

TAHKİMİN KAMU HİZMETLERİNE UYGULANMA SORUNSA LI VE OLASI SONUÇLARI

THE PROBLEMATIC OF CARRYING OUT THE PUBLIC SERVICES OF ARBITRATION AND ITS POSSIBLE RESULTS

Mehmet NAR*

Özet: Küreselleşme adı verilen etkileşim emek, mal, sermaye ve hizmet hareketliliğinin dünya çapında serbestleşmesini sağlarken, küresel yatırımların boyutunu da olabildiğince arttırmıştır. Bu durumdan yararlanmak isteyen kaynak ihtiyacındaki ülkeler yabancı yatırımcılara pek çok avantaj sunarken, yabancı sermayedar ise söz konusu avantajlara ilave olarak hukuki düzenlemeleri de bir bütün halinde görmek istemektedir. Çünkü ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık halinde yatırımın yapıldığı ülkenin devlet yargısına gitmek yerine kendilerinin de adil şekilde yargılanabilecekleri uluslararası hakem heyeti marifetiyle sorunların çözümünü amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu makale uluslararası tahkim müessesinin önemine yer vermekte, küresel sermaye akımlarının ulaştığı boyut dikkate alındığında küresel tahkim hukukun oluşturulma gereği inceleme konusu edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Küreselleşme, yatırım, uyuşmazlık, uluslararası, tahkim.

Abstract: Although the interaction called globalization liberalize the mobility of labor, commodity, capital and service in the world wide, increases the volume of global investment. While the countries which intend to benefit from this situation provide a lot of opportunities for the foreign investors, foreign lenders want to see the legal arrangements as a whole. However, they try to find solutions for the problems by applying international trade courts, where they expect to expose a fair trial instead of the courts in the invested county in case of a disagreement. Therefore, this article refers to the importance of international arbitration and the need of composing an international arbitration law when the volume of global capital flows taken into consideration.

Keywords : Globalization, investment, conflict, international, arbitration.

1. Giriş

Devletlerin gelir yetersizliği sebebiyle imtina edemeyeceği bir şekilde gerçekleştirilmesi gereken kamusal (yarı kamusal) mal ve hizmetler vardır. Örneğin enerji, elektrik, doğalgaz, baraj, transit yollar, şebeke yatırımları gibi büyük altyapı yatırımlarının belli seviyelerde de olsa gerçekleştirmesi zaruret arz etmekte ancak kaynak yetersizliği nedeniyle gerçekleştirilemeyen kamusal mal ve hizmetlerin, yabancı sermayedar ya da yabancı yatırımcı tarafından yap, yap-işlet, yap-işlet-devret gibi çeşitli yöntemlerle gerçekleştirildiği ya da finanse edilebildiği görülmekte, küreselleşme süreci ise bu noktada belirleyici olmaktadır.

Özellikle küreselleşme adı verilen etkileşimin temel yapılarından olan teknolojik ilerlemeler ve buna paralel olarak ulaşım ve iletim maliyetlerinin önemli ölçüde azalması ulusal piyasaların, uluslararası piyasalarla daha kolay entegrasyonunu ve böylece emek, mal, sermaye ve hizmet hareketliliğinin küresel çapta serbestleşmesini sağlamıştır. Ülkeler arasındaki ekonomik etkileşim tarife ve tarife dışı engellerin kaldırılması, ticarete yönelik kısıtlamaların hafifletilmesi, sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesini de beraberinde getirmiş yabancı yatırımların bir ülkeden diğerine akışkanlığı artmıştır (OECD, 2011: 14). Bu durumdan yararlanmak isteyen kaynak ihtiyacındaki ülkeler ise özellikle doğrudan yabancı yatırımcılara sayılanlara ilave olarak pek çok cazip fırsatlar sunmuşlardır.

Bu amaçla ülkeler; hükümet garantileri (fiyat, ürün alım garantisi), serbest kar transferi, devletleştirmeye karşı garantiler, ucuz hammadde, ucuz işgücü temini, yatırım indirimi, düşük vergileme gibi pek çok teşviksel uygulamaları yürürlüğe koymuşlardır. Ancak bu türden uygulamalar yabancı yatırımcılar açısından gerekli şartlardan olmuş fakat yeter şart olmamıştır. Çünkü yabancı sermayedar ekonomik ve mali avantajlar yanında özellikle hukuki düzenlemeleri de bir bütün halinde görmek istemekte, ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık durumunda yatırımın yapıldığı ülkenin yerel mahkeme ya da devlet yargısına gitmek yerine kendilerinin de adil şekilde yargılanabilecekleri uluslararası hakem ya da tahkim heyeti marifetiyle sorunların çözümünü amaçlamakta, küresel sermaye akımlarının ulaştığı boyut dikkate alındığında ulusal hukuk kurallarının ötesinde küresel hukukun oluşturulması gereği de son derece önemli olmaktadır.

Günümüzde uluslararası sermaye akımlarında görülen bariz artış iktisadi faaliyetlerin daha karmaşık hale gelmesine neden olmaktadır. Uyuşmazlık konularının değişerek yeni konsept sorunların ortaya çıkması, bu sorunların yeni yöntemlerle giderilmesi gereğini zaruri kılmakta, bu durum uluslararası tahkim mekanizması benzeri yöntemlerle uyuşmazlıkların çözümünü gündeme getirmektedir. Bununla birlikte bu tür mekanizmaların ülkelerin egemenlik yetkisini sınırlayabileceğine yönelik tartışmalar ise politik iktisatta temel sorunsallardan biri olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

2. Uluslararası Tahkimin Tanım, Tarihçe ve Kapsamı

Tahkim, her iki tarafın üzerinde anlaşmaya vardığı konular dahilinde ortaya çıkabilecek bir anlaşmazlığın devlet yargısı dışında hakem kararına başvurmak suretiyle çözümlenmesidir (Collin, 2003: 17). Diğer bir ifadeyle tüm tarafların rızası ile bir anlaşmazlığın üçüncü kişi veya kişilerce çözümüne imkân tanıyan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir (Wild, 2006: 29). Ya da herhangi bir anlaşmazlık konusunun, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartına uygun olarak taraflarca kararlaştırılan kişi veya kişiler marifetiyle çözümlenmesi, şimdiki ya da gelecekteki bir hukuki ihtilafın tahkim sözleşmesi kapsamında hakem aracılığıyla giderilmesi veya ortadan kaldırılmasıdır (Martin, 2003: 31).

Tarihsel açıdan değerlendirildiğinde: M.Ö. 700 yılında eski Fenike’de, 2000 yıl önce Çin’de, 2500 yıl önce Hindistan’da, Antik Mısır Medeniyetinde bağlayıcı tahkim kararlarının zengin tarihini gösteren sayısız örneklerine rastlamak mümkündür. **Antik Yunan’da tahkim:** Yargıç yerine, hakem ya da tahkim mekanizması vasıtasıyla öz denetim (*self-policing*) ya da diğer bir ifadeyle otokontrolün sağlanması amaç edinilmiştir. Aristo ve Cicero tahkimi olumlu bir mekanizma olarak görerek adeta günümüz tahkim mekanizmasının tanımını yapmışlardır. Aristoteles tahkim mekanizmasında hakemin (hakim ya da yargıca göre) salt hukuk kurallarını uygulamak zorunda olmadığından daha eşitlikçi ve adil biçimde karar verilebileceğini ifade etmektedir. Cicero ise, mahkemeye giden bir kişinin kazanma ya da kaybetme şeklinde iki alternatiften biriyle karşılaşacağını buna karşın tahkime giden bir kişinin ise her şeyi elde etmekten ziyade en azından bir ölçüde olsa kazanç sağlayabileceğinden bahsetmektedir.

Roma Hukukunda Tahkim: Mevcut uyuşmazlıklar üçüncü kişi neza-
retinde hakem kurallarında çözümlenebildiği gibi diğer bir uygulama
yöntemi olarak, ihtilaf konusu hakem yerine özel hakimler vasıtasıyla
çözümlenebilmektedir. Uygulamada hakem kararlarının tenfizine ay-
kırı eylemler cezai müeyyidelerle desteklenmektedir. Hristiyanlığın
Roma İmparatorluğu'nun resmi devlet dini olarak kabul edilmesiyle
birlikte kilise papazlarının devlet mahkemelerinin daha önce oynadı-
ğı rolü üstlenerek, hakem sıfatıyla bazı uyuşmazlıkları çözümledikleri
görülmektedir. **İslam Hukukunda Tahkim:** İslamiyet'in ilk günlerin-
den itibaren çeşitli anlaşmazlıkların çözümü için tahkim yönteminin
uygulanması egemen olmuştur. Böylece yerel yasalar tahkimi içerecek
şekilde değiştirilmiş tahkim hukuku, temel hukuk sisteminin bir par-
çası olarak benimsenmiş hakem kararlarının şer'i hükümlerle oran-
tlı olduğu da kabul edilmiştir. **Ortaçağ Uygulamalarında Tahkim:**
Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra ortaçağ döneminde
tahkim soylular arasındaki anlaşmazlıkların çözümü amacıyla istis-
nai bir uygulamadan çok kural olarak ortaya çıkmış, bununla birlikte
bazı yönleri ile tahkim uygulamasının ortaçağ hukukunda kral mah-
kemesine alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizması olduğu gözlen-
miştir. Tahkim esasen şiddet unsuru içermeyen bir süreci tanımlar-
ken, erken aşamalarda ise ceza yargısına yönelik davalara da tahkim
usulü uygulandığı ilerleyen aşamalarda ise kişi hak ve hürriyetine yö-
nelik cezai müeyyidelerin tahkim yargılamasına dahil edilmediği gö-
rülmüştür. **Avrupa Ticaret Hukukunda Tahkim:** Onuncu ve onbirinci
yüzyıllarda ticari tahkim uygulaması birçok Avrupa kentinde ticaret
hukuku olarak adlandırılan ve yaygın olarak kullanılan bir mekaniz-
ma halini almıştır. Söz konusu yapı meşruiyet, adalet, karşılıklı yarar
ve anlayış üzerine temayüller doğrultusunda kurulmuştur. Bir hake-
min kararını uygulamayı reddedenler diğer tüccarlar tarafından dış-
lanma ile karşı karşıya kalmış, geleneksel mahkemelerden ayrı olarak
özel nitelikte faaliyetlerini ise süreç içerisinde sürdürmüşlerdir. 1698
yılında İrlanda'nın yürürlüğe koyduğu ilk tahkim yasasının 250 yıl
boyunca değişmeden kalması, bu sürecin devamlılığına ve önemine
yönelik işaret olarak değerlendirilmiştir (Barrett and Barrett, 2004:
X; 6-16). **Osmanlı İmparatorluğunda Tahkim:** Tanzimat öncesine ait
kanun ve nizamnamelerde tahkime ait hükümlere rastlanmamakla
birlikte Tanzimat'la beraber çıkarılan yasal düzenlemelerde tahkim-

sel hükümlere yer verilmektedir. Bunlardan en önemlisi Fransız Ticaret Kanunu'ndan alınan 1850 tarihli Kanunnamei Ticaret olup söz konusu kanunun 40-52. maddeleri tahkime ait hükümler içermektedir. Yine 1861 tarihli ticaret usulü muhakemesine ait düzenlemede de tahkimden bahsedilmektedir. Öte yandan 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanununun 176. maddesinde deniz ve sigorta mukavelelerinden doğacak uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözümlenmesi kabul edilmiştir. İlk medeni kanun olan Mecelle ile 1879 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye yani yargılama usul hukukunda da tahkime ilişkin hükümler yer almaktadır. Bununla birlikte bir hukuki müessese olarak tahkime ilişkin toplu düzenlemelerin 1927 tarih ve 1086 sayılı hukuk usulü muhakemeleri Kanununun sekizinci babında "*tahkim*" başlıklı 516-536. maddeleri arasında yer verildiği görülmektedir (Karataş ve Ertekin, 1997: 27).

Uluslararası tahkim mekanizmasının modern köklerini devletler arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların çözümlenebilmesi için tahkim komisyonlarının kurulduğu ABD ve Birleşik Krallık arasındaki Jay Antlaşması'nda (*Jay Treaty-1784*) görmek mümkündür. Ayrıca 1899 ve 1907 tarihli Lahey Barış Konferansı'nda da sulh amaçlı tahkim mevzuatına yer verildiği görülmüş, bugün itibariyle tahkim hukuku uluslararası teamül hukukunun bir parçası halini almıştır (Martin, 2003: 31). Günümüzde sosyal ve ekonomik küreselleşmeye tepki olarak sürekli gelişen ve benzeri görülmemiş bir hızla büyüyen, küresel hukukun bir parçası olarak ortaya çıkan uluslararası ticari tahkim mekanizması, dünya ticari ilişkilerindeki artışa paralel olarak uyuşmazlıkların yerel yargı organları yerine tahkim adı verilen hakem kurullarında çözümünü hedeflemekte, küreselleşmenin hızına paralel sorunların da kısa vadede giderilmesi amaçlanmaktadır (Schill, 2009: 1).

Gerek iç mevzuatımızda gerekse uluslararası alanda kabul gören tahkim mekanizmasının genellikle ticari uyuşmazlıklara uygulandığı görülmekle birlikte spor, aile, miras hukuku, sınai ve fikri mülkiyet hakları, vergi hukuku vs. pek çok alanda da tatbiki mümkün olmaktadır. Bu noktada devletlerin iç hukuk sistemlerinde yer alan tahkim mevzuatının uluslararası tahkim mevzuatına uyartılabilmesi meselesi öne çıkmakta, bu amaçla ülkeler arasında ikili ya da çok taraflı milletlerarası sözleşme ve anlaşmalarla tahkim mevzuatının uluslararası hukuki alt yapısı tesis edilmeye çalışılmaktadır.

Uluslararası ticari tahkim mekanizması ile yabancı yatırımcı, devletin gerçekleştirmesi gereken kamusal (yarı kamusal) hizmet niteliğindeki yatırımları imtiyaz sözleşmesi* kapsamında yerine getirmeyi taahhüt etmekte, uyuşmazlık halinde ise yerli yargı organları yerine uluslararası hakem ya da hakem heyetleri vasıtasıyla sorunun çözümünü amaçlamaktadır. Bu amaçla öncelikle tarafların sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin tahkim şartını ana sözleşmeye koymaları gerektiği gibi taraflar daha sonradan tanzim edebilecekleri ayrı bir tahkim sözleşmesiyle de uyuşmazlıkları tahkime götürebilmektedirler. Bu amaçla *zorunlu tahkim*, taraflar arasındaki karşılıklı anlaşmazlıkların tarafların isteği doğrultusunda sadece tahkim hukuku yoluyla çözümlenmesini ve neticede bir tahkim kararının tesisi edilmesini amaçlamaktadır. *Zorunlu olmayan tahkimde* ise tahkim yöntemi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesinde sözleşmede yer alan çözümsel yöntemlerinden sadece biri olarak kabul edilmektedir. *Bağlayıcı tahkim* tarafların ön anlaşma, yasal kural ya da kanunu vs. öne sürerek tahkim sürecinde alınan tahkim kararına itiraz ya da dava hakkının olmaması durumudur. *Bağlayıcı olmayan tahkim* ise tarafların hakem kararını uygulama gibi bir zorunluluğunun bulunmaması ve böylece hakem kararının gerektiğinde mahkemeler aracılığıyla dava konusu edilebilmesidir (Wild, 2006: 29).

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda anlaşmalarının ardından tahkimin *ad hoc* özel hakemlerce mi, yoksa bir kuruma bağlı hakem heyetleri vasıtasıyla mı yürütüleceği konusunda karar vermeleri gerekmektedir. Bir kuruma bağlı olarak yönetilen tahkime *kurumsal tahkim* (*arbitral institution*) adı verilirken, herhangi bir idari kuruma bağlı olmaksızın yürütülen tahkime ise *ad hoc tahkim* adı verilmektedir. Her iki seçenek için de avantaj ve dezavantajlar söz ko-

* Tahkim prosedürü içerisinde, bizi en fazla ilgilendiren sözleşme niteliğindeki kavram kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir. Anayasa Mahkemesi Kararı'nda da değinildiği üzere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri; konusu kamu hizmetlerinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmelerdir..... biçiminde ifade olunmaktadır. İdare hukukunda imtiyaz kavramı ise kamu hizmetlerinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetlerinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca sermayesi, karı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine *imtiyaz* adı verilmektedir. Gereksinimler karşısında yönetimin yetersizliği ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını gerekli kılmakta, bu durum kamu hizmetlerinin özel girişim tarafından yerine getirilmesine de dayanak teşkil etmektedir (bkz. 20 Mart 1996 tarihli R.G.).

nusudur. *Kurumsal tahkim* mekanizmasında kurumun, zaman içinde denenmiş ve ortaya çıkabilecek çok sayıda sorunla başa çıkmak için oluşturulmuş etkili ve yerleşik kuralları (ICC, ICSID) bulunmakta ve böylece daha kısa sürede karar alınabilmektedir. Ayrıca ücret ve masraflar peşin olarak ödenmekte, hakemlerin makul şekilde tespiti ile zamanında atanmaları yapılabilmekte buna karşın ad hoc tahkime göre daha maliyetli olmaktadır. *Ad hoc tahkimde* ise kurumsal tahkimde olduğu gibi tahkimi yöneten bir kurum bulunmamaktadır. Taraflar daha çok özel amaçlı geçici mahiyetteki örneğin zanaat (*craft*) gibi uyuşmazlık konularında (i) kendi kurallarında tahkimi yönetebilmekte veya (ii) ad hoc hakemlikte sık kullanılan bir yöntem olarak UNCITRAL Tahkim Kurallarını kullanmayı tercih edebilmektedirler. Ad hoc tahkime yönelik çağdaş hükümler Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından yayımlanmış olup bu kurallar Ad hoc tahkimi düzenlemek amacıyla çoğunlukla başvuru alan kurallardır. Ancak burada unutulmaması gereken nokta UNCITRAL tahkim kuralları, ICC ya da ICSID gibi tahkimi yönetmek için ihdas edilmiş bir tahkim kurumu değildir. Ad hoc tahkimde özellikle tahkimi yöneten bir kurumun olmaması nedeniyle masrafların düşük, hakem ve tahkim sürecine yönelik prosedürlerin esnek oluşu gibi avantajlar yanında, esnek kurallar nedeniyle taraflardan birinin süreci kasıtlı olarak sekteye uğratabileceğine yönelik dezavantajlar da mevcut bulunmaktadır (Moses, 2008: 9; Rovine, 2009: 220).

2.1. Uluslararası Tahkim Mekanizmalarının Oluşum Süreci

Yabancı yatırım ve yatırımcıların korunması amacıyla uluslararası hukukun oluşturulması gereğine yönelik düzenlemeler özellikle son yüzyılda yaşanan önemli gelişmelerden temellenmiştir. Bu bağlamda örf ve adet hukuku yanında ikili ve çok taraflı milletlerarası anlaşma ve sözleşmeler ve hukuki düzenlemelerle oluşturulan genel ilkeler, küresel manada eşitlik-adalet-hakkaniyet söylemleriyle şekillenen uluslararası tahkim hukuku ile *yatırımcı-devlet* arasındaki uyuşmazlıkların bertarafı amaçlanmıştır (Paparinskis, 2009: 265). Bununla birlikte yatırımcıların tahkim mekanizması marifetiyle hak arama girişimleri yeni bir kavram olup düne kadar yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde, kapitülasyonlar ve diplomatik korumacılığı esas alan çözümsel yöntemlerin hakim anlayış olarak ortaya çıktığı görülmüştür.

Kapitülasyon teslimiyet anlaşması anlamına gelmektedir. Özel ve kısmen tek taraflı yükümlülük doğuran antlaşmalar olup bir ülke tarafından diğer ülke ya da ülkelere verilen ayrıcalıkları ifade etmektedir. Bu sayede ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözülmesinde kısmen bölge dışı yargılama yetkisi ile yabancı ülke vatandaşlarının diplomatik ya da konsolosluk mahkemeleri (*diplomatic or consular courts*) vasıtasıyla kendi ülke yasalarına göre yargılanmalarına imkan tanınmaktadır (Martin, 2003: 65). Dolayısıyla kapitülasyonlar (*capitulation*) yoluyla yabancı yatırımcı ülkesi dışında koruma altına girmiş olmaktadır. Tarihte kapitülasyonların en ağır biçimine Osmanlıda rastlamak mümkün olup uygulamada yabancı yatırımcılara verilen geniş kapsamlı vergi muafiyetleri son derece önemli olmuştur. Özellikle *Bac* adı altında transit geçiş vergisi, ihraç edilen mallar üzerindeki *masdariye vergisi*, örfi vergiler kapsamında *tekalif-i örfiye vergisi* ödemekten muaf tutulmuşlar ve böylece gümrük tarifeleri de önemli ölçüde düşürülmüştür. Bu durum yabancı tüccarların ticari faaliyetleri açısından ise son derece karlı olmuştur. Colin Imber' in belirttiği gibi müslüman ve müslüman olmayan vergi mükellefleri arasında vergi muafiyeti yasal statü arasındaki belki de en önemli belirleyici faktör olmuş, ayrıca ortaya çıkan sorunların halinde yabancılar kendi kanunlarında konsolosluklarda yargılama imkanına kavuşmuşlardır (Boogert, 2005: 32-33).

Yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik diğer bir yaklaşım ise diplomatik korumacılık kavramıdır. Bu anlamda diplomatik korumacılık (*diplomatic protection*) devletin, uyruğundaki kişilere (özel hukuk eylemleri) yönelik sınır ötesi ya da devletlerarası düzeyde sağladığı koruma olarak ifade edilebilir (Bratspies and Miller, 2006: 203-204). Ülkelerin diplomatik korumacılık adı altında yatırım uyuşmazlıklarını askeri müdahaleye vardırarak derecede politize etmesine karşılık, tahkim mekanizması yatırım uyuşmazlıklarını diplomatik koruma iddialarından arındırarak sorunların depolitize edilmesine ve barışçıl yollardan çözülmesine imkan tanımaktadır. 1800'lü yıllardan buyana özellikle Latin Amerika ülkelerinde yabancı yatırımların diplomatik korumacılığa tabi tutulduğu ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde askeri müdahalenin meşru bir enstrüman olarak kullanıldığı ve bu durumun sömürgeleşme sonrası dönem olan İkinci Dünya Savaşı sonuna kadar devam ettiği görülmektedir. Bu yaklaşımlara karşı Latin Amerikan ülkelerinin ise muhalefet teorileri geliştirdikleri bilinmekte-

dir. Bunlardan en önemlisi *Calvo* ve *Drago* doktrinleri olup her iki görüşte daha sonraları diğer gelişmekte olan bölge politikalarına önemli etkileri olmuştur. *Calvo* Doktrini, devletlerin egemenliği kapsamında yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların her şart altında yerel yargı organları tarafından çözümünü amaçlamakta, tarafların sözleşmeye koyacakları *Calvo Şartı*yla uygulamadan kaynaklanan sorunları yerel yargıya götürecekleri kabul edilmektedir. Böylece yargılama, devletlerin coğrafi sınırlarını esas alan, milli hukuka dayalı, ulusal mahkemelerin münhasır yargılama yetkisini kabul eden bir süreci tanımlamaktadır. Benzer şekilde *Drago* Doktrini ise kamu borçlarının tahsilâtı amacıyla borçlu ülkenin topraklarının alacaklı ülke devletleri tarafından işgal edilemeyeceğini öne süren (1907) Arjantin Dışişleri Bakanı'nın görüşünü ifade etmektedir. Nispeten benzer bir görüş ise *Porter Doktrini*'dir. Buna göre alacağını tahsil edemeyen bir ülke, borçlu ülkeye kuvvet kullanımında bulunamayacak bununla birlikte borçlu ülke uyuşmazlık halinde tahkim yoluyla konuyu hakem kararına götürecek, hakem kararına muhalefet halinde ise silahlı kuvvete başvurma meşru hale gelecektir. Dolayısıyla *Porter Sözleşmesi* zorunlu tahkim içeren ilk çok taraflı sözleşmedir. Anlaşmazlıklarda *Porter* sözleşme hükümlerinin yürürlüğe gireceğini beyan eden taraflar uyuşmazlık halinde öncelikle tahkime gitmekte bu durum ise daha modern bir yaklaşım tarzı olarak değerlendirilmektedir. Ancak sözleşmenin devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanımı ile ilgili bir onay oluşturulduğu da çok açık görülebilmektedir (Asouzu, 2004: 292; 413-415).

Genel olarak değerlendirildiğinde, *Calvo Şartı*'na benzer düzenlemelerin kanunlarımızda da yer aldığı görülmektedir. Bu durumun en önemli nedenlerinden biri Osmanlı İmparatorluğu'nun benzeri görülmemiş bir uygulamaya imza atarak kapitülasyonlar adı altında yabancı yatırımcılara tanıdığı imtiyazlar sorununun, ancak 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ile çözümlenebilmiş olmasıdır. Geçmiş olumsuzlukları dikkate alan yeni Türkiye Cumhuriyeti 1924 Anayasası'yla *imtiyaz hukukunun* denetim ve gözetimini Meclis yetkisine vermiş, yabancı yatırımlardan doğan her türlü uyuşmazlığın ulusal mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesini kararlaştırmıştır. Dünya örnekleri açısından durum ele alındığında gerek kapitülasyonlar gerekse diplomatik korumacılık adı altında uygulanan benzer faaliyetlerin yatırım yapıldığı ülke bütünlüğüne yönelik tehditkâr mahiyette uygulamalara

dönüştüğü görülmüş dolayısıyla bu durum gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırımlara bakışında da ciddi endişelere sebep olmuştur. Süreç içinde yatırım uyuşmazlıklarının yerel yargı organları vasıtasıyla karara bağlanmasında kamu yararı (*public interest*) düşüncesi ön plana çıkmış ve bu yüzden ülkeler hukuk sistemlerini revize etmemekte uzunca süre direnmişlerdir. Ancak bu direnç GOÜ'lerin sermaye çekme çabalarıyla bağdaşmadığı gibi diğer taraftan yabancı yatırımcılar da sermayenin geri dönüşünü garanti altına alma adına uyuşmazlık halinde yerel yargı organına gitmek istememektedir. Dolayısıyla bu ikilem karşısında ülkelerin kendi çıkarlarını temsil eden iç hukuk sistemlerinin, uluslararası hukuk kurallarıyla örtüşmesi de haliyle zor olmaktadır. Olumsuzlukların aşılabilmesi maksadıyla ülkeler arasında imzalanan iki taraflı anlaşma ve çok taraflı sözleşmelerle ulusal hukuk kurallarının, uluslararası alanda entegrasyonunun sağlanması amaçlamakta, bu tür ihtiyacın gereği olarak ortaya çıkan uluslararası tahkim hukuku ise tarafların ortak müşterekte buluşmalarına imkan tanıyan bir uygulama biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Tahkim Konusunda Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

3.1. Uluslararası Sözleşmeler

Uluslararası sözleşmeler, uluslararası ilişkiler çerçevesinde genel prensiplerin oluşturulması, benimsenmesi ve buna uyum sağlanması amacıyla oluşturulmuş coğrafi, siyasal, ekonomik, hukuki veya ticari bir kritere göre tanımlanabilen ve özel olarak uluslararası ticari işlemler çerçevesinde yeknesak prensipler oluşturmak amacıyla geliştirilen belirli ve alışılmış kurallardır (Noussia, 2010: 146). Bir tahkim anlaşmasında birincil güç kaynağı ulusal yasalar ve uluslararası sözleşmeler olurken genellikle çok taraflı akdedilen uluslararası sözleşmeler, tahkim hukukunun gerektirdiği altyapıyı oluşturması bakımından da son derece önemlidir (Onyema, 2010: 120). Bu kapsamda tahkim usulüne yön veren belli başlı uluslararası sözleşmeler ise şunlardır:

(i) Cenevre Protokolü (The Geneva Protocol, 1923): Uluslararası ticari meselelerde hakem çözümünü esas alan ilk düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Tahkim prosedürünü belirlemekte, uygulamaya yönelik usulün ortaya konmasını sağlamakta ve ayrıca tahkim meka-

nizması yöntemiyle sorunların çözümünün dünya çapında geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasını amaçlamaktadır. Otuz üç ülke tarafından imzalanan protokol (Gaillard and Savage, 1999: 120-121), Türkiye tarafından imzalanmamıştır.

(ii) Cenevre Sözleşmesi (The Geneva Convention 1927): Cenevre Protokolü'nün ardından 1927 tarihinde Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında Cenevre Sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmeyle taraf ülkelerde alınan kararların diğer akit devletler arasında da bir ölçüde bağlayıcı etkiye sahip olması amaçlanmıştır (Moses, 2008: 243-244). Bu sözleşme de Türkiye tarafından imzalanmamıştır.

(iii) New York Sözleşmesi (The New York Convention 1958): Bu alanda yer alan en önemli uluslararası sözleşmedir. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine düzenleyen New York Sözleşmesi'yle, yabancı hakem kararlarının icrası düzenlenmektedir. Bu sözleşme ile tarafların hakem kararlarını tanımayı reddetme gerekçeleri son derece sınırlı birkaç maddeye indirgenmektedir. Böylece hakem kararlarının uygulama kabiliyeti genişletilmekte ve hakem kararlarının kesin olduğu vurgulanmaktadır (Hörnle, 2009:110). 1958 tarihli New York Sözleşmesinin benimsemesiyle birlikte 1923 Cenevre Protokolü ve 1927 Cenevre Sözleşmesi uygulamadan kaldırılmıştır (Onyema, 2010: 34). Türkiye bu sözleşmenin tarafıdır.

(iv) Avrupa Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration 1961): 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde; hakem kararlarının geçersiz sayılması, hakem kararlarının kamu politikalarına ya da kamu düzenine aykırı olması gibi son derece sınırlı sayıda gerekçelerle iptal edilebileceğini vurgulamaktadır. Ancak hakem kararının iptal edilmiş olması, iptal kararının her şart altında uygulanacağı manasına gelmemekte New York Sözleşmesi'nin kendisi de iptal kararının uygulanmayabileceğini hüküm altına almaktadır. İşte Avrupa Uluslararası Ticari Tahkim Sözleşmesi (Cenevre 1961) madde IX ile bu boşluk doldurulmakta yabancı hakem kararına yönelik alınan iptal kararlarının listede sıralanan haller dışında başka bir nedenden dolayı uygulamaktan imtina edilemeyeceğini ifade etmekte böylece model kanun tahkim hukunu bir adım daha ileri götürmektedir (Ambrumenil and Scott, 1997:142; Rovine, 2008: 231). Söz konusu sözleşmeye Türkiye de taraftır.

(v) Washington Sözleşmesi (The Washington Convention 1965): Dünya Bankası himayesinde oluşturulan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında, Yatırım Uyuşmazlıklarının çözümünü amaçlayan sözleşmedir. Washington Sözleşmesi yabancı yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için Uluslararası Merkez olan (ICSID)'ı kurmuştur. ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) özel olarak yatırım uyuşmazlıklarına bakan kurumsal bir tahkim mekanizmasıdır. Yatırımcılar ve ev sahibi ülkeler arasında sorunların tarafsız ve etkin şekilde çözümüne yönelik garantiler sunmakta, hakem kararları ise bağlayıcı olmaktadır. Ayrıca her üye devlet, alınan hakem kararlarını kendi ülke mahkemeleri tarafından verilen nihai yargı kararları gibi madde 54 (1) uygulamakla zorunludur. Dolayısıyla bu ve benzeri üstünlükler ICSID mekanizmasını yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde sıkça başvurulanan tahkim yöntemlerinden biri haline getirmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 150-151). Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmelerdendir.

(vi) Panama Sözleşmesi (The Panama Convention 1975): Yakın zamana kadar Latin Amerika ülkeleri küresel mahiyetteki sözleşmelere ilgisiz kalmışlardır. Bu ülkelerin büyük çoğunluğu bu gün itibariyle New York Sözleşmesi'ni onaylamalarına rağmen 1975 yılında sadece dört ülke New York Sözleşmesi'ne taraftır. New York Sözleşmesi'ne olan güvensizliğin bir göstergesi olarak, Latin Amerika Ülkeleri 30 Ocak 1975 tarihinde Panama'da, Panama Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Bu sözleşmede New York Sözleşmesi'nin uluslararası ticari tahkime yönelik hükümleri ağırlıklı olarak kullanılmıştır. Panama Sözleşmesi, Amerikan Devletler Örgütü (OAS) çatısı altında faaliyetlerini sürdürmektedir. On beş Latin Amerika ülkesi; Arjantin, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Ekvador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezüella ve 1990 yılından itibaren ABD Sözleşme'nin tarafı olup sözleşme OAS bünyesindeki ülkeleri kapsadığından tahkimin bölgesel mahiyette uygulaması olarak değerlendirmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 146). Bu bağlamda 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi'nde anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik hükümler yer almakta (Lutz, 1995: 152), keza 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde de tahkimsel uygulamalara yer verilmektedir.

(vii) Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları (YKKT): Anlaşmaların temelinde yabancı yatırımcılarla ev sahibi devlet arasında bölgesel ve sektörel alanda yatırımların teşviki ve korunması amaçlanmakta söz konusu anlaşmalarda benzer şekilde tahkim mekanizmasına yer verildiği görülmektedir. Bu tür anlaşmalar; yabancı yatırımcıların korunması amacıyla yatırım garantileri, yatırımların hükümet müdahalelerinden korunması, hibe yardımları verilmesi, en çok gözetilen ülke muamelesi yapılması, yerli yatırımcıyla benzer şekilde adil ve eşit muamele edilmesi, güvenlik sağlanması, tazminat ödemeksizin kamulaştırmanın men edilmesi, ev sahibi devlet ile uyuşmazlık durumunda tahkime gidilebilmesi gibi avantajlar sağlayan kapsamlı anlaşmalardır (Schill, 2009: 5). Dolayısıyla YKKT anlaşmaları sunduğu avantajlar yanında içeriğinde tahkim uygulamasına ayrıca yer vermesi bakımından da son derece önemlidir.

(viii) Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (The OECD Multilateral Agreement on Investment MAI 1998): Yabancı yatırımların korunması ve geliştirilmesi amacıyla ihdas edilmiştir. Benzer uluslararası yatırım anlaşmaları ile aynı mahiyette özellikler taşımasına rağmen daha çok (gelmiş ülkelerin) çıkarlarını korumaya ve geliştirilmeye yönelik bir yapılanma olduğu gerekçesiyle rağbet görmemiştir. Anlaşma kapsamında bir uzlaşya ulaşmanın imkânsızlığı noktasında MAI başarısız olmuş ve geri çekilmiştir. Ancak anlaşmazlıkların giderilmesinde tahkim mekanizmasına yönelik yeni yaklaşımlar ortaya koyması bakımından anlaşma içeriğine önem atfedilmektedir (Schill, 2009: 53-55).

(ix) Çok Taraflı Yatırımlar Garanti Ajansı (The Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA 1985): Uluslararası yatırım alanında bir diğer çok taraflı sözleşmedir. 11 Ekim 1985 tarihinde Seul'de imzalanmıştır. Söz konusu anlaşma ile üye devletlerarasındaki uyuşmazlıkların madde 58'e göre tahkim mekanizması marifetiyle çözümlenmesi hedeflenmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 119). Sözleşmeyle kaynak ihtiyacındaki alanlara sermaye akışı teşvik edildiği gibi temel olarak yabancı yatırımcıların *politik risklere* (örneğin kamulaştırma) karşı korunmaları amaçlanmaktadır (Asouzu, 2004: 229).

3.2. Uluslararası Tahkim Kurumları

Tahkim gerek ulusal gerekse uluslararası alanda tarafların alternatif hak arama girişimlerinin bir ürünü olarak ortaya çıkmış, geçmişten günümüze hem iç hukuk hem de uluslararası hukukta ağırlığını hissettirmiştir. Ancak tahkim kurumunun oturmuş bir yapı arz ettiğini söyleyebilmek henüz mümkün değildir. Bununla birlikte yeni dünya düzeninin bir parçası olarak niteleyebileceğimiz kavram, uluslararası anlaşma ve sözleşmelerle daha da gelişerek kendi kurum ve kurallarını oluşturmaya devam etmiş, küresel hukukun ve adalet dağıtma işlevinin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Çünkü küresel bir dünyada farklı hukuk sistemlerinin çatışmasından kaynaklanan sorunların sadece ulusal hukuk kurallarıyla çözülmesi mümkün değildir. Bu durum örf ve adet hukuku gibi yerleşik kuralları içeren uluslararası kurallar bağlamında çözüm arayışlarını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu gereklilik Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuk Komisyonu UNCITRAL'a bağlı tahkim *kurallarını* ve ICC, ICSID gibi tahkimi bizzat yöneten tahkim *kurumlarını* meydana getirmiştir. Bununla birlikte bahse konu temel tahkim müesseseleri yanında bu alanda faaliyet gösteren; Amerikan Tahkim Birliği, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi ve diğer uluslararası tahkim kurumları adı altında sıralanan bir dizi tahkim kurumunun varlığından da söz etmek mümkündür.

Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (ICC)

ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi dünyanın en iyi bilinen ve en prestijli tahkim kurumu olup Paris'te faaliyet göstermektedir. Tahkim Mahkemesinin tahkim sürecini denetlemekten sorumlu yönetim organı, profesyonel idari personelinden oluşan kalıcı bir sekretaryası bulunmaktadır. Öncelikle hakem çözümüne başvurulabilmesi için taraflar arasında yazılı olarak tahkim anlaşmasının yapılmış olması ve uyuşmazlığın ICC tahkim heyeti marifetiyle giderilmesi isteğinin açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Akabinde anlaşmazlık konuları, anlaşmazlığın tarafları, tahkim yeri ile ilgili bilgiler, uygulanacak hukuka yönelik bilgiler ve diğer bilgilerin (kullanılacak dil, hakem heyetinin sayısı) ICC ye ulaştırılması zaruridir. Yargılamanın yaklaşık altı ay içerisinde tamamlanması hedeflenmekte, yargılama neticesi alınan

tahkim kararları ise tarafları bağlayıcı ve kesin olmaktadır. Taraflar isterlerse Tahkim Divanı'na karar düzeltme için başvurabilmektedir (Moses, 2008: 10-11).

Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)

ICSID tahkimi, devlet veya devlete ait kuruluşlar ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırım anlaşmazlıkları ve uyuşmazlıkların çözülmesini amaçlamaktadır. ICSID kurallarının altında hakem çözümünü kabul eden taraflar kendi belirleyecekleri kurallarda uyuşmazlığı çözmekten feragat etmiş sayılırlar. Ayrıca iki yönlü yatırım antlaşmalarında da uyuşmazlık halinde ICSID tahkimine gidilebileceğine yönelik hükümler yer almaktadır. Bu yönde irade beyanında bulunan taraflar uyuşmazlık halinde ICSID hükümlerini uygulamakla mükellef olmaktadır. Bununla birlikte ICSID tahkimin en önemli özelliği tarafların, parasal ödemelere ilişkin hakem kararlarını kendi ülkelerinin nihai mahkeme kararı gibi tanıyacakları ve gereğini derhal yerine getirecekleridir. Bu beyanda açıkça ifade edildiği gibi hakem kararları bağlayıcı ve kesindir (Moses, 2008: 12).

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)

Bu yöntem Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan kurumsal kurallar eşliğinde uyuşmazlığın çözülmesi usulüdür. 1976 yılında UNCITRAL Komisyonu tarafından uluslararası ticarete kullanılmak üzere tahkim kurallarının oluşturulduğu görülmektedir. Evrensel olarak kabul edilebilir bu kurallar bir ad hoc (özel) tahkim sistemi altında tahkimi düzenlemektedir. Yani uyuşmazlıklar belli bir kuruma bağlı olmaksızın, belli kurallarda çözümlenmektedir. Bu tahkim türünde sekreteryaya hizmeti sunan tahkim kurumu bulunmadığı gibi belirli bir soruna özel geçici ya da arızı olarak oluşturulmaktadır. Taraflar UNCITRAL kurallara uymakla mükellef ancak bu kurallardan dilediklerini kullanmakta da serbesttirler. Kuralların içeriğine bakıldığında farklı ulusal kuralların bir yakınsamasının olduğu görülmektedir. Uzmanlar tarafından uluslararası uygulamada faydalı olduğu görülen hükümlerin mevcut kurallara ilave edilmesi suretiyle kuralların güncellenmesi sağlanmış

ve böylece (1985) yılında *Uluslararası Tahkimde Model Kanun Kuralları* ortaya çıkmıştır. UNCITRAL Hakem Kararları bağlayıcı ve kesin olup karar düzeltmesi söz konusu değildir. Ayrıca kuralların esnek oluşu, hakem çözümünde gizliliğin ön plana çıkması ve firma sırlarının ifşasının engellenmesi, taraflara eşit muamele edilmesi, kurumsal tahkime göre daha az masraflı olması gibi nedenler dolayısıyla model yasanın tercih edildiği görülmektedir (Gaillard and Savage, 1999: 537; Noussia, 2010: 5; Hörnle, 2009: 94 -95).

Amerikan Tahkim Birliği (AAA)

Uluslararası anlaşmazlıkların çözümü amacıyla oluşturulmuş bir merkezdir. 1993'den 2003'e kadar geçen on yıllık dönemde çözümlediği olayların sayısı üç kat artarak 207'den 646'ya yükselmiştir. Dublin, İrlanda, Mexico City ve Singapur gibi ülkelerde faaliyet gösteren ofisleri vasıtasıyla en az kırk üç ülkede mezkur uyuşmazlıkların tahkim kurumları vasıtasıyla çözümlenmesini sağlamıştır. Alınan hakem kararları kesin ve bağlayıcıdır (Moses, 2008: 11).

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA)

En eski uluslararası tahkim kurumu olup on dokuzuncu yüzyılın sonlarında kurulmuştur. Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi adli anlamda bir "*mahkeme*" olmayıp uyuşmazlıkların en kısa sürede çözümlenmesini amaçlayan bir kuruluştur. Ayrıca tahkimin denetimini, hakem sorunlarının belirlenmesini, hakemlerin atanması ve maliyetlerin kontrol edilmesini, tahkim kurallarının doğru şekilde uygulanmasını sağlamaktadır (Moses, 2008: 11).

Diğer Hakem Kurumları

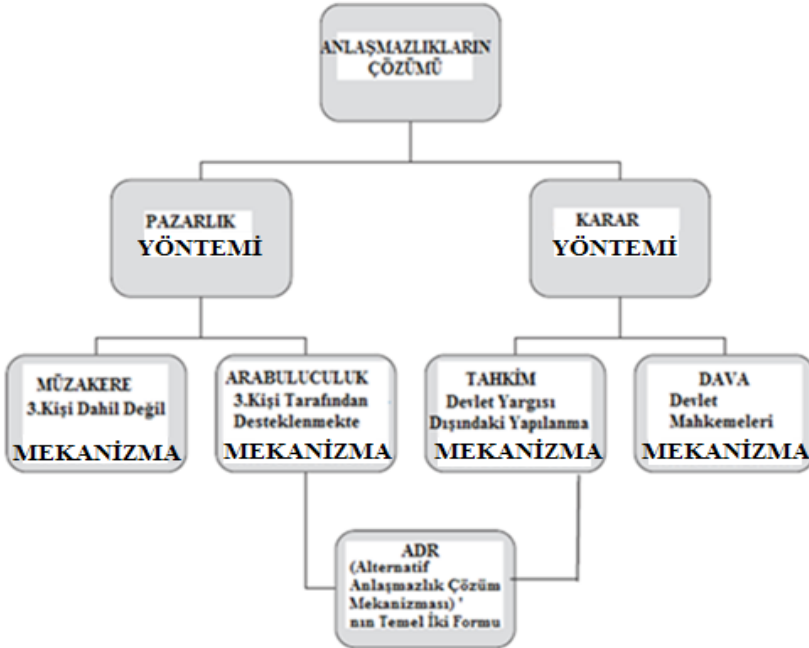
Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC), Çin Uluslararası Ekonomik Ticaret Tahkim Komisyonu (CIETAC), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tahkim ve arabuluculuk merkezi olarak faaliyet göstermektedir. Ayrıca uygulamada bazı özel tahkim türlerine rastlamak da mümkündür. Örneğin Hububat ve Yem Ticaret Birliği (GAFTA), Londra Denizcilik Tahkim Derneği (LMAA), Londra Metal Borsası (LME), endüstriyel tabanlı uyuşmazlıkların çözümü amacıyla ihdas edilmiş kural ve prosedürler de bulunmaktadır (Hörnle, 2009: 93; Moses, 2008: 11- 12).

4. Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Uluslararası Tahkim

Küreselleşmenin kültürel, siyasi ve ekonomik yaşam üzerinde belli standartlar oluşturulmasında büyük etkileri olduğu açıktır. Ancak bu etkileşim salt ulusal alanda değil aynı zamanda uluslararası düzeyde de kendini göstermiştir. Nitekim küreselleşmenin biçimlendirici süreçlerinden biri de uluslararası hukukta gerçekleştirdiği dönüşümdür. Özellikle uluslararası yatırım hukuku yanında vergi hukukunda gözlemlenen değişim ve dönüşüm neticesi bu durum, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları olarak bilinen (ADR) nin ağırlıklı olarak gündeme gelmesine neden olmuştur.

Alternatif Çözüm Mekanizması (*Alternative Dispute Resolution ADR*), mevcut ihtilafların mahkemeler dışında çözümünü hedefleyen alternatif bir çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle ADR yargısız ya da mahkemeler dışında (*out of court*) uyuş-

Şekil: 1 Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Yürürlükteki Hukuk



Temel Uyuşmazlık Çözüm Yöntem ve Mekanizmalarını Anlama

KAYNAK: Hörnle, *The basic methods and mechanisms of dispute resolution*

mazlıkların çözümüne imkan tanıyan mekanizmaların kolektif bir ifadesidir. Şekil 1' de görüldüğü gibi uyuşmazlıkların çözümünde yelpazenin karşıt uçları arasında pazarlık ve karar unsurları yer almaktadır. Yürürlükteki hukuk kapsamında devlet yargısına şema kapsamında yer verilse de konu temelde bu yapının ana formu olan arabuluculuk ve tahkim yöntemleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Özellikle söz konusu mekanizmanın 1970 ve 1980'lerde akademik literatür içerisinde büyük bir kesim tarafından savunulduğu görülmektedir. ADR'nin kavramsal bir konu olarak artan kullanımının gerekçesi, küreselleşmenin gelişimine paralel mahkeme sisteminin eksikliklerine bir yanıt olarak ortaya çıktığı yönündedir (Hörnle, 2009: 47-49).

ADR'nin en temel şekli *Müzakere (negotiation)* sürecidir. Bu sürecin özelliği, iki kişi ya da farklı gruplar arasındaki mevcut sorunların sadece taraflar arasında müzakere edilerek tartışılmasını ve böylece sorunun her iki tarafında kabul edeceği şekilde basitçe çözülmesini amaçlamaktadır. *Arabuluculuk (mediation)* yönteminde ise müzakereden farklı olarak çözüm sürecine üçüncü bir kişinin dahil olması ve sürecin tarafsız üçüncü kişi eliyle çözülmesi hedeflenmektedir (Barrett and Barrett, 2004:1). *Tahkim* yönteminde ise uyuşmazlığın tahkim kurallarında ve hakem kararında çözümlenebilmesi için her iki tarafın da mutabık olması gerekmektedir (Bealey and Johnson, 1999: 18). Bununla birlikte hakimler yasayı uygulamakla sorumlu iken, hakemler hukuk kuralları ile bağlı olmayıp tavizlere dayalı olma eğilimindedirler. Dolayısıyla hakem ancak doğal adalet kurallarına uymak zorundadır (Martin, 2003: 31). Bu durum Eski Yunan'dan bu güne dek var olan yasalardaki kanunilik ve hukukilik kavramları arasındaki ayrımı ortaya koyması bakımından da son derece önemli olmakta, gerek *Tahkim (arbitration)* gerekse *dava (Litigation)* yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde bir karar tesis edilirken, arabuluculuk yönteminde böyle bir karardan bahsetmek ise mümkün olmamaktadır.

5. Türk Hukukunda Tahkim Mevzuatına Yönelik Düzenlemeler

Türkiye 1980'lerden itibaren neo liberal politikalar kapsamında ekonomik açıdan dışa açılım söylemine ağırlık vermiş, bu amaçla uluslararası yabancı yatırımların ülkeye kabulünde sınırlandırmalar oluşturacak türden hukuki mevzuatın ortadan kaldırılmasına gayret etmiştir. Bu kapsamda kamusal malların üretiminde özel kesimin ağır-

lığının arttırılması hedeflenirken diğer taraftan da bu tür hizmetlerin gerçekleştirilmesinde; yap (Y), yap-işlet (Yİ), yap-işlet-devret (YİD) gibi üretim modellerine ağırlık verilmesi amaçlanmıştır. Bu şekilde kamusal kaynakların payı azaltılırken, altyapı ve ileri teknoloji gerektiren alanlarda özel kesimin payının arttırılması hedeflenmiş, benzer ülke örneklerinde görüldüğü gibi ülkemizde de hukuki alanda düzenlemelere gidilmiştir. Bu amaçla **1982 tarih ve 2675 sayılı** Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun (MÖHUK) yürürlüğe girmesiyle, yabancı hakem kararlarının tenfizi ve tanınmasına ilişkin usuller de mevzuatımıza girmiştir.

1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun ile Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki kuruluşların elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi hakkındaki usuller ihdas olunmuştur. Akabinde **1988 tarih ve 3465 sayılı Kanun** ile Karayolları Genel Müdürlüğü (KGM) dışındaki kuruluşlarca (sermeye şirketlerince) otoyollar ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesine ve süresi sonunda KGM devrine olanak sağlayan kanun oluşturulmuştur. Bu kanuna bütünlük kazandırmak amacıyla **1994 tarih ve 3996 sayılı Kanun** ile Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun oluşturulmuştur. Bu sayede köprü, baraj, haberleşme, elektrik, madencilik, fabrika, kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, sivil amaçlı deniz, hava alanları ve limanlar gibi benzeri yatırım ve hizmetlerin; yerli-yabancı sermaye şirketlerince *özel hukuk sözleşmeleri* kapsamında yerine getirilmesi, yaptırılması, işletilmesi, devredilmesi ve bu sözleşmelerde *tahkim mekanizmasına yer verilmesi* mümkün hale gelmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

İptal gerekçesinde bu tür hizmetlerin kamu hizmeti olduğu, en geniş tanıma göre kamu hizmetlerinin: devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olduğu ifade edilmektedir. Bu neviden işler özel kişilere gördürülecekse imzalanan sözleşmenin idari sözleşme yani kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu dolayısıyla yerli ve yabancı firmalara yani özel hukuk kişisine imtiyaz sağladığı yukarıda bahse konu yasal düzenlemelerin bu gerçeği ortadan kaldırmayacağı, düzenlemelerdeki

temel amacın danıştayın devreden çıkarılması ve yabancı yatırımcıların arzuladıkları uluslararası tahkimin hayata geçirilmesinden başka bir şey olmadığı Anayasa Mahkemesi iptal kararında sıklıkla vurgulanmıştır (bkz.geniş bilgi, 1995/23 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı).

Oysa uluslararası anlaşma ve sözleşmeleri görmezden gelen, salt Danıştay temelli düzenlemelerin yetersizliği kısa zamanda kendini göstermiş ve özellikle ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin bir an evvel sermaye şirketlerince (*yabancı konsorsiyum*) gerçekleştirilmesinden kaynaklı zaruret yasal düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Bu amaçla **1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun’la** Anayasa’nın 47., 125., 155. maddeleri değiştirilmiştir. 47. maddeyle yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve tüzel kişilerce gerçekleştirileceği kanunla belirlenir derken, 125.maddede yapılan değişiklikte yatırım uyuşmazlıklarında tahkime gidilmesinin önü açılmış ve uluslararası tahkim ilk kez anayasada yer almıştır. 155. madde ile de Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini incelemesi, düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. **1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun’la** Danıştay Kanunu’nun 23 ve 24. maddeleri değiştirilerek, Danıştayın söz konusu yatırımlara ilişkin salt düşünce bildirebileceği ve tahkim yolu öngörülme-yen imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı idari davaları çözümleyebileceği hükmü ile bu konuda Danıştay’ın ön denetimi tamamen kaldırılmıştır. Akabinde **2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun** ile kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilke ve esaslara dair hususlar belirlenmiştir. **2001 tarihli ve 4686 sayılı** Milletlerarası Tahkim Kanunu ile tahkim yasaları ihdas olunmuştur (Doğrudan yabancı yatırımlar açısından son derece önemli ilerlemeler sağlanmıştır). **2003 tarih ve 4875 sayılı Kanun** ile doğrudan yabancı yatırımlar ile yabancı yatırımcıların özendirilmesi ve haklarının korunması ve anlaşmazlıkların giderilmesi noktasında uluslararası tahkim mevzuatına açık hükümler getirilmiştir. **2007 tarih ve 5718 sayılı Kanun** (MÖHUK) ile yabancı hakem kararların tanınması ve tenfizine ilişkin genel hükümler yürürlüğe girmiş ve 1982 tarihli 2675 sayılı MÖHUK uygulamadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla uygulamada gösterilen çabaların yabancı sermayeye duyulan ihtiyaç yanında, küresel politikalarında bir yansıması olarak ortaya çıktığı görülmüştür. Bununla birlikte ülkemizde bu neviden yasalar ihdas olunurken

özellikle uluslararası anlaşma ve sözleşmeden doğan yükümlülükler ile ters düşülmemesine dikkat edilmeli, mevcut uygulamaların uyumluluk arz etmesine bilhassa özen gösterilmelidir.

Maliye Bakanlığı, Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü verilerine göre (Tablo 1) 2012 tarihi itibarıyla Türkiye'nin tahkim davalarında geldiği son durum aşağıdaki gibidir: Lehe sonuçlanan tahkim davaları sayısı (16), aleyhe sonuçlanan tahkim davaları sayısı (9), sulh ile sonuçlanan tahkim davası (1), halen devam eden tahkim davaları (7) dir.

Tablo 1: Halen Devam Eden Tahkim Davaları

DAVACI	TAHKİM MERCIİ
Alaplı Elektrik B.V.	ICSID
Turkcell A.Ş.	ICC
Temzet Elektrik Üretim A.Ş.	ICC
AMD Rail Consorsium	ICC
Turkcell A.Ş.	ICC
Vodafone A.Ş.	ICC
Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V.	ICSID

KAYNAK: Maliye Bakanlığı

6. Tartışma ve Sonuç

Yukarıda belirtildiği şekliyle işletme-işletme, işletme-devlet, devlet-devlet arasındaki sorunlar uluslararası tahkim müessesesi marifetiyle giderilebilmekte, bu noktada uyuşmazlık konularında yabancılık unsuru ön plana çıkmaktadır*. *İşletmeden-işletmeye* işleyen tahkim-

* Yabancılık unsuru taraflardan birinin yabancı olması durumunu ifade etmektedir. 4446 sayılı Kanun ile kamu hizmetleri imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenebileceği ve milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği açıkça ifade olunmaktadır. 4501 sayılı Kamu Hizmetlileri İle İlgili İmtiyaz Şart-

de şirketler sözleşmelerine uluslararası tahkim şartını koymak suretiyle mezkûr anlaşmazlıkları tahkim yoluyla basitçe çözümleyebilmekte, böylece mahkeme prosedürüne göre daha az maliyetli, kısa sürede çözüm sunan, gerek davalı gerekse davacı açısından her iki tarafında kazanımına imkan tanıyan, koşulların esnetilebildiği bir mekanizma olarak ortaya çıkmaktadır. Bu noktada asıl önem arz eden husus ise *işletmeden-devlete* işleyen tahkim uygulamalarına yönelik uyuşmazlık süreçlerinin ifadesi olmaktadır.

İşletmeden - devlete işleyen tahkime örnek olarak: Amerikan şirketi tarafından üretilen ve ihraç edilen yüksek früktoz mısır şurubu menşeli içecekler üzerine, Meksika hükümeti tarafından vergi konulması olayında görmek mümkündür.

Amerikalı ADM şirketi, kendilerine ayrımcı vergileme (*discriminatory taxation*) uygulandığı gerekçesiyle, Meksika hükümeti aleyhine tazminat davası açmıştır. Meksika hükümeti ise verginin meşru olduğunu savunmuş ve kendisinin en önemli ihraç kalemi olan şeker kamışı ihracatının olumsuz etkilendiği gibi pazar genişletme faaliyetlerinin de başarısız olduğu savını öne sürmüştür. NAFTA hakem heyeti ise verginin ayrımcı olduğuna karar vermiş, 2006 yılında Meksika aleyhine, ADM şirketi lehine karar vermiş ve ADM şirketi 33,5 milyon dolar tazminata hak kazanmıştır (Publiccitizen, 2011: 14).

Devletten-devlete işleyen tahkim sürecine verilebilecek en bariz örnek ise: Türkiye 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren AB ile Gümrük Bir-

laşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hakkında Uygulanması Gereken İlkeler Dair Kanun yabancılık unsurunu tanımlayarak: sözleşmeye taraf şirket ortaklarından en az birinin yabancı menşeli olması veya yurt dışı kaynaklı sermaye, kredi, teminat sözleşmelerinin akdedilmesi durumunda (bu hallerden birini bulunması) yabancılık unsurundan bahsedilebileceği hüküm altına alınmıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre ise yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanabileceği belirtilmektedir. Tahkim kararlarındaki uyuşmazlıklar hakkında ise 2007 tarih ve 5718 sayılı (MÖHUK) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun ilgili maddeleri uyarınca uygulandığı görülmektedir. Ayrıca 12.01.2011 tarih 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tahkim hükümleri ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup söz konusu kanunda (i) yabancılık unsuru içermeyen (ii) tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır (bkz. geniş bilgi Onbirinci Kısım). Hukukumuzda iç tahkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, dış ya da uluslararası tahkim ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmektedir.

liğı anlaşmasını yürürlüğe koymuş ve bazı 3. ülkelerden ithal edilen tekstil mallarına Birliğin ortak gümrük tarifesi gereği miktar kısıtlaması uygulamasına gitmiştir. Hindistan ise Türkiye'nin uyguladığı kısıtlamaların GATT/WTO'nun ticarete ayırmacı uygulamaların kaldırılmasına yönelik maddelere aykırı olduğu savını öne sürmüştür. Türkiye'nin Gümrük Birliğine dâhil olmasının ayırmacı kısıtlamaya gitmesine mesnet oluşturmayacağını çünkü Türkiye'nin AB üyesi olmadığını belirtmiş ve ICSID (WTO) uluslararası hakem heyetine müracaat etmiştir. ICSID, 31.05.1999 tarihinde aldığı kararla, Türkiye tarafından 19 kategoride tekstil ve giyim üzerine uyguladığı kısıtlamaların GATT/WTO hükümlere aykırı olduğu kanısına varmıştır. Türkiye'nin karşıt gerekçeleri ise reddedilmiş ve WTO hükümleri kapsamında yükümlülüklerini bir an evvel uygun hale getirmesi istenmiştir. Anlaşma hükümlerine aykırılığın devam etmesi halinde gerekli yaptırım ve ticari yasakların yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir (World Trade Organization,1999:1- 2, 152). Bunun üzerine Türkiye, başlangıçta isteksiz davransada tahkim kararının gereğini sorumluluklarından kaçınmaksızın ifa etmek durumunda kalmıştır.

Görüleceği üzere tahkim daha çok ticari uyuşmazlıkların giderilmesinde kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkim mekanizması yoluyla ülkeler mevcut sorunları küreselleşmenin hızına paralel etkin bir şekilde, daha düşük maliyetle ortadan kaldırmayı amaçlamakta, vergisel sorunlarda dahil olmak üzere uzlaş gerektiren konularda uluslararası tahkim kurallarından yararlanma eğilimine girdiği görülmektedir.

Diğer taraftan ileri teknoloji ve yüksek maliyet gerektiren yatırımların billhassa yap-işlet, yap-işlet-devret gibi yöntemlerle çok uluslu şirketlere gördürülmeye çalışılması tahkim hukukundan kaynaklı sorunları da beraberinde getirmiştir. Mevcut sorunlar hukuksal, sektörel, kamu kesimi boyutu şeklinde sıralanmakla birlikte bu sorunların kapsamını genişletmekte mümkündür. Öncelikle hukuki açıdan ülkelerin iç hukuk sistemleri ile uluslararası hukukun çatışmasında gözlemlenen durum böyledir. Örneğin Türkiye'de Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olup uluslararası anlaşmaların önceliği de zımnen kabul edilmiştir.

ABD’de ise antlaşmaların yerel kanunlardan bir üstünlüğü olmadığı gibi antlaşmalar eğer bir kanundan önce uygulanmışsa üstündür. Dolayısıyla antlaşmalardaki üstünlük koşulu Amerika Birleşik Devletlerinde “*üstünlük maddesi*” hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir (Sauvant and Sachs, 2009: 105-107).

Öte yandan büyüyen nüfus ve artan ihtiyaçlar göz önüne alındığında belirli sektörlerle yönelik (enerji) önemli altyapı yatırımlarının gerçekleştirmesindeki güçlükler, ülkeleri uluslararası tahkime adeta mecbur kılmakta aksi takdirde kalkınmada hayatiyet arz eden yatırımlar için kaynak tedariki güçleşmektedir. Kamu kesimi boyutu açısından yabancı sermaye girişinin artması, teknoloji ve sermaye transferi yanında önemli istihdam alanlarının oluşmasına da katkı yapmaktadır. Bununla birlikte işgücü piyasaları arasında artan rekabet, ödenmeyen ücretler, yasa dışı ücret kesintileri, ucuz işçilik, ücret eşitsizliği, reel gelirler üzerinde ciddi dalgalanmalar, sözleşme dışı sigortasız kaçak istihdam, iş güvenliğinin azalması, çalışma yaşamına yönelik yasaların dilediğince esnetilebilmesi, sendikal faaliyetlerde daralma gibi olumsuzluklar ortaya çıkabilmekte, mevcut sorunlar değerlendirildiğinde bu durumun bir yönüyle imtiyaz sözleşmeleri kapsamında devletin gerçekleştirmesi gereken faaliyetlerin yabancı unsura havale edilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir.

Diğer taraftan yabancı yatırımcıların ulusal yargı denetimi dışında kalabilmek amacıyla talep ettikleri tahkim mekanizmasının, özellikle gelişmiş ülkelerin çıkarlarına hizmet ettiği yönündeki yaklaşımlar en sık eleştiri konularından biri olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Ülkemizde de düne kadar benzer şekilde algılanan ve ulusal bağımsızlığa tehdit olarak değerlendirilen bu yapının bugün itibarıyla TOBB, SPK, İMKB gibi kurumlar bünyesinde ulusal ve uluslararası uyumsuzlukları çözüme kavuşturacak tahkim mekanizmaları oluşturmaya yönelik çabalara dönüşmesi son derece manidardır. Bu amaçla Adalet Bakanlığı, İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı hazırlamış, bu tasarı ile yabancılık unsuru taşıyanlarda dahil olmak üzere uyumsuzlukların (i) tahkim (ii) alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemi olan arabuluculuk yani tarafsız üçüncü kişi marifetiyle çözümü hedeflemiştir. Küreselleşme ile birlikte ulusal piyasaların birleşerek adeta bütünleşik bir yapı arz ettiği günümüzde mevcut sorunların salt ulusal yasalarla çözümü yetersiz kalmakta, uluslararası ticaretin artan boyutu göz önüne alındığında küresel ticaret hukuku ve onun bir parçası olan tahkim hukukunun oluşum ve gelişimine yönelik gereklilik zaruret arz etmektedir.

KAYNAKLAR

- AMBRUMENIL Peter and SCOTT Walter. *Mediation and Arbitration*, by Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1997.
- ASOUZU Amazu A. *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge University Press, 2004.
- BARRETT Jerome T and BARRETT Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, Published by Jossey-Bass, 2004.
- BEALEY Frank. *The Blackwell Dictionary of Political Science: A User's Guide to Its Terms*, Blackwell Publishers, First Published, 1999.
- BOOGERT Maurits H. *The Capitulations and the Ottoman Legal System: Qadis, Consuls and Beratlls in the 18th Century*, Netherlands, 2005.
- BRATSPIES Rebecca M and MILLER Russell A. *Transboundary Harm in International Law*, Cambridge University Press, 2006.
- COLLIN Peter H. *Dictionary of Economics*. A & C Black Publishers Ltd, First Published in Great Britain, 2003.
- GAILLARD Emmanuel and SAVAGE John. *International Commercial Arbitration*, Published by Kluwer Law International, 1999.
- HORNLE Julia. *Cross-Border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, First published, 2009.
- KARATAŞ İzzet, ERTEKİN Erol. *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara, 1997.
- LUTZ Dieter S. *The OSCE Court of Conciliation and Arbitration: Peaceful Settlement of Disputes as a Correlative of Force Prohibition*, 1995.
- MARTIN Elizabeth. *A Dictionary of Law*, Market House Books Ltd, Fifth Edition, 2003.
- MOSES Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, First published, 2008.
- NOUSSIA Kyriaki. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2010.

OECD. *Innovation Strategy. Attractiveness for Innovation: Location Factors for International Investment*, 2011.

ONYEMA Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, First published, by Routledge, 2010.

PAPARINSKIS Martins. *Investment Arbitration and the Law of Counter-measures*, British Year Book of International Law, Volume 79, 2009.

ROVINE ArthurW. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2009.

SAUVANT karl P and SACHS Lisa E. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009.

SCHILL Stephan. *The multilateralization of International Investment law*, First published, Cambridge University Press, 2009.

WILD Susan Ellis. *Webster's New World Law Dictionary*, Published by Wiley, Hoboken, NJ, Canada, 2006.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, Report of the Panel*, WT/DS34/R, 31 May 1999.

Resmi Gazete.....17701 sayı 22 Mayıs 1982 tarih.

Resmi Gazete.....18610 sayı 19 Aralık 1984 tarih.

Resmi Gazete.....19830 sayı 02 Haziran 1988 tarih.

Resmi Gazete.....21959 sayı 13 Haziran 1994 tarih.

Resmî Gazete.....23786 sayı 14 Ağustos 1999 tarih.

Resmî Gazete.....23913 sayı 21 Aralık 1999 tarih.

Resmî Gazete.....23941 sayı 22 Ocak 2000 tarih.

Resmî Gazete.....24453 sayı 05 Temmuz 2001 tarih.

Resmî Gazete.....25141 sayı 17 Haziran 2003 tarih.

Resmî Gazete.....26728 sayı 12 Aralık 2007 tarih.

Resmi Gazete.....22586 sayı 20 Mart 1996 tarih.

1995/23 Sayı.....Anayasa Mahkemesi Kararı.