <<https://www.trthaber.com/haber/gundem/turkiye-ve-suudi-arabistan-arasinda-farkli-alanlarda-anlasmalar-imzalandi-782378.html>>)

⁵⁹⁸ **Tanımlar**

Madde 2 - Bu Kanunda geçen;

...

b) Doğrudan yabancı yatırım: Yabancı yatırımcı tarafından,

1) Yurt dışından getirilen;

- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye,

- Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç),

- Makine ve teçhizat,

- Sınai ve fikri mülkiyet hakları,

2) Yurt içinden sağlanan;

-Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırım ile ilgili diğer haklar,

Dolayısıyla kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmesine taraf kurulu/kurulacak şirket ortaklarından birinin 4875 sayılı Kanunda tanımlanan “doğrudan yabancı yatırımı” gerçekleştiren i) yabancı ülke vatandaşı veya yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşı ya da ii) yabancı ülkede kurulmuş bir tüzel kişi veya uluslararası kuruluş olması durumunda 4501 anlamında bir yabancılık unsurunun varlığından söz edilebilecek ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası tahkim tercih edilebilecektir. Bununla birlikte 4875 sayılı Kanunun 3’üncü maddesinin (e) fıkrası⁵⁹⁹ uyuşmazlıkların çözümü alt başlığını taşımaktadır. Hükümde özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmeleri ile idarenin taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ilgili mevzuatta yer alan hükümlere uyulması kaydıyla tahkim yoluyla çözülebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla 4875 sayılı Kanunun idarenin yatırımcıyla akdettiği sözleşmelerde tahkim şartına yer verilmesine olanak sağlayan bir kaynak olmadığı, 4501 sayılı Kanun dâhil sair mevzuatta buna olanak sağlanması halinde tahkim yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

4501 sayılı Kanun kapsamında yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı incelenirken *sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatının parçası olan YKTK anlaşmaları kapsamında yabancı menşeli olup olmadığının* da tespit edilmesi gerekecektir. YKTK anlaşmalarında 4875 sayılı Kanunda olduğu gibi yatırımcı ve yatırım kavramları tanımlanmış, yatırımcı anlaşmada sayılan özellikleri taşıyan ve anlaşmada tanımlanan yatırımı gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle yatırımcı tanımı, yatırım tanımına bağlanmıştır. Ancak 4501 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmenin konusunu zaten bir yatırım teşkil edecek ve bu yatırım genellikle yüksek maliyetli olacaktır.

Tüm bu hususlar nazara alındığında, 4501 sayılı Kanunda yer alan yabancılık unsuru tanımının atıf barındırmaksızın doğrudan birtakım kriterler öngörmesi yahut belli bir kanuna

- Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar,
gibi iktisadi kıymetler aracılığıyla;

i) Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı,

ii) Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı,

...

ifade eder

⁵⁹⁹ Fıkra hükmü şöyledir: “Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.”

(örneğin yalnızca 4875 sayılı Kanuna) atıf yapması çok daha yerinde olacaktır. Bu görüşümüze karşılık olarak; 4501 sayılı Kanun da dâhil, yatırım sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olmasına ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine imkân sağlayan yasal değişikliklerin başlangıcı ve kaynağını teşkil eden 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçesinde yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarının gerçekleştirilebilmesi için yabancı sermayenin teşvik edilmesinin amaçlandığı, Kanundaki yabancılık unsuru kapsamının bu amaca uygun olacak şekilde geniş tutulduğu ileri sürülebilecektir. Ancak 4501 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmenin konusu (genellikle yüksek maliyetli) bir yatırım olacaktır. Dolayısıyla kanunda “yatırım” tanımından bağımsız, “yatırımcı” tanımına odaklı ve tespiti kolay objektif kriterler içeren bir yabancılık unsuruna yer verilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

4501 sayılı Kanuna göre *sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması* durumunda da yabancılık unsuru mevcut sayılmakta ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimle çözüleceğine karar verilebilmektedir. 4501 sayılı Kanunun yabancılık unsuruna ilişkin bu ikinci ihtimali incelendiğinde sözleşmenin taraflarına ilişkin bir kriter yerine sözleşmenin uygulanması için kullanılacak finansman temini yönteminin esas alındığı görülmektedir. Kanunda bu yönde bir düzenleme olmasının sebebi, devletin taraf olduğu sözleşmelerde tahkim şartı öngörülmesine olanak sağlayan ve 4446 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin sebebiyle aynıdır. Zira bahse konu Anayasa değişikliğinden önce Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulünün öngörülmesine olanak tanınmamıştır. Diğer yandan bazı kamu yatırımlarının dış finansmanla gerçekleştirilmesi amaçlanmış, bu projeler için kredi veren yabancı veya uluslararası kuruluşlar kredi verdikleri projelerin sözleşmelerinde, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine ilişkin bir hüküm olması yönünde ısrarcı olmuş, aksi halde finansman sağlamayacaklarını belirtmişlerdir.⁶⁰⁰ Bu nedenle 4501 sayılı Kanunda *sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat*

⁶⁰⁰ Kalpsüz, 2007:6-7,23. Kalpsüz, Türkiye’de milletlerarası tahkimin kanunla düzenlenmesi ihtiyacının, dış finansmanla gerçekleştirilebilecek büyük altyapı tesislerinin inşasına ilişkin yatırımların gerçekleştirilmesi için imzalanan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde kredi kuruluşlarının tahkim yolunda ısrarcı olması nedeniyle doğduğunu belirtmiştir (Kalpsüz, 2007:6-7).

sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması⁶⁰¹ durumu bir yabancılık unsuru olarak düzenlenmiş,⁶⁰² bu durumun varlığı halinde sözleşmede milletlerarası tahkim yolunun öngörülebilmesine olanak sağlanmıştır.⁶⁰³ Dolayısıyla sözleşmeye taraf olan yatırımcı Türk hukukuna göre kurulmuş ve yabancı ortağı bulunmayan bir şirket dahi olsa sözleşmede uyuşmazlıkların çözümü için milletlerarası tahkime gidileceği yönünde hüküm bulunabilecektir.

3.3.2. 3996 Sayılı Kanun Kapsamındaki Düzenlemeler

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesi *“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.”* hükmünü ihtiva etmektedir. Kanunda bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar⁶⁰⁴ (bu çalışmada

⁶⁰¹ Hükümde, finansman sözleşmesinin kim tarafından imzalanmasının gerektiğinin (şirket ve/veya şirket ortağı) açık şekilde düzenlenmediği, bu sebeple belirsizlik içerdiği ve hükmün bozuk bir Türkçe ile kaleme alındığı belirtilmiştir (Kalpsüz, 2007:22-23).

⁶⁰² Bu hüküm Kalpsüz tarafından eleştirilmiş, hüküm büyük altyapı projelerinin dış kaynaklı sermaye ile finanse edilmesine imkân sağlanması için getirilmiş olsa dahi kapsamı çok geniş bulunmuştur (Kalpsüz, 2007:23). Orak da yabancılık unsurunun yalnızca ekonomik kriterler esas alınarak tanımlanmasının yerinde olmadığını belirtmiştir (Orak, 2019:2).

⁶⁰³ 4501 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin iptali istenmiştir. Bahse konu iptal talebinde kanunda yer alan yabancılık unsuru tanımının Anayasa'nın 125'inci maddesinin müsaade ettiği kapsamı aştığı, uyruk ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların devlet yargısında çözülmesi gerektiği, ancak 4501 sayılı Kanunda imtiyaz sözleşmesi kapsamından kaynaklanan yabancılık unsurunun yanı sıra kredi sözleşmesi gibi bağlantılı ilişkilerin de dikkate alındığı, bu sebeple neredeyse her imtiyaz sözleşmesinin yabancılık unsuru içerecek nitelikte olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise yabancılık unsurunun mukayeseli hukukta ortak bir tanımının bulunmadığını, her ülkenin kendi ekonomik koşullarına göre farklı kurallar benimsediğini belirtmiş, *“Yasakoyucunun kuşkusuz kamu hizmetlerinin gereklerini de gözeterek kullandığı takdir yetkisiyle bu tür işin niteliğinden kaynaklanan sınırlı durumlara özgü sözleşmelerde de “yabancılık unsuru” bulunduğunu kabul etmesinin Anayasa ile çelişen bir yönü görülmemiştir”* gerekçesiyle iptal talebinin reddi yönünde karar vermiştir (AYM E.2000/16, K.2000/17, T.20.07.2000, 9 Kasım 2004 tarih ve 25638 sayılı R.G., Er. 21 Temmuz 2023. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/11/20041109.htm#12>>).

⁶⁰⁴ Devlet Bakanlığının 25/4/2011 tarihli ve 1693 sayılı yazısı üzerine, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 8 inci maddelerine göre Bakanlar Kurulu'nca 26/4/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır. Kararın ilk hali 11.06.2011 tarih 27961 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. Kararın 7 ve 44'üncü maddeleri değiştirilmiştir. Değişiklik, 05.12.2012 tarih ve 28488 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

Bakanlar Kurulu Kararı şeklinde anılacaktır) uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler içermektedir. Kararın 18’inci maddesinin ikinci fıkrasında, uygulanabilir hukuk ve ihtilafların halli, uygulama sözleşmesinde⁶⁰⁵ yer alması gereken hususlar arasında sıralanmıştır. Ayrıca Kararın “İhtilafların halli” başlıklı 32’nci maddesinde uygulama sözleşmesi ve görevli şirketin kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı diğer sözleşmelerin uygulanması sırasında doğabilecek hukuki ihtilafların Türk hukukuna tabi olduğu ve ihtilafların hallinde Türkiye Cumhuriyeti Mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğu düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, uygulama sözleşmesinde tahkim şartına yer verilebileceği ancak bu durumda uyuşmazlığın esasına Türk maddi hukuk kurallarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere burada 4501 sayılı Kanuna kıyasla taraflara daha sınırlı bir irade serbestisi sağlanmıştır.

Tahkim yerinin Türkiye dışında olması ve uyuşmazlığın esasına yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırılması,⁶⁰⁶ Bakanlar Kurulu Kararının 32’nci maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Böyle bir tahkim sözleşmesine/şartına dayanan bir yargılama sonunda verilen karar yabancı hakem kararı niteliğindedir. Bu kararın iptali de yine tahkim yeri mahkemelerinden istenebilecek ancak tahkim yeri mahkemeleri Türk mevzuatına aykırılığı tahkim sözleşmesinin geçersizliği olarak nitelendirmeyecek ve bu nedenle kararın iptaline hükmetmeyecektir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu Kararının 32’nci maddesine aykırı bir tahkim sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilen bir tahkim yargılaması neticesinde verilen karar, yabancı bir ülkede uygulanacaktır. Diğer yandan böyle bir kararın Türkiye’de tanınması/tenfizi talep edildiğinde mahkeme, kamu düzenine aykırılık sebebiyle kararın tanınması/tenfizi talebini reddetmelidir.⁶⁰⁷

3996 sayılı Kanuna dayanılarak akdedilen uygulama sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde; 3996 sayılı Kanunda ve ilgili Bakanlar Kurulu Kararında hüküm bulunmayan hallerde, özel hukukun tahkime ilişkin yasal düzenlemeleri ve uluslararası anlaşmalar uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda sayılabilecek temel düzenlemeler; HMK, MTK, MÖHUK ve New York Sözleşmesi’dir.

⁶⁰⁵ Kararın 4’üncü maddesinde uygulama sözleşmesi “Yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile görevli şirket veya sermaye şirketi arasında özel hukuk hükümlerine göre akdedilen sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁰⁶ Taraflardan birinin idare olması nedeniyle bu durumun gerçekleşme olasılığı çok düşüktür. Yine de teorik olarak incelenmiştir.

⁶⁰⁷ Kamu imtiyaz sözleşmeleri için benzer yönde bkz. Ekşi, 2020:155-156.

3.3.3. 6428 Sayılı Kanun Kapsamındaki Düzenlemeler

Kamu özel işbirliği modellerine ilişkin yasal düzenlemelerden sadece 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'da tahkimden bahsedilmiştir. Kanunun 4'üncü maddesinin on birinci fıkrası uyarınca *“Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması (...) kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”* 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 3'üncü maddesiyle bu fıkra yer alan *“ve davanın Türkiye’de görülmesi”* ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

09.05.2014 tarihli ve 28995 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin (bu çalışmada Uygulama Yönetmeliği olarak anılacaktır) 21'inci maddesine göre ihale dokümanlarından biri idari şartname olup idari şartnamede anlaşmazlıkların çözümü hususunun yer alması zorunludur. Yine Uygulama Yönetmeliğinin 49'uncu maddesine göre anlaşmazlıkların çözümü sözleşmede yer alması gereken konular arasında sayılmıştır. Uygulama Yönetmeliğinin 67'nci maddesi ise 6428 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin on birinci fıkrasının tekrarı niteliğindedir.

3.3.3.1. Kanunun 4'üncü Maddesinde Yapılan Değişikliğin Değerlendirilmesi

6428 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin on birinci fıkrası pek çok açıdan eleştiriye ve yoruma açıktır.⁶⁰⁸ Kanunda, tarafların uyuşmazlığın çözümünü, uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla MTK kapsamında gerçekleştirebileceği düzenlenmiştir. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermemesi ve tahkim yerinin Türkiye olması halinde,

⁶⁰⁸ Bu konudaki çalışmalar için bkz. ORAK, C. Ç, “Sağlık Sektöründeki Kamu Özel İşbirliği Projeleri: Türk Tahkim Hukukunda Bir Anomali Örneği (Mi)?”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl:2020, Cilt:9, Sayı:1, ss. 55-148. ve AYGÜL, M., E. ERDOĞAN, “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2020, Cilt:24, Sayı:4, ss.61-100.

m.4/11’de yer alan *ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceği* kuralının uygulanma şekli önem arz eder. Bu ihtimalde tahkim yargılaması HMK kapsamında olacak diğer bir ifadeyle HMK *lex arbitri* olarak uyuşmazlığa uygulanacaktır. Bu durumda MTK, tahkim usulüne uygulanacak kurallar bütünü olarak HMK’nın emredici hükümlerine aykırı olmadığı ölçüde yargılamaya uygulanacaktır.⁶⁰⁹

Yukarıda da değinildiği üzere 6428 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin on birinci fıkrası 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 3’üncü maddesiyle değiştirilmiştir. Değişiklik öncesi fıkra metni şu şekildedir:

*Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması **ve davanın Türkiye’de görülmesi** kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.*

Bahse konu değişiklikle “*ve davanın Türkiye’de görülmesi*” ifadesi fıkradan çıkarılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi “*Değişiklik ile Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek ve milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebilecek hukuki ihtilaflarda, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve tarafların iradeleriyle (ihtilafın esasına Türk hukuku uygulanmak kaydıyla) tahkim yerinin Türkiye dışında da belirlenmesine imkan tanınmakta ve böylece projelerin finanse edilebilirliği kolaylaştırılmaktadır.*” şeklinde izah edilmiştir.⁶¹⁰

Kanun koyucu taraflara tahkim yerini Türkiye dışında belirleme serbestisi tanıyarak finans kuruluşları ve yatırımcılar lehine bir değişiklik yapıldığını belirtmektedir. Tahkim yeri, 1.3.5. ve 1.3.7. numaralı başlıklarda ayrıntılı şekilde anlatıldığı üzere emredici kurallarıyla tahkim usulüne uygulanacak hukuku etkilemekte, tahkim kararının milliyetinin belirlenmesinde (*lex arbitri*) esas alındığında ise tahkim sürecini bir bütün olarak yönetmektedir. Tahkim yargılamasında bu denli etkili olan bir unsura ilişkin sınırlandırmanın (tahkim yerinin Türkiye’de olması zorunluluğunun) kanundan çıkarılması, kanun koyucunun hedeflerine hizmet edebilecektir. Ancak tahkim yargılaması için kritik önemi haiz bir kıstas

⁶⁰⁹ Aygül ve Erdoğan, 2020:81-83.

⁶¹⁰ Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, Esas Numarası: 2/2616, Dönemi ve Yasama Yılı: 2/5, 23.01.2015. Er. 23 Temmuz 1993. <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y5/T2/WebOnergeMetni/703e918c-1f48-4579-9009-0409b24846d8.pdf>

olan tahkim yerinin Türkiye olmasına dair zorunluluk kanun metninden çıkarılırken, tarafların *ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde* çözümleneceği yönünde belirleme yapması şartının çıkarılmaması anlamlı bulunmamaktadır. Ayrıca 3996 sayılı Kanun kapsamında imzalanacak uygulama sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimle çözümüne ilişkin böyle bir şart/sınırlama getirilmezken 6428 sayılı Kanun kapsamında akdedilecek sözleşmeler açısından getirilmesinin yerindeliği tartışmaya açıktır.

6428 sayılı Kanun uyarınca anlaşma imzalayan taraflar, tahkim yerini Türkiye dışında belirlemiş olsalar bile tahkim şartında tahkime MTK'nın uygulanacağını belirtmek zorundadırlar.⁶¹¹ Bu durumda uyuşmazlığın MTK çerçevesinde çözülmesinin etkisi ayrıca incelenmelidir. MTK'nın kapsamını düzenleyen 1'inci maddesinin ikinci fıkrası⁶¹² hükmüne ilişkin tartışmalar 6428 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin on birinci fıkrasını değerlendirirken de söz konusu olacaktır. Tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği ancak uyuşmazlığa MTK'nın uygulanacağına karar verildiği bir tahkim yargılaması neticesinde verilen karar yerli hakem kararı olarak mı yabancı hakem kararı olarak mı nitelendirilecektir? Bu sorunun cevabı 1.3.8. sayılı başlıkta, hakem kararının milliyetine ilişkin ileri sürülen görüşlerden hangisinin benimseneceğine göre değişiklik gösterecektir. Erdoğan veya Ekşi'nin görüşleri benimsenirse, tahkim yeri, Türkiye dışında ancak New York Sözleşmesine üye bir ülkede ise hakem kararı yabancı olarak nitelendirilecek ve Türkiye'de tenfize tabi tutulacak, New York Sözleşmesine üye olmayan bir ülkede ise hakem kararı yerli olacak ve Türk hakem kararı gibi doğrudan uygulanabilecektir. Özel yahut Çelikel ve Erdem veya Bayata Canyaş'ın görüşleri benimsenirse hakem kararı yerli olarak nitelendirilecektir.⁶¹³ MTK m.1/2 hükmünün uygulanmaz bir düzenleme olduğu görüşü benimsenirse tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararları yabancı hakem kararı olarak nitelendirilecektir.⁶¹⁴

Aygül ve Erdoğan, 6428 sayılı Kanuna ilişkin değerlendirmenin, 6639 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin amacı esas alınarak ve tahkim yerinin New York Sözleşmesine taraf bir ülkede verilip verilmediğinden bağımsız şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yazarlara

⁶¹¹ Tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi durumunda taraflar kurumsal tahkimi tercih edemeyecektir.

⁶¹² "...bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."

⁶¹³ Bknz. sayfa 57-58.

⁶¹⁴ Aygül ve Erdoğan, 2020:78.

göre tahkim yerinin Türkiye olmasına ilişkin zorunluluğun Kanundan çıkarılmış olması nedeniyle, MTK'nın uygulanmasına ilişkin şartın, MTK m. 1/2 anlamında *lex arbitrinin* Türk hukuku olacağı şeklinde yorumlanmaması gerekir. Tarafların tahkim şartına koyacağı MTK'nın uygulanacağı yönündeki düzenlemenin, MTK'nın tahkim usulüne uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi şeklinde anlaşılması uygun olacaktır.⁶¹⁵ Zira tahkim usulüne uygulanan hukuk ile *lex arbitri* farklı kavramlar olup⁶¹⁶ tarafların tahkim usulüne tahkim yerinden başka bir ülkenin mahkemelerinde uygulanan usul kanunlarının veya tahkim usulüne ilişkin kanunlarının uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür.⁶¹⁷ Bu yorum 6639 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin amacına uygundur.⁶¹⁸ Ancak kanun koyucunun tüm bu farklı görüşlere ve belirsizliğe sebebiyet vermemesi için *ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümleneceği* yönündeki şartı da Kanun metninden çıkarması yerinde olacaktır.

3.3.3.2. Kanun Kapsamında Verilen Hakem Kararlarının Tenfizi ve İptali

6428 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 11'inci fıkrasının, hakem kararının tenfizi, iptali ve tahkim anlaşmasının geçerliliği açılarından incelenmesi gerekmektedir. Tahkim yeri Türkiye dışında olan ancak *MTK çerçevesinde çözümlenen* bir uyuşmazlık neticesinde verilen hakem kararı yukarıda değinilen görüşlere göre yerli veya yabancı hakem kararı olarak nitelendirilebilecektir. Kararın yerli hakem kararı olarak nitelendirilmesi durumunda, hakem kararı Türkiye'de doğrudan uygulanabilecek, hakem kararına karşı MTK kapsamında Türk mahkemelerinde iptal talebinde bulunulabilecektir. Ancak bahse konu hakem kararının yabancı olarak nitelendirilmesi durumunda, hakem kararının Türkiye'de hüküm ifade edebilmesi için tanınması veya tenfizinin talep edilmesi gerekecektir. Tanıma ve tenfiz talebi ise yukarıda izah edilen görüşler uyarınca New York Sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilecektir.

⁶¹⁵ Aygül ve Erdoğan, 2020:78. Bu durumda taraflar MTK'nın emredici hükümlerine tabi olmayacaktır. Orak da gerekçesini belirtmemekle beraber ihtilafın MTK çerçevesinde çözümleneceği hususunu, tahkim usulüne MTK'nın uygulanacağı şeklinde yorumlamıştır (Orak, 2020:167).

⁶¹⁶ Fouchard, 1999:633; Poudret and Besson, 2007:458.

⁶¹⁷ Poudret and Besson, 2007: 461; Lew at al. 2003:524; Schwarz and Konrad, 2009:80.

⁶¹⁸ Yazarların görüşü Kanun koyucunun 6639 sayılı Kanunla gerçekleştirdiği değişiklik gerekçesine, amacına ve kanun koyucunun abesle işgal etmeyeceği kuralına uygundur. Diğer yandan, 6428 sayılı Kanunu m.4/11'in ilk haline bakıldığında, MTK'nın kapsamını düzenleyen 1'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmü ile aynı doğrultuda olduğu görülecektir. Dolayısıyla *lex arbitriye* ilişkin görüşlerin burada da uygulanması fikrinin de tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

6428 sayılı Kanun kapsamında akdedilen bir uygulama sözleşmesinde tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi ve ancak tahkimin MTK kapsamında yürütülmesi durumunda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine, 1.3.5. numaralı başlıkta değinilen görüşlere göre ya MTK hükümlerine göre ya da MÖHUK hükümlerine göre karar verilecektir.

6428 sayılı Kanun kapsamında akdedilen bir uygulama sözleşmesinde tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi ve ancak tahkimin MTK kapsamında yürütüleceğine ilişkin bir belirleme yapılmaması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin ayrıca incelenmesi gerekir Tahkim anlaşmasının geçerliliği Türk hukukuna göre incelenecekse 6428 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin on birinci fıkrası emredici nitelikte olduğu ve bu hükme aykırı olarak akdedilen tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Diğer yandan böyle bir tahkim sözleşmesi neticesinde verilen hakem kararı Türk hukukuna göre yabancı hakem kararı olarak nitelendirilecektir. Bu kararın Türk mahkemelerince tanınması veya tenfizi talep edilirse tahkim yeri, New York Sözleşmesi'ne taraf bir ülkede ise New York Sözleşmesinin 5'inci maddesi, tahkim yeri akit devletlerden birinde değilse MÖHUK m. 62 uygulanacaktır. New York Sözleşmesi m.5/1/a uyarınca tahkim sözleşmesinin, tarafların sözleşmenin geçerliliği için belirlediği hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa tahkim yeri hukukuna göre geçersiz sayılması, hakem kararının tanınması/tenfizi talebinin reddini gerektirmektedir. Bahse konu ihtimalde, tarafların tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlememeleri halinde tahkim yeri hukukuna göre tahkim sözleşmesinin geçerli kabul edilmesi ihtimali yüksektir. Yine tarafların tahkim sözleşmesine Türk hukukundan başkaca bir hukukun uygulanacağını belirlenmesine karar vermeleri halinde de durum böyledir. Tarafların, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları halinde, tahkim sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacak ve tanıma/tenfiz talebi reddedilecektir. Tanıma ve tenfiz talebine MÖHUK m. 62'nin uygulanması durumunda da aynı bahse konu ihtimaller için aynı sonuçlara varılacaktır. Zira New York Sözleşmesi m.5/1/a hükmü ile MÖHUK m. 62/1/e hükmü aynı düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

Ayrıca 6428 sayılı Kanun kapsamında akdedilen bir uygulama sözleşmesinde tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi, ancak tahkimin MTK kapsamında yürütüleceğine ilişkin bir belirleme yapılmaması ve yargılama neticesinde verilen kararın Türkiye'de tanınması/tenfizinin istenmesi durumunda, mahkemelerin bu hususu kamu düzenine aykırılık

olarak değerlendirmemesi ve tanıma/tenfiz taleplerini bu sebeple reddetmemesi gerektiği değerlendirilmektedir.⁶¹⁹

6428 sayılı Kanun kapsamında akdedilen bir uygulama sözleşmesinde tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi ve ancak tahkimin MTK kapsamında yürütüleceğine ilişkin bir belirleme yapılmaması durumunda, bir tahkim anlaşmasının geçerliliği yabancı bir devlet mahkemesinde incelendiğinde, tahkim yerinin de Türkiye dışında olması nedeniyle, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına hükmedilebilecektir. Bu bağlamda böyle bir tahkim anlaşmasına dayanılarak yürütülen yargılama neticesinde verilen hakem kararının, tahkim yeri makamlarınca icra edilmesi, karara karşı iptal taleplerinin reddedilmesi veya yabancı bir devlet mahkemesince tanınması veya tenfizi (yine özellikle New York Sözleşmesi m. 5/1/a kapsamında) olasıdır.

3.4. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden Doğabilecek Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları

Devlet ve yabancı yatırımcı arasında akdedilen anlaşmalar veya devletlerin taraf olduğu ikili veya çok taraflı yatırımı teşvik anlaşmaları, yatırımcı – devlet uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesine dayanak teşkil edebilecektir. Bu bağlamda KÖİ Sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü Türk hukuku kapsamında değerlendirilirken Türkiye’nin taraf olduğu yatırımı teşvik anlaşmalarına da ayrıca değinmek yerinde olacaktır. Bu konu, yatırım uyuşmazlıklarının tahkimle çözümünde en çok tercih edilen kurum olan ICSID kapsamında incelenecektir.

Bir uyuşmazlığın ICSID tahkimiyle çözülebilmesi⁶²⁰ için ICISD Anlaşmasının 25’inci maddesinde düzenlenen şartları taşıması gerekmektedir. Buna göre i) uyuşmazlığın tarafları ICSID tahkimine başvurulacağı hususunda yazılı rıza göstermiş olmalı, ii) uyuşmazlık ICSID

⁶¹⁹ Aygöl ve Erdoğan, 2020:89-91.

⁶²⁰ ICSID tahkimi ifadesinden kasıt uyuşmazlığın ICSID Anlaşmasında yer alan şartları taşıması ve Anlaşma uyarınca hazırlanan ICSID Tahkim Kuralları (ICSID Arbitration Rules) kapsamında çözülmesidir. Bir tahkim yargılamasının ICSID bünyesinde gerçekleşmesi, onun ICSID tahkimi olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Zira ICSID Anlaşmasındaki şartları taşımasa dahi, ICSID’in kurumsal tahkim merkezi olarak yürüttüğü tahkim yargılamaları da mevcuttur. Bu yargılamalar ICSID Ek Mekanizma Tahkim Kuralları (ICSID Additional Facility Rules) çerçevesinde yürütülür ve ICSID Anlaşması ile belirlenen hukuki rejime tabi değildir (Şanlı,2019:577).

Anlaşmasına taraf bir devlet ile Anlaşmaya taraf başka bir devletin vatandaşı arasında olmalı, iii) uyuşmazlık yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olmalıdır.⁶²¹

Tarafların uyuşmazlığın çözümü için ICSID’e başvurulacağına dair yazılı rıza göstermesi şu şekillerde gerçekleşebilir: 1) ICSID Anlaşmasına göre davacının Merkez sekreterliğine yaptığı tahkim başvurusuna davalının rıza göstermesiyle⁶²², 2) Ev sahibi devlet ile yatırımcının mensubu olduğu devlet arasında YKTK anlaşmasında veya her iki devletin de taraf olduğu başkaca bir uluslararası anlaşmada ICSID tahkimine gidileceğinin öngörülmesi ve yatırımcının ICSID tahkimine rıza göstermesiyle, 3) Ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında imzalanan bir yatırım sözleşmesiyle, 4) Ev sahibi devletin mevzuatında⁶²³ ICSID tahkimine gidilebileceğinin düzenlenmesi ve yatırımcının ICSID tahkimine rıza göstermesiyle.⁶²⁴ ICSID Anlaşması hazırlandığı dönemde, yabancı yatırımların korunması ve teşviki amacıyla akdedilen uluslararası anlaşmalar günümüzde olduğu kadar yaygın değildi. Bu nedenle ICSID Anlaşması, yabancı yatırımcı ile devlet arasında (tıpı KÖİ sözleşmelerinde olduğu gibi) bir yatırım anlaşması olması durumu esas alınarak hazırlanmıştır.⁶²⁵ Ancak ICSID tahkiminde görülen davaların büyük çoğunluğu devletlerarası YKTK anlaşmalarından kaynaklanmaktadır.⁶²⁶

⁶²¹ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Article 25, Er. 13 Temmuz 2023. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf>

⁶²² Şanlı, 2019:580.

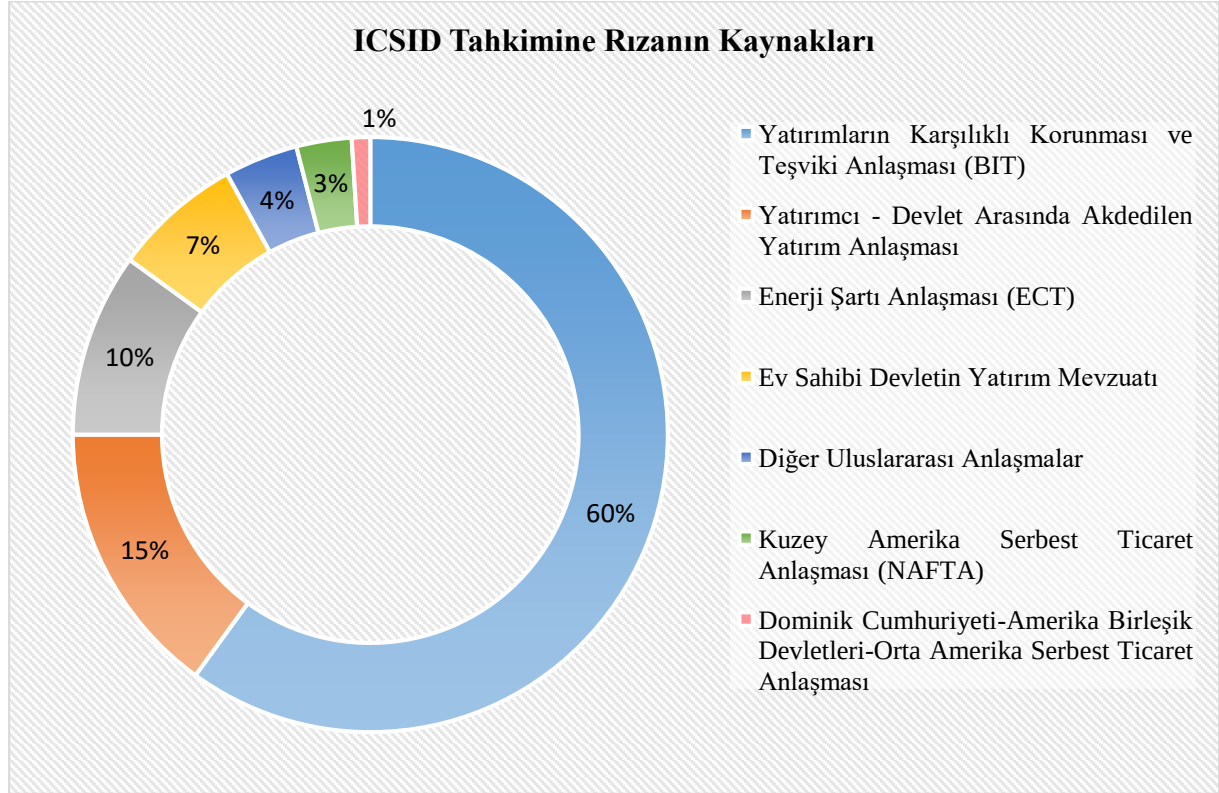
⁶²³ 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunun 3’üncü maddesinin (e) fıkrasında “*Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.*” hükmüne yer verilmiş, ancak ICSID tahkimine doğrudan rıza gösterilmemiştir. Yatırım mevzuatında ICSID tahkimine rıza gösteren ülkelerden bazıları Senegal, Gine, Nijerya, Mısır, Ürdün, Kırgızistan, Özbekistan, Venezüella, Endonezya, Tunus, Sudan ve Fildişi Sahili’dir (ICSID, Search Case, Er. 01 Eylül 2023. <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>>).

⁶²⁴ Schreuer, 2001:126; Şanlı, 2019:580. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schreuer 2001:249-315.

⁶²⁵ Schreuer et al. 2009:427.

⁶²⁶ ICSID, The ICSID Caseload — Statistics Issue 2023-1, Chart 6, p.12, Er. 13 Temmuz 2023, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf>

Grafik 3.4. 31 Aralık 2022'ye Kadar Açılan ICSID Davalarında Yargılama Yetkisine Dayanak Olan Rızanın Kaynakları



Kaynak: ICSID, The ICSID Caseload — Statistics Issue 2023-1, Chart 6, p.12, Er. 13 Temmuz 2023, <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The ICSID Caseload Statistics.1 Edition ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics.1%20Edition%20ENG.pdf)>

Bir uyuşmazlığın ICSID tahkimiyle çözülebilmesinin diğer şartı ise uyuşmazlığın taraflarının ICSID Anlaşmasına taraf olmuş bir devlet ile yine anlaşmaya taraf olmuş başkaca bir devletin vatandaşı olmasıdır. Anlaşmanın 25'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre ICSID Anlaşmasına taraf başka bir devletin vatandaşı ifadesi; a) Tarafların ICSID tahkimine rıza gösterdikleri anda (veya 28'inci maddenin üçüncü fıkrası yahut 36'ncı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca gerçekleştirilen tahkim talebinin kaydedildiği anda), uyuşmazlığa taraf olan devletten farklı bir akit devlet vatandaşı gerçek kişi, b) Tarafların ICSID tahkimine rıza gösterdikleri anda uyuşmazlığa taraf olan devletten farklı bir akit devlet vatandaşı tüzel kişi ve c) bu tarihte uyuşmazlığa taraf devlet vatandaşı olmakla birlikte yabancı kontrol sebebiyle tarafların ICSID anlaşması kapsamında başka akit devlet vatandaşı sayılacağı konusunda anlaştıkları tüzel kişi anlamına gelmektedir.

ICSID tahkiminin vuku bulması için gerekli olan son şart ise taraflar arasında yatırımdan kaynaklanan bir hukuki uyuşmazlığın var olmasıdır. ICSID Anlaşmasında yatırımın

tanımına veya özelliklerine yer verilmemiştir.⁶²⁷ Yatırım ve dolayısıyla yatırım uyuşmazlığı kavramları belirlenirken devletlerin ICSID tahkimine rıza gösterdikleri sözleşmeler ve uluslararası anlaşmalardan yararlanılmaktadır. Yatırım uyuşmazlıkları, yatırımcı-devlet arasında akdedilen sözleşmeden, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya tanıdığı yatırım izninin yorumlanması ve uygulanmasından, bir yatırıma ilişkin olarak anlaşma ile sağlanan bir hakkın ihlal edildiği iddiasından kaynaklanabilecektir.⁶²⁸

KÖİ modelleri, yatırımcı ve devlet arasında akdedilen bir sözleşme kapsamında uygulanmaktadır. 3.1. sayılı başlıkta izah edildiği üzere 3996, 4283, 6428, 5335 sayılı kanunlarda düzenlenen KÖİ modelleri kapsamında imzalanan uygulama sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleridir. Dolayısıyla bu sözleşmelerde tahkim şartına yer verilebilecektir. KÖİ uygulama sözleşmelerinde, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ICSID tahkim kurallarıyla çözüleceğine ilişkin bir tahkim şartı bulunması halinde ve yatırımcının ICSID anlaşmasına taraf başka bir akit devlet vatandaşı olması durumunda, bahse konu uyuşmazlık ICSID tahkimi ile çözülebilecektir. Ancak devletlerin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında genellikle ICSID tahkimi dışında bir uyuşmazlık çözüm sistemi tercih edilmektedir.⁶²⁹ Türkiye'nin (Bakanlıkların, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve sair kamu kurumlarının) taraf olduğu KÖİ uygulama sözleşmeleri dâhil yatırım sözleşmelerinde de uyuşmazlık çözüm yolu olarak ICSID tahkiminin tercih edilmemesi yerinde olacaktır. Zira 1.3.4.4. sayılı başlıkta açıklandığı üzere yatırım tahkiminde uluslararası hukukun kaynakları da uygulanmakta, devletlerin egemenlik yetkisi bu kapsamda sınırlandırılmaktadır. ICSID Anlaşmasının, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku düzenleyen 42'nci maddesine göre uyuşmazlığın esasına taraflarca seçilen hukuk uygulanacak, tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde ise uyuşmazlığa taraf devlet hukuku kurallarıyla (kanunlar ihtilafı kuralları dâhil) birlikte uluslararası hukuk kuralları uygulanacaktır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığa ev sahibi devlet hukukunun uygulanması halinde, yatırımın yapıldığı anda yürürlükte olan hukukun mu, sözleşmenin akdedildiği anda yürürlükte olan hukukun mu yoksa dava anındaki hukukun mu uygulanacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde ihtilafa taraf

⁶²⁷ Schreuer 2001:121. Schreuer, bu üçüncü şartı; uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması, doğrudan yatırımdan kaynaklanması ve hukuki nitelikte olması şeklinde üç ayrı unsura ayırarak incelemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schreuer 2001:103-125.

⁶²⁸ Şanlı, 2019:579-580.

⁶²⁹ Şanlı, 2019:579-581.

devletin, ihtilaf konusu sözleşme ilişkisinin statükosunu değiştirecek nitelikte bir hukuki tasarrufta bulunma yetkisi olup olmadığı sorusu yatmaktadır. Uyuşmazlığa sözleşmenin akdedildiği veya yatırımın yapıldığı andaki hukukun uygulanması gerektiği şeklindeki yorum yatırımcı lehine olacakken uyuşmazlığa dava anındaki hukukun uygulanması gerektiği görüşü ev sahibi devlet lehine olacaktır. Her iki görüş de farklı gerekçelerle savunulabilecektir.⁶³⁰ İhtilafa taraf olan devlet, muhakkak ki egemenlik yetkisini kullanabilecek, ülkesinin yer altı ve yer üstü kaynaklarının kullanımı gibi kamu yararını ilgilendiren sair konularda gerekli düzenlemeleri yapabilecek ve yatırımcı ile sözleşme akdetmesinden tahkim davasının açılmasına kadar olan süre zarfında sözleşmenin hukuki rejimini etkileyebilecek tasarruflarda bulunabilecektir. Ancak dava anında uyuşmazlığın esasına uygulanacak ev sahibi devlet hukukundaki bu değişiklikler, uluslararası hukuka aykırı olduğu nispette uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınmayacaktır.⁶³¹ Uyuşmazlığa taraf olan devletin egemenlik yetkisini kullanmasına ilişkin olan bu belirsizlik, devletin taraf olduğu yatırım sözleşmelerinde ICSID tahkimini tercih etmemesine gerekçe teşkil edebilecek niteliktedir.

ICSID tahkiminde yatırımcı lehine olan bir diğer husus da hakem kararlarının ICSID Anlaşmasına taraf olan tüm devletlerin ülkelerinde⁶³² tenfiz işlemine gerek kalmaksızın doğrudan uygulanabilmesidir. Genellikle ev sahibi devlet aleyhine olan kararların icrası, ev sahibi devletin ülkesinde değil malvarlığının (banka hesapları gibi) bulunduğu başka ülkelerde istenmektedir. Bu durumda malvarlığının icrası istenen tarafın bir devlet olması nedeniyle yargı bağımsızlığı ve icra bağımsızlığı itirazı ile karşılaşılabilir. ICSID Anlaşmasının 25 ve 54'üncü maddeleri uyarınca bu itirazlar bertaraf edilecektir.⁶³³ Zira devletler ICSID tahkimine rıza göstererek yargı bağımsızlıklarından feragat etmişlerdir. Anlaşma'nın 25'inci maddesine göre ICSID tahkimine verdikleri rızayı geri almaları da mümkün değildir. Ev sahibi devletin yargı bağımsızlığından feragat etmesinin, yargılama neticesinde aleyhine çıkan kararın icrasına da sirayet edeceği ve devletin bu kararın icrasından bağımsız tutulamayacağı kabul edilmektedir. Yine de yargı bağımsızlığı ve icra bağımsızlığı farklı kavramlar olup devletin icra bağımsızlığı

⁶³⁰ Şanlı, 2019:585-587.

⁶³¹ Şanlı, 1986:286.

⁶³² ICSID Anlaşmasını 165 ülke imzalamış, 158 ülke iç hukuklarındaki onay süreçlerini tamamlayarak Anlaşmaya taraf olmuştur. (Database of ICSID Member States, Er. 14 Temmuz 2023, <<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>>)

⁶³³ Şanlı, 2019: 593-594.

iddiasında bulunması yatırımcı için sürecin gecikmesine ve ek masraflara sebebiyet verebilecektir. Bu durumda ICSID Anlaşmasının 54'üncü maddesi uygulama bulacak, ICSID tahkimi neticesinde alınan karar Anlaşmaya taraf olan tüm ülkelerde, bu ülkelerin mahkemelerince verilmiş gibi icra edilebilecektir.⁶³⁴ Kararın icrasının aleyhine verildiği ev sahibi devletin ülkesinde talep edilmesi durumunda teorik olarak devlet mallarının icra edilemezliği itirazında bulunulabilecektir. Ancak devletlerin, uluslararası anlaşma ile (ICSID Anlaşması) kabul ettiği yükümlülüklerini yerine getirmesi ve iç hukuktan kaynaklanan icra bağımsızlığı iddiaları ileri sürülmeksizin kararın icra edilmesi beklenmektedir.⁶³⁵ Tüm bu hususlar nazara alındığında, kamu özel işbirliği sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözümü maddelerinde ICSID tahkiminin tercih edilmemesi yerinde olacaktır.

KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözüm maddelerinde ICSID tahkimi öngörülmemiş olsa da sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların yatırım tahkimine sebebiyet verme ihtimali bulunmaktadır. Yabancı yatırımcının mensubu olduğu ülke ile ev sahibi devlet arasında YKTK anlaşması akdedilmiş ve bu anlaşmada tahkim şartına yer verilmiş (örneğin ICSID tahkimi kabul edilmiş) olabilmektedir. YKTK anlaşmasından başka, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir yatırım anlaşması (örneğin KÖİ uygulama sözleşmesi) akdedilmesi de mümkündür. Ev sahibi devlet ve yatırımcı arasında akdedilen anlaşmada, YKTK anlaşmasından farklı bir tahkim usulü öngörülmüşse, yatırımcı kural olarak bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık için sözleşmede düzenlenen tahkim şartıyla bağlıdır. YKTK anlaşmasında yer alan tahkim şartına dayanarak ev sahibi devlete dava açamayacaktır. Ancak uyuşmazlık, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım anlaşmasından kaynaklanmıyorsa ve YKTK hükümleri kapsamında ise⁶³⁶ yatırımcı YKTK anlaşmasında yer alan tahkim şartına dayanarak ev sahibi devleti dava edebilecektir. Tahkime konu edilen uyuşmazlığın hem yatırım sözleşmesinin hem de YKTK'nın ihlalinden kaynaklanması halinde ise tahkim heyetlerinin davacının taleplerini ayırtıştırarak karar vermeleri gerektiği belirtilmiştir.⁶³⁷ Zira ICSID bünyesinde görülen Salini vs. Morocco davasında hakem heyeti, ev sahibi devlet ile yatırımcı

⁶³⁴ Rawding, 1995:352-354.

⁶³⁵ Şanlı, 2019:594.

⁶³⁶ Örneğin ev sahibi devlet yabancı yatırımcıya milli şirketlere kıyasla farklı muamelede bulunmuş, yabancı yatırımcının teşvikini veya yatırıma ilişkin iznini iptal etmiş veya uygun bir tazminat ödemeksizin yatırımı kamulaştırmış olabilir.

⁶³⁷ Şanlı, 2019:607-608

arasında akdedilen yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık bakımından yetkisizlik kararı vermiş, YKTK'dan kaynaklanan ihtilaflar açısından yetkili olduğuna karar vermiştir.⁶³⁸

Ancak her somut uyuşmazlıkta, uygulama alanı bulabilecek YKTK kapsamında ev sahibi devletin verdiği taahhüt ve garantilerin yorumlanması gerekmektedir. YKTK anlaşmaları ile düzenlenen taahhüt ve garantiler, ev sahibi devletin taraf olduğu yatırım anlaşmalarından kaynaklanan akdi yükümlülükleri de kapsayabilmektedir. Bu durumda yabancı yatırımcı, ev sahibi devlet ile arasındaki yatırım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için YKTK anlaşmasında öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurabilecektir. Örneğin yatırım sözleşmesinde uyuşmazlıkların çözümü için ICC tahkimine gidileceği kararlaştırılmış olsa bile YKTK'da öngörülen ICSID tahkimine gidebilecektir. YKTK anlaşmalarında yer alan ve devletlerin yabancı yatırımcı ile akdedeceği yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan akdi yükümlülüklerinin de anlaşma kapsamında olduğunu düzenleyen hükümlere, şemsiye hükümler⁶³⁹ (şemsiye klozlar) denmektedir.⁶⁴⁰ Şemsiye metaforunun kullanılmasının sebebi, YKTK anlaşmalarında yer alan bu tür hükümler nedeniyle YKTK anlaşmasının tarafı olan devletlerin anlaşmanın karşı tarafı devlet vatandaşlarıyla ayrı ayrı akdettiği yatırım sözleşmelerinin tamamının bahse konu YKTK'nın koruması altında toplanmasıdır. Şemsiye hükümlerin amacı devletin taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerini devletlerarası bir yükümlülük haline getirmek ve yatırımcının YKTK anlaşmasında bulunan tahkim şartına dayanarak talepte bulunmasına olanak sağlamaktır. Şemsiye hükümlerin tarihsel gelişimine bakıldığında da bu hükümlerin ilgili yatırım sözleşmesinin herhangi bir şekilde

⁶³⁸ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A V. Kingdom of Morocco (Decision on Jurisdiction), International Legal Materials, May 2003, Vol. 42, No. 3, pp. 609-624, Er. 14 Temmuz 2023. <https://www.jstor.org/stable/pdf/20694373.pdf?refreqid=excelsior%3A555b40abbcc1564835743bdd395c5dfd&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1>

⁶³⁹ Şemsiye hükümlerin etkisini anlatmak için ilk zamanlar farklı metaforlar kullanılmıştır. Asansör, ayna etkisi, paralel etki, sözleşmenin kutsallığı/ahde vefa metaforları bunlardan bazılarıdır (Sinclair,2004:412).

⁶⁴⁰ Şanlı, 2019:608.

ihlalden kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası bir anlaşma kapsamında uluslararası platformda çözülmesi için tasarlandığı⁶⁴¹ görülmektedir.⁶⁴²

Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmasında yer alan bir şemsiye hüküm sebebiyle Türkiye'nin yabancı yatırımcı ile imzaladığı yatırım sözleşmesini (örneğin bir KÖİ sözleşmesini) ihlal etmesi durumunda yatırımcı, YKTK'da öngörülen tahkim yoluna gidebilecektir. Zira şemsiye hüküm sayesinde devlet, yatırım sözleşmesini ihlal ettiğinde ikili yatırım anlaşmasını da (YKTK veya BIT) ihlal etmiş olacaktır. YKTK anlaşması ev sahibi devletin yatırım sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini de kapsadığından, yatırım sözleşmesindeki tahkim şartı ne olursa olsun yatırımcı YKTK anlaşmasına dayanarak anlaşmadaki tahkim şartından yararlanabilecektir.⁶⁴³ Ancak ICSID tahkim yargılamalarında, yatırımcının şemsiye hüküm uyarınca yatırım sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık nedeniyle doğrudan ikili anlaşmada yer alan tahkim şartına dayanıp dayanamayacağı hususunda farklı yönde kararlar verilmiştir.⁶⁴⁴ . Örneğin SGS Société Générale de Surveillance S.A.'nın Pakistan İslam Cumhuriyetine karşı açtığı ICSID tahkiminde hakem kurulu İsviçre ile Pakistan arasında akdedilen 1995 tarihli YKTK'da yer alan hükmün davacı ile davalı arasında akdedilen yatırım sözleşmesinin ihlali sebebiyle ICSID tahkimine gitmesine olanak sağlamayacağı yönünde karar vermiştir.⁶⁴⁵ Diğer yandan SGS Société Générale de Surveillance S.A. tarafından Filipinler'e karşı açılan ICSID tahkimi davasında hakem heyeti davacının

⁶⁴¹ Uluslararası hukukta, bir devletin taraf olduğu bir sözleşmeyi ihlalinin doğrudan uluslararası hukukun ihlali niteliğinde olup olmadığı belirsizdir. Böyle bir ihlal milli bir ticaret hukuku meselesi olarak nitelendirilebilecektir. Bu nedenle yatırımcılar ev sahibi devletle aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları o devletin mahkemelerinde ve devletin tek tarafı olarak değiştirebileceği iç hukukuna göre çözmekteydiler. Şemsiye hükümler bu bağlamda ilk kez ortaya çıkmıştır (Wong, 2006:145). İlk şemsiye hüküm örneğinin, İran'ın petrol kamulaştırma programı sebebiyle Anglo-Iranian Oil Company (AIOC) ile yaşadığı uyuşmazlık için hazırlanan uzlaşma anlaşması taslağında yer aldığı belirtilmektedir (Sinclair, 2004:415-416).

⁶⁴² Wong, 2006:144-145.

⁶⁴³ Şanlı, 2019:609.

⁶⁴⁴ Baklacı ve Akıntürk, 2009:51; Paramita, 2020:26-27.

⁶⁴⁵ ICSID, Case No. ARB/01/13, SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Islamic Republic of Pakistan (Respondent), Decision of The Tribunal On Objections To Jurisdiction, Er. 14 Temmuz 2023. <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C205/DC622_En.pdf>

YKTK anlaşmasında yer alan şemsiye hükümden yararlanarak yatırım anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlığı ICSID tahkimine getirebileceği yönünde karar vermiştir.⁶⁴⁶

Türkiye'nin taraf olduğu 108 adet YKTK anlaşması olup bunları 88 tanesi yürürlüktedir.⁶⁴⁷ Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmaları incelendiğinde, uyuşmazlıkların çözümü için büyük çoğunlukla ICSID tahkimin benimsendiği görülecektir. Bu anlaşmalarda ICSID tahkimi uyuşmazlıkların çözümü için ya tek usul olarak ya da alternatif usullerden⁶⁴⁸ biri olarak kabul edilmiştir.⁶⁴⁹ Türkiye'nin taraf olduğu bu YKTK'larda şemsiye hüküm var ise⁶⁵⁰ ve özel hukuk hükümlerine tabi bir KÖİ uygulama sözleşmesinde yer alan tahkim şartında ICSID tahkimi öngörülmemiş olsa dahi sözleşmenin tarafı bahse konu YKTK kapsamında korunan bir yabancı yatırımcı ise KÖİ sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık sebebiyle ICSID tahkimine gidebilecektir.

Devletler YKTK anlaşmalarında şemsiye hükümlere daha az yer verme eğilimine girmişlerdir. On sekiz yıl önce YKTK anlaşmalarında şemsiye hükümlere yer verilme oranı yüzde 40'larda olduğu belirtilmiştir.⁶⁵¹ Ancak bu oranın kayda değer şekilde düştüğü ve güncel eğilimin uluslararası anlaşmalarda şemsiye hükümlere yer verilmemesi yönünde olduğu

⁶⁴⁶ ICSID, Case No. ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Republic of the Philippines (Respondent), Decision of The Tribunal On Objections To Jurisdiction, Er. 14 Temmuz 2023. <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6/DC657_En.pdf>

⁶⁴⁷ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, YKTK İmzalanan Ülkeler Listesi, Er. 13 Eylül 2023. <<https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk/a11602>>; Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan 2021 tarihli Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler adlı eserde 108 adet YKTK'da yer alan uyuşmazlık çözüm maddeleri bulunmaktadır.

⁶⁴⁸ ICSID tahkimi ile birlikte alternatif olarak öngörülen yöntemlerden en çok tercih edilen ise UNCITRAL kuralları kapsamında gerçekleştirilecek ad-hoc tahkimdir. İstanbul Ticaret Odası Tahkim, Uzlaştırma ve Hakem Bilirkişilik Müessesesi, Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi, Afgan Ticaret Odası Tahkim Komisyonu, Gana Tahkim Merkezi, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Mahkemesi, Uluslararası Ticari Tahkim Kahire Bölgesi Merkezi, İstanbul Ticari Tahkim Merkezi ülkemizin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında kabul edilen diğer alternatif tahkim usullerine örnektir (Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, 2021:121-225). Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında; uyuşmazlığın öncelikle müzakere ile çözülmeye çalışılacağı, müzakerelerin sonuç vermemesi halinde üçüncü bir kişinin katılımıyla uzlaşmaya çalışılacağı, bu aşamada da mutabakat sağlanamazsa uyuşmazlığın nihai bir karar verilerek çözülmesi amacıyla yetkili yargı merciine taşınacağı hükme bağlanmıştır (Şanlı, 2019:610-611).

⁶⁴⁹ Şanlı, 2019:609. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, 2021:121-225.

⁶⁵⁰ Örneğin Türkiye – Avusturya Arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın 8'inci maddesi (Şanlı, 1999:609).

⁶⁵¹ Paramita, 2020:27.

belirlenmektedir. Zira 2015 ila 2017 yılları arasında akdedilen ve kamunun erişimine sunulan elli dört adet YKTK anlaşmasının yalnızca ikisinde (yüzde 3,7'sinde) şemsiye hükümlere yer verilmiştir.⁶⁵² 2018 yılında akdedilen yirmi dokuz YKTK anlaşmasının yalnızca birinde şemsiye hüküm yer almaktadır. Devletlerin regülasyon alanlarını genişletme ve yatırım tahkimine sebep olacak alanları daraltma eğiliminde oldukları, bu bağlamda şemsiye hükümleri kullanmamanın yanında YKTK anlaşmalarının kapsamının da daraltıldığı belirtilmektedir.⁶⁵³ Türkiye'nin taraf olduğu ve şemsiye hüküm barındıran YKTK anlaşmalarının çoğu 2000 yılı öncesinde imzalanmış anlaşmalardır. Türkiye'nin son dönemde akdettiği YKTK anlaşmalarında, şemsiye hükümlere yer verilmediği görülmekte ve bunun sebebinin şemsiye hükümlerden kaynaklanan sakıncalar olduğu düşünülmektedir.⁶⁵⁴

Devletler tarafından yapılan tasarruflar nedeniyle bir projenin olumsuz etkilenmesi durumunda, bahse konu projeye finansman sağlayan şirketin devlete karşı yatırım tahkimi davası açma imkânı olup olmadığı hususu, bu başlık kapsamında tartışılmaya değer bir diğer konudur. Yakın zamanda bir ICSID tahkimi davasında, proje finansmanı için kredi veren şirketin Enerji Şartı Anlaşması kapsamında korunan bir yabancı yatırımcı sayılacağı ve Anlaşmadaki tahkim şartına dayanarak ICSID tahkimine gidebileceği yönünde karar verilmiştir. Bir Alman finans şirketi olan Portigon AG, İspanya'ya karşı açtığı davada (ICSID Dosya No: ARB/17/15), İspanya'nın yenilenebilir enerji alanındaki teşvik rejiminde yaptığı değişiklik sebebiyle uğradığı kaybın giderilmesini talep etmiştir.⁶⁵⁵ İspanya'nın davanın ICSID tahkiminde görülemeyeceği, hakem heyetinin yetkisiz olduğu yönündeki itirazları hakem heyeti tarafından verilen 20 Ağustos 2020 tarihli kararla reddedilmiş ve heyet davanın esasına girmiştir.⁶⁵⁶ Dolayısıyla davacı finans şirketi, İspanya devleti tarafından alınan önlemlerin, finanse ettiği enerji projesini, projenin kredibilitesinin ve dolayısıyla proje finansmanı kredilerinin değerini zayıflatmak suretiyle olumsuz etkilediği iddiasını ICSID tahkiminde ileri sürebilecektir. Bahse konu karar, devletle doğrudan bir hukuki ilişki içinde bulunmayan proje

⁶⁵² Fleury, Closing the umbrella: a dark future for umbrella clauses?, Kluwer Arbitration Blog, 31.10.2017, Er. 17 Temmuz 2023. <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/13/closing-umbrella-dark-future-umbrella-clauses/>>

⁶⁵³ UNCTAD, 2019:105.

⁶⁵⁴ Çal, 2009:339.

⁶⁵⁵ Shearman&Sterling, Important Arbitration Decision for Lenders, Er. 15 Temmuz 2023. <<https://www.shearman.com/perspectives/2020/09/important-arbitration-decision-for-lenders>>

⁶⁵⁶ ICSID, Case Details Portigon AG v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/17/15) Er. 16 Temmuz 2023. <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/17/15>>

finansman şirketinin uluslararası bir yatırım anlaşmasına dayanarak bir yatırım tahkimi davası açabileceği yönünde verildiği bilinen ilk karardır. Bu kararın, uzun vadeli altyapı ve enerji projelerine finansman sağlayan kuruluşların, ilerleyen süreçte uluslararası yatırım anlaşmalarına dayanarak yatırım tahkimine başvurmasına kapı araladığı belirtilmiştir.⁶⁵⁷ Benzer olasılık KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerin finansmanını sağlayan şirketler için de geçerlidir.

Yatırımcı – devlet uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim davalarının açılma sebeplerinden biri devletlerin “dolaylı kamulaştırma”⁶⁵⁸ olarak nitelendirilen uygulamalarıdır. Dolaylı kamulaştırma, ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilen ve yabancı yatırımın mülkiyetine doğrudan bir müdahalede bulunulmaksızın yatırımcının yatırım üzerindeki kontrolünü önemli seviyede kaybetmesine veya yatırımdan beklenen ekonomik değerde kayda değer derecede düşüşe sebebiyet veren müdahalelerdir.⁶⁵⁹ Ev sahibi devletin yatırımcının yatırımdan elde ettiği faydaları azaltıcı nitelikteki yasal düzenlemeleri ve regülasyonları dolaylı kamulaştırmaya sebebiyet verebilecek müdahalelerdendir.⁶⁶⁰ Yürürlükte olan ve şemsiye hüküm içeren YKTK sözleşmeleri ve projelere finansman sağlayan kuruluşların da yatırımcı olarak nitelendirilebileceği hususları dikkate alındığında, KÖİ sözleşmelerinde gerçekleştirilecek tadiller veya KÖİ sözleşmelerini de etkileyecek nitelikteki mevzuat düzenlemelerinin, Türkiye’nin tazminat yükümlülüğüne sebep olabileceği sonucuna varılmaktadır.

3.5. Türkiye’nin Taraf Olduğu Sözleşmelerde Kullanılan Yöntemler

KÖİ projelerinde ihale dokümanları ve uygulama sözleşmesi başta olmak üzere projeye ilişkin dokümanların standartlaştırılması ve bu dokümanlara ilişkin taslak metinler oluşturulması önem arz etmektedir. Standart belgeler, yatırımlarını KÖİ modelleriyle

⁶⁵⁷ Shearman&Sterling, Important Arbitration Decision for Lenders, Er. 15 Temmuz 2023. <<https://www.shearman.com/perspectives/2020/09/important-arbitration-decision-for-lenders>>

⁶⁵⁸ Bu konuda birçok hakem kararı verilmiş olmasına rağmen dolaylı kamulaştırmanın net bir tanımının bulunmadığı belirtilmiştir (Dolzer, 1999:100). Konu hakkında öğretilerdeki görüşler ve mahkeme kararları için bknz. Quin, R. *The Investment Treaty Arbitration Review: Expropriation*, 21.07.2023, Er. 18 Ekim 2023. <<https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/expropriation>>. Ayrıca bknz. UNCTAD, *Expropriation UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2012, Er. 18 Ekim 2023. <https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>

⁶⁵⁹ Schreuer, 2005:5.

⁶⁶⁰ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A vs. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, paragraph 132, 30.05.2010, Er. 18 Ekim 2023. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>>

gerçekleştirecek idarelere yol gösterici olmakta, benzer nitelikteki projeler arasında tutarlılık sağlamakta, yatırımcılar için öngörülebilirlik sunmakta, ayrıca daha önce gerçekleştirilen projelerden elde edilen tecrübelerden ve çıkarılan derslerden yararlanma olanağı sağlamaktadır.

Ulusal düzeyde birçok ülke kılavuzlar, model ihale dokümanları, sözleşmeler veya temel sözleşme maddeleri geliştirmiştir. Standart anlaşmalar akdedilen her bir sözleşmenin maliyetini azaltmak amacıyla belirli sektörler için giderek daha fazla kullanılmaktadır. Bazı ülkeler ise tüm KÖİ sözleşmeleri için uygulanmak üzere mevzuatlarına bazı standart unsurlar eklemektedir. Standart KÖİ sözleşmeleri olan ülkeler arasında, kapsamlı KÖİ programlarına sahip Birleşik Krallık, Avusturalya ve Güney Afrika'nın yanı sıra Fransa, İrlanda, Hollanda, Yeni Zelanda ve Tanzanya yer almaktadır.⁶⁶¹

Türkiye'de KÖİ projeleri için hazırlanmış bir kılavuz, model ihale dokümanı yahut standart sözleşme bulunmamaktadır. Ancak Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından yürütülen ve yatırım programında yer alan KÖİ Uygulamaları Kapasite Geliştirme Projesi⁶⁶² kapsamında KÖİ projelerinin hazırlık, ihale ve sözleşme aşamalarına ilişkin rehberler ve standart belgeler oluşturulması hedeflenmiştir. Projeye fizibilite hazırlama rehberi, harcama getirisi analizi modeli ve rehberi, KÖİ modeline ve sektöre özgü standart sözleşme taslakları ve sözleşme hazırlama ve yönetim kılavuzu hazırlanması planlanmıştır. Ayrıca uygulayıcı kuruluşların KÖİ projelerini hazırlarken mevzuatta düzenlenen analizleri eksiksiz olarak yapmalarını sağlamak için KÖİ Sözleşme Hazırlık ve Yönetim Sisteminin kurulması amaçlanmıştır. Söz konusu çalışmaların, KÖİ projelerinin kalitesini ve verimliliğini artıracığı ve kamu kurumlarının sözleşme hazırlama ve yönetim kapasitelerini güçlendireceği düşünülmektedir. Şüphesiz ki Türkiye'nin kamu kurum ve kuruluşları için hazırlanacak standart sözleşme ve kılavuzlarda yer alacak önemli başlıklardan biri de KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususudur.

Türkiye'de akdedilen KÖİ sözleşmelerinde, çeşitli uyuşmazlık çözüm yöntemleri benimsenmiştir. Çalışma kapsamında, Strateji ve Bütçe Başkanlığının görev alanı kapsamında Kamu Özel İşbirliği Dairesi'ne iletilen sözleşme örneklerinden bir kısmı incelenmiş, bu

⁶⁶¹ Standardized Agreements, Bidding Documents and Guidance Manuals, World Bank, Er. 21 Temmuz 2023. <<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/standardized-agreements-bidding-documents-and-guidance-manuals>>

⁶⁶² 2023 Yılı Yatırım Programında 2019K01-91115 numaralı Araştırma ve Kurumsal Gelişim Projesi kapsamında bir alt proje olarak yer almaktadır.

sözleşmelerde yer alan uyuşmazlık çözüm maddeleri anonimleştirilerek Ek-1'de bulunan tabloda özet şeklinde sunulmuştur.

Ek-1'de incelenen sözleşme örneklerinden de anlaşılacağı üzere Türkiye'de gerçekleştirilen KÖİ projeleri kapsamında akdedilen sözleşmelerde farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri tercih edilmiştir. Karayolu sektöründe akdedilen örnek sözleşmeler kıyaslandığında 2011 ve 2012 tarihli sözleşmelerin önemli ölçüde farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerdiği ancak 2012 ve 2021 tarihli sözleşmelerde neredeyse aynı uyuşmazlık çözüm maddesine yer verildiği görülmektedir. Havayolu sektöründe yer alan örnek sözleşmelerde ise ayrıca bir uyuşmazlık çözüm usulüne yer verilmemiş, taraflar özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerde yalnızca yetkili mahkemeyi belirlemekle yetinmiştir. Sağlık sektörü projesinde, uyuşmazlık usulü sözleşme ekinde yer alan ayrıntılı bir dokümanla düzenlenmiş ayrıca sözleşmede, olası uyuşmazlıkların önceden tespit edilerek müzakere yoluyla çözülmesine olanak sağlayan bir yapının kurulması öngörülmüştür.

3.6. Bölüm Sonu Değerlendirmesi

KÖİ modellerinin Türkiye'de gelişim göstermesi dünyadaki örneklerine benzer şekilde 1980'li yıllardan itibaren olmuş, kamu hizmetleri özel sektör aracılığıyla ancak imtiyaz usulünden farklı bir yöntemle gördürülmeye başlanmıştır. Türkiye'de uygulanan KÖİ modelleri yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret ve işletme hakkı devridir.

KÖİ, kamu yatırım ve hizmetinin özel sektör eliyle kurulması ve/veya işletilmesini ifade etmektedir. Diğer yandan kamu hizmeti, idare hukukunun uygulama alanının ve dolayısıyla da idari yargının görev alanının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan bir kavramdır. Bu bağlamda kamu hizmeti kavramı ve tabi olduğu hukuki rejim, kamu özel işbirliği sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejim ve dolayısıyla bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü açısından da önem arz etmektedir.

3996, 4283, 6428 ve 5335 sayılı Kanunlarla düzenlenen KÖİ modelleri kapsamında idare ile imzalanan uygulama sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi olup bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılabilmektedir. 652 sayılı KHK ile 351, 3465, 3096 ve 4458 sayılı Kanunlar kapsamında idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmelerin kamu imtiyaz sözleşmesi olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. 3096 sayılı Kanunda ve

3465 sayılı Kanunda düzenlenen YİD modelleri kapsamında akdedilen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ancak 652 sayılı KHK ve 351 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek yatırımlar için akdedilecek sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir. Bu nedenle bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılamaz. Bu uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı görevlidir (İYUK m.2/1/c). Diğer yandan 3096 sayılı Kanun m.5 uyarınca elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yine gümrük kapılarının işletme hakkının 4458 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk kişilerine devrine ilişkin sözleşmeler kamu hukuku imtiyaz sözleşmesidir. Ancak aynı Kanun kapsamında akdedilen lojistik merkezlerinin işletme hakkının devredilmesine ilişkin sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Hukukumuzda KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine ilişkin yasal düzenlemeler; 4501 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun ve 6428 sayılı Kanunda yer almaktadır.

4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki KÖİ sözleşmeleri için uygulama alanı bulacaktır. MTK’da 4501 sayılı Kanun’a yapılan atıflar uygulamada belirsizliklere neden olacak niteliktedir.

Diğer yandan 4501 sayılı Kanunda, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple 4501 sayılı kanunun 3’üncü maddesinde, Anayasada yer alan “milletlerarası tahkim” kavramının yabancı tahkimi de kapsayacak şekilde geniş yorumlandığı görülmektedir. 4501 sayılı Kanunun MTK ile ilişkisi yeniden düzenlenirken bu hususun da dikkate alınması gerekmektedir. 4501 sayılı Kanunla ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus ise Kanunda yer alan yabancılık unsuru tanımının çok geniş kapsamlı olmasıdır.

3996 sayılı Kanunda uygulama sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olacağı belirtilmiş ve ilgili Bakanlar Kurulu Kararında, kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanması şartıyla tahkimle çözülebileceği düzenlenmiştir. 3996 sayılı Kanunun aksine 6428 sayılı kanun, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin daha ayrıntılı ve tartışmaya açık hükümler ihtiva etmektedir. 6428 sayılı kanun, tarafların uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanacağını

kararlaştırmasının yanında uyuşmazlığın, MTK kapsamında çözümleri yönünde belirleme yapmalarını şart koşmuştur. Tahkim yargılaması için kritik önemi haiz bir kıstas olan tahkim yerinin Türkiye olmasına dair zorunluluk kanun metninden çıkarılırken, tarafların *ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümleneceği* yönünde belirleme yapması şartının çıkarılmamasını anlamlandırmak güçtür.

Türk hukukunda KÖİ modellerinin uygulanması hususunda mevzuatın dağınık olması, bu modellerin uygulanması için akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda da birden çok yasal düzenlemenin varlığına sebep olmuştur. KÖİ mevzuatının daha yalın hale getirilmesi ve yeknesaklaştırılmasıyla, KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin hükümler de daha yalın ve birbirleriyle tutarlı hale getirilebilecektir.

Diğer bir husus ise KÖİ sözleşmelerinden doğabilecek yatırım tahkimi davalarıdır. Devletlerin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında genellikle ICSID tahkimi dışında bir uyuşmazlık çözüm sistemi tercih edilmektedir. Türkiye'nin (Bakanlıkların, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve sair kamu kurumlarının) taraf olduğu KÖİ uygulama sözleşmeleri dâhil yatırım sözleşmelerinde de uyuşmazlık çözüm yolu olarak ICSID tahkiminin tercih edilmemesi yerinde olacaktır. Zira yatırım tahkiminde uluslararası hukukun kaynakları da uygulanmakta, devletlerin egemenlik yetkisi bu kapsamda sınırlandırılmaktadır.

Her ne kadar KÖİ sözleşmesinde yer alan tahkim şartında ICSID tahkimi tercih edilmemiş olsa da Türkiye'nin taraf olduğu bir YKTK'da şemsiye hüküm var ise ve sözleşmenin tarafı bahse konu YKTK kapsamında korunan bir yabancı yatırımcı ise, KÖİ sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık sebebiyle ICSID tahkimine gidebilecektir. KÖİ sözleşmesinde ICSID tahkimine yer verilmemiş olsa dahi ICSID tahkimine gidilebilmesine olanak sağlayan bir diğer husus da projeyi finanse eden şirketin olası iddialarıdır. 2020 yılında, devletle doğrudan bir hukuki ilişki içerisinde bulunmayan bir proje finansman şirketinin uluslararası bir yatırım anlaşması olan Enerji Şartı Anlaşmasına dayanarak yatırım tahkimi davası açabileceği yönünde karar verilmiştir. Bu kararın, uzun vadeli altyapı ve enerji projelerine finansman sağlayan kuruluşların, ilerleyen süreçte uluslararası yatırım anlaşmalarına dayanarak yatırım tahkimine başvurmasına kapı araladığı belirtilmiştir. Benzer olasılık KÖİ modeli ile gerçekteştirilen projelerin finansmanını sağlayan şirketler için de geçerlidir.

Bu çalışma için örneklem olarak seçilmiş olan, Türkiye’de akdedilen KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözüm maddeleri incelendiğinde farklı yöntemlerin benimsendiği görülmektedir. Karayolu sektöründe akdedilen ve aralarında bir yıl olan iki sözleşmede önemli ölçüde farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri yer alırken aynı sektörde on yıl sonra akdedilen başka bir sözleşmede ise eski tarihli sözleşmeyle neredeyse aynı uyuşmazlık çözüm maddesine yer verilmiştir. Havayolu sektöründe yer alan örnek sözleşmelerde ise taraflar yalnızca yetkili mahkemeyi belirlemekle yetinmiştir. Sağlık sektörü projesinde, uyuşmazlık usulü sözleşme ekinde yer alan ayrıntılı bir dokümanla düzenlenmiş ayrıca sözleşmede olası uyuşmazlıkların önceden tespit edilerek müzakere yoluyla çözülmesine olanak sağlayan bir yapının kurulması öngörülmüştür.

SONUÇ VE ÖNERİLER

KÖİ modelleri, bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için ilgili kamu idaresi ile özel hukuk kişisi arasında genellikle uzun süreli bir sözleşmenin akdedilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu sözleşmelerde yer alan önemli düzenlemelerden biri de uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin mekanizmalardır. Sözleşme konusu kamu yatırımının öngörülen sürede ve ekonomik şartlarda gerçekleştirilebilmesi için olası uyuşmazlıkların önlenmesi ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların adil ve etkili bir şekilde çözülmesi gerekmektedir.

Dünya uygulamaları incelendiğinde, Fransa'da KÖİ sözleşmelerinin genellikle idari sözleşme olarak nitelendirildiği, idari sözleşmelerde kural olarak tahkimin yasak olduğu Fransız hukukunda dahi KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, uyuşmazlığın esasına Fransız hukuku uygulanmak kaydıyla, tahkim yoluyla çözülmesine imkân sağlandığı görülmektedir. Almanya'da KÖİ sözleşmeleri genellikle özel hukuka tabidir. Farklı sektörlerde akdedilen sözleşmelerde çeşitli uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin benimsendiği görülmektedir. Tercih edilen yöntemler arasında; devlet mahkemelerinde dava açılmadan önce arabuluculuğun denemesi, teknik konulara ilişkin olarak mahkemeye başvurulmaması halinde bağlayıcı olacak bir uzman görüşünün alınması ve tahkim yer almaktadır. KÖİ uygulamalarının yaygınlaştığı ve teşvik edildiği bir ülke olan Çin'de ise KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışmalı olup bu hususu netleştirecek ve ikincil mevzuattaki çelişkileri giderecek üst düzey bir yasal düzenleme yapılması beklenmektedir. Öğretide KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların etkili şekilde çözülebilmesi için tahkimi de içeren çoklu mekanizmalar geliştirilmesi gerektiği savunulmuştur. Ayrıca Çin'de sadece KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş tahkim merkezleri bulunmaktadır. KÖİ uygulamalarında öncü olan İngiltere'de de uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli yöntemler benimsenebilecektir. PF2 modeli için hazırlanan standart dokümanlarda, AUÇY'nin daha etkili ve daha az maliyetli çözümler getirebileceği belirtilmiştir. Uyuşmazlığın öncelikle müzakereyle çözülmeye çalışılması gerektiği, mutabakata varılmaması halinde arabuluculuk, tarafsız değerlendirme veya uzman görüşüne başvurma yöntemlerinin kullanılabileceği, bu yöntemlerle de sonlandırılmaması halinde tahkime veya mahkemeye başvurulacağı düzenlenmiştir.

KÖİ uygulamalarının yaygın olduğu ülkelerde hazırlık, ihale ve sözleşme aşamalarına ilişkin rehber ve standart belgeler geliştirilmiştir. Bu belgeler kamu kurumlarına yol

göstermekte, yatırımcılar açısından öngörülebilirlik sağlamak ve daha önce gerçekleştirilen projelerden elde edilen tecrübelerin sonraki projelerde kullanılabilmesine imkân tanımaktadır. Birçok uluslararası kuruluş da model mevzuat, rehber ve standart sözleşme oluşturmuştur. Bu dokümanlarda KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusu da ele alınmıştır.

Konu Türk hukuku çerçevesinde değerlendirildiğinde, diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde de devlet mahkemelerinin yanı sıra çeşitli uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin benimsenmesi mümkündür. KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilebilecek yöntemler, bu sözleşmelerin hukuki nitelendirilmesine göre değişiklik arz edecektir. Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, idari sözleşmelere kıyasla daha çeşitli yöntemlere başvurulabilmektedir. İdari sözleşme niteliğindeki KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı görevlidir. Bununla birlikte 659 sayılı KHK kapsamındaki idarelerin taraf olduğu uyuşmazlıklar sulh yoluyla çözülebilecektir. Ayrıca bağımsız bir idari otoritenin görev alanına giren uyuşmazlıklar için bu otoriteye başvurulması da mümkündür. Kamu imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise 4501 sayılı Kanun uyarınca tahkimle çözülebilir. Özel hukuk hükümlerine tabi KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, yöntemin kendine has düzenlemeleri ve istisnaları saklı kalmak kaydıyla tüm alternatif uyuşmazlık yöntemleri aracılığıyla tahkimle veya devlet mahkemelerinde çözülebilir.

3996, 4283, 6428 ve 5335 sayılı Kanunlarla düzenlenen KÖİ modelleri kapsamında imzalanan uygulama sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar alternatif yöntemlerle ve tahkimle çözülebilir. 652 sayılı KHK ile 351, 3465, 3096 ve 4458 sayılı Kanunlar kapsamında idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan sözleşmeler idari sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda veya sulh yoluyla sonlandırılabilir. 3096 sayılı Kanunda ve 3465 sayılı Kanunda düzenlenen YİD modelleri kapsamında akdedilen sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleridir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü mümkündür. Benzer şekilde 3096 sayılı Kanun m.5 uyarınca elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin sözleşmeler de imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir. Yine gümrük kapılarının işletme hakkının 4458 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk kişilerine devrine ilişkin

sözleşmeler kamu hukuku imtiyaz sözleşmesidir. Bu idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilecektir.

Hukukumuzda KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceğine ilişkin yasal düzenlemeler; 4501 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun ve ilgili Bakanlar Kurulu Kararı ile 6428 sayılı Kanunda yer almaktadır.

Mevzuata ilişkin tespit, görüş ve öneriler:

- Tespit: MTK ve 4501 sayılı Kanun’da yer alan “milletlerarası tahkim” kavramlarının kapsamı farklıdır. Ayrıca söz konusu kanunların birbirine atıfta bulunan hükümleri ve benzer nitelikteki düzenlemeleri, kanunlar arasındaki ilişkiyi karmaşık ve farklı yorumlamaya açık hale getirmektedir. MTK’nın 4501 sayılı Kanuna ilişkin düzenlemeleri, 4501 sayılı Kanunun uygulama alanını daraltacak şekilde yorumlanabilir.

Görüş ve Öneriler: MTK m.1/5 hükmü; MTK’nın 4501 sayılı Kanuna göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan tahkim yeri Türkiye’de olanlar ile tahkim yeri Türkiye dışında olmakla beraber tahkim usulüne MTK’nın uygulanacağını kararlaştırıldığı tahkim yargılamalarında uygulanacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak Kanun koyucunun, MTK ile 4501 sayılı Kanun arasındaki ilişkiyi yeniden düzenlemesi yerinde olacaktır. MTK m.1/5 hükmü Kanundan kaldırılarak, 4501 sayılı Kanunun 6’ncı maddesinde MTK’ya da atıf yapılması farklı yorumların ve belirsizliklerin önüne geçecektir.

- Tespit: 4501 sayılı Kanunda yabancılık unsuru çok geniş şekilde tanımlanmıştır.
- Görüş ve Öneriler: 4501 sayılı Kanunda yer alan yabancılık unsuru tanımının atıf barındırmaksızın doğrudan birtakım kriterler öngörmesi yahut belli bir kanuna (örneğin yalnızca 4875 sayılı Kanuna) atıf yapması çok daha yerinde olacaktır. Kanun kapsamındaki sözleşmelerin bir yatırımı konu alması nedeniyle, kanunda “yatırım” tanımından bağımsız, “yatırımcı” tanımına odaklı ve tespiti kolay objektif kriterler içeren bir yabancılık unsuruna yer verilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.
- Tespit: 6428 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinin 11’inci fıkrası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olup yasa hükmü farklı şekillerde yorumlanabilecek ve belirsizliklere sebep olabilecek niteliktedir.

Görüş ve Öneriler: Konuya ilişkin teorik tartışmalar ve pratikte karşılaşılabilecek tüm bu olasılıklar dikkate alındığında, 6428 sayılı Kanun m.4/11’de yer alan “*ihtilafın 21/6/2001*

tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümleneceğini” ibaresinin metinden çıkarılması ve yerine “tahkim yoluyla çözüleceğini” ifadesinin eklenmesi uygun olacaktır. Kanun koyucu 6428 sayılı Kanun kapsamında akdedilen uygulama sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine olanak sağlamak ancak uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanmasını zorunlu kılmak amacındaysa ilgili fıkra hükmünün “...Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla ihtilafın tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırabilirler.” şeklinde düzenlenmesi yeterli olacaktır. Zira ihtilafın milletlerarası tahkimle mi milli tahkimle mi çözüleceği hususu ile diğer hususlar HMK ve MTK’ya göre belirlenecektir.

- Tespit: Türk hukukunda KÖİ modellerine ilişkin mevzuatın dağınık olması, bu modellerin uygulanması için akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü konusunda da birden çok yasal düzenlemenin varlığına sebep olmuştur. Örneğin 3996 sayılı kanun sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir hüküm ihtiva etmemekte, ilgili Bakanlar Kurulu Kararı ise uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanmak şartıyla tahkim yoluna gidilebileceğini düzenlemektedir. 6428 sayılı Kanun ise uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanması ve yargılamanın MTK çerçevesinde çözümlenmesi şartıyla tahkime gidilmesine müsaade etmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde ise başlı başına farklı bir rejim olan 4501 sayılı Kanun uygulanmaktadır.

Görüş ve Öneriler: KÖİ mevzuatının daha yalın hale getirilmesi ve yeknesaklaştırılmasıyla KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin hükümler de daha yalın ve birbirleriyle tutarlı hale getirilebilir. Bu sebeple her bir kanun için belirttiğimiz eleştiriler ve öneriler saklı kalmak kaydıyla tüm KÖİ modellerine ilişkin çerçeve bir kanun oluşturulması ve bu kanunda uyuşmazlıkların çözümü hususunun ayrıca düzenlenmesi ile KÖİ mevzuatındaki farklılıklar ve çeşitli yorumlara mahal verecek nitelikteki belirsizlikler sonlandırılmalıdır.

YKTK anlaşmalarında şemsiye hükümler bulunması halinde, KÖİ uygulama sözleşmesinde ICSID tahkiminin tercih edilmesi durumunda yahut bir KÖİ sözleşmesinin finansman kuruluşu tarafından devletin müdahalesi nedeniyle zarara uğradığı iddiasında bulunulduğunda, Türkiye ile ilgili yatırımcı arasında yatırımcı-devlet tahkimi davası söz konusu olabilir.

Yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin tespit, görüş ve öneriler:

- **Tespit:** ICSID tahkimi bir çok açıdan yatırımcı lehine özellikler barındırmaktadır.

Görüş ve Öneriler: ICSID tahkiminin yatırımcı lehine olan özellikleri nazara alındığında kamu özel işbirliği sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözümü maddelerinde ICSID tahkiminin tercih edilmemesi yerinde olacaktır. Zira kanun koyucu birçok KÖİ sözleşmesini özel hukuk hükümlerine tabi kılmış, bahse konu sözleşmeler açısından devletin bir özel hukuk kişisi gibi hareket etmesini öngörmüştür. Bu sebeple KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari tahkim sınırları içinde kalması ve ticari tahkim esaslarınca çözüme kavuşturulmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Diğer yandan her ne kadar özel hukuk kişisi gibi hareket etse de sözleşmenin bir tarafının devlet (veya kamu kurumu) olması ve KÖİ sözleşmelerinin bir kamu yatırımının gerçekleştirilmesi amacıyla akdedilmesi, bahse konu uyuşmazlık hakkında kamunun bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Bu sebeple sürecin herhangi bir ticari tahkim uyuşmazlığı gibi değil bir yatırım tahkimi uyuşmazlığı gibi şeffaflığa özen gösterilerek yürütülmesi ve uygulama sözleşmelerindeki tahkim şartlarında bu yönde hükümlere yer verilmesi daha uygun olacaktır.

- **Tespit:** Yürürlükte olan ve şemsiye hüküm içeren YKTK sözleşmelerine dayanılması veya projelere finansman sağlayan kuruluşların da yatırımcı olarak nitelendirilebilmesi halinde, KÖİ sözleşmelerinde gerçekleştirilecek tadiller veya KÖİ sözleşmelerini de etkileyecek nitelikteki mevzuat düzenlemeleri Türkiye'nin tazminat yükümlülüğüne sebep olabilecektir.

Görüş ve Öneriler: Türkiye'nin hem KÖİ sözleşmelerinin tadili esnasında hem de KÖİ projelerini etkileyecek yasal düzenlemelerde olası yatırım tahkimi davalarına ilişkin riskleri de hesaba katması gerekmektedir. Özellikle ulaştırma ve enerji gibi sektörlerle ilişkin politikaların belirlenmesi ve reform niteliğindeki düzenlemelerin yapılması durumunda, söz konusu düzenlemelerden elde edilecek toplumsal fayda değerlendirilirken bahse konu risklerin de dikkate alınmasının ve mümkünse yabancı yatırımcıya karşı tazminat yükümlülüğünün doğmamasını teminen bir geçiş aşamasının öngörülmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Türkiye’deki KÖİ sözleşmelerinde yer alacak uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ilişkin tespit, görüş ve öneriler:

Tespit: Türkiye’de gerçekleştirilen KÖİ projeleri kapsamında akdedilen sözleşmelerde farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tercih edilmekte ve bu hususta bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Türkiye’de KÖİ projeleri için hazırlanmış bir kılavuz, model ihale dokümanı yahut standart sözleşme bulunmamaktadır. Ancak Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından yürütülen ve yatırım programında yer alan KÖİ Uygulamaları Kapasite Geliştirme Projesi kapsamında KÖİ projelerinin hazırlık, ihale ve sözleşme aşamalarına ilişkin rehberler ve standart belgeler oluşturulması hedeflenmiştir. Bu belgelerde uyuşmazlıkların çözümü hususunun da düzenlenmesi öngörülmektedir. Bu bağlamda olası uyuşmazlık konularının henüz ortaya çıkmadan tespit edilerek önlenbilmesine, buna rağmen oluşan uyuşmazlıkların ise mümkün olduğunca hızlı ve ekonomik olarak sonlandırılmasına olanak sağlayan mekanizmalar tercih edilmelidir.

Görüş ve Öneriler:

- Olası uyuşmazlık konularının önceden tespit edilmesini ve taraflarca görüşülmesini sağlamak amacıyla KÖİ sözleşmelerinde, idare ve özel sektör temsilcilerinden oluşan ve projenin ilerleyişini sık aralıklarla ve düzenli olarak kontrol eden bir kurulun oluşturulması yerinde olacaktır. Ayrıca sözleşmelerde, UNCITRAL’in hazırladığı KÖİ Ortaklıklarına İlişkin Mevzuat Rehberi’nde değinilen erken uyarı yöntemine benzer şekilde tarafların olası uyuşmazlık konularını gecikmeksizin bu kurula bildirmeleri gerektiği, aksi halde birtakım yaptırımlarla veya ispat zorluklarıyla karşılaşacakları düzenlenmelidir.
- Ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için üç aşamalı bir sistem oluşturulmalıdır. İlk aşamada tarafların belli bir süre içerisinde müzakere yoluyla uyuşmazlığı çözmeleri öngörülmelidir. Tarafların müzakereyle uyuşmazlığı sonlandıramamaları halinde ise tarafsız ve bağımsız üçüncü kişilerden yardım almaları sağlanmalıdır. Bu aşamada arabuluculuk yöntemine veya taraflarca belirlenmiş bir uzmanlar heyetine başvurulmalıdır.
- İkinci aşamada arabuluculuk yönteminin benimsenmesi halinde, KÖİ projelerinin teknik ve karmaşık hususları içermesi nedeniyle arabuluculuk aşamasında bu hususlara ilişkin bilirkişi raporu alınmalıdır. Arabuluculuk aşamasında hazırlanan bilirkişi raporları, tarafların uyuşmazlığın yargılamayla neticelendirilmesi halinde karşılaşılabilecekleri olası sonuçları görmelerine, arabuluculuk sürecinde daha gerçekçi beklentiler içerisinde

olmalarına ve uyuşmazlığı daha erken bir safhada sonlandırmalarına yardımcı olacaktır. Uyuşmazlığın arabuluculukla sonlandırılması halinde, süreç sonunda akdedilen anlaşmanın, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve/veya Singapur Konvansiyonu hükümlerine göre mahkeme kararları gibi icra edilebilmesi mümkündür. Bu sebeple arabuluculuk neticesinde hazırlanan anlaşma metni, bilirkişi heyeti yahut benzer nitelikteki bir uyuşmazlık çözüm kurulu tarafından verilecek bir karara göre (taraflar sözleşmede bu kararla bağlı olacaklarını belirlemiş olsalar dahi) çok daha hızlı ve etkili şekilde icra edilebilecek ve uyuşmazlık nihai olarak sonlandırılacaktır. Bu nedenle KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında bilirkişilerce kuvvetlendirilmiş arabuluculuk süreçlerine yer verilmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

- Uyuşmazlıkların çözümünün ikinci aşamasında, özellikle teknik detaylar içeren spesifik konularda, arabuluculuk yerine üyeleri taraflarca belirlenmiş uzmanlar heyetine başvurulması tercih edilebilir. Böyle bir heyetin, sözleşmenin akdedilmesinden itibaren kısa bir süre içinde kurulması, projenin aşamalarından düzenli aralıklarla haberdar edilmesi ve hatta sahada inceleme yapma yetkisinin bulunması; ileride çıkabilecek uyuşmazlığın proje hakkında başından beri bilgi sahibi olan uzmanlarca hızlı şekilde karara bağlanmasına olanak sağlayacaktır. Ancak bu durumda heyet üyelerine proje boyunca belli bir ödemenin yapılması gerekecektir. Söz konusu bu maliyet nedeniyle uzmanlar heyetinin uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra (ad-hoc şekilde) kurulması öngörülebilecektir. Heyet tarafından verilen kararların tavsiye niteliğinde olacağı veya bağlayıcı olacağı yahut hakim veya hakemlerce aksi yönde karar verilinceye kadar bağlayıcı olacağı kararlaştırılmalıdır. Ancak tarafların uzmanlar heyeti tarafından verilecek kararla bağlı olacaklarına ilişkin belirleme, daha önce de belirtildiği gibi yalnızca akdi bir taahhüt seviyesindedir. Diğer yandan taraflar, uzmanlar heyetince yapılan tespitlerin, daha sonra yürütülecek yargılama aşamasında tarafları, hâkimi veya hakemleri bağlayacağını da kararlaştırabilir. Bu kararlaştırma, delil sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Taraflar sözleşmede, uzmanlar heyetinin tespitlerinin ileride gerçekleştirilecek yargılamada kesin delil niteliğinde olacağını ancak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararlarının tavsiye niteliğinde olacağını da belirleyebilecektir. Sözleşmede, uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ikinci aşamasında uzman heyetine başvurulacağının düzenlenmesi halinde heyetin tespitlerinin yargılama aşamasında tarafları bağlayacağının kararlaştırılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Zira bu sayede taraflar zamandan ve yargılama esnasında ortaya çıkabilecek bilirkişi masrafından tasarruf edecekler ve kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olası aksaklıkların yaşanması engellenmiş olacaktır.

- Uyuşmazlığın ikinci aşamada da çözülmemesi halinde nihai olarak sonlandırılması için yargısal nitelikte bir üçüncü aşama öngörülmelidir. Bu bağlamda uyuşmazlığın uzman ve tecrübeli kişilerce çözülmesi, taraflardan birinin idare olması nedeniyle bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin şüphelerin büyük oranda ortadan kaldırılması, taraflara başta yargılama usulü olmak üzere birçok konuda seçim hakkı tanınması nedeniyle tahkim yolu tercih edilmelidir. Ayrıca 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ve ilgili sair kanun değişiklikleri dikkate alındığında da son aşamada tahkim yoluna başvurulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Zira 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinin temelinde de özellikle yabancı yatırımcı için tahkimin nötr bir forum sağladığı fikri yer almaktadır. Değişiklik gerekçesinde, yabancı sermayenin yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında yer almasını teşvik etmek amacıyla KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınması ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine olanak sağlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Bu nedenle KÖİ sözleşmelerinde tahkim şartına yer verilmesi, bahse konu Anayasa değişikliği ve ilgili kanun değişiklikleriyle uyumlu olacak, değişikliğin amacına hizmet edecektir. Ancak tüm bu hususlara rağmen, üçüncü aşamada Türk Mahkemelerine başvurulacağının kararlaştırılması halinde, dava şartı arabuluculuk hükümleri de dikkate alınmalıdır. Zira konusu bir miktar para olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki ticari davalarda arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır.
- Üçüncü aşamada tahkim yolu tercih edilirse sözleşmede yer alacak tahkim şartının geçerliliği konusunda azami özen gösterilmelidir. Bu bağlamda tahkim şartı kaleme alınırken, projenin gerçekleştirileceği KÖİ modeline özgü mevzuat hükümleri dikkate alınmalıdır.
- Kurumsal tahkimin tercih edilmesi halinde tahkim usulüne ilişkin taraflarca ayrıntılı bir düzenleme yapılmasına gerek olmayıp tahkim kurumlarının yayımladığı örnek tahkim şartlarından faydalanılabilir. Ad-hoc tahkimin tercih edilmesi durumunda sürecin sekteye uğramaması için sözleşmede özellikle hakem seçimi başta olmak üzere tahkim usulüne ilişkin kuralların ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer bir alternatif ise UNCITRAL Tahkim Kurallarına tabi bir ad-hoc tahkim öngörülmesidir. Bu durumda, tıpkı

kurumsal tahkimde olduğu gibi tahkim kurallarının taraflarca ayrıntılı olarak belirlenmesine gerek olmayacaktır. Uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ikinci aşamada arabuluculuk üçüncü aşamada tahkimi içermesi durumunda, her iki aşama için hem arabuluculuk hem de tahkim kuralları ve usulünü bünyesinde barındıran ICC gibi tek bir kurum tercih edilebilir. Ancak bu durumda, söz konusu kuruma ödenecek sekreteryas ücretleri sebebiyle maliyetin artacağı da göz önünde bulundurulmalıdır.

- Tahkim yolunun tercih edilmesi durumunda tahkim yeri seçimi büyük önem arz etmektedir. Tahkim yeri seçimi başlı başına ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek genişliktedir.
 - Tahkim yeri, tahkim usulünün tabi olacağı hukukun belirlenmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği; tahkime elverişlilik, hakem kararlarının iptal davasının açılacağı yer ve iptal sebepleri gibi hususlarda belirleyici rol oynamaktadır. Bu sebeple tahkim yeri hukukunun çağın ihtiyaçlarına göre güncel olması ve uluslararası standartları haiz olması çok önemlidir. Tahkim yeri hukukunun tahkim kurallarının UNCITRAL Model Kanunundan esinlenilerek hazırlanmış olması, bu standartları taşıdığına ilişkin göstergelerden biridir.
 - Tahkim yeri seçiminde, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılamasında mahkemelerin rolüne ve hakem kararının iptal sebeplerine ilişkin hükümleri özellikle incelenmelidir. Yerel mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi sınırlı olmalı ve hakemlere yardım niteliğinde olmalıdır. Hakem kararının iptal sebepleri ise UNCITRAL Model Kanununda olduğu gibi çok kısıtlı olmalı, mahkemeler kamu düzenine aykırılık dışında kararın esasına ilişkin bir değerlendirmede bulunma yetkisine sahip olmamalıdır. Tahkim yeri hukukun yasal düzenlemelerinin yanı sıra mahkemeleri de tahkim dostu olmalıdır. Mevzuatın çağdaş hükümler içerdiği bir ülkede, mahkemelerin yetkilerini aşması ve (örneğin hakem kararını esastan inceleyerek iptal etmesi) tahkim karşıtı uygulamaları benimsemesi de mümkündür. Bu sebeple tahkim yeri seçiminde, olası tahkim yerindeki güncel yargı kararları da incelenerek mahkemelerin tahkime bakış açısı analiz edilmelidir.
 - Tahkim yeri, hakem kararının milliyetini ve dolayısıyla kararın tanınması ve tenfizini de etkilemektedir. Tahkim yeri ülkesi 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne taraf olmalı, dolayısıyla verilen tahkim kararı sözleşmeye üye çok sayıda ülkede yeknesak usullerle ve kolaylıkla uygulanabilmelidir.

- Türkiye çağdaş tahkim mevzuatı ve güncel kararlarda görüleceği üzere mahkemelerin tahkim dostu yaklaşım benimsemiş olması nedeniyle birçok uyuşmazlık için ideal bir tahkim yeridir. Ancak KÖİ sözleşmelerinde taraflardan birinin devlet olması yatırımcının tahkim yerinin Türkiye içinde belirlenmesini tercih etmemesine sebep olabilecektir. Zira 6428 sayılı Kanununun 4'üncü maddesinde yer alan tahkim yerinin Türkiye içinde belirleneceğine ilişkin şart bu sebeple hükümden kaldırılmıştır. Yine de idare daha muhafazakâr bir bakış açısı benimserse sözleşme müzakerelerinde tahkim yerinin Türkiye içinde belirlenmesinde ısrarcı olabilecektir. Türkiye dışında bir tahkim yeri seçilecekse yukarıda değinilen kriterler dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda KÖİ sözleşmelerinde tahkim yeri olarak Londra, Paris, Cenevre, Zürih, Frankfurt gibi şehirlerin tercih edilmesi makul olacaktır.
- Her ne kadar KÖİ sözleşmelerinde yer alan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının basamaklı şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı değerlendirilse de tarafların yargılama içeren üçüncü aşamada dahi uyuşmazlığı müzakereyle veya yargılamaya paralel olarak yürütülebilecek bir arabuluculuk süreciyle sonlandırabilmesine olanak tanınmalıdır.
- KÖİ sözleşmelerinde bulunan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında, özellikle çok aşamalı yöntemlere yer verilmesi halinde sözleşmede her bir yöntem için ve bu yöntemlerin kapsadığı her bir adım için belli sürelerin öngörülmesi gerekmektedir. Bu süreler belirlenirken taraflara, müzakere ve arabuluculuk gibi dostane yöntemlerle çözümler geliştirebilmeleri için yeterli bir zaman tanınmalı; diğer yandan da sürecin hızlı ve etkili şekilde yürütülmesine olanak sağlanmalıdır. Yine her bir aşamada ve bu aşamaların bazı alt basamaklarında, tarafların süreci başlatmaları ve ilerletmeleri için diğer tarafa bildirimde bulunmaları gerektiği öngörülmeli, bu bildirimin içermesi gereken unsurlar, şekli ve süresi de sözleşmede düzenlenmelidir. Uyuşmazlık çözüm mekanizması; arabulucu, uzman, uzmanlar heyeti üyesi, uyuşmazlık çözüm kurulu üyesi, hakem(ler) gibi üçüncü kişilerin sürece katılmasını öngörmekteyse sürecin tıkanmaması için bu kişilerin seçilme usulü, taraflarca birlikte seçilmesi öngörülen kişiler varsa tarafların bu konuda mutabık olmaması halinde bu kişileri seçecek yetkili kişi veya kurumun kim olacağı da sözleşmeyle düzenlenmelidir. Bu sayede sürecin sekteye uğramadan ilerlemesi sağlanmış olacaktır.

- Ayrıca sözleşmede, tarafların arasında bir uyuşmazlık bulunsa dahi sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin mücbir sebepler haricinde devam ettiği ve sözleşmeye konu kamu hizmetinin aksatılmamasının esas olduğu vurgulanmalıdır.
- Uyuşmazlık çözüm yolu seçiminden bağımsız olarak sözleşmeye ve dolayısıyla uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk kurallarının da seçilmesinde yarar vardır. Devletlerin taraf olduğu sözleşmelerde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun bahse konu devletin hukuku olarak seçilmesi doğaldır. Bu çalışmada incelenen Fransa, Almanya ve İngiltere örneklerinde de devletlerin KÖİ sözleşmelerine kendi ülke hukuklarının uygulanacağını kararlaştırıldığı görülmektedir. Türkiye’de de ilgili yasal mevzuat hükümlerine göre akdedilen KÖİ sözleşmelerinin, Türk hukukuna tabi kılınması gerekli ve yerindedir.

Çalışmada Türkiye’de uygulanan tüm KÖİ modelleri kapsamında akdedilen KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Belirlenen hukuki nitelik çerçevesinde, KÖİ Sözleşmeleri ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda öneriler getirilmiştir. Konuya ilişkin Türk mevzuatında yer alan düzenlemeler kapsamlı şekilde incelenmiş, seçili ülke örnekleri ve uluslararası tavsiye dokümanları ile model kanunlardan yararlanılmıştır. Konunun tüm KÖİ modellerini içerecek şekilde ve mevzuat, ülke uygulamaları, kılavuzlar ile Türkiye’de akdedilen örnek sözleşmeler incelenerek kapsamlı ve bütüncül bir çerçeveden ele alınması çalışmayı özgün ve güçlü kılmaktadır.

Seçilen ülke örneklerinde mevcut KÖİ birimlerinin yapıları, görevleri ve uygulayıcı kuruluşlarla ilişkileri derinlemesine incelenmemiş, bu birimlerin ülkedeki KÖİ uygulamalarının standartlaştırılmasına yönelik faaliyetleri ve bu faaliyetlerin etkileri değerlendirilmemiştir. Ayrıca KÖİ uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmış ticari ve/veya yatırım tahkimi davaları başta olmak üzere mevcut uyuşmazlık örneklerinden yararlanılmamıştır. Bu nedenle daha sonra yapılacak çalışmalarda bu hususların da incelenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

EKLER

EK-1: Türkiye’de İmzalanan Bazı KÖİ Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözüm Maddeleri ve Değerlendirilmesi

No.	İmza Yılı	Sektörü ve Konusu	KÖİ Modeli	Uyuşmazlık Çözüm Maddesi ve Değerlendirilmesi
1	2008	Havayolu/ Havaalanı	YİD	Sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde Ankara Mahkemeleri ve İcra daireleri yetkilidir. Sözleşmenin uygulanmasında Türk usul ve maddi hukuk kuralları uygulanır. Taraflar uyuşmazlığın önlenmesi veya dostane yollarla çözülmesine ilişkin herhangi bir yöntem belirlememiş, yalnızca HMK m. 17 uyarınca yetki sözleşmesi yapmışlardır Uyuşmazlıkların çözümü doğrudan devlet mahkemelerine bırakmışlardır.
2	2011	Karayolu/ Tünel	YİD	- Süreç, uyuşmazlık sebebinin meydana gelmesinden itibaren on gün içinde taraflardan birinin diğerine yazılı bildirimde bulunmasıyla başlar. Taraflar, uyuşmazlığı karşılıklı müzakere ederek otuz gün içinde çözmeye çalışır. - Otuz gün içinde mutabakata varılamazsa uyuşmazlığın her iki tarafın rızasıyla “uzman yardımı ile çözümlenmesi” usulüne gidilir. Taraflar uyuşmazlığı uzman yardımı ile çözemezse veya uzman yardımı ile çözüme konusunda anlaşamazsa tahkim sürecini başlatabilirler. - Uzman, taraflarca seçilecek bağımsız bir kişidir. Uzmana başvurulabilecek uyuşmazlıklar teknik, mali veya diğer bir konuda makul ölçüde hızlı ve tasarruflu çözülebilecek münferit konular olmalıdır. Uzman kendisine başvurulmasından itibaren altmış gün içinde kararını verir. Uzmanın kararı, tahkim yargılamasında aksi yönde karar verilene kadar tarafları bağlar. Ancak daha sonra yapılabilecek yargılamada tarafları, hâkimi veya hakemi bağlamaz. Ancak uzman raporu, bu yargılamalarda takdiri delil niteliğindedir. - Tahkim yargılaması, taraflardan birinin sözleşmede belirlenen süre içerisinde Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Divanı’na başvurusu ile başlar. Hakem heyeti üç hakemden oluşur. Tahkim yeri İstanbul, tahkim dili İngilizce’dir. Tahkim şartını da içeren uygulama sözleşmesinin Türk hukukuna tabi olduğu, taraflar arasında çıkacak tüm uyuşmazlıklara Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. ICC Tahkim Kurallarında düzenlenmeyen konularda 4684 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. - Hakem heyeti dolaylı zarar hakkında karar veremez. - Hakem heyeti kurulmasından itibaren dokuz ay içerisinde karar vermelidir. Bu süre ICC Tahkim Kurallarına göre uzatılabilir. - Hakem kararının icra edilebilir olması ve iptali MTK m. 15’e tabidir. Mahkeme tarafından yapılacak işlemlerde İstanbul Merkez Mahkemeleri yetkilidir. Görüldüğü üzere sözleşmede üç aşamalı bir sistem benimsenmiş, uluslararası dokümanlarda tavsiye edilen usuller kullanılmış, uyuşmazlığın dostane yollarla ve hızlı şekilde sonlandırılması hedeflenmiştir.

EK-1: Türkiye'de İmzalanan Bazı KÖİ Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözüm Maddeleri ve Değerlendirilmesi

No.	İmza Yılı	Sektörü ve Konusu	KÖİ Modeli	Uyuşmazlık Çözüm Maddesi ve Değerlendirilmesi
3	2012	Karayolu/ Otoyol	YİD	- Tarafların müzakereyle çözemediği uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği düzenlenmiştir. Müzakere sürecine ilişkin herhangi bir süre öngörülmemiştir - Müzakere ile sonlandırılmayan uyuşmazlıklar, MTK hükümlerine göre tahkim yoluyla çözülür. Tahkim prosedürünün başlatılabilmesi için taraflardan biri diğerine noter aracılığı ile ihbarda bulunur. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan birinin hakem seçmemesi veya tarafların seçtiği hakemlerin başhakemi belirleyememesi durumunda hakem veya başhakem Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından seçilir. - Sözleşmede yalnızca başhakeme ilişkin birtakım kriterler öngörülmüştür. Buna göre başhakem, uyuşmazlığın ilgili olduğu konuda uzman olan, daha önce tarafların bir davasında hakem veya bilirkişi olarak görev almamış, önceki on yıl içinde taraflardan birinin veya bağlı şirketinin yöneticisi, çalışanı veya danışmanı olmamış veya sair şekilde taraflarla bir bağlılığı bulunmayan kişiler arasından seçilir. - Uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanır. Tahkim dili Türkçe, tahkim yeri Ankara'dır. - Mahkemece yapılacak işlemlerde Ankara Mahkemeleri yetkilidir. - Taraflarca tahkime başvurulması halinde dahi Görevli Şirket, işlere devam etmek ve işin yürütülmesiyle ilgili İdare tarafından alınan kararlara uymak zorundadır. Sözleşmede iki aşamalı bir sistem benimsenmiş, kurumsal tahkim tercih edilmemesine rağmen tahkim usulüne ilişkin spesifik kurallar konulmamıştır. Görece kısa bir uyuşmazlık çözüm maddesidir. Tahkim usulüne ilişkin ayrıntılar, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonraki aşamada taraflara ve hakemlere bırakılmıştır.
4	2012	Sağlık/ Hastane	YKD	Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, sözleşmenin ekinde yer alan <i>Uyuşmazlıkların Çözümü Prosedürü</i>'nde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. - Süreç, taraflardan birinin diğerine uyuşmazlığın doğmasından itibaren otuz işgünü içinde yazılı bildirimde bulunmasıyla başlar. Bildirim, uyuşmazlığın konusu, meydana geldiği tarih ve karşılıklı müzakereler için önerilen yer ve zamanı içerir. Müzakere İdare'nin ve Şirket'in Üst Düzey Yöneticiler'i arasında gerçekleştirilir. Taraflar, yazılı bildirimin gönderilmesinden itibaren yirmi işgünü içerisinde müzakere yoluyla uyuşmazlığı çözmeye çalışırlar. Bu süre içerisinde mutabakata varılamazsa taraflar Bilirkişi Prosedürünü başlatabilirler. Bilirkişi Prosedürünün başlatılmaması veya uyuşmazlığın Bilirkişi yardımıyla sonlandırılmaması halinde taraflardan herhangi biri tahkim yoluna başvurabilir. - Taraflarca müzakere ile çözülemeyen, teknik, inşaat, işletme veya finansal konulara ilişkin olan, net bir şekilde tanımlanmış, hangi konulara ilişkin olduğu açıkça belirtilmiş ve ilgili konularda uzman Bilirkişi tarafından makul, hızlı ve uygun maliyetle çözümlenebilecek nitelikte olan uyuşmazlıklar Bilirkişi Prosedürü ile çözülebilir. Taraflardan herhangi birinin diğerine yapacağı yazılı bildirim ile Bilirkişi Prosedürü başlatılır. Bildirimde bulunan taraf, en az bir en çok üç Bilirkişi adayı önerir. Karşı taraf da yazılı olarak cevabını ve varsa kabul ettiği veya teklif ettiği bilirkişi adayını (adaylarını) bildirir. Tarafların yazılı bildirimlerinin içeriği ve bilirkişinin seçimi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Taraflarca bilirkişi seçilemezse bilirkişi

EK-1: Türkiye'de İmzalanan Bazı KÖİ Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözüm Maddeleri ve Değerlendirilmesi

No.	İmza Yılı	Sektörü ve Konusu	KÖİ Modeli	Uyuşmazlık Çözüm Maddesi ve Değerlendirilmesi
4	2012	Sağlık/ Hastane	YKD	Sözleşme uyarınca daha önce kurulmuş olan Koordinasyon Kurulu tarafından atanır. Bilirkişi kendisine iletilen bilgi ve belgeleri inceleyerek, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tavsiyelerinin yer aldığı raporunu belirlenen süre içinde taraflara sunar. Taraflarca mutabık kalınması halinde uyuşmazlık bilirkişi raporunda belirtilen şekilde sonlandırılır. • Tarafların bilirkişi raporuna göre uyuşmazlığı sonlandırmaması halinde tahkim yargılamasında aksi yönde karar verilinceye kadar bilirkişinin vereceği kararlar taraflar için bağlayıcı olacaktır. Ancak rapor, bilirkişi prosedüründen sonra yapılması muhtemel yargılamalarda taraflar ve hakemler için bağlayıcı olmayacak, ihtiyari delil niteliği taşıyacaktır. • Taraflardan her biri bilirkişi prosedürünün tamamlanmasının ardından on beş gün içerisinde diğerine uyuşmazlığı tahkime götüreceğini bildirebilir. Bildirimde bulunulmaması halinde bilirkişi tarafından verilen karar/yazılan rapor (kötüniyet veya hile bulunmaması koşuluyla) taraflar için nihai ve bağlayıcıdır. • Uyuşmazlığın tahkime götürülmesi halinde, yargılama Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları kapsamında yapılır. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Tahkim yeri Ankara, tahkim dili Türkçe'dir. • Sözleşmenin feshine ilişkin haller haricinde, <i>Uyuşmazlıkların Çözümü Prosedürüne</i> başvurulması tarafların yükümlülüklerini etkilemez. Taraflar sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeye devam edecek, <i>Uyuşmazlıkların Çözümü Prosedürünü</i> yavaşlatacak eylem ve işlemlerde bulunmayacaktır. • <i>Uyuşmazlıkların Çözümü Prosedürünün</i> yorumlanması, uygulanması, sonlandırılması ve geçerliliği Türk Hukuku'na tabidir. Sözleşmede; müzakere; bilirkişi prosedürü ve tahkim olmak üzere üç aşamalı bir uyuşmazlık çözüm mekanizması tercih edilmiş, ilgili kurallar ve usuller ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bilirkişi Prosedürüne ilişkin açıklamalarda bilirkişi tarafından hazırlanacak rapordan bahsedilmiş ve raporda bilirkişinin tavsiyelerinin yer alacağı belirtilmiştir ve bilirkişi raporunun etkisi düzenlenmiştir. Ancak ilgili hükmün sonlarına doğru, "bilirkişinin vereceği kararlar" ifadesi kullanılmış ve bilirkişi tarafından verilecek kararların etkisi raporun etkisine benzer şekilde ayrıca düzenlenmiştir. Maddenin sonunda ise bilirkişi kararının taraflara tebliğ edilmesinden itibaren belirli bir süre içerisinde tahkim yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Rapor ve karar kelimelerinin aynı hususu ifade etmek için kullanıldığı, dokümanda yer alan tekrarların ve tutarsızlığın kavram kargaşasına ve belirsizliğe sebep olduğu düşünülmektedir. Kurumsal tahkim tercih edilmiş, bu tercihe uygun olarak tahkime ilişkin yalnızca temel kurallar kararlaştırılmıştır. Bu sözleşme kapsamında bir Koordinasyon Kurulunun oluşturulması düzenlenmiştir. <i>Uyuşmazlıkların Çözümü Prosedüründe</i> Koordinasyon Kurulunun yalnızca bilirkişinin belirlenmesi hususundaki görevine değinilmiştir. Kurulun kuruluşu ve görevleri ayrıntılı olarak Sözleşmeyle düzenlenmiştir. Kurul idare ve görevli şirketin eşit sayıda temsilcilerinden oluşur. Kurul ayda bir kere düzenli olarak toplanır. Ayrıca gerekli hallerde ek toplantılar yapılabilir. Kurulun görevi projenin yürütülmesini takip etmek, piyasadaki değişimleri takip ve tahmin etmek, ortak stratejiler oluşturmak, sözleşmedeki olası değişiklikler için gerekli koordinasyonu sağlamaktır. Bu görevler dikkate alındığında Koordinasyon Kurulunun, taraflar arasında doğabilecek olası uyuşmazlıkların önceden tespit edilerek önlenmesine olanak sağladığı söylenebilecektir.

EK-1: Türkiye'de İmzalanan Bazı KÖİ Sözleşmelerinde Yer Alan Uyuşmazlık Çözüm Maddeleri ve Değerlendirilmesi

No.	İmza Yılı	Sektörü ve Konusu	KÖİ Modeli	Uyuşmazlık Çözüm Maddesi ve Değerlendirilmesi
5	2013	Havayolu/ Havalimanı	YİD	Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık T.C. Kanunlarına göre Ankara Mahkemelerinde çözülecektir. Taraflar Ankara Mahkemeleri ve icra dairelerini yetkili kılmıştır. Taraflar uyuşmazlığın önlenmesi veya dostane yollarla çözülmesine ilişkin herhangi bir yöntem belirlememiş, yalnızca HMK m. 17 uyarınca yetki sözleşmesi yapmışlardır. Uyuşmazlıkların çözümünü devlet mahkemelerine bırakmışlardır.
6	Temmuz 2014	Havayolu/ Havalimanı	İHD	5335 sayılı Kanunun 33'üncü maddesinin ek 7'inci fıkrası henüz yürürlükte değilken akdedilen, dolayısıyla özel hukuk hükümlerine tabi olmayan (idari) bir sözleşmedir. Uyuşmazlık çözüm maddesi bulunmamaktadır.
7	2021	Karayolu/ Otoyol	YİD	- Taraflar aralarında çıkan uyuşmazlığı doksan gün içinde müzakere yoluyla çözmeye çalışır. - Müzakere ile sonlandırılmayan uyuşmazlıklar, MTK hükümlerine göre tahkim yoluyla çözülür. Tahkim prosedürünün başlatılabilmesi için taraflardan biri diğerine noter aracılığı ile ihbarda bulunur. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan birinin hakem seçmemesi veya tarafların seçtiği hakemlerin başhakemi belirleyememesi durumunda hakem veya başhakem Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından seçilir. - Sözleşmede yalnızca başhakeme ilişkin birtakım kriterler öngörülmüştür. Buna göre başhakem, uyuşmazlığın ilgili olduğu konuda uzman olan, daha önce tarafların bir davasında hakem veya bilirkişi olarak görev almamış, önceki on yıl içinde taraflardan birinin veya bağlı şirketinin yöneticisi, çalışanı veya danışmanı olmamış veya sair şekilde taraflarla bir bağlılığı bulunmayan kişiler arasından seçilir. - Uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanır. Tahkim dili Türkçe, tahkim yeri Ankara'dır. - Mahkemece yapılacak işlemlerde Ankara Mahkemeleri yetkilidir. - Taraflarca tahkime başvurulması halinde dahi Görevli Şirket, işlere devam etmek ve işin yürütülmesiyle ilgili İdare tarafından alınan kararlara uymak zorundadır. Müzakere için doksan günlük süre öngörülmüş olması dışında tüm hususlar üç numaralı sözleşme ile aynıdır. Sözleşmede iki aşamalı bir sistem benimsenmiş, kurumsal tahkim tercih edilmemesine rağmen tahkim usulüne ilişkin spesifik kurallar konulmamıştır. Görece kısa bir uyuşmazlık çözüm maddesidir. Tahkim usulüne ilişkin ayrıntılar, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonraki aşamada taraflara ve hakemlere bırakılmıştır.

Kaynak: Yazar tarafından hazırlanmıştır.

KAYNAKLAR

- AĞIRMAN, D., *Milli & Milletlerarası Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- AKIN, Ü., “Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *Danıştay Dergisi*, 2000, Yıl:30, Sayı:102, ss.29-46.
- AKINCI, Z., “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 1996, Cilt:18, Sayı:4, ss. 93-109.
- AKINCI, Z., *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2003.
- AKINCI, Z., *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- AKINCI, Z., *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları Ankara, 1994.
- ALANGOYA, Y., *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Hukuki Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- ALFEN, H. W., D. DAUBE, “First PPP Steps in German Health Care”, *European Public Private Partnership Law Review*, Year:2007, Vol:2, No:4, pp.203-210.
- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, Yıl: 1997, Sayı:14. (çevrimiçi) https://www.anayasa.gov.tr/media/4933/kd_14.pdf 5 Temmuz 2023.
- APPLEBEY, G. (1991). “Alternative Dispute Resolution and the Civil Justice System”, in Mackie K. J. (Ed.), *A Handbook of Dispute Resolution ADR in Action*, Routledge and Sweet & Maxwell, London and New York, pp. 26-42.
- ARSLAN, R., E. YILMAZ, S. TAŞPINAR AYVAZ, E. HANAĞASI, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2022.
- Asian Development Bank, *Public-Private Partnership Handbook*, Philippines, 2008. (çevrimiçi) <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf> 26 Haziran 2023.
- ATALAY, İ. O., “Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yolu Olarak Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Anlamında Uzlaşma”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı:20, ss. 2207-2224.
- ATAMAN FİGANMEŞE, İ., “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl:2011, Sayı:31(1), ss.91-152.
- Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avukatlık Kanununa Bazı Maddelerin Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Kütahya Milletvekili Emin Kara'nın 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/422,1/411,2/317), TBMM, Dönem: 21, Yasama Yılı: 2, S. Sayı: 413. 22.06. 1999. (çevrimiçi) <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c062/tbmm21062094ss0413.pdf> 30 Nisan 2023.

- AYANOĞLU, T., “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 2007, Cilt:65, Sayı:1, ss. 3-38.
- AYGÜL, M. *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- AYGÜL, M., E. ERDOĞAN, “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2020, Cilt:24, Sayı:4, ss.61-100.
- BAKLACI, P., E. AKINTÜRK, “İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Yıl:2009, Cilt:25, Sayı:4, ss.477-536.
- BALCI, M., *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 1. Baskı, Danışman Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- BAYATA CANYAŞ, A., *UNCITRAL Model Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticarî Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- BAYAZIT, B. *Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- BAYTAN, İ., *Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, Esas Numarası: 2/2616, Dönemi ve Yasama Yılı: 2/5, 23.01.2015. (çevrimiçi) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y5/T2/WebOnergeMetni/703e918c-1f48-4579-9009-0409b24846d8.pdf> 23 Temmuz 2023.
- BERKİ, A. H., *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yayıncılık, İstanbul, 1982.
- BİRSEL, M. T., “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1980, Yıl:1 Sayı:1, ss. 97-128.
- Black’s Law Dictionary, 6th Edition, 1990, s. 1036.
- BLACKABY, N., C. PARTASIDES QC, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2015.
- BONHAGE, J., T. LANG, “The Public-Private Partnership Law Review: Germany”, *The Public-Private Partnership Law Review*, 25.03.2022. (çevrimiçi) <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/germany> 25 Mart 2023.
- BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, Second Ed., Wolters Kluwer, Nederland, 2014.
- BOZ, S. S., “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2013, Sayı:2, Cilt:4, ss. 277-322.
- BRANDT K. M., M. K. H. KAN, “China”, *International Arbitration Review* (Ed. James H Charter), Law Business Research Ltd, London, 2018, pp.121-130.
- BROWN, H., A. ARTHUR, *ADR Principles and Practice*, London, 1999.
- BUCHER, E. (1993), İsviçre’de Milletlerarası Ticarî Tahkim (Vedat Buz, Çev.). *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt:27, Sayı:2, ss. 1-22.

- BULT-SPIERING, M., G. DEWULF, *Strategic Issues in Public-Private Partnerships: An International Perspective*, Blackwell Publishing, Oxford, 2006.
- BULUR, A., “Avukatlık Kanunu M. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi”, *TBB Dergisi*, Yıl: 2010, Sayı: 89, ss. 196-241.
- BUSH, R. A. B., J. P. FOLGER (2013), *Arabuluculuk ve Getirileri, Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı* (Gamze Sart, Çev.). Nobel Akademik Yayıncılık.
- CAPPELLETTI, M. “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *The Modern Law Review*, May, 1993, Vol. 56, No. 3, *Dispute Resolution. Civil Justice and Its Alternatives*, pp.282-296.
- CIArb London Centenary Principles 2015. (çevrimiçi) <https://www.ciarb.org/media/1263/london-centenary-principles.pdf> 12 Ekim 2023.
- CIETAC, About Us. (çevrimiçi) <https://www.cietac-eu.org/about-us/#:~:text=Established%20in%201956%2C%20China%20International,disputes%20by%20means%20of%20arbitration>. 13 Ağustos 2023.
- CIETAC, *Annual Report on International Commercial Arbitration in China 2017*, Pekin, 2017.
- Commission of the European Communities, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, EUR-Lex: Access to European Union Law, {SEC(2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004. (çevrimiçi) <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:EN:PDF> 30 Nisan 2023.
- Conference On Security and Co-operation in Europe Final Act, OSCE: Organization for Security and Co-operation in Europe. (çevrimiçi) <https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/39501.pdf> 6 Temmuz 2023.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. (çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf 13 Temmuz 2023.
- CORNER, D., “The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk”, *OECD Journal on Budgeting*, Year:2006, Vol:5, No:3, pp. 37-55.
- CPPPC, *National PPP Integrated Information Platform Project Management Database (Key Numbers)- the First Half of 2022*, 26.07.2022. (çevrimiçi) <https://www.cpppc.org/en/djyw/999354.jhtml> 13 Ağustos 2023.
- CPPPC, Who We Are. (çevrimiçi) <https://www.cpppc.org/en/gywm.jhtml> 13 Ağustos 2023.
- Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, *Tahkime İlişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler*, Cumhurbaşkanlığı Yayınları: 124, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları:3, Ankara, 2021.
- ÇAL, S., *Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü*, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 2008.
- ÇAL, S., *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

- ÇELİKEL, A., B. B. ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku*, Beta, İstanbul, 2021.
- ÇIRKAN, M. H., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculukta Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- DAYINLARLI, K., *HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1997.
- DAYINLARLI, K., *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014.
- DELMON, J., *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure*, Cambridge University Press, Washginton DC, 2017.
- DELMON, J., V. RIGBY DELMON. (2013) "Introduction to Public Private Partnerships", in Delmon J. and V. Rigby Delmon (Ed.), *International Project Finance and PPPs: A Legal Guide to Key Growth Markets*, Wolters Kluwer, pp. 3-23.
- DOLZER, R. "*Bilateral Investment Treaties*", Kluwer Law International, Hague, 1995.
- DURAN, L., "Yap-İşlet-Devret", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Yıl:1991, Cilt:46, Sayı:1, ss.147-170.
- DURSUN, H., "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", *TBB Dergisi*, Yıl:2016, Sayı:125.
- EKMEKÇİ, Ö., M. ÖZEKES, M. ATALI, V. SEVEN; *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- EKŞİ, N., "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 2003, Cilt: 23, Sayı1-2, ss. 295-338.
- EKŞİ, N., "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl:2020, Cilt:40, Sayı:1, ss.43-201.
- EKŞİ, N., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- EMEK, U., "Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü", Kalkınma Bakanlığı, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı, Ankara, 1999.
- Energy Bill as Amended in Committee, 29.07.2023. (çevrimiçi) <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0340/220340.pdf> 16 Ağustos 2023.
- EPEC, *France PPP Units and Related Institutional Framework*. (çevrimiçi) https://www.eib.org/attachments/epec/epec_france_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf 7 Ağustos 2020. (2012a)
- EPEC, *United Kingdom – England PPP Units and Related Institutional Framework*, June 2012. (çevrimiçi) https://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf 16 Ağustos 2023. (2012b)
- ERDOĞAN, E., *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

- ESEN, E., “Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl:2017, Cilt:6, Sayı:1, ss. 75-149.
- ESİRGİN, S.Ö., “II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyyeye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”un Kabulü””, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2011, Cilt: 60, Sayı:4, ss. 935-962.
- European Commission, Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions, Brussels, 2004.
- EVREN, Ç. C., *Kamu – Özel İşbirlikleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- EVREN, Ç. C., *Kamu – Özel İşbirlikleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- EYUBOĞLU, C., “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:2017, Cilt:75, Sayı:3, ss. 227-241.
- Federal Budget Code of 19 August 1969 (Federal Law Gazette I, p. 1284), as last amended by Article 2 of the Act of 1 July 2022 (Federal Law Gazette I, p. 1030). (çevrimiçi) https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Downloads/Resources/Laws/1969-08-19-federal-budget-code.pdf?__blob=publicationFile&v=7 8 Ağustos 2023.
- Federal Ministry for Digital and Transport, PPP Contracts, 18.06.2020. (çevrimiçi) <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Articles/StB/ppp-contracts.html> 8 Ağustos 2023.
- FIADJOE, A., *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Routledge Cavendish, New York, 2006.
- FLEURY, R. P. D. S., Closing the umbrella: a dark future for umbrella clauses?, Kluwer Arbitration Blog, 31.10.2017. (çevrimiçi) <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/13/closing-umbrella-dark-future-umbrella-clauses/> 17 Temmuz 2023.
- FOUCHARD, P. (1999). Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (E. Gaillard, B. Goldman, J. Savage, & P. Fouchard (Eds.)). Kluwer Law International.
- FULLER, L.L., “Mediation – Its Forms and Functions”, *Southern California Law Review*, 1971, Vol. 44, pp. 305-339.
- GARSSE, S. V. (2008). “Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, *3rd International Public Procurement Conference Proceedings*, Part 3, Chapter 16, Amsterdam, The Netherlands, pp. 221-240. (çevrimiçi) <https://www.ippa.org/IPPC3/Proceedings/Chaper%2016.pdf> 20 Haziran 2023.
- GÖZLER, K., *İdare Hukuku*, Cilt:2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu. (çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr> 7 Eylül 2023.
- GÜNDAY, M., *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜNEŞ, S., “İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl:2017, Cilt:37, Sayı:2, ss.408-428.
- GÜRKAN, M. F., *Kamu Özel Ortaklığı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- GÜZELSARI, S. (2013). “Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Kriz ve Türkiye: Aşınan Teoriler* (313-361), (Ed.) Balseven, H. & Ercan, F., Phoenix Yayınları, Ankara.
- HM Treasury and Infrastructure and Projects Authority, *Private Finance Initiative and Private Finance 2 Projects: 2018 Summary Data*, May 2019. (çevrimiçi) [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/805117/PFI and PF2 FINAL PDF1.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/805117/PFI_and_PF2_FINAL_PDF1.pdf) 15 Ağustos 2023.
- HM Treasury, *Infrastructure Finance Review: Summary of Consultation Feedback*, 25.11.2020. (çevrimiçi) [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/937407/IFR consultation response 20201120 FINAL.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/937407/IFR_consultation_response_20201120_FINAL.pdf) 16 Ağustos 2023.
- HM Treasury, *Standardisation of PF2 Contracts*, December 2012. (çevrimiçi) [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure standardisation of contracts_051212.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf) 17 Ağustos 2023.
- HOLLERING, M. F. “Alternative Dispute Resolution and International Trade”, *Review of Law and Social Change*, 1986, Vol. XIV, pp. 785-795.
- HOUTTE, H. V., *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 1995.
- ICSID, Case Details Portigon AG v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/17/15). (çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/17/15> 16 Temmuz 2023.
- ICSID, Case No. ARB/01/13, SGS Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Islamic Republic of Pakistan (Respondent), Decision of The Tribunal On Objections To Jurisdiction. (çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C205/DC622_En.pdf 17 Temmuz 2023.
- ICSID, Case No. ARB/02/6, GS Société Générale de Surveillance S.A. (Claimant) versus Republic of the Philippines (Respondent), Decision of The Tribunal On Objections To Jurisdiction. (çevrimiçi) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6/DC657_En.pdf 14 Temmuz 2023
- ICSID, Confidentiality and Transparency - ICSID Convention Arbitration (2022 Rules). (çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/procedures/arbitration/convention/confidentiality-transparency/2022> 12 Temmuz 2023.
- ICSID, Search Case. (çevrimiçi) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> 1 Eylül 2023.
- ILDIR, G. (2004). “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *TBB Dergisi* 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, , (s. 385-402). Vedat Kitapçılık, Ankara.
- ILDIR, G. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

- Infrastructur UK, PF2:A Gudie, December 2012. (çevrimiçi) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207382/pf2_userguide.pdf 17 Ağustos 2023.
- International Bar Association, Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration, 2018. (çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf 12 Temmuz 2023.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A V. Kingdom of Morocco (Decision on Jurisdiction), International Legal Materials, May 2003, Vol. 42, No. 3, pp. 609-624. (çevrimiçi) https://www.jstor.org/stable/pdf/20694373.pdf?refreqid=excelsior%3A555b40abbcc1564835743bdd395c5dfd&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1 14 Temmuz 2023.
- International Monetary Fund, Public-Private Partnerships, 12 March 2004. (çevrimiçi) <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> 14 Haziran 2023.
- İLHAN, H. A., *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- JENKS, E. (1950), İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler (Mukbil Özyörük, Çev.). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1950/1-2, ss. 40-79.
- K&L Gates, Guide to Leading Arbitral Seats and Institutions, Er. 12.10.2023. <<https://files.klgates.com/files/upload/guidetoleadingarbitralseatsandinstitutions.pdf>>
- KALPSÜZ, T. (2003). “Tahkim Anlaşması” *Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan C.II*, (ss. 742-833), Beta Yayınları, İstanbul.
- KALPSÜZ, T. *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007.
- KALPSÜZ, T., *Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1989.
- Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/616), Dönem :21 Yasama Yılı: 2. (çevrimiçi) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y2/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/ad615241-3c82-4040-b726-a5e49356a9d6.htm> 16 Temmuz 2023.
- Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinde Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Gidilmesi Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun Tasarısı, Esas Numarası: 1/616, Dönemi ve Yasama Yılı: 21/2, 13.01.2000. (çevrimiçi) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y2/T1/WebOnergeMetni/909762d5-36ec-4b19-ba8f-b3d4984f1a22.pdf> 16 Temmuz 2023.
- Kamu-Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı. (çevrimiçi) <https://koi.sbb.gov.tr/> 1 Eylül 2023.
- KAPLAN, İ., *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- KARADAŞ, İ., *Ulusal (İç) Tahkim*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KARAHANOGULLARI, O., *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARAYALÇIN, Y., “Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt.19, Haziran 1998, ss. 1-52.
- KATSORIS, C. N., “The Securities Arbitrators’ Nightmare”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol.14, No.1, 1985, pp. 3-15.
- KAUFMANN KOHLER, G. (1999), “Arbitration Procedure : Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration”, in Albert Jan van den Berg (Ed.), *40 Years of Application of the New York Convention / ICCA Congress Series No. 9, Paris*, Kluwer Law International, Hague, pp.356-365.
- KERF, M., D. GRAY, T. IRWIN, C. LEVESQUE, R. R. TAYLOR and M. KLEIN, *Concessions for Infrastructure*, The World Bank, Washington DC, 1998.
- KEŞLİ, A. T., *İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri*, Simons&Simons ve Group Hukuk Bürosu, Londra ve İstanbul, 2008.
- KEŞLİ, A. T., *PPP Projelerinin Hukuki Rejimi*, Group Law Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KOCAGÖZ, A. M., *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk Kurumu, İngiltere, Fransa, İsveç ve Özellikle A.B.D. Hukuk Sistemleriyle Karşılaştırmalı Olarak*, Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara, 1999.
- KUL, E., *Yapım Sözleşmelerinde Asgari Ekonomik Menfaat Taahhüdü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KURU, B., *Hukuk Muhakemesi Usulü*, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, E., “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt.19, No.3, Haziran 1998, ss. 135-150.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, E., “Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl: 2004, Cilt:22, Sayı:4, ss. 47-57.
- LEVY, S.M., *Build, Operate, Transfer : Paving The Way For Tomorrow’s Infrastructure*, J. Wiley & Sons, New York, 1996.
- LEW, J. D. M., L. A. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- LIEBERMAN, J. K., J. F. HENRY, “Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement”, *University of Chicago Law Review*, 1986, Vol:53, Iss:2, pp. 424-439.
- LU, T.S., Y. HE, *Recent Developments In China’s Cross-border Dispute Resolution Under the “Belt and Road Initiative”*, The American Review of International Arbitration: Columbia Law School, 01.02.2018. (çevirmiş) <https://aria.law.columbia.edu/recent-developments-in-chinas-cross-border-dispute-resolution-under-the-belt-and-road-initiative/> 13 Ağustos 2023.
- MACKIE, K. J. (1991), “Negotiation and Mediation From inelegant haggling to sleeping giant”, In Mackie K. J. (Ed.), *A Handbook of Dispute Resolution ADR in Action*, Routledge and Sweet & Maxwell, London and New York, pp. 74-94.

- MARSHALL, T., H. BEATTY, S. CUNDALL, M. EDWARDS, “The Public-Private Partnership Law Review: United Kingdom” *The Public-Private Partnership Law Review - The Law Reviews*, 20.04.2023. (çevrimiçi) <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom> 8 Ağustos 2023.
- Mayor of London and London Assembly, MD3103 GLA: Mayor budget for 2023-24, , 30.03.2023. (çevrimiçi) <https://www.london.gov.uk/who-we-are/governance-and-spending/promoting-good-governance/decision-making/decisions/md3103-gla-mayor-budget-2023-24?ac-172538=172523> 16 Ağustos 2023.
- MCLAREN, E., “Effective Use of International Commercial Arbitration: A Primer for In-House Counsel”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 19(5), 2022, pp. 473-490.
- MERZLOV, I. Y., “The Regulatory and Institutional Framework of Public-Private Partnership: Cases of France, Germany, and Russia”, *Institutions and Economies*, Year:2022, Vol:14, No:3, pp.25-52.
- MISTELIS, L.A., S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- NADJA MARIE, A., *Global Trends in Mediation*, Alphen aan den Rijn, 2006.
- New York Arbitration Convention, Contracting States. (çevrimiçi) <https://www.newyorkconvention.org/countries> 13 Mayıs 2023.
- New York Arbitration Convention, United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958). (çevrimiçi) <https://www.newyorkconvention.org/english> 17 Haziran 2023.
- NISHIKAWA, R., “Judges and ADR in Japan”, *Journal of International Arbitration*, 2001, 18(3), pp. 361-369.
- NOLAN J.R., J. M. NOLAN-HALEY, M. J. CONNOLLY, S. C. HICKE, M. N. ALIBRANDI, *Black's Law Dictionary Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern* By Henry Campbell Black, M. A., West Publishing Co., Minnessota, 1990.
- NOMER, E., N. EKŞİ, G. ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, 2008.
- NOMER,E., *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- O’LEARY, R., S. S. RAINES, “Lessons Learned from Two Decades of Alternative Dispute Resolution Programs and Processes at the U.S. Environmental Protection Agency”, *Public Administration Review*, November/December 2001, Vol, 61, No, 6, pp. 692-692.
- OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, Paris, 2012. (çevrimiçi) <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf> 24 Ağustos 2023.
- OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, Paris, 2020. (çevrimiçi) <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/275/275.en.pdf> 24 Ağustos 2023.

- OF, E. S., “Karşılaştırmalı Hukukta Tahkim Merkezi ve İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, No.42, 2012, ss. 129-155.
- Office of the United States Trade Representative (Executive Office of the President), 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. (çevrimiçi) <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> 12 Temmuz 2023.
- ORAK, C. Ç., “Sağlık Sektöründeki Kamu Özel İşbirliği Projeleri: Türk Tahkim Hukukunda Bir Anomali Örneği (Mi)?”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl:2020, Cilt:9, Sayı:1, ss. 55-148.
- ORAK, C. Ç., 4501 Sayılı Kanun Kapsamında Yabancılık Unsuru, 01.07.2019. (çevrimiçi) <https://cakmak.av.tr/wp-content/uploads/2019/07/1-4501-Sayili-Kanun-Kapsaminda-1.pdf> 12 Ekim 2023.
- ÖZAY, İ., *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.
- ÖZBAY, İ., “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2006, Cilt: X Sayı: 3-4, ss. 459-475.
- ÖZBEK, M. S., “İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II)”, *TBB Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 57, ss. 82-134.
- ÖZBEK, M. S., “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukuki Sonuçları ve Sınırları”, *Türk Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Mayıs 2020, Cilt:7, Sayı:1, ss. 41-114.
- ÖZBEK, M. S., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÖZBEK, M., “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, *AÜHFD*, Yıl: 2007, Cilt: 56 Sayı: 1, ss. 183-231.
- ÖZDAMAR, M., "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.17, 2013, ss. 831-855.
- ÖZDEMİR DEMİREL, E., *Sermaye Piyasası Uyuşmazlıklarının Alternatif Yollarla Çözümünde Tahkim*, T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Ankara, 2019.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2006). “Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi” *Prof. Dr. Özel Seliçi’ye Armağan* (343-368), Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZEKES, M., E. BİRBEN. (2001). “2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanundaki Mecburi Tahkim ile İhtiyari Tahkimin Karşılaştırılması” *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan* (149-176), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir.
- ÖZEL, S. “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl:2017, Cilt:23, Sayı:1, ss. 303-323.
- ÖZEL, S., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar ihtilafı Meseleleri*, Legal Yayınları, İstanbul 2008.
- PARAMITA, K., “Much in Little: The Umbrella Clause that Changes the International Investment Protection Standard”, *Hasanuddin Law Review*, Volume 6 Issue 1, April 2020, pp. 25-45.

- PEKCANITEZ H., “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, *Hukuk Perspektifleri Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı:5, ss. 12-16.
- PEKCANITEZ H., M. ÖZEKES, M. AKKAN, H. TAŞ KORKMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, Cilt:1, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2017. (2017a)
- PEKCANITEZ H., M. ÖZEKES, M. AKKAN, H. TAŞ KORKMAZ, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, Cilt:2, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2017. (2017b)
- PEKCANITEZ, H. (2011). “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkime İlişkin Hükümleri”, *ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri*, Türkiye Milli Komitesi, Ankara.
- PERINO, M.A., “Report to the Securities and Exchange Commission Regarding Arbitrator Conflict Disclosure Requirements in NASD and NYSE Securities Arbitrations”, Columbia Law School, 2002. (çevrimiçi) <https://www.sec.gov/pdf/arbconflict.pdf> 31 Mayıs 2023.
- PETROCHILLOS, G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2004.
- PORTMAN S., N. MUTI, Increased Transparency under the New ICSID Rules: A Way Forward for ISDS Legitimacy, 01.07.2022, Jus Mundi Blog. (çevrimiçi) <https://blog.jusmundi.com/increased-transparency-under-the-new-icsid-rules-a-way-forward-for-ids-legitimacy/> 12 Temmuz 2023.
- POUDRET, J. F., S. BESSON (2007), *Comparative Law of International Arbitration* (Transl.. Stephen V. Berti and Anette Ponti), Sweet&Maxwell.
- PPIAF, Toolkit for Public-Private Partnership In Roads & Highways, 2009. (çevrimiçi) <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/index.html> 24 Haziran 2023.
- PPP in Niedersachsen, *Die Partnerschaft Deutschland - Berater der öffentlichen Hand GmbH*. (çevrimiçi) https://www.ppp.niedersachsen.de/foederales_pppkompetenznetzwerk/oepp_deutschland_ag/die-oepp-deutschland-ag---partnerschaften-deutschland---55856.html 8 Ağustos 2023.
- Public Private Partnership Policy And Guidance, HM Treasury. (çevrimiçi) https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20130102183301/http://www.hm-treasury.gov.uk/infrastructure_ppp_guidance.htm 17 Ağustos 2023.
- RICHARDS M., K. CALDER, A. HADRILL, “United Kingdom”, *International Arbitration Review* (Eds. André Luiz Freire, Thiago Luís Santos Sombra and Raul Dias dos Santos Neto), Law Business Research Ltd, London, 2020, pp.252-274.
- RIDLEY-DUFF R., A. BENNET, “Towards Mediation: Developing a Theoretical Framework to Understand Alternative Dispute Resolution”, *Industrial Relations Journal*, 2011, Vol. 42, No. 2, pp. 106-123.
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, YKTK İmzalanan Ülkeler Listesi. (çevrimiçi) <https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk/a11602> 13 Eylül 2023.
- SCHAEFER M., T. VOLAND, Germany: Public Private Partnerships In Germany - An Overview, 26.11.2009. (çevrimiçi) <https://www.mondaq.com/germany/government->

- [contracts-procurement--ppp/87762/public-private-partnerships-in-germany---an-overview#](#) 8 Ağustos 2023.
- SCHREUER, C. *The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties*, 20.05.2005. (çevrimiçi) https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0272.pdf 18 Ekim 2023.
- SCHREUER, C. H, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention A Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- SCHREUER, C. H, *The ICSID Convention A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- SCHWARZ, F. T., C. W. KONRAD, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.
- Shearman&Sterling, Important Arbitration Decision for Lenders. (çevrimiçi) <https://www.shearman.com/perspectives/2020/09/important-arbitration-decision-for-lenders> 15 Temmuz 2023.
- SIEMIATYCKI, M., “Public-Private Partnership Networks: Exploring Business-Government Relationships in United Kingdom Transportation Projects”, *Economic Geography*, July 2011, Vol. 87, No. 3, pp. 309-334.
- SMYTH, H., A. EDKINS, “Relationship management in the management of PFI/PPP projects in the UK”, *International Journal of Project Management*, 25 (2007), pp. 232–240.
- SOYSAL, T., *Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005.
- SÖYLER, İ., “Kamu Mali Yönetim Sisteminin Bütçe Teknik ve Süreçlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler Açısından Değerlendirilmesi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:2006, Sayı:16, ss.283-300.
- Standardized Agreements, Bidding Documents and Guidance Manuals, World Bank. (çevrimiçi) <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/standardized-agreements-bidding-documents-and-guidance-manuals> 21 Temmuz 2023.
- SUBAŞI, İ. (2003). “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, *Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan C.II*, (742-833), Beta Yayınları, İstanbul.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A vs. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30.05.2010. (çevrimiçi) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf> 18 Ekim 2023.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, M. “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı: 2, ss. 353-369.
- SUSSMAN, E., "Why Arbitrate? The Benefits and Savings" *New York State Bar Association Journal*, No. 81, 2009, pp. 20-21. (çevrimiçi) <https://sussmanadr.com/wp-content/uploads/2016/07/why-arbitrate-NYSBA-Journal-Oct-09-.pdf> 11 Ocak 2024.
- SÜRAL, C., “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:2014, Cilt:16, Özel Sayı, ss.1377-1411.

- SÜRAL, N., “2822 Sayılı Yasada Barışçı Çözüm Yolları”, *İş Hukuku Dergisi*, C.3, Yıl: 1993, ss. 51-63.
- SÜRAL, N., *İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları*, Türk-İş Yayınları, Ankara, 1982.
- ŞAHİN CEYLAN, Ş., *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ŞAHİN, M., Ö. UYSAL, Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu - Özel Sektör Ortaklıkları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.
- ŞANLI, C. “Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO’nun ADR Kuralları”, *İÜHFD*, Yıl: 2002, Cilt: 22 Sayı: 1, ss. 57-68.
- ŞANLI, C., E. ESEN, İ. ATAMAN FİGENMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, İstanbul, 2020.
- ŞANLI, C., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.
- ŞANLI, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- T.C. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, *Dünyada ve Türkiyede Özelleştirme Uygulamaları Teorik ve Tarihsel Bir Perspektif*, (Ed. Cengiz Yavilioğlu, Güven Delice, Onur Özsoy), Ankara, 2010.
- T.C. Kalkınma Bakanlığı, *Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler*, Ankara, 2012.
- T.C. Kalkınma Bakanlığı, *Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, 2014.
- T.C. Kalkınma Bakanlığı, *Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, 2018.
- TAKAVUT, İ. D., “Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule İlişkin Konularda İdare Serbestisi”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi), İstanbul, 2020.
- TAN, T. (1996). “İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, *Yap - İşlet - Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- TAN, T., “İdare Hukuku ve Tahkim”, *Amme İdaresi Dergisi*, Yıl:1999, Cilt:32, Sayı:3, ss.3-23.
- TAN, T., “Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Yıl:1992, Cilt:47, Sayı:3, ss.307-325.
- TAN, T., B. BAYAZIT, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- TANRIBİLİR, F. B., B. ŞİT, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Tahkim Kanunu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt.22, Şubat 2002, ss. 819-838.
- TANRIVER, S. (2006). “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, *Fikret Eren’e Armağan*, (ss. 821-842). Yetkin Yayınları, Ankara.

- TANRIVER, S., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- TANRIVER, S., *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt:1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (2021a)
- TANRIVER, S., *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt:2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (2021b)
- TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21 Cilt:23 Yasama Yılı:2, 50 nci Birleşim, 20.01.2000 Perşembe. (çevrimiçi) <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak20230120/21/2/50/c1ff863a-7259-4c0c-9ffd-dddd5c7e220a.html> 16 Temmuz 2023.
- TEKİN, A.G., *Kamu Özel İşbirlikleri/Ortaklıkları (PPP) ve Türkiye Deneyimi*, Mayıs 2008. (çevrimiçi) <https://www.angelfire.com/ok4/aligunertekin/PPPveTürkiyeDeneyimi1.pdf> 15 Haziran 2023.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, (Ed. Ali Yeşilirmak, Elif Kısmet Kekeç, Alper Bulur), Adalet Bakanlığı, Üçüncü Basım, 2021.
- The World Bank, PPP Laws/Concession Laws – France, 12.01.2022. (çevrimiçi) <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-laws-concession-laws-france> 7 Ağustos 2023.
- The World Bank, *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 3*, Washington DC, 2017. (çevrimiçi) <https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/e64a94b9-b0cb-51a3-b8dd-36bd7944284f> 24 Ağustos 2023.
- THIERIOT H., C. DOMINGUEZ, *Public-Private Partnerships in China*, International Institute for Sustainable Development, Canada, 2015.
- TİRYAKİOĞLU, B., *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- TORRANCE, D., *Introduction to Devolution in the United Kingdom*, House of Commons Library, 25.01.2022. (çevrimiçi) <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8599/CBP-8599.pdf> 16 Ağustos 2023.
- TORRES-LUGO, D. S., “Overview of Public Private Partnerships in China And India: A Comparative Analysis”, *Boston University International Law Journal*, Year:2022, Vol:40, pp.216-235.
- TRACTENBERG, C. R., “Nuts and Bolts of International Arbitration”, *Franchise Law Journal*, Amerikan Bar Association, Winter 2019, Vol: 38, No: 3, ss. 451-468.
- TRT Haber, *Türkiye ve Suudi Arabistan arasında farklı alanlarda anlaşmalar imzalandı*. (çevrimiçi) <https://www.trthaber.com/haber/gundem/turkiye-ve-suudi-arabistan-arasinda-farkli-alanlarda-anlasmalar-imzalandi-782378.html> 19 Temmuz 2023.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi, Esas Numarası: 2/187, Dönemi ve Yasama Yılı:21/1. (çevrimiçi) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D21/Y1/T2/WebOnergeMetni/5274ec87-4dff-461a-9046-284e7eb8e900.pdf> 6 Temmuz 2023.
- UK Government, *PFI Centre of Excellence*, 21.07.2023. (çevrimiçi) <https://www.gov.uk/government/collections/public-private->

- [partnerships#:~:text=A%20Private%20Finance%20Initiative%20\(PFI,public%20asset%20and%20related%20services. 16 Ağustos 2023.](#)
- ULUSOY, A. (2001). “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti* (1-22), (Ed.) Ulusoy, A., Liberte Yayınları, Ankara.
- ULUSOY, A., *Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış*, Elder Yayınları, Ankara, 2005.
- UNCITRAL Mediation Rules 2021, United Nations, Vienna, 2022. (çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01369_mediation_rules_ebook_1.pdf 29 Ağustos 2023.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985 With amendments as adopted in 2006). (çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf 6 Haziran 2023.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002). (çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf 12 Mayıs 2023.
- UNCITRAL, *Legislative Guide on Public-Private Partnerships*, United Nations Publications, Vienna, 2020 (çevrimiçi) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf 21 Ağustos 2023.
- UNCITRAL, Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, New York, 2014. (çevrimiçi) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf> 12 Temmuz 2023.
- UNCTAD, Investment Hub Policy, Investment Dispute Settlement Navigator > Türkiye. (çevrimiçi) Er. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/214/t-rkiye> 16 Temmuz 2023.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator. (çevrimiçi) <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> 11 Temmuz 2023.
- UNCTAD, Investment Policy Hub, Total number of known investment treaty cases rises to 1,257 (çevrimiçi) <https://investmentpolicy.unctad.org/news/hub/1717/20230419-total-number-of-known-investment-treaty-cases-rises-to-1-257> 11 Temmuz 2023.
- UNCTAD, World Investment Report 2019, Special Economic Zones. New York. (çevrimiçi) https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf. 17 Temmuz 2023.
- UNECE, Standard on Private-Public Partnerships/Concession Model Law, 02.12.2022. (çevrimiçi) https://unece.org/sites/default/files/2023-05/ECE_CECI_WP_PPP_2022_5-2217017E.pdf 16 Ekim 2023.
- UNECE/EBRD, “UNECE EBRD Model Law for Public-Private Partnerships Concessions”, *PPP Regulatory Guidelines Collection*, Vol:1, Chapter:2, 2022. (çevrimiçi) <https://www.ebrd.com/sites/ContentServer?c=Content&rendermode=preview&cid=1395312943603&pagename=EBRD%2FContent%2FContentLayout#:~:text=The%20EB>

[RD%20PPP%20Guidelines%20comprise,as%20benchmark%20and%20reference%20material](#) 24 Ağustos 2023.

ÜNAL, H. (2012). “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim Dışında Kalan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan*, (ss. 1237-1273). Vedat Kitapçılık, Ankara.

VAISSIER F.G., A.C. HON, S. RUFFIÉ, L. GEHIN; “France”, *The Public–Private Partnership Law Review* (Eds. Matthew Job and Tom Marshall), Law Business Research Ltd., London, 2023, pp.21-35.

VAISSIER F.G., H. MARTIN SISTERON, A. SENIUTA; “France”, *The Public–Private Partnership Law Review* (Eds. Bruno Werneck and Mário Saadi), Law Business Research Ltd., London, 2023, pp.90-109.

White&Case and Queen Mary University of London, 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. (çevrimiçi) [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) 12 Ekim 2023.

White&Case and Queen Mary University of London, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World. (çevrimiçi) https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf 12 Ekim 2023.

WONG, J., “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, *George Mason Law Review*, Year:2006, Vol:14, pp. 137-179.

YAĞCI, M. O. “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, Yıl: 2022, Sayı:42 (2), ss. 529-559.

YALÇIN, F.C., *Kamu Özel İşbirlikleri (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.

YAN, W. “Legislative Conflicts and the Resolution of China's PPP Legislation”, *China Legal Science*, Year:2019, Vol:7, No:1, pp.3-29.

YEĞENGİL, R., *Tahkim (L’arbitrage)*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974.

YEŞİLIRMAK, A., Erdoğan, E. (Ed.) (2018), Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yolu Birlikte Kullanılarak Çözümü, Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, Yargıtayın 150. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, Ankara, 181-188. (çevrimiçi) <https://testapi.aybu.edu.tr/admin/genel/GetFile?id=4db24fd3-a751-44f4-bc2e-71cd8758aeba.pdf> 30 Mayıs 2023.

YEŞİLIRMAK, A., “Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesine İlişkin Son Gelişmeler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl: 2000, Cilt:20, Sayı:3, ss.191-196.

YEŞİLIRMAK, A., *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

- YEŞİLOVA, B., ““Lex (Locı) Arbitrı” ve “Tahkim Yeri” Kavramları Işığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yer İtibariyle Uygulama Alanı (MTK m. 1/II)”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl:2013, Cilt:2, Sayı:1, ss.99-163.
- YILDIRIM, T., M. YASİN, N. KAMAN, E. ÖZDEMİR, G. ÜSTÜN, H. M. ÇAKIR, Ö. OKTAY TEKİNSOY. (2021). *İdare Hukuku* (T. YILDIRIM, Ed.). On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- YILDIZ, H., “Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesiştiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu”, *TBB Dergisi*, Yıl:2014, Sayı:111, ss.279-296.
- YILMAZ, E. (2000). “Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler*, İzmir Barosu, İzmir.
- YILMAZ, E., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- YU, W., “Dispute Resolution Mechanisms of PPP Agreements in China: A Research Based On Judicial Decisions”, *Frontiers of Law in China*, Year:2019, Vol:14, No:3, pp.360-386.
- ZHANG, Z., “Legal Remedies for Public Private Partnerships in China”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Year:2020, Vol:15, No:3, pp. 216-224.
- ZHENZHONG L., G. JINKANG, “On the Reconstruction of the Specific Legislation of the PPP in China”, *China Legal Science*, Year:2019, Vol:7, No:3, pp.3-32.

DİZİN

3

3996 sayılı Kanun, 4, 106, 108, 116, 119, 121, 136, 152, 157

4

4501 sayılı Kanun, 4, 37, 123, 124, 125, 126, 127, 130, 131, 132, 152, 156, 157, 158

6

6428 sayılı Kanun, 4, 104, 134, 136, 138, 139, 157, 158

A

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, 10, 14, 15, 62

arabuluculuk, 11, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 40, 62, 70, 81, 84, 90, 91, 92, 93, 94, 155, 160, 161, 162, 164

AUÇY, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 18, 21, 22, 23, 62, 85, 122

I

ICSID, vii, 33, 42, 43, 44, 45, 46, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 158, 159, 172, 175, 176, 180, 181

İ

imtiyaz sözleşmesi, 74, 92, 108, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 126, 132, 151, 152, 156

işletme hakkı devri, 101, 104, 106, 121

K

kamu özel işbirliği, 1, 5, 8, 106, 117, 126, 144, 151, 159

KÖİ, ii, vii, 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 55, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 96, 97, 98, 102, 103, 106, 107, 113, 114, 121, 122, 139, 140, 142, 144, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169

M

milletlerarası tahkim, 29, 37, 55, 90, 124, 125, 126, 127, 130, 132, 152

N

New York Sözleşmesi, 27, 31, 34, 44, 47, 48, 49, 50, 56, 57, 59, 122, 127, 133, 137, 138, 139, 163

T

tahkim, 3, 4, 11, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 74, 75, 76, 82, 84, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 110, 112, 113, 114, 117, 118, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 162, 163, 164, 166, 167, 168, 169

tahkim yeri, 37, 46, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 61, 63, 82, 123, 124, 126, 127, 128, 133, 136, 138, 139, 157, 163, 164, 167, 169

U

UNCITRAL Model Kanunu, 28, 50, 126, 171

uyuşmazlık çözüm kurulu, 87, 88, 161, 164

uyuşmazlık çözüm mekanizması, 91, 168

Y

yabancı hakem kararı, 58, 59, 123, 127, 133, 136, 137, 138

yabancı yatırımcı, 40, 41, 42, 129, 139, 140, 145, 146, 147, 148, 153, 162

Yap-işlet modeli, 100, 101

yap-işlet-devret modeli, 69, 99, 107

yap-kirala-devret modeli, 102

yatırım, 4, 6, 8, 29, 33, 40, 42, 43, 44, 45, 68, 72, 73, 76, 79, 83, 90, 92, 93, 98, 99, 101, 102, 103, 109, 110, 111, 114, 115, 127, 129, 130, 131, 139, 140, 142, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 153, 157, 159, 160

yatırımcı-devlet tahkimi, 158

yerli hakem kararı, 57, 127, 136, 137

YİD, viii, 98, 100, 102, 105, 116, 117, 119, 152, 156, 166, 167, 169

YKD, viii, 102, 119, 167, 168



TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI
STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI

YÖNETİM HİZMETLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
BİLGİ VE BELGE YÖNETİMİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI
Ekim 2026

Necatibey Cad. No: 110/A 06570 Yücetepe - ANKARA
Tel: +90 (312) 294 50 00 • Faks: +90 (312) 294 52 98

ISBN NO : 978-625-5752-83-3

STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI YAYINLARI BEDELSİZDİR, SATILAMAZ.