

4501 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YABANCILIK UNSURU

Cem Çağatay ORAK

I. Genel Olarak

Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasına 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunun¹ 2. maddesiyle yapılan ekleme sonucunda kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi imkânı getirilmiştir. 4446 sayılı kanunun bu hükmü uyarınca milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilmektedir. Söz konusu Anayasa değişikliğine paralel olarak, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilmesi halinde uyulması gereken esaslar ile milletlerarası tahkime ilişkin ilkeleri belirlemek amacıyla 4501 sayılı kanun çıkarılmıştır.²

21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesi uyarınca ise; “21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu kanuna tabidir”³ 4501 sayılı kanunun dili incelendiğinde, bazı hükümlerinin yanlış anlaşılmaya elverişli ve uygulamada sorunlar doğurabilecek nitelikte olduğu görülmektedir.⁴ 4501 sayılı Kanunun 2. maddesinde “tahkim yolu” tanımlanırken; “Tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyeti” ifadesi kullanılmıştır. Oysaki kanunun “**Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümü**” başlıklı 3. maddesinin c bendi uyarınca uyuşmazlıkların kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülebilmesi imkânı getirilmiştir. Bu açıdan kanunun 2. maddesindeki tarafların tahkim usulünü belirleyebilme hakları, herhangi bir organize tahkim müessesesini yetkilendirmeleriyle sınırlı olmaktadır. Tarafların herhangi bir organize tahkim kurumunun yargılama usulünü yetkilendirdikten sonra, tahkim şartı veya sözleşmesinde ayrı usul kuralları öngörmeleri mümkün değildir.

Aynı şekilde kanunun “**Tahkim Yoluna İlişkin İlkeler**” başlıklı 4. Maddesinde “tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde uygulanması istenen tahkim kuralları ve hakem kurulunun yargılama usulü” biçiminde bir ifade vardır. Bu düzenleme tahkim kuralları ve yargılama usulünün iki farklı kavram olduğu izlenimini vermektedir. Uygulanması istenen tahkim kuralları ihtilafın esasına uygulanacak maddi hukuk kuralları olarak değerlendirilemez. Tahkim kuralları tahkim yargılamasında hakem veya hakem heyeti tarafından uygulanacak usul kurallarını ifade etmektedir.⁵ Bu anlamda uygulanacak tahkim kuralı ile hakemlerin yargılama usulü arasında bir fark olmadığı kanaatindeyiz.

Özellikle 4501 sayılı Kanunun çerçeve 7. maddesinin kanunun başlığı ve içeriği ile uyumsuz olduğu göze çarpmaktadır. Kanun kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim usulünün uygulanmasına ilişkin ilke kuralları getirmektedir. Bu anlamda imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulması durumunda

hangi hususlara dikkat edileceğini göstermesi gerekirken, kanunun 7. maddesiyle 3996 sayılı kanunun geçici 1. fıkrasında değişiklik yapılmak suretiyle 3096 ve 3465 sayılı kanunlarda öngörülen sözleşmelerin hukuksal niteliği üzerinde durulmuş ve hukuksal niteliklerinin değişikliğe uğratılabileceği hükme bağlanmıştır.

Her ne kadar, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasanın 47. maddesine eklenen 4. Fıkra hükmünde “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir” biçiminde bir ifade yer alsada, 3096 ve 3445 sayılı kanunlarda belirlenen sözleşmelerin hukuksal niteliklerinin değiştirilmesine yönelik düzenlemenin yerinin 4501 sayılı kanun olmamak gerekir.⁶

II) Yabancılık Unsuru

A) Yabancılık Unsurunun Tanımı Bakımından Yapılan Değerlendirme

Yabancılık unsuru 4501 sayılı Kanunun 2/c maddesinde: “Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri” biçiminde tanımlanmıştır. Yabancılık unsurunun 4501 sayılı Kanunda çok geniş bir şekilde tanımlanmış olması yönündeki tartışmaların⁷ ötesinde yabancılık unsurunun, kamu hizmeti imtiyaz sözleşme ve şartnameleri dikkate alındığında hukuki bir kıstastan ziyade ekonomik kıstaslar dikkate alınmak suretiyle bir tanımının yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu milletlerarası ticari tahkimin gerekleri açısından uygun bir düzenleme olabilir ancak anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş olsa da, imtiyaz sözleşmelerinde milletlerarası tahkim söz konusu olduğunda yabancılık unsurunun salt ekonomik kriterlerle tanımlanması yerinde değildir. 4492 sayılı kanunla 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23. Maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklikle Danıştayın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi kaldırılmış ve düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. Doktrinde Danıştayın buradaki düşünce bildirme görevinin tam olarak ne anlama geldiğinin anlaşılacağı şeklinde görüşler ileri sürülse de,⁸ kanaatimizce Danıştayın buradaki düşünce bildirmesi sırasında sözleşmenin (i) yabancılık unsuru içerip içermediği, (ii) tahkim şartının açık olup olmadığı ya da (iii) 4501 sayılı kanunun genel anlamdaki düzenleyici hükümlerine uyulup uyulmadığı noktasında yapmış olduğu belirlemeler hakem kararına karşı yargılama sonucunda başvurulacak muhtemel kanun yolları bakımından önem arz edebilir.

B) Anayasaya Aykırılık Bakımından Yapılan Değerlendirme

4501 sayılı kanunun 2/c bendi ile 7. ve geçici 1. maddelerinin Anayasanın 2, 10, 48, 125 ve 167. Maddelerine aykırı olduğu ve iptali istemiyle açılan davayı Anayasa Mahkemesi 20.07.2000 tarih ve 2000/16 E. ve 2000/17 K. sayılı kararıyla hükme bağlamış ve Anayasaya aykırı iddiasını reddetmiştir.⁹ Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararına ilişkin yapılabilecek yorumlar incelememizin konusunu ve sınırını aşabilecek niteliktedir. Bununla beraber, bu kararda önemli gördüğümüz bazı noktalara değinmekte yarar görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi 4501 sayılı Kanunun yabancılık unsurunu tanımlayan 2/c bendinin iptali istemini reddederken özetle şu ifadelerle yer vermiştir: “...Türk

hukukunda yabancılık unsurunun gerek yargı kararları gerekse öğretide bir hukuki işlem veya ilişkinin birden çok hukuk düzeniyle bağlantılı olması halini ifade etmektedir.. Bu konuya mukayeseli hukuk açısından bakıldığında da ortak kabul görmüş bir tanıma rastlanmamakta, her ülkenin kendi ekonomik koşul ve değerlendirmelerine göre farklı kurallar benimsendiği görülmektedir. ...yasa koyucunun 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.” denilmek suretiyle 4501 sayılı kanunun 2/c bendinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi burada konu unsuru yönünden bir değerlendirme yapmamış, yasama organının takdir yetkisini saptamakla yetinmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin özellikle 90'lı yıllarda Yap-İşlet ve Yap-İşlet-Devret Modellerine ilişkin olarak çıkarılan yasalar hakkındaki kararları incelendiğinde, 4501 sayılı kanuna ilişkin olarak verdiği karardaki değişim çizgisi dikkat çekicidir.

C) Yabancılık Unsuru ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Arasındaki İlişki

4501 sayılı kanunun yabancılık unsurunun tanımında kıstas olarak alınan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 17 Haziran 2003 tarih ve 25141 sayılı RG'de yayımlanan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 5/c maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup mevzuatta 6224 sayılı kanuna yapılan atıfların 4875 sayılı kanunun ilgili bölümlerine yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla 4875 sayılı kanunun 2. maddesinde tanımlanan yabancı yatırımcı ve doğrudan yabancı yatırım da 4501 sayılı kanun uyarınca uygulanma alanı bulan milletlerarası tahkimin belirleyici kıstası olan yabancılık unsurunun tanımlanmasında rol oynayacaktır. 4875 sayılı kanun ışığında yabancılık unsuru (i) doğrudan yabancı yatırımcı¹⁰ ve (ii) doğrudan yabancı yatırımdır denilebilir.

17 Haziran 2003 tarih ve 24141 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 5.6.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun uyuşmazlıkların çözümü başlıklı 3/e maddesinde şu düzenleme bulunmaktadır: “Özel hukuka tabi 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 ve milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir,” bu ifadeden kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim haricinde arabuluculuk ve uzlaştırıcı enstrümanlarından da faydalanılabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır.¹¹ Oysaki Türk İdare hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından hepsi değil sadece tahkim olanaklıdır.¹²

Sonuç

Ülkemizde 13 Ağustos 1999 Anayasa değişikliği ile gerçekleştirilen reform 4501 ve imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili hükümleri dikkate alınmak kaydıyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile tamamlanmaya çalışılmıştır. Özellikle kamu hizmeti

İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri anlamında yabancı yatırımcılar ve kreditorler tahkim usulünü büyük çaplı projelerin olmazsa olmaz koşulu olarak değerlendirdiklerinden,¹³ bu sözleşmeler için Anayasa hükümleriyle uygulama alanı bulan milletlerarası tahkimin hayata geçirilmesinin önkoşulu olarak düzenlenen yabancılık unsuru, 4501 sayılı kanundaki düzenleme dikkate alındığında uygulamada sorunlar doğurabilecek niteliktedir. Muhtemel sorunların önlenmesi ise Anayasada yapılan değişikliğin özüne ve amacına uygun olarak hukuksal ve ekonomik kıstaslar vasıtasıyla açık bir şekilde yapılacak yabancılık unsuru tanımıyla gerçekleştirilebilir.

Kaynakça

1. Ali ULUSOY; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2001
2. Turgut KALPSÜZ; Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara
3. Thomas OEHMKE; International Arbitration, August, 1992
4. Metin Günday; İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2002
5. Zergül ÖZBİLGİÇ; Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru, Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, 2001
6. Mahmut BİRSEL; Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri, Liberal Düşünce Topluluğu Hukuk-Ekonomi Araştırma merkezi tarafından 22 Ocak 2000 tarihinde düzenlen sempozyumda sunulan bildiri
7. Onur KARAHANOĞULLARI; Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara, 2002
8. Bilgin TIRYAKIOĞLU; Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003,
9. Linda SINGER; Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System, Westview Press, USA, 1990
10. C. Klaus/ M. Liatowitsch – Mediation; International Arbitration in Switzerland, A handbook for practioners, Kluwer Law International, 2004
11. BROCHES, A. Choice of Law Provisions in Contracts with Governments, 1995
12. Mümtaz SOSYAL, M., İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, ASO, 16 Temmuz 1996 Ankara, -Panel,

¹ 14.08.1999 tarih ve 21786 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

² 22.01.2000 tarih ve 23941 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³ 4501 sayılı Kanun ile 4686 sayılı Kanun arasındaki bağlantının Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Bakımından ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. ULUSOY, A., Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine İlişkin Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 88.

⁴ Benzer yönde bir ifade 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu için ileri sürülmüştür. KALPSÜZ, T. Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 117.

-
- 5 Bu konu ile ilgili farklı örnekler için bkz. OEHMKE, T, International Arbitration, August, 1992, s. 48.
- 6 4501 sayılı Kanununun Adalet Komisyonu raporunda şu ifadeler yer verilmiştir. “7. maddedeki düzenleme ile atıfta bulunulan 3096 ve 3465 sayılı kanunların tarihleri ve adları yazılmış ve bu kanunlar kapsamındaki amaç ve kapsama uygun tanımlamalar getirilmiştir ve madde gerekçesinin yalnızca yap-işlet-devret modelini kapsadığı şeklindeki eksiklik giderilmiştir.” Bkz. Adalet komisyonu, Esas no. 1/616, Karar No. 16, 19.1.2000, Anayasa Mahkemesinin 2000/16 Esas ve 2000/17 Karar sayılı kararı ile 4501 sayılı Kanununun 2. maddesinin (c) bendi ile 7. ve geçici birinci maddelerinin Anayasanın 2, 10, 48, 125 ve 167. Maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle açılan iptal davası reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı ve gerekçesi için bkz. Resmi Gazete / 9 Kasım 2004 tarih ve S. 25638, s. 47 vd.
- 7 Bu yöndeki yorumlar için bkz. GÜNDAY, M., İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2002, s. 305, ÖZBİLGİÇ, Z., Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru, (in) Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, 2001, s. 75 vd., BİRSEL M., Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri, Liberal Düşünce Topluluğu Hukuk-Ekonomi Araştırma Merkezi tarafından 22 Ocak 2000 tarihinde düzenlenen sempozyumda sunulan bildiri
- 8 Bkz. KARAHANOGULLARI, O, Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim, Ankara, 2002, s. 327.
- 9 Bkz. Resmi Gazete 9 Kasım 2004, S. 25638, s.47 vd.
- 10 Doğrudan yabancı yatırımın tanımı için bkz., TİRYAKİOĞLU, B., Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara, 2003, s. 10.
- 11 ABD’de özellikle işçi ve işveren ilişkilerinde sıkça uzlaştırıcıya başvurulurken, özellikle kamu yararının yoğun bir biçimde kendisini gösterdiği doğal kaynakların işletilmesi, kamu kuruluşlarının yönetimi ve kamu parasının harcandığı alanlarda uzlaştırıcı veya arabulucu tercih edilmemektedir. SINGER, L., Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System, Westview Press, USA, 1990, p. 161
- 12 İsviçre’de İdari makamlar arasında ortaya çıkan ihtilafta arabuluculuk geniş uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. C. Klaus/M. Liatowisch–Mediation, International Arbitration in Switzerland, A handbook for practioners, 2004, Kluwer Law International, p. 226.
- 13 Bu yöndeki ayrıntılı görüşler için bkz. SOSYAL, M., İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim, 16 Temmuz 1999 Ankara, ASO, Panel, s. 40 vd., Ayrıca bkz. BROCHES, A.; Choice of Law Provisions in Contracts with Governments, 1995, s. 530.