

## Kamu Özel İşbirliği'nde Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim

Devlet yargısı yanında alternatif bir yargı müessesesi olarak hukuki uyuşmazlıkları çözmek için geliştirilen tahkim, kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde de başvurulacak yollardan biridir.

Tahkim yolu uyuşmazlık konusunu uzman kişilerin çözmesini sağlamakla birlikte ticari anlamda da daha avantajlı olması ve daha hızlı sonuç vermesi ile de kendini göstermektedir.

Tahkim her ne kadar özel hukuk kurumu olarak ele alınsa da, geçmişten günümüze kamu hukukunda tahkim örnekleri ulusal ve uluslararası çapta karşımıza çıkmıştır. İdari uyuşmazlıklara ilişkin olarak tahkim yolunun tanınmasında Amerika öncü olarak kabul edilse de, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 05.10.2001 tarihli İdari Otoriteler ve Özel Kişiler Arasında Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatiflere ilişkin tavsiye kararına göre üye devletler buna elverişli idari işlem ve sözleşmelere uygulanmak üzere yargı dışı alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi noktasında teşvik edilmelidir. İdareye başvuru, uzlaşma, alternatif çözüm yollarından biri de tahkim yoludur."

Sonuç olarak, gelişen ve değişen dünya koşulları hukukun kendini geliştirmesine ve değiştirmesine, gelecek zamanda daha çok kamu hukukuna ilişkin konularda, tahkim kurumu ile karşı karşıya kalmamıza neden olacaktır. Hali hazırda idare hukukundaki imtiyaz usulünde tahkim nasıl reddediliştin anayasamıza kadar girdi ve mevzuatımız ona göre uyarlandı ise, gelecekte de hızlı ve verimli çözüm yolu olarak tahkime çok daha fazla gidilecektir.

Kamu Özel İşbirliği kapsamında değerlendirdiğimizde de, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilmesinde herhangi bir engel yoktur. Bu konuyla ilgili bilgilendirmeler yapılırken genel hükümlere yer verilecek, ancak 6428 sayılı kanun kapsamında düzenlenen şehir hastaneleri projesi esas alınacaktır. Söz konusu yazılı hususlar her işbirliğinde, işbirliğine özel düzenlenen kanun hükümlerine göre farklılık gösterebilmektedir.

Kamu Özel İşbirliği sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu hususu 6428 sayılı kanunda, 652 sayılı KHK ile kabul edilen yönetmelikte ve Danıştay kararlarında da belirtilmiştir. Uyuşmazlık halinde tarafların yargı merci olarak nereye başvuracağı hususu ile ilgili yönetmeliğin Anlaşmazlıkların çözümü başlıklı 67. maddesinde yer almıştır. Bu hükme göre; "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." Bu hükme göre Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 3. maddesi ile "21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 4'üncü maddesinin on birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "ve davanın Türkiye'de görülmesi" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu sebeple uyuşmazlık durumunda yargı mercii konusunda Londra Tahkiminin yetkili olması da mümkün hale gelmiştir.

Bu değişiklikle birlikte bazı hususların ortaya konması gerekmiştir. Günümüzde, tahkim usulüne uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukukundan ayrılması genel olarak kabul edilmektedir. Modern tahkim düzenlemeleri, tahkim usulüne, tahkim yeri hukukundan farklı bir hukukun ya da kuralların uygulanmasına izin vermektedir. Tahkim yerinin taraflarca seçilmiş olması, direk olarak tahkim yeri usûl kurallarının uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Bunun sebebi de, millî mahkemelerin aksine hakemlerin lex fori'lerinin bulunmamasıdır. Modern hukuk sistemlerinde, tahkim yerindeki emredici hükümler saklı kalmak kaydı ile tahkim usulüne uygulanacak hukukun, taraflar veya hakem kurulu tarafından belirlenmesi kabul edilmektedir. Bununla birlikte UNCITRAL Model Kanunda, usûle ilişkin bazı konularda taraflara özellikle

seçim hakkı tanınmıştır. Tahkim yeri (m. 20) veya tahkim dili (m. 22) konusundaki düzenlemeler buna örnek olarak verilebilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen hükümlere göre Türk hukukunda da, tarafların, tahkim usulüne uygulanacak kuralları, Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile serbestçe seçebilecekleri kabul edilmiştir. Dolayısı ile Türk hukukunda, tahkim usulüne uygulanmak üzere, yabancı bir ülke kanunun veya milletlerarası kurumsal tahkim kurallarının seçilmesine imkân tanınmıştır.

Taraflar, hem mahkemelerde uygulanan usûl kanunları hem de tahkim kanunları olmak üzere, millî hukuk sistemlerini seçebilirler. New York Sözleşmesi'nin m. 5/1-d hükmünün liberal yorumu da, bu görüşü desteklemektedir. 6639 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ve gerekçesi dikkate alındığında, KÖİ Kanununu ile tahkim yeri neresi olursa olsun tahkim usulüne MTK'nın uygulanmasının amaçlandığı kabul edilmelidir. Söz konusu hükmün emredici niteliği dikkate alındığında, 6428 sayılı Kanun gereğince yapılacak tahkim sözleşmelerinde, tahkim usulüne uygulanacak hukukun MTK olarak belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla, taraflar tahkim yeri olarak başka bir ülkeyi seçebilmelerine rağmen, tahkim usulüne uygulanacak hukuk açısından bir başka devlet hukukuna veya kurumsal tahkim kurallarına atıf yapamayacaktır. Tahkim yeri yurt dışında olan bir tahkim yargılamasında hakem mahkemesi, tahkim usulüne tarafların seçtikleri hukuku ya da kuralları uygulayacaktır. Taraflar sözleşme yaparken MTK'nın uygulanmasını seçmişlerse ki 6428 sayılı Kanun gereğince bu seçim zorunludur, hakem mahkemesi tarafların seçimi ile bağlıdır. Hakemlerin bu seçime uymamaları, hakem kararının iptali ya da tenfizinin reddi sebebi olacaktır. Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, tahkim usulüne uygulanacak kurallar bakımından, tahkim yerinin emredici hükümleri ve kurumsal tahkim kuralları bir çerçeve belirlemiş olmasına rağmen, pek çok usûlî mesele, hem ad hoc tahkimde hem de kurumsal tahkimde, hakemlerin takdir yetkisine bırakılmıştır.

#### Kaynakça

1. Nomer, Engin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2017, s. 55; Aslan Zehreddin/Arat Nilay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4, S.8, 2005/2, S.2-3.
2. Kantarcı, Esra, İdare Hukukunda Tahkim Müessesesi, Bkz: <https://www.academia.edu>.
3. Aygül, Musa/Erdoğan, Ersin, Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.4, 2020, s. 79
4. Gaillard, Emmanuel/ Savage, John: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, s. 636-637.
5. Schwarz/Konrad, s. 8
6. Kalpsüz, Turgut, 'İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim', Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C. 1, Bildiriler Tartışmalar, 1999, s. 2.
7. Heuman, Lars: Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, Juris Publishing, USA, 2003. s. 264.

#### Daha fazla bilgi ve sorularınız için:

Av. Dr. Esra Hansu – [esrahansu@hansu.av.tr](mailto:esrahansu@hansu.av.tr)

[tr.hansu.av.tr](http://tr.hansu.av.tr) | +90 216 464 12 12

© Hansu Avukatlık Ortaklığı

Hansu Avukatlık Ortaklığı, yerli ve uluslararası müvekkillerine özellikle gayrimenkul, şirketler, vergi, enerji ve fikri mülkiyet hukuku alanında hizmet veren bir avukatlık ortaklığıdır. Bu makale Türkiye'de hukuk alanındaki gelişmeleri paylaşmak amacıyla hazırlanmıştır. Hukuki bir görüş veya yönlendirme olarak düşünülmemelidir. Özel sorular ve sorunlar bakımından hukuki danışman görüşü alınmalıdır.

