

# ICSID Arbitration in Public Service Concession Agreements and Foreign Investments

## Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Yabancı Yatırımlarda ICSID Tahkimi

### ABSTRACT

Public services have been carried out increasingly by way of a concession agreement concluded between the parties. Private legal entities are willing to carry out these services because the capital and the profits of the services will pertain to them for a long period, they benefit from privileges and other similar reasons. At this point, carrying out a mission which is qualified as a public service shall be in the form of an administrative agreement exercised in concession method by a private entrepreneur. In accordance with the nature of public service concession agreements, opportunity to apply ICSID arbitration that became available with the amendments and regulates the disputes arise during the execution of mentioned contracts, is important, as well as the authority of the Council of State to “examine” and “present an opinion”. Nevertheless, the arbitration to be applied for the resolution of administrative disputes may need to be evaluated out of the perspective of classical arbitration.

### ÖZET

Kamu hizmetleri, giderek taraflar arasında akdedilecek imtiyaz sözleşmesi vasıtasıyla görülmektedir. Özel hukuk kişileri, projelerin sermaye ve kârının uzun süre boyunca kendilerine ait olacak olması, ayrıcalıklardan yararlanıyor olmaları ve benzeri sebeplerle bu hizmetleri gerçekleştirmeye gönüllü olmaktadır. Bu noktada, kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye kamu hizmetinin imtiyaz usulü ile gördürülmesi şeklinde söz konusu olacaktır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliği doğrultusunda, Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki “inceleme” ve “görüş bildirme” yetkisi ile bahse konu sözleşmelerin uygulanması sırasında doğacak uyuşmazlıklar için getirilen anayasal değişikliklerle birlikte ICSID tahkimine başvurabilme imkânı günümüzde yabancı yatırımların ülkemizde teşviki açısından birçok fayda sağlamaktadır ve büyük öneme sahiptir. Buna karşın idari uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak tahkimin, klasik tahkimin anlayışının dışında değerlendirilmesi gerekebilir.

**KEYWORDS:** Public Service Concession Agreements, Administration, Concessionaire, Foreign Investments, ICSID Arbitration

## I. INTRODUCTION

**P**UBLIC SERVICES THAT ARE OFFERED TO THE SOCIETY to meet general and common needs and to provide public interest are the requirements of the social state concept. With the influence of neoliberal policies, funding problem of public services has increased the tendency of administrations to have public services exercised by private legal entities. In essence, public service is exercised by private legal entities, as a whole, for a certain period of time by an administrative agreement concluded indicates us the term “*public service concession agreements*”. In this article, we analyse the nature and scope of public service concession agreements, rights and obligations of the parties arising out of such agreements, the nature and the scope of the authority of the Council of State on concession contracts and ICSID Arbitration procedure to resolve disputes arising from these agreements.

## II. PUBLIC SERVICE CONCESSION AGREEMENTS

### A. General

Public service concession agreements are administrative contracts that lay out the establishment and operation of a public service or operation of a public service that has already been established for a certain period of time by a private entity. In these agreements, the administration is called “*concession granter*” and the other side is called “*concession holder*” or “*concessionaire*”. According to the classic definition, in such contracts, the concessionaire establishes and/or operates a certain public service, at his own expense, profit and loss by charging the beneficiaries of the service. The public service facility which is established and operated by the concessionaire is transferred to the administration as a whole and free of charge at the end of the agreement.<sup>1</sup>

The most important feature of the concession method is capital, profits, damages and losses pertain to the private entity and with the concession agreement, as can be gathered from the term of the contract, some privileges (concessions) are granted to the concessionaire. In particular, according to the classical definition and legal

**ANAHTAR KELİMELER:** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, İdare, İmtiyaz Sahibi, Yabancı Yatırımlar, ICSID Tahkimi

## I. GİRİŞ

**T**OPLUMUN GENEL VE ORTAK GEREKSİNİMLERİNİ karşılamak, kamu yararı sağlamak için topluma sunulmuş olan kamu hizmetleri, sosyal devlet anlayışının bir gereğidir. Neoliberal politikaların etkisiyle birlikte kamu hizmetlerinin finansman sorunu, idarelerin kamu hizmetini bizzat görmek yerine, herhangi bir ödeme yapılmaksızın, özel hukuk tüzel kişilerine gördürme eğilimini artırmıştır. Esas itibarıyla, kamu hizmetinin, bir bütün olarak, akdedilecek bir idari sözleşme ile özel hukuk tüzel kişisine belirli bir süre gördürülmesi, karşımıza “*kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri*” kavramını çıkarmaktadır. İşbu çalışmamızda, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ve kapsamı, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri, Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisinin niteliği ve kapsamı ile bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanan ICSID Tahkimi usulü incelenmektedir.

## II. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİ

### A. Genel Olarak

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde idareye “*imtiyaz veren*”, karşı tarafa ise “*imtiyaz sahibi*” veya “*imtiyazcı*” denilmektedir. Klasik tanımına göre, söz konusu sözleşmeler imtiyaz sahibi hizmetten yararlananlardan ücret veya bir bedel olarak ve masrafları, kar ve zararı da kendisine ait olmak üzere belli bir kamu hizmetini kurar ve/veya işletir. İmtiyaz sahibi tarafından kurulan ve işletilen kamu hizmeti tesisi, sözleşmenin sonunda tümüyle ve bedelsiz olarak idareye geçer.<sup>1</sup>

İmtiyaz yönteminin en önemli özelliği; sermaye, kâr, hasar ve zararın özel hukuk kişisine ait olması ve imtiyaz sözleşmesi ile, imtiyaz alan özel kişiye sözleşmenin hükümlerinden de anlaşılabilen üzere bazı ayrıcalıkların (imtiyaz) tanınmış olmasıdır. Özellikle klasik tanım ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında



regulations available,<sup>2</sup> the subject of concession agreements is the “monopoly” nature of public services.<sup>3</sup> However, there have been amendments in the definition of the concession as some elements in the classic definition have lost their importance over time. Hence, it is affirmable that the requirement of concessionaire operating the service by taking on all of the losses and risks has almost expired because of the income guarantee provided by the administration granting the concession.<sup>4</sup>

When the historical development of public service concession agreements is examined, it is seen that it had found a wide application area in the last era of the Ottoman Empire. That is to say, Ottoman Public Debt Administration (*Düyun-u Umumiye*) seized resources to guarantee the debts, also assisted foreign capital to set as concession. In that period, attention was paid to the advices of foreign entities regarding mining rights to be granted as concession. In the Ottoman Empire, the role

Kanun<sup>2</sup> uyarınca, imtiyaz sözleşmelerinin konusu kamu hizmetinin “tekel” mahiyetidir.<sup>3</sup> Ancak, klasik tanımda yer alan bazı öğelerin zaman içinde önemini yitirmesiyle birlikte imtiyaz tanımında zamanla değişiklikler yaşanmıştır. Nitekim imtiyaz sahibinin tüm zarar ve riskleri üstlenerek hizmeti yürütmesi koşulunun, imtiyazı veren idarenin gelir garantisi sağlaması karşısında neredeyse geçerliliğini yitirmiş olduğu söylenebilir.<sup>4</sup>

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tarihsel gelişimi incelendiğinde, Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerinde geniş bir uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Şöyle ki; *Düyun-ı Umumiye*, borçların garanti edilmesi için kaynaklara el koymasının yanında, yabancı sermayenin imtiyaz olarak yerleşmesine de aracılık etmiştir. Bu dönemde yabancı çevrelerden gelen, maden işletme haklarının imtiyaz olarak verilmesi tavsiyelerine kulak verilmiştir. Kamu hizmeti alanında Osmanlı İmparatorluğu’nda vakıfların rolü yadsınamaz; fakat



of foundations cannot be denied in the field of public service. However, apart from the public works, Ottoman Empire concentrated especially on military and commercial priorities, rather than the public interest. In this respect, it was an opportunity for the European capital which had to find investment areas out of Europe to acquire concessions in the field of Ottoman public services.<sup>5</sup> The public service concession was given to foreign private entrepreneurs due to financial and technical shortcomings in the Ottoman Empire, and with the establishment of the Republican regime, it transformed into a system that those services were taken from private entrepreneurs by the purchase (*rachat*) method and exercised by public economic enterprises and later on, as a requirement of the liberal system, it started to be granted to private enterprises again.<sup>6</sup>

Pursuant to the provisions 1924 Constitution of Turkish Republic it is laid out that public service concessions shall be given to merely legal entities which have Turkish joint - stock company status, with decision of the Cabinet and approval of TBMM (*Grand National As-*

vakıf hizmetleri dışında da, özellikle bayındırlık işlerinde Osmanlı, askeri ve ticari önceliklere ağırlık vermiş, kamu yararı olan işlere gereken önemi vermemiştir. Bu açıdan da, zaten kendisine Avrupa dışında yatırım alanları bulmak zorunda olan Avrupa sermayesi için Osmanlı kamu hizmetleri alanında imtiyaz elde etmek bir fırsat olmuştur.<sup>5</sup> Kamu hizmeti imtiyazı, Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki mali ve teknik eksiklikler nedeniyle yabancı özel girişimcilere tanınmış, sonraları Cumhuriyet rejiminin kurulması ile bu hizmetlerin özel girişimciden satın alma (*rachat*) yöntemi ile alınıp kamu iktisadi teşebbüslerince bu hizmetlerin görülmesi şekline dönüşmüş ve daha sonra liberal düzenin bir gereği olarak yeniden özel girişimlere verilmeye başlanmıştır.<sup>6</sup>

1924 T.C. Anayasası'nın TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 26. maddesinde imtiyaz sözleşmelerinin onaylanmasının TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmasından ve Danıştay'ın görevlerini düzenleyen 55. maddesinde imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay'ın görüşünün de alınacağı belirtildikten sonra, 1924 T.C. Anayasası hükümlerine göre, kamu hizmet-

*sembly of Turkey*) after opinion of the Council of State is taken following article 26 of the 1924 Constitution of Turkish Republic, which regulates the duties and powers of TBMM, states that the approval of the concession agreements shall be counted among the duties and powers of the TBMM and article 55 which regulates the duties of the Council of State, states that opinion of the Council of State shall be taken.<sup>7</sup>

After the entry into force of 1961 Constitution of Turkish Republic, the authority of TBMM to approve the concession agreements was removed and the duty and authority of the Council of State on the concession agreements and the stipulation drafts have been transformed into “examination” by modifying from “expressing opinion”. The 1982 Constitution of Turkish Republic also used to have the same provisions as the 1961 Constitution of Turkish Republic, article 155th paragraph 2 of the constitution is amended by the law dated 13 August 1999 and numbered 4446, and the Council of State’s authority of examination on the concession agreements were modified merely as “expressing opinion”.<sup>8</sup>

It should be noted that no matter which term is given to the agreement, the Council of State deems itself to have the authority to examine agreements and therefore invalidity matter of the contracts which have not been examined by Council of State arises.

Although the conclusion of public service concession agreements has become more practical in practice with the recent changes in the 1982 Constitution over time, the concerns of foreign investors could not have been removed since these agreements are concluded for a long-time period and the parties allocate huge financial resources for execution of the agreement. Within this long period, the country may undergo many political changes and occasionally situations may arise to the detriment of the investors.<sup>9</sup> Therefore, nowadays, investors seek resolution of possible disputes between the parties of the agreement by an impartial tribunal, in order to avoid such risks and to avoid the slowness of national jurisdictions.<sup>10</sup>

## **B. Rights and Obligations of the Parties**

### **1. Rights and Obligations of the Administration**

As concession agreements have the nature of administrative contracts, the administration as a party of the concession agreement has a number of superior rights

ti imtiyazlarının Danıştay’ın görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulu kararı ve TBMM’nin onayı ile ancak Türk anonim şirketi statüsündeki tüzel kişilere verileceği öngörülmüştür.<sup>7</sup> 1961 T.C. Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden sonra, TBMM’nin imtiyaz sözleşmelerini onaylama yetkisi kaldırılmış ve Danıştay’ın imtiyaz sözleşme ve şartlaşma tasarıları üzerindeki görev ve yetkisi de “görüş bildirme” olmaktan çıkarılarak “inceleme” haline dönüştürülmüştür. 1982 T.C. Anayasası da, imtiyaz sözleşme tasarıları hakkında 1961 T.C. Anayasası’nda yer alan hükümleri taşımakta iken, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 155. maddesinin 2. fıkrası değiştirilmiş ve Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi ve görevi salt “görüş bildirme” haline getirilmiştir.<sup>8</sup>

Belirtmek gerekir ki, sözleşmede hangi hüküm düzenlenmiş olursa olsun, Danıştay imtiyaz niteliğinde gördüğü sözleşmeleri inceleme yetkisini kendisinde görmekte ve bu nedenle Danıştay incelemesinden geçirilmeyen sözleşmelerin geçersizliği gündeme gelmektedir.

Zaman içinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin akdedilmesi 1982 Anayasası’nda gerçekleştirilen son değişiklikler ile uygulamada daha pratik bir hale gelmişse de, yabancı yatırımcıların endişelerini bertaraf edememiştir. Zira bu sözleşmeler uzun bir süre için akdedilmekte ve sözleşmenin ifası için taraflar büyük mali kaynaklar ayırmaktadırlar. Bu uzun süre içerisinde ülke, siyasi ve politik açıdan birçok değişime uğrayabilmekte ve bazen yatırımcıların aleyhine durumlar ortaya çıkabilmektedir.<sup>9</sup> Dolayısıyla günümüzde, yatırımcılar bu tür risklerden korunmak ve ulusal yargıların yavaşlığını bertaraf etmek amacıyla, sözleşmenin tarafları arasında çıkması muhtemel ihtilafların tarafsız bir yargılama makamı tarafından çözüme kavuşturulması yönünde talepte bulunmaktadırlar.<sup>10</sup>

## **B. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri**

### **1. İdarenin Hak ve Yükümlülükleri**

İmtiyaz sözleşmeleri birer idari sözleşme niteliğini haiz olması sebebiyle, imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan idarenin diğer taraf olan imtiyaz sahibine nazaran bir takım üstün hak ve yetkileri vardır. Bu hak ve yetkiler basitçe denetim ve yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi (gerekliyse) ile tek taraflı fesih yetkisi gibi tüketici surette sayılmayacak ancak kamu yararının gerektirmesi halinde sözleşmeye

and authorities compared to the other party, the concessionaire. This rights and authorities are simply to supervise and impose sanctions, to amend the contract unilaterally (if required) and non-exhaustive rights such as to terminate contract unilaterally, add or remove or not execute the provisions that are not agreed by the parties when public good necessitates.

The Administration has the authority to inspect whether the service is operated constantly and regularly and whether the concessionaire carrying out its obligations, and to enforce sanctions when necessary. Even though it is not set out in the agreement, it is assumed that the administration has above-mentioned rights and authorities as the real possessor and responsible of the public service.<sup>11</sup>

The administration has the authority to inspect whether the concessionaire carries out its obligations and to enforce sanctions when necessary. The major sanctions of the administration are to ask for payment of a certain amount of money, temporary seizure of the establishment and termination of the agreement.<sup>12</sup>

Pursuant to the variability (adaptation) principle of public services, the administration has the authority to change the terms and conditions unilaterally regarding the operation of the public service concession agreement. The concessionaire also has to accept these changes that the administration makes. However, the ability to use this authority depends on the arising of new conditions and circumstances.

If obligations of the concessionaire may increase due

sözleşme de yer almayan hükümlerin eklenmesi veya çıkarılması veya uygulanmaması gibi tarafların mutabakata vardıkları sözleşme metnini değiştirebilme yetkisidir.

İdare, hizmetin sürekli ve düzenli olarak işleyip işlemediğini ve imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Sözleşme de belirtilmemiş olsa bile, idarenin kamu hizmetlerinin asıl sahibi ve sorumlusu sıfatıyla yukarıda belirtilen hak ve yetkilere sahip olduğu kabul edilir.<sup>11</sup>

İdarenin uygulayacağı belli başlı yaptırımlar, belli bir miktar paranın ödenmesini isteme, işletmeye geçici olarak el koyma ve sözleşmeyi feshetmedir.<sup>12</sup>

Kamu hizmetlerine egemen olan değişkenlik (uyarlama) ilkesi uyarınca, idare kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin hizmetin işleyişine ilişkin hüküm ve şartlarını tek taraflı iradesi ile değiştirme yetkisine sahiptir. İmtiyaz sahibi de, İdare'nin yapacağı bu değişiklikleri kabul etmek zorundadır. Ancak idarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların ortaya çıkmasına bağlıdır.

İdarenin tek taraflı iradesiyle yapacağı öngörülemez değişiklikler ile imtiyaz sahibinin yükümlülükleri artar ise ve/veya sözleşmenin *mali dengesi* bozulur ise, imtiyaz sahibine bozulan dengenin giderilmesine yönelik bir tazminat verilmesi gündeme gelecektir.<sup>13</sup>

İdare, imtiyaz sahibinin hiçbir uygulanabilir kusuru olmasa dahi; hizmet ve kamu yararının gerektirdiği halde, sözleşmeyi tek taraflı feshetme yetkisine sahiptir.

## FOOTNOTE

**1 Metin Günday**, İdare Hukuku, 11. Edition, Ankara 2017, p. 188-189.

**2** 4046 numbered Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun published in the Official Gazette dated 27.11.1994 and numbered 22124.

**3 A. Murat Yavaş**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2003, p. 73.

**4 Turgut Tan**, İdare Hukuku, 6. Edition, Ankara 2017, p. 379.

**5 Turgut Tan**, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancı Yatırımlara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/409/4496.pdf>,

(Last Access Date: 03.08.2018).

**6 Zehreddin Aslan/Nilay Arat**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Issue 8 Fall 2005/2, p. 8.

**7 Günday**, İdare Hukuku, p. 189-190.

**8 Cem Çağatay Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, p. 37-38.

**9 Ergin Nomer/Nuray Eksi/Günseli Gelgel Öztekin**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Vol. 1, İstanbul 2008, p. 154.

**10 Hayrettin Yıldız**, Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesistiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, p. 280.

**11 Ayhan Beydoğan**, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 1.2011/4, Ankara 2011, p.117, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-4/2011-4-5.pdf>, (Last Access Date: 02.07.2018)

**12 Günday**, İdare Hukuku, p.347.

**13 Günday**, İdare Hukuku, p.347-348.

**14 Günday**, İdare Hukuku, p.348.

to the unforeseen changes made unilaterally by the administration and/or if the *financial balance* of the agreement may collapse, compensation for the restoring the balance shall be brought to agenda.<sup>13</sup>

The administration has the authority to terminate the agreement unilaterally, in case that service and public interest require so, even if the concessionaire has no applicable fault. The administration does not have to pay compensation to the concessionaire in case the contract is terminated upon gross fault of the concessionaire, however, in the second case the administration has to fully compensate the loss of the concessionaire.<sup>14</sup>

## 2. Rights and Obligations of the Concessionaire

The concession agreement provides some financial rights to the concessionaire, as well as some kind of public privileges and opportunities that are not encountered in private law contracts.

The principle of “preserving the financial equilibrium”, which is also available in the Turkish Code of Obligation but which differs in meaning and scope in the administrative agreements, is in favor of the concessionaires in concession agreements. Namely, if the administration increases the area of obligations of the concessionaire by making a change in the contract by unilateral will, the concessionaire shall have the right to request a financial compensation for these increased obligations. That is to say that provisions regarding the financial rights of concessionaire are contractual and it is not possible to change these provisions regarding the financial rights unilaterally by the administration.

İmtiyaz sahibinin ağır kusuru üzerine sözleşmenin feshedilmesi halinde idarenin, imtiyaz sahibine herhangi bir tazminat ödemesi gerekmez iken; bu ikinci halde idare imtiyaz sahibinin zararını tamamen gidermek zordur.<sup>14</sup>

## 2. İmtiyaz Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri

İmtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz sahibine birtakım mali haklar sağlandığı gibi, özel hukuk sözleşmelerinde rastlanmayan türden bazı kamusal ayrıcalıklar ve olanaklar da sağlanabilir.

Türk Borçlar Hukuku'nda da yer alan ancak idari sözleşmelerde anlam ve kapsamı farklılaşan “mali dengenin korunması” prensibi, imtiyaz sözleşmelerinde de imtiyaz sahibi lehine söz konusudur. Şöyle ki, idare tek taraflı iradesi ile sözleşmede değişiklik yaparak imtiyaz sahibinin yükümlülüklerinin alanını artırır ise, imtiyaz sahibi bu artan yükümlülüklerine bir mali karşılık isteme hakkına sahip olur. Zira; sözleşmenin imtiyaz sahibinin mali haklarına ilişkin hükümleri sözleşme niteliğinde olup, mali haklara ilişkin bu hükümlerin idarece tek taraflı olarak değiştirilmesine olanak yoktur.

Öte yandan, sözleşmenin uygulanması sırasında tarafların iradelerinin dışında ortaya çıkan olaylar nedeniyle imtiyaz sahibinin mahvına neden olabilecek ölçüde yükümlülükleri artar ise, imtiyaz sahibi *emprevizyon (öngörülemezlik) kuramı (öngörülemeyen gelişmeleri ve değişen ihtiyaçları benimsemek)* uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ve zararlarının paylaşılmasını idareden isteme hakkına sahiptir.

## DİPNOT

**1 Metin Günday**, İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 188-189.

**2** 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun.

**3 A. Murat Yavaş**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2003, s.73.

**4 Turgut Tan**, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2017, s. 379.

**5 Turgut Tan**, Osmanlı İmparatorluğunda Yabancı Yatırımlara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/409/4496.pdf>,

(Erişim Tarihi: 03.08.2018)

**6 Zehreddin Aslan/Nilay Arat**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 8, Güz 2005/2, s.8.

**7 Günday**, İdare Hukuku, s. 189-190.

**8 Cem Çağatay Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006, s. 37-38.

**9 Ergin Nomer/Nuray Eksi/Günseli Gelgel Öztekin**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2008, s.154.

**10 Hayrettin Yıldız**, Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesistiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, s.280.

**11 Ayhan Beydoğan**, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, S.2011/4, Ankara 2011, s.117, <http://www.ankarabarosusu.org.tr/siteler/ankarabarosusu/tekmakale/2011-4/2011-4-5.pdf>, (Erişim Tarihi:02.07.2018)

**12 Günday**, İdare Hukuku, s.347.

**13 Günday**, İdare Hukuku, s.347-348.

**14 Günday**, İdare Hukuku, s.348.

On the other hand, due to events that arise out of the will of the parties during the execution of the agreement, if obligations of the concessionaire increase as much as that may cause the destruction of the concessionaire, the concessionaire has the right to request the agreement to be adapted to the new conditions and the damages to be shared in accordance with the *improvisation theory* (adopting the unforeseen developments and changing needs).

As it is known, “*fait du prince*” theory is another aspect which makes possible new conditions to affect the agreement. According to this theory, if the execution of the agreement is affected due to the decisions taken by the administration not as a party of the agreement but as an authority which uses its powers, the administration must compensate the damages of the contractor due to the decision it took.<sup>15</sup>

The concessionaire has to carry out the service in accordance with the governing principles of the public service and contractual provisions. It has to comply with these provisions as the principles of the benefiting conditions and price is laid out in the contract and in the agreement.

Besides, it has to accept unilateral changes made by the administration as essential owner of the public service according to the principle of *improvisation* and it has to endure the supervision and inspection of the administration according to the principle of continuity and regularity.

Finally, the concessionaire has to carry out its obligations by itself. The concessionaire cannot carry out the service it has undertaken by contracting-out method and cannot transfer its obligations. As the concessionaire is preferred based on its technical knowledge, talent, experience and financial power, it is out of question that public services is carried out by others.<sup>16</sup>

### **C. The Nature and the Scope of the Authority of the Council of State on the Concession Agreements**

As briefly mentioned above, the Council of State has administrative duties as “expressing opinion” or “examination” on concession agreements. The legal nature of the tasks defined as “expressing opinion” or “examina-

Bilindiği üzere “*fait du prince*” kuramı, yeni durumların sözleşmeye etkisini olanaklı kılan bir diğer haldir. Bu kurama göre; idarenin, sözleşmenin tarafı olarak değil, başka yetkilerini kullanarak bir karar alması sonucu sözleşmenin uygulanması etkilenirse, idare, sözleşmeci kişinin alınan bu karar dolayısıyla uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.<sup>15</sup>

İmtiyaz sahibi; hizmeti, kamu hizmetine egemen olan ilkelere ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yürütmek zorundadır. Hizmetten yararlanma şartları ve ücret, şartname ve sözleşmede belirlenmiş bulunduğundan, imtiyaz sahibi bu hükümlere uymak zorundadır.

Ayrıca imtiyaz sahibi *değişkenlik* ilkesi uyarınca, kamu hizmetinin esas sahibi olan idarenin yapacağı tek taraflı değişiklikleri kabul etmek zorunda olup; süreklilik ve düzenlilik ilkesi uyarınca ise, idarenin gözetim ve denetimine katlanmak zorundadır.

Son olarak imtiyaz sahibi, yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır. İmtiyaz sahibi, yüklendiği hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi teknik bilgi, yetenek, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olup, kamu hizmetlerinin idarenin iradesi dışında başkalarına gördürülmesi düşünülemez.<sup>16</sup>

### **C. Danıştay’ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki Yetkisinin Niteliği ve Kapsamı**

Yukarıda kısaca değinildiği üzere Danıştay, imtiyaz sözleşmeleri üzerinde “görüş bildirme” ya da “inceleme” şeklinde idari görevlere sahip olmuştur. “Görüş bildirme” ya da “inceleme” şeklinde tanımlanan görevlerinin hukuki niteliği ise yine Danıştay’ın kararlarından faydalanılarak anlaşılabilir. Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme faaliyeti, danışma organı olarak idarenin “fonksiyonel bütünlüğü ve birliği” içinde yaptığı bir faaliyettir.

Danıştay incelemesinden geçmeden imzalanmış bir imtiyaz sözleşmesi şekil yönünden hukuka aykırılık teşkil eder. Bunun dışında idare, Danıştay’dan görüş aldıktan sonra bu görüşleri uygulayıp uygulamamakta kural olarak serbesttir. Danıştay tarafından sözleşme taslağı hakkında görüş bildirmesinden sonra taslakta Danıştay görüşü doğrultusunda değişiklikler yapılmaksızın; idarece sözleşmenin imzalanması halinde bunun sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir husus olmadığı kanaatindeyiz.





tion” can be understood by examining the decisions of the Council of State. The task of examining the concession agreements of the Council of State is a task carried out within the “functional integrity and association” of the council as a consulting body.

A concession agreement signed without the examination of Council of State is formally unlawful. Besides, the administration, in principle, is free whether to comply with them or not after getting the opinion of the Council of State. After the Council of State expressed its opinion on the agreement draft, if the agreement is signed by the administration without making any amendment in accordance with the opinion of the Council of State, we do not think that this is an issue affecting the validity of the agreement.

The assessment of the Council of State on the concession agreements is not only in terms of compliance with law, but also a broad review of the agreement, including the rights that are required to be given to the parties of the agreement and even the correction of the parts of

Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri hakkında yaptığı değerlendirme, sırf hukuka uygunluk bakımından olmayıp, sözleşmenin taraflarına verilmesi gereken haklar ve hatta sözleşme metninde anlatım olarak sorunlu olabilecek kısımların düzeltilmesi de dahil olmak üzere sözleşmenin geniş kapsamlı olarak gözden geçirilmesidir.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken husus ise; 1999 öncesi imtiyaz sözleşmelerini “inceleme” görevini haiz olduğu dönem ile 1999 sonrası “görüş bildirme” görevini haiz olduğu dönem arasında Danıştay’ın değerlendirmesinin kapsamında bir farklılık bulunmadığıdır. Danıştay her dönemde hukukilik denetimi ile sınırlı kalmayıp yerindelik teşkil edecek şekilde değerlendirmesini yapmaktadır.<sup>17</sup> Kuşku yok ki, uygulamada bir fark olmadığı doktrinde iddia edilse de, yapılan bu değişiklik Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisini “sınırlandırmaya yönelik” yaklaşımı içermektedir. Kanun koyucunun, sözleşmenin içeriğine varan yerindelik denetimi yetkisinin detaylı inceleme değil; yalnızca görüş bildirme şeklinde daha bir soyut incelemeye dönüştüğü bir gerçektir.



the agreement that can be problematic in the meaning of expression.

The last thing to be mentioned in this regard is; there is no difference within the scope of the Council of State's evaluation between the period in which it had the task of "examining" the concession agreements before 1999 and the period in which it had the task of "expressing opinion" after 1999. The Council of State does not limit itself within judicial review in every period but it makes expediency review.<sup>17</sup> There is no doubt that, even though it is asserted in doctrinal studies that there is no difference in practice, this amendment includes "restrictive" approach to the authority of The Council of State on concession agreements. It is a fact that the authority of legislative body as to expediency considerations – even covering the content of the agreement – becomes more abstract examination only in the form of expressing opinion instead of a detailed examination.

### III. KAMU HİZMETİ İMTİYAZ SÖZLEŞMELERİN- DEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA İCSİD TAHKİMİ

#### A. Genel Olarak

Çoğunlukla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, yapı-ışlet-devret ve Kamu Özel İşbirliği ortaklığı benzeri sözleşmelerin konusunu oluşturan işlerin mali değeri yüksektir. Üstelik bu sözleşmelerin uygulanması sırasında tarafların arasında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı görevli ve yetkili olduğundan, idari yargının "kamu yararı"nı koruma misyonu dolayısıyla çoğu kez idare, taleplerini sözleşmenin karşı tarafı olan imtiyaz sahibine empoze edebilmektedir. Özellikle yabancı yatırımlar söz konusu olduğunda, bu tür kaygılar uyuşmazlıkların çözümünde tahkim kurumunun varlığını gerekli kılmaktadır.<sup>18</sup>

İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından gelişmekte olan ülkelere doğru hızlı bir sermaye akışının gündeme gelmesiyle birlikte, yabancı yatırımcılar açısından bu

### III. ICSID ARBITRATION IN DISPUTES ARISING FROM PUBLIC SERVICE CONCESSION AGREEMENTS

#### A. General

Most of the time, the businesses which are subject to the agreements, such as public service concession agreements, build-operate-transfer agreements and public private partnership agreements has a high financial value. Moreover, since the administrative jurisdiction has duty and authority to resolve possible disputes between the parties during the execution of these agreements, the administration may often impose its claims on the counterparty of the agreement as a result of its mission of protecting the “public interest”. Especially when foreign investments are considered, such concerns require availability of the arbitration institution for the resolution of disputes.<sup>18</sup>

As a consequence of the rapid flow of capital towards developing countries right after the Second World War, the greatest drawback from the point of foreign investors has been the lack of an effective dispute resolution method for possible disputes between the host country and foreign investors. In other words, foreign investors’ concerns that domestic courts would decide in favor of the host state arose, as well as the long duration of the cases. Therefore, reason, foreign investors preferred to resolve disputes by international arbitration.

At the beginning of the 60’s, the host countries’ violation of the rights of foreign investors have been noticed and with the aim of stabilizing investments and capital inflows, within the framework of the “*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*” (“**ICSID Convention**”) that entered into force on 14 October 1966, *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) (“**ICSID Arbitration Center**”) was founded. As of 25 January 2006, the ICSID Convention has been signed by 155 countries and has been ratified by 143 of them.<sup>19</sup>

The main purpose here is to remove obstacles in front of investments and to introduce a refined method of dispute resolution. When it is considered that the first application made to the ICSID Arbitration Center was made in 1987,<sup>20</sup> it can be seen that that ICSID arbitration increased its international functionality due to bilateral investment agreements.

husustaki en büyük çekince, ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı arasında çıkması muhtemel uyuşmazlıklar için etkin bir uyuşmazlık çözüm yolunun bulunmayışı olmuştur. Bir başka deyişle, yerel mahkemelerdeki davaların uzun sürmesi yanında, ev sahibi devlet lehine karar verileceği endişesi yabancı yatırımcılarda hâkim olmuştur. Bu nedenle, yabancı yatırımcılar uyuşmazlıkları uluslararası tahkim yolu ile çözüme kavuşturmayı tercih etmişlerdir.

1960’lı yılların başında, ev sahibi devletlerin yabancı yatırımcıların haklarını ihlal eden uygulamaları fark edilmiş ve yatırımlar ile sermaye girdilerini stabilize etmek maksadı ile 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren “Devletler ve Diğer Devletlerin Uyrıkları arasındaki Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Sözleşme” (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*) (“**ICSID Konvansiyonu**”) esasları çerçevesinde, “Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi” (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) (“**ICSID Tahkim Merkezi**”) kurulmuştur. 25 Ocak 2006 tarihi itibarıyla ICSID Konvansiyonu, 155 ülke tarafından imzalanmış olup, bu ülkelerden 143’ü tarafından onaylanmış durumdadır.<sup>19</sup>

Buradaki temel amaç yatırımların önündeki engellerin kaldırılması ve rafine bir uyuşmazlık çözüm metodunun yerleştirilmesidir. ICSID Tahkim Merkezi’ne yapılan ilk başvurunun 1987 yılı olduğu düşünüldüğünde<sup>20</sup> aslında ICSID tahkiminin uluslararası alanda işlevselliğini artırmasının, iki taraflı yatırım anlaşmaları sayesinde olduğu gözlenmektedir.

Yabancı yatırımın teşviki ve korunmasına ilişkin Türk hukuk mevzuatı ICSID Tahkim Merkezi’nin yargı yetkisine imkan veren herhangi bir hüküm içermemektedir. Buna karşılık yukarıda değinildiği üzere, Türkiye çeşitli ülkelerle imzalamış olduğu iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Tahkim Merkezi’ne götürülebileceğine rıza göstermiştir. ICSID Konvansiyonu’nu imzalarken Türkiye’nin, 25/4. maddede uyarınca şu şekilde şerhi bulunmaktadır: “*Yalnızca doğrudan doğruya Türkiye Cumhuriyeti’nin yabancı sermaye mevzuatına uygun olarak gerekli izinleri almış ve fiilen çalışmaya başlamış olan yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar merkezin yargı yetkisi dâhilindedir. Ancak gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkı ve aynı haklar ile ilgili uyuşmazlıklar tamamen Türk Mahkemeleri’nin yargı yetkisi dâhilindedir ve sonuç*

Turkish legislation on the promotion and protection of foreign investment does not contain any provision allowing the ICSID Arbitration Center to exercise its jurisdiction. In contrary, as mentioned above, Turkey gave its consent by bilateral investment agreements which have been signed with several countries to take the investment disputes to the ICSID Arbitration Center. When signing the ICSID Convention, Turkey put a notification to the article 25/4 as follows: “*Only the disputes arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, in conformity with the relevant legislation of the Republic of Turkey on foreign capital, and that have effectively started shall be subject to the jurisdiction of the Center. However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the Center.*”

Today it is obvious that the ICSID arbitration have wide application area especially in the concession agreements of developing countries signed with foreign investor. The host country may have accepted ICSID arbitration in an investment agreement. Most of the bilateral investment agreements (*BIT*) include ICSID arbitration. Some bilateral investment contracts refer to ICSID arbitration as a solution of foreign investment disputes. Some agreements give the authority to foreign investors to initiate proceedings for the dispute to be heard before the ICSID arbitration board.<sup>21</sup>

### **B. Jurisdiction of the ICSID Center**

There are three important conditions for the disputes between states and other states' citizens to be resolved by ICSID arbitration. Firstly, the parties shall give their consent to bring the dispute between them before ICSID arbitration. The consent of the parties shall be in writing regarding a dispute which already exist or may arise in the future. A letter, fax or an electronic text is sufficient to meet the written form requirement. The consent of the member states and the foreign investors can be given by an arbitration clause which they may put in the main agreement between them or by a separate arbitration agreement. Pursuant to article 25/4 of the ICSID Convention, it is not possible, in terms of authorization of the ICSID Arbitration, to renege on these agreements and to assert the competence of the domestic courts after the agreement of the parties to bring the dispute between them to the ICSID Convention.

*olarak merkez bu anlaşmazlıklar üzerinde yargı yetkisine sahip değildir.”*

Günümüzde ICSID tahkiminin özellikle gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırımcılarla yaptığı imtiyaz sözleşmelerinde geniş bir uygulama alanı bulduğu açıkça görülmektedir. Ev sahibi ülke bir yatırım anlaşmasında ICSID tahkimini kabul etmiş olabilir. İki taraflı yatırım anlaşmalarının (*BIT*) pek çoğunda ICSID tahkimine yer verilmektedir. Bazı iki taraflı yatırım anlaşmaları, taraflara yabancı yatırım uyuşmazlığının bir çözüm yolu olarak ICSID tahkimine atıf yapmaktadır. Bazı anlaşmalar ise, uyuşmazlığın ICSID tahkim kurulu önünde görülmesi için yabancı yatırımcıya işlemleri başlatma yetkisi vermektedir.<sup>21</sup>

### **B. ICSID Merkezi'nin Yargılama Yetkisi**

Devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların ICSID tahkimi ile çözümlenmesinin üç önemli koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı ICSID tahkimine götürmeleri konusunda rıza göstermeleridir. Tarafların rızası mevcut veya ileride doğması muhtemel bir uyuşmazlığa ilişkin ve yazılı olmalıdır. Mektup, faks ya da elektronik ortama geçirilmiş yazılı bir metin yazılılık şartını gerçekleştirmeye yeterlidir. Üye devletlerin ve yabancı yatırımcının rızaları, aralarındaki esas sözleşmenin içerisinde düzenleyecekleri bir tahkim şartı ile kabul edilebileceği gibi, ayrı bir tahkim sözleşmesi ile de düzenlenebilir. ICSID tahkiminin yetkilendirilmesi bakımından tarafların aralarındaki uyuşmazlığı ICSID Konvansiyonu'na götürmeyi kararlaştırmalarından sonra bu rızalarından geri dönmeleri ve yerel mahkemelerin yetkili olduğunu ileri sürmeleri ICSID Konvansiyonu'nun 25/4. maddesi-ne göre mümkün değildir.

Uyuşmazlığın taraflarından biri ICSID Konvansiyonu'na taraf bir devlet (*host country*), diğeri ise yine ICSID Konvansiyonu'na üye bir başka devletin vatandaşı olmalıdır. ICSID Konvansiyonu ile ilgili üzerinde önemle durulması gereken hususlardan bir diğeri de devletin alt kuruluşlarından birisi ya da temsilcisinin ICSID Tahkim Merkezi bünyesinde görülecek bir davada taraf sıfatıyla yer alıp almayacağı meselesidir. Bunun için ev sahibi devletin, (i) ilgili kuruluş ya da alt birimin de sözleşmeye taraf olabileceğini açıkça belirtmiş olması; ayrıca (ii), ilgili alt birimin uyuşmazlığı ICSID Konvansiyonu'na götürmesine yönelik rızasına açıkça onay vermesi gerekmektedir.



One of the parties of the dispute should be a host country of the ICSID Convention and the other party should be a citizen of another member state of the ICSID Convention. Another important issue that should be highlighted regarding the ICSID Convention is whether one of the sub-organizations of the state or its representative can take part in a case before the ICSID Arbitration Center. For this, the host government (i) shall explicitly express that the relevant organization or sub-unit may also be party to the agreement; and also (ii) shall explicitly approve the request for the relevant sub-unit to bring the dispute to the ICSID Convention.

As a third condition, the dispute between the parties should be a legal dispute arising from an investment.<sup>22</sup>

### **C. The Arbitration Process According to ICSID Rules**

#### **1. Location and Language of the Arbitration**

Pursuant to article 62 of the ICSID Convention, arbitration proceedings shall be carried out at the Center IC-

Üçüncü koşul olarak da taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olması gerekmektedir.<sup>22</sup>

### **C. ICSID Kurallarına Göre Tahkimin İşleyişi**

#### **1. Tahkim Yeri ve Dili**

ICSID Konvansiyonu'nun 62. maddesi uyarınca taraflar aksini kararlaştırmamışsa, tahkim işlemleri ICSID Tahkim Merkezi'nin Washington DC'deki merkezinde yürütülecektir. ICSID Konvansiyonu'nun 63. maddesinin (a) bendi uyarınca taraflar, gerektirici nedenlerini açıklamak kaydıyla, ICSID Tahkim Merkezi'nin irtibat halinde olduğu başka bir yeri de tahkim yeri olarak kabul edebilirler.

ICSID Tahkim Merkezi'nin resmi dilleri: İngilizce, Fransızca ve İspanyolca'dır. Uygulamada en çok rastlanılan yol, tahkim sözleşmesinde tahkim dilinin taraflarca belirlenmesidir.

SID Arbitration Center in Washington DC unless parties agreed otherwise. Pursuant to article 63 (a) of the ICSID Convention, only if reasons of necessity are presented, the parties may accept another location which is in connection with the ICSID Arbitration Center, as the location of arbitration.

Official languages of the ICSID Arbitration Center are: English, French and Spanish. The most common way in practice is to determine the arbitration language in the arbitration agreement by the parties.

## 2. Applicable Law

Pursuant to articles 25 and 26 of the ICSID Convention, the parties' will in the arbitration agreement for taking the dispute between them to the ICSID Arbitration Center procures the validity of the ICSID Convention. For this reason, the parties are not obliged to determine the applicable law for the validity of the arbitration agreement between them.

If the dispute is made subject to ICSID rules of arbitration pursuant to article 44 of the ICSID Convention, the procedural rules laid out in articles 41-49 of the ICSID Convention shall be applied to the resolution of the dispute. It may be stated based on these provisions that after the Parties' make dispute subject to the ICSID Convention, they will not be able to set their national procedural law or arbitration rules of any international organization or any other ad-hoc arbitration law as applicable procedural law.

If the parties fail to make a determination regarding the applicable substantive law to the merits of the dispute, the arbitral tribunal, pursuant to article 42/1 of the ICSID Arbitration Rules, shall determine the applicable

## 2. Uygulanacak Hukuk

ICSID Konvansiyonu'nun 25 ve 26. maddeleri uyarınca, tarafların tahkim anlaşması ile aralarındaki uyuşmazlığı ICSID Tahkim Merkezi'ne götürmeye yönelik iradeleri, ICSID Konvansiyonu'nun geçerliliğini sağlamaktadır. Bu nedenle, taraflar aralarındaki tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından uygulanacak hukuku belirlemek zorunda değillerdir.

ICSID Konvansiyonu'nun 44. maddesi uyarınca uyuşmazlığın ICSID tahkim kurallarına tabi kılınması halinde, ICSID Konvansiyonu'nun 41-49. maddeleri arasında yer alan usul kuralları uyuşmazlığın çözümünde uygulanacaktır. Bu hükümlerden yola çıkarak tarafların uyuşmazlığı ICSID Konvansiyonu'na tabi kıldıktan sonra, kendi ulusal usul hukuku kurallarını ya da herhangi bir milletlerarası organize tahkim kurallarını ya da bir başka ad-hoc tahkim kurallarını uyuşmazlığa uygulanacak usul kuralları olarak belirleyemeyecekleri söylenebilir.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk bakımından bir tespit yapmaması durumunda, ICSID tahkim kurallarının 42/1. maddesi uyarınca hakem heyeti uygulanacak maddi hukuku tespit eder. Taraflar için uygulanacak hukukun tespiti konusunda süre bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Özellikle Türk idare hukuku bakımından, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı yatırımcılar, uzun süreli yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ev sahibi devlet lehine karar verilme endişesini bertaraf etmek amacıyla, tahkim yolunu tercih etmektedirler.<sup>23</sup>

## 3. ICSID Hakem Kararlarının Bağlayıcılığı

ICSID Konvansiyonu'nun 53/1. maddesi uyarınca, ha-

## FOOTNOTE

**15 Tan**, İdare Hukuku, p. 337.

**16 Günday**, İdare Hukuku, p. 348-350.

**17 İsmail Kahreman**, Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014, p.12-17.

**18 Hayrettin Yıldız**, Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesistiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, p.280.

**19 Murat Ersoy**, Uluslararası Yatırım

Anlaşmazlıkların Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID), <http://www.mfa.gov.tr/uluslararası-yatırım-anlaşmazlıklarının-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid.tr.mfa>, (Last Access Date: 03.07.2018).

**20 Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, p.137, **REED, L./PAULSSON, J./BLACKABY, N.**, *A Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, s. 4, **BROCHES, A.**, *Arbitration Under the*

ICSID Convention, Selected Essays, World Bank, ICSID and the other subjects of the Public and Private International Law, 1995, p.436.

**21 Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, p.136-140.

**22 Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, p.143-144.

**23 Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, p. 145-146.

**24 Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, p. 148-149.

substantive law. There is no time limit for determination of the law applicable by the parties. Especially for Turkish administrative law, foreign investors in the case of disputes arising from public service concession agreements prefer arbitration in order to avoid their concerns regarding that decisions are given in favor of the host state in disputes arising from long-term investment agreements.<sup>23</sup>

### 3. Bindingness of ICSID Decisions

Pursuant to article 53/1 of the ICSID Convention, after stating that the arbitration decisions are final and binding, it is laid out that the parties will not be able to apply for an appeal against the award, other than those provided for in the ICSID arbitration rules. However, one of the important points to be considered here is that the ICSID Arbitrator decisions are binding on the parties but not on the third parties.<sup>24</sup>

### IV. CONCLUSION

Today, it is quite common for public services to be carried out by contracting-out method. Expanding area of public service along with the growing concept of the social state and in point of that it contributes to the strengthening of the developing economies, the administration prefers contracting-out method to carry out public services in numerous fields by considering the financing of the public services. In this respect, many large-scale and small-scale private enterprises have great opportunities in regard to their own development. Therefore, the settlement of disputes arising from the execution of these agreements with the administration which holds public power comes up as a significant matter.

In the event of dispute between the parties arising from

kem kararlarının nihai ve bağlayıcı olduğu ifade edildikten sonra ICSID tahkim kurallarında öngörülenler haricinde tarafların nihai hakem kararına karşı herhangi bir başvuruda bulunamayacakları ifade edilmiştir. Bununla beraber burada üzerinde durulması gereken önemli hususlardan bir tanesi, ICSID hakem kararlarının sadece taraflar açısından bağlayıcı olduğu ancak üçüncü kişiler açısından böyle bir bağlayıcılığın söz konusu olmadığıdır.<sup>24</sup>

### IV. SONUÇ

Günümüzde kamu hizmetinin özel teşebbüsler aracılığı ile görülmesi usulü oldukça yaygındır. Sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte artan kamu hizmeti alanı ve bu alanların gelişen ekonomilerin güçlenmesine katkı sağlanması bakımından, idare kamu hizmetlerinin finansmanı bakımından birçok alanda kamu hizmetini özel teşebbüslere gördürmeyi tercih etmektedir. Bu sayede birçok büyük ölçekli ve küçük ölçekli özel teşebbüsler kendi gelişimleri bakımından büyük fırsatlar yakalamaktadırlar. Haliyle kamu gücünü elinde bulunduran idare ile yapılan bu sözleşmelerin uygulanmasından doğacak uyumsuzlukların çözümü, önem taşıyan bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Yabancı yatırımlarda taraflar arasında doğacak herhangi bir uyumsuzlukta diğer tarafın bulunduğu yer yerel mahkemesinin ev sahibi devlet lehine karar vereceği endişesi nedeniyle, uyumsuzlukları uluslararası tahkim yolu ile çözüme kavuşturma gereği hâsıl olmuştur. Ancak burada gerilim, uyumsuzluğun herhangi bir özel hukuk uyumsuzluğu değil; idari uyumsuzluk olmasından kaynaklanmaktadır. İdarenin, kamu yararı dolayısıyla, sözleşmede yer almayan hak ve yetkiler kullanarak değişiklik yapması halinde ICSID'in bundan kaynaklanan uyumsuzluklarda nasıl bir çözüm öngöreceği muallaktır. Bu konuda kamu yararının dönüştürücü etkisi gündeme

## DİPNOT

**15 Tan,** İdare Hukuku, s.337.

**16 Günday,** İdare Hukuku, s.348-350.

**17 İsmail Kahreman,** Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s.12-17.

**18 Hayrettin Yıldız,** Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesistiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, s.280.

**19 Murat Ersoy,** Uluslararası Yatırım

Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID), <http://www.mfa.gov.tr/uluslararası-yatırım-anlaşmazlıklarının-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid.tr.mfa>, (Erişim Tarihi: 03.07.2018).

**20 Orak,** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, s.137'den naklen, **REED, L./PAULSSON, J./BLACKABY, N.,** *A Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, s. 4, **BROCHES, A.,** Arbitration Under

the ICSID Convention, Selected Essays, World Bank, ICSID and the other subjects of the Public and Private International Law, 1995, s.436.

**21 Orak,** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, s.136-140.

**22 Orak,** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, s.143-144.

**23 Orak,** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, s.145-146.

**24 Orak,** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, s.148-149.

foreign investments, the need to apply to the international arbitration derive from the concern that local court may decide in favor of the host state. However, on this matter, the tension arises from the fact that it is not a dispute of private law but an administrative one. In case that the administration, due to public interest, makes amendments by using rights and powers which do not fall within the agreement, it is unclear that what kind of solution ICSID will propose to the disputes arising from this. In this respect the transformative effect of good will come up and the arbitration also will experience changing problems due to common good. Even if investor's preference of ICSID arbitration for the disputes arise from concession agreements is accurate for the balance of benefits, moreover for a foreseeable legal regime, it is probable and even certain that future of arbitration processes will be opened up for discussion regarding benefits to be balanced. Nowadays, it is stated that the arbitration dispute resolution method is extremely useful for the reason that it removes the concerns of foreign investors. On the other hand, the continuance of the administrative law to be applied for the resolution of the dispute will not completely remove the investors' concerns who refrain from administrative jurisdiction. It is presented as a possible solution to foresee this question and accordingly make the agreement as "by leaving an area to government to regulate because of public interest". ■

gelecek ve tahkimin de kamu yararı dolayısıyla değişme sancıları yaşayacağı görülecektir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yatırımcının ICSID tahkimi tercih etmesi, yatırımcının menfaatinin korunması ve dahası öngörülebilir bir hukuki rejim açısından isabetli olsa da, dengelenmesi gereken menfaatler açısından tahkimin idare hukukundaki geleceğinin de tartışmaya açılması muhtemel ve hatta muhakkaktır. Bugün için söz konusu tahkim uyuşmazlık çözüm yolunun, yabancı yatırımcıların endişelerini bertaraf etmesi sebebiyle son derece faydalı olduğu belirtilmektedir. Diğer taraftan, uyuşmazlığın çözümünde başvurulacak hukukun idare hukuku olmaya devam etmesi, idari yarıdan çekinen yatırımcının kaygılarını tam anlamıyla bertaraf etmeyecektir. Bu hususun öngörülmesi ve buna göre sözleşmenin "idareye kamu yararı dolayısıyla düzenlenecek bir alan bırakarak" düzenlenmesi bir çözüm yolu olarak sunulabilir. ■

## BIBLIOGRAPHY

- Metin Günday**, İdare Hukuku, 11th Edition, Ankara 2017
- A. Murat Yavas**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2003
- Zehreddin Aslan/Nilay Arat**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8th Edition Fall 2005/2
- Cem Çağatay Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006
- Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Gelgel Öztekin**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Vol. 1, İstanbul 2008
- Hayrettin Yıldız**, Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesistiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014
- Ayhan Beydoğan**, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, V.2011/4, Ankara 2011, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2011-4/2011-4-5.pdf>, (Last Access Date: 02.07.2018)
- İsmail Kahreman**, Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014
- Murat Ersoy**, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID), [http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-yatirim-anlasmazliklarinin-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-yatirim-anlasmazliklarinin-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid_tr.mfa), (Last Access Date: 03.07.2018)

## KAYNAKÇA

- Metin Günday**, İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017
- A. Murat Yavas**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2003
- Zehreddin Aslan/Nilay Arat**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 8 Güz 2005/2
- Cem Çağatay Orak**, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara 2006
- Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Gelgel Öztekin**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2008
- Hayrettin Yıldız**, Kamu Hukuku ile Özel Hukukun Kesistiği Yer: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014
- Ayhan Beydoğan**, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, S.2011/4, Ankara 2011, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2011-4/2011-4-5.pdf>, (Erişim Tarihi:02.07.2018)
- İsmail Kahreman**, Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkileri Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014
- Murat Ersoy**, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID), [http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-yatirim-anlasmazliklarinin-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-yatirim-anlasmazliklarinin-cozum-merkezi-international-centre-for-settlement-of-investment-disputes-icsid_tr.mfa), (Erişim Tarihi: 03.07.2018)