

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

Dr. Sedat ÇAL





TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

TOBB Yayın Sıra No: 58

ISBN 978-9944-60-252-5

Sayfa Düzeni ve Baskı : Afşaroğlu Matbaası
425 22 44 - ANKARA



Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

Ben ne söyledim, sen ne vehmettin; garip hikâyedir.

Kefevî

haliç'te bir vapuru vurdular dört kişi
demirlemişti eli kolu bağlıydı ağlıyordu
dört bıçak çekip vurdular dört kişi
yemyeşil bir ay gökte dağılıyordu

deli cafer ismail tayfur ve şaşı
maktulün onbeş yıllık arkadaşı
üçü kamarot öteki aşçıbaşı
dört bıçak çekip vurdular dört kişi

cinayeti kör bir kayıkçı gördü
ben gördüm kulaklarım gördü
vapur kudurdu kuduz gibi böğürdü
hiç biriniz orada yoktunuz

demirlemişti eli kolu bağlıydı ağlıyordu
on üç damla gözyaşını saydım
allahına kitabına sövüp saydım
şafak nabız gibi atıyordu
sarhoştum kasımpaşa'daydım
hiç biriniz orada yoktunuz

haliç'te bir vapuru vurdular dört kişi
polis kaatilleri arıyordu
deli cafer ismail tayfur ve şaşı
üzerime yüklediler bu işi
sarhoştum kasımpaşa'daydım
vapuru onlar vurdu ben vurmadım
cinayeti kör bir kayıkçı gördü

ben vursam kendimi vuracaktım

Atilla İLHAN (Cinayet Saati)

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

iv

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

Sunuş

Uygar dünyanın saygın ve güçlü bir üyesi olan Türkiye'nin küresel yarışta yerini pekiştirmesi ve daha yukarılarda -çoktan beridir- hak ettiği yere varabilmesi için önümüzde hiçbir engel yoktur. Dünya pazarlarına erişim kolaylığı, genç nüfus potansiyeli ve çalışkan halkının eşsiz yeteneğiyle Türkiye, kısa sürede kabuğundan sıyrılacak ve atılımlarını gerçekleştirebilecek güçtedir.

Bu ülkeye giden yol, kuşkusuz yeterli sınaî altyapının nicelikli ve nitelikli biçimde kurulmasından geçer. Bunun en önemli öğelerinden biri de, kaliteli ve rekabetçi bir enerji altyapısını kurmaktır. Ülkemizin yüksek mali boyutlara ulaşan enerji yatırımlarında özel sektör girişimine öncelik vermesi, son zamanların takdire şayan gelişmelerinden biri olmuştur.

Ne var ki, yabancı sermaye gereksinimi kaçınılmaz olarak gündeme gelen bu yatırımlarda, sağlıklı bir hukuksal altyapının öncelikle kurgulanması, ön koşuldur. Bu yöndeki sürecin önce 1999 yılındaki Anayasa değişikliği, akabinde enerji piyasası kurulmasına ilişkin yasal düzenleme ile sonuçlandığına hep birlikte şahit olduk. Bu yöndeki iyiniyetli girişimler, aradan uzunca bir süre geçmesine karşın, henüz tamamlanmış da değildir.

Öte yandan, hukuksal zeminin süratle değişime bağlı kılınması sürecinin ayrıntılı biçimde ele alınması, ileriye yönelik adımlarımızın daha sağlam olmasına yardımcı olacaktır. İşte bu düşünceden hareketle, ülkemizde sağlıklı bir enerji altyapısını gerçekleştirecek özel sektör yatırımları için hem ülke çıkarlarını hem yatırımcıların aradığı güveni sağlayacak bir hukuki mekanizmanın varlığı elzemdir.

Elinizdeki bu çalışma, yakın geçmişimizde enerji sektörü kaynaklı hukuksal değişim sürecini ayrıntılı biçimde ele almaktadır. Bu çalışmayı kitap olarak yayımlamak suretiyle, enerji hukuku alanında ve genel olarak altyapı yatırımlarının sağlık-

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

lı biçimde, ülke çıkarlarına uygun biçimde gerçekleştirilebilmesine olanak tanıyacak bir irdelemeyi kamuoyuna sunmaktayız. TOBB olarak, ülkemizin de üyesi bulunduğu uluslararası bir örgüt olan Enerji Şartı Sekretaryası'nda "Yatırımlar Kıdemli Uzmanı" ünvanıyla görev yapmakta olan Dr. Sedat ÇAL'ın "Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesindeki Değişimi ve Dönüşümü" adını taşıyan Doktora Tezi çalışmasını, bu düşünceler ışığında yayımlamayı yararlı bulduk. Uzun bir çalışmanın sonucunda ortaya çıktığı anlaşılan bu eserin, alanındaki boşluğun doldurulmasına katkı sağlayacağı ve daha sağlıklı bir hukuki altyapıya geçişe yardımcı olacağı inancındayız.

Bu bilimsel çalışmanın, ülkemizin ve insanlarımızın zenginliğine değer katacak benzeri çalışmaları teşvik edici olmasını ümid ederiz. Unutmamak gerekir ki, her sahada emeğimizi yoğunlaştırmak ve üretmekle -ancak- kalkınmış bir ülkenin hakedilmiş mutluluğunu yaşamaktan bahtiyar bireyleri olabiliriz.

M. Rifat HİSARCIKLIOĞLU
Başkan

*Minnetle andığım, Annem Behiye ÇAL'ın
Aziz Hâtırasına....*

*Ve bu toprakların güzel insanlarına,
sevgiyle...*

Önsöz

"*Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Değişimi ve Dönüşümü*" başlığını taşıyan bu kitap, yazarın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında danışmanlığım altında tamamlandığı doktora tezinin basılması sonucu oluşturulmuştur.

Bu kitapta, bir yandan kamu hizmeti ve imtiyaz gibi İdare Hukukunun temel kavramlarının küreselleşme olgusu karşısında geçirdiği değişim ve dönüşüm ortaya konulurken, öte yandan kamu hizmetlerinin özel kesim tarafından finansmanı ve işletilmesi ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Kitap, 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile İmtiyaz Hukukuna sokulan tahkim kurumunun ortaya çıkardığı güncel sorunların çözümüne de ışık tutmaktadır.

Özgün bir çalışma ürünü olan bu kitabın yazarını kutluyor ve bundan sonraki çalışmalarında başarılar diliyorum.

Prof. Dr. Metin Günday

Önsöz

'KAMU HİZMETLERİNİN ÖZEL SEKTÖR TARAFINDAN FİNANSMANI VE İŞLETİLMESİ BAĞLAMINDA İMTİYAZ VE KAMU HİZMETİ KAVRAMLARININ 1999 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDEKİ DEĞİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ' başlığını taşıyan Sedat Çal'ın 'Doktora Tez Çalışması', uzun başlığının içerdiği idare hukukunun temel kavram ve kurumlarının (Kamu hizmeti, imtiyaz, vb.) küreselleşmenin de kaçınılmaz etkileri ile, özel sektöre kamu hizmetlerinin gördürülmesi ortamında (furyasında), nasıl kimlik ve nitelik değiştirdiğini göstermektedir. Böylece Sedat Çal'ın ürünü, bu karmaşık tablonun, hukuk, (özelleştirme hukuku)'un düzenlediği alanların dışında önem taşıyan yanlarını, finansman ve işletilmesini ön plana çıkararak ilginç bir araştırma ve inceleme olarak ortaya çıkmıştır. Ekonomi-Finansman-İşletme üçgeni ile 'Hukuk' arasındaki dengeli bir etkileşim ve bütünleşmenin sergilenmesinde başarılı bir örnek olarak ortaya çıkan bu çalışmanın, güncel sorunların çözümünde ışık tutabilmesinin yanı sıra, idare hukukundaki yeni oluşum ve yaklaşımların anlaşılmasında da katkı sağlayacağı bellidir. İdare hukukunda (İdari Yargı Hukuku'nda) bir türlü barınma olanağı bulamayan TAHKİM KURUMU'nun ortaya çıkıp kendisini göstermesi ise, 1999 Anayasa değişikliklerinin ışığında kural düzenlemeleri ve ayrıntıları ile birlikte ilk kez bu çalışmada karşımıza çıkmaktadır. Yazarı kutluyor ve başarılı çalışmalarının devamını diliyorum.

Prof.Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU

1 Şubat 2008

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

Bu eser, Doktora Tezi olarak, "Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Değişimi ve Dönüşümü" adıyla, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Tez Danışmanı), Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU, Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU, Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY ve Doç. Dr. Ali D. ULUSOY'dan oluşan Jüri Heyeti huzurunda 27 Aralık, 2007 tarihinde savunulmuş olup, "Oybirliği" ile kabul edilmiştir.

İçindekiler

□ KISALTMALAR	xi
□ I. GİRİŞ	1
Birinci Bölüm	
Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi ile Farklı Finansman Yöntemleri ve İlgili Kavramsal Değerlendirmeler	
□ A) Kamu Hizmeti ile İmtiyaz ve Bağlantılı Kavramlar	17
I. Kamu Hizmeti Kavramı ve İmtiyaz	19
1. Genel	19
2. Kamu Hizmeti ve İmtiyaz Kavramları	23
2.1. Kamu Hizmeti	23
2.2. İmtiyaz kavramı	38
II. Kapitülasyonlar	54
1. Genel	54
2. Kapitülasyonların Çeşitleri	57
3. Kapitülasyonlar ve Tekel (İnhisar) Kavramı	63
4. Kapitülasyonlar ve İmtiyaz	66
III. Özelleştirme ve İmtiyaz Kavramlarının Değerlendirilmesi	72
1. Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi	76
2. Boğaz Köprüsü İşletmeciliğinin İşletme Hakkının Devredilmesi Yoluyla Özelleştirilmesi	80
3. Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı (BTC) Projesi	83
□ B) Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Yöntemleri	93
I. Altyapıda Özel Sektöre Yer Verilmesinin Tarihsel Gelişimi ve Sosyo-Ekonomik Açıdan İrdelenmesi	93

1. Genel	93
2. Türkiye'deki Gelişmeler	109
2.1. Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Siyasetinin Genel Seyri	109
2.2. Özelleştirme Kavramının Algılanması	119
2.2.1. Küreselleşme, Özelleştirme ve Yabancı Sermaye	125
2.2.2. Özelleştirme ve Kârın Yurtdışına Aktarılması	134
2.2.3. Kâr Kavramına Bakış	137
II. Altyapıya Özel Sektör Katılımına İlişkin Modeller: YİD, Yİ ve İHD	147
1. Yap-İşlet-Devret Modeli	147
1.1. Genel	147
1.2. Modelin Tanımı	150
1.3. Modelin Özellikleri	150
1.4. Modelin Yasal Çerçevesi.....	157
1.5. Sözleşmelerin Hukuki Niteliği	159
1.6. Modelin İşleyişi	161
1.7. Modele İlişkin Proje Uygulamaları	177
1.8. Modelde risk analizi	184
2. Yap-İşlet (Yİ) Modeli	192
2.1. Genel	192
2.2. Yİ-YİD Modellerinin Farkları.....	194
3. İşletme Hakkı Devri (İHD) Modeli.....	195
3.1. Genel	195
3.2. İHD Modelinde Risk Değerlendirmesi	200
3.3. Enerji Piyasası Kanunu'ndan Sonra Ortaya Çıkan Yeni Durum	202
3.3.1. Serbest Tüketici Kavramı.....	204
□ C) Kamu Hizmetlerinin Kamu Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Yöntemleri	205
1. Altyapı Yatırımlarının Kamu Tarafından Gerçekleştirilmesi	205
1.1. Genel	205
1.2. Ekonomik Felsefe- Devletçilik İlkesi ve Anayasa	207
1.3. Altyapı Yatırımları Politikası	218
1.3.1. Kamusal (Klasik) Finansman Yöntemleri	220
1.3.2. Türkiye'de Kamu Projelerinin Klasik Finansman Yöntemiyle Gerçekleştirilmesi	231
1.3.2.2. Bütçe Kanunu ve Yatırım Programı.....	233

1.3.2.3. Kamu Tarafından Dış Finansman Sağlanarak Gerçekleştirilen Projeler (Klasik Finansman Yöntemi)	244
1.3.2.3.1. Genel	244
1.3.2.3.2. Klasik Finansmanda Kredilerin Vade Yapısı	248
1.3.2.3.3. Klasik Finansmanda Risk Unsuru	249

□ D) Altyapıya İlişkin Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör veya Kamu Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi ile Özelleştirme ve Finansman Kavramları Arasındaki İlişkilerin Değerlendirilmesi	251
- Sihirli Kelime: Görevlendirme	266

İkinci Bölüm

1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Kamu Hizmeti ve İmtiyaz Kavramlarındaki Değişim ve Dönüşüm ile Uluslararası Tahkim

□ A) Anayasa Değişiklikleri Öncesindeki Durum	285
I. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi	285
1. Genel	286
1.1. 3096 Sayılı Kanun	286
1.2. 3996 Sayılı Kanun	287
2. YİD-Yİ-İHD Modelleri ile Kamu Hizmeti-İmtiyaz Bağlantısı.....	289
2.1. YİD Modeli ve Kamu Hizmeti-İmtiyaz Kavramları	289
- "Stratejik önem taşıma" kavramı	308
2.2. Yİ Modeli ve Kamu Hizmeti-İmtiyaz Kavramları.....	314
2.3. İHD Modeli ve Kamu Hizmeti-İmtiyaz Kavramları.....	319
II. Anayasa Değişikliği Öncesinde Öngörülen Kimi Çözüm Önerileri ...	325
1. Çok Taraflı Uluslararası Andlaşmalar	335
2. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşmaları.....	339
□ B) Anayasa Değişiklikleri ve Sonrasındaki Gelişmeler	357
1. Genel	357
2. Anayasa Değişiklikleri ve Takip Eden Yasal Düzenlemeler	359
2.1. 4446 Sayılı Kanun ile Getirilen Anayasa Değişiklikleri.....	359
2.2. 4492 Sayılı Kanun	360
2.3. 4493 Sayılı Kanun	360
2.4. 4501 Sayılı Kanun	360

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

2.5.	4628 Sayılı Enerji Piyasası Kanunu.....	361
2.6.	4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu	361
3.	Anayasa Değişiklikleri ve İzleyen Uyum Yasalarının Değerlendirilmesi	361
3.1.	Anayasa ve Özelleştirme	362
3.2.	Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim.....	369
3.3.	Danıştay'ın Etkisizleştirilmesi.....	383
4.	'Tersine' Reform: Elektrik Piyasası Kanunu	389
□	C) Uluslararası Tahkim Sonrasındaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi	403
□	X. SONUÇ	407
□	XI. KAYNAKÇA	413
□	ÖZET	455
□	ABSTRACT	457

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AKADER	: Kamu Hukuku Arşivi
ATYS	: Anahtar Teslimi Yapım Sözleşmesi
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bakanlık	: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
BOTAŞ	: Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.
BP	: British Petroleum
BTC	: Bakü-Tiflis-Ceyhan
C.	: Cilt
ÇEAŞ	: Çukurova Elektrik A.Ş.
Çev.	: Çeviren
DEÜ SBE	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
DLHİ	: Demiryolları, Limanlar, Havaalanları ve İnşaatı
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
EBK	: Et ve Balık Kurumu
Ed.	: Editör
Eds.	: Editörler
ELDER	: Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

EMD	: Elektrik Mühendisliği Dergisi
EMO	: Elektrik Mühendisleri Odası
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
EPK	: Enerji Piyasası Kanunu
ESA	: Enerji Satış Anlaşması
ESHA	: Ev Sahibi Hükümet Anlaşması
EŞS	: Enerji Şartı Sözleşmesi
ETKB	: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
GSM	: Cep telefonu işletmeciliği
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HA	: Hükümetlerarası Anlaşma
HES	: Hidro Elektrik Santrali
HGA	: Hükümet Garantisi Anlaşması
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi
IISD	: International Institute for Sustainable Development
IMF	: Uluslararası Para Fonu
ISO	: Uluslararası Standartlar Örgütü
İbid	: Aynı yerde
İDDK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
İDT	: İktisadi Devlet Teşekkülleri
İHD	: İşletme Hakkı Devri
İHİD	: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İİBF	: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İTÜ SBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KGM	: Karayolları Genel Müdürlüğü
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİGEM	: Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi
KİT	: Kamu İktisadi Teşekkülü
LPG	: Sıvılaştırılmış Petrol Gazı
m.	: madde
MAI	: Yatırımların Korunmasına İlişkin Çok Taraflı Anlaşma
MBD	: Mülkiyeliler Birliği Dergisi
MFN	: En Çok Gözetilen Ulus
MW	: "Mega Watt"

No.	: Numara
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
op. cit.	: Aynı kaynak
ÖİB	: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
para.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurumu
s.	: Sayfa
SCC	: Sweden Chamber of Commerce
Sn.	: Sayın
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
Sy.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TETAŞ	: Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.
TİD	: Türk İdare Dergisi
TL	: Türk Lirası
TMMOB	: Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
vd.	: ve devamı
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YKTK	: Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması
YPK	: Yüksek Planlama Kurulu

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

xviii

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

KAMU HİZMETLERİNİN ÖZEL SEKTÖR TARAFINDAN FİNANSMANI VE İŞLETİLMESİ BAĞLAMINDA İMTİYAZ VE KAMU HİZMETİ KAVRAMLARININ 1999 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDEKİ DEĞİŞİMİ VE DÖNÜŞÜMÜ

I. Giriş

Ülkemizin 1970'li yılların sonlarından itibaren geçirdiği sosyo-ekonomik dönüşüm sancuları içerisinde, kamu hizmeti kavramı ilginç bir şekilde tartışmaların odaklandığı bir alan haline gelmiştir. Kamu hizmeti ile imtiyaz arasındaki kavramsal bağın yakın tarihimizdeki kapitülasyon deneyimlerinden berkitilen kökleriyle bağlantısının zaman içinde kopmuş olması, bu konudaki tartışmaların farklı zeminlere kaymasında başlıca rolü oynamıştır. Geniş halk kitlelerini etkileyen altyapı hizmetlerinin özel sektör eliyle gördürülmesi yönündeki adımlar ve bu meyanda ortaya çıkan finansman yöntemlerinin arka planı ise, kuşkusuz öncelikle ekonomi uygulamalarının ve nihayetinde daha geniş bir sosyo-ekonomik felsefenin değişiminde (ve dönüşümünde) ifadesini bulmaktadır.

Cumhuriyetin ilk yıllarını takip eden zamanlarda dönemin koşulları uyarınca izlenen ve karma ekonomiyi ve planlamayı esas alan "ithal ikameci"¹ sanayi politikası, özellikle 1980'lerin başlarında 24 Ocak kararlarıyla değiştirilerek, yeni bir eko-

¹ Atatürk döneminde Cumhuriyet'in sanayi politikasındaki ithal ikameci uygulama hakkında bkz. Karakoyunlu, Yılmaz; Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci, Diyalog Yayınları, İstanbul, Ocak 1997, s. 202.

nomi politikasının uygulanmasına başlanmıştır. Böylece, 1980 yılından itibaren ithal ikamesine dayalı kalkınma stratejisi bir yana bırakılmış ve dışa açık büyüme modelinin seçilmesiyle piyasa ekonomisine geçiş yapılmıştır.² Bu siyasanın temeli ihracat odaklı, dünya ekonomileriyle bütünleşmeyi hedefleyen, devletin ekonomideki rolünün daraltılmasını ve sermaye piyasalarında serbestiyi öngören, özel sektör girişimini ve serbest piyasa iktisadını esas alan, dışa açık ve ihracata dayalı bir büyüme ve sanayileşme politikası şeklinde özetlenebilir.³ Doğal olarak, devletin ekonomideki rolünün yeniden biçimlendirilmesi sonucunda artık klasik olarak devlet tarafından yerine getirilen faaliyetlerin özel sektöre devrini teminen yoğun bir özelleştirme programının uygulanması, toplumun gereksinim duyduğu yeni ihtiyaçların karşılanması için de özel sektörün devreye gireceği bir yatırım ortamını kurmayı öngören "liberal" bir döneme geçiş sözkonusudur.

Bu dönem aynı zamanda, ekonomi siyasetine ilişkin olarak dünyadaki gelişmelerden etkilenmekten de uzak kalmamıştır. İki kutuplu dünya siyasetinin geçerliliğini henüz yitirmediği, özetle soğuk savaşın son dönemlerinin yaşandığı ve fakat etkilerinin hâlâ etkin biçimde hissedildiği bu devirde, bir yanda devletçi bir ekonomik örgütlenmenin yaşandığı rejimler ile diğer yanda yer alan piyasa modelini benimsemiş ülkeler arasında, her biri bu iki zıt kutbun meydana getirdiği aralıkta değişik derecelerde birine yakın veya uzak şekilde serpiştirilmiş bir dünyadan bahsedilebilir. Serbest piyasa modelini tercih eden gelişmiş batı demokrasilerindeki rejimler, bu anlamda mütecânis bir topluluk oluşturmaktan da uzak kalmıştır. "1930'lar ile 1960'larda liberal batı demokrasilerinde ülkelerin kendine özgü derecelerde birbirinden farklı ölçülerde refah devleti kapitalizmini oluşturdukları, 20. yüzyılın ikinci yarısında ise hemen her batı demokrasisinde refah devleti kapitalizminin neredeyse tüm siyasi partilerce kabul edildiği, ancak özellikle Nobel ödüllü Friedman gibi iktisatçıların başını çektiği libertaryenlerin daha uç bir kapitalist söylem içerisinde oldukları görülmektedir. Sözgelimi, ABD'ndeki bir lobi grubunun lideri olan Norquist, meşhur ifadesiyle devletin "bir banyo küvetinden akıp gidecek

2 Çakal, Recep; *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No. 2455, Ankara, Temmuz 1996, s. 99.

3 Bkz. Demirci, Rasih; *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat, içinde Cumhuriyet'in Sekseninci Yılında Türkiye* (Yayına Hazırlayan: Mustafa Kahramanyol), Türk Ocakları Genel Merkezi – Ankara Ticaret Odası, Ankara, 2004, s. 171 vd.

derecede küçültülmesi gerektiğini" savunmaktaydı.⁴ Bu yaklaşımın izlerini çok daha önceki dönemlerde de sürmek mümkündür: "Devlet müdahalesini en aza indirmenin ekonomik sorunların çözümüne yardımcı olacağına fizyokratlar inanıyorlardı. (Bu) akımın önemli temsilcisi Dr. Quesnay, devlet görevlerinin ağırlığından şikâyet eden Fransa velihtına "hiç bir şey yapmamak" öğüdünü vermişti."⁵ Buna benzer bir uç liberal söyleme göre de "en iyi hükümet, en küçük-minimal hükümettir."⁶

Bununla birlikte, 1929 yılındaki küresel ekonomik buhran çerçevesinde kamu harcamalarının artırılması politikası benimsenmiş, nitekim ünlü iktisatçı Keynes, "devletin efektif talepteki yetersizliği "telâfi edici" bir politika izlemesini önermiştir."⁷ Feci etkileri 1940 yılına kadar süren "Büyük Buhran"⁸ çerçevesinde uygulamaya başlanan "(b)u "Keynezyen iktisatla beraber "sosyal devlet" ve "refah devleti" gibi... (anlayışlarla) devletin ekonomideki rolü giderek artmıştır."⁹ Esasen, "sosyal adalet anlayışı 19. yüzyıl sonlarından itibaren savunulmuştur."¹⁰ Bu eğilim ilerleyen yıllarda da kendini göstermiş ve neredeyse tüm dünya ülkelerinde kamu harcamalarında büyük artışlar meydana gelmiştir. Sözgelimi, 1960 ile 1982 yılları arasında kamu harcamalarının gayri safi yurtiçi gelire oranı İsveç'te % 31,1'den % 67,3'e, Fransa'da % 34,6'dan % 56,7'ye çıkmıştır!¹¹ Nitekim, ülkemizde de genç Cumhuriyet'in ekonomi politikası olarak 1923 İzmir İktisat Kongresi çerçevesinde "liberal ekonomi uygulanacağı" mesajı ver(ilmesi yönünde liberal bir ekonomik

4 Lind, Michael; The Unmourned End of Libertarian Politics, Financial Times, 17 Ağustos, 2006, s. 11. Yazar, libertaryen politikaların -artık bir daha geri gelmemek üzere- tarihe karıştığı, bu durumun sadece ABD'nde değil, tüm dünyada siyasetin kullandığı sağ, sol ve merkez kavramlarını değiştireceği görüşündedir. Bahsekonu kavramların halihazırda ülkemizdeki açılımları ile batı ülkelerindeki karşılıkları arasındaki fevkalade belirgin farklılıkların görülmesi açısından, yazarın çok ilginç bir tesbitte bulunduğunu düşünüyoruz.

5 Güriz, Adnan; Kapitalizm ve Hukuk, AYD, C. 10, 1993, s. 193 (www.anayasa.gov.tr).

6 Hildyard, Nicholas; The Myth of the Minimalist State – Free Market Ambiguities, Mart 1998 (<http://www.thecornerhouse.org.uk/item.shtml?x=51960>).

7 Üstünel, Besim; Ekonominin Temelleri, Doğan Yayınevi, III. Baskı, Ankara, 1975, s. 119.

8 Cansen, Ege; Kanun ve Kültür, Hürriyet Gazetesi, 6 Aralık, 2006.

9 Aykın, Hasan; Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri (<http://www.mtk.gov.tr/eserler/ti-bee.doc>), s. 1.

10 Güriz, Kapitalizm ve Hukuk, op. cit., s. 219.

11 Musgrave, Richard A. - Musgrave, Peggy B.; Public Finance in Theory and Practice, 5. Baskı, McGraw Hill International Editions, 1989, s. 121.

söylem geliştirilmeye çalışılırken)¹², 1930'lerden itibaren devletin ekonomideki rolünü ön plana çıkararak uygulamalara geçiş yapılmak zorunda kalınmıştır (hatta, İzmir İktisat Kongresi'nde karma ekonomi modelinin uygulanacağı öngörüldüğü de belirtilmektedir; dönemin Bakanlarından Mahmut Esat Bozkurt'un bir konuşmasında "iktisadi teşebbüs kısmen devlet ve kısmen kişisel teşebbüs tarafından ele alınmalıdır" ifadesine yer verilmekteydi¹³). Ne var ki, ekonominin daraldığı bu dönemler için geliştirilmiş ve uygulanmış bulunan Keynezyen iktisat anlayışı, enflasyon ile işsizliğin birlikte görüldüğü 1970'li yıllarda artık yetersiz kalmaktaydı. 1929 bunalımı koşulları nasıl piyasanın yetersiz kaldığı alanlarda devletin sorumluluklarının artmasını ve talep yönlü iktisat anlayışını gündeme getirdiyse, 1970'lerin ortamı da yeniden serbest piyasa koşullarına dönüş yönündeki düşünceleri ön plana çıkarmıştır.¹⁴ Bu gelişmelerin daha farklı bir bakış açısıyla ele alındığına da rastlanmaktadır. "Refah devleti alanı, kaynakların kar güdüsüne göre ve pazar gereklerine göre değil, siyasi iktidarı denetleyen politikacının amaçlarına göre kullanıldığı alandır. Demokratikleşme ile beraber toplumdaki her kesimin siyasal olarak örgütlenip payını artırmak için siyaset alanına girmesi kaçınılmaz olarak refah devleti alanının pazar alanı aleyhine genişlemesine yol açmıştır... (Dolayısıyla, sistemin bozulan çıkarını telafi etmek için) (r)efah devleti alanının tasfiyesi ya da daraltılması, pazar alanının genişlemesi gerekecektir."¹⁵

Ülkemizde de, takip edilmesi gereken ekonomi politikasıyla ilgili olarak, bu dönemlerde yoğun tartışmaların yaşanmakta olduğu görülmektedir. Bu anlamda, özellikle sol siyasetin öngördüğü ekonomi politikası içerisinde tam bir devlet müdahalesi biçiminde, maddi üretim araçları üzerinde özel mülkiyete yer veremeyen¹⁶ Marksist yaklaşımlara rastlandığı gibi, İskandinav ülkelerine benzer şekilde, piyasaya dayalı, ancak yeri geldikçe devletin sosyal sorumluluklarının gözardı edilmediği, çağdaş sosyal demokrasi anlayışıyla bütünleşen bir siyasetin de savunulduğu dikkati çekmektedir. Bu kesim içerisinde yer alan ve kendini sosyal demokrat siyaset içerisinde konumlandıran (ve Şubat 2001 ekonomik krizi üzerine

¹² Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 99.

¹³ Bkz. Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 127.

¹⁴ Ölmezoğulları, Nalan; *Değişim, Dönüşüm ve Sorunlarıyla İktisadi Sistemler*, Ezgi Kitapevi Yayınları, Bursa, Mart 1996, s. 82.

¹⁵ Şeylan, Gencay; *Temsili Demokrasinin Derinleşen Krizi*, Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara, Mayıs 2002, s. 26.

¹⁶ Çelebican, Gürgân; *Sosyalist Planlama Kavramı*, AÜHFD, C. 31, Sy. 1-4, 1974, s. 596.

"kurtarıcı"¹⁷ olarak ekonomiden sorumlu devlet bakanlığı görevine getirilmiş olan) Kemal Derviş, "... devletin ekonomiye müdahale etmesinin yanlışlığına vurgu yaparak (şunları söylemektedir): Geçtiğimiz on yıllarda toplumun ve ekonominin merkezietçi-devletçi bir modelle yönetilmesi çabalarının nasıl kabul edilebilir sonuçlar sağlamaktan uzak kaldığını hep beraber izledik.. 1960'ların ve 1970'lerin umutlarını ve hayal kırıklıklarını hatırlıyor(uz). O sıralarda... "kerim" bir devletin potansiyel rolüne hiç de gerçekçi olmayan bir şekilde güvenerek, toplumdan fakirliği ve haksızlığı kaldırayabileceğimize, böylece daha eşitlikçi bir dünya kurabileceğimize inanmıştık. O zamandan bugünlere, kaynakların yaratılmasında ve etkin bir şekilde kullanılmasında piyasaların oynadığı hayati rolün anlaşılması açısından çok değiştik... Artık piyasa mekanizmasının kötü ya da yanlış işleminin tek başına devletin ekonomiye müdahale etmesi için yeterli bir neden olmadığını da biliyoruz; çünkü devlet müdahalesinin içerdiği siyasi süreçlerin yanlış işlemesi ihtimalinin ve bu müdahalenin yaratacağı ekonomik maliyetin çok daha yüksek olabileceğini de öğrendik."¹⁸ Nitekim, "... günümüzde devletin ekonomik performansı ile piyasa başarısızlıkları karşılaştırıldığında; devletin müdahalelerinin maliyetlerinin, yararlarını aştığı anlaşılmaktadır."¹⁹

Sonuç olarak, serbest piyasa modeli yanlısı rejimler ile sosyalist rejimler arasında süregelen iktisadi -ve politik- mücadele ortamında 1980'lerden itibaren daha mutedil bir liberal ekonomi yanlısı politikalar ağırlık kazanmış; 1990'lardan itibaren de "merkezi planlı ekonomilerin çoğu, piyasa ekonomileri haline gelmek için zorlu bir değişim içine girmiş(tir)"²⁰. Bu anlayışın önde gelen uygulayıcıları arasında yer alan İngiltere'de, "Thatcherism"²¹ olarak da adlandırılmış bulunan yoğun bir özelleştirme uygulamasına girişilmiş ve serbest piyasa rejiminin ekonomide hakim kılınmasına yönelik girişimlere şahit olunmuştur. Bu felsefe, Thatcher kabinesinin bir

17 Muradoğlu, Abdullah; *Reformun Dervişleri – Halil Hamit Paşa'dan Kemal Derviş'e; Bir Ailenin Biyografisi*, Bakış Yayınları, İstanbul, Temmuz 2001, arka kapak yazısı. Yazar, burada çarpıcı bir tesbite yer vermektedir: "**Türkiye'de işler kötüye gittiğinde bir "kurtarıcı" aranır. Doğu toplumlarına özgü ölümcül bir mitostur bu**".

18 Muradoğlu, *Reformun Dervişleri*, op. cit., s. 172-173.

19 Akalın, Güneri; *Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi*, AYD, C. 11, 1994, s. 74.

20 Tanzi, Vito; *Ulus-Devletlerin Sonu mu Geliyor?*, (Çev. Hakan Ay), DEÜ SBE Dergisi, C. 6, Sy. 1, 2004, s. 54.

21 İngiltere'deki "Thatcherism" adıyla anılan özelleştirme uygulamalarında anılan kavrama verilen farklı anlamlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. A. Dunsire, *The Public-Private Debate*'den aktaran: Turgut Tan; *Özelleştirme*, İHİD, Sy. 1-3, 1988, s. 271, 2 no.lu dip not.

Bakanına göre "piyasanın kör, plansız ve koordinasyonsuz hikmeti, hükümetlerin, bürokrasinin ve uluslararası kuruluşların iyi araştırılmış, akılcı, sistematik, anlamlı, iş-birliğine dönük iyi zamanlanmış, ileriye (yönelik) ve istatistiki olarak saygı uyandıran planlarına ezici bir üstünlük sağlamaktadır"²² şeklinde ifade edilmekteydi. Bu eğilimin, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu kimi ülkelerdeki gelişmeleri yoğun biçimde etkilediği bilinmektedir. Öte yandan, rekabet esasına dayandırılan serbest piyasa rejiminin siyasal boyutuyla demokratikleşme bağlamında da önem taşıdığı ileri sürülmektedir; buna göre:

"... (E)ksik rekabetin olduğu her ekonomik ortam, kaynakların ve gelir dağılımının bozulması anlamına geldiği kadar, aynı zamanda politik güç dağılımının bozulması anlamına da gelir ve bu anlamda toplum sağlıklı bir piyasa yapısından ne kadar uzaklaşırsa, demokratik idealden de o kadar uzaklaşır. Çünkü, rekabet sürecinde ekonomik anlamda başarılı olanlar, başarılarının devamı için siyaseti de etkilemek isteyeceklerdir."²³

Ekonomik ve siyasal rejimlerin yoğun bir dönüşüme sahne olduğu bu dönemde Türkiye, bir yandan askeri rejim sonrası çok partili demokrasiye yeniden kavuşmakta, diğer yandan tek partili bir iktidar eliyle 24 Ocak (1980) kararlarının daha geniş ölçekli uygulanması yönünde fevkalade liberal bir ekonomi politikasının yoğun gündemini izlemektedir. Yine, bir taraftan kambiyo rejimi liberalleştirilerek döviz hareketleri serbestiye kavuşturulmakta, öte yandan da özelleştirme uygulamalarına hızlı bir giriş yapılmaktadır. Böylece, neredeyse 50 yıllık ithal ikameci bir sanayileşme politikası ile içe dönük, korumacı ve kapalı bir ekonomi politikası uygulamasından, ihracat ağırlıklı dışa dönük ve dünya ekonomileriyle rekabete dayalı bir ekonomi politikasına geçiş yapılmıştır. Ancak, "...ekonomik ve politik krizlerin ortaya çıkmasından sonradır ki Türk liderlerin 50 yıllık devletçi politikaların değiştirilebilmesi için harekete geçebilmeleri mümkün olabilmıştır."²⁴ Ekonomik büyüme için gereken kaynaklar, kamunun vergi gelirlerini artırma olanağının sınırlı olması nedeniyle özel sektör (ve finansman camiası) birikimlerine dayanmak zorunluluğunu doğurmuş, dolayısıyla büyüme için özel sektör yatırımlarına gereksinimi artırmıştır. Kamu yatırımlarının sürdürülemez yapısı çerçevesinde oluşan ekonomik

22 Keith Joseph'dan aktaran: Benson, Peter M.; *içinde İngiltere'de Özelleştirme Uygulamaları Sempozyumu*, TÜSiAD Yayını, Yayın No. TÜSiAD-T/94, 1-166, İstanbul, Ocak 1994, s. 30.

23 Katircioğlu, Erol; *İktisatta "Güç" Kavramı Üzerine*, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Ocak 2000, s. 51.

24 Onis, Ziya - Riedel, James; *Economic Crises and Long-Term Growth in Turkey*, Comparative Macroeconomic Studies, World Bank, Washington, D.C., 1993, s. 91.

ve politik krizler sayesinde liberalizasyona gidilebilmiş ve böylece sürdürülebilir uzun dönemli büyüme için gereken sağlıklı yatırım ortamı sağlanmıştır.²⁵

Devletin ekonomideki ağırlığını azaltmayı ve giderek devleti ekonomide “düzenleyici” bir konuma yerleştirmeyi öngören bu süreç, kamu tarafından yürütülmekte olan mevcut ekonomik faaliyetlerin özelleştirilmesini, giderek toplumun ihtiyaç duyduğu ekonomik atılımın gerektirdiği yeni yatırımların da -artık- devlet yerine özel sektör yatırımlarıyla karşılanmasını hedeflemektedir. İşte tam burada, “geleneksel olarak kamu tarafından yapılagelmiş”²⁶ yatırımların özel sektöre biçilmiş bir rol olarak öngörülmesine karşı, yaygın bir muhalefet ortaya çıkmıştır.

Uzun yıllar boyunca toplumda hâkim durumda bulunan sosyo-ekonomik kültür -ve bu meyanda doğal olarak bunun hukuki yansımaları- çerçevesinde, bahse konu hizmetlerin devlet tarafından yerine getirilmesi beklenen “kamu hizmeti” nitelikleriyle algılanmış olması nedeniyle, “mütereddit” bir sancılı dönüşüm süreci yaşanmaya başlamış ve son yılların ekonomi politikasına dair gündemi çarpıcı biçimde etkilemiştir.

Gelişmekte olan bir ekonomik yapı içerisinde, genç bir nüfus dinamiğiyle istihdam sorununa maruz ve bu meyanda devasa altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine muhtaç bir ülke konumundaki Türkiye, bir yandan yüzyıllık kalkınma sorununa ve uzun yıllardır ihmal edilmiş kalkınma dinamiklerine yönelik yatırım hamlelerini yerine getirmek durumunda olmuş; diğer yandan da, ekonomideki yapısal dönüşümünü demokratik ortamda serbest piyasa dinamikleriyle beraber yürütmenin getirdiği sancılarla karşı karşıya kalmıştır. Ekonomik gelişmenin gereksinim duyduğu başlıca elektrik, sınıai ve evsel su temini, ulaşım ve haberleşme altyapısının kurulması gibi altyapı hizmetlerinin sağlanmasına dönük yatırımların bir an önce gerçekleştirilmesi gerekliliği ile bunun için gereken finans dengesi büyük bir açmaz olarak ortaya çıkmıştır. Diğer yandan, “... ülkemizde iktisat politikaları ve tercihlerinin köklü bir değişime uğradığı 1980’ler boyunca üretim faaliyetlerinin mekansal dağılımı, ülkeyi neredeyse sanayisizleşmeye de götüren kaynak tahsis politikaları doğrultusunda çarpık bir görünüm almış ... büyük kentlerimizde önemli yı-

²⁵ Onis-Riedel, *Economic Crises and Long-Term Growth in Turkey*, op. cit., s. 114.

²⁶ Guasch, Luis J.; *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right*, World Bank Institute, 2004, s. ix.

ğılımlar yaratmış²⁷; bu durum, altyapı hizmetlerine yönelik gereksinimi daha da çarpıcı ve dengesiz bir boyuta getirmiştir.

Bu kapsamda geliştirilen bir çözüm olarak, özel sektörün devreye girmesi fikri gitgide daha ağırlıklı olarak kabul görmeye başlamıştır. "1984 yılı bu anlamda pek çok açıdan önemli bir başlangıç noktası olmuştur; altyapı sektöründe İngiltere'deki telekom özelleştirmesi, ilk kez bir şebeke faaliyetinin özelleştirilmesi bağlamında dönüştürücü bir etki yaratmıştır."²⁸ Bu yaklaşımın temelinde yer verilen ve genel olarak kabul gören anlayış, devletin bütçe olanaklarının sınırlı olması gerçeğinden hareketle, özel sektörün buradaki finansman açığını karşılamakta etkin bir rol alabileceğidir. Finans yetersizliğine dayalı bu anlayışın geçerliliğini ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak irdedeceğimiz için, burada sadece bu husustaki tereddüdümüzü ifadeyle yetiniyoruz.

Ancak bu defa, hukukumuz açısından "kamu hizmeti" niteliğinde görülen "altyapı hizmetlerinin özel sektör eliyle gördürülmesine" yönelik yasal düzenlemelere karşı muhalefetin kimi çevrelerde yaygınlık kazanması ve bu anlayışın yargıya da sirayet etmesi sonucunda, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi "imtiyaz" olarak yargı kararlarında ifadesini bulmuştur. İlk önce 3096 sayılı Kanun ile ilgili olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) tarafından anılan yasa uyarınca özel sektörle elektrik üretimine yönelik olarak imzalanması öngörülen sözleşmelerin "işin mahiyetinin kamu hizmeti niteliğinde sayılması nedeniyle imtiyaza paralel biçimde değerlendirilmesi gerektiği görüşler"²⁹ uyarınca hukuki niteliği üzerinde tereddüde düşülmesini teminen Danıştay'dan istisari görüş talep edilmesini müteakip,³⁰ Danıştay tarafından anılan sözleşmelerin imtiyaz niteliği taşıdığı ve Danıştay'ın ön incelemesine tâbi olacağı yolunda bir hüküm verilmiştir.³¹ Akabinde ise, Anayasa Mahkemesince önce 3096 sayılı ve bilahare 3996 sayılı yasalar çerçevesinde özel sektöre yaptırılması öngörülen sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olaca-

27 Boratav, K. ve Türkcan, E. (ed.); Türkiye'de Sanayileşmenin Yeni Boyutları ve KİT'ler, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1993, s. 110, 111'den aktaran: Şahinkaya, Serdar; Türkiye'de Bölgesel Dengesizliği Giderme Politikaları: "Acil Destek Politikaları", MEMLEKET Siyaset Yönetim Dergisi, Sy. 3, 2007/3, s. 71.

28 Newberry, M. David; Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Industries – The Walras-Pareto Lectures, The MIT Press, Londra-Massachusetts, 2000, 2. Baskı, s. 385.

29 Özay, İl Han; Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", İÜHFİM, C. LIV, Sy. 1-4, 1991-1994, s. 55, 56.

30 Bkz. Özay, İl Han; Günlüğünde Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004, s. 528, 996 no.lu dip not.

31 Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve Esas No: 1992/232, Karar No: 1992/294 sayılı kararı.

ğına yönelik muhakeme çerçevesinde, bahsekonu yasalarda atıfta bulunan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılacağı yolundaki hükümler Anayasa'ya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Anayasa yargısında ifadesini bulan bu değerlendirmenin pratik sonucu, altyapı hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin uluslararası tahkime³² konu edilememesi olmuş ve böylece bu sözleşmelere hizmetlerin gerçekleştirilmesi -finansal kısıtlar nedeniyle- büyük ölçüde olanaksız hale gelmiştir.

Yargı organlarının kararlarında ifadesini bulan ve özetle "bir kamu hizmeti bir sözleşmeyle özel sektöre gördürülüyorsa, bu sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşır ve binnetice idare hukukuna tâbi olacağı veçhile, buna dair sözleşmelerde uluslararası tahkime dair hükümlere yer verilemez" şeklinde ifade olunabilecek bu formülasyon, 1995'li yıllardan başlayarak konuya ilişkin Anayasa değişikliklerinin büyük tartışmalar içerisinde hayata geçirildiği 1999 yılına kadar bahsekonu sözleşmelerin önünü tam anlamıyla tıkamıştır. Nitekim, bu dönemde hayata geçirilmiş bulunan büyük ölçekli bir özel sektör altyapı projesine rastlanmamaktadır. Burada hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa değişikliği yoluyla uluslararası tahkime yer verilmesinden sonra da yabancı yatırımcıların ortaklığında olup dış finansman sağlanmasını öngören bir YİD projesinin kemâle erdirildiği vâki değildir. Esasen tezimizin başlıca teması da, bu çarpıcı ve hüznü hikâyede neyin, neden yanlış gittiğini irdelemeyi -veya özetle temeldeki-yığınaktaki yanlışlıklara ve hazin sonuçlarına değinmeyi- amaçlamaktadır.

Yukarıda atıfta bulunduğumuz yaklaşık beş yıllık dönemde sorunun çözümüne dair sayısız seminer ve toplantı düzenlenmiş, ulusal ve uluslararası alanda çok sayıda katılımcının yer aldığı tartışmalar yaşanmıştır. Ancak, kanaatimizce sorunun

32 Uluslararası tahkim, kavram olarak devletler arasındaki kamu hukukuna dayanan uyuşmazlıkların çözümü kapsamında öngörülen bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak da kullanıldığı için, uluslararası mahiyetteki ticari uyuşmazlıkların yerel mahkemeler yerine uluslararası hakem heyetlerince görülmesi anlamındaki uluslararası ticari tahkim kavramıyla çoğu zaman karıştırılabilmektedir. Öte yandan, devlet ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tahkime başvurulması halinde buna "karma tahkim" adı verildiği de görülmektedir (bkz. John Merrills; *The Means of Dispute Settlement*, içinde International Law (Editör: Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003, s. 540). Buradaki tahkim ticari mahiyette olabileceği gibi, devletleştirmeye veya el koyma şeklinde (İran ile ABD uyuşmazlığındaki kişi veya şirketler arasındaki davalar örneğinde olduğu gibi (bkz. İbid) kamusal nitelikte bir içerik de taşıyabilecektir. Çalışmamızda, kolaylık açısından "uluslararası tahkim" tanımına yer vermeyi tercih ettiğimizi ve bu ifadeyle, aksi münhasıran belirtilmediği sürece, bir devlet ile diğer devletin vatandaşları veya tüzel kişileri arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik uluslararası tahkimi kastettiğimizi vurgulamak istiyoruz.

özüne ilişkin gerçekçi bir algılamadan ziyade, konunun esas mahiyetiyle temel anlamda ilgisiz sayılabilecek, kimi zaman ideolojik, kimi zaman son derece teknik tahlillere dayanan yaklaşımlar gözlenmiştir. İşte, bizi bu tezin hazırlanmasına sevkeden başlıca âmil de bu husus olmuştur.

Kamu hizmetinin hukuki analizine dair teknik yaklaşım konusunda çok sayıda çalışmaya tesadüf edilmektedir. Bu çalışmalarda genellikle konunun teknik özelliklerinin öne çıkarıldığı ve buradan hareketle belki kendi içinde fevkalade yetkin, ancak konunun ilgili bulunduğu diğer disiplinlerle olan ilişkisini dikkate alan bütüncül bir yaklaşımı kavramaktan uzak analizlerin hakim olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, "(m)uhtemel bir çelişki, gelişmeyi anlamaya çalışanlar ile böyle bir çelişki hissetmeden işlevselci hukukçuluk yapanlar arasında gelişecektir".³³ Nitekim, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları çerçevesinde ülkemizde yaşananlar, bu ihtimalin gerçekleştiğini açıkça ortaya koymaktadır. Oysa, bize göre kamu hizmeti, idare hukukunun temel bir kavramı olmakla birlikte, salt teknik hukuk yaklaşımıyla algılanamayacak kadar "disiplinler arası" niteliği haizdir ve bu haliyle "tekil" bir yaklaşımla kavranamayacak kadar geniş bir düzlemi içermektedir. "Disiplinin "dışarı" ile kapısını kapatmayan bu yöntem sayesinde... idare hukukunun kendi içine kapanmasına engel ol(unabilecektir). (Böylece) alanın kavram, ilke ve kurallarının varlığı ve değerleri kendinden menkul olmaktan çıkar, sorgulanmaya, anlaşılmaya ve dönüştürülmeye açık hale gelir... (Zira, s)af ve kendinden menkul hukuki kavramlar yoktur... (Bu durumu dikkate almaksızın) "(ö)tesi" ile arasına geçilmez duvarlar koyan hukuk, kendi içine kapanmakta (ve) gittikçe teknik, kısır, anlaşılmaz ve anlamaya yönelik araçlar üretmez hale gelmektedir... (Ne var ki, d)isiplini yer aldığı bağlamından kopararak herhangi bir bütünsel yaklaşım geliştirmeden salt teknik hukuki araçlarla, bunların işleyiş ve sorunlarıyla uğraşanların, dönüşümler karşısındaki tavırları da sağlıklı olamaz... (Zaten, d)isiplin içinde yer alan teknik hukukçuların, alanların dönüşümünü algılayıp yorumlamaları ve yeni bir inşa sürecine girmeleri genellikle mümkün değildir."³⁴ Esasen, "... kamu hizmetini salt kamu hizmetine ve ritüellerine referans vererek savunmak... boğulmakta olan bir kimsenin kendi saçlarından tutarak kurtulmayı umması gibidir."³⁵ Yakın ta-

33 Karahanoğulları, Onur; Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 2.

34 Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 2.

35 Ozansoy, Cüneyt; Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut, Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını. Yazara göre, "... yeni bir kamu hizmeti kuramı inşa etmek de ideolojiden bağımsız olamaz... insana ve devlete ait değer yargılarından bağımsız varolamaz."

rihimizde yaşadıklarımız, bu yargının ne kadar doğru olduğunun açık bir göstergesidir. Oysa, doğaldır ki "(e)n yaratıcı sezgiler, disiplinler arası işbirliğinden beslenir."³⁶ Maamafih, "(ö)ğretide bu gelişmeyi fark ederek değerlendirme gereği duyulmamaktadır. Post-modern durumun özelliği olarak belirtilen, "dünyayı açıklayıcı büyük anlatıların bittiği" saptaması, idare hukukunda da geçerlidir. İdare hukukunda büyük anlatılar ve anlatıcılara uzun süreden beri rastlanmamaktadır."³⁷

Esasen, gerek Anayasa Mahkemesi'nin ve gerek Danıştay'ın konuya ilişkin muhtelif kararlarında kamu hizmeti ve buradan hareketle imtiyaz kavramlarının irredelenmesinde salt hukuk tekniğiyle ilişkilendirilemeyecek kadar geniş bir yelpaze içerisinde değerlendirmeye gidildiği görülmektedir. Konunun öğretilde ve toplumun değişik kesimlerince ele alınması sürecindeki tartışmaların yine çok farklı zeminlerde gerçekleşmiş olması da savımızı desteklemektedir. Ancak, bu farklı zeminlerin daha ziyade ideolojik boyuttaki kimi tartışmalar etrafında odaklandığı, bize göre konunun can alıcı noktasında bulunan finans ve ekonomi alanlarıyla ilişkisi bağlamında yeterli açılımın sağlanamadığını düşünüyoruz. Oysa, "(i)dare hukukçularının kamu hizmeti krizi, toplumsal boyutlarından bağımsız düşünülebilecek saf bir hukuksal kriz değildir."³⁸ "Bir başka deyişle, "insanı" ve toplumu" açıklamayı konu edinen bütün sosyal bilimlerin, biraraya getirilmesi gittikçe kaçınılmaz bir hal almaktadır."³⁹ Bir başka ifadeyle, "(s)osyal bilimlerin buluşması ve diyaloga kavuşmasının anahtarı, sosyal bilimlerin olaylar, buhranlar, zor ve sorunlarla ilişkisini hiç kopartmayan ve sürekli çözüm arayan anlayışın hakim kılınmasıdır."⁴⁰ Bu itibarla, bu tezde işte tam bu noktada açılım sağlamayı amaçlıyoruz ve umuyoruz ki getirmeye çalıştığımız yaklaşım, bahsekonu "arayış" çerçevesinde bir anlam ifade edebilsin.

Yine, Onar'ın ifadesiyle, "... idare hukukunda bu hukukun kökünü, kaynağını teşkil eden siyasî, iktisadî, içtimaî olayları, bu olaylardan kaidenin nasıl ve niçin çıktığını ve ne gaye takip ettiğini ihmal etmek doğru olmaz."⁴¹ Bu itibarla, "idare hu-

³⁶ Punam Keller'dan aktaran Murray, Sarrah; Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006, s. 7.

³⁷ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 3.

³⁸ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 2.

³⁹ Savaş, Vural; İktisat Politikası Anayasası, AYD, C. 5, 1988, s. 85.

⁴⁰ Alada, A. Dinç; İktisat Düşüncesinde Felsefi Yaklaşımın Önemi, AÜSBF Dergisi, C. 59, Sy. 2, 2004 (<http://www.politics.ankara.edu.tr>).

⁴¹ Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. XII.

kukunda her kavramı evvela kendisini doğuran siyasal, sosyal ve iktisadi neden ve etkenler bakımından tahlil etmek ve açıklamaya çalışmak en uygun yöntemdir.”⁴² İşte, bu çalışmada ulaşmaya çalıştığımız başlıca hedef, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının arka planındaki izdüşümleri, tarihi perspektifi ve bu kavramlar üzerinden kurgulanan asfî koruma mekanizmalarını irdelemeye gitmek suretiyle daha geniş bir perspektiften ele almak ve konuyu olabildiğince açıklığa kavuşturmaya hizmet etmektir.

Dolayısıyla, kamu hizmeti kavramının salt hukuki yönden analizine ilişkin çok sayıda ve yetkin hukuki çalışmanın halihazırda yapılmış olduğu gerçeğinden hareketle, analizimizi daha ziyade bahse konu kavramın diğer disiplinlerle örtüştüğü alanlara yoğunlaştırmayı ve bu meyanda disiplinler arası bir incelemeyi esas kılmayı öngörüyoruz. Zira, kamu hizmeti sözkonusu oldukça, doğru bir algılamaya gidebilmek için teknik yaklaşımların ötesine geçebilmek bize göre temel koşuldur. Özellikle iktisadi boyutu olan konularda hukuk ile diğer alanların örtüşmesi, “... çok yönlü bir bakış ve kavrayışı gerektirmektedir.”⁴³ Bu gerekliliğin, daha 1970’lerde çarpıcı biçimde ifade edildiği görülmektedir; “... Fransa’da yeni bir “ekonomik yargı”... kurulmasını öneren Sfez, aynı zamanda iktisatçı, hukukçu ve sosyolog olan yeni bir yargıç tipinin yaratılması gereğini ... savunmakta(ydı).”⁴⁴ Bu bağlamda, “... bugüne kadar yanlış bir kavrayışla gelişmiş bulunan sınırlandırıcı ve (giderik) körleştirici hukuk yaklaşımının sınırlarını zorlamaya çalışmak bir zorunluluktur” ve dolayısıyla bu anlamda “... disiplinler arası bir gezintiye çıkmak zorun(luluğu vardır).”⁴⁵ Bununla beraber, “... ülkemizde hukuk ile ekonomi arasında bir denge kurulabildiğini söylemek çok güç” olduğu gibi, “Türkiye’nin yürütme erki hiçbir şekilde ekonomik hukuk devleti ilkelerine uygun değildir.”⁴⁶

Bu itibarla, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini bizatihî kendi külliyatı içerisinde incelemiş ve kimi sözleşmelerin müzakerelerini gerçekleştirmiş biri olmak sıfatıyla, tezimizde ele aldığımız konuları finans-ekonomi perspektifi ışığında irdelemeyi kaçınılmaz derecede gerekli görüyoruz. “Ekonomi politüğün biçimlendiği 18. yüzyıl-

42 Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 119.

43 Tan, Turgut; *Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975, s. 49.

44 L. Sfez, *l’Administration prospective*, A. Colin, Paris, 1970, s. 199’ dan aktaran: Tan, *Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi*, op. cit., s. 49.

45 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 9.

46 Yakupoğlu, Mukadder; *Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku*, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001, s. 129.

dan ayrı bir bilim dalı olarak kendini kabul ettirdiği 20. yüzyıl başlarına kadar, iktisat bilimi(nin) çoğu ülkede hukuk fakültelerinin bünyesinde yer almış olmasına karşın) ... günümüzde hukukçuların, doktrinin dar ve katı kalıplarını terk etmeyi göze alarak, hukukun hayata geçirilmesinde devreye giren hukuk alanı dışındaki etmenleri daha fazla dikkate aldığı, en azından gelişmiş ülkelerin bazılarında bunun böyle olduğu⁴⁷ ileri sürülmekle beraber, hukukun diğer alanlarında belki yerinde görülebilecek bu değerlendirmenin, idare hukuku alanında pek de geçerli olmadığı söylenebilir. Zira, "(k)amu hizmeti konusunda, siyaset bilimi yüzyıl başında az da olsa idare hukukuna sızabilmişse de kamu maliyesi, kamu ekonomisi ya da genel olarak ekonomik yaklaşımlar idare hukuku alanında hemen hiç kullanılmamıştır."⁴⁸ Çalışmamızda bu nedenle kamu hizmeti teorisinin teknik yönlerine, münhasıran bahsettiğimiz perspektifle örtüştüğü derecede ve mikyasta yer vereceğiz. Bu bağlamda başarılı sonuç alabilecek bir analizin ortaya çıkıp çıkmadığı hususu kuşkusuz tartışmalı olacaktır. Ancak biz, bahsekonu Anayasa değişikliği sonrasındaki gelişmelerin ve ampirik verilerin varacağımız sonucu desteklediği düşüncesindeyiz. Öte yandan, salt hukuk tekniği yoluyla yapılan değerlendirmelerde iktisadi ve finansal boyutların değerlendirilmesinde eksiklikler olduğu gibi, kamu hizmeti ve imtiyazla ilgili idare hukuku kavramlarının yorumlanmasında ekonomik alandan yapılan yaklaşımlarda da ciddi hatalara düşüldüğü görülmektedir; bu durum, üzerinde durulması gereken önemli bir sorun olarak kendini göstermektedir.⁴⁹

47 İnsel, Ahmet; *İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki*, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005 (www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=113).

48 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 9.

49 Sözelimi, "paradigma kayması yapılarak hukuki öğretilerden iktisat literatürüne geçildiğinde, idare hukukundaki imtiyaz kavramıyla iktisattaki doğal tekel kavramının birbirini tamamladığı, imtiyaz yerine doğal tekelin sözkonusu olduğu" yolundaki iktisadi yaklaşım (bkz. Uğur Emek; *İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine*, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Editör Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, Ekim 2001, s. 25-27), sadece kısmi olarak bir gerçeklik payı içerebilecektir. Zira, ilerleyen bölümlerde ayrıntılarıyla tartışılacağı üzere, imtiyaz kavramı doğal tekeller yoluyla ortaya çıkan ayrıcalıklardan çok daha geniş bir kapsamı içerir. Örneğin, doğal tekel sözkonusu olmaksızın bir sektöre kimi ayrıcalıkların tanınması, imtiyaz kavramını gündeme getirmeye elverişlidir (bu hususta bkz. BTC Projesi'ne ilişkin Birinci Bölüm, A.III.3). Keza, ülkemizde iktisadi yaklaşımın önde gelen temsilcilerinden Savaş, kamu malları niteliğinin kamu hizmeti kavramını belirlemesi gerektiğini belirtirken ve deniz fenerleri, kent kanalizasyon sistemi, barajlar, cadde ve sokaklar ve bunların aydınlatılması gibi kamusal malların, bunlardan yararlanan bireylerin ücret ödemek sorunda kaldıkları piyasa malları haline dönüştüğünü ve bu meyanda kamusal hizmetlerin sadece devletin idari hizmetlerini kapsamaması gerektiğini savunurken, kanaatimizce aynı yanılıya düşmektedir (bkz. Vural Savaş; *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)*, Anayasa Yargısı 15, Ankara, 1998, s. 94).

Burada hemen belirtmek gerekirse, kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun en temel ve belirleyici kavramıdır, sözgelimi öğretideki en temel kaynak kabul edilen (ve Türkiye’de “*Kamu Hizmeti Okulu*”nun kurucusu olan⁵⁰) Onar’ın “İdare Hukukunun Umumi Esasları” adlı eseri, tamamen kamu hizmeti kavramını esas alarak, idare hukukunu bu kavram üzerinden açıklamaktadır.⁵¹ Öte yandan, kamu hizmeti ekolüne mensup olunmasa dahi idare hukukunun kamu hizmetleriyle açıklanabileceği, zira kamu hizmetlerini ele almanın idare hukukuna ilişkin tüm konuları ele almak anlamına geleceği de savunulmaktadır.⁵² Dolayısıyla, tezimizde kamu hizmeti kavramının ele alınışında, bahsekonu kavramın özellikle iktisadi hizmetler ve bu meyanda bu hizmetlerin özel sektör eliyle gördürülmesi bağlamında imtiyaz kavramıyla bütünleştiği alanlar itibariyle değerlendirmeye gidilmesini amaçlamaktayız. Bu itibarla, bahsekonu sınırlayıcılık bağlamında değerlendirme yapıldığını vurgulamakta yarar görüyoruz.

Tezimizde idare hukukunun temel kavramı olan kamu hizmeti ve bundan hareketle belirlendiği görülen imtiyaz kavramlarının irdemesini yaparken, uygulamadan gelmekte olan biri sıfatıyla, teknik hukuk bakımından bir değerlendirmeye gitmek ve bu kavramların incelenmesi üzerinden uygulamaya ışık tutmak, yani bir nevi “tümünden gelim” yöntemini izlemek yerine; uygulamayı esas alarak ve bu uygulamaların idare hukukundaki akislerini izlemek ve değerlendirmek, yani bir anlamda “tüme varım” yöntemiyle hareket etmeyi tercih ettik. Bundaki temel gayemiz, uygulamayı esas alarak anılan kavramları irdelemeye yönelik çalışmalara gereksinim duyulduğu hususundaki inancımızdır. Nitekim, Onar’a göre de, “... ötedenberi tümünden gelim metodu yerine tüme varım metoduna ve olayların zaman ve mekân içinde akışına ve kaidenin bu akıştan nasıl doğduğuna yer vermek, sosyal hukuk metodlarından faydalanmak, hukuk tekniğini ağırlık merkezi olarak kabul etmekle beraber, hukuk kaidesinin muhtevasına, kapsamına değer vermek lâzım gelir.”⁵³ Tezimizde uygulamayı ve iktisadi kavramları yoğun biçimde ele alışımızdaki bir başka temel neden ise, kamu hizmetindeki esaslı değişikliklere neden olan Anayasa değişikliğine yol açan anlayışların ve

50 Özay, İl Han; *Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”*, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 293.

51 Gülan, Aydın; *Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998, s. 102.

52 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 6.

53 Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. XII.

gerekçelerin irdelenebilmesi gereğidir. Bilindiği üzere, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi bir imtiyaz olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴ Buna dair sözleşmelerde uluslararası tahkime yer verilemez yolundaki anlayışın özellikle enerji sektöründeki projelerin özel sektör eliyle yaptırılmalarına engel olması, bunda da uluslararası finansmanın bu kapsam dahilinde sağlanamayışı, devletin de bu yatırımları gerçekleştirmeye maddi bakımdan muktedir olmadığı yollu bir savunmayla, uluslararası tahkimin kaçınılmaz biçimde yer alması gerektiği iddiasına atfen kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları üzerindeki anayasal değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla, bu kurgudaki yanlışlığı ortaya koyabilmek için, finansal açıdan dayanak yapılan iddiaların ele alınması kaçınılmaz biçimde elzemdir. Bu tezdeki kurguyu belirleyen de, işte bu gereklilik olmuştur. Bu itibarla, tezde esas aldığımız unsurun özellikle iktisadi boyutu açığa çıkarmak olması ve kurgunun da bu yönde geliştirilmiş olması bağlamında, hukuk tekniği itibarıyla akışkanlığın yer yer kesintiye uğraması doğal karşılanacaktır ümidindeyiz.

Öte yandan, bu tezde ileri sürmeye çalıştığımız düşünce ve görüşlerde hareket noktamız herhangi bir fikir blokunun yandaşlığını veya karşıtlığını temel almak yerine, önyargıya dayanmaksızın, sadece "tetkik ve tenkit"⁵⁵ esasına bağlı kalmak kaydıyla ampirik verilerin değerlendirilmesine yöneliktir ve buna azami özenin gösterilmiş olduğu ümidindeyiz. Bu itibarla, Thomas W. Hazlett'in "siyasi görüşlerinizi hangi temele oturtuyorsunuz" sorusuna "(h) içbir siyaseti sonuçlarının ne olduğunu düşünmeden reddetmem"⁵⁶ yanıtını vermek suretiyle bilim adamı şüphesizliğini itinayla koruduğu gözlenen 1991 Nobel Ekonomi ödüllü Prof. Ronald Coase'ye özellikle atıfta bulunmak yerinde olacaktır. Bununla birlikte, "(k)atı bir siyaset-hukuk ayrımının bulunmadığı, hukukun siyasetçe belirlendiği ve buna karşılık görece özerkliğiyle siyaseti belirlediği", giderek "(s)af ve kendinden menkul hukuki kavramlar(ın) olmadığı"⁵⁷ da ileri sürülebilecektir. Sosyal bilimlerde tek bir doğrunun veya belirli bir soruna karşı tek bir doğru çözümden bahsedilemeyece-

54 Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmeti şeklinde yürütülüyor demektir (Danıştay 1. Dairesi'nin E.1990/94, K.1990/109 sayılı kararı).

55 Ülkemizde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin "Hukuk Mektebi" adıyla 1925'teki kuruluş döneminde kararlaştırılan ilk ilkelerden birisinin "tetkik ve tenkit" olarak belirlenmesi, bize göre önemli ve çarpıcıdır (bkz. Derbil, Süheyp; Ankara Hukuk Fakültesi'nin 25. kuruluş yıldönümü vesilesiyle yapılan konuşma, AÜHF, C. 7, Sy. 3-4, 1950, s. 10-20).

56 Bkz. Hazlett, Thomas W.; R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine, içinde Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara, 2004, s. 78.

57 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 2.

ği ve "bir noktadan pek çok doğrunun geçtiği" söylenebilir. Bir başka ifadeyle, "(h)erşey "x" olduğu kadar, biraz da "x" değildir", yahut "her şey kendi karşısını içinde barındırır"; yine, quantum fizikçisi N. Bohr'un ifadesiyle "herhangi bir söz çelişki içermedikçe gerçek değildir."⁵⁸ Bu anlamda, topluma, zamana ve zemine göre değişik seçeneklerin sözkonusu olabileceği yaklaşımını başlangıç kabulümüz olarak sarahaten ifade etmek istiyoruz. Esasen sosyal bilimlerde "doğru", Ahmet Haşim'in ünlü dizelerinde belirttiği gibi, "yarı yoldan ziyade mâha yakın, yarı yoldan ziyade yerden uzak" bir ara alandadır çoğunlukla; zamana ve zemine göre sıklıkla yer değiştirir. Bu yüzdendir ki, hukukta adaletin tesisi daima "aynı noktada" yakalanamaz. Ancak kuşkusuz, uygulamanın içinde bulunan bir kişi olmak hasebiyle, gelişmeleri ve olayları uygulamaların sonuçlarını dikkate alarak irdelemeye gayret ettik; bu anlamda bunlara dayalı kimi kabullerimizin varlığı da doğal karşılanacaktır ümidindeyiz. Lakin, hemen daima algılamalarımızın gerekçelerini de -olabildiğince- yansıtmaya çalıştık. Bu itibarla, tezimizde belirtilen analizlerin bu nokta-i nazardan değerlendirilmesinde ayrıca yarar görüyoruz. Öte yandan, kamu hizmeti kavramının zenginliği ve aynı oranda karmaşıklığı ile belirsizliği dikkate alındığında, "gök kubbenin altında söylenmemiş söz kalmamıştır" özdeyişine karşın, bu alanda yapılacak daha çok sayıda araştırma ve incelemelere -kuşkusuz- gereksinim duyulmakta olduğunu vurgulamak, kanımızca yerinde olacaktır.

58 Bulutay, Tuncer; *Kurumsal Gelişmeler Işığında Türkiye'nin Kalkınma Deneyimi*, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001, s. 30, 43.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU HİZMETLERİNİN ÖZEL SEKTÖRE GÖRDÜRÜLMESİ İLE FARKLI FİNANSMAN YÖNTEMLERİ VE İLGİLİ KAVRAMSAL DEĞERLENDİRMELER

A) Kamu Hizmeti ile İmtiyaz ve Bağlantılı Kavramlar

Ekonomi ve hukuk, iki ayrı disiplin olarak tezahür etmekle beraber, insan topluluklarının hayatlarını idame ettirebilmelerine yönelik iktisadi kuralları inceleyen ekonomi bilimi, çoğu zaman bu kuralların genel hukuk düzeni içindeki yapılandırılmasını oluşturan hukuk kuralları marifetiyle normatif hukuk bilimi düzenlemesi içerisindeki yerini alır. Hukuk ile ekonominin en fazla görünür hale geldiği kavramlardan birisi "kamu hizmeti" olmuştur. Devletin ekonomik hayata müdahalelerinin özellikle İkinci Dünya Savaşını izleyen yıllarda artış eğilimine girmiş olması ve bu gelişim içinde bahsekonu müdahalelerin kapsamındaki yoğunluk, ayrık bir hukuki incelemeyi gerekli kılmıştır.⁵⁹ Ekonominin gittikçe liberalleşen son yıllardaki serüveninde "kamu hizmeti" kavramının geçirdiği evreler, bir anlamda "ekonomik kamu hukukunun"⁶⁰ da turnusol kağıdını oluşturmuştur.

⁵⁹ Turgut; Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, op. cit., s. 33.

⁶⁰ Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, 4. Bası, s. 11, 12. "Ekonomik kamu hukuku" veya bu meyanda "ekonomik idare hukuku" kavramları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Tan; Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayını, Yayın No. 210, Ankara, 1984; yine, Turgut Tan, Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku, AİD, C. 5, Sy. 1, 1972, s. 15-43; keza, Tekinalp, Ünal; Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İÜHF 50. Yıl Armağanı, İÜ Yayın No. 1888, Hukuk Fakültesi Yayın No. 421, 1973, s. 633-666.

Türkiye’de kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, 1990’lı yılların ortalarında kamuoyunun gündemine yerleşmiştir. Bu kavramın bir anda ülke gündeminin baş sıralarını işgal etmesi ise, esas olarak 1910 tarihli Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’da yer alan “kamu hizmetinin özel sektör tarafından yerine getirilmesi” anlayışının, 1980’li yıllara kadar izlenen ekonomi politikası çerçevesinde -temel olarak uygulamasına pek de rastlanmayan- “imtiyaz sözleşmeleri”ne karşı yeni bir uygulama olarak tanıtılan 19 Aralık, 1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun⁶¹ çerçevesindeki Yap-İşlet-Devret (YİD) modeline dayanan elektrik enerjisi santrallerine dair sözleşmelerin, Anayasa Mahkemesi’nin 1994/42-2 sayılı kararı⁶² uyarınca “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilmesiyle ortaya çıkmıştır.

Bu gelişme sonrasında, “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilen YİD sözleşmelerine muhtemel ihtilafların çözümü için uluslararası tahkime gidilebilmesini öngören hükümlerin konulamaması sonucunda 1995’ten 1999’a kadar YİD sözleşmelerinin askıda kalması ve böylece yapımı öngörülen yatırımların tamamlanamaması sonucuyla karşı karşıya kalınmıştır. Nihayet, 1999 yılında yapılan bir Anayasa değişikliği⁶³ ile 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde öngörülen ve yargı kararlarına istinaden “imtiyaz sözleşmesi” addolunan sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmesi” olarak hukuk düzenimizde yer almaları imkanı getirilmiş ve böylece uluslararası tahkime yer verilmesinin önü açılmıştır, zira “... zaten sözleşme özel hukuk rejimine tabi olacağı için, bu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklar için taraflar isterlerse genel hükümlere göre ulusal veya uluslararası tahkim yolu öngörebilecektir.”⁶⁴ Hatta, Anayasa değişiklikleri sonrasında çıkarılan uyum yasaları marifetiyle, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde uluslararası tahkime yer verilebileceği yönünde sarahaten düzenlemeye gidilerek, özel hukuka tâbi olmak meyânında hukuken tahkime yer verilmesi olanağı zaten kendinde mündemiç bulunan sözleşmelerin daha doğrudan bir şekilde uluslararası tahkime konu edilebilmeleri sağlanmıştır.

⁶¹ Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun (19 Aralık, 1984 tarih ve 18619 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

⁶² Anayasa Mahkemesi’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 tarihli RG’de yayımlanmıştır).

⁶³ 4446 sayılı Kanun (14 Ağustos, 1999 tarih ve 23786 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

⁶⁴ Ulusoy, Ali; *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, Eylül 2004, s. 147.

Bu gelişme, tabiatıyla "kamu hizmetinin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi" anlamına gelen imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki YİD projelerinde, idari yargı yerine bir özel hukuk müessesesi olan uluslararası tahkim ihtilafların çözüm mercii olarak tanınabilmesine yol açmış ve idare hukuku anlamında fevkalade önemli bir dizi tartışmaları da -kaçınılmaz olarak- beraberinde getirmiştir. Aslında, Anayasa'da yapılan bu değişiklik sonrasında kamu hizmeti ve imtiyaz alanında idari yargıda yaşanan gelişmeyi "târumar edilme" ya da "hâk ile yeksân olma" benzetmeleriyle izaha gayret, sanıyoruz abartı sayılamayacak kadar gerçek durumu ifadeye yardım edecektir. Bir başka ifadeyle, getirilen bu düzenlemelerle "... sadece bu hizmetlere ilişkin sözleşmelerin niteliği değiştirilmekle kalmamış, aynı zamanda kamu hizmetleri sistemi ve kamu hizmetlerine egemen olan ilkeler de alt-üst edilerek ihlal edilmiştir."⁶⁵

I. Kamu Hizmeti Kavramı ve İmtiyaz

1. Genel

Bir ülkede uygulanan ekonomi siyaseti, kamu hizmetinin kapsamını ve sınırlarını belirleyici rol oynamaktadır. İlerleyen bölümlerde de açıkladığımız üzere, 1929 ekonomik buhranını takiben Keynezyen politikaların izlenmesi sonucunda 1970'li yıllara değin devletin ekonomideki rolünün ağırlık kazandığı ve kamu hizmetlerinin bir genişleme sürecine girdiği görülmektedir. Bununla birlikte, 1970'li yıllardan itibaren gelişen ekonomik hadiselerle, bu defa tam tersine devletin ekonomiye dahlinin giderek daha fazla sınırlandırıldığına şahit olunmaktadır. Böylece, devletin üstlendiği kamu hizmetlerinde de daralma yönünde bir eğilim görülmektedir. Artık siyaset ekonomiden elini çekmeye başlamakta ve daha önceden kamu hizmeti olarak görülen faaliyetler, politik müdahalelerin asgariye indirildiği ve serbest piyasa dinamikleri içerisinde -ticarî kurallara göre- yürütülmesi gereken hizmetler olarak algılanmaktadır. Bu, kamu hizmeti olarak algılanan hizmetlerin artık özel sektöre bırakılması şeklinde cereyan edebildiği gibi, yine kamu tarafından yürütülmekle beraber sosyal hizmet yönünün gözardı edilerek, faaliyetin serbest piyasa koşullarına göre yürütülmesi anlayışına geçiş de sözkonusudur. Sözgelimi, 2002 yılındaki "Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri mal ve Hizmet Tarifeleri ... Hakkında Kanun" un⁶⁶ 1. maddesiyle, kimi istisnalara yer verilmekle beraber, "... kamu

⁶⁵ Günday, Metin; *Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 191.

⁶⁶ 8 Ocak, 2002 tarih ve 4736 sayılı "Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifeleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" (19 Ocak, 2002 tarih ve 24645 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

kurum ve kuruluşlarınca üretilen mal veya hizmet bedellerinde **işletmecilik gereği yapılması gereken ticarî indirimler** hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz" hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeyle "işletmecilik" anlayışına ve "ticarî esaslar"ın uygulanmasına geçiş açıkça ortaya konulmuş olmakta ve böylece bir tür "kamu hizmetinin piyasalaştırılması" şeklindeki yoruma elverişli bir zemin yaratmaktadır.

Özetle, "(k)amu hizmeti iki kriz yaşamıştır. İlki bir "genişleme" krizidir (ve) yüzyılın başından itibaren devletin kamu hizmeti olarak üstlendiği alanların hızla genişlemesi şeklinde (tecelli etmiştir). İkinci kriz ise bir "daralma" krizi (olup), devletin üstlendiği kamu hizmeti alanlarına yönelik daraltma ve yeniden yapılanma arayışlarının sonucu (olarak ortaya çıkmıştır)."⁶⁷

Bu manada "kamu hizmeti" ile "ticaret" kavramları arasındaki anlam kayması dikkat çekicidir. İdare hukukuna hâkim olagelmiş kamu hizmeti anlayışında ticaret kavramına yer yoktur. Öte yandan, "(k)amu hizmetinden yararlananlardan, bu yararlanma karşılığı alınan bedelin bir fiyat olup olmadığı, içinde kâr bulunup bulunmadığı tartışma konusudur."⁶⁸ Hatta, uzun zaman devletin verdiği kamu hizmetlerinde kâr unsurunun da olmayacağı, devletin bu tür hizmetlerin sunulmasında kimi zaman masrafları için (mahkemelere başvurulduğunda alınan harçlara benzer şekilde) katılım payı alması gibi uygulamalara rastlansa da, kamu hizmeti için belirlenen bedellerin kâr unsurunu içermeyeceği⁶⁹ (kamu hizmeti için belirlenen bedelin içinde kâr olsa dahi, en azından kamu hizmetlerinde kâr amacının güdülemeyeceği) savunulmuştur.⁷⁰

⁶⁷ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 346.

⁶⁸ Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), s. 667.

⁶⁹ Kamu hizmetlerinin bedellerinin belirlenmesinde kâr unsuruna yer verilemeyeceği anlayışına karşın, sözelimi belediye otobüsleriyle aynı bedel üzerinden taşımacılık yapan halk otobüslerinin bulunması gerçeğinden hareketle, belediye otobüslerinin taşıma bedeli içerisinde –göreceli ucuzluğuna rağmen– aslında kâr unsurunun yer aldığı da ileri sürülmektedir (bkz. Özay, *Günüşğında Yönetim* (2004), op. cit., s. 239, 464 no.lu dip not). Burada kuşkusuz dikkat edilmek gereken husus, bu durumun kamu işletmeciliğindeki görece yüksek işletme maliyetlerinden kaçınılabilen özel teşebbüsün, aradaki farkı kâr niteliğine büründürebilmesi gerçeğinden doğabildiği; bu anlamda, kamudaki işletmecinin sunduğu hizmetin karşılığı olarak öngörülen aynı bedelin içerisinde belki "nominal" olarak kâr "görünmese" dahi, "mahiyet" itibarıyla kâr unsurunun varlığından bahsedilebilmesidir.

⁷⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 18, 19; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), s. 663-670; Girilti, İsmet – Bilgen, Perfev – Akgüner, Tayfun; *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2006, 2. Basım, s. 850, 851; Özay, *Günüşğında Yönetim* (2004), op. cit., s. 238-240.

Dolayısıyla, kamu hizmetleri özel sektör eliyle gerçekleştirilmeye başlandığında, kamu hizmeti ile ticaret kavramlarının bağdaştırılması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunun zorluğu, kimi yorumlarda da kendisini açıkça göstermektedir. Sözgelimi, Bauman'a göre, "(s)erbest piyasa kurallarının kayıtsızca ve önüne geçilmez bir biçimde yayılması ve hepsinden önce sermaye ve finans kaynaklarının serbest hareketi yüzünden, "ekonomi" tedrici bir biçimde politik kontrol alanı dışına çıkmaktadır; aslında, "ekonomi" teriminin ilk akla getirdiği anlam "politik olmayan alan"dır. Politikaya ne kalmışsa, eski güzel günlerde olduğu gibi, devlet tarafından yürütülmesi bekleniyor; ancak ekonomiyle ilgili ne varsa, devletin dokunmasına izin verilmiyor artık; bu yöndeki herhangi bir girişim anında dünya piyasalarının öfkeli cezai yaptırımlarını bulacaktır."⁷¹ "21. yüzyıl demokrasilerinde, piyasa karar mekanizmalarının üzerinde çoğu zaman müdahaleci rol oynayan politik-yönetimsel karar alanları daralacak, ulus devletin işlevleri yeniden gözden geçirilecektir."⁷²

Ülke dışındaki sınırlamalar bağlamında (Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası veya Dünya Ticaret Örgütü) uluslararası kuruluşlar ve bunlara ilişkin anlaşmalar veya ülke içindeki "bağımsız düzenleyici kurullar"ın bu kapsamda devletin ekonomik müdahalelerini asgariye indirdiği ve sosyal politikalar izlemesine olanak vermeksizin küresel çıkarılara hizmet ettiği de ileri sürülebilmektedir.⁷³ Esasen, Bauman'a göre "küreselleşme sahnesine çıktığınızda devlet striptiz yapmaya başlar"⁷⁴. "Küreselleşme, devlet egemenliğinin artık bölünmez olmadığını ve uluslararası organlarla paylaşılabilirliğini savunuyor. Egemenlik kavramı yeniden yapılandırılırken, egemenliğin bağımsız bir devletteki merkezi otoriteye ait olduğu yaklaşımı terkediliyor ve monolitik egemenlik kavramının altı oyuluyor."⁷⁵ Bauman'ın

71 Bauman, Zygmunt; Küreselleşme – Toplumsal Sonuçları, (Çev. Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yayınları, No. 255, 1. Basım, İstanbul, 1999, s. 77. Ünlü Hint iktisatçısı Amit Bhaduri'ye göre de "... kurumlar vergisini yükseltmeye, borsa işlem hacmi üzerine vergi koymaya niyetli hükümetler, sermaye piyasalarındaki aktörlerin kendi aleyhlerine döneceklerini bilirler" (bkz. Korkut Boratav; Uzaklardan Bir Ses, Cumhuriyet Gazetesi, 4 Mayıs, 2005).

72 Hasanoğlu, Mürteza; Küreselleşmenin Devlet Yönetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sy. 43, Ekim-Aralık 2001, s. 76, 77.

73 Aynı yönde bkz. Oele, Apiyo; Powerbrokers Behind Global System Leave States Weaker, East African Standard, 10 Ekim, 2007 (<http://allafrica.com/stories/200710091123.html>).

74 Sept Pièces de Puzzle Néolibéral: La Quatrième Guerre Mondiale a Commercé, Le Monde Diplomatique, 7 Ağustos, 1997'den aktaran: Bauman, Küreselleşme – Toplumsal Sonuçları, op. cit., s. 77.

75 Özdek, Yasemin; Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar, AİD, Sy. 32 (3), 1999, s. 37.

siyasal alan ve ekonomiyle ilgili olarak yukarıda vardığı sonuç tartışmaya açık olmakla beraber, kamu hizmeti ile ticaret (piyasa) kavramları arasındaki ilginç bağlantıya dikkat çekmesi açısından önem taşımaktadır.

Öte yandan, kamu hizmetiyle ilgili olarak öğretide yapılan değerlendirmelerde, bu iki kavramın kapsadığı alan ve dolayısıyla iktisadi boyutları üzerindeki farklı değerlendirmeler dikkati çekmektedir. Bir görüşe göre, "(k)amu hizmeti kavramının yer aldığı bağlam, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak (tatmin edecek) mal ve hizmet üretimidir. Kamu hizmetinde "üretim", toplumsal ihtiyaçları karşılayacak üretimdir ... Ancak piyasa denilen özgür girişim ve değişim alanı tüm toplumsal yapıyı kapsamaz."⁷⁶ Bu meyanda, özel sektör tarafından ifa edilen hizmetlerin özel kişilerin yararına olanak sağladığı, oysa kamusal hizmetlerin tüm kamunun-toplumun yararını sağlamakta olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim, "Aristo'da sivil toplumun, özel faaliyetlerle bireysel çıkarların alanını; devlette vücut bulan siyasal toplumun ise ortak (iyiliği) faydayı, kamu yararını temsil ettiği kabul edilir."⁷⁷ Yine, "(k)amusal ihtiyacı karşılamak için kurulan özel işletmelerde kamu menfaatini sağlamak amacı yoktur; bilâkis özel menfaat sağlamak hedefi vardır."⁷⁸

Bununla birlikte, aksi yönde bir görüşün de savunulduğu görülmektedir. Buna göre, "... özel ve kamu terimlerinin... özel refah ve kamu refahı terimlerine olan benzerliği, yanlış biçimde özel hukukun sadece belirli özel bireylerin refahına hizmet ettiğini ve yalnızca kamu hukukunun genel refaha hizmet etmekte olduğunu akla getirmeye elverişlidir."⁷⁹ Gerçekten, toplumsal ihtiyaçların özel girişim tarafından gereğince ve yeterince karşılandığı alanlar itibarıyla toplumsal yapının tümünün kapsamadığını savunmak güçtür. Nitekim, kamu hizmeti niteliğinde bulunan özel teşebbüslerin devletleştirilebileceği yolundaki Anayasa hükmü, özel girişimin kimi faaliyetlerinin tüm toplumun hizmetine yönelik bir alanı kapsadığı yo-

⁷⁶ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 45, 46. Ne var ki, aynı yazarın aynı eserinde özel kişiler tarafından piyasa çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetlerde de kamu yararının bulunduğu ve toplumsal ihtiyacın karşılanmasına yönelik bir üretimin gerçekleştirilmekte olduğu hususunun ifade edildiği görülmektedir ve bu anlamda bir çelişki den bahsedilebilir (bkz. İbid., s. 64, 65).

⁷⁷ Chevallier-Loschak, *Science Administrative* c.1, s. 184'ten aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 47.

⁷⁸ Derbil, Süheyp; *Kamu Hizmeti Nedir?*, AÜHFİM, C. VII, Sy. 3-4, 1950, s. 33.

⁷⁹ Hayek, Friedrich A.; *Hukuk, Yasama ve Özgürlük – Kurallar ve Düzen, Adaletin ve Politik İktisadın Liberal İlkelerinin Yeni Bir İfadesi*, (Çev. Atilla Yayla), T. İş Bankası Kültür Yayınları, C. I, No. 331, s. 198.

lunda bir yoruma cevaz vermeye müsaittir. Onar, bu tür hizmetlerden sadece kamunun "...nezaret ve murakabaları altında görülen ve diğer karakterleri haiz bulunan(ların)" kamu hizmeti olduğunu, bunların dışında kalanların ise "... gayeleri ve âmme için sağladıkları menfaat ne olursa olsun âmme hizmeti sayılma(yacakları)"⁸⁰ görüşünü ileri sürmektedir. Bu noktada, konunun iktisadi boyutunun dikkatten kaçırıldığı akla gelebilecektir. Zira, kamunun murakabesi altında bulunmama keyfiyeti ile kamu hizmeti olarak tanımlandırma sonucu arasında sadece kamunun bu yönde bir iradesinin tecelli edip etmemiş olması öne çıkarken, bu husustan bağımsız olarak her iki olasılıkta da tüm topluma hizmet verilmekte olması ihtimal dahilindedir. Nihayet, kamu hizmeti olarak devletçe sunulan hizmetlerde hemen daima tüm toplumsal yapının kapsam dahiline girmek durumunda olduğu, özel girişimce yerine getirilen hizmet alanlarında ise bu hususun her daim karşılaşılan bir keyfiyet olmayabileceği de doğaldır. Dolayısıyla, her iki düşüncenin de kısmen doğruluk payı içerdiği söylenebilir.

2. Kamu Hizmeti ve İmtiyaz Kavramları

Öğretiye ve yargı kararlarına bakıldığında, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları ile ilgili olarak çok değişik tanımların ve değerlendirmelerin yer aldığı gözlenmektedir. Bu konu, başlı başına müstakil bir tez çalışmasının konusu olabilecek kadar kapsamlı ve ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Biz bu bölümde, sadece anılan tanımların öğretide yer aldığı şekliyle kimi unsurlarının, münhasıran tezimizdeki iddia konusuyla örtüştüğü alanlar itibariyle ve teorik çerçevede irdelenmek suretiyle değerlendirmesine yer vermeyi amaçlıyoruz. Tezin sistematığı uyarınca bahsekonu kavramların yargı tarafından değerlendirilmesi ve bunun eleştirilerine ise, YİD ve benzeri modeller dolayısıyla kamu hizmeti, imtiyaz ve uluslararası tahkim üçgeninde ortaya çıkan sorunlar temelinde uygulamadaki gelişmeleri irdelediğimiz ikinci bölümde yer verilmektedir.

2.1. Kamu Hizmeti

Kamu hizmetinin incelenmesi, eski zamanlardan bu yana fevkalade güçlükler içermektedir. Zira, yalnız idare hukukunun değil, bütün kamu hukukunun en önemli olmakla beraber en çetrefil ve bulanık kalmış konularından biri "kamu hizmeti" kavramıdır.⁸¹ Kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, idare hukukçu-

⁸⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 16.

⁸¹ Derbil, *Kamu Hizmeti Nedir?*, op. cit., s. 28.

larının öteden beri üzerinde mutabakat sağlayamadıkları belli başlı konulardan birisi, belki de en önde gelenidir. Yargıda da aynı görüşe değinilerek "... kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır"⁸² denilmektedir. Bu durum aslında doğal karşılanmak gerekir, zira kamu hizmeti zaman içerisinde değişen, yaşamsal önemde günceli etkilemesine karşın belli belirsiz sınırları hemen daima "sisler içinde" kalmış bir kavram olagelmıştır. Nitekim, idare hukuku yazınında sıklıkla yer verilen ünlü ifadesinde Truchet, kimsenin kamu hizmeti için tartışmasız bir tanım veremediğini, yasa koyucunun bunu dert edinmediğini, yargıçların değerlendirme serbestliklerini kaybetmemek için tanımlamak istemediğini, öğretinin ise başaramadığını savunmaktadır.⁸³

İdeolojik veya ekonomik yaklaşım açısından, yahut felsefi bağlamda kamu hizmetine değişik yaklaşımların varlığından ve bunun sonucunda da çok farklı kapsamlardan söz edilebilecektir. Sözelimi, liberal bir bakış açısıyla yaklaşıldığında pek dar bir kamu hizmeti alanından bahsedilebilecek iken, sosyalist bir yaklaşımla hemen her toplumsal faaliyeti kamu hizmeti kategorisinde ele almak mümkün olabilmektedir. Bu itibarla, öğretide ve yargı kararlarında hakim olan anlayışa istinaden kamu hizmeti ile imtiyaz kavramları arasındaki doğrudan geçişkenlik niteliği ile bu meyanda kamu hizmeti kavramının imtiyaz tanımının kapsamındaki keskin belirleyiciliği dikkate alındığında, hangi tür faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi ve böylece imtiyaz kapsamında ele alınması gerektiğini belirlemek ve sadece bu alanları kamu hizmeti veya imtiyaz değerlendirmesinin getireceği kısıtlara tâbi tutmak gerektiği sorunuyla karşılaşmaktadır.

Diğer yandan, kamu hizmeti sadece hukukun ve özellikle de idare hukukunun "kurucu unsur"⁸⁴ niteliğini taşıyan kritik önemdeki bir konusu olmakla kalmamakta, diğer disiplinlerde de belirleyici niteliğini göstermek suretiyle önemli bir alanı işgal etmektedir. Bu bağlamda, kamu hizmeti "devletin görevleri/işlevi" anlamında siyaset biliminin, "kamu kesimi" ve "kamu malı" şeklindeki ayırım üzerinden de kamu ekonomisi ve kamu maliyesi alanlarının inceleme konusunu oluşturmaktadır.⁸⁵

⁸² Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Haziran, 2002 tarih ve E.199/2407, K.2002/347 sayılı kararı.

⁸³ Didier Truchet, Label de Service Public et Status de Service Public, AJDA, 1982, s. 428'den aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., 9 no.lu dipnot, s. 6; Gözübüyük, Şeref - Tan, Turgut; *İdare Hukuku*, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitapevi, 1998, s. 433.

⁸⁴ Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 102.

⁸⁵ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 9.

Pozitif bilimlerde de, sosyal bilimlerde de, bilimin kanunları ve esasları hayattan çıkar, bilimin süzgecinden geçerek tekrar bir sistem tarzında ve teknik usullerle hayata ve topluma döner; hukuk da böyledir.⁸⁶ Dolayısıyla, kamu hizmeti kavramının belirlenmesi, toplumdaki gerçekliklerle bağlantılı olabildiği ölçüde hukuk alanındaki sınırlarını çizmek durumundadır. Aksi durum, çeşitli uyumsuzlukları⁸⁷ ve bunun topluma yansıyan sonuçlarını doğurmaya muktedir olacaktır.

Öğretide, kamu hizmetiyle birlikte "hidematı umumiye", "kamusal hizmet", "amme hizmeti", "umumi hizmet" gibi farklı kavramların kullanılmış olmasına rağmen, bu tabirler arasında hiç bir fark gözetilmediği ve hepsinin de aynı anlamda kullanıldığı belirtilmektedir.⁸⁸ Kamu hizmetinin tanımlanmasında ve kavranmasında belki de en büyük güçlük, kendisi esasen yeterince karmaşık olan bu kavramın irdelenmesi sırasında öğretide ve uygulamada farklı kapsam ve anlamdaki tanımlar üzerinden hareket edilmesi nedeniyle, bir türlü "aynı zemin üzerinde kalma" sorununun üstesinden gelinebilmiş olmasında yatmaktadır. Böylece, farklı ön kabuller dizisinden hareketle kamu hizmeti ibaresinden hükümler çıkaran bir görüş ile aynı parametrelerin uzağında kalan bir diğeri arasında ortak zeminde tartışma veya kıyaslama olanağı kalmayabilmektedir. Sözgelimi, kamu hizmetinin "ayrıcalıklar ve kamusal alana dahil edilmesinden doğan üstünlükler" içerdiği anlayışıyla oluşturulmuş bir kamu hizmeti ibaresinden hareket ederek yapılan değerlendirmeler⁸⁹, bu unsurları en baştan içermeyen kabullere dayalı irdelemeyi daha baştan kendi zemininin dışında tutmuş olma sonucunu yaratmakta, bu da sağlıklı bir kıyaslamayı güçleştirmektedir. Nitekim, öğretideki bir görüşe göre, mevzuatımızda bir tanımı yapılmamış ve giderek yapılması da doğru ve isabetli olmayacak kamu hizmetinin hep farklı anlamlarda kullanılmış olması, doktrinin ve yargının işini zorlaştırmış, hatta olanaksızlaştırmıştır.⁹⁰

Bütün bu çerçevede belirtmek gerekirse, kamu hizmetinin çok farklı perspektifler içerisinde ve değişik kapsamlarda kurgulanabilmesi sözkonusu olmuştur. Özey'a göre, "... ülkemizde "karma ekonomiye dayanan bir tür "devletçilik" an-

86 Onar, *İdare Hukukunun Genel Esasları*, op. cit., s. XII.

87 Bahsekonu uyumsuzluklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 66, 67.

88 Derbil, *Kamu Hizmeti Nedir?*, op. cit., s. 28.

89 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 62-65.

90 Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 102.

layışı" sonucunda ... Onar tarafından –Fransız öğretisi ve anlayışından yola çıkmakla beraber- iktisadi teşebbüsleri de kapsayan çok geniş bir kamu hizmeti anlayışı geliştirilmiştir."⁹¹

Kamu hizmeti, İdare Hukukunun en temel kavramlarından biri olmaktan başka, bu hukuk dalını açıklamakta kullanılan başlıca temel kurucu unsur olarak da⁹² değerlendirilmektedir. İdare hukukunun ülkemizdeki kurucusu Sıddık Sami Onar'ın başyapıtı olarak kabul edilen İdare Hukunun Umumî Esasları adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmış olması, kanımızca bu durumu açıklamaya yeterli olacaktır. Onar'a göre, kamu hizmeti ve idarî rejim (ile bunlara ilaveten kamu yararı⁹³) kavramları, idare hukukunun konusunu oluşturur.⁹⁴ Bununla beraber, kamu hizmetinin, öğeleri arasında bulunan bütünlüğü ve birliği yitirdiğinden, artık ne İdare Hukukunun tümünü kapsayan genel ve temel bir kavram ve keza ne idari yargının görev alanını tek başına belirleyen bir ölçüt olduğu da savunulmaktadır; dolayısıyla, bir idari faaliyetin hukuki rejimini ve görevli yargı merciini tayin etmediği, esas itibarıyla yetkili ve görevlilere yön verdiği ve doğrultu gösterdiği ileri sürülmektedir.⁹⁵

Kamu hizmetinin tanımı ve niteliği hakkında değişik yaklaşımlar ve görüşlere yer verildiğine değinmiştik. Öğretide –her ne kadar "kamu hizmeti"nin belirli ve şaşmaz bir ölçütü bulunmasa da-⁹⁶ kamu hizmetinin tanımlanmasına yönelik kimi ölçütlerden yararlanılarak sözkonusu belirsizliğin giderilmesine çalışıldığı gözlenmektedir.

Kamu hizmeti teorisinin ülkemizdeki kurucusu olan Onar, kamu hizmetinin geniş anlamda "Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler"⁹⁷ ve dar anlamıyla da "kamu idare veya müesseselerinin kamu hukuku-

91 Özay, *Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour"*, op. cit., s. 294.

92 Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 184.

93 Kamu yararı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıllıoğlu, Tekin; *Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988, s. 11-22.

94 Bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 13.

95 Duran, Lütfi; *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 311, 312.

96 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 308.

97 Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 13.

na özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler"⁹⁸ şeklinde tanımlandığına değinmekte ve fakat kamu hizmeti kavramının vazih, açık olmadığını da hemen akabinde ilave etme ihtiyacını duymaktadır.⁹⁹

Yine, öğretilen bir başka tanıma göre;

*"Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir."*¹⁰⁰

Kamu hizmeti kavramındaki en önemli ögenin yönetim biçimi olmayıp, amacı ve bunun sorumluluğunu üstlene organın niteliği olduğu görüşünden hareket eden Duran ise kamu hizmetini şöyle tanımlamaktadır:¹⁰¹

"Kamu hizmetleri, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun, halkın veya umurun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği, ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyetlerdir."

Daha yakın zamanlarda yapılan bir başka tanıma göre de;

*"Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir."*¹⁰²

Özay'a göre ise, kamu hizmetleri kısaca şu üç ögeden oluşmaktadır:

⁹⁸ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 36.

⁹⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 14.

¹⁰⁰ Gülan, Aydın; *Kamu Hizmeti Kavramı*, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988, s. 148.

¹⁰¹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

¹⁰² Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 13.

“1. Ortak, genel yani kolektif ve karşılanmamış¹⁰³ bir gereksinimin bulunması;

2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve

3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun başgöstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü.”¹⁰⁴

Kamu hizmetini en geniş şekliyle tanımlayan¹⁰⁵ bu görüş, organik unsuru zorunlu kabul etmeyerek idare tüzel kişiliğinin dışında kalan kamu hizmetlerini idare hukukuna bağlı kılması bakımından “objektif nazariye” olarak adlandırılmaktadır.¹⁰⁶

Görüldüğü üzere, bu yaklaşımda “faaliyetin kamusal usüllerle yürütülüp yürütülmemesi başlıbaşına belirleyici bir faktör değildir.”¹⁰⁷ Böylece, kamu iktisadi teşebbüslerince özel hukuk kurallarına göre yerine getirilen¹⁰⁸ ve hatta özel sektör tarafından yürütülen kimi hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilebilecektir. Onar’a göre de, “hususî hukuktakinden ayrı bir usul ile görülmesini âmme hizmetinin umumî bir karakteri ve unsuru saymak, âmme hizmeti olduğunda bugün şüphe edilemeyen sınaî ve iktisadî âmme hizmetleri(nin) bu mahiyetlerini inkâr (anlamına gelecektir)... (Bu itibarla) “âmme hukukuna mahsus usuller ve üstün salâhiyetlerle görülmesi ... âmme hizmetinin mahiyetinden çıkan bir netice ve âmme hizmetlerinde ekseriyetle tesadüf edilen ve âmme hizmetine mahsus olan bir vasıf (olmakla) beraber ... ayrılmaz bir unsur ve zarurî bir vasıf (değildir).”¹⁰⁹ Aksi görüşler de –kuşkusuz- bulunmaktadır, buna göre “... kamu hizmetinin belirleyici özelliği, üstün yetkilerle donatılmış olmasıdır.”¹¹⁰

¹⁰³ Toplumda halihazırda özel sektör eliyle yürütülmekte olan kimi faaliyetlerin bu gereksinimi karşılamakta olması da muhtemeldir; dolayısıyla, “karşılanmamış” ibaresiyle sadece halen böyle bir tatmin durumunun sözkonusu olmadığı hallerin kastedildiği ve dolayısıyla “karşılanmakta” olan hizmetlerin de kapsam dahilinde bulunduğu kabul edilmek gerekir. Bu anlayış, Anayasa’nın 47. maddesinde yer verilen “özel teşebbüs tarafından yerine getirilen kamu hizmetleri” ifadesiyle de uyumludur.

¹⁰⁴ Özay, *Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”*, op. cit., s. 295.

¹⁰⁵ Özay, *Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”*, op. cit., s. 295.

¹⁰⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 47.

¹⁰⁷ Özay, *Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”*, op. cit., s. 295.

¹⁰⁸ Özay, *Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: “Çok Yaşa” ya da “A Tes Amour”*, op. cit., s. 295.

¹⁰⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 25, 26.

¹¹⁰ Çırakman, Birsen; *Kamu Hizmeti*, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976, s. 88.

Öte yandan, bahsekonu yaklaşım çerçevesinde organik unsur koşulu reddedilmekle beraber, bu defa başka bir sorun ortaya çıkmaktadır: Üstün yetkiler veya kamu hukuku usulleri altında yürütülmeyen (giyim eşyası üretimi gibi) kimi özel sektör faaliyetlerinin –devletin yetkilerinin *denetim* ve *gözetim* seviyesine ulaşmadığı gerekçesiyle- kamu hizmeti olmayacağını ileri sürmek, fakat aynı faaliyet devletçe özel sektörle beraber birbirine paralel olarak yürütüldüğünde devletin bu faaliyetini kamu hizmeti olarak kabul etmek,¹¹¹ organik unsurun koşul olarak reddedilmesi bağlamında bize göre bir çelişki yaratmaktadır. Zira, devletin bu örnekteki (giyim eşyası üretimi) faaliyetine kamu hizmeti diyebilmek için, organik unsur kullanılmaktan başkaca bir çözüm ortada görünmemektedir.

Yine Onar'a göre, bir teşebbüsün sırf ticaret hukuku usul ve kaidelerine göre çalışması, kâr gayesi takip etmeyen müessesenin tacir sayılmasını gerektirmeyeceği gibi, devletle ve toplumla ilişkisinde kamu hukukunun tesirinden kurtulmasını veya işletme aşamasında kamu hizmetlerinin murakabesi altında kalmasını gerektirmez; nitekim, imtiyazlı şirketler aracılığıyla görülen kamu hizmetleri gerek şirketin kuruluşu ve iç faaliyeti ve gerek hizmetten yararlananlarla arasındaki işlemlerin görünüşü itibarıyla özel girişim ve faaliyetlerle benzerlik içinde olmasına karşın kamu hizmeti mahiyetini kaybetmemektedir.¹¹² Böylece, kamu hizmetlerinin sadece kamu veya özel hukuka bağlı olmayıp, konu ve amaçlarına göre her ikisine de tâbi tutularak karma bir hukukî rejim içerisinde görüleceği sonucuna ulaşılmaktadır.¹¹³

Kamu hizmeti olarak belirlenmenin en karakteristik niteliği ise, akdi esaslar yerine kanun veya yönetmelik gibi bir statüye dayanması ve bu hizmeti gören kişilerin kamu hukuku usullerini kullanabilmeleri, böylece hizmetin teşkilat ve usullerinin kamu kararı uyarınca değişikliğe tâbi tutulabilmeleri ve kamu yararının özel çıkarı üstün tutulmasıdır.¹¹⁴

Öte yandan, "giderilmediği takdirde huzursuzluğun başgöstereceği ve kamu düzeninin bozulacağı" derece toplumda "önem kazanmış olma"¹¹⁵ unsuru da tartışmalıdır. Sözelimi, Onar'a göre "(b)ir faaliyetin âmme hizmeti sayılabilmesi

¹¹¹ Bilgen, Pertev; *Kamu Hizmeti Hakkında*, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84, s. 114.

¹¹² Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 25.

¹¹³ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 306.

¹¹⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 26, 27.

¹¹⁵ Gülan, *Kamu Hizmeti Kavramı*, op. cit., s. 149.

için sebebini teşkil eden ihtiyacın ve temin edilecek menfaatin bir zaruret derecesine çıkması(na) lüzum olma(yıp)... alelâde bir ihtiyacın karşılanması ve sadece umumî bir menfaatin temini de âmme hizmeti sayılması için kâfi(dir)."¹¹⁶

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyarlanabilirlik ile meccanilik (bedelsizlik), başlıca tanımlayıcı ilkeler olarak öne çıkmaktadır.¹¹⁷ Bununla birlikte hemen kaydetmek gerekirse, "(k)amu hizmetlerine egemen olması gereken bu ilkelerden hiçbirine, ülkemizde hiçbir zaman tam anlamıyla uyulmamış(tır)."¹¹⁸ Aşağıda bahsekonu niteliklerden öne çıkan kimilerine kısaca değinmek istiyoruz:

Süreklilik: Süreklilik ilkesi, kamu hizmetinin kesintiye uğramaksızın yürütülmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Bu, "kronolojik" bir sürekliliği içerdiği gibi, aynı zamanda "içerik" ve "yoğunluk" olarak "nitel" özellik yönünü de kapsamaktadır.¹¹⁹ Dolayısıyla, hizmetin süre anlamında kesintisiz olması yanında, kalitesinin de gereksinimleri karşılaması (şehir şebekesindeki suyun sağlığa uygunluğu gibi) zorunludur. Öte yandan, süreklilik niteliğinin uyarlama ve değişkenlik niteliklerini de beraberinde getirdiği belirtilmektedir.¹²⁰ Havagaziyla aydınlatılan sokakların elektrik devrine geçiş yapıldıkta artık elektrikli aydınlatmaya dönüştürülmesi gereğinin ortaya çıkması, uyarlama ve değişkenlik ilkelerinin uygulaması bakımından örnek gösterilebilir.

Meccanilik: Kamu hizmetlerinin "bedeli", uzun süreyle tartışmaları üzerinde tutmuştur. Anayasal bağlamda (ilköğretimin bedelsizliği gibi) kimi kamu hizmetlerinin bedel alınmaksızın yapılacağı belirtilirken, zaman içerisinde toplumsal yaşamın gereklerine uygun olarak bu ilkedен sapmalar ortaya çıkmış ve nihayet idarenin

¹¹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 32.

¹¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 14-38; Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 299-302; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 308-311; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 655-670; Özay, *Günişığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 235-242; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 190-254; Gözler, Kemal; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Şubat 2007, s. 518-525.

¹¹⁸ Özay, *Günişığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 235.

¹¹⁹ Özay, *Günişığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 236.

¹²⁰ Özay, *Günişığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 236, 237.

özellikle iktisadi kamu hizmetlerinde¹²¹ hizmetin karşılığında belli bir bedel alınmasını öngörebileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Giderek, kimi idari kamu hizmetlerinde dahi hizmetin idarece takdir edilen belirli bir ödeme karşılığı verilmesi yaygınlaşmaya yüz tutmuştur (dava açma harcı veya yüksek öğrenimde öğrencilere katkı payı ödeme zorunluluğu getirilmesi gibi). Bununla beraber, sözgelimi belediyelerin (zorunlu görevleri arasında olduğu gerekçesiyle) çöp toplama faaliyeti yahut belediye sınırları içerisinde satılan et ürünlerinin kontrolü için herhangi bir karşılık talep edemeyeceği¹²² ve bu hizmetin vergiler yoluyla finanse edileceğinin öngörülmesi, hangi kamu hizmetleri için ve hangi gerekçelerle karşılık veya katılım payı talep ediliyor edilmeyeceğine, bir başka deyimle kamu hizmetlerindeki "meccanilik" ilkesinin sınırlarını veya kapsamını belirlemenin güçlüğüne bir örnek oluşturmaktadır.

Kamu hizmetlerinde bir karşılık alınması durumunda dahi, bunun gelir amaçlı yapılamayacağı yahut ticari esaslara göre düzenlenemeyeceği de kabul edilmektedir. Sözgelimi, bir idari yargı kararında şehir şebekesinde kullanılan su sayaçlarının yeni sistem ön ödemeli sayaçlarla değiştirilmesi karşılığında sayaç bedeli ve bağlantı bedeli olarak alınan tutarın yüksekliği karşısında, ilgili belediye tarafından "... anayasal ve yasal kamu hizmeti anlayışına uymayan, ticari niteliği ağır basan yeni bir ilişki biçimi oluşturulmak istendiği"¹²³ gerekçesiyle bu durumun hukuka aykırı bulunduğu belirtilmektedir. Sonuç olarak belirtmek gerekirse, bir idari faaliyetten paralı veya parasız yararlanmanın, bunun kamu hizmeti sayılıp sayılmamasını gerektirmeyeceği ileri sürülmektedir.¹²⁴

Öte yandan, kamu hizmetlerinde yararlanıcıdan alınacak bedele verilecek isimlendirme de tartışmalar yaratmıştır. Kâr unsurunun "amaç" teşkil ettiği gerekçesiyle "ücret" teriminin kullanılması doğru bulunmazken, bunun vergi veya benzeri (harç vb. gibi) nitelik arz ettiği, bu meyanda maliyetine göre değil, yararlanı-

121 İdari ve iktisadi kamu hizmetleri konusunda bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 33, 34; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 317-319; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 650-652; Giritli-Bilgen-Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 854.

122 Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 640, 664.

123 Bkz. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E. 2005/2238, K. 2007/315 sayılı kararı (Ankara Barosu Dergisi'nin Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007 sayısında yayımlanmıştır (s. 247-249)).

124 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

cının mali gücü dikkate alınarak asgaride tutulması gereken bir karşılık, bir katılım payı mahiyetinde algılanması gerektiği savunulmaktadır.¹²⁵

Kamu hizmetinin niteliklerine kısaca değindikten sonra, toplumdaki hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olduğunun ne şekilde veya nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu hususta –doğal olarak- çok farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Duguit'ye göre, bir faaliyet toplumsal açıdan ifası vazgeçilmez ve zorunlu nitelik kazanmış ise, idare tarafından yapılması zorunluluğu doğar ve kamu hizmeti halinde yerine getirilir. Duguit'nin yaklaşımında çok önemli bir ayrıntı ise, bir gereksinimin sadece kanun koyucunun iradesiyle kamu hizmeti halini alamayacağı, kanun koyucunun sadece bir gereksinimin toplumsal etkenlerle kamu hizmeti mahiyetini aldığını "kabul" veya "fark" ederek bunu "izhar etmekle" yükümlü olduğu, yani buradaki belirleyici iradenin aslında kanun koyucunun iradesinden bağımsız olarak bu keyfiyetin toplumda daha önceden ortaya çıkmış olması gerekliliğidir.¹²⁶

Bir başka benzer görüşte ise, kanun koyucuya kamu hizmetlerini belirleme hakkı verilmekle beraber, niteliği gereği kamu hizmetleri de vardır ve bu nitelik toplum tarafından ona duyulan ihtiyaç ve önemle ortaya çıkmakta olup, böylece süreklilik, eşitlik ve uyarılma ilkelerine göre sürdürülme ihtiyacı gösteren faaliyetler "yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanmayı bekleyeceklerdir".¹²⁷ Dolayısıyla, bu anlayışa göre kanun koyucu sadece bir tür "mâlum ilan etme" işlevini üstlenmiş olmakta; diğer yandan, kamu hizmeti niteliğini "ülkedeki tarihi sosyal kültürel koşulların belirleyeceği"¹²⁸ kabul edilmektedir.

¹²⁵ Özay, *Günışığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 238, 239. Bu hususa ilişkin olarak İtalya'da "kamu fiyatı" tabirinin kullanılmakta olması, gerçek maliyetlerle bağlantı kurulmaması ve piyasa bağlamından uzaklaşılması bakımından dikkat çekicidir (bkz. İbid). Yazarın çarpıcı ifadesiyle, ülkemizde kamu hizmetleri sunumu karşılığında alınan tutarların diğer ülkelerle kıyaslandığında görece aşırı yüksekliği, (fahiş aylık faturalar dolayısıyla neredeyse lüks mallar sınıfına giren telefon hizmeti gibi) kimi kamu hizmetlerinin kamu tarafından sunulmamasını neredeyse tercih edilecek bir husus haline getirmektedir (nitekim bizde de sadece taksit hizmeti göreceli bir ucuzluktur, bunun nedeni de belediyenin üstlendiği bir kamu hizmeti olmamasıdır) (bkz. İbid, 465 no.lu dip not) ve hatta "... "bedelsizdir" değil de "kamu hizmetlerinden" yararlanma "pahalıdır" demek daha doğru olur" (İbid, 459 no.lu dip not). Giderek, ülkemizdeki uygulamalara bakıldığında, kamu hizmeti sunumunda "bedelsizlik" ilkesi bir yana, "sanki "idare" değil de gözünü para hırısı bürümüş muhtekir bir tüccar" görüntüsü ortaya çıkmaktadır (İbid, s. 240).

¹²⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 27, 28.

¹²⁷ Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 105.

¹²⁸ Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 107.

Objektif nazariye de denilen bir diğer görüş ise, kamu hizmetinin bir faaliyetin mahiyetine bakılarak belirlenebileceğini öngörür. Buna göre, bir faaliyet *'ancak devlet tarafından yerine getirilebilecek'* ve zorunlu mahiyette ise, kamu hizmeti sayılabilir. Bu bakımdan, devlet tekeli altında bulunması ve başkalarınınca yerine getirilememesi, kamu hizmetinin bir niteliğini ve ölçütünü oluşturur. Bununla birlikte Onar, bir faaliyetin tekel konusu olmasının kamu hizmeti için ölçüt oluşturmakla beraber, tam ve yeterli bir açıklık getiremediğine işaret etmektedir.¹²⁹ Duran ise, kamu hizmetinin tekel halinde görülmesi zorunluluğunun bulunmadığı gibi, tekel konusu olan her idari faaliyetin de kamu hizmeti olmadığı görüşündedir ve buna örnek olarak, tekel olmayan alanlarda özel sektörle beraber rekabet içerisinde hizmet gören kamu kuruluşlarının varlığına işaret etmektedir.¹³⁰ Aynı yaklaşımı paylaşan Bilgen de "(d)evletin kamu hizmeti olduğunu beyan ile kurulması ve işletilmesini üstlendiği bir faaliyetin mutlaka tekel şeklinde devlet tarafından yürütülmesi de zorunlu değildir" demektedir.¹³¹

Bir başka görüşte ise, bir faaliyetin bağlı kılındığı hukuki rejime göre kamu hizmeti olup olmadığı belirlenmek gerekir. Buna göre, özel hukuka kıyasla idarenin imtiyazlarına ve üstün yetkilerine dayalı bir çerçevede yerine getirilen faaliyetler kamu hizmetidir.

Nihayet, öncülüğünü Jeze'nin yaptığı subjektif nazariyeye göre de kanun koyucunun kamu hizmeti olarak tanımladığı faaliyetlerdir, zira burada hukuki olmaktan ziyade siyasi bir sorun sözkonusudur.¹³²

Diğer bir ayrıma göre, idare tarafından yerine getirilmesine göre kamu hizmetinin organik, yani uzvî ve şeklî; öbür taraftan, hizmeti yerine getiren teşkilat nazara alınmaksızın, faaliyetin mahiyeti gözönünde tutulmak suretiyle maddi bakımdan tasnif edilmesi de mümkündür: Birincisinde, kamu hizmeti idare tarafından kamu kudreti yetkilerine dayanan usul ile yönetilen teşebbüsler şeklinde organik ve biçimsel yönden tanımlanırken; ikincisinde ise, kamusal veya genel yararın gerektirdiği gereksinimleri karşılamak üzere icra edilen faaliyetler olarak, maksatın esas kılındığı bir biçimde ele alınmış olmaktadır.¹³³ Günümüzde organik veya uz-

¹²⁹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 28.

¹³⁰ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

¹³¹ Bilgen, *Kamu Hizmeti Hakkında*, op. cit., s. 113.

¹³² Azrak, A. Ülkü; *Millileştirme ve Kamu Hizmeti*, İÜHFİM, C. 36, Sy. 1-4, 1971, s. 58.

¹³³ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 33.

vî yönden kamu hizmetinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamaktadır.¹³⁴

Öte yandan, idarenin belirleyiciliğini savunan subjektif görüş nazariyesi esas alındıkta, bu durumun demokratik ilkelerle de bağdaşacağı ileri sürülebilecektir. Ancak kuşkusuz, milli egemenliği "yasama organının her şeye kâdir olduğu, kanun şeklinde her türlü hukukî durumu yaratabileceği" yolunda anlamak hukuk devleti kavramıyla bağdaştırılamaz.¹³⁵ Kaldı ki, olması gereken hukuk ("de lege feranda") açısından, seçimlerde sözgelimi liberal politika izleyeceğini beyan etmiş olan bir iktidarın –toplumsal veya ekonomik koşullarda önemli değişmeler vuku bulmaksızın- devletleştirme yönünde adım atması veya burada belirttiğimiz kurgunun tam tersinin gerçekleşmesi halinde, bu durumun ne denli "demokratik" nitelik taşıyacağı da kuşkuludur. Nitekim, Onar da benzeri bir değerlendirmeye gitmektedir: "Anayasa mülkiyet hakkını kabul edince, teşri' uzvu buna aykırı bir kanun koymaz, yani mülkiyet hakkını kabul eden rejimlerle etmeyenler arasında bir tercih yapamaz."¹³⁶ Buna göre de, bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirlemek bakımından yasa koyucunun yetkisi, Anayasal kurallarla sınırlı olacaktır.¹³⁷ Diğer taraftan, siyasi iktidarın bir faaliyeti Anayasa'ya uygun olsa dahi, demokratik ilkelere uygunluğu anlamına gelmez; zira, seçmen iradesinin seçim öncesindeki siyasi söylem ve programlara göre şekillendiği varsayılır. Açıktır ki çağdaş demokratik rejimler her bir seçim dönemi için seçilmiş mutlak idareler veya krallıklar kurmayı değil, her adımda halkın iradesini yansıtmayı ve onu izlemeyi öngörür.¹³⁸ Zira,

134 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 304.

135 Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 561.

136 Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 424.

137 Çırakman, *Kamu Hizmeti*, op. cit., s. 85.

138 Osmanlı döneminde yeniçerilerin sefere çıktıklarında her iki ileri adımda yana dönmesine benzer şekilde, "gerçek ve tam bir demokrasi" idealine daha yakınlaşmak bakımından ileri bir adım atılabilmesini teminen, seçilmiş iktidarların da özellikle temel derecede önemli işlemleri gerçekleştirirken, dönüp halkın iradesinin bu yolda olup olmadığını tekrar tekrar kontrol etmeleri gerektiği düşünülmek gerekir. Aksi halde seçmen bakımından, şair Kefevî'nin "ben ne söyledim, sen ne vehmettin; garip hikâyedir" şeklindeki bilinen dizesine affen, verilen yetkinin hangi hususlardan oluştuğu ve idarenin izlediği yolun buna koşut olup olmadığı hususları daha bir sorgulanabilir hale gelecektir. Kayda değer ki, henüz çok partili demokratik yaşama geçilmediği 1935 yılında yaptığı bir konuşmada Atatürk, "(b)ir insan memleket ve millete nâfi bir iş yaparken nazardan bir an uzak bulundurmamağa mecbur olduğu düstur milletin hakiki temayülüdür" uyarısını yapmaktaydı! (Bkz. Ayşe Şen, *Atatürk'ün Devlet, Devlet Yönetimi ve Yöneticilerle İlgili Düşünceleri*, TİD, Aralık 1988, Sy. 381, s. 66.)

"(d)emokrasi, dünyanın hiçbir yerinde, dört ya da beş yılda bir gidilebilen sandıklarla istenilen düzeyde gerçekleşmez." ¹³⁹ Billhassa "çoğulcu" nitelikteki demokrasilerin başlıca gayesi, halkın olabildiğince geniş bir kesiminin arzusunu idarenin eylem ve işlemlerine yansıtmak olmalıdır. Zira, çoğulcu demokrasilerde "... "milli irade"nin sadece seçimle oluşan tek bir Yasama meclisinin tekeline olmayacağını da kabul etmek zorunluluğu vardır." ¹⁴⁰

Öte yandan, nitelik itibariyle bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına bakılırken, "nitelik" ibaresine ayrıca önem atfetmek gerektiğini düşünüyoruz. Bir faaliyetin "doğası" gereği kamu hizmeti olup olmaması ile, o faaliyetin belirli bir zamanda ve belli bir tanım kapsamında taşıdığı özelliklerden ötürü "niteliği" itibariyle kamu hizmeti olması iki ayrı hususu ifade edecektir. Sözgelimi, idare veya yasama tarafından olağanüstü ayrıcalıklar tanınmak suretiyle "siyasal-kamusal alana" çekilmiş bulunan bir faaliyetin –yine aynı yasama organınca- kamu hizmeti olarak tanımlanmaması durumunda, bu faaliyetin "doğası gereği" niteliğinden değil ve fakat halihazırda yüründürüldüğü biçim bağlamında "statüer niteliği gereği" kamu hizmetini oluşturacağı kanısındayız. Nitekim, uygulamada da tam böyle bir durumla karşılaşıldığını düşünüyoruz. Yasama ve idare, bir yandan ayrıcalıklar dizisi içerisindeki sözleşmelerle özel sektöre enerji sektörüne ait kimi hizmetleri gördürmeyi öngörürken, aynı zamanda bir yasal düzenlemeyle bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmadığını kararlaştırmıştır. Şu durumda, burada söz konusu olan, bu hizmetlerin "doğası gereği" kamu hizmetini (imtiyazı) oluşturması değil, aksine, yüründürüldüğü statüer durumun mevcut görünümü nedeniyle "niteliği gereği" kamu hizmetini (imtiyazı) teşkil ediyor olmasıdır. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin "niteliği gereği" ibaresine yer verdiği karardaki gerekçesi kilmilerince eleştirilse de, belki "doğası gereği" bu hizmetlerin kamu hizmeti (imtiyaz) sayılmayacakları ve bu manada Anayasa Mahkemesi kararının yanlışlığı savlanabilir, ancak, karara konu faaliyetlerin o anki yüründürüldükleri biçim bağlamında "niteliği gereği" kamu hizmeti (imtiyaz) teşkil ettiği ve yasamanın bu keyfiyeti aksi bir düzenlemeyle bertaraf edemeyeceği hususu –kanaatimizce- doğrudur.

¹³⁹ Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 9; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 308.

¹⁴⁰ Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 9. Yazar devamla, "... çağdaş toplum içinde yer alan, meslek kuruluşları, bilimsel ve kültürel kamu kurumları, çalışanların özgürce kurdukları sendikal örgütler, basın ve kamuya yararlı dernek ve vakıfların da, en azından siyasal partiler kadar demokrasinin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilincine varmamız gerekir" demektedir ve giderek "... **demokrasimiz herşeyden önce "çoğulcu"luk niteliğine sahip bulunmamaktadır**" yargısına varmaktadır (bkz. İbid., s. 9, 10).

Bir başka deyimle, yasamaya önce niteliği gereği bir faaliyetin kamu hizmeti veya imtiyaz oluşturacağına ilişkin betimleyici tanımı değiştirme hakkını tanımak, sonrasında da aynı yasama organının değiştirilmiş haliyle bu tanımda öngörülen niteliklere sahip faaliyeti kamu hizmeti veya imtiyaz olmaktan çıkarma yetkisinin olduğunu düşünmek, belki teorik olarak ve hukuk tekniği açısından mümkün sayılabilir; ancak, bu yetkinin anayasal düzendeki yeri de tartışmalı olacaktır. Özetle, özellikle yasamanın sözgelimi "bitki" sıfatıyla tanımladığı deniz yıldızının, yine yasamanın ikinci bir düzenlemesiyle "bitki" yerine "hayvan" sınıfına geçirilmesi, isabet-siz bir durum yaratacaktır ve neticede "öz" itibariyle üzerindeki tartışmaları sonuçlandırmış da olmayacaktır. Kuşkusuz, insan aklının o an itibariyle geldiği aşamada bu aklın vardığı (yahut, "istidlal ettiği") imtiyaz –veya bir başka deyimle- ayrıcalıkların ve kamu hizmetinin, bir yasama faaliyetiyle bu varılan sonuca aykırı olacak biçimde düzenlenmesi, o anki muhakemeye bulunan "gerçeği" değiştirmekten uzak kalacaktır.

Bu ifadeleri daha anlaşılabilir kılmayı teminen ülkemizdeki somut örnekten hareket edersek: Kamu hizmeti (ve dolayısıyla imtiyaz) kavramının yasama organınca yasal veya anayasal düzenlemelerle belirli bir tanım ve ölçütler dizisi içerisinde –ve sözgelimi ayrıcalıklı olma unsurunu bertaraf ederek- kurgulanması mümkündür; aynı yasama organının, hemen akabinde hangi faaliyetlerin bahsekonu kamu hizmeti (ve dolayısıyla imtiyaz) tanımının kapsamı dışında kalacağını belirlemesi de kurgudaki zinciri tamamlayacak ve bu keyfiyet –kuvvetle muhtemel- "demokratik" ve "hukuki" de bulunacaktır. Nitekim, enerji sektöründeki sözleşmelerde ayrıcalıklara yer verilmesine karşın yasama organı bu ayrıcalıkları dikkate almamış, ortada ayrıcalıklardan kaynaklanan bir imtiyaz bulunmasına rağmen 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde "özel hukuka tâbi olma" düzenlemesine gidebilmiştir. Böylece, idare tarafından bize göre imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşıyan sözleşmeler imzalanmasına karşın, yasama organı bu imtiyaz sözleşmelerini imtiyaz olmaktan çıkarmış ve özel hukuka bağlı kılabilmiştir.

Oysa, yasama organının, herhangi bir faaliyet bakımından, sözkonusu faaliyetin – yasamanın getirdiği imtiyaz tanımının dışında kalsa dahi - içerdiği ayrıcalıklar dizisinden dolayı hâlâ kamu hizmeti¹⁴¹ veya imtiyaz olarak görülebilmesini engelleme yetkisinin olmaması gerekir. Öğretide buna dair isabetli gördüğümüz bir görüşe burada yer vermeyi yararlı buluyoruz: "... Bir kamu hizmetinin (belirlenmesin-

¹⁴¹ Doğal olarak burada, kamu hizmeti tanımında "ayrıcalıklar içermeye" unsurunun bulunduğu kabulünden hareket edilmesi kaydıyla geçerli bir sav sözkonusu olabilecektir.

de) ... kanun koyucunun iradesi ... kurucu bir rol (oyynamakla beraber) ... bu rolü gereğinden fazla önemsememek de gerekir. Diğer kriterler, özellikle organik kriter temel bir nitelik taşımakta, yoğun olarak belirtilerden *symptôme*'lardan yararlanmak gerekmektedir (ve bu da mahkemelerce) tesbit edilebilecektir. Kanun koyucunun iradesi ise (sadece) bunların yardımıyla ortaya konacak bir varsayım olacaktır (ve) diğer kriterlerin doğrulamadığı (durumlarda) kanun koyucunun "... kamu hizmeti(dir)" şeklindeki ifadesi kabul görmeyecektir."¹⁴²

Öte yandan, özel girişim tarafından yerine getirilen ve doğal tekel konusu olabilecek alanlarda kamunun düzenleyici kurallarına bağlı kılınarak piyasanın kimi ilkelerinden başışık kılınan, ayrıcalıklar getirilen hizmetlerin "kamu hizmeti" değil, "kamuya sunulan hizmet" olduğu da ileri sürülmekle beraber¹⁴³, bu görüşe katılmakta güçlük çekiyoruz.

Nihayet, kamu hizmetinin kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi bakımından "anayasal kamu hizmetlerinin bulunduğu" yönünde değerlendirmeler de yapılmaktadır. Sözgelimi, Fransız Anayasa Konseyi kararlarıyla yasa koyucunun ilgili anayasa hükümleri değişmediği sürece bunların zorunlu kıldığı kimi faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğini değiştiremeyeceği ve böylece bir anayasal kamu hizmeti kümesinden bahsedilebileceği savunulmakta; Fransız öğretisinde buna örnek olarak ise güvenlik, kolluk, adalet, temel eğitim, temel sağlık ve sosyal güvenlik gibi alanlar gösterilmektedir.¹⁴⁴

Ülkemizde de, Anayasa'da belirlenen eğitim ve sağlık gibi sosyal haklar bağlamında, "... her sosyal hakkı karşılayan bir sosyal kamu hizmeti"nden sözedilebileceği belirtilmektedir.¹⁴⁵ Buna göre, şayet Anayasa'da kimi faaliyetler kamu hizmeti olarak nitelendirilmiş ise, yasama organı o faaliyetleri kamu hizmeti haline getirmekle yükümlü olacaktır.¹⁴⁶ Anayasamızda ise devletin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve adalet ile çevre sağlığı ve çocukların korunması alanlarında hizmet

¹⁴² Gülan, *Kamu Hizmeti Kavramı*, op. cit., s. 154.

¹⁴³ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 157.

¹⁴⁴ Bkz. Ulusoy, Ali; *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları*, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 6, 7; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 653.

¹⁴⁵ Örucü, Esin; *Sosyal Kamu Hizmeti*, İÜHFM, C. 36, Sy. 1-4, 1971, s. 226.

¹⁴⁶ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 527.

sunumuyla, eğitim ve sağlık, sosyal güvenlik gibi alanlarda ise faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesiyle görevlendirildiği belirtilerek bu hizmetlerin anayasal kamu hizmeti olarak görüldüğü vurgulanmaktadır.¹⁴⁷

2.2. İmtiyaz kavramı

İmtiyaz, kelime anlamı itibarıyla "öncelikli-ayrıcalıklı" olmayı ifade etmektedir.¹⁴⁸ Kelimenin Fransızca'daki karşılığı olan "concession" teriminde de ayrıcalık ilk anlam olarak karşımıza çıkmakta, aynı kelime İngilizce'de ikinci anlam olarak "bir kişiye verilen ayrıcalık" şeklinde kullanılmaktadır.¹⁴⁹ Dolayısıyla, kavramın irdelemesinde sözlük anlamlarının dahi yeterli yol göstericiliğe sahip olduğu görülmektedir.

İmtiyaz, klasik bir tanıma göre, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye (özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabilmektedir), belirli bir süre için kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle, kâr-zararı kendisine ait olmak, hizmetin finansmanını hizmetten yararlananlardan bir bedel almak üzere kendisi sağlamak ve hizmeti idarenin denetimi ve gözetimi altında yürütmek kaydıyla vermesidir.¹⁵⁰

Onar'a göre ise, imtiyaz sözleşmesi bir kamu hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, sağlanacak yetkiler ve taahhüt edilen malî menfaatler karşılığında özel bir kişi tarafından ifasını tazammun eder.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ulusoy, Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları, op. cit., s. 8, 9; benzer şekilde anayasal kamu hizmetleri hakkında bkz. Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku (2006), op. cit., s. 652, 653, keza Gözler, İdare Hukuku Dersleri, op. cit., s. 527.

¹⁴⁸ Özön, Mustafa Nihat; Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 4. Bası, İnkılap ve Ata Kitapevleri, İstanbul, 1965, s. 330.

¹⁴⁹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), op. cit., s. 63, 154 no.lu dip not.

¹⁵⁰ Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku (2006), op. cit., s. 687.

¹⁵¹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, op. cit., s. 536.

Bununla birlikte, imtiyazın klasik tanımındaki kimi öğelerin zaman içinde önemini yitirdiği, hatta aranmaz hale geldiği de bir gerçektir.¹⁵² Nitekim, özellikle tekel konusu kılınan alanlardaki imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tüm üretimi satın almak zorunda kalması sonucunda imtiyaz sahibine dolaylı yoldan risksiz bir ortam yaratılmış olması ve bir nevi kâr garantisi sağlanmakta olması buna örnek gösterilebilir. Bununla birlikte, bir başka açıdan, bu durumun "imtiyaz", yani "ayrıcılık" sağlanma niteliğini daha da belirginleştirdiği ve imtiyaz sözleşmesini "daha bir imtiyazlı" durumuna getirdiği veçhile, bu tür sözleşmelerde kamu adına korunma mekanizmalarına duyulan gereksinimi artırdığı da söylenebilir. Yine bu meyanda, imtiyaz sahibinin hizmetin finansmanını idarenin yakın denetim ve gözetimi altında (idarenin onaylayacağı bir tarifeyeyle belirlenmek şeklinde) hizmetten yararlananlardan bedel tahsil etmek suretiyle karşılması da ayırdedici nitelikte bir ölçüt olmaktan çıkmıştır¹⁵³; zira, bilindiği gibi enerji sektöründeki YİD sözleşmelerinde üretilen enerji halka değil idarenin kendisine satılmakta ve karşılığı da halktan değil idareden tahsil edilmektedir. Bununla beraber, gümrük kapılarındaki terminalerde veya otoyol işletmeciliğinde hizmetten yararlananlardan bedel tahsil etmek suretiyle yatırım –ve işletme- maliyetlerinin karşılanması da sözkonusu olabilmektedir.

İmtiyaza ilişkin tanım içerisinde "uzun süreli olmak" bize göre de temel belirleyici unsur olarak tebellür etmektedir. Nitekim, dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanvekili tarafından da benzer bir yaklaşımın sergilendiği görülmektedir: "Süre sınırlamasını düşünüyorum... İmtiyaz, gelecek nesillere sarkan taahhütler için olabilmelidir... Çok kısa süreli anlaşmalar için, hangi konuda olursa olsun, imtiyaz sözkonusu olmayabilir."¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da aynı yönde tesbit-

152 Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 688. Yazarlar burada Danıştay'ın imtiyazın temel özelliklerinden riskin imtiyaz sahibince üstlenilmesi ilkesini uygulamaya devam ettiği görüşünü ifade etmekte ve buna dayanak olarak Danıştay'ın E. 1998/267, K. 1998/481 sayılı kararında otoyol imtiyaz sözleşmesindeki imtiyaz sahibine Boğaz Köprüsü gelirlerinin finansman desteği olarak verilmesine karşı çıkmasını göstermektedir. Oysa, burada sözkonusu olan, Danıştay tarafından "finansman desteğinin verilmesine" karşı çıkılmasıdır ve bu bağlamda yazarların "finansman bulma" ile "risk" konularını hatalı biçimde aynı kapsamda değerlendirdikleri görülmektedir. Bir otoyol imtiyaz sözleşmesinde temel risk, araç trafiği (yani talep) riskinin girişimci tarafından üstlenilip üstlenilmeyeceğidir; şayet bu risk kamu üzerinde bırakılmakta ise, bu proje için imtiyaz sahibince finansman sağlanmasında herhangi bir riskin varlığından sözedilemez.

153 Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 572.

154 Dinçer, Güven; *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, Ankara Sanayi Odası Yayını, 1998, s. 54.

te bulunmaktadır: "... elektrik hizmetlerinde(ki) ... sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesinin **uzun süre** özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için, Danıştay ön denetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı da bulunmaktadır... Eğer bir kamu hizmeti **uzun süreli olarak** özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir."¹⁵⁵ Nitekim, değişkenlik ve uyarlanabilirlik, esas olarak uzun süreli olmanın beraberinde getirdiği tamamlayıcı ilkelerdir, zira kısa süreli bir sözleşmede doğal olarak bu son iki ilkeye duyulan gereksinim yeterince belirgin olmayacaktır. Meccanilik ise, halihazırda öğretide ve yargı kararlarında da tartışma konusu olmuş bir kavramdır ve -yukarıda kamu hizmeti kavramını incelerken değindiğimiz üzere- yeri geldiğinde bu ilkeye başvurma olanağının kalmadığı da görülebilmektedir.

Öğretide ve yargı kararlarında imtiyaz sözleşmesi, idari sözleşmelerin en tipik¹⁵⁶, tam ve gelişmiş örneği olarak sayılmaktadır.¹⁵⁷ İmtiyaz kavramı ise, kısaca, bir kamu hizmeti sözkonusu olduğunda, anılan hizmetin idare tarafından özel sektöre uzun süreli olarak gördürülmesi şeklinde tanımlanmıştır. Oysa, uzun süreli olmak imtiyazın *yeter* koşullarından birini oluşturmakla beraber, *gerek* koşulu sayılmamak gerekir kanısındayız. Zira, uzun süreli olmamakla beraber, ayrıcalık yaratılmış bir kamu hizmeti durumunda da imtiyazdan söz edilebilmelidir. Giderek, imtiyaz ile kamu hizmeti kavramları arasında öğretide kopmaz biçimde takdim olunan bağın da sorgulanması gerekir. Bize göre, imtiyaz için bir kamu hizmetinden bahsedilebilmesi zorunlu değildir. İmtiyazda, daha ziyade bir "ayrıcalık" yaratılmış olup olmadığı ön plana çıkarılmalıdır. Bu ayrıcalık, tekel yaratılması veya rekabetsizliği sağlanması gibi "özelliklerin" bulunduğu durumlarda kendisini açıkça gösterir; "idareye üstün yetkiler tanınması" imtiyazın en önde gelen niteliği kabul edilirken, esasen işte bu "özelliklerin" bir sonucu olarak sözkonusu niteliğin oluştuğu söylenebilir; yani neden değil, sonuçtur. Dolayısıyla, belirttiğimiz "özelliklerin" idarece yaratıldığı bir faaliyet alanında artık kaçınılmaz olarak bir "imtiyaz" doğar, yasama organı veya idare tarafından bunun aksi bir tanımlamaya/değer-

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı, 24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG, s. 24.

¹⁵⁶ Bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K.1970/648 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 3, 1971, s. 150.

¹⁵⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 536; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 334; keza, Çimen, Yılmaz; *Danıştay'ın Danışma İşlevi*, Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).

lendirmeye gidilmesi de “*de lege feranda*” bakımından bir değişiklik yaratmaz; zira kanımızca “imtiyaz” a imtiyaz denilmemesi, gerçeği değiştirmez.

Esasen, imtiyaz ile kamu hizmeti arasında tarihsel süreçte kurgulanmış olan bağlantı, altyapı hizmetlerinin kamu hizmeti olarak görülmesi ve bu meyanda altyapı hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesinin de –özellikle son zamanlardaki teknolojik gelişmeler öncesinde- tekelci bir yapı içermesi nedeniyle ayrıcalıklı durum yaratması, bu ayrıcalığın özel sektöre verilmesinin ise kamu gücünün özel sektöre devri anlamında kamunun yakın denetimine ve yargı gözetimine bağlı tutulmasıyla sonuçlanmıştır. Zira, geleneksel anlamda kamu hizmeti sayılmayabilecek bir hizmetin dahi, ayrıcalık yaratılması halinde imtiyaz sayılması elzemdir. Nitekim, Bakü-Ceyhan Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi’nde “kamuya sunulan” bir hizmetten söz edilememesine rağmen, anılan Proje’ye ilişkin imzalanan sözleşmelerle yaratılan hukuki rejimin içerdiği ayrıcalıklar çerçevesinde imtiyaz olarak addolunabilmesi gerektiği kanısındayız. Bu örneğe ilişkin ayrıntılı bir değerlendirmeye ilerleyen bölümlerde yer vermekteyiz.

Yine, sözgelimi halihazırda tamamen özel sektör tarafından ifa edilmekte olan otomotiv üretimine ilişkin olarak piyasaya girişlerin sınırlandırılması suretiyle tekelci bir ayrıcalık ortamının yaratılması karşısında, üretim ruhsatlarıyla izin verilmiş şirketler açısından imtiyazlı bir durumdan bahsedilebileceğine de aşağıdaki bölümlerde değindiğimize dikkat etmekte yarar olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, özellikle Osmanlı döneminin kapitülasyonlarını çağrıştıracak her uygulamada, bu açıdan bir değerlendirmeye gidilmesi doğru ve giderek gerekli olacaktır.

Şu halde, imtiyazdan sözedilebilmesi için bir faaliyetin kamu hizmetiyle bağlantılı olması zorunlu olmamalıdır. Nitekim, BTC Projesi gibi, ülke içinde herhangi bir hizmet sunumuyla ilgisi olmayan bir sözleşmenin/andlaşmanın, içerdiği ayrıcalıklı kurgu nedeniyle imtiyaz sayılabileceği hususu dikkate alınmalıdır.¹⁵⁸ Keza, imtiyaz deyiminin kamu hizmetinden başka, su, maden, petrol gibi doğal kaynaklar üzerinde özel kişilere tanınan işletme hakları için de kullanılmakta olduğunu belirten Duran’a göre, bu imtiyazların konuları kamu hizmeti olmadığı gibi, bireylere hiçbir edim sunmaz ve sağlamaz.¹⁵⁹ Onar da maden işletmeciliğinin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetin “imtiyaz” olduğunu ve fakat idareye ve

¹⁵⁸ Bu husustaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm, A.III.3.

¹⁵⁹ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 333.

Üçüncü kişilere karşı kamu hizmeti işletme vecibesinin bulunmadığı görüşündedir.¹⁶⁰ Benzer bir görüşe göre de "... maden işletme imtiyazları veren sözleşmelerin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmadığı halde, bu sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilmişlerdir. Aynı durum, orman işletme sözleşmeleri için de geçerlidir."¹⁶¹ Bununla birlikte, maden işletmeciliğini üstlenen özel teşebbüsün sadece bir hak sahibi olmadığı, madenleri işletmekle görevli kılındıkları ve bu meydana maden işletmeciliğinin bir kamu hizmetinin görülmesi anlamına geldiği, dolayısıyla "... madenlerin ulusal ekonomi ve kamu yararı gereklerine uygun biçimde işletilmemesi halinde Devletçe işletme ruhsatı ve imtiyazını feshetmeye kadar varan geniş yetkiler tanıyan hükümleri ile de ayrıca kanıtlan(dığı üzere) ... kamu hizmeti imtiyazı niteliğinde olduğu"¹⁶² da ileri sürülmektedir¹⁶³.

Sonuç itibarıyla, imtiyaz, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesini de kapsayan, bununla birlikte kamu hizmeti kavramını aşkın, daha geniş bir çerçeveyi zorunlu kılar. Bununla beraber, özel sektöre gördürülen ve nitelik itibarıyla kamu hizmeti olarak telakki edilen veya tanımlanan her faaliyetin de, özel sektör eliyle gördürüldüğü gerekçesiyle "imtiyaz" addedilmemesi gerekir. Buna en yakın örnek ise, Anayasa'nın 47. maddesinde de atıf yapılan "kamu hizmeti niteliğindeki özel teşebbüsler"dir. Örneğin, eğitim ve sağlık sektörlerinin kamu hizmeti niteliği üzerinde tartışma bulunmamaktadır, oysa bu sektörlerde faaliyet gösteren çok sayıdaki özel teşebbüsün -imtiyaz algılamasına maruz kalmaksızın- işlev görmeye devam ettiği malumdur. Şu halde, idareden alınan ruhsata istinaden özel sektör tarafından yürütülen -ve kamu hizmeti olduğu kabul edilen- kimi faaliyet alanla-

¹⁶⁰ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 540.

¹⁶¹ Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 169. Bahsekonu sektörlerle ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının nedeni ise, "... bunların Devletin hüküm ve tasarrufu ve de denetimi altında bulunmalarıdır" (bkz. İbid). Maden işletmeciliğinin imtiyaz yöntemiyle verileceğine ilişkin 3 Mart, 1954 tarih ve 6309 sayılı Kanun, 4 Haziran, 1985 tarih ve 3213 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılarak, ruhsat verme yöntemine geçiş yapılmıştır; ancak, bahsekonu Kanun'da yer verilen geçici bir madde marifetiyle eskiden imtiyaz yöntemiyle verilmiş sözleşmelerin yürürlükte kalacağı öngörüldüğünden, anılan eski tarihli maden işletme imtiyazı sözleşmeleri hukuken devam etmektedir (bkz. Odyakmaz, Zehra; *Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*, GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan (1999), Haziran-Aralık 1998, C. II, Sy. 1-2 (6-12/1998), s. 174-236 (www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf)).

¹⁶² Bkz. Danıştay Genel Kurulu'nun 24 Ekim, 1974 tarih ve E.1974/33, K.1974/62 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 18-19, 1975, s. 261.

¹⁶³ Türk, Hikmet Sami; *Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar*, AÜHFD, C. 36, Sy. 1-4, 1979, s. 88, 89.

rında, hizmetin yeterli rekabet ortamında –kamu hizmeti gereklerini sağlayarak gerçekleştirilmesi ve aynı zamanda idarenin yakın denetimi/gözetimi hususlarının ruhsat şartnamesine açık biçimde konulması kaydıyla, bu alanın mutlaka imtiyaz kapsamında ele alınmasına ve idarenin özel sektöre kamu hizmetini **sözleşmeyle** gördürmesi gibi bir kurguya gidilmesine gerek kalmayacaktır.

Kanaatimizce, bir faaliyet alanında imtiyazın gündeme gelebilmesi için şu unsurların varlığını aramak yerinde olacaktır: (Doğal veya hukuki) tekel niteliği taşıyıp taşıyamaması, (tekel olmasa dahi) rekabetin kısıtlanmış olup olmaması, ve nihayet, uzun süreli bir sözleşmeye yer verilip verilmemesi.

Bir faaliyet alanının tekel teşkil etmesi ile kamu hizmeti ve buradan hareketle bu faaliyetin özel sektör eliyle görülmesi halinde buna dair sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlanıp tanımlanmayacağı hususuna burada biraz daha ayrıntılı olarak değinmekte yarar görüyoruz.

Öğretide bu konunun farklı biçimlerde ele alındığına rastlanmaktadır. Özay'a göre, kamu hizmetlerinde tekel unsuru (sözgelimi ruhsat yöntemiyle görülen faaliyetler bakımından) bir koşul olmamakla beraber, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle görülmesinde ortaya çıkan en önemli özellik, tekel oluşturmastır.¹⁶⁴ Günday ise, kamu hizmetlerinin tekelli (posta ve telgraf hizmetleri gibi) veya tekelsiz (eğitim ve sağlık hizmetleri gibi) bir şekilde oluşturulabileceğini belirtmektedir.¹⁶⁵

Öte yandan, tekel konusu olmanın bir ölçüt olamayacağı, sözgelimi kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmayan eğitim faaliyetinin devlet tarafından yerine getirildiği gibi özel sektör eliyle de görüldüğü¹⁶⁶; yine, kamu hizmetinin tekel halinde görülmesini zorunlu bulmayan ve hatta tekel konusu her faaliyetin mutlaka kamu hizmeti olamayacağı¹⁶⁷ yolunda görüşler de bulunmaktadır. Hatta, Duran'a göre "... sırf mali amaç güden tekel konuları, kamu hizmeti olarak kabul edilemez."¹⁶⁸ Azrak da "(d)evlete gelir sağlayan faaliyetlerin... kamu hizmeti kavramı içerisinde mütalâa edilmesinin doğru olmayacağı kanısındadır".¹⁶⁹ Bu yakla-

¹⁶⁴ Özay, *Günlükte Yönetim* (2004), op. cit., s. 251.

¹⁶⁵ Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 303.

¹⁶⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 29.

¹⁶⁷ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

¹⁶⁸ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 307.

¹⁶⁹ Azrak, *Millileştirme ve Kamu Hizmeti*, op. cit., s. 71.

şıma göre, sözgelimi 1940'lı yıllarda kibrit ve çakmak üretiminin devlet tekelinde tutulmuş olması¹⁷⁰, bir kamu hizmeti ve dolayısıyla imtiyaz konusu teşkil edemeyecektir.

Burada kamu hizmeti ile tekel konusu olma bağlantısının bulunmadığı yolundaki anlayışa katılmakta kural olarak sorun görmüyoruz. Ancak, bu noktadan yola devam edilerek imtiyaz kavramının kamu hizmetinin özel sektör eliyle gördürülmesi formülasyonuna geçiş yapıldığında bir açmazla karşılaşılacaktır: Mali amaçlı tekeller kamu hizmeti olmayacaksa, o halde bu alanda bir imtiyaz sözleşmesi niteliğinden söz edebilme olanağı da ortadan kalkmış olacaktır! Bu ise, halihazırda idare hukuku öğretisindeki imtiyaz-kamu hizmeti bağlantısına aykırı bir sonuç yaratmaktadır. Sanıyoruz ki bu noktada da imtiyaz kavramı ele alınırken hukuk öğretisinde iktisadi veya finansal boyutun değerlendirmelerde yeterince ele alınmamasında olması, bu çelişkinin oluşmasında etkindir. Zira, açıktır ki bir faaliyet alanı tekel konusu kılınıp da özel sektör eliyle gördürülmekte ise, artık bu alanda özel sektöre bir "ayrıcalığın" verilmiş olması sözkonusudur ve idarenin bu alan üzerinde müdahalesinin imtiyaz kavramının içerdiği koruyucu olanaklarla gerçekleştirilmesine gereksinim duyulacağı bir ortam yaratılmış olmaktadır.

Bir başka görüşe göre, idarenin kamu hizmetlerini ifa ettirmek için imtiyaz vermek hususundaki yetkisini tekelle karıştırmamak gerekir; imtiyazın tekelden farkı, rekabet edecek bir başka girişimi engellemek noktasında görülür.¹⁷¹ Balkar, imtiyaz sahibinin tekel hakkına sahip olabilmesi için buna ilişkin bir hükme imtiyaz sözleşmesinde yer verilmesi gerekeceği kanısındadır.¹⁷²

Kamu hizmeti için tanım üzerinde farklı kurgulardan hareket edilmek suretiyle değişik görüşlerin aynı zemin üzerinde bir karşılaştırmasına gidilememesi yönünde, yukarıda yer alan açıklamalarımız, imtiyaz kavramı üzerinde de kendisini göstermektedir. Sözgelimi, sanayiinin teşvikine yönelik 1927 tarih ve 1055 sayılı Kanun kapsamında öngörülen müsaade ve muafiyetler için kullanılan –ve "takviye edilmiş bir muafiyet ruhsatnamesi" olarak tanımlanan- imtiyaz kavramı, Balkar'a göre kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin imtiyazlardan farklı hüküm ve sonuçlar doğuracak, hatta "ayrı hukuki rejimlere tâbi olacak" kadar birbirinden ayrı şeylerdir;

¹⁷⁰ Bkz. Tekinalp, *Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 658.

¹⁷¹ Balkar, Kemal Galip; *İdare Hukukunda İnhisar ve İmtiyaz*, SBF Dergisi, C. 6, Sy. 1-4, 1951, s. 187.

¹⁷² Balkar, *İdare Hukukunda İnhisar ve İmtiyaz*, op. cit., s. 187.

daha ilginç olan husus, birincisi için akdi bir ilişkinin sözkonusu edilemeyeceği ve bunların idarî izin tasarrufundan ibaret olduğu, bu nedenle "fesih" yerine "iptal" tasarrufuna maruz kalabilecekleri; tekel bakımından ise, birincide tekel hakkının bulunduğu ve fakat kamu hizmeti imtiyazlarında tekel hakkından –sözleşmeye konulmadığı sürece- bahsedilemeyeceği yolunda tesbitlerde bulunulmasıdır.¹⁷³

İmtiyazın kamu hizmeti ile 'bire bir' örtüşmesi gerekmediği düşüncesinde olduğumuz için, bize göre teorik planda mali amaçlı tekellerin kamu hizmeti sayılmamasında bir sorun görmüyoruz, zira bize göre geleneksel olarak kamu hizmeti olarak tanımlanmayan faaliyet alanlarında da imtiyazdan söz edilebilecektir, gide rek edilmelidir de! İleride BTC Projesi kapsamında yaptığımız irdelemeye bu bağlamda yeniden atıf yapmak yeterlidir kanısındayız. Ancak, bu yaklaşımımızın –en azından sarahaten- öğretilerde ve yargıda kabul görmüş olmadığı dikkate alındığında, bu görüş sahipleri bakımından kendi içinde bir çelişkinin ortaya çıktığı da açıktır.

Öte yandan, yukarıdaki değerlendirmelere bir başka görüş çerçevesinde yaklaşmak da mümkündür. İmtiyazın ayrıcalıklı bir durumda sözkonusu olması gerektiğine ve bu meyanda ayrıcalık içermeyebilecek ve fakat kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi akla gelebilecek kimi faaliyetleri özel sektörün yürütmesi durumunda imtiyazdan sözedilemeyeceğine kamu hizmeti kavramını incelediğimiz yukarıdaki kısımda değinmiştik. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu durum, temelinde kamu hizmetinin sınırları yeterince belirlenebilen bir kavram olmaması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Ancak, bir faaliyet alanının kamu hizmeti olabilmesini "siyasal-kamusal alana alınmasına" ve "piyasa koşullarından bağımsızlık kazandırılarak ayrıcalıklı bir niteliğe büründürülmesine" bağlayan görüşler de bulunmaktadır.¹⁷⁴ Kuşkusuz bu durumda, kamu hizmeti kavramına ayrıcalıklı olma niteliği yüklediği için, her kamu hizmetinin imtiyaz konusu olacağı sonucuna varılabilecektir. Ancak açıktır ki bu yaklaşımda da aslında bizim yukarıdaki paragraflarda yaptığımız değerlendirmelerden farklı bir sonuç doğmamaktadır. Zira, ayrıcalıklı durum yaratılmış olduktan sonra, buna kamu hizmetinin bir ön koşulu gözüyle bakarak kamu hizmeti kavramı üzerinden imtiyaz alanına geçiş yapmak ile, kamu hizmeti kavramının açılımına böyle bir ön koşul yüklemeksizin –ve dolayısıyla kamu hizmeti kavramı üzerinden hareket etmeksizin- sözkonusu ayrıcalıklar dolayısıyla doğrudan imtiyaz kavramına ulaşmak arasında, öz olarak fark yoktur.

¹⁷³ Balkar, *İdare Hukukunda İnhisar ve İmtiyaz*, op. cit., s. 187-194.

¹⁷⁴ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 63.

İmtiyaz, 1999 Anayasa değişiklikleri öncesinde yasal zemin olarak başlıca şu iki düzenleme çerçevesinde öngörülmekteydi: Bunlardan birincisi, daha Osmanlı devleti döneminde, yani kapitülasyonların henüz devrede bulunduğu bir dönemde çıkarılmış bulunan Hicrî 1326 (1910) tarih ve 516 sayılı Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanundur.¹⁷⁵ Anılan Kanun'un 1. maddesine göre;

"... devletçe halen ve atiyen taahhüdatı maliyeyi tazammun ve emlaki umumiyenin sarf ve tahsisini istilzam etmeyen... bütçeye dahil bir hizmeti umumiyeye taalluk eylemeyen ... işbu kanunda tasrih olunan muafiyeten gayri muafiyatı muhtevi bulunmayan ... kavanini mer'iyeye ahkâmının tadil ve takyidini müstelzim olmayan ... menafii umumiyeye müteallik imalat imtiyazı"

Bakanlar Kurulunca verilecektir. Bahsekonu Kanun'da 1932 yılında kimi değişiklikler getirilmiş olup, değişikliğe ilişkin 2025 sayılı Kanun'un¹⁷⁶ 1. maddesi uyarınca;

"Muvazene-i Umumiyyeye ve mülhak bütçelere dahil ve mukavelenin akdi tarihinde mevcut veya atiyen ihdas edilecek olan herhangi bir vergi veya resim muafiyetini tazammun ve atiyen bütçelerden tediya istilzam ederek verilmesine hükümetçe lüzum görülen imtiyaz mukaveleleri Büyük Millet Meclisinin tasdikine arz olunur."

Burada ilgi çekici bir özellik bulunduğunu düşünüyoruz. Bilindiği üzere, Osmanlı devleti döneminde pek çok alanda ayrıcalık yaratan düzenlemeler, devletlerarası anlaşmalar (veya ahidnameler) ile yabancı devletlerin vatandaşlarına tanınmaktaydı.¹⁷⁷ Bunların yanı sıra, daha önceki dönemlerde alınmış bulunan dış borçların geri ödenebilmesi amacıyla Düyunu Umumiye yönetiminin kurulması ve kimi devlet gelirlerinin bu idare yönetimine bırakılması ve borç ödemelerinde kullanılması karşısında Osmanlı yönetiminin altyapıya yönelik kamu hizmetlerini yerine getirecek gelirden mahrum kalması sonucunda, altyapı faaliyetlerini özel sektöre gördürme yoluna gidilmeye başlandığı görülmektedir.¹⁷⁸ İşte, bahsekonu

¹⁷⁵ 24 Haziran, 1910 (Hicrî 1326) tarih ve 576 sayılı Takvim-i Vekayi'de yayımlanmıştır.

¹⁷⁶ 25 Haziran, 1932 tarih ve 2025 sayılı Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında 10 Haziran 1326 Tarihli Kanuna Bazı Maddeler Tezyiline ve Bu Kanunun Bazı Maddelerinin İlgasına Dair Kanun (2 Temmuz, 1932 tarih ve 2139 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

¹⁷⁷ Bu konunun ayrıntıları, aşağıda kapitülasyonlara ilişkin II no.lu bölümde verilmektedir.

¹⁷⁸ Bkz. Oran, Baskin; *Kaçıncı Küreselleşme, içinde* Perşembe Konferansları No. 9, RK Yayını, Ankara, Haziran 2000, s. 120. Ayrıca, bkz. Günday, *Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, op. cit., s. 185.

Kanun'un bu gereksinimi karşılamaya yönelik olarak düşünüldüğü ve buna dair esas ve usûllerin belirlenmesi amacıyla matuf olarak çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Burada ilginç olan husus, bahse konu Kanun'un çıkarıldığı dönemde Danıştay'ın ön incelemesi zorunluluğuna ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Bilindiği üzere, buna dair düzenleme ilk kez 1924 Anayasasıyla, Cumhuriyet döneminde gerçekleştirilmiştir. Nitekim, 516 sayılı anılan Kanun'da 1932 yılında 2025 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklikle vergi bağışıklığı veya bütçeden ödeme öngören imtiyazların Meclis onayına sunulması ve aynı yöndeki bir hükmün 1924 Anayasası'nda da yer alması, dönemin hassasiyetlerini yansıtmaları bakımından dikkat çekmektedir.

Öte yandan, yerel yönetimler sözkonusu olduğunda, "(b)elediyeler tarafından verilecek imtiyazlarla ilgili imtiyaz verme yetkisi, (mülga) 1580 sayılı Belediye Kanununun 70/14. maddesi gereğince Belediye Meclisine aittir."¹⁷⁹ Dolayısıyla, bu iki Kanun, uzun süreyle ülkemizde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin verilebilmesine ilişkin başlıca yasal altyapıyı oluşturmaktaydı. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun ikame etmek üzere çıkarılan 5272 sayılı Belediye Kanunu'nda da içme ve atık su, toplu ulaşım ve/veya katı atıklarla ilgili olarak belediyelerin anılan hizmetleri Danıştay'ın görüşü ve İçişleri Bakanlığı'nın kararıyla süresi 49 yılı geçmemek üzere imtiyaz yoluyla devredilebileceği öngörülmektedir (m. 15) (toplu ulaşımında ise "imtiyaz veya tekel oluşturmayacak" şekilde ruhsat vermek suretiyle de hizmetin görülebileceği belirtilmektedir).

Bununla birlikte, bilindiği üzere "yap-işlet-devret, bir sözleşme tipi değil, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modelidir."¹⁸⁰ Bu itibarla, anılan iki Kanun dışındaki yasalar çerçevesinde bir kamu kurumunun tamamen özel hukuk kurumu niteliğinde sözleşmeler dizisi içerisinde bir tesisin yap-işlet-devret modeli olarak yaptırmaı öngörmesi halinde, bu faaliyetin bir kamu hizmeti olarak tanımlanması halinde imtiyaz sözleşmesi sayılacağına göre, imtiyaz teşkil etmesi de imkan dahilindedir. Esasen, 1980'li yıllarda özelleştirme faaliyeti adı altındaki girişimler, tam da bu anlayışa dayandırılmıştır! Bilindiği gibi, 3096 sayılı Kanun ile TEK dışındaki kuruluşların elektrik enerjisi üretmek üzere tesis

¹⁷⁹ Çimen, *Danıştay'ın Danışma İşlevi*, op. cit.

¹⁸⁰ Sirmen, Lale; *Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, içinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci Baskı, Ankara, 19 Haziran, 1996, s. 11.*

kurması, işletmesi ve süre sonunda da idareye devretmesi öngörülmüş, bunun adı yap-işlet-devret modeli olarak adlandırılmamış, giderek bu amaçla 516 sayılı Kanun'a da gerek görülmemiştir.¹⁸¹ Dolayısıyla, 516 sayılı Kanun'un imtiyaza dair yerel yönetimler (belediyeler) dışındaki kuruluşlar açısından- yegâne hukuki zeminini oluşturduğu ifadesi, kamu hizmeti ve imtiyaz telakkilerine bağlı olarak değişmek kaydıyla, yeterince doğru bir hüküm sayılmayabilir!

Diğer taraftan, 3096 sayılı Kanun ile girilen bu eylemde önde giden etkenin, "bizim yaptığımız bir imtiyaz sözleşmesi değil ki, biz burada imtiyazla alakasız bir iş yapıyoruz, bunun adı özelleştirme değil" şeklinde betimlenebilecek bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Aynı yaklaşım, 3996 sayılı YİD modelini açıkça zikreden sonraki Kanun'da da sergilenmiştir. Nitekim, bu amaçla 3996 sayılı Kanun'da ve bu Kanun'un 13. maddesi marifetiyle 3096 sayılı Kanun'da 516 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı sarahaten zikredilmiştir. 3996 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre, "... Bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında... Menafii Umumiye-ye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun... hükümleri uygulanmaz." Böylece, bu çerçevede oluşabilecek bir imtiyaz algılaması çerçevesinde Anayasa ile zorunlu kılınmış olan Danıştay ön incelemesi sürecine ve kimi imtiyazlar bakımından Meclis onayına tâbi olmaktan kaçınılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.¹⁸²

- İmtiyaz ile benzeri diğer kavramlar arasındaki ilişki

Bilindiği üzere, kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesinin tek yöntemi imtiyaz sözleşmesine müracaat etmek olmayıp, idare hukukunda farklı yöntemlerin kullanılması da olanak dahilindedir.¹⁸³ Bu itibarla kamu hizmetini konu eden idari sözleşmeler 'imtiyaz sözleşmesi' olabileceği gibi, idare hukukunda başka isimler altındaki kamu hizmeti sözleşmeleri de bulunmaktadır. Bunların başlıcaları müşterek emanet, iltizam ve ruhsat olarak sayılmaktadır.¹⁸⁴ Bu sayılanlar dışında, farklı isimler altında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin de bulunduğu, sözgelimi bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından gerçekleştirilmesi amacıyla idare ile özel

¹⁸¹ Hatta, anılan 516 sayılı Kanun'da (1932 yılında yapılan değişiklik sonrasında) Meclis onayının dahi öngörülmüş bulunduğu dikkate alındığında, bu yasal düzenlemeye tâbi olunmasından özellikle kaçınıldığını düşünüyoruz.

¹⁸² Duran, Lütfi; *YAP-İŞLET-DEVRET*, AÜSBF Dergisi, C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 161.

¹⁸³ Zabunoğlu, Yahya; *Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Önerileri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli*, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, op. cit., s. 53.

¹⁸⁴ Bkz. Günay, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 308, 309.

kişiler arasında YİD modeli tahtında imzalanan sözleşmelerin bu kapsamda yer aldığı söylenebilir de, "bizim icadımız olduğu söylenen" YİD modeli, imtiyazdan başka bir şey olmadığı veçhile ilave bir yöntem olarak bu sayılanlara eklenmek gerekir.¹⁸⁵ Özay'ın bu görüşünün YİD benzeri Yİ ve İHD gibi diğer modelleri de kapsadığı –kanaatimizce- açıktır. Gerçi, -bize göre ruhsat niteliğinde olan- Yİ modeli bağlamında farklı düşüncelerin olduğunu da belirtmekte yarar görüyoruz; kimilerine göre "... kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden olan ruhsat (izin), kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edileme(yecek iken)"¹⁸⁶, başka görüşlerde ise –eğitim ve sağlık alanlarında ruhsat olarak faaliyet gösteren işletmeler örneğinde görüldüğü üzere- kamu hizmetinin görülmesi yöntemlerinden birisi şeklinde değerlendirilebilmektedir¹⁸⁷.

İltizam sözleşmeleri, özel kişinin –hizmetten yararlananlardan alacağı ücretlerle gelir elde etmek amacıyla- kamu idaresine ödeyeceği belirli bir ücret karşılığında, bir kamu hizmetini kendi kâr ve zararına işletmesi konusunda bir özel kişi ile kamu idaresi arasında yapılan sözleşme olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁸ İltizam, hukukumuzda uygulamasına pek rastlanmayan, daha ziyade Osmanlı döneminde tarım ürünlerinin vergilendirilmesinde kullanıldığı görülen ve devlet tekelindeki reasürans (mükerrer sigorta) gibi sınırlı sayıda kimi başka uygulamalarına rastlanan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸⁹ Bu yöntemde, idarece kurulmuş bir hizmet, önceden kararlaştırılmış götürü veya orantılı bir bedel karşılığında özel bir kişi tarafından yürütülmektedir.¹⁹⁰ Öte yandan, ülkemizde YİD modeliyle idarenin taşınmazları üzerinde inşaatlar yaptırılması konusunun iltizam yöntemi uygulaması görünümü verebildiği ve imtiyaz ile arasında çok ufak bir farklılıktan bahsedilebileceği de ileri sürülmektedir.¹⁹¹ Bununla birlikte, iltizam sahibinin imtiyaz yönteminin aksine kendisinin yatırım harcaması yapmamasının en belirgin farklılığı oluşturduğu ve keza sadece daha önceden idarece kurulmuş bir kamu hizmetinin iş-

185 Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 245.

186 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 318-320.

187 Bkz. Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 326; Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 248, 249; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 675-677.

188 Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 442.

189 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 333, 334; Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 690.

190 Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 309; Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 161.

191 Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 248.

letmeciliğini üstlenmekte olduğu, dolayısıyla sözgelimi bir imtiyazın süre bitiminden sonra idareye devrinden sonra yeniden aynı işletmeciyile veya başkasıyla -yatırım kısmı hariç- aynı konuda sözleşme imzalanması durumunda bu defa iltizamdan sözedileceği belirtilmektedir.¹⁹²

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kamu hizmetinin özel sektör eliyle gördürülmesi usullerinden birisi müşterek emanet yöntemidir. Müşterek emanetin konusu bir kamu hizmetidir ve hizmetin kurulması için gereken araçlar ve tesis devletçe temin edilmek, hasarı devlete ait olmak ve menfaati devletle müteahhit arasında paylaşılmak üzere özel kişilerce görülmesi anlamına gelmektedir.¹⁹³ Özyay'a göre bu yöntemde, hizmetin kurulmasının da özel sektör eliyle gerçekleştirildiği imtiyaz yönteminin aksine, devlet tarafından gerçekleştirilmiş bir tesisin işletilmesi bir özel sektör şirketine verilmesi sözkonusudur.¹⁹⁴ Özyay devamla, sözleşmenin '*içeriğine bakılmak suretiyle*' hasar özel hukuk kişinin ise imtiyaz, İdareye ait ise müşterek emanet yönteminden sözedilmek gerektiği kanısına varmaktadır.¹⁹⁵ Aynı görüşteki Onar'a göre de "... imtiyazla müşterek emanet arasındaki tek fark hasar meselesidir; hasar hususi şahsa ait olduğu zaman imtiyaz, idareye ait olduğu zaman ise müşterek emanet mevcuttur."¹⁹⁶ Yine Duran'ın bir başka ifadesine göre, müşterek emanet yöntemindeki başlıca özellik "... imtiyaz sahibine idarece asgari bir kâr garanti edilmesi" olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁷ Müşterek emanet idare ile bir başka kamu tüzel kişisi arasında da sözkonusu olabilmektedir.¹⁹⁸

Yargı kararlarında İHD modeline istinaden imzalanan sözleşmeler imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmiş¹⁹⁹ ise de, öğretide modelin imtiyazdan daha ziyade müşterek emanet olarak değerlendirmeye elverişli olduğu²⁰⁰; hatta, imtiyaz

¹⁹² Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 548, 549.

¹⁹³ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 540.

¹⁹⁴ Özyay, *Günüşiğinde Yönetim* (1994), op. cit., s. 284.

¹⁹⁵ Özyay, *Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet"*, op. cit., s. 67, 68.

¹⁹⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 540.

¹⁹⁷ Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 161.

¹⁹⁸ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 550.

¹⁹⁹ Bkz. İstanbul ili Anadolu yakasının elektrik dağıtımını işini üstlenen AKTAŞ şirketi ile idare arasında imzalanan sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olması nedeniyle iptal edilmesine ilişkin olarak Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E.1993/1752, K.1991/1 sayılı kararı; keza, aynı konuya ilişkin olarak İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 21 Ocak, 1994 tarih ve E.1993/358, K.1994/10 sayılı kararı.

²⁰⁰ Özyay, *Günüşiğinde Yönetim* (1994), op. cit., s. 291.

kavramının teknik ve dar anlamda kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle model çerçevesindeki sözleşmelerin –imtiyaz sözleşmelerinin aksine- Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmesinin gerekmediği²⁰¹ yolunda görüşler de savunulmaktadır; buna göre "... Anayasa ... ile Danıştay Kanunu'nun (ilgili) maddeleri hükümlerinde geçen **imtiyaz sözleşme ve şartlaşma** teriminin teknik ve bilimsel bakımdan imtiyaz kavramının dışında kalan hususları kapsayacak bir geniş yoruma tâbi tutulmaması gerekir."²⁰²

"Müşterek emanet" değerlendirmesinin bir diğer sonucu da, bu sözleşmeler tahtında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların Anayasa değişikliği öncesindeki haliyle Danıştay'da ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülmemesidir. Kuşkusuz, idari sözleşme olmak itibarıyla idare mahkemelerine gidilmesi zorunluluğu yine bâkidir. Buradaki değerlendirmenin bizi götürdüğü sonuç ise ilginçtir: Dar anlamıyla imtiyaz kavramına yer verilecek ise, eski dönemdeki düzenlemeler itibarıyla Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmeksizin sözleşmeler imzalanması yolu açılmış olacak, bilahare uyuşmazlıklar idare mahkemelerinde görülecek olsa da, bir defa özel kişilerle bağlayıcı sözleşmelerin imzalanmış olması sonucu doğacak, bundan dolayı yatırımların korunması andlaşmaları gibi mekanizmalar aracılığıyla bahse konu sözleşmeler üzerinden tazmin talepleri daha kolayca talep edilebilecektir. Nitekim, iç hukukta idari yargıya tâbi olup olmadığına bakılmaksızın, ortada imzalanmış bir sözleşmenin bulunması halinde hakem heyetlerinin çok rahatlıkla tazmin iddialarını sözleşmeler üzerinden hareketle kabul edebildikleri uygulamada son zamanlarda görülmüştür, buna bir örnek olarak Konya Ilgın Projesi çerçevesinde verilen tahkim kararı gösterilebilir.²⁰³

Bu itibarla, imtiyaz sözleşmesi kavramının dar ve teknik anlamda ele alınması, kanaatimizce ne bu kavramın tarihi arka planıyla ne de aslî işleviyle yahut amacı veya ruhuyla bağdaşmaz; imtiyaza yönelik hükümler, gerçek anlamıyla imtiyaz kavramının niteliklerini deruhte etmek kaydıyla, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesinin –ne olarak adlandırılmış olursa olsun- tüm şekillerini kapsamak durumundadır. Kaldı ki, 1999 Anayasa değişikliklerinde sadece imtiyaz sözleşmelerine

²⁰¹ Azrak, A. Ülkü; Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki (Kuruluşlara) Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti Konusunda Görev ve İşletme Hakkı Verilmesi Esasları Hakkında Bilimsel Görüş (yayımlanmamıştır), s. 11, 12'den aktaran: Özay, Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", op. cit., s. 69.

²⁰² İbid.

²⁰³ Bkz. İkinci Bölüm, C.

yönelik tahkim olanağı getirilmiş olmasının, "... imtiyaz yönteminin, farklı adlarla anılan kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi konulu idari sözleşmeler için bir üst başlık olarak düşünüldüğü tezini güçlendir(diği)" de belirtilmektedir.²⁰⁴

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla imtiyaz sözleşmeleri en genel ve kapsayıcı yöntem olarak değerlendirilmekte ve imtiyaz sözleşmeleri tüm diğer kamu hizmetinin gördürülmesi sözleşmelerini içerir biçimde yorumlanmaktadır.²⁰⁵ Dolayısıyla, ülkemizdeki yargı kararlarında imtiyaz kavramının geniş yorumuna gidilmiş olmasını son derece yerinde bulduğumuzu bu vesileyle vurgulamak istiyoruz. Nitekim, öğretide bu yönde isabetli yorumlara gidildiği de görülmektedir; buna göre, "müşterek emanet... ve iltizam..., kamu hizmeti imtiyazı... yöntemlerinin değişik çeşitlerinden ibaret(tir)."²⁰⁶ Anayasa değişikliğiyle Danıştay'ın ön incelemesine yönelik kısıtlamalar getirilmesi öncesinde konuya ilişkin benzer yöndeki görüşünü ortaya koyan Özay'a göre de, "... ha "imtiyaz ha "ortak yararlı işletme" bu ilişkiyi doğuran sözleşme veya belgenin Danıştay incelemesinden geçirilmesi anayasal bir zorunluluk sayılmak gerekir."²⁰⁷ Yine, Duran'a göre "... belediyelerin toplu taşımacılık konusunda geçici olarak özel kişilere vereceği ruhsatlar dışında, Anayasaya göre, yürütme ve idarenin kamu hizmet ve faaliyetlerini imtiyaz usulünden başka bir yöntemle özel teşebbüse bırakması mümkün bulunmamaktadır."²⁰⁸

Buna karşın, bir görüşe göre "... imtiyaz usulünün kendisinin belirlenmesinde güçlük çekilirken, ona benzer görünen usulleri imtiyazın hukuki rejimine tabi tutmak gerçekçi görünmemektedir. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde değişik yöntemlerin olabileceğini kabul (etmelidir)."²⁰⁹ Bu anlayışta, imtiyaz yöntemine sadece bir "etiket", kamu hizmetini gördürme yöntemlerinden sıradan bir çeşidi gibi yaklaşıldığı, imtiyazın kavram olarak neyi oluşturması gerektiği hususuna değinilmediği ve keza kavramın tarihsel, iktisadi ve siyasal ar-

204 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 328.

205 *Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma*; KİGEM/DİSK/Genel-İş Yayını, Ankara, Aralık 1998, s. 17.

206 Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 161.

207 Özay, *Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet"*, op. cit., s. 70.

208 Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 147.

209 Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 557.

ka planının değerlendirilmesine de gereksinim duyulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, yüzeysel bir yaklaşım içerdiği kanısındayız ve isabet göremiyoruz. Ancak, yazarların devamla "(bahsekonu yöntemlerin kullanılmasına ilişkin) sözleşmelerin yapılmasında açıklık ve rekabetin sağlanması gibi bazı ortak noktaların belirlenerek bunların hukuki rejiminin belirlenmesine çalışmakta yarar vardır"²¹⁰ şeklinde, rekabet ve saydamlık unsurlarına yer vermek bakımından doğru, imtiyaz tanımlamasının sonucunda ortaya çıkan yargısal denetime değinmemek açısından ise eksik kalan bir saptamada bulunduğunu da kaydetmek gerekir.

Gözler'e göre de Anayasa Mahkemesince "konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmelerin" kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanması yanlıştır, zira bunlar idari sözleşmenin tanımı kapsamına girebilir; böylece Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmesini idari sözleşmelerin yegane tipi olarak tanımlıyor olması ve diğer idari sözleşmeleri dikkatten kaçırmaması "vahim bilgi eksikliğini" gösterir ve ülkemizdeki "imtiyaz sözleşmesi saplantısı"na delalet eder.²¹¹ Kuşkusuz, hemen yukarıdaki paragraflarda açıklamaya çalıştığımız üzere, bu görüşte isabet görmediğimiz gibi, yüksek mahkemelerin -konunun iktisadi boyutunu değerlendirmedeği veçhile bu bakımdan önemli eksiklikler görülmekle beraber- esas olarak Anayasa'da yeterince açıklıkta belirtilmemiş imtiyaz kavramını tarihi perspektifiyle algılama becerisini göstermek suretiyle (enerji sektöründeki uygulamalar bağlamında) geniş anlamda yorumlayarak son derece yerinde davrandığını düşünüyoruz.

Öte yandan, kamu hizmetinin vakıflar aracılığıyla görülmesinin de bir yöntem olarak gündeme geldiği görülmektedir. Nitekim, Osmanlı İmparatorluğu döneminde "... toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının giderilmesi yönündeki faaliyetler(in) büyük oranda özel hukuk kişileri tarafından kurulan vakıflarca yerine getirildiği"²¹² bilinmektedir. Özay'a göre de "... Tanzimat hareketlerine kadar, Osmanlı'da kamu hizmetlerinin hemen tümü ... "Vakıf" olarak anılan kuruluşlar aracılığıyla yürütülmüş (ve) Osmanlı vakıfları, dinsel bir kuruluş değil, fakat güncel anlamıyla birer kamu hizmeti örgütü olmuştur."²¹³ Bu kapsamda, Osmanlı devletinin

210 İbid.

211 Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 447, 448.

212 Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 97.

213 Özay, *Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour"*, op. cit., s. 294.

daha kuruluş yıllarında ulaşımın ve ticaretin güvenli biçimde yapılabilmesini teminen "... devlete ait umûmi hizmetlerden bir kısmını kendi üzerlerine alarak yolculara ve nakliyata yardım etmek etmek" kaydıyla zaviyelerin vergi bağışıklığı gibi imtiyazlarla teçhiz edildiği de görülmektedir.²¹⁴

II. Kapitülasyonlar

1. Genel

Kamu hizmeti ve imtiyaz ile kapitülasyon kavramları arasında sağlıklı bir değerlendirme yapılması ve aralarındaki ilişkiye dikkat çekilmesi gerektiği açık olmakla beraber, genelde bu irdelemenin sarıh biçimde yapılmadığı görülmektedir. İmtiyaz sözleşmelerine tahkim hükmünün konulmasına muhalif çevrelerden gelen itirazlarda çoğunlukla üstü örtülü biçimde kapitülasyonlara atıfta bulunulduğu görülmekte, ancak bu iki kavramın nerede, neden ve nasıl bir etkileşim içinde bulunduğu dair yeterince derinlik içeren bir analize girilmediği gözlenmektedir. Oysa, uluslararası tahkim vesilesiyle imtiyaz konusunda muhalif görüş serdedenlerin büyük çoğunluğunda tarihimizdeki sancılı kapitülasyon deneyiminin acı izlerine tesadüf etmek mümkündür. Yabancı sermayenin enerji sektöründeki imtiyaza konu YİD sözleşmelerine cezbedilmesi gayreti çerçevesinde, "... kapitülasyonlarla yabancı yatırımların bazen eş tutulduğunu görmek mümkündür... Bu, Türkiye bakımından daha da özellik arz eden bir durumdur... Osmanlı Devleti'nin sonunu hazırlayan nedenlerden biri de, yabancıların Osmanlı topraklarındaki yatırımları vasıtasıyla elde ettikleri büyük imtiyazlar, devlet yargısından bağışık ayrıcalıklı bir konuma sahip olmaları, yani hepimizin belki de çok sevimsiz olarak karşıladığı kapitülasyonlardır."²¹⁵ Anayasamızda imtiyaza ilişkin son derece önemli düzenlemelere (125. madde ile 1999 yılı Anayasa değişiklikleri öncesindeki haliyle 155. madde) gidilmişken, kapitülasyonla ilgili hemen hiçbir hükmün bulunmaması da dikkatlerden uzak kalmıştır. Bu analiz, oysa, son derece önemlidir ve giderek elzemdir. Bu itibarla, bu bölümde imtiyaz ile kapitülasyon kavramları arasındaki bağlantıya açıklık getirmeye çalışacağız.

²¹⁴ Barkan, Ömer Lütfi; *İstila Devirlerinin Kolonizatör Türk Dervişleri ve Zaviyeler*, Vakıflar Dergisi, Sy. II, Ankara, 1942, s. 279-304.

²¹⁵ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler*, op. cit., s. 166.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunu uluslararası hukuk tahtında imza altına alan Lozan Barış Andlaşması müzakerelerinde Türk heyetinin en çok mesai sarf etmek zorunda kaldığı ve çetin tartışmaların yaşandığı alan, kapitülasyon konusu olmuştur. Nitekim, Lozan'da İngiliz baş delegesi Lord Curzon'un, Türk baş delegesi İsmet Paşa'nın yabancı imtiyazlarına dair reddettiği her teklifine, "bir bende, bir de (Fransız baş delegesine işaretle) bunda para var, nasıl olsa bizden para istemeğe geleceksin. Bu reddettiğin tekliflerimi o zaman birer birer geri vereceğim" yanıtıyla karşılık verdiği nakledilmektedir.²¹⁶ Bir açıdan bakıldığında, uluslararası finansman gereksinimi gerekçesiyle kamu hizmetlerine ilişkin yatırımları konu edinen sözleşmelerde talep edilen uluslararası tahkimin bir nevi ülkemize "dayatılmış" olması gerçeği karşısında –uluslararası tahkimin kapitülasyonları andıran özellikleri²¹⁷ bağlamında- yukarıdaki öngörünün ne denli hayata geçirildiği üzerinde düşünmeye değer kanısındayız.

Kapitülasyon kavramının Latince "sözleşme yapma" anlamındaki "capitulare" kavramından geldiği tahmin edilmektedir.²¹⁸ Başka bir görüşe göre, "İslam dünyasında kapitülasyon imtiyazları için en çok kullanılan... şurût (maddeler, şartlar), Lâtinceye *capitula* (şartlar, fasıllar, maddeler) diye çevrilmiştir. Buradan Fransızca *capitulation* kelimesi türemiştir."²¹⁹ Kapitülasyon, "Avrupalı devletlerin kendi ülkesi dışında sürekli ya da geçici olarak bulunan yurttaşlarının, ülkesinde buldukları devletin yetkilerine değil de, kendi devletlerinin yetkilerine tâbi olmak biçiminde elde ettikleri ayrıcalıklarla, ticaret ve gümrük konularında elde ettikleri kolaylıklar ve ayrıcalıklar düzeni" şeklinde tarif edilebilir.²²⁰

Osmanlı İmparatorluğu'ndan çok daha önceleri, Orta Çağ'da İtalyan kent devletlerinin çeşitli batı kentleriyle ticareti çerçevesinde kapitülasyon uygulamalarına gidildiği, Bizans İmparatorluğu'na karşı kendi vatandaşlarının ihtilaflarında kendi hakimlerini atamaya dair ayrıcalıklar elde ettikleri ve hatta bu çerçevede

²¹⁶ Bkz. Atay, Falih Rifki; *Çankaya*, Pozitif Yayınları, Temmuz 2006, s. 490; keza, Kuruç, Bilsay; *içinde Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti Kamu Mülkiyeti Sempozyumu*, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Yayını, 28 Kasım, 1998, Ankara, s. 21.

²¹⁷ Bkz. ileride "Kapitülasyonların Çeşitleri" başlıklı kısım.

²¹⁸ Pamir, Aybars; *Kapitülasyon Kavramı*, AÜHFD, C. 51, Sy. 2, 2002, s. 80.

²¹⁹ İnalçık, Halil; *Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret*, Doğu Batı, Makaleler I, 2. Baskı, Temmuz, 2005, Doğu Batı Yayınları, s. 265.

²²⁰ Pamir, *Kapitülasyon Kavramı*, op. cit., s. 80.

Bizans İmparatorluğu'nun yeni kralının uygulamadan vazgeçmek istemesi üzerine savaş açtıkları bilinmektedir.²²¹

Osmanlı devletinde kapitülasyonların özellikle ilk dönemlerde kimi siyasi tavizler alınmak karşılığında verildiği, ancak ilerleyen dönemlerde devletin zayıf düşmesi karşısında karşılıklılık ilkesine dikkat edilmeksizin imtiyazlar tanındığı görülmektedir. Bununla birlikte, ticaretin teşvik edilmesini teminen yabancı tüccarlara imtiyaz tanıyan ahitnamelerin önceden beri verilegeldiği; bununla beraber, bu imtiyazların verilmesine sanıldığı gibi Kanuni Süleyman devrinde başlanmadığı, sözgelimi Yavuz Sultan Selim tarafından Mısır'da Akdenizli tüccar devletlerin eskiden elde ettikleri imtiyazların onaylandığı, daha önceleri de İtalyan tüccarların, Dubrovniklilerin ticari faaliyetine müsaade edildiği belirtilmektedir.²²² Esasen, kapitülasyonların 16. yüzyılın sonlarına doğru "**ekonomik zorunluluklardan dolayı**" verilmeye başlandığı da belirtilmektedir.²²³

Kapitülasyonlarla ilgili olarak Osmanlı devletinde üç ayrı dönemden bahsedilebilir: 1352'de Cenevizlilere verilen ilk kapitülasyonla başlayan sınırlı ayrıcalıklar dönemi, yabancı ülkelerle diplomatik ilişkilere girilmeye başlanan ve 1535'de Kanuni Sultan Süleyman tarafından yürürlüğe konulan andlaşmayla başlayan geniş ayrıcalıklar dönemi ve nihayet Fransa Kralı XV. Louis ile Sultan Birinci Mahmud arasında yapılan 1740 Anlaşması ile ortaya çıkan²²⁴ sürekli kapitülasyonlar dönemi.²²⁵ Özellikle geniş ayrıcalıklar döneminde imzalanan anlaşmalar, "Osmanlılardan koparılmış tek taraflı ağır tavizler içeriyordu (ve) ticari, adli, mali ve idari alanlarda verilmiş taviz adacıklarıydı."²²⁶ O kadar ki, "İngiltere'de daha serbest ticaret kuralı kabul edilmemişken, yani gümrük duvarları mevcut iken, (karşılıklılık ilkesine riayet edilmeksizin) Osmanlı İmparatorluğu 1838 Ticaret Sözleşmesi ile kapılarını açmıştı. Zamanın İngiltere Büyükelçisi Ponsonby, Ticaret Sözleşmesi'ni "**haklarımızın ve ümitlerimizin çok üstünde**" diye tanımlıyordu."²²⁷ Bununla birlikte, bah-

221 Pamir, *Kapitülasyon Kavramı*, op. cit., s. 82-83.

222 Bkz. Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, op. cit., s. 105. Osmanlı dönemindeki kapitülasyonların iktisadi arka planı konusunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İbid., s. 102-107.

223 Bkz. Mumcu, Ahmet; *Ankara Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu*, AÜHFD, C. 44, Sy. 1-4, 1995, s. 543.

224 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 42.

225 Bkz. Pamir, *Kapitülasyon Kavramı*, op. cit., s. 82-90.

226 Demirci, *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 152.

227 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 186 ("vurgu" yazarına aittir).

sekonu andlaşmanın 17. yüzyılın sonlarından beri Avrupa ile ticaretin kaçakçılık çerçevesinde yürütülmekte olması gerçeğinden hareketle, bunun –en azından- vergiye bağlanabilmesi ve kontrol altına alınabilmesi için Osmanlı yönetimince zorunlu olarak yapıldığı da ileri sürülmektedir.²²⁸

2. Kapitülasyonların Çeşitleri

Kapitülasyonların Osmanlı döneminde başlıca üç alanda verildiği görülmektedir: i) **Adli**, ii) **idari** ve nihayet iii) **ticari ve mali** konularda verilmiş olan bu kapitülasyonlar başlangıçta sadece verildiği dönemdeki hükümdarla sınırlı iken, 1739 tarihindeki bir anlaşmayla sürekli hale getirilmiştir.²²⁹ Fransa'nın arabulucu ("intermediary") olarak yer aldığı ve Osmanlı devleti ile Rusya arasında imzalanan 1739 tarihli Belgrad Anlaşması çerçevesindeki rolüne karşılık Fransa yeni ayrıcalıklar ("*privileges*") talep etmiş ve bu meyanda Osmanlı devleti imtiyazların her hükümdar döneminde yeniden değerlendirilmesi koşulundan feragat etmiştir.²³⁰ Konumuz açısından önemi itibarıyla mali ve ticari nitelikteki kapitülasyonlara değinmek gerekirse, Osmanlı devletinde ticaret yapan kimi yabancı devlet vatandaşlarından "haraç ve cizye vergilerinin alınmaması"²³¹ örnek gösterilebilir. Bunun yanı sıra, kimi kamu hizmetlerinin yabancılar tarafından kurulmasını ve yerine getirilmesini temin etmek üzere posta, telgraf ve telefon hizmetleri, deniz fenerleri, liman ve rıhtım hizmetleri, tramvay ve tünel hizmetleri (İstanbul, İzmir, Selanik, Şam ve Beyrut'ta olmak üzere İmparatorluğun değişik yerlerinde), elektrik, gaz ve hava-gazı gibi sektörlerde imtiyaz verildiği, hatta altyapı sayılamayacak sigortacılık gibi kimi finansal sektörler ile tütün işlemeciliği gibi sınıai tesislerde de imtiyazlar tanıdığı görülmektedir.²³² "Böylece Osmanlı Devleti'nin durumu giderek yarı sömürge statüsünden farksız hale gelmiştir. Bankalar, denizyolları, madenler, gaz, elektrik, liman tesisleri, posta ve telefon gibi önemli bütün kamu hizmetleri artık imtiyazlı Avrupa şirketlerinin elinde bulunuyordu".²³³

228 Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, op. cit., s. 104.

229 Pamir, *Kapitülasyon Kavramı*, op. cit., s. 89.

230 Bkz. Kasaba, Reşat; *The Ottoman Empire and the World Economy - The Nineteenth Century*, State University of New York, 1988, s. 32.

231 Pamir, *Kapitülasyon Kavramı*, op. cit., s. 90-93.

232 Bkz. Tan, Turgut; *Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları*, SBF Dergisi, Vol. 22, No. 2, 1968, s. 285-326.

233 İnalçık, *Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklılığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret*, op. cit., s. 283.

Yabancılara tanınan kapitülasyonlar arasında adli kapitülasyonlar ve bu bağlamda özellikle Osmanlı tebası ile yabancılar arasındaki uyuşmazlıklar bağlamında tanınan ayrıcalıklar dikkat çekmektedir. Osmanlı tebası ile yabancılar arasındaki cezaî davalarda uyuşmazlıklar Osmanlı mahkemelerinde görülmekte, ancak mahkum cezasını kendi devletinin hapisanesinde çekmekteydi (yani ceza infazına dair Osmanlı devletinin egemenliği sınırlandırılmış ve böylece uygulanacak hukuk anlamında da bağışlık tanınmıştı); ticari davalarda ise kural olarak "karma mahkeme" denen ve üç Osmanlı yargıcı ile davalının uyuşundan iki yargıcın oluşturduğu bir mahkeme yetkiliydi (bu yeni yargı çeşidine "konsolosluk yargısı" adı verilmekteydi²³⁴), dahası, Osmanlı uyrukluların Fransız vatandaşları aleyhine yapacakları şahitlik geçersiz sayılmaktaydı²³⁵ ve kimi durumlarda yabancıların milli hukuklarının uygulanacağı da öngörülmüştü²³⁶.

Altyapı da dahil olmak üzere çeşitli alanlarda ayrıcalıklı bir hukuk rejimi yaratmayı öngören kapitülasyonların, özellikle adli kapitülasyonlar bağlamında uluslararası tahkimle benzerlik içerdiği savunulabilecektir. "Belli bir ülkede kurulmuş olan ya da sürmekte olan bir ilişkiden dolayı, böyle bir ilişkiye taraf olanlar arasında çıkan uyuşmazlıkların, o ülkenin yargı organlarında çözülmeyeceğini, zorunlu olarak başka bir ilişkiye (resmi veya özel) başvurulacağını kabul ediyorsanız, bu olayın kapitülasyonu anımsatmasından daha doğal ne olabilir?"²³⁷ Hatta, tahkimin "çağdaş kapitülasyon" olduğu da düşünülebilecektir.²³⁸ Nitekim, "kapitülasyonların günümüzdeki adı tahkim" şeklinde değerlendirmelere gidildiğine tesadüf edilmektedir.²³⁹ Gerçekten de, Osmanlı dönemindeki adli kapitülasyonlar çerçevesinde sözgelimi bir yabancı unsurun dahil olduğu altyapı yatırımlarıyla alakalı ihtilafların yabancı bir yargı ortamında görülmesi ihtimali ile, günümüzde yaban-

234 Mumcu, Ahmet; Ankara Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu, AÜHFD, C. 44, Sy. 1-4, 1995, s. 544.

235 Pamir, Kapitülasyon Kavramı, op. cit., s. 92, 99.

236 Özkorkut, Nevin Ünal; Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar, AÜHFD, C. 53, Sy. 2, 2004, s. 93.

237 Faydalı, Cengiz; Özelleştirme ve Enerji Sektöründeki Uygulamaları, 2000'li Yıllarda Ulusal Enerji Politikaları, TMMOB Türkiye II. Enerji Sempozyumu, TMMOB Yayını, Sempozyum Tartışmaları Eklere Hazırlanmış II. Baskı, Mayıs 2000, s. 79.

238 Bkz. Ülsever, Cüneyt; Tahkim Çağdaş Bir Kapitülasyon mu?, Hürriyet Gazetesi, 29 Temmuz, 1999.

239 Bkz. Elektrik Mühendisleri Odası (EMO) Ankara Şubesi, 18. Olağan Genel Kurulu Enerji Komisyonu Raporu (tarihsizdir) (www.emo.org.tr).

cılık unsuru taşıyan bir yatırım konusundaki ihtilafın ağırlıklı olarak yabancı ülke tâbiyetindeki vatandaşlardan müteşekkil bir hakem heyetince görülmesi arasında neredeyse fark yoktur. Bir diğer açıdan, günümüzde yerli yatırımcılara tahkim olanağı sağlanmayabilirken (hatta bu yatırımcılar açısından uluslararası tahkime gitme olanağı yok veya kısıtlı iken), yabancılık unsuru taşıyan bir yatırımda yabancı hakemlerin yargı yetkisine tâbi olma, Osmanlı devleti dönemindeki yabancılar lehine tanınan adli kapitülasyon uygulamalarıyla neredeyse aynı sonucu yaratmış olmaktadır. Osmanlı dönemindeki din veya tâbiyet esasına bağlı çok hukuklu düzenin²⁴⁰, bu defa finans kaynağının veya girişimcinin yabancı ülke tâbiyetine bağlı olarak geçerli kılınmakta olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, kapitülasyon dönemlerinde hem yargılama yetkisinin ("jurisdiction")²⁴¹ kapitülasyon sahibi yabancı ülkelerde olduğu, hem de uyuşmazlığa yabancı devletin hukukunun uygulandığı; oysa, uluslararası tahkimde yargı yeri "jurisdiction" bağlamında bir benzerlik olmakla beraber uygulanacak hukukun yabancı hukuk olmayıp, yerel hukuk olduğu ve kapitülasyonlar ile uluslararası tahkim arasında bu bakımdan bir benzerlik kurulamayacağı da ileri sürülebilir. Bu noktada öncelikle kaydetmek gerekirse, uluslararası tahkimde yerli hukukun uygulanacağı veçhile bir güvencenin bulunduğunu ileri sürmek güçtür. Özellikle yatırım tahkiminde, sıradan ticari uyuşmazlıklara kıyasla, usule ve esasa uygulanacak hukuk bakımından uluslararası hukukun dikkate alınması yönünde çok daha güçlü bir eğilim bulunmaktadır.²⁴² Nitekim, kimi uluslararası tahkim davalarında tahkim heyetlerince genel olarak yerli hukuk uygulanmakla beraber, uluslararası hukukun hükümleri ile yerli hukukun çeliştiği noktalarda (yatırım sözleşmesinde yerel hukukun uygulanacağı sarahaten belirlenmiş olmasına rağmen) uluslararası hukukun dikkate alınacağı yönünde hükme varıldığı görülmektedir.²⁴³ Esasen, uluslararası tahkime cevaz veren yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) andlaşmalarının kendisi uluslararası hukuka tâbidir ve bu andlaşmalardan kaynaklanan tahkimlerde uygulanacak hukuk bakımından klasik yaklaşım uluslararası

240 Bozkurt, Gülnihal; Azınlık İmtiyazları – Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1998, s. 50.

241 ("Jurisdiction") konusunda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Lowe, Vaughan; Jurisdiction, içinde International Law, op. cit., s. 329-355.

242 D. M. Lew, Julian – Mistelis, Loukas A. – Kröll, Stefan M.; Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 764.

243 Gibson, Christopher S. – Drahozal, Christopher R.; Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, Journal of International Arbitration 23(6), 2006, s. 534.

sı hukuku işaret etmektedir; sözgelimi, andlaşmalarda yer alan "hak ve nasafet derecesinde muamele etme ("fair and equitable treatment")" yükümlülüğünün uluslararası hukuka göre yorumlanacağı yönünde hakem kararları bulunmaktadır.²⁴⁴ Tahkim uzmanları da uygulanacak hukuku –usul kurallarına kıyasla- ikincil derecede önemli bulmaktadır.²⁴⁵ Kısaca, bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığa uygulanacak hukuktan ziyade, uyuşmazlığı çözecek yargı yerinin kimliği öne çıkmaktadır, ki ülkemiz uygulamasında uluslararası tahkime yönelik bu denli ısrarlı talepte bulunmuş olmasının arkasında da kuşkusuz bu gerçektir.

Öte yandan, bir sözleşmede yerel hukukun uygulanacağı sarahaten belirlenmiş olsa dahi, uyuşmazlığı yabancı tahkim yerinde görülmesi sırasında hakem heyetince uyuşmazlıkla ilgili olarak kimi hususlarda tahkim yeri hukukunun esas alınacağı da kararlaştırılabilir. Nitekim, Türkmenneft şirketi ile bir yabancı yatırımcı arasındaki imtiyaz sözleşmesi tahtında ortaya çıkan bir uyuşmazlık sürecinde, sözleşmede uyuşmazlığın uluslararası ticaret odası ("International Chamber of Commerce" – ICC) tahkimi uyarınca çözümü kararlaştırıldığı veçhile konuya bakan ICC tahkim heyetinin kararına İsveç mahkemelerinde itiraz edilmesi üzerine Beşinci Daire tarafından verilen kararda, Türkmenistan devletinin sözleşmeye taraf olmamasına karşı davanın hem Türkmenneft ve hem de Türkmenistan devleti aleyhine açılmış olması keyfiyetinin değerlendirilmesinde uygulanacak hukukun, sözleşmede uyuşmazlığa İngiliz hukukunun uygulanacağı dercedilmiş olmasına karşın, tahkim yeri hukuku (yani İsveç hukuku) olduğu hükümüne varılmıştır.²⁴⁶

Dolayısıyla, bu noktada "ülkenin yargı yetkisinden ("territorial jurisdiction") bağımsızlık suretiyle yerel mahkemelerin yargı yetkisinin bertaraf edilmesi"²⁴⁷ öne çıkmaktadır. Nitekim, kapitülasyon uygulamaları döneminde de rahatsızlık yaratan husus, uygulanacak hukuktan ziyade yargılama yetkisinin kimde olduğu hususunda düğümlenmektedir kanaatindeyiz. Zira, sözgelimi hukukumuzda göre milletlerarası özel hukuk itibarıyla kanunlar ihtilafı kavramı çerçevesinde yabancı unsur içe-

²⁴⁴ Soloway, Julie; NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest, Choices, IRPP, Vol. 9, No. 2, Şubat 2003, s. 13.

²⁴⁵ McLachlan, Campbell – Shore, Laurance – Weiniger, Matthew; International Investment Arbitration (Substantial Principles) (Editör: Mistelis), Oxford University Press, Haziran 2007, s. 6, 7.

²⁴⁶ Smit, Hans; When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?, Arbitral & Judicial Decisions, içinde The American Review of International Arbitration, Vol. 16, No. 2, 2005, s. 323-337 (uygulanacak hukuk hakkında bkz. İbid., s. 331).

²⁴⁷ Brownlie, Ian; Principles of Public International Law, Oxford University Press, 5. Baskı, 1998, s. 369.

ren (ve tahkim öngörülmemiş olan) ticari uyuşmazlıklarda bir ticari tarafın yabancı olması, yahut boşanma veya miras davalarında yine bir tarafın yabancı olması halinde, uyuşmazlıklara yabancı hukukun uygulanabildiği, ancak yargı yetkisinin her halükarda Türk mahkemelerinde tutulduğu malumdur. Tahkim öngörülen ticari uyuşmazlıklarda ise, yargı yetkisinin yabancı tahkim yerine bırakılabildiği ve buna karşın Türk hukukunun uygulandığı durumlar da kuşkusuz mevcuttur; ancak, dikkat edilirse bunlar "kamusal" boyut taşımayan "ticari" işlerde sözkonusu edilebilmektedir.

Öte yandan, Osmanlı Devleti'nin güçlü olduğu dönemlerde ticaretin veya siyasi ilişkilerin geliştirilmesi mülahazalarıyla "... tek taraflı olarak İngiltere ve Fransa (gibi) ülkelere bağışlanan ahidnâmelerden farklı olarak)... Rusya'ya verilen... imtiyazlar (gibi), modern anlamda mütekelbuliyet ve iki tarafı bağlayan bir anlaşma(lar)..."²⁴⁸ şeklinde imtiyazlara da rastlanmaktadır.

Dolayısıyla, günümüzdeki uluslararası tahkime yönelik uygulamalar ile eski dönem adli kapitülasyonlar arasındaki başlıca farkın, yeni dönemdeki uygulamaların tamamen karşılıklılık ilkesine dayanması olduğu savunulabilir. Ancak, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları veya Enerji Şartı Sözleşmesi (EŞS - "Energy Charter Treaty") gibi çokuluslu anlaşmalara taraf olarak karşılıklılık esasına uyulduğu söylenebilse dahi, 1999 yılı Anayasa değişiklikleriyle girilen yeni dönemde bu sayılan anlaşmalara taraf olmayan bir ülke yatırımcısının da uluslararası tahkimden yararlanabileceği ve böylece "karşılıklılık" söz konusu olmayacağı veçhile, bu savunmanın yetersiz kalacağı açıktır.

Öte yandan, kapitülasyonlar çerçevesindeki bahse konu imtiyazların süreleri sözleşmesine göre değişmekle beraber, 20-99 yıl arasında değişen sürelerle imtiyazların verilebildiği görülmektedir.²⁴⁹

Lozan Anlaşması ile birlikte, ülkemizde uzun yıllardır başlıca sorunlardan birisi olarak görülen kapitülasyonlar, "...bir ulusun bağımsızlığı ile asla bağdaşamayacağı gerçeği dile getir(il)erek"²⁵⁰ tamamıyla kaldırılmıştır.²⁵¹ Atatürk'ün konuya

²⁴⁸ İnalçık, *Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklılığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret*, op. cit., s. 279.

²⁴⁹ Tan, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları*, op. cit., s. 323.

²⁵⁰ Pamir, *Kapitülasyon Kavramı*, op. cit., s. 113.

²⁵¹ Pazarıcı, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara, 1998, s. 79.

ilişkin olarak Nutuk'ta yer verdiği kimi ifadelere, kapitülasyonlara bakış açısını ve konunun yaşamsal derecedeki önemini göstermesi açısından özellikle dikkat çekmek istiyoruz:

“Herşeyden önce şurası bilinmek gerekir ki, TBMM hükümeti, kapitülasyonların yerinde kalmasını kesinlikle kabul etmeyecektir. Eğer yabancı uyruklular eskiden olduğu gibi, bundan sonra da kapitülasyonlardan yararlanmayı düşünüyorlarsa, aldaniyorlar. Kapitülasyonlar artık bizim için yoktur ve kesinlikle olmayacaktır.” (2 Kasım, 1922)

“Kapitülasyonların Konferans'ta (Lozan) birçok toplantıyı işgal etmesinin nedenini bir türlü anlayamıyoruz. Bu sorunun sözkonusu edilmesi ve görüşülmesi bile ulusal onurumuza yöneltilmiş bir hakarettir. Kapitülasyonların Türk Ulusu için ne derecede nefret duyulan bir şey olduğunu size tanıtmaya gücüm yetmez. Bunları başka ad ve biçimlerde gizleyerek bize kabul ettirmeyi başaracaklarını sanan veya hayal edenler, bu konuda pek çok aldaniyorlar. Çünkü Türkler, kapitülasyonların sürdürülmeleriyle kendilerinin pek az bir vakitte ölüme yöneleceklerini pek iyi anlamışlardır. Türkiye köle olarak mahvolmaktansa, son nefesine değin dövüşmeye, uğraşmaya and içmiştir.” (25 Aralık, 1922)

“Kapitülasyonlar bir devleti er geç yıkar. Osmanlı Devleti ile Hindistan Türk ve İslam İmparatorlukları bunun en iyi kanıtıdır.” (7 Şubat, 1923)

“Bugün için ticaretimiz hakkında ne düşünüyorsun diye sorarsanız, bu soruya tek bir yanıt vereceğim. Bugün için düşündüğüm tek şey kapitülasyonlardır; kökten, işlerlikten kanla kaldırılmış olan kapitülasyonların bir daha dirilmemek üzere yokluk diyarına gömülmemesini sağlamaktır. Ticaretimizin de, endüstrimizin de, her türlü ekonomimizin de gelişip yükselmesi ancak bununla mümkün olur.” (20 Mart, 1923)²⁵²

Lozan görüşmelerinde Türk delegasyonunun kaldırılması için ölüm-kalım mücadelesi verdiği – ve ilk olarak 16 Mart, 1921 tarihli Andlaşma ile Rusya bakımından ilga edilmesi kabul ettirilen²⁵³- kapitülasyonlar, böylece tarihin derinliklerine gömülmüştür. Ne var ki, Lozan görüşmelerinde İngiltere temsilcisi tarafından “bugün kapitülasyonları kaldırmak için ısrarlısınız ve kabul edilecektir, ancak paraya ihtiyacınız olacak ve para da bizde var, yarın bize borç için geldiğinizde bugün ver-

252 Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, C. III, Türk İnkılap Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1961, s. 49'dan aktaran: Pamir, Kapitülasyon Kavramı, op. cit., s. 116-117.

253 Koloğlu, Profesör Yusuf Kemal Tengirşenk, op. cit., s. 2.

diklerimizi sizden geri alacağız” yolundaki sözlerinin, “altyapı için devasa finansman açığımızı ancak yabancı yatırımcıların getireceği finansmanla karşılayabiliriz ve bunun için de istedikleri uluslararası tahkimi kabul etmek zorundayız” noktasında geline sonuça teyid edildiğini ileri sürmek de olasıdır.

3. Kapitülasyonlar ve Tekel (İnhisar) Kavramı

İlerideki bölümde kapitülasyonlar ile imtiyaz kavramı arasındaki ilişkiyi incelemeye geçmeden önce, bize göre imtiyaz kavramının başat unsurlarından birini oluşturan tekel kavramına kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Osmanlı devletinde kimi faaliyet alanlarının hukuki tekel olarak yabancılara ihvan edilmesi karşısında, bu tür kapitülasyonların sakıncalarının görülmesi, aynı zamanda tekel oluşturma ile ilgili derin hassasiyetler de yaratmıştır. Bize göre bu husus, tekel yaratılması ile imtiyaz oluşturulmuş bulunması ve giderek bunun kapitülasyon sayılması arasındaki geçişkenlik bağlamında fevkalade önem taşımaktadır.

- İzmir İktisat Kongresi

Bu noktada, 1923 tarihli İzmir İktisat Kongresi'ne göz atılması gerekmektedir. “İlk “Türk İktisat Kongresi” 17 Şubat 1339 (1923) tarihinde İzmir'de in'ikad etmiştir... 16 günlük müzakerât ve mesai neticesinde Çiftçi, Tüccar, Sanayi, İşçi Gruplarınca itihaz olunan kararlar... TBMM'ne... takdim olunmuştur.”²⁵⁴ “Milli Mücadele sonrasında Türkiye'nin çağdaşlaşma hedeflerinin (ya da bu yoldaki hareketlerin) ekonomik karakterinin ne olduğunu ortaya koyması bakımından fevkalade önem (taşıyan)”²⁵⁵ Kongre'nin gerçek adı “Türkiye İktisat Kongresi'dir. Ancak, İzmir'de toplanmış olması nedeniyle “İzmir İktisat Kongresi” olarak bilinir. Lozan Konferansı'na verilen ara sırasında Mustafa Kemal'in talimatıyla siyasi bir strateji olarak gerçekleştirilmiştir.”²⁵⁶ Nitekim, bu siyasetin ardında, Lozan Konferansı'na katılan diğer ülkelere yönelik mesajlar verilmesinin hedeflendiği ileri sürülmektedir. Oran'a göre “... İzmir İktisat Kongresi'nde iki tane mesaj ver(ilmektedir): Bir, “Kapitülasyonları kabul etmiyoruz”, ikincisi mealen şu: “Kapitalist yolda gideceğiz, sistem dışına çıkacak değiliz... Kapitülasyonları kaldırın, milli kapitalizm yapmamıza izin verin. Biz zaten 1917 devrimiyle hiç alakası olmayan adamlarız, rahat olun, biz sistemin için-

254 Ökçün, *Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir, Haberler-Belgeler-Yorumlar*, op. cit., s. 389.

255 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 121.

256 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 97- 98.

de kalacağız.” Dolayısıyla, Batılılar Türkiye Cumhuriyetini boğmak için daha fazla saldırmamışlardır.²⁵⁷ Anılan Kongre'nin toplanmış olmasını “... bir yandan batılılara, bir yandan toprak ağalarına verilmiş olan rüşvet olarak” görenler de bulunmaktadır.²⁵⁸

Kongre'de alınan kararlar arasında, “ithal ikameci bir sanayi politikası, teşebbüs ve çalışma hürriyeti sağlanması, tekelciliğe izin verilmemesi, iktisadi kalkınmaya katkısı olmak ve kanunlarımıza uygun olmak kaydı ile yabancı sermayeye izin verilebileceği gibi hususlar yer almaktaydı.”²⁵⁹ Ülkenin her bir yanından 1.135 delegenin²⁶⁰ katılımıyla gerçekleştirilen Kongre'de kabul edilen metnin Tüccar Grubunun Esasları (No. 246) bölümünde, “inhisar sisteminin reddi” başlığı altında, “(b)irçok siyasi entrikalara alet olan inhisarların memleketi daima kemirmek ve emmekten başka serbesti-i sây-ü amel ve ticareti de ilga edecek derecede mazarratlar tevliid eylediği malum olmasına binaen, ecnebi sermayelerinin Hükümetle iştirâk ederek memleket mahsulat-ı ibtidaiyesini veya sanayi veya ticaretini yedd-i inhisarına alamaması ve mevcutlarının ref'i”²⁶¹ ibaresine yer verilmektedir. Böylece, daha Cumhuriyet'in ilk yıllarında son derece büyük bir hassasiyetle ve açık biçimde imtiyaz, kapitülasyon ve tekel oluşturma arasındaki bağlantıya ve geçişkenliğe isabetli bir yaklaşımla değinildiği görülmektedir.

Hatta, aynı Kongre'de daha da ileri gidilerek, Misak-ı İktisadi Esasları Madde 10 başlığı altında “**Türk, açık alın ile serbestçe çalışmayı sever, işlerde inhisar istemez**”²⁶² ifadesine yer verilmiştir.²⁶³ “**Misak-ı Milli**” anlayışından hareketle “**Misak-ı İktisadi**” adı verilen bu tarihi belgede tekel oluşturma üzerinde bu denli durulmuş olması, kuşkusuz tekellerin tarihi süreçte kapitülasyon ve imtiyaz kavramlarıyla bir

257 Oran, *Kaçıncı Küreselleşme*, op. cit., s. 125.

258 Bkz. Önder, İzzettin; *içinde Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti Kamu Mülkiyeti Sempozyumu*, op. cit., s. 25.

259 Demirci, *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 159.

260 Demirci, *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 159.

261 Ökçün, *Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir, Haberler-Belgeler-Yorumlar*, op. cit., s. 416.

262 Ökçün, *Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir, Haberler-Belgeler-Yorumlar*, op. cit., s. 389.

263 Ne var ki, “Türklerin açık alın ile serbestçe çalışmayı sevdikleri” ibaresinin bir temenniden başka bir şey olmadığı, aradan geçen zaman içerisinde toplumun yapısal sorununun hâlâ devam edegeldiği, yıllar sonra şu çarpıcı ifadelerle bir kez daha yüzümüze vurulmaktadır: “Rahat yaşamın yolu, çok çalışmaktan geçmelidir. Tembellik, asalaklık, herşeyi devletten bekleme alışkanlığı terk edilmelidir.” (bkz. Özfatı, *Hatırlatmalar*, op. cit.).

arada değerlendirilmekte olduğunun açık göstergesidir ve kanaatimizce de son derecede isabetlidir. Öte yandan, daha Cumhuriyet'in ilk yıllarında "işlerin inhisarla gerçekleştirilmeyeceği" ilkesine yer verilmekteyken, rekabetçi esaslara dayanan bir ekonomi anlayışının hâkim olduğu Avrupa Birliği (AB)'ne giriş sürecinde bulunulan 2000'li yıllarda dahi kimi kamu altyapı projelerinin ihalesiz gerçekleştirilebilme olmasında, bu bağlamda ironik bir durum yaratmaktadır. Bir görüşe göre bunun nedeni, "(b)izdeki kapitalizm(in) sadece saldırgan güdülere dayan(ması) ve bu güdüleri kontrol edecek ve daha doğrusu onu rasyonel temele oturtacak (Weber'in betimlediği Protestan ahlaka benzer) bir ahlaka sahip (olmamasıdır)."264

Bununla birlikte, Kongre'deki "liberal iktisat iddialarına rağmen, "tekeller" oluşturularak ekonominin bu tekeller aracılığıyla üretime geçmesi bile sözkonusu (olmuştur. Zira,) devlet eliyle zenginleştirme mekanizmasının işletilmesi ve bu yoldan sermaye birikiminin hızlandırılması iktisat politikası içinde önemli bir unsur olarak değerlendirilmekteydi. Bu hedefin gerçekleştirilmesinde somut uygulama, devlet tekellerinin imtiyazlı özel şahıs ve/veya şirketlerce işletilmesi olmuştur. (Bunlar) aracılığıyla yürütülecek olan devlet tekelleri sistemi, sermaye birikimi ve ticaret tecrübe üretmenin tek imkân ve çaresi olarak görülmekteydi. (Zira,) Lozan Andlaşması, ithal mallarla yerli mallara farklı oranlarda tüketim ve satış vergileri uygulanmasını yasaklıyordu. Sadece devlet tekeline konu mallarda devlet gelirlerinin artırılması amacıyla daha yüksek bir fiyatlandırma yapılmasına izin verilmekteydi."265

Dolayısıyla, o dönemdeki tekelleri uygulamalara gidilmesinde yerli sermayedar sınıfı yaratmanın yanında, batılı ülkelerle ticaretimizde kapitülasyon benzeri uygulamalara bir süre daha katlanılması zorunluluğunu delmeye yönelik bilinçli bir siyaset güdüldüğü anlaşılmaktadır: "Bu koşullarda Lozan Andlaşması'nın getirdiği gümrük vergileri ve resimleri ile ilgili ağır sınırlandırmalardan kurtulmanın tek yolu, birçok malın üretimini ve/veya ithalinin devlet tekeline alınması oluyordu."266 Şu halde, tekel oluşturulmasında dönemin getirdiği kimi zorunlulukların ve bilinçli bir siyasanın mevcudiyeti dikkat çekmektedir ve bize göre çok daha sonraki dönemlerde rastladığımız tekelleri politikalarından bu yönüyle temel bir farklılık içermektedir.

264 Yakupoğlu, *Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku*, op. cit., s. 123.

265 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 140-141.

266 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 141.

Bahsekonu Kongre'de yer verilen değerlendirmeler bunlarla da sınırlı kalmamaktadır. "Yabancı Sermaye Hakkında Esaslar" başlığı altında, "Kanunen Türk addedilmeyen şirketlere hiç bir günâ işletme imtiyazları veya müsadde-i mahsusa verilmemesi ve bunların Türk tebaa ve şirketlerine ait olan muafiyetlerden istifade edememeleri"²⁶⁷ öngörülmüştür.

Öte yandan, Osmanlı döneminde üretime yönelik alanlarda teşvik edici olmayı teminen özel sektör eliyle gerçekleştirilecek üretim tesislerine tekel hakkı tanıyan imtiyazların verildiği de görülmektedir. Burada dikkat çekici bir hususa daha rastlanmaktadır; o da, tekel kurulan sektör veya bölgede başka bir yerli üreticinin devreye girmesi tekel dolayısıyla engellenirken, Avrupa'dan ithal edilecek mallar bakımından tekel kısıtının bulunmamasıdır.²⁶⁸

Özetlemek gerekirse, Osmanlı devleti dönemindeki kapitülasyon uygulamalarının imtiyaz ve tekel kavramlarıyla örtüşmesi bağlamında, yukarıda yer verilen ifadeler oldukça dikkat çekici bir analizi ortaya çıkarmaktadır.

4. Kapitülasyonlar ve İmtiyaz

Cumhuriyet döneminde kapitülasyonlar konusu artık kapanmış sayılırken, bu defa imtiyazların gündeme geldiğini ve buna dair yasal düzenlemeler getirildiğini görmekteyiz. Bu itibarla, kapitülasyon ve imtiyaz kavramlarının ilişkisini burada kısaca ele alma zorunluluğu doğmaktadır.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, Osmanlı döneminde yabancılara verilen kapitülasyonlar değişik tür ve nitelikte unsurlardan oluşmaktadır. Bunlardan adli ve idari kapitülasyonlar, Cumhuriyet döneminde artık sözkonusu edilemeyecek olan alanları kapsamaktadır. Ancak, mali ve ticari kapitülasyonlar burada farklı bir konum arz etmektedir. Osmanlı dönemindeki ticari ve mali kapitülasyonlara bakıldığında, bunların ezici bir çoğunlukla kimi altyapı hizmetlerinin gerçekleştirilmesine yönelik verildiği görülmektedir. Bu gelişmenin arka planında ise, Osmanlı devletinin mali olarak içinde bulunduğu güç durum yatmaktaydı. "19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu tam Türkiye Cumhuriyeti'ne dönüşme sancıları çekerken çok kötü durumdaydı... Osmanlı İmparatorluğu ilk dış borcunu Kırım Savaşı nedeniyle 1854 yılında aldı... (D)aha sonra borç almanın kolaylığı nedeniyle borç almaya

²⁶⁷ Ökçün, *Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir, Haberler-Belgeler-Yorumlar*, op. cit., s. 435.

²⁶⁸ Ökçün, *Gündüz; XIX. Yüzyılın İkinci yarısında İmalât Sanayii Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri*, SBF Dergisi, C. 27, Sy. 1, 1972, s. 146-148.

devam etti (Osmanlılar, 1870'de Rumeli Demiryolu'nun inşası için 1870'de aldıkları dış borç hariç tutulursa, hemen daima cari harcama fazlalarının ve/veya borç servisinin finansmanı amacıyla borçlanmışlardır)²⁶⁹, (ancak) çok kısa bir süre sonra dış borç bulmakta güçlük çekmeye, bulduğu dış borcun da faizini ödemekte zorlanmaya başlayınca... (Galata bankerlerinden) iç borç (almaya yöneldi. Onlar da) verdiklerini alamamaya başlayınca, borç vermeyi durdurdular. Bunun üzerine iç borç alıp da dış borç faizine ödeyebilmek için altı tane önemli gelir kaleminin getirdikleri Galata bankerlerine tahsis edildi. Rüşum-ı Sitte (adıyla) altı kalemin vergi idaresi kur(ul)du. (Daha sonra, buna karşı ayaklanan dış borç alacaklılarının itirazı üzerine) Düyun-u Umumiye kuruldu ve gümrükler başta olmak üzere İmparatorluğun en önemli gelirlerinin kendilerine tahsis edilmesini sağladılar. *1881'deki bu durum, Osmanlının elinde kamu hizmetlerini yapacak para bırakmadı. Dolayısıyla, bu hizmetlerin de görülmesinin mecburi olduğu düşünüldüğünde geriye bir tek çare kalıyordu; kamu hizmetlerini imtiyaza vermek.*"²⁷⁰

Sigortacılık yapma veya madenleri işletme tekelini tanıma gibi hususlar ayrıksı tutulmak kaydıyla, bu tasnif içerisinde posta ve telefon-telgraf gibi haberleşme hizmetlerinin verilmesi; elektrik hizmeti sağlanması; tünel, tramvay ve metro ile liman işletmeciliği türü ulaşım hizmetlerinin verilmesi, belediye ölçeğinde su şebekesi dağıtım işinin tahsisi gibi, temel altyapı kamu hizmetlerinin kapitülasyonlarla yabancı tekellere "münhasır kılınması" sözkonusudur. Dolayısıyla, Cumhuriyet döneminde de altyapının gerçekleştirilmesi ve burada yerli veya -gerek sermaye birikiminin ve gerek girişimci sınıfın nitelik ve nicelik olarak yetersizliği dikkate alındığında, büyük olasılıkla- yabancı özel girişimcilerin yeniden devreye girmesi gereğinin ortaya çıkacağı bir gerçektir. Bu meyanda, aynı faaliyet sektörlerinin yeni dönemde de sorun oluşturacak potansiyel tehlike alanlarını içerdiği açıktır.

İşte bu düşünceden hareket edildiği içindir ki, genç Cumhuriyet idaresi bu alanı düzenleme gereğini duymuştur. Ancak, kapitülasyonlar artık hiç bir şekilde gündeme getirilemeyeceği için de, bu defa "imtiyaz" tanımını altında bir düzenleme öngörmüştür. Kuşkusuz bunda, ayrıcalıklı durumların ve hukuki tekellerin yabancılara verilmesi şeklindeki eski kapitülasyon döneminin yeni rejimde artık "tahayyül dahi edilemeyeceği" düşünülmüş olmalıdır. O halde geriye, sadece zorunlu olarak tekel içeren altyapı hizmetlerinin kamu kesimi dışına çıkarılmak suretiyle özel

²⁶⁹ Bkz. Türel, Oktar; *Trajik Monologlar veya Mali Sorumsuzluğun İki Yüzyılı*, Mülkiye Dergisi, C. XXV, Ocak-Şubat 2001, s. 5, 6.

²⁷⁰ Oran, *Kaçıncı Küreselleşme*, op. cit., s. 120.

sektöre devredilmesi ve bu şekilde bir "ayrıcalığın" yaratılması ihtimali kalmaktadır. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus şudur; Cumhuriyet döneminin "imtiyaz"ı, bize göre temelinde Osmanlı döneminin "mali ve ticari kapitülasyon"undan farklı değildir, onun birebir kavramsal izdüşümüdür hatta! Bundan hareketle ki, imtiyaza ilişkin düzenlemeyi yeni Cumhuriyet idaresi çok dikkatli yapmış ve bu alanı siyasi iktidarın tek başına girişeceği bir tasarrufun ötesine taşıyarak, sıkı kurallara ve farklı anayasal güçlerin denetimine bağlı kılmıştır.

Nitekim, imtiyaza ilişkin ilk düzenlemede 1924 Anayasası, imtiyazların yürütme organınca tek taraflı verilmesinin yaratacağı sakıncaları dikkate alarak, bu tür bir kararın ancak yasama organınca verilebileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla, 1924 yılından 1961 Anayasası'nın devreye girdiği fevkalade uzun bir dönem boyunca, imtiyaz sözleşmelerinde hükümetlerin münhasır söz hakkı olmamış ve imtiyazların ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'nin kararıyla hayat bulabileceği yönünde düzenleme getirilmiştir. 1924 Anayasası'nda imtiyaz sözleşmeleri hakkında Danıştay görüşünün alınacağı, daha sonra imtiyaz sözleşmelerinin TBMM tarafından onaylanacağı ve ancak ondan sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. Bu durum, esasen imtiyaz kavramının Osmanlı dönemindeki kapitülasyonlarla bağının kurulması sonucunda böylesi bir sıkı rejime tâbi tutulmuştur. Bununla da kalmamış, imtiyaz verilmesini düzenleyen 516 sayılı Kanun'da 1932 yılında yapılan değişikliklerle Meclis onayı zorunlu kılınmıştır. Nihayet, 1961 Anayasası düzenlenirken, artık Meclis'in devrede kalmasına gerek olmadığı düşüncesinden hareketle Danıştay'ın denetimi getirilmiştir. Buna göre, TBMM'nin imtiyazları onaylama yetkisi kaldırılmış, bunu dengeleyebilmek için de Danıştay'ın bu sözleşmeler üzerindeki yetkisi salt görüş bildirmekten çıkarılıp, inceleme yetkisine dönüştürülmek suretiyle daha güçlü bir yetki haline dönüştürülmüş, 1982 Anayasası da aynı düzenlemeyi devam ettirmiştir.²⁷¹

Ancak, ilerleyen yıllarda gerek öğretide gerek yargıda bu semantik bağlantı dikkatlerden kaçmış, giderek "kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi imtiyaz addolunur" şeklinde basitçe ifade edeceğimiz bir "hukuki formülasyona" indirgenivermiştir. Oysa, yukarıda vurgulamaya çalıştığımız "semantik" bağ, bu kapsamın çok daha ötesinde bir boyutu içermektedir. Şöyle ki; öğretide ve yargıda imtiyaz kavramının son derece sınırlandırılmış bir kapsama hasredilmiş olması nedeniyle, kamu hizmeti olarak tanımlanamayacak bir hizmetin özel sektöre "hukuki

²⁷¹ Bkz. Günday, *Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, op. cit., s. 185-186.

tekel" olarak verilmiş olması halinde, az önce belirttiğimiz imtiyaz tanımı uygulama alanı bulamamaktadır. Yani, kamu hizmeti olarak tanımlanamayacak bir ticari faaliyetin tekel konusu yapılarak özel sektöre verilmesi durumunda, bu durum imtiyaz kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu, bizim varsayımsal bir çıkarımdan hareketle ortaya koyduğumuz bir iddia da değildir. Daha 2005 yılında araç muayene istasyonlarının özel sektör eliyle gerçekleştirilmesine ilişkin sözleşmeye ilişkin Danıştay kararında örneği görülebilmıştır (bahsekonu karara aşağıdaki paragrafta görülmektedir).

Oysa, bu durum Osmanlı dönemindeki kapitülasyonlardan farksızdır. Limanlarda sadece belirli bir ülkeye ticaret yapma hakkının verilmesi ile sözgelimi kibrit üretimi²⁷² ruhsatının sadece bir firmaya verilmesi arasında bu anlamda belirgin bir fark bulunduğu söylenemez. Bu itibarla, "imtiyaz" kavramını "kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi" keyfiyetine münhasır tutmak yerinde değildir. Ayrıcalık yaratılmış ve rekabete engel olunmuş her alanda imtiyaz vardır ve imtiyaza dair kısıtlayıcı düzenlemelerin bu alanlarda uygulanması kaçınılmazdır. Bu konuya ilişkin kimi çarpıcı örnekler uygulamada rastlanmıyor da değildir! Sözgelimi, araçların teknik muayenelerinin tekel mahiyetinde özel sektörce yerine getirilmesi yönündeki düzenlemeler ile BTC Projesi'ne ilişkin anlaşmaların öngördüğü hukuki rejim²⁷³ bu anlamda fevkalade ilginç iki örnek olarak görülebilir. Özellikle araç muayenelerinin tekel olarak bir özel kişiye devredilmesinin Danıştay tarafından imtiyaz olarak addedilmemiş olması fevkalade şaşırtıcıdır. Bir görüşe göre "(i)imtiyaz şu demek: Belirli bir kamu hizmetinin belirli bir süre için, belirli bir karşılık alınarak bir şirkete tekel olarak verilmesine imtiyaz denir. Mesela, İstanbul'un Rumeli yakasında elektrik üretimini veya dağıtımını bir şirkete 20 yıllığına verdiğiniz zaman bu bir imtiyazdır. Artık o dağıtım alanına başka şirket giremez."²⁷⁴ Konusunu "elektrik dağıtımı" yerine "araç muayenesi" olarak değiştirdiğimizde aynı analoginin uygulan-

272 Henüz 1930'lu yıllarda kibrit (ve hatta çakmak taşı) üretimi ile ticaretinin bir kamu kuruluşu olan TEKEL idaresine "münhasırlık" içerisinde bırakıldığını hatırlatmak yerinde olacaktır. Nitekim, Cumhuriyet'in ilk yıllarında, "devlete gelir getirmek için bir takım tekellerin oluşturulduğu.. (ve bu meydana) özellikle aşar (vergisinin) kaldırılmasıyla uğranılan vergi kaybını karşılamak üzere, (İzmir İktisat Kongresi'nde alınmış bulunan serbest piyasa yanlısı ekonomik düzene ilişkin kararların) aksine... ispiro, kibrit üretimi, şeker ithalatının devlet tekeline alınması gibi, yeni devlet tekelleri(nin yaratıldığı görülmektedir)" (bkz. Demirci, Rasih; *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 162, Ayrıca, bkz. Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 148.)

273 Bu konudaki ayrıntılı değerlendirme için bkz. Birinci Bölüm, A.III.3.

274 Oran, *Kaçınıcı Küreselleşme*, op. cit., s. 121.

maması ve imtiyaz niteliği taşıdığıının kabul edilmemesinde isabet görmek mümkün değildir.²⁷⁵

Dolayısıyla, münhasıran enerji projelerinde uluslararası tahkime yer verebilmek amacıyla getirilen Anayasa değişiklikleriyle kapitülasyon mahiyetindeki uygulamalara karşı Cumhuriyet döneminde kurgulanan yegâne savunma mekanizmasının tamamen yok edilmesi, büyük bir talihsizliktir. Bu gelişmeden bağımsız olarak, imtiyaz kavramının öğretilerde ve yargı kararlarında uzun yıllar boyunca "sığ" bir yorumuna gidilerek "kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi" şeklindeki dar kalıba sıkıştırılmış olması da bir diğer talihsizlik olmuştur kanaatindeyiz. Böylece, Osmanlı dönemindeki kapitülasyonların Cumhuriyet dönemine sarkabilecek tek uzantısı olan altyapı projelerinin özel sektöre gördürülmesindeki korunma ihtiyacı "kamu hizmetini özel sektöre gördürmenin imtiyaz sayılması" formülasyonuna terk edilmiş, ancak bu kavramı oluşturan endişe zaman içerisinde dikkatlerden uzak kalarak bir "hukuk fetişizmi"ne dönüşmüştür.²⁷⁶ Oysa, özellikle enerji sektöründe 1980'li yılların ikinci yarısından itibaren uygulanan ve özelleştirme perspektifi altında "pazarlanan" yöntemler, kapitülasyon çağrışımlarını kolayca akla getirmeye elverişli bir yapı arz etmektedir. Nitekim, enerji sektöründeki YİD, Yİ ve İHD uygulamalarıyla satış, girdi ve fiyat garantileri ihvan etmek suretiyle özel sektöre fevkalade ayrıcalıklar sağlanması ve bunların sözleşmelerle imza altına alınmış olması karşısında, bu durumun bir "kapitülasyon modeli haline getirme" olduğunu vurgulayan yazarlara da rastlanmaktadır²⁷⁷ ve bir anlamda belli bir dönemin uygulamalarındaki sakatlıklara işaretle durumun vahametini ifade etmektedir.

Burada hemen bir başka hususa daha dikkat çekmek istiyoruz. Altyapı projeleri nitelikleri gereği uzun süreler içerisinde gerçekleştirilebilen ve yatırım bedellerinin uzun sürelerde geri alınabildiği projelerdir. Dolayısıyla uzun süreli sözleşmelere dayanmaları mahiyetleri gereğidir. Bu anlamda, "uzun süre", bu tür yatırımlarda öne çıkan bir özellik olarak imtiyaz kavramının belirlenmesinde etken olmaktadır. Dolayısıyla, konusu kamu hizmeti olmasa dahi, bir iktisadi faaliyetin uzun süreli söz-

²⁷⁵ Bu konudaki ayrıntılı değerlendirme için bkz. Birinci Bölüm, A.III.1.

²⁷⁶ Parktaki ahşap oturma yerinin boyanmasını müteakip boya kuruyana kadar başına bir nöbetçi konulması, ancak boya kuruduktan sonra da bekçinin göreve devam etmesi esprisinde olduğu gibi, burada da kavramı oluşturan endişenin geçirdiği dönüşümün dikkate alınmaması sonucunda özünü (esprisini) kaybetmiş bir hukuki düzenlemeye rastlandığı savunulabilecektir!

²⁷⁷ Erdoğan, Seyhan; *Elektrik Enerjisinde Liberal Yapılanma, içinde "Liberal Reformlar" ve Devlet, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Vakfı, Sempozyum Bildirileri (18-19 Nisan, 2003), Ankara, 2004, s. 11.*

leşmelere konu edilmesi durumunda, yine imtiyaz kavramının ve buna dair hukuki koruma mekanizmalarının gündeme gelebileceği hususuna dikkat etmek gerekir. Kamu adına sözgelimi 50 yıl boyunca bir hizmet veya mal alımının sözkonusu olduğu herhangi bir faaliyet alanında, sürenin uzunluğu nedeniyle önceden öngörülemeyen yeni durumların zaman içerisinde ortaya çıkması kaçınılmazdır ve bu tür sözleşmeler ülkenin istikbalini etkileyecek mali boyutları içerebilecektir. Örnek vermek gerekirse, belirli bir kısa zaman diliminde 100 adet savaş uçağı alımına dair sözleşmede kamunun altına girdiği mali yükümlülüğün miktarı ve sınırları bellidir; bu sözleşmede olası bir kamu zararı var ise bu, daha başta hesaplanabilen, önceden öngörülebilen bir mali yükümlülüktür ve üstesinden gelmek de nisbeten daha kolaydır. Oysa, 50 yıl boyunca bir uçak fabrikasının üreteceği uçaklardan alım taahhüdüne girilmiş olması ve böylece fiyatların zaman içerisinde eskiletilmesi yahut herhangi bir endekslemeye tâbi tutulması gereği karşısında, zaman içerisinde gereksinimlerin ve/veya kamu maliyesinin olanaklarının değişmesi gibi nedenlerle ilerideki mali yükümlülüklerin baştan hesaplanabilmesi olanaksızdır. Bu itibarla, "konu"sundan bağımsız olarak, "uzun süre"li her türlü sözleşmenin imtiyaz kavramı içerisinde öngörülmesi ve yargısal denetimin devreye girmesine ihtiyacı bulunduğu savunulabilecektir.

"Uzun süre" unsurunun çarpıcı bir şekilde karşımıza çıktığı bir düzenleme daha bulunmaktadır. Mülga 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun²⁷⁸ 72. maddesine göre:

"25 seneden fazla bir müddet için yapılacak ikraz veya istikraz kararları vilayet idare heyetinin mütalaası üzerine valinin tasvibi ve Şûrayı Devletin kararıyle mer'iyet kesbeder."

Anılan hükmün, bahsekonu Kanun'un 2004 yılında yürürlükten kaldırılıncaya değin uygulanması bakımından, özellikle son yıllarda borçlanmalar kısa vadeli olmaya başladığı veçhile, pratik bir öneminin kalmadığı da belirtilmektedir.²⁷⁹ Bununla birlikte, uzun süreli kamu borçlanmasına gidilmesi bakımından 1930'lu yıllarda önemli bir endişenin hakim olduğu ve bu açıdan uzun süreli kamu borçları bakımından Danıştay denetiminin getirilmesi dikkat çekicidir. Bu da, kamu tarafından girişilen uzun süreli sözleşmelerin doğası gereği içerdiği belirsizliklerin veya ka-

²⁷⁸ 7 Aralık, 2004 tarihinde kabul edilerek 24 Aralık, 2004 tarih ve 25680 sayılı RG'de yayımlanan 5272 sayılı Kanun'un 87 (a) maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁷⁹ Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma, op. cit., s. 25.

muyu uzun süreli sözleşmelerle bağlı tutmanın doğurabileceği sakıncalardan kaçınma arzularının bir sonucu olarak değerlendirilmelidir kanısındayız. Yine bu örnek, imtiyaz kavramı etrafında toplanan endişelerin de benzer nitelik taşıması bakımından önemlidir; zira, bilindiği üzere imtiyaz sözleşmeleri için de Danıştay'ın ön incelemesinden geçme koşulu getirilmiş idi.

Nihayet, aynı Kanun'un 19. maddesinin 10. bendinde, bu defa belediyelerin, kamulaştırma bedellerinin ödenmesi veya imara uygun tesislerin yapılmasında kullanılmak üzere, en çok 20 yılda geri ödenmek kaydıyla tahvil çıkarabileceklerine hükmolünmakta ve bu şekilde daha uzun süreli borçlanmaların önüne geçilmesi öngörülmekteydi. Bütün bu hükümler, uzun süre unsuru ile imtiyaz kavramı arasındaki sıkı bağlantıya işaret etmektedir.

III. Özelleştirme ve İmtiyaz Kavramlarının Değerlendirilmesi

Özelleştirme, farklı yaklaşımlar altında değişik biçimlerde tanımlanabilmekte ve buna göre de farklı kapsamlar içerisinde ele alınabilmektedir. İlk aşamada, bir kamu işletmesinin özel sektöre devredilmesi veya satılması olarak algılanabilmektedir. Bu kapsamdaki özelleştirmeler açısından yaklaşıldığında, dar anlamıyla özelleştirme, mülkiyetin devri veya sözgelimi bir kamu işletmesindeki sermaye artırımına kamu kesimince iştirak edilmemesi sonucunda özel sektör payının çoğunluğa dönüşmesi gibi, sonuç olarak kontrolün süreklilik içerisinde özel kesime aktarılması biçiminde tanımlanmaktadır.²⁸⁰

Aynı kapsamda daha geniş bir çerçeveden ele alındığında ise özelleştirmeyi, daha evvel kamu kuruluşlarınca görülen (şehir şebekesiyle içme suyu temini gibi) kimi hizmetlerin veya bu hizmetlerin kimi kısımlarının (su sayaçlarının okunması işi gibi) özel sektör eliyle gördürülmek üzere ihale edilmesi ("subcontracting"); mülkiyetin –ve hatta kimi zaman tüm idarî kontrolün- devri olmaksızın işletme hakkının veya işletme yönetiminin belirli süreyle özel sektöre devredilmesi ("management contracts"), satın alma seçeneği olmamak kaydıyla uzun süreli biçimde kamu işletmelerinin kiralanması ("lease-and-operate" veya "affermage" (yani iltizam²⁸¹))

²⁸⁰ Guislain, Pierre; The Privatization Challenge, The World Bank, Washington, D.C., Ocak 1997, s. 10.

²⁸¹ Özay, Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", op. cit., s. 57.

sözleşmeleri) ve nihayet imtiyazlar ("concessions" veya YİD sözleşmeleri) şeklinde tanımlamak mümkündür.²⁸²

Nihayet, yukarıda belirtilen birincil kapsamın dışında, bir sektörün bütün halinde özel sektör girişimine açılması (ülkemizde elektrik enerjisi sektörünün geçirdiği aşama buna örnek gösterilebilir) veya Sovyetler Birliği sonrasında geçiş ekonomisi olarak tanımlanan²⁸³ kimi ülkelerde rastlandığı üzere tüm ekonominin özelleştirme kapsamı altına alınması şeklinde iki ileri aşamada daha gündeme gelebileceği belirtilmektedir.²⁸⁴

Özelleştirmenin yöntemlerinden bağımsız olarak yapılan bir başka değerlendirme daha dikkat çekmektedir; buna göre "(ö)zelleştirme piyasa ekonomisine işlerlik kazandıracak tüm uygulamaları kapsar."²⁸⁵ Bu tanımlama uyarınca, devletin ekonomik alandaki düzenleme ve kontrollerinin azaltılması (deregülasyon) da, artırılması (regülasyon) da -bahsekonu düzenlemelerin içeriğine bağlı olarak- özelleştirme kavramının kapsamında yer bulabilecektir.²⁸⁶ "Bu çerçevede içinde özelleştirme, bir bütün olarak devletin iktisadi faaliyetlerinin sınırlandırılmasını ve ekonomide piyasa güçlerinin etkili kılınmasını ifade eden bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır."²⁸⁷

Özelleştirmeye bakış açısı, doğal olarak bir ülkenin izlediği ekonomi siyasetinin hükümlerinde şekillenmektedir. Bu anlamda ilk yönlendirici, aslı kurucu iktidarın belirlemelerine göre şekillendirilmiş olan anayasal düzenlemeler ve ikincil olarak da talî kurucu iktidarın yasal ve anayasal düzenlemeler üzerinden izlediği po-

282 İslamoğlu, Abdürrahim; *Privatization and Build-Operate-Transfer (Özal Formula)*, Beril Yayınları, İstanbul, Nisan 2001, s. 13, 14; Guislain, *The Privatization Challenge*, op. cit., s. 10, 11.

283 Geçiş ekonomileri terimi, merkezi planlamayı terk ederek, piyasa ekonomisi sistemini kurmaya çalışan eski sosyalist ülkeleri ifade etmek için kullanılmaktadır (Tandircioğlu, Haluk; *Geçiş Ekonomilerinde Özelleştirme*, DEÜ SBE Dergisi, C. 4, Sy. 3, 2002, s. 202).

284 Guislain, *The Privatization Challenge*, op. cit., s. 11.

285 Tandircioğlu, *Geçiş Ekonomilerinde Özelleştirme*, op. cit., s. 198.

286 Halihazırda özel sektörün faaliyet gösterdiği alanlardaki aşırı sınırlayıcı düzenlemelerin daraltılması özel sektör verimliliğini artırma ve piyasa işleyişini hızlandırma işlevinden dolayı özelleştirme bağlamında ele alınabileceği gibi, kamunun kimi faaliyet alanlarından özel sektör lehine çekilmesini müteakip getirilecek düzenlemeler dolayısıyla oluşacak artış da yine aynı gerekçeyle özelleştirme olarak değerlendirilebilecektir.

287 Öztürk, Nursel; *Değişen Devlet Anlayışı ve Özelleştirme* (www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm).

litikalarıdır. Bunların elverdiği ölçüde idarenin de –takdir yetkisinin varlığı oranında- belirleyici olacağı açıktır.

Ülkemizde özelleştirmeye açıkça cevaz veren bir hüküm, 1999 yılı Anayasa değişikliklerine değin Anayasamızda bulunmamaktaydı ve bu durum, özelleştirmelerin anayasal dayanağı konusundaki tartışmaların da başlıca nedenini teşkil etmekteydi. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi'nin 7 Temmuz, 1994 tarihli kararında²⁸⁸, Anayasa'da yer verilen (değişiklik öncesindeki haliyle) 47. maddedeki "devletleştirme"ye ilişkin hükmün özelleştirmeye de olanak tanıdığı yönünde hüküm kurulması üzerine, artık bu hususun açıklığa kavuşturulmuş olduğu söylenebilir. Anılan değişiklik sonrasında ise, artık Anayasa'da özelleştirmenin yapılabileceği sarahaten belirtilmiş olduğundan, tartışma yaratacak bir husus da kalmamıştır. Öte yandan, Habermas'a göre, ilk modern anayasalarda temel haklara ilişkin ilkeler, toplumun bir kamusal alan olarak garantiye alınmasını ve politik otoriteyi "rasyonel" otoriteye dönüştürmeyi teminen kamu otoritesinin birkaç işlevle sınırlandırılmasını sağlamış ve böylece, kamu ve özel alan arasında anayasalar, aynı zamanda kamusal alan içerisinde yer alan bireylerin özel alanını korumuştur; sonuçta, özel bireylerin serbest pazar içerisindeki etkinlikleri, kamusal alan içerisinde kendini gösteren toplumsal ve siyasal baskıdan ancak bu noktada kurtulabilmiştir.²⁸⁹ Bu yaklaşım, serbest piyasa anlayışı ile kamu müdahalesi arasında temel haklara dayalı bir perspektif getirmesi bakımından önemlidir.

Doğal olarak, özelleştirmenin lehinde veya aleyhinde çok farklı görüşler bulunmaktadır. Bunların ayrıntılarına girmeyi tezimizin kapsamı itibariyle gerekli görmüyoruz. Ancak, özelleştirmenin teorik temelde sağlayacağı olumlu katkılara tezimizin muhtelif kısımlarında yer verilen görüşler çerçevesinde değinildiği üzere, burada –çoğunlukla ülkemizdeki uygulamalardan edinilen deneyimlerin yönlendirdiği - kimi eleştirileri vurgulamakta da yarar vardır. Özelleştirme ile ilgili olarak "yabancılaştırma" çerçevesinde getirilen bir temel eleştiriye göre, ülkemizdeki özelleştirmelerde Tüpraş, Türk Telekom, Petkim ve Erdemir gibi kimi KİT'lerin özelleştirilmeleri bağlamında, ekonomide önemli rol oynayan kamu teşebbüsleri bakımından uluslararası/uluslararası kuruluşların kontrolü/güdümlü altına girilmesi ve bu düzenlemelere IMF veya Dünya Bankası tavsiyeleri (veya kimilerine göre baskıları) üye-

²⁸⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 7 Temmuz, 1994 tarih ve E.1994/49, K.1994/45 sayılı kararı, AYMKD, C. 1, Sy. 31, s. 275-318 (bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Birinci Bölüm, C.1.2).

²⁸⁹ Habermas, Jürgen; *Kamusal Alan: Ansiklopedik Bir Makale*, Birikim Dergisi, Birikim Yayınları, Sy. 70, Şubat 1995 (<http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=66&dyid=1735>).

rine girilmiş olmasından dolayı, ülkenin sanayileşmesi ve geleceği sözkonusu hale gelmektedir.²⁹⁰ Bir başka eleştiriye göre, "Türkiye'de özelleştirmenin rekabet ve etkinlik getirdiği ve getireceği" bir "masal"dan başka bir şey değildir.²⁹¹ Ayrıca, özelleştirmenin "kaçınılmaz derecede gerekli bir süreç" olmadığı ve dış güçlerin dayatmasıyla gündeme getirildiği de bu bağlamda ileri sürülmektedir: "Kamu açıklarının kritik düzeylere ulaşmadığı ve bu açıkların çoğunlukla dış kaynaklardan veya TCMB'den borçlanarak finanse edilebildiği 1980'lerde kamu mülkünün satışı bağlamında özelleştirme *sorun olmayan bir sorun*, dış finansman çevrelerinin Türkiye'de uyandırmaya çalıştıkları bir hevesti. (Bu bağlamda) küresel ekonomiye kayıtsız şartsız teslim olmak (ise) bir kaçınılmazlık değil, (sadece) sermayenin sınıfsal/siyasal tercihidir."²⁹²

Nihayet, "(t)ekelleşmeyi önleyici ayrıntılı düzenlemeler yapılmadan, fiyat, üretim, yatırım gibi konularda bağımsız düzenleyici kurumlar oluşturulmadan, ülkenin gelişmişlik düzeyi, piyasaların yapısı, gelişmişliği, teknolojinin durumu, gelir dağılımı ve bölgesel gelişmişlik farkları gibi hususlar dikkate alınmadan, kısa dönemde bütçe açıklarını kapatmak için, devlete gelir sağlamayı hedefleyen, öncelikleri doğru belirlenmemiş bir şekilde özelleştirme yapılmasının, ekonomide yarardan çok zarar getireceği, (keza, ö)zelleştirme uygulamaları üzerine yapılan araştırmalar (sonucunda) yalnızca kamu mülkiyetinin özel sektöre devrinin, ekonomide etkinlik ve verimliliği sağlamak için yeterli olmadığını göster(diği)" de dile getirilmektedir.²⁹³

Ülkemizde özelleştirme yönündeki eğilimin ilk adımları daha 1980'li yıllarda atılmaya başlanmış olmakla beraber, özelleştirme kavramının özü itibarıyla hâlâ doğru algılanmadığının şaşırtıcı örnekleri görülmektedir. Özelleştirme ile kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları arasındaki bağlantıyı irdelemek açısından, ülkemizdeki kimi uygulamaların özellikle dikkat çektiği söylenebilir. Bu bölümde bahse konu uygulamalardan bir kaç tanesine özellikle yer vermek istiyoruz.

²⁹⁰ Yeldan, Erinç; *Özelleştirme Denilen Soygun*, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).

²⁹¹ Türel, Oktar; *Özelleştirme Notları*, Temmuz 2003 (www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/IktisatToplum11Agu-Turel.doc).

²⁹² Türel, *Özelleştirme Notları*, op. cit.

²⁹³ Öztürk, *Değişen Devlet Anlayışı ve Özelleştirme*, op. cit.

1. Araç Muayene Hizmetinin Özelleştirilmesi

Ülkemizde motorlu araçların teknik olarak trafiğe çıkmaya elverişli olduklarına dair tetkikler, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) uyarınca Karayolları Genel Müdürlüğü (KGM) tarafından yapılmakta iken,²⁹⁴ yeterli hizmet verilememesi ve gerekli yatırımların yapılamaması gerekçe gösteren idare²⁹⁵, yasal düzenlemelerle bu konuda KGM'nin yetkisini kaldırarak istasyonların işletme ve çalışma yönünden denetlenmesi görevini Ulaştırma Bakanlığı'na vermiş²⁹⁶ ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB)'nin çıktığı ihale sonucunda bir özel sektör girişimi tüm ülkeyi kapsayan iki bölgede de yetkilendirilmiştir.²⁹⁷

Tekel konusu edilen bir alanın imtiyaz niteliğini sorgulama gereksinimini²⁹⁸ duymayan ÖİB, Rekabet Kurumunca (RK) "hizmetin tekel niteliğinde olduğu ve bu nedenle verilecek hizmetin imtiyaz niteliği taşıdığı" görüşüne istinaden, ihale sonucunda hazırlanan sözleşmeyi 4046 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca görüşünü almak üzere Danıştay'a iletmiştir.

Danıştay, 5228 sayılı Kanunla KGM'nün araç muayenesi yapmak ve yaptırmak görev ve yetkisinin kaldırıldığına ve 43. maddesiyle de Ulaştırma Bakanlığı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen ilgili maddesine "araçların muayenelerini yaptırmak, muayene istasyonlarını denetlemek, ... aykırı hareket edenler hakkında suç ve ceza tutanağı düzenlemek" ibaresinin eklendiğine dikkat çekmektedir. Araç muayenesi işinin kamu hizmeti niteliği taşıdığını belirten Danıştay, Anayasa'nın 128.

294 Anılan Kanun'un KGM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 7. maddesinin (j) bendinde "tescile bağlı araçların muayenelerini yapmak veya yaptırmak" hükmüne yer verilmekteydi.

295 Danıştay 1. Dairesi'nin 18 Mayıs, 2005 tarihli E.307, K.2005/668 sayılı kararı.

296 Bkz. İbid. Anılan karar, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 16 Haziran, 2005 tarih ve 2005/1-1 sayılı kararıyla da aynen onaylanmıştır (bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 26 Eylül, 2005 tarih ve E.2005/754, K.2005/1075 sayılı kararı).

297 Bkz. Hürriyet Gazetesi, 21 Aralık, 2004.

298 Bkz. Çal, Sedat; *İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Önerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Sorunlara Getirilebilecek Çözüm Üzerinde Denemeler*, Finans Dünyası Dergisi, İstanbul, 1998, Sy. 100, s. 194. Öğretide de aynı yönde yorumlarda bulunduğu dikkat çekmektedir; buna göre imtiyazlarda özel sektör "... tekel hakkı, kamulaştırmadan istifade etme, alım güvencesi, tek yanlı fiyat belirlenmesi gibi kamusal ayrıcalıklardan yararlanan(maktadır)" (bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 320).

maddesindeki "devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri" ibaresine atfen, ortada "kamu hizmetini kurmak ve işletmekle görevli bir idarenin kalmadığı" ve böylece "kamu hizmetinin idareyle bağının koparıldığı" gerekçesiyle imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirme olanağı bulunmadığına hükmetmiştir.²⁹⁹

Bu uygulamada gözlenen, esasında araç muayene istasyonu kurarak hizmet sağlanmasına yönelik idarece verilecek "ruhsat"ın "satılığa çıkarılması", üstelik bunun da "pazar içerisinde rekabete" açık bir şekilde yapılması mümkünken, nendense sadece "pazar için rekabet" uygulanarak, tekel mahiyetinde özel girişime münhasır kılınmasıdır. Daha da ilginç olan husus, tüm bu gelişmelerin, tekellerin giderek ortadan kaldırılacağı ve serbestleştirmeye gidileceğine dair bir sürece karşın uygulanabilmesidir. Nitekim, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 2002 Yılı Programı'nda, rekabet hukuku ve politikalarıyla ilgili olarak "kendilerine kanunla özel veya inhisari haklar verilen kamu kurumlarının faaliyetlerinin rekabet kuralları ile denetlenmesi ve bu alanlarda daha fazla serbestleştirmeye gidilmesi için gereken hazırlıklar yapılacaktır."³⁰⁰ denilmektedir. Gelir sağlama amacıyla bu yola gidilmesi sözkonusu ise, aynı geliri "pazar içerisinde rekabete" açık bir modelden sağlamak da mümkündür. Kaldı ki, kamu hizmetlerinin sunulmasında gelir sağlama hususunun kabul görmeyeceği, muhtelif yargı kararlarında açıkça belirtilmektedir.³⁰¹

Kanaatimizce araç muayene istasyonlarıyla ilgili olarak getirilen bu uygulamanın özelleştirmeye en küçük bir bağlantısı dahi kurulamaz. Hatta, bu uygulama, "özelleştirmenin felsefesine taban tabana zıt bir düzenlemedir."³⁰² "(A)raç muayenesini **"tekelleştirip"** bu imtiyazı satma gibi işlemler, devlete para getirir, ama özelleştirme değildir."³⁰³

299 Danıştay 1. Dairesi'nin 18 Mayıs, 2005 tarih ve E.307, K.2005/668 sayılı kararı.

300 Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Müsteşarlığı, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 2002 Yılı Programı, 28 Ekim, 2001 tarihli RG (mükerrer), s. 273.

301 Bkz. Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E.2005/2238, K.2007/315 sayılı kararı (bkz. Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007, s. 247-249); yine aynı yöndeki bir idari yargı kararı için bkz. Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 229.

302 Cansen, *Sakin Bunu Yapmayın*, op. cit..

303 Cansen, *Sermaye İhtiyacı*, op. cit..

Öte yandan, "... hükümetlerin, âdil davranış kurallarının uygulanmasından (icrasından) başka hiç bir hizmetin verilmesinde **münhasıran** bir hakka sahip bulunmaması ve böylece, belki geçmişte pazar kanalıyla sağlanması imkansız olmuş olan şeyi pazar kanalıyla sağlama olanağı belirdiği zaman, aynı türden hizmetleri pazar yoluyla sunmaktan diğer kuruluşları önleyecek bir konumda olmaması da önemlidir."³⁰⁴ Giderek, bu düzenlemenin Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetleri karşısındaki durumu da dikkat çekicidir. "Bazı hizmet alanlarının özellikle tekel biçiminde idarece görülmeye başlanması sonucu bu alanlar özel kişilere kapatılmış olacağından bu çalışma ve sözleşme özgürlüğüne bir sınırlandırma niteliği taşıyacaktır."³⁰⁵

Burada her ne kadar bu tekel idarece yürütülmek üzere değil, özel kişiye tekel vermek şeklinde gerçekleştirilmekle beraber, bu durumun anılan maddeyle getirilen sözleşme özgürlüğüne **eveliyetle** aykırı bir sınırlama olacağına kuşku yoktur. Anayasa'nın 13. maddesine göre bu tür özgürlüklerin sınırlandırılması yasayla yapılmak kaydıyla imkan dahilinde olsa dahi, böylesi bir sınırlandırmanın gerekçesi ve makul olup olmadığı, giderek kamu yararı bulunup bulunmadığı hususunun yargı denetimine tâbi olduğu açıktır. Nitekim, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca yerel idarelerin görev alanlarına giren bir faaliyeti kendi yasaları çerçevesinde kamu hizmetine dönüştürebilecekleri, ancak bunu yaparken tekel oluşturmak suretiyle bir faaliyet alanını tümüyle bireylere kapatmalarının olanaksız olduğu belirtilmektedir.³⁰⁶ Belediyelerin kendilerine tekel şeklinde kurgulayarak bireyleri dışlayamamaları ilkesi, doğal olarak tek bir bireye tekel kurarak diğerlerine kapatamamalarını da içermek durumundadır. Keza, kuşkusuz, bu sınırlamanın sadece yerel idarelere değil, genel idareye de teşmili gerektir.

Öte yandan, mevzuatımızı uyumlaştırma sürecine girdiğimiz AB'de –özel tekel bir yana- kamu tekelleri bakımından genel ekonomik yarara ilişkin hizmetler ile mali nitelikli (gelir amaçlı) tekeller şeklinde bir ayrıma gidildiği ve ikinci tür tekellerin artık savunulur olmaktan çıktığı; devletin gelir sağlama amacıyla piyasayı bozması yerine vergi toplayabileceği fikrinin kabul gördüğü belirtilmekte³⁰⁷; birinci tür

³⁰⁴ Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük...*, op. cit., s. 209.

³⁰⁵ Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (1998), op. cit., s. 443.

³⁰⁶ İbid.

³⁰⁷ Bkz. Ege, Yavuz; *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet*, Rekabet Dergisi, Sy. 9, Ocak-Mart 2002, s. 10, 11.

teşebbüsler bakımından ise tekelin zorunlu olması koşulu getirilmektedir.³⁰⁸ Araç muayenesinin "tekelleştirilmesi" bu anlamda AB uygulamalarına aykırı düşmekten başka, tekel konusu kılınmasının "gerekliliği" de tartışılmayacak kadar konu dışıdır.

Yeminli mali müşavirlik hizmetinin ülke genelinde bir tekel olarak kurgulanarak özel teşebbüse verilmesi yöntemine gidilmesi düşünülmeyen iken, benzer nitelikteki araç muayenesinde bu yola gidilmesini haklı kılabilecek bir hususu tahayyül etmek dahi güçtür. Bu uygulamanın özelleştirme olarak tanımlanabilmesi mümkün olmayıp, giderek bir görüşe göre "saç yolduracak bir tasarım"dır ve "doktor muayenesinin serbest olduğu ülkemizde araç muayenesinin tekel kılınması" gibi bir garabeti ortaya çıkarmaktadır.³⁰⁹ Yatırım ihtiyacı gerekçesi de gerçekçi değildir, herbir istasyonun yatırım gereksinimi sıradan bir özel ticari girişim için gereken maliyetleri aşmaz. Dolayısıyla, maliyet ve finansman temelli gerekçelerin, daha ziyade bu yönde kamuoyundaki yeterli bilgi birikimi eksikliğinden kaynaklanan asılsız, dayanaksız bir "mitos"un suiistimali anlamına geldiğini yinelemek yerinde olur.

Yasa koyucunun bir hizmeti tekel kılarak özel sektöre vermek hususunda takdir yetkisinin³¹⁰ bulunduğu ve öğretilerde kamu hizmetinin belirlenmesinde yararlanılan subjektif nazariye bakımından bu iradenin mutlak olduğu savunulabilir. Bununla birlikte, yasa koyucunun takdir yetkisi bakımından Anayasal gereklerle ve "hemen daima kamu yararıyla"³¹¹ sınırlıdır, giderek "... idarenin yaptığı her türlü işlem ve eylemin nihaî amacı, kamu yararının sağlanmasıdır."³¹² Yani, "takdir yetkisi" keyfilik demek değildir. İdare, bir işlem veya eylem yaparken, hangi lüzuma dayandığını, o lüzumu neden hissettiğini, (söz konusu) kararı almadığı takdirde

³⁰⁸ İbid., s. 13.

³⁰⁹ Cansen, *Fenni Muayene*, op. cit.

³¹⁰ Takdir yetkisinin tam bir tanımına mevzuatta rastlanmamaktadır; bununla birlikte, "İdarenin belli şart ve durumların meydana gelmesi halinde belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan bir serbestiye ya da belirli bir konuda karar alabilmek için hangi şart ve durumların ortaya çıkması gerektiğini tesbit etmek imkânına sahip olmasıdır" şeklinde tanımlanabilir (bkz. Kalabalık, Halil; *İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması*, GÜHFD, C. 1, Sy. 2, Aralık 1997, s. 206, 207).

³¹¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 435. Onar, İspanyol hukukçularının ve İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin de kamu yararının takdir yetkisinin sınırını çizdiğini kabul ettiğini belirtmekte ve takdir yetkisinin keyfilik anlamına gelmediğini vurgulamaktadır (bkz. İbid).

³¹² Oytan, Muammer; *Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları*, TİD, Sy. 366, Mart 1985, s. 35.

kamu güvenliğinin, kamu sağlığının, genel ahlâk ve adabın niçin-nasıl zarar göreceğini belirlemek ve belirtmek yani takdir ettiği sebebi göstermek zorundadır.”³¹³ Yine, “... takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda bile, idare yargıcının dava konusu idari işlemi, amaç ögesi (kamu hizmetlerinin gerekliliği ya da kamu yararı bulunup bulunmadığı) açılarından denetleyebileceğini unutmamak gerekir... İdare takdir yetkisini kamu yararı amacıyla kullanılmalıdır... Takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda bile idare, gerekçe göstermeli ve bu gerekçesinde haklı olmalıdır.”³¹⁴

Sonuçta, tam rekabetin mümkün olduğu alanlarda ruhsat kısıtına gidilmesi, devlet eliyle hukuki tekel -ve dolayısıyla imtiyaz- yaratmaktır. Bu itibarla, buna dair sözleşmelerin yargı (Danıştay) denetimine bağlı olması gerekliliği doğmaktadır. Ne var ki, vurgu yapmaya çalıştığımız üzere, Anayasa değişiklikleriyle bu husustaki hukuksal koruma mekanizması ortadan kaldırılmıştır ve araç muayenesi uygulaması bahsekonu hukuki korumaya duyulan şiddetli gereksinime örnektir.

2. Boğaz Köprüsü İşletmeciliğinin İşletme Hakkının Devredilmesi Yoluyla Özelleştirilmesi

Kamu hizmeti alanlarındaki özelleştirme uygulamalarına ilginç bir örnek, İstanbul Boğaz köprülerinin işletme hakkının devredilmesine yönelik çalışmalar dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Bizim de katıldığımız bu çalışmalarda, köprülerdeki gişelerin verimli şekilde işletilmediği, devletin işletmecilikten çekilmesi anlayışına koşut olarak bu alanda da özel sektöre yer verilmesinin kamu yararına olacağı, böylece gişelerdeki tıkanıklıkların ve yığılmaların önleneyeceği ve trafiğin daha iyi yönetileceği gibi gerekçelerle buna yönelik yasal değişikliklerin hazırlanması süreci başlatılmıştır. Bu “dâhiyâne” fikri geliştiren, kuşkusuz bir özel sektör girişimcisi olmuş ve KGM ile birlikte buna dair bir taslak hazırladıkları görülmüştür. Anılan taslağa göre, 20 yıl boyunca özel sektör kuruluşu gişeleri idareden devralarak işletecek, bunun karşılığında ise tahsil edilecek geçiş ücretlerinden önceden belirlenen oranda idareye pay verecektir. Bu yönüyle de Osmanlı dönemindeki vergi gelirlerinin toplanmasına yönelik iltizam veya idare tarafından kurulmuş bir hizmetin özel kişilere gördürülmesi ve masraf sonrası gelirin paylaşılması mahiyetindeki müşterek emanet usulüne benzemektedir.³¹⁵

³¹³ İbid., s. 36.

³¹⁴ Giritli-Bilgen-Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 83, 84.

³¹⁵ Bahsekonu usuller hakkında bkz. Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 308-309 vd..

Osmanlı devletinin zayıfladığı 17. ve 18. yüzyıllarda, tarım sektöründe tımar sistemi kaldırılarak bunun yerine tarımdan alınacak vergilerin iltizam yöntemiyle özel kişilere devredildiği ve bu kişilerin devlete taahhüt ettikleri vergileri toplamak üzere korumasız kalan köylüler üzerinde her türlü baskıyı kullandıkları bilinmektedir.³¹⁶ Tarihteki bu uygulamaya benzer şekilde, yakın zamanlarda kimi örneklere de rastlanmaktadır. Nitekim, "ülkemizde GSM (işletmeciliği) bir "iltizam ve imtiyaz" meselesi olarak ele alındı. Yani, kamuya ait olması gereken bir rant alanı, bedeli karşılığında özel sektöre devredildi. Devlet, GSM operatörleriyle yaptığı sözleşmede onlara, bu sektörü "**oligopolistik**" (herkesin giremediği, fiyatların anlaşmalı olarak tesbit edildiği bir iş alanı) halinde tutacağı sözünü verdi. Sözleşmeye göre bir bedel ödeyerek bu sektöre giren şirketler de, hem bir nevi mültezim olarak devlet adına vergi toplayacak, hem de devletin sağladığı bu oligopolistik imtiyaz sayesinde teşekkül edecek tatminkâr fiyatlarla yatırımının nemasını alabilecekti(r). Ayrıca, bu oligopolistik yapının halkı sömürülmesine... ve sektörde yıkıcı rekabete yol açmaması için de bir "Düzenleme Kurulu ("*Regulatory Board*") kurul(du)."³¹⁷

Bununla birlikte, köprünün bakım ve onarımı KGM tarafından üstlenilmeye devam olunacak, şirket ise sadece gişeleri devralıp işletiyor olacaktır. Burada "işletmecilik" anlamında gerçekte bir faaliyetten bahsedilemeyeceği veçhile özel sektör tarafından katkı sağlanabilecek bir durum bulunmadığı gibi, köprüyü kullananlara artı değer yaratacak bir hizmet getirilmesi de sözkonusu değildir. Şu halde burada yapılmak istenen, kamunun her yıl elde ettiği geliri 20 yıl üzerinden tahmini olarak hesaplamak ve bir iskonto oranıyla bugünkü değere indirgeyerek idareye peşinen vermekten ibarettir ve tamamıyla "*securitization*" adıyla bilinen ve uygulanmakta olan bir finansal bir işlemdir (zira, tahmini yıllık gelire ulaşılması halinde belli bir araç sayısı ve araç başına ücret idare tarafından garanti edilmektedir).

Nitekim, bankacılık sektöründe ileriye yönelik kredi kartı gelirleri temlik edilmek suretiyle kredi sağlanması yolundaki örnekler fevkalade yaygındır. Köprüye ilişkin bu finansal işlem, esasen daha önce köprü gelirlerinin endekslendiği bir borçlanma (gelir ortaklığı senedi - tahvil) şeklinde 1980'li yıllarda dönemin iktidarınca uygulanmış ve Anayasa Mahkemesince de uygun görülmüştür.³¹⁸ Nitekim, yukarıda bahsettiğimiz taslak öneriye karşı, bunun basit bir finansal işlem niteliğinde ol-

316 Bkz. Kasaba, *The Ottoman Empire and the World Economy - The Nineteenth Century*, op. cit., s. 13.

317 Cansen, *Telefonda Of Dedirten Ucuzluk*, op. cit..

318 Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 18 Şubat, 1985 tarih ve E.1984/9, K.1985/4 sayılı kararı.

duğu ve tahvil ihracı yoluyla da aynı maksada erişilebileceği hazırlık çalışmaları sürecinde kimi yetkililerce ileri sürülmüş ve gişelerin özelleştirilmesi gibi "ucube" bir yöntemin herhangi bir özel sektör katkısı yaratmaktan uzak olduğu savunulmuştur.

Bütün bu gelişmeler sonucunda, hazırlık çalışmalarının nihayetinde bir taslak yasa önerisi geliştirilmiş olmasına karşın, uygulamaya geçilmesinden nedense sarf-ı nazar edildiği gözlenmiştir. Bunun yerine, çok daha doğru bir yöntemle köprüden sadece –önceden parası ödenmiş kartlar kullanılmak suretiyle - otomatik geçişin sağlanması uygulaması başlatılmış ve nakit parayla geçiş yasaklanarak gişeler kaldırılmıştır. Böylece, köprüdeki tıkanıklığın giderilmesi gerekçesine dayanarak bir başka "özelleştirme garabetinin" daha ortaya çıkması ihtimali artık mevzu bahis olamayacaktır.

Öte yandan, kamunun ileriye yönelik gelirlerinin bu yolla peşinen elde edilmesi ve bir siyasi iktidar döneminde harcanmasının uygunluğu ise tartışılması gereken bir başka konudur. Aynı uygulamanın her yıl toplanan vergi gelirlerinin sözgelimi 30 yıl süreyle temlik üzerinden peşin paraya tahvili, kabul edilebilecek bir yöntem olarak algılanabilir mi? Genelde vergi veya başka bir devlet gelirinun rehnedilmesi veya temlik suretiyle (özellikle dış) borçlanmaya gidilmesinin tercih edilmemesi doğaldır, nitekim Cumhuriyet'in ilk yıllarında da bu konuda son derece çekinsek davranılmıştır (bununla beraber istisnai olarak 1930 yılında "kibrit tekeli" karşılık gösterilerek Amerika'dan 10 milyon dolarlık borçlanma gerçekleştirilmiştir³¹⁹).

Bu konuda özel sektörden çarpıcı bir örneğe yer vermekte yarar görüyoruz: Bir spor kulübünün kira geliri elde ettiği gayrimenkulünün 20 yıllık yıllık kira bedelini peşinen almasına yönelik tasarrufuna kulübün üyelerince karşı çıkıldığı ve ileriye yönelik bu gelirin temlik suretiyle 20 yıllık gelirin mevcut yönetim tarafından harcanılmasının kulübün geleceğine ipotek koymak anlamına geleceği, ileriye yönelik gelirlerin şimdiki yönetimce toptan harcanmasının kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır.³²⁰ Oysa, bilindiği gibi devletlerin ileriye yönelik borçlanmaları, tahvil ihracı söz konusudur ve ne kadar uzun vadeli olursa o kadar uygun olduğu kanı-

319 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 155.

320 Beşiktaş Jimnastik Kulübü (BJK)'nın, Fulya stadında bulunan süpermarketine ilişkin yıllık 3,5 milyon Dolardan 20 yıl için 70 milyon Dolarlık kira sözleşmesini yabancı bankalara 40 milyon Dolara kırdırarak peşin paraya tahvil etmek yönündeki planları, ilerideki yönetimlerin elde edeceği gelirlerden mahrum bırakılmaması gerektiği düşüncesiyle eleştirilmektedir (bkz. Muhtar, Reha; *Vebal*, Sabah Gazetesi, 1 Şubat, 2006, s. 23).

sı yaygındır. Şu halde, uzun vadeli borçlanmaların da aynı nitelikte olduğu ve ilerideki nesillerin ödeyeceği borcun mevcut yönetimlerce harcanmasının "geleceği ipotek altına alacağı" savunulabilecek midir?

Nitekim, altyapı faaliyetinde kullanılmak üzere proje finansmanı arayışında olan Anadolu'nun ücra köşesindeki bir belediye başkanımızın, faizi nisbeten çok daha yüksek olan kısa vadeli ticari veya ihracat kredileri yerine daha uzun vadeli ve çok daha düşük faizli Avrupa Yatırım Bankası kredisi kullanmasını önerdiğimizde, "gelecek kuşaklara borç yüklemek istemediği" gerekçesiyle bu önerimizi reddettiğine değinmek istiyoruz. Başlangıçta finansal mantık açısından bize oldukça garip gelmesine ve tebessüme yol açmasına karşın, bu düşüncenin kaynaklandığı analojinin -ve saiki olan etkenlerin- kendi içerisinde kısmen tutarlı olduğunu kaydetmeyi de yararlı buluyoruz. Ancak, bir hususu açıklamak gerekmektedir: Buradaki temel fark, borçlanma işlemlerinde devletin herhangi bir gelirini ipotek etmemesidir; kredi verenler sadece devletin genel kredibilitésine güvenmek zorunda kaldığı için de, bu tür uzun vadeli borçların hacmi nisbeten düşük kalmaktadır. Bununla birlikte, herhangi bir devlet gelirinin temlikini öngören uzun vadeli bir borçlanmanın kamu yararına uygunluğu, hele bir siyasi iktidarın sınırsız olarak böylesi bir tercihte bulunabilmesine Anayasal bir engelin açıkça kurgulanmamış olduğu düşünüldüğünde, oldukça tartışmalı olacaktır.

Otomatik kartlı geçişle artık gişelerin kaldırılmış olması karşısında, yukarıda bahsettiğimiz "gişelerin özelleştirilmesi" gibi özü itibarıyla anlamsız ve yararsız bir fikirden nihayet vazgeçilmiş olmakla beraber, Boğaz köprülerinin özelleştirilmesi fikrinin hala gündemde olduğu ve köprü geçiş ücretlerine yapılan yüksek oranlı zammın özelleştirmede elde edilecek gelirin artırılmasına yönelik olarak planlandığı ileri sürülmektedir.³²¹ Oysa, bu tür bir işlemin sadece devlet gelirlerini artırmaya yarayacağı ve tüketici refahını artırmaya yönelik, verimlilik artışı getiren nitelikte olması gereken özelleştirme kavramıyla uyuşmayacağı söylenebilir.

3. Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı (BTC) Projesi

2006 yılında işletmeye giren BTC Projesiyle, özel sektör ağırlıklı bir yabancı konsorsiyumun çıkaracağı Azeri petrolünün dünya pazarlarına güvenli erişimi öngörülmüştür. Proje'nin ülkemiz açısından önemi, hattın işletilmesi sürecinde sağlanacak cüzi kira geliri dikkate alındığında, daha ziyade "... bölgesel enerji kaynakla-

³²¹ Bkz. Hürriyet Gazetesi, 31 Ağustos, 2006.

rının nakil yolları üzerinde kontrolü sağlayarak³²² stratejik önemini pekiştirmesine hizmet etmesi bakımından değerlendirilmelidir.

Hattın yaklaşık 3 milyar ABD Doları tutarındaki yapım maliyeti ile işletilmesini, bu amaçla kurulan ve genelinde Azeri petrollerini çıkaracak uluslararası petrol şirketlerinden oluşan bir özel sektör konsorsiyumu üstlenmiştir. Uzun süren müzakereler sonucunda Azerbaycan, Gürcistan ve ülkemiz arasındaki Hükümetlerarası Anlaşma (HA - "*Intergovernmental Agreement*") 18 Kasım, 1999 tarihinde imzalanmış ve 22 Haziran, 2000 tarih ve 4585 sayılı Kanun ile uygun bulunarak Bakanlar Kurulu'nun 3 Ağustos, 2000 tarih ve 2000/1127 sayılı Kararına istinaden yayımlanmıştır.³²³

HA'nın bir çerçeve anlaşma olarak yapılandırıldığı ve eki olarak da her ülkenin ayrı ayrı yatırımcı şirketlerle imzalayacakları proje dökümanlarının yer aldığı görülmektedir. Bu dökümanlar ise, sırasıyla Ev Sahibi Hükümet Anlaşması (ESHA - "*Host Government Agreement*") ve Anahtar Teslimi Yapım Sözleşmesi (ATYS - "*Turnkey Agreement*") ile Hükümet Garantisi Anlaşması (HGA - "*Government Guaranty Agreement*")'dır.³²⁴ Bunlardan HA taraf ülkeler arasındaki ilişkiyi, ESHA her bir ülke ile yatırımcı şirketler arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemekte; ATYS ise Türkiye Cumhuriyeti adına BOTAŞ Genel Müdürlüğü tarafından hattın Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kalan kısmının anahtar teslimi belirlenen bir tutar üzerinden yapılması yükümlülüğünü içermektedir. Nihayet, HGA ise Türkiye Cumhuriyeti tarafından ESHA ve ATYS tahtındaki yükümlülüklerimize ilişkin garantileri düzenlemektedir.

Taraflarını milletlerarası hukuk sujeleri oluşturduğu veçhile³²⁵ hukuken milletlerarası andlaşma hükmündeki HA'da, temel olarak her üç ülkenin Proje'nin gerçekleştirilmesini teminen birbirleriyle aralarındaki karşılıklı mutabakat, anlayış ve yükümlülükleri ile Proje'ye verecekleri destekler yer almaktadır. Bahsekonu üç ülkenin HA tahtında birbirlerine karşı yükümlülük altına girmelerinde, Proje'nin milletlerarası hukuk açısından hukuki sonuç doğurması hedeflenmiş olmalıdır. Bunun

322 Abdullayev, Cavid; *Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Hazar'ın Statüsü ve Doğal Kaynaklarının İşletilmesi Sorunu*, AÜHFD, C. 48, Sy. 1-4, 1999, s. 263.

323 10 Eylül, 2000 tarih ve 24166 (mükerrer) sayılı RG.

324 ESHA ve ATYS ile HGA 19 Ekim, 2000 tarihinde Ankara'da imzalanmıştır.

325 Bkz. Eroğlu, Hamza; *Devletler Umumi Hukuku*, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara, 1984, s. 29.

amacı ise açıktır; ileride herhangi bir ihtilaf meydana gelmesi halinde yatırımcı şirketler sadece kendi taraf oldukları sözleşmeler tahtında değil, ve fakat aynı zamanda diğer bir devletin hak talebi yoluyla milletlerarası hukukun da koruması altına girerek, haklarını savunabilmek için ilave bir zemin yaratmış olacaklardır.³²⁶

Petrol taşımacılığı sektöründe uluslararası nitelikteki bu tür projelerde uluslararası anlaşma imzalanması ve bu meyanda şirketlerle imzalanacak (imtiyaz) sözleşmeleri bu anlaşmalara ek yapılarak "imtiyazın uluslararasılaştırılması" ayrıksı bir uygulamadır, zira standart imtiyaz sözleşmeleri yerel hukuka tâbidir.³²⁷ Müzakerelerin yapıldığı dönem itibariyle mevcut pek çok sayıda boru hattının böylesi bir anlaşma kurgusu olmaksızın işletilmekte olduğu bilinmektedir³²⁸. Giderek, benzer projeler tahtında Rusya, Kazakistan, Türkmenistan ve Çin gibi ülkeler bağlamında tesadüf edilen çerçeve niteliğindeki uluslararası anlaşmalar, devletler arasında genelde bağlayıcı olmayan hükümleri hâvi ve yerel mevzuat üzerinde herhangi bir etki yaratmayan, onları bertaraf etmeyi öngörmeyen ve dolayısıyla yatırımcılar bakımından da uluslararası hukuk tahtında bir koruma getirmeyen niteliktedir.³²⁹

Onbir maddeden oluşan HA, yaşamsal derecede önemli kimi hükümler içermektedir: İkinci maddenin 1 no.lu bendinde, bu Anlaşma ile eki ESHA'da öngörülen hak, öncelik, garanti ve imtiyazların iç hukuk tahtında "yürürlükteki kanun hükmü" olarak geçerlik kazanmasının sağlanacağı ve bu amaçla gerekli hukuki düzenlemelere gidileceği; bu amaçla ESHA, ATYS ve HGA'nın da HA'ya ek olarak imzasız bir şekilde yer aldığı ve böylece HA'nın ayrılmaz bir parçasını teşkil ettikleri ifade edilmektedir. Yine, aynı maddede HA'nın ülkelerin anayasalarıyla uyumlu olduğu ve bütün bu anlaşmalar dizisinin iç hukuklarında "uygulanacak hukuk ("prevailing law")" olacağına teyid edildiği görülmektedir. Böylece, "projeye özgü bir hukuki rejim" oluşturularak şirketlere yerel hukuk üzerinde etkinlik sağlama

326 Nitekim, Proje'de yer alan konsorsiyumun avukatı tarafından, yerel mevzuatın üstesinden gelebilmek için uluslararası anlaşma imzalanması yoluna gidildiği ve böylece yerel mevzuatın etrafından dolaşmak suretiyle pasifize edildiği vurgulanmaktadır (bkz. Hildyard, Nicholas - Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf) (6 Aralık, 2006)).

327 İbid., s. 47.

328 İbid., s. 47.

329 Nitzov Boyko; the Energy Charter view on financing barriers, options, strengths and weaknesses – what is need, Northern Dimension in a BASREC Perspective and the Energy Forum'da yapılan sunum (www.cbss.st/basrec/conferences/dbaFile4184.doc) (1 Aralık, 2006).

olanağı bahşedilmekte; bunun sonucunda ise yerel hükümetin her türlü yeni mevzuat girişiminde şirketlerin tazminat talepleriyle karşılaşması olasılığı yaratılmaktadır.³³⁰

Yine aynı madde uyarınca Proje faaliyetleri ülkelerin **kamu hizmeti** amaçlı uygulamalarına konu olmayacak ve bu meyanda Proje'ye ilişkin sözleşmeler "*kamu hizmetinin görülmesini öngören bir imtiyaz ya da idari bir sözleşme*" sayılmayacaktır. Bu hükmün özellikle -1999 yılı Anayasa değişiklikleri öncesindeki hukuki zemin ve yaklaşım dikkate alındığında- ülkemizdeki "imtiyaz" ve "kamu hizmeti" kavramları dolayısıyla uluslararası tahkime yer verilememesi gibi yatırımcılar bakımından olumsuz etkilerini bertaraf etmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

HA'nın 3. ve 4. maddelerinde devletlerin her türlü güvenliği sağlayacağı ve yerel mevzuattaki teknik, güvenlik ve çevre standartlarının uluslararası iş dünyasında boru hatları taşımacılığındaki uygulama ve standartlardan daha yüksek bir düzeyi öngörmesi halinde ikincisinin uygulanacağı belirtilmekte ve aynı düzenlemeye ESHA'da da yer verilmektedir (m. 3(3)). Böylece, uluslararası ölçekte bir çevre standardına karşı dahi üstünlük sağlanarak, şirketlere imtiyazlı bir statü bahşedilmiş olmaktadır! Dolayısıyla, uluslararası şirketlerin kamuoyunun haberi dahi olmaksızın her an değiştirilebilen standartlarını içeren rehber kitapçıkları; sabitlemiş, şeffaf ve kamuoyunun denetimine açık yerel mevzuatın yerine geçirilmiş olmaktadır.³³¹ Yapılan atfın uluslararası standartlar³³² olmayıp şirketlerin kendi standart-

330 Hildyard-Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 44.

331 İbid., s. 48.

332 Öte yandan, çoğu zaman uluslararası standartların da belirsizlik içerdiği görülmektedir. Bu yönünde 2001 yılında bir çalışma yürüten AB Komisyonu'nun araştırma raporunda, "düzenleyici kuruluşların uluslararası standartlara atıf yapması durumunda, bu uluslararası standartları belirleyen ve bundan dolayı sorumlu tutulması öngörülen, ilgili tüm devlet ve diğer menfaat sahiplerinin görüşünü ve uzlaşısını sağlayan bir kuruluşun standartlarına atıf yapılması konusu çok önem taşımaktadır" sonucuna varılmaktadır (bkz. Leubuscher, Susan; *International Standards, The WTO and Protection (?) of the Environment* (www.fern.org/pubs/reports), s. 3). Diğer yandan, uluslararası standartların belirlenmesi süreci de tartışmalıdır: Uluslararası Standartlar Örgütü ("International Standards Organization (ISO)"), bahse konu uluslararası standartların belirlenmesine yönelik çalışmaların, ileride bu standartları uygulayacak uluslararası şirketlerin görevlendirdiği uzmanlar tarafından yürütüldüğünü kendi ağ sayfasında açıklamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası şirketler bağlı olacakları standartları bizzat kendileri belirlemiş olmaktadır! Dahası, ISO standartlarının aslında uluslararası standartlar olmayıp, uluslararası niteliğe kavuşturulan ABD standartları olduğu da ileri sürülmektedir (bkz. İbid., s. 6)! Dolayısıyla, "Jakcon tarafından 10 yıl önce uyarıda bulunulduğu üzere, uluslararası standartlar sürecinin, özellikle sağlık ve çevre bakımından dünya

ları olması, menfaat çekişmesini ("conflict of interest") gündeme getirmekte; diğer yandan, şirketlerin kastettiği standartların ne olduğu da yeterince belirgin biçimde ortaya konmamaktadır. Nitekim, bir sivil toplum örgütünde "uluslararası iş dünyasında benzer projelerdeki standartlar" ile hangi standartların kastedildiğinin sorulması üzerine, bu ibareden neyi kastettiklerinin şirketler için de belirsiz olduğu yanıtı alınmıştır.³³³ Şu halde, uluslararası standartları belirleyen ISO'nun bu konudaki sürecini yine şirketlerin yönlendirmesi karşısında, şirketler kendi standartlarını kendileri belirlemiş olmaktadır.³³⁴

Bir başka maddede ise (m. 5), Anlaşma'da boru hattından petrolün geçişine dair geçiş ücreti "vergi" adıyla tanımlanmakta ve öngörülen bu tutardan başka, her ne ad altında olursa olsun herhangi bir vergi veya harcin uygulanmayacağı devlet adına taahhüt edilmektedir.

Görülebileceği üzere, bütün bu hükümlerle alelâde bir milletlerarası anlaşmanın ötesinde, iç hukuktaki hükümleri neredeyse tamamen bertaraf eden bir hukuki rejim yaratılmakta ve yatırımcı şirketlere son derece önemli ayrıcalıklar (imtiyazlar) tanınmaktadır. Bu ayrıcalıklara sayısız örneklerden bir tanesi olarak, proje tah-tındaki anlaşmalarda hattın güvenliğini sağlamak üzere devletlerin her türlü önle-mi alacakları yönündeki hükümler çerçevesinde şirketlerin hukuki sorumlulukları-nın kısıtlanmış olması gösterilebilir; zira, Proje çerçevesinde ortaya çıkabilecek in-san hakları ihlallerine karşı şirketin sorumluluktan bağışık tutulduğu ifade edilmek-tedir.³³⁵

HGA'da yer alan oldukça fevkalade önemli ve ilginç bir maddede ise, ilerideki yasal değişiklikler durumunda devlete tazmin edici mükellefiyet yükleyen bir hükme yer verilmektedir (m. 7.2(xi)). Buna göre, Proje'nin ekonomik dengesini et-

ölçeğinde en aşağı seviyede standart uygulama yarışını sağladığı görülmektedir. Oysa, başlar-da Murray ve Roht-Arriaza tarafından, uluslararası standartlar sürecine geçiş yapılmasında önemli bir potansiyelin bulunduğu ileri sürülmüş, hatta Murray'e göre ISO 14001'in "anlamli bir uluslararası çevre politikası" oluşturacağı, giderek "en aşağı derecede standart belirlenmesi ya-rışını tersine çevireceği" belirtilmiştir. Sonuçlara bakıldığında, Murray herhalde daha fazla yanı-lamazdı. Gerçekte, yerel düzenleyici kuruluşlardan muafiyet sağlamak suretiyle, uluslararası standartlar anlamli bir uluslararası çevre politikasını sadece baltalamıştır" (İbid., s. 8).

333 İbid., s. 1, 7 no.lu dip not.

334 Bkz. yukarıda 332 no.lu dip not.

335 Hildyard-Muttitt, Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, op. cit., s. 51.

kileyebilecek çevre, sağlık, ve bunun gibi her türlü yasal değişikliğe karşı şirketlere malî açıdan koruma olanağı sağlanmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde de buna benzer hükümlere yer verildiği bilinmektedir. Ancak, anılan madde kapsamında getirilen düzenlemeyi farklı kılan çok önemli bir ayrıcalık vardır: Bu hüküm, devletin ayrımcı nitelikteki yasal değişiklikleri ile herkese uygulanan ve ayrımcı niteliği ileri sürülemeyecek olan yasal değişiklikler arasında bir ayırım gözetmemekte ve her iki halde de devlete tazmin yükümlülüğü getirmektedir. Bu durumun değişik sivil toplum örgütlerince ağır biçimde eleştirildiği ve BTC anlaşmalarının sömürgeci niteliği karşısında şoka girdiklerinin ifade edildiği; oysa Uluslararası Af Örgütüncce "uluslararası hukukun devletlerin ayrımcı olmayan faaliyetleri ile bu nitelikte bulunmayanlar arasında farklı bir hukuki sonuca vardığı" değerlendirmesine gittiği görülmektedir.³³⁶

Proje kapsamındaki anlaşmalar çerçevesinde hukuki açıdan belki de en önemli husus, HA'nın eki olan diğer anlaşmaların hukuki statüsü üzerinde yapılacak değerlendirmelerdir. Öncelikle, Türk hukuku açısından HA, usulünce yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası andlaşma olmak hasebiyle Anayasamızın 90'ıncı maddesi uyarınca "kanun hükmünde"dir. Bu hüküm karşısında HA'nın Türk hukuku açısından "kanun hükmünde" olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır.³³⁷ Bununla beraber, uluslararası andlaşmaların iç hukukta mutlaka doğrudan uygulanır hale gelemeyebileceği, andlaşma hükümlerinin doğrudan uygulanabilir durumda olmaması haline bağlı olarak iç hukukta andlaşma hükümleri uyarınca gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması yoluna gidileceği de savunulmaktadır.³³⁸ Nitekim, HA'nın uygulanabilmesini ve andlaşmanın Türk hukukuyla çelişen kısımlarının ortadan kaldırılması amacıyla 23 Haziran, 2000 tarih ve 4586 sayılı "Petrolün

³³⁶ Boyd-Carpenter, Harry - Labadi, Walid; Striking a balance: Intergovernmental and host government agreements in the context of the Baku-Tblisi-Ceyhan pipeline project, LIT online: a supplement to Law in transition, European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Yayını (www.ebrd.com/pubs/legal/lit042e.pdf).

³³⁷ Bununla beraber, "kanun hükmünde" sözünün teknik anlamda bu andlaşmaların kanun olarak nitelendirilmesine imkan veremeyeceği, Anayasa madde 90'daki bu ifadenin sadece andlaşmaların iç hukukta doğrudan sonuç yaratabilmesini sağlamak amacıyla kullanıldığı (yani, hukuksal değerlerinin ve bağlayıcılıklarının gösterilmesine yönelik olduğu) yönünde görüşler de bulunmaktadır (bkz. Candan, Turgut, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 14 Ocak, 2002, Ankara, Tartışmalar Bölümü, s. 428).

³³⁸ Atay, Ener Ethem; Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve Bağlayıcılığı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 14 Ocak, 2000, Ankara, s. 410-411.

Boru Hatları ile Transit Geçişine Dair Kanun" çıkarılmıştır.³³⁹ Esasen, HA ve ES-HA'da, bu anlaşmaların hükümlerinin bahsekonu Proje tahtında uygulanacak yeğâne hükümler silsilesini oluşturacağı ve bu amaçla anılan anlaşma hükümlerinin "uygulanacak hukuk" olmasını teminen iç hukukta gerekli yasal değişikliklerin yapılacağı yönünde açık bir hüküm de bulunmaktadır ve bu meyanda yukarıda zikredilen Kanun istihsal edilmiştir.

4586 sayılı Kanun'a bakıldığında, münhasıran bir proje için çıkarılmadığı, genel olarak ülkemizden petrol ürünlerinin (petrol tanımının içine doğal gaz da dahil edilmiştir) transit geçişini düzenleyen biçimde tasarlandığı görülmektedir. Bu haliyle, ülkeden transit geçecek her türlü petrol ürünlerinin tâbi olacağı bir hukuk rejimi oluşturulmuş görüntüsü vardır. Böylece, anılan Kanun'un münhasıran yukarıdaki Proje için bir düzenleme olmasından sarfı nazar edilmesi sağlanmıştır. Bununla birlikte, Kanun'da önemli bir maddeye dikkat çekmek gerekmektedir: "Amaç" başlıklı 1. maddeye göre, "(b)u Kanunun amacı, petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktır."

Şu halde, bu Kanun çerçevesinde transit geçişe dair bir projenin gerçekleştirilebilmesi, ancak ve ancak bir uluslararası andlaşmanın ayrıca akdedilmiş olması kaydına bağlanmaktadır. Dolayısıyla, Kanun ile herkese açık bir transit rejimin hukuki altyapısı oluşturulmuş değildir; bunun için, herhangi bir proje tahtında ayrıca imzalanmış olması gereken bir uluslararası andlaşmanın bulunması şarttır. Proje kapsamındaki önemli ayrıcalıklar getiren anlaşmaların belirli bir proje için verilmediği, 4586 sayılı Kanun uyarınca aynı statüdeki (yani transit geçiş öngören) her bir proje için aynı hukuki ortamı eşitlikçi bir şekilde sağladığı ve bu meyanda da teşvik benzeri bir ekonomik faaliyet olarak değerlendirilmesi gerektiğinden imtiyaz (veya kapitülasyon) uygulaması olarak görülemeyeceği yolundaki muhtemel bir savunma, gerçekçi olmayacaktır. Böyle bir savunmanın geçerli olabilmesi için, bir uluslararası andlaşmaya bağlanmaksızın, her bir transit geçiş projesi için aynı hukuki olanakların sağlanacağı bir lisanslama uygulamasına -sözgelimi Elektrik Piyasası Kanunu çerçevesinde- izin verilmesinin sözkonusu olması gerekirdi.

Bir milletlerarası andlaşmanın ekleri, doğal olarak o andlaşma ile bir bütün oluşturur ve dolayısıyla andlaşmayla aynı hukuki statüdedir. Bu açıdan bakıldığında, imzalanmamış haliyle HA'ya ek yapılan diğer andlaşmaların da kanun hük-

³³⁹ 29 Haziran, 2000 tarih ve 24094 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

münde olabilecekleri savunulabilir. Ancak, ekte yer alan anlaşmalar, bilahare devletlerle ilgili yatırımcı şirketler arasında imzalanacak sözleşmelerdir aynı zamanda! Nitekim, konsorsiyumun da aynı şekilde değerlendirme yaptığı ve ESHA'nın bir yandan özel hukuka tâbi bir sözleşme olarak kalırken, aynı anda uluslararası hukuka tâbi bir statüye sahip olduğunu iddia ettiği görülmektedir.³⁴⁰ Oysa, bu anlaşmaların bir tarafının devlet ve diğer tarafının da şirketler olması hasebiyle, imzalanan anlaşmaların esasen milletlerarası andlaşma niteliğini kazanamayacakları aşikârdır. Gerçekten, bu anlaşmalar nihayetinde devletlerin şirketlerle yaptıkları ticari (ya da iç hukukun nitelendirmesine göre belki de idari sözleşme ya da imtiyaz sözleşmesi) niteliğinde anlaşmalardır.

Burada asıl sorun ortaya çıkıyor: Tamamen aynı metinden oluşan iki anlaşmadan imzasız ve HA'ya ek olanı uluslararası andlaşma ve dolayısıyla kanun hükmünde, imzalanmış olanı ise ticari (ya da idari) sözleşme mahiyetinde! Böyle bir durumun kabul edilebilmesi hukuk düzenimizde pek de mümkün gözükmemektedir kanaatindeyiz. Yine aynı bakış açısıyla, şayet HA'ya ek olan imzasız sözleşme bir kanun hükmünde ise, ayrıca şirketlerle imzalanarak sözkonusu "kanun hükmünün" aynı zamanda ticari (ya da idari) sözleşme olarak hukuk alanında hüküm ifade etmesi mümkün müdür? Yani, bir anlaşma hem bir kanun, hem de bir sözleşme olarak addolunabilir mi? Bize göre, bu sorulara olumlu cevap verilebilmesi imkanı -hukuken- bulunmamaktadır.

Kanaatimizce bu düzenlemeye gidilmesindeki başlıca etken, Türk hukuku nezdinde anlaşmaların yerini mümkün olduğunca sağlam bir yapıya bağlamayı teminen uluslararası hukukun güvencesine sığınma isteği olmuştur.³⁴¹ Özellikle HA dışındaki anlaşmaların imtiyaz sözleşmesi sayılması ve Danıştay yargısına (ve ön inceleme sürecine) bağlı kılınma endişeleri bir yandan, bu anlaşmalar hayata geçirildikten sonra anlaşma hükümleri aleyhine uygulamaya gidilmesi veya uygulanmaması endişeleri diğer yandan olmak üzere, daha güvenli bir yapı arayışına gidilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. HA'nın eklerini uluslararası andlaşma adde-

³⁴⁰ Hildyard-Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 46, 47.

³⁴¹ Konuya ilişkin olarak, anılan konsorsiyumun hukuk danışmanlığını yapan firmanın bir avukatı tarafından, yerel mevzuatın değiştirilmesi gereksinimini doğurmaksızın, uluslararası hukuk aracılığıyla yerel mevzuat hükümlerinin etrafından dolaşmak veya üzerinden atlamak suretiyle etkisiz kılınmasının ve bertaraf edilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir (bkz. Hildyard-Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 43, 47).

derek kanun hükmüne getirmek arzusunun arkasında, bu anlaşmaların Anayasa'ya aykırı oldukları iddiasıyla iptallerine gidilebileceği yönündeki tereddütler de rol oynamıştır. Sonuçta, anlaşmaların ek yapılmak suretiyle HA ile aynı "kanun" statüsüne yükseltilmiş olması şeklinde bir koruma kalkını yaratılmıştır. Ancak, bu sonuçların kaynaktaki endişeleri ne kadar bertaraf ettiği son derece tartışmalı olduktan başka, bizce hukuki bir garabete de yol açmıştır.

Öte yandan, yatırımcı şirketlerin Proje'yi gerçekleştirmeleri halinde sağlayacak imkanlar, ayrıcalıklar, destek ve muafiyetlere yer veren ESHA'nın oldukça uzun bir süre için yürürlükte kalması (3. m. uyarınca imzadan itibaren başlayan 40 yıl süre, ilgili şirketin tek taraflı irade beyanıyla bilahare 10'ar yıllık 2 ilave dönem boyunca uzatılabilmekte ve böylece pratik olarak 60 yıl süreye ulaşmaktadır!) ve devlet adına yatırımcı şirketlere karşı fevkalade kapsamlı yükümlülükler öngörülmesi dikkate alındığında, hukuki açıdan bu sözleşmenin hangi mahiyette olduğuna ilişkin değerlendirme önem taşımaktadır. ESHA'nın 6.2 maddesinin (vi) ve 7.2 maddesinin (viii) bentleri ile 21.3 maddesine göre, ne bir idari sözleşme ne de bir imtiyaz sözleşmesi (veya idare hukukunda yer bulan diğer idari sözleşme türlerinden birisi) olarak değerlendirilemeyecektir. Hatta, uluslararası tahkim olanağından yararlanabilmeyi teminen getirilmiş bulunan bu hükmün herhangi bir imtiyaz değerlendirmesine tâbi tutulamaması amacıyla hat boyunca ülke içinde kullanıma yönelik petrol verilmeyeceği ve böylece sözgelimi –hattın yakınından geçtiği- Kırıkkale rafinerisinde kullanılmak üzere hattın anılan rafineriye çok kısa bir bağlantıyla petrol aktarımı mümkün olmasına karşın bu imkandan yararlanılamaması gibi bir kısıt getirilmektedir!

ESHA'daki düzenlemelerin Türk hukuku tahtında "yürürlükteki hukuk" ("*prevailing legal regime*") niteliği kazanmasını teminen Türkiye Cumhuriyeti'nin gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmesi (m. 7.2) vb. muhtelif ayrıcalıklar dizisi –nitekim bu meyanda 4586 sayılı "Petrolün Boru Hatları ile Transit Geçişine Dair Kanun'un çıkarıldığına değinmiştik- ESHA'nın anlaşma hükmünde yer aldığı gibi bir "ticari" sözleşme mi, yoksa mahiyetine binaen bir "idari sözleşme" ya da "imtiyaz sözleşmesi" mi olduğunu düşündürmektedir. 4586 sayılı Kanun'da proje anlaşmalarında belirtilen uluslararası standartların esas alınacağı, üçüncü kişilere verilen zararlar ile vergi ve benzeri yükümlülükler gibi konularda ise uluslararası anlaşmaların uygulanacağı yönündeki hükümler aracılığıyla,³⁴² uluslararası anlaş-

342 Bkz. m. 5, 7, 10, 11 ve 12.

ma şeklinde kurgulanan sözleşmeler kanunların üzerine çıkarılmaktadır. Şu halde, uluslararası bir andlaşmayla yapımı öngörülen bir petrol transit projesi durumunda, pek çok temel konuda ayrıksı bir hukuk rejimi yaratılmaktadır! Bu durumun Osmanlı devleti kapitülasyonları ile gösterdiği benzerlik şaşırtıcıdır. Gerçekten, o dönemin kapitülasyonlarıyla getirilen başlıca özelliklerden biri de, iç hukukun uygulanmayıp, andlaşmalarda yabancı devlet tebaası için geçerli olacak ayrı bir hukuk rejiminin inşa edilmesidir.

Öte yandan, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı biçimde, yerli şirketlere bu ayrıcalık tanınmamaktadır; zira, ayrıcalığın temel koşulu, uluslararası bir andlaşmayı zorunlu kılmasıdır. Dolayısıyla, burada ayrıcalıklar olmaksızın sektörel bir teşvik verildiğinden de bahsedilemez! Bu özellik olmasaydı, belki devletin değişik sektörlerle teşvik edici ayrıcalıklar sağlayabildiği savunulabilirdi! Maamafih, burada bu olasılığı tartışmak dahi imkansız hale gelmektedir ve açık bir imtiyazlı rejim örneği karşımızdadır. O kadar ki, ESHA'ya göre sözgelimi çevreyi koruma gerekçesiyle dahi olsa, herhangi bir mali yükümlülük doğuracak nitelikte yeni bir düzenleme getirilmesi olanağı en az 60 yıllık bir süre için Türk devletinin elinden alınmış durumdadır! Kuşkusuz, yatırımcılar açısından devletin tek taraflı iradesiyle belki de kasıtlı olarak "sürünge kamulaştırma"³⁴³ benzeri bir uygulamaya gidilmesi böyle bir hükümle önlenmek istenmiştir denilebilir. Ancak, müzakerelerde tarafımızdan da ileri sürüldüğü üzere, şayet tüm dünya üzerinde tatbik edilen bir yeni çevre vergisi (Kyoto Protokolü veya küresel ısınmaya karşı belli sektörlerdeki yatırımlardan ek vergi alınması yönünde bir uygulama gibi) getirilmesi durumunda, bu durum ev sahibi ülkenin tek taraflı iradesinden kaynaklanmış olmayacak, hatta bu yatırım dünyanın her yerinde aynı uygulamaya maruz kalacaktır.³⁴⁴ Böylesi bir durumda da yatırımcının korunmaya değer bir menfaati artık kalmasa gerektir!

İşte bu tür hükümlerin varlığı, kanaatimizce ayrıcalık için yeterli ölçütlerden birini oluşturmaya ehildir. Kaldı ki, yabancı yatırımcılar açısından ev sahibi ülkenin yatırım sonrasındaki uygulamaları, devletin egemenlik hakkını kötüye kullanmasını engelleyen, yani egemenlik riskleri olarak adlandırabileceğimiz kamulaştırma veya benzeri etkiler doğuran ("sürünge kamulaştırma" olarak tanımlanan, aşırı vergi yahut lisans iptali vb.) eylemlerinden kaçınabilmesini veya korunabilmesini

343 Kavram hakkında bkz. Tiryakioğlu, Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, op. cit., s. 179.

344 Maamafih, bu görüşümüz müzakerelerde kabul ettirilememiştir. ESHA'daki mevcut hükme göre, bu türden bir küresel mutabakat durumunda dahi Türkiye, anılan Proje sahiplerine bunu tatbik imkanından mahrumdur.

öngören hükümler, esasen yatırımları korumaya dair ikili veya çok taraflı uluslararası andlaşmalarla teminat altına alınmaktadır. Üstelik bu andlaşmalarda ihtilafların halli için uluslararası tahkim gibi bir olanak da sağlanmakta ve yatırımcı açısından yeterli güvence gereksinimi karşılanmış olmaktadır. Dolayısıyla, ayrıca bir sözleşmeyle taahhüt altına girilmiş olmasındaki isabet derecesi de tartışmalıdır.³⁴⁵

Bununla birlikte, "... ülkelerin ulusal yatırım mevzuatına damgasını vuran en önemli ilke, yabancılar tarafından gerçekleştirilen yatırımlarla yerli yatırımlar arasında eşitlik olmakla beraber, kimi zaman yabancı sermayeyi teşvik amacıyla yabancılara ayrıcalıklı olanaklar tanınabildiği de görülmektedir. Böyle bir uygulamanın sonucu, ulusal mevzuatın yabancı yatırımcıya yerli yatırımcıdan daha iyi bir hukuki koruma sağlamasıdır. Örneğin, böyle bir ülke yerli yatırımcılar için öngörmediği vergi indirimini yabancı yatırımcıya sunabilir veya sosyal mevzuat bakımından yabancı yatırımcılara daha esnek davranabilir."³⁴⁶ Bu gibi uygulamaların günümüzde sıklıkla rastlanabilen nitelikte olduğu dikkate alındığında, bunların kapitülasyonları çağrıştıracak bir düzenleme olup olmadığı nasıl ayırd edilecektir? Bu, yanıtı gerçekten zor bir sorudur! Ancak, kanaatimizce yine de bir ayrıma gidilebilmesi imkan dahilindedir. Nitekim, yatırımcılara öngörülen cezbedici unsurlar genellikle yatırımlara ilişkin arsa temini, su ve elektrik gibi altyapı hizmetlerinden düşük tarifeli yararlanma olanakları, vergi muafiyetleri gibi, genellikle sözleşmeye dayalı uzun vadeli yükümlülükler içermeyen hususlardan müteşekkildir. Bize göre burada aslolan temel unsur, yaratılan ayrıcalığın niteliği ve kapsamı, meydana gelebilecek mali yükümlülüğün veya vazgeçilen maddi gelirin büyüklüğü, yükümlenilen süre gibi unsurlar şeklinde belirlenebilir.

Yine de bütün bunların net bir ayrıma gitme olanağı vermediği açıktır. Ancak, kapitülasyon benzeri ağır hükümler, hukuki muafiyetler ve uzun süreli yükümlülükler içeren sözleşmelere veya taahhütlere girilebilmesi olasılığı dikkate alındığında, her halükârda yargısal bir denetimin (Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmesi gibi) getirilmesi değerlendirilmelidir. Böylece, devlet adına üstlenilen yükümlülüklerin bir imtiyaz boyutuna gelip gelmediği, geldiği yönünde bir yargıya varılması halinde bundan doğabilecek zararların en azından nisbeten bertaraf edilebilmesini teminen getirilebilecek önlemlerin öngörülmesi gibi bir güvenceye kavuşmak olanağı doğacaktır.

³⁴⁵ Yatırım sözleşmelerine tahkim koşulunun konulması ile uluslararası andlaşmalar çerçevesinde tahkim koşuluna yer verilmesi arasındaki farklılıklar üzerinde ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı olarak durulmaktadır (bkz. İkinci Bölüm, A.I).

³⁴⁶ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler*, op. cit., s. 169, 170.

Gerek ESHA'da yer alan hükümlerin düzenlediği konular ve muafiyetler ve gerek bahsekonu sözleşmenin gereğinden fazla ve fevkalade uzun süresi dikkate alındığında, ESHA'nın hukuki açıdan ticari bir sözleşme değil ve fakat "imtiyaz sözleşmesi" mahiyetinde olduğunun ileri sürülmesi şaşırtıcı olmayabilecektir. Nitekim, bu yönde kimi yorumların yapıldığı da görülmektedir. Buna göre, "hattın geçtiği her üç ülkede Anayasaları hariç³⁴⁷ tüm mevcut ve müstakbel hukuk düzeninin üzerine çıkan bahsekonu Proje tahtında imzalanan anlaşmalar, devletlerin kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumak üzere hareket edebilmelerini kısıtlayıcı yükümlülükler getirdiği veçhile... geleneksel imtiyaz sözleşmeleri hükümlerinin dahi çok daha ötesine varan bir boyuttadır."³⁴⁸

Sonuç olarak bir değerlendirme yapmak gerekirse, bahsekonu anlaşmaların yatırımcı şirketler ile devletler arasında hiç de adil ve dengeli olmayan bir hukuki rejim yarattığı açıktır, hatta bir görüşe göre "... hattın geçtiği her üç ülke de hat boyunca egemenliklerini anılan petrol konsorsiyumuna devretmişlerdir."³⁴⁹ Proje kapsamında imzalanan anlaşmaların şirketler lehine yarattığı tek yanlı çıkar mekanizması o kadar belirgindir ki, gerek Proje'de yer alan BP şirketi ve gerek diğer petrol şirketlerince bu andlaşmanın temel metin olarak diğer projeleri tahtında kullanılmaya çalışmakta olması³⁵⁰ bu meyanda oldukça dikkat çekicidir.

Şu halde, bahsekonu Proje kapsamında kamuya yönelik bir hizmet verilmekte olduğu yönünde olası bir algılamadan kaçınılmış olması itibarıyla, imtiyaz kavramı

347 İmza atıldığı andan itibaren, Anayasa'nın mevcut veya müstakbel hükümlerine aykırılık sözkonusu olsa dahi, bu durum sadece iç hukuk açısından bir belirlemeye imkan verebilecektir, ancak şirketin buna karşı uluslararası tahkime giderek tazmin kararı alması mümkündür; zira, bu tür durumlarda hakem heyetlerinin yerel hukuk tahtında anayasalara aykırı olup olmadığı hususunu dikkate almadıkları ve devletin kendi anayasasına aykırı bir sözleşmeyi imzalamış olması halinde sözleşmenin esas alınacağını esas kabul ettikleri ve kendi anayasasına aykırılığı bilerek bir sözleşmeye imza atan devletin bilahare salt bu gerekçeyle sözleşme tahtındaki yükümlülüklerini uygulamaktan kaçınmasının kabul edilemeyeceğini kararlaştırdıkları bilinmektedir.

348 Hildyard-Muffitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 46.

349 İbid.

350 İbid. Nitekim, ülkemizden geçmesi öngörülen müstakbel ham petrol ve doğal gaz boru hattı projeleriyle ilgili olarak şirketlerin benzeri anlaşmaların imzalanması önerisiyle geldiklerine tarafımızdan da şahit olunmuş; hatta, bu minvalde Dışişleri Bakanlığı'nın bir yetkilisince BTC anlaşmalarının istisnai mahiyette olduğu ve Proje'ye ilişkin müzakerelerin yapıldığı dönemin koşullarında şekillendiği, dolayısıyla bundan sonraki sözleşmelerin müzakerelerine esas bir metin teşkil etmesinin kabul edilemeyeceği hususunun vurgulandığı görülmüştür.

bakımından kamu hizmetinin varlığını önkoşul olarak gören "kamu hizmeti" esaslı yaklaşımın da sorgulanması gerekliliği –kaçınılmaz biçimde- ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda son olarak, uluslararası şirketler tarafından devletlere dayatılan ESHA veya YKTK andlaşmaları yahut petrol üretimi paylaşımı sözleşmelerinin ("Production Share Agreements"), içerdikleri aşırı derecede dengesiz hükümler itibarıyla "ekonomik demokrasi"nin önünde bir engel oluşturdukları³⁵¹ yolundaki yorumu atıf yapmakla yetiniyoruz.

B) Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Yöntemleri

I. Altyapıda Özel Sektöre Yer Verilmesinin Tarihsel Gelişimi ve Sosyo-Ekonomik Açından İrdelenmesi

1. Genel

Bir ülkede iktisadi faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde izlenen yöntem, o ülkenin iktisadi politikasını ve rejimini ortaya koymaktadır. XIX. yüzyıldan itibaren 1929 yılında dünyada yaşanan iktisadi krize kadar özellikle gelişmiş Batı ülkelerinde daha ziyade liberal politikalara yer verilmiş, ancak ekonomik krizle beraber "klasiklerin kabul ve temeni ettikleri gibi ekonomik hayatta kendiliğinden muvazene ve nizam teessüs etme(diği için), hadiseler devleti ekonomik hayata müdahaleye zorla(mış)"³⁵² ve böylece liberal iktisadın yerine iktisadi faaliyetleri ifa etmek üzere devletçe yürütülen sosyal politikaların daha fazla ön plana çıktığı bir evreye şahit olunmuştur. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında dünyanın iki kutuplu bir siyasi-ekonomik düzen içinde yapılanması sonucunda, bir uçta bireysel girişimciliğe dayalı piyasa düzeni, diğer uçta ise merkezi planlamaya dayalı olarak devletin iktisadi faaliyetleri neredeyse tamamen bizatihi gerçekleştirdiği bir yapılanma ortaya çıkmıştır.

Öte yandan, bu ikisi arasında yer alan ve bireysel girişimciliğe engel olmamakla beraber, devleti de ekonominin başlıca aktörleri arasında bulunduran –ve de-

351 Hildyard-Muttitt, Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism, op. cit., s. 57.

352 Koloğlu, Mahmut; Ekonomik Muvazene ve Plân, AÜHFD, C. 20, Sy. 1-4, 1963, s. 200.

mokratik planlamaya dayalı karma ekonomi modeli³⁵³ olarak da adlandırılan ekonomik sistemler görülmeye başlanmıştır. Ancak, siyasi-ekonomik anlamdaki bu "rekabetin" piyasa ekonomisini uygulayan ülkeler tarafından kazanılmasının akabinde, 1980'li yıllardan itibaren serbest piyasa ekonomisi sisteminin ağırlıklı olarak dünyada genel kabul gören bir "reçete" haline gelmiş olması, yaklaşık son 30 yıl boyunca dünya üzerindeki süreci belirleyen bir sonuç yaratmıştır. Böylece, dünya devletlerinin İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki nüfus savaşı, siyasi alanda "soğuk savaş" olarak da adlandırılan bu iki kutuplu dünya dönemi sona ermiştir. İki kutup arasındaki karşılıklı silahlanma yarışı, nihayetinde askeri alanda kapitalist batı ülkeleriyle başabaş mücadele edebilmesine karşın ekonomideki rekabet gücünden taviz vermek zorunda kalan doğu blokunun siyasi sahneden çekilmesiyle sonuçlanmıştır.³⁵⁴ Bu noktada, özellikle ABD'nin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) tarafından geliştirilen kıtalararası balistik füzelere karşı "kalkan" olarak uzay destekli bir füze savunma sistemi (bu sistem "Yıldız Savaşları" adıyla da bilinmektedir) kurmaya yönelmesi ve böylece silah dengesinin beraberinde getirdiği "karşılıklı caydırıcılığın" ortadan kalkması tehlikesine karşın Sovyetler Birliği'nin de benzer bir füze sistemi geliştirmeye zorlanması, ancak bunu yapmaya da ekonomik gücünün takatsiz kalması dikkat çekmektedir. Esasen, "(s)osyalist ülkelerde devletleştirilmiş sanayi her zaman sorunlar yarattı; tarımdaki kolektifleştirme ise hiçbir zaman başarılı olmadı. Ama seksenlerin sonuna geldiğimizde herşey birden çöktü."³⁵⁵ Özetle, iki ayrı ekonomik sistemden birisi, diğerine -ekonomisinin ve rekabet gücünün görece üstünlüğüyle- galebe çalmıştır. Neticede, tartışmalı olmakla beraber, "(k)apitalizm(in), Rusya'da marksist sistemin yıkılmasından sonra günümüzde alternatifi olmayan bir ideoloji konumuna gel(diği)"³⁵⁶ derecesinde keskin savların dahi ileri sürüldüğü görülmektedir. "Daha somut bir ifadeyle, liberal temsili demokrasinin karşıtı olan "Marksist demokrasi", 1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin ve Doğu Avrupa rejimlerinin çöküşünden sonra bir alternatif olma özelli-

353 Karma ekonomi ve demokratik planlama hakkında geniş bilgi için bkz. Üstünel, *Ekonominin Temelleri*, op. cit., s. 88 vd..

354 Çoğunlukla bu gelişmenin beklenmedik kadar erken bir sürede gerçekleşmiş olduğu belirtilmektedir; örneğin, 1991 Nobel ekonomi ödülü sahibi Ronald Coase, Sovyetler Birliği'nin çöküşüyle ilgili olarak "(ç)ok şaşırdım, okuduğum ve bildiğim hiçbir şey çöküşün gerçekleşeceğini öngörmüyordu" demektir (bkz. Thomas W. Hazlett; *R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine*, op. cit., s. 81).

355 Belge, Murat; *Devletçilik ve Sol*, Radikal Gazetesi, 1 Temmuz, 1998, s. 9.

356 Güriz, *Kapitalizm ve Hukuk*, op. cit., s. 219.

ğini yitirmiş gözükmetedir.”³⁵⁷ Buna karşın, kapitalizmin tüm sorunları ortadan kaldıran bir reçete sunmaktan uzak olduğunu dile getiren bir görüşe göre “(n)etice olarak, kapitalizm yıkıcı bunalımlara gebe muazzam dengesizlikler ve eşitsizliklerden kendini kurtaram(amakta) ... tüm çelişkilerini ve açmazlarını küresel düzeyde üretirek ve bunalımlara da küresel düzeyde sarsıcı boyutlar ilâve ederek yol al(maktadır)”³⁵⁸.

Bununla birlikte, gerek kapitalizmin ve gerek sosyalizmin (veya başka bir deyimle kollektivizmin) Max Weber’in tabiriyle ideal (ütöpik) iktisat sistemleri olarak algılanması gerektiği, her ikisinin de gerçek hayatta saf örnekleri olmayan düşünce sistemlerinden başka bir şey olmadığı, ülkelerin bu iki uç arasında zaman içerisinde değişen yakınlıklar kurarak karma sistemler uygulayageldikleri, gerçek iktisadi düzenin hiçbir zaman bu iki kutuptan birine –bir ütopyanın gerçek olmasından bahsettirecek derecede- yaklaşmadığı da belirtilmektedir.³⁵⁹

Bütün bu gelişmeler, özellikle 1990’ların başlarından itibaren serbest piyasa ağırlıklı bir ekonomik anlayışa doğru genel bir eğilimin ortaya çıkmasını tetiklemiştir. Bu meyanda devletin iktisadi hayatta daha ziyade “düzenleyici” bir rol alması ve bu meyanda genel olarak ekonomik faaliyetlerin –ve hatta altyapı yatırımlarının dahi- özel sektör tarafından piyasa ekonomisi dinamikleri çerçevesinde içerisinde gerçekleştirilmesi fikri gitgide daha fazla taraftar kazanmaya başlamıştır. Diğer bir deyişle, “(ç)ağımızda, mülkiyetin özelde olduğu, ancak kural ve denetimlerin kamu tarafından yapıldığı, bunun da sonuç vermediği durumlarda doğrudan müdahalenin yapıldığı bir piyasa sisteminde küresel bir konsensüs geliş(mektedir)”.³⁶⁰

Nitekim, 1970’lerde birkaç ülkede başlayan ve 1980’lerde devam ederek 1990’lı yıllar itibarıyla bütün dünyada etkisini gösteren altyapı yatırımlarının liberalleştirilmesi ve özelleştirilmesi eğilimi, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yaşanan mali sıkıntılar nedeniyle daha da önem kazanmıştır.³⁶¹ Örneğin, son on yıllarda

357 Şeylan, *Temsili Demokrasinin Derinleşen Krizi*, op. cit., s. 21.

358 Çağlı, Elif; *Küreselleşme – Eşitsiz ve Bileşik Kapitalist Gelişme*, Haziran 2005 (http://www.marxist.com/elif_cagli/kuresellesme_esitsiz_ve_bilesik_kapitalist_gelisme.htm).

359 Saitzew, E.; *Müdahalecilik*, (Çev. Avni Zarakolu), AÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 1955, s. 318, 319.

360 Güneş, Hurşit; *Yüceleştirilen Piyasa Kavramı*, Milliyet Gazetesi, 11 Ağustos, 2006.

361 Neil, Roger; *Recent Trends in Private Participation in Infrastructure*, Public Policy for the Private Sector Newsletter Series, Note No. 196, The World Bank, Washington, D.C., September, 1999, s. 167.

altyapıda özel sektörün katılımı olağanüstü bir büyüme göstermiş ve 1988'deki 100 milyon ABD Dolarlık özel sektör altyapı yatırımına karşın 1996'da 20 milyar ABD Dolarlık bir hacim gözlenmiştir.³⁶² Öte yandan, 1980'lerin sonlarından itibaren Latin Amerika ve Karayipler bölgesinde 1.000'in üzerinde altyapı faaliyeti özel sektöre devredilmiştir.³⁶³ Son yıllarda giderek hızlanan teknolojik gelişmeler, daha önceleri doğal tekel olarak görülen birçok piyasanın yapısını değiştirmiş ve bu faaliyetlerin doğal tekel niteliklerindeki değişimler³⁶⁴ sonucunda piyasa içi rekabete açılmasına olanak sağlamıştır.³⁶⁵ Bu çerçevede, rekabete olanak sağlayan teknolojik gelişmeler sonucunda telekomünikasyon ve enerji sektörleri 1990'larda özel sektör yatırımlarının gözlendiği başlıca altyapı sektörleri olmuştur.³⁶⁶

Bu gelişmeler özellikle İngiltere'de "Thatcherism" olarak adlandırılan ve 1980'li yıllarda uygulanmaya başlayan liberalleşme hareketleriyle kendini göstermiştir. Bu politika sadece rutin ekonomik faaliyetlerin özelleştirilmesiyle sınırlı kalmamış ve geleneksel olarak kamu tarafından gerçekleştirilen altyapı faaliyetlerinin de özel sektör eliyle ifa edilmesine kadar uzanmıştır.³⁶⁷ O kadar ki, İngiltere'deki bu gelişim daha sonraları 1990'lı yıllarda "Private Finance Initiative-PFI (Özel Sektör Finansman Girişimi)"³⁶⁸ adıyla literatüre geçmiş ve bu faaliyetlerin ne şekilde gerçekleştirilebileceğine ilişkin yüzlerce sayfalık hacme ulaşan ve uygulamaya yönelik ilke ve esasları gösteren kitapçıklar hazırlanmıştır.³⁶⁹

³⁶² Irwin, Timothy - Klein, Michael - Perry, Guillermo E. - Thobani, Mateen; Dealing with Public Risk in Private Infrastructure: An Overview, World Bank Latin American and Caribbean Studies, The World Bank, Washington, D.C. 1997, s. 2.

³⁶³ Guasch, op. cit., s. 141.

³⁶⁴ Atıyas, İzak; Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999, s. 49, 50.

³⁶⁵ Çakal, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, op. cit., s. 1.

³⁶⁶ Neil, op. cit., s. 168.

³⁶⁷ Fox, Jason & Tott, Nicholas; The PFI Handbook, Jordan Publishing Limited, 1999, s. 6.

³⁶⁸ Fox, op. cit., s. 6. Keza, The Private Finance Initiative, The Essential Guide, The Royal Institution of Chartered Surveyors, RICS Business Services Ltd., September, 1995, s. 7; Merna, Tony & Owen, Gareth; Understanding the Private Finance Initiative, Asia Law and Practice Publishing Ltd., s. 1.

³⁶⁹ İngiltere Hazinesi tarafından yapılan 22.07.1999 tarihli bir basın açıklamasında, PFI yaklaşımı ile müteakip üç yıl içerisinde 1 milyar İngiliz Sterlini tutarında tasarruf sağlanacağı ve keza bu model tahtında hastane, eğitim (okul) ve ulaştırma sektörlerinde toplam dört milyar İngiliz Sterlini tutarında sözleşmelerin imzalanmış olduğu belirtilmektedir (bkz. www.treasury.gov.uk/PFI).

Bu noktada "altyapıya özel sektörün katılımı" kavramına açıklık getirmekte yarar görüyoruz. Özellikle ekonomide liberalleşme hareketlerinin hız kazanmasıyla, normal olarak iktisadi faaliyetlerin hemen tamamen özel sektör tarafından ifa edilmesi anlayışı benimsenmiş, ancak genel kabule göre altyapı yatırımlarının çok büyük yatırım tutarlarına ihtiyaç duyması "ve kamu fonlarının sınırlı olması (nedeniyle sözkonusu yatırımlar) sanayileşmiş veya gelişmekte olan ülkelerin büyük çoğunluğunda geleneksel olarak kamu kuruluşları tarafından ifa edilmiştir."³⁷⁰ Yatırım tutarlarının büyüklüğünün yanı sıra altyapı sektörünün kamuda kalmasında bir başka temel etken ise, bu yatırımlar sonucunda üstlenilen hizmetin sunulması sırasında niteliği gereği rekabet unsuruna hiç -ya da gereği kadar- yer verilememesi, böylece bu hizmetlerin büyük yatırım tutarlarına rağmen özel sektör tarafından yapılması ihtimalinde dahi -rekabet eksikliği nedeniyle- fiyatlandırmanın ve tekel konumundaki özel sektörçe sağlanan hizmetlerin sorunları da beraberinde getirmesi olmuştur.³⁷¹

³⁷⁰ Guasch, op. cit., s. 1.

³⁷¹ Rekabete açık sektörlerde özel girişimin vereceği hizmet -genel sağlık ve benzeri kamusal mülahazalar dışında- rekabet esasları çerçevesinde, kendi dinamikleri içerisinde şekillenmektedir. Oysa tekel konusu sektörlerde rekabet eksikliği, bir düzenleyici kurumun hizmetin yerine getirilmesi esaslarına ilişkin çok daha doğrudan müdahalesine gereksinim göstermektedir. Sözelimi, bir şehrin su dağıtımını belediye (veya belediyenin bir şirketi) yerine özel sektör üstlenmişse, belediye sadece fiyatın belirlenmesi yetmemektedir. Bu durumdaki özel girişimci kendi doğası gereği kârını çoklamaya eğilimli olacağı için, hizmet kalitesinden sarfı nazar etmeye çaba sarf edecektir. Sözelimi, yeraltındaki su şebekesinde ilave yatırımlarla iyileştirmeye giderek su kayıp ve kaçaklarını azaltmak yerine, mevcut kayıp kaçakların mali yükünü -tekelci konumundan dolayı- fiyatlarına yansıtmak üzere düzenleyici otoriteye fiyat artışı talebiyle gitmesi, şirketin kendi mantığı açısından daha tercih edilen bir politika olacaktır. Bunu engelleyecek tek bir seçenek öngörülebilir: Şirket ile düzenleyici kurum (örneğinimizde ilgili şehrin belediye otoritesi) arasındaki sözleşmede fiyatların tesbitiyle ilgili olarak gerekli yatırımların gerçekleştirilmesi hususunun açık bir zorunluluk olarak şirkete yüklenmiş olması ve aksi halde tarifeye örneğimizdeki gibi bir artışın yansıtılmayacağı hükmünün konulmuş olması gerekir. Kuşkusuz, bu tür hükümlere etkinlik kazandıracak şekilde bir düzenlemeye gidilmiş olması her zaman beklenemeyecektir.

Son zamanlarda bu duruma ilişkin örneklere gelişmiş ve altyapı özelleştirilmelerinde fevkalade deneyim kazanmış olan bir ülke olarak İngiltere'de dahi rastlanmaktadır. Londra şehrinde su şebekesi dağıtım işini üstlenmiş bulunan Thames Water şirketi, rekor seviyede kâr elde ettiğini açıklamasına karşın, öngörülen program çerçevesinde yapması gereken altyapı iyileştirme yatırımlarıyla su şebekesindeki kayıpları azaltma görevini üst üste 3 yıl boyunca savsaklayarak, bunun yerine kolayca maliyetleri fiyatlarına (yani su tarifesine) yansıtmakla eleştirilmektedir (bkz. Financial Times, "Fund Management" eki, 31 Temmuz, 2006, s. 7). Anılan şirketin, yukarıda belirttiğimiz şekilde altyapının gerektirdiği yatırımları yapmak yerine şebekedeki su kayıplarının maliyetini fiyatlara yansıtmayı tercih ettiği yönünde eleştirildiği hususu bahse konu haberde açıkça dile getirilmektedir.

Bir başka ifadeyle, bu sektörlerde "doğal tekel" niteliğinin bulunması, ya bu faaliyetlerin kamu tarafından yerine getirilmesi, ya da özel sektör eliyle gördürül-

Özel sektörün bu türden davranışlarına bir başka örnek ise, Amerika Birleşik Devletleri'nde Ford otomobil fabrikasıyla ilgili olarak yaşanmıştır: Yakıt tankını arka bagajda tehlikeli bir noktada konumlandırılmış olduğu için ölümcül kazalara neden olan Pinto modelinde değişikliğe gidilmesinin 137,5 milyon ABD Dolarına mal olacağını hesaplayan şirket yönetimi, bunun yerine ortalama olarak yaklaşık 180 adet yanmadan kaynaklanan ölümün, aynı sayıda ölümcül olmayan yanma vakasının ve 2.100 adet yanan aracın toplam maliyetinin yaklaşık 50 milyon ABD Dolarına baliğ olacağını hesaplamak suretiyle, daha kârlı olacağı düşüncesinden hareketle üretim hattı değişikliğinden sarf-ı nazar etmeyi tercih etmiştir (bkz. [Ford Fuel System Crashworthiness](http://www.safetyforum.com/fordfuelfires), <http://www.safetyforum.com/fordfuelfires>). Bu durumun açılan bir dava sürecinde kanıtlanması üzerine, Amerikan mahkemelerince Ford şirketi aleyhine -Türk hukuk düzeninde yer almayan- "cezalandırıcı tazminat ("punitive damages")" ödenmesi hükmü getirilmiş ve bunun tutarı şirketi anılan yatırıma sevk edecek şekilde milyar Dolarlara ulaşan bir seviyede tutulmuştur. Yine aynı şirket aleyhine bir başka davada 1,2 milyar ABD Dolarlık "punitive damages" tazminatı ödenmesi yönünde hüküm verildiği bilinmektedir (bkz. Priest, George; [Punitive Damages and the Public Interest](http://www.manhattan-institute.org/html/punitive_damages.htm), Manhattan Institute for Policy Research, 30 Kasım, 1999 (www.manhattan-institute.org/html/punitive_damages.htm)).

(Not: ABD'ndeki cezalandırıcı tazminatın davacıya verilmesi eleştirilmekte ve "davacı zaten kendi uğradığı zararı ayrıca tazmin ettirmektedir, cezalandırıcı tazminat daha ziyade muhatabı belli bir yolda davranmaya sevk edebilmeyi öngören "sosyal" amaçlı bir cezadır, şu halde bu tazminatın davacıya verilmemesi daha doğru olacaktır" şeklinde itirazda bulunmaktadır. Ancak bu defa, davacının cezalandırıcı tazminatı talep etmesi için de bir motivasyonunun olması gerektiği savunulmaktadır, aksi halde davacılar böyle bir iddiadan uzak duracaklardır. Bu amaçla önerilen çözümlerden birisi, cezalandırıcı tazminatın bir kısmının teşvik amaçlı olarak davacıya bırakılması, bir kısmının davayı açan avukata verilerek onların da teşvik edilmesi, kalanının ise o sektörle ilgili sosyal amaçlı kullanımlara yönelik fonlara tahsis edilmesidir (bkz. Sharkey, Catherine; [Should California Get Seventy-Five Percent of Plaintiffs' Punitive Damage Awards?](http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040603_sharkey.html), 3 Haziran, 2004 (http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040603_sharkey.html); ayrıca, bkz. [Supremes Gut Punitive Damages](http://www.monttla.com/KUFM/2003/2003_5-20_comm.html), KUFM Commentary, 20 Mayıs, 2003 (http://www.monttla.com/KUFM/2003/2003_5-20_comm.html)). Bu önerinin akla yatkın geldiğini belirterek noktalamak ve Türk hukukunda da benzeri bir kavrama gereksinim duyulduğu yönündeki kanaatimizi zikretmekle yetiniyoruz.)

Yine, bu defa Afrika'da (Nairobi, Tanzania), yine bir İngiliz şirketi (City Water) tarafından işletilen içme suyu şehir şebekesinde işletmecî şirketin "şebekede gerekli yatırımları gerçekleştirmemesi nedeniyle" hükümet tarafından (imtiyaz) sözleşmesinin feshedildiği", keza "hükümetin elektrik şirketinin işletmeciliğini üstlenmiş bulunan özel şirketin (Tanzania Electric Supply Company - TANESCO) 2006 yılı sonunda süresi dolacak olan sözleşmesini uzatmayacağını ifade ettiği", bu noktaya gelinmesinde içme suyu şebekesinde yapılacak yatırımlarla ilgili olarak "özel sektöre taşıyamayacağı risklerin aktarılmış olması" ve keza "şehir şebekesi altyapısının fiziksel durumuyla ilgili yeterince bilginin en başta ortaya konulmadığı ve sözcgelimi şebekeye eklenen pompalardan kaynaklanan ilave basıncın şebekedeki borularda patlamalara neden olduğu" belirtilmektedir (bkz. [Buying Public Utilities Here is a Risky Business](http://allafrica.com/stories), The East African News, 31 Temmuz, 2006 (<http://allafrica.com/stories>)).

Dolayısıyla, piyasa mekanizması içerisinde kamu yararı için gereken düzeltmeyi-yatırımları yapmayabilen özel sektöre karşı her zaman için düzenleyici kamu otoritesinin devreye girmesi -her men her sektörde ve fakat özellikle tekelci alanlarda- gerekmektedir.

mekle beraber fiyatlandırmanın -ve hizmetin ifasının- kamu eliyle yakından denetlenmesi ve regüle edilmesi, özetle "devletin piyasalara müdahale etmesi"³⁷² gereğini ortaya çıkarmaktadır.³⁷³ "Esasen, devlet ile piyasa arasındaki sınır, sade-

³⁷² Bkz. Güneş, *Yüceleştirilen Piyasa Kavramı*, op. cit.

³⁷³ Devlet, piyasadaki işleyişe her zaman müdahale etmek durumunda kalabilmektedir. Bu durum, altyapı sayılmayan günlük ticari ilişkilerde de düzenleme gereğini beraberinde getirmektedir. Esasen, Anayasa'nın 167. maddesinde yer alan "piyasaların işleyişinin düzenlenmesi ve kontrol edilmesi" hükmü de buna işaret etmektedir. Rekabetin korunmasına ilişkin kurumlar ve düzenlemeler, bu gereksinimin sonucunda ortaya çıkmıştır. O kadar ki, tamamen yasalara uygun olarak devleşen ve piyasada hakim duruma gelen şirketler, devlet zoruyla daha küçük işletmelere bölünerek aralarında tekrar rekabet oluşturulmasının amaçlandığı görülebilmektedir. ABD'ndeki Standart Oil ve Microsoft uygulamaları buna bir örnektir (Microsoft davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demiröz, Ali - Senyücel, Orçun; *Microsoft Davasına Genel Bir Bakış*, Rekabet Dergisi, C. 1, Sy. 4, Ekim-Kasım-Aralık 2000, s. 43-67; keza, bkz. Oğuz, Fuat; *Nereye Kadar Rekabet-1: Microsoft ve Rakipleri*, Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004, s. 171-174). Öte yandan, Adam Smith'in öngördüğü şekilde birey için iyi olanın toplum için de her zaman iyi olacağı yaklaşımı, liberalistler tarafından dahi her zaman geçerli addolunmamaktadır. Nitekim, genel olarak Adam Smith'in büyük bir hayranı olduğunu açıkça dile getiren Financial Times Gazetesi, küresel ısınma ve balık neslinin aşırı avlanması sorunları karşısında bireysel çıkarın, öngörünün tam tersine toplum zararına neden olduğunu vurgulamakta, işlevsel bir düzenleyici mekanizma kurulmasının insanlığın geleceği için elzem olduğuna işaret etmektedir (bkz. Financial Times, *Keeping Fish in the Sea and on the Menu*, 4 Kasım, 2006, s. 6). Esasen, idare hukukunun başlıca varlık nedenlerinden biri de, işte bu şekilde ortaya çıkan "kamu çıkarını ve yararını korumak ve kollamak" gereksinimidir. Öte yandan, serbest piyasa yaklaşımının sınırsızlık ve kuralsızlık olmadığı açıktır. "İnsanlığın kaderi serbest piyasa ilişkilerine teslim edil(erek)... kamu alanı tasfiye edil(mek suretiyle) her şey, sağlık, eğitim, hatta su, genetik kodlar dahi metalaş(tırılırken), bir an evvel... kamu çıkarı tanımını anımsayıp... temel hizmetler... alanlarında tedbir almaya başlayalım. Gerekli finansmanı da... iyice parazitleşen, dünyada serbestçe avlanarak yeterinde sermaye biriktiren mali sermayeyi vergilendirerek sağla(yalım). Serbest piyasa ayetullahlarına kulaklarımızı kapatalım.. Bu güne kadar insanlığa ... çok pahalıya mal oldular" (Yıldızoğlu, Ergin; *Hüzünlü Bir Tatmin Duygusu*, Cumhuriyet Gazetesi, 8 Kasım, 2006). Buradaki öneri bir açıdan ilginçtir: Çoğu zaman vergilendirmede mali piyasaların üzerine gidilmediği bir gerçektir ve çoğu zaman da ağır biçimde eleştirilmekte, verginin emekçi kesim üzerinde bırakıldığı, "rantiye" kesiminin ise kollanarak vergiden muaf tutulduğu görüşleri seslendirilmektedir. Ancak, sermaye hareketlerinin küreselleşme ve teknolojik olanaklar sayesinde olağanüstü bir serbestiye kavuşması gerçeği dikkate alındığında, devletlerin bireysel hareketlerle bu alanı vergilendirme yeteneklerinin daralmış bulunduğu hususunu da dikkate almakta yarar vardır. Zira, sermaye verginin daha az olduğu kesimlere kolayca akabilmektedir, oysa emek yine eski sınırlamalarla bağlıdır, hatta "... emek piyasaları her şeyin serbestleştiği iddiasında olan dünyada sınırlandırılmış belki de tek piyasadır" (bkz. Köse, Ahmet Haşim; *İktisadın Krizinden Toplumun Krizine: Nereye Gidiyoruz?*, Mülkiye Dergisi, Eylül-Ekim 2002, Sy. 236). Yine bu bağlamda, sermaye hareketlerine liberaleşme adı altında serbesti getirilirken emeğin uluslararası dolaşımına çok sıkı kontroller getirilmesinin, "serbest" piyasa savunucularının ekonomik alanda aslında devlet müdahalesini ortadan kaldırmayı değil, bu müdahalenin amaç ve mekanizmalarını değiştirerek belli bir sınıf lehine ortam yaratmayı hedeflediği de ileri sürülmektedir. (bkz. *Bir Özelleştirme Modeli: Halka Arz Yöntemi ve TÜPRAŞ*, Petrol-İş Sendikası Ya-

ce mülkiyetin özel sektörde veya kamuda olmasıyla çizilemez, daha ziyade “kontrolün şekli” ile alakalıdır; kamu mülkiyetinde doğrudan politik kontrol sağlanması veya özel sektör mülkiyetinde piyasanın regülasyonu³⁷⁴ suretiyle dolaylı biçimde politik müdahalede bulunulması süreci sözkonusudur! “... Zaman içerisinde

yını: 73, Kasım 2001, s. 12). Bu meyanda, bir anlamda devletler arasında bir vergi rekabetinden bahsedilebilir. Bu itibarla, sermayeye vergi konulabilmesi için, öncelikle pratikte dünya ölçeğinde bir küresel mutabakat zemini sağlanması gereklidir. Nitekim, küresel piyasaların küresel düzenleyici bir rejim kurulmaksızın “sürdürülebilir” olmayacağı da ileri sürülmektedir (bu konudaki ayrıntılı ve çarpıcı tesbitler içeren bir analiz için bkz. Rodrik, Dani; *Feasible Globalizations*, Temmuz 2002 (http://ssrn.com/abstract_id=349021)). Aksi halde, alınan vergi önlemleri sermayenin o ülkeden uzaklaşıp diğer ülkelerde toplanmasından başka bir sonuç doğurmayabilecektir. (Nitekim, bunun son örneği Tayland tarafından sermaye hareketlerine getirilen kısıtlama çerçevesinde görülmüş ve sermaye çıkışlarının maliyetli hale getirilmesi kararının hemen ardından Tayland borsası çökmüş, bunun üzerine yetkililerce kimi muafiyetlerin getirilmek zorunda kalındığı gözlenmiştir (bkz. Kumcu, Ercan; *Çıkış Zorsa Giriş de Zor Olur Girenler de Çıkar*, Hürriyet Gazetesi, 22 Aralık, 2006)). Esasen, küreselleşmeyle ülke sınırları ve ulus devlet egemenliğine dayalı eski dünya düzeni artık etkinliğini giderek kaybetmektedir. Çözüm ise, küresel mutabakatların ve düzenlemelerin, önlemlerin güçlendirilmesi yolundaki çabaların hızlandırılmasından geçmektedir. Kuşkusuz burada kastımız ulus devletlerin sonunun geldiği yolunda bir kehanette bulunmak değil, sadece, küresel sorunların ancak ulus devletlerin küresel ölçekteki işbirliğiyle sonuç alabileceğidir. Öte yandan, küreselleşmenin sadece bir sınıf lehine yararlar sağlayacak şekilde kurgulandığı da söylenebilir. Sözgelimi, yatırımların korunması üzerinde kopan vaveyla sayesinde uluslararası anlaşmalarla devletlerin egemenliği üzerinde kısıtlama getirilerek, yatırımcılara devletleri uluslararası tahkim heyetleri önünde dava edebilme olanağı tanınırken, bir ülkede çalışan göçmen işçinin o ülkenin vatandaşı olan işçilerin haklarından yararlandırılmaması karşısında bahse konu ülke aleyhine benzer biçimde dava açabilmesi olanağının tanınmadığı ve bu durumda kendi ülkesinin diplomatik korunmasına sığınmaktan başka olanağa sahip kılınmadığı şeklinde, büyük oranda katıldığımız, dikkat çekici eleştirilere rastlanmaktadır (bkz. Harten, Gus Van; *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, New York 2007, s. vii, 9 ve 10).

- 374 “Regülasyonun formel tanımı şöyle(dir): Bir faaliyete ait tercihlerin, o faaliyete doğrudan taraf olmayan bir organ tarafından kasıtlı ve amaçlı olarak kısıtlanması ve sınırlanması sürecine regülasyon denir. Kısıtlamayı yapan otorite, bunu yasama, idari ve adli (kimi) işlevleri tek bir siyasi organda toplayarak çağdaş devlet adına gerçekleştirir.” (Durgut, Metin; *Özelleştirme ve Regülasyon*, EMD, Sy. 392, 1993/2, s.95). Bir başka tanıma göre ise regülasyon, “tam rekabetin olmadığı sektörlerde, doğal tekellerin yarattığı olumsuzlukların giderilmesi ve ekonomik etkinliğin sağlanabilmesi, devletin piyasa aksaklıklarının giderilebilmesi için çeşitli kurumları eliyle bu piyasalara müdahale etmek amacıyla geliştirdiği yöntemler” olarak ifade edilebilir (bkz. Erol, Mesut; *Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum*, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No. 2680, Ekim 2003, s. 23).

tecrübeler göstermiştir ki, kamu mülkiyeti ile kamu kontrolünün “bir ve aynı şey” oldukları varsayılamaz³⁷⁵; kamu mülkiyetinde olunması keyfiyetinden bağımsız olarak kamu kontrolünden söz etmek mümkündür. Dolayısıyla, altyapı faaliyetlerinin özelleştirilmesinde de “kontrol” den daha çok “mülkiyet” kavramı öne çıkmaktadır, zira altyapı faaliyetleri ister kamunun ister özel sektörün mülkiyetinde olsun aynı sıkı regülasyonlara tâbi tutulma zorunluluğuyla karşı karşıyadır; yani, mülkiyetin kimde olduğu hususu regülasyonun gerekliliği üzerinde rol oynamaz.³⁷⁶ Aradaki temel fark, rekabetin kamu mülkiyetinde gerçekleştirilmesinin özel sektör mülkiyetine kıyasla çok daha zor olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Bu manada, liberalizasyon ile özelleştirme arasında doğal bir tamamlayıcı nitelikten söz edilebilir.³⁷⁷ Burada belirtilen husus, aslında konunun gerek ülkemizde ve gerek yabancı literatürde yoğunlukla hatalı bir şekilde algılandığını ustaca vurgulamaktadır. Kamu hizmetlerinin özel sektör veya kamu tarafından sağlanmasında çoğu kez mülkiyetin hangi tarafta olacağı üzerinde yoğunlaşmış olması doğru değildir, asıl odaklanılması gereken husus, verimliliğin nerede ve nasıl sağlanacağıdır. “Deneyimler göstermiştir ki, verimlilik mülkiyetin kimde olduğuna değil, regülasyonun nasıl sağlanacağına bağlı olarak değişmektedir. Nitekim, yapılan çoğu çalışmada kamu mülkiyetine kıyasla özel sektör altyapı hizmetlerinde maliyet veya teknik verimlilik açısından fazla fark olmadığı ileri sürülmekle birlikte, daha sonraki araştırmalar özel sektör eliyle işletmeye geçtikten sonra altyapı hizmetlerinde daha iyi bir performansa işaret etmektedir.

Bununla birlikte verimlilik, mülkiyet yapısını değiştirmeden kimi regülasyon değişiklikleriyle de sağlanabilir. Nitekim, Norveç’te aynı mülkiyet yapısıyla birden fazla kamu şirketi kurulmasını öngörmek suretiyle rekabeti sağlayabilmiş ve önemli verimlilik artışları elde etmiştir. Bu da, özelleştirmenin mi, yoksa rekabetçi yapıya yönelik regülasyonların mı öncellenmesi gerektiği sorununu açıkça yanıtlayan güzel

³⁷⁵ Müftüoğlu, Tamer – Karabudak, Banu; İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, Sy. 11, Temmuz-Ağustos-Eylül 2002, s. 6.

³⁷⁶ Harris, Clive; Private Participation in Infrastructure in Developing Countries: Trends, Impacts, and Policy Lessons, World Bank Working Paper No. 5, Dünya Bankası Yayını, Washington, D.C., Nisan 2003, s. 25.

³⁷⁷ Newberry, Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Industries, op. cit., s. 385-386.

bir örnek oluşturmuştur.³⁷⁸ Nitekim, benzer bir yaklaşımın başlangıç dönemlerinde AB'nde de benimsendiği görülmektedir. Bu meyanda, "kamu hizmeti yürüten işletmelerin özel veya kamu sektörü mülkiyetinde olmalarının Komisyon için bir öneminin bulunmadığı, asıl amacın bu hizmetlerin tekelci karakterini ortadan kaldırmak olduğu açıkça ifade edilmektedir."³⁷⁹ Hatta, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, devletleştirmeye yönelik hükümlerin Anayasa'ya aykırılığıyla ilgili olarak "devletleştirmenin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı"na hükmedilmekle, kanaatimizce devletleştirmeye, yani mülkiyetin devlete aktarılmasına gerek olmaksızın özel sektör mülkiyeti üzerinden de -düzenlemelere gitmek suretiyle- sosyal devlet ilkesinin gereklerinin yerine getirilebileceği anlayışına sahip olduğu düşünülebilir.³⁸⁰

Nitekim, Alaska bölgesinde petrol istihsalı faaliyeti yürüten ve ürettiği petrolü bir boru hattıyla taşıyan BP şirketi, boru hattında uzun yıllar boyunca ortaya çıkan aşınmayı gidermek için gerekli yatırımları yapmayı -buradaki petrol yataklarının tükenmeye yüz tutması nedeniyle yeni petrol sahalarına yatırım yapmak daha kârlı olduğu veçhile- ihmal etmiş, sonuçta 6.000 varillik petrolün çevreye sızması üzerine kendi inisiyatifıyla petrol boru hattının faaliyetini durdurmuştur. Bu durum anılan şirketin çevreye duyarlılığıyla izah edilebilir görünmekle beraber, asıl nedenin yerel düzenleyici kurumların BP aleyhine soruşturma açacaklarına dair işaretlerin alınması nedeniyle şirketin bir adım önce davranarak kamuoyundaki "çevreci" itibarını korumayı hedeflemesinden ileri geldiği belirtilmektedir; özetle, burada düzenleyici kurumların sadece varlığının dahi nasıl bir etkinlik kazandırmakta olduğu dikkati çekmektedir. Nitekim, bu tür bir düzenleyici kurum yapılanmasına rastlanmayan Nijerya'da petrol şirketlerine güvenlik ve çevre konularına benzer kuralların dayatılmamakta olduğuna da değinilmektedir.³⁸¹

378 Newberry, David M.; *A Template for Power Reform*, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996, s. 31. Buna karşın, "(y)aygın bir biçimde dile getirilen "özel sektör teşebbüslerinin daha etkin oldukları" yolundaki kanının, karşılaştırılabilirlik sorunları nedeniyle, çoğu durumda yalnızca bir varsayım değeri taşıdığı" ve "rekabetçi bir ortamda faaliyet gösterdikleri sürece, kamu teşebbüslerinin özel sektöre kıyasla daha az etkin olduklarını ortaya koyan bir bulguya rastlanmadığı" da ileri sürülmektedir (bkz. Müftüoğlu - Karabudak, *İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler*, op. cit., s. 7).

379 Bkz. Ulusoy, D. Ali; *Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler*, AİD, C. 31, Sy. 2, Haziran 1998, s. 35.

380 Bkz. Özbudun, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 1995, s. 109.

381 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Better for BP to Spill the Beans Than the Oil, Tough Regulation Can be in the Oil Companies' Own Interest*, Financial Times, 8 Ağustos, 2006, s. 8.

Özel sektör eliyle kamusal nitelikli yatırımların yapıldığı, ancak sıkı düzenleyici kurallar ve kurumlar aracılığıyla düzenlendiği bu türden uygulamaların etkinliği ile benzeri yatırımların devlet eliyle yapıldığı ülkemizdeki uygulamalar kıyaslandığında, çarpıcı bir farklılık görülmektedir. Sözgelimi, Muğla bölgesindeki Gökova körfezinde devlet eliyle kurulan ve işletilen Yatağan ve Yeniköy linyit termik santrallerinin baca gazı arıtma tesislerinin bir türlü devreye alınamaması üzerine çevre kirliliğinden etkilenen yerel vatandaşlarca dava açılmış³⁸² ve idare mahkemesince santrallerin işletmesinin durdurulması kararı verilmiştir.³⁸³ Ancak, işletmelerin kapatılmasına ilişkin bir mahkeme kararının varlığına rağmen, idare bu kararı –elektrik gereksinimini gerekçe göstermek suretiyle- uygulamamayı teminen bir Bakanlar Kurulu Kararı alarak işletmeye devam edebilmiştir! Oysa, “böyle bir mahkeme kararı uygulanmasın... memleketin yüksek menfaatleri bunu icap ettiriyor, enerji gereksinimi var, bu nedenle mahkeme kararları uygulanmasın” biçimindeki bir idari işlem, bir Bakanlar Kurulu Kararı, yok hükmündedir.”³⁸⁴ Nitekim, bir Danıştay kararına göre de “... bir yargı kararını aynen veya gecikmeksizin uygulamaktan başka bir seçeneği olmayan idarelerin yargı kararlarına uymaması, karar gerek-

382 Noyan, Özkan; *Hukuk Kurultayı 2000* (14 Ocak, 2000), Ankara Barosu Yayını, s. 379.

383 Özelleştirme adı altında ETKB tarafından anılan santrallerin İHD yöntemiyle özel sektöre devrinin gündeme geldiği sıralarda, çevreye olumsuz etkileri bilinen bu santrallerin özel sektöre devredilmesinden sonra çevreye zararları nedeniyle mahkemelerce faaliyetlerinin durdurulması tehlikesi görüldüğü için, bir yasa çıkarılarak anılan santrallerin çevre yatırımlarının yapılacağı iki yıllık süre boyunca çevre mülahazalarıyla faaliyetten alıkonulamayacaklarına dair bir yasal düzenleme getirilmesi önerilmiştir. Böyle bir düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olacağı yönündeki ısrarlı bürokratik itirazlara karşın, 4628 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin 2. fıkrasında bu yönde bir düzenlemeye gidilerek, “(İ)şletme hakkı devir işlemleri... tamamlanan (projelerden), çevre kirliliğini önleyici tesisleri TEAŞ tarafından yapılanların bitirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin alınması için, devir tarihinden itibaren iki yıllık süre tanınır. Bu süre zarfında söz konusu tesislerdeki elektrik üretim faaliyeti bu gerekçeyle durdurulamaz.” hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemenin, işletme hakkının devredilebilmesi için çaba sarf edilmekte olan bahse konu santraller için getirildiği açıkça görülmektedir. Ancak, bu tür bir düzenlemenin Anayasa'nın 56. maddesine ifadesini bulan “bireylerin sağlığını koruma zorunluluğu” açısından aykırılık içermesi bir yana, sağlığa aykırı bir üretim tesisinin yasayla iki yıl için üretime devamının öngörülmesi, sağlık ile ilgili bedelin ne olacağından bağımsız bir kesinlik anlamına geleceği için de son derece ilginçtir! Öte yandan, TEAŞ tarafından çevre sağlığı için gerekli tesislerin yapımına girilmiş ancak tamamlanmamış durumdaki santraller ile aynı nitelikteki özel sektör santrallerine bu tür bir ayrıcalığın tanınması söz konusu değildir ve bu santraller aleyhine ayrımcılık anlamına da gelebilecektir. Yargıyı bertaraf etmeye yöneldiği düşünülebilecek bu tür yasal düzenlemeye gidilmiş olmasında isabet görülemez, zira sağlığa bedel biçilebilmesi her türlü hukuki mülahazanın ötesindedir ve hiç bir gerekçeyle mazur gösterilemez.

384 Günday, *Hukuk Kurultayı...*, op. cit., s. 383.

lerine göre işlem ve eylemde bulunmaması ya da biçimsel nitelikte uygulamalarla yargı kararlarını etkisiz veya geçersiz kılması sözkonusu olamaz. Aksine anlayış ve tutum, Anayasa ve Yasanın özüne ve sözüne olduğu kadar hukuk devleti ve hukukun temel ilkelerine de açıkça aykırılık oluşturur.”³⁸⁵ Bir Danıştay üyesinin ifadesiyle, “... yargısal denetimin amacına ulaşması (ve) hukuka uygunluğun sağlanabilmesi, idarenin yargı kararlarını uygulaması ... halinde mümkündür. Oysa hukukla barışık olmayan Türk idaresi, yargısal denetime direnç göstermektedir.”³⁸⁶ İdarenin yargı kararlarını uygulamaması, “... idare ile yargı kararları arasındaki bir uzlaşmazlık değildir yalnızca, gerçekte Türkiye idaresi ile “hukuk” arasındaki bir uyumsuzluk ve gerilimdir... (D)evletin kendisinin koyduğu kurallar karşısında eğilmesi... paradoksal bulunmaktadır. Dolayısıyla, hukuktan kaynaklı bir “yasallık”, devlet ve idare `ethos`undan kaynaklı bir `meşruiyet` karşısında yenilgiye uğratılmaktadır.”³⁸⁷ Kaldı ki;

“İdare, iptal kararının amaç ve anlamına göre yeni bir işlem yapmak, iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmak ... önceki hukuki durumu yürürlüğe koymakla yükümlüdür.”³⁸⁸

Öte yandan, mahkemenin iptal kararına uyulmaması ve buna karşın işlem veya eylemden zarar görenlerin zararlarının idarece tazmin edilmesi yönüne gidilmesi de savunulamaz. Nitekim, bu yöndeki Danıştay kararına göre;

“Karar uygulanmasa bile, ilgilinin zararının tazminat ödemekle giderilebileceğini düşünmek de olası değildir. Çünkü, yargı kararlarının uygulanması konusunda, Anayasa ve diğer yasalarda ademi infaz nedeniyle açılan davalarda yargı yerlerince verilen kararlarda, idareye bir seçenek tanınmamıştır. Başka bir anlamıyla, idarenin, isterse kararı uygulaması, istemezse hukuki ve fiili imkansızlıktan söz

³⁸⁵ Bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 27 Şubat, 2003 tarih ve E.2003/14, K.2003/25 sayılı kararı.

³⁸⁶ Ünlüçay, Mehmet; *İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü*, AÜHF tarafından 30-31 Ekim, 2003 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen “Türk Hukukunda 80 Yıllık Gelişme Sempozyumu”nda sunulan bildiri (bkz. özellikle 7 no.lu dip not) (<http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin-yargisal-denetimi-ve-hukukun-ustunlugu.htm>).

³⁸⁷ Ozansoy, Cüneyt; *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği*, Danıştay 2002 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).

³⁸⁸ Danıştay 1. Dairesi'nin 14 Haziran, 1991 tarih ve E.203, K.351 sayılı kararı.

ederek tazminat ödeme yolunu seçmesi de kabul edilmemektedir.”³⁸⁹ Bir başka anlatımla, “(m)ahkeme “emreder”, İdare “yapar”.”³⁹⁰

Yukarıdaki örneklerden de görüleceği üzere, etkin bir düzenleyici kurumun varlığı, genel olarak tekelci nitelikteki altyapı hizmetlerinin özel sektörce yerine getirilmesinde vazgeçilmez olmaktadır.³⁹¹ Böylesi bir regülasyonun son derece hassas bir yapıyı gerektirmesi ise, literatürde “bağımsız idari otoriteler” olarak adlandırılan düzenleyici kurumların ekonomi hukukunda yer almaları yönünde -son yıllarda bütün dünyada örnekleri görülen³⁹²- neredeyse standartlaştırılmış uygulamalara yol açmıştır. “Ekonomiyi düzenleme, idari otoritelerin ortaya çıkışının başlıca nedeni olmuştur. Ekonomiyi düzenleme... politik belirsizliklerden (ve müdahalelerden) kararları arındırmanın bir yolu olarak (ortaya çıkmıştır).”³⁹³ “Ulusal ve küresel boyutta piyasaların ve rekabetin belirleyici olduğu bir ekonomik ve finansal düzende piyasa düzenleyiciliği de giderek artan önem kazanmaktadır. Piyasaların rekabet şartlarına uygun biçimde çalışması, özel çıkarlar ile toplumsal yararlar arasındaki hassas dengenin kurulması ve korunması ve bunlara ek olarak ulu-

389 Danıştay 1. Dairesi'nin 14 Haziran, 1991 tarih ve E.203, K.351 sayılı kararı.

390 Güran, Sait; Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik, AYD, C. 11, 1994, s. 199.

391 Tekelci piyasalardaki özelleştirme uygulamalarında, iktisadi etkinliğin bozulmaması için özelleştirmenin bir unsuru olan *serbestleştirme* (“*deregulation*”) yapılmalı, yani piyasaya yeni özel firmaların girmesi teşvik edilerek, pazar rekabete açılmalıdır... Ancak, piyasaya girecek yeterince rakip işletme bulunmaması ... gibi nedenlerle beklenen düzeyde rekabetçi yapıya (bir çok durumda) ulaşılamamakta, keza, serbestleştirme ... doğal tekelleşme durumunda da çözüm olmaktan çıkabilmektedir. İşte bu noktada devletin ... serbestleştirme yanında uygulayabileceği ikinci bir politika ... fiyat, kârlılık ... gibi parametrelere ilişkin düzenlemeler yapacak ve uygulamayı denetleyecek düzenleyici kurumların (“*regulatory body*”) kurulmasıdır. Bu sayede, bu tip piyasalarda da rekabet varmış gibi iktisadi etkinliğe ulaşılabilecek veya yaklaşılabilecektir (bkz. Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı – Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Müsteşarlığı Yayını, No. DPT:2501, ÖİK: 522, Ankara 2000, s. 24.

392 Keyfi biçimde cereyan edebilecek siyasî veya idarî müdahalelerle yatırımcının yatırımından beklediği ekonomik getiriyi elde etmesinin engellenmesi tehlikesini bertaraf etmeye yönelik bağımsız düzenleyici kurumlar, altyapıdaki özelleştirme faaliyetleri bakımından Avrupa (özellikle Merkez ve Doğu Avrupa ülkeleri), Latin Amerika ve artan oranda Asya'da görülmeye başlanmıştır (bkz. Marks, Philippa – Stern, Jon – Colenutt, Dennis – Holder, Stuart (National Economic Research Associates); Governance and Regulatory Regimes for Private Sector Infrastructure Development, Final Report, Asya Kalkınma Bankası (Asian Development Bank (ADB)) Yayını, Manila, Filipinler, s. 11.

393 Bell, John; Fransa'da Bağımsız Otoriteler, (Çev. Cemil Kaya), içinde 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Bakı Kuru Armağanı, TBB, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2004, s. 405.

sal düzenlemelerle uluslararası kurallar ve düzenlemeler arasındaki uyumun sağlanması, önem kazanan işlevler haline gelmiş bulunuyor... Devletin ekonomideki rolünün yeniden tanımlandığı bu ortamda düzenleyici kurumların rolü de çok büyük önem kazanıyor.”³⁹⁴ Bu gereksinimin ayrıntılı incelemesine ilerleyen bölümlerde yer geldikçe değineceğiz. Ancak, hemen belirtelim ki “(ö)zelleştirilen alanlarda düzenleyicilerin benzer şekilde kullanılması sözkonusu değildir. Bu durumun kısmen sebebi, faaliyette bulunma ruhsatlarını vermenin çoğu zaman Bakanın yetkisi dahilinde bulunmasıdır. Kamu hizmeti imtiyazı şartları, hükümet tarafından kaleme alınan ve ona eklenen şartnamede (“*cahier des charges*”) ortaya konmuştur. Bu şekilde Fransız halkı, bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın tren (RFF) ve ray işletme şirketlerini (SNCF) ayırmaya muktedir olabilmiştir.”³⁹⁵

Öte yandan, regülasyonun hukuki bağlamda “düzenleme yapma yetkisi” ve “düzenleyici işlem” niteliğinde olup, “Türk İdare Hukukunda Cumhuriyet dönemi boyunca varlığını koruyan “düzenleyici işlem yapma yetkisi” (**tür**) ve bu düzenleyici işlemleri hem “kamu hizmeti” hem “idari kolluk” alanında yapma yetkisi (**konu**) anlamına gel(diği) ve “zaten bildiğimiz ve alışık olduğumuz biçimde yasama ve yürütme-idare tarafından öteden beri ülkemizde kullanılmakta” olduğu, bu itibarla konuya ideolojik perspektifle bakarak eleştiriler getirilmesinde isabet görmeyeceği yolunda tesbitler de bulunmaktadır.³⁹⁶ Farklı bir bakış açısından hareketle getirilen eleştirilere göreyse, “... ekonomi yönetimini kamusal alanın dışına taşı(yarak) ... enerji, finans, ulaştırma, vb. gibi ekonomik kesimlerde tam yetkili üst kurul yaratıl(mış olması) ... ülke ekonomisinin küresel kapitalizmle eklemlenmesi (anlamına gelmektedir).”³⁹⁷ Yine bir başka eleştiriye göre, düzenleyici kurumların

394 Ulagay, Osman; *Küreselleşme Nereye?, içinde* Perşembe Konferansları No. 9, RK Yayını, Ankara, Haziran 2000, s. 95.

395 Bell, *Fransa'da Bağımsız Otoriteler*, op. cit., s. 406.

396 Bu konudaki ayrıntılı ve fevkalade önemli tesbitleri içeren inceleme için bkz. Berkarda, Kemal; *Regülasyon Nasıl Kurtulur?*, Kamu Hukuku Arşivi (AKADER), Eylül 2004. Yazara göre, “... Devlet tüzel kişinin uhdesinde tuttuğu yetkilere istinaden kamu düzeni ile ilgili uygun idari düzenleyici işlemlerin yapılması youna gidilmiş, ancak gelinen nokta –kamusal ve özel ile birlikte- fiilen kural-sız kapitalizm olmuş, sonunda 2000’lerin “Batık Bankalar” olgusu ile çöküş zirvesine çıkmış olup, düzenleme yetkisinin devlet elinde tutulduğu “sıkı regülasyon” denenmiş ve bunda etkinlik sağlanmış olmasına karşın “gevşek düzen”e, yani bağımsız idari otoritelere geçilmiş değildir; dolayısıyla daha eskinin “kamu hizmeti” konulu düzenlemelerinin yerini “idari kolluk” konulu düzenlemelerin alması, münhasıran bir yenilik değildir ve özelleştirme veya neo liberalizm ile regülasyon arasında nedensellik bağı kurulamaz, olsa olsa bunlara da elverişli olduğunu ortaya koyabilir.

397 Çavdar, Tevfik; *Anayasa ve Ekonomik Yapı*, Sol (Günlük Siyasi Gazete), 24 Eylül, 2007, Sy. 493 (<http://www.sol.org.tr/index.php?yazino=14486>).

yapısal bakımdan eleştirilmeleri gerekir, zira bahse konu kurumlar kurguları gereği "... kullandıkları kural koyma yetkisi ile hem politika yapıcı, hem politikaların uygulayıcısı, hem de denetleyicisi haline dönüş(erek) yasama-yürütme ve yürütme-idare ilişkilerinde yerleşik değerleri ve kuralları tahrip et(tikleri ve keza) idarenin bütünlüğü ilkesine ters düş(tükleri gibi), uygulamada "başarılı" oldu(kları) iddiası da tartışılmaya değer(dir)".³⁹⁸

2. Türkiye'deki Gelişmeler

İngiltere ile hemen hemen aynı zaman diliminde ülkemizde de 1980'li yıllarda liberalleşme yönünde benzer adımların atılmaya başlandığı ve yoğun bir özelleştirme politikasına geçiş yapıldığı görülmektedir. "1980'li yılların ikinci yarısı, dünyadaki liberalleşme siyasetinin etkisiyle ülkemizde de dışa açılma, yapısal değişim, dönüşüm ve özelleştirme siyasetinin yoğun olarak tartışıldığı ve bu doğrultuda girişimlerin başlatıldığı yıllar olmuştur."³⁹⁹ Kuşkusuz bu gelişme, dönemin koşullarından beslenmiştir. "... 1980'lere kadar oldukça dış dünyaya kapalı bir ekonomiye sahip Türkiye'de biraz da sistem tıkandığı için, yani ithal ikamesiyle gelinecek noktada ekonomi tıkandığı ve dış girdilerini finanse edecek döviz üretmediği için... zorunluluk altında dışa açılmaya yönel(inmiş) ve 1980'ler boyunca da dünyayla entegre olma (yönünde politikalar izlenmiştir)."⁴⁰⁰ Bununla birlikte, özelleştirmeye ilişkin tarihsel arka planın çok daha önceki zamanlara dayandığı bilinmektedir.⁴⁰¹

2.1. Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Siyasetinin Genel Seyri

Ülkemizde daha İzmir İktisat Kongresi'nden itibaren ekonomi politikasına ilişkin siyasi tercihin özel sektöre asli rolü vermek olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, "1923-1932 yılları arasında liberal ekonomiye eğilimli bir politika izlemek isteğinden söz etmek mümkün(se de), dönemi liberal ekonomi diye nitelendirmek doğru olmaz. Çünkü gerçek(te), birbiri ile uyumlu olarak işleyen bir ekonomik faaliyet yoktur."⁴⁰² Bu itibarla, "... İzmir İktisat Kongresini bir "yön"e işaret eden istekler ve ça-

³⁹⁸ Türel, *Özelleştirme Notları*, op. cit.

³⁹⁹ Şirin, Yunus; *Cumhuriyet Türkiye'sinde Enerji ve Tabii Kaynaklar, içinde Cumhuriyet'in Sekseninci Yılında Türkiye* (Yayına Hazırlayan: Mustafa Kahramanyol), Türk Ocakları Genel Merkezi – Ankara Ticaret Odası, Ankara, 2004, s. 201.

⁴⁰⁰ Ulagay, *Küreselleşme Nereye?*, op. cit., s. 107.

⁴⁰¹ *KİT'lerin Özelleştirilmesinden Doğan Problemler ve Çözüm Önerileri*, Tes-İş Eğitim Yayınları, Temmuz 1995, s. 58.

⁴⁰² Tekinalp, *Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 648.

balırlar Őeklinde nitelendirmek doęru, liberal ekonomi dűzeninin dayanak ve nedenlerinden biri olarak adlandırmak gerçeęin dıŐına taŐmak olur.”⁴⁰³ Sonuç itibarıyla, Cumhuriyetimizin kurulduęu ilk yıllarda sermaye, finansman, bilgi ve teknoloji yetersizlięi gibi nedenlerle özel yatırımlar beklenen geliŐimi gösterememiŐ, kalkınmada en önemli rolű kamusal yatırımlar oynamıŐtır. “... İzmir İktisat Kongresi’nde kalkınmanın saęlanmasında özel teŐebbűsűn itici gű olması ve Devlet’in özel giriŐimcilięi desteklemesi ve teŐvik etmesi aęırlıklı grűŐ olarak benimsenmiŐ olmasına ve Kongre’de alınan kararlar 30’lu yılların baŐına kadar uygulama alanı bulmasına karŐılıklı, özel teŐebbűsűn yeterli sermaye birikimine sahip olmaması, alt yapı sorunları, yetiŐmiŐ insan gűcűnűn yetersizlięi ve Dűnyayı sarsan 1929 ekonomik buhranının sınırlı da olsa űlkeyi etkilemesi v.b. nedenler, uygulanan ekonomik politikalardan arzulanana olumlu sonuçların alınmasını engelledięi (űzere), bu durumun yeni bir ekonomik modelin uygulanmasını zorunlu kıldıęı grűlmektedir. Bu yeni modelin esasını; Devlet’in planlama ve kuracaęı iktisadi teŐebbűsler aracılıęı ile ekonomide daha aktif rol oynaması Őeklinde özetlemek műmkűndűr.”⁴⁰⁴ Benzer bir grűŐe göre de, “Tűrkiye’de devleti ekonomide ön plana çıkaran unsurlar i ve dıŐ sebeplerden kaynaklanmıŐtır. DıŐ sebeplerden ilki 1929 yılının bűyűk ekonomik bunalımı karŐısında geliŐmiŐ Batılı űlkelerin ekonomik krizden kurtulmanın yolu olarak kamu giriŐimcilięine önem vermeleri ve bu anlayıŐ çerçevesinde gerçekleŐtirilen kuramsal ve uygulamalı geliŐmeler olmuŐtur. İkinci bir neden olarak, KurtuluŐ SavaŐı sırasında iliŐkilerde bir yakınlaŐma saęlanan Sovyetler Birlięi’nin 1929 ekonomik bunalımından etkilenmemesi ve Tűrkiye’deki yönetici kadroların bunu sempati ile izlemeleridir. Nitekim bu durum, Tűrkiye’nin planlı kalkınmayı ve ekonomide devletin ncűlűęűnű kabul etmesindeki temel sebeplerden biridir. Ekonomide devletçilik anlayıŐının i sebebi ise, özel sektrűn gerek nitelik gerekse nicelik bakımından arzu edilen geliŐmeyi gösterememiŐ olmasıdır.”⁴⁰⁵

Böylece, 1929 yılında dűnya çapında yaŐanan iktisadi buhran sonucunda özel sektöre öncelik veren yaklaŐım geri plana itilmiŐ, 1930’lu yıllar boyunca ulusal ekonomi “devletçilik” ve “planlı ekonomi” çerçevesinde geliŐmiŐtir. Bir grűŐe göre, “Cumhuriyet döneminin ekonomi hukuku açısından getirdięi en bűyűk yenilik

403 Tekinalp, *Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 649.

404 Kiper, Mahmut; *Cumhuriyetin İlk Yıllarında Sanayi Politikaları ve Sűmerbank, içinde Műhendislik Mimarlık ykűleri – 2*, TMMOB Yayını, Mayıs 2006, s. 33, 34.

405 *KİT’lerin özelleŐtirilmesinden Doęan Problemler ve zűm nerileri*, op. cit., s. 14, 15.

Anayasadaki "devletçilik" ilkesidir."⁴⁰⁶ Bu kapsamda, 1934 yılında I. Beş Yıllık Sanayi Plânı yürürlüğe konmuş; sanayileşmede devletin öncülük etmesi ve yatırım gücünün kamu iktisadi teşebbüsleri aracılığıyla kullanılması ilkesi benimsenmiştir. 1950'li yıllara değin süren bu dönemde özel ve yabancı birçok kuruluş millileştirilmiş; demir çelik, bakır, tekstil, şeker başta olmak üzere gıda, cam ve seramik, kağıt, kimya sanayilerinde önemli kamu tesisleri işletmeye açılmıştır. Bu dönemde bağımsız milli ekonomi düşüncesinin ön plânda olduğu, "... Türkiye'nin iktisadi hayatında Türklerin hakim ve amil olması"⁴⁰⁷ gayesinin güdüldüğü gözlenmektedir. Ancak, vurgulamak gerekirse, "Atatürk döneminin "devletçilik" anlayışında, belli bir sektörde özel teşebbüslerin yeterinde güçlenmesi durumunda, o sektördeki kamu kuruluşlarının özel sektöre devredileceği ilkesinin yer alması, bu dönemde bile ülke ekonomisinin özel teşebbüs öncülüğüne dayandırıldığını göstermektedir. Bu dönemdeki devletçilik, geçiş dönemine özgü bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır."⁴⁰⁸

Bu dönemin gerçeklerine yakından şahit olanlara göre de, "(y)eni Türkiye'de Devletçilik, bir ekonomik meslek olarak doğmamıştır. Bir tarihi zaruret olarak doğmuştur. Yapılacak şeyleri devletten başka yapabilecek olan yoktu... Yeni Türkiye, kendi yapmak veya hiç yapılmamasına boyun eğmek arasında seçmeli idi."⁴⁰⁹ Doayısıyla, İktisat Kongresi'nde serbesti çizgisiiyle yola çıkmış olsa da, kamu girişimciliği ve devletçilik çizgisine geçiş yapılmak durumunda kalındığı görülmektedir. Bu dönemi Kadrocuların "müstemele iktisadiyatından millet iktisadına" formüleştirdikleri, serbestiyet yanlılarının ise özel sermaye birikimini ve sermayedar gurubunu oluşturmanın formülü olarak gördüklerinden benimsedikleri ve "devletçilik kaplamasıyla" tek parti iktidarınca kolayca kabul edildiği ileri sürülmektedir.⁴¹⁰ Bu kapsamda zorunlu olarak izlenen kamu girişimciliği yöntemi, yeni bir

⁴⁰⁶ Tekinalp, *Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 650. Yazara göre, bahsekonu ilkenin Anayasa'ya devşirilmesi 1937 yılında olmakla beraber, ilkenin uygulamasına (daha 1931 yılında CHP'nin ilkeleri arasına alınmak suretiyle) çok önceden başlanmış durumdadır (bkz. İbid). Yine, yazara göre "... (devletçilik) ilke(s)i'nin uygulaması özel teşebbüsü ortadan silmek veya ona hiç hak tanımamak veya çok dar bir alanda çalışma olanağı vermek anlamını taşımadığını ortaya koyuyordu" (bkz. Ergun Önen, *Karma İktisadi Teşebbüsleri*, Ankara, 1967'den aktaran: İbid).

⁴⁰⁷ Koloğlu, Mahmut; *Profesör Yusuf Kemal Tengirşenk*, AÜHFD, C. 26, Sy. 3-4, 1969, s. 3.

⁴⁰⁸ *KİT'lerin Özelleştirilmesinden Doğan Problemler ve Çözüm Önerileri*, op. cit., s. 58.

⁴⁰⁹ Atay, *Çankaya*, op. cit., s. 491.

⁴¹⁰ Çavdar, Tevfik; *Hangi İktisat*, Sol (Günlük Siyasi Gazete), 20 Kasım, 2006 (<http://www.sol.org.tr/index.php?yazino=5453>).

devlet kurmanın heyecanı neredeyse tüm toplumca paylaşılan bir ortam yarattığından, başarılı sonuçlar da vermiştir. Ne var ki, ilerleyen dönemlerde bu olağanüstü dönemin koşulları yerini normal ticari ve siyasi anlayışa bırakmaya yol tuttukça, zâfiyet noktaları da kendini göstermekten geri kalmamış ve maliyetlerin altında satış yönündeki siyasi müdahaleler veya benzeri nedenlerle gitgide artan görev zararları karşısında özelleştirme yanlısı düşüncelerin ön plana çıkmasına yol açmıştır. Bir çarpıcı ifadeyle, "... kamu girişimciliği arzu ve heyecanla yapılırsa oluyor, yoksa olmuyor".⁴¹¹

Öte yandan, bizzat Atatürk'ün şu sözleri, özellikle serbest girişimin devlet tarafından tahdit edilmemesi anlamında önem arz etmektedir:

*"Herhalde devletin siyasi ve fikri hususlarda olduğu gibi, bazı iktisadi işlerde de nazımlığını, prensip olarak kabul etmek caiz görülmelidir. Bu takdirde, karşı karşıya kalınacak mesele şudur: Devlet ile ferdin karşılıklı faaliyet sahalarını ayırmak... Devletin bu husustaki faaliyet hududunu çizmek ve bu hususta istinat edeceği kaideleri tespit etmek, diğer taraftan vatandaşın ferdi teşebbüs ve faaliyet hürriyetini tahdit etmemiş olmak, devleti idareye selahiyettar kılınanların düşünüp tayin etmesi lâzım gelen meselelerdir."*⁴¹²

*"Devletçiliğin bizce manası şudur: fertlerin hususi teşebbüslerini, faaliyetlerini esas tutmak, fakat büyük bir milletin bütün ihtiyaçlarını ve birçok şeylerin yapılmadığını gözönünde tutarak, memleketin iktisadiyatını devletin eline almak."*⁴¹³

1950-1960 yıllarına tekabül eden dönemde ise, 1950 yılındaki çok partili seçimleri kazanan Demokrat Parti'nin hükümet programında "Kamu hizmeti niteliği taşımayan alanlarda devletin işletmecilik yapmayacağı ve temel sanayi dışındaki KİT'lerin uygun şartlarda teker teker özel sektöre devredileceği" görüşüne yer verildiği görülmektedir. Ancak uygulama bu yönde gelişmemiş, 1950'li yıllarda yoğun bir kamu yatırım programı gerçekleştirilmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrası değişen ve giderek Birleşmiş Milletler bildirilerinde ve dünyanın çeşitli ülkelerinin anayasalarında "sosyal refah devleti" olarak ifade edilen devlet anlayışı çerçevesin-

411 Kuruç, *Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti Kamu Mülkiyeti Sempozyumu*, op. cit., s. 23.

412 Aktan, Coşkun Can; *Ekonomik Anayasa*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) İnceleme Yayınları No. 19 (tarihsizdir), s. 13.

413 Savaş, Vural Fuat; *Atatürkçü Düşünce ve Küreselleşme* (www.basifed.org/dosyalar/VuralSavas_Sunum.doc).

de kamu ekonomik kuruluşları gerek sayısal ve gerek ulusal hasıllardaki oransal pay olarak önemli büyüklüklere ulaşmıştır.⁴¹⁴ İthal ikamesine yönelik bu yatırımlar ile üretimin artırılıp istihdam yaratılması amaçlanmıştır. 1950'li yıllardan sonra KİT'lerden özel sektörü geliştirmek için yararlanılmış, özel sektör bunların ürettiği ara malları kullanmıştır.

1960 sonrasında 1980'li yıllara değin DPT'nin kurulmasıyla plânlı kalkınma modeli uygulanmaya başlamıştır. Esasen, "(k)alkınmada istikrar sağlayabilmek amacı ile ekonomik büyümenin beş yıllık plânlar ile programlanması ülkemizin iktisadi tarihinde en önemli dönüm noktalarından birini oluşturmuştur."⁴¹⁵ Merkantilist anlayışın hakimiyetiyle aydınların ve iktisatçıların temel doktrini olarak "ithal ikamesi" yoluyla sanayileşme düşüncesi bu dönemde devlet doktrini şeklinde Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı'na girmiştir. Böylece, dışarıdan hazır mal almak, ithalat ve liberal olmayan bir kambiyo rejimindeki döviz tahsisleri engelleriyle⁴¹⁶ kısıtlanarak, rekabetsiz bir korumacı rejim içerisinde yurt içinde "garaj montajına" gidilmesiyle ekonomiye pahalıya mal olan bir uygulamaya geçilmiştir. Nitekim, korumacı politikaların daha Osmanlı döneminde de eleştirildiği görülmektedir; İttihat ve Terakki döneminin Maliye Bakanı Mehmet Cavit Bey'e göre "... korumacıktan yana olanlar, ülkede ürettikleri kalitesiz mallarla halkını soymayı meslek edinenlerdi."⁴¹⁷ Öte yandan, özel sektörün büyüklerince devletin ekonomideki müdahaleci rolü arzu edilmiş ve "özel sektörün elindeki kit dövizleri nereye harcayacaklarını devletin yönlendirmesi" talep edilmiştir, bunun arkasında ise idareyle özel ilişkiler kurmuş büyük iş adamlarının piyasanın rekabete açılmasından korkmaları yatmak-

414 Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun 1999 tarihli KİT Raporu, 10. Bölüm (http://www.ydk.gov.tr/kit99/onuncu_bolum.htm).

415 Esen, Aydın; Açılış Konuşması-I, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 4.

416 O dönemin kambiyo rejimi uyarınca mizahi uygulamalara da rastlandığı görülmektedir ve geçmiş uygulamaların derecesini göstermesi açısından ilgi çekicidir. Dışarıdan ithal edilecek her şeyin Ankara'nın iznine bağlandığı o günlerde, Robinson'un "*Imperfect Competition*" adlı kitabını yurt dışından getirmek üzere kambiyo müdürlüğüne başvuran akademisyene, kambiyo memurunun "siz üniversite mensubu olduğunuz için bizi cahil sanıp aldatmaya utanmıyor musunuz? Hadi öbür kitapların ilmi olduğunu kabul edelim ama, insaf edin kardeşim, Robenson da mı ilmi kitap?" diyerek kitabı ithal edilecekler listesinden çıkardığı nakledilmektedir! (bkz. Yenal, Oktay; İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, No. 425, 1. Baskı, Eylül 1999, s. 13.)

417 Karakoyunlu, Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci, op. cit., s. 205.

taydı.⁴¹⁸ Kalkınma plânlarında kamu ve özel kesimin birlikte faaliyette bulunmasına dönük karma ekonomi politikaları ağırlıktadır. Özel sektör ise devlet önderliğinde oluşan sermaye, teknoloji ve bilgi birikiminden yararlanarak gelişmeye başlamıştır. Teşviki Sanayi Yasası ile özel sektör yatırımlarının temelleri atılmıştır. "Buna rağmen, plânlı kalkınma döneminde de arzulanan istikrarlı ve devamlı kalkınma hızlarına kavuşulduğunu söylemek zordur... Her büyüme dönemini bir istikrar tedbirleri dönemi takip eder hale gelmiştir... Bu nedenle ülkemizin büyüme yolundaki adımlarını "iki ileri bir geri" diye tanımlamak çok yanlış değildir."⁴¹⁹

Devletin ticari faaliyetlerden çekilmesi ve KİT'lerin özelleştirilmesi ilk kez 1980-1990 yıllarına tekabül eden dönemde tartışılmaya başlanmıştır; KİT'lerin enerji, ulaştırma, ve baraj gibi alt yapı yatırımları dışındaki faaliyetlerini özel sektöre bırakmaları düşünülmüştür. Bunun arka planında ise, 1970'li yıllarda yaşanan petrol krizi ve ekonomik buhranla birlikte, Keynesçi politikalar ve kamu girişimciliği ile kamu müdahaleciliğinin ciddi eleştirilere maruz kalması sonucunda ekonomide liberalleşme ve serbest rekabet anlayışının benimsenmeye başlanması gösterilebilir.⁴²⁰ "Türkiye, 24 Ocak 1980 Ekonomik İstikrar Kararları çerçevesinde ithal ikameci sanayileşme stratejisini terk (etmiş) ve yabancı sermaye yatırımlarının ülkeye çekilmesi yeniden gündeme gelmiştir."⁴²¹ Bu meyanda piyasa ekonomisine geçiş başlatılmış; devlet müdahaleciliğinin azaltılması, KİT'lerin sübvansiyonlarının kesilmesi ve piyasa koşullarında çalışıp, fiyatları serbestçe belirlemeleri öngörülmüştür. 24 Ocak kararlarıyla uygulamaya konulan istikrar programının geçmişteki benzer programlardan en önemli farkı, serbestleşme ve dışa açılma eksenli orta/uzun vadede yayılmış yapısal uyarlanmaya dönük olmasıdır.⁴²² Dolayısıyla, başlangıçta istikrar tedbirleri gibi algılansa da yapısal değişiklikler içermektedir.⁴²³

418 Yenil, *İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 13-15.

419 Esen, *Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, op. cit., s. 4.

420 Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun 1999 tarihli KİT Raporu, 10. Bölüm (http://www.ydk.gov.tr/kit99/onuncu_bolum.htm).

421 Karluk, Ridvan; *Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 108.

422 Sönmez, Sinan; "Neo-Liberal" İktisat Politikaları: Kamu Maliyesinde Değişim ve Kriz, içinde "Liberal Reformlar" ve Devlet, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Vakfı, Sempozyum Bildirileri (18-19 Nisan, 2003), Ankara, 2004, s. 262.

423 Ünal, Umut; *1980-2003 Döneminde Türkiye'de Dış Borçlar* (http://www.eastweststudies.org/doc_file/turkiye.doc).

Ülkemizin iktisat politikalarındaki yukarıda belirttiğimiz gelişim, bir başka alternatif bakış açısıyla da değerlendirilmektedir; buna göre, Cumhuriyet döneminin en başında "milli iktisat"tan yola çıkılmış, "millet iktisadiyatı" adı altında "devletçi düzene" geçiş yapılmış, bu kurguyla "sermaye birikimi sağlandıktan" sonra "iktisadi serbesti" durağına gelinmiş ve en son "yeni liberalizm" yoluna sapılmıştır.⁴²⁴

Nihayet, 1984 yılında KİT'lerin özelleştirilmesine ilişkin ilk yasal düzenlemeler yapılmış, özelleştirme uygulamaları için bir kurum (ÖİB) oluşturulmuştur. Aradan geçen 20 yılı aşkın süreye karşın –Doğu Almanya'nın Batı Almanya ile birleşmesinin akabinde birleşik Almanya'nın oluşturduğu *Treuhand* adlı özelleştirme kuruluşunun yaklaşık 2 yıl içerisinde tüm özelleştirmeyi tamamlayıp kendini feshetmesi karşısında- hâlâ özelleştirme ile iştilal etmekte olması ve bir nevi kendisini KİT konumuna getirmiş olması, dikkat çekici bir gelişme olmuştur.⁴²⁵

Öte yandan, bir görüşe göre Türkiye'de de küreselleşme koşutunda siyaset ve ekonominin yeni felsefesi liberalizm olmuşsa da, başlarda bu seçim net değildir. Nitekim; 1990-1994 dönemine ait VI. Beş Yıllık Kalkınma Plânında "başlatılan özelleştirme programının süratle gerçekleştirilmesi" hedefi yanında, "KİT'lerin kendilerine yeterli bir şekilde ve kaynak yaratarak faaliyet göstermelerini temin eden politikalara devam edileceği" hedefi vardır. "Özelleştirme yoluyla kamu kesiminin küçültülmesi ve piyasanın rekabetçi bir yapıya kavuşturulması" ancak 1996-2000 yıllarını kapsayan VII. Beş Yıllık Kalkınma Plânında ifade edilmiştir. 2001-2005 dönemini kapsayan VIII. Beş Yıllık Kalkınma Plânında da KİT'lerin hızla özelleştirilmesi ve kamu hizmetlerinin yeni bir düzenlemeye tâbi tutulması ile özelleştirme kapsamı dışındaki işletmelerin faaliyetlerini özerk bir şekilde sürdürmeleri hedeflenmiştir. 1990'lı yılların başlarında "özelleştirme ve yeniden yapılandırma", sonlarında "liberalleşme ve kamu açıklarını kapatmak amacıyla özelleştirme" ilkeleri benimsenmiştir.⁴²⁶

424 Çavdar, *Hangi İktisat*, op. cit. (Yazar, ülke ekonomisinin günümüzdeki açmazının kısır döngü yaratan bu sürecin sonucu olduğu, küresel kapitalizmin yarattığı bu açmazın sosyalist iktisat uygulamasıyla çözüleceği görüşündedir.)

425 ÖİB'nin kurgulanışındaki eksikliklere yönelik eleştiriler için bkz. Boratav, Korkut ve diğerleri; *KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi – Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri (Özet Rapor)*, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM), 1997, s. 35, 36.

426 *Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 2001, 2002, 2003 Yılları Eylem ve İşlemlerinin Araştırılıp Denetlenmesine İlişkin Araştırma Raporu Özeti*, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nun 22 Eylül, 2005 Tarih ve 2005/4 Sayılı Raporu (www.tccb.gov.tr). (Cumhuriyet dönemindeki ekonomi politikasının sosyo-kültürel boyutlarına ilişkin daha ayrıntılı bir değerlendirmeye ileride Birinci Bölüm, C.1.2'de yer vermekteyiz.)

Ancak, bu görüşün ülkemizdeki geçmiş uygulamalara atıfta bulunmakla beraber, bunlara dayanarak arka plandaki ekonomi felsefesini yeterince doğru biçimde yansıttığı kanısında değiliz. Daha önceki bölümlerde de belirttiğimiz gibi, Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde piyasa esasına dayalı bir ekonomi politikası yönünde tercihte bulunulduğu açıktır. Nitekim, ülkemizde KİT'lerin daha kuruluşunda ileride ekonomik ortam uygun olduğunda piyasaya (halka) devredileceği öngörülmüş idi. "KİT veya... Devlet tarafından kurulan işletmeler, ana tüzüklerini daha sonradan hisselerini özel teşebbüse devredecek veya halka satacak biçimde düzenlemiştir. İş Bankasının, 1924 yılındaki kuruluş kanunu bu hususta en canlı örnektir."⁴²⁷ Sadece, o dönemin koşullarında buna olanak bulunmaması nedeniyle devletin ekonomide bizzat faaliyet göstermesinin de olanak dahiline konulması zorunluluğu doğmuştur. Bu açıklığa rağmen daha sonraları popülist uygulamalarla KİT'lerin halka devredilmelerine bir türlü başlanamamış olması, bize göre ekonomik felsefede değişikliğe gidilmiş olmasından daha çok, siyasi kararlılığın bir türlü gösterilememiş olması ve bu noktadaki zâfiyetin ancak kriz dönemlerinde görülen reformist uygulamalarla giderilebilmiş olmasından kaynaklanmıştır.

Öte yandan, Anayasamızda ekonomik alana ilişkin hükümlerden belirli bir iktisadi politika veya sistem tercihinin çıkarılıp çıkarılmayacağı da bir tartışma konusu olmuştur.⁴²⁸ Anayasa Mahkemesi de değişik kararlarında bu konuya ilişkin saptamalarda bulunmakta ve "... çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında "müdahaleci veya liberal bir politika izlemesine bir engel" bulunmadığını⁴²⁹, Anayasa'nın "liberal bir iktisadi politika takibine de müsait" olduğunu⁴³⁰, nitekim, Anayasa'nın 5., 35., 48 ve 167. maddeleri ile "karma bir ekonomik sistemin" de benimsenebileceğini ortaya koyduğunu⁴³¹" belirtmektedir.

427 Arabul, Hüseyin; *Elektrik Enerjisi Üretim, İletim ve Dağıtım Özelleştirilmesi*, EMD, Sy. 392, 1993/2, s. 156.

428 Tan, *Anayasal Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 163.

429 Anayasa Mahkemesi'nin 18 Şubat, 1985 tarih ve E.1984/9 ve K.1985/4 sayılı kararı (26 Haziran, 1985 tarih ve 18793 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

430 Anayasa Mahkemesi'nin 27 Ağustos, 1985 tarih ve E.1985/2 ve K.1985/16 sayılı kararı (5 Aralık, 1985 tarih ve 18949 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

431 Anayasa Mahkemesi'nin 5 Mayıs, 1987 tarih ve E.1986/1 ve K.1987/10 sayılı kararı (21 Kasım, 1987 tarih ve 19641 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Keza, Yüksek Mahkeme'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında da, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesiyle çalışma ve sözleşme hakkı ve devletin özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlarına uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağını öngören 40. maddesini "karma ekonomi düzeni"nin benimsendiğinin göstergesi olarak kabul ettiği görülmektedir.⁴³²

Bununla birlikte, kanaatimizce Anayasamızda ağırlıklı olarak piyasa ekonomisi modelinin vurgulandığı, ancak bunun kısıtsız bir politika olmayıp sosyal gereksinimlerle devletin piyasa işleyişini denetlemesini ve gerektiğinde de müdahale etmesini öngördüğü savunulabilir. Anayasa hükümlerine bakıldığı zaman çok açık biçimde piyasa ekonomisi için gerekli hukuki altyapının düzenlenmiş olduğu, piyasa ekonomisi için gerekli olan hukuka aykırı rekabet sınırlamalarına karşı önlemler alınarak pazarın sağlıklı ve düzenli biçimde işleminin sağlanması anayasal bir ödev olarak belirlendiği görülmektedir. Ancak ilginç olan, bu düzenlemelerin uzun süre yerine getirilmemiş olmasıdır.⁴³³ Bu anlayış çerçevesinde gelişen uygulamanın "sosyal piyasa ekonomisi" şeklinde tanımlanabileceği de öğretilerde ileri sürülmektedir.⁴³⁴ Sonuç itibarıyla, Anayasamızın net bir tercihte bulunmadığının söylenmesi olanaklı olmakla beraber, bunun daha ziyade Anayasa'da öngörülen sistemin "adlandırılması" ile bağlantılı olduğu, neticede Anayasa'nın esas itibarıyla özel sektör girişimini ve rekabeti temel alan, tekellilikten uzak bir piyasa ekonomisi uygulamasını amaçladığı, ancak bunun yanı sıra sosyal politikalar geliştirilmesinin gözetilmesini de öngördüğü ifade edilebilir. Bu düzenlemeye verilecek isimlendirme ise farklı bir husustur.

Sosyal politikaların gözetilmesinde, devletin bunu bizzatı yerine getirmesi yerine özel sektöre yerine getirilmesi politikası izleyebileceğine de bu meyanda dikkat çekmek istiyoruz. Nitekim, sözgelimi belirli sayıda işçi çalıştıran özel sektör kuruluşlarında belli bir oranda özürü veya eski mahkum çalıştırmaları, yahut özel halk otobüslerinde öğrencilerin⁴³⁵, yaşlıların veya gazilerin⁴³⁶ indirimli bilet tarife-

432 Tan, *Anayasal Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 163, 164.

433 Tan, *Anayasal Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 164.

434 Bkz. Tan, *Anayasal Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 166; keza, Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 104.

435 Özay, *Günüşünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 239.

436 Danıştay 10. Dairesi'nin 25 Haziran, 1997 tarih ve E. 1997/160, K. 1997/2583 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 95, s. 641 vd.

sinden yararlandırılmaları veya bayramlarda tamamen ücretsiz taşımacılık yapılması zorunluluğu⁴³⁷ ya da özel sektör eğitim kurumlarında belli oranda öğrencinin ücretsiz okutulmaları zorunluluğunun getirilmiş olması, sosyal devlet politikasının özel sektör eliyle uygulanmasına yönelik dikkat çekici örneklerdir.⁴³⁸ Dolayısıyla, Anayasa'da öngörülen "sosyal devlet" ilkesinin öngördüğü amaçlara ulaşmak için mutlaka devlet eliyle kimi hizmetlerin sunulması bir önkoşul olarak görülmemelidir. Kaldı ki, Anayasa'da sosyal devlet olma ilkesi meyanında öngörülen çok sayıdaki faaliyetin hepsinin devlet eliyle gerçekleştirilemeyeceği açık olmakla, Anayasa'nın 65. maddesinde bir sınırlama da öngörülmektedir. Buna göre;

*"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."*⁴³⁹

Dolayısıyla, sosyal devlet ilkesine dayanılarak bütün faaliyetlerin devlet eliyle gerçekleştirilemeyeceği, Anayasa'nın en azından böyle bir zorunluluğu dayatmamakla, sosyal devlet ilkesini "erişilmek istenen bir amaç" olarak öngördüğü ve bu itibarla buna dair "araç" konusunda bu amaca hizmet edecek biçimde kimi hizmetlerin özel sektör tarafından ifasına yönelik bir olanağa da cevaz verdiği söylenebilir. Buna karşın, sosyal devlet ilkesi gereğince, ekonomik verimlilik gibi hususların dikkate çıkarılmaması gerektiği, tek başına verimlilik artışı ve maliyet azaltma kaygılarıyla sosyal kamu hizmetlerinin devlet tarafından sunulmasından özelleştirmeye gidilerek vazgeçilmemesi gerektiği, kamu giderlerini artırmanın zaten bu tür kamu hizmetlerinin özünde (ruhunda) mevcut olduğu, kamu hizmetlerinden kaynaklanan giderlerin "yeniden dağıtım kurumları" niteliğinden dolayı olu-

437 Bu tür zorunlulukların, idare ile özel sektör arasındaki ruhsat veya sözleşmenin bir hükmü olarak da belirlenebildiği görülmektedir, buna dair Ankara Büyükşehir Belediyesi EGO İşletmesi'nin uygulaması için bkz. A. Serap Fırat; Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, Sy. 1, Ocak 1998, s. 88.

438 Özel eğitim kuruluşlarında zorunlu olarak belirli oranda öğrencinin idare tarafından belirlenmesi ve özel eğitim kurumlarında bedelsiz eğitim görmeleri yolundaki bu uygulamanın Anayasa'ya uygunluğu hakkında Anayasa Mahkemesi'nin ilginç sayılabilecek kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

439 Maddenin 2001 yılı değişikliği öncesindeki halinde yer alan "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek" ifadesinin kaldırılmış olması, "... ekonomik istikrara gereksinim duyulan bir dönemde bu sınırlamadan vazgeçilmesinin yasama organının bu ihtiyaca ne kadar duyarısız olduğunun bir göstergesi" olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir (bkz. Gözler, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, op. cit., s. 332).

şan ve normal karşılanması gereken bir husus olduğu şeklinde eleştiriler de bulunmaktadır.⁴⁴⁰ Bununla beraber, burada "ortak gereksinimleri karşılayarak kamu yararını sağlamak" şeklinde belirtilen amacın gerçekleştirilmesi için kamu tarafından doğrudan hizmet sunulmasının ne kadar gerekli olduğu hususu gözden kaçırılmaktadır. Keza, kamu hizmetlerinin devlet eliyle gerçekleştirilmesinde giderlerin ortaya çıkmasının normal olduğu yolundaki bu anlayışta ikinci eksik husus, bu giderlerin "yeniden dağıtım" mekanizması olma özelliğinden kaynaklandığını zannetmesidir. Oysa, anılan "giderler", sadece toplumun kimi kesimlerine aktarılan mali destekten değil, aynı zamanda bu aktarımın kamu eliyle yapılmasındaki verimsizlikten de doğmaktadır ve aynı aktarım amacına özel sektör eliyle sunulan hizmetler yoluyla daha az kamusal maliyetle ulaşılabileceği de öngörülebilir. Kuşkusuz, kamu yararı anlayışından hareketle kimi toplum kesimlerinin gözetilmesi veya desteklenmesi devletçe (doğrudan gelir aktarımı gibi) başka yollardan sağlanabilecektir. Sözelimi, çay üreticilerinin desteklenmesi için mutlaka devletin sektörde işletmeci sıfatıyla yer alması gerekmez; devlet bu sektörün özel girişime açılması karşısında zarar gördüğüne inandığı üretici kesimlerini doğrudan gelir desteği sağlamak suretiyle de destekleyebilmektedir ve bu yönde son dönemlerde uygulamaya geçilmiş olduğu bilinmektedir.

Öte yandan, ABD de dahil olmak üzere gelişmiş ülkelerde dahi devletin ekonomiye müdahalesinin çok sıklıkla gözlenmekte olması gerçeği karşısında⁴⁴¹, burada asıl önemli olanın belki de müdahale politikasının yöneldiği "temel amaç" ile "yoğunluk derecesi" olduğu savunulabilir. Nitekim, ülkemizdeki uygulamalar itibarıyla bu yoğunluğun piyasa ekonomisi hükümleriyle bağdaşmayacak dereceye ulaştığı ve "devlet müdahalelerindeki değişkenliğin ve şok kararların belirsiz bir ortam yaratması yanında "piyasa" ekonomisini "yasa" ekonomisine dönüştürdüğü" ileri sürülmektedir.⁴⁴²

2.2. Özelleştirme Kavramının Algılanması

1980'li yılların ikinci yarısından itibaren, ülkemizde o zamana değin uygulana-gelen ekonomi politikaları çerçevesinde Cumhuriyet'in ilk dönemlerinden -ve özellikle 1930'lı yıllardan- beri devlet tarafından yerine getirilen kimi sınıai faaliyetlere yönelik özelleştirme uygulamalarına geçilmiştir. Bu meyanda bazı kamu ikti-

440 Bkz. Atmaca, Kemal; Özelleştirme, "Devletleştirme"nin mi Yoksa "Sosyal Devlet"in mi Karşıtıdır?, YDK Dergisi, Yıl 1, Sy. 2, Nisan 2002.

441 Tan, Anayasal Ekonomik Düzen, op. cit., s. 164.

442 Tan, Anayasal Ekonomik Düzen, op. cit., s. 165.

sadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi gündeme gelmiş ve Türkiye Süt Endüstrisi Kurumu (SEK), Et ve Balık Kurumu (EBK), Karabük Demir ve Çelik İşletmeleri ve Sümerbank Holding İşletmeleri gibi kimi sınıai tesisler özelleştirilmiştir. Ancak, özellikle Sümerbank gibi tekstil ürünleri üreten tesislerin 1980'lerde hâlâ devletçi bir anlayışla kamuda tutulmakta olması ve devletin bu tür konularla iştigal etmeye devam edegelmesi, buna dayanak olarak da "geniş halk yığınlarının elini kolunu sallayarak Sümerbank mağazalarına girebilmesinin"⁴⁴³ gösterilmesi ilginçtir. Sözgelimi, daha 1985 yılında "Sümerbank'ın ürettiği beze yüzde 2-17 zam yapıldı. Poplinin metresi 475 liradan 506 liraya, kaput bezi 220 liradan 253 liraya çıktı"⁴⁴⁴ şeklinde haberlerin vuku bulabilmesi, devletin ekonomideki yeri anlamında bize ironik gelmektedir. Üstelik, "devlet basma, pijama, ayakkabı üretmesin" eleştirileriyle ilk özelleştirme kapsamına alınmış kuruluş olmasının üzerinden neredeyse 20 yıl geçmesine rağmen, Sümer Holding'in üretim faaliyetlerine 2004 yılına kadar devam ettiği ve son satış mağazasını daha 2006 yılında ancak kapatmaya hazırlandığı görülmektedir.⁴⁴⁵ Daha çarpıcı olan husus ise, Sümerbank işletmelerinin özel sektöre devredilerek özelleştirilmesinin 1950 yılında öngörülmüş olması ve buna karşılık yöneltilen soruların, bu tesislerin devlette mi özel sektörde mi kalması gerektiği yolunda tartışmalardan daha ziyade, bunları satın alabilecek bir yerli sermayenin bulunup bulunmadığı üzerinden yapılmakta olmasıdır!⁴⁴⁶

Keza, geçtiğimiz yıllarda devletin EBK aracılığıyla et kombinacılığı işini üstlenmiş olması da eleştirilmiş ve yurdun dört bir yanındaki kombinalar arazileriyle birlikte satışa çıkarılmak suretiyle özelleştirilmiştir. Ne var ki, özelleştirme sonrasında yeterli rekabetin oluşmaması durumunda devletin tekrar bu sektöre dönüş yaptığı da görülmektedir. EBK'nun yeniden yapılandırılmasına ilişkin olarak yayımlanan Ana Statü'de⁴⁴⁷, "... hayvancılık sektöründe düzenleyici ve destekleyici bir rol üstlenmesini temin etmek, piyasa ekonomisi kuralları içerisinde sektörde tam rekabet koşullarının tesisine katkı yaparak tekelleşmenin önüne geçmek..." amacıyla Kurumun yeniden yapılanmasına karar verildiği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, piyasa koşullarının yetersiz kaldığının görülmesi ve teşvik ve benzeri tedbirlerle bu eksikliğin özel sektör tarafından giderilmesinin imkan dahilinde bulunmadığının

443 Işıklı, Alpaslan; *Özelleştirme Ne İçin?*, TES-İŞ Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 2003, s. 6.

444 <http://ekonomitarhi.blogspot.com/2006/02/1985.html>

445 Hürriyet Gazetesi, *Devlet Artık Ayakkabı Gömlek Satmayacak*, 3 Ekim, 2006.

446 Bkz. Hırş, Ernst; *Devlet İşletmelerinin Özel Sermayeye Devri Meselesine Dair Bazı Mütalealar*, AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950, s. 284.

447 22 Ağustos, 2006 tarih ve 26267 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

tesbit edilmesi halinde devlet, kimi sektörlere doğrudan piyasa oyuncusu olarak da geri dönebilmektedir.

Ne var ki, 1980'li yıllarda başlatılan özelleştirme yanlısı bu uygulamaların kamu-oyu ve yargı çerçevelerinde hemen benimsendiği de söylenemez. Piyasa yanlısı görüşlerin algılanması bunda başlıca etmenlerden biridir, zira "(ç)oğu zaman piyasacı argümanlar ile siyasal-liberal argümanlar birlikte savunulmuş olduğu için, hem yandaşları hem karşıtları açısından ikisi arasında anlamlı bir fark kurulamamıştır. Liberaller çaresizce "liberalizmin" vahşi kapitalizm olmadığını anlatmaya çırpınırlarken, diğerleri o cenâhtan gelen her türlü siyasal-liberal öneriyi neo-liberalizmin oyunu olarak görmüşlerdir."⁴⁴⁸ Öte yandan, özelleştirmenin "... doğrudan doğruya kamu hizmeti ve kamu mülkiyeti kavramını yıkmak için var (olduğu)" da savunulmaktadır.⁴⁴⁹ Aslında, toplumun çeşitli kesimlerinden gelen bu muhalefeti mazur ve makul göstermeye yetecek unsurlar da eksik olmamıştır; "... belki de Yürütme ve İdareye, isteyerek ve bilerek, tam bir serbestlik tanımak için özelleştirmenin yasal düzenlemelerinde bu operasyonun ne tanımı yapılmış, ne konusu (veya) amaçları belirlenmiş, ne de prosedürü güvenceli esaslara bağlanmış(tır)"⁴⁵⁰. Ülkemizde "yürütülen özelleştirme uygulamalarının en fazla eleştirilen yönlerinden biri açıklıktan yoksun olmasıdır."⁴⁵¹ Hatta, keskin ideolojik karşıtlık içinde olmadıkları bilinen kimi çevrelerde dahi ilginç gelebilecek eleştirilere rastlanmaktadır. Buna göre, "(ö)zelleştirme politikalarında yapılan hatalarla (**özelleştirilmemesi gereken birimlerin özelleştirilmesi**, halka satış yerine blok satış, içeride satış yerine yabancıya satış gibi hatalar nedeniyle) **ekonominin önemli birimleri devreden çıktı, örneğin Sümerbank tekstil tesisleri, EBK ve SEK kombinaları** gibi."⁴⁵² Sümerbank'ın tekstil tesislerinin "ekonominin önemli birimleri" arasında sayılabilmesi ve bunun 2006 yılında dahi söylenmekte olması, yukarıdaki paragrafta vurgulamaya çalıştığımız "ironi"nin aslında halen geçerli olduğunu göstermesi açısından dikkat çekicidir! Nitekim, devletin bu tür ürünlerde piyasa yapıcısı olarak faaliyet göstermesi gerektiğini ileri süren görüşlere göre, "devlet et de satar, süt de satar, bez de satar... Bu, Anayasa'nın ("sosyal" niteliği gibi muhtelif hükümlerinin)... bir gere-

448 Özkazanç, Alev; *Türkiye'nin Neo-Liberal Dönüşümü ve Liberal Düşünce*, AÜSBF Geliştirme ve Toplum Araştırmaları Merkezi, Tartışma Metinleri No. 85, Haziran 2005, s. 11.

449 Soysal, Mümtaz; *İçinde Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti - Kamu Mülkiyeti Sempozyumu*, op. cit., s. 3.

450 Duran, Lütfi; *Türk Özelleştirmesi*, Cumhuriyet Gazetesi, s. 2, 16 Ocak, 1998.

451 Tan, *Özelleştirme*, op. cit., s. 282.

452 Uras, Güngör; *Yüksek Faiz, Özelleştirme, Varlık Satışları Ekonominin Gücünü Eritti*, Milliyet Gazetesi, 5 Ekim, 2006.

ğidir. Devlet, öncelikle kamu eliyle işlettiği tesislerde bu görevi yerine getirebileceği için, daima ekonomide olmalıdır ve olacaktır.”⁴⁵³

Bununla birlikte, oldukça isabetli eleştiriler getirildiği de görülmektedir. Nitekim, ülkemizdeki özelleştirme uygulamalarına bakıldığında önemli yanlışların yapıldığı bir gerçektir. Sözcüme, özelleştirme konusunda siyasi partiler arasında görüş birliğinin sağlanamayışı, özelleştirmede başlangıçta belirtilen amaçlardan sapmalara neden olmuştur. Başlangıçta ekonomik etkinliğin artırılması ve sermayenin tabana yayılmasını sağlamada bir iktisat politikası aracı olarak düşünülen özelleştirme, kısa sürede yön değiştirerek kamu açıklarının finansmanında kullanılan bir araç haline gelmiş, rekabetin gelişmesi anlayışı geri planda bırakılmıştır.⁴⁵⁴ Oysa, özelleştirmenin temel işlevi, verimlilikte artışın sağlanmasını temin etmektir. Cansen'e göre;

“Bir operasyon, aşağıdaki amaçlardan hiçbirine hizmet etmiyorsa, özelleştirme olarak adlandırılmaz:

- 1. Ferdin yapabileceği her şeyi, fertlere yaptırtmak. İktisadi özgürlükleri arttırarak, (sermayeyi tabana yaymak suretiyle) demokrasinin temelini güçlendirmek.*
- 2. Rekabet ortamını geliştirerek, ekonominin verimini arttırmak.*
- 3. Kamunun görevi olarak kabul edilen, ancak kamu tarafından pahalı olarak üretilip parasız olarak kamuya sunulan veya halka parayla satılmasına rağmen devlet bütçesine külfet getiren, mal veya hizmet üretimini özel sektöre devretmek.*
- 4. Kamu adına karar verme erkini, kişisel menfaate dönüştürmeye yarayan ticari ilişkiler ortamını daraltmak.*

Dikkat ed(ilirse)... sıralanan bu amaçlar arasında “devlete gelir sağlamak” diye bir madde (bulunmamaktadır).⁴⁵⁵

Öte yandan, özelleştirmeye özellikle kavramsal temelde karşı çıkan bazı sivil toplum örgütlerinin gösterdiği muhalefet -ve mukavemet-, yargı kararlarında da

⁴⁵³ Kamu Hizmetinde Özelleştirme, op. cit., s. 22, 23.

⁴⁵⁴ KİT'lerin Özelleştirilmesinden Doğan Problemler ve Çözüm Önerileri, op. cit., s. 103.

⁴⁵⁵ Cansen, Ege; Sermaye İhtiyacı, Hürriyet Gazetesi, 21 Eylül, 2005, s. 10.

izdüşümleri gözlenen etkili bir eylem platformu haline dönüşmüştür. Özelleştirme- nin kategorik muhaliflerinden KİGEM'in ifadesine göre "... özelleştirme ve serbestleştirme uygulamalarının 25 yıla rağmen hala tamamlanamamış olmasında Elektrik Mühendisleri Odası, KİGEM ve alanın ilgili sendikalarının gösterdikleri direnişin rolü yadsınamaz boyuttadır."⁴⁵⁶ Akademik çevrelerde dahi bunun izdüşümünü bulmak mümkündür; "Anayasa'nın özelleştirme konusunu düzenlemediği, hatta bir görüşe göre, sosyal devlette kamu hizmetlerinin tür ve çeşitlerinin azalması yerine çoğalması eğilimi ağır bastığı için, Anayasa'da özelleştirmeye yer verilmesi düşünülemeyecektir."⁴⁵⁷

Ancak, ilke olarak özelleştirmeye karşı çıkılması tartışılabilir bir husus olmakla beraber, kimi sivil toplum kuruluşlarınca getirilmiş bulunan itirazların yerinde görülebilmesi de imkan dahilindedir. Bunlar, daha ziyade özelleştirme uygulamalarının eksiklik veya yanlışlıklarına atıfta bulunulan noktalarda ortaya çıkmakta ve hukuki altyapının yeterince düzgün biçimde kurgulanmamış olmasından ileri geldiği görülmektedir. Bunlardan bir tanesi, özelleştirmeyle özel tekellerin ortaya çıkmasını engelleyici unsurlara yeterince özen gösterilmemesidir. Nitekim, çimento sektöründeki özelleştirmeler sonucunda tekelleşmeye imkan tanındığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır.⁴⁵⁸ Özelleştirilen kuruluşların üzerinde bulunduğu arazilerin doğrudan satışını yapmak yerine, görünürde mevcut tesisin işletilmesine devam olunacağı gibi bir algılama içerisinde ihaleye çıkılarak nisbeten düşük bedeller üzerinden kimi tesislerin elden çıkarılması, ancak, özelleştirme adı verilen bu işlemlerin hemen akabinde bu tesislerin faaliyetine son verilerek arazilerinin rantından yararlanılması yönüne gidilmiş olması, temel yanlışlardan biri olmuştur.⁴⁵⁹ Sözgelimi, Ankara'daki EBK'na ait bir işletmenin özelleştirme işlemi çerçevesinde "tesis olarak" satıldığı, maamafih alıcıların tesisi kapatıp, üzerindeki değerli araziye bir alışveriş merkezi inşa ederek değerlendirilmiş olduğu bilinmektedir.⁴⁶⁰ Şu halde

⁴⁵⁶ Ulusaler, Kemal B.; Enerjide Karanlık Gelecek, KİGEM Yayını, 13 Haziran, 2006 (www.kigem.org.tr).

⁴⁵⁷ Tan, Anayasal Ekonomik Düzen, op. cit., s. 171.

⁴⁵⁸ Bkz. Ertuna, Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli, op. cit., s. 19.

⁴⁵⁹ Sözgelimi, EBK'nun özelleştirilen 11 kombināsından dokuzunda bir yıl içinde üretime son verilmiş olup, bu durumun nedenlerinin özelleştirmeye konu tesislerin emlak değerlerinin çekiciliği ve arsa spekülasyonu beklentilerinde aranması gerekeceği belirtilmektedir (bkz. Boratav ve diğertleri; KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi – Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri (Özet Rapor), op. cit., s. 39).

⁴⁶⁰ Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Yıldırım, Mehmet; Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No. 2004-26, İstanbul 2004, s. 8.

burada yapılması gereken, kamuya ait bu tesisin devlet eliyle kapatılmasını müteakip, zaman içinde şehrin içinde kaldığı için fevkalade değer kazanmış olan arazisinin arsa bedeli üzerinden satılması olmalıydı. Kaldı ki, bu durum özelleştirme anlamına gelemmez, zira "(ö)zelleştirme mal satmak değildir."⁴⁶¹ Diğer yandan, "(ö)zelleştirme hiçbir zaman amaç değildir, özelleştirme bir araçtır ... (Bir amaç varsa, o da) ... para kazanmak ... değil, kuruluşların ekonomiye kazandırılması ve globalleşen piyasalarda kuruluşlara rekabet üstünlüğü kazandırmaktır."⁴⁶² Dolayısıyla, bu türden uygulamalar, "ülkemizde özelleştirmenin talana ve yağmaya dönüştüğü ... hatta yağma ve talan sözünün ... hafif kaldığı"⁴⁶³, "... özelleştirmenin bir "vurgun ve avanta" sürecine dönüşüp dejenere ol(du)ğu"⁴⁶⁴ eleştirilerini gündeme getirmiştir.

Yine, özelleştirilen kuruluşların milli sanayinin gelişmesine katkıları bakımından - en azından kimi duyarlı sektörlerde- üretimlerinin devam etmesi gerektiği açık olmasına karşın, bu tür kuruluşların yabancı sermayenin eline geçtikten sonra, yabancı şirketlerin yurt dışındaki tesislerinin rekabet gücüne engel olmamasını teminen kasten ihmal edildiği veya kapatıldığı da görülmüştür; nitekim, Teletaş şirketinin araştırma geliştirme bölümünün, şirketi devralan yabancı şirketin dünya pazarlarında kendisine karşı rakip olmaması amacıyla kasten kapatıldığı, bizzat yabancı şirketin yetkilisince açıkça ifade edilmiştir: "Biz Teletaş'ı öldürmek için satın aldık. Asya pazarında ayağımıza basıyordu."⁴⁶⁵

Öte yandan, hayvancılığın geliştirilmesi gibi kimi konularda devlet tarafından yerine getirilmekte olan faaliyetlerin bir "misyon" ifade ettiği ve bu misyon ortadan kalkmadan özelleştirmeye gidilmesi ve özelleştirilen kuruluşların anılan misyonun gereklerini yerine getirmemeleri durumunda varılan sonucun "sadece bindiğiniz dalı kesmek" olacağı da yerinde bir tesbit olarak ortaya konulmaktadır.⁴⁶⁶ Yine, "özelleştirme, devleti iktisadi hayattan tamamen çekmek(tir)" yargısının da

⁴⁶¹ Yıldırım, *Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli*, op. cit., s. 7.

⁴⁶² Ertuna, Özer; *Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No. 2004-26, İstanbul 2004, s. 18, 19.

⁴⁶³ Ulusaler, Kemal B.; *Küreselleşmenin Bir Alt Versiyonu Olarak Özelleştirme*, EMD, Sy. 426, Ağustos 2005, s. 31.

⁴⁶⁴ Boratav ve diğerleri, *KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi – Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri (Özet Rapor)*, op. cit., s. 33.

⁴⁶⁵ Ulusaler, *Küreselleşmenin Bir Alt Versiyonu Olarak Özelleştirme*, op. cit., s. 31.

⁴⁶⁶ Ertuna, *Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli*, op. cit., s. 18.

doğru olmayacağı hususuna değinilmekte ve "(ö)nemli olan, özel sektörün ve kamu sektörünün kuvvetli yönlerini bütünleştirerek, zayıf yönlerini birbirine tamamlatarak en iyi özelleştirme stratejisiyle bu kuruluşları milli ekonomiye kazandırmak(tır)" görüşü isabetle vurgulanmaktadır.⁴⁶⁷

2.2.1. Küreselleşme, Özelleştirme ve Yabancı Sermaye

"Küreselleşme, son yıllarda üzerinde en çok tartışılan, çok farklı anlam ve değerler yüklenen, çok farklı tanımlamalara ve nitelermelere konu olan kavramların başında gelmektedir."⁴⁶⁸ Bir görüşe göre "(k)üreselleşme, kapitalist sistemin bütün kurum ve kurallarıyla dünya ülkelerine yayılma sürecidir. (B)u süreç, kısmen uluslararası ekonomik ilişkilerin doğal gelişimile ortaya çıkarken, büyük ölçüde de ... gelişmiş ülkeler ve onların çok uluslu şirketlerinin (arkasında bulunduğu) uluslararası kuruluşlar tarafından empoze edilmektedir."⁴⁶⁹ Dolayısıyla, "(s)ermaye hareketlerinin, bu arada yabancı sermayenin durumu, globalleşme stratejisinin (önemli) bir ayağını oluşturmaktadır."⁴⁷⁰

Küreselleşmenin kısmen uluslararası kimi çıkar gruplarının dayatmalarından kaynaklanan olumsuz yönleri kuşkusuz geniş bir coğrafyada farklı kitlelerce değişik şekillerde dile getirilmektedir. "Seattle'da... çok büyük hareketler, nümayişler meydana geldi. Bunları sadece bir çapulcu hareketi açısından görmek isabetsizdir. Çünkü bunlar globalleşmenin bazı sakıncalarına işaret etmektedir. Biz bu globalleşmenin sakıncalarını göz önünde tutmak durumundayız."⁴⁷¹ Nitekim, "IMF ve WTO örgütlerine karşı yöneltilen eleştirilerin ve zaman zaman sokak gösterilerine dönüşen tepkilerin kökeninde, bu örgütlerin, ülkeler arasındaki gelişmişlik farklarını dikkate almadan "herkese uyar" düşüncesiyle ulusal devletlere zorla kabul ettirdikleri kurallar yatmaktadır... (Bu durum,) küreselleşme sürecinde ulusal bağımsızlık ile bağdaşmayan yönler olduğunu ... göstermektedir."⁴⁷²

467 Ertuna, *Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli*, op. cit., s. 20.

468 Köse, H. Ömer; *Küreselleşme Sürecinde Devletin Yapısal Dönüşümü*, Sayıştay Dergisi, Sy. 49, Nisan-Haziran 2003, s. 4.

469 Savaş, *Atatürkçü Düşünce ve Küreselleşme*, op. cit.

470 Bozer, Ali; *Türkiye'de Yabancı Sermayeli Firmalar, Sorunları, Gelişme Perspektifleri (Dünü ve Bugünü)-I, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 151.

471 Bozer, *Türkiye'de Yabancı Sermayeli Firmalar, Sorunları, Gelişme Perspektifleri (Dünü ve Bugünü)-I*, op. cit., s. 152.

472 Savaş, *Atatürkçü Düşünce ve Küreselleşme*, op. cit.

Bir başka görüşe göre, "küreselleşme ... tüm sermaye gruplarının istek ve tercihleri doğrultusunda, bütün ekonomilerin birbirine açılması olmayıp, merkez ülkelerdeki gelişmiş ekonomiler sermaye gruplarının olgunlaşma krizlerini aşabilmek için çevreye yayılmaları ve bu yayılmayı kolaylaştırabilmek için de kendi kurallarını çevreye dayatmaları"⁴⁷³ ve "(p)eriferilerin metropollere tek yönlü bağımlılığı"⁴⁷⁴ anlamına gelir; "bu nedenle küreleştirme ya da tektipleştirme olarak nitelenmesi gereken bir olgu olarak karşımıza çıkar" ve bir "... ileri kapitalist sömürü modeli oluştur(ur)."⁴⁷⁵ Yine benzer yöndeki bir görüşte, "küreselleşme" kavramının "emperyalizm" kavramı yerine geçirilmiş" olduğu, "küreselleşme(nin) kapitalizmin emperyalizm aşamasından bağımsız yeni bir aşama olmayıp, ilerlemesinin önündeki birtakım engellerden kurtulan emperyalizmin temel eğilimleri ile belirlenen bir gelişim ve dünya ölçeğinde yapılanma süreci"ni oluşturduğu belirtilmektedir.⁴⁷⁶

Nihayet, küreselleşme çerçevesinde "... küresel sermayenin küresel saldırısı bir gerçektir" saptamasına koşut olarak, özellikle yerel yönetimlerin güçlendirilmesi politikalarıyla "küresel saldırı(nın), kendine "*glocalisation*" adını vererek yerel parçaları ulusal bütünden ayırma yöntemiyle yürü(düğü)" de savunulmaktadır.⁴⁷⁷ Öte yandan, küreselleşmenin tamamen bertaraf edilmesi yaklaşımını benimsememekle beraber, mevcut haliyle uygulamasında ciddi sorunlar bulunduğu ve sözgelimi "piyasa erişimi" olmasına karşın "politika alanı"nın eksikliğinin refah yaratan bir küresel ekonomi önünde engel oluşturduğu, dolayısıyla "başka bir küreselleşmenin" kurgulanması gerektiği yolunda görüşlere de rastlanmaktadır.⁴⁷⁸ Özetle, küreselleşme, içinde bulunduğumuz çağın çarpıcı ve kaçınılmaz (ve fakat sakıncalı yönlerinin akılcı bir siyasa ile bertaraf edilmesi sözkonusu edilebilecek) gelişmelerinden biri olarak değerlendirilebilir.

473 Önder, İzzettin; *Dünya Piyasa Yapılanmasında Devletin Konumu* (<http://petrol-is.org.tr/yayinlar/yillik/2003-yillik/03-devlet/govde.htm>).

474 Işıklı, Alpaslan; *Küreselleşmenin Anlamı*, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Mayıs 2001, s. 41.

475 Önder, *Dünya Piyasa Yapılanmasında Devletin Konumu*, İbid.

476 Yıldırım, Nazım; *Küreselleşme: Efsaneden Gerçeklere...*, Mart 2001 (http://www.marksist.com/nazim_yildirim/kuresellesme_efsaneden_gercekler.htm).

477 Güler, Birgül Ayma; *Devlette Reform*, 3 Mart, 2003 Mimarlar Odası Sunuşu, TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi, s. 22.

478 Bkz. Rodrik, Dani; *How To Save Globalization From Its Cheerleaders*, Temmuz 2007 (<http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/Saving%20globalization.pdf>).

Tüm ekonomi programlarının temel hedefi, daha fazla refaha ulaşmak, ekonomide büyümeyi ve kalkınmayı sağlamaktır. Bunun hangi kaynaklardan sağlanacağı ise başlıca sorunu oluşturur. "Türkiye'de yurtiçi tasarruflar sabit sermaye yatırımlarının gerisinde kaldığı sürece, ekonomide kaynak açığından söz edilir. Bu kaynak açığı... doğrudan yabancı sermaye yatırımı veya portföy yatırımı⁴⁷⁹ şeklindeki... yabancı sermaye yatırımları veya dış borçlarla kapatılmak zorundadır."⁴⁸⁰ Bu analogiye ağır eleştirilerin getirildiği de görülmektedir: **"Türkiye'nin yabancı sermayeye ihtiyacı var. Yabancı sermaye gelmezse, gerektiği kadar hızlı büyüyemeyiz, halkımız fakir kalır"** (şeklindeki) teslimiyetçi düşüncedir bu ülkeyi fakir bırakan. Hele hele, yabancı sermaye ister **"doğrudan"** ister **"eğriden"** gelsin demek, hatadan öte bir gaflettir. Türkiye, yıllardan beri yabancı sermaye çekiyorum diye, ödediği yüksek faizlerle ülke tasarruflarını yurt dışına akıttı... **El sermayesiyle, kalkınma gerçekleştirilmez.**⁴⁸¹ Yine, "IMF Araştırma Bölümü'nün Başkanı Rajan('a göre) sanayileşmemiş ülkelerde, ekonomik büyüme söz konusu olunca, yabancı sermaye olumsuz etki yapıyor; yerli parayı aşırı değerli hale getiriyor. Daha çok tasarruf eden, daha çok yatırım yapan, kendi imalat sanayiine, bunu koruyan bir döviz rejimine sahip olan ülkeler en hızlı büyüyen ülkeler. Yerel yatırımlar ve tasarruflar esas! Sermaye(deki) serbestleşme yoksul ülkelere uzun dönemde zarar veriyor. Kısacası, büyüme için esas olan, ulusal ekonomi, iç dinamikler, yerli tasarruflar(dır)."⁴⁸²

Bu tür eleştirel yaklaşımlara karşın, ülkemizdeki yerli tasarrufların eksikliği, dış tasarruflara müracaatı bir nevi kaçınılmaz kılmıştır. Kuşkusuz, yerli tasarruf oranlarının artırılması ve bu yönde teşvik edici politikaların geliştirilmesi düşünülebilir, ancak bu biraz da toplumun böylesi bir tasarruf kültürüne geçmeye hazır olup olmadığıyla yakından ilgilidir. Öte yandan, "Türkiye ekonomisi son elli yılda ortalama % 5 büyü(müşür)... (Ancak), şimdi ulaşılan refah seviyesi halkın özlemlerine cevap vermiyor. Bu sorunun çözümü tabiidir ki daha hızlı büyüme ve kalkınmaktır... Bir ulusal ekonominin daha hızlı büyümesi için öncelikle daha fazla yatırım yapmak

⁴⁷⁹ Portföy yatırımı olarak adlandırılan ve şirketlerdeki hisselerin satın alınması suretiyle sermaye akışını öngören yatırımlarda, yatırımcının kimliği belirsizdir ve doğrudan yatırımda olduğu gibi özel bir izin almadan gerçekleştirildiğinden, FDI korunmasına tâbi olması kabul edilmemektedir (bkz. Sornarajah, M.; *The International Law on Foreign Investment*, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2004, s. 8).

⁴⁸⁰ Karluk, *Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyüme Katkısı*, op. cit., s. 114.

⁴⁸¹ Cansen, *Sermaye İhtiyacı*, op. cit..

⁴⁸² Bkz. Yıldızoğlu, Ergin; *Bay Derviş Ne Diyor?*, 23 Eylül, 2006 (<http://erginyildizoglu.blogspot.com/2006/09/bay-dervis-ne-diyor.htm>).

gerek(iyor)... Daha fazla yatırım yapmak için de... daha fazla tasarruf etmek ve biraz da hesaplıca borçlanmak gerekiyor... Bireyler ve işletmeler (borçlanma konularında) yanlış yaparlarsa cezasını kendileri çekiyorlar. Ulusal yatırım, tasarruf, vergi ve borçlanma konularında hükümetlerin hatalarının faturası ise doğal olarak halka çıkıyor... İstikrarlı büyüme için bir yol da verimliliği artırmaktır. (Bu meyanda,) hükümetlerin ekonomiyi kontrol imkanlarını azaltmak lazım(dır)."⁴⁸³

Şu halde, eleştirileri dikkate almak gereği bir yana, iç kaynakların yetersizliği nedeniyle dış borçlanma yoluna gidilebilmesi bir seçenek olarak görülebildiği gibi, siyasi tercihlerde değişikliğe gidilerek kimi alanların özel sektör yatırıma açılması ve böylece doğrudan yabancı sermayenin cezbedilmesi suretiyle yatırımların gerçekleştirilmesi de bir diğer seçenek olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, küreselleşme aynı zamanda yabancı sermaye akışını sağlamakla rekabetin artırılması yönünde bir etki de doğurmaktadır, zira küreselleşmeyle birlikte "... uluslararası ticarete tarifelerin kaldırılmış olması, her bir ülkeyi aslında yabancı rekabetine daha açık bir hale getirmiştir."⁴⁸⁴

Küreselleşme karşıtlarınca çok defa gündeme getirildiği üzere, yabancı sermayenin kapitülasyon dönemlerinden gelen bir hassasiyetle ele alındığı bilinmektedir. "Türkiye'de bazı kesimlerde yabancı yatırımlara karşı oluşan tepkide, geçmişimizdeki kapitülasyon deneyimimizin önemli bir rolü vardır."⁴⁸⁵ Oysa, "1923 İzmir İktisat Kongresi'ni açış konuşmasında Gazi Mustafa Kemal, yabancı sermaye konusunda özetle şöyle demektedir:

"İktisat sahasında düşünürken ve konuşurken zannolunmasın ki biz yabancı sermayesine hasım bulunuyoruz. Hayır, bizim memleketimiz geniştir. Çok emek ve sermayeye ihtiyacımız vardır. Binaenaleyh kanunlarımıza uymak, saygı göstermek şartıyla yabancı sermayelerine lâzım gelen teminatı vermeye her zaman hazırız ve şayanı arzudur ki, yabancı sermayesi bizim emeğimize ve serveti sabitimize katılsın. Bizim için ve onlar için faydalı neticeler versin; fakat eskisi gibi değil!"⁴⁸⁶

483 Alkin, Erdoğan ; *Büyüme-İstikrar-Yabancı Sermaye İlişkisi, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 13, 14.

484 Katırcıoğlu, *İktisatta "Güç" Kavramı Üzerine*, op. cit., s. 44.

485 Tiryakioğlu, Bilgin; *Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye*, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 166.

486 Karluk, *Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeğe Katkısı*, op. cit., s. 115.

"Gerçekten de geçmişte ve özellikle Tanzimat devrinden sonra, yabancı sermaye, ülkede ayrıcalıklı bir konuma sahip oldu. Ve bilimsel anlamıyla denilebilir ki, devlet ve hükümet yabancı sermayenin jandarmalığından başka bir şey yapmamıştır. Artık her uygar devlet gibi, millet gibi, yeni Türkiye de buna izin veremez. **Burasını esir ülke yaptıramaz.**"⁴⁸⁷

Ne var ki, yabancı sermaye karşıtlığını sadece gelişmekte olan ülkelere has bir durum olarak görmek de yanıltıcıdır. Sözelimi, yabancı sermaye akımları konusunda son derece serbestiyet içeren politikalar uyguladığı bilinen ABD'nde dahi, su darlığı çekilen bir dönemde yabancı sermayeli (Japon) kuruluşların suyunun kesilmesinin bir ara gündeme getirilmiş olduğu örnek verilebilir.⁴⁸⁸ Keza, son zamanlarda AB içindeki kimi gelişmiş ülkelerin yerli şirketlerinin yabancılar tarafından satın alınması yoluyla yabancı sermaye girişleri karşısında fevkalade korumacı politikalar geliştirmekte ve uygulamakta oldukları da görülmektedir.⁴⁸⁹ Bu durum, sadece son zamanlara özgü de değildir; sözelimi sanayi devriminin ilk yıllarında daha gelişmiş olmasından dolayı diğer ülkelere karşı serbest ticaret düşüncesini hararetle savunan İngiltere'nin, bir süre sonra Fransa, Almanya, ABD gibi rakiplerin ortaya çıkmasıyla korumacı siyasete dönüş yaptığı bilinen bir husustur.⁴⁹⁰ "İngiltere'nin ebedi dostları yoktur, ebedi çıkarları vardır" şeklindeki bilinen söze atfen "salt entellektüel düşüncenin biçimlediği iktisat politikası yoktur, ülke çıkarlarının şekillendirdiği dönemsel politikalar vardır" denebilir. Ülkelerin iktisadi savaşımı belki siyasi olanından daha önemlidir ve bu savaşımın yöntemini, politikasını da -harp sahasında olduğu gibi- "eldeki kuvvenin ve silahların terkihi" belirleyecektir. Dolayısıyla, bir ülkenin rekabetçi iktisat siyasası diğerine uymayabileceği gibi, aynı şekilde birinde başarılı olan kısmi korumacı anlayış, diğerinde tam bir iktisadi bunalıma yol açabilir. Bu itibarla, her ülkenin kendi sosyo-kültürel yapısına ve gö-reli olanaklarına göre bir "iktisat politikası" belirlenmesi gerektiği açıktır.

487 Mustafa Kemal Atatürk'ün İzmir İktisat Kongresi Açış Konuşması'ndan aktaran: Soysal, Mümtaz - Ertuğrul, İlker; *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, MBD, C. 23, Sy. 217, 1999, s. 60, 9 no.lu dip not.

488 Bkz. Töre, Nahit; *Dünyada Yabancı Sermaye Akımları, içinde* Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 85.

489 Bkz. De Jonquieres, Guy; *The Strange Paradox of Economic Nationalism*, Financial Times, 10 Ağustos, 2006. Keza, enerji sektörüne ilişkin olarak benzer bir uygulama için bkz. Buck, Tobias; *Brussels in Legal Threat to Spain over EON Bid*, Financial Times, 4 Ağustos, 2006, s. 7.

490 Sabir, Hasan; *Atatürk'ün Ekonomi Anlayışı*, Sayıştay Dergisi, Sy. 62, Temmuz-Eylül 2006, s. 5.

Yatırımların kamu eliyle gerçekleştirilmelerinde gerek bütçeye ve dolayısıyla vergi kaynaklarına (yani iç tasarruflara) dayanmaktaki güçlük ve gerek bu meydana dış borçlanmaya gidilmesinin ülkenin dış kredibilitesinden dolayı sınırlı olması çerçevesinde, bu yatırımları özel sektör eliyle gerçekleştirme kaçınılmaz olarak gündeme gelmiş olmaktadır. Burada doğal olarak doğrudan yabancı sermaye cezbedilerek yatırımlara kaynak sağlanması öngörülmüş olmaktadır, zira yerli sermayenin yeterince iç veya dış kaynak sağlaması yine ülke kredibilitesi nedeniyle zordur. İşte, bu da özelleştirme kavramını gündeme getirmektedir. Ancak, burada özelleştirme kavramıyla sadece mevcut kamu kuruluşlarının özel sektöre devri değil, hatta daha ziyade ileriye yönelik yatırımların yapılabilmesi için kimi faaliyet alanlarının özel sektöre açılması, yani bir "serbestleştirme"ye gidilmesi, veya bir başka deyimle kamusal faaliyet alanının ve tekel olarak kamuda bırakılan alanların "daraltılması" sözkonusudur!

Özelleştirmeye muhalif çevrelere göre, "özelleştirme.... küreselleşmenin ekonomik aracıdır" ve "uluslararası olan sermaye, kendine ulusal engeller çıkardığı için, ulusal devleti ortadan kaldırmak ist(er, dolayısıyla) özelleştirmenin amacı devleti ortadan kaldırmaktır."⁴⁹¹ Hatta, daha da ilginç, bu anlayışın akademik çevrelerde dahi akis bulmuş olmasıdır; örneğin, "... buraya (ülkemize) gelen yabancı yatırımcı, buradaki işletmesinden aldığı kârı ne yapacak?... Bu kârın dışa aktarılması ulusal değerlerin dışa aktarılmasıdır. (Oysa) (k)âr, burada (ülkemizde) üretilen değerdir."⁴⁹² denilmek suretiyle özelleştirmenin ülkemizdeki değerlerin dışarıya aktarılması sonucunu doğurduğu ifade edilmekte ve böylece yabancı yatırımcının kârını yurt dışına aktarması sorgulanmaktadır. Bu ifadeye yakından baktığımızda, yabancı yatırımcıların ülkemizde gerçekleştirdikleri doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının sonucunda elde ettikleri kârı -vergisini ödedikten sonra- yurt dışına aktarmalarının arzu edilmediği, zira bunun "yurt içerisinde elde edilen bir "artı değer" in yurt dışına aktarılması anlamına geleceğinin beyan olunduğu ve bu yönde de eleştirildiği görülmektedir. Bireysel yatırımcı bakımından ele alındığında, bu yaklaşımda ekonomik tasavvurun ötesinde bir algılamaya gidildiği, ekonominin -ve hatta genel anlamda hayatın- gerçeklerinden çok daha farklı bir yönelimle değerlendirmeler yapıldığı söylenebilir. Hatta, burada analitik bir değerlendirmenin ötesine geçerek ideolojik bir perspektifin hakim kılındığı dahi iddia

491 Kamu Hizmetinde Özelleştirme, KİGEM Yayını, Haziran, 1997, Ankara, s. 2, 3 no.lu dip notla beraber.

492 Karahanoğulları, Onur; Tartışma, Anayasa Sempozyumu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 102.

edilebilir. Maamafih, bir ülkedeki yabancı sermaye yatırımlarının –özellikle yabancı doğrudan sermaye bakımından- “külliyen” değerlendirilmesine gidildiğinde, yine iktisadi bir analizden hareketle haklılık payı içerdiğini savunmak da olanaklıdır.⁴⁹³

493 İktisadi açıdan bu anlayışı haklı kılabilecek bir analize girişime olasılığından bahsedilebilir. Şöyle ki; serbest piyasa dinamiği ve toplumlardaki işbölümü mantığı, kişinin bir ekonomik değer üreterek bir başkasının veya başkalarının ihtiyacını “tatmin” etmesini öngörür. İlkel toplumlarda bu, “trampa” ekonomisi şeklinde tezahür etmiştir, yani bir mal veya hizmet üretimine karşın karşı taraftan bir mal veya hizmet üretiminin talep edilmesi şeklinde cereyan etmiştir. Buradaki değiş-tokuşun fiziksel olarak gerçekleştirilmesindeki zorluk, nihayet paranın (veya daha öncesinde kimi mübadele araçlarının –kıymet atfedilen değerli taş veya maden ya da eski Yunan’da sığır, Habeşistan’da tuz, Eskimolorda uzun süreyle kurutulmuş balık gibi (bkz. Yenal, İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler, op. cit., s. 24.) kıt mallar (hatta, İngilizce’de “maaş” anlamına gelen “salary” kelimesinin, aylık olarak para yerine eski devirlerde o dönemler için kıt bir mal olan “tuz (İngilizce “salt”)) verilmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir)- bir mübadele aracı olarak kullanılmaya başlanmasıyla sonuçlanmıştır. Ancak, paranın elde tutulması, o ekonomik çevredeki muhataplardan mal veya hizmet talep etme hakkına engel olmamalıdır. Aksi halde verdiği mal veya hizmete karşın para alan kişinin buna rıza göstermeyeceği düşünülmelidir. Zira, kişi mal veya hizmetini bir “kağıt parçası” elde etmek için değil, o paranın tanımlandığı toplumdan karşılık olarak başka mal veya hizmetleri elde edebilme beklentisiyle emeğini karşı tarafa sunmaktadır.

Nitekim, özellikle küçük şehirlerde kimi esnaf kendisinden alışveriş yapmayan diğer esnafa ticari ilişkisini bir noktadan sonra sona erdirmektedir; gerekçesi ise açıktır: Benim sunduğum mal veya hizmete rağbet etmeyen birinin ürettiği mal veya hizmete de ben talip olmam! Zira, ben onun talebini karşılarken, onun da benim talebimi (ihtiyacımı) tatmin etmesini beklemekteyim. Bu itibarla, ülkemizde yapacağı yatırımdan elde edeceği kârını yurt dışına aktaracak girişimciye benzer şekilde, bir taşra ekonomisinde yerel esnafa kendi ürettiği –sözgelimi- sobaları satıp karşılığında o yöreden mal almak yerine başka şehirlerdeki girişimcilerin ürettiği mallara rağbet gösteren satıcı, nihayetinde yerel esnafın tepkisiyle karşılaşır ve artık o yörede iş yapamaz duruma gelir. Yerel esnaf bu durumda artık kendi yöresinden alışveriş yapacak esnafın ürettiği sobaya rağbet edecektir! Bunun bir örneği, taşradaki yerel festivallerde yaşanmıştır: “Panayır” adı altında hasat dönemi sonunda yapılagelen ve o yöre esnafının dışında diğer çevre illeri esnafının da mallarını sergilediği satış fuarları şeklinde gerçekleşen geleneksel uygulama son dönemde değiştirilmiş ve yöre halkının yıllık ihtiyaçlarını karşıladığı emtia satışı özelliğine son verilerek, sadece eğlence amaçlı etkinliklere dönüştürülmüştür. Burada asıl amaç, yörenin ekonomik kaynaklarının yöre dışından gelen yabancı esnafa “kaptırılmaması”, yöredeki paranın yine yörenin esnafında bırakılmasının sağlanmasıdır; yani, bir çeşit “kapalı ekonomi” modeli! Kuşkusuz bunun bizi 1980 öncesinde yaşadığımız, kapalı ekonomi ve ithal kısıtları arkasında bırakılan rekabetsiz ekonomi modeline götürdüğünü belirtmek ve bu sonucun yerel halkın çıkarlarıyla ne derece bağdaştığını da sorgulamak gerekir. Burada bir yanda yörenin ekonomik çıkarı, diğer yanda ise rekabetsiz bir ortamda halkın tekelci yapıya mahkum –ve dolayısıyla mağdur- edilmesi gerçeği bulunmaktadır. Ancak, buradaki analizimiz açısından bakıldığında, bir yörede elde edilen değer o yörede –en azından kısmen- harcanması gereğinin ekonomik mantıkla örtüştüğü de bu meydana ileri sürülebilecektir.

Kuşkusuz, elde ettiği kârı yurt dışına aktaramayacak bir yabancı girişimcinin neden ülkemizde yatırım yapmak üzere gelmek isteyeceğini de bu çerçevede değerlendirmek gerekecektir. Yabancı yatırımcı elde ettiği "artı değeri" mutlaka yeniden yurt içinde değerlendirmek zorundaydı, bu "artı değeri" ya yurt

Burada, sözgelimi ülkeler arasındaki ithalat-ihracat dengesinin gözetilmeye çalışıldığı ve aksi halde oluşacak dış ticaret açıklarının sürdürülemez olması nedeniyle dış alımlarda kısıtlamaya gidildiğinin gözlenmesi de çarpıcıdır. Bu manada, sözgelimi doğal gaz alımları nedeniyle Rusya Federasyonu ile dış ticaret açığının ülkemiz aleyhine yüksek tutarlara ulaşması sonucunda Rus tarafına bizden ithalatlarını artırmaları gerektiği yolunda sürekli uyarılarda bulunulduğu hatırlanmalıdır. Özetle, iki ülke arasındaki ilişkilerde de "ihtiyaçların karşılıklı tatmini" esastır, para sadece bir mübadele aracı olarak bu ilişkinin görünümünü değiştiren sanal bir faktördür. O halde, bir yöreden kazanılan gelirin "çevrilebilir para-döviz" yani "hard currency" şeklinde serbestçe yurt dışına çıkarılmasının, ilişkinin özündeki "karşılıklık" esasına aykırı olduğu sonucuna da varılabilecektir (ne var ki, bu durumun sadece ve sadece kendi üretiminin rekabet edebilirliğine güvenemeyen arz edici açısından doğru bir analogi olacağına da altını çizmek istiyoruz).

Ancak, hukuki düzenin genelde bu ekonomik ilkeye geçerlik tanımadığı da malumdur: Ülkenin herhangi bir yerinde ticari ilişkisinden kazanç sağlamış bulunan bir yatırımcı, kârını ister ülkenin herhangi bir yerinde, ister yurt dışında değerlendirmekte hukuken (mevcut kambiyo rejimi çerçevesinde) serbesttir!

Hatta bu anlayışın izlerini günümüzdeki kimi ekonomi politikası uygulamalarında da bulmak mümkündür: "Off-set" adıyla tabir olunan bu uygulamada, mesela ülkemizin satın alacağı F-16 uçakları için 1980'li yılların sonlarına doğru dönemin hükümeti tarafından ilgili Amerikan şirketine, Türkiye'de Savunma Sanayii Müsteşarlığınca kurulacak bir kamu şirketiyle ortak olarak birlikte yatırım yapılması şartı getirilmiş, bunun yanı sıra üretilen uçakların bir kısmının ihraç edilmesi de ortak üretici şirketteki yabancı ana firmanın taahhüdüne bağlanmıştır (buna "doğrudan off-set" adı verilmektedir). Bunun yanı sıra, bir de "dolaylı off-set" olarak adlandırılan bir uygulama bulunmaktadır; bu defa, yabancı şirketin yatırım konusu malı değil ve fakat ülkemizde üretilen herhangi bir başka mal grubunun ihracatını (öngörülen miktarda döviz karşılığı tutar kadar gıda ihracatı gibi) sağlaması koşulu getirilmektedir (bu konuda; doğrudan ve dolaylı "off-set" tanımları için bkz. Altan, Birol; Türk Savunma Sanayisinde "Off-Set" Uygulamaları, TÜSİAD Yayını, No. TÜSİAD-T/99-12/276-1, Aralık 1999, s. 18, 19; keza, bu modelin ülkemiz savunma sanayiindeki uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.* s. 24-34). Tüm bunlar, aslında yerel örnekte verdiğimiz değerlendirmenin ülke boyutundaki uygulamalarından başka bir şey değildir, yani özünde aynı ekonomik mantığa dayanmaktadır!

Öte yandan, paranın mahiyetine ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar, başka bir şekilde bizi çarpıcı bir analize götürmeye de elverişlidir: Paranın bireylerin kendi emeklerini başkalarının hizmetine sunmalarından, yani başkalarının ihtiyaçlarını tatmin etmelerinin karşılığı olarak, sözkonusu bireye toplumun diğer bireylerinden hizmet talep etme, yani kendi ihtiyaçlarını tatmin etmelerini bekleme hakkı yarattığını belirtmiştik. Diğer yandan, devlet, bireylerin elindeki paranın, yani emeklerinin bir kısmını egemen gücüne dayanarak vergi yoluyla almakta ve karşılığında bireylere hizmet sunmayı taahhüt etmektedir. Şu halde, bu kamu hizmetlerinin sunumunda yolsuzluk veya usulsüzlük yahut verimsizlik nedenleriyle bireylerin "eksik tatmin edilmesi" halinde, devletin bireylerin emeğini "zorla ele geçirmiş" olması sonucuyla karşılaşmaktadır. Sözgelimi, bir baraj yapımında ihaleye çıkmayarak daha yüksek maliyetin ortaya çıkmasına neden

içinde tekrar yatırıma dönüştürmek ya da yurt içinde harcamak zorunluluğuyla karşı karşıya kalacaktır. Zira –salt buradaki anlatım açısından vermiş olduğumuz örneğimize mahsus olmak üzere, sermaye yatırımları veya banka tasarrufu seçeneklerini de “harcama” olarak değerlendirirsek- yabancı girişimcinin önünde başka da bir seçenek kalmamaktadır. O halde, elde edeceği kârını yurtdışına aktaramayacak olan yabancı girişimci ülkemizde yatırım yapmak için gelme arzusu hangi saikle, niçin taşıyacaktır? Zira, “(ü)rettiği çeşitli malları piyasa aracılığı ile satan üreticinin amacı, kârdır.”⁴⁹⁴ Bu yaklaşım sahiplerinin, burada açıklamaya gayret ettiğimiz açmazı da kendi analizlerinin bütünlüğü içerisinde çözümleyebildiklerini ümit ederiz, lâkin açıktır ki, halihazırda bu açmazı çözebilme imkanından mahrum olduğumuzun da kabulü gerekir.

Konunun önemine binaen bu konuya aşağıdaki paragrafta biraz daha ayrıntılı olarak değinmekte yarar görüyoruz, zira bu kavramsal çerçevenin tez konumuz olan kamu hizmeti kavramıyla yakın bir ilgisi bulunmaktadır ve bu açıdan bahsekonu zihniyetin analizi son derece önem taşımaktadır:

olan devletin aradaki bu fark için bireylere vergi salması, aslında bireylerin daha fazla çalışması ve emek sarf etmesi, bunu da karşılıksız olarak devlete vermesi sonucunu doğurmaktadır. Oysa, Anayasa'nın “Zorla Çalıştırma Yasağı” başlıklı 18. maddesine göre “(h)İç kimse zorla çalıştıramaz. Angarya yasaktır”. Dolayısıyla, angarya yoluyla insanların “köleleştirilmesi” kabul edilemez ve Anayasa ile de kesin olarak yasaklanmıştır. Benzer analize dayalı bir yoruma göre de “(r)efah devleti, aslında kendileri için çalışanları köleleştirir ve onların mülkiyetini güç kullanarak faydacı bir çizgide yeniden dağıtır” (Baldwin, Jason; *Mülkiyet ve Ahlâki Hayat*, (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004, s. 33). Devletin gelir dağılımını düzenlemek ve sosyal devlet ilkesinin gereklerini yerine getirmek üzere uygulamalarda bulunması gerekliliği açısından bu görüş tartışmalı olmakla beraber, angarya ve köleleştirme bağlantısı açısından dikkat çekicidir; en azından, devletin harcamalarında hesap veremeyeceği usulsüzlükler halinde, bunun köleleştirme anlamına geleceği yolunda bir düşünsel arka plan oluşturmaya elverişlidir. Şu halde, bu tür bir analize gidebilme olanağının varlığı derecesinde, sözgelimi devletin gerekli rekabet ortamını en üst düzeyde gerçekleştirecek şekilde ihale yapılması yoluna gitmeyecek kimi yapım veya hizmet sunumu işlerini gerçekleştirmesinin, aynı hizmeti gereksiz şekilde daha fazla “birey emeği karşılığı” gerçekleştirmek anlamına geleceği için, Anayasa'nın “angarya yasağı” maddesine göre Anayasa'ya aykırı düşüğü kabul görebilecektir. Yüksek Mahkemelerin kamu hizmetlerinin sunumuna dair önlerine gelen davalarla ilgili kararlarında bu türden ekonomik analizleri de dikkate almalarının, kamu yararının korunması açısından daha isabetli sonuçlara yol açacağı kanaatindeyiz. Nitekim, sözgelimi Danıştay tarafından, özel tekel oluşturulduğu için halktan daha fazla “emek” talep edilmesine neden olunması hususunda, araç muayene istasyonlarının özel tekel şeklinde yapılandırılmasıyla ilgili olarak verilen istişari görüşte ekonomik analizlere ve konunun Anayasa'ya aykırılığına dikkat edilmemesini “yetersiz derinlikte bir ekonomi felsefesine dayanıldığı” şeklinde yorumlamanın mümkün olabileceğini düşünmekteyiz (anılan Danıştay kararı ile bu husustaki değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm, A.III.1).

494 Özgüven, Ali; *İktisat İlimine Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayını No. 2046, İstanbul, 1975, s. 163.

2.2.2. Özelleştirme ve Kârın Yurtdışına Aktarılması

Dünya ekonomisiyle bütünleşmemiş kimi "geçiş ekonomilerinde"⁴⁹⁵, yukarıda bahsedilen şekilde yurt içinde elde edilen kârın yurt dışına transfer edilmesiyle ilgili olarak kimi kısıtlamaların muhtelif ekonomik gerekçelere istinaden uygulanmakta olduğu bilinmektedir. Sözgelimi, Özbekistan'da yatırım yapan yabancı girişimcilerin elde ettikleri kârlarını yurtdışına çıkarmalarında kimi kısıtların uygulandığı, bu ülkede yatırım yapan girişimcilerin iyi bildiği bir husustur. Buna göre, yabancı girişimci vergi sonrası kârının belirli bir yüzdesini Özbek para birimi olan Som cinsinden tutmak zorunda kalmakta, kendisine ancak belirli bir yüzde için yabancı döviz dönüşürme hakkı tanınmaktadır. Özbekistan'da ülkemizde olduğu gibi⁴⁹⁶ bir para serbestisi ("konvertibilite") rejimi bulunmadığı için, yatırımcının elde ettiği yerli para cinsinden kârını serbest piyasada döviz tahvil etme ve serbestçe ülke dışına aktarma imkanı da bulunmamaktadır. Yatırımcının Som cinsinden elde ettiği kârını döviz dönüşürebilmesi için, resmi kurumlardan döviz çevrilmesini talep etmesi ve bunun da resmi makamlarca kabul edilerek resmi kur üzerinden hesaplanacak dövizin kendisine tahsisi gerekmektedir. Nitekim, 24 Ocak kararları öncesinde ülkemizdeki uygulama da bundan farklı değildi; yabancı yatırımcının yurt içindeki kazançlarını dışarıya döviz olarak aktarabilmesini teminen TCMB'den Türk Lirası (TL) karşılığı döviz tahsisini talep etmesi gerekliydi.

Kuşkusuz bu da bir politikadır, ancak böylesi bir tercihin öncelikle ülkemizde uzunca bir süredir uygulanmakta olan piyasa ekonomisi modeliyle ve uygulamayla çeliştiğini de vurgulamak gerekir: Türkiye'deki mevcut kambiyo rejimi çerçevesinde 1987 yılından bu yana TL uluslararası para birimleri karşısında çevrilebilir ("convertible") durumdadır, yani, yerli veya yabancı herhangi bir kişi elindeki yerli veya yabancı parayı istediği para birimiyle (yerli veya yabancı) ve serbest piyasa koşullarında değiştirme hakkına -ve olanağına- sahiptir. Dolayısıyla, halî-

495 Bu terim, İngilizce'deki "transition economies" veya "economies in transition" ifadelerinin tercümesi olarak dilimize girmiştir.

496 Ülkemizde konvertibiliteye 24 Ocak kararlarıyla uygulanmaya başlanan mali liberalizasyon kapsamında 1988 yılında yapılan değişikliklerle geçilmiştir (bkz. Ekzen, Nazif; Mali Yapı ve Liberal Politikalar, içinde "Liberal Reformlar" ve Devlet, KİGEM Vakfı, Sempozyum Bildirileri (18-19 Nisan, 2003), Ankara, 2004, s. 310.

hazırda içinde bulunduğumuz ekonomik sistemde yabancı yatırımcıya tasarruflarını yurt dışına aktarma yasağı getirilmesi imkanı bulunmamaktadır.⁴⁹⁷

Bu hususu bir defa belirtmiş olmakla birlikte, bu tür bir kısıtlamanın getirilmesi halinde durumun ne olacağına da değinmekte yarar görüyoruz: Yabancı sermayeyi ülkemize çekmek için olağanüstü derecede tedbirlerin veya teşviklerin getirilmeye çalışılmasına karşın yeterince başarılı olamadığımız bilinirken, üzerine bir de böylesi bir yurt dışına aktarma kısıtı getirilmesi karşısında ülkemize yabancı sermaye akışının daha da mütereddit davranacağı ve alternatif ülkelere yöneleceği açıktır. Özbekistan'ın yukarıda değindiğimiz uygulaması ise, anılan ülkenin kendine özgü şartlarıyla telifi kabil bir uygulama olarak değerlendirilmelidir kanaatindeyiz. Şöyle ki, Özbekistan doğal kaynaklar açısından zengin bir ülke olarak, yabancı sermayeye son derece verimli doğal kaynak pazarını açarken bu tür kimi kısıtlamaları getirmekte kendini rahat hissedebilir, zira yurt dışına aktarılmasına izin verilen tutar dahi yabancı yatırımcı açısından yeterli bir getiri olarak değerlendirilebilecektir. Benzeri bir gelişmeye Rusya Federasyonu'nda rastlanmaktadır: Uluslararası kuruluşlarca yatırım yapılabilirliği veya güvenilirliği açısından düşük notlar verilen ve riskli bulunan Rusya için resmi istatistiklere göre 2006 yılının ilk altı ayında

⁴⁹⁷ Burada bir örnekle duruma açıklık kazandırabileceğimizi ümid ederiz: Bir şehrin merkezinde kendisine miras kalan değerli bir arsayı, üzerinde işhane inşa ederek değerlendirme olanağı varken, kendi sermaye birikiminin yetersizliği nedeniyle bu ekonomik olanağı değerlendiremeyen arsa sahibinin bir müteahhitte "yarı yarıya" anlaşması, ancak akabinde de inşaatın müteahhide düşen kısmı üzerinde "artı değer" anlayışıyla hak iddia etmesi veya müteahhidin kendi payına düşen kısmı satarak elde edeceği geliri tasarruf etmesine karşı çıkması anlamsızdır. Doğal olarak girişimci kâr peşinde koşar ve aksi halde girişimde bulunması için bir gerekçesi olamaz. Girişimcilik "amme menfaati" ile yürütülen bir saik olmaktan beridir! Şu halde, örneğimizdeki arsa sahibi ya arsasını metrük halde ekonominin dışında tutacak ve mahrumiyetinin giderilmesine yardımcı olabilecek bu ekonomik kaynağın değerlendirilmesinden sarfı nazar ederek "bilinçli bir fakr-u zaruret" içinde olmaya devam edecek, yahut kendi girişimciliği yahut başka bir girişimcinin öncülüğünde işhane yapımından kaynaklanan potansiyeli ekonomik olarak değerlendirmek suretiyle gelirini artıracaktır. Kuşku yoktur ki, ikinci durumda girişimcinin payına düşecek kârını alabilmesi, işin doğasında bulunmaktadır!

Sonuç olarak, ülkemizdeki finans, kâr, girişimcilik ve benzeri kavramların layık veçhile algılanamamış olması, özelleştirme, yabancı sermaye, kamu hizmetlerinin ifası gibi konularda ortaya konulan yorumlarda vahim hataların ve değerlendirmelerin yapılmasında etken olmaktadır kanaatindeyiz. Bu sadece ülkemize mahsus bir durum da değildir; Financial Times' da yayımlanan bir haberde (20 Temmuz, 2006), Fransa için benzeri bir gereksinimden bahsedilmekte ve orta öğretim kurumlarının müfredat programında bir değişiklik yapılarak temel ekonomik kavramların orta öğrenim gençliğine benimsetilmesi ve kavratılmasının bir zorunluluk halini aldığı ifade edilmektedir! Bu itibarla, ülkemizde de benzeri bir müfredatın yürürlüğe konulması kuşkusuz son derece yararlı olacaktır kanısındayız.

doğrudan yabancı sermaye yaklaşık % 44 oranında artış göstermiş, yabancı yatırımcılar arasında yapılan bir araştırmaya göre Rusya'da yatırım yapmaya niyetli olanların oranı ise % 71'den % 91'e yükselmiştir!⁴⁹⁸ Kuşkusuz burada doğal kaynaklarının çekiciliği yüksek olan bir ülkenin kimi diğer unsurlar itibarıyla yetersizliğinin telafi edilmekte olması sözkonusudur. Dolayısıyla aynı çekiciliğe sahip olmayan bir ülkenin telafi edici imkandan mahrum olması, cazibeyi oluşturmakta yetersiz kalması sonucunu doğuracaktır. Bu itibarla, politikalar belirlenirken bu hususların etkin bir değerlendirilmesine gidilmesi elzemdir.

Oysa, ülkemiz açısından bu durumun realiteyle örtüşmediği açıktır. Yabancı sermayeyi ülkemize çekebilmek açısından (yeterince zengin doğal kaynakların mevcut olmaması gibi) yeterli cazibeyi yaratacak koşulların bulunmadığı bir durumda, yabancı sermayeye –göreceli olarak- elverişsiz koşullar dayatma olanağı da kalmamaktadır. Tabir caizse, elinizdeki oltaya takacağınız yemin avlayacağınız balık grubuna hitap etmesi için, alternatif oltalardaki yemlerin cazibesi önem taşır. Benzer durumdaki diğer ülkelerin önerdiği koşullar, şu halde, cezbedilecek yabancı sermaye kitlesi açısından belirleyicidir.⁴⁹⁹ Hal böyleyken, tüm bu müla-

⁴⁹⁸ Tomberg, Igor; *Russia Has Outgrown PSA*, Russian News and Information Agency (Novosti), 22 Eylül, 2006 (www.rian.ru).

⁴⁹⁹ Burada verdiğimiz "balık oltası ve oltaya takılan yem" örneği üzerinden konuya biraz daha derinlik kazandırmakta yarar görüyoruz: Yabancı sermayeyi cezbetme açısından bakıldığında, hiç yem takmadan cazibenize kapılarak gelecek balık varsa, oltaya takılan her yem zayi edilmiş bir kaynaktır. Nasıl ki, ülkemizin gelişmiş batı bölgelerinde yerli yatırımcıların teşvikini öngören desteklere gerek duyulmamaktadır ve bu bölgelerin kendi cazibesi buralarda özel girişimcilerin yeterince –ve hatta kimi zaman gereğinden fazla bir yoğunlukla- yatırım yapmalarına yol açmaktadır. O nedenle bu tür teşvik tedbirleri doğal olarak kendi mevcut "cazibesiyile" yatırımcıları çekemeyen az kalkınmış yörelere odaklanmaktadır. Bu itibarla, yapılacak yatırım ile teşvik tedbirleri (örneğinimizdeki "yem") arasında, o dönemin piyasa koşullarındaki algılamaya göre anlamlı bir orantının kurulması kamu çıkarı açısından en doğru sonucu yaratacaktır. Şu halde oltaya ne kadar "yem" takılacağı kesin ve değişmez bir yanıtı yoktur; içinde bulunulan dönemin piyasa koşulları ve "balıkların algılamaları" belirleyecektir bunu.

Benzer bir ekonomik mantık, devlet hazinesinin borçlanma ihtiyacını karşılamak üzere yurt içi veya yurt dışı sermaye piyasalarındaki borçlanma enstrümanlarıyla alakalı olarak da kurulabilir: Sermaye piyasalarında ihraç olunan devlet tahvillerinin önceden piyasadaki risk algılamasının ölçümlenmesine göre belirlenerek ilan edilen faizleri şayet piyasadaki risk algılamasının gerektirdiği oranın üzerindeyse aşırı bir talep oluşur ve beklenenden fazla rağbet görür. Bu durum aslında başarısız bir borçlanma yapıldığının göstergesidir, zira "oltaya takılan yem gereğinden fazla büyük tutulmuş" demektir! Esasen, "(e)ğer arz sıkıntısı olmayan bir mal, müşteriler tarafından kapış kapış alınıyorsa sebep, fiyatının emsaline göre "**ucuz**" olmasıdır. Dünyada tahvil sıkıntısı yoktur. Tahviller kapışıldığına göre, Türkiye "**pahalı**" borçlanmıştır. Ortada bir fiyatlandırma hatası vardır... (Bu itibarla) Hazine yöneticilerini... tebrik (değil), tenkit etmek gerek (bkz. Cansen, Ege; *Olay Yok, Vesile Var; Haber Yok, Reklam Var*, Hürriyet Gazetesi, 21 Ocak, 2006, s. 8). Yabancı

hazalardan bağımsız olarak yabancı sermayenin elde edeceği kârın ideolojik bir perspektifle yurt dışına aktarılmasına kısıtlama getirilmesinin önerilmesi, bize göre ekonomik gerçekliklerle örtüşen bir yapı ortaya koymaktan uzaktır. Bununla birlikte, yabancı sermayeye sağlanacak olanakların da –diğer ülke uygulamaları dikkate alınmak suretiyle- ne gereğinden fazla, ne de gereğinde daha az belirlenmemesi gereği açıktır. Benzer bir durumun sermaye (portföy) yatırımlarında gerçekleştiği ve ülkemizin küresel piyasalardaki rakiplerine kıyasla fahiş bir reel faiz ödemekte olduğu⁵⁰⁰ dikkate alındığında, ülkeye gelen sermaye yatırımlarına gereğinden çok fazla bir faiz ödendiği görülmekte olup, bu durumun haksız kazanç ve gereksiz servet transferi bağlamında eleştiriye açık bir ortam yarattığı da söylenebilir.

2.2.3. Kâr Kavramına Bakış

Kavramsal anlayışımızdaki temel yönelimlerimizde belirleyiciliğe sahip olması açısından “kâr” kavramına ilişkin bir analize burada kısaca yer vermek istiyoruz, zira “kâr” kavramına bakış, aynı zamanda bir ekonomik zihniyet meselesidir del Nitekim, kâr kavramının ideolojik boyutta farklı değerlendirmelere tâbi tutulduğu da görülmektedir. “Sosyalist düşünceye önemli katkılarda bulunmuş olan Proudhon’a göre, “emek” değer yaratan tek unsurdur ve kapitalist düzende rant, faiz ve kâr gibi emek karşılığı olmayan, **işçinin emeğinden çalınmış** paylar bulunmaktadır.”⁵⁰¹ Bir diğer felsefi görüşe göre ise, “(k)apitalist ahlakın ayırıcı niteliği, iktisadi mübadelede kâr amacının izlenmesi değildir. **İktisadi mübadelede her zaman kâr amacı olmuştur.** Ancak kâr amacı kapitalizmle birlikte rasyonelleşmiştir.”⁵⁰² Yine, “... eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik, enerji, ulaşım ve iletişim gibi, yurttaşların yaşam kalitesini yükseltecek, insan olmaktan kaynaklanan asgari ihtiyaçlarını kar-

sermaye piyasalarında gerçekleştirilen tahvil ihraçları vesilesiyle bazen Euromoney gibi kimi yabancı sermaye dergilerince “en iyi borçlanan ülke” ödülleri verilmesi sırasında bu analizi hatırlamak ve “atılan taş ile tutulan kuş” arasındaki “olması gereken denge” bakımından o anki piyasa gereklerine uygun davranılıp davranılmadığını değerlendirmek, bu açıdan gereklidir kanaatindeyiz.

500 Yakın zamanlardaki bir araştırmaya göre, ülkemizin enflasyon beklentisi ile borçlanmasında ödemekte olduğu faiz oranı arasındaki reel faiz % 9.6 oranıyla en yakın rakibinden 2 puan daha fazla olup, diğer ülkeler grubunun çoğunluğuyla arasında 5-6 puan fark bulunmaktadır! (bkz. Yeldan, Erinç; “Yükselen Piyasa Ekonomisi”, Ekonomi Politik, Cumhuriyet Gazetesi, 10 Ekim, 2007.)

501 Üstünel, Ekonominin Temelleri, op. cit., s. 109 (“vurgu” tarafımızca yapılmıştır).

502 Radinson, M., İslamiyet ve Kapitalizm’den aktaran: Güriz, Kapitalizm ve Hukuk, op. cit., s. 197.

şılacak alanlardaki işletmelerde kapitalizmin temel dürtüsü olan kârlılık asla dikkate alınmamalıdır”⁵⁰³ yolunda görüşlere de rastlanmaktadır. Bununla birlikte, özel sektörün kâr yaklaşımının motive edici gücüne münhasıran dayanılmasının da bir toplum için yeterince güvence telkin etmeyeceği açıktır, buna dair bir görüşte destekleyici unsurların da oluşturulması gereğine değinilmektedir: “Kalkınma sadece kâr hırsı ile başarılamaz, ahlaki değerlere ihtiyaç gösterir. Max Weber’in kalkınma ve protestan ahlakı arasında işaret ettiği ilişkiden beri, bu husus iktisatçıların ilgisini çekmektedir.”⁵⁰⁴

Bu itibarla vurgulamak gerekirse;

“(i)ktisadi zihniyetimizde oldukça pekişmiş ve tasfiyesi oldukça zaman alacak gibi görünen yanlışlarımızdan biri, “kâr” kavramına bakış açımızdır. Analitik bir düzlemde üretim faktörlerinden sadece birinin gelir bölümünden aldığı payın adı olarak getirilen bu kavram, biraz yakından bakıldığında, öteki faktörlerin gelirlerini belirlemek gibi bir özelliğe sahiptir. Çünkü o, ne denli verimli olursa olsunlar, kendisi devreye girmediği üretime sokulamayacak olan diğer üretim faktörlerini de birlikte sürükleyen veya atıl bırakan bir faktörün, (yani) teşebbüs faktörünün ödülüdür. Bu ödülün, toplumların gözündeki meşruiyet derecesi ve seviyesi, tarihte onların maddi bakımdan gelişmişlik seviyesiyle başat gitmiştir demek abartılı olmaz... Kazanmaya yönelik insan gayretini kınayan zihniyeti aşamayan iktisadi teşebbüs olayının mahkumiyeti toplumların çağlar boyunca geri kalmışlığının en büyük sorumlusudur... Geri kalmışlık olgusunu, gelişmemiş ülkelerin kaynak yetersizliğinden çok, bu kaynakları bir araya getirerek yatırım olayını gerçekleştirecek müteşebbis sınıf eksikliğine bağlayan iktisatçı Hirschman, bu durumu “yatırım yap-

503 TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası 40. Olağan Genel Kurulu Enerji Komisyonu Raporu, 8 Nisan, 2006 (www.emo.gov.tr), s. 9.

504 Akalın, *Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi*, op. cit., s. 85. Konunun toplumsal ahlak ve toplumda hakim olan anlayışla ilintilendirilmesi bağlamında belirtmek gerekirse, “Türkiye’de, buna Osmanlı dönemi de dahildir, meselelerimiz ve çözümünü ortaya koymak adına, söylenmemiş doğru söz ve başlatılmamış bilimsel hiçbir girişim yoktur... Buna rağmen sorunlar çözülememiş veya çözülmemiştir. Bu, bir kültür sorunudur” (bkz Cansen, Ege; *Mış Gibi Yapıp Rant Yatırmak*, Hürriyet Gazetesi, 9 Aralık, 2006).

*ma kapasitesi yetersizliği" şeklinde tanımlamakta ve gelişme sürecinin en önemli darboğazı olarak nitelemektedir.*⁵⁰⁵

Kâr, aslında girişimcinin diğer üretim faktörlerini (emek, toprak ve sermaye⁵⁰⁶) bir araya getirerek, tabir caizse "un, yağ ve şekerin" bir araya getirilip "helva" haline dönüştürülerek tüketime sunulmasının başlıca âmilidir. Girişimcinin buradaki temel işlevi, bu ürünün piyasaya arzı çerçevesindeki "riskleri" üstlenmesi ve bunun karşılığında da "kâr" elde etmesidir. Kısaca, riskin karşılığıdır kâr; dolayısıyla riskin bulunmadığı yerde elde edilen gelir, kâr olarak tanımlanamaz. Bu durumda sadece "rant aktarımı", yani "devletçe bahşedilmiş" bir arızı kazanç sözkonusudur! Spekülatif (borsa örneğinde hisse senetlerine yönelik genel eğilimin tersine bir beklentiyi satın almak gibi) kazançlarda dahi -işin içerisinde önceden öngörüle-meyen bir duruma ilişkin pozisyon almak sözkonusu olduğu ölçüde- risk ile atbaşı giden bir getiriden, yani "kâr"dan belki bahsedilebilecek iken, riskin bulunmadığı işlemler çerçevesinde elde edilen kazancın "kâr" olarak adlandırılması kabul edilemez.

Nitekim, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB)'nda işlem gören hisselerin kayıtlarının tutulduğu ve muhasebeleştirme-mahsuplaştırma işlemlerinin gerçekleştirildiği "Takasbank" adıyla bilinen yapılanmanın, her bir işlem gören hisseden kesilen paylar çerçevesinde meydana gelen gelir vesilesiyle kendi yönetim kurulu üyelerine yıl sonunda "kâr payı" dağıtması ve bu miktarın görece yüksekliği karşısında, bahse konu gelirin bir "kâr" niteliği taşımadığı, zira sözkonusu gelirin elde edilmesine neden olan işlemin yasal bir zorunluluktan kaynaklanan ve en fazla "harç" adı verilebilecek bir nitelik taşıdığı, çünkü hisselerin Takasbank'ta muhasebeleştirilmesinin yasal zorunluluktan kaynaklandığı ve bu çerçevede yapılan kesintinin yine yasa gereği uygulandığı, bu itibarla serbest piyasaya açık olmayan, kamu gücünün uygulanmasıyla elde edilen bir gelirden söz edildiği ve çhile herhangi bir "risk" in mevcut olmadığı, dolayısıyla bu faaliyetten elde edilen gelirin "kâr" olarak adlandırılmasına da olanak bulunmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür. Bu

⁵⁰⁵ Arsan, Yıldırım; *İktisatta Zihniyet ve Metodoloji: Liberal Bir Perspektif*, Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004, s. 156-157 (Ayrıca, *Polemik Dergisi*, Mart-Nisan 2004, No. 12). Gerçekten, bize göre de halihazırda ülkemizin karşılaştığı en büyük sorun, ülke içinde müteşebbis gücünün ve güvenilir, istikrarlı bir hukuk düzeninin bir türlü oluşturulamamış olmasıdır; bunlar bir defa mevcut oldukça finansman yetersizliği engelinden bahsedilemez, uluslararası sermaye hareketliliği çerçevesinde her türlü girişim için -ülke riski bulunmamak kaydıyla- finansman bulunması mümkündür, yeter ki o sermayeyi işleyecek bir girişimci ortaya çıkabilin.

⁵⁰⁶ Üstünel, *Ekonominin Temelleri*, op. cit., s. 36-38 ("vurgu" tarafımızdan yapılmıştır).

görüşe eklenen bir gerekçe olarak da, sözgelimi Boğaz Köprüleri gelirlerinin de serbest piyasa dinamiklerinden uzakta, kamu gücünün tatbikiyle elde edildiği ve bu çerçevede köprülerin işletilmesinden sorumlu Karayolları İstanbul Bölge Müdürlüğü'nün "kâr elde ettik" gerekçesiyle kendilerine kârdan pay ayırmalarının söz konusu dahi edilemeyeceği –haklı olarak- vurgulanmaktadır!⁵⁰⁷ "Risk" ile "kâr" kavramlarının zorunlu birlikteliğine örnek olabilecek bu analizin çarpıcı –ve son derece yerinde- olduğu kanaatindeyiz.

İşte, bize göre imtiyaz kavramının asıl aranması gereken yerler de tam bu tür alanlar olmalıdır: Rekabetin bulunmadığı veya devletçe engellendiği sektörlerde girişimde bulunmak, riskin bulunmamasına koşut olarak "imtiyazlı" durumdan istifade etmeyi ifade eder ve burada kâr kavramına yer vermek fahiş derecede hatalıdır. "Rekabet, imtiyaz yaratılarak değil, imtiyazlar kaldırılarak sağlanır."⁵⁰⁸ Bir başka deyişle, rekabetin ve riskin kaldırıldığı yerde imtiyaz var demektir; zira, risk ve rekabet olmayan yerde "meşru" bir kârdan söz etmek imkansızdır!⁵⁰⁹ Bu itibarla, bu noktada sadece elektrik enerjisi üretimine yönelik YİD sözleşmelerinde neden girişimcilikten ve dolayısıyla kâr kavramından bahsedilemeyeceğini, neden gerçek anlamıyla "imtiyaz" kavramının bu sektörde "hakkıyla" kullanılmakta olduğunu ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak inceleyeceğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

Öte yandan, benzeri analogilerin güncel hayatımızda çoğu kez hatalı biçimde algılandığını da belirtmek gerekir. Sözgelimi, kamuya ait yazlık dinlerde veya askeriyeye ait sosyal tesislerde piyasaya göre son derece düşük fiyatla hizmet verilmesinin gerçek nedenleri, kamuoyundaki yaygın biçimde yer alan algımanın çok dışında aranmalıdır: Bu tür yerlerde şayet kamuya tahsis edilmiş arazinin piyasa değeri, binanın inşa edilmesine ilişkin gerçek maliyeti ve hizmetin sunulması sırasında kullanılan emek ve sair hammadde gibi üretim unsurlarının piyasada değerleri üretilen ürünün maliyet hesabına dahil edilirse, mevcut fiyatlandırmanın gerçeği yansıtmadığı ve kamunun genelinden transfer edilen bir sübvansiyonun sözkonusu olduğu açık biçimde ortaya çıkacaktır. Sözgelimi orduevlerinde hizmeti sunan emek gücü ücretsiz çalıştırılan "er"lerden müteşekkildir! Kamuya ait lokallerin arazileri ve/veya bina inşaat maliyetleri üretilen ürünün maliyet hesabına dahil edilmez; oysa bunlar kamuya ait ve piyasada belirli bir değer ifade eden kıymetlerdir ve anlamlı bir kıyaslama yapılabilmesi açısından maliyetle-

507 Bkz. Cansen, Ege; *Kârdan Pay*, Hürriyet Gazetesi, 30 Mart, 2002.

508 Bkz. Cansen, Ege; *Fenni Muayene*, Hürriyet Gazetesi, 27 Ekim, 2004.

509 Cansen, *Kârdan Pay*, op. cit.

rinin hesaplara yansıtılmaları evveliyetle zorunludur.⁵¹⁰ Aksi halde, "(a)ynen arabaya ödediğiniz bedeli unutup sadece ödediğiniz benzini hesapladığınızda araba sahibi olmanın "ucuz" olması gibi"⁵¹¹ bir yanlış algılamaya gidilmesi kaçınılmazdır.

Nihayet, elektrik enerjisi sektöründe sözgelimi hidroelektrik santrallerinin enerji üretim bedelinin yaklaşık 20 cent (ABD para birimi olarak) civarında olduğu hep söylenegelmektedir. Oysa bu santrallerin yapımı DSİ Genel Müdürlüğü'nce kamu bütçesinden veya devletçe sağlanan dış borçlanmalarla gerçekleştirilip, bilahare bedelsiz olarak enerji üretiminden sorumlu başlıca kamu kuruluşu olan Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ)'ne devredilmektedir. Dolayısıyla bu santrallerin yapım bedellerini dikkate almaksızın sadece işletme maliyetleri hesaba katılarak üretim maliyetinin hesaplanması gerçeği saptırmaktan ve yanlış kıyaslamalara yol açmaktan başka bir sonuç yaratmamaktadır.⁵¹² Nitekim, 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu (EPK) bu yanlış uygulamayı sona erdirmeyi teminen özel bir düzenleme getirmiştir. EPK'nun 18. maddesiyle DSİ Genel Müdürlüğü'nün kuruluş yasası olan 6200 sayılı Kanun'a eklenen "Ek Madde 1" ile;

510 Sözgelimi, Japon Hükümetince ülkemize verilen devlet kredisinin kullanıldığı yatırımları yerinde görmek için yıllar önce ülkemizi ziyaret eden bir Japon resmi heyetine eşlik etmemiz vesilesiyle İstanbul'daki ikametimizde Japon konuklarımızın kaldığı merkezdeki otelin bir gecelik konaklama ücreti bir kaç yüz ABD Doları civarındayken, anılan otelin hemen karşısında bizim kaldığımız merkezi Orduevi'ndeki konaklama ücreti yaklaşık olarak sadece bir kaç ABD Doları tutarındaydı; konaklama kalitesi neredeyse aynı iki yer arasındaki bu devasa fark, kuşkusuz ikincisinde sadece işletmede kullanılan ürünlerin maliyetini yansıtmakta olmasıydı, ayrıca ilave bir sübvansiyonun da bulunmadığı varsayımıyla! Kuşkusuz, burada çalıştırılan personelin piyasadaki ücret karşılıkları, arazinin değeri ve binaların yapım ve amortisman giderleri sunulan mal ve hizmetlerin fiyatlarına eklenecek olursa, rakamlar doğal olarak birbirine çok yakın çıkacaktır.

511 Münir, Metin; Güler'in Enerji Politikası ya da Kumda Futbol, Milliyet Gazetesi, 31 Temmuz, 2006.

512 Nitekim, bu tür yanlış hesaplamalar neticesinde kamudaki üretim santrallerinin ortalama enerji maliyeti olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca belirlenen üretim maliyetleri gerçekçi olmamaktadır. Otoprodüktör olarak adlandırılan üretim santrallerinin fazla üretimlerini kamuya satmaları sırasında ortalama elektrik fiyatından alım yapılacağı kararlaştırıldığı için, zarar edecekleri veçhile bu gerçekçi olmayan fiyatlardan üretim yapmak istemeyen otoprodüktörlerin üretimden sarfı nazar etmeleri neticesinde 1 Temmuz 2006 tarihinde -üstelik elektrik tüketiminin yoğun olduğu akşam saatlerinde- ülkenin batı kesiminde 13 ili kapsayan ve saatler süren bir geçici elektrik kısıntısının yaşanması bu açıdan dikkat çekicidir (bkz. Sabah Gazetesi, 1 Temmuz, 2006; keza, bkz. Elektrik Piyasasında Çifte Standart Kriz Çıkardı, Hürriyet Gazetesi, 4 Temmuz, 2006).

Bu durumun, özelleştirme karşıtlarınca temeldeki sorun dikkate alınmaksızın, hatalı yorumlara sevk edecek şekilde algılandığı görülmektedir. Örneğin, elektrik sektöründe serbest piyasa dinamikleriyle hizmetin verilmesine -ve genelde özelleştirme politikalarına- karşı etkin mücadele yü-

"Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından inşa edilmiş, işletmeye alınmış ve işletmeye alınacak hidroelektrik santrallerinin enerji üretimiyle ilgili kısımları ve bunların mütemmim cüzleri olan taşınmazlar, bu tesislerin tesbit edilecek bedelleriyle Hazine Müsteşarlığı tarafından temin edilerek Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne tahsis edilen dış kaynaklı proje kredilerinden doğan mali yükümlülükler ve Kamu Ortaklığı Fonu ödemeleri dikkate alınarak tesbit edilecek bedel üzerinden Elektrik Üretim Anonim Şirketine devredilir"

hükmü getirilmiştir. Böylece, özellikle üretim kaynağı olarak akarsuları kullandığı için işletme maliyeti son derece düşük görünen hidroelektrik santrallerinin gerçekçi bir maliyet hesabına dayandırılması ve sonuç olarak yanlış hesaplamalara gidilmemesi temin edilmeye çalışılmıştır.

rütenlerin başında gelen Mümtaz Soysal "... bu temel kamu hizmetini (elektrik hizmetinin verilmesi) kurullara, şirketlere, kısaca piyasa mekanizmalarını devreden politikaların sonuçta Türkiye'yi getirdiği nokta budur" sonucuna ulaşmaktadır! (Bkz. Soysal, Mümtaz; *Kazanç ve Kamu Hizmeti*, Cumhuriyet Gazetesi, 4 Ağustos, 2006). Oysa açıktır ki, burada sorun piyasa kurallarının uygulanmasından değil, aksine Bakanlığın popülist şekilde elektrik üretiminde maliyetleri yansıtmayarak fiyatları suni ölçüde düşük tutma şeklindeki uygulaması sonucunda, kendilerine Bakanlıkça uygulanan doğalgaz fiyatlarındaki artışlardan ileri gelen gerçek maliyetlerini fiyatlarına yansıtma imkanından mahrum bırakılan doğal gaz santrali sahibi "otoprodüktör" olarak anılan özel sektör şirketlerinin elektrik üretiminden vazgeçmek zorunda kalmalarından kaynaklanmıştır (bkz. Atıyas, İzak; *Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform*, TESEV Yayınları, İstanbul, Ocak 2006, s. 94.) Ancak Bakanlık, "(d)oğalgazda indirim yaptığımız dönemler de oldu. O dönemde elektrik fiyatını ...düşürmediler. Biz (de) onlardan bir şeyler bekliyoruz" demektedir (bkz. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Dr. Hilmi Güler'in açıklaması, Hürriyet Gazetesi, 8 Ağustos, 2006). Şu halde, kimi zaman doğal gaz fiyatlarında düşmeler de yaşanmış olmasına karşın, o dönemlerde ortalama elektrik fiyatının değişik nedenlerden ötürü sabit kalması çerçevesinde nisbeten yüksek kalan kendi elektrik fiyatlarında özel sektörün indirimine gitmediği, dolayısıyla gaz fiyatları arttığında da artışı talep etmemelerinin Bakanlıkça beklendiği görülmektedir. Gerçekten de, bir dönem otoprodüktörlere uygulanan doğalgaz satış fiyatının diğer YİD santrallerine uygulanan fiyatlara göre çok daha düşük tutulduğu ve böylece otoprodüktör üreticilerine ayrıcalıklı bir ortam yaratıldığı DDK raporlarında sarahaten belirtilmektedir (bkz. *Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti*, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nun 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr)). Özetle, bu husus ayrıntılı bir tartışmayı gerektirmekle birlikte, eleştirilen konu açısından elektrik üretiminde özel sektöre yer verilmesi politikasıyla eşleştirilebilmesine yönelik bir açılım sağlamaktan uzaktır.

Nitekim, bu yanlış uygulamayı sona erdirmek üzere Bakanlığın elektrik sektöründe -kimi kamu kuruluşlarının çeşitli mazeretlerle yeni piyasa modeline geçiş sürecini engellemesi nedeniyle- iki yıldır bir türlü uygulanamayan 2004 Kasım tarihli "Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği"ni devreye sokarak, gerçekçi fiyatlar uygulanmasına imkan vermek suretiyle soruna çözüm getirmeye çalıştığı da belirtilmektedir (bkz. Hürriyet Gazetesi, *Enerji Sorununun Çözümü İçin Yeni Bir Adım*, 2 Ağustos, 2006).

İktisadi zihniyetin bir diğer güncel hatası da, kâr elde eden kesime yönelik algılamadır. "(U)nutulmamalıdır ki, bir firma sahibinin, basın yayın araçlarıyla yeterince teşhir edilebilme kabiliyetine sahip lüks yaşama modelinin gerektirdiği tüketim harcamalarının kâr gelirinin içindeki payı, öteki gelir grupların(dan) daha düşüktür. Ancak..., medyanın etkisindeki toplum olayın bu tarafını takdir edememektedir. Aslında toplumun tepkisini çeken lüks tüketim(i yapanlar) *gayretsiz para kazanmaları devlet tarafından mümkün kılınmış*⁵¹³ insanlardır. (Çünkü girişimci) kazancının büyük kısmıyla yatırım yapmaya mahkum bir kişidir. (Oysa hesapsız harcama yapanlar) tek bir zaman noktasında azami kâr sağlayan spekülatif (hareketlerden para kazanmışlardır... Rekabet tehdidine karşı korunmuş kolay kazancın kolayca harcanması doğaldır."⁵¹⁴

Kâr kavramı çerçevesinde, kamu hizmetlerini yerine getirmekte olan kamu kuruluşları açısından da hatalı yorumlara gidildiği görülmektedir. Özelleştirmeye karşı çıkanların çoğu kez savundukları argümanlar arasında, "kâr elde etmekte olan bir kamu kuruluşunun özelleştirilmesinin kabul edilemeyeceği, zira bir kamu işletmesinin zarar etmesi durumunda bu zarardan kurtulmak için özelleştirilmesinin belki anlaşılabilirliği, ancak halen kâr eden bir işletmenin elden çıkarılmasının devletin kârdan mahrumiyetine neden olacağı için savunulamayacağı iddia edilmektedir (ve hemen akabinde de "zarar eden bir kamu kuruluşunu özel sektörün de -zaten- satın almak istemeyeceği"⁵¹⁵ yorumunda bulunulmaktadır!). Oysa, burada "kârlılık ile verimlilik kavramları birbirine karıştırılmaktadır. Bir kamu kuruluşunun kâr edebilmesi zor değildir!... Faaliyet dalında tekelci bir konuma sahip bir KİT'in, ne kadar hantal bir maliyet yapısına sahip olursa olsun, mamul fiyatlarını istediğince yükseltmek suretiyle, kâr eden bir işletme haline gelmesi pekâlâ mümkündür. Ancak bu kârlılığın, yalnızca birim maliyetini düşürme gayretiyle gerçekleştirilebileceğini gören serbest rekabet piyasası firmalarının kârlılığıyla karıştırılmaması gerekir. Tekelci imkanları sayesinde uygulayabildikleri yüksek fiyatlarla

513 "Vurgu" tarafımızdan yapılmıştır.

514 Arsan, op. cit., s. 159-160.

515 Oysa, açıktır ki zarar eden bir kamu kuruluşunun özelleştirilmesi halinde daha iyi bir yönetimle kâr edebilecek potansiyele sahip olduğu hallerde özel sektörün bu tür bir kamu kuruluşunu devralmak istememesi için bir neden olamaz, yeter ki bu koşullardaki bir işletme serbest piyasada rekabet edebilecek potansiyeli arz ediyor olsun! Öte yandan, kâr eden devlet işletmelerinin genellikle ancak tekelci güçlerini kullanarak bu durumu sağlayabildikleri bilinmektedir (sigara üretme tekeli sahibi TEKEL gibi). Oysa, kâr elde etmekte olsa dahi, mevcut durumdakinden daha fazla kârı sağlayabilecek özel sektörden devletin daha fazla vergi geliri sağlayabileceği de unutulmamalıdır kanaatindeyiz.

kârlı görünen KİT'lerin rekabetçi bir serbest piyasada yaşaması mümkün olmaz.⁵¹⁶ Nitekim, piyasaya girişlerin devlet eliyle sınırlandırıldığı "oligopolistik" GSM sektöründe, kamuya ait tek GSM işletmecisinin mevcut durumda zarar etmesine karşın fiyatlarda dikkat çekici indirim gitmesi karşısında, "... bütçeye yük teşkil eden bu yeni cep telefonu şirketi(nin), devlete sırtını daya(dığı), kendine ve devlete zarar verdiği yetmiyormuş gibi, şimdi de sektörde haksız fiyat rekabetine giriş(tiği, oysa devlet'in tenzilatı(nın), enflasyon olarak halka geri döne(eceği)"⁵¹⁷ -haklı olarak- belirtilmektedir. Sonuç olarak, zarar eden KİT'ler de özelleştirilebilir; zira, sözkonusu faaliyet alanında özel sektörün ileriye yönelik verimlilik beklentileri farklı olabilecektir!⁵¹⁸

Diğer taraftan, özellikle kamu hizmeti gördüğü varsayılan kamu kuruluşlarının asıl amacının kâr elde etmek olmadığı, bu kuruluşların "... kârdan vazgeçip düşük bedellerle başka kesimlerin geliştirilmesine destek olmasını sağlamak"⁵¹⁹ gibi amaçlarının da bulunduğu ileri sürülmektedir. Hatta, ideolojik bir yaklaşımla "... eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, enerji, ulaşım ve iletişim gibi yurttaşların yaşam kalitesini yükseltecek, insan olmaktan kaynaklanan asgari ihtiyaçlarını karşılayacak alanlardaki işletmelerde kapitalizmin temel dürtüsü olan kârlılık asla dikkate alınmamalıdır"⁵²⁰ şeklinde ifadelerle de rastlanmaktadır. Özellikle ara malı niteliğinde ürünler sunan bu kuruluşların kâr etmesinin engellenmesi uygulamasının ülkemizde de bir politika olarak uzun zamanlar boyunca (Petkim tarafından üretilen ve ülkemizdeki özel sektör kuruluşlarının hammadde olarak kullandığı kimi kimyevi maddeler örneğinde olduğu gibi) yürütüldüğü hatırlanacaktır. Oysa, bu durumda maliyetinden daha aşağıda bir bedelle -teşvik mahiyetinde- özel sektöre satılan bu tür ara ürünler çerçevesinde, toplumun genelinden alınan bir kaynağın kimi özel sektör kuruluşlarına rant olarak devredildiği açıktır ve devlet eliyle "kapi-

516 Arsan, op. cit., s. 165-166.

517 Cansen, Ege; Telefonda Of Dedirten Ucuzluk, Hürriyet Gazetesi, 14 Ağustos, 2002.

518 Jerkinson, Tim; Corporate Governance and Privatization Via Initial Public Offering (IPO), Corporate Governance, State-Owned Enterprises and Privatization, OECD Proceedings, OECD Yayını, Paris, 1998, s. 90. Esasen, serbest piyasa anlayışı geçerli olduğunda, -yaygın kanının aksine- herhangi bir "mal"ın "fiyat"ı, yapılmış harcamaların yekünü olmaktan ziyade, ileriye yönelik malî getirisine ilişkin beklentiler çerçevesinde oluşur ve bu meyanda fiyatların esneklik göstermesi doğaldır. Farklı beklentilerin ulaştığı uzlaşma noktasında "o anlık" fiyatın belirlenmesi sözkonusu olur. Sonuçta tüm konu, "beklentilere" ve bu meyanda "değerlendirmelere" dayanır.

519 Soysal, Kazanç ve Kamu Hizmeti, op. cit.

520 TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası 40. Olağan Genel Kurulu Enerji Komisyonu Raporu, 8 Nisan, 2006, s. 9 (www.emo.org.tr).

talist" yaratılması anlamına gelmektedir. Yukarıda 512 no.lu dipnotta atıfta bulunduğumuz "Kazanç ve Kamu Hizmeti" başlıklı makalesinde Soysal, elektrik hizmetinin kamu eliyle yürütülmesi suretiyle kazanç ve kâr kavramlarının etkisinde kalmaksızın ekonomideki başka kesimlerin kullanımına sunulması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak açıktır ki, böylesi bir durumda maliyetinden düşük satılacak elektrikten hane halklarından ziyade, yüksek miktarlarda elektrik tüketen (demir çelik veya seramik üreticileri gibi) kimi özel sektör kesimleri yararlanacaktır. Bu ise, bahsekonu kesimlere halkın kesesinden devlet eliyle rant aktarılmasıdır. Dolayısıyla, kamu eliyle hizmet verilmesinin savunuculuğunu etkin biçimde yapan ve KİGEM başkanlığını uhdesinde bulunduran bir ismin bu türden bir söylemi savunmakta olması bize göre hayli ironik ve ilginçtir! Nitekim, ülkede sermaye birikiminin sağlanması amacına matuf olarak, 1950'li yıllarda Demokrat Parti iktidarı tarafından "her mahallede bir milyoner yaratma" sloganıyla uygulanan "devlet eliyle yerli kapitalist yaratma" politikasının özellikle sol siyaset sahiplerince eleştirilmiş olduğu bilinmektedir. Bu meyanda hemen belirtmek gerekirse, yerli girişimci sınıfının yaratılması yönündeki siyasetin daha Tanzimat döneminde dahi izleri görülmektedir ve toplumumuzda yüzyılı aşkın bir süredir yaşanan temel bir soruna atıfta bulunmaktadır. Nitekim, bahsekonu dönemin yayın organlarından "İkdam Gazetesi, "Ey Türk! Zengin Ol" çığlığını yükselt(mekteydi)."⁵²¹

Yine, özellikle kamu hizmetleri bakımından özel sektörün hizmeti yerine getiren konumda olmaksızın, sadece idareye bu hizmetlerin tedarikçisi olarak faaliyet göstermesi durumunda da, özel sektörün kâr elde etmesi nedeniyle kamudan toplanan vergilerin idare tarafından bu hizmet alımı aracılığıyla özel sektöre aktarıldığı ve böylece kamudan özel kesime kaynak transferine yol açtığı savunulmakta ve kamu hizmetinin metalaştırıldığı şeklinde eleştirilmektedir.⁵²² Kuşkusuz, bu anlayıştan hareket edilecek olursa, piyasa koşulları içerisinde özel sektör tarafından kamuya sunulan -hepsi olmasa dahi- pek çok faaliyetin derhal özel sektöre yasaklanıp, "kâr"ın sözkonusu olmadığı öngörülen kamu eliyle görülme yöntemiyle gerçekleştirilmesi gerekecektir!

Öte yandan, ülkemizde bu türden tartışmalar yaşanırken, liberal ekonomi politikalarına -ve bu anlamda özelleştirmelere- ülkemizden çok daha sonraki yıllarda başlayan eski Doğu blokuna ait kimi Doğu Avrupa ülkelerinde gerçekleştirilen yabancı sermaye yatırımlarının çok daha fazla tutarlara ulaştığı gözlenmekte-

521 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 81.

522 Bkz. Ataay, Faruk; *Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması ve Sağlıkta Yansımaları*, Toplum ve Hekim, TTB Yayını, Ocak-Şubat 2005.

dir.⁵²³ Burada sarahaten belirtmek gerekirse, özel sektör kendi yatırımlarını –doğal olarak- kâr saikiyle gerçekleştirir, "... para kazanmadığı yere niye gelsin ki?"⁵²⁴ "Özel girişim tanım olarak gelir getirici bir etkinliktir ve ekonomi alanında bunun adı da "kâr"dır".⁵²⁵ Yatırımcının yerli ya da yabancı olması da bu gerçeği değiştirmez. Sonuç olarak, yukarıda eleştirisini yapmaya çalıştığımız anlayış ve bunun gerek Türk yargısında ve gerek kimi medya organlarında akis bulan sonuçları, ülkemizde -onca çabaya karşın- yabancı sermaye yatırımlarında arzulan gelişmelerin neden ortaya çıkmadığı hususunda bir fikir vermeye yardımcı olacaktır kanısındayız.

Sınâî tesislerin yanı sıra, İngiltere ve bazı diğer ülkelerde olduğu gibi altyapı hizmetlerinde de özelleştirme yoluna gidilmesi tercih edilmiştir. Zira, genel kabule göre gelişmekte olan bir ülke olarak ülkemizin her yıl için yapması gereken altyapı yatırımlarının milyar Dolarları aşkın tutarlara ulaşması, bu yatırımların geleneksel olarak yapılageldiği şekliyle kamu tarafından gerçekleştirmelerini imkansız hale getirmekteydi. Bu finansal imkansızlığın yanı sıra, bu hizmetlerin özelleştirilerek özel sektör eliyle sunulmalarının ekonomik açıdan daha etkin ve daha kaliteli hizmet arzını ortaya çıkaracağı yönündeki genel kabul de etken olmuştur. Öte yandan, "altyapı hizmetlerinin ekonominin genelindeki maliyetleri, verimliliği ve rekabet gücünü etkilemesi ve yoksulluğun giderilmesindeki katkısı açısından kritik önemde olduğu ve altyapı hizmetlerindeki verimsizliğin ekonominin genel rekabet gücünü kısıtladığı da bilinmektedir. Yapılan araştırmalarda, sözgelimi telefon hizmeti örnek alındığında altyapının toplam milli geliri % 0,20 oranında artırdığı görülmüştür."⁵²⁶

Yukarıdaki bölümde atıfta bulunduğumuz "genel kabullerin" ne derece sağlıklı bir analogjiye dayandıkları hususu son derece tartışmalıdır. Bu itibarla, ileride "C" kısmında ayrı bir başlık altında altyapı hizmetlerinin kamu tarafından yerine getirilmesine yönelik ayrıntılı bir şekilde konuyu irdelemeyi yararlı ve giderek gerekli görüyoruz.

523 Örneğin 2001 yılından geriye doğru son 8 yılda Polonya'da 30 milyar ABD Doları tutarında yabancı sermaye yatırımının gerçekleştirildiği ifade edilmektedir (bkz. Doğan, Zülfiyar; Ankara Kültürü, Milliyet Gazetesi, 16 Eylül, 2001, s. 8).

524 Vartier, Oktay; Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Tartışmalar-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 19 Haziran, 1996, s. 78.

525 Özay, Günlüğünde Yönetim (2004), op. cit., s. 238.

526 Guasch, op. cit., s. ix, 2.

II. Altyapıya Özel Sektör Katılımına İlişkin Modeller: YİD, Yİ ve İHD

Yukarıdaki bölümde bir altyapı projesinin kamu tarafından gerek bütçe finansmanı ve gerek dış krediyle gerçekleştirilmesi durumunda nasıl bir finansman yapısı ile risk paylaşımının sözkonusu olacağı hususlarına yer verdik. Bu bölümde, özellikle uygulamada ağırlıklı olarak yer verilen ve Anayasa değişikliklerine temel gerekçe ittihaz edildiği görülen YİD projelerinin yapısını ele almayı ve bu meyanda finansman ve risk açılarından bir kıyaslamaya gitmeyi öngörüyoruz. Yİ ve İHD modellerine de, YİD modelinden farklılıkları oranda yer verilmektedir.

1. Yap-İşlet-Devret Modeli

1.1. Genel

YİD modeli, 1980'li yıllarda izlenmeye başlanan özelleştirme politikaları bağlamında gündeme gelmiştir. Prof. Duran'a göre yap-işlet-devret, "sihirbazların temaşa yerlerinde sergiledikleri marifetlere benzer şekilde... kamu idaresi sorunlarını çözümlenebilecek, kendi buluşları özgün ve tılsımlı bir anahtar gibi sun(ul)makta ve uygul(anmaktadır)."⁵²⁷ Model, "kıt kaynaklarla gerçekleştirilemeyen kamusal yatırımların özel sektör tarafından finanse edilmesiyle, kamu kesiminin altyapı için ayırmak zorunda kalacağı kaynağı, özel sektörün belki de ilgi göstermeyeceği öteki öncelikli projelerde kullanabileceği" varsayımına dayanmaktadır.⁵²⁸ Bir başka görüşe göre, "(e)sasında yap-işlet-devret modelinin varlık sebebi finansman sağlama kolaylığından kaynaklanmaktadır."⁵²⁹ Bize göre, ister herhangi bir özel sektör faaliyeti açısından ister kamusal altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesi bakımından olsun, finansman sağlanmasında kimin yatırımcı ve/veya işletmeci olduğu değil, o faaliyetten elde edilecek gelirin sağlanan finansmanı geri ödeyecek kapasitesinin bulunup bulunmaması belirleyicidir. Dolayısıyla, burada da sürekli tekrarlageldiğimiz "finansman mitosu" nun hatalı biçimde kullanıldığına işaret etmek istiyoruz.

YİD modelinin, rekabete geçiş yapmayı teminen, aslında özelleştirme bağlamında ele alınması gerekirken, ülkemizdeki uygulamasında adına özelleştirme denilmekle beraber, özü itibarıyla özelleştirmeyle pek de ilgisi kurulamayacak bir

⁵²⁷ Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 147.

⁵²⁸ *BOT, Project Finance*, Clifford Chance Hukuk Firması, op. cit., s. 14.

⁵²⁹ Yerlikaya, Gökhan Kürşat; *Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2002, s. 30.

yapılanma içerisinde gerçekleştirildiği gözlenmiştir. Sözgelimi, enerji sektöründe idarenin uzun dönemli elektrik enerjisi alım anlaşmalarıyla sistemin içinde tutulmuş olması ve bunun da -elektrik sektöründe yapısal dönüşüme gidilerek serbesti getirilmesi yerine mevcut düzeni koruyan tekelci yapı nedeniyle- zorunluluk arz etmesi karşısında, modelin rekabet ve özelleştirme olarak tanımlanabilme özelliği ciddi ölçüde tartışmalı hale getirilmiştir. ““Özelleştirme” ticari riskleri TEAŞ’ın üstünden kaldırmamaktadır”⁵³⁰, bu itibarla ülkemizdeki bu uygulamaya özelleştirme adının verilmesinde kanımızca isabet görülemez.

Dolayısıyla, modelin ülkemizde gündeme getirilmesinde daha ziyade kamu- nun elindeki mali kaynakların yetersizliğinin başlıca motivasyonu teşkil ettiği ve rekabet veya tüketici yararı gibi kavramların gözden irak tutulduğu görülmektedir. Bu açıdan, eski dönemlerdeki uygulamalardan farklı bir durumun bulunmadığı da ileri sürülmüştür: “Türkiye, aynen Osmanlı İmparatorluğu gibi, kamu hizmetlerini yürütecek geliri kalmadığı için, kamu hizmetlerini artık imtiyaza vermekle meşgul (olup), Osmanlının düştüğü bir noktadadır.”⁵³¹

Öte yandan, devletin yüksek tutarlı altyapı yatırımlarını bütçesinden finanse edemeyeceği gerekçesiyle YİD modeli gibi özel sektör finansman modellerine gereksinim duyulduğu da neredeyse her kesimce ileri sürülegelen bir husus olmuş⁵³² ve hatta modele ilişkin 3996 sayılı yasada da modelin uygulaması bakımından bir asli unsur olarak açıkça zikredilmiştir. Oysa, bu tür yatırımlar için bulunacak kaynak ya toplumdaki vergi yahut bankacılık (finans) sistemi aracılığıyla borçlanma yoluyla, yahut iç tasarrufların yetersizliği durumunda yabancı ülkelere alınacak dış borçlarla karşılanır ve bu bağlamda özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi için de vergi kısmı hariç aynı kaynaklar sözkonusudur. Finans sağlamaktaki belirleyici unsur ise, yapılacak altyapı yatırımıyla üretilecek hizmet veya ürünün karşılığında sağlıklı bir finansman geri dönüşünün gerçekleşmesine olan güvendir. Özetle, burada finansmanın kamu veya özel sektör tarafından sağlanması değil,

530 Türkiye’de Düzenleyici Reformlar, TÜSİAD-OECD Yayını, Yayın No. TÜSİAD-T/2003/9/359, İstanbul, Eylül 2003, s. 153.

531 Oran, Kaçıncı Küreselleşme, op. cit., s. 121.

532 Sözgelimi bkz. Şahin, Vedat; Looking at the Future of the Energy Sector (Executive Summary), TÜSİAD Yayını, Yayın No. T/95, 7-181, İstanbul, Temmuz 1995, s. 34. Bu anlayışa dayanılmak suretiyle bundan kimi hukuki sonuçlar çıkarıldığı (idare tarafından finansmanı güç olacak önemli altyapı yatırımlarına ilişkin kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılabilmesi hakkında bkz. Ali Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 37) hususu dikkate alındığında, konunun önemi daha fazla belirginleşmektedir.

bir toplumdaki ekonomik yapının bahsekonu yatırımın mali bakımından geri dönüşünü sağlayacak yetkinlikte olup olmadığı hususu etkindir. Bu itibarla, kamu eliyle finansman sağlanamadığı gerekçesiyle YİD veya benzeri modellere gereksinim duyulduğu savı, sadece "zevahiri kurtarmaya" aday bir gerekçe olmaktan ileri gitmemektedir ve yanıltıcıdır.

Modelin uygulama alanı, yalnızca kamu hizmetleri olarak bilinen faaliyetler değildir; bir kamu hizmetini konu almayan ticari işlerde, özel hukuk kurumu olarak öteden beri başvurulmaktadır. Kamu kurumları da kamu hizmeti oluşturmayan faaliyetlerinde modeli kullanılmaktadırlar; belediyelerin alışveriş merkezi yaptırımları (Ankara'daki Atakule örneği) gibi⁵³³.

Model, ülkemizde yoğun biçimde uygulamasına geçilmesi öncesinde özellikle büyük ölçekli altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine yönelik yüksek maddi kaynak gerektiren projelerin gerçekleştirilmesi için önerilmiş bir finansman modeli olmakla birlikte, gerçekte modelin (çok katlı otopark yapımı gibi) küçük yatırım tutarlarına baliğ olan faaliyet alanlarında da uygulanması –doğal olarak- sözkonusudur. Öte yandan, çok sayıda kuruluşu çok sayıda sözleşmelerle birbirine bağlayan, hukuk düzeninde kapsamlı değişiklikler gerektiren karmaşık yapısı nedeniyle kamusal alandaki etkileri de geniş boyutlu olmaktadır.

Ülkemizde daha çok 1980'li yıllardan sonra gündeme gelen modelin benzerleriyle, 150 yıl öncesinde de karşılaşılmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde, kısmen 1326 sayılı "Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun" kapsamında gerçekleştirilen ulusal (telefon, elektrik hizmetleri gibi) ya da yerel nitelikli (İstanbul'daki Beyoğlu Tüneli gibi) kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri, kapsamı açısından günümüz YİD modeliyle koşut özellikler göstermektedir.

Model, ülkemizde elektrik enerjisi alanında gittikçe artan oranda gereksinim duyulan ilave kapasitenin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi yönündeki tercih bağlamında gündeme gelmiştir. Dolayısıyla, "Türkiye'de YİD modelini uygulanması için ilk sektör olarak enerji seçilmiştir. Bu seçimin arkasında (ise), Dünya Bankası'nın özellikle elektrik enerjisi sektöründe özelleştirme faaliyetlerini destekleyen liberal politikaları (yatmaktadır)."⁵³⁴

533 Belediyelerin bu tür ticari işleri üstlenmelerinin yanlış olduğu ve bu hususlarda görevlendirilmediklerine yönelik bir eleştiri için bkz. Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 162, 163.

534 Erdoğan, Seyhan; *Yap-İşlet-Devret Modeli: Özelleştirme Kestime Yolu*, MBD, C. XXI, Sy. 200, Ankara, Haziran 1997, s. 25.

1.2. Modelin Tanımı

Yap-İşlet-Devret, yapımı sonrasında belirli bir getirisi olan bir projenin, bir sermaye şirketi tarafından finanse edilerek yaptırılması, belirli süreyle işletilmesi suretiyle yatırımcının yatırımını finansal açıdan karşılmasına olanak tanınması ve sürenin sonunda projenin asıl sahibine devredilmesi yöntemidir. Ülkemizdeki uygulaması itibariyle daha ayrıntılı bir tanım yapılırsa;

*"Kamu kurum ve kuruluşları (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) tarafından yapılması planlanmış, belirli faydası ve ona dayalı olarak belirli bir getirisi olan bazı yatırım ve hizmetlerin, projenin gerçekleştirilmesi için kurulacak bir sermaye şirketi tarafından sermaye ve finansman temini suretiyle yaptırılması, belirli bir süre işletilmesi ve bu işletme süreci süresinde projeden elde edilen gelire sağlanan kredilerin, makul temettüsü ile sermayenin geri ödenmesi ve işletme süresinin sonunda ait olduğu kamu kurum ve kuruluşuna bedelsiz devredilmesi yöntemidir."*⁵³⁵

Yukarıdaki tanımın yanısıra, öğretide çok farklı tanımlar dizisine tesadüf etmek de mümkündür.⁵³⁶

Model, ilk kez 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" da bu isimle anılmıştır. Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre YİD modeli;

"İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder."

şeklinde tanımlanmıştır.

1.3. Modelin Özellikleri

YİD modeli ülkemizde ağırlıklı olarak enerji sektöründe uygulanmıştır. Otoyol ve köprü gibi ulaştırma projelerinde kullanılması girişimlerinde şimdiki kadar başarı

⁵³⁵ Demirci, Zeki; Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, Doğu İnşaat Grubu Yayını, No. 1, 1. Baskım, İstanbul, Şubat 2000, s. 1; Güneş, Cengiz; Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara, Mayıs 2002, s. 21.

⁵³⁶ Bkz. Yerlikaya, Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, op. cit., s. 26, 27.

sağlanamamış; birkaç havaalanı ve gümrük kapısı terminali ile yat limanı yapımı ve işletmesi gibi bazı uygulamalar bir yana bırakılırsa, öteki kamu hizmeti alanlarında da rağbet görmemiş ve uygulanmamıştır.

Enerji projeleri bağlamında, yasal düzenlemelerden hareketle modelin temel karakteristiği şöyle ortaya çıkmaktadır:

- **İleri teknoloji** ve **yüksek maddi** kaynak gerektiren enerji üretim tesisleri, yerli ya da yabancı şirketlerin kendi olanaklarıyla finanse edilmektedir.

- İşletme süresi boyunca üretilen enerjinin, önceden kararlaştırılmış belli bir fiyattan satın alınmasına kamu tarafından garanti verilmektedir.⁵³⁷ Bazı projelerde üretim girdisi sağlanması da garanti edilmektedir. Modelin özelliği gereği, şirketlerce sağlanan finansman ya da özkaynak için devletçe doğrudan ödeme yapılması söz konusu olmamakla birlikte, yukarıda belirtilen garantiler dolaylı olarak bu tür bir etki yaratabilmektedir.

- İleri Teknoloji ve Yüksek Maddi Kaynak Ölçütleri

3096 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 3996 sayılı Kanun'da YİD modelinin temel özelliği -veya gereği- olarak başlıca iki unsura yer verildiği görülmektedir: **İleri teknoloji** ve **yüksek maddi tutar**. Gerek öğretide⁵³⁸ ve gerek yargı kararlarında, YİD modeline ilişkin olarak yapılan irdeleme ve değerlendirmelerde hemen tamamen bu iki ölçüte atıf yapıldığı gözlenmektedir.

Nitekim, Danıştay'ın 3096 sayılı Kanun kapsamında yeni yapılacak enerji sözleşmelerinin artık imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği yolundaki bir kararında⁵³⁹, oldukça ilginç bir gelişmeye şahit olunmaktadır. Anılan kararda, "Kanun-

⁵³⁷ Bkz. Güneş, *Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı*, op. cit., s. 21. Ülkemizde havaalanı terminali işletmeciliği sektöründeki uygulamada ise üretilen hizmetin devletçe satın alınması yönünde bir garanti olmamakla beraber, aynı sonucu doğuracak biçimde her yıl için belirli sayıda yolcu garanti edilmektedir, her bir yolcu sayısı üzerinden asgari bir bedel de bu meyanda garantilenmektedir (ibid, s. 49). Bu itibarla, modelde "projenin tüm mali riskini özel hukuk kişisi yüklenmiştir" (ibid, s. 21) savı, ülkemizdeki uygulamalar bakımından tamamıyla gerçek dışıdır ve modele makul bir dayanak noktası teşkil ettirerek kamuoyundaki eleştirileri bertaraf etmeye hizmet etmesi bakımından da yanıltıcı bir ifadedir.

⁵³⁸ Bkz. Yerlikaya, *Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme*, op. cit., s. 27; Güneş, *Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı*, op. cit., s. 22, 27.

⁵³⁹ Danıştay İdari İşler Kurulu'nun E.2000/33, K.2000/27 sayılı kararı.

nun (3996 sayılı Kanun) genel gerekçesinde "Bu Kanun kapsamında sayılan yatırım ve hizmetlerin benzeri olan ve ileri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı şirketlere özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılması hedeflenmiştir" denilmektedir. "...Bu açık hüküm ve gerekçesi karşısında elektrik (sektöründeki bu tür) sözleşmelerin pozitif hukuk bakımından "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmesi imkanı kalmamış(tır)... 3096 ve 3465 sayılı kanunlara tâbi işlerde... ilgili idarenin isteği halinde (3996 sayılı Kanun'dan yararlanılabileceği yönünde atıfta bulunulması) nedeniyle bundan böyle elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırım ve hizmetlerin 3096 sayılı Kanuna göre imtiyaz sözleşmesi biçiminde düzenlenmesine olanak sağla(n)dığı ileri sürülemez." Danıştay, bu kararında 3096 sayılı Kanun çerçevesinde ve başlatılmış durumda olmayan bir elektrik enerjisi üretimi ile ilgili projenin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenemeyeceği anlayışıyla kendisine gönderilen sözleşmeyi incelemeksizin Bakanlığa iade etmiştir.

Bu kararda ilginç olan husus, Danıştay'ın bu kararına muhalif olan bir üyenin kararda yer verilen açıklamalarında yatmaktadır. Anılan muhalif görüşte, 3996 sayılı Kanun'da özellikle aranılan "ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren" yatırımlardan söz edilmek suretiyle 3996 sayılı Yasa kapsamında yapılmayan benzeri yatırımların bu Kanunun kapsamı dışında kaldığı vurgulanmaktadır. "... Halen yürürlükte bulunan 3096 sayılı Yasa kapsamına giren, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektirmeyen enerji yatırımlarının 3996 sayılı Yasanın değişik 5 inci maddesi hükmüne tâbi olması yani özel hukuk hükümlerine tâbi kılınması "idarenin isteği halinde" mümkündür."

Burada "3096 sayılı Kanun'da ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar gerektirmediği" anlayışından hareket edilmesi –kendi içinde- doğru bir yaklaşım olmakla beraber, değerlendirmenin genelinde varılan sonuçlar, bize göre yerinde değildir. Zira, 3996 sayılı Kanun'da anılan kavramların modelin "gerek" koşulları meyanında zikredilmiş olması, bizatihi dayanaksızdır ve ilgisi kurulamaz. Esasen, 3996 sayılı Kanun'da bu ifadeler yer verilmesiyle, kanaatimizce sadece YİD modeliyle alt-yapıya özel sektör katılımının kamuoyuna daha ikna edici bir şekilde anlatılabilmesi hedeflenmiş olmalıdır. Zira, yukarıdaki bölümlerde de ifade edildiği üzere, bu tür projeler için dış finansmandan yararlanılması gündeme geldiği takdirde, hem kamu hem de özel sektör için yatırımın neredeyse tamamı kredi kullanılarak gerçekleştirilmekte olup, bu meyanda kamu ve özel sektörün esasen aynı kredi havuzundan nemalandığı bilinmektedir; dolayısıyla, anılan projeler YİD modeliyle yapıldığında müracaat edilecek ayrı bir özel kredi kaynağı yoktur! Kaldı ki, yüksek tutarın ne kadar olması gerektiği de bir ayrı tartışma konusudur. Sözgelimi, 3996

sayılı Kanun'a göre yapılacak küçük bir yat limanı ya da belediyenin yaptıracacağı bir otopark yüksek tutar sayılmamalıdır ve hatta sayılamaz kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, "ileri teknoloji" hususu da sadece "kamuoyunu ikna edici" ve "zevahiri kurtarma" niteliğine sahip olmaktan başka bir özellik taşımamaktadır; zira sözgelimi enerji üretimi ve/veya sulama amaçlı barajların yapımı devletin borçlanması ile kamu idarelerince de (DSİ Genel Müdürlüğü tarafından) gerçekleştirilmekte iken, "ileri teknolojinin YİD modeliyle getirilebileceği" varsayımı bize göre gerçekçi bir anlayıştan uzak kalmak durumundadır.

Uygulamada kimi zaman bu durumun şaşırtıcı biçimde dile getirilmiş olduğu da görülmektedir. Sözgelimi, YİD modeliyle 3996 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilen Yuvacık Barajı (İzmit) İçme ve Endüstriyel Amaçlı Su Temini Projesi'nin başlangıç safhalarında gerek Hazine Müsteşarlığı'nın ve gerek İzmit Büyükşehir Belediyesi'nin "tesislerin ileri teknoloji gerektirmediği" ve bu meyanda YİD modelinin uygulanabilmesi için 3996 sayılı Kanun'da öngörülen unsurları taşımadığı görüşünü bildirdikleri anlaşılmaktadır (ancak her iki kurum da, bekleneceği üzere, daha sonra bu olumsuz görüşlerini değiştirmişlerdir!).⁵⁴⁰ Burada da, yukarıdaki yargı kararında yer verilen muhalefet şerhinde olduğu gibi, tesbitin kendisi doğru olmakla birlikte, buradan hareketle varılan sonucun, dayanak yapılan kavramlarla ilgisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, gerek idarî ve gerek yargı mercilerinin -ve keza öğretinin- algılamasıyla modelin gerekçeleri arasında sayılan -ve aynı zamanda doğrudan veya dolaylı biçimde "makul" ve mazur" olarak algılanmasına hizmet eden- "ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar" kavramları üzerinde geliştirilen bu analogilerin -bahsekonu değerlendirmelerde kullanılan kimi unsurlarında doğru yaklaşımlar sergilenmekle beraber, varılan sonuçları itibarıyla- doğru bir analizi yansıttığı görüşünde değiliz.

Bir başka çarpıcı tesbit ise şudur; eğer YİD modeliyle bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunmakta ise, bu "yararlı" modelden istifade edebilmek için yatırımın yüksek tutarlı ve yüksek teknoloji içermesi koşullarını taşımasına gereksinim duyulmaması gerektir ve bu anlamda, modelin bahsekonu koşulları taşımayan diğer kamu projelerine de teşmili doğal karşılanmalıdır! Bu itibarla, 3996 sayılı Kanun'da ön koşul olarak yer verilen "ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar" ölçütleri son derece hatalıdır. Nitekim, Sayıştay Başkanlığınca hazırlanan bir raporda, "gümrük kapıları kafeterya ve 'free-shop' inşaatı gibi", sade-

⁵⁴⁰ Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan "İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi" Hakkında Sayıştay Raporu, Nisan 2002, s. 2 (www.sayistay.gov.tr).

ce ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren işlerin değil, normal inşaat işlerinin de bu model kapsamında yapılmasına ilişkin sözleşmeler imzalandığına vurgu yapılmaktadır.⁵⁴¹ Oysa, mevcut yasal düzenlemeye bakıldığında, sanki YİD modelinin sakıncalı olduğu, sadece ileri teknolojinin ülkemize gelebilmesi ve yüksek tutarlı projelerin gerçekleştirilmesini teminen "katlanılması gereken" ve "kerhen" tercih edilen bir yöntem olduğu gibi bir algılamaya gidildiği ileri sürülebilecektir. Burada açık bir çelişkinin doğduğu görülmektedir. Yararlı olduğu savunulan bu modelin sadece yukarıdaki iki koşulla kısıtlanması anlamlı bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Kaldı ki, Yİ modelinde bu iki koşula yer verilmediğine göre, Yİ modeliyle sözgelimi bir doğalgaz termik santrali yapımı için hiç bir koşul gerekmezken, aynı santrali YİD modeliyle gerçekleştirmek için hem *ileri teknoloji* hem de *yüksek yatırım tutarı* koşulları birlikte aranacaktır! Bu ise, doğal olarak, anlamlı bir sonuç yaratmaktan uzaktır.

Şu halde, YİD modelinin bu iki koşula dayandırılmış olmasının, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sadece kamuoyunu ikna etmeye yönelik bir politika olarak öngörülmüş olması, akla gelen tek seçenek olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, toplumların dikkati bazen kimi kavramlar etrafında yapılan spekülasyonlarla işin özünden çok daha başka noktalara çekilebilmekte, öz ile bağlantısı koparılmış kavramlar üzerinden politikalar geliştirildiği bilinmektedir. Bize göre, gerçekte "ileri teknoloji" ve "yüksek maddi tutar" kavramları da böylesi bir saptırmacada kullanılmış olmaktan başkaca bir işlev görmemiştir. Aksinin iddia edilmesi halinde, anılan iki koşulun varlığını şart koşan idarenin, yukarıdaki açmazı da açıklayabilmesi gerektir.

Maamafih, bu "saptırmacanın" başarılı olduğu da açıktır. O kadar ki öğretilerde, yargıda, denetleme kuruluşlarında, hatta özel sektör finansman kuruluşlarının temsilcilerinin ifadelerinde, özetle neredeyse tüm çevrelerde bu ölçütlerin sorgulanmaksızın geçerli addolunduğu görülmektedir. Hatta, bir Danıştay üyesi tarafından konuya ilişkin olarak yayımlanan bir eserde, "... elektrik enerjisi sanayide, üretimde veya konutlarda aydınlanmada veya ev aletlerinde kullanılan elektriğin mutlaka belli bir oranda kaliteli olmasını gerektirmektedir. Elektriğin iyi kalite ve yeterli düzeyde olması ise yüksek maddi kaynak ve ileri teknoloji gerektirmektedir... Dün olduğu gibi bugün de ekonomik açıdan ileri ve modern bir ülke olmak için tek başına para yetmediği kesindir. Finans imkanlarının yanında güncel ve çağ-

⁵⁴¹ Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan "İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi" Hakkında Sayıştay Raporu, Nisan 2002, s. 5 (www.sayistay.gov.tr).

daş bir teknolojiye de sahip olmak gerekmektedir. Bu(nu) 08.06.1994 günlü ve 3996 sayılı yasanın temel alt yapı yatırımlarında yüksek maddi kaynak yanında ileri teknoloji de aranmış olmasından anlamaktayız"⁵⁴² ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Buradaki anlayışın kabul edilebilir bir yanı olmadığı gibi, yazarın kimliği açısından da ilgi çekicidir.

Şu halde, modelin "en son ve ileri teknolojiyi beraberinde getir(diği)"⁵⁴³ yolundaki görüşler, yanıltıcıdır ve gerçeği yeterince yansıtmaktan uzaktır. Bu tür görüşler, modele haklılık kazandırmak için ortaya atılan "slogan"lardan biridir sadece; arada bir nedensellik bağı kurulamaz. Bir YİD projesi yeni teknolojiyi içermeyebileceği gibi, yeni teknolojinin ülkeye getirilmesi amaçlanmaktaysa, bunun için modelin kullanılmasına gerek duyulması da bir koşul olamaz. Modelin kullanılmasında bir gerekçe aranıyorsa, modelin "devret" boyutu itibarıyla uzun dönemde özelleştirme ilkesine ters düşeceği hususu dikkate alındığında, sadece ve sadece, rekabete açık biçimde özelleştirilmesi olanağı bulunmayan alanlarda işletme süresi boyunca hizmet verilmesine yönelik bir "pazar için rekabet"i sağlamayı öngördüğü söylenebilir. Öte yandan, "... şimdi ya da ileride bütünüyle özel sektöre bırakılabilecek bir sektörde bu model uygulanırsa ... yapılan özelleştirme değil devletleştirme olur."⁵⁴⁴

Dolayısıyla, Danıştay kararındaki muhalif görüşte yer aldığı şekliyle 3996 ve 3096 sayılı Kanunlar arasında bu ölçütlere dayalı bir ayrıma gidilmesi imkanı bulunmadığını düşünüyoruz. Öte yandan, 3096 sayılı Kanun'a dayanan yeni sözleşmelerin imtiyaz sayılamayacağı yönündeki Danıştay kararının, Anayasa değişikliği sonrasında Danıştay'ın devre dışında bırakılmasına bir nevi "tepki" olarak ortaya çıktığı değerlendirilmesine gidilebileceği kanısındayız.

Diğer yandan, modelin çoğu zaman sorgulanmaya muhtaç bulunan kimi özelliklerinin modele ilişkin incelemelerde öne çıkarıldığı görülmektedir. Buna göre, modelin uygulanması sonucunda "devletin dış borçları artmaz; (tam tersine,) modelin uygulanması devlet bütçesine herhangi bir mali yük getirmeden özel sektörün finans imkanlarıyla gerçekleştirilir."⁵⁴⁵ Oysa, bütün bunlar, devlet adına

542 Polatkan, *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, op. cit., s. 57, 58.

543 Yılmaz, Edip; *Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Nedenleri/Uygulamalar ve En Uygun Özelleştirme Seçeneği Araştırması*, içinde Hazine Dergisi, Sy. 1, Ocak 1996, s. 110.

544 Yılmaz, *Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması*, op. cit., s. 113.

545 Yılmaz, *Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Nedenleri/Uygulamalar ve En Uygun Özelleştirme Seçeneği Araştırması*, op. cit., s. 110.

İlgili kamu kuruluşlarının model çerçevesinde gerçekleştirilen yatırımlar çerçevesinde üretilen mal veya hizmetleri satın alma yükümlülüğüyle bağlanmış olmamaları durumunda söz konusu edilebilecektir. Bununla birlikte, modelin uygulamalarında tekel konusu sektörler itibarıyla kamu adına bu tür uzun süreli alım yükümlülüklerine gidilmesi kaçınılmaz olarak zorunlu hale gelmektedir. Zira, ortada (elektrik enerjisi sektörü gibi) tekel konusu yapılmış bir sektör bulunmakla, modelin tarafı özel sektör kuruluşuna üretimini piyasaya arz etmesi olanağı tanınmamaktadır. Elektrik dağıtımı veya havaalanı terminali gibi faaliyet alanlarında kamu tarafından hizmet alımına yönelik bir yükümlülüğün bulunmadığı söylenebilirse de, bu alanlardaki sözleşmelerde de kamu adına hizmetin halk tarafından asgari belli bir oranda satın alınacağına garanti edilmesi (örneğin, havaalanı terminali işletmeciliğinde belli sayıda yolcu garantisi verilmesi) yoluyla yine kamu yükümlülüğü yaratıldığı bilinmektedir.

Öte yandan, tekel konusu edilmeyen bir alanda modelin uygulanması durumunda, kamunun kendisi için satın alım veya halka asgari satım garantisi verilmesinin gerekemeyebileceği savlanabilir. Bu, doğru bir argümandır. Gerçekten de, sözgelimi Ankara'daki Atakule örneğinde olduğu gibi, bir belediyenin YİD modeliyle alışveriş merkezi yapımına gitmesi durumunda, kamu tarafından ne hizmetin doğrudan satın alınması, ne de bahsekonu iş merkezinin asgari ölçüde iş yapacağı hususunda bir garanti verilmesi sözkonusudur. Aynı durumun, tekel konusu yapılmamış bir kamu hizmetiyle ilgili faaliyet çerçevesinde mümkün olacağı da söylenebilir; zira, bu defa tekelci bir alan sözkonusu olmadığı veçhile tüketicinin model uyarınca üretilen mal veya hizmete "mahkum" edilmesi zorunluluğu daha önceki zamanlarda kaldırılmış bulunmaktadır! Ancak, her iki durumda da, kamunun bahsekonu faaliyetten tamamen çekilerek özel sektör dinamiklerine dayanmak yerine, "devret" niteliği çerçevesinde neden sektörde kalmaya devam edeceğinin sorgulanması gerekir. Birinci örnekte belediyenin ticari alandaki bir mal varlığına sahiplik yapmaya devam etmesi; ikinci durumda ise, zaten özel sektöre açılmış bulunan bir kamu hizmeti alanında kamunun -ilerideki devir hususu dikkate alındığında- bu alanda hâlâ varlığını korumaya devam etmesinin, özelleştirme anlayışıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Öte yandan, modelin altyapı faaliyetlerinde uygulanması sonucunda "... gelecek olan yabancı sermayenin faiz bakımından maliyetsiz olarak gelmekte olduğu" ve "... bu paranın faizsiz ve maliyetsiz (biçimde) zahmetsizce temin edilebileceği" de savunulmaktadır.⁵⁴⁶ Oysa, gerek getirilen özsermaye için ödenmesi ön-

⁵⁴⁶ Yerlikaya, *Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme*, op. cit, s. 46.

görülen kâr payının ve gerek kredilerin içerdiği faizlerin tarifeye yansıtılması karşısında, model çerçevesinde böylesi bir durumdan sözedilemeyeceği açıktır!

1.4. Modelin Yasal Çerçevesi

Özel sektörün alt yapıya katılımını sağlamayı amaçlayan ve YİD modelinin yasal çerçevesini oluşturan yasal düzenlemeler, aşağıda kronolojik bir sırayla verilmiştir:

1.4.1. 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

19 Aralık, 1984 tarih ve 18610 sayılı RG'de yayımlanan –ve YİD modeline ilişkin ilk düzenlemeyi teşkil eden- bu yasayla o zamana kadar TEK'in (bazı küçük istisnalarla) tekelinde bulunan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti alanlarında özel hukuk hükümlerine göre yerli veya yabancı sermaye şirketlerinin *'görevlendirilebileceği'* kabul edilmiştir.

1.4.2. 3291 sayılı Kanun

3 Haziran, 1986 tarih ve 19126 sayılı RG'de yayınlanan bu Kanun'un 15/II. maddesinde "Kamu iktisadi teşebbüslerine mal ve hizmet satın alma işlerinde satın alma bedellerini garanti etmeye Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir" hükmü getirilmektedir.

1.4.3. 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Otoyol Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

2 Haziran, 1988 tarih ve 19630 sayılı RG'de yayımlanan bu Kanun ile otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda özel sektöre en fazla 49 yıl süreyle imtiyaz verilmesi kabul edilmiştir. 3465 sayılı Kanun kapsamındaki uygulamalar, daha sonra 3996 sayılı Kanun'un kapsamına da dahil edilmiştir.

1.4.4. 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun

13 Haziran, 1994 tarih ve 21959 sayılı RG'de yayımlanan ve kamusal hizmet alanlarında özel kuruluşlara yapım ve işletme izni (görevi) verilmesine ilişkin genel (çerçeve) niteliğindeki 3996 sayılı Kanun, yalnız elektrik üretimi ya da otoyol yapımı ve işletilmesinde değil, çok daha geniş bir kamu hizmeti yelpazesinde modelin uygulanmasını düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır. Kanun'un kapsamı, idarenin görüşlerine göre zaman içinde bazı değişikliklere uğramıştır:

- 3996 sayılı Kanun ilk yayımlandığında "enerji üretimi, iletimi ve dağıtımını" işlerini de kapsamış, buna karşın sürmekte olan işler bakımından 3096 ve 3465 sayılı Kanun hükümlerini saklı tutmuştur.

- 3 Aralık, 1994 tarih ve 22130 sayılı RG'de yayımlanan 4047 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bu kez enerji işleri yasa kapsamından çıkarılmış ve eskiden olduğu gibi 3096 sayılı Kanun kapsamında bırakılmıştır.

- 20 Aralık, 1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ise elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti işlerini yeniden 3996 sayılı Kanun'un kapsamına dahil etmiştir.

1.4.5. 3996 Sayılı Kanun'un Uygulama Esaslarına İlişkin 6 Haziran, 1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

3996 sayılı Kanun'un uygulamasına ilişkin olarak, yetki ve görevlendirme, uygulama sözleşmesinin kapsamı, mal ve hizmetlerin fiyatının belirlenmesinde uygulanacak esas ve usuller, kamulaştırma ile garantiler ve bu meyanda çeşitli hükümler anılan Bakanlar Kurulu Kararında yer almaktadır.

1.4.6. 4047 sayılı, "3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"

3 Aralık, 1994 tarih ve 22130 sayılı RG'de yayımlanan bu Kanun ile enerji sektörü 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkarılmış, ayrıca enerji sektöründeki işlerin Bakanlığın talebi üzerine 3996 sayılı Kanun'un 5, 11, 12 ve 14. madde hükümlerinden yararlanabileceği hükme bağlanmıştır.

1.4.7. 3974 sayılı Kanun

1 Mart, 1994 tarih ve 21864 sayılı RG'de yayınlanan ve 3291 sayılı Kanun'a bazı hükümler ekleyen Kanun'un Ek 5'inci maddesindeki "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak ve diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerin veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler" hükmü, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (yürürlüğü durdurma: 15 Nisan, 1994 tarih ve 21906 sayılı RG'de yayımlanan E.1994/43, K.1994/42-1 sayılı karar; iptal: 24 Ocak, 1995 tarih ve 22141 sayılı RG'de yayımlanan 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-3 sayılı karar).

1.4.8. 4180 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

Bu Kanun ile 3996 sayılı Kanun'un Hazine garantilerine ilişkin 11. maddesinin kapsamı genişletilmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarınca görevli şirketlere sağlanacak (doğalgaz gibi) üretim girdilerinin sağlanamaması nedeniyle ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri de garanti kapsamına alınmıştır.

1.4.9. 4446 Sayılı Kanun ile Getirilen Anayasa Değişiklikleri

14 Ağustos, 1999 tarih ve 23786 sayılı RG'de yayımlanan bu Kanun ile Anayasa'nın 47, 125 ve 155'inci maddelerinde değişiklikler yapılarak;

- Kamu hizmeti kavramı yeniden tanımlanmaya çalışılmış,
- Danıştay'ın "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek" biçimindeki görevi "sözleşmeler hakkında düşüncesini bildirmek" biçiminde yeniden yazılmış,
- İmtiyaz sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıkların idari yargı yerine özel tahkim kurumlarında çözümlenmesine olanak tanınmıştır.

1.5. Sözleşmelerin Hukuki Niteliği

YİD modelinin aslında bir finansman modeli olduğu ve pek çok değişik sektörde ve muhtelif konularda modelin uygulamasının mümkün ve sözkonusu olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, modelin ülkemizde elektrik enerjisi sektöründe kamu yerine özel sektöre rol verilmesi bağlamında gündeme getirilmiş olması karşısında, model ile elektrik enerjisi sektörü bağlamında kamu hizmeti arasında bir 'düşünsel kısayol' yaratıldığı ve böylece, bize göre amacını aşan ilintilendirmelere gidildiği görülmektedir. Daha önce de vurguladığımız üzere, her YİD projesi bir altyapı veya "kamu hizmeti" olarak görülebilecek bir konuyla ilgili olmak zorunda değildir. Dolayısıyla, modele ilişkin "imtiyaz" yorumlarının daha ziyade altyapı hizmetlerinin sunulmasına dair projeler veya sağlık gibi kamu hizmeti kapsamında değerlendirilen alanlardaki uygulamalarıyla kısıtlı kabul edilmesi yerinde ve gidecek gereklidir.

Aksi halde, kimi hatalı değerlendirmelere gidilmesi olasıdır. Sözgelimi, Savarona Yatırı'nın "Atatürk'ün anısına yakışır biçimde restore ettirilerek turizm alanında (değerlendirilmesine yönelik)" kullanım hakkı, anılan restorasyon hizmeti karşılığında Devlet İhale Kanunu hükümlerine dayanılarak, YİD modeli uyarınca Maliye ve Gümrük Bakanlığınca 49 yıllığına bir şirkete verilmiş, buna karşı açılan davayı gö-

ren Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin işlemde hukuka aykırılık görmeyen kararı Danıştay tarafından da onaylanmıştır.⁵⁴⁷ Öğretide bu durumun, "Danıştay içtihatlarında genel olarak yap-işlet-devret modeli imtiyaz olarak değerlendirilmiş olmakla birlikte, bu konuda hassasiyet gösterilmeyen kararlar da bulunmaktadır... (anılan) kararda, imtiyaz kurallarına uyulup uyulmadığı araştırılmamıştır" şeklinde eleştirildiği görülmektedir.⁵⁴⁸ Oysa, açıktır ki YİD modelinin imtiyaz kapsamında değerlendirilmesi için -öğretideki yaygın görüş uyarınca- konusunun bir kamu hizmeti ile ilintili olması öncelikli koşuldur. Maamafih, kamusal bir ayrıcalık yaratılmış olması halinde de imtiyazdan sözedilebileceği açıktır; lakin, örnek olayımızda bu yönde bir ayrıcalığa tesadüf edilmemektedir.

İmtiyazın çok uzun süreli sözleşmeler durumunda da gündeme gelebileceği yönündeki değerlendirmemiz burada dikkate alınmak durumunda mıdır? Kanımızca, uzun süreli sözleşmelerden murad olunan husus, bu tür bir sözleşme ile kamunun mali yükümlülük altına girmesi veya tekelci bir nitelikte olup da doğrudan halka sunulan bir hizmetten sözedilebilmesi halinde imtiyazdan sözedilebileceği yolunda olmak gerekir. Dolayısıyla, bu örnekte her halükarda imtiyazın izlerini görmek olanağından bahsedilemez ve sadece YİD modeline göre yapılmakta olmasından dolayı imtiyaz yönteminin kullanılıyor olması iddiasında isabet görülemez.

Öte yandan, yasa koyucunun Osmanlı dönemindeki hassasiyetleri dikkate aldığı, daha da önemlisi, Anayasa değişiklikleri öncesindeki haliyle Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin ön inceleme yetkisi ile ihtilafları gören mahkeme olması zorunluluğundan sakınmayı amaçladığı açıktır. Bu nedenledir ki, 3096 sayılı Kanun'da imtiyaz çağrışımı yapmayacak ifadeler kullanılmaya özen gösterilmiş ve konu "özelleştirme uygulaması" olarak yansıtılmaya çalışılmış; 3996 sayılı Kanun ise sadece YİD modeli adını kullanmış ve yine imtiyazdan söz etmemiş, hatta daha ileri giderek her iki yasada da sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağı yolunda hükümlere yer verilerek imtiyaz algılaması olasılığının önü kapatılmaya çalışılmıştır. Ancak, ilerleyen bölümlerde ayrıntılarıyla tartışacağımız üzere, konusu kamu hizmeti olan YİD uygulamalarının imtiyaz niteliğinde olduğu öğretide ve yargı kararlarında açık bir şekilde dile getirilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, "(k)amu hizmetlerini artık imtiyaza vermekle meşgul (Türkiye'de) bunların adı... artık imtiyaz değil, yap-işlet-devret. İmtiyazın yeni ve kibar adı bu."⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Danıştay 10. Dairesi'nin 28 Nisan, 1994 tarih ve E.1992/3614, K.1994/1901 sayılı kararı.

⁵⁴⁸ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 338.

⁵⁴⁹ Oran, *Kaçıncı Küreselleşme*, op. cit., s. 121.

Bilindiği üzere, Türk hukukunda kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin sözleşmeler "imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilmiştir. Buna ilişkin ilk düzenleme, 10 Haziran, 1920 tarihli "Menafii-i Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun"dur.

3096 sayılı Kanun'da, bu Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Bu dönemde, 3096 sayılı Kanun'a göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur. Ancak bilahare 1 Şubat, 1994 tarih ve 21864 sayılı RG'de yayınlanan ve 3291 sayılı Kanun'a ek getiren 3974 sayılı Kanun, bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 15 Nisan, 1994 tarih ve 21906 sayılı RG'de yayınlanan kararıyla bu hükmün yürürlüğü durdurulmuş ve 24 Ocak, 1995 tarih ve 22141 sayılı RG'de yayınlanan kararıyla da iptal edilmiştir.

Bu kez, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesine benzer bir hüküm konulmuş, ancak bu hüküm de Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayınlanan) kararıyla iptal edilmiştir. İptal kararı, aynı maddeye atıfta bulunan 4047 sayılı Kanun'a göre imzalanan sözleşmeleri de etkilemiştir.

14 Ağustos, 1999 tarih ve 23786 sayılı RG'de yayımlanan 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47., 125. ve 155. maddelerinde yukarıdaki kısımlarda ayrıntıları verilen değişiklikler yapılarak, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi olanaklı hale gelmiştir.

Halen, 3974 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde imzalanmış özel hukuk sözleşmeleri, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ve ilgili maddesinin iptalinden sonra imzalanmış (ve özel hukuk sözleşmesi haline dönüştürülmemiş) imtiyaz sözleşmeleri, Anayasa değişikliği sonrasında imtiyaz sözleşmesi olarak kalmakla beraber uluslararası tahkim hükmü konulan tahkimli imtiyaz sözleşmeleri ve son olarak da Anayasa değişikliğinden sonra imzalanmış özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere, farklı statülerde bir 'sözleşmeler dizisi' bulunmaktadır.

1.6. Modelin İşleyişi

1.6.1. Taraflar

Model, klasik kamu finansmanından farklı olarak karmaşık hukuki ilişkilerden oluşmaktadır ve bu nedenle görevli şirketle ilişkide bulunan bir çok kuruluş vardır.

Asıl taraflar yürütücü kamu kurumu ve görevli özel sektör şirkettir; fakat bunların yanında kreditorler, sigorta şirketleri; hukuki, mali ve teknik danışmanlık şirketleri, üretim girdisi sağlayan şirketler, ürünü satın alan kuruluşlar, inşaat müteahhidi ve taşeronları gibi çok sayıda taraf, değişik sözleşmelerle bu karmaşık hukuki yapıya bağlanmaktadır.⁵⁵⁰

1.6.2. Şirketlerin Statüsü

3096 sayılı Kanun, görevli şirketlerin yerli ya da yabancı sermaye şirketi (anonim, limited ya da hisseli komandit şirket) olması koşulunu getirmektedir. 3996 sayılı Kanun ise, yerli sermayeli anonim şirketler ve yabancı sermayeli şirketlerden söz etmektedir.

1.6.3. Uygulamanın Başlangıcı

3096 sayılı Kanun'a göre: Temel yöntem, istekli şirketlerin başvurusudur. Bugüne kadar gerçekleştirilen YİD projelerinin tümünde şirketler başvurmuşlardır; böylece, rekabet unsuruna yer verilmemiştir.

Ayrıca, Bakanlık belirlediği üretim tesislerini RG ile duyurabilmektedir. Ancak, bu hususta Bakanlığın yetkisi ihtiyari niteliktedir; Bakanlık, model çerçevesindeki uygulamalarını bu Kanun'a göre yapması halinde, duyuru yapmak zorunda değildir. Bu esasa dayanılarak, uygulamada duyuru yapılmaksızın projelerin gerçekleştirildiği görülmüştür. Bu husus, modele dayalı uygulamaların en çok eleştirilen yönlerinden birisidir.

Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulan sermaye şirketlerine, DPT Müsteşarlığı'nın görüşü ve Bakanlığın teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belirlenmiş görev bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ve ticareti izni verebilir. Sadece üretim tesisi kurma ve işletme izni ise DPT Müsteşarlığı'nın olumlu görüşünü alınarak Bakanlık tarafından verilebilmektedir.

Proje teklifinin şirketlerden geldiği durumlarda, Bakanlık ilgili kuruluşların görüşlerini alarak proje sahibine fizibilite için süre vermektedir. Aynı proje için birden fazla başvuru olduğunda en uygun teklif Bakanlıkça kurulan bir komisyon tarafından belirlenmektedir. Öte yandan, uygulamaya ilişkin Yönetmelikte, çok şaşırtıcı bir

⁵⁵⁰ Enerji projelerinde modelin uygulamasına ilişkin olarak ortaya çıkan taraflar ve karmaşık ilişkiler/sözleşmeler kümesine yönelik bir tablo için bkz. Demirci, Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, op. cit., s. 16.

hükme tesadüf edilmektedir. Buna göre, "Aynı proje için başvuran diğer kişilere başka projelerin de olduğu hatırlatılır." Bu hükmün anlamını çözebilmek, nasıl bir kamu çıkarı noktasından hareket edildiğini yorumlayabilmek, fevkalade güçtür! Kamunun görevi, kamu çıkarını korumaktır. Kuşkusuz, kamu çıkarı rekabetin mümkün olduğunca üst düzeyde gerçekleştirilmesini öngörür; zira, harcanan para kamunun parasıdır. Bir proje için birden fazla sayıda başvuru yapılmış olması, idarenin aslında rekabeti artırmayı teminen kendisinin başta gözetmesi ve sağlaması gereken bir ölçüt iken, şirketlerin 'kazara' aynı proje için yarışmaları durumunda kamu tarafından buna engel olmaya çalışılması, izan ve insaf sınırlarını da zorlamaktadır. Sadece bu hüküm dahi, sektördeki uygulamaların kamu çıkarını koruma işlevini yerine getirmemek bakımından 'vahametini' anlatmaya kifayet etmektedir kanısındayız.

Öte yandan, modelin öngördüğü süreç çerçevesinde, Bakanlar Kurulu Kararı alındıktan sonra sözleşme imzalanmaktadır. Bununla birlikte, münhasıran üretim izni için BKK'na gerek bulunmamaktadır.

3996 sayılı Kanun'a göre: Bir projenin YİD modeliyle gerçekleştirilmesine, ilgili idarenin başvurusu üzerine Yüksek Planlama Kurulu (YPK) karar vermektedir.

Öte yandan, 3096 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamalardan farklı olarak, projenin ilan edilmesi öngörülmekte ve böylece görevli şirketin seçiminde rekabet unsuruna yer verilmektedir. Bu noktada, 3996 sayılı Kanun'un kapsamında başlangıçta enerji sektörü de dahil edilmiş iken, Kanun'un çıkarılmasından hemen (yaklaşık 6 ay) sonra yeni bir yasal düzenlemeye gidilerek enerji projelerinin bu Kanun kapsamından çıkarıldığını ve münhasıran 3096 sayılı Kanun'a bırakıldığını yinelemekte yarar görüyoruz. Dolayısıyla, model çerçevesindeki enerji sektörü uygulamaları hemen daima 3096 sayılı Kanun uyarınca ve rekabetsiz ortamda gerçekleştirilmiştir.⁵⁵¹ Oysa, kapitalist sistemin özü rekabet kültürünü ayakta tutmaya dayanır, "... çünkü rekabet bittiğinde sistem çökecektir... oysa bugü-

⁵⁵¹ Oysa, 3096 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde "İşletme Hakkı Devri" başlıklı 5. maddesinin 2. fıkrasında 2983 sayılı "Tasarrufların Teşviki ve Yatırımların hızlandırılması Hakkında Kanun ve İlgili Yönetmeliklere göre işlem yapılması" hükmü altına alınmıştır. 2983 sayılı yasa ve ilgili yönetmeliğinde işletme hakkının devri ile ilgili ihale usul ve esasları çok açık biçimde hüküm altına alınmıştır. Daha sonra bu hüküm, 284 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun sonucu olarak Bakanlık bu konuda çıkaracağı her ihalede 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine uymak zorundadır. Bu zorunluluğa rağmen Bakanlık bu yasa hükümlerine uymamış, belirlediği geçici ve kesin teminatlar ve yaptığı ihale ilanları, yasa hükümlerine aykırı olarak tesis edilmiştir (bkz. [Hediyelek Santral](#), op. cit., s. 41).

ne kadar yürütme erki rekabete aykırı işlemler konusunda gereken hassasiyeti göstermemiştir.”⁵⁵²

Bu tercihe hangi anlayış ve gereksinimler çerçevesinde gidildiği ise bilinmemektedir ve yoruma açıktır. İkili protokoller kapsamında enerji projelerinin mevzuatın açık alanlarına dayanılarak ihalesiz biçimde belli ülke firmaları ile yerli ortaklarından oluşan konsorsiyumlara yaptırılmasında kamu çıkarının bulunmadığı ve rekabetin kamu alımlarında esas olması gerektiği itirazlarına karşılık olarak DSİ Genel Müdürlüğü yetkililerince “İâkin biz bunları müzakere ediyoruz” yolunda savunmaya geçildiği anımsanacak olursa, ETKB'nın ‘bu sözleşmeleri nasıl olsa müzakere ederek makul fiyatlar düzeyine çekecekleri yolundaki inancının’ anılan yasal değişikliğe gidilmesinde rol oynadığı ve böylelikle rekabet sağlamayı teminen “vakit kaybettirici süreçlerden imtina edilmesi” gibi bir amaca hizmet ettikleri savlanabilir. Kuşkusuz, bu yollu naif bir savunmanın ‘kıymeti kendinden menkul’dür.

Daha çarpıcı olanı, enerji sektöründe özel sektöre yer verilmesine yönelik uygulamalara ağırlıklı olarak başlanıp Bakanlıkça birbiri peşi sıra onlarca sözleşmenin imzalanmasının hemen öncesinde, Bakanlığın bağlı kuruluşu olan ve üretilen elektrik satın almakla yükümlü kılınması öngörülen Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış Nisan 1996 tarihli bir değerlendirme notunda, “(u)ygulamanın doğru yapılmaması halinde devlet yüksek yatırım maliyetleri ile karşılaşacak, ülkenin kredibilitesi azalacaktır... Öncelikle..., uluslararası ihaleye çıkılmalı, böylece istenen koşullarda en uygun teklifi veren firma belirlenerek fiyat rekabetinin oluşturulması sağlanmalıdır.”⁵⁵³ ifadelerine yer verilmesidir. Bakanlığın bu yönde kendi içindeki uyarıları dahi dinlememiş olması gerçekten vahimdir. YİD modeliyle yapılan santrallerin hiç biri için ilana çıkılmadığına ve başka şirketlerden teklif alınmadığına değinen bir eleştiriye göre, “(b)ütün sürecin ilgili bakan, bürokrat ve şirket arasında yaşanması gibi bir pratiğin dünyanın hiç bir yerinde (uygulaması) yoktur. Bu olsa olsa liberalleşme adına kaba bir soygundur.”⁵⁵⁴

⁵⁵² Yakupoğlu, *Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku*, op. cit., s. 125, 126.

⁵⁵³ Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü, *Araştırma Planlama ve Koordinasyon Daire Başkanlığı'nın Yap-İşlet-Devret (YİD) Uygulamasını İnceleme Raporu*, Nisan 1996 (yayımlanmamıştır).

⁵⁵⁴ Kükey, Cem; *Enerjide Özelleştirme ve Yolsuzluklar*, EMD, Sy. 423, Kasım 2004, s. 53.

Öte yandan, isteklilerin sağlam bir mali yapıya sahip olmaları ve ortaklarından en az birinin söz konusu yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş olması gerekmektedir.

Ayrıca, öngörülen yatırım için şirketlerce sağlanacak özkaynak tutarının, toplam yatırım bedelinin % 20'sinden az olmaması zorunluluğu getirilmiştir. Yine, istekliler, fizibilite raporlarını idareye sunmak zorunda olup, İdare önseçim yapıp yapmamakta serbesttir.

Her iki Kanunda da 2886 sayılı İhale Kanunu'na tâbi olunmayacağına yönelik istisna maddesine yer verilmiştir. Bu kanunlar çerçevesinde akdedilecek sözleşmeler için herhangi bir usul öngörülmediği, bu sözleşmeler için her ne kadar 2886 sayılı İhale Kanunu'ndan farklı usullere yer verilmiş görünse de, İdareye bu usullere uyma konusunda bir serbestiyetin de tanınmış olduğuna değinilmektedir.⁵⁵⁵ Bununla birlikte, bu anlamda 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar ile bunlara dayanılarak çıkarılmış olan ikincil mevzuat itibarıyla bu iki Kanun arasında fark bulunduğunu vurgulamak gerekir. Birincisinde, Kanun'da öngörülen hükümler gerçekten idareye geniş bir serbesti vermektedir, bu nedenle de uygulamada ihale usulüne riayet edilmediği gibi, Kanun'da böyle bir zorunluluğun bulunmadığı da uygulayıcılar tarafından mazeret şeklinde ileri sürülebilmiştir. Ancak, 3996 sayılı Kanun ve buna ilişkin 5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) ile ihale yapılması ve açıklığının sağlanması zorunlu kılınmaktadır. Esasen, bu nedenledir ki 3996 sayılı Kanun kapsamında enerji alanındaki işler başlangıçta kapsam dahilinde tutulmuşken, Kanun'un çıkarılmasından çok kısa bir süre sonra kapsam harici bırakılmış; böylelikle, YİD modeliyle gerçekleştirilmiş enerji projelerinin rekabetsiz koşullar altında yapılabilmesinin önü açılmıştır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanun'da kapsam maddesi oldukça geniş tutulduğu gibi, "Uygulanmayacak Hükümler" başlıklı 68. maddesinin "b" bendinde "*Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz*" şeklinde bir düzenleme getirilmek suretiyle, daha önceki tarihli yasaların muafiyet öngören hükümleri bertaraf edilmiştir. Bu itibarla, 3996 sayılı Kanun çerçevesinde bundan sonra gerçekleştirilecek YİD projelerinin anılan İhale Kanunu hükümlerine tâbi olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. 4628 sayılı EPK kapsamında artık enerji sektöründe YİD modelinin uygulanması –hukuken mümkün olmakla beraber- pratik an-

⁵⁵⁵ Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 180.

lamda olası görünmediği için, bu sonucun diğer sektörlerdeki muhtemel uygulamalar anlamında önem taşıdığı söylenebilir.

1.6.4. Sözleşme (Görevlendirme) Süresi

Uygulama sözleşmesindeki yürürlük tarihinden itibaren; yatırım (projenin yapımı dahil) ve tesisin işletme süresi toplamı, sözleşme (görevlendirme) süresidir. Bu sürenin üst sınırı (zorlayıcı olaylar ve idareden kaynaklanan nedenler dahil) 3096 sayılı Kanun'da 99 yıl, 3996 ve 3465 sayılı Kanunlarda ise 49 yıl olarak öngörülmüştür.

Süre bitiminde aynı şirketlerle yeniden sözleşme imzalanabilmektedir. 3096 sayılı Kanun'a göre yeni görevlendirme, herhangi bir seçim prosedürü işletilmeksizin yapılabilmekteyken, 3996 sayılı Kanun'a göre ise sözleşmelerin sona ermesinden sonra kural olarak yeni bir görevlendirme, yani, "seçim" prosedürünün işletilmesi gereklidir.

1.6.5. Tarife/ Ücret Belirleme Yöntemleri

Tarife, modelin en çok tartışma yaratan bölümünü oluşturmaktadır. Zira bu yatırımlarda fiyat, kamusal çıkarlar açısından asıl belirleyici unsur olmaktadır.

1.6.5.1. 3096 Sayılı Kanun'da

85/9799 sayılı BKK ile yürürlüğe giren Yönetmeliğin 8. maddesine göre, üretim tesislerinin enerji satış tarifeleri, aşağıdaki unsurlara göre belirlenmektedir:

- İşletme ve bakım giderleri (yakıt, malzeme, personel, vergi, amortisman, diğer giderler),
- Yatırımlar için ödenen faiz ve kur farkları,
- Teknik ve sermaye amortismanları,
- Piyasa şartlarına göre makul bir temettü verilmesi,
- İdarenin kamu tarafından yaptırılan benzer üretim tesislerinden aldığı fiyatlar,
- Hidroelektrik santraller için % 10, termik santraller için % 5 oranında ayrılacak ve satış bedelinden indirilerek Kamu Ortaklığı Fonu'na yatırılacak olan Kamu Ortaklığı Fonu payı,

- Kanuni ihtiyatlar.

Yönetmeliğin 9. maddesinin ilk şeklindeki;

"Elektrik enerjisi satış fiyatlarının belirlenmesinde ekonomik kaynak seçimine yardımcı olmak ve ülke ekonomisine sunulan elektrik enerjisi fiyatlarını olumsuz yönde etkilememek esas olmak üzere, üretim tesisleri fizibilite raporlarının hazırlanmasında elektrik enerjisi satış fiyatı projenin iç kârlılık oranını % 16 civarında gerçekleştirecek şekilde seçilecek, bu fiyatın ayrıca TEK ortalama satış fiyatının hidro-elektrik santrallerde % 60'ını, termik santrallerde % 65'ini geçmemesi esas alınacaktır."

hükmü, 4 Nisan, 1996 tarihinde 96/8007 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle değiştirilmiş ve aşağıdaki biçimde yeniden düzenlenmiştir:

"Elektrik enerjisi fiyatlarının belirlenmesinde ekonomik kaynak seçimine yardımcı olmak ve ülke ekonomisine sunulan elektrik enerjisi fiyatlarını olumsuz yönde etkilememek esas alınacaktır."

Böylece, şirketlere ödenecek enerji fiyatları ile TEK (TEDAŞ) tarafından tüketicilere uygulanan satış fiyatı arasında bağlantı kuran sınırlamalar kaldırılmış olmaktadır. Bu tür bir serbestiyetin getirilmesi, model çerçevesinde enerji sektöründeki uygulamalarda aşırı fiyatların ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş; zaten proje ve şirket seçiminde rekabete yer verilmemesinden kaynaklanan temel eksikliğe, bir de müzakereye esas sınırlamaların kaldırılmış olmasıyla ikinci bir darbe daha vurulmuştur. Sonuç, kamu eliyle gerçekleştirilen projelerle kıyaslandığında çok daha yüksek bedelli projeler şeklinde kendisini göstermiştir.⁵⁵⁶

1.6.5.2. 3996 Sayılı Kanun'da

3996 sayılı Kanun'un uygulama usul ve esaslarını belirleyen ve 1 Ekim, 1994 tarih ve 22068 sayılı RG'de yayımlanmış olan 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına göre, yatırım ve hizmet ücretlerinin belirlenmesinde, aşağıdaki iki yöntemin uygulanması esastır:

a) Uluslararası sektörel iç kârlılık oranları göz önünde bulundurularak, maliyet artı kâr yöntemi,

⁵⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nın 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

b) Tavan ücret (fiyat) yöntemi.

İdare, yatırım ve hizmetin niteliğine göre, bu yöntemlerden birini veya ikisini birlikte tercih edebilmektedir.

1.6.6. Modelin Finansmanı

YİD modelinde, yatırımın finansmanını sağlama yükümlülüğü şirkete aittir. Kredilerin ana para ve faiz ödeme süreleri, işletme süresini geçemeyecektir.

3996 sayılı Kanun, yatırımın en az % 20'si kadar özkaynak kullanılmasını zorunlu kılarken, 3096 sayılı Kanun'da böyle bir koşul da bulunmamaktadır.

Modelde üç tip kredi söz konusu olabilmektedir:

Ana krediler ("*senior loan*"): Yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla, şirketler tarafından finansman kuruluşlarından sağlanan ve doğrudan Hazine garantisine sahip olmayan kredilerdir. Bu kredilerin ana para geri ödemesiyle faiz ve masraflarından şirket sorumludur (ancak, bütün bunlar tarifeye yansıtılarak devletten geri alınmaktadır).

Köprü krediler ("*subordinated loan*"): Görevli şirketin hatası dışında, projenin beklenmeyen ve öngörülemeyen finansman gereksinimlerini karşılamak amacıyla, idare adına fonlar veya diğer uluslararası finansman kaynaklarından sağlanan, kısmen veya tamamen Hazine garantisine sahip kısa veya orta vadeli kredilerdir.

Köprü kredilerin, aşağıda belirtilen hususlar çerçevesinde kullanılabilmesi öngörülmektedir:

- İlgili idareden kaynaklanan zararların karşılanması,
- Zorlayıcı nedenlerle ortaya çıkan zararların karşılanması,
- Sözleşmede iki tarafın mutabakatı ile yapılacak değişiklikler nedeniyle artan finansman gereksiniminin karşılanması.

Destek kredisi (yedek kredi ("*stand-by loan*")): Sözleşmede öngörülmüş olan koşullarda, şirketin kusuru nedeniyle ortaya çıkan nakit sıkıntısının giderilmesi amacıyla, yine şirketçe sağlanan ve Hazine garantisini haiz olmayan, ikincil nitelikteki kredilerdir.

1.6.7. Hazine Garantilerinin Kapsamı

Hazine garantilerinin dayanağını, 3996 sayılı Kanun'un 4180 sayılı Kanun ile değişik 11. maddesi oluşturmaktadır. Anılan Kanun öncesinde ise, Hazine garantilerine bütçe yasalarında yer verilmekteydi. 3996 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara göre yürütülen işler için de, yatırımcının isteği halinde aynı garantilerden yararlanabilme olanağı sağlanmıştır.

Şirketlere idare adına verilebilecek Hazine garantileri, yatırım ve hizmetin niteliğine göre şöyle belirlenmiştir:

- İdare tarafından satın alınacak mal ve hizmet bedelleri için verilecek ödeme garantisi,
- İdare tarafından sağlanarak görevli şirketlere bedeli karşılığında verileceği taahhüt edilmiş olan (doğalgaz gibi) üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için verilebilecek garantiler,
- Sözleşmedeki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanması ve bunlar için verilecek geri ödeme garantileri,
- Mali yükümlülük altına giren fonlar lehine verilecek garantiler, ve
- Tesisin ve görevli şirket hisselerinin uygulama sözleşmesi ve diğer sözleşmelerdeki koşullara uygun olarak süresinden önce idare tarafından devir alınması halinde, ana krediler için finansör kuruluşlara verilecek geri ödeme garantileri.

Hazine yatırım garantisi, YİD, Yİ, İHD ve benzeri finansman modelleri kapsamında, ilgili mevzuat hükümlerine dayanan ve bunlarla sınırlı olarak verilen garantileri ifade etmektedir. 3996 sayılı Kanun'a göre, Hazine garantisi verilmesi ve bu garantiye ilişkin koşulların belirlenmesi, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Devlet Bakanı'nın yetkisindedir.⁵⁵⁷ 2001 ve 2002 Mali Yılı Bütçe Kanunlarında bu yetki Ba-

⁵⁵⁷ Buradaki yetkinin niteliği, uygulamada ve hakem kararlarında tartışma konusu olmuştur. Hazine garantisinin, YİD ve İHD projelerinde her yatırımcıya –talebi halinde- verilmesi gerektiği ve bu anlamda idarenin bağlı yetkisinden sözedilmesi gerektiği yolunda şirketlerce iddiada bulunulduğu görülmüştür. Oysa, bize göre idarenin 3996 sayılı Kanun uyarınca verilmesi öngörülen Hazine garantilerine ilişkin yetkisi, bağlı yetki olmayıp, idarenin takdir yetkisi içindedir; zira, anılan Kanun'da Hazine garantisinin "verilebilir" olduğu yönünde bir ibare yer almaktadır, bu ise takdir yetkisinin varlığına delalet eder (bkz. Akylmaz, Bahtiyar; İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 169, 170). Kuşkusuz, idarenin takdir yetkisi sınırsız biçimde kul-

kanlar Kurulu'na bırakılmıştır. Bir başka düzenleme ise, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilmiştir. Hazine garantileri ile borç yönetiminin tek elden yapılmasını amaçlayan bu Kanunla, Hazine yatırım garantisinin, Hazine Müsteşarlığı'nın görüşü ve ilgili bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca verilmesi öngörülmüştür. Bu değişikliğe gidilmesinde, ETKB'nin Hazine garantisi verilmesi yönünde özellikle YİD modeline dayanan çok sayıda sözleşme imzalamış olması nedeniyle kamu üzerindeki mali yükün olağanüstü derecede artırılmış olması ve bunun da ekonominin bütünü üzerinde makro ölçekte riskler yaratacak boyuta ulaştığı yönündeki değerlendirmeler ve bu meyandaki endişeler rol oynamıştır. Böylece, Hazine'den sorumlu devlet bakanının tek yanlı tasarrufuyla Hazine garantisi verilmesi yerine, konunun önemine ve aciliyetine binaen, bu mali riskin tüm bakanların ortak sorumluluğuna ve dikkatlerine arz edilmesi suretiyle, daha geniş bir mutabakat zemini aranması ve bu soruna dikkatleri çekebilme kaygıları etken olmuştur.

Tesislerin süresinden önce kamu tarafından devir alınması halinde, yukarıdaki yöntemlerden hangisi kullanılmış olursa olsun, kredi maliyetleri tarifeye yansıtıldığı için, görevli şirketin sağladığı krediler Hazine Müsteşarlığınca da müzakere edilmektedir. Buradaki müzakerelerin hangi esaslar uyarınca yapıldığı bir ayrı tartışma konusudur. Uygulamada da bu anlamda yeterince olgunlaşmış bir düşünsel birikimle hareket edildiğini söylemek, kanaatimizce mümkün değildir. Anlaşmaların tarafı olarak uygulayıcı şirketler bulunduğu göre, burada vade yapısını ve faizleri belirleyen unsur anlamında, kredinin kullanılacağı projenin dikkate alınacağı doğaldır. Bu noktada projenin riski gündeme gelmektedir. Zira, bilindiği üzere kredi koşullarını belirleyen temel unsur, kredinin geri dönüşünü mümkün kılacak mekanizmada kontrolün kimde olduğu ve riskin nerede, hangi mikyasta bulunduğudır. YİD uygulamalarında enerjinin satın alınması kamu tarafından yükümlenilmekle, talep riski kamuya geçmektedir. Proje anlaşmalarının bütününe bakıldığında

lanılamaz; idare takdir yetkisini kullanırken eşitlik, sosyal devlet gibi ilkelere riayet etmek zorundadır, takdir yetkisi ancak kamu yararı amacı doğrultusunda kullanılabilir. Öte yandan, idare, takdir yetkisinin kullanılması bağlamında, objektif ve ikna edici sebeplerin bulunması halinde, alışılmış uygulamasını değiştirebilir (bkz. Akyılmaz, İbid., s. 178, 179); nitekim, daha önceleri Hazine garantisi uygulamasına geçiş yapılmışken, bilahare kamu zararına olacağına ortaya çıkması çerçevesinde Hazine garantisi verilmesi uygulamasına ciddi kısıtların 2000 yılında itibaren getirilmiş olması, bu yönde bir uygulama olarak değerlendirilmelidir. Keza, bu hususta Danıştay tarafından verilen bir istişari görüşte de "3996 sayılı .. Kanununun 11 inci maddesinde(ki) "... sermaye şirketleri veya yabancı şirketlere ... garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakan yetkilidir" ... hükmü(ne) göre Hazine garantisi verme zorunluluğu bulunmamakta, bu konuda ilgili Bakan yetkili kılınmaktadır" denilmektedir (bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 13 Temmuz, 2001 tarih ve E. 2001/73, K. 2001/99 sayılı kararı).

da, kreditorler açısından şirketle ilgili hemen hiçbir riskin (inşaat aşaması da dahil olmak üzere) alınmadığı, kreditorler için risk unsurunun tamamen kamu riskleriyle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu itibarla, proje için alınan kredilerin koşulları belirlenirken, projelerin klasik finansman usulüyle gerçekleştirilmesi dolayısıyla kamuya verilen kredilerde yer alan aynı mali koşulların esas alınması ve uygulanması gerektiği açıktır. Bununla birlikte, uygulamada bu yönde bir risk analizine ve algılamaya gidilmediği; tersine, zevahirde kredinin borçlusunu olarak şirket görüldüğü için, mali koşulların kamu borçlanmalarına kıyasla daha ağır koşullar (daha düşük vade veya daha yüksek faiz şeklinde) içerebileceğinin kabul gördüğü bilinmektedir.

Öte yandan, mevzuat uyarınca yerli finans kaynaklarından sağlanan kredilere hiç bir şekilde Hazine garantisi verilmemektedir. Ancak, sermaye transferinin liberal kambiyo rejimi çerçevesinde son derece kolayca gerçekleştirilebildiği bir hukuk düzeninde, bu hükmün pratik olarak hangi amaca hizmet ettiği de sorgulanmak gerekir. Zira, yerli finans kaynakları çok kolayca Türk bankalarının yurt dışındaki şubeleri veya aynı finans grubu içerisinde yer alan yurt dışındaki bankaları üzerinden kredi verilmesi suretiyle yapılabilmekte ve böylece anılan kısıtlamayı işlevsiz kılabilenmektedir!

Bugüne kadarki uygulamalarda, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Devlet Bakanına ait olan garanti verme yetkisi ETKB tarafından kullanılmış, sözleşmelere Hazine garantisi verileceğine ilişkin taahhütler Hazine Müsteşarlığı'na sorulmaksızın konulabilmiş, garanti mektuplarının sözleşmelere ek yapıldığı görülmüştür.⁵⁵⁸

1.6.7.1. 4628 Sayılı Kanun'un Bu Konudaki Hükümleri

4628 sayılı EPK, Hazine garantileri uygulamasını değiştirmekte ve önemli kısıtlamalar getirmektedir. Geçici 8. maddenin 1. fıkrasında idare tarafından kimi projelerin YİD modeli çerçevesinde Hazine garantisi verilebileceğini öngören düzenleme çerçevesinde yürütülmesine devam olunacağı, ancak bu projelerin 2002 yılında işletmeye alınabilmeleri kaydıyla verilecek Hazine garantilerinin, bu koşulun gerçekleşmemesi halinde geçersiz olacağı öngörülmüş (bu hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olup, ayrıntılı bilgi ilerleyen paragraflarda yer almak-

⁵⁵⁸ Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nın 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

tadır), 2. fıkrasında ise “*bu projeler*”, yani bahsekonu kararlaştırılmış projeler dışında Hazine garantisi verilmesi olanağı kaldırılmıştır. Fıkra metni şöyledir:

“Bu projeler haricinde 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı kanun ile 16.07.1997 tarihli ve 4283 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde Hazine garantisi verilemez.”

Buna göre, bundan böyle YİD ve Yİ projelerinde Hazine garantisi sözkonusu olmayacaktır. Aynı hüküm çerçevesinde, işletme hakkı devri projelerine de garanti verilemeyeceği yolunda, Danıştay’ın bir istişari kararı da bulunmaktadır.⁵⁵⁹ Esasen, bu sürecin içinde olmak hasebiyle belirtmemiz gerekirse, bahsekonu hükmün konulması sırasında sadece YİD projelerine ilişkin olarak sınırlama getirilmesi öngörülmüş idi; dolayısıyla, İHD projelerinde Hazine garantisi verilemeyeceği hususu, aslında anılan hükme ilişkin düzenleme yapılırken kastedilmiş ve düşünülmüş bir husus değildir. Dolayısıyla, Danıştay’ın bu hükmü yukarıda belirtilen şekilde İHD projelerini de içine alacak şekilde dar yorumlamasını doğru bulmuyoruz; ancak, bu kararın sonucu itibarıyla idarenin anılan İHD projeleri yürütmek ve garantili sistemde tamamlamak zorunda kalmaması ve böylece ilave mali yük altına girmesini engelleyici bir işlev görebilmesi bakımından yerinde olduğu da söylenebilecektir (kuşkusuz, bu durum, Anayasa Mahkemesi’nin idare tarafından takdir edilecek bir hususun yasayla kısıtlanmasının kabul edilemeyeceği yönündeki değerlendirmesi anlamında eleştiriye açıktır). Ne var ki, Çayırhan Termik Santrali’nin işletme hakkının devrine ilişkin olarak 2001 yılında Hazine garantisi verildiği görülmektedir; dolayısıyla, bahsekonu istişari kararın idare tarafından dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, burada dikkat çekici bir husus daha bulunmaktadır. 3996 sayılı Kanun’da enerji sektörü dışındaki alanlarda da YİD modelinin uygulaması öngörüldüğüne göre, yukarıdaki kısıtlayıcı hüküm uyarınca 3996 sayılı Kanun çerçevesinde gerçekleştirilecek diğer projelerin de aynı kısıtlamaya tabi olacağı kabul edilecek midir? Öncelikle belirtilmek gerekirse, bahsekonu kısıtlama, Geçici 8. maddenin birinci fıkrasında zikredilen YİD modeli uyarınca yapılacak sözleşmelere sınırlama getirmeyi öngören bir düşünceyle tasarlanmıştır. Sözkonusu düzenlemenin TBMM’ndeki ilgili komisyonlarda uzun süren müzakerelere sonucunda son halini alması sürecinde yer almış olmak itibarıyla, başlangıçtaki kastın bu olduğunu ifade etmekte yarar vardır. Burada konu edilmek istenen, üretim santrallerinde ETKB tarafından lüzumundan fazla sayıda yapım projesine imza atılmış olması

⁵⁵⁹ Danıştay 1. Dairesi’nin 13 Temmuz, 2001 tarih ve E.2001/73, K.2001/99 sayılı kararı.

ve bu sözleşmelerde Hazine garantisinin sağlanmasına yönelik atıfta bulunulması karşısında, ekonominin bütününe krize sokacak derecede bir mali yük getirecek büyüklüğe ulaşmış olan bu projelerde Hazine garantisi verilmesine yönelik kısıtlama getirilmesiydi. Bu gelişmelerde, Bakanlığın bahsekonu projeleri kendi idari kararlarıyla yürütmekten vazgeçmeye bir türlü yanaşmaması ve bürokrasisinin direnci nedeniyle, projelere yönelik kısıtlamayı Kanun içerisine koymak suretiyle sorumluluktan kurtulmak ve 'yükü' Meclis'in üzerine atmak gibi bir anlayışın etken olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan, bir defa üretime yönelik projelerde gereksiz ilave kapasite yaratılmasının önlenmesi yönüne gidilmesi, yeni piyasa modeli çerçevesinde ileriye yönelik yatırımların da özel sektör tarafından piyasa dinamikleri içinde yapılmasının öngörülmesi hedefiyle birleşince, YİD modelli mevcut ve müstakbel projelerle birlikte, 4283 sayılı Kanun uyarınca yapılabilecek Yİ projelerinin de aynı kısıtlara tâbi tutulmasının yerinde olacağı değerlendirilmiş ve kapsama bu Kanun çerçevesindeki projeler de eklenmiştir. Hemen belirtmek gerekirse, bilindiği kadarıyla 4628 sayılı Kanun'un görüşüldüğü sıralarda, YİD modelinin aksine, Yİ modeliyle gerçekleştirilmeyi bekleyen ve Bakanlıkça imzalanmış bir proje stoku bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, Yİ modeline ilişkin kısıtlar, daha ziyade ileriye yönelik yeni projeler imzalanmasının önünü kesmeye matuf olmuştur; piyasa modeli uyarınca Yİ modeliyle proje yapılması gereğinin de artık kalmadığı anlayışına istinaden. Bu vesileyle, 4283 sayılı Kanun'un, 3096 ve 3996 sayılı Kanunlara benzer şekilde, 4628 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmamış olduğunu; sadece, gerek Hazine garantilerine yönelik bahsekonu kısıtlar ve gerek kamu kuruluşlarınca enerjinin satın alınmasına yönelik 4628 sayılı Kanun uyarınca en fazla bir yıl süreyle anlaşma yapılabilmesi kısıtı karşısında, pratik anlamda uygulanabilirliğinin son derece sınırlandırılmış olduğu hususunu bir kez daha vurgulamakta yarar vardır.

Şu halde, anılan 2. fıkradaki kısıtlamalar düzenlenirken, üretime yönelik projelerin işlemlerine devam edilerek işletmeye alınmamaları ve yeni projelere girişilmemesi güvenceye alınmak istenmiştir. Hazine garantisi verilmemesi yönünde getirilen bu kısıtlamanın başlıca gayesi bu amacı sağlamaya yöneliktir. Hatta, TBMM'ndeki görüşmeler sırasında bir özel sektör temsilcisi tarafından, bu fıkra hükmünün 3996 sayılı Kanun çerçevesindeki İHD projelerini de kapsamı dahiline almış olduğu yönünde yorumlanabileceği eleştirisine karşı, bu yönde bir yoruma gidilmemesi gerektiği tarafımızca ifade edilmişti. Ne var ki, Danıştay'ın yukarıda zikredilen bahsekonu istişari kararıyla İHD projelerinin de bu meyanda değerlendirildiği görülmektedir.

Kanun'da esasen İHD projeleriyle ilgili olarak, Geçici 4. maddede ayrı bir düzenlemeye gidilmiş bulunmaktaydı. Anılan maddeye göre;

"Kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini (Değişik ibare: 27 Haziran, 2001 tarih ve 4694 sayılı Kanun, madde 1) 31 Ekim 2001 tarihine kadar tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmeleri hükümsüzdür.

İşletme hakkı devir işlemleri yukarıdaki birinci fıkrada belirtilen tarihe kadar tamamlananlardan, çevre kirliliğini önleyici tesisleri TEAŞ tarafından yapılanların bitirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin alınması için, devir tarihinden itibaren iki yıllık süre tanınır. Bu süre zarfında söz konusu tesislerdeki elektrik üretim faaliyeti bu gerekçeyle durdurulamaz."

Yukarıdaki maddenin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmiştir.⁵⁶⁰ Bu fıkrada dikkat çeken husus, İHD projelerinde Hazine garantilerine yönelik hiç bir düzenleme getirilmemiş olmasıdır. Geçici 8. maddenin 1. fıkrasında YİD modeline ilişkin sınırlama Hazine garantileri üzerinden dolaylı biçimde gerçekleştirilirken, İHD modeline dair Geçici 4. madde 1. fıkrasında yer verilen sınırlamaların, Hazine garantileriyle bağlantı kurulmaksızın, projelere ilişkin sözleşmelerin kendisi üzerinden doğrudan gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu iki farklı yöntemin gerekçesini ise, YİD modeliyle yapımı öngörülen proje stokunun aşırı mali yük getirmesi karşısında Dünya Bankası tarafından getirilen uyarıların Hazine garantileri verilmesi üzerinde yoğunlaşmış olması; İHD projelerine Hazine garantisi verilse dahi, bunun sadece piyasa modelinin etkin biçimde uygulanmasına engel olacağı ve mali yük anlamında devlet hazinesi üzerinde aşırı bir ilave mali yükümlülük getirmeyeceği algılaması teşkil etmiştir. Bir diğer gerekçe olarak ise, ETKB'nin -İHD projelerine kıyasla- YİD modelli projelerin sözleşmeleri üzerinden doğrudan kısıtlama getirilmesine daha fazla direnç göstermiş olması karşısında, Geçici 8. maddede en azından Hazine garantisi verilmesinin kısıtlanması yönünde hareket edilmiş olması gösterilebilir.

Dolayısıyla, Geçici 8. maddenin 2. fıkrasında ilave Hazine garantisi verilemeyeceği yönündeki kısıtlama, münhasıran üretim santrallerine ilişkin olarak kurgulanmış olmasına karşın, amacını aşan bir kısıtlayıcı kapsam çerçevesinde yorumlan-

⁵⁶⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat, 2002 tarihli ve E.2001/389, K.2002/29 ile E.2001/293, K.2002/28 sayılı kararları.

miş ve İHD projelerinin de bu meyanda 3996 sayılı Kanun kapsamına dahil olmakla Hazine garantilerinden yararlanamayacağı, Danıştay'ın bir istişari görüşüyle ortaya konulmuştur. Bir diğer önemli husus ise, 3996 sayılı Kanun kapsamındaki enerji dışı sektörlerle yönelik uygulamaların bu kısıt kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yolundadır. Bildiğimiz kadarıyla, bu konuda bir ihtilaf henüz ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla, pozitif hukuk açısından bu husus henüz yargı önünde sınanmamış durumdadır. Kanaatimizce, 4628 sayılı Kanun'un enerji sektörüne münhasır bir yasal düzenlemeyi öngörmesi karşısında, bu Kanun'da getirilen kısıtlamanın sadece kendi alanındaki işlemlerle sınırlı olarak yorumlanması ve burada getirilen kısıtlamanın enerji dışındaki alanlarda YİD modeline istinaden gerçekleştirilecek projeler tahtında uygulanmaması, kısıtlamanın getiriliş amacına ve ruhuna çok daha uygun ve yerinde bir yorum olacaktır. Her halükârda, açıklıkla belirtmek gerekirse, bahsekonu sınırlayıcı hükmün konulması sürecindeki anlayış, sadece enerji projeleri üzerinde kısıtlama getirilmesiydi. Bu itibarla, ileride yapılacak yorumlarda bu temel hareket noktasının ve başlangıçtaki amacın dikkate alınması umulur.

Diğer yandan, karşılaşılan bu durum, yasama sürecinde Meclis koridorlarındaki anlık denge değişimlerine istinaden hareket etmek suretiyle mevzuat oluşturulması durumunda, yasal değişikliklerin yeterli ölçüde tartışmaya açılmasının ve gerek kamuoyu gerek ilgili tüm tarafların görüşlerinin alınması yoluyla daha sağlıklı bir yasama sürecinin oluşturulmasının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bu durum aynı zamanda, anlık çözümlerin çoğu zaman ileride istenmeyen sonuçlara yol açabildiğini, diğer yandan da kanun yapmanın fevkalade dikkat isteyen zor bir süreç içerdiğini ve ayrı bir uzmanlık gerektirdiğini de ortaya koymaktadır.⁵⁶¹

⁵⁶¹ Kanun yapmak veya hukuki düzenleme oluşturmak, son derece dikkat isteyen bir uzmanlık alanıdır. Çoğu zaman, yapılan düzenlemelerin maksadını aşan uygulamalara neden olduğu görülebilmektedir. Hukuk metinlerinin "etrafını câmi, ağıyarını mani (gerekli olanı kapsayan, istenmeyenleri de dışında tutan)" bir şekilde düzenlenmesi elzemdir. Aksi halde, başlangıçta hiç düşünülmeyen anlamların veya uygulama kapsamının ortaya çıkması şaşkıncı olmamalıdır. Metinler, sadece istenilen amacı karşılamaya yönelik olmalı, daha farklı bir alana taşmayacak kadar da sarıh biçimde, yoruma -mümkün olduğu kadar ileri derecede- yer bırakmayacak kesinlikte kurgulanmış olmalıdır. Bir hukuk metni, yoruma ne kadar az gereksinim gösterirse, o kadar iyi düzenlenmiş ve ustaca kurgulanmış demektir. Aksi halde, yorum yoluyla arzu edilmeyen sonuçlara ulaşılması kaçınılmazdır. Bu anlamda, "el mânâ fi batn-ı şâir (öngörülen maksat veya anlam, şâirin iç dünyasındadır, bilinemez)" deyimini, ileride yapılacak yorumların başlangıçtaki niyetlerle örtüşmesinin zorluğuna yönelik iyi bir hatırlatıcı ve yönlendirici olabilir.

1.6.8. Süresinden Önce Devir

3096 sayılı Kanun'da, "Sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler ile sona ermenin sonuçlarının sözleşmelerde düzenleneceği" belirtilmekte, 3996 sayılı Kanun'da da buna paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Tesisin ve şirket hisselerinin süresinden önce idarece devralınmasında, mevcut sözleşmeler çerçevesindeki uygulamalara göre başlıca şu iki yöntem söz konusudur:

1.6.8.1. Üstlenim Yöntemi

Bu yöntemde, kredilerin tarifeler yoluyla geri ödenmemiş kısmı kamu borcu haline getirilmektedir. Böylece, kredilerin muhatabı, yani borçlusu, daha önceden belirlenmiş ve borçlanma ehliyetine sahip olması gereken bir kamu kuruluşu olmaktadır. Bu yöntemin önemi, satın alma yöntemine kıyasla kamunun nakit para ödeme zorunluluğunun bulunmasıdır ve bu amaçla tercih edilebildiği de görülmektedir. Sözgelimi, YİD modeliyle gerçekleştirilen Birecik Barajı ve HES Projesi'nde üstlenim modeli öngörülmüştür. Üstlenim modelinin tercih edilmesi halinde, daha proje anlaşmaları imzalanırken feshe kadarki dönemde geçerli olmak üzere şirket ile kreditorler arasında imzalanan kredi anlaşmaları ("*loan agreements*") ile birlikte, fesih anında kendiliğinden devreye girerek geçerlik kazanmak kaydıyla 'askıda geçerli olacak şekilde' şirket ile ilgili kamu kuruluşu arasında ayrı bir kredi anlaşması paketi ("*restated loan agreements*") imzalanmakta ve -öngörülmüş olması halinde- bu anlaşmalara Hazine garantisi de tanınmaktadır.

1.6.8.2. Satın Alma Yöntemi

Bu yöntemde ise, anlaşma hükümleri çerçevesinde geri ödenmemiş bakiye kredi borcu ile özkaynak ve temettülerin geri ödenmesini mümkün kılacak şekilde hesaplanan bir tutar, şirkete peşin olarak ödenmektedir. Dolayısıyla, devrin sözkonusu olduğu zaman dilimine bağlı olarak farklı tutarın ödenmesi sözkonusudur. Öte yandan, farklı fesih nedenlerine bağlı olarak değişik hesaplama yöntemleri uygulanmaktadır. Sözgelimi, (deprem ve benzeri) mücbir sebep nedenleriyle fesih ve devir durumunda, tek taraflı fesih haline göre daha düşük bir tutarın ödenmesi öngörülmektedir. Bununla birlikte, şirket kusuru halinde özkaynak ve temettü için ödeme yapılmamaktadır. Bu yöntemde örnek olarak ise, YİD modeliyle gerçekleştirilmiş bulunan Yuvacık Barajı (İzmit) KentSEL ve Endüstriyel Su Temini Projesi gösterilebilir.

1.7. Modele İlişkin Proje Uygulamaları

YİD modeliyle gerçekleştirilerek işletmeye alınmış toplam 23 adet proje bulunmaktadır. Bunların toplam kurulu gücü 2.284,5 MW'dır ve yılda yaklaşık 14 milyar kWh. elektrik enerjisi üretecekleri öngörülmektedir. Bu projelerden toplam kurulu gücü 2.192 MW olan 10 adedine Hazine garantisi verilmiştir.

1.7.1. Enerji Piyasası Kanunu'ndan Sonra Ortaya Çıkan Yeni Durum

4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu'nun Geçici 8. maddesinde;

"3996 sayılı Kanun hükümleri çerçevesindeki Hazine garantileri, bu kanunun yayımı tarihinden önce kararlaştırılmış bulunan projeler için 2002 yılı sonu itibariyle işletmeye geçmeleri kaydıyla verilebilir. Bu projelerden Hazine garantisi verilmiş olanların 2002 yılı sonu itibariyle işletmeye alınamaması halinde Hazine garantileri geçersiz olur.

Bu projeler haricinde 08.06.1994 tarihli ve 3996 sayılı kanun ile 16.07.1997 tarihli ve 4283 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde Hazine garantisi verilemez."

denilmektedir.

Bu maddenin birinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat, 2002 tarihli kararıyla⁵⁶² iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme, iptale ilişkin gerekçesinde Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine atıfta bulunmakta ve;

"... Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere müdahale yasağını da içerir. Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir... Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esas-

⁵⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat, 2002 tarih ve E.2001/293, K.2002/28 sayılı kararı (18 Nisan, 2002 tarih ve 24730 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

lara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır... (B)ir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar."

demektedir. Yüksek Mahkeme böylece, imzalanmış durumdaki sözleşmelere yasayla müdahale edilmesinin sözleşme hürriyetine aykırı olacağını, imzalanmış durumdaki bir sözleşmenin ancak sözleşmenin tarafları veya yargı kararıyla değiştirilebileceğini veya müdahaleye tâbi tutulabileceğini vurgulamaktadır.

Bilindiği üzere, "Türk-İsviçre hukuk düzenlerinde, irade özerkliği kuralına göre, herkes Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerindeki sınırlamalara uymak kaydıyla, dilediği sözleşmeyi yapma özgürlüğüne sahiptir (ve) sözleşme yapma özgürlüğü 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde teminat altına alınmıştır. Bu maddeye göre "Herkes ... sözleşme yapma hürriyetine sahiptir."⁵⁶³ Ancak, "... sosyal devlet anlayışına geçilmesi nedeniyle sözleşme özgürlüğü yeniden değerlendiril(mekte), ... sosyal hayatta meydana gelen değişimler ... irade serbestisi ilkesini etkilemekte ve dönüştürmektedir"⁵⁶⁴, bunun sonucunda sözleşme serbestisine yönelik yasal kısıtlar getirilebileceği kabul edilmektedir.⁵⁶⁵ Bu meyanda sözgelimi, hukukumuzda kira parası artışlarında sosyal kimi mülahazalarla sözleşme hürriyetine kısıtlamalar getirilmesi genellikle kabul gören bir husus olmuş ve buna dair eskiden beri kimi yasal düzenlemelere gidildiği görülmüştür⁵⁶⁶, ancak kimi zaman buna dair düzenlemelerin Anayasa Mahkemesince "mülkiyet hakkının özüne sınırlama getirdiği"⁵⁶⁷ gerekçesiyle iptal edildiği de bilinmektedir⁵⁶⁸. Buna karşın, sözleşmeler üye-

563 Altaş, Hüseyin; *Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması*, AÜHFD, C. 49, Sy. 1-4, 2000, s. 105.

564 Ayrancı, Hasan; *Sözleşme Kurma Zorunluluğu*, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003, s. 229, 230.

565 Sözgelimi, Doğal Gaz Piyasası Kanunu uyarınca, toptan gaz satışı yapan tüzel kişiler, gaz satın almak isteyen serbest tüketicilerle sözleşme kurmak ve gaz bağlantısı yapmak zorundadır, bu ise sözleşmenin karşı tarafını belirleme serbestisine yasayla kısıtlama getirilmesi, sözleşme özgürlüğünün kısmen kaldırılması anlamına gelmektedir; yine, belirli sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin yasayla öngörülen oranda sakat veya eski hükümlü istihdam etme zorunluluğu da hizmet piyasalarına yönelik olarak sözleşme hürriyetine getirilen yasal kısıtlamalar arasındadır (bkz. Ayrancı, *Sözleşme Kurma Zorunluluğu*, op. cit., s. 237, 238).

566 Altaş, *Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması*, op. cit., s. 97-99.

567 Buna karşın, "(m)ülkiyet hakkının kanunla geçici sürelerde kamu menfaati gereği sınırlandırılması onun özünü tahrip etmez" görüşü de savunulmaktadır (bkz. Altaş, *Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması*, op. cit., s. 109).

568 Bkz. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kira artışını ve kira sözleşmelerinin feshini kısıtlayıcı hükümlerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 26 Mart, 1963 tarih ve E.1963/3, K.1963/67 sayılı kararı (31 Mayıs, 1963 tarih ve 11416 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

rinde kısıtlamalar ve değişiklikler getiren düzenlemelere daha son dönemde, üstelik Geçici 8. maddeye ilişkin kısıtlamaların getirildiği yasal düzenlemelerle aynı zaman diliminde de rastlanmaktadır! 2000 yılında çıkarılan 4531 sayılı Kanun⁵⁶⁹ ile kira artışları belli oranlarla sınırlandırılmıştır ve mevcut kira sözleşmelerine de uygulanarak sözleşmenin taraflarının iradesine yasayla müdahalede bulunulmuştur; anılan Kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne de gidilmemiştir.

Maamafih, burada iki ayrı durum söz konusudur; yasal bir kısıt getirilerek ileriye yönelik sözleşme hürriyetinin kısıtlanması yoluyla sözleşme serbestisine müdahale ile, mevcut sözleşmeler üzerinde yasal bir düzenlemeyle kısıtlama getirilmesi hususları. Birinci durum, ileriye yönelik durumlar üzerindeki yasal kısıtlar bağlamında, tarafların artık öngörmek durumunda oldukları bir hukuki ortamı ifade ederken, ikinci durum tarafların önceden bilemeyecekleri bir hukuki değişiklik ve müdahaleyi tazammun etmekte ve bu haliyle de birinci durumdan çok daha farklı bir nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, eskiden bağitlanmış sözleşmeler üzerinde, yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın, yargı içtihatlarıyla sözleşmelere müdahale edilebilmesi, hukukumuzun öngördüğü olanaklar arasındadır ve böylece yargı kararlarıyla mevcut sözleşmelerin kira artışı veya kiralananın tahliyesine ilişkin taahhütlerin geçerliği üzerinde kısıtlayıcı içtihatlar geliştirildiği görülmektedir.⁵⁷⁰

Sonuç itibarıyla, hukukumuzda mevcut sözleşmeler üzerinde yasayla müdahalede bulunulmasının da, buna yönelik yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesinin de örnekleri vardır. Ancak her halükarda, yasayla sözleşme hürriyetine getirilecek kısıtlamaların sözleşmelerin kurulmasına yönelik olarak tarafların serbestisine kısıtlama getirmesi yönünde kullanılmasının; mevcut sözleşmeler üzerinde ise, yasal düzenlemelerle değişiklik getirme yerine bu tür mevcut sözleşmelerdeki "varsayılan dengesizliklerin" hukukumuzda uygulamasına sıklıkla rastlanan yargı müdahalesi yoluyla düzeltilmesi yoluna gidilmesinin daha doğru bir yöntem olacağı söylenebilir.

Öte yandan, 4628 sayılı Kanun'un Geçici 8. maddesine yönelik iptalden sonra, yürürlükte kalan 2. paragraftaki "Bu projeler" deyimini, ETKB tarafından "uygula-

⁵⁶⁹ 16 Şubat, 2000 tarih ve 4531 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun (18 Şubat, 2000 tarih ve 23968 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁵⁷⁰ Altaş, *Kira Parası Artışlarının Sınırlanması*, op. cit., s. 98, 112.

ma sözleşmesi bu yasadan önce imzalanmış bulunan projeler" biçiminde yorumlanmıştır.

Bununla birlikte, bu yorumun geçerliği hukuken tartışma konusu yapılabilir niteliktedir ve bizi hukukta yorum sorununa götürür. "Anayasalarda genellikle yorum metodları ve ilkeleri konusunda hüküm bulunmaz."⁵⁷¹ Bununla birlikte, Anayasa'nın 153. maddesinin 2. fıkrasında bu hususta bir hükme yer verilmektedir. Buna göre;

"Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."

Öğretide, Anayasa'nın "kanun koyucu gibi hareket" edememe kuralına karşın Anayasa Mahkemesince bunun aksi yönünde hareket edilmesi varsayımında, bunu saptayacak bir organ bulunmadığı ve Anayasa'nın 158. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayacağı ve çhile bu kesin ve son yargısal kararları tartışmak veya sakat saymanın mümkün olamayacağı, yasamanın böyle bir yetki gasbının bulunduğu iddiasıyla aykırı bulunan kuralları tekrar yeniden kabul ederek yürürlüğe koyamayacağı veya koysa da Anayasa Mahkemesince yeni davalarla iptal edileceği belirtilmekte, ancak bu durumun sorunu hukuki olmaktan çıkarıp siyasi bunalıma dönüştüreğine de değinilmekte; öte yandan "kanun koyucu gibi hareket" kısıtlamasıyla Anayasa Mahkemesi'nin karar serbestisinin kısıtlanmak istendiği ve yargı bağımsızlığı tanınmasına yol açacak biçimde daraltıldığı görüşüne de yer verilmektedir.⁵⁷²

Bu konudaki diğer bir önemli kural ise, ilke olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarını verirken taleple bağılı, ancak gerekçeyle bağılı olmadığıdır. Ancak, taleple bağılı olmama kuralının önemli bir istisnası bulunmaktadır. Talep çerçevesinde iptal kararı verilmesi halinde, bu iptal nedeniyle başka hükümler de geçerliğini yitirmek zorunda kalıyorsa, o hükümlerin de iptali yoluna gidilir. Bu durum, Yüksek Mahkeme'nin verdiği bir karara ilişkin "Karşı Oy" da da vurgulanmaktadır: "2949 sayılı Yasanın 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, "taleple" bağılı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Ancak,

571 Gözler, Kemal; *Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı*, AYD, C. 15, 1998, s. 213, 36 no.lu dipnot.

572 Bkz. Duran, Lütfi; *Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu*, AYD, C. 1, 1984, s. 74-77.

yasanın... sadece belli madde veya hükümleri aleyhine olup da, bu belirli madde veya hükümleri iptali yasanın... bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi durumu gerekçesinde belirtmek koşuluyla bu kesimlerin de iptaline karar verebilir. Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeye göre "taleple" bağlı olmadan karar verebilmesi, verilen iptal kararından sonra kalan bölümün, "uygulanmaması sonucunun" doğması koşuluna bağlıdır."⁵⁷³ Öğretide de buna ilişkin olarak "... Anayasa'ya aykırı olmayan fakat aykırı hükmün iptaliyle kendi yürürlük kabiliyetini kaybeden hükümler de iptal edilir; fakat bu hâl yoksa, yâni diğer hükümler müstakilen mer'î olabilecekse, bunların iptali sözkonusu olamaz"⁵⁷⁴ görüşüne yer verilmektedir.

Maddenin iptal edilmiş olan birinci fıkrasında, "bu kanunun yayımı tarihinden önce kararlaştırılmış bulunan projeler"e atıfta bulunulmakta olup, uygulamada bu projelerin enerji açığı olacağı öngörülen 2002 yılına kadar devreye girebilecek santrallere ilişkin 29 adet YİD projesi olduğu bilinmektedir. Anılan projelerin Hazine garantileri verilmesi yönünden kısıtlamaya tâbi tutulması, "Hazine garantileri, daha önce kararlaştırılmış bulunan projelerde sözleşmenin ayrılmaz bir bölümüdür. İdarenin bütünlüğü nedeniyle, sözleşmenin bir tarafının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ya da başka bir kamu kuruluşu olması ve Hazine garantilerinin ise Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan tarafından verilmesi bu durumu değiştirmez. Çünkü bu sözleşmelerin tarafı durumundaki yüklenici şirketler yatırım ve hizmetleri bunların Hazine garantisi içerisinde yürütüleceğini bilerek üstlenmektedirler... (Bu nedenle), Hazine garantilerine ilişkin dava konusu düzenleme ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden Geçici 4. maddenin birinci fıkrasının iptaline ilişkin gerekçelerle kural Anayasa'ya aykırıdır." gerekçesine dayanan yargı kararıyla engellenmiştir. Burada atıf yapılan Geçici 4. maddenin birinci fıkrasının iptaliyle ilgili gerekçesinde ise Yüksek Mahkeme, "mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir" sonucuna varmıştır.

573 Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E:1994/71, K:1995/23 sayılı kararında yer alan, Yılmaz Aliefendioğlu ve Samia Akbulut tarafından yazılmış Karşı Oy (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

574 Özyörük, Mukbil; Anayasa Mahkemesinin Son Kararı Üzerine, Cumhuriyet, 22 Mayıs, 1968'den aktaran: Özden, Yekta Güngör; "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez" Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?, AYD, C. 2, 1985, s. 59.

Görüldüğü üzere, iptal edilen bahsekonu fıkralar, bizatihi kendi yaratacakları sonuçlar, yani kararlaştırılmış bulunan projelere Hazine garantisi verilmesine yönelik kısıtlar Anayasa'ya aykırı olmakla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, Geçici 8. maddenin 1. fıkrasının iptalinden sonra 2. fıkrasında yer alan "*bu projeler*" ibaresiyle, hemen yukarıdaki "*kararlaştırılmış projeler*"e atıfta bulunulmakta olup, kararlaştırılmış projelerin iptal edilen 1. fıkrada hükme bağlanan "sonucuyla", yani bu kararlaştırılmış projelere verilen Hazine garantilerinin süre şartına bağlanmasıyla doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır. Nitekim, bu yüzden Anayasa Mahkemesi'nin 1. fıkranın iptali sonrasında 2. fıkranın bu iptalin sonucundan etkilenmeyeceği düşüncesiyle 2. fıkrayı da iptal yoluna gitmediği anlaşılmaktadır. Şu halde, "*bu projeler*" ibaresiyle atıfta bulunulan "kararlaştırılmış projeler" ibaresi, içinde bulunduğu fıkra iptal edilmiş olmakla beraber, hâlâ "atıfta bulunulma" niteliğini korumaya devam edebilecektir. Zira, kanaatimizce iptal kararı, "kararlaştırılmış projeler" in kendisine atıf yapılabilme özelliğini de hükümsüz kılmak zorunda değildir.

Buna bir örnekle açıklık getirmeye çalışalım: Sözgelimi, tapu kadastro faaliyetlerinde eskiden kalan kimi belgelere itibar edilmekte olup, bu tür eski belgelerde "top ağacın solundaki tarla" nevinden tasvir edici açıklamaların yer aldığı görülebilmektedir. Atıf yapılan "ağaç" kurumuş veya kesilmiş de olsa, "yer izhar etme" veya "kendisine atıfta bulunulma" niteliği itibarıyla, halihazırda canlılığını kaybetmiş bir "kütük" şekliyle de olsa, bu anlamda "işlevselliği" devam edecektir; yani, hemen yanı başındaki tarlayı belirleme işlevi bundan zarar görmemiştir, çünkü "pasif" bir işlevsellik vardır burada! Bahsekonu 2. fıkrada yer alan "*bu projeler*" ibaresi de, bu anlamda, iptal edilen "kararlaştırılmış projeler"e atıfta bulunmaya devam edebilir. Zira, Yüksek Mahkeme "kararlaştırılmış projeler" ibaresinin kendisine yönelik bir iptal kararı vermemektedir. Diğer bir ifadeyle, iptal edilen husus "belirli projelerin kararlaştırılmış olması" değil, sadece bu projelere Hazine garantisi verilmesine yönelik olarak süre yönünden getirilmiş kısıtlamadır. Dolayısıyla, iptal hükmü "kararlaştırılmış projeler" ibaresini *kavram olarak* ortadan kaldırmamaktadır. Şu halde, iptal kararı sonrasında 1. fıkra hayatiyetini yitirse de, "kararlaştırılmış projeler" -canlılığını yitirmekle beraber- bir nevi "kütük" olma vasfını kaybetmiş sayılamaz. Zira Mahkeme, kararında bu projelerin varlığını sorgulamamaktadır; esasen, dava edilen konu da bu değildir! Yani, ne davacılar "bu projelerin kararlaştırılmış olmasına" itiraz etmiştir, ne de Mahkeme kararında buna dair bir değinme bulunmuştur. Sözgelimi, kararlaştırılmış projelere dair Hazine garantisi kısıtı şeklinde aleyhte bir düzenleme yerine, ilave avantajlar sağlayan bir hüküm öngörülmüş olup da buna itiraz edilerek anılan fıkra iptal edilmiş olsaydı, yine aynı durumdan bahsedilebilecekti.

Anayasa Mahkemesi 1. fıkrayı iptal ederken, bunun sonucunda (esas olarak davacılar tarafından da iptal talebinde bulunulmamış olan) 2. fıkradaki “*bu projeler*” deyiminin işlevsiz kalacağı görüşünü taşımamış, aksine, anılan ibarenin bulunduğu ikinci fıkranın kendi başına da yürüyebileceği kanısını benimsemiştir. Aksi halde, Yüksek Mahkeme’nin bahse konu ibareyi de iptal etmesi gerekirdi. Şu halde, 2. fıkranın iptalinde sonra “*bu projeler*” ibaresiyle hangi projelere atıf yapılmış sayılacağı hususunun Yüksek Mahkemece ne şekilde yorumlanmış olacağına dair bir analiz yapılması zorunluluğu doğmaktadır.

Anayasa’nın 153. maddesinin yukarıda atıfta bulunduğumuz 2. fıkrasına göre, Mahkeme’nin kendisini yasa koyucu yerine koyacak şekilde hüküm kurması olanaksızdır. Dolayısıyla, “*bu projeler*” ibaresinin yasa koyucunun başlangıçta öngördüğü kastının veya amacının bu iptal kararıyla değişmesi olanağı da olmamak gerekir. Anılan 2. fıkrada, kararlaştırılmış 29 proje dışında 3096, 3996 ve 4283 sayılı Kanunlar çerçevesindeki projelere (yani kalan YİD, Yİ ve İHD projelerine) Hazine garantisinin verilmeyeceği öngörülmektedir. Bu projeler arasında sözleşmeleri imzalanmış bulunanlar bulunduğu gibi, daha sözleşme aşamasına gelmemiş veya müstakbel tüm projeler de kapsam dahilindedir. Özetle, bu fıkrayla bundan sonra YİD, Yİ ve İHD projelerine Hazine garantisi verilmeyeceği, bu garantilerden sadece “kararlaştırılmış projelerin” yararlanabileceği öngörülmektedir. Birinci fıkrada belirtilen ise, kararlaştırılmış ve Hazine garantisi almaya ehil bulunmuş projelerin bu garantilerinin süreyle kısıtlanmasıdır. Şu halde, iptal sonrasında kararlaştırılmıyş olmayan projelerin, “*bu projeler*” ibaresinin başlangıçtaki kapsamı iptal nedeniyle genişletilerek, -kararlaştırılmıyş olmayan projeleri de içine alacak şekilde- “imzalanmış sözleşmeler” şeklinde yorumlanması, Anayasa Mahkemesi’nin yasa koyucu yerine geçerek hüküm ihdas etmesi anlamına gelecek midir?

Bu soruya yanıt verebilmek için, iptal edilen 1. fıkraya ve iptalin amacıyla gerekçesine bakmak gerekir. Birinci fıkrayla Hazine garantilerine süre kısıtının getirilmesi “imzalanmış sözleşmelere yasayla müdahale edilemeyeceği” gerekçesine dayandırıldığına göre, “*bu projeler*” ibaresini yasa koyucunun başlangıçta belirlediği kapsamıyla “kararlaştırılmış bulunan projeler dışındaki her bir proje” olarak algılamak, bunların arasında imzalanmış sözleşmeleri bulunan projeler de bulunduğu veçhile, iptal ile öngörülen belirlemeye -yani imzalanmış sözleşmelere- yasayla müdahale edilmesi sonucunu doğuracağından, iptal kararına ters bir sonuç yaratmış olacaktır. İmzalanmış sözleşmeler dışında 2. fıkranın uygulanması olanağı bulunduğuna göre, bu fıkranın iptal edilmesi zorunluluğunun da bulunmaması gerekir; yeter ki, “*bu projeler*” ibaresinin kapsamında farklılık yaratılabileceği kabul edilmiş olsun. Bu durumun, yani kapsam değişikliğinin “yasa koyucu

yerine geçerek hüküm verme” anlamına gelmemesi gerektiği savunulabilecek olmakla beraber, konunun kaçınılmaz biçimde bizi yorum açısından oldukça ilginç bir noktaya getirdiği de kuşkusuzdur.

İmzalanmış projelerin böylece Hazine garantisi alabilecek duruma gelmiş sayılması, bir başka ifadeyle, bu projelerin Hazine garantisi alabilmelerinin yasayla önlenmesi keyfiyetinin ortadan kaldırılmış olması karşısında, işletmede bulunan 23 proje dışında, 4628 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce uygulama sözleşmeleri 3096 sayılı Kanun kapsamında imzalanmış bir YİD portföyü ortaya çıkmıştır. Bu portföydeki projelerin bir kısmının sadece uygulama sözleşmeleri imzalanmış, fakat Hazine garantisi ya da finansman temin süreci tamamlanmadığı için yapım aşamasına gelmemiştir. Bir kısmının ise enerji satış anlaşmaları (ESA) da imzalanmıştır. Hatta, toplam kurulu güçleri 3.000 MW’a ulaşan bu durumdaki projelerin bir kısmının yapımı iptal kararı tarihi itibarıyla (Hazine garantisi olmaksızın) tamamlanmış bulunmaktadır.

Bu projelerden başka, uygulama ya da imtiyaz sözleşmeleri imzalanmamış olmakla birlikte paraflanmış veya DPT görüşüne sunulmuş olan, toplam 12.000 MW kurulu güçte 112 adet YİD projesi daha bulunmaktadır. Ne var ki, 4628 sayılı Kanun bahse konu projelere Hazine garantisi verilebilmesinin önünü herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek ölçüde kapatmaktadır. Anılan Kanun, TETAŞ’ın 1 yıldan uzun süreli enerji alım anlaşmaları imzalamasına da izin vermediğinden, bu son gruptaki projelerin (Hazine garantisinden vazgeçseler dahi) gerçekleştirilmesi pratikte mümkün görünmemektedir.

1.8. Modelde risk analizi

YİD modeli, temel olarak kamu yatırımlarının kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilememesi, bu nedenle de özel sektör kaynaklarından yararlanma gerekçesine dayandırılmaktadır. Böylece, finansal açıdan modelin bir gereklilik arz ettiği savunulmaktadır. Buraya kadar olan bölümlerde, kamu tarafından gerçekleştirilen projelerin nasıl bir finansman yapısına dayandığını ortaya koymuş olmakla, burada bu defa YİD modeliyle altyapı projelerinin gerçekleştirilmesinde finansman ve dolayısıyla kaçınılmaz olarak risk analizine değineceğiz.

YİD modeliyle altyapı projelerinin gerçekleştirilmesinde, proje için gereken finansman kaynağı, yatırımcının sorumluluğundadır ve yatırımcı tarafından sağlanmaktadır. Ancak bu, proje için gereken finansmanı yatırımcının kendi özkaynaklarından temin ettiği anlamına gelmemektedir. Daha önce de açıkladığımız üzere, proje finansmanında esas olan, yatırımcının cüzi bir özkaynak getirmesi, kalan

tutarı ise kreditorlerden (bankalar ve sair finans camiası) sağlamasıdır. Buna dair mevzuat uyarınca, yatırımcının asgari % 20 oranında özkaynak getirmesi gerekliliği bulunmaktadır. Bu, asgari bir oran olarak belirtilse de, uygulamada hemen daima bu oran civarında özkaynak konulduğu görülmektedir.⁵⁷⁵ Bunda şaşılacak bir durum da yoktur esasen; zira, yatırımcı daima kendi girişimciliğini esas tutar ve gerekli finans kaynağını finans dünyasından temin etmeyi tercih eder. Böylece, elindeki sınırlı özkaynağı az sayıda projede kullanarak tüketmek yerine, daha çok sayıda projeye aynı anda başlayarak kâr çoklaması amacındadır. Ülkemizde uygulamada karşılaşılan sıkıntı, YİD projelerinin ihalesiz olarak gerçekleştirilmesi ve böylelikle proje tutarında gerçekçi olmayan yüksek fiyatların ortaya çıkmasıyla, özkaynak kullanımının bu oranın çok altına düşmüş olması ve hatta kimi projeler itibariyle pratikte neredeyse söz konusu dahi olmamış bulunmasıdır.⁵⁷⁶ Hatta, kimi projelerde yatırım tutarlarının aşırı derecede şişirilmiş olması karşısında, yatırımda kullanıldığı belirtilen kredilerin projeye harcanmadığı dahi tesbit edilmiştir.⁵⁷⁷ Böylece, yatırımcı kendi özkaynaklarından hiçbir harcama yapmaksızın projeyi gerçekleştirme olanağına kavuşabilmiş, bahsekonu % 20'lik özkaynak oranı da uygulamada afaki kalabilmiştir.

Şu halde, yatırımcının özkaynak getireceği varsayımından hareketle, projelerin kamu kaynaklarından sağlanmasına kıyasla YİD modelinde ilave bir finansman kaynağına gidilebildiği iddiası, pratikle örtüşmemektedir. Bahsekonu özkaynak gerçekte sağlanmış olsa dahi, bu sadece % 20'lik bir kısım için sözkonusu edilebilecektir ki, buna dayanarak YİD modeline geçiş yapıldığı savunması ciddiye alınacak bir gerekçe sağlayamaz. O halde, geriye kalan finansmanın ne şekilde elde edildiğine bakmak gerekir.

Model uyarınca finansmanı kendisi sağlamak yükümlülüğünü taşıyan girişimcinin (yatırımcının), bu tutar için finans camiasına başvurduğu ve proje için borçlanma yoluna gittiği hususlarına değinmiştik. Kreditorler ile yatırımcı arasında imzalanan kredi anlaşması, tamamıyla bu iki taraf arasında hüküm doğurmakta, kamu adına burada herhangi bir rol oynanması, sözgelimi bu krediye Hazine garantisine sağ-

⁵⁷⁵ Arıcı, Erdem; *Optimal Capital Structure for Build-Operate-Transfer Power Projects*, Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Fakültesi, Temmuz 2003 (yayımlanmamıştır), s. 73.

⁵⁷⁶ Arıcı, *Optimal Capital Structure for Build-Operate-Transfer Power Projects*, op. cit., s. 96.

⁵⁷⁷ *Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti*, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nın 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

lanması sözkonusu olmamaktadır. Hemen belirtelim ki, bu durum aslında zahiri durumu göstermektedir ve gerçek anlamıyla durumu yansıtmamaktadır. Zira, kreditorler bu tür bir altyapı projesine kredi verirken, doğal olarak o projenin kredileri geri ödeyebilecek geliri sağlayıp sağlamayacağı hususuna bakmaktadır. Enerji sektöründeki YİD projelerinde ise, 4628 sayılı Kanun öncesindeki haliyle kamu hizmeti algılamasına dayanarak sektörü devlet tekelinde tutan anlayışa istinaden, üretilen enerjiyi doğrudan tüketiciye satma olanağının tanınmamış olması nedeniyle, devletle uzun süreli enerji alım sözleşmeleri imzalanmıştır. Bu itibarla, kreditor açısından bakıldığında, projeye verilen kredinin geri dönüşü devletin imzaladığı bu anlaşmayla garanti altına alınmış durumdadır. Satılan enerjinin bedeli ilgili kamu kuruluşu tarafından yatırımcıya değil, oluşturulan emanet hesabına doğrudan aktarılmakta, bu tutardan öncelikle kredi anapara ve faiz ödemeleri gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, kreditorün riski yatırımcı üzerinde değil, devlet üzerindedir; devlet iflas etmediği sürece şirket tarafından enerji üretilecek, devlete satılacak ve bu yolla devletten elde edilecek gelirden de kreditor kredisini faiziyle tahsil etmiş olacaktır. Bu itibarla, şirketin krediyi kendisinin bulmuş olduğu ve böylece bir "başarı" sergilediği iddiası, ancak ve sadece finans işlemlerinin nasıl gerçekleştirildiği hakkında yeterli bilgi sahibi olmayanlar için ikna edici bir sav olabilir.

Öte yandan, şayet yatırımcı kendi yetersizliği nedeniyle gerek yapım ve gerek işletme aşamasında projeye devam edemeyecek bir duruma gelmişse, yahut deprem ve benzeri bir mücbir sebep nedeniyle süreç kesintiye uğramışsa, kreditor burada da kendisini garantiye almış olmaktadır. Bu gibi olasılıklarda, devletin tesisi mevcut haliyle devralması sözkonusudur. YİD sözleşmelerinde buna dair başlıca iki yöntem uygulanmaktadır. Satın alma modelinde, devir almanın projenin hangi aşamasında gerçekleştiğine bağlı olarak sözleşmelerde öngörülen bir formül uyarınca hesaplanacak tutar bahsekonu emanet hesabına ödenmektedir.⁵⁷⁸ Kreditor, bu tutar üzerinden o ana kadar kullanılmış kredi tutarlarını faiziyle birlikte tahsil etmekte ve herhangi bir kayba uğraması da sözkonusu olmamaktadır. Üstlenim modelinde ise, biraz daha farklı bir uygulamaya geçilmektedir. Bu yöntemde, daha en baştan iki ayrı kredi sözleşmesi imzalanmaktadır. Birincisi, kreditor ile yatırımcı arasında imzalanan Kredi Anlaşmaları ("*Loan Agreements*"), ikincisi ise kreditor ile ilgili kamu kuruluşu arasında (bu kamu kuruluşu, borçlanma ehliyetini haiz (TEAŞ gibi) bir kamu kuruluşu olmak zorundadır) imzalanan Yenilenmiş Kredi Anlaşmaları ("*Restated Loan Agreements*").

⁵⁷⁸ Aynı yönde bkz. Yılmaz, *Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması*, op. cit., s. 31.

Her iki yöntemde de, şayet Hazine garantisi verilmişse, bahsekonu kamu kuruluşunun birinci yöntemde satın alma bedeline yönelik ödeme yükümlülüğü, ikincisinde ise yenilenmiş kredi anlaşmaları çerçevesindeki müstakbel ödeme yükümlükleri Hazine garantisi altında kreditora ilave güvence sağlamaktadır. Devir gerçekleştiğinde, kreditor ile yatırımcı arasındaki kredi anlaşmaları yerine, yenilenmiş kredi anlaşmaları kendiliğinden geçerlik kazanmaktadır. Dolayısıyla, işler yolunda gider ve süreç devam ederse, kreditor satılan enerji bedeli karşılığında devletçe ödenen tutar üzerinden kredisini tahsil etmektedir. Sürecin kesintiye uğraması durumunda ise, satın alma yönteminde kredisini -kullanılmış kısımlar itibariyle- devletten peşinen tahsil etmekte; üstlenim yönteminde ise buna gerek kalmaksızın, borç ilişkisini devletle yürütmeye devam etmektedir. Kısaca, kreditor her halükarda devletin koruması altındadır! Yani, kreditor açısından yatırımcının kimliği önem taşımamaktadır burada. Kreditorün sağladığı kredi zevahirde yatırımcıya verilmiş gibi gösterilmekle beraber, finans dinamikleri açısından bakıldığında bu, devlete verilen kredi niteliğindedir. Bu ise, klasik finansman yöntemiyle projeyi devletin gerçekleştirdiği durumlarda devletin aynı kreditoründen kredi anlaşmalarıyla finansman sağlamasından hiçbir farklılık yaratmamaktadır.

Modelin uygulanması çerçevesinde sağlanan kredilerin vade yapısı, bir diğer önemli husus olarak öne çıkmaktadır. YİD projeleri için yatırımcılar ile kreditorler arasında imzalanan kredi anlaşmalarında, bekleneceği üzere yine ticari ve ihracat kredileri sözkonusudur. Projenin yaklaşık % 15'i oranında ticari kredi sağlanmakta, kalan kısmı ise (projenin yapısına bağlı olarak, yurt dışından mal veya hizmet temininin sözkonusu olması halinde) ihracat kredileriyle sağlanmaktadır. Kredilerin vade yapısına bakıldığında, kredilerin temin edildiği döneme bağlı olarak değişebilmekle beraber, hemen daima o dönemdeki klasik finansman usulüyle gerçekleştirilen kamu borçlanmalarıyla aynı vade yapısına tâbi oldukları görülmektedir. Bu da, esasen, beklenebilmesi gereken bir husustur. Zira, bir ülkedeki özel sektör borçlanması, aynı neviden devlet borçlanmasına kıyasla gerek vade ve gerek faiz yapısı itibariyle daha ehven koşullarda olamaz. YİD projelerinde kreditorler açısından gerçek anlamda risk yatırımcının riski olmayıp, sözleşmelerde "... tüm riskler devlet tarafından üstlenildiği"⁵⁷⁹ veçhile, kamu riski üzerinden değerlendirilmiştir. Sonuçta, anılan modelin uygulamalarında yatırımcılar tarafından getirilen finansman bakımından, kredilerin koşulları itibariyle de genel anlamıyla bir farktan bahsedilemeyecektir.

⁵⁷⁹ Akcollu, F. Yeşim; *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, RK Yayını, Yayın No. 117, Ankara, Temmuz 2003, s. 68.

Şu halde, enerji sektöründeki darboğazı aşabilmeyi teminen 1984 yılında yaygın uygulamasına geçilen modelin, bu sektördeki uygulamalar itibariyle, gerek ilgili yasal düzenlemelerde, gerek uygulamadan gelen kişilerce ve gerek öğretide ittifak içerisinde belirtildiği üzere, *kamunun içinde bulunduğu finansman sıkıntısını bertaraf etmeyi teminen* uygulamaya konulmuş olduğu görüşü⁵⁸⁰, tamamen mesnetsiz, yanıltıcı, giderek hilaf-ı hakikat bir beyan olmaktan öte geçemez. Yine bu çerçevede, modelin devletin borçlanması yerine alternatif olarak getirildiği ve böylece devlet yerine özel sektörün borçlandığı şeklindeki görüşlerin son derece yanıltıcı olduğunu vurgulamakta yarar görüyoruz. Gerçekten, devletin model çerçevesindeki üretimi satın almayı garanti ettiği veya modelin girdilerini temin etmek yükümlülüğünü üstlendiği enerji sektörü veya havaalanı terminali (yolcu garantisi yoluyla) gibi uygulamalar dikkate alındığında, devletin üstlendiği bu tür yüklenimlerin “koşullu yükümlülük” olarak devreye girdiği nedense ısrarla gözardı edilmiştir. Hatta, kimi yazarlarca Hazine garantilerinin (ve dolayısıyla kamu adına yüklenilen satın alma yükümlülüklerinin) “genelde maddi değil, manevi destek olduğu”⁵⁸¹ dahi söylenebilmiştir. Yine, bir denetim kurumunun yayınında da aynı yönde saptamalarda bulunulması ve “... modelin sağladığı yeni bir finansman olanağıdır. Buna ilaveten bir önemli ilave avantaj da Hazine dış borç stokunun olumsuz etkilenmemesidir”⁵⁸² görüşlerinin ileri sürülmesi hayret vericidir ve gerçekle bağdaşmamaktadır. Zira, son derece açıktır ki, koşullu yükümlülükler⁵⁸³, devlet bütçesinde malî yük yaratma potansiyelleri itibariyle son derece akıllıca yönetilmeleri gereken, hesaplanacak belli bir oran üzerinden bütçede tahsisat ayırmayı gerektiren yükümlülüklerdir.

Esasen, bu görüşlerin gerçek dışı olduğu, Hazine garantisi taleplerinin ekonominin dengelerini bozacak boyutlara ulaştığını gören (Uluslararası Para Fonu ve

580 Bu yönde çok sayıdaki kaynağa bir örnek olarak bkz. Karamustafaoğlu, Mert; *Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, s. 48 (<http://www.rekabet.gov.tr/uzmantez.html>).

581 Ültanır, *Derviş'in Hazine'si Ne Yapmak İstiyor?*, op. cit..

582 İmre, Erol; *Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması*, YDK Yayını (www.ydk.gov.tr).

583 Koşullu yükümlülükler, belirli bir olayın gerçekleşmesi veya belirli şartların ortaya çıkması halinde doğacak malî yükümlülüklerdir (İnan, Altuğ; *Kamu Borç Yönetiminde Koşullu Yükümlülüklerin Rolü*, *Sayıştay Dergisi*, Sy. 62, Temmuz-Eylül 2006, s. 108).

Dünya Bankası gibi) uluslararası kreditorlerin devreye girmeleri ve garantilerden imtina edilmesi gereğini ısrarla yetkililere vurgulamaları yönündeki yakın geçmiş deneyimlerimizle de sabittir. Nitekim, Kasım 2000 ve Şubat 2001 mali krizleri sonrasında özellikle finansman sektöründe üstlenilmek zorunda kalınan koşullu yükümlülüklerin hemen akabinde mali disiplini sağlamak amacıyla çıkarılmak zorunda kalınan 4749 sayılı Kanun uyarınca, koşullu yükümlülüklerin yönetimi konusunda ciddi sınırlamalar getirilmiş ve anılan yükümlülükler için bütçede risk hesabı adı altında ödenek konulması zorunlu tutulmuştur.

Diğer yandan, enerji satın alınmasına yönelik anlaşma çerçevesinde kamu adına uzun süreli yükümlülük altına girilmiş olması nedeniyle, her yıl için satın alınacak enerji bedelinin anlaşmada belirlenen tarife üzerinden şirkete (daha doğrusu, şirket adına, anlaşmalarda belirtilen emanet hesabına) ödenmesi sözkonusudur. Tarifede öngörülen birim enerji bedeli ise, kredi geri ödemelerini karşılayacak şekilde belirlenmektedir. Bu nedenle, sözgelimi 20 yıllık bir YİD projesindeki enerji satışı anlaşması da 20 yıl üzerinden imzalanmakla birlikte, kredilerin vadesi sözgelimi sadece 10 yıl olarak belirlenmişse, tarifedeki birim enerji satış fiyatı bu ilk 10 yıllık süredeki kredi geri ödemelerini karşılayacak şekilde yüksek biçimde tesbit edilmekte, daha sonraki yıllarda ise düşük tarifeye geçiş yapılmaktadır. Yapım bedelinin genelde % 80'inin kredilerle karşılandığı dikkate alındığında, böylece santralin toplam yapım bedelinin % 80'i ilk 10 yılda geri ödenmiş olmaktadır! Bu sistem, dolayısıyla, kamu adına taksitle satın alım anlamına gelmektedir. Bir diğer açıdan ise, ilgili kamu kuruluşu aynı projeyi YİD modeliyle değil de, klasik finansman yöntemiyle kendisi borçlanarak gerçekleştirmiş olsaydı, yine aynı süreyle kredi alınmış ve yine aynı tutarlarda kredi geri ödemeleriyle karşılanmış olunacaktı! Şu halde, ilgili kamu kuruluşunun bir enerji santrali yapımını kendisinin borçlanmasıyla veya YİD modeli üzerinden satın alım anlaşmaları imzalamak suretiyle gerçekleştirmesi arasında bir fark kalmamaktadır.

Yukarıdaki senaryoda bir dikkat çekici husus daha vardır: YİD modeliyle gerçekleştirilen yatırımda kamu kendisini uzun süreli satın alım anlaşmalarıyla bağlamakta ve bundan bilahare vazgeçebilmesi olanağı bulunmamaktadır. Oysa, klasik finansman yöntemiyle kendisinin borçlanması ve yapım işini ihaleyle aynı şirkete vermiş olması halinde, krediyi kullanmak zorunluluğu yoktur. Sözgelimi, santralin aşırı pahalı bir maliyet oluşturacağı, yahut hesaplardaki yanlışlıktan dolayı artık elektrik kapasitesinde artışa bir süre için olsun gerek kalmadığı anlaşılmış ise, projenin sahibi kamu kuruluşu projenin devamından sarf-ı nazar edebilir ve kredileri kullanmaktan cayabilir. Bu durumda, sadece kredi anlaşması kapsamındaki başlangıç masrafları gibi cüzi harcamalar boşa gitmiş olacaktır, zira kredi anlaşmaları

rı kredilerin kullanılması zorunluluğu içermez. Kredinin –varsa- kullanılmış kısımlarının başlangıçta belirlenmiş vade yapısında ödenmesine ise doğal olarak devam edilecektir. Yapım işini yürüten müteahhit şirketle imzalanan yapım sözleşmesi bakımından ise, genel olarak bu sözleşmeler bu tür durumlarda feshe olanak tanıdığından, burada feshe de gidilebilecektir (dolayısıyla, ilgili yapım sözleşmesi müzakere edilirken bu yönde hükümler konulması hususunda dikkatli davranılmış olması, bu anlamda fevkalade önem taşımaktadır). Esasen, yapımı bütçe kaynaklarından karşılanan (yani dış kredilerle finanse edilmeyen) yatırım projelerinde, yapım sözleşmesi çerçevesinde her yıl ilgili yatırım için bütçeye konan tahsisatlar kadar inşaat harcaması yapılabileceği hususu, şirketlerle imzalanan yapım sözleşmelerine dercolunmaktadır; yani ilgili şirketin projeyi bütçedeki tahsistattan bağımsız işletmesi ve bu meyanda kamudan alacağını tahsise hak kazanması sözkonusu değildir. Kaldı ki, bütçe kaynaklı yapım işleri, bütçedeki yıllık ödenek tutarıyla sınırlandırılmaktadır. İşte bu nedendir ki, şirketlerle bu yönde yapılan yapım sözleşmeleri, kamudan şirkete kaynak aktarıldıkça yürütülmeye devam edilir. Bu meyanda, yatırım programında yapımının bütçe kaynaklarından karşılanacağı öngörülen yatırımların çok uzun yıllarda tamamlanabildiği anımsanacaktır.

Bu kısımda verdiğimiz bilgiler dikkate alındığında, aslında YİD modelinin uygulayıcı kamu kuruluşuna bir nevi taksitle ödemede bulunacağı bir yatırıma girme olanağı sağlamaktan ileri gitmediği, bununla birlikte, aynı projeyi klasik finansman çerçevesinde bütçe kaynaklarından gerçekleştirilmesi olasılığında bütçenin yıllık olarak belirlenmesi gerekliliği karşısında ileriki yıllar bütçesi üzerinden bağlayıcı tahhüde giremediği hususu dikkat çekmektedir. Oysa, ileriki yıllar bütçesinde belli bir yatırım projesine ne kadar ödenek ayrılacağı hususu önceden kestirilemez. Hatta, çok uzun süreli mal veya hizmet alımları gerekçe gösterilmek suretiyle bir nevi taksitle mal/hizmet alımı uygulamasına gidilmemesi esastır. Yatırım harcamaları açısından ise, ileriye yönelik, üstelik bir kaç yılı mütecaviz sözleşmelerin imzalanması olanağı tanınmaz. Bunun aksi, ileriki yıllar yönetimlerinin 'bütçe hakkı'na tecavüz anlamına gelecektir ve cevaz verilemez. Dolayısıyla, YİD modeli, yatırımcı kamu kuruluşlarının ileriye yönelik bağlayıcı nitelikte yükümlülükler ve borçlar altına girebilmelerine imkan tanımak suretiyle, savurgan bir yaklaşıma bürünebilmelerinde de teşvik edici bir rol üstlenmiş olma sonucunu doğurmaktadır.

Modeldeki temel sorun, tekel kılınan sektörlerde uygulanmış olmasıdır. Bu çerçevede, özel girişimcinin özellikle piyasa risklerinden korunması ve ürettiği ürünlerde talep eksikliği gibi bir temel riskten bağışık tutulması sonucuyla karşılaşmıştır. Bu itibarla, ülkemizde uzunca bir dönem tekel halinde tutulan elektrik enerjisi sek-

töründe gözlenen YİD uygulamaları bakımından "... tüm risklerin özel sektörce üstlenildiği"⁵⁸⁴ şeklindeki görüşler, gerçek dışıdır.

Öte yandan, bir başka zaviyeden bakıldığında, tekel kılınmamış bir sektörde modelin uygulanmasının hangi yararı sağlayacağı da sorgulanmaya açıktır. Zira, şayet bir sektörde tekel yoksa, o sektörde devletin modelin bir tarafı olarak devreye girmesine gerek olmayacağı söylenebilir. Sözelimi, otomotiv sanayiinde bir tesis kurulması, yahut çimento sanayiinde bir çimento fabrikasının kurulması için modele müracaat edilmesine gerek de bulunmamaktadır. Zira, bu sektörlerde gereken yatırımlar özel sektör tarafından ruhsat çerçevesinde zaten gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla, modelin uygulanabileceği yegâne sektörlerin, özel sektör rekabetine açılmasında sorunlarla karşılaşılacak ve bu nedenle de devletin yapması beklenen yatırımlarla sınırlı tutulması gerektiği açıktır.

Tekelci alanlarda modelin uygulanması, ciddi sorunları da beraberinde getirmiştir. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere, tekelci yapı nedeniyle, sektörde üretilen ürünün devletçe satın alınması veya girdilerin devletçe sağlanması gibi zorunluluklar ortaya çıkmaktadır. Sözelimi, doğalgaz temini ve ticareti devlet tekelinde bulundurulduğu için, doğalgaz çevrim santrallerine doğalgazın sözleşme boyunca sağlanması devlet tarafından garanti edilmekte, aksi halde kapasite bedeli adı altında bir tutarın YİD şirketine ödenmesi zorunluluğu öngörülmektedir. Bu çerçevede, yurtdışından ithal edilen doğalgazda yabancı devletlerin kesintiye gitmesi sözkonusu olduğunda, devletin kendi eyleminden kaynaklanmayan bu durum için dahi devletin şirkete ödemedede bulunması sonucuyla karşılaşılmaktadır. Nitekim, geçmiş dönemlerde Rusya'dan ithal edilen gazda kesinti meydana gelmesi nedeniyle bu türden ödeme yükümlülüklerinin vuku bulduğu bilinmektedir. Sektördeki tekelci yapıdan kaynaklanan sorunlar bununla da sınırlı değildir. Sözelimi, hidroelektrik santrallere ilişkin YİD projelerinde, yeterince yağmur yağmaması ve kurak bir sezon geçirilmekte olması nedeniyle proje fizibilitesinde öngörülen üretim miktarına ulaşılmaması durumunda, eksik üretim bedeli devletçe ilgili firmaya ödenmektedir. Yani, bir nevi devletin yağacak yağmura garanti vermesi ve kefil olması gibi ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır. Nitekim, uygulamada bu yönde milyon dolarlık tutarlara ulaşan kuraklık ödemelerinin yapıldığı uygulamadan gelenlerin iyi bildiği bir husustur.

⁵⁸⁴ Bkz. İslamoğlu, *Privatization and Build-Operate-Transfer (Özal Formula)*, op. cit., "Preface" (Önsöz) bölümü.

Aslında, bu durumu doğal karşılamak gerektiği de savunulabilir. Zira, sektörü devlet tekelinde tutma iradesini gösteren devlettir, o halde, kuraklık nedeniyle ürettiği ürünün fiyatını artırmak yoluna gitmekte haklı olan şirketin bu yöndeki talebini karşılamak da devletin görevi haline gelmektedir. Zira, piyasa dinamiklerine bağlı üretim yapan özel sektör modeline geçilmiş olsaydı, fiyatını artırmak durumunda kalan özel sektörün ürettiği elektriği satamama gibi bir sonuçla karşılaşması ve dolayısıyla riski üstlenmiş olması sözkonusu olacaktı. Nitekim, özel sektördeki diğer üretim alanlarında üretici, maliyetlerini -nereden kaynaklanmış olursa olsun, ister kendi beceriksizliğinden, isterse mücbir sebep sayılacak hususlardan ileri gelsin- fiyatına yansıtmaya çalışacaktır; ancak, bu durumda rakiplerinin fiyat baskısıyla karşılaşmak durumundadır! Bu tür kuraklık ödemelerinin gündeme gelmesi üzerine ilgili şirketlerin savunmaları, devletin kendilerini "görevlendirdiği", projelerin fizibilitelerini kendileri yapmış olsalar da, fizibilitelerine esas tuttıkları uzun süreli su akım ölçümlerini devletten aldıkları için, bunun sorumluluğunun da devlette bırakılmasının doğal karşılanması gerektiği yolunda olmuştur! İşte, tekeli yapı kurmuş olmanın bu yöndeki kaçınılmaz sonucu, Yeşilay Derneğince yaygın olarak kullanılan 'içki bütün kötülüklerin anasıdır' ifadesine benzer şekilde, "tekel, bütün olumsuzlukların temel kaynağıdır" şeklinde bir uyarlamaya gidilebileceğine işaret etmektedir kanısındayız.⁵⁸⁵

2. Yap-İşlet (Yİ) Modeli

2.1. Genel

Anayasa'nın (4446 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce) kamu hizmeti imtiyazlarında özel hukuk hükümlerinin ve uluslararası tahkimin uygulanmasına izin

⁵⁸⁵ Ülkemizde gerek yargıda gerek öğretilerde tekellerin ülkeye maliyeti konusunun yeterince kavranıldığı kanısında değiliz. Bunun savımıza dayanak teşkil edecek son örneklerinden birini de araç muayenesi özelleştirilmesi adıyla gerçekleştirilmeye çalışılan uygulama oluşturmaktadır; türlü gerekçelerle -üstelik yargısal denetimin de üstesinden gelecek maharetli kurgular oluşturulmak suretiyle- büyük altyapı projelerinin yapım işlerinin ihale yapılmaksızın birilerine verilmesine devam edilmekte olması da bu bağlamda zikredilmelidir. Oysa, daha yıllar öncesinde Cumhuriyet'in ilk kuruluş yıllarında dahi bu konuda duyarlık gösterildiğine tesadüf edilmektedir; Atay, sigortacılık sektöründeki reasürans işinin bir şirkete tekel olarak verilmesi yüzünden ticaretle uğraşanların fazla sigorta parası ödemeye mahkum edildiklerini aktarmaktadır (bkz. Atay, *Çankaya*, op. cit., s. 496, 497). Atay, devamlı "(n)e eski rejimde, ne de bugün gizli nüfuz ticaretlerinin ve şahsî yolsuzlukların tamamiyle önlenilebileceği gibi bir hayale kapılmıyorum. Hiçbir demokrasi bunda muvaffak olamamıştır. Asıl mesele, nüfuz ticaretinin bir sistem haline gelmesinde, âdeta imtiyazlı politikacıların meşru bir hakkı gibi tanınmasındadır" demektedir (ibid, s. 500).

vermemesi, öteden beri YİD modelinin önünde bir engel olarak görülmüştür. Esasen, Yİ modeli de temelde işte bu engeli aşmak üzere ortaya atılmıştır.

YİD modelinin bir versiyonu olan Yİ modeli, mülkiyeti üretim şirketine ait bir tesisin kurulmasını, işletilmesini ve işletme süresi boyunca üretilen elektrik enerjisinin devlet tarafından satın alınmasını düzenlemektedir. YİD modelinden en önemli farkı ise, işletme süresi sonunda tesisin mülkiyetinin kamuya devredilmeyerek işletmecide kalması ile bu modelde yalnızca termik kaynaklı üretim faaliyetinin düzenlenmekte olmasıdır. ETKB'nin uzun bir süreyle görevde kalan o dönemin Müsteşarına göre, "ETKB, diğer ülkelerde ve Türkiye'de eğitim, sağlık gibi sektörlerde yapılan uygulamalara paralel olarak bu tesisin kuruluşu ve işletmesi için ruhsat vermektedir."⁵⁸⁶ Ancak, bu açıklamada bahsedilmeyen, hayati önemde bir husus bulunmaktadır: Örnek gösterilen diğer sektörlerde ruhsat verilerek özel sektörün faaliyetine izin verilmekle birlikte, bu alanlarda ticari risk de özel sektör üzerinde bırakılmakta, enerji sektöründe varlığı gözlenen uzun süreli satın alım sözleşmeleriyle devletin mali yük altına sokulması bir yana, devlet ile özel sektör arasında bir sözleşme dahi bulunmamaktadır. Kuşkusuz, yukarıdaki bağlam dikkate alındığında, bu yönde benzetmeye gidilebilmesi özü itibarıyla gerçekte bağdaşmadığı gibi, bir anlamda konunun saptırılmasına da hizmet etmektedir.

Modelin ilk yasal çerçevesi, 3096 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan ve 8 Haziran, 1996 tarih ve 22660 sayılı RG'de yayımlanan 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile çizilmiştir. Bu kararnamenin uygulanmasına ilişkin olarak ETKB tarafından çıkarılan Tebliğ ise 10 Temmuz, 1996 tarih ve 22692 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Danıştay 10. Dairesi, "ETKB'ye, DPT Müsteşarlığı'ndan görüş almaksızın tesis kurma izni verebilme olanağı sağladığı için" anılan Kararnameyi Bakanlığın Kuruluş Kanununa aykırı bularak yürütülmesini durdurmuş ve bilahare iptaline hükmetmiştir.

Bu gelişme üzerine, 19 Temmuz, 1997 tarih ve 23054 sayılı RG'de yayımlanmış olan 4283 sayılı Kanun ve 29 Ağustos, 1997 tarih ve 23095 sayılı RG'de yayımlanmış olan 97/9853 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı çıkarılmış, böylece model için yeni bir hukuksal zemin oluşturulmuştur.

⁵⁸⁶ Yiğitgüden, Yurdakul; *Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Politikaları ve Çalışmaları*, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No. 1999-57, s. 79.

2.2. Yİ-YİD Modellerinin Farkları

Yİ modelinin, ana model olan YİD yönteminden ayrılan başlıca yönleri aşağıda özetlenmektedir:

2.2.1. Kapsam

4283 sayılı Kanun, yalnızca termik santral kurma ve işletme izni verilmesi ile bu santrallerde üretilen elektriğin satılmasına ilişkindir. Hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları (rüzgar ve güneş enerjisi) Kanun'un kapsamı dışındadır.

2.2.2. Uygulama ilkeleri

Yİ modelinde, yapımı öngörülen üretim tesislerinin TEAŞ (sonradan TETAŞ) tarafından belirlenmesi, DPT görüşünün alınması, teklifler için RG'de ilana çıkılması; öte yandan işin özelliğine göre kapalı teklif, belli istekliler arasında teklif veya pazarlık usullerinden biriyle görevli şirketin seçilmesi, ihalede açıklığın ve rekabetin sağlanması öngörülmüştür.

Beş adet Yİ projesinin işlemlerine 96/8269 sayılı BKK hükümlerine göre başlanmış, ancak Danıştay tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine 4283 sayılı Kanun kapsamında devam edilmiştir.

Yİ sözleşmeleri, kamuya enerjinin belli bir yüzdesini satın alma (ya da bedelini ödeme) yükümlülüğü getirmektedir. Uygulamada bu oranın % 85 olarak belirlendiği görülmektedir.

Öte yandan, tekliflerin değerlendirilme esasları Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Yalnızca sabit ve değişken işletme giderlerine eskalasyon uygulanabilmekte, öteki tarife unsurlarına ise uygulanamamaktadır.

TEAŞ'ın satın alacağı elektrik enerjisine ilişkin ödeme yükümlülükleri için üretim şirketine Hazine garantisi verilebilirken, 4628 sayılı Kanun sonrasında artık yeni Yİ projelerine de -YİD projelerinde olduğu gibi- bu tür garantiler verilemeyecektir.⁵⁸⁷

⁵⁸⁷ Bkz. 4628 sayılı Kanun, Geçici Madde 8.

4283 sayılı Kanun ile Uygulama Yönetmeliği'nde, tesislerin toplam yatırım tutarıyla ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Firma seçiminde enerjinin birim satış fiyatı tek ölçüttür. Oysa, enerji satış tarifesi yatırım maliyetine göre hesaplanmaktadır. Dolayısıyla, projelerin maliyetleri dikkate alınmaksızın sadece enerji birim fiyatları üzerinden bir değerlendirme yapılması, mevzuattan kaynaklanan büyük bir eksiklik olmuştur.

2.2.3. Modele İlişkin Proje Uygulamaları

96/8269 sayılı BKK'ya göre işlemlerine başlanmış, bu Kararnamenin yürürlüğünün durdurulması üzerine çıkarılan 4283 sayılı Kanun kapsamında işlemlerine devam edilmiş, tümü Hazine garantisine sahip ve uluslararası tahkime tâbi olan beş adet Yİ projesi bulunmaktadır.

2.2.3. Sözleşmelerin Hukuki Niteliği

Danıştay'ın bir kararıyla, modele ilişkin uygulamalar bakımından hukuki değerlendirmeye gidildiği görülmektedir: Bahsekonu karara göre:

"4283 sayılı Yasa ile düzenlenerek Yap-İşlet modeliyle getirilen üretim şirketlerince mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurulması, işletilmesi ve enerji satışına ilişkin sözleşmelerin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olduğu anlaşıl(maktadır)."⁵⁸⁸

3. İşletme Hakkı Devri (İHD) Modeli

3.1. Genel

3096 sayılı Kanun ile gündeme gelen ve özelleştirme çalışmalarıyla da paralellik gösteren bu model; mülkiyeti kamuya ait ve kamu tarafından işletilmekte olan üretim, iletim, dağıtım tesislerinin işletme haklarının, belli bir süreyle özel sektöre devredilmesini öngörmektedir. 23 Şubat, 1987 tarih ve 19381 sayılı RG'de yayımlanmış olan Yönetmelik uyarınca, sözleşmelerde; yapılacak hizmetin, görev süresinin, hizmetin yürütülmesi için öngörülen sermaye tutarı ile sermayenin yeterliliğini ortaya koyan hesaplama ve açıklamaların, işletme hakkının devredilmesi istenen kamu kurum ve kuruluşlarına ait devir programları ile kısa ve uzun dönemli yatırım programlarının belirtilmesi gereklidir.

⁵⁸⁸ Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E.1999/2407, K.2002/347 sayılı kararı.

3096 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelik hükümleri, model çerçevesindeki "görevlendirme"nin biri "görev sözleşmesi", diğeri "işletme hakkı verilmesi sözleşmesi" olmak üzere iki ayrı sözleşmeyle gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir. Modelin hangi süreyle uygulanacağı hususu belirsizdir; zira, 3096 sayılı Kanun'un 7. maddesinde elektrik görev sözleşmesi ile elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme izninin 99 yıl süreyle verilebileceği belirtilmekle birlikte, işletme hakkı devri için sarahaten bir süre öngörülmemiştir. Uygulamada, Bakanlar Kurulu'nun özel bir şirketi görevlendirme kararında belirtilen sürenin, işletme hakkı devri sözleşmesi için de geçerli olacağı kabul edilmektedir.⁵⁸⁹

Modelin YİD modelinden ayrılan yönü, "kurulu" bir tesisin işletilmesinin devredilmesini öngörmesidir ve bu yüzden uygulamada Anayasa Mahkemesince "devral-işlet-devret" olarak adlandırıldığı da görülmüştür.⁵⁹⁰ Modelin hukuki statüsü ise, idari sözleşmelerin belirlenmesinde kullanılan⁵⁹¹ "kamu hizmeti" kavramıyla ilişkili olup olmamasına bağlıdır.⁵⁹² Buna göre, bir kamu hizmeti konusuyla bağlantılı olduğu sürece, model çerçevesinde imzalanacak sözleşmenin idari sözleşme olacağı açıktır. Modelin hukuki niteliği üzerindeki tartışmalar ve değerlendirmeler bakımından, yukarıda imtiyaz konu başlığı altındaki değerlendirmelere atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

İşletme hakkının devredilmesine, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu karar vermektedir. Devredilecek tesislerin teknik ve ekonomik özelliklerine göre, her yıl için belirlenecek bir işletme hakkı devir bedeli, tesisi devreden kuruluşa devir öncesinde ödenmektedir.

⁵⁸⁹ Bkz. Akın, Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devri Sözleşmeleri, op. cit., s. 32, 33.

⁵⁹⁰ İbid., s. 33.

⁵⁹¹ Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre, "taraflarından birinin İdare", konusunun "kamu hizmeti" ve gerçekleştirilmek istenen amacın "kamu yararı" olması, ayrıca içeriğine göre "İdareye üstünlük ve ayrıcalık tanıyan" bir nitelikte bulunması, bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinin belirlenmesinde yararlanan ölçütlerdir (bkz. Özay, Günüşünde Yönetim (2004), op. cit., s. 511, 512).

⁵⁹² Elektrik enerjisi gibi halkın vazgeçilmez günlük gereksinimi bir yana, vaktiyle Mecelle'de "maskara misillü" olarak nitelenen ve böylece tanıklıkları kabul edilmeyen tiyatro sanatçıların (bkz. Özay, Günüşünde Yönetim (2004), op. cit., s. 232) devlet tiyatrosu idaresiyle imzaladıkları istihdam sözleşmelerinin de, "... tiyatro işinin devamlı bir âmme hizmeti ve sanatçıların birer âmme ajanı" olduğu görüşüne istinaden idari sözleşme niteliğinde bulunduğu hususu, Danıştay'ın 4 Temmuz 1964 tarih ve E. 1964/674, K. 1964/344 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile hükmüne bağlanmıştır (bkz. Duran, Lütfi; İdari Mukavele, İÜHFİM, C. 32, Sy. 1, 1966-67, s. 356, 357).

İHD modelinde devir sırasında şirketlerce devlete devir bedeli adı altında bir tutar ödemesinin öngörülmüş olması, dikkat çekicidir. Bu uygulamanın özelleştirme adı altında gerçekleştirilmesi meyanında "tesislerin özel sektöre bedelsiz devredildiği" itirazlarının önlenmesi amacıyla düşünülmüş olması olasılığı yanında, asıl olarak devlete –bir defalık da olsa- gelir sağlama amacına yöneldiği söylenebilir. Oysa, rekabetçi ve korumacılıkla himaye edilmeyen sektörler dışında, özellikle de altyapı ve benzeri kamu hizmetlerine ilişkin sektörlerde özelleştirmenin temel amacı gelir sağlamak olmamalıdır⁵⁹³; bu tür sektörlerde daha rekabetçi hizmet sağlayarak hizmet nitel ve nicel anlamda iyileştirilmesi ve fiyatının düşürülmesi başlıca gaye olarak belirlenmek gerekir.⁵⁹⁴ Kaldı ki, sektörde kamu tekeli elinde tuttuğu veçhile devir sonrasında da üretim santralleri itibarıyla üretilen enerji –önceden belirlenmiş ve yıllara göre artış gösteren- bir tarifeye devlete satılmakta, dağıtım santrallerinde ise dağıtım şirketinin tüketiciye uygulayacağı fiyatlar devletçe belirlendiğinden dağıtım şirketi sadece bir "taşeron" işlevi görmekten öte geçmemektedir. Bu itibarla, devir bedeli esasen tarifeye yansıtıldığından, işletme süresi boyunca yine devlete satılan enerji bedeli (veya dağıtım sektöründe nihai olarak devletçe belirlenen) satış tarifesi içerisinde şirketçe devletten (dağıtımda halktan) geri alınmış olmakta, böylece şirket tarafından devlete (dağıtımda ise halka) açılan bir tür kredi özelliğini taşımaktadır. Bu durumun, anılan dağıtım tesislerinin finansmanı kuruluş aşamasında dolaylı olarak halktan sağlanan vergilerle finanse edildiği veçhile "mükerrer ödeme" anlamına geleceği de açıktır.⁵⁹⁵

Burada özellikle dağıtım sektöründe devletin dolaylı da olsa bir garanti vermediği savunulabilirse de, zorunlu bir tüketim malzemesi olan elektriğin fiyatındaki artışa rağmen tüketime esneklik göstermesi genel olarak rastlanan bir keyfiyet olmadığından, şirket bakımından risk anlamında sonucu değiştirmemekte, hatta, azalan tüketim karşısında şirket, kârını sabitleyebilmek için bu defa geriye kalan

⁵⁹³ Nitekim, Devlet Planlama Teşkilatı tarafından 1985 yılında alınan bir kararla açılan uluslararası ihale sonucunda ihaleyi kazanan uluslararası danışmanlık konsorsiyumuna hazırlatılan Özelleştirme Ana Planı'nda, genel anlamda özelleştirmenin amaçları bağlamında "devlete gelir sağlamak", özelleştirme için öncelik sırasıyla belirlenen toplam 14 amaçtan sonuncusu olarak –ancak- gösterilmektedir! (bkz. Kilci, Metin; Başlangıcından Bugüne Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları (1984-1994), DPT Müsteşarlığı Yayını, Temmuz 1994, s. 2). Bununla birlikte, ülkemizdeki özelleştirme uygulamalarında bahse konu Ana Plan'a uyulmadığı da yine bir başka DPT yayınında açıkça belirtilmektedir (bkz. Çakal, Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, op. cit., s. 88).

⁵⁹⁴ Guislain, The Privatization Challenge, op. cit., s. 291.

⁵⁹⁵ Aynı yönde bkz. Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, ELDER Yayını, Ankara, Haziran 2005, s. 51.

tüketicilere sattığı elektriğin tarifesiyle oynamak suretiyle riskten beri kalmış olmaktadır. Dolayısıyla, tarife yoluyla finansmanı gerçekleştirilecek olan İHD modelinde, devletin yatırım yapamadığı, ancak özel sektörün yatırım için gereken finansmanı sağlayabileceği gerekçesiyle bunun özelleştirme adı altında sunulması tam olarak gerçeği ifade etmemektedir; kaldı ki, şirketin devlete ödediği bedel de zaten tarife yoluyla halktan geri alınmaktadır,⁵⁹⁶ bu meyanda burada yapılmakta olan işleme bir nevi “dolaylı vergileme” denebilir.

İHD modeli çerçevesinde bugüne kadar bazı elektrik üretim tesisleri ile elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devredilmesi için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca sözleşmeler imzalanmış, fakat bunlar içinden yalnızca Çayırhan Termik (linyit) ve Hazar I-II hidroelektrik santrallerinin devri gerçekleştirilebilmiş, diğerleri ise akim kalmıştır. Bu sonucun ortaya çıkmasında, Çayırhan Projesi’nde Hazine garantisi verilmesine karşın kamu tarafından sözleşmelerde yer alması öngörülen hususların ilgili şirket tarafından itiraz görmeyerek -bir an önce işletmeyi devralmak ve üretime geçmek hedefi çerçevesinde- kabul edilmiş olması ile bu Proje’de uluslararası tahkim talebinde bulunulmayarak Danıştay ön incelemesine ve Danıştay yargısına tâbi bir imtiyaz sözleşmesi niteliğinin devam ettirilmesi; diğer Proje’de ise, ilgili şirketin Hazine garantisine ilişkin talebinden sarf-ı nazar etmek suretiyle idari işlemleri hızlandırmak amacının başarıya ulaşması (ki ihalesiz biçimde gerçekleştirilen bu Proje’nin devir işlemleri 1996 yılında tamamlanmıştır) önemli rol oynamıştır.

Elektrik iletimi ve dağıtımının niteliği üzerinde farklı yaklaşımların bulunduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, birden fazla iletim ve dağıtım şebekesi kurulmasının ekonomik anlamda imkansız olması, iletim ve dağıtımın rekabete uygun olmaması (yani tekel olması) sonucunu doğurmakta, bu ise üreticilerin de tek alıcısının bu tekel olacağı anlamına gelmektedir, yani üretimde de rekabet oluşmayacaktır.⁵⁹⁷ Ancak, bu analizde ciddi yanlışlıkların olduğu söylenebilir. İletim ve dağıtımda birbirine alternatif oluşturacak ayrı şebekelerin kurulması ekonomik olmadığı için sözkonusu olmamakla birlikte, şebekenin işletilmesi ile şebeke üzerinden ticaret yapılmasının iki ayrı işlev olduğu hususunun karıştırıldığı görülmektedir. Özellikle dağıtım sektörü üzerinden irdelenmek gerekirse, elektrik dağıtım şebekesinin özel veya kamu tarafından işletilmesi ile bu şebeke üzerinden elektrik enerjisinin tica-

⁵⁹⁶ Bkz. Salman, Emine Banu; *Enerjide Tarifeli Özelleştirme*, Ekonom Dergisi, Mart 2001, s. 14.

⁵⁹⁷ Yiğit, H. Ali; *Elektrik Enerjisi Planlaması ve Bazı Temel Kavramlar*, 2000’li Yıllarda Ulusal Enerji Politikaları, TMMOB Türkiye II. Enerji Sempozyumu, TMMOB Yayını, Sempozyum Tartışmaları Eklenecek Hazırlanmış II. Baskı, Mayıs 2000, s. 242.

retinin yapılması arasında zorunlu bir birliktelikten söz edilemez. Bir kentin sokakları ve caddeleri herkesin erişimine açıktır, ancak bu ulaşım olanaklarından isteyen herkes bedelli veya bedelsiz yararlanma ve ticaret yapma olanağına sahiptir. Otoyolların veya Boğaz köprülerinin işletilmesi ile buradan yararlananların ticaret yapmalarına engel olunmaması bunlara örnek gösterilebilir. Benzer şekilde, elektrik dağıtım şebekesini işleten de, kapasiteyle sınırlı olmak üzere şebekeyi herkesin erişimine açık tutmak ve karşılığında da önceden belirlenmiş bir şebeke kullanım ücreti almakla mükellef ve yetkili olacaktır.

Dolayısıyla, dağıtım şebekesinin bir işletmecide tekel olarak bırakılmakta olmasının sektörün tümünde rekabet ortamının oluşmasını engelleyeceği ve üreticilerin de bu dağıtım tekeline elektrik satmak zorunda kalarak rekabetten uzak kalacakları saptaması yanlıştır. Nitekim, yeni yasal düzende de serbest tüketici tanımı kapsamına giren tüketicilerin, tekeli yapıdaki dağıtım şebekesine şebeke kullanım tarifi üzerinden bedelini ödemek kaydıyla istediği elektrik üreticisinden veya elektrik ticareti yapan perakendeci şirketlerden rekabet içerisinde elektrik enerjisi satın alabilmeleri olanağı sağlanmıştır. Haberleşme sektöründe de, aynı kablo şebekesi üzerinden çok sayıda farklı şirketin hizmet sunması yoluyla rekabete olanak tanındığı anımsanacaktır.

Keza, aynı konunun Rekabet Kurumu tarafından da açıkça dile getirildiği görülmektedir. Rekabet Kurulu'nun TEDAŞ'a ait 17 görev bölgesindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin 16 Ekim, 1998 tarih ve 87/693-138 sayılı kararında, Rekabet Kurumu tarafından;

*"İmtiyaz sözleşmelerinin 8/e maddesinde yer alan münhasırlığa dair hükmün çıkartılması, bunun yerine alternatif temin kaynaklarına açık bir sistemin benimsenmesi; bu amaçla dağıtım ve ticaret işlerinin birbirlerinden ayrı mütalaa edilerek, esasları Enerji Üst Kurulu'nca, bu Kurul oluşturuluncaya kadar ilgili Bakanlıkça belirlenmek ve Rekabet Kurumu'nu bilgilendirmek kaydıyla, ilk beş yıl için 1 MW ve üzerinde elektrik kullanan tüketicilere yönelik olarak, şirketlere, belirli bir hat kullanım ücreti dahilinde kendi bölgeleri dışındaki bölgelere de talep halinde, elektrik satış hakkı tanınarak ticaret bölümünün kısmen de olsa rekabete açılması ve durumun beş yılın sonunda uygulama sonuçlarına ve Türkiye'nin elektrik enerjisi üretim grafiğine bağlı olarak Enerji Üst Kurulu'nca yeniden değerlendirilmesi"*⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ Karakelle, İsmail Hakkı; Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörleri Bağlamında Özelleştirme ve Rekabet, içinde Devletin Düzenleyici Rolü: Türkiye'de Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörlerinde Özelleştirme ve Rekabet, (Ed. İzak Atıyas), TESEV Yayınları No. 19, İstanbul, 2000 (www.tesev.org).

yönünde saptamalarda bulunmaktadır. Sonuç olarak bir kez daha vurgulamak gerekirse, "(e)lektriğin dağıtımında zorunlu olan tekel durumunun ticareti de kapsamaması gerekmektedir."⁵⁹⁹

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'da "koşullu yetki" verilmesi yönünde bir yetkinin sayılmadığı, Kanun'da olmayan bir yetkinin tebliğ ile de verilemeyeceği ileri sürülmekte olup, bu itibarla elektrik dağıtımına ilişkin anılan İHD sözleşmelerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı olduğu savunulmaktadır.⁶⁰⁰

Bakanlığın, bu uyarıları dikkate almaksızın dağıtım İHD sözleşmelerinde münhasırlık yetkisi tanıyan sözleşmeleri imzalamak ve gerçekleştirmek yoluna gitmesi, ileride çıkarılacak bir piyasa modelinin uygulanabilmesini daha baştan engelleyici nitelikte olması bakımından ciddi bir sıkıntı yaratmıştır. Her ne kadar içinde bulunan dönemdeki tekeli yapıda uzun süreli anlaşmaların imzalanması gerektiği ileri sürülebilecekse de⁶⁰¹, bu koşul altında dahi, en azından münhasırlık yetkisinin tanınmaması gerekirdi. Bu durum, Dünya Bankası uzmanlarınca da açık biçimde dile getirilmiştir. Buna göre, "ana üretim ve dağıtım şirketleri dışındaki üçüncü kişilerin şebekeye erişimi ve elektrik ticareti yapma olanağı sağlanması, orta-uzun dönemde rekabetçi bir yapıya geçiş olasılığı göz önünde bulundurulması gereği karşısında, elzemdir."⁶⁰²

3.2. İHD Modelinde Risk Değerlendirmesi

Risk analiziyle ilgili ayrıntılı bir değerlendirmeye YİD bölümündeki ilgili kısımda yer vermiştik. Bu yöndeki açıklamalar genel olarak -niteliğine uygun düştüğü

⁵⁹⁹ Zenginobuz, Ünal; Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve "Regülasyon", Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat 2000, s. 122.

⁶⁰⁰ Bkz. Faydalı, Özelleştirme ve Enerji Sektöründeki Uygulamaları, op. cit., s. 75.

⁶⁰¹ Nitelikim, Bakanlığın Rekabet Kurumu'nun bahse konu görüşüne karşı "... bu koşulun mevcut hukuki yapı içerisinde hukuken ve fiilen uygulanamaz nitelikte olduğu yönünde" yanıt verdiği bilinmektedir (bkz. Akcollu, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, op. cit., s. 72, 45 no.lu dip not); oysa, mevcut hukuki yapıda münhasırlık koşulunu kaldıramayacağını düşünse dahi, Bakanlığın bu unsuru gerekçe göstererek "mazeret telakki etmek" yerine, en azından, "yasal düzenlemeler yapılarak hukuki altyapıda anılan hükme yer verilebilmesinin önü açıldığı anda münhasırlık yetkisinin kendiliğinden kalkmış olacağı" yönünde bir hükme elektrik dağıtım İHD sözleşmelerinde yer vermesi beklenirdi.

⁶⁰² Public and Private Sector Roles in the Supply of Electricity Services, Dünya Bankası Yayını, No. 37476, Şubat 2004, s. 8.

oranda- İHD modeli için de geçerli olmakla beraber, bu modele özgü kimi değerlendirmelere gitmek de mümkündür. Özellikle dağıtım İHD projeleriyle ilgili olarak, 4628 sayılı Kanun öncesinde imzalanmış bulunan sözleşmelerde oldukça çarpıcı hususlar bulunmaktadır. Sözgelimi, projede öngörülen maliyetlerin, işletmecinin kendi hatası dışında, mevzuatta meydana gelen değişiklikler de dahil olmak üzere hangi risklerden kaynaklanmış olursa olsun artması durumunda, tarifede artışa gidileceği, sözgelimi dağıtım bölgesinde kimi tüketicilerin (sanayicilerin) otoprodüktör uygulamasıyla kendi elektriğini üretmesi gibi bir nedenle elektrik satışlarında düşme olması durumunda, eksilen kârın devletçe garanti edileceği gibi, başka hiç bir sektörde sözkonusu olmayan ayrıcalıklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.⁶⁰³

Bu sözleşmelerde şirkete teknelci olanaklar sağlandığı ve bunun da aslında gereksiz yere sağlandığı savunulmalıdır. Şirket, dağıtım hizmetini yürüterek halka satacağı elektrik enerjisi üzerinden dağıtım hizmetine karşılık öngörülen payını alacak, ilaveten, elektriğin dağıtımında bölgede tekel hakkı tanınması nedeniyle, aynı şebekeyi kullanarak başkalarından elektrik satın alması ve karşılığında da dağıtım şirketine sadece dağıtım hattını kullanma karşılığı bir bedel ödemesi imkanı tüketicilere tanınmadığı veçhile, elektrik ticaretinden de kâr elde edecektir. Şirkete verilen ayrıcalıklar bununla da kalmamakta, tüketilen elektrik tutarı otoprodüktörler gibi kendisi için elektrik üretenler nedeniyle azalırca, devletçe eksik tutar tazmin edilmektedir. Oysa, olması gereken, bu durumda şirketin herhangi bir tazminata hak kazanması değil, elindeki diğer müşterilere uygulayacağı tarifeyi dağıtım masrafını karşılayacak kadar bir miktar yükseltmesidir. Ancak, şirketler bunun bir ticari risk olarak görmekte, sadece dağıtım hizmeti karşılığı hak edecekleri gelirle yetinmeyerek, teknelci yapılarını sürdürmek ve elektriğin ticareti üzerinden de pay almak istemektedirler.

Bununla beraber, bu yaklaşımın makul ve mazur görülebilmesi mümkün değildir. Bir dağıtım şirketinin asıl hizmet sahası, dağıtım şebekesini hizmete açık tutmak ve kendi işlettiği şebeke üzerinden geçen elektriği tüketicilere kesintisiz ve kaliteli bir iletim şebekesiyle sunma hizmetini ifa etmektir. Karşılık olarak, kuşkusuz, dağıtım şebekesi kullanım ücreti kendisine ödenecektir. Maamafih, elektriğin ticareti üzerinden gelir elde etmek, dağıtım şirketinin bir işlevi değildir, olmamalıdır. Oysa,

⁶⁰³ O'Rourke, Anthony F. - Tomiak, Richard; *Will Investors Come? - Key Concerns About Turkey's Electricity Distribution Privatization and Market Reform*, İstanbul, 30 Haziran, 2005 (ELDER tarafından yayımlanmıştır), s. 59.

4628 sayılı Kanun öncesinde imzalanan sözleşmeler daima bu ilkeyi gözardı etmiş ve elektriğin ticareti için de şirketlere tekeli haklar tanımıştır.

Yukarıda atıf yaptığımız ELDER raporunda özel sektörün bu haklarını yeni piyasa rejiminde korumak yönündeki isyankâr çıkışları, eski dönemlerde imzalanan sözleşmelerin kamu yararına ve rekabet kuralına aykırı düzenlemeler çerçevesinde imzalandığını ortaya koymaktadır. YİD modelindeki sözleşmelere benzer şekilde, sektörde rekabeti öngören yeni yasal düzenlemelere hazırlık yapılırken, bir yandan da eski dönemin mevzuatı çerçevesinde sözleşmelerin yürütülmesi ve bağlayıcı imzalar atılması, bununla da yetinilmeyip üstüne geriye yönelik olarak şirketlere bir de uluslararası tahkim olanağının sağlanması, kanımızca son derece vahim bir yanlışlıktır. Zira, hemen akabinde aynı Bakanlık, bu sözleşmelerin yeni piyasa rejiminde uyumsuzluk yaratacaklarını bildiği için, sözleşmelerin yeni düzenlemeler ışığında uyarlanması ve aksi halde eski sözleşmelerin sahiplerine dağıtım lisansı verilmemesini düzenlemek yoluna gitmiştir. Oysa, aynı Bakanlığın, bu hassasiyetini sözleşmeler henüz imzalanmadan önce göstermesi, yahut her halükarda sözleşmelerin vaktiyle imzalanmış olması gerekçesine sığınsa dahi, uluslararası tahkim hükmünü bilahare şirketlere tanıma aşamasında "şirketlerin yeni piyasa döneminin gereklerine uyacakları" koşulunun getirilmesini sağlaması gerekirdi⁶⁰⁴ (nitekim, Bakanlığın bu hususta bir düzenlemeye gidilebileceği yolunda bir yazışması devlet arşivlerinde mevcuttur, ancak bu yöndeki kamu çıkarına yönelik öneriyi nedense uygulamamayı tercih etmiştir!). Bu durumun ise, eski sözleşmeleri elinde tutan ve uluslararası tahkim olanağı ile de "teçhiz edilmiş" şirketlere tazminat verme zorunluluğuyla karşılaşılması sonucunu yaratacağı açıktır. Buna ilişkin daha ayrıntılı bir değerlendirmeye, sözleşmeler tahtında şirketlere tanınan uluslararası tahkim hükmünün sonuçlarıyla ilgili bölümlerde yer verilmektedir.

3.3. Enerji Piyasası Kanunu'ndan Sonra Ortaya Çıkan Yeni Durum

4628 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin 1. fıkrası;

"Kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini 31.10.2001 (değişiklik öncesinde 30.06.2001) tarihine kadar tamamlamayan şirketlerin mevcut sözleşmeleri hükümsüzdür."

şeklindedir.

⁶⁰⁴ Eski tarihli sözleşmelere uluslararası tahkim olanağının tanınmasındaki yanlışlık konusunda benzer görüş için bkz. Uğur Emek, *Kamu İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim*, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999, s. 29, 30.

Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat, 2002 tarihli kararıyla⁶⁰⁵ iptal edilmiştir.

Bakanlık, bu iptalden sonra ortaya çıkan durumu, aynı kararla iptal edilen Geçici 8. maddenin 1. fıkrasından sonra YİD projelerine ilişkin yorumuna benzer biçimde yorumlamış ve 4628 sayılı Kanun'dan önce sözleşmesi imzalanmış İHD projelerini Kanun'daki tanımıyla "mevcut projeler" olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirme, Hazine garantisinden yararlanabilir durumda (yani sözleşmeleri imzalı bulunan) 6 adet üretim ve 11 adet dağıtım işletme hakkı devri projesi daha bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamdaki üretim İHD'lerin dördüne ilişkin Bakanlar Kurulu Kararları Danıştay tarafından çeşitli nedenlere istinaden iptal edilmiştir.

Öte yandan, sözleşme aşamasına hiç gelmemiş 4 adet üretim, 11 adet dağıtım İHD projesi ile, ihalesi yapılmış olduğu halde Danıştay tarafından görevlendirmeye ilişkin BKK'sı Anayasa Mahkemesi kararı öncesinde iptal edilmiş (dolayısıyla "bu projeler" ibaresi kapsamında değerlendirilmeyen) 5 adet dağıtım işletme hakkı devir projesi daha bulunmaktadır.

Bu konudaki bir başka önemli gelişme ise, Danıştay'ın 20 Kasım, 2002 tarih ve 2002/4470 sayılı kararıyla, Yozgat-Sivas-Tokat illerini kapsayan 19. görev bölgesinde bir şirkete verilen dağıtım işletme hakkına ilişkin 4 Mayıs, 1998 tarih ve 98/11073 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptal edilmiş olmasıdır. Bahsekonu gelişme, "bu projeler" kapsamında değerlendirilen İHD'lerin geleceğini belirsizleştirmiş olmaya yol açmıştır.

Esasen, 4628 sayılı Kanun işletme hakkı devirleri gerçekleştirilmemiş dağıtım tesislerinin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesini öngörmektedir. Ancak, bu konuda daha sonra ortaya çıkan gelişmeler ve hukuki engellerin varlığı sorunu, İHD modeliyle devam edilmesi kararına geçiş yapılmasıyla sonuçlanmıştır. Danıştay'ın TEDAŞ'ın dağıtım tesislerinin mülkiyetin devri yoluyla özelleştirilmeleri konusuna ilişkin istişari kararında, "... dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanununun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ'a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu"⁶⁰⁶ kararlaştırılmış bulunmaktadır. Nitekim, idarenin de

⁶⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat, 2002 tarih ve E.2001/293, K.2002/28 sayılı kararı (18 Nisan, 2002 tarih ve 24730 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁶⁰⁶ Danıştay 1. Dairesi'nin 5 Mart, 2004 tarih ve E.2004/17, K.2004/24 sayılı kararı.

bu görüş kapsamında mülkiyet devrinden vazgeçtiği ve İHD modeli çerçevesinde özelleştirmek üzere çalışmalarını hızlandırdığı görülmektedir.

3.3.1. Serbest Tüketici Kavramı

4628 sayılı Kanun uyarınca yıllık elektrik enerjisi tüketim tutarı 9 GW-saat⁶⁰⁷ olan tüketicilerin, istedikleri kaynaktan elektrik enerjisini satın alabilecekleri yönünde, rekabeti sağlamaya yönelik bir uygulama öngörülmektedir. Anılan sınırlamada öngörülen tutarın, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından ilerleyen yıllarda daha aşağıya çekileceği ve nihayet Enerji Stratejisi Belgesi uyarınca 2009 yılı başına kadar 7,8 GW-saat üzerinden belirlenmek ve 2011 yılında sıfırlanmak suretiyle her bir tüketicinin hiç bir sınırlama olmaksızın serbest tüketici⁶⁰⁸ sayılacağı hususuna yer verilmektedir.

Dağıtım şebekesi hizmetinin sadece şebekeyi erişime hazır tutmak ve karşılığında bir ücret tarifesi uygulayarak hizmetinin karşılığını almaktan ibaret olması gerekirken ve teknolojik olarak buna imkan bulunurken, serbest tüketici olmanın belli bir takvime bağlanmış olması, dağıtım şirketlerine belirli oranda ticaret tekeli yaratma olanağı sağlayacağı açıktır. 4628 sayılı Kanun'un müzakereleri sırasında bu tür bir tekeli olanağın dağıtım şirketlerine tanınmaması gerektiği yolunda bizim de katıldığımız itirazlar ileri sürülmüş, ancak, dağıtım şirketlerinin özelleştirilebilmesi için bu tür cazibelerin ve teşvik edici unsurların bulunması gerektiği savunmasıyla karşılaşmıştır. Bize göre, dağıtım şebekelerinin özelleştirilmesi gerekçe gösterilerek bu yönde bir tekel hakkının dağıtım şirketlerine verilmesi, rekabeti kısıtlamaktan başka anlam taşımaz. Öte yandan, dağıtım özelleştirmesinin cazibeli hale getirilmesi için böylesi bir tekel ortamı yaratılması, mazur gösterilemez.

⁶⁰⁷ Bahsekonu rakam, AB'ndeki alt sınırla uyumlu olmak üzere (bkz. Akcollu, Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, op. cit., s. 69) belirlenmiş olmakla beraber, TBMM'ndeki kanunlaşma sürecinde bahsekonu tutarın rakamsal olarak AB ile uyumlaştırılmasının bir anlam ifade etmeyeceği, asıl dikkate alınması gereken unsurun bu rakamla AB'nde sağlanan rekabetin ve pazar açıklığı bakımından sektördeki durumun oransal olarak belirlenmesi ve aynı oranın ülkemizde sağlanabilmesi için gereken rakamın belirlenmesi olduğu tarafımızdan ileri sürülmüş, ancak -maalesef- sonuç olarak "zevalde" bir "uyum" sağlamak yoluna gidilmiştir.

⁶⁰⁸ Serbest tüketiciler, kendisine elektrik temin edecek olan üretici şirketi kendisi saptayan ve bu üreticiyle özel anlaşma yapma yetkisine sahip olan kuruluşlardır (Sevaioğlu, Osman; Elektrik Sektöründe Rekabet ve Yeni Elektrik Piyasası Kanunu, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001, s. 62.

Dağıtımın özelleştirilmesi, sonuçta bir finans hesabına dayanır; cazibe yaratılacak ise bu, şebeke kullanım tarifelerinin şebekeyi erişime açık tutmanın maliyetlerini karşılayacak derecede tutulmasıyla sağlanmalıdır ve bu mümkündür. Bunun yerine, şebeke üzerinden yapılan ticareti tekel olarak dağıtım şirketine bırakmak, sözcülemi YİD modeliyle yaptırılacak bir 3. Boğaz Köprüsü örneğinde, köprünün işletmecisi şirketin köprü geçiş ücretinden yeterince kâr elde edemeyeceği gerekçesiyle, köprünün üzerinden sadece bu şirkete ait ağır vasıta taşıma araçlarının ticaret amaçlı geçiş yapabileceği gibi tekelci bir kısıtlamaya gitmekle eş anlamlıdır. Bu durumun kabul edilemeyeceği ise açıktır. Böylesi bir yatırımda, yatırımcı bakımından yeterli cazibenin oluşması yönünde sıkıntı olacağı düşünülüyorsa, bunun çözümü, maliyetleri karşılayacak ve yatırımcı için yeterli cazibeyi sağlayacak bir geri dönüşe imkan verecek şekilde köprü geçiş (yani, şebeke kullanım) ücreti tarifesini oluşturmaktır; tekelci bir yapıda ticaret yapma imtiyazı ihsan ederek rekabeti ortadan kaldırmak suretiyle genel refahı baltalamak değil! Bu bağlamda son olarak vurgulamak gerekirse, dağıtım ile ticaret hususlarının birbirinden ayrı nitelikte olduğu; dağıtım hizmeti ile perakende satış faaliyetinin birbirinden ayrı olduğu bir yapının kurgulanmasının Bakanlıkça da uygun görüldüğü, Bakanlığın 2000 yılındaki bir yazısında belirtildiği; ancak nedense bu hususun uygulamaya geçirilmediği ve dağıtım şirketlerine ayrıcalık (imtiyaz) tanıyan sözleşmelerin imzalanabildiği görülmüştür.

C) Kamu Hizmetlerinin Kamu Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Yöntemleri

1. Altyapı Yatırımlarının Kamu Tarafından Gerçekleştirilmesi

1.1. Genel

Bir ülkede hakim olan ekonomik felsefe, yatırımların kim tarafından ve ne şekilde gerçekleştirileceğini de belirler. Özel mülkiyetin tanınmadığı veya çok kısıtlı derecede yahut asgari ölçekte izin verildiği devletçi sistemlerde doğal olarak üretim araçlarının mülkiyeti devlete aittir. Günümüzde bu tür rejimlerin –az da olsa– örneklerine hâlâ tesadüf edilmektedir. Küba ve Kuzey Kore bunlara örnek olarak verilebilir. Bu tür rejimlerde sınıai faaliyetler neredeyse tamamen devlet mülkiyetinde bulunmaktadır, dolayısıyla her türlü altyapı faaliyeti –evveliyetle– devlet eliyle gerçekleştirilmektedir.⁶⁰⁹

⁶⁰⁹ Bu tür rejimlerde doğal olarak güncel hayatın her alanında merkezi sistemin uygulamalarına rastlanmaktadır. 1999 yılında Bulgaristan'a yaptığımız bir ziyarette sosyalist rejimin hemen her alandaki ilginç uygulamalarının izlerine bizzat şahit olmuştuk. Mülkiyetin sadece kısıtlı olarak izin verildiği bu rejimde, sözcülemi bizdeki konut kooperatiflere benzer şekilde inşa edilmiş bulunan

Buna karşın, spektrumun diğer tarafında mülkiyete daha geniş ölçüde izin veren rejimler bulunmaktadır. Kimi ülkelerde devletin ekonomideki rolü nisbeten sınırlandırılmış olmakla beraber altyapı faaliyetleri yine de devlet eliyle gerçekleştirilmekte (sosyal demokrasi uygulayan Fransa veya kimi kuzey Avrupa ülkeleri ve Türkiye gibi), kimilerinde ise daha liberal bir yaklaşımla mümkün olduğunca her türlü yatırımın özel sektör eliyle ifa edilmesine dayalı bir ekonomi politikası izlenmektedir (İngiltere gibi). Açıktır ki bu uygulamalar zaman içerisinde değişik tonlarıyla uygulanagelmektedir. Nitekim, buna ilişkin çarpıcı bir saptamaya aşağıda yer vermek istiyoruz: “Uzun yıllar boyunca Avrupa’da kamu taraftarları ile özel sektör taraftarları arasında tartışma süregelmiştir. Birinciler “devletçilik” sayesinde kamu yöntemleriyle üretimin artırılacağına inanırken, “herşeye özel sektör” diyenler özel menfaatler toplamının genelin menfaatlerine tekabül ettiğini iddia etmişlerdir. Günümüzde durum anlamlı şekilde değişmiştir. Doğuda, Berlin duvarı yıkıldıktan sonra, pazar ekonomisinin gündeme geldiğini görürken, Amerika’nın müdahaleciliği canlandırmaya yöneldiğine şahit oluyoruz. Avrupa ise, tek pazardan Maasricht anlaşmasına kadar kamu ve özel girişimler arasında bir denge, ılımlı bir liberalizm aramaktadır.”⁶¹⁰

–sosyal- apartman bloklarında daireler üzerinde kişisel mülkiyet bulunmakla birlikte, Sofya şehir merkezindeki bu meskenlerin kış mevsiminde ısıtılması belediye tarafından sağlanıyor ve belediye ısıtma sistemini kendi takdir ettiği zamanda hizmete sunmadığı sürece –hava ne kadar soğuk olursa olsun- ısıtmadan yararlanma olanağı bulunmuyordu. Daha da ilginç, apartman bloklarında tek bir sayaç bulunduğu için ısıtma bedeli her daire için ortalama bir değer olarak belirleniyor ve o dönem için fevkalade yüksek sayılan (emekli maaşının yaklaşık 60 ABD Doları olmasına karşın aylık ısınma bedeli yaklaşık 50 ABD Doları olarak belirlenmişti) ısınma bedelini ödeyemeyen ve buna karşın bireysel sayacı olmadığı için de kendi dairesinin ısıtmasını devreden çıkarmayan emeklilerin ikamet ettiği dairelere karşı bireysel kesme işlemi uygulama olanağı bulunmadığı için tüm blokun ısınma tertibatı kesiliyor, bu defa anılan bedeli ödeyebilen daireler de bundan etkilendiği için aynı bloktaki komşular arasında şiddetli tartışmalara rastlanıyordu! Yine, serbest avukatlık yapılmasına izin verilmekle beraber, kişisel kazanç devletçe belirlenen belli bir cüzi tutara ulaştığında, bu bedelin üzerine çıkan miktara devletçe el konulmaktaydı! Bulgaristan’ın Karadeniz sahili boyundaki tatil yörelerinde ise üç-beş odalı pansiyonlarda devlet memurları işletmecilik yapmaktaydı! Bize çok şaşırtıcı gelen bu son uygulamayı daha sonra düşündüğümüzde, aslında özellikle 1950’li yıllardan bu yana güya serbest ekonomi rejimini uygulamakta olduğunu “varsaydığımız” ülkemizde de kimi tatil köyleri veya otellerin devlet veya kamu kurumlarınca (TURBAN) işletilmekte olduğunu ve bu uygulamaya ancak 1990’lı yıllarda bu sektörde gerçekleştirilen özelleştirmelerle son verildiğini hatırlamak, bizim için ironik bir gülümsemeyi de beraberinde getirmişti!). Bütün bunlara burada yer vermemizin nedeni, kamu hizmeti mülhazalarında perspektifin doğru kurgulanmaması durumunda hangi uç örneklerle gidilebileceğine dair küçük bir pencere açabilme amacına yöneliktir.

⁶¹⁰ Martinand, Claude; Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, Fransız Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği Yayını, 29 Haziran, 1994, Ankara, s. 15 (“vurgular”, yazarına aittir).

1.2. Ekonomik Felsefe- Devletçilik İlkesi ve Anayasa

Ülkemizde ekonomi politikasına yönelik algılamaların zaman içerisinde fevkalade değişim gösterdiği görülmektedir. Bu gelişmelerde dünyadaki ekonomi politikalarının gidişatı, yönlendirici unsurlardan biri olmuştur. Devletin ekonomideki yeri, zaman içerisinde daralan ve genişleyen bir seyir izlemiştir. 1980 öncesinde ekonomi politikası olarak ağırlıklı biçimde devletin ekonomide söz sahibi olduğu hantal bir ekonomik yapıdan söz edilebilir. Bu dönemde temel yaklaşım, devletin kimi üretim alanlarında başat olması, ancak özel sektöre de belirli alanlarda faaliyet gösterme izninin verilmiş olmasıdır. Ancak, temel ekonomik faaliyetlerin devletçe yerine getirilmesi anlayışı ön plana çıkmaktadır. Sözgelimi, Türkiye’de 1980 öncesinde altyapı faaliyetlerinin devlet eliyle gerçekleştirilmesi genel bir kabul olarak telakki edilmekteydi. Nitekim, “(m)erkantalist bir dönemden tevarüs edildiği anlaşılan”⁶¹¹ ve iktisadi bağımsızlık anlayışından beslenen görüşlerin revaçta olduğu görülmektedir. Bu dönemlere bakıldığında, 1970’lerdeki “ağır sanayi hamlesi” sloganıyla maruf bir siyasi partimizin varlığı hatırlanacaktır.⁶¹² Bu meyanda, yukarıdaki bölümde özetlediğimiz üzere dünya ölçeğinde vuku bulan gelişmeler, ülkemizdeki uygulamaları ve düşünsel yapıyı da yakından etkilemiştir.

Nitekim, ülkemizde 1991 yılındaki seçimlere değin bir parti (ANAP) hariç diğer siyasi partilerin neredeyse tamamının özelleştirmeye (ve dolayısıyla altyapı faaliyetlerinin özel sektörce yerine getirilmesine) karşı politikalar izlediği bilinmektedir. Ancak 1991 yılı genel seçimlerinden sonradır ki, siyasi yelpazemizin ezici çoğunluğunda artık özelleştirmenin kaçınılmaz biçimde yapılacağı kabulüne gelindiği, sadece bunun ne şekilde ve hangi zamanlama, yöntem ve kurallar çerçevesinde gerçekleştirileceğine dair farklılıkların muhafaza edildiği görülmektedir. Bütün bu gelişmenin ortaya çıkabilmesinde, kuşkusuz dış dünyadaki gelişmelerin ve bu meyanda özellikle İngiltere’deki özelleştirme uygulamalarının nisbeten başarılı sonuçları ile Sovyetler Birliği’nin dağılma sürecine girmiş olması başlıca etkenler ara-

⁶¹¹ Arsan, *İktisatta Zihniyet ve Metodoloji*, op. cit. s. 161. Arsan, anılan makalesinde bu tür uygulamaların sonuçta korumacı politikalara yol açtığını ve iktisadi buhranlara neden olduğunu belirterek, “dünyanın şimdiye kadar karşılaştığı en dramatik ekonomik tabloyu yansıtan 1929 krizinin en büyük sorumlusu, ülkelerin aşırı boyutlara ulaşan korumacı politikaları olmuştur” demektedir (bkz. s. 161).

⁶¹² Arsan, bağımsız sanayi modelinde neye mal olduğuna bakılmaksızın ağır sanayi inşasının kaçınılmaz olacağını ve burada birbirinden çok farklı olan ekonomik verimlilik yerine teknik verimlilik anlayışıyla “mühendis zihniyeti” çerçevesinde hareket edilerek “ağır sanayinin isminden de ağır bedel” ortaya koyduğunu vurgulamaktadır! (Bkz. Arsan, *İktisatta Zihniyet ve Metodoloji*, op. cit., s. 162.)

sındadır. Sonuç olarak, bütün bu gelişmeler itibariyle "(g)ünümüzde küreselleşme ve yeni liberalizm(in) egemen süreçler ve ideolojiler haline gel(diği)"⁶¹³ savunulmaktadır.

Cumhuriyet'in kuruluş yıllarında ise daha farklı ve o dönemin dünya konjonktürüyle uyum içerisinde liberal bir ekonomi politikasından söz etmek mümkündür. Bu dönemde ekonomiye özel bir önem verildiği bilinmektedir. Hatta, Kurtuluş Savaşı bitmiş olmakla beraber, asıl mücadelenin şimdi başladığı, bunun da ekonomik kurtuluş savaşımı olduğu vurgulanmış ve topyekün bir kalkınma hamlesine girişilmesi öngörülmüştür. Atatürk'ün "...askeri ve siyasi bağımsızlık ancak ekonomik bağımsızlıkla taçlandırılırsa korunabilir" anlayışı Cumhuriyet Türkiye'si'nin kalkınma çabalarının temelini oluşturmuştur.⁶¹⁴ Cumhuriyet rejiminin ilk dönemlerindeki iktisadi felsefenin daha ziyade özel sektör öncülüğüne dayandırıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, Atatürk döneminde uygulanan ekonomi politikasının keskin çizgiler içermediği ileri sürülmektedir. Esasen, "(k)uşku yok ki, bir dâhinin teorisini saptamak çok zordur."⁶¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da ifade edildiği üzere, "Atatürk'ün iktisadi görüşleri kati ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır."⁶¹⁶ Dolayısıyla, içinde bulunulan koşullara göre pragmatik yaklaşımların sergilendiği gözlenmektedir. Hatta, bir görüşe göre, "(y)arım yüzyıllık Cumhuriyetin iktisat siyasasına, "liberalizm – devletçilik" ya da "kapitalizm – sosyalizm" kalıpları içinde birbirini izleyen dönemler olarak bakmanın yanıltıcı olabileceği, bu siyasada **iktisadi milliyetçilik** olarak tanımlanabilecek bir sürekliliğin daha temel bir nitelik sağladığını görmenin daha çok ışık tutabileceği savunulabilir."⁶¹⁷

Nitekim, Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki serbest piyasa ekonomisinin uygulanmasında istenen başarının sağlanamayışından kaynaklanan gereksinim çerçevesinde, Atatürk'ün pratik yaklaşımıyla Cumhuriyetimizin ilk -ve uzun süre boyunca tek-siyasi partisi olan Cumhuriyetçi Halk Partisi'nin 1931 yılı Kongresi'nde yeni bir poli-

⁶¹³ Acar, İbrahim Atilla – Gül, Hüseyin; 1980 Sonrasında Kamusal Mal ve Hizmet Sunumunda Yaşanan Dönüşüm (www.sdu.edu.tr/sempozyum/2006/maliye/PDF/acar_gul.pdf).

⁶¹⁴ Sabır, Hasan; *Atatürk'ün İktisat Zihniyeti*, Dış Ticaret Dergisi, Dış Ticaret Müsteşarlığı Yayını, Yıl 8, Sy. 28, Nisan 2003 (www.dtm.gov.tr/ead/dtdergi/nisan2003/ataturk.htm).

⁶¹⁵ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 232.

⁶¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 18 Şubat, 1985 tarih ve E. 1984/9, K. 1985/4 sayılı kararı (26 Ağustos, 1985 tarih ve 18793 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁶¹⁷ Yenel, *İktisat Siyasası Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 146.

tıkaya geçiş yapıldığı görülmektedir. Bu meyanda, "altı ok" simgesiyle betimlenen 6 umdeden (ilkeden) müteşekkil bir ilkeler dizini ortaya konmuştur; bunlardan biri de "devletçilik"tir.⁶¹⁸

"Devletçilik ilkesi, daha sonra anayasal kurum haline getiril(miştir). 5 Şubat, 1937 tarihinde Anayasa'nın temel ilkelerini içeren ikinci maddesine "devletçilik" ilkesi(nin) eklen(diğini) görüyoruz."⁶¹⁹ Hatta, bu ilkenin 1930'lu yılların sonuna doğru bazen çok sert ideolojik yorumlarına da gidildiği ve "devletçiliğe muhalefet, Anayasaya aykırı her eylem gibi suç sayılacaktır" ifadesinin dönemin Anayasa Komisyonu Başkanı Şemsettin Günaltay tarafından dile getirildiği, yine CHP'nin o dönemdeki Genel Sekreteri Recep Peker'in de "devletçiliğin aksi olan liberalizmden yana olan hiçbir faaliyete müsaade edilmeyeceği"ni ilan ettiği görülebilmektedir.⁶²⁰

Bununla birlikte, kelimenin muhtemel çağrışımlarından bağımsız bir kavramdan bahsedilebileceği söylenebilir. Zira;

"Atatürk tarafından hedefleri belirtilen devletçilik (şu) üç temel esasa oturtulmuştu:

- *Devletin sanayi sektöründe yatırımları gerçekleştirmesi, nihai olarak sermayenin devletin mülkiyetinde olması amacına yönelik değildi. Sadece geçiş döneminin getirdiği koşullara özgü bir zorunluluk olarak devletçiliğin benimsendiği kabul edilmekteydi. Milli ekonominin felsefi temeli, ilke olarak yine özel girişimcilik (şeklinde) belirlenmişti.*
- *Devletçilik, ekonominin bütünü için değildi, sadece sanayide uygulanacaktı. (Sözelimi t)arım sektöründe devlet mülkiyetinde üretim yapacak kurumlara (yer verilmeyecekti).*
- *Devletin yatırım yaptığı bütün alanlar, (yeterli vergi geliri sağlamakta güçlük çeken idareye ilave gelir kaynağı yaratmaya matuf) mali tekeller kurmak amacıyla yapılanlar hariç özel sektöre bütün koşulları itibariyle açık olacaktı.*

⁶¹⁸ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 195.

⁶¹⁹ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 201.

⁶²⁰ Yenil, *İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 148.

(Böylece, bu üç ilkeyle) devletçiliğin doktrin gereği olarak değil, pragmatik zihniyetle benimsenmiş olduğu (açıkça ortaya konulmaktadır).⁶²¹

Nitekim, "devletçilik dönemi olarak ifade edebileceğimiz bu dönemde, ekonomide piyasa mekanizması kaldırılmamış, özel kesim ve kamu kesimi hem farklı alanlarda, hem de aynı üretim kesiminde yan yana bulunmuşlardır."⁶²² "Kemalist devletçilik bir ekonomik büyüme mucizesi yarattı. Türkiye, Japonya ve Rusya ile birlikte, dünyanın en hızlı sanayileşen üç ülkesinden biri oldu. Ama Kemalizm o dönemde bile, "özel girişim esastır" ilkesinden ayrılmadı."⁶²³ Giderek, devletçilik ilkesine geçişin dönemin koşulları çerçevesinde güvenlik esaslı (askeri) kimi mülhazalar ışığında da gerekli telakki edildiği anlaşılmaktadır. "Sektörel bazda düşünülen yatırımları hangi illerde gerçekleştireceklerine ilişkin liste Atatürk'ün bizzat ve tek tek incelemesinden geçirilerek onaylanmış ve bunların hepsi, askeri açıdan Genel Kurmay'ın olurluğunu almıştı."⁶²⁴

1924 Anayasası'na 1937 yılındaki değişiklikle dahil edilen devletçilik ilkesi, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında bu durum "... 1924 Anayasasında ... "Devletçilik" Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa, liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir."⁶²⁵ şeklinde ifade edilmektedir. Maaafih, Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 42, 58, 81 ve 134'üncü maddelerinde atıfta bulunulan –ve "iç anayasaüstü normlar" denilebileceği ve böylelikle Anayasa'dan da üstün olduğu ileri sürülen⁶²⁶– "Atatürk ilke

⁶²¹ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 198, 199.

⁶²² Demirci, *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 163.

⁶²³ Kışlalı, Ahmet Taner; *Özelleştiresek de mi Yessek, Özelleştirmesek de mi?...*, Cumhuriyet Gazetesi, 5 Aralık, 1997. Bununla birlikte, aksi yönde görüşlere de rastlanmaktadır. Örneğin, Yenal'a göre "... Cumhuriyet'in ilanından 22 yıl sonra, İkinci Dünya Savaşının bittiği 1945 yılında kişi başına düşen milli gelir 1927 yılı düzeyinden çok farklı değildi. (Bu süreçteki savaşlar vs. gibi dışsal etkileri göz önüne alarak) süreyi Cumhuriyet'in ilk elli yılına uzatsak dahi, Cumhuriyet'in simgelediği askeri ve siyasal mucizelerin, iktisat alanındaki büyük bir atılımla taçlandığını savunmakta güçlük çekeriz." (bkz. Yenal, *İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 174).

⁶²⁴ Bkz. Birinci Beş Yıllık Sanayi Planı, Başvekalet Basımevi, 1933'den aktaran: Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 202.

⁶²⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 27 Eylül, 1985 tarih ve E.1985/2, K.1985/16 sayılı kararı, AMKD, Sy. 21, s. 222.

⁶²⁶ Fendoğlu, H. Tahsin; *Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu*, AYD, C. 17, 2000, s. 368.

ve inkılâpları” deyimi çerçevesinde, dönemin koşullarına istinaden bahsekonu ilkeler arasında yer aldığı ileri sürülebilecek “devletçilik” ilkesinin Anayasamızda yer bulduğu hususunun yorum konusunda zorluk yarattığı da söylenebilir.⁶²⁷ Öte yandan, hukukun genel ilkelerinin anayasa üstü bir değerde olduğu kabulünden ve keza Fransız Anayasa Konseyi’nin iki ayrı kararında “kamu hizmetinin devamlılığı” ilkesini hukukun genel ilkesi olarak kabul etmiş olmasından hareketle⁶²⁸, devletçilik ilkesine Anayasa’da yer bulma çabalarının ilaveten destekleneceği temeller kurgulanmaya çalışılabilir. Devletin ekonomik hayat müdahalesi yönünde 1961 Anayasası’nda sadece ilke temelinde genel bir hüküm (m. 41) yer alırken, 1982 Anayasası’nda ise genel bir hüküm yerini çeşitli maddelere serpiştirilen (m. 5, 48, 166 ve 167) ve ancak devletçilik ilkesinin uygulanması bağlamında değerlendirilmeyecek hükümler kataloğuna bırakmıştır.⁶²⁹ Buna rağmen, devletçilik ilkesinin çok daha katı şekilde yorumlandığı da dikkati çekmektedir. Nitekim, “sosyal hizmeti asıl belirleyen kamusal mal ve hizmetler ile kamu iktisadi teşebbüslerinin” Anayasa’da yer alan “sosyal devlet” kavramının içerisinde olmak hasebiyle devlet tarafından sunulması yönünde kimi yorumların yapıldığı görülmüştür.⁶³⁰ Dolayısıyla, bahsekonu kavramın tarihçesi daha da önem kazanmaktadır. Nitekim, 1983 sonrası özelleştirmelere ilişkin olarak kavramın Anayasa yargısında sınılanması sürecinde, Anayasa’da sadece “devletleştirme” kavramına yer verildiği ve fakat “özelleştirme”den söz edilmediği gibi yorumlardan hareketle, özelleştirmenin Anayasa’da öngörülmediği şeklinde algılamalara gidildiği ve bu anlayışın hakimiyet kazanmasının güçlülükle önüne geçildiği bilinmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, yukarıda değindiğimiz kararda (E.1985/2, K.1985/16), Anayasa’da yer verilen sosyal devlet ilkesinin devletçilik anlamına gelmediğini sarahaten ve vurgularak belirtmektedir. Nihayet, bir başka kararda Anayasa Mahkemesi, özelleştirmeye yönelik daha sarıh bir görüş belirterek, devletleştirmenin özelleştirmenin tersi bir işlem olduğunu ve bu nedenle devletleştirmeye yetkili organın özelleştirmeye de yetkili olacağını vurgulamıştır.⁶³¹ Aynı yönde öğretiden bir görüşe göre

⁶²⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 358.

⁶²⁸ Fendoğlu, *Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu*, op. cit., s. 369.

⁶²⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, op. cit., s. 102.

⁶³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin özelleştirmeler konusundaki kimi kararlarına karşı bu yönde getirilen eleştiri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, Lütfi; *Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni*, AİD, C. 19, Sy. 1, Mart 1986, s. 9.

⁶³¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 7 Temmuz, 1994 tarih ve E.1994/49, K.1994/45 sayılı kararı, AYMKD, C. 1, Sy. 31, s. 275-318.

de, "... "özelleştirme"nin bir tür "tersi" sayılabilecek "devletleştirme"nin kanunla yapılması, aynı kenarbaşığığı taşıyan Anayasa'nın 47 nci maddesi hükmü gereğidir."⁶³²

Devletleştirme-özelleştirme siyasası bağlamında 1980'lerdeki temel eksen değişikliğine ilişkin bir yasaya burada değinmek yerinde olacaktır. Anayasa'nın 47. maddesinde yer verilen "kamu hizmeti niteliğii taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilebileceğii" yolundaki düzenleme kapsamında bunun koşullarını belirlemeyi teminen 1984 yılında çıkarılan 3082 sayılı Kanun'a⁶³³ göre, "... özel teşebbüsler, ancak aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde devletleştirilebilir:

a) Devletleştirilecek özel teşebbüsün, yaptığı hizmet veya üretimin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi,

b) Bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkanının bulunmaması,

c) Hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi."

Bahsekonu düzenlemeyle sadece Anayasa'da öngörülen devletleştirilmenin koşulları belirlenmiş olmakla kalmamakta, aynı zamanda liberal bir felsefenin de bu yasal düzenleme içerisine ustaca yerleştirildiğii görülmektedir. Bu yasal düzenleme aleyhine "devletleştirme olanağının ortadan kaldırıldığı" gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası Anayasa Mahkemesince reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin kararına göre, bahsekonu yasal düzenleme "... Anayasa'nın 5. ve 167. maddeleriyle devlete verilmiş görevlerin yerine getirilmesini engellemediğii gibi, ... devletleştirme olanağii (da) ortadan kaldırılmamıştır."⁶³⁴ Bahsekonu düzenleme uyarınca devletleştirilecek özel teşebbüsün gördüğii kamu hizmetinin "ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi" koşulunun, yerel ölçekte ifa edilen kamu hizmetlerinin kapsam dışında kalması sonucunu doğurmaya elverişli olması bakımından eleştiriye açık olduğii söylenebilir. Esasen, Yüksek Mahkeme'nin anılan kararına muhalefet şerhi düşen üyelerin getirdiğii eleştiriler arasın-

⁶³² Özay, *Özelleştirmenin Yasal Öyküsü, içinde Günışığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 341, 342.

⁶³³ 20 Kasım, 1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliğii Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun (1 Aralık, 1984 tarih ve 18592 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁶³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 27 Eylül, 1985 tarih ve E.1985/2, K.1985/16 sayılı kararı (5 Aralık, 1985 tarih ve 18949 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

da bu hususa da yer verilmektedir ve kanımızca (Anayasa'nın kendisinde ülke çapında ihtiyaç gibi bir koşulun öngörülmemiş olduğu, anılan yasal düzenlemeyle devletleştirmenin zorlaştırıldığı ve adeta olanaksızlaştırıldığı gibi) isabetli tesbitleri içermektedir.

Öte yandan, bahsekonu yasal düzenlemeden başka anlamlı sonuçlar da çıkarılabileceğini düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verdiğimiz kararında "özelleştirmenin devletleştirmenin tersi bir işlem olduğu" ve bu meyanda benzer yasal sürece tâbi tutulması gerekeceği yönündeki yaklaşımından mühim olarak, devletleştirmenin de aynı şekilde özelleştirmenin tersi bir işlem olmasından hareketle, bir kamu hizmetinin devletçe görülebilmesi için devletleştirmeye ilişkin Kanun'da öngörülen koşulların gerçekleşmiş olmasının aranması gereği ileri sürülebilir. Dolayısıyla, özel kesim tarafından halihazırda yürütülmekte olan kamu hizmetine ilişkin bir teşebbüsün devletleştirilmesi için gereken bu koşullar, aynı zamanda bir hizmetin halihazırda devletçe görülmekte olması veya toplumdaki gelişmelerle yeni bir hizmet alanının ortaya çıkması durumunda, bu hizmetlerin devletçe mi yoksa özel kesim tarafından mı yerine getirileceği hususunun tesbitinde belirleyici olmak icap eder.

Şu halde, bu yaklaşımın bir sonucu olarak, devletin bir hizmeti kamu elinde tutmaya devam etmesinin gereklerini de bahsekonu yasal düzenlemede öngörülen koşulların belirlemesi kabul edilmelidir. Nitekim, Cumhuriyet'in ilk yıllarında demiryollarına ağırlık verilmesi ve bunun da devlet eliyle gerçekleştirileceğinden bahsedildiğinde, bu yöndeki politikalara karşı çıkılarak "devlet demiryolu yapamaz, kitapta yeri yok" yollu eleştiriler getirildiği, buna karşın dönemin Başbakanı İsmet İnönü'nün "(b)en o teori bu teori bilmem. Bir şey bilirim, o da her gün bir karış ray döşemek..." yanıtını verdiği bilinmektedir.⁶³⁵ Bunun sonucu ise, özellikle bir hizmet veya üretimi "*kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan*" sağlama olanağının bulunması halinde, bu hizmetlerin özel kesim eliyle görülmesinin ve devletin bu alanlarda "rol çalmasının" sözkonusu olmaması gerektiğidir. Yinelemek gerekirse, devletleştirme ile özelleştirme arasındaki "birbirinin tersi süreç" anlayışı özelleştirmeye olanak sağlamayı teminen Anayasa Mahkemesi kararıyla kabul gördüğüne göre, devletçe yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde de aynı "analoji"nin tatbik edilmemesi için bir gerekçe bulmak zordur. Bu yaklaşımın kabul görmesi halinde en büyük yarar, hangi hizmetlerin kamu hizmetleri sıfatını kazanarak "ka-

⁶³⁵ Bkz. Atay, *Çankaya*, op. cit., s. 491. Atay, "(m)ekteplerde okudukları veya okuttukları ondokuzuncu asır iktisat teorileri ile yeni devlete nasihat verenleri dinlese, kollarımızı kavuşturup bir asır beklemeli idik" diyerek dönemin koşullarını aktarmaktadır (ibid).

musal alanda" görüleceğine dair irdeleme sürecinde ve doğal olarak bunun sonucunda kamu hizmetinin kapsamının belirlenmesindeki yol göstericiliği olacaktır.

Öte yandan, "Türkiye'de Atatürk zamanında teorisi geliştirilen "devletçilik", ülkenin ihtiyacı olan, ancak özel girişimcilerin gücünün yetmediği üretim alanlarına, devletin "malik-müteşebbis" olarak yatırım yapmasıdır. Yine o devirde dahi, bu yatırımların, zamanı gelince özel sektöre devredilmesi derpiş edilmiştir."⁶³⁶ "Nitekim iktisadi devlet teşekküllerine ilişkin 1938 tarihli 3460 sayılı yasada özel girişimin önemi vurgulanıyor ve koşulların uygun bulunduğu anda iktisadi devlet teşekküllerinin "İDT" özel sektöre devredileceği belirtiliyordu."⁶³⁷ Hatta, özel girişimciliğin esas alınacağı, 1923 tarihli İzmir İktisat Kongresi'nde Hüseyin Cahit (Yalçın) tarafından çok çarpıcı biçimde ifade edilmektedir: "Türkler, hayat-ı iktisadiyeden uzak ve gafil idiler... Türkleri memurluk ve askerlik sahalarından ticaret sahalarına sevk etmek istedik."⁶³⁸ Bahsekonu Kongre'de Atatürk tarafından yapılan konuşmada da aynı yönde vurguların yapıldığı görülür:

"... Efendiler, içine girdiğimiz halk devrinin, milli devrin, milli tarihini dahi yazabilmek için kalemlerimiz saban olacaktır. Bence halk devri, iktisat devri kavramı ile açıklanır. Öyle bir iktisat devri ki onda memleketimiz bayındır olsun, milletimiz refah içinde olsun ve zengin olsun. Bu noktada bir felsefeyi daha hatırlatayım: ... "kanaati tükenmez bir hazine saymak, fakirliği erdem bilmek felsefesine de artık son versin..."

... Bu vatan evlat ve torunlarımız için cennet yapılmaya layık ve yakışır bir vattandır. İşte bu memleketi böyle bayındır ve cennet durumuna getirecek olan iktisadi sebep, iktisadi araçlar ve iktisadi faaliyetlerdir. Bu nedenle öyle bir iktisat devri gerektir ki, artık milletimiz insanca yaşamasını bilsin, insanca yaşamanın neye bağlı olduğunu öğrensün ve o araçlara başvursun. Hepimizin arzusu şudur ki bu memleketin fertleri; tarımın, ticaretin, sanatın, emeğin, hayatın temsilcisi olsun."⁶³⁹

⁶³⁶ Cansen, Ege; *Devlet Batıran Aysel'ler*, Hürriyet Gazetesi, 11 Eylül, 2002.

⁶³⁷ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 200. "Hatta, bugünkü "özelleştirme" düşüncesinin ilk örnekleri burada görülür. 1960'tan sonra bu yaklaşım, beş yıllık kalkınma planlarında zaman zaman bahsedilen bir yöntem olarak ele alınmıştı. Ancak bir ekonomi politikası olarak uygulamaya konulması 1983'ten sonra sözkonusu oldu" (bkz. İbid., s. 200).

⁶³⁸ Ökçün, A. Gündüz; *Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir*, Haberler-Belgeler-Yorumlar, AÜ SBF Yayınları: 471, Ankara, 1981 (III. Basılış), s. 368.

⁶³⁹ Savaş, *Atatürkçü Düşünce ve Küreselleşme*, op. cit.

Aslında, bu yaklaşımın izlerini çok daha gerilere götürmek mümkündür: Daha Tanzimat döneminde "... bir zamanlar "ninnilerde çocukları için memur olsun, kâtip olsun" temennilerini benimseyen anaların artık, "esnaf olsun, tüccar olsun..." tarzında ninniler söyledikleri (belirtilmektedir). Manastırlı İsmail Hakkı daha da ileriye giderek, ticaretle uğraşan kimselerin (müminlerin) kıyamet gününde sadıklar-la, şehitlerle kaynaşacağını belirten ayetler bulunduğunu yazıyordu."⁶⁴⁰ Esasen, Osmanlı devleti döneminde açılan başlıca yüksek eğitim kuruluşlarının Harbiye, Mülkiye ve Tıbbiye'den müteşekkil olması, sosyo-kültürel yapımızın o dönemdeki durumunu açıklamaya yeterince elverişlidir kanaatindeyiz. Hatta, bu "toplumsal yapı"ya ilk işaret eden Prens Sabahattin'e göre toplum yapımız "memuriyen" bir karaktere sahiptir; girişimci/bireyci kültür eksikliği, herşeyin devletten beklendiği "devlet baba" anlayışı ve sivil toplum toplumsal havzaların zayıflığı gibi nedenler, bürokrasiye ve memurluğa özgü zihinsel parametrelerin toplumsal alanda kök salmasına yol açmıştır.⁶⁴¹ Nitekim, dönemin koşulları altında, "(e)konomik faaliyetlerde Türklerin ehliyeti aleyhinde yayılmış olan yanlış telkinleri silmek, atmak, her sahada olduğu gibi iktisadi sahalarda da milletimizin kabiliyetini belirtmek"⁶⁴² için özel çaba sarfedildiği görülmektedir. Zira, "(k)üçük esnafıktan ve zatlardan itihâlat ihracat tüccarlığına, verimli ziraate kadar bütün millî ekonomi Hristiyanların inhisarı altında idi. Türkler rençber, asker, memur, vakıfçı veya derebeyi idiler."⁶⁴³ İşte bu nedenle, dönemin iktisat siyasetinin belirgin bir unsuru da, "millî iktisat" anlayışıyla hareket edilmiş olmasıdır.⁶⁴⁴

İktisadi zihniyet, esasında toplumların iktisadi davranışlarında belirleyici rol oynamaktadır. Toplumun ahlaki telakkileri bunda başlıca etmenlerden biridir. Sözgelimi, "Orta Çağ'da içine kapalı ve kanaatkâr bir hayat biçimi egemendi... İnsan, kendisini ve ailesini geçindirecek şeylere sahip olmanın yeterli olduğu kanısını taşıyordu. Bu ahlak anlayışında itidal kavramının etkili olduğu ayrıca belirtilebilir. (Bu dönemde) Avrupa'da egemen olan katoliklik Max Weber'e göre iktisap ruhunu reddetmişti. En azından iktisap eğilimini ahlaki açıdan doğru saymıyordu...

⁶⁴⁰ Manastırlı İsmail Hakkı, *Kesb ve Ticaret ve Tesisi Sanayii, Sırat-ı Müstakim* 1325, s. 369'dan aktaran: Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 84.

⁶⁴¹ Aytaç, Ömer; *Memurluk Zihniyeti ve Memuriyen Toplum: Prens Sabahattin'in Görüşleri Işığında Bir Çözümleme*, DEÜ SBE Dergisi, C. 8, Sy. 1, 2006, s. 2, 7, 10.

⁶⁴² Koloğlu, *Profesör Yusuf Kemal Tengirşenk*, op. cit., s. 3.

⁶⁴³ Atay, *Çankaya*, op. cit., s. 489.

⁶⁴⁴ Sabır, *Atatürk'ün Ekonomi Anlayışı*, op. cit., s. 8.

Servete ulaşma isteği daha önce kınanırken Reform hareketinin önemli ismi Calvin'in de etkisi ile bir ödev niteliğini kazanmıştır.⁶⁴⁵ Yine, eski dönemlerde "... birikdirilen yahut ticaret sayesinde elde edilen kazançların da istihsale tahsisi(nin) memnu olduğu" ve "... (d)aha fazla kazan(cın) makbul ve meşru adddedilme(diği)" bilinmektedir.⁶⁴⁶

Türk toplumunun iktisadi faaliyetlere bakışı ve ahlaki telakkilerine uzun süre hakim olan yaklaşımla benzeştiğini düşündüğümüz için, bu ifadelerin çarpıcı olduğu kanısındayız. Bu meyanda, ekonomik gelişmelerin incelenmesinden çıkarılacak en önemli derslerden birinin, toplumun refahı ve rekabet gücünün, yaygın ve güçlü kültürel özellikler tarafından koşullandırıldığını kavramak olduğu söylenebilir.⁶⁴⁷ Sosyo-kültürel yapımız, çok uzun zamandan beri iktisat politikalarımızın gelişmesinin önünde bir engel teşkil etmiştir. Zira, toplumumuzdaki "geleneksel yapı içinde... ne **başarı motifi** var, ne **rekabet motifi** var, ne **yenilik motifi** var."⁶⁴⁸ Nitekim, daha Osmanlı döneminde ancak **dünyevî** hayatı kısıtlayan **uhrevî** tabuların kaldırılmasıyla çağdaşlaşmanın yakalanabileceği görülmüştü.⁶⁴⁹ Bu uhrevî dünya görüşü içerisinde, "“bir lokma, bir hırka” felsefesinin getirdiği miskin teslimiyetçilik ile ticarî çıkar kavramı çelişiyor ve bu çelişkide, felsefi rahatlık tercih ediliyordu. (Bunun temelinde de) rekabetçi nitelik yaratmayan bir eğitim modeli vardı".⁶⁵⁰ Bugün de "insanları eğitirken, özgür insan yetiştirmiyoruz, biz terbiyeli insan yetiştiriyoruz. (Bu da sorgulamayı, tartışmayı ve yeni fikirler öne sürmeyi engelleyen, sözgelimi) daha üst düzeydeki bir kişiyle tartışmaya kalkıldığında "terbiyesizlik" (ithamıyla karşılaşılana bir sosyo-kültürel yapı oluşturmaktadır)."⁶⁵¹ Gerek eğitim sisteminin bu anlamdaki yetersizliği ve gerek toplumdaki uhrevî alana yönelik algılama, ülkemizde rekabetçi zihniyetin yeterince ortaya çıkmasını engellemektedir. Nite-

⁶⁴⁵ Weber, M., *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*'den aktaran: Güriz, *Kapitalizm ve Hukuk*, op. cit., s. 195, 196. Weber'e göre "aslında kazanma ihtirası kapitalizmle bağlantılı değildir. Kazanma ihtirası tarih boyunca garsonlarda, doktorlarda, arabacılar, fahişelerde, soylularda hatta dilencilerde görülmüştür" (ibid., s. 196).

⁶⁴⁶ Koloğlu, Mahmut; *Kapitalizm İnkâr Edilebilir Mi?*, AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950, s. 562.

⁶⁴⁷ Bozkurt, Rüştü; *Etkin Piyasa Yaratmada Kültür, Olanak ve Kısıtlarımız Üzerine Bir Deneme*, içinde Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım 1999, s. 138.

⁶⁴⁸ Erkan, Hüsnü; *Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet*, içinde Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım 1999, s. 52.

⁶⁴⁹ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 35 ("vurgu" yazarına aittir).

⁶⁵⁰ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 42.

⁶⁵¹ Erkan, *Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet*, op. cit., s. 52.

kim, günümüzde de "çok mal haramsız, çok söz yalansız olmaz" deyişi sıklıkla dillendirilmektedir ve böylece dünyevî alandan uzaklaşan bir sosyo-kültürel yapıya işaret etmektedir. Bunların sonucunda;

*"Türk toplumundaki geleneksel sosyal dayanışmacı yapı nedeniyle rekabetçi bir anlayış için, yenilikçi bir anlayış için, teknoloji üretmek için yeterli bir alan oluşmuyor... Olsa olsa çıkar rekabeti var, ama batıdaki gibi bireysel çıkar yerine Türk toplumunda sosyal ve bağımlılıkla bütünleşmiş bir grupsal çıkar sözkonusu. Buna bağlı olarak ekonomik alandaki kapitalizmimiz kurlsız ve kurumsuz geliyor. Grupsal çıkarlar, rüşvet, vesaire; bağımlılık ilişkisiyle bütünleşince, ortak çıkarı gerçekleştirmek ön plana çıkıyor. Dolayısıyla, başarı rekabetinin olmayışı rekabetin etkin biçimde oluşumunu engelliyor... Devlet tepede dünyevi, dini ya da sosyal kurallarsa tabanda veriliyor, orada da dayanışma ve bağımlılık var, rekabetin ön koşulları, kültür bir yerde yeterli ölçüde yok... Dolayısıyla, Türkiye'de rekabeti düşünürken, bu zihniyetin ve kültürel değerlerin topluma verilmesi gerekiyor... Aksi halde, Türkiye'de bugünkü gibi bağımlılıklar ve ilişki toplumu sürer gider; başarı toplumu değil, başarı rekabeti değil, ilişki toplumu geçerli olur."*⁶⁵²

Bu sosyo-ekonomik doku çerçevesinde Cumhuriyet'in ilk çabası, toplumda yeterli sayı ve nitelikte bir girişimci sınıfının oluşturulmasını sağlamaya yönelik olmuştur. Bu meyanda, 1950'li yıllarda dönemin Demokrat Parti iktidarı tarafından "her mahallede bir milyoner yaratmak" sloganıyla ifadelendirilen bir ekonomi politikasının izlendiği bilinmektedir. Hatta bu gereksinim, genç Cumhuriyet'in iktisadi politikasında Sovyet modelini benimsetmeye çalışılmasına karşılık dönemin Sovyetler Birliği Büyükelçisiyle yaptığı görüşmesinde bizzat Atatürk tarafından da benzer bir şekilde ifade edilmiştir: "Türkiye'de işçi sınıfı yok. Çünkü gelişmiş sanayi yok... Bizim burjuvamız ise henüz burjuva değil. Önce halkımızı burjuva sınıfı haline getirmemiz (yani devlet eliyle zenginleştirmemiz) gerekiyor... Benim amacım, Anadolu tacirine yardım etmek, zenginleşmesini sağlamaktır...."⁶⁵³ Esasen, İzmir İktisat Kongresi'nde özel teşebbüse öncelik ve ağırlık verileceği sarahaten belirtilmiş olmasına karşın ilerleyen yıllarda kamu ağırlıklı kalkınma modeline geçiş yapılmasının ardından, 1929 dünya iktisadi buhranının yanı sıra, toplumdaki girişimci sınıfının eksikliği de etken olmuştur.

⁶⁵² Erkan, *Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet*, op. cit., s. 48-56.

⁶⁵³ Aralov S. I., *Bir Sovyet Diplomatının Türkiye Hatıraları*, Burçak Yayınevi, İstanbul 1967, s. 234'den aktaran: Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 118.

Sonuç olarak, "Türkiye 1923-1929 döneminde ekonomiyi, liberal iktisat anlayışında ve özel sektör yönetiminde kalkındırmayı denemiş; ancak, çeşitli nedenlerle hedefine ulaşamamıştı(r. Zira, kapitalizmin istediği bilgi ve deneye sahip müteşebbis kadrosu henüz yoktu. (Keza, altyapı yetersizliği, sermaye yetersizliği... ve teknik eleman fakirliği söz konusu idi.⁶⁵⁴)"⁶⁵⁵ Bu çerçevede, "1929 yılında dünya ekonomisinde ortaya çıkan büyük iktisadi kriz Türkiye'de liberal iktisat siyasetinin (in tam olarak uygulanmasından) vazgeçilmesinde önemli bir neden olmuştur."⁶⁵⁶ Bunun akabinde 1980'lere kadar karma ekonomi modeli olarak adlandırabileceğimiz bir uygulama hakim olmuştur. Ancak, daha sonrasında devletin ekonomideki rolünü asgariye indirmeyi öngören bir ekonomi politikasına geçiş yapılmıştır.

1.3. Altyapı Yatırımları Politikası

Tarihi süreç içerisinde, gerek genel anlamdaki sınai ve gerek altyapı hizmetlerinin devlet veya özel sektör eliyle gerçekleştirilmesinin örneklerine rastlanmaktadır. Genel eğilim, altyapı hizmetlerinin devlet eliyle gerçekleştirilmesidir. Bununla birlikte, çok eski zamanlarda dahi özel sektörün kimi altyapı hizmetlerini üstlenmiş olduğu gerçeğiyle karşılaşmaktadır. Örneğin, Avrupa'da daha 19. yüzyılda kimi altyapı hizmetlerinin özel sektör tarafından kurulup işletildiğinin örnekleri bilinmektedir. Henüz 19. yüzyılın başlarında özel sermaye tarafından desteklenen girişimciler, Londra'nın zengin semtlerinde birbirine rakip su şebekesi yatırımlarını gerçekleştirmişlerdir.⁶⁵⁷ Yine, "... 17. ve 18. asırda, aslında yunan-latın devrine kadar uzanan bu sistemin (imtiyazın) kullanımı, kanallar veya köprüler inşa etmek için tekrar kullanılmıştır. Demiryolları için olsun, su getirme, atık suların akıtılması, aydınlatma ve ulaştırma için olsun, 19. asır imtiyazın (concession) altın devri olmuştur."⁶⁵⁸ Sözgelimi, iktisat teorisinde deniz fenerleri çoğu kez kamusal mallara örnek olarak gösterilir. "İktisatçılar bu işi devletin yapması gereken bir hizmet olarak ele almışlardır... (yani devlet hizmeti olmazsa deniz fenerleri olmaz... (g)erçekte ne olduğuna bakarsanız uzun dönem deniz feneri hizmetinin özel kişiler tarafından sağlandığını görürsünüz. Deniz fenerleri özel kişiler tarafından finanse edildi, özel kişiler tarafından yapıldı... çalıştırıldı, satıldı ya da miras bırakıldı... 1838'den veya yakın bir tarihten itibaren ... deniz feneri işletenlerin hak ve yetkileri devlet tarafından

⁶⁵⁴ Demirci, *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 163.

⁶⁵⁵ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 193.

⁶⁵⁶ Demirci, *Cumhuriyet Türkiye'sinde İktisat*, op. cit., s. 162.

⁶⁵⁷ Hill, Andrew; *A Thirst for the Most Vital Liquid Asset*, Financial Times, 7 Ağustos, 2006, s. 11.

⁶⁵⁸ Martinand, op. cit., s. 11.

satın alınıp onlara bir de tazminat veriliyordu. Samuelson'a göre insanlar para kazanmak için deniz feneri yapmazlar. Gerçekten insanlar deniz fenerlerini yaptılar ve büyük paralar kazandılar."⁶⁵⁹ Kaldı ki, "(ö)zel sektör tarafından işletilen deniz fenerleri, Trinity House adlı devlet deniz feneri işletmesi kurulduktan sonra bile çalışmalarına devam etmişlerdir."⁶⁶⁰

Öte yandan, anılan dönemlerde deniz fenerine gereksinim duyan özel sektördeki gemi taşımacılarının, "... özel girişimin deniz feneri yapmasını teşvik için lobi yap(tığı da)"⁶⁶¹ belirtilmektedir, ki klasik kamu hizmetine (ve iktisat disiplini bakımından kamu malına) örnek olarak gösterilen ve böylece kamu tarafından sunulması gerektiği sıklıkla ileri sürülen deniz feneri hizmetini dahi özel sektörün gerçekleştirmesi yönünde yaygın bir anlayışın çok eski devirlerde kabul görmüş bulunduğunu göstermesi açısından ilginçtir.

Bununla birlikte, tarihi sürece bakıldığında altyapı hizmetlerinin genel olarak kamu tarafından gerçekleştirildiği gözlenmektedir. Zira, geleneksel algılamaya göre bu tür faaliyetler yüksek maliyetlidir ve bu itibarla özel sektöre yerine getirilemez niteliktedir. Kuşkusuz bunda, finans piyasalarının eski dönemlerde yeterince gelişmiş olmaması nedeniyle özel girişimcilerin daha ziyade kendi sermaye birikimlerine dayanmak zorunda kalmış olmaları da etkindir. Zira, devlet açısından vergi veya borçlanma marifetiyle bireylerin elindeki finans birikimine ulaşmak daha kolaydır; kamu gücünü uygulayabildiği oranda vergiden, vergilendiremediği oranda da borçlanmadan yararlanabilecektir. Özel sektöre göre borçlanma açısından da daha avantajlıdır, çünkü "devletten daha güvenceli, daha sağlam, garantili ve risksiz borçlu yoktur".⁶⁶²

Diğer yandan, bu hizmetlerin özel sektör tarafından gerçekleştirilmesi halinde doğal tekel niteliklerinden dolayı tüketicilere sunulurken gerek fiyatlandırılmaları ve gerek hizmetin gerektiği nitelikte ifasında sorunlar yaşanmaktadır. Zira, tekel konumundaki hizmetlerin rekabetsiz ortamda yüksek kâr marjlarıyla hizmet sun-

⁶⁵⁹ Hazlett, R. Coase ile Haklar, *Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine*, op. cit., s. 81-82.

⁶⁶⁰ Oğuz, Fuat; *Mülkiyet Hakları – Bir Ekonomik Analiz*, Roma Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2003, s. 62. Burada Trinity House adlı şirketin devlet şirketi olduğunu belirten Oğuz'a karşın, anılan şirketin kamusal yükümlülüklerle donatılmış bir özel sektör şirketi olduğu ve 1566 yılında İngiltere'de kurulduğu belirtilmektedir (bkz. Samuel Brittan, *Symbolism of Lighthouses*, *Financial Times*, 6 Kasım, 1995'ten aktaran: Guislain, *The Privatization Challenge*, op. cit., s. 25.)

⁶⁶¹ Hazlett, R. Coase ile Haklar, *Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine*, op. cit., s. 81.

⁶⁶² Aykın, *Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri*, op. cit., s. 18.

maları ve hizmet kalitesinde tüketici aleyhine oynayabilme imkanları bulunmaktadır; üretilen mal veya hizmetlerin fiyatlarının ve kalitesinin denetimi bu anlamda önem kazanmaktadır. Nitekim, ABD’de çok daha uzun zaman öncesinden beri dikey bütünleşik elektrik sektöründe tekeli yapıya rağmen özel sektör kuruluşları hizmeti yerine getirmiş, buna karşın kamu tarafından yoğun bir denetime ve gözetime tâbi tutulmuşlardır (ki bu durum bizdeki imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde özel sektörün hizmet üretmesi uygulamasına benzemektedir.) Kamunun bu müdahalesi, özellikle tarifeler ve hizmet kalitesi gibi unsurların düzenlenmesi ve şirketlere elektrik üretimini ülkenin her yanına makul fiyatlarla sunma zorunluluğu demek olan evrensel hizmet yükümlülüğü getirilmesi şeklinde oluyordu.⁶⁶³

1.3.1. Kamusal (Klasik) Finansman Yöntemleri

“Kamu hizmetlerinin maliyeti, piyasa ekonomisinde olduğu gibi, bu harcamalar sonucu sunulan hizmetler(in tüketicilerine) yararlanmalarının ön şartı olarak ödettiril(mek suretiyle finanse edilmemektedir. Hizmetten yararlanma kimi zaman bedel karşılığı olmakla beraber, çoğu zaman) (k)amu hizmetlerinin maliyetleri, büyük oranda, topluca finansman da denilen kamu finansmanı yoluyla karşılanmaktadır.”⁶⁶⁴ Devlet bütçesinin finansmanı, “vergiler, borçlanma ve para basımı yoluyla mümkündür.”⁶⁶⁵ Bu itibarla, siyasal otoritenin tercihine bağlı olarak, devlet tarafından gerçekleştirilmesi öngörülen bir altyapı yatırımını gerçekleştirmek için kamunun elinde üç finansman kaynağı seçeneği bulunmaktadır:

- 1) Vergiler,
- 2) Dış ve/veya iç borçlanmaya gidilmesi,
- 3) Merkez Bankası kaynaklarının kullanılması (karşılıksız para basılması- emisyon).⁶⁶⁶

⁶⁶³ Bkz. Atiyas, *Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform*, op. cit., s. 25.

⁶⁶⁴ Bulutoğlu, Kenan; *Kamu Ekonomisine Giriş*, Temat Yayınları, İkinci Bası, İstanbul, 1977, s. 369’dan aktaran: Aykın, *Türkiye’de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri*, op. cit., s. 5.

⁶⁶⁵ Savaş, Vural Fuat; *Uluslararası Ekonomik Anayasal Düzen*, AYD, C. 14, Ankara, 1997, s. 193.

⁶⁶⁶ Tandircioğlu, Haluk; *Türkiye’de Dış Borç Sorunu, Dış Borçların Sürdürülebilirliği ve Dış Borçların Sınırlandırılması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2, Sy. 2, 2000 (www.sbe.deu.edu.tr/yayinlar/dergi/dergi05/tandircioglu.htm).

Bütçe kaynakları, temel olarak bir devletin halktan topladığı vergilerle oluşturulur. Bir başka ifadeyle, "(d)evletin bütün varlığı, vatandaşlarından vergi, resim ve harç şeklinde aldıklarından oluşur. Devletin bundan başka kaynak yaratma gücü yoktur."⁶⁶⁷ Esasen, yaygın kanaatin aksine, "devletin parası olmaz". Devlet bir nevi "emme-basma tulumba"⁶⁶⁸ gibidir, halktan topladığı vergilerle halka hizmet götürmeye çalışır. Aynen, bir apartman yöneticisinin, apartman sakinlerinden toplanan aidatlarla onlara hizmet vermeye çalışması örneğinde olduğu gibi, toplumdan aldığı kaynakları toplumun hizmetine sunmayı öngören bir mekanizmadır. Bir başka tabirle devlet, bir toplumdaki yeniden dağıtım mekanizmasının müşahhas, örgütlenmiş adıdır! Uyguladığı politikalarla toplumun bir kesiminden aldığı kaynakları diğer kesimlere aktarır. "Devletin vatandaşlarına sağladığı bütün hizmetlerin bedelini yine vatandaş öder. Bu nedenle, devletten talep edilen bir hakkın bedelinin yine vatandaş tarafından ödeneceğini kamuoyu iyi bilmelidir."⁶⁶⁹

Dolayısıyla, devletin asıl gelir kaynağı vergilerdir. Doğal kaynak sahibi kimi ülkelerin, bu kaynakların satışından veya kamu adına bu kaynaklar üzerindeki mülkiyet hakkı çerçevesinde doğal kaynakların özel sektöre işletilmesi ihtimalinde aldığı yüksek paylaşımlardan buraya söz etmek gereksizdir, zira bu tür doğal zenginlikler de neticede halkın malı sayılan bir zenginliğe devletin kaynağında el koymasından başka bir durum yaratmazlar ve arızı bir keyfiyet olmaktan öteye gitmezler.

Vergi, bilindiği üzere sâfi gelir üzerinden tahakkuk ettirilen "doğrudan vergi" ile harcamalar vb. gibi faaliyetler üzerinden tahakkuk ettirilen "dolaylı vergi" olarak ikiye ayrılmaktadır. Devletin doğrudan vergi toplamada nisbeten başarısız olması karşısında, daha kolaylıkla elde edebildiği dolaylı vergilere müracaat etmek zo-

⁶⁶⁷ Savaş, Vural Fuat; *Yeni Anayasa için Ekonomik Anayasa Önerileri*, AYD, C. 11, 1994, s. 217.

⁶⁶⁸ Bkz. Cansen, Ege; *Kamu Borçları Sohbeti*, Hürriyet Gazetesi, 16 Kasım, 2005, s. 13. Devletin aslında kendine ait bir gelirin olmadığı ve her türlü kaynağın esasında halktan alınana halka yeniden dağıtım mekanizması olduğu, halk tarafından pek de yeterince algılanmış bir husus değildir. Bu nedenle, devletten bir "ihşan" yahut "lütuf" koparmaya çalışan her kişi, esasında devlet aracılığıyla toplumun diğer bireylerinden haksız bir kazanç elde etmeye yönelmiş olmaktadır. Devletten bir şeyler koparmaya çalışan ve başarılı olan, sadece kimi güç sahipleri de değildir; "İleğin büyük kısmını bazı büyükler alıyor ama kemiklerden bir şeyler de etrafa kayıyor... Türkiye'de biz devleti olduğundan başka bir şey zannederek ve dipsiz bir kuyu addederek devleti soymaya çalışan bir milletiz... ve üretimi de sevmiyoruz." (bkz. Ülsever, Cüneyt; *Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Semineri*, TCMB Yayını, Ankara 2001, s. 235).

⁶⁶⁹ Savaş, *Yeni Anayasa için Ekonomik Anayasa Önerileri*, op. cit., s. 217.

runda kalabildiği bilinmektedir. Nitekim, ülkemizde toplam vergi gelirleri içerisinde sosyal açıdan daha adaletli olduğu kabul gören doğrudan vergilerin oranının son yıllarda fevkalade gerilediği ve dolaylı vergilerin oranının yüksek seviyelere ulaştığı malumdur.⁶⁷⁰ Öte yandan, doğrudan vergilerin sosyal bir politika izlemeyi teminen daha fazla kazandıran daha fazla vergi alınması şeklinde düzenlendiği bilinmektedir. Nitekim, bu yöndeki görüşe göre “.. artan oranlı vergi tarifeleri... sosyal hukuk devletinin damgasını taşıyan kurumlardır.”⁶⁷¹ Ancak, başarılı olmasının bir karşılığı olarak kazanç elde eden girişimcinin bu başarısının –zarar ederek başarılığını ortaya koyan girişimciye kıyasla, üstelik artan oranlı vergi politikasıyla daha fazla başarılı olundukça daha fazla vergiye tâbi tutulmak suretiyle- cezalandırılmasının yanlış olduğu yönündeki “ultra-liberal” görüşler de bilinmektedir. Nitekim, liberallere göre ... en zararlı vergiler, veraset ve gelir vergileri gibi zenginler üzerinden alınan ve tasarrufa engel olan vergilerdir.”⁶⁷² Diğer taraftan, artan oranlı vergilerin girişimciyi caydırmak gibi bir işlevini de olabileceği ileri sürülmektedir; sözgelimi, eski dönemlerde artan oranlı verginin çok şiddetle uygulandığı İngiltere’de yalnız sanayicilerin değil, serbest meslek erbabının ve gelirini el emeğiyle kazananların önemli bir kısmının da üretim faaliyetlerini azaltma eğilimine girdikleri belirtilmektedir.⁶⁷³ Yine, küreselleşmenin bir sonucu olarak, bir ülkedeki vergilerin yüksekliği yatırımcıların başka ülkelere yönelmelerinde etken olabildiğinden, bu bakımdan da ülkelerin vergi politikaları üzerinde sınırlayıcı bir rol oynayabilmektedir.⁶⁷⁴

“Diğer yandan, Türkiye’de toplam vergi gelirleri toplam nüfusa oranlandığında, kişi başına düşen vergi yükü düşüktür. Ancak, toplam vergi gelirleri vergi ödeyen mükelleflere oranlandığında, vergi ödeyen başına vergi yükü yüksektir. (Dolayısıyla, v)ergi mükellefleri toplam nüfusun ufak bir bölümünü oluştur(maktadır ve bu manada) önemli oranda vergi kaçacağı ve vergilenemeyen kayıt dışı ekonomi (gözlenmektedir).”⁶⁷⁵ Bununla birlikte, Anayasamızın sosyal devlet niteliği çerçevesinde vergi politikaları açısından mali güce göre vergi konulması genel kabul

⁶⁷⁰ Bkz. Ercan, Metin; Dolaylı Vergilere Bağımlılık, Radikal Gazetesi, 23 Ağustos, 2006.

⁶⁷¹ Kaneti, Selim; Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayını No. 3434, İstanbul, 1986-1987, s. 27.

⁶⁷² Sur, Fadıl H.; Liberallere Göre Maliye, AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950, s. 570.

⁶⁷³ Répaci, Francesco A.; İktisadi Vergi Nazariyesi (Çev. Akif Erginay), AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950, s. 619.

⁶⁷⁴ Tanzi, Ulus-Devletlerin Sonu mu Geliyor?, op. cit., s. 57.

⁶⁷⁵ Vartler, op. cit., s. 3.

gören bir siyasettir ve gelir dağılımının adaletli olması bakımından da zorunlu gereksinim maddeleri üzerinden alınan dolaylı vergilerin azaltılması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁷⁶

Bu anlamda rahatlıkla söylenebilir ki, vergi kaynaklarına dayalı devlet bütçelerinde altyapı faaliyetlerine yeterli ödeneğin ayrılabilmesinde fevkalade güçlüklerle karşılaşmaktadır. Esasen, demokratik idarelerde hükümetlerin gerek yatırım ve gerek bütçesindeki diğer sair harcama kalemlerindeki artışları karşılayabilmek için daha fazla vergi toplamaya yönelik girişimde bulunmaları, bu durumun seçmenler nezdinde yaratacağı olumsuz etki nedeniyle pek tercih de edilmemektedir. Kaldı ki, artan vergi yükünün ekonomi üzerinde ciddi sorunlara yol açması kaçınılmazdır; en başta toplam tasarrufları, yatırımları ve emek arzını olumsuz etkiler, dahası, vergi kaçakçılığıyla kayıtdışı ekonomiye kaçısı da beraberinde getirir.⁶⁷⁷ Dolayısıyla, bütçe kaynakları genellikle bu tür yüksek maliyetli altyapı faaliyetlerine imkan verecek bir mali derinlik içermemektedir, çünkü vergi toplamak politik açıdan sevimsiz ve ayrıca teknik açılardan da güç bir iştir. O kadar ki, Osmanlı döneminde "sırf vergi gelirlerini artırmak için, ölüm tehditlerini(n) bile gündeme getirildiği görülmüştür"⁶⁷⁸, zira "... Düyun-u Umumiye kuruluncaya kadar Osmanlı yönetimi vergi kaynaklarını ne gerçek miktarıyla tesbit edebilmiş, ne de vergiyi düzenli toplayabilmiştir."⁶⁷⁹ Öte yandan, demokratik sistemlerde "(s) seçmen daha fazla kamu hizmeti beklerken, buna karşılık daha az vergi ödeme (isteğine sahip olmak) gibi paradoksal bir eğilime sahiptir."⁶⁸⁰ Öte yandan, kimi zaman devletin adil biçimde vergi almak yerine, siyasi bir tasarrufla vergi toplama üzerine yeterince eğilmeyerek, aksik kalan kısmı borçlanmalarla karşılama eğilimine girebildiği; bunun ise bir anlamda vergi olarak bir kesimden alabileceği (veya alması beklenecek) tutarı borç olarak alıp faiz ödemesinde bulunmak suretiyle serma-

⁶⁷⁶ Öncel, Mualla – Kumrulu, Ahmet – Çağan, Nami; *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999. 54.

⁶⁷⁷ Aktan, *Ekonomik Anayasa*, op. cit., s. 25.

⁶⁷⁸ "Naima Tarihi'nde yazıldığı gibi, Tarhuncu Ahmet Paşa ölüme mahkum bazı suçluları temiz kıyafetler giydirerek çarşı içinde dolaştırmış, sonra vergi ödemedi diye esnafın gözü önünde öldürtmüş, bir fedhiş havası yaratarak vergi tahsilatını hızlandırmıştır" (bkz. Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 141).

⁶⁷⁹ Ortaylı, İlber; *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Alkım Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Ocak 2006, s. 130.

⁶⁸⁰ Odabaş, Hakkı – Güngör, Kamil; *Yürütmenin Sınırlandırılması ve Anayasal Bütçe Yaklaşımı*, Yeni Türkiye Dergisi, Sy. 30, Kasım-Aralık 1999, s. 3.

ye kesimine toplumun geneli üzerinden kaynak transferi gerçekleştirdiği ve bu kesimi kayırdığı yolunda eleştiriler getirildiği de bilinmektedir.

Şüphesiz, devletin “egemen güç” sıfatıyla para basma imkanı da bulunmaktadır; hatta, “refah devletinin yeni görevleri ile siyasal rekabet nedeniyle iktidarın vergilemeden kaçınma eğilimini bir araya getiren çağdaş devlet, (1971 yılında ABD Dolarının altın temelindeki konvertibilitesinin kaldırılmasıyla) uluslararası para sisteminin koyduğu sınırlardan kurtulunca, para basımı (ve borçlanma) hızla artma eğilimine girmiştir.”⁶⁸¹ “Orta çağın “simyacıları” taştan altın yapmayı başaramamıştır ama çağdaş siyasi iktidarlar kağıttan satın alma gücü yaratmayı başarmışlardır.”⁶⁸² Ancak bu, enflasyonist⁶⁸³ bir sonuç yaratacağı için reel anlamda ve “gerçekçi” bir alternatif çözüm olmaktan uzaktır. “...(K)ağıt para stokundaki artış toplumsal refahı artıramaz... Bu, tek bir ilave tüketici veya üretici yaratmaz.... Enflasyonun ... elde edebileceği tek şey... mevcut toplumsal refahın (hükümetin tercihine göre belirlenecek mahut zümrelere) yeniden dağıtımıdır... Kağıt para enflasyonu hırsızlık ve kamulaştırma, ve “gelişmekte olan” ülkelerdeki hükümetler, parasal güvenliğin karşısındaki en büyük suçlulardır.”⁶⁸⁴ Esasen, “kağıt para basma devletin egemenlik hakkını kullanarak sağlayabileceği bir gelir olmasına karşın yozlaşması çok kolay olduğundan ve ülke ekonomisinin durumuna göre çok dikkatli uygulanması gerektiğinden, bu devletlerin özellikle kaçındıkları (daha doğrusu, kaçınmaları gereken) bir yoldur.”⁶⁸⁵ Şayan-ı dikkattir ki, Cumhuriyet’in ilk dönemlerindeki iktisat politikasında bu tür bir yozlaştırıcı ekonomi siyasetine hiç de prim verilmemiş ve denk bütçe esasına göre hareket edilmiştir; “(o) kadar ki, İstiklal Savaşı yıllarında bile kağıt para basmaktan kaçınılmış”⁶⁸⁶, “... bağımsızlık sava-

681 Savaş, *Uluslararası Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 195.

682 Savaş, *Yeni Anayasa için Ekonomik Anayasa Önerileri*, op. cit., s. 221.

683 “Enflasyon, hemen daima, siyasi iktidarın para arzını ekonominin gereklerini değil (ve fakat) partiler arası siyasal rekabetin gereklerini gözönünde tutarak artırmasının bir sonucudur” (Savaş, *Uluslararası Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 195).

684 Bkz. Akkurt, Emrah – Oğuz, Fuat; Hans Hermann Hoppe ile İktisat, Siyaset ve Felsefe Üzerine (Akkurt, Emrah ve Oğuz, Fuat Tarafından Yapılan Söyleşi); *içinde Piyasa Dergisi*, Sy. 9, Ankara 2004, s. 109-110.

685 Coşkun, Gülay; *Devlet Bütçesi – Türk Bütçe Sistemi*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 1986, s. 5.

686 Yenil, *İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 154.

şı enflasyonsuz yürütülmüştür.”⁶⁸⁷ Hatta, bu meyanda Napolyon’dan sonra para basmaksızın savaş kazanan tek örneğin Kurtuluş Savaşı olduğu belirtilmektedir.⁶⁸⁸

Dolayısıyla, bu tür altyapı faaliyetleri için geriye borçlanma kalmaktadır. Şu halde borçlanma, devletlerin vergi gelirlerinin yetersiz kaldığı durumda, bütçelerinde harcamalarını yerine getirebilmek için öngördükleri tutarların yetersizliği karşısında, eksik kalan bakiyeyi sağlamak için başvurdukları bir kaynak olmaktadır. Nitekim, ekonomik gelişmenin beklenenden daha iyi bir performans göstermesi neticesinde vergi gelirlerinin öngörülenden daha fazla gerçekleşmesi nedeniyle Avro bölgesindeki devletlerin tahvil ihraç etmek suretiyle borçlanmaya yönelik planlarını revize ettikleri ve daha az borçlanmaya gittikleri görülmüştür.⁶⁸⁹ Devletlerin vergiden ziyade borçlanma yoluna gitmelerinin de nihayetinde bir sınırı vardır, o da borçların geri dönüşünü sağlayabilecek mali sağlamlığın zedeleneceği veya tehlikeye girdiği “ödeme gücünü aşan borçlanma” noktasıdır. Bu sınır ise, doğal olarak nominal bir rakam olarak belirlenebilmekten ziyade, alınan borcun verimli yatırımlarda kullanılması ve popülist harcamalardan kaçınılmasıyla mali sağlamlığın ihlal edilmemesi çerçevesinde belirlenir. Öte yandan, devletlerin borçlanma yolunu da istismara açık bir alan olarak görmeleriyle aşırı borçlanmalarının sonucunda, bu finansman kaynağı da kısa sürede tüketilebilmekte ve sınıra gelmektedir. David Hume’un çarpıcı ifadesiyle;

“Borçlanma yetkisi hemen bütün hükümetler tarafından kötüye kullanıldı. Müsrif bir evlada Londra’nın bütün bankerlerinden kredi çekmek imkânı sağlanmasından daha kötüsü, bir devlet adamına gelecek nesillerin sırtına yüklenecek borçlanma yetkisi vermektir.”⁶⁹⁰

Bu noktada da emisyonun artırılması, özellikle yeterince sorumlu davranmayan siyasi iktidarlar döneminde kolayca başvuru olan bir yöntem olmaktadır. Nitekim, ülkemizde “... son yirmi yılın hükümetlerinin tümü... bir vergi ve borçlanma politikası olarak (emisyonu, yani) enflasyonu tercih etmişlerdir.”⁶⁹¹ “Ülkemizde kamu yönetiminde giderek artan (bir biçimde) hesap, yetki, sorumluluk gevşekliği

⁶⁸⁷ Sabır, *Atatürk’ün Ekonomi Anlayışı*, op. cit., s. 7.

⁶⁸⁸ Ateş, Yılmaz; *Açılış Konuşması, Cumhuriyet’in Sekseninci Yılında Türkiye*, op. cit., s. 22.

⁶⁸⁹ Bkz. Chung, Joanna - Tett, Gillian; *Eurozone Countries Cut Back Supply of Debt*, Financial Times, 2 Ekim, 2006, s. 15.

⁶⁹⁰ Aktan, *Ekonomik Anayasa*, op. cit., s. 32.

⁶⁹¹ Özfatıra, Burhan; *Hatırlatmalar*, Dünya Gazetesi, 10 Şubat, 1998.

(yüzünden), Cumhuriyetin ilk otuz kırk yılında, hatta daha önce Tanzimat Osmanlısında devlet ciddiyeti titizlikle korunmasına rağmen, son otuz kırk yılda kamu kesiminde hesap ve bütçe disiplini(nin) tam anlamıyla laçkalaş(tığı), bunun temelinde (ise) ülke kanunlarında istismara açık kapılar açılması(nın), hatta kanunların uygulanmaması(nın) yattığı⁶⁹² ifade edilmektedir. Bununla birlikte, paranın emisyon hacminin artırılması yoluyla değerinin düşürülmesi, son zamanlara mahsus olmaktan uzaktır. "Osmanlı döneminde kağıt paranın anlam ve niteliğinin kavranmadığı, ancak (yine de) tam çaresizlik durumlarında bu yola gittiği (görülmemektedir). Ancak, bir ülkenin artırdığı para, Amerika örneğinde olduğu gibi⁶⁹³, başka ülkelerce rezerv para olarak tutulması halinde ancak gerçek anlamda bir kaynak yaratabilir. (Aksi halde), yaratılan enflasyon vergisinden karşılanacaktır; özetle, sıfır sonuçlu bir oyundur, her kazanana karşın bir kaybeden vardır... Yani, para basılarak yapılan harcamaların maliyeti, Dolmabahçe inşaatının kaçta çıktığını soran Sultan Aziz'e, 3.500 kuruş diye cevap veren Hazine-i Hassa Nazırının sandığı gibi, sadece baskı ve kağıt masrafından ibaret değildir."⁶⁹⁴

İlave finansman sağlamak amacıyla devletlerin ya iç finansman piyasalarından borçlanması ya da dış finansman kaynaklarına müracaat edilmesi (tahvil ihracı ya da devletlerin doğrudan borçlanması) sözkonusudur. İç finansman imkanlarının -ülkemizde tasarruf oranının düşük olmasından dolayı- yeterli ölçüde finansal derinlik arz etmemesi nedeniyle, geriye kalan tek çözüm olarak yüksek tasarruf oranlarına sahip ülkelerden dış borç alınması veya bu yatırımların devlet yerine özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi yönünde politikaların dönüştürülmesi yoluna gidilmektedir. Bu genel çerçeveyi özetlemek gerekirse, "(y)atırımsız büyüme olmaz. Son yıllarda... küçültülmüş... yatırım bütçeleriyle... (ekonomik) büyümeyi sağlama(k) mümkün değil. O zaman, daha fazla yatırım yapma(k) için... iç tasarruflarınız yetmiyorsa dış tasarruflara yöneleceksiniz. Dış tasarruf adı altında ya borçlanacaksınız, ya yabancı sermayeye başvuracaksınız. Tabii borçlanma... sağlıklı bir yol (değil, zira) borç çıkmazına girersiniz... (ki) kalkınmakta olan ülkelerin pek ço-

⁶⁹² Yenal, *İktisat Siyasası Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 106.

⁶⁹³ "(Amerika'dan) başka hiçbir ekonomi, hatta dünya ekonomisinin diğer güç odağını oluşturan Euro bölgesi bu ayrıcalığa sahip değildir. Bu da Amerika'nın dünya kapitalist sisteminde işgal ettiği "süper-emperyalist" konumu ifade ediyor" (bkz. Boratav, Korkut; *Dolar Bilinçli Düşürülüyor*, Cumhuriyet Gazetesi, 8 Kasım, 2004).

⁶⁹⁴ Yenal, *İktisat Siyasası Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 98,

ğu bu borç çıkmazının içinde(dir)... O zaman, yabancı sermayeyi Türkiye'ye getirmenin yollarını bul(mak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır)."⁶⁹⁵

Ancak, hemen vurgulamak gerekir ki, borçlanma yoluyla devlet bütçesine gelir sağlanmasının "arızı" bir seçenek olarak görülmesi gerekir, zira "(d)evletin en asli ve sağlam geliri olan verginin aksine borçlanma, geçici bir gelir kaynağıdır (, zira bu borçlar da ileri yılların vergi gelirleriyle ödenecektir)... (Bu itibarla,) (d)evletin gelir ihtiyaçlarının tümünü (veya çoğunu) vergiler yerine borçlanma ile karşılaması düşünülemez. Ancak ek bir gelir sağlamak isteyen devlet borçlanma ile vergi arasında seçim yapabilir."⁶⁹⁶ Esasen, uzun süreli borçlanmalar, ileriki yılların yöneticilerinin (ve halkın) "bütçe hakkı"nın⁶⁹⁷ gasbı anlamına da gelmektedir. Zira, halihazırda alınan borçların ilerideki bütçelerden ödenmesi durumunda, ileriki yıllarda bütçeyi yapacak ve kullanacak kuşak üzerinde bir yükümlülük yaratılmış, onların bütçe hakkının "içi boşaltılmış" ve ipotek altına alınmış olmaktadır. Son yıllarda bütçelerin yatırıma imkan vermeyen "borç ödeme bütçesi" görünümünde olması bu açıdan dikkat çekici bir örnektir ve son dönem bütçe uygulayıcılarının elinde kullanabilecek bir bütçe de neredeyse kalmamıştır. Bunun sakıncaları bilinmekle beraber, "(y)eterli miktarda sermaye birikiminin bulunmadığı, adil ve oturmuş bir vergi düzeninin tesis edilemediği ve yatırımların finansmanına büyük gereksinim duyulan ülkelerde, dış borçlanma, bugüne değin sermaye ve kaynak açığını gidermede bir çıkış yolu olarak kullanılagelmıştır."⁶⁹⁸

Bununla birlikte, borçlanmayla gerçekleştirilecek yatırımlardan elde edilecek hizmetler bedel karşılığı halka sunulacak olması (elektrik hizmetinin kullanıcılarına bedeli karşılığı sunulması gibi) veya bedelsiz sağlanacak hizmetlerde ekonomide yaratılacak katma değer vergi gelirlerinde yaratacağı (umulan) artış yoluyla devlete geri döneceği ve böylece bu amaçla alınmış borçların ödenmesini mümkün kılacağı da iddia edilebilecektir. Maamafih, bu durumda vergi gelirlerinin göstereceği artışın daha sınırlı ve uzun yıllara yayılan bir ölçekte gerçekleşeceği açıktır. Oysa, yatırımın bedelinin genellikle daha kısa dönemlerde talep edilmesi sözkonusudur. Yatırımı gerçekleştirecek olan müteahhit, karşılığını kısa dö-

⁶⁹⁵ Sadıklar, Cafer Tayyar; Açılış Konuşması-II, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 7.

⁶⁹⁶ Aykın, Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri, op. cit., s. 5.

⁶⁹⁷ Doğanıyigit, Sadettin; Belediyelerde Dış Borçlanmaya Dayalı Finansman Modeli, Sayıştay Dergisi, Sy. 40, Ocak-Mart 2001, s. 6.

⁶⁹⁸ Doğanıyigit, Belediyelerde Dış Borçlanmaya Dayalı Finansman Modeli, op. cit., s. 1.

nemde tahsil etmek ister, uzun yıllar boyunca elde edilecek vergi gelirleri artışını veya tüketicilerden sağlanacak cüzi gelirlerden yapılacak ödemeyi kabul etmeyecektir. Hiç bir müteahhit, 5 yıl içerisinde gerçekleştireceği bir barajdan üretilen elektrik 30 veya 40 yıllık baraj amortismanı dönemine tatbik edilecek bedelle tüketicilerden sağlanacak gelire veya aynı döneme sari vergi geliri artışına dayalı olarak taksitle parasını almayı kabul etmez, bu uzun süreyle taksiti kabule yanaşmaz. Müteahhidin kendisi borç almayı öngörecektir ise (ki özel sektörün kendi özsermayesiyle yatırım yapmayı, finansman piyasalarına müracaat etmekte olduğu hususuna daha önce vurgu yapmıştık), bu kadar uzun vadeli finansman sağlaması genellikle karşılaşılan bir durum olmadığı için, yine bir vade açmazıyla karşılaşılacaktır. Elektrik hizmeti örneğinde, yapım bedelini barajın amortismanından daha kısa vadede tüketicilere tarife yoluyla yansıtmak ve bedeli böylece karşılamak ise, ilk yıllardaki tarifinin oldukça yüksek tutulmasını gerektireceği için hem politik açıdan zor, hem de tüketicilerin ekonomik olarak üstesinden gelebileceği bir bedelle karşılaşılabileceği ve çile pratikte imkansız olacaktır. Şu halde, yatırımları finanse edebilmeyi teminen devletin olabildiğince vergilendirme yoluna gitmesi gerektiği, yetmediği noktalarda da borçlanması dışında başka seçeneğin kalmadığı söylenebilir.

Gerek devletlerin ekonomideki rolünün artması yönündeki eğilimler sonucunda kamu harcamalarında görülen artış, gerek demokratik ortamda vergi toplamanın siyasi açıdan tercih edilmemesi, kamu borçlanmasında artışları beraberinde getirmiştir. Ancak, devletlerin borçlanmaları her zaman aynı yaklaşımla ele alınmamıştır. "Buchanan, borçlardaki aşırı artışın veya kamu harcamalarının açık finansmanının en azından kısmen daha önceki mevcut ahlaki kısıtların bozulmasıyla açıklanabileceğini iddia etmektedir. Buchanan'a göre, politika yapanlar bu yüzyılın ortasına kadar borç finansmanı için yeni bir yöntem keşfedemediler... (Ç)ıkarları onları her zaman vergi dışı kamu gelirlerini kullanmaya yöneltti. (Oysa) (b)u yüzyılda olan şey borç finansmanının ahlak dışı olarak bilinmesidir."⁶⁹⁹ Nitekim, Osmanlı devletinde de dış borçlanmaya uzun süre gidilmemesinin nedenleri arasında dış borç almanın onur kırıcı olarak algılanmasının önemli bir yer tuttuğu, hatta Şeyhülislam fetvasıyla dış borcun 'mekruh' ilan edildiği belirtilmektedir.⁷⁰⁰ Ne var ki, realitede "...vergileri artırma durumunda kamuoyundan gelen

⁶⁹⁹ Buchanan, Borç Finansmanının Ahlaki Boyutu, (Çev. Haluk Tandircioğlu), Maliye Yazıları, Nisan-Haziran 1999, Sy. 63, s. 47-48'den aktaran: Aykın, *Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri*, op. cit., s. 1.

⁷⁰⁰ Yılmaz, Binhan Elif; *Osmanlı İmparatorluğu'nu Dış Borçlanmaya İten Nedenler ve İlk Dış Borç*, Akdeniz Üniversitesi İİBF Dergisi (4), 2002, s. 193.

baskılar..., (borçlanmanın) vergileme kararı verilip uygulamaya kon(ul)masından çok daha kolay ve hızlı olması (ve benzeri nedenler) borçlanmanın daha çok tercih edilmesine neden olmaktadır. Ancak bu durum iktisadi politika uygulanmasından öte, politikacıların israf eğilimini teşvik edebilmektedir.⁷⁰¹ Kamunun borçlanması konusunda sınırlandırma gereği ise, anayasal iktisat⁷⁰² anlayışı çerçevesinde kimi çevrelerce savunulmaktadır⁷⁰³ ve ayrı bir tartışmayı gerektirir. Bilindiği üzere parlamentolar, mutlak iktidarlara karşı halkın kamu maliyesini kontrol etme gereksinimi sonucunda doğmuştur; ancak, zaman içinde mutlak iktidarların tasfiye edilmesiyle birlikte yasama organları kamu maliyesiyle ilgili yetkilerini demokratik yoldan seçilmiş yürütme organlarıyla paylaşmaya başlamışlardır, maamafih özellikle politika belirleme konusu büyük ölçüde yürütme organının insiyatifine geçmiştir.⁷⁰⁴ Bu ise, halkın oyuyla işbaşına gelen meclislerin, yasama-yürütme dengesindeki orantısız güç kaybı çerçevesinde, meclislerin bizzat ortaya çıkış işlevlerinden uzaklaşması ve yürütmenin kontrolsüz kalabilmesi gerçeği karşısında bir başka kontrol mekanizmasına gereksinim duyulması sonucunu yaratmıştır. Hemen değinmek gerekirse, "(b)ugün, gerek siyaset ilminde, gerek hukuk ilminde vatandaş devleti karşı korumanın siyasî yönü ... yeterince geliştirilmiş ve kurumsallaştırılmıştır. Ancak, devlete karşı vatandaşın bir de ekonomik yönden korunması ... ihtiyacı ve zarureti (bulunmaktadır)".⁷⁰⁵ Öte yandan, Osmanlı dönemindeki dış ve iç borçlanmaların devletin batmasına yol açtığı yolundaki anlayışın etkisiyle Cumhuriyet'in özellikle ilk dönemlerinde gerek dış ve gerek iç borçlanmalara olumsuz yaklaştığı bilinmektedir.⁷⁰⁶ Hatta, denk bütçe uygulamasında aşırı derecede has-

701 Aykın, *Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri*, op. cit., s. 6.

702 Bir ulusal devlet sınırları içinde siyasi iktidarın ekonomik faaliyetlerle ilgili takdir yetkisinin (vergi koyma, para basma, borçlanma, kamulaştırma, özelleştirme gibi) anayasal kurullarla sınırlandırılması gerektiği fikri Anayasal İktisat'ın temel konusunu oluşturur (bkz. Savaş, *Uluslararası Ekonomik Anayasal Düzen*, op. cit., s. 191). Öte yandan, ".. doğruya değil, kesinliğe ulaşmayı bir hedef olarak belirle(yen)" neo-klasik iktisat geleneği çerçevesinde, 1980'lerden sonra "toplumsalın iktisadileştirilmesine" yönelindiği ve "... Anayasal iktisat gibi yeni iktisat dalları(nın) bu arayışlar sonucu doğduğu", oysa "kesinlik sorunsalı yerine doğruyu arama sorunsalı içinde değerlendirme anlayışına dönülme(si gerektiği)" de savunulmaktadır (bkz. Alada; *İktisat Düşüncesinde Felsefi Yaklaşımın Önemi*, op. cit.).

703 Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme ile ülkemizdeki uygulamaların çarpıcı bir eleştirisi için bkz. Yenal, *İktisat Siyasası Üzerinde İncelemeler*, op. cit., s. 106-110.

704 Çağan, Nami; *Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü*, AYD, C. 2, 1985, s. 199.

705 Savaş, *İktisat Politikası Anayasası*, op. cit., s. 79.

706 Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 155.

sasiyet gösterildiği ve 1926 yılındaki bütçe konuşmasında dönemin Maliye Vekili "(b)ütçe açıkları(nı) örtmek için hariçten istikraz edip varidatı(ın) bir kısmını oraya tahsis etmek ve gelecek sene evvelkinden daha elîm bir vaziyete girmek gibi bir siyaset-i maliye ... 1920 tarihinden beri takip edilmemiş bir yoldur ve bu kapı ile'ebed Meclis-i Âlice kapanmıştır" demekteydi.⁷⁰⁷ Bütün bu gelişmeler meyanında, "enflasyonist uygulamaları sınırlandırma endişeleri para arzı ve borçlanma konusunda bazı kuralların Anayasa'ya konulması önerileri(ni beraberinde getirmiştir. Bu minvalde sözgelimi) 1982 Anayasası'nı hazırlamakla görevlendirilmiş bulunan Danışma Meclisi'nin Anayasa Tasarısı'nda... Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile ilgili bir düzenleme yapıldığı (m. 141) ve borçlanma ile ilgili buna dair bir hükmün bulunduğu (m. 140) görülmektedir; ancak 1982 Anayasası'nda bu hususlara dair bir düzenleme nihai metinde bulunmamaktadır."⁷⁰⁸ Anayasal iktisat teorisyenlerince bu yönde önerilerin son zamanlarda da gündeme getirildiği görülmektedir. Buna göre;

*"Dış borçlanma ancak hükümetin teklifi ve TBMM'nin salt çoğunluğunun kararı ile yapılabilir. Ancak, toplam dış borç stokunun bir önceki yıl reel GSMH'ya oranı yüzde kırkı aşamaz. Dış borçlanma ile sağlanan finansman, yatırım harcamalarının dışında kullanılamaz."*⁷⁰⁹

Bu öneriler hayata geçmemiş olmakla beraber, ekonomik kriz dönemlerini takiben IMF ile varılan mutabakatlar çerçevesinde faiz dışı fazla sağlanmasına yönelik sabit oranların belirlenmesi ve uygulanmasının gündeme gelmesi dikkate alındığında, bir nevi, ironik biçimde anayasal kısıtlar yerine IMF kısıtlarının ikame edildiği gerçeğiyle karşılaşıldığı da söylenebilecektir! Hatta, ülkemizin AB'ne üye olması perspektfi kapsamında ekonomisinin uyumlaştırılması gereği çerçevesinde Maastricht kararlarına uyum sağlamasını teminen getirilen ekonomik tedbirlerin de bu minvalde bir kısıt oluşturmaya yaradığı düşünülebilir.

Son olarak, vergi toplama, borçlanma ve para arzının artırılması gibi mali yöntemlerin ne şekilde ve hangi oranlarda, hangi siyasayla gerçekleştirileceği üzerinde öğretide –sahip olunan politikalara göre tebellür eden- farklı yaklaşımların bulunduğunu belirtmek gerekecektir. Sözgelimi, devletin rolünün asgariye indirilmesi görüşündeki liberallere göre "mahdut çerçeveye inhisar ettirilen Devlet ihtiyaç-

⁷⁰⁷ Kuruç, Bilsay; *Mustafa Kemal Döneminde Ekonomi*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1987, s. 30.

⁷⁰⁸ Tan, Turgut; *Anayasal Ekonomik Düzen*, AYD, C. 7, 1990, s. 163.

⁷⁰⁹ Aktan, *Ekonomik Anayasa*, op. cit., s. 66.

larını karşılamak için istikrar gösteren mevzular üzerinden ve konjonktür dalgalanmalarından en az müteessir olacak usullerle vergi almak tavsiye olunur... İstikrazlara (borçlanmalara) ise ancak olağanüstü hallerde başvurulmalı, ve bu takdirde de ödünç alınan paraların ... süratle ödenmesi (sağlanmalıdır)... Enflasyona katiben başvurulmamalı, bir başka deyişle bütçe her yıl denkleştirilmelidir.”⁷¹⁰ Liberalizmin bu yaklaşımının işçi sefaletine yol açtığı, dengesiz bir toplum yapısına ve buhranlara neden olduğu, ayrıca liberalizmin kendi içinde dahi etkin biçimde işlerlik kazanmadığı görüşünden hareketle, Keynezyen bir yaklaşımla maliyeyi ekonomi siyasetinin bir manivelası olarak gören sosyal refah devleti savunucularının mali politika yaklaşımında ise, talep yaratma amaçlı harcamalarda bulunulması gereğine binaen vergi gelirlerinin yüksek olmasında yarar olacağı, ekonomide mal üretimine vergi politikalarıyla düzenleme getirilmesi gerektiği, borçlanmanın ise sadece eksik kalan geliri sağlamanın ötesinde sermaye piyasalarını yönlendirme ve terbiye etme amacıyla da kullanılacağı, emisyonu mahzurlu bir araç şeklinde görmek ve gelir sağlama amacına hizmet ettirmek yerine aylak üretim araçlarını harekete geçirmekte yararlanılacağı, nihayet denk bütçe yerine de ekonominin genel dengesi gözetilerek fazla veya açık verilmesinin uygun olacağı yönündedir.⁷¹¹

1.3.2. Türkiye’de Kamu Projelerinin Klasik Finansman Yöntemiyle Gerçekleştirilmesi

Kamu hizmeti anlayışıyla belirlenen kapsamın genişliği çerçevesinde dar veya geniş bir çerçevede belirlenmekte olan kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde uygulanan yöntem, genel olarak bu yatırımların bizzat devlet tarafından ve genel bütçeye tâbi (sulama veya enerji yahut karma amaçlı baraj yapımına yönelik olarak DSİ Genel Müdürlüğü veya demiryolları veya limanların yapımından sorumlu Demiryolları, Limanlar, Havaalanları ve İnşaatı (DLHİ) Genel Müdürlüğü gibi) kamu kuruluşlarınca veya (elektrik iletim hatlarının yapımından sorumlu Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) gibi) kamu iktisadi teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Devletin bütçe kaynaklarından veya dış borçlanma yoluna giderek finansman sağlamsıyla parasal kaynak sağladığı ve özel sektöre inşaatını yaptırmak suretiyle gerçekleştirdiği bu yönteme kısaca “klasik proje finansmanı” adı verilmektedir. Devletin muhtelif gerekçelerle bu hizmetlerin ifasını kamu kuruluşları yerine özel sektör kuruluşları eliyle gördürme yoluna gittiği de görülmektedir. Bu iki

⁷¹⁰ Sur, Fadıl Hakkı; Maliye Tarihine Kısa Bir Bakış, AÜFHD, C. 6, Sy. 1, 1949, s. 265.

⁷¹¹ Sur, Maliye Tarihine Kısa Bir Bakış, op. cit., s. 266, 276, 277.

ayrı yöntem arasındaki farklılıkları görebilmek ve değerlendirebilmek, bu yöntemlerin kamu tarafından tercih edilmesinde kullanılan "devletin finansman kaynaklarının sınırlılığı" ile "yüksek maddi tutar" veya "ileri teknoloji" gibi gerekçelerin yerindeliğini irdelenebilmek açısından, anılan hizmetlere ilişkin projelerin kamu veya özel sektör tarafından gerçekleştirilmesine dair bu iki başlıca yöntemin ayrıntılı biçimde ele alınması kaçınılmazdır.

İşte bu noktada, Türk kamu proje finansmanı (klasik finansman) sistemindeki işleyişe dair özet bilgi vermenin yararlı ve giderek gerekli olduğu kanaatindeyiz:

Kamu tarafından yerine getirilmesi öngörülen altyapı faaliyetleri yıllık yatırım programlarında sıralanmaktadır. Hangi yatırımların yıllık programa alınacağı ise, teorik olarak –zira gerçekte politik veya sair baskı gruplarınca etkilenen bir mekanizma görülebilmektedir- 5 yıllık kalkınma planlarıyla belirlenen makro seviyedeki programlama çerçevesinde oluşturulan strateji uyarınca şekillendirilmekte ve böylece uyumlu bir yatırım planlamasına gidilmesi öngörülmektedir. Öte yandan, devletin belirli bir yıl içerisindeki gelir-gider dengesinin yer aldığı bütçe kanunları, her bir yıl için yapılacak (yatırımlar dahil olmak üzere tüm) harcamaları ve o yıl içerisinde elde edilmesi öngörülen gelir kalemlerini sıralar. Dolayısıyla, bir yanda elde edilmesi öngörülen gelir kalemleri ayrıntılarıyla belirlenirken, diğer yanda o yıl içerisinde yapılması öngörülen tüm harcamalar listelenir ve bu manada denk bir bütçenin oluşturulması temel hedeftir. Bu durum, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu⁷¹² ile de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, "(b)ütçelerde gelir ve gider denkleğinin sağlanması esastır."⁷¹³

Yatırım programında o yıl içerisinde yapılacak yatırımların tamamına yer verilmektedir ve bunlara ayrılacak ödenek tutarı, doğal olarak o yılın bütçe büyüklüğünün, yani öngörülen gelir tutarı ve bu tutar içerisinde yatırımlara ayrılabilir tutarın büyüklüğüyle sınırlıdır. Şu halde, bütçe dengesinde bir yanda elde edilmesi öngörülen tüm gelirler (ki ağırlığını vergi gelirleri oluşturur), diğer yanda ise yapılacak harcamalar (ki büyük oranda personel ve anapara-faiz ödemelerinden müteşekkildir) yer alır; vergi gelirlerinin yetersizliği nedeniyle genellikle arada bariz bir açık oluşur ve bu farkın da o yıl içerisinde yapılacak iç veya dış borçlanmalarla karşılanması öngörülür.

⁷¹² 24 Aralık, 2003 tarih ve 25326 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁷¹³ Bkz. 5018 sayılı Kanun, m. 13 (h).

Öte yandan, devletçe sağlanan borçların hangi tasnife göre iç veya dış borç olarak belirleneceği açık değildir. "İç ve dış borç şeklinde yapılan tasnifin önemi, borçlanmanın iç veya dış kaynaklardan yapılmasına göre (tâbi olduğu mevzuatın milli mevzuat veya yabancı mevzuat olması gibi) farklı etkiler doğurması nedeniyledir."⁷¹⁴ Borcun iç veya dış olarak nitelendirilmesi, borçlanılan piyasanın veya para cinsinin milliyetine göre belirlenmek durumundadır. Bize göre, sadece devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmayan para cinsinden borçlanmalar "dış borç" niteliğindedir. Ekonomik anlamda "basamadığın para senin değildir" şeklinde özetlenebilecek olan bu anlayışa göre, borcun muhatabından ziyade, cinsi önem taşımaktadır. Bununla birlikte, 4749 sayılı Kamu Finansmanı Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde yer verilen tanımların, bu konudaki belirsizliği başarıyla koruduğu görülmektedir.

1.3.2.2. Bütçe Kanunu ve Yatırım Programı

"Bütçe kelimesi, bu kavramın ortaya çıktığı devrede "para çantası" veya "kamu cüzdanı" karşılığı kullanılmıştır. Bu kavram, İngiltere'de Hazine Bakanı tarafından Parlamento'ya sunulmak üzere taşınan ve içinde hükümetin mali kaynak ve gereksinimlerinin bulunduğu deri çanta için, daha sonra da taşınan bu belgelerin kendisi için, kullanılmıştır. Bütçe kavramı, böylece gelişiminin ilk döneminde dahi, devletin gelir ve gider belgeleri, yürütmenin bulduğu mali kaynaklarla bu kaynakların kullanılma gereksinmesini kapsamıştır... (Dolayısıyla, bundan çıkan sonuç,) bütçenin devletin gelir kaynaklarıyla giderlerini belirtmesi, bunlar arasında denge kurması ve de bu kaynakların elde edilmesi ve harcamalarının yapılmasına belli bir dönem için yetki veren bir yasa olmasıdır."⁷¹⁵

Bütçe ile, devletin harcamalarının belirli bir disiplin altına alınması amaçlanmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 163. maddesine göre;

"Genel ve katma bütçelere verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu Kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemez. Cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük ge-

⁷¹⁴ Üren, Arsan; Kamu Borçlarının Sınıflandırılması, AÜSBF Dergisi, C. 34, No. 1-4, s. 43'den aktaran: Aykın, Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri, op. cit., s. 3.

⁷¹⁵ Coşkun, Devlet Bütçesi – Türk Bütçe Sistemi, op. cit., s. 10, 11.

tirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayacak mali kaynak gösterilmesi zorunludur."

Öte yandan, 2006 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun "denge" başlıklı 3. maddesine göre "(b)u Kanununun 1 inci maddesinin (a) bendinde belirtilen ödenekler toplamı ile 2 nci maddesinin (a) fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan tahmini gelirler toplamı arasındaki fark, net borçlanma hasılatı ile karşılanacaktır." Bu itibarla, yatırımlara tahsis edilebilecek nisbeten yetersiz bütçe büyüklüğü yatırım programında yer alan çok sayıdaki yatırım projesi arasında -önemine veya siyasi tercihe göre- paylaşılır. Teknik dilde bunun adı "yılı yatırım ödeneği"dir.

"Kamu ekonomisinde, devlet bütçesi tahminleri yapılırken, önce gider tahminleri yapılır; sonra da bu gider tahminlerine göre gelir elde etme yolları aranır. Tabii, en büyük gelir kaynağı da (yukarıda da belirtildiği üzere, esas olarak **vergi** ve benzeri gelirlere dayanır)."716 Kamu harcamaları ise Türk bütçe sisteminde ekonomik tasnif anlamında **cari**, **yatırım** ve **transfer** harcamaları olarak üçe ayrılır: **Cari harcamalar** personel giderleri, mal bedelleri, aydınlatma ve su giderleri, kira, bakımlar ve küçük onarımlar vb. gibi kalemlerden oluşur. **Yatırım harcamaları** ise yollar, yapılar, barajlar tesisler, büyük onarımlar, kamulaştırma giderleri gibi, faydası uzun dönemli harcamalardır. Devlet borçlarının faizleri, gazi ve malûl-lere ödenen maaşlar, sosyal sigorta ödemeleri, tarımsal veya sair sübvansiyonlar ise, 1930'lu yıllardan itibaren kamu harcamalarının gittikçe önemi artan bir bölümü olan **transfer harcamalarını** oluşturmaktadır.717

Burada bir kez daha yinelemek gerekirse, bütçe büyüklükleri içerisinde aslan payını genellikle cari harcamalar (büyük kısmını maaş ödemeleri oluşturmaktadır) ile transfer harcamaları (yaklaşık % 60-65'i faiz ödemeleridir) almaktadır. "Nitekim, 1990-99 döneminde konsolide bütçe harcamaları içinde transfer harcamalarının payı % 37'den % 59'a yükselirken, cari harcamalar payının % 49'dan % 35'e düştüğünü ... yatırım harcamalarının payının ise % 14,5'tan % 5,9'a düştüğünü görüyoruz".718 Yine, sözgelimi "... 1994, 1995 ve 1996 konsolide bütçe harcamalarının dağılımına bakıldığında, birinci sırada % 53-59 oranlarıyla transfer harcamalarının, ikinci sırada % 35-41 oranında personel ve cari harcamalarının ve % 5-7 pay-

716 Coşkun, *Devlet Bütçesi - Türk Bütçe Sistemi*, op. cit., s. 6.

717 Özbaran, M. Hakan; *Türkiye'de Kamu Harcamalarının Son Beş Yılına Göre İncelenmesi*, Sayıştay Dergisi, Sy. 53, Nisan-Haziran 2004, s. 115, 118.

718 Vartier, Oktay; *Yapı-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim*, Görüş Dergisi (TÜSİAD), Eylül 1999, s. 50.

la en sonda yatırım harcamalarının (işçilik hariç) geldiğini görüyoruz. 1996'da ... konsolide bütçe harcamaları içinde, işçilik dahil, kamu harcamalarının payı % 14,7 ... olarak öngörülmüştür."⁷¹⁹ Sonraki yıllarda da değişen fazla bir şey olmamıştır: 1999-2004 yılları arasında konsolide bütçe gelirleri içerisinde cari harcamaların payı % 25-32, transfer harcamalarının payı % 61-69, yatırım harcamalarının payı ise % 5-5,5 aralığında seyretmiştir. Dolayısıyla, 1990'lı yılların başlarında %14'ler civarında seyreden yatırım harcamaları, 1999 yılından itibaren % 5'ler düzeyine gerilemiştir. Bunda en büyük etken ise, büyük kısmını faiz ödemelerinin oluşturduğu transfer harcamalarının çok yüksek düzeylere ulaşmış olmasıdır. O kadar ki, son dönemlerde bütçe gelirlerinin tamamı dahi transfer harcamalarını karşılamaz olmuştur.⁷²⁰ Nihayet, 2006 yılı bütçesinde ilk iki kalemdaki yatırım harcamaları için öngörülen ödenek, toplam bütçenin yaklaşık % 90,5'ini oluşturmaktadır! Dolayısıyla, bütçenin geriye kalan % 9,5 oranı gibi son derece cüzi olan miktarıyla devasa yatırım projesi stoklarını gerçekleştirmenin olanağı kalmamaktadır. Yukarıda belirtilen transfer harcamaları içerisindeki faizlerin oranı ise, borçlanma politikalarındaki serbestiyetin bir nevi ne denli bir yüksek bedel olarak geri döndüğünü göstermektedir. Nitekim, 2000'li yılların başında toplam bütçenin %50'sini oluşturan faiz harcamaları, son yedi yıldır uygulanmakta olan istikrar politikalarına rağmen 2007 (başlangıç) bütçesinde hâlâ bütçenin % 25,9'unu oluşturmaktadır; bu meyanda II. Meşrutiyet'in ilanı sonrasında 1909 yılında Meclis'e sunulan ilk bütçede Düyunu Umumiye (faiz harcamaları) için öngörülen %31,2'lik oranın, aradan yüz yıl geçmesine karşın aynı oranları muhafaza ettiğinin görülmesi dikkat çekicidir.⁷²¹

Bütçe büyüklüğü içerisinde yüksek bir yer tutan anapara ve borç ödemelerinden dolayı borç veren "rantiye" sınıfına aktarımda bulunduğu ve bu kesimin tercih konusu yapılarak kollandığı yolunda siyasilerce çoğu kez eleştirilerde bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte unutulmamak gerekir ki, bu ödemelerin nedeni daha önceki dönemlerde alınan borçların gereğince ve etkin biçimde verimli olarak kullanılmamış olmasıdır. Sözgelimi, alınan borçlarla üretime yönelik verimli yatırımlarda bulunmak yerine memur ve kamu işçilerinin maaşlarına zam

⁷¹⁹ Varlier, Oktay; Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 19 Haziran, 1996, s. 3.

⁷²⁰ Özbaran, Türkiye'de Kamu Harcamalarının Son Beş Yılına Harcama Türlerine Göre İncelenmesi, op. cit., s. 119-123.

⁷²¹ Uras, Güngör; Yüz Yıl Önce de Bütçenin Yüzde 30'u Faize Gidiyordu, Milliyet Gazetesi, 27 Ekim, 2006.

yapmak suretiyle seçmenlere şirin görünmek isteyen bir iktidar, doğal olarak borçların vadesi geldiğinde ödeme yapacak kaynak sıkıntısı içinde olacaktır! Dolayısıyla, bir borcun alınmasından çok, alınan borçla nerede ve ne tür bir harcama yapıldığı kritik önemdedir. Bu anlamda, bütçenin büyük ölçüde transfer harcamalarına tahsis edilmesinin arkasında, -doğal olarak- alınmış borçların vaktiyle yerinde ve verimli şekilde kullanılmamış olması rol oynamaktadır.

Bütçe kanunlarında yatırım harcamalarında bulunabilmek için bahsekonu yatırımın yılı yatırım programında yer alması koşulu bulunmaktadır. Örneğin, 2006 yılı Bütçe Kanunu'nun⁷²² "Yatırım Harcamaları" başlıklı 9. maddesinin (a) bendine göre "2006 Yılı Yatırım Programına ek yatırım cetvellerinde yer alan projeler dışında herhangi bir projeye harcama yapılamaz." Ayrıca, 2006 Yılı Programı'nın Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair 17 Ekim, 2005 tarih ve 2005/9486 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın⁷²³ 3. maddesinde de "2006 Yılı Yatırım Programı'nda yer almayan herhangi bir proje için harcama yapılamaz" hükmüne yer verilmektedir. Böylece, herhangi bir proje için yatırım harcamasında bulunabilmenin ön şartı olarak, yılı yatırım programında yer verilmiş ve -yeni projelere başlanabilmesi için de yatırım tutarının asgari % 10'u oranında- ödenek ayrılmış olması koşulu getirilmektedir.

Ayrılan ödenek, teorik olarak projenin gerçekte ihtiyaç duyduğu yıllık tutar kadar olabileceği gibi, tahmin edileceği üzere bütçe kısıtları çerçevesinde genellikle gerekenin çok daha altında, hatta kimi zaman sadece sembolik bir tutar (son olarak bu tutar "iz bedel" adıyla tanımlanan, yıllık 1.000 YTL'dir) olarak belirlenmektedir. Yeterince ödenek ayrılamayacak projelerin siyasi mülahazalarla bir defa programa -çoğunlukla iz bedel üzerinden- alınması, müteakip yıllarda nisbeten ödeneğin artırılması ve fakat asla projeyi gerektiği zamanda bitirecek ölçüde ödenek tahsis edilememesi, uygulamada çok uzun yıllar boyunca karşılaşılan büyük bir sorun olmuştur. Bu çerçevede, proje sahibi kuruluş veya projeyi sahiplenen yerel kesimlerin başlıca amacı, öncelikle "yatırım projesi kapısından içeri bir defa adım atabilmek" olmuştur. Nihayetinde, sonraki yıllarda bir daha baskı kurularak ödenek artırımına gidilmesi daha kolaydır. "Adım adım mevzi kazanmak" suretiyle bir şekilde iş bitirilecektir nasıl olsa! Burada bir başka etken de, proje maliyetlerinin gerçekçi biçimde hesaplanmamasıdır; bunun kimi zaman "proje bedelini

⁷²² Kanun No. 5437, Kabul Tarihi: 27 Aralık, 2005 (31 Aralık, 2005 tarih ve 26040 sayılı (mükerrer) RG'de yayımlanmıştır).

⁷²³ 19 Ekim, 2005 tarih ve 25971 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

yüksek göstererek daha başlangıçta kamunun... gözünü korkutmamak kaygısından kaynaklandı(ğı), bunun sonucunda da finansman ihtiyacının düşük gösteril(mesi)"⁷²⁴ nedeniyle çok sayıda projenin yatırım programına konulduğu bilinmektedir. Bu projelerin yapımına bir defa başlandıktan sonra, sürekli maliyet bedelleri artırılarak gerçek maliyet bedeline yükseltilmek zorunda kalınmış ve bu da bütçe büyüklüğünün daima yetersiz kalması, kamu kaynaklarının marjinal veriminin azalması ve bu meyanda çok sayıda projeye düşük tahsisatların ayrılabilmesinden dolayı ülkeye sonu gelmeyen projeler kazandırmış olmayla sonuçlanmıştır. Sözgelimi, 560 kilometrelik Karadeniz Sahil Yolu (Otoyolu) Projesi başlangıçta 750 milyon Dolar üzerinden bir maliyetle planlanmış, ancak halihazırda henüz bitmemesine karşın 4,5 milyar Dolarlık bir maliyete ulaşmıştır!⁷²⁵

İşte bu anlayış nedeniyledir ki yatırım programı, verilen bütçenin hazmedebileceği kapasitenin çok üzerinde bir proje stokuyla –tıka basa- doldurulmuştur. Nitekim, "1996 (yılı yatırım) programına göre Türkiye'de 5.221 adet kamu yatırım projesi stoku vardır... Bu durumda, kamu yatırımlarının ortalama tamamlanma süresi 16 yıldır."⁷²⁶ Öte yandan, yatırım programındaki proje stokunun sayısı her yıl daha da artış göstermiştir: 2000 yılında yatırım programında ödenek bekleyen projelerin sayısı 5.321, bunların ortalama tamamlanma süresi ise 9,2 yıldır!⁷²⁷ Her yılın yatırım programı belirlenirken programda sadece ismine yer verilmiş ama ödenekten nasibini almamış projeler için baskı grupları harekete geçer, ne kadar tutturulabilirse kârdır anlayışıyla! Rasyonalize edilmiş bir durum yoktur ortada. Nitekim, tam bu nedenle yatırımların tamamlanma süreleri bir çok on yılı bulabilmekte, sözgelimi bir ildeki devlet hastanesi yapımı 30 yıldır hâlâ tamamlanamamış durumda kalabilmektedir. Yine, bütçeden yatırıma ayrılan ödeneklerdeki yetersizliğin bir sonucu olarak, sözgelimi Muğla ilinde Dalaman'ı Göcek'e bağlayacak tünelin yapımı yaklaşık 41 yıl sonra yap-işlet-devret modeliyle ve kamu kaynakları kullanılmaksızın bir yıl içerisinde tamamlanarak 2006 yılında hizmete alınabilmiştir!⁷²⁸ Bu durumda gerçekten zamanında bitirilmesi gereken daha öncelikli projeler de gecikmelere uğramakta, özet olarak yatırımların başlangıçtaki fizibilite (ve-

⁷²⁴ Erçel, Gazi; Formula 1 ve Projecilik, Sabah Gazetesi, 27 Ağustos, 2005.

⁷²⁵ Demirkan, Süleyman; Karadeniz Otoyolu Namus Belası, Hürriyet Gazetesi, 24 Aralık, 2006, s. 13.

⁷²⁶ Varlier, op. cit., s. 3.

⁷²⁷ 2006 Yılı Programı, s. 25 (2 Kasım, 2005 tarih ve 25984 sayılı (mükerrer) RG'de yayımlanmıştır)

⁷²⁸ Göcek Tüneli 41 Yıl Sonra Hizmete Açılıyor, Hürriyet Gazetesi, 8 Eylül, 2006, s. 16.

rimlilik) analizleri işin sonuçlandığı sırada geçerliliğini çoktan kaybetmiş olabilmektedir.⁷²⁹

Bu yapının sürdürülemez olması gerçeğinden hareketle, projelerin bir türlü zamanında tamamlanarak ekonomiye bir an evvel kazandırılmaması ve sürekli harcanan bütçe ödeneklerinin kendilerini geri ödeyecek noktaya ulaşamamalarından ötürü ekonomideki buhranlara katkıda bulunması nedenleriyle, en son olarak 2001 yılındaki ekonomik kriz sonrasında yatırım programında "rasyonelleştirme" çalışması başlatılmıştır. Anılan çalışma neticesinde programdaki proje stoğu önemli ölçüde azaltılarak, 2000 yılındaki 5.321 rakamı 2005 yılında 2.627'ye indirilmiş, yatırımların ortalama tamamlanma süresi ise aynı yıllar için sırasıyla 9,2 yıldan 6,6 yıla çekilmiştir.⁷³⁰

Yatırım programları yıllık olarak DPT Müsteşarlığınca ilgili yatırımcı kuruluşlarla işbirliği içerisinde hazırlanır ve TBMM'ne sunulurken kabul edilmesini müteakip uygulanacağı yıl başında yürürlüğe girer.⁷³¹ Öte yandan, yatırım programını da kapsayacak şekilde hükümetin yıllık ekonomik programını gösteren ve Bakanlar Kurulu kararıyla uygun bulunarak RG'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren "yılı programı" da ayrıca hazırlanmakta ve burada yatırımlar da dahil olmak üzere uygulamaya dair politikalar tesbit edilmektedir. Yılı içerisinde yatırım programında değişiklik yapılarak, bir projeye ayrılan ödeneğin diğer ödeneklerden aktarma yapmak suretiyle artırılması veya aynı usulle ödenek ayırmak kaydıyla yeni bir projenin programa alınması da imkan dahilindedir. 2006 Yılı Programı'nın 6. maddesine göre, Yatırım Programı'na alınması zorunlu projelerden "5 milyon YTL'ye kadar harcama ile yılı içinde tamamlanacak olanlar DPT Müsteşarlığınca, tamamlanması birden fazla yıl sürecek projeler ile maliyeti 5-250 milyon YTL arası olanlar Yüksek Planlama Kurulu (YPK)'nce, maliyeti 250 milyon YTL'nin üzerindeki-ler ise Bakanlar Kurulunca karara bağlanır."

⁷²⁹ Sözgelimi, Karadeniz sahilindeki balıkçı barınakları inşaatı için Bayırlık ve İskan Bakanlığı'na ayrılan ödeneklerin çok az olması nedeniyle devletten iş alan müteahhitler inşaatın çok cüzi bir kısmını yaptıktan sonra yılı ödeneği tükendiği için işi tatil etmekte, bir sonraki yılın -yine cüzi tutulan- ödeneği verildiğinde sahildeki inşaatı kaldığı yerden devam edilmektedir, ne var ki aradan geçen zaman içinde Karadeniz'in sert dalgaları bir önceki yılda yapılmış kısmı çoktan yok etmiştir; dolayısıyla bu barınakların kimilerinde inşaat yıllar boyunca bir fasit daire halinde devam eder durur!

⁷³⁰ 2006 Yılı Programı, s. 25 (2 Kasım, 2005 tarih ve 25984 sayılı (mükerrer) RG'de yayımlanmıştır).

⁷³¹ 2006 Yılı Yatırım Programı 7 Ocak, 2006 tarih ve 26046 sayılı (mükerrer) RG'de yayımlanmıştır.

YPK'nın sekretarya görevi DPT Müsteşarlığınca yerine getirilmekte olup, DPT Müsteşarı'na ilave olarak her hükümet döneminde farklı bakanlardan oluşan siyasi ağırlıklı bir yapı halinde teşekkül ettirilmektedir. Nitekim, Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁷³² 4. maddesine göre "YPK, Başbakanın başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği sayıda Bakanlar ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarından meydana gelir. Başbakanın bulunmadığı toplantılara Başbakan tarafından belirlenen Devlet Bakanlarından biri başkanlık eder. Kurulun görüşeceği konuların mahiyet ve özelliğinin gerektirdiği durumlarda, Kurula Başkan tarafından diğer Bakanlık ve Kamu görevlileri de çağrılabilir." 2006 yılı itibarıyla 59. Hükümet döneminde YPK aşağıdaki şekilde teşekkül ettirilmiştir: Başbakan, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı, Hazine Müsteşarlığı'ndan sorumlu Devlet Bakanı, Maliye Bakanı, Bayındırlık ve İskan Bakanı, Ulaştırma Bakanı, Sanayi ve Ticaret Bakanı ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ile DPT Müsteşarı.

Burada ilgi çekici husus şudur: Hangi projelerin yatırım programında yer alacağının belirlenmesine başlangıçta Meclis onay vermekteyken, bir defa yürürlüğe giren program üzerinde –kimi sınırlamalara tâbi olmakla beraber- yeni bir projenin yatırım programına alınabilmesinde çok daha sınırlı bir kadrodan oluşan YPK yetki sahibi kılınmaktadır! Kaldı ki, YPK kararıyla Yatırım Programı'na alınabilmesini teminen bir projenin tahmini yatırım bedelinin kasten düşük tutulmak suretiyle manipülasyona gidilmesi de uygulamada rastlanmayan bir durum değildir. Nitekim, 2006 Yılı Programı'nın 7(c) maddesi "bir defa Yatırım Programı'na girmiş" bir projenin maliyet artışını yapmaya YPK'nun yetkili olduğunu hükme bağlamaktadır. Özetle, bürokraside çareler tükenmez! Kamu çıkarının korunması hususunda kuşku doğuracak bir işi mevzuata tamamen uygun olarak "mümkün kılmanın" çok değişik yollarını bulmak imkan dahilindedir ve çoğu zaman bu bir "sanat" halini almaktadır!⁷³³ Sözcüleri, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün sahip olduğu de-

732 KHK Tarih ve No: 19 Haziran, 1994/5403 (24 Haziran, 1994 tarih ve 21970 sayılı (mükerrer) RG'de yayımlanmıştır).

733 Esasen, bürokraside uygulamaya yönelik dar kapsamlı ve kesinlik içeren tebliğ veya yönetmeliklerin hazırlanması sırasında dahi daima "kısıtlayıcı olunmaması, hin-i hacette lazım olacağını düşünerek esneme payını koyacak şekilde hükümler ihdas olunması" düsturundan hareket edildiği bilinmektedir. Böylece, uygulamaya geçildiğinde bir olayda işin kamusal yararı konusunda tereddüde düşülmesi karşısında "fakat mevzuata uygun, mevzuat bu durumu engellemiyor ki" gerekçelerinin kullanılabilmesinin yolu açılmış da olabilmektedir. Literatürde buna "*state capture*" adı verildiği bilinmektedir ve "petit corruption" adı altında tanımlanan yolsuzluk türüne kıyasla çok daha tehlikeli bir ortam yarattığı ifade edilmektedir (bkz. Hellman, Joel S. - Jones, Geraint ve Kaufmann, Daniel, *Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influen-*

ğerli arazi ve istasyon binalarının ve arsalarının üzerinde otel, kongre salonu vb. ticari nitelikte yapılar ve işletmeler kurularak ticari bakımdan değerlendirilmesi bağlamında, Özelleştirme Yasası'na tâbi olmaksızın hareket edebilmeyi teminen anılan Genel Müdürlüğe bağlı kuruluşlar oluşturmak ve bilahare bu kuruluşların

ce in Transition, World Bank Policy Research Working Paper No. 2444, Dünya Bankası Yayını (www.worldbank.org), Eylül 2000, s. 3). Zira, "state capture" durumunda, bir ülkedeki mevzuat yasama ile yürütme arasında anlaşmalı biçimde kasıtlı olarak esnek tutulmakta ve böylece idarenin kamu çıkarına aykırı eylemlerinin altyapısı hazırlanarak, buna dair yasal kovuşturmaların sonuçsuz kalması temin edilmektedir. Sözgelimi, enerji sektöründeki YİD sözleşmeleriyle ilgili olarak "neden bu sözleşmelerde ihale yapılmaksızın "görevlendirmelere" gidildiğine ilişkin sorumuza, o dönemde ilgili bakanlıkta görev yapmakta olan bir yetkilinin "ama biliyorsunuz ki 3096 sayılı yasa ihaleye çıkma zorunluluğu bulunmuyor" yanıtını verdiğini bu vesileyle belirtmekte yarar görüyoruz. Esasen, devleti tamamen "kuşatma altına almaya" elverişliliği nedeniyle bu duruma "state capture", yani "devleti ele geçirme-kuşatma" adının verildiği tahmin olunabilir. Nitekim, enerji politikalarına ilişkin yoğun tartışmaların yaşandığı 2000'li yıllarda kamuoyuna mal olmuş ifadeyle "Beyaz Enerji Operasyonu" adı verilen gelişmenin vuku bulması, bir başka anlatımla "2001 yılı Ocak ayında yolsuzluk buzdağına çarpan devlet gemisi(nin) ortaya BEYAZ ENERJİ skandalının saçılmasına neden olmasında" (bkz. Kirayoğlu, Lütfü; Eroin (Doğalgaz) Bağımlısı Enerji..., EMD, Sy. 413, Mayıs 2002, s. 39), enerji sektöründeki kimi işlemlerde bir kaç kişi tarafından yolsuzluk yapıldığına dair basit bir saptamadan ziyade, bu sektördeki işlemler çerçevesinde devletin istikrarını sarsacak boyutta ekonomik etki yaratabilecek büyük ölçekli bir hareketin gerçekleştirilmekte olduğuna dair algılamının rol oynadığı kanaatindeyiz. Cansen'in ifadesiyle, "(e)n büyük soygunlar, yasaya uygun yapılır" (bkz. Cansen, Ege; Arsa Rantları, Hürriyet Gazetesi, 31 Ocak, 1998).

"Petit corruption", yani küçük ölçekli yolsuzluklarda ise, günlük olaylarda karşılaşılan kimi problemlerin bertaraf edilmesini teminen işlerin hızlandırılmasına matuf eylemlerden bahsedilmektedir. Sözgelimi, bir devlet hastanesinde tedavi için çok ileri bir tarihe gün verilmesi durumunda hastane görevlilerine nisbeten cüzi bir ödemede bulunmak suretiyle tarihin öne çekilmesi buna örnek gösterilebilir. Literatürde bu tür bireysel olayların bürokratik tıkanıkların aşılmasına yardımcı olduğu ve "tekerleğin dönmesi için yağ sürmeye benzeyen (ve "it greases the wheel" şeklinde ifade olunan) hızlandırıcı bir etki yarattığı veçhile olumlu karşılanabileceği dahi ileri sürülmektedir (Kaufmann, Daniel - Wei, Shong-Jin; Does "Grease Money" Speed Up the Wheels of Commerce, NBER Working Paper No. 7093, Nisan 1999 (www.worldbank.org)). Sözgelimi, aşırı vergiler veya ağırlaştırılmış bürokratik süreçlerin, bu tür bireysel ölçütteki yolsuzluklarla aşılabildiği ve böylece toplumun refahının artmasına katkı sağlanabildiği belirtilmektedir. Samuel Huntington'a göre, bir toplumun ekonomik refahı açısından "katı, merkezîyetçi ve yozlaşmış ("corrupt") bir bürokrasiye" sahip olmasından daha kötü olan şey, "katı, merkezîyetçi ve dürüst bir bürokrasi" olmasıdır (Political Order in Changing Societies, 1968, s. 386'dan aktaran: Wei, Shang-Jin; Corruption in Economic Transition and Development: Grease or Sand?, UNECE Spring Seminar in Geneva, 7 Mayıs, 2001 (www.unece.org))! Hatta, Güneydoğu Asya ülkelerinde görülen yüksek oranlı ekonomik büyümenin bu anlayışa dayandırıldığına da rastlanmaktadır (Bkz. Tanzi, Vito; Corruption Around the World, IMF Staff Papers Vol. 45, No. 4, IMF Yayını, Aralık 1998, s. 578, 581 (www.imf.org)). Öte yandan, hukukumuzda bu tür yolsuzlukların "hızlandırıcı" ve "çarptıcı" olarak ikiye ayrıldığı, çabuklaştırıcı işlemlerde yasal düzenlemelere uygun bir işlemin hızlandırıldığı, çarpıtıcı işlemlerde ise yasal düzenlemelere aykırı bir işlem yapıldığı; bunlar-

özel kişilerle ortaklık kurmaları yoluna gitmek ve bu ortaklığa ihalesiz biçimde anılan arsa ve binaların tahsisini gerçekleştirmek yönünde bir kurgu geliştirildiği belirtilmektedir ve gerçekten de yasal zeminin fevkalade “zeki” biçimde kurgulanabilmesine yönelik “güzel bir örnek” oluşturmaktadır!⁷³⁴

Yatırım Programı’nda yer alan projeler için iki tür ödenek ayrılmaktadır: a) iç (“toplam” adı altında), ve b) dış. “Dış” olarak betimlenen kategori de ayrıca kendi içinde “kredi” ve “özkaynak” olarak ikiye ayrılır.⁷³⁵ “İç” başlığı altındaki fasıldan

dan çarpıtıcı işlemin diğerine göre daha ağır suç sayılarak Türk Ceza Kanunu’nun 212. ve 213. maddelerinde haff ve ağır rüşvet suçu ayırımına gidilmek suretiyle farklı cezaların öngörüldüğü belirtilmektedir (bkz. Özsemerci, Kemal; Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluklar, Nedenleri, Zararları ve Çözüm Önerileri, Sayıştay Araştırma, İnceleme, Çeviri Dizisi – Araştırma, No. 27, Sayıştay Yayınları, 1. Basım, Ekim 2003, s. 18).

Bürokratik-politik manipülasyonlara bir örnek olarak, demiryolu sektöründe yapım işleriyle görevli kuruluşun DLHİ Genel Müdürlüğü olmasına ve TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü’nün sadece işletmecilikle görevlendirilmiş bulunmasına karşın, halihazırda sözgelimi Ankara-İstanbul Hızlı Tren Hattı Yapımı Projesi’nin DLHİ Genel Müdürlüğü yerine TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne yapılmasına karar verilmesi ve bunu teminen bahsekonu yapım işinin “mevcut hattın modernizasyonu” olarak gösterilmesi verilebilir (zira TCDD’nin mevcut hatlarda küçük yapım, bakım ve onarım işlerinde bulunacağı doğal olarak mevzuatta öngörülmektedir; ancak halen yapılan yaklaşık 3 milyar ABD Doları tutarında devasa bir yapım işidir ve yeni proje olarak telakki edilmesi gerekir. Nitekim, yapım işlerinde deneyimi bulunmayan bahsekonu Genel Müdürlüğün uygulamada pek çok problemle karşılaştığı ve asıl görevli olması gereken DLHİ Genel Müdürlüğü’nden teknik bilgi yardımı almak durumunda kaldığı uygulamada yer alanların bilgisi dahilindedir ve dikkat çekicidir).

Öte yandan, yolsuzluğun gelişmekte olan ülkelerde ekonomik kalkınmanın önünü tıkadığı (bkz. Donan, Shawn; Corruption Still Holds Emerging Markets Back, Financial Times, 26 Eylül, 2006, s. 5), gelişmiş ülkelerdeki şirketlerin kendi ülkelerinde rüşvet vermeme yönündeki yasal (ve etik) sınırlamalara uyarırken, batıların çifte standartlarıyla gelişmekte olan ülkelerde yolsuzluklara giriştikleri (bu durum bir gelişmekte olan ülke yetkilisinin ifadesiyle “her rüşvet alan yerel ülke yetkilisine karşılık rüşvetle iş alma teklifinde bulunmaya hazır bir de batılı şirket temsilcisi vardır” şeklinde ifade olunmaktadır! Ülkemizde de bir yerli şirketin yetkilisi, özel sektör olarak “her türlü” girişimde bulunmalarının kendi varlık nedenleri olduğunu ve kamunun bu yöndeki “baştan çıkartıcı taleplere” “hayır” diyebilmesi gerektiğini sarahaten tarafımıza ifade edebilmişti!) (bkz. Williamson, Hugh; West Failing to Curb Bribery Overseas, Financial Times, 26 Eylül, 2006, s. 5), öte yandan, yolsuzluğun ulaştığı seviye karşısında Dünya Bankası’nın verdiği kredilerde etkinlik sağlayıcı tedbirler alma politikasına yöneldiği (bkz. Giles, Chris; Governance Poses Test for World Bank, Financial Times, 26 Eylül, 2006, s. 5) belirtilmektedir.

734 Bkz. Uras, Güngör; Haydarpaşa İçin “Kılıf Hazır”, Milliyet Gazetesi, 25 Eylül, 2005.

735 Buradaki ayırımın hangi ölçüte göre yapılmakta olduğu uygulamada tam bir açıklık kazanmamıştır. Nitekim, bu hususta DPT Müsteşarlığı yetkilileriyle yaptığımız görüşmelerde birbiriyle çelişen yanıtlar alınmıştır: Dış başlığı altında hem özkaynak, hem de kredi ifadelerine yer verilmektedir. Bu durumda, dış başlığı altında “özkaynak” olarak bütçenin yerel kaynaklarına atıfta bulunuldu-

ödenek alan yatırımlar için sadece bütçede öngörülen (**iç borçlanma dahil**) gelirlerden tahsisat ayrılması sözkonusu iken, yurtdışından sağlanacak kredilerle finanse edilmesi gerektiği düşünülen yatırımlar için "dış" başlığının kredi faslına ödenek konulur. Bu ayırımın önemi şuradadır: Dış kredi sağlanması öngörülen projeler için devlet Hazinesi tarafından devlet borcu mahiyetinde (veya KİT'ler sözkonusu olduğunda Hazine garantisi altında) dış borç sağlanır ve buradaki bütçe ödeneği, alınan dış kredinin o yıl içerisinde kullanılacak tutarı kadar artırılır. Dolayısıyla, bir projeye dış kredi sağlanmasının öngörülmesi, bütçe kısıtlamasının dışına çıkılarak projeye gerektiği kadar ödeneğin behemehal sağlanabilmesi imkanını getirmekteydi.

Bu yüzden, pek çok proje için dış krediyle finanse edilmesine yönelik yatırım programında değişiklik yapılması ve ödeneğin sınıflandırılmasında "içten dışa dönüştürülmesi" baskıları ortaya çıkmıştır. Böylece, bir defa iç bütçe ödeneği sınıftan dış kredi sınıfına geçirilen projeler için artık bütçe kısıtlamaları ortadan kalkmaktaydı. Burada örnek olarak başlangıçta iç bütçe sınıfında yer aldığı için cüzi ödenekler tahsis edilen ve bu meyanda yapımı yıllardır bitirilemeyen Düzce-Akçakoca devlet yolu iç finansmandan dış finansmana çevrilmiş ve proje için Hazine Müsteşarlığı tarafından dış kredi alınarak KGM'ye tahsis edilmiştir. Bunun gibi çok sayıda başka örnek de bulunmaktadır.

Tabiatıyla, daha başlangıçta programa dış finansmanlı olarak alınma tercihinde bulunan projeler de bulunmaktadır; otoyol projeleri ile belli başlı termik veya hidroelektrik santralleri bunlara örnek gösterilebilir. Ancak, bir husus belirsizliğini korumaktadır: Hangi projenin iç veya dış finansmanla yapılacağı neye göre belirlenecektir? Salt siyasi tercihe göre mi? Yahut, hangi projeye öncelik veriliyor ve daha erken zamanda ekonomiye kazandırılmak isteniyorsa, o proje mi tercih edilecektir?

ğu düşünülebilecektir. Bu halde ise, ana başlık olarak "dış" ibaresinin kullanılması izaha muhtaç kalmaktadır. Bir görüşe göre DPT, sadece "yurt dışından döviz kullanılarak ithal edilecek mal ve/veya hizmetlerle yapılabilecek projelere dış kredi tahsis etmeyi öngörmektedir. Ancak, bu yaklaşımın doğru olmadığı açıktır. Bu tür bir anlayış, döviz tahsisatlarıyla ithalatın yapılabildiği, kambiyo rejiminin liberalize edilmediği eski günlerde kısıtlı dövize sahip olunması durumu çerçevesinde sadece ithal edilmesi zorunlu malları veya hizmetleri içeren projelerin dış kredili yapılması anlayışıyla açıklanabilecektir. Nitekim, Özhan Uluatam'a göre "(b)ir ülke dış borçlanma ile iki tür yarar sağlamayı umabilir. Bunlardan birincisi ekonomi içerisindeki kaynaklara ek bir kaynak sağlamak, diğeri ise döviz olarak yeni ödeme imkanları elde etmektir" (bkz. Doğanyüçit, Belediyelerde Dış Borçlanmaya Dayalı Finansman Modeli, op. cit., s. 1). Ancak, bu durum günümüzdeki serbest piyasa ve kambiyo rejimi karşısında artık sözkonusu değildir. Bu itibarla, bu uygulamayı böylesi bir mantığa dayandırma olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mevcut uygulamanın arkasında yatan felsefe hâlâ izaha muhtaçtır.

Bu durum, kuşkusuz, başlangıçtaki bütçe disiplini zorlamakta ve uygulanan borçlanma, bütçe denkliliği ve makroekonomi politikalarında zâfiyete neden olmaktadır. Nitekim, 1993-2000 yılları arasında yatırım harcamalarıyla ilgili olarak bütçenin başlangıç ödenekleriyle yıl sonunda gerçekleşen ödenek tutarları arasında ortalama olarak % 30-40 seviyelerinde artışların vuku bulunduğu görülmektedir.⁷³⁶ Bu nedenle, 2001 yılındaki krizin akabinde uygulamaya konulan reform programları çerçevesinde mevzuatın daha sağlıklı bir yapıya kavuşturulmasını teminen çıkarılan düzenlemelerden birisi olan 28 Mart, 2002 tarih ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Hakkında Kanun'un 14. maddesiyle, genel ve katma bütçeli kuruluşlar tarafından proje kredisi olarak kullanılacak her türlü imkanın, kullanımdan önce bütçeleştirilmesi esası getirilmiştir. Yine, anılan Kanun'a istinaden çıkarılan Dış Proje Kredilerinin Dış Borç Kaydı, Bütçeleştirilmesi ve Muhabeseleştirilmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik⁷³⁷ hükümlerine göre, dış kredi alınmış dahi olsa, yatırım programında başlangıçta öngörülen ödenek kadar harcama yapılabileceği, bahse konu ödenek tutarında "dış kredi alınmış olması" gerekçesiyle artış yapılamayacağı, keza yatırım programı ve dolayısıyla bütçe büyüklükleriyle ilişkilendirilmemiş tutarların hiç bir şekilde harcanamayacağı kural altına alınmıştır. Buna ilişkin anılan Yönetmeliğin 5. maddesine göre "(d)ış proje kredilerinde bütçeleştirilme işlemi tamamlanmadan kullanım yapılamaz." Bütçe büyüklüğünün 5018 sayılı Kanun uyarınca sınırlandırılmış olması karşısında, bütçeden ayrılmış ödeneklerdeki kısıtlamalardan dolayı dış kredilerin istenildiği veya gerektiği kadar kullanılmasının da böylece önüne geçilmiştir.

Dolayısıyla, yukarıdaki bölümde yapılan analizler, dış kredi alınması durumunda da -bütçeleştirme ve bütçe tavanına riayet zorunluluğunun getirilmesi karşısında- hükmünü artık büyük ölçüde yitirmiştir. Bu nedenle, uygulamada artık iç bütçeyle veya dış krediyle finanse edilmesi arasında temel bir farkın kalmadığı söylenebilir. Belki -nisbeten- önemsiz sayılabilecek küçük bir farkın hâlâ bulunduğu da savunulabilecektir; o da, bir defa dış krediyle yapılmaya başlanan projeler için -dış krediler sözkonusu olduğunda buna ilişkin sözleşmelerin projenin tüm tutarını kapsayacak şekilde en başta imzalanması ve yıllar içinde krediden kullanım yapılmasının öngörülmesi karşısında- müteakip yıllarda ödenek tahsisinin zorunlu hale gelmesidir. Zira doğaldır ki, müteakip yıllar bütçesinde iç bütçe kaynaklarıyla finanse edilen projelerin ödeneklerinde kısıtlamaya gidilebilmesi, imzalanmış bir dış

⁷³⁶ Bkz. Eğilmez, Mahfi - Kumcu, Ercan; *Ekonomi Politikası – Teori ve Türkiye Uygulaması*, OM Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 138.

⁷³⁷ 11 Temmuz, 2002 tarih ve 24812 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

kredi sözleşmesinden kaynaklanan baskı unsuru bu projeler için sözkonusu olmayacağı cihetle, olasılık dahilindedir.

Bu durumda, 5018 sayılı Kanun çerçevesinde dış krediler için de bütçeleştirme ve bütçe tavanına riayet edilmesi uygulamasına geçiş yapılmadan önce, kamu tarafından yapılması öngörülen projeler için başlıca iki finansman kaynağına dayanan bir uygulama sözkonusu olmuştur: Bütçe kaynaklarına dayalı iç finansman ve dış borçlanmayla –bilahare bütçeleştirilmek ve bütçe tavanını artırmak suretiyle- gerçekleştirilen “öncelikli” projeler.

YİD projelerinin finansmanı aralarındaki finansman benzerliğinden ötürü ikinci grupta yer alan projelere yakından göz atılması gerekmektedir.

1.3.2.3. Kamu Tarafından Dış Finansman Sağlanarak Gerçekleştirilen Projeler (Klasik Finansman Yöntemi)

1.3.2.3.1. Genel

Öncelikle belirtmek gerekirse, bir projeye finansman sağlayan kreditorler açısından proje finansmanı temel olarak iki ayrı şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bunlardan birisi, proje için harcanan kredinin ve krediye ilişkin faizlerin, projenin işletme aşamasında elde edilecek gelirlerden karşılanmasını öngören “saf proje finansmanı” yöntemidir. Bu modelde, kreditorlerin getiri elde edebilmesi için projenin başarılı olması esastır ve bu itibarla projenin fizibilitesi kritik önemdedir. Uygulamada buna “*non-recourse finance*” veya “gayri kabili rücu finansman” adı da verilmektedir.⁷³⁸ Girişimcilerin ana şirketi üzerinde hiç bir yükümlülük yaratmaması açısından literatürde bu tür borçlanmalara “bilanço dışı finansman” adının verildiği de görülmektedir.⁷³⁹ Bu modelin yanında türev bir ürün olarak ortaya çıkan ve “*limited-recourse finance*” adıyla tanımlanan bir ara model de bulunmaktadır. Burada, sözgelimi projenin özellikle en çok riskli kabul edildiği yapım aşamasında veya işletmeye geçinceye kadarki deneme işletme sürecinde gecikmeler veya maliyet artışları çerçevesinde ilave finansman ihtiyacıyla karşılaşılması durumunda, kreditorlere girişimcilerin diğer varlıkları üzerinden finansman aktarımını talep edebilme imkanı tanınmakta⁷⁴⁰ veya özellikle gelişmekte olan ülkelerde

⁷³⁸ Bkz. Paksoy, *Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim*, op. cit., s. 159.

⁷³⁹ Razavi, Hossein; *Financing Energy Projects in Emerging Economies*, PennWell Publishing Company, Oklahoma, 1996, s. 5.

⁷⁴⁰ Razavi, *Financing Energy Projects in Emerging Economies*, op. cit., s. 5, 6.

devlet garantileri yoluyla kreditorlere ilave güvence olanağı sağlanmaktadır.⁷⁴¹ İkinci yöntem ise, kreditorlerin projeyi gerçekleştiren girişimcilerin ana şirketine borç vermeleri ve projenin sağlayacağı gelirlerle bağ kurulmaksızın ana şirket üzerinden borç geri ödemelerinin gerçekleştirilmesidir. Uygulamada buna "bilanço finansmanı" adı da verilmektedir.

Nitekim, kamu tarafından Hazine adına dış kredi kullanılarak gerçekleştirilen borçlanmalara "proje finansmanı" adı verilirken, bu borçlanmalarda kreditorler projeden sağlanacak gelirlerle ilgilenmemektedir. Zira, borç geri ödemeleri projeden elde edilecek gelirle değil, her halükarda devlet bütçesinden karşılanmaktadır. Bu itibarla, sözgelimi DSİ Genel Müdürlüğüne yaptırılacak bir baraj finansmanı için Hazine Müsteşarlığınca dış kredi alınması durumunda, sözkonusu barajın işletme safhasında üreteceği elektriğin satılmasından elde edilecek gelirle borç geri ödemelerinin yapılması sözkonusu değildir. Dolayısıyla, projeden elde edilecek gelir ile proje için alınan borca ilişkin geri ödemeler arasında hiç bir bağlantı kurulmamaktadır. Binaenaleyh, "klasik finansman yöntemi" olarak da adlandırdığımız bu tür finansmanda, yabancı kreditorler açısından projenin fizibilitesi önem taşımamakta ve kreditorler bu hususla hiçbir şekilde ilgilenmemektedir. Zira kreditor, verimsiz bir baraj projesi ihtimalinde de verdiği krediyi devletten tahsil etmektedir. Dolayısıyla, kreditorler açısından bu tür klasik finansman projesinde önemli olan, borç verdiği muhatabın genel kredibilitesidir, projenin sağlamlığı veya verimliliği (kredibilitesi) değil! Nitekim, uygulamada klasik finansman yöntemiyle gerçekleştirilen projelerin fizibilitelerine kreditorler neredeyse hiç bir zaman göz atmak gereksinimi duymamaktadır. Fizibilitenin yetersizliği veya hatalı olmasından dolayı bir projede ilave finansman artışı gerekmesi halinde, kamu tarafından ilave borçlanmayla duruma çözüm getirilecektir, yahut proje yarıda bırakılsa da alınmış kredilerin ödenmesi devlet güvencesindedir nasıl olsa!

Buna dair en son örneklerden biri, Deriner Barajı Projesi ile ilgili olarak yaşanmıştır. DSİ Genel Müdürlüğüne hazırlanan projeyi başlangıçta uygun görerek Yatırım Programı'na alan ve dış krediyle finansmanına onay veren DPT Müsteşarlığı, anılan Proje'ye ilişkin 5 Aralık, 2005 tarihli yazısında şöyle demektedir: "1997 yılında 711,4 milyon dolarla ihale edilen projenin bedeli, iş kapsamında hiçbir değişiklik olmadığı halde keşif artışlarıyla 2 milyar 20 milyon dolara ulaşmıştır. Ancak önümüzdeki yıllarda daha da artış göstereceği kesindir. Bu durum, DSİ'ce gerçekleş-

⁷⁴¹ Jechoutek, Karl G. ve Lamech, Ranjit; *Private Power Financing –From Project Finance to Corporate Finance*, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996, s. 105.

tirilen proje keşif ve değerlerinin güvenilir ve karar aşamasında kullanılabilir olmadığını göstermektedir... Keşif artışları hatalı değilse, kati proje ve ilk keşif safhalarında çok ciddi hatalar yapıldığını gösterir, bu da sorgulanmayı gerekli kılmaktadır... Sunulan maliyetlerle projenin ekonomisi tartışmalı hale gelmiştir... ve projenin tüm safhalarının ciddi bir inceleme ve soruşturmaya tabi tutulmasında yarar görülmektedir... DSİ... tarafından yapılmış çalışmaların ciddi bir bakış açısıyla yeniden ele alınmasında zaruret vardır... Sözleşmenin sona erdirilip anahtar teslim fiyata bağlanması gerekir.”⁷⁴² Bu durumun Sayıştay’ın dikkatinden de kaçmadığı görülmektedir. “Deriner Barajı ve HES Projesi, Rusya Federasyonu ve Türk şirketlerinin ortak olduğu bir konsorsiyum tarafından, **ihale yapılmadan** (Karadeniz Ekonomik İşbirliği protokolü çerçevesinde), %100 dış kredili finansman ile gerçekleştirilmek üzere... toplam 711,4 milyon ABD Doları bedelle sözleşmeye bağlanmış(tır)... (P)rojenin maliyeti, yıllar itibarıyla meydana gelen ciddi keşif artışlarına bağlı olarak yükselmiştir. Nitekim... 2005 yılı sonu itibarıyla keşif artışı %94,99 olmuştur... Dış kredi ile finanse edilen yatırım projelerinde keşif ve ekonomik analizlerin gerçekçi ve sağlıklı (biçimde) yapılmaması dış borç yükünü ciddi oranda etkilemektedir.”⁷⁴³ Dolayısıyla, “**“projeyi (DPT Müsteşarlığı’na) onaylatalım, işe başlayalım, sonunu nasıl olsa getiririz”** yaklaşımı(nın) düzgün proje yapılmasının ve finansman konularının arka planda kalmasına neden oldu(ğu görülmektedir).”⁷⁴⁴ Anılan projenin “ikili protokol projesi” adı altında, kanaatimizce hukuki dayanaktan yoksun biçimde ihalesiz olarak verilmiş olması, DSİ’nin bu hatasının ihale sürecinde oluşabilecek fiyat indirimleriyle telafi edilebilmesi şansını da ortadan kaldırmıştır. Oysa, özel sektöre proje finansmanı kurallarına uygun yapılacak bir projede, proje fizibilitesi kreditorler tarafından ayrıca bağımsız bir mühendislik firmasına banka adına danışman sıfatıyla incelettirilmekte, ayrıca bankaların istihdam ettiği mühendislerce de ayrıntılı biçimde ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. YİD modeliyle özel sektöre yaptırılan projelere gelince, YİD modeline ilişkin bölümde ayrıntılarıyla belirtildiği üzere, projedeki maliyet artışları enerji sektöründeki YİD uygulamalarında yine devletçe şirketlere ödenen tarifelere yansıtıldığı için kreditorler kendilerini garanti altına aldıklarından, kreditorler açısından fizibiliteye karşı kamu projelerinde gözlenen kayıtsızlık burada da aynen geçerlidir, parasal değil, sadece genel itibâr kaybı anlamında! Özel sektör şirketlerinin bu gibi durumlarda itibar kaybı hususunda ne denli özen gösterecekleri ise, içinde bulunulan topluma

⁷⁴² Küçükşahin, Şükrü; *Daha Ciddi Olun Veysel Bey*, Hürriyet Gazetesi, 5 Ekim, 2006.

⁷⁴³ T.C. Sayıştay Başkanlığı 2005 Hazine İşlemleri Raporu, s. 110 (www.sayistay.gov.tr).

⁷⁴⁴ Erçel, *Formula 1 ve Projecilik*, op. cit. (“vurgu” yazarına aittir).

veya şirketlerin kurumsal kültür yapılarına göre değişecektir kuşkusuz. Sözgelimi, ABD’de yapılan bir araştırmada iletişim sektöründe faaliyet gösteren 3.000 şirketten sadece yaklaşık 60 adedinin sözleşmelerindeki altyapı hizmeti olmaktan kaynaklanan hukuki boşlukları istismar ettiği belirlenmiş, bunun arkasındaki temel neden olarak ise şirketlerin itibarlarını korumadaki eğilimleri gösterilmiştir.⁷⁴⁵ Oysa, ülkemizde YİD modeliyle yaptırılan bir içme suyu projesi ile ilgili olarak, yerli ve yabancı büyük şirketlerden oluşan ortak girişim şirketinin bu konuda hiç de özen göstermediği ve arıttığı suyun büyük oranda tüketilmeyeceği daha baştan belli olan bir projenin içerisinde yer almakta sakınca görmediği gibi, sözleşmedeki boşluklardan yararlanarak projeye dair verilmiş bulunan Hazine garantisi çerçevesinde su faturalarına “çevre günü piknik giderleri, kravat ve gömlek hediyeleri ile 244 kg. çikolata alımı” gibi ilgisiz harcamaların konulması dahil kimi usulsüzlükler içine girebildiği de gözlenmiştir.⁷⁴⁶

Bu itibarla, proje finansmanı amacıyla devlet tarafından alınan dış kredilerde kreditör, projeye sadece verdiği kredinin –sözgelimi- memur aylıklarının ödenmesi amacıyla kullanılmamasını temin edecek kadar ilgilenmekte ve kredinin amacına uygun olarak kullanılmasının dışında –projenin fizibilitesi gibi- bir hususa dikkat etmemektedir (kuşkusuz, aşağıdaki paragrafta ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, ticari kredilerde geçerli olan “kredinin amacına uygun kullanılmaması” yönündeki bu endişe, yurt dışından mal alınmasında kullanılan ihracat kredilerinde -doğal olarak- sözkonusu olmamaktadır). Kreditörlerce sağlanacak finansmanın üst sınırını ise projenin değil, borçlu sıfatıyla devletin kredibilitesi belirlemektedir. Proje finansmanında dış kredi alınmasının analizi konumuzla doğrudan ilişkili olmadığı için bu hususun daha ayrıntılı incelemesine girmiyoruz.

Klasik finansman yöntemiyle başlıca iki tür kredi olanağı sağlanmaktadır: Ticari krediler ve ihracat kredileri. Uygulamada “hükümet kredileri” adı verilen bir üçüncü tür de bulunmakla birlikte, istisnai nitelikteki bu krediler yaygın olmadığı için ayrıntısına girmeyeceğiz. Şu kadarını belirtmekle yetinelim: Hükümet kredileri, Japonya tarafından Boğaz Köprüsü finansmanı için ülkemize sağlanan kredide olduğu gibi, ticari kredilere veya ihracat kredilerine göre çok daha uzun vadeli ve uygun koşullu kredilerdir, ancak genellikle bir projenin krediyi veren ülke firma-

⁷⁴⁵ Klein, Michael ve Roger, Neil; *Back to the Future*, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996, s. 16.

⁷⁴⁶ Bkz. Şenyüz, Hanife; *Sadece Dokuz Suçlu mu Var?*, Radikal Gazetesi, 22 Nisan, 2006; keza, bkz. *Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan “İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi” Hakkında Sayıştay Raporu*, Nisan 2002, s. 5, 12, 13, 20, 28, 29, 30 (www.sayistay.gov.tr).

larına uluslararası rekabete açılmaksızın verilmesi koşuluna bağlandıkları için, kredinin görece maliyet avantajı rekabet eksikliğinden ileri gelen maliyet artışıyla –teorik olarak- ziyadesinden fazla bertaraf edilmektedir, ki bu tür uygun kredi koşullarının sağlanmasının arka planında da bu husus yatmaktadır! Esasen, piyasa koşullarından çok daha uygun kredilerin ülke kredisi adıyla bir yabancı ülke tarafından verilmesinin arkasında doğal olarak ya ihalesiz kendi ülke firmalarına işin verilmesi ve böylece projenin bedelinde artışa gidilmesi, ya da kimi siyasi tavizlerin verilmesi bulunacaktır.

İhracat kredileri, kredi veren ülkeden mal veya hizmet alımı koşuluyla sağlanmaktadır ve OECD kurallarına göre bir projenin en çok % 85'i oranında verilebilmektedir. Projenin geriye kalan % 15'lik finansman ihtiyacını karşılayan ticari kredilerde ise, belli bir ülkeden alım yapma zorunluluğu olmayıp, genellikle projelerin yerli kaynaklardan sağlanacak (montaj veya yerel yapım işleri gibi) unsurlarının finanse edilmelerini öngörmektedir. Hemen belirtelim ki, ihracat kredileri ticari kredilere oranla maliyet açısından genellikle bir avantaj sağlamamakla beraber, vadeleri görece olarak çok daha uzun (ticarilerde 3-5 yıl iken, ihracat kredilerinde 8-15 yıl arası) olabilmektedir. Kuşkusuz, burada belirtilen vadeler, ülkenin kredibiliteindeki gelişmelere bağlı olarak zaman içinde değişebilmektedir.

İhracat kredileri yurt dışından mal veya hizmet alımı koşuluna bağlı olduğu için, termik santrallerde olduğu gibi proje yapım maliyetinin yaklaşık % 80-90'ının yurt dışından elde edilebilecek makina ve ekipmandan oluştuğu termik santral projelerinde ihracat kredilerinden yararlanma olanağı bulunmaktadır. Büyük oranda yerli yapım işlerinde oluşan hidroelektrik santrallerinde ise (santralin makina aksamıyla sınırlı olarak) ihracat kredilerinin payı oldukça cüzi kalmakta, geriye kalan ağırlıklı finansman ise kısa vadeli ticari kredilerle karşılanmaktadır.

1.3.2.3.2. Klasik Finansmanda Kredilerin Vade Yapısı

İleriki bölümlerde YİD projelerinin finansman yapısıyla kıyaslama yapmayı teminen, burada enerji sektöründe klasik finansman şeklinde devletçe sağlanan kredilerin yapısına değinmek istiyoruz: Sözcülemi bir doğalgaz çevrim santralini kamu eliyle gerçekleştirmek üzere devletçe projenin tutarının tamamı için dış kredi alınabilmektedir. Doğalgaz santrallerinde proje bedelinin yaklaşık % 85'ini makina ve ekipman alımı oluşturduğu için bu kısım ihracat kredisiyle karşılanmaktadır. İhracat kredisinin vadesi –sağlandığı ülkeye göre değişmekle beraber- yaklaşık olarak 8-15 yıl arasında değişmektedir. Bakiye tutar ise, piyasa koşullarına göre değişmekle birlikte yaklaşık 3-5 yıl arasında gerçekleşmektedir. Burada borçlu dev-

let olduğu için, faizler ülkemizin o dönemki kredibilite notu uyarınca piyasa koşullarına göre belirlenmektedir. Santrallerin işletme süresi (yani ekonomik ömrü) 20 yıl civarında olduğu için, finansmanın vade uzunluğu yetersiz kalmakta, dolayısıyla üretilen elektriğin tüketiciye satılması sırasında ilk yıllar tarifinin daha fazla olması, ilerleyen yıllarda ise düşürülmesi gerekmele beraber, tüketiciyi koruma amacıyla ortalama maliyet üzerinden satış yapılmakta ve böylece ilk 10-15 yıl boyunca devlet, tüketiciye bir tür sübvansiyon uygulamış olmaktadır. Yani, ilk yıllarda devlet diğer gelir kaynaklarından transfer etmek suretiyle kreditora daha yüksek orandaki geri ödemeleri gerçekleştirmekte, sonraki yıllarda ise aradaki farkı geri almış olmaktadır.

1.3.2.3.3. Klasik Finansmanda Risk Unsuru

Klasik finansman yoluyla gerçekleştirilen projelerde risk unsuruna değinmek de yerinde olacaktır, zira YİD projeleriyle arasında kıyaslama yapacağımız veçhile, bu ikisi arasında neden bir fark oluşmadığı hususu ancak bu yolla ortaya konulabilecektir.

Klasik finansman yönteminde, krediyi sağlayan finansörlerin kredi geri ödemeleri için projenin elde edeceği gelirlere dayanmasının asla sözkonusu olmadığını ve bu meyanda özel sektörde uygulamalarına sıklıkla rastlanan gayri kabili rücu proje finansmanından farklı olarak, burada bir nevi "devlete doğrudan borç vermeye" yakın bir kredi ilişkisinin kurulmakta olduğunu yukarıda açıklamıştık. Böylece, kreditor açısından projenin sağlıklı bir fizibiliteye sahip olup olmaması da önem taşımamakta, kreditor açısından bu durum sadece "batık bir projede yer almış olma" keyfiyeti bakımından, genel bir itibar kaybı anlamında rol oynayabilmektedir. Dolayısıyla, normal proje finansmanında risk unsuru çok ayrıntılı ve kritik önemde iken, klasik finansmanda kreditor için risk unsuru hemen neredeyse hiç yoktur. Kreditorün tek riski, devletin borçlarını ödeyememe (moratoryum ilanı gibi) halidir.

Şu halde, literatürde proje finansmanı riskleri başlığı altında yer alan ve inşaat dönemi riski, kredi faizlerinde değişkenlik riski, üretilen ürünün satılabilmesi anlamında talep (piyasa) riski veya siyasi gelişmelere ilişkin (ayaklanma, asayiş gibi) riskler⁷⁴⁷, klasik finansman yönteminde kreditorler açısından sözkonusu olmamaktadır. Bu durum özellikle talep riski, yani projeye üretilecek ürün veya hizmetin sa-

⁷⁴⁷ Burada belirtilen proje finansmanı risklerine ilişkin ayrıntılı bir analiz için bkz. *Project Risks, Project Finance*, Clifford Chance Hukuk Firması, Şubat 1991, s. 16-22 (yayımlanmamıştır).

tilmasına yönelik risk açısından önem kazanmaktadır. Bahsekonu finansman yönteminde borç devlete verildiği için, üretilen mal ya da hizmetin halka satışı ve buradan elde edilecek gelirle borcun geri ödenmesi arasında herhangi bir bağlantı bulunmadığı ve her halükarda devlet borcunu geri ödemekle mükellef tutulduğu veçhile, kreditorün talep riskinden bahsedilememektedir. İşte bu durum, ilerideki bölümlerde ayrıntılı olarak vurgulayacağımız üzere, imtiyaz olarak da nitelendirilen YİD-Yİ modellerinde de aynı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Yani, elektrik enerjisi ile bağlantılı olarak vurgulamak gerekirse, ürettiği enerjiyi 20 yıllık uzun süreli sözleşmelerle devlete satan ve bu meyanda piyasadaki talepten kendisini "saklayan" bu uygulamada, kreditor için imtiyaz sahibi şirket değil, enerjinin satılacağı devletin riski sözkonusu olmaktadır. Bu durumda da açıktır ki klasik finansman yöntemiyle veya imtiyaz uygulamasıyla elektrik santrali yapımını gerçekleştirmek, kreditor açısından aynı risk (veya risksizlik!) anlamına gelmektedir! YİD modelini açıkladığımız yukarıdaki bölümlerde yer verilen risk unsuruna ilişkin hususlar değerlendirildiğinde, bu durum rahatça görülebilmektedir.

Bu bölümde son olarak, devletin dış borç alarak projelerini gerçekleştirmesindeki üst sınırın, kredibilitésinin ortaya koyduğu borçlanma kapasitesi tarafından çizildiğini belirtmek istiyoruz. Yani, devletin elindeki projeler ne kadar verimli yatırım olursa olsun, yurtdışından alabileceği dış borcun bir sınırı vardır ve bu da devletin kredibilitésiyse paraleldir.⁷⁴⁸

⁷⁴⁸ Esasen, proje finansmanı açısından bakıldığında, bir projenin amortisman da dahil tüm işletme giderleri elde edilen gelirden daha az ise, aradaki farkın büyük ya da küçük olması sadece sağlanacak finansmanın vadesi anlamında önem taşır ve bu anlamda "finanse edilemeyecek bir proje yoktur"; yani, arada -cüzi de olsa- bir fark olması kaydıyla her proje finansman bulmaya ehildir! Yeter ki, bu cüzi farkın uzun yıllar boyunca borç servisinde kullanılmasını kabullenecek bir finansman piyasası bulunsun. "Bana yeterli uzunlukta bir kaldıraç verin, dünyayı yerinden oynatayım" ifadesiyle bilinen ünlü fizik yasasına benzer şekilde, yeterli uzunlukta bir finansman piyasasının olması halinde, geliri giderini aşan her proje finanse edilebilir! Maamafih, en ziyade gelişmiş finansal piyasalarda dahi finansman vadeleri 30-40 yıl civarında gerçekleşmektedir; bunu da tasarruf sahiplerinin daha uzun vadede yatırım yapmamaları yönündeki eğilimleri belirlemektedir. Bu, esasında daha ziyade bir sosyolojik hadisedir: İnsanlar emekliliklerini veya yaşlılıktaki zor günlerini, yahut çocuklarını veya en fazla torunlarını düşünerek tasarruf eğilimlerini belirlemekte ve böylece tasarruflarının getirilerini geri alacak dönem olarak 20-40 yıl aralığında bir vade yapısını öngörmektedir. Maamafih, mesela 3-4 nesil sonrasındaki murislerine bırakmak üzere sözgelimi 100 yıllık bir devlet tahviline talep görülmemektedir! (Bu yaklaşımı benzer başka alanlarda da görebiliriz. Sanayileşmenin günümüzde kazandığı inanılmaz boyutun sürdürülebilir bir politikayı yansıtmadığı ve doğal kaynakların geri döndürülemez biçimde tahrip edildiği dik-kate alındığında, bunun beraberinde getirdiği küresel ısınmanın dünya ölçeğinde felakete yol açacağı, oysa bugün yapılacak 1 Sterlin tutarındaki yatırımın ilerideki 5 sterlinlik harcamadan kurtulma sonucunu doğuracağı yönündeki bir rapor üzerine, bugün yapılacak harcamanın an-

D) Altyapıya İlişkin Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör veya Kamu Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi ile Özelleştirme ve Finansman Kavramları Arasındaki İlişkilerin Değerlendirilmesi

Altyapı sektöründe kamu yerine özel sektöre yer verilmesi anlayışına geçilmesi, bu konuyu inceleyen neredeyse tüm yerli ve yabancı literatürde "kamunun finansman olanaklarının sınırlılığı" ve dolayısıyla "özel sektörün finansman kaynaklarına müracaat edilmesinin kaçınılmazlığı" gerekçesine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte, biz bu anlayışın tamamıyla yanlış bir algılamaya dayandığı kanaatindeyiz. Esasen, yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak altyapının devlet eliyle bütçeden veya dış borçlanma yoluyla finanse edildiği seçenek üzerinde durmamızın gerekçesi de, temelinde bu hususu irdeleyebilme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Aşağıda bu hususu inceleyerek yukarıdaki "fahiş hata" iddiamıza açıklık getirmeyi umuyoruz.

Altyapı hizmetlerinin devlet yerine özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi ihtimalinde, devletin finansman sağlamakla karşılaştığı –yine aynı- güçlüklerle karşı karşıya gelmiş olmaktadır. Hemen vurgulamak gerekirse, özellikle altyapıya ilişkin hizmetlerin finansmanı için bir özel sektör kuruluşunun tamamen kendi özkaynaklarına müracaat etmesi sözkonusu değildir. Yukarıdaki bölümlerde de açıkça dile getirdiğimiz üzere, projeyi finanse edecek şirketin, proje için ayıracağı özkaynaklarının oranı, proje tutarının % 20'sinden daha yukarıya çıkmamaktadır. Bu sadece altyapı projeleri için değil, hemen her tür projenin finansmanı için geçerli bir kural ve uygulamadır. Dolayısıyla, şirketler de altyapı finansmanı için kalan tutarı finans camiasından karşılamak üzere kreditoörlere gitmektedir.

Şu halde, klasik finansman yöntemiyle devlet tarafından bir altyapı projesinin gerçekleştirilmesi yerine özel sektöre gidilmesi durumunda da aynı finansman so-

cak torunların torunlarından yapılacak fazla harcamayı engelleyeceği için kimsenin bugünden bu harcamayı yaparak çok ilerideki nesillere yönelik tasarrufa girişmeyeceği öngörüsünde bulunulmaktadır (bkz. Giles, Chris; *An Elemental Economist*, Financial Times, 4-5 Kasım, 2006, s. 7). Öyle anlaşılıyor ki, insanlar aynı zaman diliminde yaşamı birlikte paylaşmadıkları, kendilerinden sonraki neslelerini oluşturacak kuşak için tasarruf etme eğilimine psikolojik açıdan olumlu bakmak açısından henüz hazır bulunmamaktadır, ki bunun sonucu gerek finans piyasalarının derinliği, gerek dünya ölçeğindeki politikaların belirlenmesinde yönlendirici olmaktadır). Aksi olsaydı, sözgelimi ancak 80 yılda finansman anlamında kendini geri ödeyecek bir projeyi de gerçekleştirme olanağı doğabilecekti. Dolayısıyla, bir projenin "verimli ("feasible")" olması ile "finanse edilebilirliği", aslında tamamıyla iki farklı hususa işaret etmekte olup, birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Sözgelimi, 40 yıl içerisinde verimli biçimde kendini geri ödeyebilecek bir proje, sadece bu vadeye tekabül eden bir finansmanın piyasada var olmamasından dolayı "finansal açıdan yapılabılır" kabul edilmeyecektir; oysa, sözkonusu proje için "verimsiz" nitelemesinin yapılması kendi başına yeterli bir anlam bütünlüğü sağlamayacaktır!

runu ortaya çıkmaktadır (burada aradaki tek fark, YİD projelerinde mevzuat gereği asgari olarak %20 oranında özkaynak sağlanması koşulu çerçevesinde, özel sektörün özkaynaklarından getirilecek % 20 oranındaki özkaynak olabilir. Ancak bu tutarın da şirketçe "bilanço finansmanı" yöntemiyle yine kredilerden sağlanması imkan dahilindedir. Hemen belirtelim ki, uygulamada hemen neredeyse tamamen özkaynak oranının bu sınırdaki tutulduğu ve daha yukarıya çıkılmadığı gözlenmiştir! Kaldı ki, ihalesiz verilen YİD projeleri nedeniyle toplam yatırım tutarlarının şişirilmiş olmasından dolayı, proje için alınmış olan kredilerle neredeyse tüm proje gerçekleştirilebilmiştir; daha vahimi, proje için alınmış gösterilen kredi tutarının proje maliyetinin çok daha üstünde olduğu projelerle dahi karşılaştığı yapılan kimi denetimlerde belirlenmiştir⁷⁴⁹ (bu hususa YİD modelini incelediğimiz bölümde ayrıntılı olarak yer vermekteyiz). Sonuç itibarıyla, yerli şirketlerin böylesi bir yatırımı tamamen veya büyük oranda özkaynaklarıyla gerçekleştirmesi sözkonusu olamayacağı⁷⁵⁰ için, zorunlu olarak proje finansmanı adıyla tanımlanan yöntem çerçevesinde sözkonusu yatırım için kredi kullanılacaktır. Bu durum, yatırımın yabancı şirketlerce yapılması hallerinde de geçerlidir.

Öte yandan, bir ülkeye kredi veren yabancı kreditorler için belirli bir ülke riski vardır ve buna dayanılarak öngörülen dış kredi sınırı sabittir. Yani, özel ya da kamu sektörü olsun, bütün bu kuruluşlar aynı kredi havuzundan yararlanmaktadır. Şu halde, özel sektör eliyle gerçekleştiriliyor olması halinde de -sınırlı özkaynak kullanımını bir yana bırakacak olursak- aynı dış kredi kaynaklarına müracaat edilmesi sözkonusu olduğu için, ilave bir finansman imkanı yaratılmış olunmamaktadır.

⁷⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. [Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret \(YİD\), Yap-İşlet \(Yİ\) ve İşletme Hakkı Devri \(İHD\) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti](#), Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nın 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

⁷⁵⁰ Esasen, normal koşullar altında hiç bir özel sektör kuruluşu, yapacağı yatırımları tamamen kendi özkaynaklarını kullanmak suretiyle gerçekleştirmez! Bu durum, ancak ya faizli sistemde çalışmayı kendi ideolojik anlayışlarına aykırı buldukları için banka kredileriyle yatırım yapmak istemeyen kısıtlı bir grup yatırımcıya münhasırdır (ki bu kesim için, ülkemizde son yıllarda kendi anlayışlarına göre "caiz" gördükleri, kâr ortaklığı esasına dayandığı varsayılan "murabaha" ve benzeri isimler verilen kimi "finansman" yöntemleri geliştirilmiştir, dolayısıyla onlar açısından da artık "mesele nin" çözümlendiği söylenebilir), yahut ekonomik kriz gibi beklenmedik riskli durumlarda kredilerin vadeleri gelmeden geri çağrılabilirdiği gibi düşüncelerden hareketle kredi kullanmayı pek de benimsemeyen çok daha dar bir yatırımcı grubuna atfedilebilecek bir davranış olarak kalmaktadır. Şirketler, kural olarak yatırımlarında kendi özkaynaklarını asgari ölçüde tutmak ve kalanını finans camiasından karşılamak suretiyle aynı anda çok sayıda yatırıma gitmek ve böylece kârlarını çoklamak güdüsüyle hareket ederler. Burada ayrıca, girilen yatırımın risklerini daha geniş bir tabana yaymak arzusu da etkindir. Neticede girişimciler, daha ziyade toplumdaki diğer bireylerin finans birikimlerini -banka ve diğer finans kuruluşları üzerinden- kullanmak suretiyle teşebbüste bulunan bir zümreyi oluştururlar!

Dolayısıyla, ülke içerisindeki finansman kaynaklarının sınırlı olması gerçeğinden hareketle, özel sektör de yine dış borçlanma (proje finansmanı) yoluyla bu altyapı faaliyetini gerçekleştirebilmektedir. Şu halde, yatırımı ister devlet veya ister özel sektör yapsın, her iki ihtimalde de aynı finansman kaynağına müracaat edilmesi sözkonusudur: Finans camiası! Bu itibarla, altyapıda özelleştirmenin finansman açısından bir rahatlık sağlayacağı gerekçesiyle tercih edilmesi hiç bir şekilde gerçekçi bir değerlendirme olamayacaktır. Sonuç itibarıyla, bir toplumda gerçekleştirilecek her proje, o toplumdaki (veya sözkonusu toplumun tasarruflarının yetersizliği halinde dış toplumlardaki) finans birikiminden yararlanmak durumundadır. Devletin bütçeden finansmanı da neticede toplumun tasarrufuna devletçe vergi ve benzeri usullerle el konulması anlamına gelmektedir. Devletin vergilendirmeye gitmemesiyle toplumda bırakılmış olan birikim, ekonomik sürecin muhtelif aşamalarındaki tasarruflar marifetiyle finans camiasına yönelmekte ve oradan özel sektöre proje finansmanı olarak fonlama yapılması sonucunda döngüsünü tamamlamaktadır.

Özetle, burada bir nevi "kapalı devre" durumu sözkonusudur. Toplumun kaynakları, yine toplumun altyapı gereksinimleri için harcanmak üzere kullanılmaktadır. Sonuçta, konu bir tercih meselesi haline gelmektedir: Birinci yol, vergiler yoluyla devletin yatırımı bütçeden finanse etmesidir. Vergi toplamanın güçlüğünden dolayı bütçe büyüklüğünün yetersiz kalmasından ötürü yine devletin -ancak bu defa- toplumun tasarruflarını uhdesinde bulunduran finans camiasından borçlanması ikinci türev seçenektir. Nihayet, yatırımı özel sektörün yapmasına karar verildiğinde de, özel sektör sözkonusu yatırımı aynı finansman camiasından alacağı borçla gerçekleştirmektedir. Görüldüğü üzere, burada devlet ya da özel sektör eliyle yapılması arasında finansmanın hacmi açısından bir fark oluşmamaktadır.

Bununla birlikte, finansmanın maliyeti açısından özel sektör ile devlet arasında bir farklılığın ortaya çıkacağı söylenebilecektir. Gerçekten, devletin vergi yoluyla finansman sağlamasında (vergi toplamanın gerektirdiği idari yapının dikkate alınmayacak kadar cüzi masrafı dışında) bir finansman maliyeti yoktur, ancak doğal olarak toplanabilecek vergiler sınırlı kalmaktadır. Vergi gelirinin yetmediği durumlarda devletin borçlanması ile özel sektörün borçlanması seçenekleri arasında ise, kuşkusuz devletin borcunu geri ödeme riskinin özel sektöre göre genel kaideler olarak daha az olması sözkonusudur. Ne var ki, işin doğasından gelen bu fark yanıltıcı bir sonuca götürmemelidir. Zira, özel finansman maliyeti ile kamu finansman maliyeti arasındaki fark, aslında kamunun projeleri daha iyi seçmesi ve süreci daha iyi yönetme kabiliyetini haiz olmasından ileri gelmemektedir ve kamu finansmanında ortaya çıkan "koşullu yükümlülüklerin" tüm halka ödettirilmekte ol-

ması nedeniyle devletlerin sahip olduğu ucu açık sigorta mekanizmasının sağladığı görece itibardan başka bir gerekçeye dayanmaz. Aksi halde, münhasıran bu farktan dolayı kamu yatırımlarının sadece altyapı faaliyetleriyle sınırlandırılmaması ve tüm özel sektör yatırımlarının da kamu tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir, ki bu yönde bir çıkarım anlamlı bir yaklaşım olmaktan beridir.⁷⁵¹ Kaldı ki, iki finansman seçeneği arasındaki maliyet farkının, toplumdaki alınan bu kaynağın harcanacağı alan (veya proje) bütününde değerlendirilmesi ve böylece yapılacak toplam maliyet analizinin sonucunda bir kıyaslamaya gidilmesi gerekir; ki bu durumda özel sektörün (kaynakların daha verimli kullanılması ve yatırım kararlarının rasyonalize edilebilmesi çerçevesinde) verimliliğinden kaynaklanan getirilerin finansmandan ileri gelen eksikliği ziyadesiyle telafi etmesi sözkonusudur. Dolayısıyla, bir ön-kabul olarak, topluma sosyal maliyeti bakımından özel sektörün finans maliyetinin kamu finansmanı maliyetine kıyasla daha fazla olacağını öngörmek için hiç bir gerekçe bulunmamaktadır.⁷⁵² Esasen, özel sektörün ön plana çıkmasının nedeni de, temelinde bu noktada yatmaktadır.

Şu halde, tam bir kesinlik içerisinde vurgulamak gerekirse, bir altyapı yatırımını devletin veya özel sektörün yapması, sadece politik bir tercih olabilir; konunun finansla ilişkili kılınması olarak dışıdır.

Bütün bu gelişmeler ışığında, altyapı projeleri mahiyetindeki yatırım ve hizmet projelerinin YİD modeliyle gerçekleştirilmeleri amacıyla, enerji sektörü için 1984 tarih ve 3096 sayılı, karayolları için 1988 tarih ve 3465 sayılı (4947 sayılı Kanun ile değişik)⁷⁵³ kanunlar çıkarılmıştır.⁷⁵⁴ "Bu dönemde elektrik sektöründe özel kesimi üretim ve dağıtım faaliyetlerine dahil etme politikasına geçilmesinin temel nedeni, kamu maliyesindeki kısıtlardan dolayı kamu kesiminin bu sektördeki yatırım ihtiyacını karşılamasının artık mümkün olmadığı şeklindeki inanış idi."⁷⁵⁵ Müteaddit ke-reler tekrarlamaya çalıştığımız üzere, kamu kaynaklarının yetersizliği ile enerji sektöründeki özel sektöre açılarak finansman sağlanması arasında bir bağlantı kurulması mümkün değildir. Zira, elektrik enerjisi üreten şirketler ürettikleri elektriği 20 yıl boyunca geçerli enerji satışı sözleşmeleriyle kamuya sattıkları için, özel sektör bu-

751 Harris, op. cit., s. 25.

752 İbid.

753 Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 2 Haziran, 1988, RG No. 19830.

754 Bkz. Varlılar, op. cit., s. 4.

755 Atıyas, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, op. cit., s. 25, 48.

rada devletin kredibilitesiyle finans bulmaktadır; yani, özel sektörün bulduğu kredi kendi üzerinden değil, devletin üzerinden sağladığı bir finansmandır! Dağıtımda da yine elektrik enerjisini dağıtımı yürüten özel şirkete kamu sağlamakta ve yine risk kamu üzerinde kaldığı için kamusal finansman anlamına gelmektedir. Kaldı ki, dağıtım sektöründe İHD yöntemiyle gerçekleştirilmiş bir proje de sözkonusu olmamıştır! Sonuç itibarıyla, anılan kanunlarla enerji de dahil olmak üzere altyapı faaliyetlerinin yap-ışlet-devret ve işleme hakkının devri modelleri çerçevesinde yapılmasının yolu açılmıştır. Akabinde, aynı modelin elektrik enerjisi dışındaki sektörlerde de gerçekleştirilebilmesini teminen 1994 yılında 3996 sayılı Kanun istihsal edilmiştir.⁷⁵⁶

Bu kanunlar çerçevesinde bugüne kadar bir adet içme suyu temini projesi hariç olmak üzere Hazine garantisi altında olmak kaydıyla sadece 10 adet enerji üretim tesisinin YİD modeli çerçevesinde yapımı gerçekleştirilebilmiştir. Hazine garantisi olmaksızın gerçekleştirilen diğer projelerle birlikte, enerji sektörüne münhasır olmak üzere toplam sayının 23'e ulaştığı görülmektedir.⁷⁵⁷ Ayrıca, en son olarak 2001 yılında bir adet elektrik üretim tesisinin de (Çayırhan Linyit Termik Santrali) İşletme Hakkının Devri (İHD) modeli çerçevesinde Hazine garantisi altında özel sektöre devredildiği bilinmektedir.⁷⁵⁸ Ayrıca, yine Hazine garantisi altında bir adet şehir şebekesi içme suyu projesi (Yuvacık Barajı (İzmit) Kentsel ve Endüstriyel Su Projesi) gerçekleştirilmiştir. Ankara Metrosu Projesi ile İzmit Körfez Geçişi projelerinin de YİD modeli kapsamında yapımı düşünülmüş ve müzakerelerine başlanmıştır. Ancak, metroya ilişkin Proje'nin (yatırım bedelinin yüksekliği ve bu meyanda

⁷⁵⁶ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun (13 Haziran, 1994 tarih ve 21959 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁷⁵⁷ Bkz. Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nın 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

⁷⁵⁸ Yeni piyasa modeline ilişkin yasa henüz çıkarılmış olmasına karşın, yaklaşık 20 yıl boyunca anılan termik santralden üretilen elektriğin devletçe satın alınmak zorunda bırakılması ve buna dair bir de Hazine garantisi verilmiş olmasının hangi ekonomik anlayışa dayandığı ve bunun kamu yararıyla nasıl bağdaştırılabildiği bizce son derece tartışmalıdır. Yapılan işlemin ne tüketici yararıyla, ne de serbest piyasa dinamikleriyle bağdaştırılması olanağı -bize göre- bulunmamaktadır! Burada önemli olan husus termik santralin özel sektöre devredilmiş olması değil, ve fakat üretilen elektriğin 20 yıl gibi fevkalade uzun bir süre boyunca devlet eliyle satın alınma zorunluluğu getirilmiş olmasıdır. Rekabetçi bir elektrik piyasasının kurulmasını öngören bir yasa ortada iken rekabetsiz bir uzun dönemli sözleşmeyle devleti bağlamanın, diğer müstakbel özel sektör üreticileri piyasa koşullarının riskleriyle karşı karşıya bırakıyor iken bir özel sektör firmasına ayrıcalık -ve bize göre bu anlamda tam bir "imtiyaz"- sağlamakdan öte gitmeyeceği ve sektörde açık bir "haksız rekabet" oluşturacağı aşikârdır!

yolcu taşıma bedelinin ulaşacağı yüksek bedel karşısında) anılan model ile yapının uygun bulunmaması nedeniyle bizzat kamu (Ankara Büyükşehir Belediyesi) tarafından ihaleyle yaptırılması⁷⁵⁹ yoluna gidilmiştir.⁷⁶⁰ İzmit Körfez Geçişi Projesi'nin müzakereleri ise, ihale sürecinde Proje ile ilgili olarak kamu tarafına yüklenmesi öngörülen (köprüden geçmesi beklenen trafik tahmini veya "(körfezdeki) (a)raba vapurlarının (geçiş ücreti için uygulayacakları) fiyatı(n) ... köprü(den) al(ınacak) bedelin yüzde 80'inden daha ucuz olama(yacağı)"⁷⁶¹ vb. gibi) risklerin ve bu minvalde kamu tarafından özel sektöre verilmesi talep edilen garantilerin üzerinde anlaşma sağlanamaması gibi hususlar çerçevesinde gelişen engellerden dolayı sonuçlandırılmamıştır. Bu nedenle, çalışmamızda ağırlıklı olarak enerji projeleri esas alınacaktır.

Enerji projelerinin YİD modeliyle gerçekleştirilebilmesi, YİD modeline açıkça atıfta bulunulmamakla beraber, ilk olarak 3096 sayılı Kanun ile imkan dahiline girmiştir. Bugüne kadar bu Kanun çerçevesinde 10 adet elektrik enerjisi santrali yapımı projesi Hazine garantili olarak gerçekleştirilmiş olup, halihazırda bütün bu projeler işletmeye alınmış durumdadır. Akabinde 1994 yılındaki 3996 sayılı Kanun ile bu defa YİD modeline sarahaten yer vermek suretiyle enerji de dahil pek çok sektörü kapsayacak şekilde yasal altyapı geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu kanunların çıkarılmasında esas olarak yüksek finansman tutarlarına ihtiyaç duyan bahsekonu yatırımlar için kamunun bütçe kaynaklarının ya da borçlanma imkanlarının yeterli olmadığı, bu nedenle artık bu santrallerin özel sektör eliyle yapılması yoluna gidilmesi gerektiği savunulmuştur. Hatta, ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz "yüksek yatırım tutarı" kavramı, 3996 sayılı Kanun'da bir önkoşul olarak öngörülmektedir. Ancak, yukarıdaki bölümlerde de açıklamaya çalıştığımız üzere, özel sektör de bu yatırımları ancak kredi kullanarak gerçekleştirebilmekte-

⁷⁵⁹ Fırat, Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, op. cit., s. 86.

⁷⁶⁰ Belediye anılan Projenin finansmanında kullanılmak üzere Japon sermaye piyasalarında Hazine garantisine dayanmaksızın tahvil ("*Samurai Bond*") ihraç etmek suretiyle uzun vadeli borçlanmış, bununla birlikte Belediye'nin borç geri ödemelerini yerine getirememesi üzerine, ülkenin kredi itibarının zarar göreceği ve bu meyanda Hazine'nin devlet adına yapacağı borçlanmalarda güçlük doğacağı endişesiyle, Hazine garantisi altında olmamasına karşın bu borcun Hazinece ödenmesi yoluna gidilmiştir. Hazine garantisinin ötesinde, Hazine'den izin dahi alınmamıştır, zira "(y)erel yönetimlerin dış kredi kullanımları, 1993 yılına kadar tedarik ve ikraz safhasında hiçbir kamu kurumunun ön izin ve denetimine bağlı olmamıştır." (Doğanyigit, Belediyelerde Dış Borçlanmaya Dayalı Finansman Modeli, op. cit., s. 2).

⁷⁶¹ Soysal, Mümtaz; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, TBB Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara, s. 45.

dir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un uygulama esas ve usullerini gösteren 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın⁷⁶² 6. maddesine göre özel sektörün getireceği özkaynak tutarı, önerilen yatırım toplam sabit yatırım tutarının % 20'sinden daha az olamaz; kalan kısım ise genel olarak krediden karşılanacaktır. Nitekim, uygulamada asgari % 20'lik özkaynak oranının üzerine pek de çıkılmadığı gözlenmektedir, ki yüksek yatırım tutarlarına ulaşan olan enerji yatırımlarında bu husus hemen dünyanın her ülkesinde yaklaşık olarak bu oranlar seviyesinde gerçekleşmektedir.

Dolayısıyla, altyapıda özel sektöre müracaat edilmesinin gerekçesini başka yerlerde aramak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu ise, bizce açık biçimde özelleştirmenin felsefesinde yatmaktadır. Buna göre, özelleştirmenin temel esprisi nedeniyle altyapının dahi özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi yoluna gidildiği kanısındayız. Bu temel espri ise, gerek fiyat ve gerek kalite ve etkinlik anlamında özelleştirmeye daha etkin, verimli ve kaliteli hizmet üretilebileceği anlayışına dayandırılacaktır. Kuşkusuz, özelleştirmede bir kamu kuruluşunun dar anlamda kendi içindeki verimlilikle ölçülmesinin yanlış olacağı da savunulabilir. Gerçekten, kamu kuruluşları kamu hizmetleri sunarken kuruluş bazında verimli olmak temelinde hareket etmek durumunda olmakla beraber, kâr etmeleri aslı amaçları arasında bulunmamak gerekir; zira bu kuruluşlar bakımından esas olan, toplumsal yarar sağlamalarıdır. Sözgelimi, az gelişmiş yörelerdeki kamu kuruluşlarının faaliyetleri kuruluşun bilançosunda zarar görünse dahi, o yöre ekonomisine ve refahına katkıları veya aksi halde iç göçü tetiklemesi olasılığındaki alternatif sosyo-ekonomik maliyetler dikkate alındığında, toplamda toplumsal refaha katkı sağladıkları da ileri sürülebilecek savlar arasındadır. Aynı yöndeki bir görüşe göre de, ülkemizde "(s)osyal niteliği gözardı edilerek özel işletmecilik anlayışıyla kamu hizmetlerinin verimi, kâr elde edip etmediği, bütçeye getirdiği yük oranında gelir sağlayıp sağlamadığı açılarından değerlendirilmek suretiyle aldatılmış bir kamuoyu oluşturulmuştur."⁷⁶³ Dolayısıyla, özelleştirme bağlamında yapılan bu türden analizlerde, kurumsal verimlilik ile toplumsal verimlilik kavramlarının birlikte değerlendirilmeleri gerektiği açıktır.

Özetle, altyapı hizmetlerinin sunumunda rekabetin getirilmesi veya var olanın geliştirilmesi, başlıca temel espri olarak kurgulanmış olmalıdır. Esasen, serbest piyasa mekanizmasının temel akli ve ahlaki dayanağı olan fiyat mekanizmasının

762 Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usulü ve Esaslarına İlişkin Karar (1 Ekim, 1994 tarih ve 22068 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

763 Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 100.

kendinden beklenen işlevi yapabilmesi, yani milli gelirin artışının en yüksek düzeye gelecek şekilde kaynak tahsislerini düzenleyebilmesi için "olmazsa, olmaz şart", piyasada "rekabet" in mevcut olmasıdır!⁷⁶⁴ Rekabetin oluşturulmadığı veya izin verilmediği tekel durumları ise, dağılım verimsizliğine sebep olmakta, aynı zamanda tüketicilerden tekele kaynak transferine yol açarak toplumdaki gelir dağılımını bozmak suretiyle sosyal bir maliyet içermektedir.⁷⁶⁵

Ancak, doğal tekel piyasalarında rekabetin oluşturulması her zaman olanaklı olmayabilmektedir. Yine de, "... her ne kadar doğal tekel alanlarında tekelci yapı (veya az sayıda teşebbüs) üretim verimliliği açısından arzu edilebilirse de, bu durum, hiç bir sosyal maliyetinin olmadığı anlamına gelmez... Ekonomik verimlilik açısından tekelin arzu edilebilir olması, sadece piyasanın tek ya da az sayıda teşebbüsün faaliyetine imkan verecek şekilde oluşturulmasını gerektirmektedir. Yoksa bu teşebbüs veya teşebbüslerin tamamen serbest bırakılması gibi bir yaklaşım sözkonusu değildir... Bu gibi durumlarda, tekelin kötüye kullanma ve istismar edici davranışlarının kontrol altında tutulması en uygun yaklaşım olarak görülmektedir. ABD'de uygulanan bu yöntem, gelişmekte olan piyasalarda da henüz tam anlamıyla kullanılmamakla beraber, yavaş yavaş benimsenmektedir."⁷⁶⁶

Ancak, kuşkusuz bu durum, teknolojik gelişmelere karşın hâlâ doğal tekel niteliğini koruyan (elektrik iletimi gibi) sektörlerde geçerli olabilecektir. Eskiden doğal tekel olarak bilinen, ancak teknolojideki gelişmelerle ya kendi içinde dikey ayrıştırmaya tâbi tutulmak suretiyle (elektrik üretimi veya dağıtımı (elektriğin ticaretiyle kısıtlı olarak) gibi) rekabete açılabilen, ya da dışsal rekabetle karşılaşmaya uygun yapıya sahip (iletişim sektöründeki sabit hatlara karşı GSM işletmecilerinin rekabeti gibi) sektörlerde, artık rekabetten bahsetmek mümkün olmaktadır. İşte, altyapıdaki özelleştirmenin esas olarak konu edildiği bu '*rekabete açılabilir (sابق) doğal tekel alanlarında*' temel hedef, rekabet unsuruna mümkün olduğunca yer verilmesi olmalıdır.

Ülkemizdeki uygulamalara bakıldığında, altyapı sektöründe rekabetin sağlanması ve mümkün olduğu ölçüde serbest piyasa ilkelerinin uygulanması politikasının izlenmediği, özelleştirme adı altında kısmi ve sınırlı bir rekabete -ancak- gidildi-

⁷⁶⁴ Cansen, Ege; *Firmaların Fiyatlandırma Kararlarında Oyun Teorisi Açısından Bir Yaklaşım*, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000, s. 25.

⁷⁶⁵ Bkz. Sanlı, Kerem Cem; *Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma*, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000, s. 79.

⁷⁶⁶ Sanlı, *Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma*, op. cit., s. 86, 87.

ği görülmektedir. Oysa, "(p)azarların kısmen açılmasını serbest piyasa olarak adlandırmak, ilk planda serbest piyasanın ne olduğunu anlamamaktır ve bu durumda sadece servet biriktirme üzerinde yoğunlaşma olur, küçük işletmeleri yok eder ve çoğunlukla yoksulların zararına toplumun bir bölümünün kâr elde etmesini sağlar... Pazarların kısmen açılmasının gelişmiş ülkelerin sahip olduğu refah düzeyini sağlayacağını beklemek, bilet almadan piyangoyu kazanmayı ummaya benzer."⁷⁶⁷ Nitekim, ülkemizde de rekabetin yeterince sağlanamaması (ve fahiş derecede hatalı bir enerji politikası izlenmesi) yüzünden elektrik enerjisi fiyatlarının dünya ortalamasına göre çok yüksek olduğu ve sanayicilerin bu fiyatların neden olduğu üretim maliyetleriyle dünya piyasalarındaki rekabet gücünü kaybettikleri, bunun sonucunda da emek maliyetlerini baskılamaya yönelerek işçi ücretlerinde kısıtlamaya gittikleri bilinmektedir. Nitekim, TOBB Başkanı tarafından yapılan bir açıklamaya göre, pahalı anlaşmalar yüzünden devletin yap-ışlet-devret ve benzeri modeller çerçevesinde yüksek bedellerden enerji almak zorunda kalmış olması, Türk sanayicisinin çoğu gelişmiş 32 ülke arasında Japonya'dan sonra en pahalı enerji kullanan ikinci ülke olmasında ve böylece sanayicinin rekabet gücüne darbe vurmasında etken olmuştur.⁷⁶⁸ Bu durum sadece yerli yatırımcının yatırım arzusunu azaltmakla kalmamış, yabancı yatırımcıların ülkemizde yatırım yapmasına yönelik değerlendirmelerinde de "ülkede enerji maliyetlerinin olağanüstü derecede yüksek olduğu tesbitleri"⁷⁶⁹ en önde gelen etkenlerden birisini teşkil etmiştir.

Bu nedenle, bize göre YİD modeliyle ilave bir finansman imkanı yaratarak enerji projelerini gerçekleştirmekten ziyade, özelleştirme yoluyla etkin ve verimli yatırımların gerçekleştirilmesi hedeflenmiş olmalıdır. Zira, "(ö)zelleştirme, ... ekonominin serbest rekabet kuralları içinde kalmasını sağlamaya çalışır. Bu sürecin iki bacağı vardır. Birincisi, kamunun iktisadi işletmecilikte malik ve müteşebbis olmasını asgariye indirmektir. İkincisi, arz üzerine kısıt getirerek rant yaratan düzenlemeleri ortadan kaldırmaktır."⁷⁷⁰ Ancak, sözgelimi Sümerbank Holding tarafından

767 Eiras, Ana I.; Lâtin Amerika'da Pazarların Açılması: Asla Gerçekleşmeyen Zenginlik/Refah Haya-lij, (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004, s. 148.

768 Özdemir, Sadi; Pahalı Enerji Liginde İkinciyiz, Hürriyet Gazetesi, 2 Şubat, 2002, s. 11; yine, bkz. Türkiye'de Enerji Maliyetlerinin İşletmelere Yansıması Konusunda TOBB'un Görüşleri (www.tobb.gov.tr/raporlar/raporlar.php), s. 1-3; keza, bkz. Hürriyet Gazetesi (Sanayinin 1000 Dev-i), Rakiplerle Eşit Şartları Sağlayın Almanya Olalım, 19 Eylül, 2006, s. 7.

769 Bkz. Financial Times, Investing in Turkey (Special Report), 22 Kasım, 2006.

770 Cansen, Ege; Sakin Bunu Yapmayın, Hürriyet Gazetesi, 11 Aralık, 2004, s. 12.

tekstil ürünleri (basma gibi) üretiminde kullanılan fabrikaların özelleştirmesine dahi 1980'li yıllarda itiraz edildiği hatırlanırsa, bu hedefin açık biçimde neden dile getirilmediği daha iyi anlaşılabilir. Nitekim, doğrudan özelleştirmeye gidilemediği durumlarda imtiyazın başlıca alternatif yaklaşım olduğu belirtilmektedir.⁷⁷¹ Dolayısıyla, biz 3096 sayılı Kanun ile üzeri örtülü bir özelleştirmeye gidilmesinin amaçlandığını düşünüyoruz.

Bununla birlikte, elektrik sektörünün o tarihte içinde bulunduğu durum bu amaçla bağdaşmamaktadır. Zira, üretilen enerji sadece o dönemde tek el konumundaki TEAŞ'a satılmak zorundadır. Hal böyle olunca rekabet de ortadan kalkmaktadır; zira YİD modeli ile elektrik üretecek olan özel sektör, üretimini TEAŞ'a satmak zorundadır, maliyetin üzerine kendi makul kârını da ekleyerek. Bu ise, 20 yıllık sözleşmelerle özel sektörün üretilen ürünün satışı konusunda hiç bir ticari bir risk almaksızın, tüm üretimini -20 yıl boyunca önceden belirlenmiş tarifeler üzerinden- devlete satmasını garanti etmektedir. Enerji sektöründe YİD modeli çerçevesinde özel sektöre risklerin aktarılmasında yönünde ülkemizdeki yanlış uygulamaya benzer şekilde, Asya'daki elektrik enerjisi üretimi uygulamalarında da özel sektörün hiçbir ticari riski üstlenmediği ifade edilmektedir, oysa modelin kamu eliyle üretime kıyasla daha iyi sonuç verebilmesinin başlıca koşulu, özel sektörün ticari riskleri üstlenmesinin sağlanmasıdır.⁷⁷²

Bu resim, özelleştirme mantığıyla örtüşmemektedir. Nitekim, aynı saptamanın DPT Müsteşarlığı tarafından da yapıldığı görülmektedir. Buna göre "...Yap-İşlet-Devret modeli ile enerji alım ve fiyat garantisi verilerek gerçekleştirilen santral projeleri nedeniyle sektörde rekabetin ve serbest piyasa ekonomisinin geçerli olacağı bir sistem kurulması imkanı zorlaşmaktadır.⁷⁷³ Yine, "(E)nerji Sektörü ile ilgili olarak sektörde özelleştirme ve özel şirket faaliyetlerinin yaygınlaşması sonrasında, rekabetin hangi esaslara ve mekanizmalara göre sağlanacağı konusunda da belirsizlikler bulunmaktadır.⁷⁷⁴ Hatta, daha da isabetli bir görüşle, "3996 Sayılı Yap-İşlet-Devret Yasası'nın imtiyaz gerektiren faaliyet alanı ile sınırlanması, diğer alanlar-

771 Guasch, op. cit., s. 24.

772 Harris, op. cit., s. 25.

773 Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, DPT Yayını, Ankara, 1995, s. 137.

774 1998 Yılı Programı, DPT Yayını, Ankara, 1997, s. 112.

da serbestliğe gidilmesi sağlanacaktır”⁷⁷⁵ ifadesine de yer verilmektedir. Burada, asıl olan hususun rekabetin oluşmasına imkan verecek bir “serbestleştirmeye” yer verilmesi olduğunun vurgulanması memnuniyet vericidir ve kanaatimizce sorunun asıl kaynağının isabetle teşhis edildiğini göstermektedir.

Ancak, bu ayrımın dünya ölçeğinde de yeterli derecede doğru biçimde algılandığını söylemek imkanı bulunmamaktadır. Altyapı projelerinde özel sektör katılımı, yurt dışında da genel olarak “kamu tarafından yüksek yatırım bedelleri nedeniyle yerine getirilemeyen” altyapı yatırımlarının özel sektör tarafından yapılması olarak ele alınmakta ve daha da önemlisi, altyapıya özel sektörün katılımı ile özelleştirme kavramlarının farklı şeyler olduğu sarahaten vurgulanmaktadır. Buna göre, “özelleştirme ile altyapıda özel sektör katılımı kavramları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Birincisinde bir imtiyaz hakkı ya da ruhsatla ve piyasa dinamikleri içerisinde bir kamu hizmetinin ifası özel sektöre devredilirken, ikincisinde işletmeci ile kamu kuruluşu arasında bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından yerine getirilmesi için uzun vadeli bir sözleşme yapılmaktadır.”⁷⁷⁶

⁷⁷⁵ 1998 Yılı Programı, DPT Yayını, Ankara, 1997, s. 107. Burada sözü edilen “imtiyaz gerektiren faaliyet alanı” ifadesi ile neyin kastedildiği hususuna değinmek yerinde olacaktır. Sözü edilen ifadeyle, elektrik enerjisi sektöründe rekabetçi bir yapı kurulabilmesinin teknik olarak mümkün olduğu, dolayısıyla bu alanın artık imtiyaz sözleşmeleriyle düzenlenmek zorunda kalmayacak “yetkinliğe” ulaştığı ve 3996 sayılı Kanun’da yer alan diğer alanlar itibarıyla imtiyazın düşünülmesi ve değerlendirilmesi gerektiği kastedilmektedir kanısındayız. Çarpıcı olan husus, DPT Müsteşarlığınca hazırlanan 1998 yılı Programı’nda bu kadar sarahaten bir açıklık getirilmiş olmasına karşın, hemen aynı dönemde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından bu saptamaya neredeyse hiç kulak asmaksızın, imtiyaz sözleşmeleri hazırlanması ve imzalanması uygulamasına süratle devam edilmesidir! Daha da çarpıcı olan husus, 1994 yılında çıkarılan 3996 sayılı Kanun’dan sadece birkaç yıl sonra bu derece isabetli bir görüşün serdedilmekte olmasıdır, dolayısıyla biz bu görüşün anılan Kanun’un çıkarılması sırasında neden dikkate alınmamış olduğu hususunun da sorgulanmaya değer olduğunu düşünüyoruz. Zira 1994 ile 1998 yılları arasında elektrik sektöründe bu derece çarpıcı bir değişikliğe ve “zihin açıklığı”na sevk edecek bir “devrimin” veya yeni bir gelişmenin ortaya çıktığını gözlemlemiş değiliz! Hatta daha ayrıntılı biçimde irdelenirse, bu tarihten çok daha öncesinde AB tarafından henüz 1991 yılında yayımlanan bir Direktif marifetiyle elektrik enerjisinde rekabetin getirilmesine dair düzenlemelerin önünün açılması girişiminde bulunduğu, nihayet bu yöndeki tartışmaların sonucunda 1996 yılında yayımlanan Direktifle serbest piyasa dönemine geçiş yapılmasına yönelik düzenleme getirildiği görülmektedir (bkz. Atiyas, İzak ve Dutz, Mark; Competition and Regulatory Reform in Turkey’s Electricity Industry, op. cit., s. 188). Dolayısıyla, AB’ne girmeye yönelik kesin ve vazgeçilmez bir yönelimin bulunduğu ülkemizde, bu gelişmelere hemen hiç dikkat edilmeksizin hareket edilmiş olunmasını basit bir ihmal şeklinde değerlendirmenin veya olağan bulmanın doğru olmayacağını düşünüyoruz.

⁷⁷⁶ Public-Private Partnerships for Infrastructure Development, Guidelines on Best Practices, UN/ECE BOT Group, United Nations UN/ECE Forum, Geneva, 4-5 December, 2000, s. 4.

Kanaatimizce, yukarıda yer verilen açıklama çerçevesinde kamu ile özel sektör kuruluşları arasında uzun vadeli bir sözleşmenin bulunmasına bağlı olarak özel sektörün katılımıyla gerçekleştirilen faaliyetin özelleştirme sayılıp sayılmaması yolundaki analiz, hatalı bir değerlendirmeye yol açmaktadır. Esasen özelleştirme, altyapıya özel sektörün katılımı yöntemlerinden sadece birisini teşkil eder. Nitekim Guasch, özel sektör katılımının "yönetim devri ("*management contracts*")", çok farklı biçimlerde oluşturulabilecek imtiyaz ve nihayet tam özelleştirme" şeklinde geniş bir açılım içerdiğini, bunlardan en çok rastlanılanının özelleştirme ve imtiyaz olduğunu belirtmektedir.⁷⁷⁷ Yine de, bir diğer açıdan, özelleştirmede kamuyla uzun vadeli sözleşmelerin sözkonusu olamayacağını çok doğru bir şekilde vurgulaması yerindedir. Özelleştirmede başlıca amaçlardan birisi kamunun üstlendiği riskleri ve mali yükümlülükleri bertaraf etmek olduğuna göre, bir yandan özelleştirme kavramına atıf yapılırken diğer yandan da aynı eylem düzleminde (sözgeli mi enerji satın alım sözleşmeleri gibi) devletle uzun vadeli sözleşmeler imzalanması yoluna gidilmesi, tam anlamıyla bir tezat teşkil etmektedir.

Bu anlayışın ortaya konulmasında, özel sektörün üstlendiği rolün **yönetim devrinde** oldukça sınırlı, **imtiyazlarda** –büründüğü yapılanmaya göre değişmekle beraber- nisbeten daha fazla ve giderek **özelleştirmede** en üst sınırdaki gerçekleştirildiği hususunun -sarahaten- dikkate alındığı kanaatindeyiz. Nitekim, bize göre altyapıya özel sektör katılımı, esas olarak özelleştirmedeki "özel sektörün verimliliğini elde etme" amacına ulaşmayı hedeflemektedir ve bu zaviyeden hareketle altyapıda özel sektör katılımı kavramı, temel olarak özelleştirme (yani rekabetin tesisi) anlayışına dayanmak durumundadır. Mümkün olduğu ölçüde de kamu ile uzun vadeli sözleşme imzalanmasından kaçınılması ve yatırımı yaparak kamuya hizmet verecek özel sektör kuruluşunun olabildiğince serbest rekabet kuralları çerçevesinde -ve böylece piyasa riskini (ticari risk) üstlenmek suretiyle- faaliyet göstermesi sağlanmalıdır. Nitekim, uluslararası literatürde bir faaliyetin özelleştirilmesinde veya kamunun sıkı gözetiminden uzaklaştırılmasında ("*deregulation*") hükümetlerin rekabetin oluşturulmasını öncellemeleri gerektiği açıkça vurgulanmaktadır.⁷⁷⁸ Ancak ve ancak bu halde "altyapıya özel sektör katılımı" veya "YİD modeli" adı altında kamunun mali risklere maruz bırakılmaması mümkün olabilecektir. Serbest rekabetin yapısal olarak mümkün olmadığı doğal tekel niteliğindeki sektörlerde ise fiyatların tesbitini regüle eden, ancak ilgili şirketin her türlü maliyetini tüketiciye

⁷⁷⁷ Guasch, op. cit., s. 2, 23, 24

⁷⁷⁸ Bkz. Carbajo, José; *Introduction and Summary, Regulatory Reform in Transport – Some Recent Examples* (Editör: José Carbajo), The World Bank, 1. Baskı, Washington D.C., Nisan 1993, s. 2.

doğrudan aktarabilmesine olanak tanımayan ve böylece şirketin verimli çalışmasını gözeten bir düzenleyici kurum marifetiyle aynı sonuca varılabilecektir.⁷⁷⁹

Özelleştirmeye getirilmeye çalışılan ticari anlayışın özü, ticari kâr karşılığında risk alınmasını zorunlu kılar; ticaretin hiç bir türünde devletin kârı garanti etmesi sözkonusu olamaz. Bu itibarla, YİD sözleşmeleriyle 3096 sayılı Kanun kapsamında elektrik santralleri yapımına gidilmesi, Kanun'un o tarihteki bize göre zihinlerde gizli tutulan (niyetlenen) amacına uygun da değildir ve özelleştirme olarak adlandırılmaz.⁷⁸⁰ Tabii, bu santrallerin yapımı işinin hangi özel sektör kuruluşuna verileceğinin ihaleyle tesbiti yoluyla rekabetin bulunduğu iddia edilebilirse de, bu "pazar için rekabet"tir, "pazar içerisinde rekabet" değil.⁷⁸¹ Kaldı ki, 3096 sayılı Kanun "pazar için rekabet" kuralını dahi içermemektedir⁷⁸² ve bu Kanun kapsamındaki

⁷⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Irwin, *Dealing with Public Risk*, op. cit., s. 4.

⁷⁸⁰ Bu konuda bkz. Çal, Sedat; *Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurumu*, 36 no.lu dipnot, Ankara Barosu Dergisi, Eylül, 2001, s. 100. Keza, talep tahminleri üzerinden pazar riskinin devletçe üstlenilmemesi ile imtiyaz ve özelleştirme kavramlarının bağlantısı hakkında bkz. Guasch, op. cit., s. 2, 23, 24.

⁷⁸¹ Bu konuda çarpıcı ve ayrıntılı bir inceleme için bkz. Atiyas, İzak ve Dutz, Mark; *Competition and Regulatory Reform in Turkey's Electricity Industry*, içinde Turkey Economic Reform & Accession to the European Union, Ed. Hoekman, Bernard M. & Togan, Sübidey; A Co-publication of the World Bank and the Center for Economic Policy Research, 2005, s. 191-192. Yine, bkz. Guasch, op. cit., s. 31.

⁷⁸² Karamustafaoğlu'na göre "Söz konusu görüş tam olarak doğruyu yansıtmamaktadır (zira) ÇE-AŞ, üretim seviyesinde otoprodüktörlerle rakip durumundadır... Bu nedenle 3096 sayılı Kanunla getirilen sistemde hiç rekabet bulunmadığını söylemek doğru değildir (ve) elektrik üretimi piyasasında otoprodüktörlerle sınırlı da olsa bir rekabetin bulunduğu görülmektedir". Ne var ki, uygulamada anılan şirketin "... elektrik nakli konusundaki tekeline (hakim durumunu) kötüye kullanarak, 4054 sayılı Kanun'u ihlal edecek şekilde otoprodüktörlerin grup ortaklarına enerji nakletmelerini engelle(diği)" de aynı yazar tarafından ifade edilmekte (bkz. Karamustafaoğlu, *Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri*, op. cit., s. 63, 64) ve böylece uygulamada bu denli sınırlı bir "rekabetin" dahi gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, YİD modeli içerisinde iletimde bölgesel tekel sahibi bu tür özel sektör şirketlerinin sayısı son derece kısıtlıdır ve otoprodüktörlerin neden olabileceği rekabet de -dolayısıyla- sınırlıdır. Kamu tekelindeki bölgelerde ise, üretim şirketleri uzun süreli sözleşmelere dayanarak üretimlerinin tamamını devlete satmakta olduklarından, bu bölgelerde otoprodüktörlerin (temelde kendi sanayi tesisi için elektrik üretmek üzere kurulan ve fakat "üretim fazlasını" başkalarına da satma hakkı tanıdığı için fiiliyatta diğer üretim santralleriyle benzer konuma dönüştürüldüğü gözlenen şirketler) rekabet oluşturma olanaklarından söz edilemez. Nitekim, aynı yazar, aynı eserinde "... Bakanlık özellikle 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak projelerde, seçim hakkını hep ihale yapmamak yönünde kullanmış ve bu nedenle ne yazık ki "pazar için rekabet" sağlanamamıştır" (bkz. İbid., s. 53) ifadesine de yer vermektedir!

projeler genelde ihalesiz olarak gerçekleştirilmiştir.⁷⁸³ "Pazar için rekabetin" dahi uygulanmadığı diğer ülkeler arasında Dominik Cumhuriyeti veya Kolombiya gibi ülkelerin bulunması,⁷⁸⁴ AB'ye aday bir ülke olarak ülkemizin kıyaslamadaki muhatapları açısından kanaatimizce hazin bir duruma işaret etmektedir! Esasen, enerji sektöründe YİD modeliyle yatırım yapmak isteyen firmaların büyük sayılara ulaşması ve yüksek sayıda enerji projesi stokunun bulunması⁷⁸⁵ bu tür "garantili ticaret" iştiyakından kaynaklanmıştır. Nitekim, bu hususun bizatihi bazı özel sektör girişimcileri tarafından da –"şecaat arz ederken sirkatin söylemek" darbı meselini hatırlatırcasına- büyük bir dürüstlük içerisinde samimiyetle itiraf edildiği görülmektedir.⁷⁸⁶

783 Bkz. Yılmaz, Osman; Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999, s. 112. Ayrıca, bkz. Emek, Uğur; Uluslararası Ticari Tahkim, YİD Projeleri, İmtiyaz Kavramı ve Anayasa; Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Vergi Dünyası, Ağustos, 1999, s. 9.

784 Bkz. Guasch, op. cit., s. 54, 55.

785 Sn. Varlier, 1996 yılı itibarıyla toplam değeri 32.4 milyar ABD Doları değerinde 179 adet YİD projesi bulunduğu bahsetmektedir (Varlier, op. cit., s. 4).

786 Enerji Dergisi'nde bazı özel sektör temsilcileri tarafından gerçekleştirilen bir toplantıda, özellikle kimi müteahhitlek firmalarının daha önceleri taahhüt işlerinden kazandıklarıyla turizm sektöründe yatırım yaptıkları, ancak turizm sektöründeki dalgalanmalar nedeniyle yeterli kazanç sağlayamadıkları için enerji sektöründe yatırım yaparak 20 yıllık bir süreyle ürettikleri elektriği devlete satmayı cazip buldukları ve böylece belirli bir kârı garanti ettikleri için enerji projelerine bu denli yüksek bir talep bulunduğu açık bir şekilde ifade edilmektedir. Gerçekten de, ülkemizde ETKB ile enerji sektörüne ilişkin YİD sözleşmesi imzalamış bulunan şirketlerin neredeyse tamamının müteahhitlek sektöründe faaliyet gösteren şirketler olduğu görülür. Tabir yerindeyse, 1990'lı yıllarda inşaat şirketlerimizin enerji üretimine yönelik bir veya birkaç YİD sözleşmesi sahibi olmaları âdet haline almıştır! Bu furyanın altında yatan ise, "garantili bir sistemden payını alabilme" çabasından başka bir şey olmamıştır düşüncesindeyiz, yani rekabetsiz ortamdan –geç kalmadan- "nema lanma" endişesi! Durumun vahametini ifade edebilmeyi teminen bir kaç alıntı yapmayı gerekli buluyoruz: "Yatırımcı açısından enerji sektörünün... Türkiye'de özel bir yeri var... Uzun dönemli anlaşmalar yapma imkanı varsa, üreteceğiniz metayı uzun dönem pazarlamayı bugünden garanti altına alıyorsunuz. **Bu güzel bir ticaret.** (Sözgelimi) ayakkabı üretimine böyle bir şey yok. Otomobil üretiminde yok. Hiçbir sektörde yok. **Sadece enerji sektöründe, bugünde üreteceğiniz bir malı 20 sene satmayı garanti altına alıyorsunuz.**.. Son bir yılda devreye giren YİD projelerinden sonra piyasada bir hareket başladı. **Herkes bu işin farkına vardı.** Bugün... bütün inşaat şirketleri bu sektöre girip pay kapmaya çalışıyorlar (ve) hepsinin enerji bölümü var.... Çünkü... uzun döneminizi garanti altına almış oluyorsunuz. İnşaat şirketleri bundan evvel, işlerin yavaşladığı dönemde bünyelerini koruyabilmek için gelirlerini alternatiflendirip, kimisi turizm kimisi başka türlü yatırımlara gidiyordu. Görüldü ki, herhangi bir olayda turizmde dengeler altüst olabiliyor. Enerjide ise durum böyle değil, satım garantisi var. Onun üzerine, **herkes... bir proje de benim olsun mantığıyla** Bakanlığa müracaatta bulundu (anılan toplantıya katılan Bülent Özgürel'in açıklamalarından)" (daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ültaır, Özcan; Tahkim Sonrası Yatırım Ortamı ve Yeni Elektrik Piyasasına Doğru, Enerji Dergisi, Sy. 10, Ekim 1999, s. 38-39). Sektördeki uygulamaların ca-

Oysa, yabancı literatürde, devlet garantilerinin sadece devletin kontrolündeki hususlarla sınırlı olması ve yatırımcının özellikle projenin inşa edilmesi ve üretilecek hizmete yönelik talep ile ilgili riskleri -temel olarak- üstlenmesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır.⁷⁸⁷

Bu noktada da enerji sektörünün azizliğiyle karşılaşmaktadır; zira elektriği tüketicilere serbestçe ve rekabet koşulları içerisinde, rekabet mümkün olmazsa regüle edilmiş fiyatlar çerçevesinde satma imkanı vermeyerek, bu sektörün "kamu hizmeti" konusu olduğu ve bu nedenle ancak devletin faaliyet göstereceği, dolayısıyla ancak ve ancak ilgili kamu kuruluşuna elektriğin satılabileceği yönündeki "devleti ve kamuyu koruduğunu zanneden" muhafazakar anlayış yüzünden, talep tahminlerinin -ve böylece talep riskinin- özel sektöre bırakılması imkanı da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu anlamda, kamu çıkarlarını cansiperâne savunan bu anlayış karşısında "bir şey haddini aşarsa ziddına inkılâp eder" özdeyişini hatırlamak yerinde olacaktır. Bu yaklaşımın sonucunda ise, enerjide ne kadar yatırım yapılması gerektiği kamu tarafından hesaplanmakta ve bu çerçevede ulaşılan elektrik enerjisini üretebilmek için özel sektör "görevlendirilmektedir"; böylece, vahim bir şekilde talep (piyasa) riski kamunun üzerinde bırakılmış olmaktadır. Bu ise, doğal olarak, özel sektörün serbest piyasa koşullarında "kâr" elde edebilmek için "risk" almak zorunda kaldığı "ticari" işlere kıyasla "garantilenmiş bir kazanç" aktarılmasını temin etme sonucunu doğurmakta, tam ve gerçek anlamıyla bir "imtiyazlı" özel sektör grubu yaratılmış olmaktadır!

zibesine yönelik bir başka görüşe göreyse, "(b)u işte büyük kâr var. Birinci çekiciliği bu. İkincisi, risk yok. Projeler bütün aşamalarında Hazine garantisi altındadır. Su, elektrik ve köprü hiç kullanılsa da Hazine kullanılmış gibi parasını ödeyecektir. Diğer bir deyişle, yap-işlet-devret projesinin bedeli Hazine'nin borç hanesine yazılıdır." (Münir, Metin; Devlet Kesesi, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 24 Nisan, 1999). Esasen, bu nedenledir ki, kamusal finansmanla altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesine bütçe veya dış borçlanma olanaklarının yetersiz kalacağına değinen özel sektörün, buna karşın bahsekonu sektörlerin rekabet koşullarında özel girişime açılması seçeneği yerine, devletin tek alıcı konumunda bırakıldığı YİD, Yİ, İHD veya otoprodüktör yöntemlerine geçiş yapılması zorunludur şeklinde -zahmetsiz kazanç arzusuna dayanan bir "paradigma atlamasına" yönelmesi dikkat çekmektedir (bkz. Varlier, Yap-işlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim, op. cit., s. 51, 52). Son olarak, enerji sektöründeki tekel ortamı dikkate alındığında, literatürde buna yönelik çarpıcı tespitlerde bulunulduğu ve "devlet tarafından imtiyaz hakkı verilen bir monopolün elde edilmesi için baskı ve çıkar gruplarının girişmiş oldukları faaliyetler" in "monopol kollama" adı altında, yönetsel yolsuzluklar kapsamında irdelendiği görülmektedir (bkz. Özsemerci, Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluklar, Nedenleri, Zararları ve Çözüm Önerileri, op. cit., s. 19).

787 Irwin, Dealing With Public Risk, op. cit., s. 11-12.

Öte yandan, 4628 sayılı Kanun ile elektrik enerjisi sektöründe rekabetçi bir piyasa anlayışına geçiş yapılmak istenmesine karşın, ülkemizde rekabet ve finansman kavramlarının yeterince algılanmamış olmasından kaynaklandığı düşünülebilir. İlginç savlara hâlâ rastlanmaktadır. Sözgelimi, Rekabet Kurumu mensubu olarak anılan kavramlara daha yatkın olması beklenebilecek bir uzmanın görüşüne göre,

"YİD, Yİ ve İHD modelleri ... çerçevesinde imzalanan uzun süreli anlaşmalar, yatırımcıların risklerini azaltarak, üretilecek elektriğin satılamaması ihtimalini ortadan kaldırdıklarından, rekabete dayalı bir piyasada riskli sayılabilecek milyarlarca dolarlık bir santral inşaatının gerçekleştirilmesi YİD, Yİ ve İHD modelleri ile mümkün olacaktır. Elektrik üretiminde çok eski tarihlerden beri kullanılan, kamu hizmeti imtiyazlarının geliştirilmiş hali olan bu modeller, İdare tarafından iyi kullanıldıklarında, birçok soruna acil olarak çözüm getirebilecek niteliktedirler. Bunun için şayet gerekli ise "Garantilerin" tekrar kullanılabilmesine ilişkin mevzuatta değişiklik de yapılmalıdır."788

Yukarıdaki ifadelerin, rekabeti ortadan kaldıran uzun süreli anlaşmaları yeniden sisteme sokacak bir desteği 'esirgememesi' bir yana, bunun gerekçesi olarak "milyarlarca dolarlık yatırımlar"ın başka türlü gerçekleşmeyeceği gibi kanımızca dayanaksız algılamaları esas tutması ve ilaveten "Garantilerin" devamını öngörmesinde isabet göremiyoruz.

- Sihirli Kelime: Görevlendirme

3096 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesine göre, Kanun'un yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazlarına sahip şirketler, Kanun'un yayımından itibaren bir yıl içerisinde ETKB'ye müracaat ederek "görevli şirket" haline dönüşmelerini istediklerinde, Bakanlar Kurulu Kararıyla kendilerine 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkı verilebilir. Nitekim, 1988 yılında, Çukurova bölgesinde imtiyazlı şirket konumundaki ÇEAŞ'ın "görevli şirket" haline getirilmesi ve görev süresinin 70 yıl süreyle (2058 yılına kadar) uzatılmasına yönelik yeni bir sözleşme imzalanmıştır! "İmtiyaz şirketi" konumundan "görevli şirket" statüsüne geçişin gerekçesini anlayabilmek zor olduğu gibi, "kamu yararı" bakımından ne gibi bir olumlu sonuç doğuracağı da tartışmaya açıktır. Bu şekilde "zevahirde" bir değişiklik yaratmak suretiyle bahse konu şirketlere "imtiyazlı" konumlarını 99 yıla

788 Karamustafaoğlu, Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, op. cit., s. 81.

kadar uzayan bir süreyle uzatma olanağını ihsan etmiş olmanın kamu yararıyla bağlantısını kurmak zor görünmektedir.

Diğer yandan, burada kullanılan "görevlendirme" ifadesi çok ilginçtir. İstanbul ilinin elektrik dağıtım hizmetinin özel sektöre devrine ilişkin olarak Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) ile AKTAŞ Elektrik Ticaret A.Ş. arasında imzalanan sözleşmeye ilişkin olarak Danıştay'ın "sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmasına karşın Danıştay ön incelemesinden geçirilmeksizin özel hukuk sözleşmesi şeklinde düzenlenerek imzalanması ve uygulamaya sokulması" gerekçesiyle anılan sözleşmenin iptaline hükmettiği 10. Daire kararının⁷⁸⁹ temyizi dolayısıyla İDDK'nın aynı gerekçelerle iptal hükmünün onayladığı kararına ilişkin "Karşı Oy" da, "... (3096 sayılı) yasa da imzalanacak sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi olmadığını belirtmek amacıyla imtiyaz sözcüğü yerine bile isteye görevlendirme sözcüğü kullanılmıştır"⁷⁹⁰ saptamasında bulunmaktadır. Şu halde burada, salt imtiyaz olarak algılamayı teminen yer verilen bir "görevlendirme" sözcüğü tercihi sözkonusudur. "Anayasanın kamu hizmeti olarak kabul ettiği sektörlerle ilgili olarak yapılacak sözleşmelerin birer "imtiyaz sözleşmesi" olduğu ilkesinden kurtulmak amacıyla... bu sözleşmeler için "görev verme sözleşmesi", "görevli şirket" şeklinde ifadeler kullanılmıştır."⁷⁹¹

Aynı yöndeki tesbitin Anayasa Mahkemesince de yapıldığı görülmektedir, buna göre "... 3096 sayılı Yasa'daki "görevlendirme" sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçmesini sağlamak için kullanıldığını vurgulamakta yarar bulunmaktadır."⁷⁹² Lakin uygulamada, kendi amacı çerçevesinde "masum" bir maksadı ifade etmeyi hedeflediği anlaşılan bu kelimeye dayanılarak, başlangıçta öngörülme, son derece vahim sonuçlar doğurabilecek algılamalara gidildiği gözlenmiştir: Bir özel sektör şirketi, devlet tarafından "görevlendirildiğine" göre, devlet burada özel sektöre her türlü riskten âri biçimde gereken mali desteği sağlamakla yükümlüdür! Nasıl ki, bir seferberlikte özel mülkiyete konu araçlar için devletçe "sefer görev emri" çıkarılabilmekte ve karşılığında mülkiyetin sahibi bireyin zararı ise devletçe tazmin edilmektedir. Nitekim, ikinci Körfez savaşının hemen öncesindeki krizli

789 Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E.1991/1, K.1993/1752 sayılı kararı.

790 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1993/358, K.1994/10.

791 Hediyelik Santral – Enerjinin Özelleştirmesine Hayır, Tes-İş Sendikası Yayını, s. 33 (tarihsizdir).

792 Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı, 24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG, s. 24.

günlerde arazi aracı sayılan "jip" sahiplerine devlet tarafından sefer görev emri çıkarılarak tebliğ edildiği ve ihtiyaç halinde yapılacak duyuruya istinaden araçlarını devletin emrine amâde kılmalarının ihtar edildiği hatırlanacaktır.

Özetle, görevlendirmenin olduğu yerde, karşılık olarak özel sektörün faaliyete ilişkin her türlü zararının karşılanması da sözkonusu olabilecektir; zira, özel sektörün bir faaliyete "talip olması"ndan ziyade, devletin onu "görevlendirmesi" öne çıkarılmış olmaktadır. Nitekim, kimi özel sektör temsilcileriyle yaptığımız görüşmelerde bu türden görüşlerin ileri sürüldüğüne tanık olduğumuzu ve "devlet bizi "görevlendirdi", o halde kârımızı da garanti etmek zorunda" yolunda ifadelere yer verildiğini belirtmek istiyoruz.

Dolayısıyla, enerji sektöründe görevlendirme ifadesinin algılaması ve uygulama şöyle olmuştur: Özel sektör tarafından -talep tahmini ve bu meyanda üretilen elektriğin tamamının devletçe satın alınması da dahil olmak üzere- bütün önemli riskler devletin üzerinde bırakılmaktadır; zira, bu işe özel sektör talip değildir, onu bu işle devlet "görevlendirmektedir". Öyleyse, bunun sonucunda üretilen elektrik enerjisini -talep olsun olmasın- devlet satın almak zorundadır; bu meyanda özel sektörün anılan hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak karşılaşılabileceği belli başlı tüm riskleri devlet üstlenmelidir!

Kısaca söylemek gerekirse, üretilen malın (gerek ürün fiyatı ve gerek piyasadaki talep miktarının doğru tahmin edilmesine yönelik) piyasa riski sıfırdır, kazanç ise garantilenmektedir!⁷⁹³ Böylesi bir faaliyete "ticaret" diyebilme imkanı -kanaatimizce- bulunmamaktadır, bunun adı belki "rant paylaşımı", belki çok daha başka bir şeydir! Üstelik, ülkemizdeki YİD uygulamalarında bu uzun dönemli sözleşmelerde ihale ve dolayısıyla şeffaflık ilkelerine riayette özenli davranılmadığı bilinmektedir. Zira, "ne yazık ki, rekabetçi ihale usullerine yönelik sağlam bir yasal alt-yapı yoktur. Tersine, Türk YİD modelinde önyeterlilik, rekabetçi açık ihale ve hatta belli istekliler arasında ihale yöntemlerinden hiç biri için yasal zorunluluk getirilmemiştir."⁷⁹⁴ Oysa, pazar için rekabet öngören bir uygulamaya gidilmesinin dahi kamuya sunulacak hizmetin tüketiciye daha uygun mali koşullar sağladığı, 4628 sayılı Kanun sonrasında şehirlerdeki doğalgaz dağıtım tesislerinin özel sektör eliyle

⁷⁹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; "Uluslararası Tahkim" ya da Canbaz Nerede, Dünya Gazetesi, 8 Temmuz, 1999. Yine, aynı konuda bkz. Çal, Sedat; *Türkiye'de Enerji ve Planlama*, Finans Dünyası Dergisi, Eylül, 2000, s. 72-74.

⁷⁹⁴ Atiyas, İzak ve Dutz, Mark; *Competition and Regulatory Reform in Turkey's Electricity Industry*, op. cit., s. 192.

gerçekleştirilmesine yönelik ihaleye çıkılması sürecinde yaşanmıştır.⁷⁹⁵ Dolayısıyla, vurgulamak gerekirse "... enerji projelerinde YİD modelini düzenleyen 3096 sayılı Kanun, YİD modelinde önemli bir unsur olan ihalede açıklık ve rekabet ilkesine aykırı bir düzenlemedir... (T)ek kişiden alınan teklifin değerlendirilmesi esas olup, ilana çıkılması zorunluluğu bulunmamaktadır."⁷⁹⁶ Bir başka ifadeyle, "(n)e yazık ki (ülkemizdeki) YİD sözleşmeleri ihale yoluyla satılmamıştır."⁷⁹⁷ Bu noktada, rekabetin sağlanmamış olması, bahse konu uygulamaların özelleştirme olarak tanımlanabilmesinin önündeki başlıca engeldir. Zira, "(r)ekabetin işleminin koşullarının var olduğu kademelerde fiyatlar rekabet yolu ile belirlenmiyorsa, özelleştirmenin tek başına bir anlamı olmadığı (açıktır)... Özel sektörü (enerji) sektörüne sokmak yalnız ve yalnızca farklı bir finansman biçimi uygulaması haline gelmektedir. (Bundan ötürü, ö)zelleştirmenin bu şartlar altında başarılı olmasını beklemek için (de) bir neden yoktur."⁷⁹⁸

Dolayısıyla, "YİD santralini diğerlerinden ayıran ve Türkiye özelindeki uygulamasının en çok eleştirilebilecek özelliği, bu santrallerin yatırımcılarının ihale yoluyla belirlenmemiş olmasıdır. Yatırımcıların belirlenme sürecinde rekabetin tesis edilmemiş olması, kendini doğrudan doğruya yüksek yatırım maliyeti olarak göstermiştir."⁷⁹⁹ Oysa, normal koşullarda rekabetçi bir ihale süreci, birden fazla katılımcının bulunması halinde tarifelerin daha düşmesine neden olabileceği gibi, tek bir katılımcının bulunduğu hallerde de en azından şeffaflık eksikliğinden dolayı söylentilerin (spekülasyonların) ortaya çıkmasına engel olma işlevini –en azından- görecektir; nitekim, dünyadaki uygulamalarda en çok eleştirilen projeler, rekabetsiz biçimde tahsis edilenler olmuştur.⁸⁰⁰ Dolayısıyla, doğal olarak buradan çıkacak sonuç şudur; "(i)halesiz bu kadar yüksek garantili bir iş verirsiniz, 20 yıllık da garanti verirsiniz bu başka bir şey olur."⁸⁰¹

⁷⁹⁵ Rekabetçi ihaleler sonucunda doğalgaz dağıtım işletmeciliği yapılan merkezlerdeki doğalgaz bedelleri ile belediyelerce gerçekleştirilen doğalgaz dağıtım hizmetinde uygulanan bedeller arasındaki belirgin farklılık ve bunun tüketiciye yansımaları hakkında bkz. Ahmet Kıvanç; Ankara'da Özelleştirme Mağduru, Radikal Gazetesi, 10 Ekim, 2007.

⁷⁹⁶ Emek, Kamu İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, op. cit., s. 31.

⁷⁹⁷ Atıyas, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, op. cit., s. 49.

⁷⁹⁸ Zenginobuz, Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve "Regülasyon", op. cit., s. 112.

⁷⁹⁹ Atıyas, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, op. cit., s. 76, 82.

⁸⁰⁰ Bkz. Hodges, John; Unsolicited Proposals, The World Bank Group, Public Policy for the Private Sector No. 257, Mart 2003.

⁸⁰¹ Emek, Uğur; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, op. cit., s. 74.

Öte yandan, öğretide bu eksikliğin idari yargı eliyle düzeltilebileceği de ileri sürülmektedir. Buna göre, 3996 sayılı Kanun ihale esaslarına uyumu öngören yasal düzenlemelerden (sabık 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu) muaf tutulmuş olmakla beraber, "İdarenin 2886 sayılı DİK hükümlerinin uygulanmadığı ihalelerinde bile, açıklığın (aleniyet) ve serbest rekabetin sağlanması ilkelerine uyulması gerektiği ve idarenin bu ilkelere uyup uymadığının idari yargıda denetlenebileceği yüksek yargı organlarının yerleşmiş içtihatlarındandır... (Dolayısıyla) 3996 sayılı Kanun kapsamındaki işlerde de, hizmetin ihale edilip kesinleşmesine kadarki aşamada, idari yargı mercilerinin, açıklık (aleniyet) ve serbest rekabete uyum konusundaki denetimi sağlanarak, yani idare hukuku uygulanarak (bu eksiklik) doldurulmalıdır."⁸⁰²

Ancak, özellikle enerji sektöründeki uygulamalar itibarıyla idari yargı açısından bu yönde hassasiyet gösterildiğini iddia etmek güçtür. Bu meyanda, "Danıştay'ın, serbest rekabete açılmada veya rekabeti korumada kamu yararı olduğu yönünde bir tutum sergilemesi ve kamu hizmetlerinin rekabet kurallarına adapte edilebileceği yönündeki modern gelişmeleri izlemesi gerekecektir."⁸⁰³ Nitekim, Danıştay'ın Devlet İhale Kanunu'na tâbi olmamakla beraber serbest rekabete dayanmaksızın yapılan ihaleleri iptal ettiğine yönelik kimi kararları da bulunmaktadır.⁸⁰⁴ Ancak burada hemen belirtmek gerekirse, rekabetin sağlanmasındaki kamu yararı kavramının idari yargı tarafından uygulanmasında sadece "pazar için rekabet" değil, "pazar içerisinde rekabet" unsurunun da dikkate alınması elzemdir ve tezimizin içerisinde yer verdiğimiz üzere sözgelimi araç muayene istasyonları işletmelerinin ihaleyle, ancak teknelci biçimde (yani "pazar içerisinde rekabet" unsuru ihlal edilerek) özel sektöre verilmesine ilişkin kararlarında çağdaş bir iktisadi yaklaşımdan beri kaldığını belirtmek gerekir.

Öte yandan, özellikle tekel konusu kamu hizmetlerinde, hizmetin görülmesi sırasında kamu hukukunun uygulanması gerekeceği, Anayasa'nın 167. maddesi uyarınca devletin tekelleşmenin önlenmesi ve rekabetin korunması görevini haiz olduğu, bu meyanda devletin ilgili birimlerinin ve özellikle Rekabet Kurumu'nun

⁸⁰² Ulusoy, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, LDT Hukuk-Ekonomi Araştırma Merkezi tarafından 22 Ocak, 2000 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Konulu Sempozyumda sunulan bildiri.

⁸⁰³ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, op. cit., s. 140.

⁸⁰⁴ Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 28 Ekim, 1998 tarih ve E.1996/4274, K.1998/5478 ile 16 Kasım, 1999 tarih ve E.1998/6434, K.1999/6074 sayılı kararları.

gerekli denetimi yapacağı, aksi halde bunun idari yargı tarafından yargısal denetime tâbi tutulacağı belirtilmektedir.⁸⁰⁵ Oysa bu durum, bahsekonu tekele ilişkin idare ile özel kişiler arasında imzalanan ve özel hukuka (ve dolayısıyla tahkim) tâbi kılınan sözleşmelerde yer alan hükümlere aykırılık teşkil edeceği oranda uygulanmak imkanından mahrum olacaktır, zira aksi halde özellikle tahkim marifetiyle maruz kalınacak yüksek tutarlı tazminatların göze alınması gerekecektir. Dolayısıyla, bu bakış açısının gerçekçi olmadığını düşünüyoruz.

İmtiyaz uygulamasında idarenin bahsekonu kamu hizmetinin kesintisiz ve kaliteli biçimde sunulmasını temin etme ile mükellef olması karşısında, hizmeti sunacak özel teşebbüsün seçiminde son derece dikkatli davranması gereği bulunduğu ve bu meyanda ihaleye çıkılmasının bu amacın gerçekleşmesine engel olacağı da ileri sürülebilir. Buna bir gerekçe olarak, bu tür faaliyetlerde hizmeti sunacak olan özel teşebbüsün kimliğinin ve yeteneğinin öne çıktığı söylenebilir. Nitekim, özellikle Fransız öğretisinde bu yönde bir eğilime tesadüf edilmektedir, ki rekabetçi anlayışın daha ziyade hakim olduğu Anglo-Sakson geleneğine kıyasla Fransa'da rekabet kavramının çok daha geri planda kalmış olduğu hususu dikkate alındığında bu durum pek de şaşırtıcı sayılmamalıdır kanısındayız.⁸⁰⁶ Buna göre, imtiyaz kişiye bağlı ("*intuitu personae*") bir işlemdir ve kural olarak idarenin imtiyazcı özel kişiyi seçme konusunda serbestiye sahip olduğu kabul edilmektedir; dolayısıyla, idare ihale, pazarlık gibi bir yöntem kullanmak zorunda değildir.⁸⁰⁷

Ne var ki, imtiyazcının bireysel özelliklerinin önem taşıdığı veçhile idare tarafından serbest bir tercihle belirlenmesi gerekebileceği yönünde oluşan bu gereksinim, herhangi bir kamu hizmetini sunacak olan özel teşebbüsün, idare tarafından keyfi olarak belirlenmesiyle –ancak- ortaya çıkarılabileceği yönünde bir kabule olanak vermemektedir. Zira, açıktır ki, gerekli teknik ve finansal koşulları taşıyan özel teşebbüslerin bir veya birden fazla sayıda olup olmadığı, ancak bahsekonu koşulların önceden tesbit ve ilan edildiği bir rekabetçi ihale sonrasında belirlenebilir; idarenin ihalesiz ortamda bir özel teşebbüsü belirlemesi bağlamında bir özel teşebbüsün ortaya çıkması sürecinde, rekabetçi ihale yönteminin uygulanması

805 Bkz. Ulusoy, Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları (Bildiri), op. cit.

806 Nitekim, daha son dönemlerde dahi Fransız Cumhurbaşkanı tarafından "rekabet, bir ideoloji, bir dogma olarak Avrupa'ya ne vermiştir ki?" şeklinde bir retoriğin ifade edilmiş olması, bu bağlamda dikkat çekmektedir (bkz., Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007, s. 3).

807 Gözler, İdare Hukuku Dersleri, op. cit., s. 542.

bir engel –kuşkusuz- teşkil edemez! İdarenin tercihiyle bulunacak bir imtiyazcı, teknik-finansal koşulları belirlenmiş bir ihaleye çıkılması durumunda da -doğal olarak- ortaya çıkacaktır.

Nitekim, geleneksel olarak rekabet anlayışından nisbeten uzak bir algılama içerisindeki Fransız uygulamasında dahi, AB'nin zorlaması neticesinde⁸⁰⁸, bu yönde bir esnekliğin kurgulandığına tesadüf edilmektedir: Yolsuzluğun önlenmesi ve şeffaflığa ilişkin olarak getirilen bir yasal düzenleme çerçevesinde "... idareye seçimini yapmadan önce alenilik ve rekabete ilişkin kurallara uyma zorunluluğunun getirildiği ve bunun aslında taraflar arasındaki diyalogu sağlayarak güven ilişkisini ve dolayısıyla "*intuitu personae*" ilkesini güçlendireceği(nin) savunulduğu"⁸⁰⁹ görülmektedir. Kaldı ki, imtiyazın hukuki teorisinden yola çıkarak bahsekonu ilkenin geçerliğini savunmak, imtiyaz sözleşmesi olarak addolunan YİD sözleşmelerine istinaden enerji sektöründeki sözleşmelerin ihalesiz biçimde gerçekleştirilmelerine yol açmakta ise, idare hukuku teorisyenlerinin bu durumu bir kez daha değerlendirmelerinde büyük yarar vardır. Zira, "(i)mtiyaz yönteminin en temel özelliği *intuitu personae* dir. Yani sözleşmeci tarafı kamu hizmetlerinin gerekleri doğrultusunda serbestçe seçme"⁸¹⁰ şeklindeki yargı, idare hukuku teorisyenlerinin belki de farkında olmadıkları, vahamet derecesinde keyfi uygulamalara yol açmaktadır ve bunun mali açıdan ciddi kamu zararlarına neden olduğu ülkemizin yakın geçmişinde sarahaten görülebilir.

Esasen, öğretilerde ortaya konan bu husus, kimi zaman uygulayıcıların arayıp da bulamadıkları bir dayanak noktasını teşkil etmeye ve dolayısıyla suiistimale elverişlidir. Yukarıda belirtildiği gibi, Fransız uygulamasında dahi şeffaflık ve rekabetçi bir yöntemin kurgulanmasına doğru gidilirken, ülkemizde bu ilkenin savunulmakta olmasını anlayabilmek gerçekten güçtür. Bahsekonu serbestinin gerekliliği yönünde öğretilerde başka ilginç görüşlere de rastlanmaktadır: Buna göre "... diğer idari sözleşmelerden farklı olarak İdare imtiyaz vereceği özel kişiyi serbestçe seçer ve dilediği ile sözleşme yapabilir. Çünkü hizmetin sorumluluğu İdare üzerinde kalmakta ve sürmekte; dolayısıyla imtiyaz sahibini seçmekte takdir yetkisi gerek-

808 Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 340, 396 no.lu dip not.

809 Öztürk, Burak; *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, s. 65, 66 (yayımlanmamıştır).

810 Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 340, 396 no.lu dip not; yine aynı yönde bkz. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 542.

tedir.”⁸¹¹ Burada idarenin sorumluluğunun devam ettiği anlayışıyla bireylerin uğrayacağı zararların yine idare tarafından karşılanacağı veçhile, idarenin imtiyaz sahibini “serbestçe ve dilediğince” belirlemesinde bir sakınca görülmediği anlaşılmaktadır. Ne var ki, bu anlayışın, bahsekonu serbestiyet nedeniyle kamu maliyesinin uğrayabileceği maddi zararların veya muhtemel yolsuzlukların dolaylı olarak halka yansıtılacağını gözden irak tuttuğu görülmektedir. Bahsekonu analogije esas tutulan “sorumluluğun idare üzerinde kalması” ile “serbestçe ve dilediğince” imtiyaz sahibini belirlemek anlayışı arasındaki illiyet bağıını görmek, bize göre olanaksızdır. Buradaki argüman, kanımızca idare hukukunun kavramsal tartışmalarında iktisadi boyutun yeterince değerlendirilmemesinin bir başka örneği olduğunu düşündürmeye elverişlidir.

Bununla birlikte, Anayasa değişiklikleri öncesinde imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu Anayasa Mahkemesince tescil edilmiş bulunan enerji sektöründeki YİD sözleşmeleri bağlamında, “... Devlet İhale Kanunu dışındaki yasa ile özel bir ihale usulü kabul edilmiş olsa bile, bu prosedürün tatbikinde de İdare Hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca işlem yapılmalıdır. Bu çerçevede, yürütme ve idare imtiyaz veya görev vereceği kişi ya da şirketi seçerken açıklık, objektiflik rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde hareket etmek durumundadır”⁸¹² görüşü de savunulmaktadır. Zira, açıktır ki, burada gerçekleştirilmek istenen amaç kamu yararadır ve harcanan para kamu parasıdır.⁸¹³ Dolayısıyla, “... özel hukuk sözleşmelerinde dahi, sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesinde idarenin irade serbestisine sahip olmayışını açıklamakta dayanılan kamu yararının, idari sözleşmeler bakımından öncelikle geçerli olacağıında kuşku yoktur. Kamu yararının bir gereği olarak ... açıklık, tarafsızlık ve rekabetin sağlanacağı bir usulün uygulanması gerekir.”⁸¹⁴

Nitekim, Danıştayımızın bir kararında da benzer yönde değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Buna göre, “... idarenin hizmeti gördüreceği kişiyi seçerken kamu hizmetinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareketle mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik, deneyim gibi bazı nitelikleri ön planda tutarak kullanması gereken takdir yetkisini bu çerçevede kullanıp kullanmadığının belir-

811 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 334.

812 Duran, *YAP-İŞLET-DEVRET*, op. cit., s. 166.

813 Günday, *İdare Hukuku* (1998), op. cit., s. 146.

814 Akın, Ümit; *Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, Danıştay Dergisi, Sy. 102, Ankara 2000, s. 45.

lenmesi"⁸¹⁵ yargı merciince değerlendirilmesi elzem bir husustur; bu yaklaşımıyla konuyu ele alan Danıştay, AKTAŞ şirketine 3096 sayılı Kanun kapsamında ihalesiz, açıklık ve rekabet sağlanmaksızın İHD kapsamında görev verilmiş olmasına istinaden iptal hükmüne varmıştır.

Diğer ülkelerdeki imtiyaz düzenlemelerinin kapsamlı bir incelemesine gidilmemiş olmakla birlikte, henüz kurumsal yapısını kurmakla meşgul olan ve geçmiş deneyimleri itibarıyla rekabet kavramına daha yabancı olması beklenebilecek Kırgızistan Cumhuriyeti'nin imtiyazların verilmesini düzenleyen 6 Mart, 1992 tarih ve 58 sayılı yasasında, imtiyazların rekabetçi ihalelerle verileceği kayıt altına alınmaktadır! Yine, bu konuya ilişkin olarak dünyadaki uygulamaya bir örnek vermek gerekirse, -yolsuzluğu önlemeyi teminen- Endonezya'da enerji sektöründe özel sektör eliyle görüldürülecek projelere ilişkin sözleşmeler bağlamında, belirli bir nominal değer üzerindeki sözleşmelerin ya tam açık ihale veya en azından beş seçilmiş katılımcı ile gerçekleştirilmesinin yasal zorunluluk olduğu; bunun gerekçesi olarak da altyapı projelerinde rekabetin daha da fazla önem taşıdığı, zira halkın daha fazla ödemede bulunmak veya temel hizmetlerden mahrum bırakılmak keyfiyetinden beri tutulması gerektiği belirtilmektedir.⁸¹⁶ Bu bakımdan, enerji sektöründeki YİD uygulamaları ile anılan ülke uygulaması arasındaki fark, gerçekten dikkat çekicidir.

Bu teorik arka plana uygulamadan bir başka örnekle açıklık kazandırmak gerekirse: Filipinler'de enerji santrallerinin pazarlık usulüyle özel şirketlere devredilmesi yerine ihale sistemine geçildiğinde, devletin satın almayı yükümlendiği elektrik enerjisinin bedeli 13 cent/kWh'dan 6-7 cent/kWh aralığına kadar düşmüştür!⁸¹⁷ Dolayısıyla, teorik olarak devletin imtiyazcıyı ihale süreci olmaksızın belirlenmesinde sakınca görülmeyebileceği, zira imtiyaz sahibinin kamu hizmetini yürütecek olması nedeniyle sıradan bir mal veya hizmet alımı gibi rekabetçi ihale usulüne bağlı kılınmaması gerektiği anlayışının kabul edilebilecek bir yanı yoktur. İmtiyaz sahibi şirketin sahip olması gereken özellikler ihale şartnamesine kaydolunmak su-

815 Danıştay İDDK'nun 7 Mayıs, 1999 tarih ve 1999/226 sayılı kararı (aktaran: Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 573, 396 no.lu dip not).

816 Bkz. Mills, Karen; *Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto*, içinde *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003, s. 290.

817 *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı – Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, op. cit., s. 52, 53.

retiyile aynı endişeleri karşılayacak ve fakat rekabetçi ihale sisteminden ve kamu yararından vazgeçmeyecek bir uygulama kuşkusuz mümkündür ve "istenilen" ülkelerde başarıyla uygulandığı da sabittir.

Öte yandan, ihaleye çıkılmış dahi olsa, bu durum rekabetin sağlanmış olduğuna ilişkin mutlak bir garantiyi içermez. "Mahkemelerin varlığı, adalet için sadece bir şans yaratır" şeklindeki özdeyişe bu meyanda atıfta bulunmak istiyoruz. Benzer şekilde, bir kamu işinde ihaleye çıkılmış olması da rekabetin sağlanması açısından sadece bir "şans" yaratır! Nitekim, zevahiri kurtarmak ve yasal zorunluluğu yerine getirmiş olmayı teminen görünüşte ihaleye çıkılması, bununla birlikte ihale şartnamelerinin ve akabindeki değerlendirmelerin rekabeti önleyici şekilde kurgulanması uygulamada rastlanmayan şeyler değildir, özellikle kimi teknik özelliklerin belirli bir firmaya yönelik imkan sağlayacak şekilde hazırlanması⁸¹⁸ sık rastlanan yöntemlerden birisidir.⁸¹⁹ Sözgelimi, belli bir bölgede YİD yöntemiyle rüzgar enerjisi santrali yapımıyla ilgili ihaleye ilişkin duyuruda, anılan bölgede en az 3 yıllık rüzgar akımı ölçümlerinin yapılmış olması koşulunu getirmek, önceden o bölgede bahsekonu ölçümleri yapmış bulunan bir şirkete ihalenin yegane katılımcısı olmak "imtiyazını" sağlamış olacak, böylece gerçek anlamda rekabeti tamamen ortadan kaldırmakla beraber yasal zorunluluğu da yerine getirmiş olmayı intaç edecektir! Bu meyanda değinmek gerekirse, önceden rüzgar ölçümlerini bir kaç yıl boyunca yaptığı için belirli bir rüzgar sahasının hakkının kendisinde olduğunu iddia eden zeki girişimcilerin varlığı ve bu "hak"ın idare tarafından da "benimsendiği", eski dönemlerdeki uygulamaları yakından izlemiş olanlar açısından şaşırtıcı gelmeyecektir.

Nitekim, YİD modeliyle 11 adet hidroelektrik santrali yapımına ilişkin olarak ETKB tarafından yapılan bir duyuruda⁸²⁰, şirketlerin ilgilendikleri projelere ilişkin fizibilite raporlarını hazırlayıp belli bir tarihte Bakanlığa teslim etmeleri gerektiği belirtilmiştir; burada ilginç olan, 24 Eylül, 1996 tarihinde yapılan duyuruda kimi projeler için 18 Kasım, 1996 tarihinin şart koşulmuş olmasıdır, yani bu projelerle ilgilenen şirketlerin tam **45 gün** içerisinde fizibilite çalışmalarını tamamlamış olmaları gerekmektedir!

818 Bir çay paketleme tesisi için çıkılan ihalede, şartnamenin öngördüğü makinaların eski teknolojiyle üretilen bir ürüne ait olduğu ve sadece eski teknolojiyle üretime devam etmekte olan bir eski Doğu Avrupa ülkesi firmasını işaret ettiğine yönelik uygulamadan bir örnek için bkz. Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 512, 977 no.lu dip not.

819 Bkz. Guasch, op. cit., s. 66-68.

820 24 Eylül, 1996 tarih ve 22767 sayılı RG'de yayımlanmıştır (s. 86-87).

Yine Bakanlık tarafından bu defa 11 Ekim, 1996 tarihinde yapılan ikinci bir duyuruda⁸²¹, 44 adet hidroelektrik santralinin YİD modeliyle yapılacağı ilan edilmiş, ancak fizibiliteleri için kimi projelerde 28 Şubat, 1997 (yaklaşık 4,5 ay sonra) veya 30 Nisan, 1997 (yaklaşık 5,5 ay sonra) yahut 30 Haziran, 1997 (yaklaşık 7,5 ay sonra) tarihleri şart koşulmuştur. Bu denli kısa süreler içerisinde bir hidroelektrik santralinin yapımı ve uzun süreyle işletilmesi için gerekli fizibilitenin yapılması olanak dışıdır, yeter ki daha önceden bu projelerin fizibilitelerini hazırlamış olan bir girişimci bulunsun! Şu halde, burada rekabetin sağlanması imkanından söz edebilmek ancak güçlü bir 'muhayyile' ile olanaklıdır.

Daha da ilginç olan husus, Bakanlığın bu tür duyuruları yaparken kendi insiyatifinden ziyade kimi dış etkenlerle harekete geçtiğinin görülmesidir: Bir elektrik dağıtım işletme hakkı devri sözleşmesiyle ilgili olarak Başbakanlık Teftiş Kurulunca hazırlanan bir raporda Bakanlığın açıkça uyarılması sonucunda, Bakanlığın duyuru yapmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, anılan sözleşmeye ilişkin olarak Danıştay'da görülen dava vesilesiyle *bizzat Bakanlık tarafından yapılan savunmada* "Başbakanlık Teftiş Kurulunca hazırlanan 8.9.1994 tarih ve MO83 sayılı raporda... (elektrik dağıtımıyla ilgili olarak) görevlendirilecek şirketlere bakım ve onarım hariç yatırım harcama yetkisinin verilmemesi, verilmişse geri alınması, ... **(bunun yapılmaması) halinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın sorumlu tutulacağı.** (bu uyarı sonucunda) Bakanlıkça 3096 sayılı Yasaya dayanılarak işletme hakkının devri yöntemiyle yapılacak özelleştirmelerde, **Devletin üstleneceği riskleri azaltmak ve özelleştirme uygulamalarını rekabete açmak amacıyla** yeni uygulama esasları(nın) belirlendiği, ... **davacının başvuruda bulunduğu görev bölgelerine, uygulamanın da yeni olması sebebiyle başka şirketlerden hiçbir müraعاتın yapılmadığı ve gerekli rekabet ortamının oluşmadığı...**" hususları sarahaten ifade edilmektedir!⁸²² Özetle, Bakanlığın 3096 sayılı Kanun çerçevesindeki uygulamalarında rekabeti ve bundan doğacak kamu yararını ön planda tutmadığı, daha ziyade belki "ne pahasına olursa olsun, enerji projelerini bir şekilde ve bir an önce gerçekleştirmek" şeklinde ifade edilebilecek bir politikaya sahip olduğu izlenimini edinmek mümkündür. Oysa, altyapı özelleştirmelerinde temel amaç, mümkün olduğunca rekabeti tesis etmek olmalıdır. Dünyadaki örnekler de bu yöndeki uygulamalarla gerçekleştirilmiştir. Sözgelimi, İngiltere'deki altyapı özelleş-

821 11 Ekim, 1996 tarih ve 22784 sayılı RG'de yayımlanmıştır (s. 38-41).

822 Danıştay 10. Daire, E.1997/194, K.1998/1182 (atıfta yer alan "vurgular" tarafımızdan yapılmıştır).

firmelerinde rekabetin başlıca erek olduğu bilinmektedir.⁸²³ Esasen, "... ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanması ilkesi, sözde "kuşkuculuk"⁸²⁴ adına geliştirilmiş bir boş "kurgu" değil; kaynağını siyasal sistemin felsefesi ile iktisat düşüncesi ve teknolojik birikimin genel geçer ilkelerinden alan teorik bir ön kabuldür. Kapitalist piyasa ekonomilerinin özgür bir ürünü olan liberal (temsili) demokrasiler, siyasal alanda "bireysel özgürlük" ile "hak ve fırsat eşitliği", iktisadi alanda ise, "serbest rekabet" ilkelerine dayanan bir değerler bütünüdür ve demokrasiler kişisel insiyatiflerin değil, belirlenmiş kuralların rejimleridirler."⁸²⁵

Bu itibarla, kamu yararı açısından, her bir ihalede rekabetin gerçekten temin edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesi, yeterinden az bir rekabet unsuru görülmüşse ihalenin iptal edilmesi ve rekabetin sağlanamama nedenlerinin ayrıntılı olarak irdelenmesi, akabinde yapılacak değerlendirmeyi müteakip yeni bir

823 Bush, Harry; *The Process of Privatising Utilities*, içinde *Privatisation of Utilities and Infrastructure (Methods and Constraints)*, OECD Proceedings, Paris, 1997, s. 11.

824 İhalesiz gerçekleştirilmeye çalışılan bir dış kredili projeye ilişkin olarak rekabet eksikliğinin sakıncalarını ve yanlışlığını dile getirmemiz üzerine, kimi bürokratların "ama herkese ve her işleme de kuşkuyla bakılmaz ki, neticede ilgili kamu kuruluşu ihalesiz olsa da seçilen firmayla pazarlık yapıp işin yapım bedelini müzakere ediyor ve düşük bedele indiriyor" savunmasını yaptıkları görülebilmektedir. Oysa, açıktır ki, her birey için her işlemde doğru ve ahlaki bir yolun izlenmesi veya aksi yönde hareket edilmesi şeklinde bir yol ayrımı ortaya çıkar; herkes aynı derecede ahlaki açıdan düşük veya yüksek bir düzeyi -üstelik değişik zamanlarda farklılaşabilme yeteneğini de içinde bulundurarak- temsil edebilir. Belirgin bir olayda hangi yoldan gidileceğine dair karar süreci ise yasalar ve onun da yetersiz kaldığı durumlarda gelenekler ile etik kuralları çerçevesinde şekillenir. Bireyleri ve toplumları doğru yönde harekete sevkeden âmiller doğuştan kazanılan niteliklerle belirlenmez, öncelikle yasalar ve daha sonra belki gelenekler ile etik kurallardır hareket tarzını oluşturan etkenler. Dolayısıyla, her an için bir tercihle karşı karşıya kalınır ve kimse hatadan münezzehe olmadığı için her an her birey kuşkuya maruz kalmalıdır, özellikle de kamu adına hareket eden bireyler ve kurumlar. Bu itibarla, kamu harcamalarını gerçekleştiren kişi ve kurumlarda hakim olması beklenen anlayış, yapılan her bir işte kuşkuyu eksik etmemek, giderek rekabetin en üst derecede gerçekleşmesinden emin olmaktır. Öte yandan, serbest piyasa anlayışında bir işin "fiyatı" yahut "bedeli" pazarlıkla belirlenemez; fiyat denilen şey, iki taraf arasında belirlenecek bir husus değil, ancak ve ancak "piyasaya çıkıldığında" görülebilecek bir unsurdur. Piyasada "ederi" test edilmemiş her işlem konusu faaliyet, rekabetçi bir eylemden doğmadığı için o anda piyasadaki gerçek değerini yansıtmadığı kuşkusunu kaçınılmaz biçimde davet edecektir, hatta etmesi gerekir. Dolayısıyla, bir mal veya hizmet alımında müzakere yapılmış olması, piyasa değeri 100 birim olan bir malın 150 birim üzerinden müzakeresine başlanarak 140 birime indirilmesinin "başarıyla müzakere edilmek suretiyle kamu çıkarının korunduğu" şeklinde "sunulması" sonucunu doğurabilir! Bu durumun gerçeklerden saptırılmış bir sonuç yaratacağına ise kuşku yoktur.

825 Turhan, Seyfettin; *Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları*, Sayıştay Dergisi, Sy. 22, Temmuz-Eylül 1996, s. 28.

ihaleye çıkılması gerekliliği bulunmaktadır. Uygulamada kimi kamu kurum ve kuruluşlarının, çoğunlukla belediyelerde ve hatta savunma sanayiinde dahi, yeterli rekabet gerçekleşmediği gerekçesiyle yapmış oldukları ihalelerini iptal ettikleri ve başka bir zamanda tekrar ihaleye çıktıkları görülmektedir. Nitekim, ÖİB tarafından gerçekleştirilen ihalelerde bu uygulamaya sıklıkla gidildiği bilinmektedir. Son zamanlarda buna bir başka örnek de eklenmiştir: İstanbul Bomonti Tekel bira fabrikasının kongre ve turizm amaçlı yenilenmesi ve 49 yıllığına işletilmesini teminen Kültür ve Turizm Bakanlığınca YİD modeli çerçevesinde çıkarılan ilk ihalede, idareye verilecek bedelin 12.750.000 YTL olmasını düşük bulduğu için "içine sindiremeyen" Bakan yeniden ihaleye çıkmış ve bu defa 60.750.000 YTL bedel önerilmesi üzerine ihale işlemi tamamlanmıştır.⁸²⁶

Enerji sektöründeki rekabet eksikliği, -maalesef- sadece YİD modeline münhasır da değildir. Finansmanı kamu tarafından sağlanan projelerde de ihale yapılmaksızın projelerin gerçekleştirilebildiği görülmektedir. Hatta, henüz 2006 yılında, yürürlükte nisbeten rekabetçi ve AB müktesebatına büyük ölçüde uyumlu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁸²⁷ bulunmasına karşın, 1,2 milyar Avro "başlangıç"⁸²⁸ bedelli bir büyük hidroelektrik baraj ve santral yapımı işi, 2886 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun⁸²⁹ 89. maddesine (Değişik: 2 Mart, 1984 - 2990/10 m.) istinaden DSİ Genel Müdürlüğüne yerli ve yabancı kimi şirketlerden oluşan bir konsorsiyuma yaptırılmaktadır!⁸³⁰ "Özelliği bulunan işler" başlığını taşıyan bahse konu maddeye göre:

⁸²⁶ Bkz. Radikal Gazetesi, Bomonti Bira'yı İptal Fiyatının Beş Katına İbrahim Çeçen Satın Aldı, 11 Ekim, 2006, s. 13.

⁸²⁷ 22 Ocak, 2002 tarih ve 24648 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Bahse konu Kanun ile getirilen reformist ve rekabetçi ihale düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Gülan; Devlet İhale Kanunu'ndan Kamu İhale Kanunu'na (http://danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanunu-na111.htm) (20 Nisan, 2007).

⁸²⁸ Anılan bedel, sadece işe başlanırken öngörülen yapım bedelini içermektedir, anahtar teslimi esaslarına göre yapım işi bu Proje'de sözkonusu olmadığı için de bedelin ileride keşif artışları marifetiyle artırılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, aynı yöntemle yine ihalesiz olarak "seçilen" bir özel sektör konsorsiyumuna yaptırılmakta olan Deriner Barajı ve HES Projesi'nde, başlangıçta öngörülen bedelin bir kaç misline ulaşan bir yapım bedeliyle karşılaşılması DPT Müsteşarlığınca -anılan yazının, bürokraside eşine az rastlanır bir üslup ve kesinlik içerisinde, cesaretle kaleme alındığını da vurgulamak isteriz- şiddetli biçimde eleştirilmiştir (bkz. Küçükşahin, Daha Ciddi Olun Veysel Bey, op. cit.).

⁸²⁹ 10 Eylül, 1983 tarih ve 18161 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸³⁰ Münir, Metin; İlsu ile İlgili Yeni Sorular, Milliyet Gazetesi, 11 Ağustos, 2006.

"Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı haller ile, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yeniden teşkilatlanması, silah, araç ve gereçlerinin modern teknik gelişmelere uygun şekilde yenileştirilmesi ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin Stratejik Hedef Planının gerçekleşmesi için temin edilecek mal ve hizmetlerin ihalesinde; ilgili bakanlığın teklif edeceği ihaleler için bu Kanun hükümleri dışında kalınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar idarelerince hazırlanarak ilgili bakanın onayı ile belirlenir."

Maddenin düzenleniş biçiminden, öncelikle savunma ve güvenlik gibi gizliliğin sözkonusu olabileceği işlerin kapsam dışında kalabilmesinin öngörüldüğü, bu arada muhtelif nedenlerle bu kanunun uygulanmasının olanaksız kalacağı hallere dair de esneklik getirildiği anlaşılmaktadır. Doğal olarak, anılan barajın hangi özellikleriyle "bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı haller" içerisinde değerlendirilebildiği hususunda soru işaretleri bulunmaktadır. Nitekim, bahsekonu Proje tahtında Danıştay'da açılan bir dava münasebetiyle, aynı sorunun Danıştay tarafından da ETKB'ye yöneltildiği, alınan resmi yanıtta ise "dış kredili işler ihalesiz yapılır"⁸³¹ açıklamasına sığınıldığı belirtilmektedir.⁸³² Oysa, "ilan edilmeden veya ilan edilmekle birlikte aynı niteliklere sahip istekliler arasında ihaleye katılmada fırsat eşitliği sağlanmadan sonuçlandırılan tüm ihaleler, rekabet ortamının dışında gerçekleştirilmiş sayılır ve yapılan eylemin meşruiyeti sorgulanmaya her zaman açıktır."⁸³³ Kaldı ki, ihaleye çıkılsa dahi, ihalenin ne şekilde gerçekleştirileceği ve gerçekten rekabetin sağlanıp sağlanmadığı da kuşkulu olabilecektir. Özellikle 2886 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemlerde, bu yönde uygulamaların oluşmasına elverişli bir ortam bulunmaktaydı; sözgelimi, belli istekliler arasında ihaleye izin verildiği için, buna dayanarak "(bir) işin rekabet ortamında gerçekleştirilebilecek yeterli kapasiteye sahip çok sayıda firmalar arasından üç tanesini belirleyip, belirlenen bu üçünden teklifte bulunulmasını istemek, isteyen için bir "fırsat", istenen için bir "nimet" oluşturabilir (hatta, uygulamada sırf teklifte bulunacak şirket sayısına ulaşmak için hayali şirketlerin kurulduğu da olur). Bu "fırsat-nimet" birlikteliğinin **şekilleşen** bir mevzuat anlayışıyla örtüşmesi durumunda; işlerin, yine de kamu yararına sonuçlandırılabilmesi düşüncesini taşımak safdillik olacaktır."⁸³⁴ Bütün bunların nedeni ise, 2886 sayılı Kanun'un "neyi nasıl gerçek-

831 Münir, İhsu ile İlgili Yeni Sorular, op. cit..

832 Bkz. Danıştay'ın 22 Nisan, 2003 tarih ve K.2003/1493 sayılı kararı.

833 Turhan, op. cit., s. 28.

834 İbid., s. 28.

leştireceğine bir türlü karar vermeyen bir yapı öngörmekte olmasıydı)... Kanun'a göre ihaleler belli istekliler ve pazarlık gibi ihale yöntemleriyle gerçekleştirilebileceği gibi, 89. maddeye göre kapsam dışına da çıkarılabilmekteydi. Örneğin, TBMM Ek Binası işinde olduğu gibi çoğu kamu binaları "özellikli bulunan işler" denilip kapsam dışına çıkarılarak ihale edilmiştir."⁸³⁵

Öte yandan, bahse konu madde 2 Mart, 1984 tarih ve 2990 sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve mevcut haline getirilmiştir. Anılan yasal değişikliğin gerekçesinde, "... DSİ, Karayolları Genel Müdürlükleri gibi büyük ve özellik taşıyan iş yapan kuruluşlar için madde bu şekli ile ihtiyaca cevap vermemektedir." ibaresine yer verilmesiyle, niyet ortaya konulmaktadır. "Bu kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olamayacağı haller ile" anlatılmak istenen bir hal, bir durum, bir fiili oluştan kaynaklanan "imkansızlık" değil; baraj, karayolu v.b. işlerin ihalesini mevcut duruma -örneğin belli istekliler arasında ihale usulüne- göre daha kolay yapılabilir hale getirmek.⁸³⁶

Bu gerekçe, kuşkusuz, çok ilginç bir durum yaratmaktadır ve bize göre şaibeli-dir! Zira, dış krediyle gerçekleştirilmekte olan projelerin -Bakanlığın 'dış kredi alınması' gerekçesine dayandığı anılan ifadesinin tam tersine- ihaleli olarak yapıldıkları kamuoyuna yeterince mal olmuş bir bilgidir. Hatta, buna ilişkin olarak Hazine Müsteşarlığınca çıkarılan Yıllık Yatırım Programında Yer Alan Projelere Dış Finansman Sağlanmasına İlişkin Esas ve Usûllere Dair Tebliğ⁸³⁷ 'Uluslararası Kredili İhale'yi düzenlemektedir ve projelerin ihale edilerek gerçekleştirilmelerini öngörmektedir. Şayet burada Bakanlığın kastı 'dış krediyi getiren firmalar ancak ihalesiz olursa bu işe girmeyi öngörmekteler' şeklinde bir algılamaya dayanmakta ise, bu sadece bir varsayımdır ve bunun doğruluğunun kanıtlanabilmesi için de öncelikle rekabete açık bir ihaleye çıkılmış, ancak hiç bir şirketin katılmaması nedeniyle ihalenin âkim kalmış olması gerekir. Esasen, "(k)amusal ihalelerin açıklık, saydamlık ve rekabet ortamı içinde gerçekleştirilmesi kanununun temel ilkesi olmalı ve ulusal güvenliğin gerektirdiği gizlilik durumları hariç bu ilkedен kesinlikle ödün verilmemelidir."⁸³⁸

⁸³⁵ İbid., s. 27.

⁸³⁶ İbid., s. 26.

⁸³⁷ 21 Temmuz, 2001 tarih ve 24469 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸³⁸ Turhan, op. cit., s. 30.

Kaldı ki, bahsekonu Proje'de yer alan katılan firmalar konsorsiyumdaki kreditorlerden finansman temin edebildiğine ve bu firmalarla kreditorler arasında normal koşullarda kurumsal veya organik bir bağ bulunmadığına göre, kreditorlerce projeye ilgi gösterildiği kanıtlanmış anlamına gelir ve bu durumda özellikle bahsekonu firmalarla aynı ülkeden olan başka firmaların da yine aynı kreditorlerden kredi sağlayabilecekleri son derece açıktır. Üstelik, burada aynı ülkeden olma koşulu, sadece kredi paketinde ihracat kredisi adı verilen, o ülkenin ihracat kredi garantisi kuruluşunun⁸³⁹ resmin içinde bulunması halinde sözkonusudur. Yoksa, ticari krediler açısından firmaların hangi ülkeden olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Klasik finansman modelinde kredinin borçlusu Türkiye Cumhuriyeti olduğu için, ticari kreditorler açısından önemli olan husus, muhatabın -yani borçlunun- kimliğidir, firmaların kim olduğu değil! Bu itibarla, bu Proje için kredi vermeye istekli bankalar var olduğuna göre, belli bir firma grubunun Bakanlıkça tercih edilmesi ile kredi sağlanması arasında bağ kurulabilmesi olanaksızdır.

Bunun aksi, ancak firma kredisi denilen türde, yapım işini üstlenen firmaların aynı zamanda kredi veren birimlerinin de bulunması veya yukarıda bahsettiğimiz organik bağ içerisinde bir kreditor yapısının vaki olması halinde sözkonusu olabilecektir, ki bu da 'istisnanın da istisnası' bir durum olarak yeterince ikna edici bir sav olmaktan beridir. Kaldı ki, somut olayda finansman sağlayanlar ile ihalesiz şekilde projeyi gerçekleştirecek konsorsiyum arasında bu tür bir firma kredisi bağı da bulunmamaktadır, yani anılan kreditorler ihaleye çıkılması halinde yerli veya yabancı hangi firma kazanırsa kazansın, borçlusu devlet olan kredileri vermekte bir sakınca görmeyeceklerdir. Dolayısıyla, sonuç itibarıyla Bakanlığın "dış kredi temin edilmesi" ile "ihalesiz yapım işi gerçekleştirme" arasında kurduğu bağın geçerliliği kendinden menkul kalmaya mahkumdur!

Danıştay, bahsekonu Proje kapsamında çevre etki değerlendirme (ÇED) raporu alınmaması gerekçesiyle açılan ve yukarıda atıfta bulunulan 22 Nisan, 2003 tarih ve K.2003/1493 sayılı kararında, çevre raporunun alınmamış olması yanında ihaleye çıkılmamış olunmasını da res'en değerlendirmeye almış; ancak, yine yukarıda belirttiğimiz üzere, Bakanlığın "dış kredili işler ihalesiz yapılır" şeklindeki gerçekle bağdaşmayan beyanına iltifat ederek bu yönde bir eksiklik görmemiştir.

⁸³⁹ Ülkemizdeki Eximbank gibi, ülke ihracatının artırılmasını teminen yerli şirketleri krediyle veya kredi sigorta garantisiyle destekleyen kamu bankaları veya kuruluşları (bkz. Salzman, James; Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development, Duke Law School Working Paper Series, Paper 16, Vol. 68:191, Summer-Autumn 2005, s. 208 (<http://lsr.nellco.org/duke/fs/papers/16>)).

Oysa, rekabet unsurunun idarenin her işleminde yeterli derecede bulunması gereği açıktır ve yargının da bu yönde kararlı davranması beklenir. Nitekim, 3096 sayılı Kanun kapsamındaki projelerle ilgili olarak Danıştay'ın 1999 yılındaki bir kararında, "... kamu malları üzerindeki... tasarruflarda açıklık ve rekabetin sağlanıp sağlanmadığı gibi hususların da (yargının) deneti(m) alanı içinde olduğu kuşkusuzdur"⁸⁴⁰ ifadesine yer vermektedir. Bu itibarla, Danıştay'ın bahsekonu Proje'ye ilişkin kararında rekabete hiç bir şekilde yer verilmemiş olmasını dikkate almamış olması ciddi biçimde eleştirilmeye mahkumdur. Umulur ki, anılan karara muhalefet şerhi yazan üyelerin "dış kredi alınmış olunması" ile ihalesiz işlem yapılması arasında bağ kurulmasının imkansızlığına ilişkin çok doğru bulduğumuz tesbitleri akis bulabilsin ve rekabetsiz iş yapılmamasını teminen yargı adına kesin bir tavır konulması yönünde harekete geçilerek, ileride verilecek kararlarda doğru karar alma ya yetecek bir çoğunluğa ulaşılabilsin.

Bahsekonu Proje kapsamındaki olayların gelişimi, bir başka trajik-komik sonucu da beraberinde getirmiştir: Proje'nin başlangıç bedelinin yaklaşık sadece 1/3'ünü oluşturan dış kredinin sağlanmasında –yabancı kreditorlerin bağlı oldukları ülkelerde çevre ve sair gerekçelerle kredi verilmesi kararının sorgulanması ve sivil toplum örgütlerince baskı kurularak itiraz edilmesi nedeniyle- güçlükler ortaya çıkmış ve yapım işlerine yönelik resmi temel atma töreninden neredeyse 1 yıl sonra dahi krediler kesinlik kazanmamış, bunun üzerine bu kredilerin de kalan kredi paketi gibi yurt içindeki bankalardan sağlanması ilgili konsorsiyum tarafınca önerilmiştir. Ancak idarenin bu öneriyi sıcak bakmadığı, bunun arkasında yatan asıl nedenin ise, "dış kredili işler ihalesiz yapılır" şeklindeki –bize göre tamamen dayanaksız- gerekçenin bu halde ortadan kalkacağı hususu olduğu ileri sürülmektedir.⁸⁴¹ Varılan bu son durum, hadiseyi gerçekten trajik-komik bir noktaya getirmiş durumdadır.

Dolayısıyla, mevzuatın yeterli açıklıkta kurgulanmış olmaması karşısında, gerek YİD ve gerek klasik finansman modeli uygulamalarında rekabete yer verilmemesi, kamu yararının gerçekleşmesinde ciddi sıkıntıları beraberinde getirmiştir. Gerçekleştirilen projelerin, piyasa fiyatlarının çok üzerinde bir maliyetle karşılaşılması sonucunu doğurduğu görülmektedir. Bu çerçevede YİD projelerinde "USD bazın-

840 Danıştay 10. Dairesi'nin 16 Kasım, 1999 tarih ve E.1998/6434, K.1999/6047 sayılı kararı (yayımlanmamıştır).

841 Bkz. Münir, Metin; Randevu, Milliyet Gazetesi, 15 Temmuz, 2007.

da % 85'lere varan yüksek oranlarda getiri"⁸⁴² elde edildiği, klasik finansman usulüyle yaptırılan "baraj, otoyol ihalelerinin 5 ila 8 misli fiyatlarla gittiği"⁸⁴³ dikkat çekici bir saptama halinde ortaya konulmaktadır.

842 Bkz. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yapılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, Sayıştay Başkanlığı, 2004 (www.sayistay.gov.tr)

843 Süsoy, Yener; Tek Kişilik Partiyim (Recep Yazıcıoğlu ile Yapılan Söyleşi), Hürriyet Gazetesi, 25 Mayıs, 1999. Yazıcıoğlu, "bir kişi 12 devlet işinden 100 trilyon kazandığını söylediği zaman bütün 65 milyon ayağa kalkacak ve bu işin sonu alınincaya kadar oturmayacak... Kimin parası bu 100 trilyon? Bu işin sonu toplumsal patlamalardır" değerlendirmesini yapmaktadır. "Vatandaşın günlük sohbetine girecek düzeye taşınmış rekabetsiz ihale uygulamaları yasal düzeyde meşruluk taşısa dahi kamu vicdanında aklanmıyor. Toplum, özdeşleşeceği değer sıkıntısı içinde kıvranıyor. Demokratik tüm değerlerin hızla tüketildiği bir ortamda sarılacak bir ip, tutunacak bir dal arayan insanlar, önlerine demokrasi diye sunulan sistemin yağmacılık olduğunu yaşayarak öğrenince doğal olarak demokrasi dışı çözümler arıyorlar. İnsanları sistem dışı çözüm arayışına kendi elleriyle iten sözde demokrasi yandaşları ise, kendi uygulamalarının sonuçları karşısında sistem dışı bir söylem görünce, demokrasinin temelinde olan kaymada kendi sorumluluğunu arayıp bulmak yerine, karşıyı demokrasi düşmanı ilan etmekle aklanacağı kanısına kapılıp, işlediği demokrasi suçunu katmerleştiriyor" (bkz. Turhan, op. cit., s. 29). Yapılan tüm anketlerde güven duyulan kurumlar sıralamasında Türk Silahlı Kuvvetlerinin daima yüksek bir yüzdeyle en başta gelmesi, buna karşın politikacıların ve siyasi kurumların listenin alt sıralarından bir türlü kurtulmayı başaramaması dikkat çekicidir. Nitekim, daha son zamanlarda, yolsuzluklardan dolayı bir kuvvet komutanının dahi yargı önüne çıkmasına izin verilebilmesine karşın siyasi sorumlulukları olanların neredeyse daima yargıdan bağışıklıklarının görülmesi, halkın bu kanaatinin daha da pekişmesine yardımcı olmaktadır. Diğer yandan, Paraguay'da sırf yolsuzluklara karşı ahlaki yapılarına güven duyulan bir dini cemaatin ("*the Mennonites*") içerisinde üç kişinin ekonomik ve mali işlerle ilgili bakanlıklara atanmış olması (bkz. Mander, Benedict; Mennonites find a place in modern Paraguay, Financial Times, 8 Ağustos, 2006), yolsuzlukları önleyebilmeyi teminen demokratik rejimin korunmasına dair kimi hassasiyetleri gözardı etmek pahasına belirli kesimlere görev verme zoruyla kalınabilmesi anlamında ilginçtir ve son zamanlardaki siyasi gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde anlamlı sonuçlar çıkarmaya elverişlidir. Bu meyanda, yolsuzluklar nedeniyle bir ülkede halkın çoğulcu demokratik rejim ile kimi olası karşıtları arasında kimi zaman tercihe zorlanması sonucunu doğurmaya uygun bir zeminin ortaya çıkabildiği de söylenebilir.

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

İKİNCİ BÖLÜM

1999 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE KAMU HİZMETİ VE İMTİYAZ KAVRAMLARINDAKİ DEĞİŞİM VE DÖNÜŞÜM İLE ULUSLARARASI TAHKİM

A) Anayasa Değişiklikleri Öncesindeki Durum

I. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi

Ülkemizdeki altyapı faaliyetlerine özel sektör katılımı hususunda çok daha eski tarihlerde kimi örneklerle rastlanmaktadır. Bu uygulamaların yasal dayanağını ise, daha Osmanlı döneminde çıkarılmış bulunan ve imtiyaz yöntemini düzenleyen ilk kanun olan, 25 Haziran, 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanunla⁸⁴⁴ değişik 1326, yani bu günkü tarihle 1910 yılındaki Menafi-i Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun oluşturmuştur.⁸⁴⁵ Anılan Kanun hükümleri uyarınca ülkede kimi özel sektör kuruluşlarına elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konularında imtiyaz verilmiştir. Bunlardan ilki, Bakanlar Kurulu'nun 25 Haziran, 1953 tarihli kararına istinaden imzalanan 26 Ağustos, 1953 tarihli imtiyaz sözleşmesi olup, Adana ve İçel illerinde elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile satışı konularında 49 yıl için Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇE-AŞ)'ne imtiyaz verilmiştir. Akabinde, Antalya ilinde Kepez Antalya Havalisi Türk A.Ş.'ne aynı konuda 60 yıl süreyle imtiyaz verildiği görülmektedir. Nihayet, Kayse-

844 2 Temmuz, 1932 tarih ve 2139 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

845 Bkz. Günday, Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, op. cit., s. 185.

ri ve çevresinde yine elektrik enerjisi konusundaki aynı yetkiler, 1932 yılında kurulan Kayseri ve Civarı Elektrik A.Ş.'ne 50 yıl süreli bir imtiyaz sözleşmesiyle verilmiştir.⁸⁴⁶

1. Genel

1.1. 3096 Sayılı Kanun

Ülkemizde özel sektöre elektrik sektöründe ağırlıklı olarak rol vermeyi öngören uygulamaya ilk olarak 3096 sayılı Kanun çerçevesinde başlanmıştır. Anılan yasa da sarahaten YİD modelinden bahsedilmemekle beraber, yasanın tanımladığı işlemler bir arada değerlendirildiğinde açık biçimde YİD modelinin uygulanmasının öngörüldüğüne şahit olunmaktadır. Kanun'un çıkarılmasından önce de mevzuatımızda imtiyaz verilmesi yöntemiyle bu türden altyapı tesislerinin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi imkan dahilinde idi. Günümüzde dahi Anayasa, Danıştay Kanunu ve Yasama organının açık bir iradesiyle yürürlükten kaldırılmış olmayan 10 Haziran (1910) tarihli "Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun" buna uygun bir zemin sağlamıştır; ancak, bahsekonu Kanun dahilindeki uygulamalar bakımından imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay öndenetiminden geçmesi ve Bakanlar Kurulu kararıyla verilmesi gereği öngörülmektedir.⁸⁴⁷ Dahası, anılan Kanun'da değişiklik getiren 25 Haziran, 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre de bu sözleşmelerde vergi bağışıklığı veya bütçeden ödeme sözkonusu ise Meclis onayı zorunlu kılınmaktadır. Nitekim, Meclis onayı 1924 Anayasası'nda da öngörülmüş olup, bilahare 1961 Anayasası'nda -Danıştay'ın öndenetimi yeterli güvence sağlayacağı düşüncesiyle- kaldırılmış idi.

İşte, anılan yasal düzenlemedeki kısıtlardan kurtulabilmeyi teminen idarenin 3096 sayılı Kanun çerçevesinde, imtiyaz veya yap-işlet-devret modeli şeklinde bir tanımlamaya dahi gitmeksizin, devlet dışında özel sektör kuruluşlarına elektrik enerjisi sektöründe faaliyet göstermek üzere "görevlendirme" olanağı sağladığı yönünde bir düzenleme getirilmesi yoluna gidilmiştir. 3096 sayılı Kanun işte bu gelişmelerle ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede bazı enerji projelerinin gerçekleştirilmesine ilişkin girişimlere başlanmış ve böylece enerji sektörüne münhasır olmak kaydıyla altyapıya özel sektör

⁸⁴⁶ Bkz. Polatkan, Vahit; *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, Temmuz 2000, s. 64-66.

⁸⁴⁷ Özay, *Günlükte Yönetim* (2004), op. cit., s. 257, 258.

katılımının yasal altyapısı oluşturulmuştur. Ne var ki, bu yasal altyapının yeterli olmadığı kısa zaman içinde uygulamada karşılaşılan sorunlarla ortaya çıkmıştır. Getirilen düzenlemede en temel eksiklik, "... Yasanın hiç bir yerinde verimli işletme, isabetli yatırım gibi kavramlar(in) bir piyasa rekabeti içinde düşünülmemiş (olmasıdır)."⁸⁴⁸ Öte yandan, anılan yasal düzenlemeyle getirilen yöntemin veya Yasada belirtilen işlemlerin -açıkça belirtilmemesine karşın- YİD modelini içerdiği, konusu bir kamu hizmeti olan YİD sözleşmesinin ise imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi zorunluluğu bulunduğu ve bu meyanda Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmesi gerektiği giderek akademik camiada ve kamuoyunda savunulmaya başlanmıştır. İdarenin bu yoldaki tereddütleri gidermeyi teminen istişari görüş almak üzere Danıştay'a müracaatı üzerine, Danıştay'ın da 1992 tarihli bir kararında⁸⁴⁹ aynı yönde değerlendirme yaptığı görülmektedir.

Danıştay'ın bahsekonu kararı üzerine 3096 sayılı Kanun çerçevesinde özel sektör eliyle gerçekleştirilmeye çalışılan enerji projelerinin imtiyaz sözleşmesi olarak addolunması çerçevesinde akamete uğrayacağı endişesiyle, bu defa konuya oldukça dolaylı biçimde bir yasal düzenlemeyle çözüm getirilmesi yoluna gidildiği görülmektedir. Bundaki başlıca etkenlerden biri de, Danıştay'ın AKTAŞ şirketleriyle imzalanan elektrik dağıtımına dair işletme hakkı devri sözleşmesini imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirerek iptal etmesinden tedirgin olan Bakanlar Kurulu'nun⁸⁵⁰, yeni bir yasal kurguya giderek daha açık biçimde imtiyaz nitelemesinden doğan sonuçları bertaraf etme arzusunu taşımış olmasıdır. Dolayısıyla, 22 Şubat, 1994 tarih ve 3974 sayılı Kanunla⁸⁵¹ 3291 sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak, enerji sektöründeki özelleştirmelerinin özel hukuka tâbi olacakları yönünde düzenleme getirilmiştir. Anılan Kanun çerçevesinde getirilen bu düzenleme aleyhine muhalefet milletvekillerince Anayasa Mahkemesi'nde iptal ve yürürlüğün durdurulması talebiyle dava açılmış, Anayasa Mahkemesi'nin E.1994/43 ve K.1994/42-2 sayılı kararıyla⁸⁵² da Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

1.2. 3096 Sayılı Kanun

3096 sayılı Kanun çerçevesinde yapımı öngörülen YİD sözleşmelerinin özel hukuka tâbi tutulmalarını teminen yasal altyapıyı kurmayı amaçlayan 22 Şubat,

⁸⁴⁸ İnan, Kemal; *Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme*, EMD, 1993/2, Sy. 392, s. 133.

⁸⁴⁹ Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı kararı.

⁸⁵⁰ Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (2004), op. cit., s. 258.

⁸⁵¹ 1 Mart, 1994 tarih ve 21864 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁸⁵² 24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun aleyhine muhalefet milletvekillerince 18 Mart, 1994 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açıldığını gören idare, yukarıdaki paragrafta değindiğimiz endişelerin de etkisiyle, herhangi bir iptal kararı olasılığında yasal altyapının özel hukuk hükümlerinin uygulanmasına cevaz verecek şekilde uygunluğunu sağlamak üzere yeniden harekete geçmiş ve 8 Haziran, 1994 tarihinde bu defa 3996 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Anılan Kanun ile genel olarak YİD modelinin yasal altyapısı düzenlenmiş ve Kanun'un 5. maddesi ile de YİD sözleşmelerinin imtiyaz teşkil etmeyen özel hukuk sözleşmeleri olduğu hükmü getirilmiştir. Buna göre, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir". Bu noktada anılan sözleşmelerin hukuki niteliği üzerindeki tartışmalar da yoğunlaşmış ve bu meyanda yine muhalefete mensup bir grup milletvekilinin 2 Ağustos, 1994 tarihli başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E.1994/71, K.1994/23 sayılı kararıyla anılan hükmün "imtiyaz teşkil etmeyecek" kısmı ve "(b)u sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" şeklindeki 2. cümlesi iptal edilmiştir.⁸⁵³

Anayasa Mahkemesi, sözkonusu kararında 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapımı öngörülen YİD sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak betimleyen 5. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğunu, zira bu sözleşmelerin "kamu hizmeti" konusunu düzenlediğini ve böylece idari sözleşme niteliğini haiz bulunduğunu, idari sözleşmelerde ise ihtilafların idari yargıya tâbi olacağını belirtmiştir. Kararda kamu hizmeti kavramının büyük bir belirsizlik içerdiği kabul edilmekte ve öğretilerde de bu konuda fikir birliği sağlanamadığına değinilmekte, devamlı yasa koyucunun bir hizmeti kamu hizmeti olarak nitelendirmesinin esas kabul edileceği vurgulanmaktadır. Ancak, hemen akabinde de, yasa koyucunun bu iradesinin mutlak olmadığı ve Mahkeme'nin bu konuda "**hizmetin niteliğine göre**" yapacağı değerlendirmenin belirleyici olacağına hükmedilmektedir. Nihayet, buradan hareketle 3996 sayılı Yasa'nın "*imtiyazın tüm öğelerini içerdiği*" sonucuna varılmaktadır.

Dolayısıyla, bu karar uyarınca 3996 ve 3096 sayılı Kanunlar ile YİD projelerinin yapılabilmesi reel olarak imkan dışı kalmıştır. Zira, imtiyaz sözleşmelerine karar sonrasında ihtilafların çözüm mercii olarak tahkim maddelerinin konulması imkanı ortadan kalkmış ve bu da yabancı yatırımcı ve/veya krediförlerin resmin dışında kalmaları sonucunu yaratmıştır. Kısaca, bu projelerin akıbeti tam bir tıkanmaya maruz kalmıştır.

⁸⁵³ 20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Kararda belirtilen hukuki kavramlar ile 3096 ve 3996 sayılı Kanunların öngördüğü YİD sözleşmeleri, böylece birbirine bağlanmıştır. Bu terimler, gerçekten de, idare hukukunun en tartışmalı kavramlarını oluşturmaktadır: Kamu hizmeti ve imtiyaz ile bunların sonucunda tahkim, özellikle uluslararası tahkim. Aşağıdaki bölümlerde bu kavramların özellikle uygulamadaki görünüşleri veya izdüşümleri bağlamında belli oranda açıklamalarını yapmaya çalışacağız. Daha da önemlisi, anılan kavramların YİD projeleriyle kesişimleri bağlamında finans dünyasıyla örtüştüğü alanları irdelemek istiyoruz. Bu husus kanaatimizce fevkalade önem taşımaktadır, zira en başta da belirttiğimiz gibi, sözkonusu hukuki kavramlar ekonomi ile hukukun en fazla halvet oldukları alanlardan oluşmaktadır ve bu konularda –özellikle- hukukçular tarafından yapılan incelemeler daha çok “saf hukuk tekniği” yaklaşımını içermektedir. Oysa, -takdir edileceği üzere- konunun finans ve ekonomiyle ilgili yönleri iyice aydınlatılmaksızın salt hukuki analizlerle yeterli bir idrak bütünlüğüne varma imkanı bulunmamaktadır kanaatindeyiz. Hemen belirtmek gerekirse, salt iktisadi yaklaşımla anılan hukuki kavramlara getirilen yaklaşımlarda da önemli eksikliklerin varlığına tesadüf edilmektedir.⁸⁵⁴

2. YİD-Yİ-İHD Modelleri ile Kamu Hizmeti-İmtiyaz Bağlantısı

2.1. YİD Modeli ve Kamu Hizmeti-İmtiyaz Kavramları

Herşeyden önce, yukarıda belirtilen kamu hukuku ve imtiyaz terimlerinin büyük bir kavram kargaşası içerisinde hatalı yorum ve algılamalara dayandırıldığını ifade etmek gerekiyor. Öncelikle değinmek istediğimiz, sözkonusu kavramlar çerçevesinde karşılaşılan sorunların halihazırda öngörülen finansman modelleri ile birebir bağlantılarının kurulamayacağı hususudur. Altyapı projelerinin finansman sıkıntılarının çözümüne yönelik olarak getirilen YİD modeli, bir finansman yöntemi olmaktan ileri gitmemektedir ve karşılaşılan sorunların nedeni olmaktan çok uzaktır. YİD modeliyle kamu hizmeti olduğu varsayılan kimi altyapı projeleri gerçekleştirilebileceği gibi, tamamen ticari mahiyet arzeden projelerin finansmanı da gündeme gelebilir. Örneğin, bir belediye tarafından değerli bir belediye arsası üzerinde bir müteahhit firmayla sözleşme yapılarak arsa üzerinde ticaret merkezi inşa edilmesi, bu merkezin yatırım bedeli karşılığında belli bir süre müteahhit firma tarafından işletilmesi veya kiralanması, sürenin nihayetinde de ilgili belediyeye bedelsiz veya sembolik bir bedel karşılığında devredilmesi mümkündür.

⁸⁵⁴ Bkz. yukarıda 49 no.lu dip not.

Bu husus bir belediye başkanının ifadesinde de sarahaten belirtilmektedir: "Özel sektöre veya hizmetlerin özel sektöre devri, mülkiyetin kamuda kalarak hizmetlerin özelleştirilmesi aslında, kavram olarak Türkiye'de vardır... (k)at karşılığında arzların değerlendirilmesi yine bizim mevzuatımızda vardır"⁸⁵⁵ Nitekim, Ankara'daki Atakule Projesi'nin böyle bir model çerçevesinde gerçekleştirildiği bilinmektedir.⁸⁵⁶ Bu arada belirtmek gerekirse, YİD yöntemiyle belediye, il özel idareleri veya Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından işhane, otel veya ticaret merkezleri gibi tesislerin özel teşebbüse yaptırılması ve bir süre işletildikten sonra kendilerine devredilmesinin hiçbir kanunla anılan kamu idare ve kurumlarına görev olarak verilmediği ve bu konunun tamamen özel teşebbüse ait olduğu, bu meyanda bu yöntemi kullanarak anılan tesislerin yapımını gerçekleştirilmeye yetkilerinin olmadığı da savunulmakta, böyle bir uygulamanın uygulanan liberal ekonomi ve toplum politikasına da ters düştüğü belirtilmektedir.⁸⁵⁷ Sonuç olarak, YİD modeli sorunun mahreci değildir ve nihayetinde finansal kiralama ("*financial leasing*") benzeri bir finansman yöntemi örneği olmaktan ileri gitmemektedir.

YİD sözleşmeleriyle özellikle elektrik enerjisi projelerinin gerçekleştirilmesine yönelinmesi, bu faaliyet alanının bir kamu hizmeti konusunu oluşturduğu ve kamu hizmetlerinin özel sektör eliyle yaptırılmasının da idare hukuku anlamında imtiyaz sözleşmesi olarak algılanması sonucunda karşılaştığımız hukuki engelleri ortaya çıkarmıştır. Başlıca iki engel sözkonusudur:

a) Elektrik enerjisinin bir kamu hizmeti konusu olduğu ve imtiyaz teşkil ettiği hususu Türk yargı çevrelerince kabul görmüş ve böylece Anayasa'nın (değişiklik öncesindeki) 155. maddesi gereğince, elektrik enerjisine ilişkin olarak idare ile özel sektör arasında imzalanan uygulama sözleşmesinin "imtiyaz" kabul edilmesi neticesinde, sözleşmelerin taraflarca imzalanmasından önce Danıştay tarafından incelenerek düzenlenmesi gerekmiştir. Sözkonusu incelemenin ise pratikte çok uzun bir süreci gerektirdiği, gecikmelere ve belirsizliklere neden olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁵⁸ (Oysa, Danıştay'ın salt bu nedenle devre dışı bırakılarak yerine daha hızlı karar sürecini içerdiği genel kabulüne istinaden uluslararası tahkime gidilmesi ha-

⁸⁵⁵ Doğan, Celal; Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, op. cit., s. 41.

⁸⁵⁶ Bkz. Zabunoğlu, Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Önerileri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli, op. cit., s. 45.

⁸⁵⁷ Duran, YAP-İŞLET-DEVRET, op. cit., s. 162, 163.

⁸⁵⁸ Bkz. Varlıer, op. cit., s. 5.

linde de, özellikle karmaşık yapı içeren davalarda hakem yargılaması sürecinin yıllarca sürebildiği bilinmektedir.⁸⁵⁹ Aynı yöndeki bir başka görüşte de, masraflı oluşlarının ve uyuşmazlıkların çözümü için geçen zamanın, uluslararası tahkimin en sık bahsedilen dezavantajları olduğu belirtilmektedir.⁸⁶⁰ Danıştay, sözleşmelerin belli bir biçim ve içerikte olmasına özen gösterdiği veçhile, Danıştayca şekillendirilen sözleşmenin uluslararası yatırımcılar tarafından arzulanan (tahkim veya sair) maddeleri içermesi mümkün olmayabilmiştir.

b) İdari hukuk rejiminin doğal sonucu olarak, sözleşmeden kaynaklanan hukuki ihtilafların çözüm merciinin yine Danıştay olması gerektiği aynı yargı çevrelerince öngörülmüş, bu durumda bu tür ihtilafların uluslararası ticari tahkim organlarıca çözümü üzerinde ısrar eden uluslararası yatırımcıların ve kreditorlerin muhalefeti ve itirazlarıyla karşılaşmıştır.

Yukarıda özet olarak ifade edildiği üzere, enerji sektörüyle ilgili YİD projelerinde yaşanmış olan sıkıntının temel kaynağı, elektrik enerjisine ilişkin uygulama sözleşmeleri tahtında çıkması muhtemel ihtilafların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi önerisinin Türk yargı çevrelerinde muhalefetle karşılaşmış olmasıdır. Yabancı kreditorler, büyük miktarlara ulaşan ve yerli hukuka tâbi bir özel hukuk kişisi olan enerji şirketine açılan proje kredilerinin geri dönüşünü mümkün olduğunca güvenceye almak istemekte, bu meyanda karmaşık bir yapı içeren ve yatırımların ekonomik geri dönüşü uzun dönemde gerçekleştirilebilen altyapı projelerinde Türk yargısına tâbi olmayı benimsememektedir.

Esasen, ülkemizin borçlu veya garantör sıfatıyla taraf olduğu dış kredilere ilişkin anlaşmalarda, kreditorlerin ısrarlı taleplerine istinaden hemen daima yabancı hukuk ve yargı yerini âmir hükümlere yer verilmiştir. Bu itibarla, klasik finansmana göre kreditorler için kredi süresi ve borçlunun kimliği açısından daha riskli olan YİD projelerinde kreditorlerin Türk yargı yetkisini ve Türk hukukunu kabul etmeleri fevkalade güç olmuştur. Esasen, yabancı kreditorlerden finansman teminini öngören ve projeden elde edilen gelirlerle kredi geri ödemelerinin karşılanması (yani, gayri kabili rücu proje finansmanı yöntemiyle yapımı) öngörülen hemen hiçbir YİD

⁸⁵⁹ Bkz. Blanco, Ileana M.; *Lessons Learned from ICSID Arbitration over Investment Disputes Involving Argentina's Privatization Program and Economic Emergency Law No. 25561* (www.bracewellgiulani.com) (10 Aralık, 2006), s. 2.

⁸⁶⁰ Bkz. Mistelis, Loukas; *Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006* (Çev. Bahar Ceyda Süral), TBB Dergisi, Sy. 70, Mayıs-Haziran 2007, s. 164.

enerji projesinde bugüne kadar uluslararası tahkim maddesi bulunmaksızın uluslararası finansman sağlanamamıştır!⁸⁶¹

Yabancı yatırımcıların ve kreditorlerin bahsekonu endişelerini bertaraf etmek üzere, YİD modeli çerçevesinde enerjinin özel sektör tarafından üretilmesinin imtiyaz teşkil etmeyeceği 3996 sayılı Kanun'da yer alan bir maddeyle münhasıran belirtilmiş ve böylece Anayasa'nın 155. maddesi gereği sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi ve idari sözleşme kabul edilerek Türk idari yargısına tâbi tutulmasından kaçınılmak istenmiştir. Zira, aksi halde sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbi olmak imkanını kaybedecek ve dolayısıyla bir özel hukuk müessesesi olan tahkime de yer verilemeyecektir.

Bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun'un imtiyazla ilgili bu maddesi Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 1995/23 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bahsekonu kararında bir kamu hizmetinin imtiyaz teşkil edip etmemesinin ancak hizmetin niteliğinden çıkarılabileceğini ve bu hususta kanun hükmüyle düzenleme getirilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına dayanak teşkil edecek özel bir hükme –değişiklik öncesinde Anayasa'da rastlanmamaktadır; imtiyaza ilişkin hüküm (m. 155) imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilerek imzalanması gereğini âmirdir. Ne var ki, imtiyazı teşkil edecek sözleşmelerin neler olabileceğine dair Anayasa'da bir düzenleme de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ise imtiyaz teşkil etme kararını tamamen kendi öznel değerlendirmesine dayandırmış ve anılan kararında "kamu hizmeti" kavramının belirli bir yorumuna girerek iptale hükmetmiştir.

YİD modeline ilişkin kavram kargaşasının Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında da hatalı biçimde algılandığı görülmektedir. Nitekim, bahsekonu kararda "Yap İşlet Devret modelini içeren yasalarda, **yönetimi üstün kılan** kurallar bulunması kaçınılmazdır" ifadesine yer verilmektedir. Mahkeme'nin burada YİD modelinin sadece bir finansman yöntemi olduğu anlayışına itibar etmediği gözlemlen-

⁸⁶¹ Herhangi bir yanlış anlamaya yer vermemeyi teminen hemen belirtmek gerekirse, uluslararası tahkim olmaksızın uluslararası kreditorlerden finansman sağlanamamasının nedenini münhasıran uluslararası tahkimin eksikliğine bağlamak yanıltıcıdır; burada asıl sorun, elektrik sektörünün devlet tekelinde tutulması nedeniyle kamunun tek alıcı olması ve özel girişimcilerin ürettikleri elektriği devlete satmak zorunda bırakılmasından kaynaklanmaktadır. Bu tekelin kaldırılmış olması ve piyasa modelinin işlerliğinin sağlanması durumunda, uluslararası tahkimin sözleşmelerde yer bulması hususunda yaşanmış olan sorun da ortadan kalkmış olacaktır. Bu savımızı açıklayan görüşler, tezimizin ilgili kısımlarında ayrıntılı olarak yer almaktadır.

mektedir. Oysa, daha önce de belirtildiği gibi, YİD modeliyle bir elektrik santrali kurulabileceği gibi, bir ticaret merkezi ya da mesken yapımı da gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, **yönetime üstün haklar** tanıyan kurallara yer verilmesi zorunlu veya sözkonusu olmayabilecektir. Öte yandan, 'üstünlük taşıma' ilkesinin her zaman idari sözleşme oluşturmanın kıstası olarak algılanmadığı da mahkeme kararlarında hükme bağlanabilmektedir; nitekim, iktisadi kamu hizmetlerinden yararlanmayı öngören abonman sözleşmeleri, aslında idarenin üstün yetkilerine ve ayrıcalıklarına dayanılarak yapıldıkları halde, mahkeme içtihatlarıyla idari sözleşme sayılmamıştır ve adli mahkemelerin yargı alanında olarak değerlendirilmiştir.⁸⁶²

Şu halde, önemli olan husus YİD modelinin "konusu" dur ve şayet bir "kamu hizmeti" YİD modeli ile gerçekleştirilmekte ise ve sadece bu halde Mahkeme'nin belirttiği "fiyatların idarece tesbiti ve böylece idareye üstün haklar tanınmış olması" gerekçesi -bir nevi- gerçeklik kazanabilecektir. Bu itibarla, kararda belirtilen "idari sözleşme" sayılma ölçütünün mevcut haliyle YİD modelinin geneli açısından yerinde olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla, YİD modelini "... imtiyaz"ın Türkçeleştirilmesi olarak kabul etmek⁸⁶³, genel olarak yerinde bir tesbit olmakla birlikte, bu iddia, sadece konusuna bağlı olarak geçerlik kazanabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında önemli ve sonucu etkileyen nitelikte algılama hatalarına düştüğünü belirtmiştik. Nitekim, kararda "bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir" denilmekte, üstün yetkilerin ise "... yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin belirlenmesinde uygulanacak kriterler..." ile açığa çıktığı vurgulanmaktadır. Bu ölçütün gerekli açıklığı havi olduğunu iddia etmek fevkalade güçtür. Zira ülkemizde örneğin özel sektörce üretilen ekmeğin fiyatı 507 sayılı Kanun öncesinde idare tarafından belirlenmekte idi; bu ise ekmeğin üretiminin bir imtiyaz konusu olmasını gerektirmemiştir.⁸⁶⁴ 507 sayılı Kanun ile de tam bir serbesti de getirilmemiştir; bu kanun

862 Odyakmaz, *Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*, op. cit.

863 *Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma*; op. cit., s. 22.

864 Onar'a göre, ekmeğin fiyatlarının veya taksit ücretlerinin idarece narha tâbi tutularak tesbit edilmesi sözkonusu olmakla beraber, bu fiyatlar iktisadi esaslara göre belirlenmektedir ve mal veya hizmetin arzı zorunlu tutulmamaktadır, fırıncı ekmeğin satmamak, taksici çalışmamak hakkına sahiptir; bu serbestiyi kısıtlayan haller varsa da bunlar zabıta kısıtı şeklindeki kolluk tedbirlerinde olup istisnai mahiyettedir (bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 17). Kanaatimizce, bu açıklama yeterince doyurucu olmaktan uzaktır ve şayet fiyat tesbiti üstün güç kulla-

uyarınca (m.125) ekmek fiyatının tesbiti ilgili meslek odası tarafından yapılacak, bu fiyata yerel kamu yetkililerince itiraz edilmesi ve bu çerçevede taraflarca bir mutabakat sağlanamaması halinde ise konu ticaret mahkemesince karara bağlanacaktır; yani, konunun idare hukukuna tâbi olmayacağı ve ticari hukuka dahil bir mesele halinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bilindiği üzere ekmek üretim tesisine yönelik olarak sadece idare tarafından "ruhsat" verilmektedir ve halihazırda ruhsat verilmesi dışında ekmek sektöründe idari sözleşme niteliğinin bulunduğu ve bu çerçevede idari yargının yetkili olduğu hususu iddia edilmemektedir. Dolayısıyla, sadece üretilen ürün veya hizmetin fiyatının idarece tayin edilmesi, fiyatın dikte edilmesi gibi "özel hukuk yetkilerini aşan" bir üstün gücün kullanımını tazammun etmemekte ve dolayısıyla sözleşmenin idari nitelikte sayılmasına neden olmamaktadır!

Bir başka örnek vermek gerekirse, 1985 yılına kadar çimento fiyatları Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenmiş, daha sonra üreticiler fiyatları belirlemede serbest bırakılmıştır.⁸⁶⁵ Yine, 2005 yılında Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu⁸⁶⁶ ile getirilen değişiklik⁸⁶⁷ öncesinde ülkemizde petrol ürünlerinin fiyatı devletçe belirlenmekte ve ilan edilmekteydi. Bu piyasada, sıvılaştırılmış petrol gazının (LPG) fiyatı da idarece tespit olunmaktaydı. Bilindiği gibi LPG yaygın biçimde meskenlerde kullanılmakta ve bu yönüyle geniş halk kitlelerini etkilemekte, hatta vazgeçilmez bir nitelik kazanmaktadır. Kaldı ki, fiyatın daha önceden devletçe tesbit edilmesi zorunluluğu da esasen bu niteliğinden kaynaklanmıştır. Bununla beraber, LPG üretimi ve dağıtımı ile ticareti, özel sektör kuruluşlarınca tama-

nımının ölçütü ise, bahse konu hizmetler de kamu hizmeti (ve bundan hareketle imtiyaz) konusunu oluşturacaktır, hizmetin istediğine sunulması şeklindeki "istisnai" olarak addolunarak hafifletilmeye çalışılan ögesi, bize yerinde bir değerlendirme olarak görünmemektedir, zira bu yönde girişimler idare tarafından önlenmekte ve hatta ruhsat iptaline kadar gidebilmektedir (kısa mesafelerde yolcu taşımak istemeyen taksicilere karşı idarece tedbirler alınmakta olması da buna verilebilecek örneklerden bir tanesidir).

865 Boratav ve diğerleri, KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi – Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri (Özet Rapor), op. cit., s. 18.

866 2 Mart, 2005 tarih ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (13 Mart, 2005 tarih ve 25754 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

867 LPG Piyasası Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca, LPG fiyatlarının erişilebilir dünya serbest piyasa koşullarına göre oluşması öngörülmekte; piyasa düzenini bozucu etkilerin ortaya çıkması halinde ise idareye iki ay süreyle fiyatlar üzerinde sınırlama getirilmesi olanağı tanınmaktadır.

men serbest piyasa şartları altında, idarece verilen ruhsata binaen gerçekleştirilmiştir.

Böylece, "kamu hizmeti" niteliğini taşıdığı ileri sürülebilecek ve üstelik enerji sektöründe yer alan bir hizmetin özel sektör eliyle ifa edilmesi ve fiyatının da idarece tesbitiyle, anılan kararda yer alan ölçülere uygun bir durum ortaya çıkmaktadır. Ne var ki, burada da "idari sözleşme"den bahsedilmemekte ve bu faaliyet bir imtiyaz konusu addolunmamaktadır. Üretilen LPG'yi bir kamu kuruluşunun uzun süreli bir sözleşme çerçevesinde satın alması ve mesken sahiplerine dağıtması var sayımında ise, elektrik sektörüne benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Şu halde, böyle bir ihtimalde kararda belirtilen "üstün gücün kullanılması" ve "kamu hizmetinin görülmesi" unsurları gerçekleşmiş olacak, bu sektördeki sözleşmeler de böylece "imtiyaz" sayılacak ve dolayısıyla anılan sözleşmeler "idari sözleşme" olarak kabul edilmek durumunda olacaktır. Bu durumda mantıklı bir sonuç ortaya çıkacağını söylemek fevkalade güçtür.

Yine, bahsekonu kararda "kamu hizmeti" kavramının muğlaklığı kabul edilmektedir. Gerçekten, kamu hizmetinin neyi ifade ettiği hususunda idare hukuku otoriteleri de net bir tanım getirmemekte ve tanımlayan kişinin dünya görüşüne göre çok farklı kapsam içeren değişik tanımlar dizisi ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, Uler'e göre "...kamu hizmeti bir mal değildir, hatta kamu hizmeti toplumdur, devlettir ... devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri Anayasa'ya göre kamu hizmetidir ... (k)amu hizmeti devletin varlık sebebidir .. (k)amu hizmetleri belirsiz değildir, gördüğünüz zaman tanırırsınız ... vatandaş olmadan kamu hizmeti olmaz .. vatandaş kaldırıp yerine müşteriye koyarsanız yine kamu hizmeti olmaz ... (k)âr getiren hizmetler varsa bunların kamuda kalması, kârın kamuda kalması demek .. (b)u kabul edilmiyor ... kârın özel kişiye geçmesi amaçlanıyor."⁸⁶⁸ Kâr kavramına yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak yer vermiştik. Nitekim, burada da iktisadi olarak devletin faaliyette bulunması ve kâr eden hizmet konularının devlette kalması öngörülmekte, böylece iktisadi açıdan ideolojik bir tavır alındığı gözlenmektedir. Böylece, kamu hizmetiyle ilgili tanımlamalar sadece saf hukuki yaklaşımların ötesine geçerek iktisadi, sosyal ve felsefi açılımların da hakimiyet alanına sokul-

⁸⁶⁸ Uler, *Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*, Anayasa Yargısı C. 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan, 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 40, Ankara, 1999, s. 252-254.

makta ve bu alanlardan devşirilen fikirlerle kamu hizmeti kavramına yüklemeler yapılabilir. ⁸⁶⁹

Esasen, "vatandaş yerine müşteriye koyamama" anlayışı çarpıcıdır, zira bize göre sorun tam da buradadır: "Vatandaşa devletin hizmet vermesi" anlayışı yerine "bir hizmetin müşteriye sunulması" esprisine geçiş yapılabildiği anda sorun zaten çözülmüş olacaktır. Zira, "müşteri" kavramının açılımı, rekabetçi koşullar altında bir hizmet talebinin hizmeti sunmak isteyenlerce karşılanmasını, "tatmin edilmesini" ⁸⁷⁰ içerir, tıpkı diğer iktisadi faaliyetlerde olduğu gibi. YİD modeliyle gerçekleştirilmeye çalışılan elektrik enerjisi faaliyetlerinde de sorun buradan kaynaklanmaktadır; yani "müşteri" yok ortada, zira rekabet sağlanmıyor! Aynı espri, dolayısıyla imtiyaz kavramı için de sözkonusudur.

Mahkemenin de açıklıkla belirttiği gibi, "kamu hizmeti" kavramının neyi ifade ettiği veya etmesi gerektiği hususunda bir mutabakat bulunmamaktadır. Anayasamızda kamu hizmetiyle neyin kastedildiği tam anlamıyla belirsizlik içermektedir. Nitekim, kararda Mahkeme de bu belirsizliğe işaret etmekte ve nihayetinde kamu hizmetiyle ilgili olarak tam anlamıyla kendi subjektif yorumuna dayanmakta, buradan yine bize göre tam olarak kapsamı ve sınırları belirlenmiş sayılmayacak durumdaki imtiyaz kavramına geçiş yaparak iptale hükmetmektedir. Halihazırda elektrik enerjisi sözleşmelerinde uluslararası tahkime gitmeyi engelleyen hususun "imtiyaz" ve "idari sözleşme" kavramlarına yüklenen anlamlar olduğu gerçeği dikkate alındığında, sorunun çözümü işbu "sihirli" kavramların irdelenmesinde yatmaktadır. Dolayısıyla, bu noktada kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının doğru bir yorumuna gayret edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Konuyu içinde bulunduğu karmaşadan çıkarıp farklı bir bakış açısıyla inceleyebilmek için yukarıda belirtilen sektörlere ilaveten elektrik enerjisi dışındaki diğer bazı alanlara da dikkati çekmek istiyoruz:

Bilindiği üzere evsel katı atıkların toplanarak belli alanlarda biriktirilmesi ve imkan nispetinde imhası halihazırda belediyelerin görev alanına girmektedir ve mevcut anlayış ışığında bu faaliyet "kamu hizmeti" sayılmaktadır. Katı atıklar toplu yerleşim alanlarında yaşayan iskan sahipleri tarafından, toplanmak üzere katı

⁸⁶⁹ Kuşkusuz burada bu türden yaklaşımların doğruluğu veya yanlışlığını ileri sürme noktasında değil, giderek "her fikir hür ve muhteremdir" sözüne de atıf yapmakta yarar görürüz; bununla beraber, kavramların değerlendirilmesi sürecinde öncelikle hangi zeminler üzerinde hareket edildiğinin belirlenmesi, doğru bir analiz bakımından sanıyoruz asgari koşulu oluşturmaktadır.

⁸⁷⁰ "Tatmin edilme" kavramı konusunda bkz. Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (1994), op. cit., s. 239.

atık toplama yerlerine veya sokağa bırakılmaktadırlar. Burada hukuki açıdan bir "terkedilen eşya" sözkonusudur ve katı atıklar bu şekilde "sahipsiz mal"⁸⁷¹ haline gelmektedir.

Bu "sahipsiz mallar" bugünün şartlarında belirgin bir ekonomik değer taşımadıkları⁸⁷² için başkalarınınca "sahiplenilmemekte" ve böylece kamu sağlığı ve modern toplu yaşamın bir gereksinimi olarak "kamu hizmeti" niteliğine bürünmektedir. Bu itibarla katı atıkların toplanması belediyelere yüklenen bir "kamu hizmeti" halini almaktadır. Öte yandan, belediyenin katı atık toplama işini özel sektör eliyle de gerçekleştirebilmesi mümkündür ve halihazırda bazı belediyelerce uygulandığı görülmektedir.

Belediye, bu hizmeti karşılığında özel sektöre belli bir ücret ödemektedir. Anlaşılacağı üzere, katı atıkların "ekonomik değeri" haiz olmaması bu sonucu doğurmaktadır. Mevcut kriterlere ve anlayışa göre bu durumda bir "imtiyaz" ve "idari sözleşme" sözkonusu olacaktır. Bununla birlikte, katı atıkların "ekonomik değer" arzettiği varsayımından hareketle, belediyenin görevlendirmesine ve bu meyanda bir sözleşme yapmasına gerek kalmadan, özel sektörün yerleşim sakinleriyle sözleşmeler yaparak bu atıkları toplamak üzere girişimde bulunması pekala mümkün olabilecektir.

Bu noktada belediyelerin itirazda bulunması düşünülemez, zira katı atıkların asıl sahibi, yerleşim sakinleridir ve herkes kendi atığı üzerinde -kamu sağlığı ve güvenliğine dayanan müdahaleler dışında⁸⁷³ istediği şekilde ekonomik tasarrufta bulunma hürriyetine sahiptir. Bu husus, kişinin Anayasal "mülkiyet" ve "sözleşme yapma" haklarıyla da güvence altına alınmıştır. Bu durumda özel sektör ile yerleşim sakinleri arasında katı atık toplamaya ilişkin olarak yapılacak sözleşmeler "ticari sözleşme" mahiyetinde olmak zorundadır. Şu halde, bir faaliyetin "kamu hizmeti" sayılması, ancak ve ancak özel sektörün o konuda faaliyet göstermek istememe-

⁸⁷¹ Nitekim, "atık toplayarak geçimini sürdüren ve kendilerini "atık kağıt işçisi" olarak tanımlayan bir gru(bun), ... belediyelerin kendilerine yönelik (engelleyici) uygulamalarını eleştirerek, ... belediyeye tarafından toplanmamış çöpün "sahipsiz mal" niteliğini savundu(ğu görülmektedir)" (bkz. Hürriyet Gazetesi, *Atık Toplayıcılardan Belediyeye Protesto*, 11 Aralık, 2006).

⁸⁷² Aslında, ekonomik değer taşıyan bazı katı atık maddelerinin her gün sokaklardan toplandığına şahit olunmaktadır. Sözgelimi, mukavva, gazeteler ve bazı metal kutular, kimi girişimciler tarafından çöp bırakma yerlerindeki yığınlardan özenle ayıklanarak ekonomiye kazandırılmaktadır.

⁸⁷³ Nitekim, Ankara'da Çankaya Belediyesi'nin kamu sağlığına aykırı biçimde gerçekleştirildiği gerekçesiyle bu tür katı atık toplama faaliyetlerini 2007 yılı itibarıyla yasakladığı bilinmektedir.

si halinde sözkonusudur. Şüphesiz tüm ticari faaliyetlerde olduğu gibi bu faaliyeti de –kolluk niteliğindeki faaliyetleriyle- denetlemek idarenin görevleri arasında yer alacaktır. Lakin bu denetim, kamu sağlığını korumaya yönelik olarak, sözgelimi pastanelerin denetlenmesinden daha farklı bir mahiyet arzetyemeyecektir. Esasen “idare” kelimesi ile kastedilmek gereken şey de kelimenin anlamından çıkarılacağı gibi “idare etmek” ve “denetlemek”tir, “üretmek” veya “ticaret yapmak” değıll!

Bir başka “örnekler dizisini” 1580 sayılı Belediyeler Kanunu’nda⁸⁷⁴ bulmak mümkündür. Bu kanun uyarınca (m.15) aşağıdaki hususlarda belediyeler “vazifelenendirilmektedir”: “... ütücüler, lekeçiler, giyim ve ev eşyası temizleyicileri ve boyacıları, ayakkabı tamirci ve boyacıları ve emsallerine ait ücret tarifelerini mesleki teşekküllerin de mütalaasını almak suretiyle tanzim ve tasdik etmek” (bu kısım, fiyatların idarece düzenlenmesi ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen ‘üstün gücün kullanımı’ni ifade etmesi açısından önem taşımaktadır ve Mahkeme’nin ölçütüne göre bu faaliyetler de birer imtiyaz konusu olmak durumundadır!), “ihtiyaca göre ücretli ve ücretsiz helalar yaptırmak” (buna göre mesela YİD modeli ile şehir merkezlerinde “helalar” yaptırılması, ücretin belediye tarafından belirlenmesi durumunda Mahkeme’nin “imtiyaz” için gerekli gördüğü unsurları havi olacaktır!), “(b)elediyeye ait ilıcaları işletmek ve her nevi yıkanma müesseseleri açmak, **açılmasına ruhsat verilenlere** nezaret etmek” (görüldüğü üzere belediye bu hizmeti ya “bizzat” yapmakta, ya da “yapılmasına ‘ruhsat’ vererek nezaret etmekte”dir, yani “ruhsat” yoluyla bu kamu hizmetini özel sektör eliyle ifa edebilmektedir). Bu itibarla, YİD modeli ile sözgelimi bir ılıca işletmesi gerçekleştirildiğinde “imtiyaz”dan söz edilmemesi gerekir. Keza, aynı maddenin 42. bendi ile odun ve mangal kömürüne ilişkin toptan veya perakende satış fiyatlarını ve kâr hadlerini tesbit etme yetkisi belediyelere verilmiştir. Bu dahi, durumun garabetini izaha yeterlidir. Vaktiyle anılan maddelerin geniş halk yığınlarınca yaygın biçimde kullanılmakta olması nedeniyle bu türden bir fiyat kontrolüne gidildiği ileri sürülebilecektir. Oysa günümüzde artık bu durum geçerliğini yitirmiştir. Ancak, anılan Kanun 2004 yılına kadar yürürlükte bulunduğu veçhile, bu maddelerin üretimine veya satışına ilişkin olarak Belediye ile özel kişiler arasında yapılacak herhangi bir sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi sayılması –bildiğimiz kadarıyla- sözkonusu olmamıştır. Oysa, fiyat kontrolü ölçütüne göre burada da bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden bahsedilebilme olasılığı sanırım ironik olacaktır!

874 1580 sayılı Belediye Kanunu (14 Nisan, 1930 tarih ve 1471 sayılı RG’de yayımlanmıştır; bahsekonu Kanun, 7 Aralık, 2004 tarih ve 5272 sayılı Belediye Kanunu (24 Aralık, 2004 tarih ve 25680 sayılı RG’de yayımlanmıştır) ile yürürlükten kaldırılmıştır).

Ne var ki, 3996 sayılı Kanun uyarınca muhtelif belediyeler kaplıcaların YİD modeliyle yapılması için Yüksek Planlama Kurulu (YPK) kararı istihsalini teminen ilgili mercilere başvuruda bulunmuş ve bu faaliyetlerin de mevcut anlayış ışığında "imtiyaz" sayılması ve Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmesi sözkonusu olmuştur (bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun'da öngörülen hizmetlere ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılması yönünde 4493 sayılı Kanunla getirilen yasal değişiklik sonrasında, artık Danıştay sürecinden bahsedilemeyecektir). Hatta, uygulamada bize göre yanlış bir şekilde –ancak maalesef değişiklik öncesindeki haliyle 3996 sayılı Kanun'da açıkça öngörüldüğü üzere!- kimi belediyelerin bu türden alt-yapı yatırımları için YİD modeliyle gerçekleştirilmek üzere başvuruda bulunduğu ve buna dair YPK kararlarının istihsal edilmesi sürecine girildiği de bilinmektedir. Sözgelimi, Bandırma Belediyesince 'Cinçukuru Otoparkı Projesi' kapsamında otopark yapımı için YPK kararı alınmak üzere DPT Müsteşarlığı'na başvuruda bulunmuş ve akabinde buna ilişkin gerekli YPK kararı istihsal edilmiştir!

Öte yandan, 19. maddede "Belediyelerin hakları, selahiyet ve imtiyazları" başlığı altında "... su, havagazı, ... tesisatı kurmak ve işletmek,.... Belediyelerin hakkıdır. (Ancak belediyeler, bu işlerin tesis ve işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek üzere imtiyaz da verebilirler)" denilmektedir. Yine, "(B)eleliye hudutları dahilinde ... otobüs işletmek... Belediyelerin hakkıdır. Bunların, Belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi veya icara verilmesi veyahut imtiyazın devri İçişleri Bakanlığı'nın kararına bağlıdır. Belediyeler dilerse inhisar tazammun etmemek şartıyla bunların işletilmesine ruhsat dahi verebilir" hükmü getirilmektedir. Bu kapsamda, belediyelerce otobüs hatlarının 10 yıllık bir süreyle özel teşebbüse kiraya verilmesi yönündeki uygulamaların, adına kira sözleşmesi denilmiş olmakla beraber imtiyaz niteliğini ortadan kaldırmadığı da belirtilmektedir.⁸⁷⁵

Görüldüğü üzere, bu hizmetlerin temelde Belediyeler tarafından yerine getirilmesi ve uygun görüldüğünde bu "imtiyaz"ın özel sektöre devri, yani hizmetin özel sektöre gördürülmesi mevzubahis olup, bu hizmetler açık biçimde "imtiyaz" konusu sayılmaktadır. Burada bir çelişki ortaya çıkmaktadır: Bu hizmetler özel sektör eliyle görüldüğünde "imtiyaz" sayılmakta, bununla birlikte "tekel teşkil etmemek kaydıyla" (ki bu nokta önemlidir, zira biz de tekel teşkil etmeyecek şekilde düzen-

⁸⁷⁵ Dönmez, Zühâl; Belediyelerde "İmtiyaz Sözleşmesi" Uygulaması, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, Sy. 1, Ocak 1998, s. 61.

lenmeler getirilmek şartıyla, kural olarak⁸⁷⁶ imtiyazdan sözedilemeyeceği kanaatindeyiz) "ruhsat" mahiyetindeki bir işlemle özel sektöre devredilebilmektedir ve böylece Anayasa'nın 47. maddesinde belirtildiği şekliyle "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler" ortaya çıkmaktadır. Bu husus, Belediye Kanunu'na göre imtiyaz değil, sadece bir "ruhsat" konusu olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kendi içinde çelişkili olmakla birlikte, "imtiyaz"ın "ruhsat" konusu da edilebileceği ve böylece ticari bir faaliyet haline getirilebileceğini göstermesi açısından kanaatimizce çok iyi bir örnek teşkil etmektedir.⁸⁷⁷

Örnekleri çoğaltabiliriz: Eğitim ve sağlık, herkesin anayasal hakkıdır ve vazgeçilmez nitelikleri dolayısıyla "kamu hizmeti"ni ifade ederler. Bununla birlikte, bu "kamusal nitelikteki hizmetler" son yıllarda gittikçe artan oranda özel sektör eliyle gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bu hizmetlerin "kamusal hizmet" niteliği, devlet tarafından özel sektörün bu alanlarda maddi olarak desteklenmeleri ve bir nevi sübvansiyon edilmeleri ile de ortaya çıkmaktadır. Örneğin, eğitimde özel üniversitelere eğitim ve öğretim maliyetinin belli bir kısmı devletçe yardım veya bir çeşit sübvansiyon olarak ödenmektedir ve burada "özel sektör esasen devletin üzerindeki eğitim yükünü kısmen aldığı için, devletin zaten yapacağı harcamayı özel sektöre malî destek olarak aktardığı" yorumuna girmek mümkündür.

Öte yandan, sağlık hizmetinin temel bir kamu hizmeti olduğu yadsınamaz. Bununla birlikte, son yıllarda özel sağlık kuruluşlarınca sağlık hizmeti verilmektedir ve bunun için sadece sağlık yatırımına ilişkin "ruhsat" almak kifâyet etmektedir. Ruhsat dışında sektörde "imtiyaz" ya da "idarî sözleşme"den bahsedilmemektedir. Bununla birlikte, Danıştay İdari İşler Kurulu, 25 Ekim, 1990 tarih ve E.1990/90, K.1990/73 sayılı kararında, Sağlık Bakanlığı'na ait teşhis, tedavi ve rehabilitasyon kurumlarında teşhis ve tedavi sistemleri oluşturmak ve bu sistemleri işletmeye yönelik olarak Tedavi Hizmetleri Vakfı ile yapılan sözleşmeler dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin Anayasa'nın 56. ve 65. maddeleri çerçevesinde bir kamu hizmeti olduğunun belirtildiğine işaret ederek, bunların devlet eliyle yürütülmesinin asıl olduğu gerekçesinden hareketle bu hususta bir imtiyaz sözleşmesi yapılamayacağına hükmetmiştir.⁸⁷⁸ Halbuki, Anayasa'nın 56. maddesinde "Devlet, bu görevini kamu

⁸⁷⁶ Uzun süreli sözleşmeler bu bağlamda ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir ve yukarıdaki kısımlarda irdelenmektedir.

⁸⁷⁷ "İmtiyaz" ve "ruhsat" kavramları arasındaki "son derece ilginç" geçişkenlik konusunda Fransa'da rastlanan uygulamaya dair bkz. Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (1998), op. cit., s. 456.

⁸⁷⁸ Bkz. Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 678.

ve özel sektördeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir" denilmekte, dolayısıyla sağlık hizmetlerinde özel teşebbüse de yer verileceği Anayasa hükmü olarak yer almaktadır.

Burada ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır: Danıştay, sağlık hizmetinin "imtiyaz" olarak dahi özel sektör eliyle gerçekleştirilmesine karşı bir tavır takınıyor görünümlü vermektir! Bir "görevlendirme" olmaksızın hastane yapılmasına ve işletilmesine "ruhsat" vermek imtiyaz sayılmazken, "görevlendirme" kelimesi kullanılarak aynı sağlık hizmetinin özel sektör eliyle gördürülmesi Danıştayca "imtiyaz" addolunmaktadır. Bahsekonu kararın farklı bir algılamadan kaynaklanmış olabileceğine ilişkin olarak ilerleyen kısımlarda bir analize gitmeye çalışacağız. Bir görüşe göreyse, anılan kararda "... imtiyaz konusu olabilecek hizmetlerin, yararlananların ve yararlanma derecelerinin belirlenebildiği, ayrıca fiyatlandırılabilir nitelikteki endüstriyel ve ticari kamu kamu hizmetlerinden olması yönündeki anlayışın etkili olduğu anlaşılmaktadır."⁸⁷⁹

Burada tekrar bir açılım yapmak istiyoruz: Kamu hizmetine ilişkin olarak öğretide kamu hizmetinin yürütülme biçimlerinden biri olarak "ruhsat" yönteminden yararlanılabilmektedir.⁸⁸⁰ Ancak imtiyaz yerine ruhsat usulünün kullanılmasının yatırımcıya yeterli güvence sağlamadığı, zira "(i)zin ve ruhsat niteliğindeki işlemler(in) verildiği gibi kaldırılabilir(ceği), güvencesi(nin olmadığı)"⁸⁸¹; "ruhsatın ... idarenin tek yanlı işlemi olması (nedeniyle), hizmetin gerektirdiği an, ruhsat sahibinin iradesine bakılmaksızın idarenin tek yanlı iradesiyle kaldırılabilir(eceği)"⁸⁸² savunulmaktadır. Nitekim, buna dair kimi ülkelerde örneklere de rastlanmaktadır: Rusya Federasyonu Hükümeti, Sakhalin bölgesindeki ham petrol ve doğalgazın çıkarılmasına ilişkin 20 milyar ABD Dolarlık yatırıma dair bir yabancı konsorsiyuma verdiği çevresel etki değerlendirme iznini, aradan üç yıl geçtikten sonra kimi balık stokunun etkileneceğinin ortaya çıktığı gerekçesiyle geçersiz kılmıştır.⁸⁸³ Bununla birlikte, bir diğer açıdan bu anlayışın gerçekçi olduğunu iddia edebilmek güçtür. Zira, ülkemizde pek çok sanayi yatırımı yabancılar tarafından ruhsat alınarak yapılmaktadır, otomotiv sanayi veya petrol rafinerisi (örneğin, ATAŞ rafinerisi özel sektörce gerçekleştirilmiştir) yatırımları gibi. Bu tür yatırımlar da milyar Dolarlık tutarlara ula-

⁸⁷⁹ Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 678, 679.

⁸⁸⁰ Bkz. Günay, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 326 vd..

⁸⁸¹ Uler, *Anayasa Hukukunda ...*, op. cit., s. 255.

⁸⁸² *Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma*; op. cit., s. 14.

⁸⁸³ *Russia Faces Global Oil Backlash ve Cynical in Sakhalin*, Financial Times, 30 Eylül, 2006, s. 1, 12.

şan ve ruhsatın geri alınabilmesi ihtimali bulunan yatırımlardır, ancak –nedense– bu ihtimal sözkonusu yatırımlara engel olmamıştır! Zira, böylesi bir “ruhsat iptali” ülkemiz ile yabancı ülkeler arasındaki “yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin” uluslararası anlaşmalar marifetiyle zaten hukuki korumaya mazhar durumdadır! Yukarıda Rusya ile ilgili olarak verilen örnek ise istisnai ve özel duruma dayanmaktadır. Nitekim, Rusya’nın bahsekonu örnekteki ruhsat iptalinde çevre gerekçesiyle verilmiş ruhsatı iptalinin arkasında kendi doğal kaynaklarını daha iyi koşullarda yeniden sözleşmeye bağlamak arzusunun ve pazarlık gücünü artırmaya yönelik iradesinin yattığı, ruhsat iptali hususunun yabancı medya organlarınca abartıldığı, kaldı ki bu durumun yabancı yatırımcılar üzerinde olumsuz etkisinin olmayacağı, yatırım ortamının belirsizliğine karşın doğal kaynak zenginliğinden ileri gelen cazibesi nedeniyle yabancı yatırımcıların Rusya’ya olan ilgilerinin artarak devam ettiği de vurgulanmaktadır.⁸⁸⁴

Bununla beraber, bir başka açıdan yaklaşıldığında yukarıdaki analizimizin sağlıklı olamayacağı da iddia olunabilir: Otomotiv sanayi veya rafineri gibi alanlardaki yatırımlarda ruhsatın iptali riskinin büyütülmemesi gerektiği, zira bu tür yatırımların şebeke (“network”) altyapı yatırımlarından farklı nitelik taşıdığı ve bunların rahatlıkla başka ülkelere taşınabilmesinin gerek teknik gerek ekonomik anlamda mümkün olabildiği, böylelikle gerçekçi bir riskten fazla da sözedilemeyeceği ileri sürülebilir. Ruhsatın geri alınabilmesi olasılığı karşısında riskli bir ortam doğacağı yolundaki anlayış, belki hidroelektrik santraller veya elektrik dağıtım şebekesi yatırımları için geçerli olabilecekken, sözgelimi doğalgaza dayalı elektrik üretim santralleri için bu durumun geçerli olamayacağı açıktır; zira bu santraller de istenildiğinde sökülerek başka ülkelere taşınma imkanına –yine, teknik ve ekonomik olarak– sahiptir. Dolayısıyla, bahsekonu karşı savunmaya dayanma olanağı sınırlıdır ve bu itibarla biz, yukarıda belirttiğimiz üzere, ruhsatın geri alınabilmesinin gerçek anlamda risk yarattığı yolundaki görüşleri ihtiyatla karşılama eğilimindeyiz.

Burada yine konunun iktisadi boyutu gündeme geliyor; rekabetçi bir ortamda faaliyet imkanı sağlanmaksızın “kamu hizmeti” anlayışıyla sektörün devlet tekelinde tutmak ve bu nedenle üretilen hizmetin devlete satılmasını şart koşmak, ve bunun sonucunda da “görevlendirme” anlayışı altında uzun süreli alım taahhütleri ile bütün mali yükü devletin üzerinde bırakmak! Bu ise, “kamuyu ve tüketiciyi” koruma adına yola çıkanları tam tersi bir sonuç ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle, ülkemizde kamuyu koruma adına hareket ettiği söylenebilecek görüşün,

⁸⁸⁴ Bkz. Tomberg, *Russia Has Outgrown PSA*, op. cit..

'ironik' bir şekilde, kendisini karşı olduğu anlayışa hizmet eder konumuna getirmesi bizce hayli ilginçtir.⁸⁸⁵

Danıştay'ın yukarıda sözedilen kararındaki mantığı anlamak fevkalade güçtür. Anlaşılabilirdiği kadarıyla Danıştay, Sağlık Bakanlığınca doğrudan sağlık hizmetinin sunulduğu hastanelerde özel sektörün hizmet vermeye başlaması tercihinin geçiş yapılması durumunda, özel sektöre karşı devletin sağlık hizmetini yerine getirmesi alternatifinin ortadan kalkacağı endişesinden hareket etmektedir: Özel sektör ruhsat olarak bir alternatif oluşturmak suretiyle sağlık hizmetini sunabilir, ancak, kamu eliyle yürütülmekte olan bir sağlık hizmetini devralarak tekel oluşturamaz. Aynen, ücretli geçişin sözkonusu olduğu otoyol hizmetini kurabilmek için, tekel oluşturmamayı teminen alternatif bir devlet yolunun hizmete açık tutulmasının sağlanması örneğinde olduğu gibi!

Kanaatimizce "görevlendirme" olsun olmasın, bir hastane yaptırılarak o bölgede hastaların özel sağlık hizmetlerinden faydalandırılmaları ya da okul yaptırılması ve hatta belli sayıda öğrencinin talep fazlalığı nedeniyle bahsekonu okula sevkedilmesi yönünde taahhüt altına girilmesi, o bölgede özel sektör tekelinin oluşumu hususuna dikkat edilmesi ve bu ihtimalde fiyatlandırma ile ilgili düzenleme getirilmek kaydıyla, imtiyaz olarak kabul edilmemelidir. Özetle, "kamu hizmeti" oldukları tartışma götürmeyen eğitim veya sağlık sektörlerinde sadece ruhsat vererek ve belki hizmetin fiyatlandırılmasına müdahale ederek faaliyetin görülmesi halinde imtiyaz ve idari sözleşmeden (yahut ruhsat verilmesine ilişkin işlemler dışında idari nitelikte olup idare hukukuna tâbi tutulabilecek bir işlem) bahsedilemezken, aynı konuların YİD modeli çerçevesinde özel sektörce ifa edilmesi durumunda imtiyazın gündeme getirilmesini anlayabilme imkanı yoktur.⁸⁸⁶ Aksi halde "ruhsat verme" halinde sözkonusu hizmetin neden imtiyaz olarak sayılmayacağına ilişkin bir ölçüt getirilmesi zorunlu olmaktadır.

Görüldüğü üzere, bir kamusal hizmet, özel sektör tarafından ifa edilmek yönünde bir taleple karşılaştığında devletin "kamusal hizmet kapsamı"nın aynı oranda daraldığını iddia etmek mümkündür. Nitekim, idare hukukunun duayenlerinden Sıddık Sami Onar da "(f)ertlerin ve hususi teşebbüslerin başaramayacağı kolektif ve umumi ihtiyaçları tatmin etme(nin) Devletin vazifesi ve hatta varlık sebebi..."

⁸⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; Uluslararası Tahkim, Olmalı mı Olmamalı mı, Dünya Gazetesi, 16 Temmuz, 1999.

⁸⁸⁶ "İmtiyaz" kavramından "ruhsat" kavramına geçiş hakkında bkz. Tan, İdare Hukuku (1998), op. cit., s. 456.

olduğunu, bir ihtiyacın "... fertler veya hususi, özel teşebbüsler marifetiyle karşılanıyor ve tatmin ediliyor..." olmasının, faaliyetin kamu hizmeti olarak adlandırılmasına engel olduğunu ifade etmektedir.⁸⁸⁷

Öte yandan, niteliği gereği "kamu hizmeti" sayılmayan alanlarda da, özel sektörün talip olmaması veya türlü nedenlerle talepte bulunmaması halinde, devletin bu alanlarda faaliyet gösterdiği de görülmektedir. Bu cümleden olarak, devletin Cumhuriyet'in ilk yıllarında sözgelimi kundura üretimine girmek zorunda kalması örnek gösterilebilir. Özel sektörün zaman içerisinde bu sektörler el atması halinde ise devletin bu faaliyetten el çektiği görülmektedir. Özelleştirme öncesinde bir iktisadi devlet teşekkülü niteliğindeki Sümerbank'ın kundura ve manifatura üretimi ile pazarlaması faaliyetinden 1990'lı yıllarda gerçekleştirilen özelleştirmeler çerçevesinde vazgeçilmiş olması, kanaatimizce bu duruma ilişkin iyi bir örnek oluşturmaktadır.

Şu halde, "her şey bir kamu hizmetidir"⁸⁸⁸ ve hiçbir şey kamu hizmeti değildir"⁸⁸⁹ ifadesi pek de yanlış sayılmayacaktır.⁸⁹⁰ Nitekim, bir görüşe göre "... (n)iteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur... Her insani faaliyet, niteliği ne

887 Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 14.

888 Crozat'nın ifadesiyle "... tabiatı iktisadı olarak âmmeye hizmeti addedilmesi icap eden bir hizmet mevcut olmadığı fikrindeyiz. Hiçbir kistasla ve hiçbir şartla bağlı bulunmayan vazı kanun tarafından muayyen bir zamanda lüzumlu görülen her şey âmmeye hizmeti derecesine çıkarılabilir" (Charles Crozat; *Âmmeye Hizmeti Mefhumu*, Ankara, Hukuk İlimi Yayma Konferanslar Serisi 32, 1938, s. 6'dan aktaran: Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 102). Yine, Duran'a göre "... "nitelikçe kamu hizmeti" olan bir tür faaliyet, zaten yoktur ve düşünülemez. Çünkü insanların faaliyetleri, kamusal ve özel kesimlere, özlere ve niteliklerinin gereği ve zorlaması ile değil, belli bir dönemde, belli bir topluma egemen olan iktisadi ve sosyal sistemin ibramı, yani belirli irade ile ayrılır. Binaenaleyh, her faaliyet kamu hizmeti olmaya elverişlidir ve fakat bu niteliği kazanması veya yitirmesi, yer ve zaman koşulları uyarınca, siyasi yöneticilerin iradesine bağlıdır" (bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 304). Ancak, Duran, devamla, "... (b)ir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme yetkisi, başlangıçta ve genellikle yasama meclislerine ait ise de, sonuçta ve uygulamada saptama yetkisi yüksek mahkemelerdedir" (ibid. s. 309) sonucuna varmaktadır.

889 "Niteliği gereği" kamu hizmeti olan bir faaliyetin olmayacağı görüşünde olanlar bulunduğu gibi (bkz. Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 304), iç ve dış güvenlik gibi kimi faaliyetlerin niteliği gereği kamu hizmeti oldukları da ileri sürülmektedir (bkz. Gülan, *Kamu Hizmeti Kavramı*, op. cit., s. 155).

890 Kamu hizmetinin belirlenmesinde subjektif görüş anlayışını benimseyenler bakımından, yasamanın herhangi bir hizmeti kamu hizmeti olarak tanımlamamış olması teorik olarak mümkündür (bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 59).

olursa olsun, kamu hizmeti olmaya elverişlidir, yeter ki siyasal organlar o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsinler.”⁸⁹¹ Gerçekten, özel sektör tarafından üstlenilen faaliyetler oranında “kamu hizmeti” tanımının kapsamı daraltılmak durumundadır. Zira, “... (toplumsal bir) ihtiyacın giderilmesine yönelik ve özel kişiler tarafından girilen herhangi bir faaliyetin ya hiç bulunmaması ya da yeterli olmaması ... (kamu hizmetinin belirlenmesinde) ortaya çıkan en önemli unsur(dur)”.⁸⁹² “Devlet, özel sektörün yeterli yatırım yaptığı, yani arz noksanı olmayan sahalara asla yatırım yapmaz.”⁸⁹³ Özel sektörün el atmayacağı -veya atamayacağı- “doğal kamu hizmetleri” de bulunmaktadır kuşkusuz; “yargı”, “milli-savunma” ve “genel asayiş koruma” ile “devlet yönetimi-idare” bunlardan sayılmalıdır ve nitelikleri gereğidir.⁸⁹⁴ Bunun dışındaki her türlü faaliyet, özel sektör tarafından üstlenildiği takdirde “kamu tarafından ifa edilmesi gereken” anlamında “kamu hizmeti” niteliğini yitirecektir. Devletin görevi, bu alanlarda özel sektörün “rekabetçi” bir şekilde bu hizmetleri ifa etmesini gözetmek, denetlemek ve düzenlemekle sınırlıdır. Bu husus, Anayasa’nın 167. maddesinde açıkça belirtilmektedir. Anılan maddeye göre “(d)evlet, para, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” Ancak, bu açık hükme rağmen, sermaye piyasası kanunu, tüketicinin korunması hakkında kanun ve bankalar kanunu çıkarılıp ilgili alanlarda düzenleme hizmetinin üstlenilmesi için yıllar geçmiş, nihayet AB ile kurulan gümrük birliğine uyum amacıyla sözkonusu yasalar çıkarılabılmıştır.⁸⁹⁵ Nihayet, bu meyandaki gelişmeler sonucunda “Rekabet Kurumu” ihdas edilmiştir ve halihazırda faaliyet göstermektedir.⁸⁹⁶

Özel sektör tarafından yerine getirilmekle birlikte, sektörün niteliği gereği rekabetin sağlanmasının güç ya da imkansız olduğu faaliyet alanları da bulunmaktadır. Örneğin, taşımacılık maliyetinin çok ağır olması nedeniyle çimento sektörü niteliği gereği bir “bölgesel tekel” konumundadır ve dolayısıyla rekabetin fazla yaşanmadığı bu sektörde devletin fiyat oluşumlarına veya sektördeki birleşme ve

891 Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 297.

892 Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 225.

893 Cansen, *Devlet Batıran Aysel’ler*, op. cit..

894 Aynı görüş için bkz. Savaş, *Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)*, op. cit., s. 94.

895 Kumcu, Ercan; *Rekabette AB’ye Uyum*, *Hürriyet Gazetesi*, 27 Kasım, 2005, s. 11, keza, bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 67.

896 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (13 Aralık, 1994 tarih ve 22140 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

devralmalara müdahalesi sözkonusudur. Bu tür alanlarda devlet "Rekabet Kurulu" marifetiyle bu düzenlemeyi yapabileceği gibi, ayrıca fiyatları tesbit yoluna da gidebilir. Nitekim, son yıllarda bankacılık krizleri sonrasında müflis bankaların kredileri çerçevesinde veya banka sahibi holdinglerin zor duruma düşmeleri nedeniyle kamuya devrolunan çimento fabrikalarının özelleştirilmeleri sırasında, bölgesel veya ülke genelinde tekel oluşturmamaları hususu dikkatle gözetilmiştir. Bu meyanda Rekabet Kurumu tarafından özelleştirme ihalelerinde en yüksek fiyatı veren kimi şirketlere devir sakıncalı bulunmuş ve Rekabet Kurumunca yapılan bu değerlendirmeye istinaden ihalelerde kimi zaman sıralamadaki ikinci sırada yer alan şirketlerin öne geçirildiği ve ihaleyi kazandıkları gözlenmiştir.

Keza, fiyat regülasyonu anlamında ekmek fiyatlarına idarece narh konulması şeklindeki eski uygulama, ilginç bir örnek olarak ortaya çıkmaktadır. Şu halde, doğal veya hukuki tekel konumu arz eden ya da kamu hizmetini ifa ettiği düşünülen sektörlerde fiyat tesbiti marifetiyle devletin gereken müdahaleyi ve düzenlemeyi yapması mümkündür ve bu yöntem bazı sektörlerde halihazırda uygulanmaktadır. Özel sektörün faaliyet alanından çekilmesi durumunda ise devlet, müdahale ederek bir "kamu hizmeti" halinde bahsekonu faaliyeti bizzat ifa edecektir. Özel sektörün kendiliğinden talip olmadığı faaliyet alanlarında ise devlet, özel sektörle yapacağı sözleşmeler çerçevesinde sözkonusu faaliyetin sunulmasını sağlayabilecek, bunun karşılığında ise ya üretilen ve tekel niteliği taşıyan malın fiyatını regüle edecek düzenlemeyi ihdas edecek (çimento üretimi örneğinde olduğu gibi), ya da bahsekonu hizmeti özel sektöre "gördürerek" bunun karşılığında özel sektöre belli bir ücret ödeyecektir (katı atık toplama örneğinde olduğu gibi).⁸⁹⁷

Hatta, devletin özel sektörce yürütülen faaliyetlere müdahalesi kimi zaman ilginç boyutlara da varabilmektedir: Sözelimi, 2005 ile 2006 yılının ilk yarısında inşaat sektörünün çok hızlı büyümesi karşısında çimento talebindeki olağandışı artış fiyatlarda beklenmeyen yükselmelere ve inşaat maliyetlerinde öngörülmeven çıkışlara yol açtığı veçhile konut sektöründe şikayetlere neden olduğunda, hükümet tarafından "arz eksikliği nedeniyle gerekirse çimento ihracatına kısıtlama getirilebileceği" yolunda açıklamalarda bulunulmuş, nihayetinde de Dış Ticaret Müsteşarlığınca yayımlanan bir Tebliğ⁸⁹⁸ marifetiyle çimento ihracatı kayda ve iz-

⁸⁹⁷ Tekel ve imtiyaz kavramlarının yakın ilişkisine ilişkin bkz. Emek, Uğur; *Özelleştirme Uygulamalarında Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Sempozyumu, Ankara, 1999.

⁸⁹⁸ Anılan Tebliğ 13 Temmuz, 2006 tarih ve 26227 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

ne bağlanmıştır⁸⁹⁹ Esasen, Osmanlılar döneminde de kimi zaman iç piyasada arz sıkıntısı meydana gelmemesini teminen ihracata yönelik kısıtlamalar konulduğu bilinmektedir.⁹⁰⁰ Hatta, ihracat dolayısıyla iç piyasada fiyatların aşırı yükselmesi neden gösterilerek Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından alınan 4 Temmuz, 1985 tarihli bir kararla mercimek ihracının dahi yasaklanmış olduğu bilinmektedir.⁹⁰¹ Giderek, 16. ve 18. yüzyıllarda uygulanan merkantilist ekonomi politikalarında da milli ekonomi için zorunlu ham maddelerin yurt dışına çıkışının yasaklanması ilkesinin benimsendiği bilinmektedir.⁹⁰² Özetle, gerek özellikli sektörlerde ve gerek ekonominin diğer sektörlerinde devletin piyasaya müdahalesi her zaman vuku bulabilmektedir ve hadd-i zatında bu durum Anayasa'nın 167. maddesinde de hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca "(d)evlet, para, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler".

Burada Anayasa Mahkemesi'nin ilginç bir kararına değinmek istiyoruz: 3974 sayılı Kanun uyarınca TEK'in özelleştirmesinin öngörülmesine karşı açılan iptal davasında Yüksek Mahkeme, 10 Aralık, 1994 tarihli kararıyla iptale hükmetmiştir. Gerekçeli kararda Yüksek Mahkeme, TEK'in özelleştirilmesi sonucunda "sektörün bir kısmının veya tamamının yabancıların eline geçmesini önleyici herhangi bir tedbir alınmamış" olmasını "elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi **stratejik öneme sahip**⁹⁰³ kamu hizmetlerinin yabancıların eline geçmesi, ülke savunmasının güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalıdır" demek suretiyle değerlendirmiş, giderek "tekelleşmeyi önleyici ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirlerin alınmamış olması"nı "Anayasa'nın 167. ve 168. maddelerine aykırı" bulmuş ve nihayet buradan hareketle de "bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel sektöre gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir" hükmüne varmıştır. Burada dikkati çeken önemli hususlardan birisi, tekelleşmeye ve kartelleşmeye değinilerek

⁸⁹⁹ Referans Gazetesi, 15 Ağustos, 2006.

⁹⁰⁰ Bkz. İnalçık, Halil; Osmanlı Para ve Ekonomi Tarihi, Doğu Batı, Makaleler I, 2. Baskı, Temmuz, 2005, Doğu Batı Yayınları, s. 181. Yine, Osmanlı döneminde mal kıtlığına yol açmamayı teminen kimi malların ihracının yasaklandığına dair bkz. Akyol, Taha; Osmanlı Neden Geri Kaldı?, Milliyet Gazetesi, 29 Kasım, 2004. Buna dair günümüz uygulamalarından bir başka örnek ise, ülke içindeki fiyat artışlarına engel olmayı teminen Hindistan'da buğday ihracının yasaklanmasıdır (bkz. Johnson, Jo; India Bans Wheat Exports in Prices Fight, Financial Times, 15 Şubat, 2007, s. 6).

⁹⁰¹ <http://ekonomitarihi.blogspot.com/2006/02/1985.html>

⁹⁰² Bkz. Güriz, Kapitalizm ve Hukuk, op. cit., s. 191.

⁹⁰³ "Vurgu" tarafımızdan yapılmıştır.

kamu hizmetinin özel sektöre devredilmesinde gözönüne alınması gereken temel hususlara işaret edilmekte olmasıdır. Dolayısıyla, bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından ifa edilmesinin ancak sektörde tekel oluşması ve fiyat oluşumu mekanizmasının regüle edilmemesi (kısacası, bir "ayrıcalıklı durum" yaratılması) halinde imtiyaz sayılabileceği yönündeki görüşümüzün Mahkeme kararında dolaylı olarak ifade edildiği söylenebilir.

- "Stratejik önem taşıma" kavramı

Kararda dikkati çeken bir diğer husus ise, Anayasa'da yer verilmemiş bulunan "stratejik" ibaresidir! Bu durum, bize son derece ilginç gelmektedir. Bu nedenle, stratejik önem taşıma ölçütü üzerinde biraz durmakta yarar görüyoruz. Öncelikle, Anayasa Mahkemesi'nin bu tanımlamayı hangi esaslara dayandırdığı hakkında açıklık bulunmamaktadır. Kararda ayrıca yabancıların eline geçmesine yönelik endişenin dayanak noktalarından birini teşkil ettiği görülmektedir, ki Anayasa'da yabancılarla alakalı böylesi bir açık hükme -yine- rastlanmamaktadır.

Ancak, karardaki ifadeden anlaşıldığı kadarıyla ülke ekonomisi ve halka düzenli ve kesintisiz "kamusal nitelikte" hizmet sağlanmasının önemine binaen, belirli sektörlerin stratejik olarak algılanması yönünde bir temayülün geliştiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, stratejik olma kavramının çok değişik biçimlerde algılanması mümkündür. Savunma sanayi gibi kimi sektörlerde stratejik olma niteliği daha rahatlıkla savunulabilecektir. Ancak, bu argümanın genellikle verimsiz kuruluşların mevcut şekliyle kalmasını teminen savunulabildiği görülmektedir. Sözcüleri, Fransa'da kimi gıda maddelerinin üretimini yapan Danone şirketinin bir Amerikan şirketince satın alınmasına yönelik olarak ciddi bir kamuoyu tepkisi gelmiş ve hükümet tarafından "milli güvenlik" gerekçesine istinaden anılan şirketin yabancıların eline geçmesine izin verilemeyeceği izhar edilmiş, bu durum "stratejik olma" savunmasıyla tahkim edilmiştir.⁹⁰⁴ Yine, ABD'nde havayolları şirketleri, Avrupa'da otomotiv ve bilgisayar şirketleri, keza dünya ölçeğinde çelik ve gemi yapımı sektörleri bu şekilde savunulmuş; Çin'de toprak hafriyatı işlerinde kullanılan makinelerin üretimi de aynı şekilde algılanmıştır.⁹⁰⁵

Dolayısıyla, stratejik olma gerekçesinin tehlikeli bir "mitos" olarak kimi sektörlerin mevcut sahiplerinde kalmasına, yabancılarla satışının engellenmesine yol aç-

⁹⁰⁴ Beattie, Alan; Ownership is not the real problem with China, Financial Times, 16 Nisan, 2007, s. 13; keza, Yoghurt turns sour, Financial Times, 14 Nisan, 2007.

⁹⁰⁵ Bkz. De Jonquieres, The Strange Paradox of Economic Nationalism, op. cit..

tığı söylenmekte ve bu durumdan milli ekonomilerin değil, sözkonusu "stratejik" şirketlerin halihazırdaki yöneticileri ile onların bürokratik plandaki sahiplerinin yararlandığı, bu kesimin gerçeğe aykırı biçimde kendilerini "milli menfaatlerin koruyucusu" olarak ileri sürmelerine yol açtığı savunulmaktadır.⁹⁰⁶ Bununla birlikte, bu gelişmenin sadece ülkemize mahsus bulunmayıp, korumacı politikalar izlenmesi anlamında dünyadaki pek çok ülke tarafından⁹⁰⁷ yukarıda belirtildiği şekilde ilginç gelebilecek (bkz. Danone ve Fransa örneği) gerekçeler arkasında savunulmakta olduğuna değinmek yerinde olacaktır. Nitekim, son yıllarda AB içerisindeki kimi ülkelerin stratejik kavramı arkasında korumacı politikalar izleme eğilimine girdikleri ve bunun önüne geçilebilmesini teminen "neyin stratejik olup olmadığı"nın açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği⁹⁰⁸ savunulmaktadır.⁹⁰⁹ "Ekonomik güvenlik" gibi kavramların da bu meyanda geliştirilerek ekonomik korumacılığın son dönemlerde hız kazanmasında etkinlik sağladığını son olarak vurgulamakta yarar vardır.⁹¹⁰

Öte yandan, Anayasa'nın 47. maddesinde "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel sektör teşebbüsleri"nin "devletleştirileceği"nden bahsedilmektedir. Görülüyor ki, Anayasamız halihazırda özel sektör tarafından ifa edilen -en azından- bazı faaliyetlerin "kamu hizmeti" niteliğinde olduğunu teyid etmektedir. Bununla birlikte, bu alanların imtiyaz sözleşmelerine tâbi olmaları gerektiği iddia edilmemektedir! Şu halde, mefhum-u muhalifinden hareketle, devletçe ifa edilen bazı kamu hizmetlerinin de -kural olarak- özel sektör tarafından imtiyaz konusu olmaksızın gerçekleştirilebileceği kabul edilmek durumundadır.

906 İbid.

907 Kimi ülkelerdeki yabancı yatırımcılara karşı koruyucu önlemlere ilişkin bir "kısıtlayıcılık endeksi" için bkz. Hufbauer, Gary – Warren, Tony; *The Globalization of Services, What Has Happened? What are the Implications?*, Ekim 1999, s. 13 (<http://www.iie.com/publications/wp/99-12.pdf>).

908 Vives, Xavier; *Barriers Need to be Lifted for an Integrated Market*, Financial Times, 15 Eylül, 2006, s. 11.

909 Bahsekonu korumacı politikaların son dönemlerde daha da yaygın biçimde savunulduğu; yukarıdaki bölümlerde belirtildiği üzere, özellikle Fransa'da bizzat Cumhurbaşkanı tarafından "bir dogma, bir ideoloji olarak rekabet Avrupa'ya ne vermiştir ki?" yolunda eleştirilerin ifade edildiği görülmektedir (bkz. Bounds, *EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris*, op. cit.).

910 Bkz. Solomon, Deborah; *Wave of protectionism gains force*, The Wall Street Journal, 6-8 Temmuz, 2007.

Kamu hizmeti kavramından yola çıkılarak varılan "imtiyaz" kavramı da bu açıdan incelenmelidir. Doğal ya da hukuki tekel konumundaki bir faaliyet alanının özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi mutlaka bir imtiyazı⁹¹¹ akla getirmemelidir.⁹¹² Burada imtiyaz, iktisadi açıdan bakıldığında ancak ve ancak bahse konu faaliyet alanında fiyatın veya ücretin faaliyet sahibi özel sektörce serbest olarak belirlenmesi halinde sözkonusu olabilir, zira "*ceterus paribus*"⁹¹³ ancak bu halde bir "öncelikli ve ayrıcalıklı durum-imtiyaz" yaratılmış olacaktır. Bu manada imtiyaz, imtiyaz konusu bir bölgede elektrik üretimi ve fiyatın serbestçe belirlenmesi "imtiyazı"nın bir ya da sınırlı sayıdaki özel sektör kuruluşlarına verilmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi, sözcüğü otomobil üretimi ve satışının sadece bir ya da sınırlı sayıdaki üreticilere tanınması ve fiyatların serbestçe tesbiti şeklinde de gündeme gelebilir. Bu meyanda ithalatın engellenmesi ve sadece iki otomobil fabrikasına üretim ve fiyatı serbestçe belirleyerek satış izni (imtiyazı) verilmesi (ki bu bir "hukuki tekel" örneğidir), bu meyanda imtiyazın nasıl oluşturulabileceğine ilişkin olarak ülkemizde 1980 yılı öncesindeki bir uygulamadan çıkarılabilecek iyi bir örneği teşkil edebilir.⁹¹⁴

Öğretide bu yönde görüşlere rastlanması da sevindiricidir: Karahanoğulları'na göre, "... herhangi bir girişimcinin gerekli izinleri aldıktan sonra ... otomobil fabrikası, elektrik santrali açıp... piyasa kuralları çerçevesinde üretim yapması ile.. de-

⁹¹¹ Burada "imtiyaz" sözcüğüyle hukuki anlamdaki imtiyaz değil, "ayrıcalık" bağlamındaki sözlük anlamı kastedilmektedir.

⁹¹² Oysa, Özay "Kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle görülmesinin en önemli sonuçlarından biri aynı zamanda bir 'tekel' oluşturmasıdır" görüşündedir (bkz. Özay, *Günüşünde Yönetim* (1994), op. cit., s. 267).

⁹¹³ "Diğer koşullar aynı kalmak kaydıyla" anlamında yaygın olarak kullanılan Latince deyim.

⁹¹⁴ Bilindiği üzere 1980 yılından önce ülkemizde başlıca iki adet otomobil fabrikası bulunmaktadır ve otomobil ithalatı yüksek ithal vergileri ile son derece sınırlandırılmıştır. Dış alımın kolaylaştırılması ve yeni otomotiv yatırımlarına izin verilmesi yönünde daha sonraki yıllarda ortaya çıkan gelişmelere bu iki firmanın şiddetle karşı çıktığı ve hatta bunlardan birinin hükümeti Bursa'daki üretim tesislerinin kapısına kilit vurmaya tehdit ettiği, dönemin iktidarının bu tavırdan etkilenmeksizin uygulamaya devam etmesi sonucunda ülkemizde üreticilerin nihayet son derecede ilkel sayılabilecek sadece -türevleri hariç- iki modelden oluşan yerli otomobile mahkum edilmekten kurtulup, gelişmiş ülkelerdekilerle kalite, teknoloji ve fiyat bakımından rekabet edebilecek yeni modellere kavuşabildiği hatırlanmalıdır! Bu tekelci ve korumacı yapı yüzünden, 1960'lı yılların motor teknolojisiyle donanmış araçların, hatta 1982 yılında ABD'nde üretimden kaldırılan bir modelin Türkiye'de nasıl "en iyi yerli" sloganıyla sunulabildiği hakkında geçmiş uygulamalara dair ilginç bir öykü için bkz. Aydın, Engin; *23 İnançlı İnsanın, 129 Günlük Serüveni Sonucu 1961'de Doğan ve Hala Direnen Bir Otomobil: Adı Devrim, içinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri-I*, TMMOB Yayını, Nisan 2004, s. 115.

ğişik sözleşme tipleri ve ruhsat yöntemleri (altında) üretim ve ticaret tekeli alması, belirli ayrıcalıklardan yararlanması, devletin girişimciyi piyasa risklerinden kurtaracak şekilde uzun süreli alım güvencesi vermesi, mallarını tekel altında, devletin belirleyeceği ve her zaman kârı garantileyecek bir tarifeden satışı imkanına sahip olması... kamulaştırma ... imkânı verilmesi gibi durumlar arasında fark olduğu açıktır. Birincisinde faaliyet tamamen piyasa ilişkileri alanında kalırken, ikinci durumda belirli oranda siyasallaşmakta, kamusallaşmaktadır... Konu olarak benzer faaliyetleri kamu hizmeti-özel hizmet olarak farklılaştıran da bu durumdur."⁹¹⁵ Yazarın, "siyasal alana aktarılma" ve böylece kamu hizmeti olarak betimleme bakımından "piyasa koşullarından ayrıcalık yaratılmış olmaya" işaret etmesi, bizim başlıca vurgu yapmak istediğimiz husustur.

Bununla birlikte, öğretilerde bu ayrıcalıklardan dolayı imtiyaz kavramına geçişin açık (net) biçimde yapıldığına rastlamıyoruz. Yukarıda belirtilen "belirli ayrıcalıklardan yararlanma", sözgelimi bir elektrik santali yapımının ihalesiz ve rekabetsiz, piyasa koşullarına bağlı kılınmaksızın gerçekleştirilmesi halinde bu durumun sözkonusu yapım faaliyetini kamu hizmeti haline getireceği, imtiyaz kavramı altında değerlendirilmeyecekse dahi en azından "siyasal alana dahil edilmekle kamu hizmeti niteliği kazanmış olması"na istinaden, yapım işine dair idare ile girişimci arasındaki sözleşmenin "idari sözleşme" addolunması savunulabilecek midir? Bilindiği üzere, hukukumuzda idarenin kamu hizmetlerine (karayolu veya baraj yahut elektrik santrali yapımı gibi altyapı faaliyetlerine) ilişkin (bayındırlık hizmetleri olarak da adlandırılan) yapım sözleşmeleri –Fransız uygulamasının aksine- özel hukuka tâbi kılınmaktadır.⁹¹⁶ Dolayısıyla, burada verdiğimiz örnek türünden uygulamalar açısından, imtiyaz kavramına geçiş yapılmak istenmese dahi hiç olmazsa idari sözleşme addolunarak idari yargıya tâbi kılınması, bu "siyasal alana" aktarmasının doğal sonucu olarak algılanacaktır ümidindeyiz. Kaldı ki, bize göre bu türden ayrıcalıklar, yineleyegeldiğimiz üzere, bir imtiyaz kavramı etrafında yargısal korunmaya kavuşturulması gereken konuları teşkil etmektedir.

⁹¹⁵ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 64.

⁹¹⁶ Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 529; Tan, *İdare Hukuku ve Tahkim*, op. cit., s. 9, 10; Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 315. Öğretilerdeki (ve yargıdaki) bu baskın görüşe karşın Gözler, bu sözleşmelerin Devlet İhale Kanunu'na göre yapılması dolayısıyla otomatik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmasının yanlışlığına değinmekte ve bahse konu sözleşmelerde özel hukuku aşan nitelikte hükümlere yer verilmesi veya karayolu yapımı işinin taahhüt şirketine ihaleyle verilmesine yönelik sözleşmede olduğu gibi konusunun bir kamu hizmetinin ifasına yönelik olması hallerinde bunların idari sözleşme olarak kabulleri gerektiğini savunmaktadır (bkz. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 470-473)

İmtiyaza ilişkin bir başka örnek olarak ülkemizde yassı çelik üreten tek kuruluş olan Erdemir verilebilir. Başlangıç yatırımının fevkalade yüksek olması nedeniyle, 7462 sayılı Kanunla 1960 yılında kurulmaya başlanan ve özel bir A.Ş. statüsüyle 1965 yılında da işletmeye alınan Erdemir, bir kamu teşekkülü olarak kurulmuş⁹¹⁷ ve 2005 yılında tamamen özelleştirilmesine⁹¹⁸ değin kamu tarafından idare edilmiş olup, kuruluşundan beri ülkede yassı çelik üreten tek kuruluş olarak⁹¹⁹ fiili tekel konumunu haizdir. Ürettiği ürün sanayide yaygın olarak kullanılmaktadır (beyaz eşya ve otomotiv sanayii sektörleri gibi), dolayısıyla vazgeçilmez olması ve geniş kitlelerin ihtiyacını karşılaması nedeniyle açık şekilde "kamu hizmeti" niteliğini haiz bulunmaktadır. Üretilen yassı çeliğin fiyatının belirlenmesinde herhangi bir kontrol mekanizması oluşturulmaksızın Erdemir'in özel sektöre devri piyasada tekel konumu yaratacak ve geniş kitlelere verilecek hizmeti etkilemesi nedeniyle burada bir "imtiyaz"dan bahsetmek mümkün olabilecektir (yassı çelik ithalatının kısıtlanması ve ikinci bir tesise izin verilmemesi veya ikinci tesisin ekonomik olmaması halleriyle sınırlı olmak kaydıyla). Nitekim, öğretilerde de "... idarenin aynı konuda başka girişimlere izin vermemesi gibi"⁹²⁰ gibi bir durumun imtiyaz kavramının özelliklerinden birisi olarak değerlendirilmekte olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce ülkemizde "imtiyaz" kavramı son derece hatalı biçimde yorumlanmakta ve yakın geçmişteki tarihi gelişmeler istismara açık, hatalı bir yorumlamaya maruz tutulmaktadır. Bu meyanda, sözgelimi İstanbul-Bağdat demiryolunun bir Alman firmasına yaptırılması ve işletilmesi, fiyatın tesbitini ilgili firmaya bırakmamak kaydıyla bir "imtiyaz" teşkil etmekten uzak kalmak durumundadır. Şu halde, kural olarak (bu kuralın istisnası olan süre unsuruna aşağıdaki paragrafta değinilmektedir) fiyatın serbestçe teşkiline imkan bırakmamak (ve doğal olarak sözleşmelere önceden öngörülmüş-sabitlenmiş fiyat artışlarını dahil etmemek) kaydıyla, doğal ya da hukuki tekel olsun, hiçbir faaliyet alanında "imtiyaz"dan bahsetmek imkanı bulunmayacaktır.

917 Kiper, Mahmut; *Fabrika Kuran Fabrika Kardemir ve Türkiye Cumhuriyeti Demir-Çelik Öyküsü*, içinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri-I, op. cit., s. 34.

918 www.oib.gov.tr

919 Kiper, *Fabrika Kuran Fabrika Kardemir ve Türkiye Cumhuriyeti Demir-Çelik Öyküsü*, op. cit., s. 34.

920 Bkz. Tan, Turgut; *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, Hukuk Kurultayı 2000 (14 Ocak, 2000), Ankara Barosu Yayını, s. 459.

Ancak, fiyatları devletçe belirlenmekle beraber, bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel sektöre gördürülecekse, burada yine imtiyazın izlerini görmek mümkün olabilir. Zira, taraflarca sözleşmenin daha en başında belirlenmiş olan karşılıklı "denge"nin (sözgelimi hizmete ilişkin tarifinin-fiyatların belirlenmesine yönelik hükümler gibi) zaman içerisinde geçerliği sorgulanmaya muhtaç olabilecektir! Sözgelimi, Fransa'daki bir imtiyazda kömüre dayalı havagazını kullanan işletmeci, kömür fiyatlarında olağanüstü artışlar meydana geldiği gerekçesiyle sözleşmenin başındaki ekonomik dengenin bozulduğu gerekçesiyle tarifinin buna göre uyarlanmasını talep etmiş ve buna dair ihtilaf Fransız Danıştayınca görülerek çözüme kavuşturulmuştur, kuşkusuz kamu yararı dikkate alınmak suretiyle.⁹²¹ Bu itibarla, uzun dönemli sözleşmelerde kaçınılmaz olarak ihtilaflar vuku bulduğunda, kamu yararını gözetecek idari yargı tarafından ihtilafın çözüme kavuşturulması kuşkusuz önem taşımaktadır. Şu halde, süre unsuru da imtiyazın temel belirleyici ölçütlerinden birini teşkil etmelidir. Ekonomik dengenin yanı sıra, hızla gelişen teknoloji de imtiyaz sözleşmesinin imzalandığı zamanın gereklerini ilerleyen sürelerde anlamsız kılabilmekte ve sözleşmenin sorgulanmasını gerektirebilmektedir; bu itibarla, imtiyaz sözleşmelerinde sürenin asgari tutulması kuşkusuz elzemdir. Nitekim, Duran daha 1982 yılında "... çağımızda, teknolojinin, iktisadi ve sosyal şartların hızla gelişmekte ve değişmekte olması dolayısıyla, imtiyaz sürelerinin çok uzun tutulması gereği ve eğilimi vardır"⁹²² değerlendirmesini yapmaktaydı. Bu itibarla, teknolojik gelişmelerin daha yüksek bir ivme kazandığı günümüzde, uzun süreli sözleşmelerin imtiyaz telakkisi altında tutulması gereği dikkatle değerlendirilmelidir.

Tekrar elektrik enerjisi sektörüne dönersek, elektriğin üretim ve dağıtımında tekel oluşturulmaksızın rekabetçi bir yapı oluşturmak mümkündür ve günümüz teknolojisi buna cevaz vermektedir. İletim ise teknolojik açıdan hala bir doğal tekel niteliği arz etmektedir. Dolayısı ile üretim ve dağıtımda rekabetçi bir yapı oluşturmak, iletimde ise yine özel sektör eliyle ve fakat fiyat tespitini idareye ya da idare ile ilgili sektördeki tarafların oluşturacağı bir kurula bırakarak "imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde" bu faaliyet alanını tamamen özel sektöre terketmek mümkündür. Günümüzde muhtelif ülkeler bu modeli başarıyla uygulamaktadır (örne-

⁹²¹ Bkz. Özay, *Günlüğünde Yönetim* (1994), op. cit., s. 270.

⁹²² Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 332. Bu anlamda elektrik enerjisi sektöründe 50 yıllara varan uzun süreli imtiyaz sözleşmelerinin imzalanabilmiş olmasında isabet görmek fevkalade zordur.

ğın İngiltere)⁹²³. Özetle, herhangi bir "imtiyaz"a mahal vermeksizin bu faaliyeti özel sektör marifetiyle gerçekleştirmek, sadece ve sadece "imtiyaz" ve "kamu hizmeti" kavramlarının çağdaş ve akılcı yorumu ile gerçekleştirilebilecektir; bunun için münhasıran bu anlayışın gerektirdiği hukuki düzenlemelerin yapılması yeterli olacaktır (Anayasa'nın rekabetin korunması ile ilgili 167. maddesi uyarınca sektörde rekabeti veya tekelci konumun engellenmesini âmir hüküm çerçevesinde düzenleyici kurum ("*regulatory body*") ile ilgili düzenlemenin yapılması gibi).⁹²⁴

2.2. Yİ Modeli ve Kamu Hizmeti-İmtiyaz Kavramları

Yap-İşlet modelinde ise, yatırımcının ilgili yatırımı yapması ve belli bir süre ile veya süresiz olarak işletmesi sözkonusudur. Şu halde, Yİ modeli bir finansman modeli olmaktan ziyade, özü itibarıyla "ruhsat" niteliğindedir. Yİ modelinin, herhangi bir özel sektör yatırımı için idareye yapılan başvuru ve sonunda yatırım için izin alınmasından başka bir şey olmadığı düşünülebilir. Bu meyanda, bir otomobil fabrikasının kurulması ve işletilmesi örneğinde alınan izin ile Yİ modeli arasında bir fark bulunmadığı söylenebilir. YİD ve Yİ modellerinin hangi şartlar altında imtiyaz ve kamu hizmeti kavramlarıyla ilişkilendirilebileceği ve özellikle Yİ modelinin hangi hallerde bir finansman modeli görünümüne bürünebileceği hususlarına aşağıda değinilmektedir.

Öte yandan, ETKB tarafından Yİ modeli çerçevesinde beş adet enerji santralinin ihalesi gerçekleştirilmiştir.⁹²⁵ Bakanlık, Yİ modeline dayanan sözleşmelerin bir özel hukuk müessesesini teşkil ettiği, TEAŞ'ın da bir özel hukuk tüzel kişisi olarak enerji sözleşmelerine taraf olduğu, binnetice burada imtiyazın sözkonusu olmadığı görüşünü savunmuştur. Yİ modeline ilişkin kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmamıştır. Ancak, bize göre Yİ modelinin de imtiyaz teşkil ettiğini söylemek gerekmektedir. Zira, mahiyeti gereği bu sözleşmeler ile YİD projeleri arasında imtiyaz teşkil etme bakımından temelde bir fark bulunma-

⁹²³ Arjantin'e ilişkin bir başka örnek uygulama ile alınan başarılı sonuçlar hakkında bkz. Emek, Uğur; Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri, Vergi Dünyası Dergisi, Ekim 1999, Sy. 218, s. 6-7.

⁹²⁴ Bu noktada ülkemizde de aynı sonuca varıldığını ve elektrik enerjisi sektöründe rekabeti getirmeyi hedefleyen 4628 sayılı Kanun ile Enerji Piyasası Kurulu'nun oluşturulduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Bu konuya ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinmekteyiz.

⁹²⁵ Bkz. Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nın 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

maktadır. Kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmamış olmasının, Kanunun çıkarıldığı dönemdeki siyasal yapının değişmiş olması ve daha önce YİD projelerine ilişkin yasal mevzuat aleyhine dava açan siyasal partinin, hükümet değişikliği sonucunda bu defa muhalefetten iktidara geçmiş olmasıyla açıklanabileceği düşünülebilir. Maamafih, Yİ modeline ilişkin Kanun çerçevesinde imzalanmış sözleşmelerin sivil toplum örgütlerince idari yargıda dava konusu yapılmak suretiyle Anayasa'ya aykırılık iddialarının yargı önüne getirilmesi olanağı mevcuttur.

Nitekim, KİGEM tarafından Bakanlık ile ENKA Intergen konsorsiyumu arasında İzmir bölgesinde Yİ modeliyle doğal gazla dayalı termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan 8 Ekim, 1998 tarihli sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğini taşıdığı ve bu meyanda Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmeksizin imzalanmış olmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği veçhile iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle dava açıldığı görülmüştür. Bahsekonu davada Danıştay, 10 Haziran, 2005 tarihinde anılan sözleşmenin imtiyaz niteliği taşıdığı ve bu meyanda Anayasa'nın sözleşmenin imzalandığı dönemde yürürlükte bulunan hükümleri karşısında Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilmesi gerektiği görüşüyle yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir.⁹²⁶

Bu gelişme sonrasında, idare tarafından bahsekonu Yİ santralinin yürütülmesinin durdurulması halinde elektrik sıkıntısının başgöstereceği gerekçesiyle anılan karar uygulanmamış ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin Danıştay kararının uygulanmamasına hukuki zemin oluşturarak Bakanlığın santrali çalıştırmasına cevaz vermeyi teminen 22 Ağustos, 2005 tarihinde 2005/1 sayılı Bakanlar Kurulu (Prensip) Kararı alındığının anlaşılması üzerine, yine KİGEM tarafından Danıştay nezdinde bu defa anılan BKK aleyhine yürürlüğü durdurma ve iptal davası açılmıştır. Bu davaya yönelik savunmasında Bakanlık, Danıştay'ın vermiş bulunduğu yürürlüğü durdurma kararının uygulanması halinde olumsuzluklarla karşılaşacağı, oysa 3154 sayılı Bakanlık Kuruluş Kanunu'nun hükümleri uyarınca böylesi bir olumsuzluğa mahal vermemek üzere her türlü önlemin alınmasına yetki verilmiş olduğu, santral üretiminin kesintiye uğratılmadan devamında kamu yararı bulunduğu gerekçelerinden hareket ettiğini vurgulamıştır. Buna karşın Danıştay, 4283 sayılı Kanun hükümleri gereğince dava konusu santralin üretim faaliyetinin devamında Bakanlar Kurulu'na karar alınması hususunda bir yetki verilmediği, öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde "Cumhuriyet'in nitelikleri" arasında sayılan hukuk devleti ilkesi ve bu ilkenin bir gereği olarak 138. maddesi uyarınca yargı kararları-

⁹²⁶ Danıştay 13. Dairesi, E.2005/5304 sayılı karar.

nın uygulanması gereği ilkesi çerçevesinde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine de atıf yapmak suretiyle anılan santral üretim faaliyetinin devamı yönünde karar alınmasında hukuka uyarlık görülmediği sonucuna varmış ve 30 Mayıs, 2006 tarihli kararıyla da anılan BKK aleyhine dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir.⁹²⁷

Bu gelişme üzerine artık ilave bir idari kararlar yürütmeyi durdurma kararına dair uygulamanın geciktirilemeyeceğinin anlaşılmasını müteakip, bu defa yeni bir yasal düzenlemeye gidilerek duruma hukukilik kazandırılmasının tercih edildiği görülmektedir. Bu meyanda çıkarılan 5539 sayılı Kanun'un⁹²⁸ 1. maddesiyle aşağıdaki düzenleme getirilmiştir:

"MADDE 1 – 16/07/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun;

a) 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasından sonra gelmek üzere altıncı fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbidir."

b) Geçici 1 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 2- Bu maddenin yürürlük tarihini takip eden üç aylık süre içerisinde daha önce bu Kanun hükümlerine göre üretim tesisi kurma ve işletme izni almış üretim şirketlerinin Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. 'ye başvurması üzerine, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ile üretim şirketi arasında, önceden imzalanmış sözleşmenin yerine geçmek üzere aynı hüküm ve şartları ihtiva eden özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşme imzalanır. Bu durumda bu Kanun hükümlerine göre daha önce imzalanmış sözleşmeler ile ilgili olarak; verilmiş olan hazine garantileri, mütalaa, protokol, açıklama tutanağı, bildiri, muvafakat, taahhütnameler ve Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. ile ilgili üretim şirketleri arasında imzalanan doğal gaz satış sözleşmeleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın içerdiği hüküm ve şartlarla yenilenmiş sayılır.

⁹²⁷ Bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 30 Mayıs, 2006 tarih ve E.2006/975 sayılı kararı.

⁹²⁸ Kanun No. 5539, Kabul Tarihi: 1 Temmuz, 2006 (18 Temmuz, 2006 tarih ve 26232 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Bu madde uyarınca imzalanan sözleşmeler için 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2 nci maddesinde yer alan onay ve süreye ilişkin hükümler uygulanmaz.””

Yukarıda getirilen Yasa değişikliğinde, BOTAŞ gibi kimi kurumların daha önce imzalamış oldukları sözleşmeler veya Hazine garantilerine dair mektuplar gibi evvelce imzalanmış belgeler kanunen aynen imzalanmış addolunarak yeni düzene uyum sağlamayı teminen hukuki nitelikleri özel hukuka tâbi olmak açısından “düzeltilmiş” sayılırken, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) ile üretim şirketi arasında imzalanmış bulunan aynı durumdaki diğer ilgili sözleşmelerin, yasayla yeniden imzalanmış sayılmak yerine bizzat yeniden imzalanmalarının öngörülmesi dikkat çekmektedir. Bu farklı uygulamaya neden gidildiği anlaşılamamaktadır. Öte yandan, anılan Kanun’un “çok aceleyle” yazıldığı da görülmektedir. Nitekim, “A” bendinde “DSİ Genel Müdürlüğü” ifadesine yer verilirken, hemen akabinde “B” bendinde “Umum Müdürlük” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir! Burada da yine DSİ Genel Müdürlüğü’ne atıf yapıldığı varsayılacaktır kanısındayız.

Bir başka hatalı kısım ise, Geçici Madde 4’te görülmektedir. Anılan hükümde “(ç)ok maksatlı projeler ile bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce İkili İşbirliği Anlaşmaları kapsamında yer alan projeler ve önceki yıllar yatırım programlarında yer alan projeler, *lisans alınmasına gerek olmaksızın*, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yedi yıl içinde yapılabilir veya yaptırılabilir. **Bu projelerin** hidroelektrik üretim tesislerinin yapımı aşamasında, elektrik üretim tesisleri, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında faaliyet göstermek üzere özel sektör başvurularına açılır. Dört ay içerisinde başvuru olmaması halinde, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilebilir” ifadesine yer verilmektedir. Bahsekonu paragrafın ikinci cümlesi “*bu projeler*” ifadesiyle başladığına göre, hem “çok maksatlı projeleri”, hem de “ikili işbirliği anlaşmaları kapsamındaki” projeleri içerdiğinde duraksamaya gidilemez. Ancak, cümlelerin devamında bu projelerin baraj gövdesi yapımı tamamlandıktan sonra elektrik üretimiyle ilgili kısımlarının özel sektöre açılacağı gibi bir sonuç doğmaktadır. Yani, DSİ Genel Müdürlüğüncelikle klasik finansman modeliyle yapılacak projelerde dahi elektrik üretim kısmı için özel sektörün başvurusuna açılma zorunluluğu getirilmiş görünmektedir. Aksi halde, “**bu projeler**” ifadesi yerine “**bu projelerin özel sektöre yaptırılması halinde**” ibaresine yer verilmesi gerekirdi. Bu halde de çelişkili bir durum ortaya çıkmış olacaktı, zira özel sektöre yaptırılması öngörülüyorsa, hem yapım ve hem de elektrik santrali kısmının daha başlangıçta özel sektör başvurularına birlikte açılması mantık gereğidir. Bu durumda ise, “bu projeler” ifadesi anlamsız kalmaktadır.

Oysa, ikili işbirliğine konu edilen projeler açısından böyle bir olanak bulunmamaktadır; zira, anılan projeler hem barajın hem de elektrik üretimine yönelik santralin aynı şirket tarafından bir bütün halinde yapımını kapsamaktadır. Şu halde, yanlış yazıldığı anlaşılan bu açık hüküm karşısında, ikili işbirliğine konu projelerin tüm yapım işinin birlikte, yani santral kısmı özel sektör başvurularına açılmaksızın, dolayısıyla da ihaleye çıkılmaksızın gerçekleştirilmesi olanağı ortadan kalkmaktadır. Bu analiz, her ne kadar DSİ tarafından murad edildiğini düşünmesek de, kuşkusuz, kamu yararına bir sonuç yaratacaktır. Bu durum, keza, yukarıda örnek verdiğimiz Ilisu Barajı Projesi ve aynı durumdaki diğer projeler için de geçerli olacaktır!

Buraya kadar yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, YİD esas olarak bir finansman modelidir ve ancak bir kamu hizmetinin modele konu olması halinde "imtiyaz" sorunuyla ilişkilendirilebilir. Yİ modeli ise, kanaatimizce temelde bir "ruhsat" olmaktan ileri gitmemektedir. Bununla birlikte, normal olarak ruhsat verilmeyen ve muhtelif nedenlerle özel girişime kapalı tutulan bir sektörde sadece bir adet ya da sınırlı sayıda özel sektör kuruluşuna ruhsat verilmesi ve fiyat kontrolüne dair bir mekanizma kurulmaması halinde, oluşacak "tekel" konumu nedeniyle "ayrıcılık" bir durum meydana gelmesi ve bu minvalde "imtiyaz"dan bahsedilmesi mümkün olabilecektir.

Yİ modelinin bir finansman modeli olmadığını belirtmiştik. Bununla beraber, farklı bir yaklaşımla aksini -kısmen de olsa- iddia etmek mümkün olabilir: Daha önce kamu tekelinde bulundurulmuş bir kamu hizmetinin özel girişime açılması ve bunun Yİ modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde, sözkonusu faaliyet alanına ilişkin kamu hizmetini ifa etme yükünü devletin özel sektöre -dolaylı olarak- devrettiğini düşünebiliriz. Böylece, devletin finanse edeceği bir kamu hizmetinin özel sektör eliyle "bir nevi" finansmanı mevzubahis olabilecektir⁹²⁹.

Sonuç olarak, enerji sektöründe yaşanan darboğazın özel sektör katılımıyla YİD veya Yİ modelleri çerçevesinde çözümüne ilişkin olarak finansman sağlanması sürecinde karşılaşılan tahkim sorununun çözümlenebilmesi için, "kamu hizmeti"ne ilişkin tanımın çağdaş ve akılcı bir yorumunun ilgili çevrelerde itibar kazanması veya Anayasa'da yapılacak değişikliklerle imtiyaz açısından konuya açıklık getirilmesi gerekmiştir.

⁹²⁹ Bkz. Çal, *Kamu Hizmeti ve İmtiyaz...*, op. cit., s. 194.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 1995/23 sayılı kararı sonrasında YİD projeleri tam anlamıyla bir çıkmaza girmiştir. Gerçekten, 1995 yılından Anayasa değişikliğinin yapıldığı 1999 yılına kadar hemen hiçbir YİD projesi sonuçlandırılmamıştır. Nitekim Sn. Zabunoğlu "Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı karşısında YİD modeli işlemez, 3996 sayılı Yasa da uygulanma olanağı kalmamış olan birtakım ölü hükümler kataloğudur" sonucuna ulaşmaktadır.⁹³⁰ Bu çıkmazdan kurtulmak için gerek yurt içinde ve gerek yurt dışında sayısız toplantı, seminer ve konferanslar düzenlenmiş ve değişik çözüm önerileri getirilmiştir. Ancak nihai çözüm, 1999 yılındaki Anayasa değişikliğiyle⁹³¹ gelebilmiştir.

2.3. İHD Modeli ve Kamu Hizmeti-İmtiyaz Kavramları

Elektrik sektöründeki İHD uygulamalarına bakıldığında, sektörde rekabetçi uygulamaya gerektiği biçimde yer verilmediği görülmektedir. Sözgelimi, 3096 sayılı Kanun çerçevesinde 24 Ağustos, 1989 tarih ve 89/14393 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile İstanbul'un Anadolu yakasındaki elektrik dağıtım hizmetlerinin AKTAŞ Elektrik Ticaret A.Ş. tarafından yürütülmesinin uygun görüldüğü ve anılan şirketin "görevlendirildiği", bu uygulamada ihaleye çıkma gibi "en azından pazar için rekabeti sağlayacak" bir uygulamaya gidilmediği anlaşılmaktadır.⁹³²

Bu itibarla, sektördeki uygulamaları özelleştirme olarak kabul etmek zordur. Nitekim, "... dağıtım şebekesinin ıslahı ve serbest pazar ilkelerine uygun biçimde işletilmesi artık zorunlu hale gelmiştir. Akılcı ve rekabetçi bir yapı içerisinde bu sistemi Devlete yük olmaktan kurtarmak, dağıtım müesseselerini özelleştirmek Türk ekonomisine ciddi katkı sağlayacaktır"⁹³³ yolunda gayet yerinde tesbitlerde bulunan özel sektör temsilcilerinin, üstlenmeye talip oldukları uygulamanın kendi ifadeleriyle hiç de uyuşmadığını görmezden gelmeleri dikkat çekmektedir. Hatta, bir başka özel sektör temsilcisi, üstelik de İstanbul bölgesindeki bir dağıtım işletmesini yürütmekte olan şirket temsilcisi sıfatına karşın, çok daha doğru tesbitlerde bulunmaktadır: "Kanaatimizce mevcut uygulama için özelleştirme terimini kullan-

⁹³⁰ Zabunoğlu, *Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Önerileri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli*, op. cit., s. 50.

⁹³¹ 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (14 Ağustos, 1999 tarih ve 23786 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁹³² Bkz. Berkan, İlker; *Elektrik Dağıtım Sektöründe Özelleştirme ve Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.*, EMD, Sy. 392, 1993/2, s. 163.

⁹³³ Arabul, *Elektrik Enerjisi Üretim, İletim ve Dağıtım Özelleştirilmesi*, op. cit., s. 160.

mak pek doğru olmamaktadır. Yapılan iş sadece TEK'in bir çeşit taşıeronluğudur... Uygulamanın fiyat, şekil ve esaslarını TEK belirlemektedir. Görevli Şirketin (devletten) satın alacağı ve (halka) satacağı elektrik enerjisi fiyatları TEK tarafından tesbit edilmektedir. Bu nedenle, Görevli Şirketler mevcut durumları itibarıyla sadece sistemin işletilmesi, tahakkuk ve tahsilat işleriyle uğraşır durumdadırlar."⁹³⁴ Dolayısıyla, işletmeci şirketi işletim masraflarını azaltma yönünde bir insiyatif kullanmaya teşvik ederek, bundan dolayı olarak halkın da yararlanmasını sağlamak mümkünken, bu tür bir düzenlemeye de gidilmediği anlaşılmaktadır. "Görevli Şirketlerin kendi tarifelerini hazırlamasına imkan verilmesi (ve böylece) Görev Bölgesindeki işletme masraflarını asgari ölçülere düşmesi (yoluyla) maliyetler düşeceği için, bölgelere göre fiyat ucuzlaması da sözkonusu olabilecektir."⁹³⁵ Oysa, uygulamada İHD sözleşmelerinin bu tür maliyet azaltıcı yönde teşvik edilmediği ve dolayısıyla da tüketici lehine beklenmesi gereken indirimlerin sözkonusu edilmediği görülmektedir. Dağıtım bölgesinde münhasırlık (tekel) yaratılması çerçevesinde esasen rekabetten uzak bir yapı öngörülmüşken, üstüne bir de bu yapı içerisinde hâlâ belli derecede rekabet unsurlarına yer verilebilmesi imkan dahilinde olmasına karşın, buna dahi tevessül edilmemiş olması dikkat çekicidir ve kamu yararının anılan sözleşmelerde ne derecede korunduğu hususunda kuşkulara yol açmaya elverişlidir. Nitekim, kamu yararı yönündeki mülahazalarıyla Danıştay'ın dağıtım İHD sözleşmelerine mesnet oluşturan Bakanlar Kurulu Kararlarını iptal yönüne gittiği görülmektedir.

Öte yandan, bir başka sakınca yaratan husus da, dağıtım sözleşmelerinin bir insan ömrünü aşan, anlamsız derecede uzun sürelerle bağitlanmış olmasıdır. 3096 sayılı Kanun çerçevesinde 99 yıla kadar süreli sözleşmeler imzalanmasına yetki verilmesi, bu yetkinin kimi sözleşmelerde hiç bir sakınca görmeden 70 yıl gibi olağanüstü uzun sürelerle devleti bağlayacak ve herhangi bir fesih durumunda imtiyaz sahibine gereksiz yere tazminat ödenmesi yolunu açan bir hak "ihvan"ında bulunacak şekilde kullanılabilmiş olması, gerçekten hayret verici bir uygulamadır. Oysa, daha 1997 yılında "rekabetin koşulları tam anlamıyla sağlanmalıdır. Modelin verimli olarak işletilebilmesi için... (zorunlu olan) rekabet koşulları ise... ihale zamanında yaratılabilmektedir. (Dolayısıyla), mümkün olduğu kadar kısa işletme kontratı süreleri modele rekabet ve (bunun sonucunda) verimlilik getir(ebilecektir)"⁹³⁶

⁹³⁴ Berkan, *Elektrik Dağıtım Sektöründe Özelleştirme ve Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.*, op. cit., s. 165.

⁹³⁵ Berkan, *Elektrik Dağıtım Sektöründe Özelleştirme ve Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.*, op. cit., s. 165.

⁹³⁶ Arıoğlu, Ergin - Arıoğlu, Erdem; *Enerji Sektöründe Yap-İşlet-Devret Modelinin İrdelenmesi - II*, İN-TEŞ İşveren Dergisi, Yıl 7, Sy. 42, Temmuz-Ağustos 1997, s. 11.

ifadesine yer verildiği görülmektedir. Hatta, bu tarihten daha önce bir yabancı uzman tarafından ülkemizde gerçekleştirilen bir sempozyum çerçevesinde kesin bir uyarıda bulunulduğu da dikkatten kaçırılmıştır: "Sadece dağıtım işlerini TEK'in gözetimi altında Görevli Şirketlere vermek bir hatadır ve mutlaka önlenmelidir.. (e)lektriği... serbest bir pazar haline getirebilmek için bir program yapılmalıdır."⁹³⁷ İşletme sürelerinin fahiş biçimde uzun tutulması ile ilgili olarak "(r)ekabet yoluyla işletmecilik ve ucuz üretim sağlanacağı ileri sürülmekte, (ancak), tekel hakkı veren 30 yıllık, 70 yıllık görevlendirme sözleşmeleriyle rekabet daha baştan ortadan kaldırılmaktadır."⁹³⁸ Nitekim, 1952 yılında imzalanan imtiyaz sözleşmesiyle Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) Çukurova bölgesinde elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetlerini 49 yıl süreyle (2002 yılına kadar) sürdürmek üzere "görevlendirilmiştir". Nedense, daha 2002 yılına gelmeden, 19 Ekim, 1988 tarihinde, bu defa adını da imtiyaz yerine "görev sözleşmesi" olarak değiştirmek suretiyle yeni bir sözleşme imzalanmış ve imtiyaz süresi 70 yıl olarak (2058 yılına kadar) belirlenmiştir. Anılan tarihte Cumhuriyetin kendi yaşı henüz 70'e erişmemişken, ileriye yönelik 70 yıllık bir imtiyaz hakkının "ihсан" edilmesi, gerçekten Cumhuriyet öncesi devirlerin kapitülasyon uygulamalarını çağırıştırmaktadır. Şirket yetkilisinin ifadesine göre, bu uygulamaya "Şirket'in yatırımlarını devam ettirmesini teşvik amacıyla"⁹³⁹ gidilmiştir; ancak, altyapı yatırımı dahi olsa bir yatırımın kendini en çok 10-20 yıl aralığında geri ödediği dikkate alındığında, bu gerekçeye itibar edilemeyeceği ve bunun sadece "zevahir kurtarma" adına ileri sürüldüğü açıktır, kaldı ki eski sözleşme ile daha geride 14 yıllık bir süre bulunmaktaydı; bu süre de, yapılacak yeni yatırımların geri ödemesini sağlamaya yeterlidir. Bu vesileyle vurgulamak gerekirse, Osmanlı devleti döneminde dahi ulufeler bu denli umarsızlıkla dağıtılmamıştır.

Hiç kuşku yoktur ki, bu denli uzun sürelerle dağıtım hizmetinin tekelci bir yapı içerisinde özel sektöre verilmiş olmasında isâbet görülemez; zira, "kısıtlayıcı düzenlemelerin kaldırılması ("*deregulation*") veya özelleştirme yoluyla bir faaliyetin yeniden kurgulandırılması sürecinde hükümetler rekabeti artırıcı yönde hareket etmek zorundadırlar."⁹⁴⁰ İHD modeli çerçevesindeki uygulamalarda özellikle dağı-

⁹³⁷ Meyers, David; Elektrik Sektöründe Özelleştirme; İngiltere'nin Gerçekleştirdiği Tarihi Aşama ve Türkiye'nin Önündeki Tarihi Fırsat, EMD, Sy. 392, 1993/2, s. 141.

⁹³⁸ Aydıncık, Haşim; Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Girişimleri ve EMO, EMD, Sy. 392, 1993/2, s. 73.

⁹³⁹ Çukurova Elektrik A.Ş. Genel Müdürlüğü, Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Çukurova Elektrik A.Ş., EMD, Sy. 392, 1993/2, s. 167.

⁹⁴⁰ Carbajo, Introduction and Summary, Regulatory Reform in Transport – Some Recent Examples (Editör: José Carbajo), op. cit., s. 2.

tım sektöründeki 70 yıllık işletme süreleri "ihvan"ına esasen gereksinim de yoktur. Zira, şayet şirketin yapacağı ilave yatırımlarını geri alabileceği bir sürenin öngörülmesi ve böylece ilave yatırımların yapılabilmesi amaçlanmaktaysa, ülkemizde (ve hatta dünyada) hiçbir yatırım yoktur ki yatırımın kendisini geri ödeme süresi 20, yahut en fazlasından 30 yılı aşsın! Zaten, yatırımlar kredilerle yapılır ve kredilerin de geri ödeme süreleri 10-20 yıl aralığında değişir.

Şu halde, bu süreleri aşan vadelerle sözleşme bağlanması, sadece bir rantın uzun süreli olarak bir şirkete aktarılmasından başka bir anlamda gelmemektedir. Bunda ne gibi bir kamu yararının bulunduğu ise ciddi soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Bu tür uzun süreli sözleşmelerin dağıtım sektöründe yer alması, ilerideki teknolojik gelişmelerle hizmetin yapısında radikal değişikliklerin zaman içinde ortaya çıkması halinde ciddi kamu zararı ve tazminatlarla karşılaşılması olasılığını da gündeme getirmektedir. Sözgelimi, halihazırdaki teknoloji uyarınca dağıtım hizmeti sabit kablolar üzerinden yürütülmektedir. Oysa, teknolojik gelişmeyle elektriğin kablo olmaksızın hava üzerinden belirli frekanslar kullanılarak iletilmesi imkan dahiline girdiği takdirde, bütün bu hizmet yapısı temelinden sarsılacaktır ve bu hizmete gerek de kalmayabilecektir!

Nitekim, daha 1905 yılında Nikola Tesla tarafından elektrik enerjisinin telsiz iletimi için elektromanyetik dalgaların kullanılması yolunda deneyler yapıldığı ve deneysel ölçekte kısmî başarı sağlandığı bilinmektedir.⁹⁴¹ Hatta, bu düşüncüyü pratiğe dönüştürme yolunda ABD'ndeki bir grup bilim adamının son zamanlarda çalışmalarını yoğunlaştırdığı; daha yeni bir teknoloji kullanılarak, yüksek frekansta çalışan iki anten arasında frekans rezonansı aracılığıyla enerji transferinin yapılabildiği, şimdilik 3-5 metre mesafede etkili olan bu sistemin, sahip olduğu potansiyel itibarıyla yakın gelecekte daha uzun mesafelerde de uygulanabileceği belirtilmektedir.⁹⁴²

4628 sayılı Kanun'da İHD projeleriyle ilgili olarak, Geçici 4. maddede bir düzenlemeye gidilmiştir. Anılan maddeye göre;

⁹⁴¹ Bkz. Serbest, A. Hamit; *Türkiye'de Elektrik Enerjisi Üretiminin İlk Yılları (I. Bölüm)*, EMD, Sy. 419, Eylül 2003, s. 33.

⁹⁴² Bkz. Hürriyet Gazetesi, *Elektrikte Kablo Dönemi Kapanıyor*, 17 Kasım, 2006. Sistemin, bir enerji kaynağına bağlanan antenden rezonans yaratılarak diğer antene kablosuz biçimde iletililecek bir "enerji kuyruğu" oluşturduğu, bu süreçte herhangi bir radyasyonun ortaya çıkmadığı ve antenler arasında doğrudan görüş açısının da gerekmediği belirtilmektedir.

"Kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini (**Değişik ibare: 27 Haziran, 2001 tarih ve 4694 sayılı Kanun, madde 1**) 31 Ekim 2001 tarihine kadar tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmeleri hükümsüzdür.

İşletme hakkı devir işlemleri yukarıdaki birinci fıkrada belirtilen tarihe kadar tamamlananlardan, çevre kirliliğini önleyici tesisleri TEAŞ tarafından yapılanların bitirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin alınması için, devir tarihinden itibaren iki yıllık süre tanınır. Bu süre zarfında söz konusu tesislerdeki elektrik üretim faaliyeti bu gerekçeyle durdurulamaz."

Daha önceki bölümlerde ifade edildiği üzere, yukarıdaki maddenin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilmiştir. Bu itibarla, 2. fıkra hükmü halihazırda yürürlüğünü korumaya devam etmektedir. Oysa, kanaatimizce Anayasa'ya asıl aykırı olan, işte bu hükümdür. Ancak, bugüne kadar bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı yönünde Anayasa Mahkemesi'ne bir başvuru gelmediği bilinmektedir. Bahsekonu düzenlemeyle, sağlığa aykırı üretim yapan üretim santrallerinin idare mahkemelerinde açılacak davalarla üretimden men edilmelerinin önüne geçilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu hükmün, İHD yöntemiyle özel sektöre devredilmesi planlanan Yatağan, Yeniköy ve Kemerköy santrallerinin devrine yol açabilmeyi teminen getirildiği bilinmektedir. Nitekim, anılan santrallere ilişkin uzun süren hukuki mücadelelerin yapıldığı ve bunun sonucunda sözgelimi Yatağan Termik Santrali için Aydın İdare Mahkemesince 20 Haziran, 1996 tarihinde üretimden men kararı verildiği, buna karşın üretime devam etmelerinde kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle istihsal edilen 11 Eylül, 1996 tarihli Bakanlar Kurulu Kararına istinaden üretime devam edildiği anımsanacaktır.⁹⁴³ Dolayısıyla, İHD yöntemiyle devrin gerçekleştirilmesi sonrasında devralan şirketin yasal sorunlarla uğraşmasına engel olmayı ve böylece şirkete hukuki güvence tanımayı öngören yasa koyucunun, anılan yasal düzenlemeyi getirmek suretiyle mahkemelerin iptal kararını almalarına engel olmayı amaçladığı açıktır. Ancak, böylesi bir yasal hüküm getirilse de, Anayasa'nın bireylerin ve toplumun sağlığını korumaya yönelik 56. maddesi karşısında, bu türden bir yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır ve Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi halinde de iptal edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Anılan Anayasa hükmüne göre;

⁹⁴³ Bkz. Künar, Arif; Yatağan Termik Santrali: Olağan Bir Yurttaş, Hukuk, Çevre, Yatırım, Desülfürizasyon, Devir Skandalı Öyküsü..., EMD, Sy. 408, Nisan 2001 (www.emo.org.tr) (24 Kasım, 2006).

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak (la görevlidir)."

Şu halde, "devletin, yurttaşlarını "Elektrik Piyasası Kanunu" ile artık "resmen" zehirleyece(ği)"⁹⁴⁴ yönündeki yorumlarda da dile getirildiği şekilde, bu tür bir uygulama, kuşkusuz bir hukuk devletinde uygulama olanağından mahrum olmalıdır! Öte yandan, anılan yasal düzenlemenin sadece idari kararlarla "faaliyetten alınmayacağı" şeklinde algılanması gerekir. Dolayısıyla, yargı mercilerinin önüne bu yönde bir uyuşmazlığın gelmesi halinde, mahkemelerin bahsekonu Kanun uyarınca santrallerin faaliyetini durduraktan imtina edememesi gibi bir durum sözkonusu edilemez; yani, yargının bu tür bir kısıtlamadan etkilenmemesi beklenmelidir. Aksi halde, mahkemelerin de belirtilen Kanun hükmüyle bağlı oldukları yönünde bir algılama, yargı işlevinin yerine getirilmesini engelleyici bir nitelik kazandırılmış olunması anlamına gelecektir ve kuşkusuz böylesi bir yorum Anayasa'ya aykırı düşer.

Benzer yönde son bir ilginç gelişme, TBMM tarafından 23 Kasım, 2006 tarihinde kabul edilerek Cumhurbaşkanlığı'na gönderilen 5557 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun kapsamında ortaya çıkmıştır. Bir yabancı yatırımcının tarım arazisi üzerindeki yatırımının tarım arazilerine ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca gerekli izinleri almış olmamasına istinaden yargı kararıyla faaliyetten men edilmesi karşısında, 5557 sayılı Kanun ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Yasası'na eklenen geçici 3. maddede,

"11/10/2004 tarihinden önce, gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış bulunan arazilerin istenilen amaçla kullanımı için, bu Kanunun yayım tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlığa başvurulması, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verilir.

Sözkonusu arazi ve tesislerin istenilen amaçla kullanımı için çeşitli kurumlardan alınması gerekli ruhsat ve izin gibi işlemler, Bakanlığa başvuru tarihinden itibaren 2 yıl içerisinde tamamlanıncaya kadar başvuru sahipleri faaliyetlerine devam ederler. Bu süreler içerisinde gerekli izinleri alamayanların üretim faaliyetleri ilgili idarelerce durdurulur.

⁹⁴⁴ Künar, *Yatağan Termik Santrali: Olağan Bir Yurttaş, Hukuk, Çevre, Yatırım, Desülfürizasyon, Devir Skandalı Öyküsü...*, op. cit..

Tarım arazisi vasfından çıkarılan araziler, ilgili kuruluşlarca başvuru sahibinin isteği doğrultusunda vasfını değiştirir.”

düzenlemesine yer verilmiştir.

Anılan Kanun, Cumhurbaşkanlığınca TBMM’nce yeniden görüşülmek üzere geri gönderilmiştir. Geri göndermeye ilişkin açıklamada⁹⁴⁵, bahsekonu düzenlemenin bir yabancı şirketin sorununu çözmeyi amaçladığı, ancak hukuk devleti ilkesi gereği yasaların kişiye özgü olmaması gerektiği; öte yandan, yargı kararıyla izin, onay veya ruhsatı iptal edilerek yasal dayanaktan yoksun bırakılan sanayi tesislerine yasal geçerlilik tanınıp yargı kararlarının etkisiz kılındığı ve bunun hukuk devleti, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkeleleriyle bağdaşmadığı; Yasa’nın 6. maddesiyle getirilen düzenleme çerçevesinde hukuka aykırı bir etkinliğin 3 yıl süreyle koruma altına alınarak sürdürülmesinin sağlanmasının da ulusal çıkarlara ve kamu yararına aykırı olduğu yargı kararına bağlanmış, hukuka aykırı bir etkinliğin ilgili kamu yönetimlerinde hiç geciktirilmeden durdurulmasının Anayasa gereği zorunlu olduğu; bu itibarla, Yasa’nın 6. maddesiyle bir yabancı şirketin hukuka aykırı etkinliğinin Yasa’nın güvencesi ve koruması altına alınmış olması anlamına geldiği veçhile, böyle bir düzenlemenin “ayrıcalık” niteliği taşıdığı için Anayasa’ya aykırı düştüğünün kuşkusuz olduğu ifadelerine yer verilmektedir.

II. Anayasa Değişikliği Öncesinde Öngörülen Kimi Çözüm Önerileri

Anayasa Mahkemesince elektrik enerjisi üretiminin kamu hizmeti sayılması ve bu nedenle 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde özel sektöre elektrik enerjisi üretimi, dağıtımı ve ticaretinin “yaptırılması” ile ilgili sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olduğu gerekçesiyle uluslararası tahkime olanak tanınmaması çerçevesinde, 1995’li yıllardan itibaren artık konu yargısal açıdan kesinlik kazanmıştır. Bunun sonucunda ise, anılan yasalara istinaden imzalanmış bulunan YİD sözleşmelerinin gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar neredeyse bir çıkmaza girmiştir. Bu sorunun çözümlenebilmesi için gerek öğretide ve gerek uygulamadan gelen kişilerce çok değişik çözüm önerilerinin ortaya konulduğu ve tartışıldığı görülmektedir. Bu görüşlerin sahipleri tarafından, bağlı buldukları disiplinlere veya içinden geldikleri faaliyet alanlarına göre farklı yaklaşımların sergilendiği; sözgelimi, özel hukuk disiplininden gelen kimi akademisyenlerde idare hukukunun özelliklerinden kaynakla-

⁹⁴⁵ T.C. Cumhurbaşkanlığı’nın 5557 sayılı Kanun’un yeniden görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderilmesine ilişkin 7 Aralık, 2006 tarihli duyurusu (www.tccb.gov.tr).

nan inceliklere nazar atfedilmediği ve dikkate alınmadığı gözlenebilmektedir. Bunda, idarenin faaliyetlerinin sürekli gelişmesi karşısında idare hukukunun tedvin edilemeyen bir nitelik kazanması ve dolayısıyla içtihatlarla dayanan, genç bir hukuk dalı olması⁹⁴⁶; buna karşın idari yargı disiplini dışında kalan hukukçuların genelde adli-idari yargı ayırımını yeterince benimsememiş olmalarının ve idari yargının gerekliliği üzerindeki kuşkuvarın belirli oranda rol oynadığı da söylenebilir. Nitekim, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi Başkanı tarafından "adli yargı-ıdarî yargı ayırımının belirlenmesinde büyük güçlük çekildiği ve kırk kişilik genel kurulda dahi ancak oylamayla çözebildiklerinin" ifade edildiği, bu meyanda "bahse konu ayırımın kaldırılarak her iki yargının birleştirilmesinin" önerildiği görülmektedir.⁹⁴⁷

Bir görüşe göre, "çözüm yolu, bu tip sözleşmeleri, bu model içindeki yatırımları imtiyaz olmaktan çıkarmaktan geçmez. Bunların imtiyaz olduğunun kabulü ve ondan sonra çözüm yollarının bulunması gerekir... Bu da mümkün... Danıştay'ın yetkili olduğu bir tahkim usulünü benimseyeceksiniz... Adli yargıda (olduğu gibi) yabancı tahkim kararı Danıştayca tenfiz edilir, kamu düzenine aykırıysa tenfiz kararı vermez."⁹⁴⁸ "Danıştay'ın yetkili kılındığı bir tahkim, neden bir Anayasa değişikliği gerektirsin... Danıştaya, bu konuda tenfiz ya da temyiz mercii olarak... tahkim sözkonusu olduğunda bir yetki verdiğiniz takdirde, bu, kuşkusuz, Anayasaya aykırı olmaz."⁹⁴⁹ Bu görüşte yer verilen, "çözümün imtiyazı imtiyaz olmaktan çıkarmaktan geçmediği" hususuna tam olarak katılıyoruz. Bununla birlikte, şayet hakem kararının tenfizi aşamasında, kamu yararını korumak açısından müdahale olanağı açık bir yetki olarak Danıştay'a verilecekse, bu takdirde hakem kararında kamu yararının yeterince veya hiç korunmadığı hususu Danıştay tarafından tesbit edildiği takdirde tenfiz kararının reddedilmesi olasılığı bulunmaktadır ve bu da öngörülen çözümü pratikte işlerlikten uzak tutacaktır kanısındayız. Danıştay'ın, tenfiz aşamasında kamu yararını dikkate alamayacağı öngörülecek ise, bu defa da buna dair yasal düzenlemenin (değişiklik öncesindeki haline nazaran) Anayasa'ya aykırı bulunmak suretiyle Anayasa Mahkemesince iptali gündeme gelebilecektir.

⁹⁴⁶ Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 27, 28.

⁹⁴⁷ Bkz. Kartal, Bilal; *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, op. cit., s. 76.

⁹⁴⁸ İnan, *İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi*, op. cit., s. 16, 17.

⁹⁴⁹ Günday, Metin; *İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi*, içinde Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, op. cit., s. 73 ("Panel Başkanı" sıfatıyla).

Keza, "(s)özleşmede olmamasına rağmen sonradan getirilen kamu hizmeti mükellefiyetlerinin geçerliliği ve mali portresine tahkim ile karar verilip verilemeyeceği tartışmaları yanında, bu konuda tahkim heyetince alınacak bir kararın tenfizinde de büyük sorunlarla karşılaşılacaktır."⁹⁵⁰ Bu meyanda, Anayasa değişiklikleri ve uyum yasalarıyla özel hukuk sözleşmeleri düzeninin getirilmesi ve bu sözleşmelerin uluslararası tahkime tâbi kılınması karşısında, ileride zaman içerisinde bu türden uyarlamalara duyulabilecek gereksinimler düşünüldüğünde, kararları tenfize bağlı kılınmaksızın doğrudan uygulanan ICSID tahkimi dışındaki hakem kararlarının adli yargı üzerinden tenfiz edileceği hususu dikkate alınarak, adli yargının tenfiz sürecinde kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bu kararın tenfizinden imtina edebileceği düşünülebilir. Ancak, bunun "yüksek bir standart" ölçüsü getirdiği veçhile, idari yargının gördüğü uyuşmazlıklara kıyasen, uygulanmasının çok daha güç bir durum yaratacağı da açıktır. Anayasa değişiklikleri öncesindeki durum itibarıyla, sözgelimi enerji sektöründeki bir sözleşmeyle öngörülen tahkim kararının, "tahkim sözleşmesinin geçersizliği ve uyuşmazlığın kapsamına girmediği gerekçesiyle kamu düzenine aykırı olmak bakımından Türkiye'de tenfizine izin verilemeyeceği"⁹⁵¹ yargıç tarafından kararlaştırılabilecekti. Zira, "(y)abancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfiz edilebilmesinin koşullarından biri de, onun, Türk kamu düzenine aykırı olmaması teşkil eder (New York Sözleşmesi V, II/b; MÖHUK m. 45/b)."⁹⁵²

Bununla birlikte, değişiklik sonrasında bu tür bir mülahazaya dayanma imkanı da kalmamıştır. Bu itibarla, geriye hakem kararlarının açık biçimde hak ve nasa-fete aykırı olması, hakemlerin bağımsızlığının ihlal edilmiş olması veya "uyuşturucu veya beyaz kadın ticareti" türünde genel ahlaka ters düşen sözleşmelerden kaynaklanan edimleri hüküm altına alıyor olması gibi çok uç hususların dikkate alınabilmesi olanağı kalmakta; kamu düzenine aykırılık değerlendirilirken aykırılığın "açık olması" arandığı gibi, bu aykırılığın incelenmesinde hakemlerin belirli bir devletin kamu düzeni ve emredici kurallarından çok milletlerarası ticarete geçerli olan ilkeleri dikkate alması gereğinden hareketle '*milletlerarası hukuk bakı-*

⁹⁵⁰ Gülan, Aydın; *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 151.

⁹⁵¹ Tanrıver, Süha; *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 104.

⁹⁵² Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, op. cit., s. 95, 96.

*mindan geçerli olan kamu düzeni anlayışı' gözönünde tutulmaktadır.*⁹⁵³ Bütün bu unsurlar ışığında, adli yargıdaki tenfizde kamu düzenine aykırılık çerçevesinde uluslararası tahkimin olası zararlarının bertaraf edilebileceği öngörüsü mesnetsiz kalmaktadır.

Bu vesileyle bir noktaya açıklık getirmekte yarar görüyoruz: Tenfiz, neticede uluslararası tahkim kararının sadece ülke içerisinde uygulanmasına yöneliktir. Oysa, bu karar yurt içinde tenfize gerek kalmaksızın, ülkenin yurt dışındaki varlıkları üzerinden de rahatlıkla gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla, uluslararası tahkime yönelik lehdeki savunmalar dile getirilirken ortaya konulduğu görülen "tenfizin Türk mahkemelerince yapılacağı" veçhile kontrolün hâlâ Türk mahkemelerinde kalacağı ve gerekirse bu aşamada müdahale olanağının bulunduğu yönündeki görüşler, pratik sonuçlarıyla birlikte düşünüldüğünde, yanıltıcıdır. Öncelikle, ICSID kararları ICSID Sözleşmesi'nin 54. maddesi uyarınca devletin mahkemelerine başvurup tenfiz isteminde bulunmaya gerek bırakmamakta ve dolayısıyla da tenfizi gerektirmemektedir; devletlerin kendi mahkemelerinin kararları gibi geçerli ve tenfiz (icra) kabiliyetini haizdir. İkinci olarak da, tahkim kararının yurt dışında uygulanabilmesi hususu gündeme gelmektedir. Buna dair son bir örnek olarak, 2006 yılı içinde bir uluslararası tahkim kararının İngiltere'de, Hazine Müsteşarlığı'nın tahvil ihracıyla sağladığı dış borçlanma tutarı içerisinde İngiliz mahkemelerince (bir tahkim davasında hakem heyetince tazminata karar verilmiş olmasına istinaden) el konulmak suretiyle uygulandığı bilinmektedir. Özetle, bir defa tahkim yolu kabul edildikten ve sözleşme imzalandıktan sonra, artık tenfiz yoluyla korunmaya ümit bağlanması, gerçekte bir güvence sağlamaktan uzaktır.

Aynı minvaldeki bir başka senaryoya göre, "tahkim şartı, sözleşmenin teknik uyumsuzluklarına ve mali konularına ilişkin hususlarla sınırlı olarak düzenlenecektir. Bu konular... tahkim mümkün değilken (dahi) idari yargıda bilirkişi marifetiyle karar verilen, hakimin bir etkisinin ve katkısının olmadığı hususlar olduğu için, tahkim hızlı ve basit usule müsait yapısıyla bu konularda daha isabetli bir çözüm oluşturacaktır. Böylece tahkim, sözleşmenin bütününe yönelik tek uyumsuzluk çözümü olmaktan çok, sadece teknik ve mali uyumsuzluklar alanında geçerli bir çözüm ve uzlaştırma işlevi üstlenecektir... Bu durumda, sözleşmenin uygulanmasından ve kamu hizmetinin ortaya çıkan yeni gereklerinden kaynaklanan hukuki uyumsuzluklar konusunda idari yargı devreye gire(cek), böylece sözleşmenin bütünü değil,

⁹⁵³ Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, op. cit., s. 96-106.

sözleşmenin uygulanması sırasındaki işlemlerin veya sözleşmeye ek olarak getirilmek istenen kuralların geçerliliği tartışılacak, sonraki aşamada ise mali sonuçları tahkimin önün(e) gelecektir. (Zira,) idari sözleşmeler(le ilgili olarak farklı kısımlarda) tahkimin, idari yargının ve adli yargının görevli olabilmesi mümkündür.⁹⁵⁴ Gerçekten de, münhasıran teknik konularla bağlantılı olarak tahkime gidilebilmesi idari yargı düzeni içinde düşünülebilecekse de, özellikle malî konularla ilgili olarak teknik hesaplamaların dışında kalan alanlarda hakeme gidilmesinin pek de mümkün sayılmayacağını ifade etmek gerekir. Dolayısıyla, 'iyi niyetli çabalar' olarak nitelendirebileceğimiz "tahkimli imtiyaz sözleşmesi" yaklaşımı, ileriye yönelik belirsizliklerde idari yargının taraflar arasındaki mali dengeye hükmederken kamu yararını da dikkate alması ilkesi karşısında, pratikte yatırımcıların belirsizlik yolundaki şikayetlerini bertaraf etmeye elverişli bir kurgu yaratmamaktadır. Nitekim, "kamu gücünün tek taraflı kullanımından kaynaklanan, sözleşmede olmamasına rağmen kamu hizmetinin uyarılma ilkesi gereğince özel hukuk kişisine yeni edim yükleme gibi hususların geçerliliğine ilişkin uyumsuzlukların... idari yargı(ya tâbi olması ve akabinde,) bunun idareye yükleyeceği ek mali yükümlülüğün tesbiti bakımından tahkim(in) gündeme gel(mesi)"⁹⁵⁵, belki yatırımcı için kabul edilecek bir düzenleme sayılabilir. Ancak, bu defa da bahse konu ek mali yükümlülüklerin tutarının "teknik olarak hesaplanması" tahkime bırakılabilecek bir husus olmakla birlikte, bu ek yükümlülüğün taraflar arasında hangi "denge" içerisinde paylaşılacağı gibi, "kamu yararı" ilkesi çerçevesinde idari yargının uhdesinde tutmak isteyeceği (ve işin niteliği bakımından da gerekli olduğu savunulabilecek) bir alanın tahkime götürülemeyeceğine dikkat çekmekte yarar vardır. Bu itibarla, sonuç olarak bu çözüm önerisi de hayata geçirilememiştir.

Bir diğer çözüm önerisinin ise, 1998 yılında ülkemizi ziyaret eden ABD Ticaret Bakanı'nın resmi gezisi vesilesiyle "ABD'nin hükümet ve şirketler düzeyinde tehdite varan ısrarı"⁹⁵⁶ çerçevesinde geliştirildiği görülmektedir. Enerji sektöründeki yatırımların YİD modeliyle gerçekleştirilmesine ilişkin temel sözleşmeye (uygulamada buna "uygulama sözleşmesi" veya "görev sözleşmesi" adları verilmiştir) imtiyaz sözleşmesi olmak ve Danıştay ön incelemesinden geçme zorunluluğunun bulunması hasebiyle uluslararası tahkim hükmü konulamadığına göre, bu ana sözleşmeye ilaveten onun çerçevesinde imzalanan (enerji alımına yönelik enerji satışı

954 Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 153.

955 Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 154.

956 Erten, Taylan; *MIGA-ICSID-MAI*, Dünya Gazetesi, 27 Şubat, 1998.

sözleşmesi, fon kullanımına yönelik fon anlaşması gibi) ve Danıştay ön inceleme-sinden geçme zorunluluğu bulunmayan çok sayıdaki diğer sözleşmelerin içerisine bu hükmün konulması yoluyla sorunun aşılabileceği öngörülmüştür.⁹⁵⁷ Buna göre, “kamu imtiyazı kavramının Anayasa’dan tamamıyla çıkarılması büyük dirençle karşılaşa(cağı için)”⁹⁵⁸, Anayasa’nın 125. maddesinde değişikliğe gidilerek, 155. maddesindeki imtiyaza ilişkin düzenlemeye dokunulmaksızın, imtiyaz sözleşmeleri dışında kalan sözleşmelere uluslararası tahkim hükmünün konulmasının yolu açılmak istenmiştir. Hatta, bir dönem Bakanlık tarafından Danıştay ile bu hususta mu-tabakata varıldığına basına yansıdığı, ancak hemen akabinde bu durumun söz-konusu olmadığına dair dönemin Danıştay Başkanınca açıklama getirildiği görülmektedir.⁹⁵⁹ Sonuçta, bu sözleşmelerin hepsi temel dayanağını ana sözleşmeden aldığı ve modelin tümüne ilişkin çerçeveyi çizen hükümler doğal olarak bu ana sözleşmede bulunduğu için, bu öneri gerçekçi bulunmamıştır. Hatta, “tahkim maddesinin Danıştay’ın incelemesine sunulmayan yerlere sıkıştırılması çok sağlıklı bir yol (olmadığı ve) kanuna karşı hile (anlamına geleceği); bu şekilde tahkim maddesi Danıştay’ın incelemesinden kaçırılıp (ESA veya Fon Anlaşması gibi) tarafları başka olan bir yerde tahkime gidildiği takdirde, o tahkim mahkemesi, kendi önündeki sözleşmeye göre sağlıklı bir karar verse bile, o sözleşmenin öbür sözleşmelerle olan bağlantısı nedeniyle işin içinden çıkıl(amayacağı), hukukçuların bile çözemeyeceği sorunlar yumağıyla karşılaş(ılabileceği)”⁹⁶⁰ haklı olarak ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, bu yönde kimi hazırlıklar yapılmasına karşın, bahsekonu yaklaşım uygulama aşamasına geçemeyerek âkim kalmıştır.

Yine bir başka öneriye göre, “... yeni bir kanun çıkarılarak imtiyazı tanımlamak, sınırlarını belirlemek (gerekmektedir). Tekel bir fabrikasını birisine... devrederse imtiyaz mı... belli değil, konu ancak yargıya giderse belli olacak. Yeni yasal düzenleme ile çok sınırlı alt yapı yatırımları için imtiyaz kavramı getirilmelidir... Zaten, imparatorluk dönemindeki imtiyaz da bu anlamda düşünülmüştür... İmtiyazı o sistem

⁹⁵⁷ Dünya Gazetesi, Uluslararası Tahkim, 5 Nisan, 1999; Dünya Gazetesi, Enerjide Tahkim Sorunu Aşıldı, 3 Mart, 1998; keza, bkz. Dünya Gazetesi, Haberler, 22 Ocak, 1998.

⁹⁵⁸ Erten, Taylan; Enerji Lobisi Atakta..., Dünya Gazetesi, 26 Şubat, 1999.

⁹⁵⁹ Cumhuriyet Gazetesi, Danıştay Aktarı'ı Yalanladı, 4 Mart, 1999.

⁹⁶⁰ İnan, İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi, içinde Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, op. cit., s. 70.

ve şartlar içinde düşünmek gerekir.”⁹⁶¹ Bu yaklaşımda, imtiyazın tarihçesiyle bağlantının kurulmuş olması doğru yönde bir adım olarak görülebilir. Ancak, altyapı faaliyetlerinin neden imtiyaz teşkil edeceğinin ayrıntılarına girilerek çözümlenmede bulunulmadığı veçhile, bu öneri de mevcut kapsamıyla o dönemdeki büyük altyapı projelerinin gerçekleştirilmesine yol açmaktan uzak kalmıştır. Esasen, bu yaklaşımla belki yasal bir düzenleme getirilerek kamu düzeni için yaşamsal önem taşımayan (örnekteki tek el fabrikasında olduğu gibi) kimi faaliyetlerin imtiyaz sayılmayacağı açıklığa kavuşturulabilecek olsa da, bu kapsamın elektrik enerjisi gibi Anayasa Mahkemesince yaşamsal önemde olduğu ikrar edilmiş bir sektöre dair faaliyetleri içermesi düşünülemezdi kanısındayız. Kaldı ki, bu yönde girişimlerde bulunulmuş olsaydı dahi, bahse konu yasal düzenlemenin o dönemdeki kararları ışığında Anayasa Mahkemesince iptali olasılığı son derece güçlü olurdu.

Yine, bir başka yaklaşıma göre, iktisadi devlet teşekkülleri ticari kurallara tâbi işlemler yapmaktadır. ABD ile ülkemiz arasındaki YKTK Andlaşması'nda elektrik üretimi ticari işlerden sayılarak Andlaşma'nın kapsamında sayılmıştır. Bu çerçevede bir Amerikan yatırımcısının elektrik enerjisi üretimiyle ilgili uyuşmazlığı uluslararası tahkime götürmesi imkan dahilindedir. Yine, Türkiye, New York Sözleşmesi'ne taraf olmakla, tahkim kararlarını tenfiz yükümlülüğü altına girmiştir. Ancak, bu Sözleşme çerçevesinde Türkiye, Sözleşme'yi yalnızca Türk hukukuna göre ticarî nitelikte sayılan akdî ve akit dışı hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan etmiştir.⁹⁶² Şu halde, elektrik üretimiyle ilgili olarak bir Amerikan yatırımcısının YKTK Andlaşması'na dayanarak ICSID tahkimine müracaatının mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca, herhangi bir yabancı yatırımcı bakımından da, iktisadi devlet teşekküllerinin ticari işlerle işgal ettiği ve işlemlerinin özel hukuka tâbi olması gerektiği, bu meyanda tahkime gidilebileceği ve yabancı bir tahkim kararının da New York Sözleşmesi'ne istinaden ticari iş olmak hasebiyle Türkiye'de tenfizin mümkün olması gerektiği savunulmuştur. Buna göre, “Türk Ticaret Kanununun 12. maddesinde “su, gaz ve elektrik dağıtımı” (bent 11) “ticarethane”, elektrik enerjisi üretimi, “fabrikacılık” (son fıkra) olarak sayılmıştır. Yargıtay... kararları bu konularda yapılan faaliyetlerin kamu hizmeti sayılsa bile, özel hukuk hükümlerine tâbi olabileceğini, bir diğer deyimle, genel nitelikte kamu

⁹⁶¹ Dinçer, *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, op. cit., s. 54.

⁹⁶² Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, op. cit., s. 92.

hizmeti olmadığını kabul etmektedirler.”⁹⁶³ Ancak, iktisadi devlet teşekküllerinin ticari usullere göre çalışması kuralı, bunların işlemleri çerçevesindeki ihtilafların mutlaka özel hukuka göre çözümleneceği anlamına gelmemektedir. Mahkeme içti-

⁹⁶³ Birsal, Mahmut T.; Enerji Yatırımları ve Anayasa'nın 125. Maddesi'nde Yapılan Değişikliklerin Düşündürdükleri, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 117. Ancak, yazarın, yukarıda bu dip notun yer aldığı paragrafta atıfta bulunduğumuz, Uyuşmazlık Mahkemesi ile Yargıtay'ın bu konulardaki faaliyetleri kamu hizmeti olarak gören ve idari yargının görev alanında olduğunu kesin biçimde tesbit eden aksi yöndeki kararlarını dikkate almaksızın, daha önceki tarihlerde verilen kararlara dayanarak hüküm oluşturduğu görülmektedir. Yazarın dayanak tuttuğu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21 Eylül, 1983 tarihli kararında, “(d)avalı İdarenin (Ankara Sular İdaresi) gördüğü hizmet bir kamu hizmeti ise de, faaliyetlerini Özel Hukuk Kuralları altında yapmakta olması itibarıyla TTK md. 18/1 anlamında tacir sayılır. Öyleyse, faaliyetlerinde Özel Hukuk hükümlerine tabi kılınan kamu kuruluşlarının kişilerle olan ilişkilerinden doğan dava ve uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer” denilmektedir (Birsal, Enerji Yatırımları ve Anayasa'nın 125. Maddesi'nde Yapılan Değişikliklerin Düşündürdükleri, op. cit., s. 118). Oysa, bu kararda atıfta bulunulan ‘kişiler’ hizmetten yararlanan tüketicilerdir; ne var ki, yazarın bu karardan mülhem devletle ilişkilerini özel hukuka tabi olarak addettiği ‘kişiler’ ise, enerjinin tüketicilere sunulmasında gerekli malları sağlayan (yani, örnekteki dağıtım altyapısını kuran) ‘kişiler’dir, yararlananlar değil! Dolayısıyla, Mahkeme'nin anılan kararında özel hukuka veya idare hukukuna tâbi tutma hususunda ‘hizmetten yararlanmayı’ değil, ‘hizmetin kurulmasını’ dikkate alarak bahsekonu alandaki faaliyetleri idari yargının görev alanına tâbi tuttuğu görülmektedir!

Hizmetten yararlananlar ile hizmete yönelik altyapıyı kuranlar arasında bir ayrıma gidilerek bağlı olunan yargı yerinin tesbiti ise, aslında tartışmalıdır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 3 Şubat, 1997 tarih ve E.1997/4, K.1997/3 sayılı bahsekonu kararında, TEDAŞ'ın “kamu kurumu” olduğu bir defa karara bağlandıktan sonra, kamu kurumlarının özel kişilerle imzaladıkları sözleşmelerle ilgili olarak, sözleşmelerin imzalanmasına kadar olan aşamanın tamamen İdare Hukukuna tabi ve bu aşamaya kadar olan işlemlerle ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin de idari yargı olduğu (Günday, İdare Hukuku (2003), op. cit., s. 202, 203) açıktır. Mahkeme'nin bu kadarla yetinmeyip, kararında ayrıca örnek olaydaki ihalenin ‘kamu hizmetine ilişkin olarak tesis edilen ve yürütülmesi zorunlu olan işlemler’ nitelenmesine dayanarak idari yargıya tabi olduğunu belirtmesinin, gereksiz ve belki de amacını aşan yorumlar yapmaya elverişli bir ortam yarattığını söyleyebiliriz. Şöyle ki; elektrik dağıtım şebekesini kuracak özel sektörün buna dair işlemleri kamu hizmetinin yürütülmesiyle ilgili olduğundan idari yargı alanına girmeyi gerektiriyorsa, bu durumun kamu kuruluşlarının özel sektörle yaptığı pek çok yapım sözleşmesinde de geçerli olduğu hatırlanmalıdır. Sözgelimi, TEDAŞ bir özel sektör kuruluşundan elektrik direği satın alacaksa, bu da ‘kamu hizmetinin yürütülmesiyle ilgili ve yürütülmesi gereken’ bir işlevi içerir. Oysa, genel olarak idarenin bu tür satın alım sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir (Günday, İdare Hukuku (2003), op. cit., s. 200). Bu anlamda, hizmetten yararlananlarla yapılan sözleşmeler dışındaki tüm ilişkilere dair sözleşmelerin idari yargıya bağlı kılınacağı anlamı çıkarılabilirse de, bu anlayışın yerinde olmadığı iddia edilebilecektir. Nitekim, elektrik üretimi ve üretilen enerjinin kamu kuruluşuna satışına yönelik olarak, bu tür sözleşmelerde tüketiciyle özel sektör kuruluşu arasında bir bağ bulunmadığı ve bu çerçevede idari yargıya tâbi bir ilişkiden söz edilemeyeceği savunulmuştur. Buna göre, bir kamu kuruluşuna elektrik satışı ile elektrik direği satışı arasında fark olmamak gerekir; her iki halde de kamu kuruluşunca bir ‘mal’ alımı sözkonusudur. Nitekim, YİD

hatlarında ve öğretilerde, İdarenin bir sözleşmesinde İdareye özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir

modeline ilişkin Kanunların Anayasa Mahkemesince iptali sonrasında Yİ modeline geçiş yapılmasının arka planında da bu anlayış yatmaktadır. Buna göre, elektrik enerjisi satışı özel hukuka tâbi bir 'mal' satışından başka bir şey değildir ve idari yargı alanına girdiği kabul edilemez. Ancak, 4283 sayılı Kanun uyarınca imzalanmış bulunan sözleşmelerin de imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilerek, Danıştay ön incelemesinden geçirilmemiş olmalarından dolayı Danıştay tarafından buna dair Bakanlar Kurulu kararının iptal edilmesi karşısında, bu anlayışın geçerliliği de kalmamıştır. Bu durumda, kuşkusuz, kamu kuruluşlarının mal satın alımlarına yönelik sözleşmelerin, faaliyetin kamu hizmetinin yürütülmesiyle ve bu meyanda idarenin sahip olması gereken üstün yetkilerinin ağırlıkları oranında idari yargıya tâbi kılınacakları varsayılabilir. Öte yandan, 2886 sayılı İhale Kanunu'nun aksine 4734 sayılı İhale Kanunu kamu iktisadi teşebbüslerini de kapsamı dahiline almış olmakla, ihale aşaması da dahil olmak üzere sözleşme imzalama aşamasına kadar olan işlemler itibarıyla, kamu kuruluşu olmalarından dolayı iktisadi devlet teşekküllerinin de idari yargıya tâbi olacakları artık daha rahatlıkla söylenebilecektir; bu meyanda, yukarıdaki Yüksek Mahkeme kararında rastlandığı gibi, ihtilaf konusu sözleşmeye ilişkin faaliyetlerinin kamu hizmeti kavramıyla ilintilendirilmesi gereğinin artık kalmadığı savunulabilir.

Öte yandan, idarenin satın alım sözleşmelerinde idareye kamu yararı açısından kimi üstün hakların tanındığı hususu dikkate alınarak, bu tür sözleşmelerin tamamen özel hukuk hükümlerine tâbi olmadıkları, bazı öğeleri yönünden Kamu Hukuku kayıt ve şartlarına tabi oldukları (Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 200, 201) da ileri sürülmektedir. Özetle, kamu kurum ve kuruluşlarının hizmetten yararlananlarla yaptıkları sözleşmenin özel hukuka tâbi olduğunda uygulamada ve öğretilerde duraksama görülmemekle birlikte, bu hizmetin gerektirdiği satın alım ve yapım sözleşmelerinde hangi yargıya tabi olacağı hususu aynı netlikte değildir. Ancak, sözleşme imzalanmasına kadarki süreç öncesindeki aşamaların idari yargı alanına girdiğinde ihtilaf bulunmaktadır. Esasen, iktisadi devlet teşekküllerinin faaliyetlerinin ticari alanda olduğu gerekçesiyle bu kuruluşların sözleşmelerinde ihale aşamasına ilişkin uyumsuzlukların da adli yargıya tâbi olacaklarını ileri sürmek, DSİ gibi katma bütçeli kuruluşların baraj yapımına ilişkin sözleşmelerinde ihale aşamasına yönelik işlemlerin idari yargıya tâbi kılındığı dikkate alındığında, anlamsız kalacaktır! Diğer yandan, anılan her iki türdeki kuruluşun kamu hizmetiyle bağlantısız olabilecek faaliyetleri bağlamında imzalayacakları sözleşmelerin ihale aşamasına yönelik işlemlerinin durumu daha farklı bir analize tâbi tutulabilir mi? DSİ ihale Kanunu'na tâbi olduğu için her türlü ihale aşaması idari yargıya, İDT'nin ise 2886 sayılı İhale Kanunu döneminde kapsam dışı bırakılmış olmakla adli yargıya tâbidir şeklinde bir yaklaşıma gidilebilir mi? Bu soruların bizi getirdiği nokta, kanaatimizce İhale Kanunlarına tâbi kılınmış olup olmama hususunun ayırd edici olmaması gerektiği yolundadır. Nitekim, "(b)ir sözleşmenin ihale sürecine uygun olarak yapılmış olması o sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesi yapmaya yetmez veya idari sözleşme olan bir sözleşmenin ihale usûlleri uygulanarak akdedilmiş olması onu idari sözleşme olmaktan çıkarmaz. İhale usûlleri uygulanarak yapılmış bir sözleşme, özel hukuk sözleşmesi de olabilir; kamu hukuku sözleşmesi (idari sözleşme) de olabilir" (bkz. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, op. cit., s. 449, 450). Esasen, 4734 sayılı İhale Kanunu'nda her iki tür kuruluşun da başlangıçta kapsam dahiline alınmış (ve ancak, 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (15 Ağustos, 2003 tarih ve 25200 sayılı RG'de yayımlanmıştır) çerçevesinde getirilen değişiklikle yeniden kapsam dışına çıkarılmış) bulunması karşısında, bu ayırımın yerinde olmadığı da savunulabilir. Kaldı ki, "ihale kanunları kap-

idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır.⁹⁶⁴ Dolayısıyla, konusu bir kamu hizmetinin sunulmasıyla ilgili mal alımlarında, idareye normal özel hukuk ilişkilerinde rastlanmayan -ve gerek de duyulmayan- müdahaleci ve kısıtlayıcı haklar tanınmakta ise, bu defa idari yargıya tâbi olunması sonucuyla karşılaşılabilmektedir. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bir kararında, iktisadi devlet teşekküllerinin kamu kurumu olmaları nedeniyle, özel kişilerle yaptıkları kimi sözleşmelerin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmasından hareketle idari yargıya tâbi tutulmasına yönelik karar verdiği görülmektedir. Buna göre, TEDAŞ tarafından 32 adet şehir elektrik dağıtım şebekesinin tesisine ilişkin olarak açılan ihalenin feshi istemiyle ortaya çıkan davada idari yargı ile adli yargı arasında olumlu görev uyuşmazlığının çıkması üzerine Yüksek Mahkeme, Genel Muhasebe Kanunu ile Devlet İhale Kanunu Hükümlerine ve Sayıştay denetimine tâbi olmadığı belirtilen bahse konu kurumun bir "kamu kurumu" olduğunu, kurumun aldığı ihale kararının kamu hizmetine ilişkin olarak tesis edilen ve yürütülmesi zorunlu olan işlemler olmakla, bunların

samı dışında tutulmuş olsalar dahi, bu kuruluşlar da kamu kuruluşları olduklarından ve yapacakları özel hukuk sözleşmelerinde gene kamu parası ve kamu yararı sözkonusu olacağından, bu kuruluşların özel kişiler gibi serbestçe sözleşme yapmaları mümkün değildir. Bu nedenle... bu kamu kuruluşlarının yapacakları sözleşmelerde izleyecekleri usuller... (ihale kanunlarının) öngördüğü usullerden esinlenerek, çoğu kez kendi özel yasalarında ya da bu kuruluşların kendi yaptıkları düzenleyici işlemlerde, örneğin satın alma ve ihale yönetmeliklerinde düzenlenmiştir (buna örnek olarak bkz. "Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü İstisna Kapsamındaki Mal ve Hizmet Alımları İçin Satınalma ve İhale Yönetmeliği" (14 Ekim, 2003 tarih ve 25259 sayılı RG'de yayımlanmıştır). Anılan Yönetmelikte, kuruluşun rekabetçi şartlarda ihale esaslarına uyaacağı hususu sarahaten belirtilmektedir. Keza, düzenleniş biçimi ve hükümleri de ihale Kanunu'na son derecede benzer niteliktedir ve 65. maddesi uyarınca da "Bu Yönetmelikte ve ihale dokümanlarında hüküm bulunmayan hallerde, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulanır". Dolayısıyla, (ihale kanunu) kapsamı dışında tutulmuş bulunan kamu kuruluşlarının... yapacakları özel hukuk sözleşmeleri de belli ölçüde İdare Hukuku kurallarına tâbidir" (Günday, İdare Hukuku (2003), op. cit., s. 180, 181). Yargıtay'ın da bu hususa ilişkin bir kararında da benzer bir tesbitte bulunulmaktadır; TEDAŞ'ın bir elektrik tesisi ihalesinin iptaline ilişkin olarak verilen bu kararda "(i)halenin 2886 sayılı Yasaya tabi olmadan yapılmış olmasının tek başına davanın adli yargıda görülmesini gerektirmediği açıktır... Bir kamu kuruluşu olan TEDAŞ'ın ihaleleri ... Satın alma Yönetmeliği ve Teklif İsteme Şartnamesi hükümlerine tabi bulunmaktadır. Alınan ihale kararı **kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin** kararlardan olmakla, bunlara karşı açılan davaların İdari Yargı görevi alanında olduğu kuşkusuzdur" (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21 Aralık, 1998 tarih ve E.1998/3366, K.1998/4836 sayılı kararı, YKD, C. 25, Sy. 5, Mayıs 1999, s. 656). Aynı tesbitin Uyuşmazlık Mahkemesince de yapıldığı görülmektedir (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 3 Şubat, 1997 tarih ve E.1997/4, K.1997/3 sayılı kararı, 4 Mart, 1997 tarih ve 22923 sayılı RG, s. 27).

964 Günday, İdare Hukuku (2003), op. cit., s. 169.

iptaline yönelik istemin idari yargının görev alanına girdiğini hükme bağlamıştır.⁹⁶⁵ Keza, Yargıtay'ın da bilahare aynı yönde karara vardığı görülmektedir: Yine TEDAŞ'ın bir elektrik tesisi ihalesinin iptaline ilişkin davada, Yargıtay "kural olarak devlet ihalesinde sözleşmenin yapılması aşamasına kadar ortaya çıkan çekişmelerin giderilmesi yeri idari yargı, sözleşmenin yapılmasından sonra doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri ise adli yargıdır. İhalenin 2886 sayılı Yasaya tabi olmadan yapılmış olmasının tek başına davanın adli yargıda görülmesini gerektirmediği açıktır... Bir kamu kuruluşu olan TEDAŞ'ın ihaleleri, Yönetim Kurulu kararı ile yürürlüğe giren Satın Alma ve İhale Yönetmeliği ile Teklif İsteme Şartnamesi hükümlerine tabi bulunmaktadır. Anılan ihale kararı kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin kararlardan olmakla, bunlara karşı açılan davaların İdari Yargı görev alanında olduğu kuşkusuzdur. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün benzer konuda kararı da aynı gerekçeyle davanın idari yargı yerinde çözülmesi gerektiği doğrultusundadır."⁹⁶⁶ sonucuna varmıştır.

Bu meyanda getirilen öneriler arasında en dikkat çekenlerden birisi, uluslararası andlaşmalarla ülkemizin uluslararası tahkimi çok önceden tanımış olduğu ve yabancı ülkelerle imzalanmış bulunan yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki andlaşmaları ile çok taraflı uluslararası andlaşmalar çerçevesinde YİD sözleşmelerinin tahkim olanağına zaten kavuşturulmuş bulunduğu yönündeki görüşlerdir. Aşağıda, bu hususa ilişkin ayrıntılı bir değerlendirmeye yer vermeyi gerekli görüyoruz.

1. Çok Taraflı Uluslararası Andlaşmalar

Dünya Bankası Grubu içerisinde yer alan kurumlardan birisi olan Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi (ICSID), yatırımcılar ile ev sahibi ülkeler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne katkıda bulunmak için kurulmuş milletlerarası bir merkezdir. ICSID, 1965 yılında Washington, D.C.'de imzalanan ve 1996 yılında yürürlüğe giren "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım İhtilaflarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme" (ICSID Sözleşmesi) ile kurulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Sözleşmesi'ni 3460 sayılı Kanun⁹⁶⁷ ile onaylayarak 1988 yılında taraf olmuştur. ICSID tahkiminde, tarafların bu tahkime tâbi olma iradelerinin *bahsekonu taraflar arasındaki* ayrı bir belgede, örneğin taraflar ara-

⁹⁶⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 3 Şubat, 1997 tarih ve E.1997/4, K.1997/3 sayılı kararı (4 Mart, 1997 tarih ve 22923 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

⁹⁶⁶ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21 Aralık, 1998 tarih ve E.1998/3366, K.1998/4836 sayılı kararı (YKD, C. 25, Sy. 5, Mayıs 1999).

⁹⁶⁷ 6 Aralık, 1988 tarih ve 20011 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

sında akdedilen bir yatırım sözleşmesinde yer almış olması zorunlu değildir. Ancak, ICSID tahtında bir hakem heyetinin yatırım uyuşmazlıklarına bakabilmesi için ayrı bir anlaşmaya veya hukuki zemine gerek vardır: İlgili devletin, belirli bir grup uyuşmazlığı ICSID'e tâbi kılmak hususunda münhasıran izin vermiş olması zorunludur (devlet tarafından verilen bu iznin geçerliği şekil şartına bağlıdır ve sadece yazılı olarak yapılmış olması gerek ve yeter koşuldur, bunun dışında bu izin tek taraflı da verilebilmektedir; hatta, zamanlama olarak bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra dahi tanınabilir).⁹⁶⁸ Bu, yatırımcıyla imzalanan yatırım anlaşmasında olabileceği gibi, bu türden herhangi bir anlaşmada yer almaksızın -hatta, bu türden bir yatırım anlaşmasının hiç mevzubahis olmaması da mümkündür- devletler arasındaki ikili uluslararası anlaşmalar veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar marifetiyle de sağlanabilir. Dolayısıyla, ICSID Sözleşmesi'ne taraf devletin ICSID tahkiminin kabulüne dair iradesini -YKTK andlaşması veya yatırımcıyla imzalanan yatırım anlaşmaları gibi- herhangi bir başka anlaşmada açık biçimde belirtmek suretiyle tahkime izin vermiş olması ve yatırımcının da buna istinaden yatırım uyuşmazlığının tahkim yoluyla çözümünü için ICSID Merkezi'ne başvurması yeterlidir.⁹⁶⁹ Devletin ICSID'e izin vermiş olması, tek taraflı iradesiyle kendi iç hukukunda bir yasal düzenlemede öngörülmesi şekliyle de gerçekleştirilebilmektedir.⁹⁷⁰

ICSID kararları, diğer uluslararası tahkim kararlarından farklı olarak devletlerin kendi mahkemelerinin kararları gibi doğrudan icra kabiliyetini haiz olmakta⁹⁷¹ ve bu meyanda bir tenfiz işlemi gerektirmemekte, bu niteliği dolayısıyla da diğer tahkimlere kıyasla bariz bir üstünlük, ayrıcalık ve farklılık içermektedir. Bu meyanda, ICSID kararlarının yerel mahkeme kararları gibi doğrudan icra kabiliyetini haiz olması nedeniyle, devletlerin icra sırasında diplomatik korumadan yararlana-cakları kabul edilmektedir.⁹⁷² Esasen, ICSID Sözleşmesi'nin 55. maddesi devletle-

⁹⁶⁸ Alexandrov, Stanimir A.; *The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction Ratione Temporis*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4, 2005, Koninklijke Brill NV, The Netherlands, s. 22, 23.

⁹⁶⁹ Birsal, Mahmut; *Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması, içinde Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, op. cit., s. 21.

⁹⁷⁰ Schreuer, Christoph H.; *The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures* (www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf) (7 Aralık, 2006), s. 2.

⁹⁷¹ Schreuer, *The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures*, op. cit., s. 4, 5.

⁹⁷² Schreuer, *The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures*, op. cit., s. 5.

rin diplomatik muafiyetinin korunduğunu belirtmekte olup, sadece ICSID'e taraf olmakla devletlerin muafiyetten sarf-ı nazar ettikleri iddia edilemez (devletlerin yatırımcılarla olan sözleşmelerinde muafiyetten feragat etmeleri ise mümkündür ve sonuçta bu feragat yerel mevzuat çerçevesinde yorumlanacak bir uygulamaya işaret etmektedir).⁹⁷³ Öte yandan, ICSID kararlarına devletlerce uyulması, ICSID'in Dünya Bankası Grubu içerisinde yapılandırılmış olması ve bu meyanda Dünya Bankası ile organik bir bağ içerisinde bulunması, Dünya Bankası'nın ise gerek kredi verme ve gerek uluslararası ticari bankaları harekete geçirme işlevi nedeniyle çok daha etkin bir zorunluluk halini almaktadır.⁹⁷⁴

Yukarıda giriş bölümünde belirtildiği üzere, ICSID gibi uluslararası anlaşmalarla ülkemizin uluslararası tahkimi çok önceden tanımış olduğu ve yabancı ülkelerle imzalanmış bulunan yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları ile çok taraflı uluslararası anlaşmalar çerçevesinde YİD sözleşmelerinin tahkim olanağına zaten kavuşturulmuş bulunduğu; dolayısıyla, uluslararası tahkimin altyapı yatırımlarını da kapsayacak şekilde uluslararası anlaşmalarla kabul edilerek hukuk düzenimize girmiş bulunduğunu savunan görüşe göre, "(b)u düzenleme karşısında, tahkimin sadece ve münhasıran adli yargı alanında yer bulduğunu, idari yargı alanına dahil ihtilaflarda kullanılmayacağını söylemek gerçekçi değildir."⁹⁷⁵ Hatta, "Türkiye'nin ICSID Anlaşmasına taraf devlet vatandaşı yatırımcılarla yaptığı veya yapacağı yatırım sözleşmelerinde TAHKİM klotuna yer vermesi(nin), uluslararası taahhütlerinin ve sorumluluğunun gereği"⁹⁷⁶ olduğu da ileri sürülmüştür.

⁹⁷³ Schreuer, *The ICSID Convention*, op. cit., s. 1166, para. 66, 67.

⁹⁷⁴ Schreuer, *The World Bank/ICSID Dispute Settlement Procedures*, op. cit., s. 4.

⁹⁷⁵ Şanlı, Cemal; *Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar, içinde Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, op. cit., s. 38.

⁹⁷⁶ Şanlı, *Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar*, op. cit., s. 42. Aslında, yazarın uluslararası tahkim şartına imtiyaz sözleşmelerinde de yer verilmesinin uluslararası anlaşmaların "gereği" olduğu yolundaki ifadesinden, bu olanağın sözleşmelere dayalı ihtilaflar açısından "halihazırda" sağlanmadığı ve fakat uluslararası anlaşmalara benzer şekilde burada da yer verilmesi gerektiği sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu görüşün, böyle bir gereksinimin bulunmadığı yolunda itirazla karşılaşacağı tabiidir. Maamafih, mevcut durumda yatırımcıların imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı olmaksızın, sözleşme tahtındaki ticari ilişkinin içerisinden doğan ve yalnızca buna ilişkin (yani devletin egemenlik haklarını kötüye kullandığı ve sözleşimi örtülü kamulaştırma anlamına gelen işlemlerde bulunduğu gibi) uyuşmazlıklar sözkonusu oldukça, uluslararası tahkime yönelik olarak uluslararası anlaşmaların korumasına tâbi olmaya cıkları anlamında, bu görüşün yerinde kabul edilebileceği açıktır; yazarın kastının bu olmadığı aşikâr olmakla beraber!

Giderek, uluslararası anlaşmaların öngördüğü uluslararası tahkime yönelik mekanizmanın münhasıran devletin egemenlik hakkını kötüye kullanması yönündeki işlemleriyle sınırlı olduğu; devlet ile yabancı yatırımcının arasındaki sözleşme çerçevesinde düzenlenmiş bulunan ticari ilişkilerin *bizatihi kendisinden* doğan (yani bu ticari ilişkiler kapsamında devletin egemenlik hakkını suiistimali konusuyla bağlantısız bulunan ve onlardan doğal olarak farklı nitelik taşıyan) uyuşmazlıklarda tahkime yer verilememesi sorununun, "imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Anayasamızın sistemi değiştirilmeksizin, uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanması ve uluslararası tahkim kanununun çıkarılması suretiyle... çözülmesi mümkündür"⁹⁷⁷ yolunda görüşlere de rastlanmıştır. Yine benzer şekilde, ülkemizin ICSID Sözleşmesi ve New York Sözleşmesi gibi uluslararası anlaşmalara taraf olmasına atfen "Anayasa Mahkemesinin YİD uygulama sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların halli için hakem heyetine gidebilmeyi mümkün kılan kanun maddelerini iptal etmesinden sonra, Türkiye tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerle çelişen bir tutum içerisine girmiştir" hükmüne varanlar da görülmüştür.⁹⁷⁸ Burada serdedilen yaklaşımın neden dayanaksız olduğunu aşağıdaki bölümde irdedeceğiz.

Bir hakem kurumu olarak öngörülen ICSID, kendi içinde bir tahkim olanağı bahsetmemektedir. Bunun için, yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere, âkit devletin ICSID tahkimine atıf yaptığı başka bir anlaşmanın varlığı gerekir. YTKK anlaşmaları, işte bu atfın yapıldığı ikili uluslararası anlaşmalar olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, bir de Enerji Şartı Sözleşmesi (EŞS) bulunmaktadır. EŞS, yatırımların uluslararası korunmasına ilişkin olarak hazırlanan ve dünya üzerinde özellikle gelişmekte olan ülkelerden⁹⁷⁹ –keza özellikle Fransa'dan ve Kanada'dan

⁹⁷⁷ Özbilgiç, Zergül; *Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılaşma Unsuru*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 75. Oysa, yazar aynı yazısında "ticari riskler yatırımcılar tarafından katlanılması gereken riskler iken, ticari olmayan riskler yatırımcının faaliyetleri ile ilgili olmayan ve ev sahibi ülkenin özel koşullarından kaynaklanan... kamulaştırma ve devletleştirme, kâr, tasfiye payı ve satış bedellerinin transferlerinin kısıtlanması ya da geciktirilmesi, savaş veya iç karışıklılık halleri gibi hususlardır" açıklamasıyla, uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan tahkim hükmünün neye irtibat ettiğini yanıtlamış olmaktadır (bkz. s. 71)! Dolayısıyla, bu açıklamaları yaptıktan sonra, imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer verilmemesi sorununun uluslararası anlaşmalardan doğan tahkim imkanına dayandırılması ve konunun böylece Anayasa değişikliğine gerek kalmaksızın çözülebilmesi öngörüsü anlamlı, giderek uyumlu bulunamaz. Zira, imtiyaz sözleşmelerinde yatırımcıların arzu ettiği tahkim, gayri ticari risklere yönelik korunma ihtiyacından değil, aksine, ticari risklerden doğan tahkimdir. Gayri ticari riskler için koruma, uluslararası anlaşmalarla zaten sağlanmış durumdadır!

⁹⁷⁸ Bkz. Emek, *Kamu İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim*, op. cit., s. 6.

⁹⁷⁹ Salzman, *Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development*, op. cit., s. 200.

yükselen- şiddetli tepkilerle karşılandığı bilinen ve küresel ekonominin anayasası olarak öngörülen⁹⁸⁰ Yatırımların Korunmasına İlişkin Çok Taraflı Anlaşma (Multilateral Agreement on Investments – MAI) taslağına ilişkin görüşmelerin başarısızlıkla sonuçlanması ve en azından OECD nezdinde bir daha böyle bir uluslararası çok taraflı anlaşma çalışmasına girişilmesinin kısa vadede ortaya çıkmayacağı⁹⁸¹ beklentisi karşısında, halihazırda ve yakın bir gelecek itibarıyla, yatırımların korunması hakkında hükümler içeren yegâne çok taraflı uluslararası andlaşmadır. Ülkemizin de üyesi olduğu bu Sözleşme'nin 26. maddesinde, yatırımcılarla âkit devletler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının nasıl çözümleneceği hususunun YTKK andlaşmalarına benzer şekilde düzenlenmiş olduğu ve ICSID ile UNCITRAL tahkim kurallarına atıfta bulunmak suretiyle anılan tahkim kurallarından yararlanma olanğını getirdiği görülmektedir.⁹⁸² Bu Sözleşme'de de YTKK andlaşmalarında yer alan aynı tahkim kurallarından yararlanma olanakları sağlanmış olmakla birlikte, çok önemli bir farklılık bulunmaktadır: YTKK andlaşmaları iki ülke arasında hüküm ve sonuç doğururken, EŞS çok taraflı bir uluslararası andlaşma olması nedeniyle, ülkemizin YTKK andlaşması imzalamadığı ve fakat EŞS'ne üye bir devletin yatırımcısı için de aynı tahkim olanaklarını doğurmaktadır. Nitekim, Güney Kıbrıs Cumhuriyeti (GKC) 'nde yerleşik olduğunu iddia eden bir yatırımcı tarafından ülkemizdeki bir enerji yatırımıyla ilgili olarak EŞS hükümlerine dayanmak suretiyle uluslararası tahkime başvurulduğu bilinmektedir.⁹⁸³

2. Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşmaları

Anayasa değişiklikleri sonrasındaki uyum yasaları kapsamında uluslararası tahkime cevaz veren düzenlemeyi getirmek üzere çıkarılan 4446 sayılı Kanun'un ge-

980 Güneş, Zeynep; *Küreselleşme ve MAI*, Mayıs 2001 (http://www.marksist.com/zeynep_gunes/ku-resellesme_ve_mai.htm).

981 Tiryakioğlu, *Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler*, op. cit., s. 173.

982 Bkz. *The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation*, Energy Charter Secretariat Yayını, Brüksel, Eylül 2004, s. 72, 73.

983 Anılan tahkim davası halen devam etmektedir. Ne var ki, ülkemizin bahsekonu ülkeyi tanımadığı ve diplomatik ilişkisinin bulunmadığı dikkate alındığında, EŞS'nin, yatırımlarla ilgili olarak yatırımcının bağlı olduğu ülke ile yatırımın bulunduğu ülke arasında diplomatik bir ilişkinin bulunmaması halinde yatırımların korunmasına ilişkin korumadan yararlanılamayacağını âmir 17. maddesi ile üye ülkeler arasındaki uyuşmazlıkların öncelikle diplomatik kanallardan çözümlenmesi yoluna gidileceğini âmir 27. maddesi hükümleri dikkate alındığında, bahsekonu uyuşmazlıkta hakem heyetinin yargı yetkisinin ve bu meyanda tahkime gidilebilmesi olanığının sözkonusu olmadığı hususunda bir tesbitte bulunulması ve dolayısıyla tahkim mahkemesinin de bu yönde hüküm vermesi beklenmelidir.

rekçesinde, "... Türkiye, gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde gerek çok taraflı sözleşmelerde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasa'da yer verilmesi uygun olacaktır..."⁹⁸⁴ görüşüne yer verilmektedir. Oysa, aşağıdaki paragraflarda da belirttiğimiz üzere, yatırım sözleşmelerinde yer alan tahkim ile sözleşmelere doğrudan tahkim hükmünün konulması arasında ciddi ve yapısal farklılıklar vardır. Dolayısıyla, uluslararası tahkimin bu yöndeki bir gerekçeyle mazur gösterilmeye çalışılmasında ve ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerin bir gereği imiş gibi takdim edilmesinde isabet görülemez.

Bu yöndeki yaklaşımlar, Anayasa değişiklikleri öncesinde muhtelif kesimlerce de dile getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının sadece YİD sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi sayılarak Danıştay ön incelemesinden geçirilmesi zorunluluğunu yarattığı ve bunun da esasen kamu menfaatini yakından ilgilendiren sözleşmeler olmaları nedeniyle doğal karşılanması gerektiğini ileri süren bir görüşe göre, bu sözleşmelere tahkim hükmünün konulmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Zira, "... tahkim kurumunun sadece adli yargı içinde bir ihtilaf çözme usulü olduğu ileri sürülerek idari yargı alanına giren konularda tahkime gidilemeyeceği kabul edilemez.. ICSID ve... iki taraflı anlaşmalarla... tahkim yoluyla çözüm kabul edilmiştir."⁹⁸⁵ Dolayısıyla, bu yaklaşıma göre uluslararası tahkim -altyapı projeleri de dahil olmak üzere- uluslararası anlaşmalarla kabul edilmiştir, bu nedenle "... bir tarafta Anayasa Mahkemesi kararı (sonucunda uluslararası tahkime izin verilmezken, diğer) tarafta uluslararası anlaşmalarla Türkiye kendisiyle çelişen bir konuma gelmiştir."⁹⁸⁶

Gerçekten de, ülkemizin çok sayıda yabancı ülkeye imzaladığı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarında, uyumsuzlukların uluslararası tahkime görüleceği yolunda hükümler bulunmaktadır.

"Doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin olarak, yatırım ve ticari ilişkilerimizin yoğun olduğu veya bu ilişkilerin gelişmesi yönünde potansiyele sahip ol-

984 Ormanoğlu, Burhan; *Yabancı Sermaye-Tahkim İlişkisi ve Türkiye'de Yaşanan Gelişmeler*, Sayıştay Dergisi, Sy. 57, Nisan-Haziran 2005, s. 96.

985 Şanlı, *Yatırım Uyumsuzluklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar*, op. cit., s. 38.

986 Şenyüz, Hanife; '*Tahkimi Uygulamak Zorundayız*', Radikal Gazetesi (Ekonomi Sayfası), 3 Ağustos, 1999.

duğu düşünölen ölkelerle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması andlaşmalarının imzalanmasına 1962⁹⁸⁷ yılında başlanmıştır. Ölkemizin sermaye ihraç eder hale gelmesiyle bu süreç hızlandırılmış ve bugüne kadar 78 ölkeye bu türden andlaşma imzalanmış, bunlardan 62 adedi yürürlüğe girmiştir.⁹⁸⁸ Gerçekten de, yürürlüğe giren andlaşmaların imza tarihleri itibariyle, bunlardan bir tanesi hariç hemen hepsinin 1992 ve müteakip yıllarda gerçekleştirildiği görölmektedir.

Genel olarak “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması” (YKTK) olarak isimlendirilen bu andlaşmalar, kamulaştırma veya devletleştirme halinde yatırımın gerçek bedelinin gecikmeksizin ödenmesi ve transferi, yabancı yatırımcılara milli muamele ve en çok gözetilen ulus (MFN) prensipleri çerçevesinde muamele edilmesi, transferlerin gecikmeksizin yapılması, savaş veya iç karışıklık hallerinde milli muamele ve MFN ilkesi çerçevesinde zarar gören yatırımcılara tazminat ödenebilmesi ve yatırımcılar ile devlet arasında herhangi bir uyumsuzluğın çıkması halinde yabancı yatırımcıların daha objektif ve hızlı işlediği gerekçesiyle tercih ettiği uluslararası tahkim imkanının tanınmasını garanti altına almaktadır.⁹⁸⁹ Son devirlerde ortaya çıkan yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin iki taraflı andlaşmaların, daha önceki zamanlarda da ticari çıkarların korunması bağlamında 18. yüzyıldan beri imzalanmakta olan “*friendship, commerce and navigation* (FCN)” andlaşmaları şeklinde uygulanageldiği ve yabancı ölkelerde faaliyet gösteren tüccarların korunmasını öngördüğü bilinmektedir.⁹⁹⁰ YKTK andlaşmalarında öngörölen tahkim hükümleri çerçevesinde yatırımlara ilişkin ilk tahkim davası ise 1983 yılında Asian Agricultural Products Ltd (“AAPL”) tarafından Sri Lanka aleyhine açılan bir ICSID tahkimiyle ortaya çıkmıştır.⁹⁹¹ ICSID nezdindeki tahkim davalarının sayısı ilk

987 Bununla birlikte, ilk YKTK andlaşmasının 1959 yılında Almanya ile Pakistan arasında imzalandığı belirtilmektedir (bkz. McGhie, Teresa; *Bilateral and Multilateral Investment Treaties, içinde* Legal Aspects of Foreign Direct Investment (Eds. Daniel D. Bradlow and Alfred Escher), Kluwer Law International, 1999, s. 107).

988 Bkz. Türkiye'nin İmzaladığı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları (www.investinturkey.gov.tr) (3 Kasım, 2006). (Anılan kaynaktaki listeye bakıldığında, toplamda imzalanan andlaşmaların sayısının **79** olduğu, bunlardan **17**'sinin imzalanmasına karşın henüz yürürlüğe girmedeği görölmektedir.)

989 T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, *Uluslararası Doğrudan Yatırımlar 2005 Yılı Raporu* (www.hazine.gov.tr) (3 Kasım, 2006), s. 77.

990 Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., s. 209.

991 Blackaby, Nigel - Paradell, Lluís; *Investment Treaty Arbitration, içinde* Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice (John Tackaberry and Arthur Marriott), Fourth Edition, Volume 1, Sweet & Maxwell in conjunction with The Chartered Institute of Arbitrators, Londra 2003, s. 710.

başlarda oldukça düşük seviyede iken (2000 yılı itibariyle sadece 50 adet dava bulunmaktadır), çok kısa bir süre içinde olağanüstü derecede artış göstermiştir (2005 Kasım ayı itibariyle 219'a yükselmiştir).⁹⁹² Halihazırdaki dava sayısının, bununla birlikte, buzdağının sadece görünen kısmı olduğu ve dava sayısındaki bir olası patlamaya delalet ettiği de ileri sürülmektedir.⁹⁹³

YKTK andlaşmaları yabancı yatırımcıların güvence taleplerini yerine getirmeyi teminen özellikle son 20 yılda olağanüstü bir ivme kazanmıştır. Sözgelimi, 1995 yılı sonundaki 1.097 sayısına karşılık 2004 yılı sonu itibariyle 2.392 adet YKTK andlaşmasının bulunduğu belirtilmektedir.⁹⁹⁴ Uluslararası ticaret ve yatırımlarda son zamanlarda görülen ivmenin bunda etken olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, yatırımların artması sürecinde YKTK andlaşmalarının olumlu yönde katkı sağladığı söylenebilir. Bununla birlikte, aksi yönde görüşlerin ileri sürüldüğü de görülmektedir. Sözgelimi, "yüksek miktarda doğrudan yabancı sermaye girişine tanık olan Japonya'nın sadece 11 adet YKTK andlaşması imzalamış olması" çarpıcıdır ve bu meyanda "Japonya'nın tarafı olduğu YKTK andlaşmalarının gerek Japonya'ya ve gerek Japon yatırımcılarınca bu andlaşmaların tarafı diğer ülkelere yapılan doğrudan yabancı sermaye yatırımları üzerinde bir etkisinin görülmediği" de savunulmaktadır.⁹⁹⁵ Nitekim, Brezilya'nın ABD ile YKTK andlaşması imzalamayı reddetmesine karşın, bölgesinde en yüksek oranda Amerikan yatırımcıyı çekebildiği belirtilmektedir.⁹⁹⁶ Yine, Çin Cumhuriyeti ile ABD arasında herhangi bir YKTK andlaşması bulunmakla beraber, ABD yatırımcıları bu ülkeye yatırım yapanlar arasında en üst sıraları işgal etmektedir.⁹⁹⁷ Hemen bu bağlamda belirtmek gerekirse, kuşkusuz bahsekonu andlaşmalar, sözkonusu ülkelerin –hukuk düzeni, ekonomik veya kültürel

⁹⁹² Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement: IIA Monitor No. 4 (2005), UNCTAD Yayını, Cenevre, 2005, s. 1, 2.

⁹⁹³ Blackaby-Paradell, Investment Treaty Arbitration, op. cit., s. 711.

⁹⁹⁴ Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement: IIA Monitor No. 4 (2005), op. cit., s. 3, 7 no.lu dip not.

⁹⁹⁵ Yanase, Sjuhi; Bilateral Investment Treaties of Japan and Resolution of Disputes With Respect to Foreign Direct Investment, içinde International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003, s. 434, 441.

⁹⁹⁶ Anderson, Sarah; Foreign Investors Gone Wild, International Relations Center, Silver City, NM and Washington, DC, 3 Mayıs, 2007) (<http://fpif.org/fpiftxt/4193>).

⁹⁹⁷ Raghavan, Chakravarthi; Bilateral investment agreements play only a minor role in attracting FDI, Third World Network (TWN) No. 162, 1-15 Haziran, 1997 (<http://www.twinside.org.sg/title/bil-cn.htm>) (Erişim Tarihi: 3 Mayıs, 2007).

bakımdan taşıdıkları niteliklerle bağılı- görelî durumlarına koşut olarak bir etki sağlayacaktır.

Öte yandan, yabancı doğrudan sermaye yatırımlarının bizatihi kendisine yönelik ciddi eleştiriler de yapılmaktadır ve kuşkusuz tartışılmaya açık bir husustur; bilhassa son zamanlarda yabancı sermaye yatırımlarına ilişkin giderek artan korumacı eğilimler dikkati alındığında⁹⁹⁸. Bu meyanda, sözgelimi FDI ile ekonomik büyüme arasında doğrudan bir ilinti kurulmasının oldukça güç olduğu, bu bağlamda bir ülkedeki rekabet politikası ve düzenleyici kurumsal yapıların etkinliği gibi unsurların da yeterince dikkate alınması gerektiği; yine, sözgelimi bir ülkedeki mevcut tesisleri devralan bir FDI sözkonusu olduğunda bunun istihdam artışı, yeni teknoloji ve bilgi birikimi transferi, gelir dağılımını düzeltici etkisi gibi çok değişik etkenler üzerinden değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır.⁹⁹⁹ Dolayısıyla, gelişmekte olan ülkelerin, yabancı doğrudan yatırımları ülkelere çekebilme arzusuyla KYKT andlaşmaları imzalama yarışına girerek yabancı yatırımcılara –ekonomik kalkınmaya katkıda bulunma koşulu getirmeksizin- türlü ayrıcalıklar tanımları hususunda endişeler ve eleştiriler ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰⁰

Başka açılardan bu andlaşmaların ciddi biçimde eleştiri yağmuruna tutulduğu da dikkat çekmektedir. Bir görüşe göre, bu andlaşmalar eski dönemlerde sömürgeci devletlerin siyasi baskılarla sağladıkları sömürü düzenini yeni dönemde daha masum bir araç üzerinden temin etmek üzere, çokuluslu şirketlerce daha 1950'li yıllarda kurgulanmış bir mekanizma olarak gündeme getirilmiş ve gelişmekte olan ülkelere dayatılmıştır.¹⁰⁰¹ Bu meyanda, "çoğu kez uluslararası şirketler tarafından ihtilafları uluslararası düzleme getirebilme veya buna dair uluslararası andlaşmaların imzalanması hususunda özellikle gelişmekte olan devletler üzerindeki kurulan baskılara karşı direnme şansının bulunmadığı" da dile getirilmekte-

⁹⁹⁸ Bkz. Solomon, *Wave of protectionism gains force*, op. cit.

⁹⁹⁹ Bkz. Singh, Kavaljit; *Why Investment Matters (The Political Economy of International Investments)*, FERN, The Corner House, CRBM and Madhyam Books, 2007, s. 50, 51.

¹⁰⁰⁰ Rangaswami, Viji; *Globalization, International Law and the Future of International Investment Treaties*, Carnegie Endowment for International Peace <http://carnegieendowment.org/files/IISD.pdf> (25 Temmuz, 2007).

¹⁰⁰¹ Hildyard-Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 45.

dir.¹⁰⁰² Yine, "YKTK andlaşmaları veya belirli projeler kapsamında (BTC Projesi'nde olduğu gibi) iki veya daha fazla sayıda ülke arasında imzalanan uluslararası andlaşmalarla çokuluslu şirketlerin az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelere kendi hukuklarını dayattıkları ve bu çerçevede imzalanan yatırım sözleşmelerine bakıldığında, ESHA tarzı yatırım sözleşmelerinin bu çokuluslu şirketlerin neredeyse bir yarasama kurumu gibi işlev görerek kendi kurallarını devletlere empoze etmek suretiyle, bu devletlerle veya vatandaşlarıyla olan ilişkilerinde sadece kendi öngördükleri rejime tâbi tutan bir yeni sömürü düzeni kurdukları"¹⁰⁰³ yönünde eleştiriler de görülmektedir.

Bir başka görüşte, "her bir YKTK andlaşmasıyla, çokuluslu şirketlerin 1970'li yıllardan beri çabalayarak DTÖ nezdinde kurgulamaya çalıştıkları ve bilahare MAI üzerinden doğrudan gerçekleştirmeyi öngördükleri, ancak uluslararası kamuoyunun direnişi sonucunda henüz sonuç alamadıkları uluslararası hukuki korumaya adım adım yaklaşmaktadır"¹⁰⁰⁴ ifadesine yer verilmektedir. Giderek, YKTK andlaşmalarının günümüzde yatırımcılar açısından devletlere karşı yatırımları tahtında bir koruma kalkanı sağlama işlevinin ötesine geçilerek devletlere karşı bir talep etme mekanizması haline getirildiği ve böylece savunma amaçlı "kalkan" işlevinin yerine saldırı amaçlı bir stratejik "mızrak" işlevine dönüşün gözlemlendiği de ileri sürülmektedir.¹⁰⁰⁵

YKTK andlaşmaları devletler arasında imzalanmakla beraber, âkit devletlerin yatırımcılarına tahkime gitme olanağı tanımakta olması nedeniyle, uyumsuzlıkla-

¹⁰⁰² McCorquodale, Robert; *The Individual and the International Legal System*, içinde International Law (Editör: Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003, s. 312. Bu baskılar sadece uluslararası şirketlerden gelmemekte, sözgelimi Amerikan hissedarlarının ağırlıklı bulunduğu bir şirket ile Kostarika devleti arasındaki ihtilafın ICSID tahkimine götürülmesini teminen ABD hükümetinin Kostarika hükümeti üzerinde baskı kurduğu ve bu amaçla Inter-American Development Bank tarafından Kostarika'ya verilmesi öngörülen bir kredi paketini engellediği bilinmektedir (bkz. İbid.).

¹⁰⁰³ Susan Leubuscher, *The Privatization of Law*, 2003'ten aktaran: Hildyard-Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 51.

¹⁰⁰⁴ Hildyard-Muttitt, *Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism*, op. cit., s. 51. YKTK andlaşmasının İngilizce karşılığı olan "bit" ("*bilateral investment treaty*"), aynı zamanda "parça" anlamına gelmekle, anılan andlaşmalarla çokuluslu şirketlerin "parça parça" zemin kazandıkları yorumu yapılmaktadır (İbid., s. 57).

¹⁰⁰⁵ Mann, Howard; *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, International Institute for Sustainable Development (IISD) ve World Wildlife Fund (WWF) Ortak Yayını, 2001, s. 16.

rın tahkime götürülmesi bağlamında devletlerarası nitelikteki uyuşmazlıklar olduğu kadar, devletlerle yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların da tahkim konusu edilmeleri olanağı doğmaktadır. Hatta, bu anlaşmalarda başlıca ilişkinin aslında devletler ile yatırımcılar arasındaki ilişkiler olduğu ve dolayısıyla devletler arasındaki bir uyuşmazlığın ortaya çıkması olasılığının oldukça düşük olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁰⁶ Burada öngörülen tahkim ile, yatırımcıların (uluslararası hukuk sujesi olmamalarına karşın "katılımcı" sıfatıyla¹⁰⁰⁷) uluslararası özel hukuka tâbi ticari tahkime değil, uluslararası ekonomik kamu hukuku tahtında uluslararası kamu hukuku kurallarına bağlı olarak – ya bir uluslararası anlaşmaya yahut devlet ile yatırımcı arasındaki bir sözleşmeye istinaden- uluslararası kamusal nitelikte bir tahkime gitmeye hak kazandıklarını vurgulamak gerekir.¹⁰⁰⁸

Bu anlaşmalarda tahkim konusunun "adeta tek tip bir hüküm (olarak yer aldığı görülmektedir. Böylece,) yatırımcı ile ev sahibi ülke arasında mevcut yatırımlar nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü amacıyla uluslararası tahkime gidilebilmesine olanak tanı(maktadır)... (Dolayısıyla,) bugüne kadar devasa enerji ve altyapı projelerinin boş yere beklediğini söylemek de mümkün."¹⁰⁰⁹ Bu yargının doğruluğu ise, kuşkusuz, anılan anlaşmaların hükümlerinin ayrıntı biçimde incelenmesini gerektirmektedir.

Bahsekonu anlaşmalar hemen daima bir kaç sayfadan ve maddeden müteşekkil olup, oldukça basit bir kurguya sahip olduğu görülmektedir. Bu anlaşmaların ortak hükümleri ise, önce (özellikle yatırım ve yatırımcı kavramlarına ilişkin) tanımların yer aldığı giriş maddesi, daha sonra ise kamulaştırma, millileştirme ve tazminat, sermayenin istenilen dövizle ve belirli bir kambiyo rejimi içerisinde serbestçe transferi, yatırımcıya yerel yatırımcılarla eşit muamele edilmesi ve nihayet yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümüne dair (tahkime de cevaz veren) hükümlerden oluşmaktadır.¹⁰¹⁰ Anlaşmaların hemen tümünde devletlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri ile devlet olmaktan kaynaklanan egemenlik unsurlarını kullanırken eşit ve adil davranmaya yönelik edimlerine yer verilmektedir. Yani, bu and-

¹⁰⁰⁶ Mann, Howard - Moltke, Konrad von; *A Southern Agenda on Investment?: Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, IISD Yayını, 2005, s. 16.

¹⁰⁰⁷ McCorquodale, *The Individual and the International Legal System*, op. cit., s. 302, 303.

¹⁰⁰⁸ McCorquodale, *The Individual and the International Legal System*, op. cit., s. 311, 312.

¹⁰⁰⁹ Akbay, Levent; *Dev Projeler Tahkime Boş Yere mi Takıldı?*, Dünya Gazetesi, 10 Şubat, 1998.

¹⁰¹⁰ McGhie, *Bilateral and Multilateral Investment Treaties*, op. cit., s. 109, 136.

laşmalar, mahiyetlerinin de gerektirdiği gibi, yatırımcılarla devlet arasındaki ticari ilişkinin içerisinden doğacak bir ihtilafı düzenlemekle bağlantı kurmaktan uzaktır, amacı da bu değildir zaten! Başlıca hedef, yabancı yatırımcılar ile devletin ticari bir ilişkiye girmiş olmalarını dahi gerektirmeksizin, verilen izinlerin veya ruhsatların, yahut sermaye transferine ilişkin hükümlerin, kamulaştırma benzeri bir eylemle ve yerel yatırımcılarla ayrımcılık yaratacak şekilde uygulanmamasını temin etmektir.

Sözgelimi, devletten aldığı ruhsata binaen hastane inşa eden ve işleten bir yabancı yatırımcı ile ilgili devlet arasında bir ticari sözleşme bulunmamaktadır. Bu meyanda, devletin yatırım ruhsatını genel sağlık veya çevre sağlığı nedenleriyle kasten iptali gibi bir durum, böyle bir anlaşmanın kapsamına girecektir. Devletle arada bir sözleşmenin bulunduğu, sözgelimi kuduz aşısı üreten bir tesis kurup, üretimini ilgili kamu kuruluşuna sözleşme çerçevesinde satan bir yabancı yatırımcı durumunda da, yatırımları koruma anlaşması sadece politik risklere karşı bir koruma sağlayacaktır, yine az önceki örnekte belirttiğimiz ruhsat iptali veya kârın yurt dışına aktarılmasına engel olunması yahut tesisin kamulaştırılması gibi durumlar meyanında. Ticari sözleşmede tahkime yer verilmemişse, münhasıran aradaki ticari ilişkiden kaynaklanan ve idarenin `devletin siyasi boyutta bir eylemi derecesine yükselmeyen` derecedeki, münhasıran ticari nitelikteki eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar için yatırımları koruma anlaşmalarına müracaat etme olanağı olmamak gerekir. Nitekim, YTKK anlaşmalarının müzakerelerini gerçekleştiren birim olan Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nün Genel Müdürü tarafından da bu husus sarahaten ortaya konulmaktadır:

*"Bu anlaşmalarda doğrudan yabancı sermaye için... gayri ticari riskler.. inceleniyor. Yani... burada konu; kamulaştırma, millileştirme gibi unsurlara karşı eğer böyle bir şey gerçekleşirse yatırımın yapıldığı devlet nasıl bir işlem uygulayacak, bunun bedelinin ödenmesi konusunda, transferi konusunda güvence veriyor mu, o ülkedeki yasal çerçeve nedir, hukuki yapı nedir, anlaşmazlıkların çözüm sürecinde ihtiyaç hasıl olursa bu nasıl olacak, yani yerel mahkemelerle mi olacak, tahkim mi olacak, uluslararası bir kuruluşa mı gidilecek, bunları öngören bir anlaşmadır."*¹⁰¹¹

Öte yandan, bahsekonu anlaşmaları müzakere ederek imza aşamasına getiren idari kurum olan Hazine Müsteşarlığı tarafından yine aynı yönde çok açık tesbitlerin yapıldığı da görülmektedir. Buna göre,

¹⁰¹¹ Onaner, Mehmet; *Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları*, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 37, 38.

"Uluslararası yatırımcıların bir ülkeye yatırım yapma aşamasında çeşitli ticari ve ticari olmayan risklerle karşı karşıya olduğu genel kabul gören bir görüştür. Ticari riskler, yerli veya yabancı tüm yatırımcıların katlanması gereken riskler iken, ticari olmayan riskler önceden öngörülemeyen ve ticari teşebbüsün faaliyeti ile ilgili olmayan risklerdir. Bunlar, kamulaştırma veya devletleştirme; savaş veya iç karışıklıklar neticesinde karşılaşılan zararlar; kâr, tasfiye ve satış bedellerinin transfer edilememesi veya transfer edilmesinin geciktirilmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir... Ülkemizin de bugüne kadar... bir çok ülke ile imzalamış olduğu ikili veya çok taraflı yatırım anlaşmaları, ülkemizde yatırım yapmış bulunan yabancı yatırımcıların... **ticari olmayan risklere karşı** korunarak, hak ve menfaatlerinin savunulması (amacına yöneliktir)."¹⁰¹²

Buradan da çok sarıh biçimde anlaşılacağı üzere, bahsekonu andlaşmaların amacı, **ticari olmayan risklere karşı** yatırımcılara **siyasi risklere karşı koruma** sağlamaktan başka bir işlevi içermemekte ve giderek **ticari risklere** karşı bu tür bir korumayı da hiç bir şekilde öngörmemektedir.

Andlaşmaların kapsam maddelerinde kimi zaman sadece "devletçe verilen ruhsatlar, izinler"den bahsedilirken, ayrıksı olarak kimi andlaşmalarda "yatırımcılarınla yapılan anlaşmalar" şeklide geniş bir kapsama geçiş yapıldığı; yine, uyumsuzluğun kapsamı olarak genellikle "yatırımcıyla yatırım dolayısıyla çıkan uyumsuzluklar" gibi bir ifadeye yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, "verilen yatırım müsaadesinin yorumlanması ya da uygulanması, veya işbu anlaşma ile verilen bir hakkın ihlali" gibi, yatırımların korunması anlaşmalarının felsefesiyle daha iyi imtiyaz eden, sarıh hükümlere yer verildiği de görülmektedir.¹⁰¹³ Atıfta bulunduğumuz bu Andlaşma'da yer alan düzenleme, bu tür andlaşmaların mahiyetini doğru biçimde yansıtan en iyi örneklerden birisidir. Bu açıklığın bulunmadığı andlaşmalara örnek olarak ise, daha geç dönemlerde yapılmış olmasına karşın çok daha kötü biçimde kaleme alındığını düşündüğümüz, ABD ile imzalanmış YKTK And-

¹⁰¹² T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Uluslararası Doğrudan Yatırımlar 2005 Yılı Raporu, op. cit., s. 77, 78.

¹⁰¹³ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında YKTK Anlaşması (8 Ekim, 1989 tarih ve 20306 sayılı RG'de yayımlanmıştır). Yine, bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında YKTK Anlaşması (10 Şubat, 1991 tarih ve 20782 sayılı RG'de yayımlanmıştır); Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Hollanda Krallığı Arasında YKTK Anlaşması (8 Ekim, 1989 tarih ve 20276 sayılı RG'de yayımlanmıştır); keza, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Danimarka Krallığı Arasında YKTK Anlaşması (27 Mayıs, 1992 tarih ve 21240 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

laşması¹⁰¹⁴ gösterilebilir. Anılan Andlaşma'da "enerji üretimi" konusu sarahaten anlaşma kapsamı dahilinde zikredilmekte ve uyuşmazlıkların kapsamı olarak "yatırımcılarla imzalanacak anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar" tâbirine yer verilmektedir. Bu durum, anılan Andlaşma kapsamındaki sözleşmelerden kaynaklanacak her türlü ihtilaflar için Andlaşma'da öngörülen tahkime gidilebileceği yönünde algılansa da¹⁰¹⁵, bu andlaşmaların mahiyeti gereği böyle bir yorumla gidilebilmesi olanağının -işbu bölümde açıkladığımız gerekçelerle- bulunmadığını düşünmekteyiz.¹⁰¹⁶ Bahsekonu hükme yer verilmiş olması, sadece, sözgelimi bir imtiyaz sözleşmesine konu yatırım çerçevesinde (önceden verilmiş bir iznin iptal edilmesi veya diğer yatırımcılara verilmekte olan izinlerin veya olanakların ayrıcalık yaratmaksızın ihtilafı gündeme getiren yatırımcıya da verilmesi gibi) siyasi risklerin gerçekleşmesi durumunda, ihtilafın tarafı olan âkit ülkenin bu sözleşme konusunun YKTK anlaşması kapsamında değerlendirilmeyeceği yolundaki muhtemel bir itirazını bertaraf etmeyi amaçlamaktadır.

Anılan andlaşmaların hükümlerine bakıldığında, devletlerin birbirlerine karşı belirli yükümlülükler üstlendiği görülmektedir. Bu ise, bir takım faaliyetlerde veya eylem yahut işlemlerde "bulunmama" yükümlülüğüdür! Oysa, yatırımcılarla yapılan sözleşmelerde devletlerin yükümlülükleri, kimi eylemlerden "**kaçınma**", yani

¹⁰¹⁴ Türkiye ile ABD Arasında YKTK Andlaşması (13 Ağustos, 1989 tarih ve 20251 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

¹⁰¹⁵ Bkz. Birsal, *Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Tarafı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması*, op. cit., s. 27-30.

¹⁰¹⁶ Nitekim, bir Amerikan şirketiyle ETKB arasında enerji yatırımıyla ilgili bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmış, ancak bilahare santralin kullanacağı kömür madeninin yatırım bedelinin beklenenin çok üstünde çıkması gibi tamamen ticari gerekçelerle anılan yatırım tamamlanamadığı gibi, Anayasa değişikliği sonrasında anılan şirketin uluslararası tahkim olanağının kendilerine de sağlanması yönündeki talebi de bu nedenle uygun görülmemiş, buna karşın şirketçe bahsekonu Andlaşma'ya istinaden ICSID tahkimine gidilmiştir. Bizim de 2006 yılı Nisan ayında Washington D.C.'de gerçekleştirilen bir duruşmasına katıldığımız bu hakem mahkemesinde şirket, Türkiye'nin egemenlik hakkını kötüye kullandığı ve şirkete ayrımcı işlemde bulunarak Hazine garantisini vermekten imtina ettiğini ispatlamaya yönelik iddialarla ortaya çıkmıştır; oysa, münhasıran sözleşme çerçevesinde idarenin ticari yükümlülüğüne dayanılabilseydi, *sözleşme çerçevesinde* idarenin münhasıran ticari nitelikteki edim yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğu yönünde savunma yapılarak, bu ihlal dolayısıyla da tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde savunmada bulunması beklenirdi! Belirttiğimiz gibi, anılan uyuşmazlıkta davacı, idarenin bu sözleşmeye dayanan eylemlerinin -sözleşmeye dayanmakla beraber- YKTK Andlaşması kapsamında devletin egemenliğini kötüye kullandığı bir standarda yükselmiş olmakla anılan Andlaşma kapsamındaki korumaya mazhar olduğu yönünde savunma yapmak zorunda kalmıştır! (bu hususta bkz. Yannaca-Small, Katia; *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/1, Şubat 2006, 99 no.lu dip not, s. 28.)

“**yapmama**” yükümlülüğünün tam aksine, kimi eylemlerde “**bulunma**”, yani “**yapma**” yükümlülüğüdür; sözgelimi, devlet “**belli miktardaki enerjiyi satın alacak**”, “**belli miktarda ödemeyi gerçekleştirecektir**”. Oysa, birinci tip kapsamında “**ayırımı muamelede bulunmama**”, veya “**kazancın yurt dışına transferine engel olmama**” nevinden, politik nitelikteki yükümlülükler sözkonusudur. Dolayısıyla, devletlerin burada üstlendiği yükümlülüklerin nitelikleri, ticari ilişkilerden kaynaklanan edimlerle kıyaslandığında taban tabana zıttır!

İşte, bu farklılık, uluslararası andlaşmalardaki tahkim hükümleri ile yatırımcılarla imzalanan sözleşmelerdeki tahkim hükümlerinin birbirinden tamamen farklı iki ayrı işleve yöneldiğini açıkça ortaya koymaktadır. Birinci tipte “**durağan**” bir ilişki varken, ikincide “**canlı**” ve her an “**değişen**” bir “**ticari ilişki**” sözkonusudur. Dolayısıyla da, ilk tipteki yükümlülükler açısından tahkime gidilmesi ile ikinci tipteki ticari yükümlülüklerde tahkime gidilmesi arasında, korunacak kamu yararı açısından devasa bir fark mevcuttur.

Bu nedendir ki, iki değişik tipolojideki düzenleme arasında herhangi bir analize girişilmeksizin, aynı nitelik ve kapsamdaki bir tahkim kurumundan bahsedilemez. Birincide, devletin egemenlik hakkının istismarını önleyici “**yapmama**” borcunu doğuran bir taahhüt varken; ikincide, devlet ile yabancı yatırımcılar arasındaki “**ticari ilişki**”den ve buna dair “**yapma edimleri**”nden söz etmekteyiz! Dolayısıyla, birincinin varlığı için arada bir ticari ilişkinin ve hatta yatırımcıyla imzalanmış bir sözleşmenin varlığı gerekli değildir! Yabancı yatırımcının bir ülkedeki herhangi bir yatırımı, sözgelimi otomotiv sektöründeki bir yatırım, bu kapsamda devletin egemen gücünü kötüye kullanmasından korunurken ve uluslararası tahkim hükmüyle de bu korunma pekiştirilirken, devlet ile yatırımcı arasında hiç bir ticari ilişki bulunmamaktadır. Oysa, açıktır ki ikinci tür ilişki için devlet ile yatırımcının ayrı bir “**statü**” içinde bulunmaları, yani (enerji alımı gibi) ticari ilişkiyi öngören bir ticari sözleşmenin tarafları haline gelmiş olmaları gerekmektedir. Yapılan analizler, bu anlamda tam anlamıyla yanıltıcıdır! Esasen, kanaatimizce, yabancı yatırımcıların bu analizi hukuken gerçekçi ve doğru bulmadıkları için Anayasa değişikliklerinde ısrar etmiş olmaları da buna delalet etmektedir.

Öğretide de buna ilişkin isabetli yorumların varlığı dikkat çekmektedir. YKTK andlaşmalarının sadece yabancılar aleyhine ayırımı muameleyi önleyen ve kimi politik risklere karşı koruma sağlayan nitelikleri itibarıyla, yatırımcılar açısından yatırım yapmak için aranılan tek husus olmadığı açıktır. Nitekim, ev sahibi ülkenin ne gibi ilâve ayrıcalıklar sağladığı (uygun hammadde veya üretim girdisi (elektrik) temini veya bedelsiz yahut düşük fiyatla arazi verilmesi gibi, yabancı yatırımlara uy-

gulanacak avantajlı teşvik tedbirleri hususları düzenleyen yatırım mevzuatı bu anlamda dikkate alınan unsurlardan biridir.¹⁰¹⁷ Buna ilaveten, devletle yabancı yatırımcı arasında kimi zaman bir yatırım anlaşmasıyla devlet adına kimi taahhütlerin sözleşmeye bağlanması da söz konusu olabilmektedir. "Kısaca belirtmek gerekirse, iki taraflı yatırım anlaşmasının (YKTK andlaşmaları) varlığı, ulusal yatırım mevzuatını bertaraf etmediği gibi, yatırım mukavelesi gereksinimini de ortadan kaldırmaz."¹⁰¹⁸ Dolayısıyla, YKTK andlaşmalarının koruduğu menfaat ve işlevi ile yatırımcının devletle yaptığı sözleşmeden doğan ticari ilişkisindeki koruma ihtiyacının mahiyeti farklı hususlardır.

Öte yandan, YİD modeli çerçevesinde akdedilecek uygulama (imtiyaz) anlaşmalarıyla üretim girdisi teminine veya üretilen mal ve hizmetlerin satın alınmasına dair sözleşmelerin, dolaylı ve sürüngen kamulaştırmanın araçları olduğu ve bu nitelikleri dolayısıyla yatırımların korunması anlaşmalarıyla doğrudan ilgili buldukları, bu meyanda "Türkiye'nin yatırımların korunmasında uluslararası tahkime hayır diyebilecek noktayı çoktan geçtiği" de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, bahsekonu "sözleşmelerin hükümlerine dayanılarak (şirketin kârını azaltarak ve hatta sıfırlayarak) tesislerin dolaylı ve sinsi bir şekilde kamulaştırılması mümkündür... Bu halde, mülkiyete dokunulmamakla birlikte, yatırımcı açısından etkisi kamulaştırma benzeri olan dolaylı bir tasarruf sözkonusudur ve doğrudan yapılacak kamulaştırmalar ile aynı hükümlere tabidir."¹⁰¹⁹ Bu yaklaşımın doğru bir analize dayandığı kanaatinde değiliz. Zira, YİD modeli çerçevesinde devlet ile yatırımcı arasındaki girdi temini veya enerji satın alımına ilişkin sözleşmelerde tarafların birbirlerine karşı yükümlülükleri açık biçimde düzenlenmektedir. Bu itibarla, devletin bu hükümlere aykırı hareket edebilmesi için sözleşmenin dışına çıkması gerekir. Sözleşme hükümlerinde öngörülmeleyen bir husustaki davranış şayet "dolaylı kamulaştırma" derecesine varmaktaysa, yahut sözleşme hükümlerindeki belirsizlik nedeniyle çı-

¹⁰¹⁷ Nitelikim, son zamanlarda ülkemizde yatırım yapmayı düşünen bir yabancı devlet yatırımcısının, ülkemizde kendisine sağlanacak teşvik paketi üzerinde hükümetle müzakereye giriştiği ve ilave ayrıcalık taleplerinin kabul edilmemesi üzerine otomotiv yatırımını bir başka yabancı ülkeye yönlendirdiği bilinmektedir. Anılan ülke yatırımcısı, kendi ülkesi ile ülkemiz arasındaki YKTK andlaşmasının varlığına dayanmanın ötesinde, ilave ayrıcalıklar arayışı içinde olmuştur! Yani, YKTK andlaşmaları, yabancı yatırımcılar için arzu edilen her türlü güvenceyi sağlamaz; *sadece siyasi risklere karşı korunma ve ayrıcalıklı muameleye tâbi tutulmama (kuşkusuz, olumsuz ayrıcalıklar anlamında!)* talebinden doğan gereksinimi karşılar.

¹⁰¹⁸ Tiryakioğlu, *Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler*, op. cit., s. 178.

¹⁰¹⁹ Altıntaş, M. Ayhan; *Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları ("Dünya ve Uluslararası Hukukun Gerçekleri ve Türkiye'deki Egemenlik ve 'Uluslararası Tahkim' Tartışmaları Üzerine...")*, Hazine Dergisi, 1998-2, Sy. 10, Nisan 1998, s. 35, 36.

kan ihtilafın o devletin yargısında devlet lehine sonuçlanması durumunda, kuşkusuz yatırımcı için yatırımların korunması anlaşmaları çerçevesinde kendisine kamulaştırma benzeri bir işlem uygulandığı iddiasıyla uluslararası tahkime gitme olanağı bulunacaktır, yatırımcının devleti ile ülkemiz arasında YKTK anlaşması bulunmak kaydıyla.

Ancak, yatırımcı ile devlet arasında YİD sözleşmeleri çerçevesinde imzalanan ticari mahiyetteki anlaşmaların sadece varlığına dayanarak dolaylı kamulaştırmanın kategorik bakımdan sözkonusu olduğunu iddia etmek ve bundan hareketle uluslararası tahkimin zaten kabul edilmiş olduğu, dolayısıyla bu sözleşmelere uluslararası tahkim hükümlerinin konulması gerektiğini ileri sürmek, yeterince isabetsiz bir görüştür. Zira, sözleşmelere buna dair hükmün konulması, devletin dolaylı kamulaştırma derecesine varmayan işlem ve eylemleri için de tahkim kapısını açmak anlamına gelmektedir. Oysa, dolaylı kamulaştırma iddiası, isbatı nisbeten güç bir "kasıtlı davranış"ı gerektirir ve bu dereceye varmayacak işlemlerin kapsamı da -doğal olarak- yeterince geniştir. Dolayısıyla, bahsekonu alanda uluslararası tahkime halihazırda gidilmesi, YKTK anlaşmalarının kapsamı dışındadır. Nitekim, "yabancı yatırımcılar bakımından... uluslararası tahkim isteklerini mazur kılacak yeterli neden ayrıca mevcuttur... Uluslararası tahkimden çekinilmemesi, yabancı yatırımcılar ile ilgili mevcut iyi niyetin ve ilaveten devletin kendi sistemine olan güveninin de bir işaretidir" yolundaki 'naif' görüşlerini ortaya koyan yazar, "... bu çelişkinin, haklara dayanak teşkil eden anlaşmaları onaylamış bulunan TBMM'ce giderilmesi gerekmektedir"¹⁰²⁰ demek zorunda kalmaktadır.

Öte yandan, imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime gidilmesinden kaçınılmak istenmesinin arkasında yatan gerekçe, bu sözleşmelerde kamu ile özel sektör arasındaki uzun süreli ilişkinin, zaman içerisinde gelişen şartlar ve teknoloji gözönünde tutularak kamu yararını gerektiren yargısal müdahalelere gereksinim duymasıdır. Sözelimi, sokakların aydınlatılmasının yağ veya benzeri kimyevi maddelerle sağlandığı eski dönemlerdeki uzun süreli sözleşme, teknolojik gelişmeyle havagazıyla aydınlatma olanağı ortaya çıktıktan sonra yargı kararıyla sonlandırılabilmiştir.¹⁰²¹ Yine, Haliç vapurlarının işletilmesi sözleşmesi çerçevesinde böyle bir sonuç ortaya çıkmıştır.¹⁰²² Bu fesih kararlarının alınması sırasında, kuşku-

¹⁰²⁰ Altıntaş, Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları, op. cit., s. 37, 38.

¹⁰²¹ Bkz. Azrak, Ülkü; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, 16 Temmuz, 1999, TBB Yayını, s. 31.

¹⁰²² Aslan, Zehreddin - Arat, Nilay; Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İTÜ SBD, Yıl: 4, Sy. 8, Güz 2005/2, s. 22.

suz kamu yararı ön planda tutularak bir karara varılmıştır. Maamafih, bu tür uyuşmazlığın tahkim yoluyla giderilmesinde hakem heyeti konuya sadece sözleşme çerçevesinde bakacaktır; kamu yararını dikkate almak, ticari ilişkilerin ve buna dair uyuşmazlıklara bakan hakem heyetlerinin işi ve giderek görevi değildir. Ortada bir sözleşme vardır ve özel hukuk uygulamasında sıklıkla kullanılan bir ifadeyle "sözleşme, belirleyicidir (kraldır)" ("contract is the king!")¹⁰²³.

Özetle, imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer vermekten kaçınma yönündeki tasavvurlar, sözleşmenin konusundan, yani içeriğinden ve niteliğinden kaynaklanan bir kaygıya dayanır. Oysa, egemenlik hakkının istismar edilmemesi temel felsefesine dayanan, yatırımcının korunmasına dair uluslararası anlaşmalar, uzun süreli ilişkiyle bağlantısı kurulamayacak, çok daha başka türdeki kaygıların giderilmesi amacına hizmet eden koruma mekanizmalarını içerir. Bu itibarla, birinde uluslararası tahkimin kabul edilmiş olmasından hareketle, diğeri için de bundan sonuçlar çıkarmak ve aralarında ilinti kurmak, kanaatimizce işin özünü kavramamakla eş anlamlıdır. İmtiyaz sözleşmeleriyle bir devletin yargısına (sözgelimi Danıştay yargılamasına) tâbi tutulacak bir şirket, birinci türden eylemler karşısında hâlâ uluslararası tahkime gitme konusunda tercihte bulunma ihtiyarını korumaya devam edecektir! Sözgelimi, aşırı vergi yükü getirilmesi¹⁰²⁴ gibi, kamulaştırmayla eş sonuçlar doğuracak veya doğrudan kamulaştırmaya yönelik herhangi bir idari eylem karşısında, yatırımcı YTKK anlaşmasının varlığı halinde buradaki tahkim olanağından yararlanma yoluna gidebilir. Danıştay'ın Anayasa değişiklikleri öncesindeki yargı tekeli buna bir engel teşkil etmeyecektir. Bu anlamda, yatırımcının ticari olmayan riskleri halen uluslararası tahkimin güvencesi altında kalmaya devam edecektir.

Şanlı'ya göre, "3996 Sayılı Yasaya tâbi Yap-İşlet-Devret sözleşmelerinde... herhangi bir tahkim maddesi konulmasa dahi... ihtilaf halinde yabancı yatırımcı... (YTKK) Anlaşmasına istinaden her zaman "Anlaşmada" belirtilen tahkim mahkemesine gidebilir. Başvurulan tahkim mahkemesi, 3996 Sayılı Yasayı değil, bu konudaki uluslararası anlaşmayı esas alacaktır. Bu sebeple, 3996 Sayılı Yasa kapsamındaki Sözleşmeler bakımından... tahkime müsaade edilmemesi, pratik bakımdan önem taşı(ma)maktadır."¹⁰²⁵ Gerçekten de, ihtilafın konusu devletin ege-

¹⁰²³ Bkz. Paksoy, *Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim*, op. cit., s. 164.

¹⁰²⁴ Collier, John - Lowe, Vaughan; *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, 1999, s. 61.

¹⁰²⁵ Şanlı, *Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar*, op. cit., s. 50.

menlik hakkının istismarı yönünde YKTK anlaşmalarında yer alan koruma alanıyla ilgili ise, bu analojiye katılmak mümkündür. Ancak, uyumsuzluğun sözleşmedeki konunun ticari boyutuyla, yani yukarıda açıkladığımız türden bir 'yapma' edimiyle ilgili olması halinde, anılan tahkim mahkemesinin bu uyumsuzlukla YKTK anlaşmasını ilişkilendirmesi olanağından bahsedilemez.

Öte yandan, YKTK anlaşmalarında sadece yabancı yatırımcılarla devlet arasında değil, anlaşmanın tarafı devletler arasında da anlaşma tahtındaki uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümleneceği hususuna atıf yapılmaktadır (kimi anlaşmalarda ise öncelikle karşılıklı müzakereyle uyumsuzluğa çözüm aranması, bir uzlaşmaya varılamaması halinde ise nihai olarak tahkime müracaat edilmesi öngörülmektedir). Bir devletin diğer devletle anlaşmaya vararak bir yatırımın devlet kanalıyla yapılmasını öngörmesi durumunda, bu yatırım iki devlet arasındaki muhtemel bir uyumsuzluğun kaynağı olabilir. Özellikle devletçi ekonominin gündemde olduğu eski dönemlerde bu tür yatırımların varlığı bilinmektedir. Sözgelimi, Seydişehir alimünyum fabrikası, ülkemiz ile SSCB arasındaki bir anlaşmaya istinaden iki devletin ilgili kamu kuruluşlarınca gerçekleştirilmiştir. Bu tür bir yatırımda ihtilafın niteliği ticari sayılacak mıdır? Tahkime gidilmesinin öngörülmesi halinde, buradaki tahkim devletler arasındaki siyasi uyumsuzlukların çözümüne dair tahkim olarak mı, yoksa ticari ilişkilerin çözümüne yönelik bir ticari tahkim niteliğinde mi kabul edilecektir? Böylesi bir ticari yatırımla ilgili ticari konulardaki tahkim ile, YKTK anlaşması uyarınca aynı yatırımın ev sahibi devletçe siyasi gücünün kullanılması yoluyla akamete uğratıldığı ve dolayısıyla burada da ticari olmayan risklere yönelik bir korumanın ortaya çıktığı yorumuna mı gidilecektir? (Zira, yukarıdaki paragraflarda, YKTK anlaşmalarının kapsamının ticari mahiyetteki ilişkiler olmayıp, siyasi gücün kullanılması nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzlukları kapsadığı görüşüne yer verilmişti.) İşte bu noktada, devletler arasında tahkim yoluyla çözümlenen uyumsuzlukların kapsamı ve niteliği üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Devletler arası siyasi uyumsuzlukların çözümünde, en başta karşılıklı müzakere olmak üzere, uzlaştırma, arabuluculuk ve karşılıklı danışma veya görüşmeler, üçüncü tarafların görüşünü alma gibi çok değişik yöntemlere müracaat edilmesi mümkündür.¹⁰²⁶ Bununla birlikte, devletler belli bir uyumsuzluğun taraflarca belirlenen hakemler yoluyla çözümünü de kararlaştırabilirler. Bir an için 'uluslararası' ibaresini kullanmaksızın ifade ederek, 'ticari tahkim' ile 'devletlerarası tahkim'

¹⁰²⁶ Merrils, J. G.; *International Dispute Settlement*, Third Edition, Cambridge University Press, 1998, s. 2, 3, 27, 44, 62.

arasında bir karşılaştırma yapılırsa, benzer yönlerin bulunduğu görülür; şöyle ki, her ikisinde de, uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemek gibi, kendi iç hukuki yapılarını oluşturmaları sözkonusudur ve taraflar arasındaki anlaşmaya dayanırlar.¹⁰²⁷ Aralarındaki keskin farklar ise dikkat çekicidir: Her iki tahkimin –hakem kararlarının geçerliği ve icra kabiliyetleri bakımından- dışsal alandaki etkileri çok farklıdır; ticari tahkimde yerel hukuka bağımlı bir yapı varken, devletler arası tahkimde hakem heyeti uluslararası hukuka bağlıdır. Bu farklılıklar, tarafların dışsal yapı üzerindeki değiştirme gücü anlamında, dışsal alan üzerinde çok önemli sonuçlar doğurmaktadır: Uluslararası hukuk, taraflara çok geniş bir hareket alanı tanır ve hakem kararının uygulamadaki etkinliği üzerinde söz sahibi olmaya cevaz verirken, ticari tahkimde hakem kararının geçerliği konusunda sadece tahkimin bağlı olduğu yerel hukuka tâbi olma, ya da kararın icrası bakımından yerel mahkemelerde icrasına yönelik uluslararası sözleşmeler mucibince öngörülen mekanizmalardan yararlanma sonucunu doğurmaktadır (oysa devletler arası tahkimde kararların icrasına yönelik veya kararların geçerliliğinin sorgulanabileceği bir mekanizmaya yer verilmemektedir!).¹⁰²⁸

Öte yandan, devletler arası tahkim ile özel kişilerin tarafı olduğu ticari tahkim arasındaki farklılık, uyuşmazlığın bir tarafının özel kişi, diğer tarafının ise devlet olduğu karma ilişkide çok daha karışık ve belirsiz bir niteliğe bürünmektedir; zira, bu safhada süreç hem kamu hem de özel uluslararası hukukun niteliklerini bünyesinde barındırmakta, daha da umutsuzluk yaratan bir husus olarak, bu iki hukuk alanı arasında belli belirsiz sürekli kaymalar gerçekleşmektedir.¹⁰²⁹

Dolayısıyla, devletler arası tahkim sözkonusu oldukça, buradaki tahkimin niteliği, doğal olarak ticari tahkimden farklıdır; ancak, neticede bir hakem heyetince karar verildiği veçhile, bu tahkimin yatırımlarla ilgili -özellikle ICSID tahkimi bakımından- tahkim kurumlarıyla arasında fark olup olmadığı sorulabilir. Her iki örnekte de, hakem heyetinin uyuşmazlığa uygulayacağı hukuk, ilgili devletlerce aksi öngörülmediği sürece, uluslararası hukuk kuralları olacaktır. Bu anlamda, yatırım uyuşmazlıklarında da esas olan, uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasıdır; sadece, yatırımla ilgili bir ihtilaf sözkonusu olduğu veçhile, yerine göre yatırımın yapıldığı ülke hukukunun veya yatırımla ilgili -varsa- sözleşmenin, uyuşmazlık ile ilgili hususları açıklığa kavuşturmakla ilgili olduğu oranda dikkate alınması sözkonusu

¹⁰²⁷ *ibid.*, s. 112.

¹⁰²⁸ *ibid.*, s. 112.

¹⁰²⁹ *ibid.*, s. 112, 113.

olabilmektedir (ancak yine bu halde dahi, davalı devletin uyuşmazlık konusu ihlalinin uluslararası hukuk tahtında bir ihlal derecesine yükselip yükselmediği hakem heyetince tesbit edilmekte ve ona göre karar verilmektedir).

Ancak bu analiz, daha ziyade ICSID tahkimi açısından geçerli kabul edilebilecektir. Oysa, bilindiği üzere, YTKK anlaşmalarında ICSID dışında ICC veya İsveç Ticaret Odası ("Sweden Chamber of Commerce" - SCC) gibi, uluslararası ölçekteki (tamamen) ticari uyuşmazlıkların çözümünü öngören tahkim kurumlarınca veya ortada bir tahkim kurumunun olmadığı "ad hoc"¹⁰³⁰ hakem heyetlerince çözümleneceği yönünde hükümlere de rastlanmaktadır. ICSID dışındaki ticari tahkimler bakımından, tahkim sürecinin ne şekilde tanımlanacağı konusu güçlükler yaratmaktadır: Her ne kadar tahkimin 'iç' hukuku taraflar arasındaki anlaşmada belirtilmekte ise de, tahkimin kendisine ilişkin bir sorgulama gündeme geldiğinde, tahkimin konusunun hakem heyetince ne şekilde değerlendirileceğine ve tarafların varsayılan niyetlerine bağlı olarak yanıt da değişecektir. Örneğin, "Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)" davasında hakem heyeti, Suudi Arabistan'ın İsviçre yargısına bağlı olma yönünde bir niyetinden bahsedilemeyeceğini kabul etmiş ve uyuşmazlığın devletler arası nitelikte olduğunu kararlaştırmıştır. Yine, İran-ABD İddiaları Tahkimi'nde hakem heyeti, "milli iddialar ("national claims")"ı ABD ile İran arasındaki sözleşme hukukuna dayanan uyuşmazlıkları görebileceğini kararlaştırmıştır.

Dolayısıyla, bu son örnekte hakem heyetinin hangi nitelikte bir tahkim içinde bulunduğu sorusu ortaya çıkmaktadır: Tahkime olanak tanıyan uluslararası anlaşma dikkate alınarak, geleneksel bir devletler arası tahkimden mi bahsetmek gerekecektir? Yoksa, tahkime konu olayların büyük çoğunluğunun niteliği de dikkate alınarak, sıra dışı tarzda bir ticari tahkimden mi söz etmek gerekir? Yanıt çok da kesin değildir; maamafih, örnek olayda "milli iddialar" bakımından tahkimin kendisinin Hollanda hukukuna bağlı olacağı ve devletler arası niteliğin söz konusu olmadığı yönündeki hakem heyeti kararına atıf yapabiliriz.¹⁰³¹

Yukarıdaki analiz çerçevesinde, ICSID dışındaki ICC gibi kurumsal nitelikteki veya "ad hoc" tahkim bakımından, yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde YTKK anlaşmaları dolayısıyla uluslararası hukukun uygulanmasının, anılan kurumların kuruluş amaçları ve uzmanlık alanları itibariyle pek de yerinde olmayacağını

¹⁰³⁰ Bahsekonu tahkim yöntemi hakkında bkz. Polatkan, *Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim*, op. cit., s. 503.

¹⁰³¹ Merrils, *International Dispute Settlement*, op.cit., s. 113, 114.

ileri sürmek mümkündür. Ancak, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, iki devletin aralarında kendi kamu kuruluşları aracılığıyla gerçekleştirecekleri bir yatırım kapsamındaki 'ticari' nitelikteki uyuşmazlıkları tahkime götürmeyi kararlaştırmış olması halinde, siyasi gücün kullanılması derecesinde olmayan sözleşme ihlallerine yönelik bu tahkimin, tarafları iki ayrı devlet olmakla beraber, uluslararası hukuk tahtında olmak zorunluluğu bulunmaksızın, iki tarafın kamu kuruluşlarının aralarında imzaladıkları sözleşmede öngörülen 'ticari' kurallara göre çözümlenmesi ve bu meydana ticari bir tahkim olarak kabulü gerektiği düşünülebilir.

Şu halde, YTKK andlaşmaları kapsamındaki yatırım uyuşmazlıklarına dair tahkimin, münhasıran ticari ilişkileri düzenleyen ticari tahkim kurumundan belirli derecelerde ayrıldığı ve bu anlamda yatırım uyuşmazlıklarına dair tahkimde uluslararası kamu hukukunun uygulanmasının ön plana çıktığı, uluslararası ticari tahkimde ise sözleşme hukukunun ve uluslararası ticari hukukun uygulama alanı bulunduğu söylenebilir. Nitekim bu yönde bir görüşün ABD hükümetince "*Methanex Corporation v. United States of America*" davası kapsamında ileri sürüldüğü görülmektedir; buna göre "devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarına ilişkin tahkim, uyuşmazlıkların andlaşmalar ve uluslararası kamu hukuku ilkeleri çerçevesinde çözümlenmesi ve dava sonucundaki kararların uyuşmazlığın iki tarafının ötesinde etkiler yaratması bağlamında ticari tahkimden ayrılmaktadır."¹⁰³²

Esasen, son dönemlerdeki gelişmeler öncesinde, 19. ve 20 yüzyıllar boyunca yabancı yatırımcı ile devletler arasındaki uyuşmazlıklar, yerel hukukun tanıdığı olanaklar tüketildikten sonra, sonuçta ev sahibi ülke ile yatırımcının ülkesi arasındaki diplomatik ilişkilerle korunabilecek bir ihtilaf konusu olmaktan ileri gitmemektedir. Bu türden diplomatik korumanın etkin bir sonuç yaratması ise garantili bir etkinlik sağlamamakta ve dava konusu edilmeyip, karşılıklı müzakere veya diplomatik baskı gibi yollarla çözümlenebilecek nitelikte bulunmaktaydı. Dolayısıyla, her bir olayda, iki devlet arasındaki ilişkinin durumuna göre farklı sonuçlarla karşılaşılabilirdi. Böylece, devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki ilişki, neticede bir devletler arası ihtilaf boyutuna gelmekteydi.¹⁰³³

Bugün itibariyle, artık bu durumun değiştiğini söylemek mümkündür. Özellikle ICSID Sözleşmesi tahtında, yatırımların korunmasında diplomatik koruma yerine

¹⁰³² Bkz. Blackaby, Nigel; *Public Interest and Investment Treaty Arbitration*, içinde International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003, s. 356.

¹⁰³³ Merrills, *International Dispute Settlement*, op.cit., s. 114, 115.

tahkimin devreye girmesiyle, devletlerarası tahkim kapsamının daraltılmış bulunduğu ileri sürülebilir. Ne var ki, yukarıda da belirtildiği üzere, tahkimin ticari mi yoksa devletlerarası nitelikte mi olduğu sorusu hâlâ belirsizliğini korumaya ve tartışmaları davet etmeye devam etmektedir.

B) Anayasa Değişiklikleri ve Sonrasındaki Gelişmeler

1. Genel

1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri, temelde enerji projelerinde üretime yönelik santral yapımına ilişkin sözleşmelerde uluslararası tahkime gidilememesi sorunu bertaraf etmeyi teminen getirilmiştir ve bunun için de ülkenin elektrik üretimini artık kamu kaynaklarıyla gerçekleştirebilmesinin ise, mali açıdan imkansız olduğu, özel sektör eliyle yapılmasının uluslararası tahkime gidilememesi nedeniyle engellenmesi sonucunda ülkenin karanlığa gömülmesinin an meselesi olduğu ve bir an önce bu engelin kaldırılmasının en büyük sorunlarımızdan birisi olduğu ileri sürülmüştür. Hatta, giderek bu tür yatırımlar için küresel sermayeyi ülkemize çekebilmemizin şart olduğu ve "... bunu yapabilen ülkeler(in) ayakta kalaca(ğı), gerçekleştiremeyenler(in) maalesef yok olmaya mahkum olaca(ğı)"¹⁰³⁴ dahi ileri sürülmüştür!

Bu kadarla da kalmamış, "(s)özleşmelere ve uluslararası hakem müesseselerine güvenmeyen bir Türkiye, Avrupa Topluluğu'na hangi cesaretle girmeyi istemektedir"¹⁰³⁵ yorumlarının dahi yapıldığı gözlenmiştir! Yine, 1997 yılında dönemin ETKB Enerji İşleri Genel Müdür Yardımcısına göre, "... diğer ülkelerin tümünde (yatırımlarla ilgili olarak uluslararası) tahkim uygulanıyor, çünkü onlar demokrat... (Y)abancı(lar) uluslararası tahkimin en doğru kararı vereceğinden emin, emin olmayan biziz... (buna) (k)argalar güler."¹⁰³⁶ Hatta, uluslararası tahkimin uygulanacağı kamu hizmeti sözleşmeleri tahtında Osmanlı dönemindeki demiryolları imtiyazları uygulamalarına atıfta bulunulmasına karşılık olarak zarafeten ortaya konulan bir başka görüşe göre "(y)üz yıl önceki raylar... (bunların) üzerinden bir asır geçmiş... hâlâ biz mazinin molozlarını rendelemeye devam edersek, gideceğimiz

¹⁰³⁴ Nas, Nesrin; Globalleşme Sürecinde Türkiye: Tahkim, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, op. cit., s. 67.

¹⁰³⁵ Cansen, Ege; Ecevit, Ecevit'e Karşı, Hürriyet Gazetesi, 7 Ağustos, 1999.

¹⁰³⁶ Bkz. İlhan, Osman; içinde Enerji Politikaları ve Özelleştirme, TMMOB Ankara Şubesi Yayını, Ankara, 12 Eylül, 1997, s. 45.

bir metre mesafe yoktur.”¹⁰³⁷ Yine, bir özel sektör temsilcisi tarafından dile getirilen aynı yöndeki bir başka ifadeye göre, “Anayasa Mahkemesi’nin (kamu hizmetine ve imtiyaza ilişkin) iptal gerekçesine dayandırdığı temeller, 90-100 yıl öncesinin kamu hizmeti ve imtiyaz tanımları üzerine kurulmuştur.”¹⁰³⁸ Bu yöndeki çarpıcı görüşlerde ifadesini bulan bahsekonu yaklaşımın, anılan tarihi dönemlerde neden bu yönde düzenlemelere gereksinim duyulduğu hususunda herhangi bir analize gitmeye gerek görmemeleri ise, maksat veya gayret bakımından samimiyet konusunda endişe doğurmaya elverişlidir. Giderek, dönemin Başbakanı tarafından “uluslararası tahkime karşı çıkanlar, çağ değişiminin ayırdına varamamış”¹⁰³⁹ olmakla itham edilmekteydi. Dahası, dönemin Cumhurbaşkanı’nca “ya uluslararası tahkim ya da açıklık ve işsizlik”¹⁰⁴⁰ ifadelerinin kullanıldığı dikkat çekmektedir.

Bütün bu görüşlerde ortak bir payda aranırca; “(u)luslararası sözleşmelerin arkasında evrensel bir uzlaşmanın değil, uluslararası kuruluşlara egemen olan devletlerin ortak çıkarlarını, daha doğrusu bunların evrensel kalıplara büründürülerek savunulmasını sezmeğe mümkündür”¹⁰⁴¹ anlayışına benzer biçimde, uluslararası tahkimin de –arka plandaki uluslararası sermaye gruplarının ve küresel egemen güçlerin çıkarlarını korumaya yönelik yapısı, ve bu bağlamda ülke çıkarlarının karşılayıcı dengesi yeterince gözetilmeksizin ve dikkate alınmaksızın- evrensel ve çağdaş bir gerçeklik ve gereklilik varsayımı altında savunulduğu görülmektedir. Sonuç olarak, burada sadece bir kaç örneğine yer verdiğimiz “kıymeti kendinden menkul” tüm bu savlara dayanılarak “gözü kara” bir şekilde ve çarpıcı sloganlar eşliğinde gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle sadece enerji sektöründe değil, hemen tüm kamu hizmeti alanlarında etkisini gösteren, idare hukukunun temel dinamiklerinin ve esaslarının aşırı biçimde zorlandığı bir düzenlemeyle karşı karşıya kalınmıştır.

¹⁰³⁷ Bkz. Günuğur, Haluk; *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, op. cit., s. 66.

¹⁰³⁸ Vartier, *Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim*, op. cit., s. 53.

¹⁰³⁹ Bkz. Akyol, Taha; *Ecevit ve “Gerici Sol”*, Milliyet Gazetesi, 8 Kasım, 2006.

¹⁰⁴⁰ Süleyman Demirel’in Birecik barajı derivasyon tünellerinin hizmete alınma töreninde yaptığı konuşma (bkz. Soysal-Ertuğrul, *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, op. cit., s. 58).

¹⁰⁴¹ Soysal, Mümtaz, *Değişen Egemenlik ve Meşruluk*, AYD, C. 20, 2003, s. 175.

2. Anayasa Değişiklikleri ve Takip Eden Yasal Düzenlemeler

Aşağıda, Anayasa değişiklikleri ile hemen sonrasında büyük bir süratle çıkarılan yasal düzenlemeleri kısaca sıralamak ve çok dar kapsamlı şekilde içerikleri hakkında bilgi vermek istiyoruz. Bunun, bahsekonu gelişimlerin kronolojik açıdan görülebilmesi amacıyla hizmet edeceği veçhile yararlı olacağını kanısındayız. Anılan değişikliklerin hukuki sonuçları ile ayrıntılı değerlendirmelerine ise takip eden bölümde yer vereceğiz.

2.1. 4446 Sayılı Kanun ile Getirilen Anayasa Değişiklikleri

14 Ağustos, 1999 tarih ve 23786 sayılı RG'de yayımlanan bu Kanun ile Anayasa'nın 47., 125. ve 155. maddelerinde değişiklikler yapılarak;

- Kamu hizmeti kavramı yeniden tanımlanmaya çalışılmış,
- Danıştay'ın "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek" biçimindeki görevi "sözleşmeler hakkında düşüncesini bildirmek" biçiminde yeniden yazılmış,
- İmtiyaz sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıkların idari yargı yerine özel tahkim kurumlarında çözümlenmesine olanak tanınmıştır.

Böylece;

a) 47. maddenin "Devletleştirme" biçimindeki kenar başlığı "E- Devletleştirme ve Özelleştirme" biçiminde değiştirilmiş ve bu maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir:

"Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

Bu maddede yapılan değişiklik ve eklemelerle;

- Özelleştirme kavramı Anayasamıza ilk kez lafzen girmiş olmaktadır.

- Değişikliğin ikinci etkisi ise "kamu hizmeti" kavramına getirmeye çalıştığı yeni tanımdır. Maddenin ikinci fıkrasında "kamu hizmeti" kavramı yerine "devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetler" deyimini kullanılmakta ve bunlardan hangilerinin özel hukuk sözleşmelerine konu edilebileceğinin kanunla belirleneceği belirtilmektedir.

b) 125. maddede gerçekleştirilen değişiklikle, "İdarenin her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olduğunu" hükme bağlayan ilk cümleden sonra gelmek üzere "(k)amu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümlenmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" ifadeleri eklenmiştir.

Bu değişiklik; imtiyaz sözleşmelerinde idare ile şirketler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda ulusal ya da uluslararası tahkime başvurulmasının önündeki Anayasal engelleri ortadan kaldırmıştır.

c) 155. maddede yapılan değişiklikle de Danıştay'ın "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek" görevi, "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 'iki ay içinde' düşüncesini bildirmek" biçiminde yeniden tanımlanmıştır. Böylece, bu değişiklikle imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki Danıştay denetimi "fiilen" ortadan kaldırılmıştır.

2.2. 4492 Sayılı Kanun

Anayasa'da yapılan değişikliğe uyum sağlamayı teminen, Danıştay Kanunu'nun 23/d, 24/i-j, 42/c, 46/1-b ve 48'inci maddeleri ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-c bendinde değişiklik yapılmıştır.

2.3. 4493 Sayılı Kanun

Daha önce 4047 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanun'un kapsamından çıkarılmış olan elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti işleri, bahsekonu Kanun ile yeniden 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

2.4. 4501 Sayılı Kanun

Bu yasa, kamu hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmelerinde tahkime başvurulması durumunda uyulması gereken ilkeleri hükme bağlamış, imtiyaz sözleşmelerinin de özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmesi olanağını getirmiştir.

2.5. 4628 Sayılı Enerji Piyasası Kanunu

3 Mart, 2001 tarih ve 24335 (mükerrer) sayılı RG'de yayımlanan Yasa ile elektrik ve doğalgaz sektörlerinde serbest piyasa modeline geçişin altyapısını oluşturmaya ilişkin kapsamlı düzenlemelere yer verilmektedir.

2.6. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

5 Temmuz, 2001 tarih ve 24453 sayılı RG'de yayımlanan bahsekonu Kanun, kamu hizmetinin özel sektör eliyle görülmesini öngören sözleşmeler tahtında doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin olarak, sözleşmelerde milletlerarası tahkime yer verilebilmesine yönelik usul ve esasları ortaya koymaktadır.

3. Anayasa Değişiklikleri ve İzleyen Uyum Yasalarının Değerlendirilmesi

4446 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi marifetiyle yapılan değişiklikle, Anayasamızda ilk kez "özelleştirme" ifadesine yer verilmiş ve böylece özelleştirmenin yapılabilmesine yönelik yasal altyapı oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu tarihe kadar yapılan özelleştirme girişimlerine karşı Anayasa'nın özelleştirmeye cevaz vermediği ve bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasaların Anayasa'ya aykırı olduğu iddialarında bulunulmaktaydı. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesince "özelleştirmenin Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen devletleştirmenin tersi olduğu" ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı bulunmadığına hükmedilmiştir.¹⁰⁴² Dolayısıyla, 1. madde ile Anayasa'nın 47. maddesinin "Devletleştirme ve Özelleştirme" olarak değiştirilmiş olması, kanaatimizce sadece daha önceden zımni olarak Anayasa'da yer aldığı Anayasa Mahkemesince kararlaştırılan özelleştirme kavramına, bu defa açık biçimde yer vermek suretiyle bir nevi hukuki açıklık kazandırmış olmaktan ileri gitmeyecektir.

Esasen, değişikliğe ilişkin 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesi itibarıyla Anayasa'nın 47'nci maddesinde devletleştirmeye birlikte özelleştirmeye de açıkça atıfta bulunulmasında yarar bulunduğu görüşünden hareket edildiği görülmektedir. Nitekim, tasarının gerekçesinde de bu hususun amaçlandığı açıkça ifade edilmektedir. Ne var ki, Anayasa'da sadece "devletleştirme" ifadesine yer verilmiş olması, kanaatimizce iktisadi hayatta özel sektör faaliyetinin esas, devletçe faaliyette bulunulmasının ise istisna olduğunu göstermektedir ve köklerini Türkiye Cumhuriyeti'nin iktisadi felsefesini belirleyen 1923 tarihli İzmir İktisat Kongresi'nde bulmakta-

¹⁰⁴² Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı, 24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG, s. 13, 14.

dır, zira yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak işlendiği üzere, "1923 İzmir İktisat Kongresi, Türkiye'de liberal ekonominin uygulanacağına dair bir gösterge olarak değerlendirilmekteydi".¹⁰⁴³ Nitekim, "1923-1929 (yılları) arasında Türkiye'de ciddi ölçülerde özel sektörün özendirildiği bir ekonomi politikasının tercih edildiği görülmektedir."¹⁰⁴⁴ Esasen, aksi bir anlayışın kabulü halinde, maddenin -değişiklik öncesindeki haliyle- "Devletleştirme" değil "Özelleştirme" başlığını taşıması gerekirdi! Şu halde, yapılan bu değişikliğin, belirttiğimiz iktisadi felsefeyi daha belirgin kılmayı -ve özelleştirme karşıtlarının itirazlarına daha kolay karşı çıkabilmeyi- teminen gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Zira, özelleştirmenin hızlandırılmasını amaçlayan bu değişiklik hukuki olmaktan ziyade, ancak -ve münhasıran- felsefi ve politik bir "berraklık" getirebilecektir. Nitekim, özelleştirmeye yönelik olarak bugüne kadar yaşanan hukuki ve sosyo-ekonomik engellemelerin nedenleri -hiç kuşkusuz- Anayasa'da özelleştirmeye açıkça atıfta bulunan bir maddenin yokluğundan ziyade, hukuki altyapının düzgün kurulmamış olması ve bunun yanı sıra çok daha farklı siyasi ve ekonomik nedenlere dayanmaktadır. Bununla birlikte, kimi çevrelerde Anayasa'nın sosyal devlet olma özelliğiyle bağlantı kurulmak suretiyle "sosyal devlette kamu hizmetlerinin tür ve çeşitlerinin azalması yerine çoğalması eğilimi ağır bastığı için Anayasa'da özelleştirmeye yer verilmesi(nin) düşünülemeyeceği"¹⁰⁴⁵ veya "devletleştirme mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığı için ... özelleştirmenin kanunla yapılması Anayasa'ya uygun değildir, Anayasa değiştirilmedikçe yapılan özelleştirmeler Anayasa'ya aykırı olacaktır"¹⁰⁴⁶ yolunda görüşlerin serdedildiği dikkate alındığında, belki de anılan değişikliğin yukarıdaki gibi ilginç kimi anlayışların etkisini bertaraf etmek gibi bir yarar sağlayacağı da düşünülebilir.

3.1. Anayasa ve Özelleştirme

Yasa'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında ise devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri veya diğer kamu tüzel kişilerinin ifa ettiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin veya devredilebilirliğinin kanunla düzenleneceği hususu öngörülmektedir. Buradaki "özel hukuk sözleşmeleri" ifadesiyle, bu tür kamu hizmetlerine ilişkin olarak özel hukuk kişileriyle yapılan sözleşmelerin "imtiyaz sözleşmesi" veya "idari sözleşme" olduğu yolundaki iddialara ya da mahkeme kararlarına son verilme istendiği anlaşılmakta-

¹⁰⁴³ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 155.

¹⁰⁴⁴ Karakoyunlu, *Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci*, op. cit., s. 156.

¹⁰⁴⁵ Tan, *Anayasal Ekonomik Düzen*, op. cit., s. 171.

¹⁰⁴⁶ *Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma*, op. cit., s. 12.

dir. Böylece, bir kamu hizmetinin özel sektöre "yaptırılmasının" veya "devredilmesinin" kanunla düzenlenmesi ve bunun da imtiyaz sözleşmesi olarak addolunması öngörülmektedir. Bu hususun, Anayasa Mahkemesi'nin 1994 yılındaki kararında belirtilen esaslara ve idare hukukundaki "imtiyaz sözleşmesi" esprisine aykırı düşüğünü belirtmek gerekecektir. Zira, Mahkeme anılan kararında neyin kamu hizmetini oluşturacağını ancak -ve sadece- işin mahiyetinden ve niteliğinden çıkarılabileceğini belirtmekte, bir kez kamu hizmeti olduğu belirlenen bir faaliyetin özel sektör eliyle ifa edilmesinin ise ancak "imtiyaz sözleşmesi" olarak gerçekleştirilebileceğini ifade etmekteydi.

1. maddeyle Anayasa'nın 47. maddesine eklenmiş bulunan 4. fıkra bu nedenle asıl vurgulanması gereken noktayı oluşturmaktadır. Buna göre;

"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir".

Öğretide, bu değişiklikte getirilen düzenlemenin idare hukuku bakımından olumsuz sonuçları doğuracağı yönünde önemli eleştirilerde bulunulmuştur. Buna göre;

"... (İ)dari sözleşmelere (imtiyaz sözleşmesi) oranla idare için dezavantajlı olan ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin sürekliliği ve değişkenliği ilkesiyle bağdaştırılması her zaman kolay olmayan özel hukuk sözleşmesiyle özel kişilere kamu hizmeti gördürülmesi yöntemine genel ve asli bir yöntem olarak değil, istisnai ve tali bir yöntem olarak başvurmak ve sadece idare için finansmanı güç olacak önemli altyapı yatırımları gerektiren ve ulusal güvenlikle doğrudan bağlantılı olmayan kamu hizmetlerinin bu yöntemle özel kişilere gördürülmesinin tercih edilmesi daha uygun görünmektedir." 1047

Ne var ki, eleştirinin idare hukuku bağlamında kamu hizmetinin gerektirdiği müdahale olanaklarının ortadan kalkması yönündeki gerekçesine ve bu bağlamda varılan sonuca katılmakla birlikte, hangi kamu hizmetlerinin bu yöntemle yapılması gerektiğine dair finansman boyutu esas tutulan değerlendirmenin yerinde olmadığı kanısındayız. Tez içerisinde muhtelif kereler ifade etmeye ve irdemeye çalıştığımız üzere, finansman sağlanması hususu ülkemizde hatalı biçimde değerlendirilmekte ve bir nevi "mitos" olarak belirmektedir; finansman sağlan-

1047 Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 37, 72.

masına olanak sağlayacağı gerekçesiyle bir kamu hizmetinin özel hukuk alanına taşınmasına "katlanılması" anlayışı doğru değildir, zira konunun finansmanla bir bağlantısı yoktur!

Böylece, yukarıdaki Anayasa değişikliğiyle getirilen 4. fıkrayla, kamu tarafından sağlanan kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle yapılabileceği yasa koyucunun kanunla yapacağı düzenlemelere bırakılmıştır. Buradan anlaşıldığı kadarıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından 1995/23 sayılı kararda "hangi hizmetlerin kamu hizmeti olduğunun yasa koyucunun iradesine tâbi bulunduğu, ancak nihai olarak Mahkeme'nin hizmetin niteliğine göre yapacağı değerlendirilmenin esas alınacağı" yolunda hüküm kurulmuş olması çerçevesinde, aynı belirlemenin bundan sonra da hukuki bir engel oluşturmasının önüne geçilmesi hedeflenmiş olmalıdır. Ancak, bir defa bu değişiklik yapıldıktan sonra, artık 2, 3 ve 4 numaralı fıkralarla getirilen Anayasa değişikliğine gerek kalmadığı da savunulabilir. Zira, bu fıkrayla getirilen hükümden sonra, artık ortada bir imtiyaz sözleşmesinin de kalmayacağı söylenebilir. Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan anlamıyla imtiyaz, sadece kamu hizmetinin özel sektör eliyle yaptırılması halinde ortaya çıkabilmektedir. Şu halde, bir kamu hizmeti yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi olarak öngörüldükten sonra, artık bir imtiyaz sözleşmesinden bahis imkanı da ortadan kalkacak, dolayısıyla uluslararası tahkime ilişkin hükümlere de -bir engel olmaksızın- yer verilebilecektir. Zira, "(ö)zel hukuk sözleşmelerinde tahkim zaten anayasa değişikliklerinden önce de hukukumuzda mümkün görüldüğünden, dolaylı olarak, özel hukuk sözleşmesi olarak belirlenme sebebiyle tahkime imkan sağlanmış olmaktadır."¹⁰⁴⁸

Bununla birlikte, konuya farklı bir analogjiyle yaklaşma olanağı da teknik olarak mümkündür. Herhangi bir nedenle Yasa koyucunun kanun çıkarmak marifetiyle kimi kamu hizmetlerini özel hukuka tâbi tutma yoluna gitmemesi durumunda, anılan kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler yine imtiyaz düzleminde kalmış olacaktır. Bu durumda, bahse konu sözleşmeleri uluslararası tahkime tâbi tutabilmek gibi bir seçeneği mümkün kılmamanın amaçlandığı ileri sürülebilecektir. Ancak bu durumda, kuşkusuz böylesi bir amacın makul olmadığı da düşünülmelidir. Yasal düzenlemeyle bir kamu hizmeti alanını özel hukuk alanına dönüştürerek uluslararası tahkimi olanaklı kılmak yerine, özel hukuk alanına taşımaksızın hem idari hukuk daireesinde tutmak hem de uluslararası tahkime imkan sağlamanın ne gibi bir pratik yarar sağlayacağı üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Ne var ki, aşağıdaki

¹⁰⁴⁸ Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 145.

paragrafta da belirttiğimiz üzere, uygulamada karşılaşılan durum tam da bu olmuştur.

Anayasa değişikliklerini takiben uyum yasaları adı altında getirilen düzenlemeler (uluslararası tahkim daha ziyade enerji sektörüne ilişkin yatırımları ilgilendiren bir konu halinde sunulduğu veçhile) sadece 3996 sayılı YİD Kanunu ile sınırlı tutulmuştur. Böylece, sözgelimi otoyolların YİD modeliyle gerçekleştirilmelerine imkan veren 3465 sayılı Kanun veya belediyelerin faaliyetlerini düzenleyen yasalarda özel hukukun geçerli olacağına dair düzenlemelere gidilmemiştir. Dolayısıyla, belirttiğimiz bu mevzuat uyarınca kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi durumunda yine imtiyaz sözleşmelerinden bahsedilebilecektir. Bu durum, bir Danıştay üyesi tarafından da açıkça vurgulanmaktadır: "Anayasa ve yasalarda yapılan değişiklikler ile Danıştay'ın bu değişiklikler üzerine verdiği kararlarıyla ortaya çıkan son duruma göre, 3996 sayılı Kanun kapsamında sayılan ve özel hukuk hükümlerine tabi kılınan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerin, bundan böyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine ve bu sözleşmeler hakkında Danıştay'ın düşünce bildirmesine olanak bulunmamakta ise de, gerek Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun, gerekse (5272 sayılı Belediye Kanunu ile yürürlükten kaldırılmasından önceki haliyle) 1580 sayılı Belediye Kanunu hükümlerinin uygulanması suretiyle verilecek imtiyazlara ilişkin sözleşmeler hakkında, Danıştay'ın düşüncesini bildirme görevi devam etmektedir. Nitekim, "Silivri Belediyesi İçme Suyu Tesis ve İşletme İmtiyazı Sözleşmesi Taslağı" ve "Kumseka Belediyeler Birliği İçmesuyu Tesis Kurulması ve İşletilmesi İle İlgili İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı" mülga 1580 sayılı Belediye Kanununun 19/4-A maddesi hükmü uyarınca Birinci Daire ve İdari İşler Kurulunca incelenerek görüş bildirilmiştir."¹⁰⁴⁹ İşte bu tür durumlarda "tahkimli imtiyaz" sözleşmelerinin gündeme getirilebilmesi olanak dahilindedir. Ne var ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu türden bir uygulamaya gitmenin hangi yararı sağlayacağı kuşkuludur. Bunun yerine, son değişiklikleri gerçekleştiren irade esas alındığında makul (ve beklenecek) olan husus, yasa koyucunun benzer tüm kamu hizmeti alanlarını özel hukuk alanına taşıyarak bu işi "toptan ve tamamen" halletmesi, bu "sorunu" böylece "kökünden" bertaraf etmesi olmalıydı!

Öte yandan, Anayasa değişikliklerinde 47. maddeyle bu yönde bir değişiklik getirilmesinin arkasında çok daha farklı bir politikanın yer aldığı da ileri sürülmüştür. Buna göre, "... bir kamu hizmeti, 47. madde uyarınca çıkarılacak bir yasa ile

¹⁰⁴⁹ Çimen, *Danıştay'ın Danışma İşlevi*, op. cit..

özel hukuka tâbi kılındığı takdirde, ne 125., ne de 155. maddelerdeki hükümler uygulanacaktır. Tek bir maddelik bir değişiklik ile sorunu çözmek(!) mümkünken, ... üç ayrı maddede değişiklik önerilm(esinin) amacı, Anayasa değişikliği teklifinin 4. maddesinde ortaya çıkmaktadır:

"Bu Kanun, ... halk oylamasına sunulması halinde 1 inci maddesi ayrı, 2 ve 3 üncü maddeleri birlikte ayrı oylanır".

Anayasa değişikliği önerisinin baştan beri, sanki "özelleştirme" ve "tahkim" iki ayrı düzenlememiş gibi sunulduğu anımsandığında ve TBMM'de 367 oya ulaşmama olasılığı da göz önüne alındığında; Anayasa değişikliği halka 47. madde "özelleştirme", 125 ve 155. maddeler de "tahkim" biçiminde anlatılacak ve "tahkime hayır", "özelleştirmeye evet" diyenler, bilmeden "tahkime de evet" demiş olacaktırlar.¹⁰⁵⁰

Yine, 155. maddenin değiştirilmesine yönelik yasal süreçte, TBMM'ne sunulan kanun teklifinin gerekçesinde "konunun önemi ve ciddiyetiyle bağdaşmayan bir özensizlik örneğinin gösterildiği" ve bu meyanda;

"Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay'ın inceleme yapacağı konular arasından çıkarılarak, düşünce bildireceği konular arasına alınmıştır. Kayda değer ki, benzer bir hüküm, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 51 inci maddesinde de yer almaktaydı."

gibi, "yanıltıcı bir hükme yer verildiği" belirtilmektedir; zira,

"gerçeğin sadece bir parçasını... söyleyip, aynı Anayasanın 26. maddesine göre "imtiyaz" sözleşmelerini onaylama yetkisinin TBMM'de olduğunu belirtmek dürüstlikle bağdaşmaz. Önerilen Anayasa değişikliğiyle Danıştay'ın konumu 1924 Anayasasındaki duruma geri döndürülüyor) ama... imtiyaz sözleşmelerini "onaylamak" yetkisine sahip olan TBMM'nin yerine kimin geçeceğine değinilmiyor. Anlaşılan o ki, bu konu bakanların, siyasilerin, bürokratların "takdirine" bırakılıyor."¹⁰⁵¹

¹⁰⁵⁰ Soysal-Ertuğrul, *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, op. cit., s. 83, 84. Yazarlara göre, "unutulmamalıdır ki, daha baştan çapaşık ve yutturmaca yollara sapmak, işin çürüklüğünü ve kuşku verici olduğunu gösterir" (İbid., s. 84).

¹⁰⁵¹ Aybay, Rona; *Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur*, MBD, C. 23, Sy. 217, 1999, s. 56.

Şu halde, son değişiklikler meyanında birbirinden ayrı hukuki sonuçlar doğuran iki ayrı tahkim imkanı ortaya çıkmaktadır:

“Birincisi, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile özel hukuk kişisi tarafından görülme(si yoluyla) bu özel hukuk sözleşmesi içinde yer alabilecek tahkim, ikincisi ise, bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesinde anayasa gereği mümkün hale gelen tahkim. (Bu ikisi arasındaki temel farklılık ise şu noktada ortaya çıkmaktadır:) Her ikisinde de kamu hizmeti (söz konusu olmakla beraber)... kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde Danıştay’ın iki ay ile sınırlı şekilde düşüncesini almak gereği var iken... özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmetinin gördürülmesi usulünde bu (durum söz konusu değildir).”¹⁰⁵²

Bahsekonu 47. madde değişikliği ile yasama organınca kamu hizmetlerinden istenilenlerin özel hukuk düzenine aktarılmasına yönelik olarak getirilen ve bizim de tamamiyle katıldığımız bir temel eleştiri ise şöyledir:

“Burada kamu hukukunun genel ilkelerine uygun olmayan esas husus tahkime idari sözleşmelerde istisnai olarak imkan tanımaktan çok, bunun dışında, gerçekte içeriğine göre hukuki niteliği belirlenen sözleşmenin idari sözleşme şartları taşısa bile yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesi yolunun açılmış olmasıdır. Çünkü bir işlemin idari olması ve fakat bundan çıkacak uyumsuzluğun bu niteliğine rağmen Adli Yargı denetimine tâbi tutulabilmesi, tartışmalı olsa bile, genellikle kabul görürken; geçerli kriterlere göre, sözleşmenin konusundan ve taraflarından hareketle idari sözleşme olma hukuki niteliği taşıyan bir sözleşmenin, idari sözleşme kriterlerine rağmen, görmezden gelinerek, özel hukuk sözleşmesi olarak yasa koyucu iradesine göre nitelenebilmesi mümkün ve hukuka uygun olmasa gerektir... Kanun koyucuya, özel hukuk sözleşmesi nitelenebilmesiyle İdare Hukukunun genel ilkelerine aykırı, zorlama ve gerçekte kendisinin ve hatta tarafların iradesinden bağımsız şekilde belirlenmesi gereken bir sözleşmenin hukuki niteliğine müdahale imkanı getirilmiştir... Sorun artık İdari Yargının anayasa tarafından korunan ve Yasama organının da müdahale edemeyeceği bir görev alanı(nın varlığı konusundan çıkararak), yasa koyucunun İdare Hukuku müesseselerini başkalaştırma, farklı niteleme hakkı olup olmadığına dönmektedir.”¹⁰⁵³

¹⁰⁵² Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 146.

¹⁰⁵³ Gülan-Berkarda, *İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler*, op. cit., s. 130, 131.

Öte yandan, tahkimli imtiyaz kavramına gelinmesinde bir açıdan yarar görülebilir: Bilindiği üzere, imtiyaz sözleşmesi kavramının oluşumunda, bu sözleşmelerin geniş halk kitlelerini etkileyen hizmet alanlarıyla bağlantılı olması ve bu nedenle gerek uzun süre ve gerek hizmetin kesintisiz ve yeterli kalitede sunulması zorunluluğu karşısında bu sözleşmelerde zaman içerisinde kamu adına müdahale olanağının (uyarlanabilirlik ilkesi çerçevesinde) geçerli olması gereksinimi rol oynamıştır. Dolayısıyla, bir taraftan bu hizmeti hâlâ idare hukuku dairesinde tutarak bu müdahaleye imkan tanımak, bir yandan da yatırımcının bundan doğacak muhtemel zararlarını idari yargının 'belirsizliğine' bırakmak yerine, uluslararası tahkime gitmek suretiyle yatırımcı açısından bir nevi güvenceye bağlamak olanağı dikkate alınabilir. Sözelimi, idare hukukunda temerrüt faizinin ne olduğunun belirsiz olduğu ve 'Danıştay'ın her şeyin iyisini bildiği, idarenin genel kurallarına göre haklı olanı vereceği' anlayışının geçerli olduğu ve bunun da belirsizlik yarattığı; buna karşın, özel hukuk ilişkilerinde hangi faiz oranının uygulanacağı belirli olduğu ve yatırımcının önünü görebilmesine olanak sağladığı ileri sürülmektedir.¹⁰⁵⁴ Ne var ki, bunun için bu yönde yasal düzenlemelere gidilmesi gerekecektir. Zira, halihazırda, Anayasa değişiklikleri sonrasındaki uyum yasaları çerçevesinde bu tür bir imkandan söz edilemez. Bununla birlikte, bu gereksinimin esasen YKTK anlaşmaları çerçevesinde yatırımcı için zaten sağlanmış bulunduğu, imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde idari yargının müdahalesiyle 'dolaylı kamulaştırma' sayılabilecek bir muameleye maruz bırakıldığını düşünen yabancı yatırımcı için, anılan anlaşmalar uyarınca tahkime gitme olasılığının -bu türden risklere karşı güvence sağlama anlamında- zaten bulunduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, hukukçular arasında yaygın kabul gören şekliyle "bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere görülmesi imtiyazdır"¹⁰⁵⁵ tanımı çerçevesinde, burada artık imtiyazdan söz edilemeyeceği hususuna vurgu yapmak istiyoruz. Oysa, ülkemizde imtiyaz konusundaki hassasiyet -kanaatimizce- daha farklı boyutlar içermektedir ve bu meyanda imtiyaz kav-

¹⁰⁵⁴ İnan, *İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi, içinde* Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, op. cit., s. 18.

¹⁰⁵⁵ Günday, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 234; ayrıca, Tan, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 460; yine, Özay, *Günlüğünde Yönetim* (1994), op. cit., s. 262.

ramında çok önemli "anlam kaymaları" bulunduğu iddia edilebilecektir¹⁰⁵⁶. Yukarıdaki bölümlerde de açıklamaya çalıştığımız üzere imtiyaz, tarihimizde yer yer kapitülasyonları içeren anlamlara bürünebilmiştir.¹⁰⁵⁷ Kanaatimizce, bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığından bağımsız olarak, yerli veya yabancı şirketlere "imtiyaz", yani "ayrıcalık" tanınması asıl önemli hususu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, 47. maddede yapılan değişikliklerin sonrasında da "imtiyazlar" oluşturulması ve yeni "kapitülasyonlar"ın yaratılması mümkündür. Bu anlamda, Anayasa değişikliği öncesinde mevcut bulunan milli hassasiyetin hâlâ yerinde durduğu söylenebilir. Dolayısıyla, bize göre bu hassasiyetin getirdiği korunma içgüdüünün, hukuka uyarlanmış ifadesiyle "kamu hizmeti artı bunun özel sektöre uzun süreli gördürülmesi eşittir imtiyaz"¹⁰⁵⁸ denkleminde "hapsedilmesi" doğru olmayacaktır. Kamu hizmeti kavramı artık Anayasa değişikliği sonrasında yeterli korumayı sağlayamayacağına göre, asıl ve gerçek anlamıyla "imtiyaz"ın ne olduğunun tanımlanmasına ve buna yönelik koruma mekanizmalarının kurgulanmasına ihtiyaç bulunduğunu düşünmekteyiz. Burada bize göre "temel düstur" şudur: "Ayrıcalık" yaratılan her noktadan bir "imtiyaz" geçer; imtiyazın bulunduğu her alanda da "koruma mekanizmalarının" kurulması elzemdir!

3.2. Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim

Bilindiği üzere ülkemizde Fransız kamu hukuku anlayışı etkili olmuştur¹⁰⁵⁹ ve bu çerçevede Fransa'dan etkilenen –ancak giderek yerli özelliklerinin de işlendi-

¹⁰⁵⁶ Örneğin, Zabunoğlu, "(k)amu hizmeti" ve "imtiyaz sözleşmesi" kavram ve modellerine idare hukuku alanındaki yeni oluşum ve gelişmelerin ışığında, artık eski, klasik (bir bakıma arkaik) anlamlardan farklı, değişik anlamlar verilmelidir" diyerek bizce son derece önemli bir hususa değinmektedir. Yazar daha da ileriye gitmekte ve "... bir kamu hizmetinin mutlaka ve kesinlikle kamu imtiyaz sözleşmesi ile özel kişi ya da girişimciye gördürüleceği, yaptırılacağı düşüncesine saplanmakta isabet ve yarar yoktur" sonucuna ulaşmaktadır ve bu anlamda tam da bizim vurgulamak istediğimiz hususu fevkalade isabetle teşhis etmektedir (bkz. Zabunoğlu, Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Önerileri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli, op. cit., s. 53).

¹⁰⁵⁷ Örneğin Sn. Uler'e göre, "(k)amu hizmetine ilişkin işler ciddi işlerdir. Osmanlı bile bu işleri şimdi istediği gibi başboş bırakmadı. Cumhuriyet'in, özellikle dünyanın değiştiği bu günlerde imtiyazlar konusunda çok dikkatli olması gerekir." (bkz. Uler, Yıldırım, Tartışmalar, Yap-İşlet-Devret ..., op. cit., s. 82. Aynı minvalde Sn. Mümtaz Soysal ise, "... Osmanlıyı batıran başlıca nedenlerden birinin bu tür imtiyazlar olduğunu bilmeden Türkiye yönetilir mi" saptamasını yapmaktadır (Mümtaz Soysal, Özürü Modalar, Milliyet Gazetesi (Hediye Santral – Enerjinin Özelleştirmesine Hayır, op. cit., s. 93'te yer verilmiştir).

¹⁰⁵⁸ Özay, Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", op. cit., s. 62.

¹⁰⁵⁹ Gülan, Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, op. cit., s. 101.

ği¹⁰⁶⁰- bir idarî hukuk rejimi uygulanmaktadır¹⁰⁶¹; bu meyanda, ülkemizdeki "... merkezîyetçi ve otoriter İdare ve yönetim gelenekleri(nin) 19 uncu yüzyıl ortasında Fransız idarî rejiminin iktibas edilmesine imkan verdiği"¹⁰⁶² ve "Fransa'nın merkezîyetçiliği(nin) Osmanlı reformlarına uygun gel(diği)"¹⁰⁶³ belirtilmektedir. Maamafih, "Tanzimat bürokrasisinin gönlünde Fransa'nın özel bir yeri yoktu ve Fransız hukuki ve siyasal düşüncesi de aslında pratik nedenlerle kabul edilen bazı hukuki mevzuatı izleyerek imparatorluğa gir(miştir)."¹⁰⁶⁴

Genel olarak kabul gördüğü üzere, bir ülkede idarî rejimin benimsenmiş olmasının önemli sonuçları ortaya çıkmaktadır. İdarî rejimde, İdareyi ve idarî faaliyetleri başlı başına düzenleyen ve özel hukuktan ayrı ve bağımsız bir "İdare Hukuku" mevcuttur.¹⁰⁶⁵ İdarî rejim olgusunu kabul etmiş ülkelerde, idarenin yargısal açıdan hukuka uygunluk denetimi, ihtisas mahkemeleri olan idari yargı yerlerinde yapılmakta¹⁰⁶⁶ ve özel hukuk uyuşmazlıklarından farklı yöntem ve kurallarla çözümlenmektedir¹⁰⁶⁷. Böylece, idarenin eylem ve işlemlerine karşı münhasıran idarî yargı, uzman bir mahkeme sıfatıyla, bireylerin ve topluluklarının menfaatini korumaktadır. Bununla birlikte, "İdarî rejimi benimseyen ülkelerde, İdare hukukunun İdare üzerindeki düzenleme alanının belirlenmesi öteden beri bir sorun oluşturduğu gibi, İdarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerden ya da yürüttüğü faaliyetlerden doğan hangi tür uyuşmazlık ve davaların idarî yargıda çözümleneceği de

¹⁰⁶⁰ Gülan, *Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*, op. cit., s. 102.

¹⁰⁶¹ Bkz. Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 7 ve 81-84, Ulusoy, Ali; *Perşembe Konferansları*, RK Yayını, Ocak 2003, s. 42; yine aynı yönde bkz. Gülan, Aydın; *Conseil D'Etat'ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı*, içinde 2000 Yılında İdarî Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 59, Ankara 2000, s. 23.

¹⁰⁶² Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 19; keza, Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 14; yine, Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 24, 40 no.lu dipnot; aynı yönde, Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 87.

¹⁰⁶³ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, op. cit., s. 138.

¹⁰⁶⁴ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, op. cit., s. 123.

¹⁰⁶⁵ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 16 (Duran'ın "İdarenin Hukuku" ile "İdare Hukuku" arasındaki farklılığa ilişkin değerlendirmeleri için bkz. İbid, s. 15, 16. Yine, idarî rejim ve özellikleri konusunda bkz. Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 49-94; keza, Girilti-Bilgen-Akgüner, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 17-21; Özay, *Günlüğünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 111-114).

¹⁰⁶⁶ Demirkol, Selami; *İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu*, Sayıştay Dergisi, Sy. 40, Ocak-Mart 2001, s. 1.

¹⁰⁶⁷ Demirkol, Selami; *İdare Hukukunda İdari Rejim Olgusu Unsurları ve Hukuk Devleti İlkesiyle İlişkisi*, TİD, Yıl 73, Sy. 431, Haziran 2001, s. 78.

hep sorun olarak ortaya çıkmıştır... (i)darî yargının görev alanının belirlenmesi için kullanılan, örneğin kamu gücü ölçütü, kamu hizmeti ölçütü, kamu kanunu ölçütü gibi ölçütler yetersiz, elverişsiz ve çoğu kez belirsiz olduktan başka, bu yargı kolunun korunması için oluşturulan (Uyuşmazlık Mahkemesi¹⁰⁶⁸ gibi) mahkemeler de, idarî yargının görev alanını belirleme yetkisi yasama organının takdirine bırakıldığı sürece, işlevlerini tam olarak yerine getirememişlerdir.”¹⁰⁶⁹

Anayasa değişikliğiyle idarî yargının görev alanının -iktisadi kamu hizmetleri gibi bir sınırlama da getirilmeksizin- hemen tüm kamu hizmetleri yönünden daraltılmasında, idarî yargının var oluş ilkelerine dikkat edilmediği görülmektedir. Oysa, “(i)darî yargının varlık nedeni, İdarenin denetlenmesinde uzman yargı kolu olması ve bu denetimi adli yargıya oranla daha etkili bir biçimde yapabilmesi; temel işlevi ise, bireyleri ve topluluklarını İdarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden korumasıdır... Dolayısıyla, idarî rejimi benimsemiş olan ülkelerde idarî işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin genel mahkemelere bırakılması, bu eylem ve işlemler üzerinde yapılacak olan yargısal denetimi de etkisiz hale getirecektir. Bu nedenle, idarî yargının görev alanının adli yargı karşısında belirlenmesi sorunu, idarî rejimi benimsemiş olan ülkelerde, salt hangi uyuşmazlık ve davaların idarî yargıda, hangilerinin ise adli yargıda çözümleneceği sorunu; bir başka anlatımla salt bir teknik yargılama usulü sorunu olmaktan öte, giderek Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleşmesi ile yakından ilgili bir sorun olarak kendisini hissettirmektedir.”¹⁰⁷⁰ İdarî rejimin korunmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına¹⁰⁷¹ da bu meyanda atıf yapmak istiyoruz: “Orta Doğu Üniversitesi sözleşmeli personeline ilişkin, İdarî Yargıda görülmekte olan bir uyuşmazlıkta “Danıştay'ın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürme olanaksızdır” gerekçesi, “İdarî Rejim”in anlam ve kapsamını en geniş bir biçimde yansıtan anlamıdır.”¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁸ İdarî yargı rejimi bakımından idari yargı yerlerinin varlığına ilaveten uyuşmazlık mahkemelerinin de kurulması, bu rejimi en son tekamül aşamasına getiren bir özellik taşımaktadır; nitekim, 14 Temmuz, 1945 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi Kurulması Hakkında Kanunla yargı düzenimize getirilen Uyuşmazlık Mahkemesi dolayısıyla ülkemizde de idarî rejim bu tarihten itibaren en gelişmiş haliyle uygulanmaya başlanmıştır (Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, op. cit., s. 91).

¹⁰⁶⁹ Günday, Metin; *İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, AYD, C. 14, 1997, s. 348.

¹⁰⁷⁰ Günday, *İdarî Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, op. cit., s. 347.

¹⁰⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin 25 Mayıs, 1976 tarihli kararı, E.1976/1, K.1976/28 (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

¹⁰⁷² Özay, İl Han; *Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi*, AYD, C. 14, 1997, s. 340.

Diğer taraftan, idarî yargının anılan şekilde sınırlandırılmış olması aslında çok ciddi sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira, adli ve idarî yargının işlevleri ve getirdiği koruma mekanizmaları arasında çok belirgin farklar vardır: "Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idarî yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle idarî yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri... iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır."¹⁰⁷³ Bununla birlikte, burada bir noktaya açıklık getirmekte yarar görüyoruz: İdarî yargının asıl amacı, sadece idarenin eylem ve işlemleri çerçevesinde idareyle doğrudan ilişki içerisinde olan kişilere karşı koruma sağlamak olmayıp, bu ilişkilerin mahiyetine göre genel anlamıyla kamu yararının korunmasını da amaçlamaktadır.

Nitekim, idare ile bir kamu hizmetinin uzun süreyle görülmesine ilişkin sözleşme ilişkisinde bulunan kişiler ele alındığında, bahse konu ilişkiye dair bir ihtilafta idarî yargının işlevi sadece bu sözleşmenin tarafını idareye karşı korumanın ötesine geçmekte ve uygulama dikkate alındığında daha ziyade genel kamu yararının gözetilmesi şekline bürünmektedir. Esasen, kamuoyunda çoğu kez hatalı algılandığı şekliyle imtiyaz sözleşmelerindeki ihtilaflarda Danıştay tarafından sözleşmelere dair ihtilafların görülmesinde idarî yargının idarenin çıkarlarını değil, genel kamu yararını korumayı öngördüğü dikkatlerden kaçmaktadır. "İdari yargıya idarenin yargısı şeklindeki bir bakış, yani idari yargının ekseri olarak idareyi koruyacağı yargısı yanlıştır ve bir önyargıdan ileri gidemez."¹⁰⁷⁴ "... (İ)dari mahkemeleri öyle hep idare tarafını yontan nalıncı keserleri değil(dir)."¹⁰⁷⁵

Nitekim, elektrik dağıtımıyla ilgili bir görevlendirmeye ilişkin olarak Bakanlar Kurulu Kararı istihsal eden idarenin, bilahare "... davacının fizibilite raporunun (elekt-

¹⁰⁷³ Anayasa Mahkemesi'nin 25 Mayıs, 1976 tarih ve E.1976/1, K:1976/28 sayılı kararından (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG'de yayımlanmıştır) aktaran: Günday, İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, op. cit., s. 347, 348.

¹⁰⁷⁴ Aslan-Arat, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, op. cit., s. 23.

¹⁰⁷⁵ Azrak, op. cit., s. 33. Azrak, devamla "İdare hukuku, idarenin hukuku değil(dir), ... idare hukuku aslında kamu yararıyla özel kişilerin yararını uzlaştırmaya çalışan bir hukuktur, ne birini çiğner, ne öbürünü, fonksiyonu o, misyonu o... Hatta, bazen o kadar özel kişilere yakın... kararları var ki, ... neredeyse idare burada üvey evlat... mı olmuş diyorsunuz" ifadelerine yer vermektedir (İbid., s. 34).

rik dağıtımına ilişkin) yeni oluşuma uygun olmadığı ve davacının görevlendirildiği tarihte başkaca müracaat yapılmadığından gerekli rekabet ortamının sağlanmadığı yolundaki nedenler(ile bu kararı geri alması karşısında), gerek bunların görevlendirmeye ilişkin kararnameden çok sonra ortaya konulan yeni saptamalar olması ve gerekse görevlendirme yönteminin görev almak üzere şirketçe Bakanlığa yapılacak başvuru ile başlaması yönündeki düzenleme karşısında... görevlendirme kararının geri alınmasında hukuki dayanak olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır"¹⁰⁷⁶ hükmüne varmış, idarenin daha önceki Bakanlar Kurulu Kararını geri alması yönündeki kararını şirket lehine bozmuştur. Şu halde, idarî yargıda idarenin kollandığı yönünde ve özellikle uluslararası tahkim tartışmaları sırasında kullanıldığı görülen iddiaların yerinde olmadığı söylenebilecektir. Hatta, daha ileri bir söylemle, "idari yargı sistemine sahip ülkeler açısından idari yargının hep idarenin yargısı olarak görülmesi... (şeklindeki) yanlış düşüncenin yıkılması gerekmektedir."¹⁰⁷⁷

İdari yargı rejimine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, tekrar Anayasa değişikliği ile getirilen yeni düzenlemelere dönersek, bu safhada Kanunun en önemli maddesi gündeme geliyor: İkinci maddeye göre, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz sözleşmelerine dair ihtilaflar tahkim yoluyla çözümlenebilir. Bu noktada, Türk idare hukuku sisteminin temelinden değiştirildiğini görüyoruz. Zira, idari yargıda tahkime yer yoktur¹⁰⁷⁸, "İdare Hukukunun bir genel kuralına göre, idari sözleşmelere tahkim şartı konulamaz"¹⁰⁷⁹; bu ise idari hukuk sisteminin mahiyeti ve amacından ileri gelir. Eşit tarafların yer aldığı özel hukuk sözleşmelerinin aksine, kamunun genel menfaatlerinin gözetildiği bir ayrı alandır "idari hukuk rejimi"¹⁰⁸⁰ "... İdare hukuku(nda) ... menfaat müsaviliği yoktur, bilâkis umumî menfaatler hususî menfaatlerin üstünde tutulur ve umumî menfaatin temini için hususî menfaatin ona uyması, onun karşısında eğilmesi esasından hareket edilir."¹⁰⁸¹ Bu niteliği itibarıyla de bireylerarası eşit ilişkilerin hakim olduğu özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların hakem aracılığıyla çözülmesi cevaz görürken, hakemlerin genel kamu çıkarlarını gö-

¹⁰⁷⁶ Danıştay 10. Dairesi'nin 17 Mart, 1998 tarih ve E.1997/194, K.1998/1182 sayılı kararı.

¹⁰⁷⁷ Aslan-Arat, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü*, op. cit., s. 23.

¹⁰⁷⁸ Soysal-Ertuğrul, *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, op. cit., s. 59.

¹⁰⁷⁹ Duran, "YAP-İŞLET-DEVRET", op. cit., s. 164.

¹⁰⁸⁰ İdari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmelerinin mahiyetleri ve farkları hakkında bkz. Günday, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 166-170.

¹⁰⁸¹ Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, op. cit., s. 101.

zetmesi beklenemeyeceğinden dolayı, idare hukukuna ait bir uyuşmazlıkta hake-me müracaat sözkonusu olamaz, zira idare hukukunun bizzat varoluş nedenine aykırıdır.¹⁰⁸² Bu nedendir ki, örneğin boşanma davalarında tahkim yoktur¹⁰⁸³; zi-ra, tarafların menfaatlerinin ötesinde, kamunun genel menfaati gözetilir!

İdare hukukunda tahkime yer olmadığını yukarıda ifade etmiştik. Bununla bir-likte, Osmanlı döneminde 1909 yılında petrol imtiyazlarının imtiyaz usulü yerine ilti-zam yöntemiyle verilmesi yolunda dönemin Padişahınca çıkarılan İrâde ile getirilen değişiklik sonrasında, petrol sektörüyle ilgili olarak bir yabancı yatırımcı tarafın-dan ilk başvurunun son derece ayrıntılı biçimde hazırlanmış bir uluslararası petrol anlaşması marifetiyle gerçekleştirildiği, bahsekonu anlaşma içerisinde uluslararası tahkim hükmüne ilk kez yer verilmiş olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁸⁴

Öte yandan, Danıştay'ın çok eski tarihli kimi kararlarında, idare hukukunda da tahkime yer verilebildiğine ilişkin örneklerin bulunduğu belirtilmektedir. Nitekim, bir imtiyaz sözleşmesinden doğan ve hakemleri Danıştay tarafından atanan, deniz fenerleri konusundaki tahkim örnek olarak gösterilmektedir.¹⁰⁸⁵ Ancak, hemen belirtelim ki, bahsekonu sözleşmenin Osmanlı devleti döneminde ve çok eski bir tarihte (1879 yılı), Cumhuriyet'ten çok önceki zamanlarda 1859 tarihli Şurayı Dev-let (Danıştay) Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu bir dönemde imzalanmış olduğu dikkate alındığında, o dönemin koşulları ve imtiyaz sözleşmelerine yaklaşımı ile, Osmanlının işte bu devirlerinde anılan imtiyazlardan doğan sakıncalar ışığında 1924 Anayasası ile başlayan "imtiyazları zabt-ü rabt altına alma" kaygıları arasın-da bir bağ kurmak olanağı ortadan kalkmaktadır kanaatindeyiz. Kaldı ki, eski ta-rihli bu sözleşmeye dair uyuşmazlığın ortaya çıktığı 1937 yılında Danıştay, konuya ilişkin olarak hakemlerin belirlenmesi babında verdiği kararında "... devletin taraf teşkil ettiği hukuku amme münasebetlerinde de bazen (tahkim) usulünün fayda-larından istîğna edilmemekte... nitekim hadisede mevzu bahis münazaa, bir am-me hukuku ihtilafı olduğu halde Devletçe bunun tahkim usulünde halledilmesi

¹⁰⁸² Aynı yönde bkz. Günay, *İdare Hukuku* (2003), op. cit., s. 317.

¹⁰⁸³ Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, op. cit., s. 86.

¹⁰⁸⁴ Ediger, Volkan Ş.; *Osmanlı'da Neft ve Petrol*, ODTÜ Geliştirme Vakfı Yayıncılık ve İletişim A.Ş. Ya-yınları, Ankara, Aralık 2005, s. 241, 242.

¹⁰⁸⁵ Bkz. Başpınar, Recep; *Yüz Yıl Boyunca Danıştay - 1868-1968* (Ed. Rıza Göksu), 2. Baskı, Danıştay Yayını, Ankara, 1996, s. 517.

mukavele ile kabul edilmiştir"¹⁰⁸⁶ diyerek, sözleşmenin eski tarihlerde imzalanmış bulunduğuna zimnen atıf yapmaktadır. Yine, hakem kararına konu edilen hususun, sadece bir imtiyaz sözleşmesine devletçe son verilmesiyle alakalı olarak tazminat tutarının belirlenmesi olduğu dikkat çekmektedir.

Bununla beraber, idari yargı alanında bulunan idari sözleşmelerin tarafları arasında sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıklarda tahkime yer verilmesine ilişkin yapısal bir engel bulunmadığı, en azından Anayasa'da bu yönde bir kısıtlamadan bahsedilemeyeceği yönünde görüşler de mevcuttur (kuşkusuz burada, ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde sözleşmenin imzalanması öncesindeki uyuşmazlıklar kastedilmemektedir, zira bahse konu işlemlere dair uyuşmazlıkların idari yargıya ait olacağı esasen öğretide ve yargıda mutabık kalınan bir husustur). Anayasanın 1999 tarihli değişiklikler öncesindeki haliyle 125. maddesinde yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü ile 157. maddesinde düzenlediği "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevlerinin Anayasal güvenceye kavuşturulmuş bulunması" karşısında, kimi yazarlar genel idari yargının da dolaylı olarak Anayasal güvence altında olduğunu savunurken¹⁰⁸⁷, kimi yazarların görüşü ise, tüm idari faaliyetler için idari yargının yetkili olduğu yolunda bir Anayasal zorunluluk bulunmadığı yönündedir.¹⁰⁸⁸ Bu ikinci görüş meydanında, "... idari yargının anayasaca korunan görev alanının idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlerin iptaline yönelik davalarla sınırlı kabul edilmesi gerektiği ... bunun dışında kalan sorumluluk hukuku ile sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına sokulabileceği"¹⁰⁸⁹ ileri sürülmektedir. Yine benzer nitelikte bir başka görüşte, idari faaliyetlerin hangi yargı yerinde daha etkin denetleneceğine ilişkin kesin bir yargıya varmanın güç olduğu, ancak idarenin taraf olduğu sözleşmelerden doğan davaların ve tazminat davalarının idari yargının uzmanlaştığı alanlar olduğunu söylemenin mümkün olmadığı yolunda değerlendirmelerde bulunmaktadır.¹⁰⁹⁰

Ne var ki, kamu hizmetine yönelik sözleşmelerdeki uyuşmazlık konusunun sözleşlimi bir mal tedarik sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluk hukuku basitliğine

¹⁰⁸⁶ Başpınar, *Yüz Yıl Boyunca Danıştay*, op. cit., s. 518.

¹⁰⁸⁷ Günday, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*, op. cit., s. 353.

¹⁰⁸⁸ Bkz. Tan, Turgut; *İdare Hukuku ve Tahkim*, AİD, C. 32, Sy. 3, Eylül 1999, s. 5-14; Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 64 (104 no.lu dip not), 150, 151.

¹⁰⁸⁹ Tan, *İdare Hukuku ve Tahkim*, op. cit., s. 12.

¹⁰⁹⁰ Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 152, 153.

indirgenemeyeceği, kamu hizmetinin gerektirdiği (sözleşmenin gerektiğinde uyarlanması, hizmetin kesintisiz sürdürülmesi vb.) tüm hususların özel hukuk ve özellikle de tahkim bağlamında genel kamu bakımından yeterli güvence altında olamayacağı açıktır. Öte yandan, 1961 Anayasası'nın 140. maddesinde Danıştay'ın "idari uyuşmazlıklar ve davaları" görmesi ve çözümlemesinden ve "kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konular"dan sözetmesi, buna karşın 1982 Anayasası'nın yine 155. maddesinde sadece "davaları görmek" denilmesinin, bu konuda yasamanın sınırsız takdir yetkisi olduğu izlenimini verdiği şeklinde yorumlandığı da görülmektedir.¹⁰⁹¹

Bununla birlikte, tahkime olanak sağlanıp sağlanamayacağı bu değerlendirmeler bakımından ilintisiz kalmaktadır kanaatindeyiz, zira Anayasa hükmü açık bir şekilde idarenin faaliyetlerinin "yargı"ya tâbi olacağı zorunluluğunu -istisnasız- getirdiğine göre, her halükarda adli veya idari yargının alanına gireceği açıktır; maamafih, adli yargı alanına giren idari faaliyetler bakımından bir özel hukuk kurumu olan tahkime tâbi tutulup tutulamayacağı ise tamamen başka bir husustur. Bizim göre, kimi idari faaliyetler bakımından önce adli yargı alanına taşınıp akabinde tahkime götürülebileceğini kabul etmek, Anayasa'da öngörülen "yargı" anlamının kastını aşan biçimde yorumlanması anlamına gelir ve yerinde görülmesi güçtür. Kuşkusuz özel hukukta yer alan uyuşmazlıkların tahkime tâbi tutulmaları olanağı vardır, ama bu durum, tüm özel hukuk ilişkileri bakımından tahkime cevaz tanıdığı anlamına gelmemektedir. Özel hukuk alanında tahkime götürülemeyen (boşanma vb. gibi) hususların olduğu malumdur. Bu itibarla, kimi idari faaliyetler özel hukuk alanına taşınabilse dahi, bunların tahkime değil, adli mahkemelerin yargısına tâbi olacaklarının kabulü gerekir. Dolayısıyla, tahkime -ve özellikle de uluslararası tahkime- hemen yukarıda belirtilen analogi bağlamında gidilebilmesini yerinde görmek güçtür.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi ise, İş Kanunu'nda öngörülen idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi hususunu onaylamasına¹⁰⁹² karşın, enerji sektöründeki düzenlemelere yönelik olarak daha sonra "yasama organı anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idari eylem ya da

¹⁰⁹¹ Özay, İl Han; Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi, AYD, C. 8, 1991, s. 104.

¹⁰⁹² Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 10 Temmuz, 1990 tarih ve E. 1989/28, K. 1990/18 sayılı kararı, AMKD, C. I, Sy. 29, s. 3 vd.

işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir" kararını vermiş ve bunu "kanuni hakim güvencesi"ne bağlamıştır¹⁰⁹³.

Esasen, anılan ikinci maddeyle getirilen değişikliğin gereksiz bir çaba olduğu savlanabilir. Zira, "özel hukuk sözleşmelerinde tahkim mümkün görüldüğü için, tahkimden bahsedilmeyerek sadece özel hukuk sözleşmesi haline getirme operasyonu ile yetinilseydi, zaten tahkimi mümkün kılan altyapı, hukuka uygun olmasa da, oluşmuş sayılacaktı. Ayrıca (kamu imtiyaz sözleşmesi halinde kalan sözleşmelerde) tahkime yer verilmiş bulunulması, ne bu altyapıya bir ek getirmiş, ne de mevcut hukuka aykırı şekilde sözleşmenin içeriğine göre değil, kanun koyucunun iradesine dayalı niteleme şeklini hukukileştirmiştir."¹⁰⁹⁴

Öte yandan, kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerin yukarıdaki paragrafta Anayasa Mahkemesi'nin kararında öngörülen şekliyle imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılması halinde dahi, anılan "kamu hizmetine dayanan imtiyaz" veya Anayasa değişikliği sonrasındaki "özel hukuk sözleşmesi" yine de 2. madde marifetiyle tahkime tâbi kılınabilecektir. Zira, "gerçekte idari olan ve idari sayılması gereken sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi sayılabilmesi imkanı da bu arada getirilmiştir. (Böylece) Kanun koyucuya, özel hukuk sözleşmesi niteliği yapabilmek suretiyle İdare Hukukunun genel ilkelerine aykırı, zorlama ve gerçekten kendisinin ve hatta tarafların iradesinden bağımsız şekilde belirlenmesi gereken bir sözleşmenin hukuki niteliğine müdahale imkanı (yaratılmıştır)."¹⁰⁹⁵ Sonuçta, idari yargı rejimi marifetiyle imtiyaz sözleşmelerindeki ihtilaflarda kamunun genel menfaatlerinin korunması imkanı ortadan kaldırılmaktadır, ki bu meyanda yargı-yasama-yürütme dengesinin belli ölçüde -en azından- ihlal edildiği düşünülebilir.

Gerçekten de, uzun süreli sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesinin özel sektöre devredilmiş olması karşısında, artık idare hukuku kuralları çerçevesinde uyarlanabilirlik ilkesi geçerli olmayacak, idare zaman içindeki gereksinimlerle sözleşmede öngörülmemiş hususları talep etme yetkisinden uzaklaştırılmış olacaktır, meğer ki uluslararası tahkimle belirlenecek tazminatları göze alarak sözleşmeye aykırı düşecek uyarılama talepleriyle gelebilsin! İdari yargıya tâbi olduğunda da

¹⁰⁹³ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22 Aralık, 1988 tarih ve E.1988/5, K.1998/5 sayılı (AMKD, Sy. 24, s. 46 vd.), 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı (AMKD, C. I, Sy. 31, s. 278 vd.) ve 28 Haziran, 1995 tarih ve E.1994/71, K.1999/23 sayılı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır) kararları.

¹⁰⁹⁴ Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 148.

¹⁰⁹⁵ Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 147-148.

kuşkusuz uyarılma durumlarında tazminat ödenebilmekte ve tarafların karşılıklı dengesi idari yargı tarafından kamu yararı ilkesi ışığında dikkate alınmaktadır. Ancak, uluslararası tahkimde konuya salt iki tacir arası bir ilişki olarak bakıldığı veçhile kamu yararı dikkate alınmadığından, tazminatın 'felsefesi' ve 'boyutu' da çok farklı biçimde oluşturulmaktadır! Gülan, bu değişikliklerin "büyük bir kamu hukuku krizi doğuracağı"nın açık olduğu ve "en azından kamu hizmeti kavramı(nın) artık ölmeye bırakılacağı", sonuçta "İdare Hukuku(nun) kamu yararı çerçevesinde liberal talepler ile sosyal ihtiyaçların dengesini kurmaya çaba gösteren bir "özel hukuk" dalı haline geleceği" ¹⁰⁹⁶ endişesini dile getirmektedir. Yine bir başka yoruma göre, Anayasa değişiklikleri ile getirilen uluslararası tahkimin, "... idari yargıyı nihai olarak ... zayıflatmaya ... hata bir süre sonra belki devre dışı bırakmaya ... yönelik bir girişim olduğu görül(mektedir)".¹⁰⁹⁷

Öte yandan, konuya tarihsel arka plan çerçevesinde bakıldığında daha dramatik yorumlara gidildiği de görülmektedir. Nitekim, 1490'lardaki sömürgeciliğin birinci küreselleşmeyi, 1890'lardaki emperyalizmin ikinci küreselleşme adımını, 1990'lardaki küreselleşmenin ise "piyasanın gizli eli" gibi haklı gösterişlerle üçüncü küreselleşmeyi oluşturduğu, Osmanlının ilk kamu hizmeti imtiyazlarını verdiği dönemdeki ikinci emperyalist küreselleşmeye direnişinin Cumhuriyetin üçüncü küreselleşmeye direnişinden daha ciddi olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, "Osmanlı, Cumhuriyetten daha ciddi direndi... Örneğin, Ağustos 1869'da İkinci Abdülhamit bir tramvay imtiyazı verdi, ama verirken Şûrayı Devletten (Danıştay) olumlu görüş almayı şart koştu... (Oysa,) Anayasa değişikliğinden sonra Danıştay'ın ön inceleme yetkisi kaldırıldığı için, bugün artık Danıştay böyle bir tramvay imtiyazına hayır dese dahi hükümet, bu görüş bir danışma görüşünden ibaret olduğu için son Anayasa değişikliği nedeniyle tam tersini yapabilir."¹⁰⁹⁸ Hatta, atıfta bulunulan yazarın değindiği noktadan da daha kötü bir duruma geçilmiştir artık: Yasa koyucunun, istediği anda yeni bir yasal düzenleme getirmek suretiyle "tramvay imtiyazı"nın konusu hizmetin "özel hukuk sözleşmeleriyle gerçekleştirilmesi" kararını verdiği andan itibaren, bu tür sözleşmelerin, görüşünü almak üzere Danıştay'a sunulması da artık söz konusu olamamaktadır! Bu, gerçekten de vahim bir gelişme olmuştur!

¹⁰⁹⁶ Gülan, *Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği*, op. cit., s. 151.

¹⁰⁹⁷ Sancar, Miñhat; *Hukuk Devletin Geleceği Açısından İdari Yargı*, içinde 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 59, Ankara 2000, s. 78.

¹⁰⁹⁸ Oran, *Kaçıncı Küreselleşme*, op. cit., s. 112, 113 ve 127.

1. ve 2. maddeler birlikte değerlendirildiğinde ise, çok temel bir eksikliğe tesadüf edilmektedir: Anayasa değişikliği, kamu tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin *hangilerinin* özel sektöre yaptırılacağına ilişkin olarak herhangi bir ayırma gitmemekte, yani, hangi tür kamu hizmetlerinin özel hukuk rejimi içerisinde yapılabileceğinin kararlaştırılmasında serbesti getirmektedir. Böylece, iktisadi mahiyetteki kamu hizmetlerinin devri veya özel sektör eliyle "gördürülmesi" gündeme gelebileceği gibi, gayri iktisadi mahiyetteki hizmetlerin de bu kapsam içerisinde bulunduğu düşünülebilecektir.¹⁰⁹⁹

Örneğin, eğitim faaliyetinin bu maddeler uyarınca özel sektöre "yaptırılması" halinde bu maddeler uyarınca bir "özel hukuk sözleşmesi" ortaya çıkacak ve burada ortaya çıkabilecek ihtilaflar tahkim marifetiyle halledilebilecektir! Bu nedenle, bize göre Anayasa değişikliğinin sadece iktisadi mahiyetteki faaliyetlerle sınırlı bir kapsam haline dönüştürülmesi gerekirdi.¹¹⁰⁰ Aksi halde, örneğin ülkenin herhangi bir yöresinde veya bölgesinde eğitim faaliyetinin yabancı bir özel sektör kuruluşu marifetiyle yürütülmesi (zira Anayasa değişikliğinde yabancılara yönelik bir kısıtlama da getirilmemektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında vurgulanan endişeye -nedense- dikkat edilmediği anlaşılmaktadır!) ve ihtilaflarda da tahkimin yetkili kılınması mevzubahis olabilecektir.

Burada çarpıcı olması açısından eğitim sektörünü özellikle örnek olarak seçmek istiyoruz: Bilindiği üzere, ülkemizde halen özel eğitim kurumları (anaokulundan üniversiteye kadar uzanan geniş bir yelpaze içerisinde) faaliyet gösterebilmektedir. Ancak, bu eğitim kurumları halihazırda idareden alınan bir "ruhsat" çerçevesinde çalışmakta, eğitim müfredatı ile faaliyet esas ve usulleri de devletin denetimi altında tutulmaktadır; mevzuatta belirlenen hususların aksine faaliyette buldukları belirlenirse ruhsatları iptal edilerek kapatılabilirler. Yani, devletle bir "sözleşme" rejimi içerisinde değildirler; "kamu hizmeti" olarak görülebilecek şekilde eğitim faaliyetini yerine getirmek üzere bir "görevlendirme" yoktur burada! Şu halde, bu kuruluşların devlet aleyhine "ruhsatın geri alınması ve böylece eğitim faaliyetine son verilmesi-kapatılma" nedeniyle sözleşmeye -ki burada bir imtiyaz sözleşmesinden bahsedilebilecektir- aykırılıktan dolayı uluslararası tahkime gidebilmeleri olanağı bulunmamaktadır. Zira, devletin uymakla mükellef olacağı bir "sözleşmeye dayanan yükümlülükler dizisi", yani bir imtiyaz sözleşmesi bulunmamaktadır!

¹⁰⁹⁹ Bu husustaki bir analiz için bkz. Ulusoy, *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları*, op. cit., s. 11, 12.

¹¹⁰⁰ Aynı konuda bkz. Erol, Gülhanım Sızlı; *Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması*, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999, s. 143-144.

Örneği tersine çevirelim: Devlet, belli bir bölgede eğitimin sağlanmasını "ruhsat (izin)" değil de, "sözleşme bazında", yani bir imtiyaz sözleşmesiyle ve böylece bir "görevlendirme"yle özel sektöre devretmiş olsun. Bu durumda, Anayasa değişikliğinden sonra olağanüstü tehditkâr ve ülke bağımsızlığı ve bütünlüğü dikkate alındığında fevkalade tehlikeli bir ortam yaratıldığı söylenebilecektir (bu hususa ilişkin olarak eğitim sektöründen alınabilecek ilginç bir örneğe aşağıdaki paragrafta değinmek istiyoruz).

Bir diğer temel sorun da tahkim yoluyla verilebilecek kararın kapsamına yönelik hiç bir sınırlamanın getirilmemesidir; yani, tahkim süreci sonunda verilecek kararın sadece "maddi zarar" kapsamında olabileceği belirtilmediğinden, "aynen ifa" olarak tanımlanabilecek bir edim yükümlülüğünün de gündeme gelmesi mümkündür; bu ise son derece sakıncalı durumlar yaratabilecektir. Sözgelimi, ülkemizin de tarafı olduğu ve uyuşmazlıkların uluslararası tahkim suretiyle çözülmesine cevaz veren EŞS'nin tahkime ilişkin hükümleri, genel olarak hakem kararlarında hangi nitelikte hükümler verileceğine değinilmemesine karşın, 26(8)'inci maddesinde yer verilen -istisnai nitelikteki- "tazminata hükmedileceği" kısıtından hareketle, aynen ifa yahut eski hale iade ("*restitution*") yönünde hakem kararı verilebileceği şeklinde yorumlanmaktadır!¹¹⁰¹ Bu itibarla, örneğin eğitim sektöründe müfredatın tayini ya da öğretim görevlilerinin kıyafeti sorunu da -teorik olarak tahkime tâbi tutulabileceği olasılığından bahsetmek mümkündür! Şu halde, en azından Anayasa değişiklikleri sonrasında çıkarılmış olan uyum yasalarında, tahkime gidilebilecek konularda tahkim kararının mahiyeti itibarıyla bir kısıtlamaya gidilerek, sadece maddi tazmin talepleri hakkında tahkimin yetkili kılınmasının sağlanmış olması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Maamafih, bahse konu uyum yasalarında bu hususa dair bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu itibarla, izaha gayret ettiğimiz sakıncaların ileride yasa koyucu tarafından dikkate alınması ve gerekli düzenlemeye bir an önce gidilmesinde yarar olduğu kanısındayız.

Yine, mülkiyet ve mülkiyetin gayri aynî haklar konularında da tahkim çerçevesinde herhangi bir çekinceye yer verilmediği gözlenmektedir. Oysa bu konu, doğal olarak son derece hassasiyet içermektedir. O kadar ki, tahkime ilişkin daha önceki tarihlerde ülkemizin imzalamış bulunduğu ICSID Sözleşmesi kapsamında konunun ülke güvenliği açısından yaşamsal önemine binaen bu hususa ilişkin bir çekince getirildiği bilinmektedir. Buna göre, "... gayrimenkul mülkiyeti ve gayrimenkullerle ilgili aynî haklardan doğan uyuşmazlıkların tamamı Türk mahkemele-

¹¹⁰¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Walde, Thomas W.; *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty*, Conference on Energy-Arbitration, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998, s. 17, 18.

rinin kazaî denetimine tâbidir ve bu sebeple ICSID Tahkim Merkezinin kazaî denetimi dışındadır.”¹¹⁰² Bu hükmün konulmasında, ICSID çerçevesindeki hakem kararlarının doğrudan uygulanabilir niteliğinin etken olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ICSID dışındaki tahkim kararları bakımından her ne kadar tenfiz sırasında düzeni açısından engellemenin gündeme gelebileceği savunulabilirse de¹¹⁰³, bu durumun yatırımcının kendi ülkesinin siyasi himayesinde bulunması gerçeği karşısında ne derece etkin uygulanabilirliği tartışmaya açık bir konudur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bir kararında yeterli koruma imkanları yaratılmaksızın özelleştirmeye gidilmesi durumunda, ileride bu kuruluşların devletleştirilmesinin her halükârda imkan dahilinde olduğu anlayışına dayanılmayacağı, zira “yabancı (yatırımcıların) her an kendi devletlerinin (siyasi) himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurma devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır”¹¹⁰⁴ yargısında bulunmaktadır.

Dolayısıyla, daha baştan bu konuda bir düzenleme getirilmek suretiyle -kamu düzeni çerçevesinde tenfiz sürecindeki muhtemel korunma mekanizmalarına bırakılmaksızın- olası sorunların önüne geçilmesi daha yerinde olurdu. Böylesi önemli noktaların nasıl gözden kaçırıldığı ise bir büyük soru işaretidir ve kanaatimizce Anayasa değişikliği hususunda yeterli hukuki yardımın alınmadığını göstermektedir. Esasen, yeterli hukuki yardım alınması gerekliliğinden de daha önemli olan husus, böylesi temel hukuki yapı değişikliğine gidilmeden önce, “(r)adikal değişikliklerin, hukuku oluşturan ve geliştiren tüm aktörlerin (yargı, doktrin, kamuoyu) “ortak akıl” süzgecinden geçirmeden yapılması (dır; bunun sonucu olarak) beklenen işlevleri yerine getirememeleri sonucunu doğuracak (tır) ve sadece hukuku başkalaştırmak baskısı ile kalmayarak, kendilerinin de girdikleri hukuk aleminin etkisiyle “dönüşüm” geçirerek konulma amaçları dışına çıkma sonucunu doğurması kuvvetle muhtemel (olacaktır).”¹¹⁰⁵

Anayasa değişikliği sonrasında da özellikle altyapı projelerindeki tahkime ve dolayısıyla finansman sorununa dair tıkanıklığın çözülmüş olacağını varsaymak -

¹¹⁰² Birsal, *Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması*, op. cit., s. 24.

¹¹⁰³ Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, op. cit., s. 97.

¹¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı, s. 16 (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG’de yayımlanmıştır).

¹¹⁰⁵ Gülan, Aydın – Berkarda, Kemal; *İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler*, içinde Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, Mayıs 2002, s. 135.

hâlâ- çok iddialı bir öngörü olarak değerlendirilebilir. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına dikkat edildiğinde, Mahkeme'nin aslında elektrik enerjisi sektöründe "yabancıların sektörde hakim konuma gelmesini önleyici tedbirlerin alınmaması" ile Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerinde yer alan "tekelleşmeyi önleme ve rekabeti sağlama" ilkesi uyarınca sektörde **tekelleşmeyi önleyici** ve **rekabeti sağlayıcı** düzenlemelere gidilmemesi hususlarını da iptalin önemli bir gerekçesi olarak gösterdiği görülmektedir.

Şu halde, anılan hususlarda bir düzenlemeye gidilmeksizin özel sektör eliyle bahsekonu kamu hizmetlerine yönelik sözleşmelerin gerçekleştirilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin sözkonusu kararındaki gerekçeleri ışığında anılan sözleşmelerin Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle 1. ve 2. madde kapsamında bilahare çıkarılan tahkim uyum yasalarını Anayasa'ya aykırı bularak iptal cihetine gitme imkanının varlığı savunulabilecektir. Ancak, Yüksek Mahkeme'ye bugüne kadar bu yönde bir başvuruda bulunulmamıştır. Öte yandan, enerji sektöründe serbest rekabete dayalı bir piyasa düzeninin kurgulanmasına yönelik yasal düzenlemelerin getirilmiş olması durumu karşısında, bu yöndeki görüşümüzün enerji sektörü açısından artık geçerli olamayacağına da değinmekte yarar görüyoruz.

Mahkeme'nin bahsekonu kararında yer vermediği bir başka Anayasa maddesinin de burada değerlendirmeye alınabileceği düşünülebilir. Madde 168'e göre, "tabii kaynakların işletilmesinde devletçe yapılacak gözetim usulleri ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir." Buna göre, bir barajın YİD modeliyle işletilmesinde devletin denetim ve gözetimi sözkonusu olup, bu hususlara ilişkin ihtilafların Türk yargısında çözümlenmesi esastır; şu halde bu hususlarda tahkime gidilemeyecektir. Sözgelimi, baraj havzasındaki suyun YİD şirketince elektrik santralında güç üretimi amacıyla kullanılmasına ilişkin olarak DSİ Genel Müdürlüğü ile ilgili şirket arasında imzalanacak Su Kullanım Anlaşması'na yönelik ihtilafların tahkime tâbi tutulması, yukarıdaki Anayasa hükmü ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararı karşısında mümkün görünmemektedir! Gerçekten de, 4628 sayılı EPK'na ilişkin "Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin" "Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı 36. maddesine göre "Bu anlaşma hükümlerinin uygulanmasından dolayı doğacak veya çıkacak anlaşmazlıkların çözümüne Ankara Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir." Nitekim, uygulamada da şirketlerin bu sözleşmelere tahkim hükmü konulmasında önce ısrar ettikleri, ancak bir yılı aşan müzakereler sonucunda bunun hukuken mümkün olmayacağına görülmesi üzerine ikna olarak sözleşmeye Türk yargısına tâbi olunacağı hususunda bir hük-

mün konulmasına rıza gösterdikleri belirtilmektedir.¹¹⁰⁶ Oysa bu anlayış, Anayasa değişikliği sonrasında ortaya çıkan resimle, yani bu tür yatırımlarda ilgili anlaşmaların tahkime tâbi tutulması anlayışıyla örtüşmemektedir.¹¹⁰⁷ Şu halde, Anayasa'nın 168. maddesinin de bu meyanda dikkate alınabileceği gözden ırak tutulmamalıdır.

3.3. Danıştay'ın Etkisizleştirilmesi

Nihayet, 3. maddeyle Anayasa'nın 155. maddesi değiştirilmiş ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi ortadan kaldırılarak "düşünce bildirme"ye dönüştürülmüştür. Böylece, kamu adına uzun süreli "imtiyaz" sözleşmeleri imzalamaya giden idarenin, fevkalade yüksek malî yükümlülükler altına girmeden önce kamu adına yargı tarafından kısmî de olsa bir denetim altına girmesi olancağı kaldırılmış olmaktadır. Bu meyanda, bahse konu Anayasa değişikliğiyle Danıştay'ın ön inceleme yetkisinin –ortadan kaldırmaya özdeş- bir sınırlandırmaya tâbi tutulmasına yönelik olarak, "(i)mtiyaz sözleşmesi belli bir süre, belli bir tarife ile halkın cebinden para çekme sözleşmesidir. Böyle bir sözleşme yapılmadan kamu adına / halk adına Danıştay denetiminin kamuya / halka zararı mı olur, yararı mı?"¹¹⁰⁸ eleştirisinin getirildiği görülmektedir.

Anılan değişiklikle, Danıştay'ın etkisizleştirilmesinin amaçlandığı açıktır. Bununla birlikte, "inceleme" ile "görüş bildirme" arasındaki farkı belirleyen bir mevzuat bulunmadığı gibi, inceleme yapmadan görüş bildirmenin mümkün olmayacağı yolunda görüşlere de rastlanmaktadır.¹¹⁰⁹ Yeni düzenlemeye göre, Danıştay'ın artık imtiyaz sözleşmeleri üzerinde inceleme yaparak görüşlerini bildirmesi yerine, sadece sözleşmelere dair "düşüncesini" iki ay içerisinde ilgili idareye bildirmesi söz konusudur. Buradaki süreye uyulmaması durumunda ne olacağı ise hükme bağ-

¹¹⁰⁶ Özbay, Özdemir; *İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli*, op. cit., s. 79.

¹¹⁰⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1982 yılında verdiği bir kararda, Keban barajı havzasından su kullanılmasına yönelik olarak özel kişilerle yapılmış su kullanım sözleşmesi tahtındaki uyumsuzluğun, anılan sözleşmedeki "uyuşmazlıkların adli mahkemelerde görüleceği" yönünde bir hükme yer verilmesi ve "sözleşme konusunun bir kamu hizmeti ile ilişkili olmasının bahse konu sözleşmeyi idari sözleşme yapmasına yetmeyeceği" gerekçesine istinaden adli yargıda görüleceği hükme bağlanmış olup (bkz. Yargıtay 13. Dairesi'nin 18 Aralık, 1982 tarih ve E.1982/6438, K.1982/6996 sayılı kararı; aktaran: Lütfi Duran; *Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar (III)*, AİD, C. 18, Sy.4, 1985, s. 66, 67), idarenin yukarıda yer verilen anlayışı bağlamında ilgi çekici bir gelişmeye işaret etmektedir.

¹¹⁰⁸ Uras, Güngör; *Sorun "Tahkim"de Değil "İmtiyaz"da*, Milliyet Gazetesi, 30 Temmuz, 1999.

¹¹⁰⁹ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 327.

lanmamıştır. Bu meyanda, genellikle bu sürelerin yargılama ve benzer süreçleri hızlandırmak üzere öngörülmüş düzenleyici süreler olduğu ve yaptırımının olmadığı, dolayısıyla idarenin Danıştay görüşünü beklemesinin bir zorunluluk olduğu ileri sürülmektedir.¹¹¹⁰ Özetle, bu yeni düzenleme, Danıştay'ın yetkilerini bir nevi ortadan kaldırmakta ve imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki "müdahalesine" engel bir durum yaratmayı hedeflemektedir. Esasen, daha önceki halinde de "inceleme"nin ilgili idareyi hukuken ne derece bağladığı hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur.¹¹¹¹ Gerçekten, Danıştay'dan inceleme sonucunda değiştirilerek gelen sözleşmeye uymayarak eski haliyle imzalanan bir sözleşmenin akibeti tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu yarı bağlayıcı bir hükümdür¹¹¹² ve idarenin eski metni imzalama yetkisi vardır.¹¹¹³ Ancak, bu ihtimalde sözleşmenin Danıştay'dan geçmiş sayılamayacağı esasına dayanarak iptaline hükmedilmesi sonucunun -bu husus bir dava konusu olarak Danıştay'ın önüne gelmiş ise- doğacağı düşünülebilir. Yine de, idare, Danıştay'ın dava dairelerinin iptal kararı alabilmesini göz önünde tutup, bunu kabul edebilir.¹¹¹⁴

Bu itibarla, inceleme yerine görüş bildirme anlayışına geçildiğine göre, bu yeni durumda Danıştay'ın vereceği görüşün bağlayıcılığı daha da şüpheli olacaktır, zira artık özel hukuka tâbi kılınmış bir konunun dava vesilesiyle ileride Danıştay'ın önüne tekrar gelmesi olanağı ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Maamafih, "inceleme" ile "düşünce bildirme" tabirlerinin "... Anayasa koyucu tarafından bilinçli olarak kullanılmış ol(duğu), varılacak sonuçların hukuki niteliği ve hükmü yönünden aralarında farklılık bulun(duğu savunulmaktadır.). (Sözelimi), Kanun tasarılarının Danıştay'a görüş bildirilmek üzere gönderilmesi konusunda, yürütme organının herhangi bir zorunluluğu yoktur... (Burada yapılan inceleme, tamamen istişaridir ve görüş bildirmekten ibarettir. (Oysa, tüzüklerin Danıştay incelemesin-

¹¹¹⁰ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, op. cit., s. 327.

¹¹¹¹ Kuzum, Yıldırım; *İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi*, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Bası, Danıştay Matbaası, Ankara 1986, s. 759-762.

¹¹¹² Öztürk, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri*, op. cit., s. 62.

¹¹¹³ İnan, *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, op. cit., s. 70. İnan, bununla birlikte idarenin, eski metni ya da Danıştayca değiştirilen yeni metni dışarıda bırakan üçüncü bir metni imzalayamayacağını, zira bu metnin de yeni bir metin olmakla Danıştay incelemesine sunulması gereğinin doğacağı görüşündedir (aynı sayfa).

¹¹¹⁴ İnan, *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, op. cit., s. 70.

den geçirilmesinde bağlayıcılık bulunmaktadır, zira burada "inceleme" ibaresinin kullanılmış olması, "düşünce bildirmek"ten farklı bir hukuki sonuç yaratmayı öngörmektedir. Bu itibarla) Danıştay'ın incelemesine sunulduktan sonra tüzük tasarisini geri almak tasarrufu hariç, başka bir tasarrufta bulunmak yetkisi bulunmamaktadır."¹¹¹⁵

Öte yandan, Danıştay'ın "danışma" sıfatıyla verdiği görüşlerin bizzat Danıştay'ı "yargılama" işlevini yürütürken ne şekilde etkileyeceği de düşünülebilir. Gerçekten de, Danıştay'ı bu manada tek bir bütün olarak değerlendirme olanağı yoktur; bu iki işlev iki ayrı birim tarafından yürütülmektedir ve danışma işlevini yürüten 1. Daire kararlarının, aynı konu yargılama çerçevesinde Danıştay'ın yargı işlevini gören dairelerine getirildiğinde bağlayıcı olmak bir yana, etkisinin dahi mutlak olmadığı açıktır.

Sonuç olarak, "Anayasa değişikliğine koşut olarak Danıştay Kanunu'nda da yapılan değişikliklere göre, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında Danıştayca verilen kararların, idarenin uymak ve uygulamak zorunda olmadığı, görüş belirtilen kararlar niteliğine büründüğü genel kabul görmektedir."¹¹¹⁶ Bu arada belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın görüş bildirmesi de Anayasa değişikliği sonrasında 6 Ocak, 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. ve 48. maddesinde yapılan uyum değişiklikleri sonucunda sınırlandırılmıştır.¹¹¹⁷ Buna göre, 1. madde marifetiyle Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinin (d) bendi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

"d) Tüzük tasarılarını inceler, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir."

Yine, 5. madde marifetiyle Danıştay Kanunu'nun 48. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Danıştay, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içerisinde sonuçlandırmak zorundadır."

¹¹¹⁵ Çimen, *Danıştay'ın Danışma İşlevi*, op. cit..

¹¹¹⁶ Çimen, *Danıştay'ın Danışma İşlevi*, op. cit..

¹¹¹⁷ 4492 sayılı "Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 21 Aralık, 1999, RG No. 23913.

Ancak, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun E.2000/33, K.2000/27 sayılı kararıyla, 3096 sayılı Kanun kapsamında yeni yapılacak enerji sözleşmelerinin artık imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği yargısına vardığı görülmektedir. Anılan kararda Danıştay, 3996 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 5. maddesinde yapılan değişiklikle sözleşmelerin "özel hukuk sözleşmesi" olacağı yönündeki düzenlemeden sonra, 3096 sayılı Kanun'da buna yönelik herhangi bir değişiklik öngörülmemiş olmasına karşın, "başlatılmış durumda olmayan" projelere ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamında yapımına artık yer olmadığına hükmetmiştir. Bu itibarla, halihazırda başlatılmış bulunan ve özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmek üzere kanunda öngörülen bir aylık süre içinde başvuruda bulunmayan şirketlerin sözleşmeleri hariç olmak üzere, artık 3096 sayılı Kanun kapsamında imtiyaz sözleşmeleri yapma imkanı kaldırılmış durumdadır.

Anayasa değişiklikleri ve akabindeki yasal değişikliklerle Danıştay'ın işlevinin fevkalade sınırlandırılmış olması karşısında, Danıştay'ın bir nevi tepki olarak bu yönde görüş bildirmesinin yerinde olmadığı kanısındayız. 3096 sayılı Kanun hâlâ yürürlüktedir, hatta, 4628 sayılı Kanun ile dahi yürürlükten kaldırılmamıştır. Dolayısıyla, 4628 sayılı Kanun uyarınca Hazine garantisinin verilemeyecek olması ve keza kamu kuruluşlarınca alınacak enerjiye ilişkin sözleşmelerin bir yıl süreyle sınırlandırılmış olması karşısında, artık 3096 sayılı Kanun'a istinaden YİD sözleşmelerinin yapılması pratik anlamda zor olmakla beraber, yine de hukuken imkan dahilindedir ve idare ile uygulayıcı şirketin bu babdaki sözleşmeleri 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinden yararlanmak suretiyle özel hukuka tâbi tutma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu itibarla, Danıştay'ın sanki böylesi bir zorunluluk var imişçesine hüküm kurmuş olmasında isabet görülemez.

Bu itibarla, yeni sözleşmeler bakımından 3096 sayılı Kanun uyarınca imtiyaz sözleşmesi sözkonusu olamasa dahi, eski sözleşmeler itibarıyla imtiyaz sözleşmeleri hukukumuzda varlığını sürdürmektedir. Ancak, uygulamada bir de "tahkimli imtiyaz sözleşmeleri"nden bahsedilmektedir, ki bunlarla "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından 3096 sayılı Kanun uyarınca imtiyaz sözleşmesi olarak imzalanmış, ancak yasal değişiklikler sonrasında sözleşmenin diğer hükümleri aynı kalmakla beraber sadece tahkim maddesi konulmuş sözleşmeler" kastedilmektedir. Esasen, hukuki mahiyeti itibarıyla bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden bir farkı bulunmamaktadır. Zira, bir defa tahkime tâbi tutulduktan sonra, uygulamasına ilişkin özellikler dikkate alınacak olursa, o sözleşme artık idare hukuku alanından çıkmak ve özel hukuka dahil olmak durumundadır. Aksi halde, tabii olarak idari sözleşme kavramının bir anlamı kalmayacaktır. Bu hususu aşağıdaki paragrafta biraz daha ayrıntılı olarak irdelemek istiyoruz.

Bilindiği üzere, idari yargıya tâbi olmanın temel özelliği, sözleşmeye ilişkin ihtilafların idare mahkemelerince görülebilmesidir ve kuşkusuz bunun arkasında kamusal çıkarların adli yargıya kıyasla daha etkin biçimde korunabileceğine, adli mahkemelere göre daha fazla uzmanlık sahibi yargıçların bulunduğu ve benzeri düşüncelerin etken olduğu bir değerlendirilmenin yer aldığı söylenebilir¹¹¹⁸. Tahkime olanak sağlanmış bir imtiyaz sözleşmesinin hâlâ idare hukuku ilkelerine tabi olacağı da bu babda ileri sürülebilir. Ancak, tahkim şayet tüm sözleşmeyi kapsıyorsa, tahkim heyetinin idare hukukunun ilkelerini uygulaması veya bunun etkinliği soru işaretleriyle doludur! Uygulaması da düşünülemez, zira buradaki idare hukuku ilkeleri zaten kamusal çıkarların gözetilmesine dairdir, doğaldır ki bu hususları tahkim heyetinde yer alan ve yargıç niteliği bulunmayan hakemlerin uygulaması söz konusu edilemez! Dolayısıyla, bir defa tahkime yer verildikçe, artık idare hukukunun etken olacağı bir alandan bahsetmek¹¹¹⁹ –belki zorlayarak da olsa hukuk tekniği bakımından söz konusu edilebilse dahi-, pratik anlamda bunun hiçbir kıymeti yoktur; zira, hakemler tazminat kararını verdikten sonra, idari yargının vereceği bir kararın önemi ve uygulanabilirliği kalmayacaktır!

Nitekim, ülkemizin tarafı olduğu enerji sektörüne ilişkin sözleşmelere dair tahkim kararlarına bakıldığında, Danıştay tarafından sözleşmelerin imzalanmasına yetki veren Bakanlar Kurulu Kararlarının iptal edilmiş olması hakem heyetlerince dikkate alınmadığı gibi, uluslararası tahkim bakımından ülkenin yargısı da idaresiyle birlikte bir bütün olarak ele alınmakta ve yargı kararları idarenin işlem ve eylemleriyle aynı kategoride değerlendirilmektedir. Oysa, Fransız Danıştay, 1993 tarihli bir kararında imtiyaz verilmesine ilişkin Bakanlar Komitesi kararının iptaliyle sözleşmenin de hükümsüz kalacağına hükmetmiştir.¹¹²⁰

Görülüyor ki, bu bağlamda “uluslararası tahkim heyetlerinin kararları, özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki demokratik geleneklerin yetersizliği sonucunda kimi

¹¹¹⁸ Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, op. cit., s. 18, 19.

¹¹¹⁹ Ayrılabilir işlem kuramı uyarınca idarenin sözleşmenin imza aşamasına kadar olan işlemleri aleyhine açılacak davalar ile üçüncü kişilerin sözelimi sözleşmenin iptaline ilişkin açtıkları davalar idari yargıda görülebilecek olsa dahi, iptal kararı verilmesi halinde “önemli sorunlar doğabileceğinden” (bkz. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, op. cit., s. 156) başka, bu durum tahkim heyetinin tazminat kararına varmalarını da engellemeyecektir. Böylesi bir tazminat kararının yurt dışındaki ülke varlıkları aleyhine uygulanabilmesi olanağı ise, “kararı zor kullanarak uygulama gücünün “imperium” her zaman devlette kaldığı” yolundaki görüşü (İbid, s. 156, 157) etkisiz kılmaktadır.

¹¹²⁰ Bkz. Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku* (2006), op. cit., s. 608, 609.

zaman devlet adına gelişigüzel imzalanan sözleşmeler çerçevesinde sözleşmelerin geçersiz kılınmasını önleyecek bir mekanizmayı kurgulamak amacıyla olmuştur” yönünde bir iddia ileri sürülebilir. Yine, sözgelimi idare hukukumuz bakımından idarenin kimi işlemlerinin “icrai nitelikte olmamaları” nedeniyle idari yargıda görülecek bir eylem veya işlem addolunamayacağı hususu kabul görmekle beraber¹¹²¹, uluslararası tahkim uygulamasında Türk hukukunun uygulanmasına karşın, Hazine Müsteşarlığı ile ETKB arasındaki Hazine garantisi verilmesi uygulamasına yönelik kimi yazışmalar, icrai nitelikte olmamalarına rağmen hakem heyetlerinin kararlarında ele aldığı hususlardan birini oluşturmuştur.

“Bununla beraber İdarenin “Özel Hukuk” hükümlerine göre yapmış olduğu bir sözleşme de sözkonusu olsa, bunun gerçekleşme anına kadar geçen hazırlık aşamalarında yapılan işlemler İdari nitelikte olduğundan ... “*ayrılabilir işlem*” kuramı uyarınca idari yargı yerleri önünde görülecek türden bir davaya konu olabil(ir).”¹¹²² Bu itibarla, bu tür sözleşmelerde –tahkimli imtiyaz sözleşmesi dışındaki özel hukuka tâbi sözleşmelerde olduğu gibi- idari yargının hâlâ söz sahibi olacağı kısımlar mevcuttur denebilir. Zira, “sözleşmenin imzalanmasından sonra, taraflar arasındaki ilişki Özel Hukuka, bundan öncekiler ise İdare Hukukuna tâbidir.”¹¹²³ Nitekim, Danıştay bu meyandaki bir kararında, bir imtiyaz sözleşmesine ilişkin idari işlemi iptal etmiş ve buna dayalı olarak tesis edilen işlemlerin de dayanaksız kalacağına hükmetmiştir.¹¹²⁴ Ancak, kuşkusuz bu durum “sözleşme”nin kendisine uygulanacak hukukun özel hukuk olmasının ve bu meyanda tahkime tâbi tutularak idari yargıya tâbi olmasının bertaraf edilmesine engel değildir. Bu ise, sözleşmenin kendisine ilişkin ihtilaflarda idari yargının müdahalesine engel olmaktadır.

Şu halde söylemek gerekir ki, Anayasa değişikliği ve akabindeki uyum yasaları sonrasında “tahkimli imtiyaz sözleşmesi” gibi hukuki anlamda bir “hikmet garibesi” ortaya çıkmıştır. Bu, kanaatimizce gereksiz bir çaba olmuştur! Bu tür sözleşmelerin tamamen özel hukuka tâbi olmasının belirtilmesi, idare hukuku-özel hukuk ayırımına halel getirmemek anlamında çok daha doğru bir yöntem olacaktı kanısındayız.

¹¹²¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, Cemil; *Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler*, GÜHFD, C. IX, Sy. 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 251-285.

¹¹²² Özay, *Günlükte Yönetim* (2004), op. cit., s. 530.

¹¹²³ Özay, *Günlükte Yönetim* (2004), op. cit., s. 543.

¹¹²⁴ Danıştay’ın 10. Dairesi’nin 18 Mart, 2003 tarih ve E.2002/5935, K.2003/956 sayılı kararı.

Keza, yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz durum, elektrik enerjisi sektörüne ilişkin 3096 sayılı Kanun ile muhtelif sektörleri kapsamına alan 3996 sayılı Kanun için geçerlidir. Oysa, mevzuatımızda imtiyaz kavramına açıkça atıf yapan ve 3996 sayılı Kanun'un aksine henüz "özel hukuk sözleşmesi" olduklarına dair yasal düzenleme getirilmemiş başka yasalar da bulunmaktadır. Sözgelimi, 5393 sayılı Belediye Kanunu bunlardan birisidir. Dolayısıyla, anılan yasaya istinaden bir belediyenin yasa da belirtilen herhangi bir kamu hizmetini imtiyaz verme yoluyla gerçekleştirme yoluna gitmesi imkan dahilindedir. Bu durumda bir kısım hizmetlerin hâlâ imtiyaz ve dolayısıyla Danıştay yargısına tâbi olması (gerek sözleşmeye taslak aşamasında "düşünce bildirme" ve gerek ihtilafların Danıştay'da görülmesi anlamında) söz konusu olacaktır! Kuşkusuz, yeni bir yasal değişikliğe gidilerek bu sözleşmelerin "özel hukuk sözleşmeleri" olduğu yolunda düzenleme getirilmesi olanağı artık mevcuttur, Anayasal engelin kaldırılmış olmasına istinaden.

Son durum şudur; aynı tarz sözleşmelerden birisi imtiyaz, diğeri tahkimli imtiyaz, bir üçüncüsü de özel hukuk sözleşmesi olabilecektir! Bu halde nasıl bir hukuki ve kavramsal karmaşanın ortaya çıktığını düşünmek zor olmasa gerektir! Nitekim, aynı karmaşanın Danıştay'ın muhtelif kararlarında da halihazırda yansımış bulunduğu, yukarıdaki bölümlerde yeri geldikçe örnekleriyle ortaya konulmaktadır.

4. 'Tersine' Reform: Elektrik Piyasası Kanunu

Anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesini müteakip, yukarıdaki bölümde yer verdiğimiz uyum yasalarının da 2000 yılının sonuna değin çıkarılmasıyla, ülkemizde enerji sektöründeki imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuka tâbi olarak yapılabilmesinin ve uluslararası tahkime sözleşmelerde yer verebilmenin önü açılmıştır. Bu meyanda, uzun yıllar boyunca enerji sektöründeki bu projelerde gecikmeye neden olmak suretiyle elektrik enerjisi krizine sürüklendiğimiz iddialarının temelinden çözüme kavuşturulduğu görülmektedir. Ancak bu, kuşkusuz yolun "hukuki düzlemde" açılmış olması anlamına gelmekteydi. Oysa, gelişmelere bakıldığında, 2000 yılının sonundan itibaren açılmış bulunan bu yolda yürüyen tek bir YİD projesine dahi rastlanmamaktadır! Tersine, yaklaşık 10 yılı aşkın bir süredir gerçekleştirilmesi için şiddetle mücadele verilen YİD projeleri neredeyse bir yana itilmiş ve hummalı bir başka faaliyet başlamıştır: Rekabetçi piyasa modeline geçişi öngören yeni bir yasal düzenlemeyle elektrik enerjisi sektörünü sil baştan yeniden düzenlemek! Bu, bir anlamda Anayasa değişikliklerinin içini boşaltan, etkilerini bertaraf eden ve yok sayan bir uygulama anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, buna "tersine reform" adı vermek yanlış olmayacaktır. Aşağıdaki paragraflarda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ilk önce enerji sektöründeki projelerin uluslararası tah-

kime tâbi tutularak gerçekleştirilmelerini öngören Anayasa değişiklikleri yapılmış, ancak hemen akabinde EPK ile aynı projelerin bu defa gerçekleştirilmeyeceklerine yönelik düzenlemeler getirilmiştir!

Şu halde, anılan değişikliklerin amacına ulaşip ulaşmadığını sorgulamak gerekmektedir: Bilindiği üzere, Anayasa değişikliklerine gidilmesindeki temel hedef, tahkime yer vermeyen imtiyaz sözleşmeleri nedeniyle milyar Dolarlık projelerin gerçekleştirilememesi sorununu bertaraf etmek idi. Oysa bahse konu değişikliklerden sonra, sorunun sektörel uygulamalardaki yanlışlıklar dizisinden kaynaklandığı ortaya çıkmıştır. Tahkime cevaz veren bu düzenlemelere rağmen idarenin telekomünikasyon sektöründe imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlediği ve dolayısıyla tahkime ilişkin hükümler içermeyen üçüncü GSM telefon hattı sözleşmesi kapsamında lisans bedeli olarak milyar dolarların yatırımcılar tarafından sağlanabilmiş olması buna bir örnektir. Elektrik enerjisi sektöründe ise, anılan değişikliklerden sonra da değişen bir husus olmadığı gözlenmiştir. O kadar ki, sonunda Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) çıkarılma durumunda kalmıştır. Kanaatimizce, EPK'nun çıkarılması aslında Anayasa değişiklikleriyle taban tabana zıt bir resim ortaya koymaktadır. Hatta, EPK'nun Geçici 4. ve 8. maddeleriyle, uğruna Anayasa hükümleri değiştirilen enerji sektörüne ilişkin YİD ve İHD projelerinin bu defa gerçekleştirilmemesine yönelik hükümler getirilmiştir!

Bize göre, EPK çıkarılacaktı ise Anayasa'nın değiştirilmesine hiç de gerek yoktu, zira özel sektör rekabetçi şartlarda elektrik enerjisi üretip tüketiciye (devlete değil!) satacaktı, ki bu durumda sistem zaten piyasa koşulları içerisinde çalışacağı için Anayasa'ya aykırılığı sözkonusu olmayacaktı (doğal olarak, Anayasa Mahkemesi'nin de bu anlayışı benimsemek durumunda kalacağını öngörüyoruz burada).¹¹²⁵ Bu, bize bir nevi Nasreddin Hocamızın kedi ve ciğer esprisini hatırlatmaktadır: Kedi burada ise ciğer nerede, ciğer bu ise kedi nerede? Konumuza uyarlısak, EPK'nu çıkaracaktı isek Anayasa değişikliklerini neden yaptık, yahut Anayasa'yı değiştirdikten sonra EPK'na ne gerek vardı?

Burada fevkalade bir tutarsızlık bulunduğu görmezden gelinemez. Bu hususun özel sektör yatırımcıları tarafından hazırlatılan bir raporda da açık biçimde belirtildiği görülmektedir. ELDER tarafından 2005 yılında yayımlanan bir raporda, "4628 sayılı Kanun, yabancı yatırımcıların elektrik sektöründeki yatırımlar bakımından yeterince ilgi duymalarını sağlamaya yönelik Anayasa'daki ve izleyen uyum yasa-

¹¹²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, *İmtiyaz ve Kamu...*, op. cit..

larındaki değişikliklerin esasında gereksiz olduğunu düşünmeye zorlamaktadır"¹¹²⁶ yolunda eleştirel bir gözlemde bulunmakta ve 4628 sayılı Kanunla getirilen yeni düzen eleştirilmektedir. Her ne kadar bu eleştirinin yersiz ve temelsiz olduğu açıksa da, Anayasa değişikliklerinin aslında gerekmediğinin yatırımcılar tarafından da itirafı ve bu yönde dolaylı yoldan isbatı anlamında önem taşıdığını düşünüyoruz.

Esasen, yatırımcıların uluslararası tahkimi bir "mazeret" olarak kullandıkları anlaşılmaktadır.¹¹²⁷ Nitekim, bu husus özel sektör tarafından da açıklıkla dile getirilmiştir.¹¹²⁸ Hatta, öğretide de benzer nitelikte görüşlerin bahsekonu değişikliklerin akabinde ifade edilmeye başlandığı gözlenmektedir; buna göre "... tahkimin yatırım ortamının uygunluğu için sadece mütevazı bir katkıdan, "çorbadaki tuzdan" ibaret olduğu dahi söylenebilir."¹¹²⁹

Dolayısıyla, bize göre Anayasa değişiklikleri ülke açısından tam bir kayıp olmuştur, gerek zamanın boşa geçmesi anlamında, gerek rekabetçi bir EPK'nun gecikmesi bağlamında. Oysa, 1995'li yıllarda uluslararası tahkim sorunu gibi aslında hatalı adreslenmiş bir konu üzerinde odaklanmak yerine, rekabetçi bir enerji yasasının çıkarılmasına yönelinmiş olunsaydı, hem vakit kaybı yaşanmamış hem de Anayasa değişikliğiyle idare hukukunun temel kavramları üzerinde oynanması ve başka alanlar itibarıyla çok da lazım olabilecek, devletin bekası için çok önemli hukuki korunma-savunma mekanizmalarının kaldırılması tehlikesiyle karşılaşılma-mış olunacaktı. Bu noktada ülkemizde hukuk çevrelerinin ve özellikle yargının genelde finansmanla ilgili konulara yeterli ölçüde aşinalığının bulunmaması kanaatimizce temel bir eksiklik olarak kendini göstermiştir.

¹¹²⁶ O'Rourke-Tomiak, *Will Investors Come? - Key Concerns About Turkey's Electricity Distribution Privatization and Market Reform*, op. cit., s. 60.

¹¹²⁷ Böyle bir gelişmeye Meksika'da şahit olunmuştur. Ülkemize benzer şekilde yılda 5 milyar ABD Dolarının üzerinde bir enerji yatırıma ihtiyaç duyulan Meksika'da da ülkenin genel kredibilitésinin yetersizliği sorunu nedeniyle kreditorlerin yatırımlara yeterli ilgiyi göstermedikleri belirtilmektedir (bkz. Barry, N. Machlin; *Power Debt Explosion*, Project Finance Magazine Global Address Box, 2001, s. 35).

¹¹²⁸ Sn. Ümit Hergüner, değişiklik sonrasında da yatırımcıların sessiz kaldıklarını ve bu nedenle uzun yıllar boyunca yatırımcıların uluslararası tahkimi bir mazeret olarak gördüklerinin anlaşıldığını, esas sorunun ise ülkemizin kredibilitésini olduğunu belirtmektedir (Aktaran: Ahmad, Taimur; *Istanbulish*, Project Finance Dergisi, Londra, Ağustos, 2000, s. 21).

¹¹²⁹ Ulusoy, *Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış*, op. cit., s. 29.

Çelişkilerle dolu bu politika değişikliğine gidilmesinin üzerinde durmayı yararlı görüyoruz. Öncelikle belirtmek gerekirse, bu reform hareketi kuşkusuz kendiliğinden gerçekleşmemiştir. Esasen, "Türkiye'de reformlar hep sezaryenle doğar. Atatürk dönemi dışında, (C)umhuriyet tarihimizde siyasi sistemin iç dinamikleriyle reform doğurmasının örneği yoktur."¹¹³⁰ Hatta, bu özellik daha Osmanlı döneminde dahi kendini göstermektedir. "Uluslararası bağlantılar Tanzimat'tan bu yana hep önemli olmuştur. Tanzimat'ın Reşit Paşası, Ali ve Fuat Paşaları reformları gerçekleştirmek için Avrupa devletlerine yaslanmayı birinci yol olarak seçmişler, hatta yabancı devletlerin elçilerine "(d)ışardan bir baskı olmadıkça reformları gerçekleştiremeyiz" şeklinde telkinlerde bulunacak kadar da ileri gitmişlerdi."¹¹³¹ Nitekim, elektrik sektöründe rekabetçi serbest piyasa modeline geçiş yapılması da, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund* - IMF)'nin baskıları sonucunda hayata geçirilebilmiştir. Sözgelimi, "İMF'ye verilen Niyet Mektubu'n(da) "enerji sektörünü Türk Ticaret Kanunu'na tâbi olarak tanımlayan yasal değişikliklerin Meclisten geçirileceği" ön koşul olarak beyan edilmiştir".¹¹³² Akabinde, "(u)luslararası tahkim konusundaki anayasal değişikliğin uygulanmasına ilişkin kanun TBMM tarafından kabul edilmiş olup, böylece bir yapısal kriter karşılanmıştır."¹¹³³ Bir görüşe göre, daha ziyade yurt dışı kaynaklı bu baskılarla enerji sektöründe ülkemizde kurulması öngörülen liberal yapı, "... ulus ötesi enerji şirketlerinin çıkarlarına uygun küresel bir plana dayandırılmış, sektörün düzenlenmesinde ulusal yasama erkinin yerini küresel kapitalizmin "düzenleyici reformu" almıştır."¹¹³⁴

Gelinen bu noktada, uluslararası kuruluşların da büyük sorumluluklarının bulunduğu yadsınamaz. Uluslararası tahkimin yatırımların önünde engel teşkil ettiği ve bu nedenle gerekli yasal değişikliklerin bir an önce gerçekleştirilmesine yönelik Dünya Bankası ve IMF tarafından şiddetli tavsiyelerde bulunulduğu bilinmektedir. Oysa, Anayasa değişiklikleriyle uluslararası tahkime yönelik düzenlemelerin getirilmesini müteakip, aynı kuruluşların bu defa anılan projelerin yapılmaması ve bunlara Hazine garantisi verilmemesi yönünde baskı ortamı oluşturmaları gerçekten şaşırtıcı olmuştur (özellikle Dünya Bankası'nın, daha önceleri Hazine garantisi ve

1130 Münir, Metin; *Sezaryen*, Milliyet Gazetesi, 12 Temmuz, 2006.

1131 Muradoğlu, *Reformun Dervişleri*, op. cit., s. 18.

1132 Emek, *İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine*, op. cit., s. 31.

1133 Sekizinci Gözden Geçirmeye İlişkin 26.06.2001 tarihli İMF Niyet Mektubu, *Güçlü Ekonomiye Geçiş Programı Politika Metinleri*, C. I, Hazine Müsteşarlığı Yayını, Eylül 2001, s. 67.

1134 Erdoğan, *Elektrik Enerjisinde Liberal Yapılanma*, op. cit., s. 13.

alım sözleşmeleri imzalanması yoluyla özel sektör YİD girişiminin desteklenmesine ilişkin keskin tavsiyelerde bulunmasına karşın, aradan çok kısa bir süre sonra ve bu yöndeki sözleşmelerin imzalanmasını müteakip, bu defa Hazine garantili alım sözleşmeleri düzeninden vazgeçilmesi yönünde dayatmalarda bulunduğu hususu, DPT Müsteşarlığı'nın kimi yazışmaları vesilesiyle devletin kayıtlarında bir ibret vesikası halinde yer almaktadır). IMF ve Dünya Bankası, şart koştuıkları ve destekledikleri YİD ve İHD özelleştirmelerinin yarattığı büyük mali yükün, Türkiye'nin borç ödeme kapasitesi açısından yeni bir engel yaratması ve sektördeki daha ileri özelleştirmeleri tehdit etmesi karşısında, bu projelere verilen Hazine garantilerinin kaldırılmasını ve diğer garantilerin sınırlandırılmasını talep etmişlerdir.¹¹³⁵ Bakanlıkça imzalanmış sözleşmelerin gerçekleştirilmesi halinde Hazine'nin koşullu yükümlülüklerinin kamu maliyesine katlanılamaz yük getireceği hususu, bunun gerekçesi olmuştur.¹¹³⁶

Sonuç olarak, Türkiye'de özelleştirme yöntemi olarak dünyaya örnek gösterilen YİD ve İHD modelleri, yüksek elektrik fiyatlarına yol açmakla kalmamış, verilen kamusal garantilerle bu sözleşmelerin Türkiye'nin geleceğine ipotek konmasının zemini hazırlanmıştır.¹¹³⁷ Ancak, bu durumun sanki yeni ortaya çıkan bir keyfiyetmiş gibi algılanamayacağı da açıktır. Zira, Bakanlıkça gereğinden çok daha fazla sayıda sözleşmenin imzalanmış bulunduğu hususu, Anayasa değişikliği öncesinde de bilinen bir gerçektir!

Öte yandan, 1999 yılındaki ekonomik krizden dolayı elektrik talebinin azaldığı da bir mazeret veya gerekçe oluşturmaktan uzaktır. Dünya Bankası'nın bir yetkilisi, kendilerinin de "öğrenme sürecinden geçtiklerini ve anılan hatanın bu meydana ortaya çıktığını" bizatihi tarafımıza ifade etmiştir. Esasen, anılan kuruluşların öğretide ciddi şekilde eleştirildiği de bilinmektedir. Sözgelimi, Hoppe'a göre "IMF ve Dünya Bankası yardımlarına... itimat etmeyin. (B)u kuruluşlar ekonomik zararın ve yanlış bilginin temel kaynaklarıdır... (ve) batılı hükümetler tarafından kendi çıkarlarını/kazançlarını artırmak için kurulmuştur... Bu nedenle IMF ve Dünya Bankası ile işbirliğinden kaçınılması gerekir."¹¹³⁸

¹¹³⁵ Erdoğan, *Elektrik Enerjisinde Liberal Yapılanma*, op. cit., s. 23.

¹¹³⁶ Atıyas, *Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform*, op. cit., s. 50.,

¹¹³⁷ Erdoğan, *Elektrik Enerjisinde Liberal Yapılanma*, op. cit., s. 25.

¹¹³⁸ Akkurt-Oğuz; *Hans Hermann Hoppe ile İktisat, Siyaset ve Felsefe Üzerine*, op. cit., s. 110.

Nitekim, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde de dışarıdan gelen kimi uzmanlarca hazırlanan raporlarda, isabetli olduğu savunulabilecek önerilerin yanı sıra "Şura-yı Devlet gibi bazı lüzumsuz kuruluşların ilga edilmesi" yönünde tavsiyelerde bulunulduğu ve bu meyanda bahse konu önerilerin son dönemlerdeki IMF ve Dünya Bankası "reçetelerine" benzerliği dikkat çekmektedir.¹¹³⁹ Bir görüşe göre, Dünya Bankası ve diğer çokuluslu kalkınma bankalarının gündemini "sosyal-kamusal refah değil, şirketlerin refahı oluşturmaktadır."¹¹⁴⁰ Yine, kendisi de bir süre Dünya Bankası Başkan Yardımcılığı görevinde bulunmuş olan Atilla Karaosmanoğlu, IMF ve Dünya Bankası'nın bugünün post-modern dünyasının sorunlarına cevap verecek kaynaklara, yapıya ve programlara sahip olmadığını düşünmektedir.¹¹⁴¹ Bir başka yoruma göre, "(y)ıllardır bu kuruluşların tavsiyesi ile hareket edilmiştir de, ne olmuştur? Çare, dışarıda değil, içindedir."¹¹⁴²

¹¹³⁹ Bkz. Türel, *Trajik Monologlar veya Mali Sorumsuzluğun İki Yüzyılı*, op. cit., s. 18.

¹¹⁴⁰ Hildyard, Nicholas; *Public Risk, Private Profit – The World Bank and the Private Sector*, Temmuz 1996 (<http://www.thecornerhouse.org.uk/item.shtml?x=52218>).

¹¹⁴¹ Ekonomi Muhabirleri Derneği, *Dünya Krizi Dünyayı Nereye Götürüyor?*, Ekonom, Temmuz 1998 – Ocak 1999, Sy. 10-11'den aktaran: Toprak, Metin; *Lâtin Amerika'nın Dramı: Küresel Rekabete Uyum Sağlayamama Krizi*, içinde Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara, 2004, s. 114, 3 no.lu dip not.

¹¹⁴² Özfatıra, *Hatırlatmalar*, op. cit.. "Çözüm, beyin reformunu gerçekleştirmekten, bugün uygulanan popülist politikayı terketmekten geçmektedir." diyen Özfatıra'ya göre, "Devleti, KİT'leri ve sosyal güvenlik kuruluşlarını sömürme operasyonu, başta devlet bankaları olmak üzere kamu kuruluşlarını soyma haysiyetsizliği sona ermelidir... Ciddi bir vergi reformu yapılmalıdır... Ekonomiyi yanlış yönlendiren ve acımasızca sömüren banka sistemi ıslah edilmelidir." Burada ilgi çekici olan, son derece yerindeki bu tesbitlerin, aslında ekonomik kriz sonrasında uluslararası kuruluşların baskısıyla getirilen reform uygulamalarıyla neredeyse örtüşmesidir. Vurgulamak gerekirse; dışarıdan gelen tavsiyelerin toptan yanlışlığını ileri sürmek hatalı olacaktır. Ancak, iç dinamiklerle gerçekleştirilemeyen reformlar karşısında dışarıdan tavsiyelere muhtaç kalındığında, çok yerinde önerilerle beraber dış mihrakların veya yabancı kimi ülkelerin çıkarları da araya ustalıkla sokuşturulabilmekte ve eğrisi ile doğrusu bir arada sunulmaktadır. Sakınca da, işte buradan doğmaktadır kanısındayız. Nitekim, elektrik enerjisi sektöründe 4628 sayılı Kanun sürecinde etkin rol oynayan ve Hazine garantilerinin kısıtlanması yönünde görüşlerini açıkça beyan eden Dünya Bankası'nın, kimi YİD projelerinde yer alan Amerikan şirketlerinin hükümetleri üzerinden yaptığı baskılar sonucunda belirgin tavır değişikliklerine gittiği, uygulamada yer alanların iyi bildiği bir husustur. Nitekim, IMF'nin Türkiye'ye kredi vermek için öngördüğü şartların yerine getirilmesinin sıkı bir şekilde takip edilmesini savunan Amerikan yönetiminin, bu durum çerçevesinde enerji projelerinde kısıtlamaya gidilmesi karşısında kendi şirketlerinin de etkileneceğini görmesi üzerine harekete geçtiği, Ankara'ya ABD şirketlerinin enerji projeleri için çok para ve zaman harcadığını belirterek, bu durumun iki ülke arasındaki işbirliğini engelleyeceği uyarısında bulunduğu bilinmektedir (bkz. Yinanç, Barçın; *ABD: Enerji Yatırımları Durdurulmasın*, Milliyet Gazetesi, 23 Ağustos, 2001). Bu tür uyarıların -hatta- yerli basın yoluyla yapılabildiği de görülmektedir (örneğin; akademik ünvanını kullanmakta dahi sakınca görmeyen bir yazarın, aşırı derecede elektrik enerjisi fazlası ile karşılaşılacağı ve devletin fahiş mali zarara uğrayacağına ortaya çıkması üzerine Ha-

Bakanlığın anılan sözleşmeler çerçevesinde Hazine Müsteşarlığınca -Dünya Bankası'nın kesin tavsiyelerine istinaden- garanti vermekten imtina etmesini müteakip bu sözleşmeleri artık gerçekleştiremeyeceğini görmesi üzerine, sözleşmeleri feshetmek yoluna gitmeyi bürokratik açıdan sakıncalı görmesine istinaden, bir nevi bürokrasinin kendisini sorumluluktan uzak tutma amacına yönelik olarak EPK içerisine kısıtlayıcı hükümler konulması gündeme gelmiş ve böylece Geçici 4. ve 8. maddeler ihdas edilmiştir. Ancak, sözleşme hürriyetine aykırı bu hükümler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Buna rağmen, Hazine Müsteşarlığı garanti vermeye yine taraftar olmamış ve makroekonomik dengeleri bozacak derecede vahim bir tutarı içerdiği görülen bu sözleşmelerin yaratacağı koşullu yükümlülüklerden sarfı nazar etmeyi tercih etmiştir. Bunun sonucu ise, elinde Bakanlıkça imzalanmış sözleşmesi olmakla beraber kendisine Hazine garantisi verilmeyen kimi yatırımcıların, riayet edilmeyeceği bilinmesine karşın üstüne bir de uluslararası tahkim maddesi eklenen (veya "ikram edilen") sözleşmeleri tahkime götürerek devleti tazmin ettirmesine kadar gitmiştir.

Bütün bunlar, özellikle enerji sektöründe -en hafif deyişle- tutarsız politikaların uygulandığını göstermektedir. Bu durum, Bakan düzeyinde de açıkça ifade edilmektedir. Ekonomik kriz sonrasında Dünya Bankası'ndaki görevini bırakarak ülkeye hizmet vermesini teminen acilen davet edilen ve Meclis dışından olmasına karşın ekonomiden sorumlu Devlet Bakanı sıfatıyla atanan Kemal Derviş'in sarıh ifadeleri, durumun vahametini tesbite yeterlidir: "Enerji konusunda sıkıntı hem kapsamlı ve uzun vadeli bir planlamanın iyi işlememesi hem de enerji projelerine iyi düşünülmemiş garanti verilmesiyle ilgiliydi. Bu, aslında bir nevi borçlanmaydı. Buna literatürde koşullu yükümlülükler deniyor. Koşullu yükümlülükler, bir ülkenin

zine garantilerinin kısıtlanmasının tartışıldığı günlerde devreye girerek "projelerin sonuçsuzluğu yabancı yatırımcıların Türkiye'ye olan güvenini yıkacaktır. Projeler içinde ABD şirketlerinin ortak oldukları da var. ABD Ankara Büyükelçisi... bunlarla yakından ilgileniyor" diyebildiği dikkat çekmektedir (bkz. Ültanır, Özcan; *Derviş'in Hazine'si Ne Yapmak İstiyor?*, Dünya Gazetesi, 17 Mayıs, 2001.).) (Hemen belirtelim ki, uygulamada bu tür baskıların -maalesef- etkili olabildiği de görülmektedir. Kimi projelerle ilgili sakıncaların dile getirilmesi sürecinde bazen projeye ilgili şirketlerin tâbi buldukları ülkelerin diplomatik temsilcilerinin ilgili kamu kuruluşuna ziyarette bulunması yahut konunun yabancı devletlerin temsilcileri tarafından devletlerarası ikili görüşmelerde dile getirilmesi karşısında, kamu yararı bakımından son derece haksız talepler karşısında yeterince mukavemet gösterilememesi sonucuyla karşılaşılabilmektedir. Bu türden siyasi baskılar karşısında onurlu bir devletin böylesi haksız taleplere karşı haklı olduğunu düşündüğü hususlarda direnç göstermesi ve bir üçüncü dünya ülkesi muamelesine razı olmaması gerekir ve giderek umulur.)

Keza, AB sürecindeki reform hareketleri de, bize göre, aynı niteliktedir: Aralarında sadece veya çoğunlukla dış çıkarılara hizmet edeceği düşünülebilecek hususların akılcı bir yöntemle açıklanabilmesi, ancak, önerilerin toptan reddedilmesinin de ülke yararına olmayacağı hususunun ayırıcılığına varılması yerinde olacaktır.

borçluluğu hesaplanırken aslında borç stokuna dahil edilmelidir... (O) dönemde **(acil bir elektrik ihtiyacı) yoktu**. Üstelik **enerji fazlası** vardı. (Bu projeler), 1990'lı yılların ilk yarısında ortaya çıkan bir "**enerjimiz yetmeyecek**" korkusuyla... **birkaç 10 milyar dolar** (tutarında toplam bir maliyet öngörüyordu). **Halbuki acil bir elektrik ihtiyacı yoktu**.¹¹⁴³ Tüm bunların yanında anlaşmaların şartları da çok kötü belirlenmişti."¹¹⁴⁴

Ekonomiden sorumlu Devlet Bakanı bu çarpıcı tesbitleri yaparken, kimi yazarlar tarafından "Derviş'in Hazine'si" Hazine garantilerini vermeye yönelik kısıtlamalar getirilmesi nedeniyle eleştirilmekte, "Hazine, bankaların görev zararını üstlenirken... işletme hakkı devri ve yap-işlet-devret projelerinden, **kasasından para çıkmayacak olmasına karşın**, garantileri kaldırmaya çalıştı... Hazine garantilerinin, genelde **maddi değil, manevi destek** olduğu, Dünya Bankası ve IMF'e anlatılmadı"¹¹⁴⁵ şeklindeki ifadelerle, ekonomi biliminin temellerini değiştiren analogiler geliştirmekte adeta pervasız davranılabildiği görülmektedir. Oysa, bu konuda yapılan bir bilimsel çalışmada, enerji sektöründeki Hazine garantileri çerçevesinde "... gelecek 5-6 yılda 8-10 milyar dolar civarında bir yükün Hazine tarafından üstlenilmesi sözkonusu olabilecektir" tesbitinde bulunulduğu görülmektedir.¹¹⁴⁶ Kaldı ki, "bankaların görev zararlarını üstlendiği" gerekçe tutularak, devletin enerji şirketlerine de milyar dolarları bir nevi savurmaya "teşvik" edilmesindeki "mantığı" anlamlandırabilmekte güçlük çekilecektir!

Keza, YİD modelinin enerji sektörü özelinde getirilmiş olmasında başlıca gerekçeyi oluşturan "kamu tarafından projelerin gerçekleştirilebilmesi için ayrılacak maddi kaynak yok, bütçemiz kısıtlı" anlayışının ise, anılan modelin uygulamalarında kamu adına imzalanan alım sözleşmeleri ve diğer garantiler bağlamında koşullu yükümlülükler oluşturması ve bunun da -yukarıda belirtildiği üzere- bütçede kaynak tahsisini öngörmesi zorunluluğu karşısında, bu gerekçeyi nakzettiği açıktır. Nitekim, bu yönde getirilen bir eleştiride "... yatırım yapmak için gerekli kaynağa

¹¹⁴³ Enerji sektöründe talep planlamasının kamu tarafından gerçekçi olmayan biçimde kurgulanmasına dair Pakistan ve Filipinler'deki uygulamaya ilişkin olarak ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Hawley, Sue; *Exporting Corruption – Privatization, Multinationals and Bribery*, The Corner House, Briefing 19, Haziran 2000, s. 7.

¹¹⁴⁴ Bkz. Derviş, Kemal - Asker, Serhan - Işık, Yusuf; *Kemal Derviş Anlatıyor: Krizden Çıkış ve Çağdaş Sosyal Demokrasi*, Doğan Kitapçılık, 2. Baskı, Ocak 2006, s. 150-151 ("vurgu" tarafımıza aittir).

¹¹⁴⁵ Ültanır, *Derviş'in Hazine'si Ne Yapmak İstiyor?*, op. cit..

¹¹⁴⁶ M. Ferhat Emil - H. Hakan Yılmaz - Caroline Van Rijckeghem; *Kamu Borcu Nasıl Oluşturdu, Bu Noktaya Nasıl Gelindi?*, TESEV Yayınları, Mayıs 2005, s. 51.

sahip olmadığı iddia edilen devlet, çok daha büyük bir kaynağı yerli ve yabancı sermaye sahiplerine aktarmaktadır”¹¹⁴⁷ ifadesine yer verilmektedir.

Öte yandan, anılan reform çalışmalarının ETKB tarafından uzun yıllar boyunca sürdürülmekte olduğu bilinmektedir. Ancak, daha 1995'lerden itibaren bu reform çalışmalarını elektrikte serbest piyasaya ve rekabete dayalı bir düzen kurulmasını öngören hazırlıklar başlatılmış olmasına karşın, bu çalışmalar ETKB tarafından nedense bir türlü sonuçlandırılmamıştır. Hatta, BTC Projesi'nin müzakereleri çerçevesinde Bakanlıkla birlikte yoğun şekilde çalıştığımız bir dönem olan 1998 yılında, aynı zamanda gündemin ön sıralarını teşkil etmekte olan uluslararası tahkim sorununun serbest piyasa rejimi çerçevesinde çözümlenebileceği yolundaki uyarımıza karşı, dönemin Bakanlık Müsteşarı bu konudaki çalışmaların “süratle yürütülmekte olduğu” yanıtını vermişti. Ancak, aynı Bakanlık, bu dönemde bir yandan da YİD projelerinin gerçekleştirilmesi çabalarına yoğunlaşmış bulunmaktaydı ve bu meyanda haddinden çok sayıda YİD ve Yİ sözleşmesinin imzalanmasıyla meşgul olmaktaydı! Nitekim, Bakanlığın 1995'lerden beri çalışma yaptığını belirttiği rekabetçi serbest piyasa rejimini öngören düzenlemeler, ekonomik kriz sonrası IMF ve Dünya Bankası tarafından anılan düzenlemelerin getirilmesi şart koşuluncaya kadar Bakanlık tarafından bir türlü tekemmül ettirilememiştir! İroni yapmak gerekirse, Bakanlıkta bir nevi “reform düzenlemeleri ciddi işlerdir, aceleye gelmez” şeklinde ifade olunabilecek bir anlayışa itibâr edildiği düşünülebilir. Oysa, elektrik enerjisi sektörünü rekabete açmak ve “ticarileştirerek kamusal tekel yapısından kurtarmak” için yeterli bilgi birikiminin varlığı ve hatta buna yönelik uygulamalara geçilmiş olduğu, o dönemde dahi bilinen bir husustur.

Nitekim, sektörde rekabetin kurulması bağlamında daha 1993 yılında “özelleştirmeden umulan başlıca yararlar, Devletin yerine hisse senedi sahiplerini geçirecek siyasi müdahaleyi azaltmak, pazar rekabetini kullanarak yönetimleri terbiye etmek ve bu sayede de verimliliği artırmaktır”¹¹⁴⁸ saptamasında bulunulmakta ve özelleştirme bakımından rekabetin vazgeçilmezliği vurgulanmaktadır. Yine, elektrik sektöründe rekabetçi yapının kurulması yönündeki uygulamaların varlığı bakımından, sözgelimi, “ilk toptan elektrik piyasası 1978'de Şili'de kurulmuş, İngiltere ve Galler'de spot piyasaya 1990'da geçiş yapılmış ve böylece serbestleştirme ve özelleştirme yoluyla rekabete açma (belirgin politikalar halinde ortaya ko-

¹¹⁴⁷ Enerji Karmaşası ve Halkın Çıkarları (KİGEM, TMMOB/EMO, Türk-İş/Tes-İş Sendikası, Petrol-İş Sendikası, T. Maden-İş Sendikası, KESK/Enerji-Yapı Yol Sen tarafından hazırlanmıştır), Mart 2000, s. 67.

¹¹⁴⁸ Durgut, op. cit., s. 96.

nulmuştur). AB'nde 1996 yılında çıkarılan Elektrik Direktifi'nin temelinde gerek arz gerek talep tarafında serbestleştirme ve rekabetin geliştirilmesi yatıyordu. (Yine), Yeni Zelanda'da elektrik piyasası 1997'de açılmıştır."¹¹⁴⁹ Keza, daha 1996 Haziran'ında Dünya Bankasınca yayımlanmış bir eserde¹¹⁵⁰ yer onlarca makale, altyapı (ve özellikle elektrik enerjisi) sektöründe rekabetçi bir yapıya nasıl geçileceği ve en azından **nelerin yapılmaması** gerektiği hususunda çok açık bir şekilde yol gösterici görüşleri kayda geçiriyordu.

Dolayısıyla, Bakanlığın ülkemizde rekabete açık bir piyasa modeli için çalışmalar yapmaya devam edegeldiği dönemde, pek çok ülkede bu yöndeki reform uygulamalarına çoktan başlanmış durumdaydı. Bu meyanda, bahsekonu gecikmeye neden olunmasının arkasında başka gerekçelerin (veya gerçeklerin) aranması gerektiği düşünülebilecektir.

Bu itibarla, Bakanlığın sektörde liberalleşme yönünde gerekli adımları atmak yerine özelleştirme adı altında uzun dönemli elektrik alım sözleşmeleri imzalama yoluna gitmiş olması izah edilemez. "Gerek üretim, gerekse tahsis verimliliği için öncelik taşıyan liberalleştirme konusu, mülkiyetin kimde olduğu sorusundan daha önemli sayılmaktadır. Bu yüzden, özelleştirmenin başarısı için rekabetçi pazarın ülkemizde nasıl yaratılacağı enine boyuna tartışılması gereken sorular arasındadır."¹¹⁵¹ Bakanlığın, uygulamalarına bakıldığında bu tür sorularla kendini bağlı görmemiş olması dikkat çekicidir. Diğer yandan, elektrik sektöründe özelleştirme ve liberalleştirme hareketleri öncesinde sektörde düzenleyici kurgunun en başta oluşturulması ve bilahare özelleştirmeye geçilmesi gerekir. "Örneğin, Şili'de kamu şirketleri, yeni regülasyon sistemi yerine oturduğu ve sektörün yeni dengesinin nasıl olacağı belirginleştiği ölçüde özelleştirilmişlerdir."¹¹⁵²

Oysa, ülkemiz uygulamasında Bakanlığın gittiği yol, bunun tam tersi olmuş ve önce özelleştirme adı altında uzun dönemli alım sözleşmeleriyle sektördeki serbestleştirmenin önü kapatılmış ve ancak bundan sonra düzenleyici kurguya ge-

¹¹⁴⁹ Atiyas, *Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform*, op. cit., s. 25, 33.

¹¹⁵⁰ Bkz. *Public Policy for the Private Sector Infrastructure*, Special Edition, Dünya Bankası Yayını, Haziran 1996. Ancak, aynı Dünya Bankası'nın 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle imtiyaz sözleşmelerine uluslararası tahkim olanağı getirilmesine kadar bu görüşleri ve deneyimini ülkemizdeki uygulamalarla ilgili danışma, yönlendirme ve (kredi anlaşmaları üzerinden) zorlama işlevlerinde yansıtmamış olması, sadece olağanüstü derecede hayret vericidir!

¹¹⁵¹ Durgut, op. cit. s. 96.

¹¹⁵² Ardiyok, Şahin; *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No. 9, Ankara, Şubat 2002, s. 137.

çiş yapılmıştır. Bir başka ifadeyle, "(m)aaalesef, Türkiye'de ... doğal tekeller garanti ve tahkim içeren sözleşmelerle önce özel sektöre devredil(miş), sonra da düzenleyici kurum kurulması tasarlan(miştir)."¹¹⁵³ Bunun sonucu, hâlâ piyasa dinamiklerinin oluşturulmasında ve işlevsel hale getirilmesinde büyük darboğaz yaşanan bir sektör yapısıyla karşılaşılması olmuştur.

Nihayet, 2000 yılının hemen akabinde Mart 2001'de 4628 sayılı reform yasası çıkarılmış ve rekabetçi elektrik enerjisi dönemine geçilmiş, Üstelik Kanun'un Geçici 4. ve 8. maddeleriyle de 1995'li yıllardan beri Bakanlığın "imzalayageldiği" YİD sözleşmelerinin kamu zararına yol açacağı gerekçesiyle neredeyse hepsinin sonlandırılması kararlaştırılmıştır. Bu uygulamadan –erken devreye girerek kısa dönemli elektrik enerjisi açığının giderilmesine katkıda bulunacakları düşüncesiyle sadece 29 adet YİD projesi ile Kanun'un çıktığı Mart 2006'dan itibaren 3 ay içerisinde devir işlemlerini tamamlayabilecek olan İHD sözleşmeleri muaf tutulmuştur.

Ancak, 2000 yılı sonları ile 2001 Mart ayı arasında sadece yaklaşık 3-5 aylık bir süre bulunmaktadır! Sözgelimi, Sakarya-Bolu-Düzce (SBD) bölgesinde elektrik dağıtım hizmetinin İHD yöntemiyle devredilmesine yönelik imtiyaz sözleşmesinin uluslararası tahkime tâbi tutulabilmesini teminen feshedilerek yerine uygulama sözleşmesinin imzalanmasına dair BKK 8 Temmuz, 2000 tarihinde istihsal edilmiş ve 9 Ağustos, 2000 tarihli RG'de yayımlanmıştır. Akabinde, Bakanlık ile ilgili şirket arasındaki uygulama sözleşmesi 4 Eylül, 2000 tarihinde imzalanmıştır! Bu Proje ile ilgili sözleşmeden bilahare vazgeçilmesi karşısında uluslararası tahkime giden ilgili şirket, Türkiye'yi 16,9 milyon Dolar tutarında tazminata mahkum ettirmiştir!¹¹⁵⁴

Şu halde, ne olmuştur da bütün bu uluslararası tahkim vaveylâsı, Anayasa'da radikal değişiklikler, ülke gündeminin 1995'den beri tahkim konusuyla işgal edilmiş olması bir yana konulmuştur da, tüm hukuki altyapı nihayet hazırlanmış ve "tahkim savaşı kazanılmışken" birden herşeye son verilmiştir? Bunun kısmi bir yanıtı, 1999 krizi sonrasında enerji gereksinimi tahminlerinde yaşanan düşüş sonrasında artık YİD sözleşmelerinin üreteceği enerjiye ihtiyaç kalmamış olması şeklinde verilmeye çalışılmıştır. Ancak, bu durumda ortada bir soru durmaktadır: Enerjide kriz nedeniyle yaşanan düşüşün miktarı nedir ve bu miktar ile YİD projelerinin gerçekleştirilmesi halinde ortaya çıkacak enerji tutarı arasında nasıl bir ilişki vardır? 2004 Yılı Programı'nda, "2001 yılında yaşanan ekonomik kriz sonucunda, ilk kez elektrik

¹¹⁵³ Emek, *Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim*, op. cit., s. 38.

¹¹⁵⁴ Bkz. TEBA Dergisi, Sy. 1158, 14 Haziran, 2004.

talebinde bir önceki yıla göre düşüş olmuş ve yüzde 1,1 oranında gerileme yaşanmıştır. Bilahare ekonomide kaydedilen olumlu gelişmeler paralelinde elektrik talebi geçmişteki yüksek düzeyli artış oranlarına ulaşmıştır¹¹⁵⁵ denilmektedir. Dolayısıyla, ekonomik krize atfedilebilecek bir durumun sözkonusu olmadığı açıkça ortaya konulmaktadır.

Keza, bu krizin etkileri 2000 yılının sonunda mı ortaya çıkmıştır ki, birden yanlış yapıldığının farkına varılabiliştir? İmtiyaz sözleşmelerine tahkim şartının getirilebilmesine ilişkin uyum yasalarından birisi olan 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğacak Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun" 22 Ocak, 2000 tarihini taşımaktadır! Şu halde, anılan Kanun çıkarılıp, akabinde 2000 yılı içerisinde ya-saya dayanarak başvuruda bulunan şirketlerin sözleşmelerine tahkim koşulu konulurken, bahsekonu ekonomik krizin varlığı bilinmiyor muydu? Dolayısıyla, bu yolu bir savunmanın ikna edici olmaktan çok uzak kalacağı açıktır.

Nitekim, 2004 Yılı Programı'nda, "2002 yılı sonu itibarıyla... toplam (elektrik) kurulu gücü(nün yüksek bir artış gösterdiği ve) bu yüksek artış(ın) talebin çok üzerinde bir arz imkanı sun(duğu, bunun nedeninin) Yap-İşlet kapsamında devreye alınan doğal gaz ve kömür santralleri (olduğu)"¹¹⁵⁶ ifade edilmektedir. Esasen, bu hesapsızlık sonucunda acilen serbest piyasa rejimine geçilmiş, stoktaki onlarca YİD projesinin devamı getirilememiş ve iptalleri veya yürütülmemeleri yoluna gidilmiştir; kuşkusuz, tazminat taleplerine yönelik davalarla karşılaşılması ve kimi davalar sonucunda tahkim heyetlerinin kararlaştırdığı yüz milyonlarca ABD dolarına ulaşan tazminatların ödenmesi pahasına!¹¹⁵⁷ Dolayısıyla, enerji talebinin gerçekçi biçimde hesaplanmaması ve abartılı talep tahminleri çerçevesinde imzalanan sözleşmeler yüzünden kamunun ciddi zarara uğraması gibi sancılı bir süreçle karşılaşıldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, enerji sektöründe talep tahminlerinin abartılarak gereğinden fazla sözleşmeler imzalanması hususunda ülkemizin yegane örnek olmadığı, sözgelimi Filipinler ve Pakistan'daki uygulamaların da aynı süreci içerdiği görülmektedir.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁵ 2004 Yılı Programı (<http://ekutup.dpt.gov.tr/program/2004.pdf>) s. 223.

¹¹⁵⁶ 2004 Yılı Programı (<http://ekutup.dpt.gov.tr/program/2004.pdf>) s. 223.

¹¹⁵⁷ Halihazırda kaybedilen davalar sonucunda toplam 200 milyon dolarlık tazminata hükmedildiği belirtilmektedir (bkz. Hürriyet Gazetesi, Enerji Bürokratlarında 'Tazminat' Tedirginliği, 28 Eylül, 2006).

¹¹⁵⁸ Hawley, Exporting Corruption – Privatization, Multinationals and Bribery, op. cit., s. 7.

Diğer yandan, Danıştay'ın 31 Aralık, 2000 tarihli kararında¹¹⁵⁹, 4501 sayılı Kanun'un çıkarılmasının hemen akabinde Bakanlığın 14 Nisan, 2000 tarihinde Danıştay'a başvurduğu, anılan Kanun'un Geçici 1. maddesinde yer verilen "Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili İmtiyaz Sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler tabi oldukları usul ve esaslar göre sonuçlandırılır. Ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, Görevli Şirketin bu Kanun'un yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulu'nca karar verilir" hükmünden hareketle,

- Sözleşmesi Danıştay onayından geçmiş, ancak henüz imzalanmamış, dolayısıyla hukuken gerekli prosedürü tamamlanmamış,
- Bakanlıkça tarife onayı alınmış, ancak diğer aşamalarda idari işlemleri devam etmekte olup halen Danıştay onayına sunulmamış,
- Bakanlığa müracaat etmiş ve teklifleri halen değerlendirme aşamasında bulunan,

projelerin de "başlatılmış bulunan proje ve işler" kapsamında mütalaa edilmesi ve Bakanlar Kurulu Kararı istihsal edilmesi için Başbakanlığa gönderilmesi gerektiğinin düşünüldüğünün Bakanlıkça açıkça ifade edildiği belirtilmektedir!

Danıştay'ın atıfta bulunduğumuz bahsekonu kararında Bakanlığın bu görüşünü paylaşmadığı ve talebin aksi yönünde görüş vererek, imzalanmamış durumdaki sözleşmelere "geçit vermediği" görülmektedir. Bununla beraber, 2000 yılının sonunda Başbakanlığa rekabet esasına dayanan bir piyasa düzeni öngören 4628 sayılı Kanun tasarısını göndermek suretiyle, imzalanmış projelerini dahi durdurmaya yönelik hükümler (Geçici 4. ve 8. maddeler) koyacak Bakanlığın, bu tarihten sadece yaklaşık 6 ay öncesinde, eski dönemlerde imzalanmış bulunan sözleşmeler bir yana, işlemleri devam etmekte olup henüz sonuçlandırılmamış durumdaki projeleri dahi özel hukuk hükümlerine (ve dolayısıyla uluslararası tahkime) tâbi kılmak için gayret sarf etmekte olması oldukça dikkat çekicidir!

Aslında, Geçici 8. madde kapsamında, YİD projeleri arasından sadece belli sayıda (29 adet) projenin yapılmasını kararlaştıran Bakanlığın, proje sayısını ve kapsamını sınırlandırıcı bu düzenlemeye giderken kendi insiyatifini kullanmadığı,

¹¹⁵⁹ Bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 31 Aralık, 2000 tarih ve E.2000/68, K.2000/76 sayılı kararı.

anılan kararlaştırılmış projelerin Bakanlık inisiyatifi dışında hazırlanarak Bakanlığın önüne konulduğu ve bir nevi Bakanlığın bu yönde kerhen adım attığı anlaşılmaktadır.¹¹⁶⁰ Bu meyanda, kamudaki uygulayıcı birimlerin faaliyetleri çerçevesinde Hazine zararı oluşması hususunda kendilerini pek de sorumlu hissetmeyen bir algı-lama içerisinde bulunabildiklerine bir örnek teşkil etmektedir. Hatta, "projelerin tümünün gündeme gelmesi halinde en az 30 milyar dolarlık krediye garanti verme-si gündeme gelen Hazine'nin direnişi (üzerine) Bakanlığın "uluslararası tahkime gi-dilmesi" riskine karşı Hazine'den garantinin kapsamını genişletmesini istediği"¹¹⁶¹ görülmektedir. Buradaki itirazında tahkimi haklı biçimde risk olarak değerlendiren Bakanlığın, anılan tarihten çok daha kısa bir süre öncesinde aynı tahkimi şirketle-re tanımak hususunda herhangi bir sakınca görmediği anımsanacak olursa, poli-tikalardaki ciddi tutarsızlık dikkati çekmektedir.

Dolayısıyla, Bakanlığın bu kadar kısa bir süre sonrasında uygulamaktan vazge-çeceği projelere, bir de uluslararası tahkime kavuşma olanağını tanımaktaki ısrarı ilginçtir. Bu vesileyle, 4628 sayılı Kanun'un TBMM'nde ilgili komisyonlarda görü-şülmesi sürecinde, Meclis koridorlarında bir özel sektör temsilcisi tarafından sohbet esnasında, uluslararası tahkim olanağı tanınmış projelerin gerçekleştirilmesinin dü-şünülmediğinin daha en başlarda bilindiğini ve buna karşın tahkim olanağının şir-ketlere kasten tanındığını tarafımıza belirtmesini "komplo teorisi" şeklinde yorum-ladığımızı, ancak bilahare yaşanan gelişmelerin bu iddiayla şaşkırtıcı derecede ör-tüşüğünü kaydetmekle yetiniyoruz.

Şaşkırtıcı gelişmeler bununla da sınırlı kalmamıştır. Bilindiği üzere, Geçici 4. ve 8. maddeler YİD, Yİ ve İHD projelerine ilişkin önemli kısıtlamalar getirirken, elektrik sektöründeki tutarsızlıklar nedeniyle 2002 yılından itibaren önemli derecede elekt-rik enerjisi fazlasıyla karşılaşılabileceğinin ortaya çıkması karşısında, kamu eliyle yapı-mı planlanmakta olan kimi projeler de bundan etkilenmiş ve bu meyanda nükle-er santral yapımına ilişkin ihaleye çıkılması yönündeki hazırlıklar da durdurulmuş-tur. Bunun üzerine, "(n)ükleer santrallerle ilgili olarak üç firma hazırlık çalışması yaptı, o hazırlık çalışmalarına çok para harcadılar, her birine 30 milyon dolar taz-min edelim" görüşünün dönemin siyasilerince ileri sürüldüğü de görülmüştür.¹¹⁶²

¹¹⁶⁰ Bkz. Ültanır, *Derviş'in Hazine'si Ne Yapmak İstiyor?*, op. cit.

¹¹⁶¹ Doğan, Zülfikar; *Enerjide Tahkim Resti*, Milliyet Gazetesi, 23 Ağustos, 2001.

¹¹⁶² Bkz. Dinçer, Güven; *Hukuk Devletinın Yasama ve Yargı Boyutu*, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000, s. 16, 17. Anayasa Mahkemesi emekli Başkan Vekili olan Sn. Dinçer, "... böyle bir şeyi ilk defa duyuyorum ve anlayamadım, bana şaka gibi geldi" de-mektedir. Gerçekten de, yapılmış bir ihale sonrasında veya özellikle ihaleyi takiben sözleşme im-

C) Uluslararası Tahkim Sonrasındaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi

Yukarıdaki bölümlerde yeri geldikçe değindiğimiz gibi, uluslararası tahkime yer verilmesinin neredeyse hemen akabinde aynı sözleşmelerin yapılmaması yönünde bir siyaset değişikliğine gidilmiş ve bu sözleşmelere devam edilmemesi yönündeki politikalara geçiş yapılmıştır. Bu durum karşısında kimi yatırımcıların uluslararası tahkime gitme yönünde irade beyan ettiği görülmüştür. Sözgelimi, sektördeki şirketlerce kurulan bir dernek mahiyetindeki ELSİAD, "bu projelerin gerçekleştirilmesinin bir ulusal görev olduğu" iddiasıyla, projelerin gerçekleştirilmemesi halinde uluslararası tahkime gideceğini açıklamıştır.¹¹⁶³ Kimi yatırımcıların tahkime gitmemesi ise, devlete karşı cephe almış gibi görünmek istemeyen yerli şirketlerin özverili¹¹⁶⁴ tavrından dolayı tecelli etmiş görünmektedir.

Tahkime götürülen davalardan bir kısmının sonuçlandırıldığı, bunlardan kimilerinde tazminata hükmedilmediği, diğerlerinde ise değişen miktarlarda tazminat kararlarının verildiği görülmektedir. Bir kısım dava ise, halihazırda görülmeye devam etmektedir. Aşağıda bu davalardan bir kısmı kapsamında ortaya çıkan sonuçlar üzerinde kısaca durmayı öngörüyoruz, ancak değindiğimiz kararların ayrıntılı bir incelemesinden, çalışmamızın kapsamını gereğinden fazla büyütmeme anlayışıyla, sarf-ı nazar edilecektir.

Karara bağlanan tahkim davalarından İstanbul Elektrik Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş. (İSEDAŞ) davası 2003 yılı Aralık ayında sonuçlanmış ve görevlendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı Danıştayca iptal edildiği için uygulama anlaşmasının geçmişe yönelik olarak ortadan kalkmış olması gerekçesiyle tazminat talebi reddedilmiştir. Kanel Kangal Elektrik Limited Şirketince açılan davada ise, tam tersi bir değerlendirmeye, görevlendirme kararının iptal edilmiş olmasına karşın bu

zalanmış olması halinde, projeden vazgeçilmesi nedeniyle tazminat talepleri hukuken gündeme gelebilmekle beraber, ihalesi yapılmamış bir proje kapsamında "hazırlık masarifi" adı altında tazminat ödenmesinin önerilmesi ve üstelik bunun da toplamda 100 milyon dolara ulaşan bir miktar üzerinden öngörülmesi karşısında, bu "hazırlık masrafları"nın niteliği üzerinde durulması cezbedici olabilecektir. Geçici 4. ve 8. maddelerle iptali öngörülen projelere Bakanlıkça tahkim olanağının tanınması sonucunda karşılaşılan ve bugüne kadar da 200 milyon dolarlık davanın kaybedildiği (bkz. Hürriyet Gazetesi, *Enerji Bürokratlarında 'Tazminat' Tedirginliği*, 28 Eylül, 2006) tazminat hususları birlikte değerlendirildiğinde, ilginç bir resim ortaya çıkmaktadır! Öte yandan, hukukumuzda "Bakanlığın, açılan bir ihaleye giren şirketlerin zarara uğramasını engellemek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bakanlığın görevli ve yetkili olduğu kamu hizmetinin kapsamında da böyle bir yükümlülük yer almamaktadır" (bkz. Özay, *Günüşünde Yönetim* (2004), op. cit., s. 543).

¹¹⁶³ Bkz. TEBA Dergisi, Sy. 1025, 29 Ekim, 2001.

¹¹⁶⁴ Kuşkusuz, devletten aldıkları başka işlerde buradaki çıkar kayıpları telafi edecekleri yönündeki bir beklentinin bu yaklaşımda etken olduğu da ileri sürülebilecek savlar arasındadır.

durumun uygulama sözleşmesinin akıbetini etkilemeyeceği kanaatine varılmış ve yapılan masrafların tazmin edilebileceği kabul edilmiş, ancak davacı şirket yapılmış masrafları değil de mahrum kalınan (ve 111 milyon Dolar olduğu iddia edilen) kârın tazminini talep ettiği veçhile –bu talebin yersiz olduğu gerekçesiyle- dava reddedilmiştir. SBD Projesi ile ilgili davada ise, yine görevlendirme kararı Danıştayca iptal edilmiş olmasına karşın, hakem heyetince –kâr mahrumiyeti de dahil olmak üzere- 24 milyon Dolarlık tazminata hükmolunmuştur.¹¹⁶⁵ Yine, Güney Ege Enerji İşletmeleri Limited Şirketi tarafından açılan uluslararası tahkim davası 21 Ekim, 2004 tarihinde sonuçlandırılmış ve tahkim heyetinin Bakanlıkça tayin edilen Türk hakemince “Proje’nin kanıtlanmış bir siyasi yolsuzluk altında gölgelenmiş olduğu”¹¹⁶⁶ itirazına karşın, yaklaşık 90 milyon Dolarlık tazminata hükmedilmiştir.

Anılan hakem kararlarında, Danıştayca BKK’nın iptal edilmiş olmasına karşın bu durumun özel hukuk sözleşmesinin geçerliğini etkilemeyeceğine karar verilmekte olması dikkat çekmektedir. Yine bu meyanda, yargı kararlarının da devletin bir işlevi olarak kabul edildiği ve böylece devletin tazminat ödemeye mahkum edilebildiği görülmektedir. Bütün bu gelişmeler, uluslararası tahkime yönelik tartışmaların yaşandığı dönemlerde gündeme getirilen “sözleşmenin imzalanması aşamasına kadar olan işlemlerin nasıl olsa idari yargıya tâbi tutulacağı ve böylece bu aşamadaki işlemlerin her zaman için idari yargıda iptal edilmeleri olanağının mahfuz tutulmakta olacağı veçhile görelî bir koruma mekanizmasının hâlâ mevcut olduğu”¹¹⁶⁷ yönündeki savunmaların da geçersizliği ortaya çıkmış bulunmaktadır. Nitekim, bu minvalde özel sektör adına hukuki danışmanlık hizmeti veren hukukçuların dahi “hem kamu hem özel sektörde yer alan yetkililerin, gerek yasama gerek yargı faaliyetleri dolayısıyla bile bir özel hukuk sözleşmesinin hükümleri ifa edilemiyorsa, bundan Devletin sorumlu olabileceğini ve tahkimde

¹¹⁶⁵ Bahsekonu her üç davaya ilişkin hakem kararları ile ilgili olarak bkz. Yıldırım-Öztürk, Mehtap - Ergün, Çağdaş Evrim; *Enerji Alanındaki MTO Tahkim Kararlarının Hukuki Bir Değerlendirmesi*, *Petrogas Dergisi*, No. 49, Temmuz-Ağustos 2004, s. 30.

¹¹⁶⁶ Devlet adına sözleşmeyi imzalayanların yetki gasbı gibi bir iddiaya maruz bulunmamaları halinde sözleşmelerin geçersizliğinin savunulamayacağı, sadece imzalayan devlet görevlisinin yolsuzluğa karışması nedeniyle imzanın gerçekleştiği gibi bir durumda sözleşmenin geçerliliğinin etkileneyeceği yönündeki hakem kararlarına binaen bu yönde bir savunmaya gidildiğini düşünüyoruz.

¹¹⁶⁷ Bu yaklaşımda kullanılan analojinin 1999 yılı Anayasa değişiklikleriyle tahkim olanağı getirilmesi sonrasında da savunulmakta olduğunu gösteren bir görüş için bkz. Ulusoy, *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usûlleri Kavramları*, op. cit., s. 15-19.

Devlet adına idarenin tazminat ödemek zorunda kalabileceğini göz önünde bulundurmaları gerekmektedir”¹¹⁶⁸ uyarısını yaptıkları görülmektedir ve bize göre anılan projelere ilişkin işlemlerin gerçekleştirildiği dönemin kamu yetkilileri bakımından oldukça acı bir ironiyi seslendirmektedir!

Konya-Ilgın Projesi ile ilgili olarak ülkemiz ile ABD arasındaki YTKK Andlaşması'na istinaden ICSID nezdinde açılan davada, yapılmış harcamalar için 20 milyon Dolar ve mahrum kalınan kâr olarak da 279 milyon Dolar tutarında tazminat talep edildiği bilinmektedir.¹¹⁶⁹ Bizim de şahit sıfatıyla duruşmasına katıldığımız bu davada yatırımcı, idare ile arasında imzalanmış bir imtiyaz sözleşmesi bulunmasına karşın, “AB’ne giriş sürecinde YİD modeliyle Proje’nin verimliliğinin Hazine garantileri ve diğer mekanizmalar dolayısıyla yapay biçimde temin edildiğini gerekçe gösteren idarenin, bu nedenlerle sözleşmede öngörülen diğer sair sözleşmeleri ve Hazine garantisi mektubunu imzalamaktan bilahare imtina ettiğini ve böylece Proje’nin sona ermesine neden olduğunu”¹¹⁷⁰ iddia ederek, bahsekonu YTKK Andlaşması uyarınca tahkim heyetinin tazminata hükmetmesi talebinde bulunmaktadır. Anılan davada hakem heyeti uyuşmazlığa ilişkin nihai kararını vermiştir; buna göre, ülkemizin davacıya, yabancı yatırımlara karşı adil ve hakkaniyetli davranış (“*fair and equitable treatment*”) standardını ihlal ettiği gerekçesiyle 9 milyon ABD Doları tutarında tazminat ödemesi ve yargılama giderlerinin % 65’ini karşılaması kararlaştırılmıştır.¹¹⁷¹

Bahsekonu Proje’nin daha en başında, santralin yakıt olarak dayandığı yakınlardaki kömür rezervlerinin kapasitesinin bilinmemekte olması ve bu nedenle imtiyaz verilen şirketin bilahare yapacağı rezerv tesbit çalışmaları sonucunda ulaşacağı veriler ışığında yeni bir fizibilite ve elektrik satış tarifesini sunma hakkına sahip olacağını kararlaştırılması dikkat çekmektedir. Normal koşullar altında, ileride ne gibi bir satış tarifesiyle karşılaşılacağı henüz bilinmezken, bir sözleşme imzalayarak bağlayıcı yükümlülük altına girilmeyeceği tabiidir. Buna rağmen, anılan Proje tahmininde bağlayıcı hükümler içeren bir sözleşmeye imza atılmış olması, Bakanlığın bü-

¹¹⁶⁸ Yıldırım-Öztürk-Ergün, Enerji Alanındaki MTO Tahkim Kararlarının Hukuki Bir Değerlendirmesi, op. cit.,

¹¹⁶⁹ Peterson, Luke Eric; Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development (www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf) (1 Aralık, 2006).

¹¹⁷⁰ Paterson, Investor-to-State Dispute Settlement in Infrastructure Projects, op. cit., s. 30.

¹¹⁷¹ Bkz. Dost, Süleyman; Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID), İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, Sy. 3, 2007, s. 1072.

rokratik işleyişine siyasi müdahalede bulunulduğunu akla getirmeye elverişlidir.¹¹⁷² Bunun sonucunda ise, parametreleri belirsiz bir kömür rezervine dayalı sözleşme imzalanması ve akabinde ortaya çıkan verinin uygunsuzluğu nedeniyle sözleşmeye devam edilememesi nedeniyle, sözleşme imzalanmış olması gerekçe gösterilerek tahkime gidilmesi ve hiç gerek yokken faiziyle birlikte yaklaşık 20 milyon ABD Dolarlık bir tazminatın ödenmesine neden olunmuştur.

¹¹⁷² Bu bağlamda, 1970'li yıllarda uzunca bir süre Türkiye Elektrik Kurumu'nun Genel Müdürü olarak yönetimde bulunan F. Behçet Yücel'in şu ifadeleri dikkat çekicidir: "Seksenli yılların ikinci yarısından sonra kurum yönetiminde siyasi ilişkiler yoğunlaşmaya başladı. Bu çok önemli bir gelişmedir... (Y)etmişli yıllar(da) benim TEK yönetiminin başında bulunduğum dönemde en başarılı olduğum hareketimin (camiayı politika rüzgarından uzak tutmam) olduğu gösterilir (bkz. F. Behçet Yücel ile Yüksek Gerilimli Yıllar, içinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri – 2, TMMOB Yayını, Mayıs 2006, s. 181).

X. SONUÇ

Uluslararası tahkim, ülkemizde ticari ilişkilerde uzun zamandır uygulanagelmış bir alternatif uyuşmazlık halli yöntemidir. Altyapı sektöründe ve özellikle enerji yatırımlarındaki idare ile özel sektör kuruluşları arasındaki sözleşmelere tahkime (ve özellikle uluslararası tahkime) cevaz veren hükümler konulması yönündeki girişimler, bu faaliyetlerin kamu hizmetinin görülmesini ilgilendirdiği ve imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki bu tür sözleşmelere idari yargıya tâbi olmaları zorunluluğu karşısında bu yönde hükümler konulamayacağı Anayasa Mahkemesince kararlaştırılmıştır. 1995'ten 1999 yılındaki Anayasa değişikliklerine değin bu hususa ilişkin tartışmalar ülke gündeminin baş sıralarını teşkil etmiş, bu yöndeki kimi yorumlarda uluslararası tahkimin çağdaş olmanın bir gereği olduğu gibi naif yorumlara rastlanmıştır. Buna dair tartışmalar sırasında, yabancı sermayenin ülkemize gelebilmesi için bu türden engellerin kaldırılmasının kaçınılmaz olduğu savunulmuştur. Maamafih, gözden kaçırılan en başlıca husus, hemen daima kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının teknik hukuk yorumlarına tâbi tutulmuş olması, bu kavramların tarihi arka planı ile iktisadi boyutlarının değerlendirilmesinde ihmalkâr davranılmış olmasıdır. Özellikle enerji sektöründe tekelci yapıdan serbest rekabeti öngören ve piyasa rejimini getiren bir düzenlemeye gidilerek bu yolla kendiliğinden tahkime olanak tanımak yerine, tekelci yapı muhafaza edilmiş ve sektörde rant dağıtımına devam edilmesi yolu tercih edilmiştir. Uluslararası tahkime yönelik yasal düzenlemeler getirildikten sonra da enerji projelerinin hayata geçirilmesi sözkonusu olmamış, bunun yerine kendilerine geriye yönelik tahkim olanağı bahşedilen şirketlerin bu yolla tazminat elde etmelerinin kolaylaştırılmış olması sonucuyla karşılaşmıştır.

Anayasa değişiklikleri ve sonrasındaki uyum yasaları sürecinde bugün gelinen durum, idare hukuku anlamında hiç de iç açıcı değildir. Halihazırda -özellikle Da-

niştay'ın yukarıdaki kararı çerçevesinde- tahkimli imtiyaz, özel hukuk sözleşmeleri ve tahkimsiz imtiyaz gibi kavramların neleri ifade ettiği hâlâ belirsizliğini korumaktadır. Bu hususların ileride mahkemelere intikal ettiği ölçüde çözüme ve açıklığa kavuşturulabileceği aşikârdır. Bu meyanda kamu hizmeti kavramının da bir evrim geçirmekte olduğu söylenebilir, ki belki de sözkonusu yasal değişikliklerinin -dolaylı olarak da olsa- en olumlu sayılabilecek katkısı bu yönde gerçekleşmektedir.

Ülkemiz açısından gerekli özel sektör yatırımlarının yapılması ise, esasen anılan değişiklikler ile bağlantısız olduğu veçhile, herhangi bir gelişme göstermekten uzak kalmıştır. Anayasa değişikliği öncesinde on milyarlarca¹¹⁷³ Dolarlık yabancı yatırım portföyünün 'kapıda hazır beklediği' ifade olunmasına karşın, değişikliğin hemen sonrasında bu yatırımların sonuçlandırılması sadece hayallerde kalmıştır. Aksine, bu yatırımların **yapılmamasını** teminen yeni bir yasal düzenlemeyle Enerji Piyasası Kanunu çıkarılarak, Hazine garantilerine sınırlama getirilmek suretiyle mevcut sözleşmelerden sarf-ı nazar edilmeye çalışılmıştır. Bu iki gelişme arasında neredeyse bir yıldan daha az bir sürenin bulunması çarpıcıdır.

Esasen, elektrik sektöründe özelleştirme adı altında YİD, Yİ ve İHD sözleşmeleriyle kamunun uzun süreli yükümlülükler altına sokulması ve sektörde serbestiyetin önünü kapatan uygulamalara girilmiş olması, bu yapılırken de imtiyaz ve kamu hizmeti tanımları çerçevesinde denetim görevini yerine getirmeye çalışan yargının çağdışı bir anlayış içerisinde bulunduğu yolunda değerlendirmelere gidilerek, uluslararası tahkim kavramı üzerinden idari yargı alanının gereksiz yere sınırlandırılmış olması, son derece talihsiz bir gelişme olmuştur. Dünyadaki diğer özelleştirme uygulamalarında elektrik sektörünü özelleştirmeye yönelik olarak önce sektörün rekabete açılacak alanlarında serbestiyet getirilmesi ve rekabetin sağlanamayacağı alanlar itibarıyla de düzenleyici kurallar ve kurumlar aracılığıyla sektör düzenlendikten sonra ruhsat, işletme hakkı devri veya imtiyaz yöntemleri üzerinden özelleştirme uygulamalarına geçiş yapıldığı gözlenirken,¹¹⁷⁴ ülkemizde bu yöntemin tam tersinden uygulandığı görülmüştür: Önce YİD, Yİ ve İHD sözleşmeleriyle sektörde uzun süreyle rekabetin önünü kesecek uygulama başlatılmış, daha sonra özellikle YİD modeli çerçevesinde gereğinden çok daha fazla sayıda ve

¹¹⁷³ Daha 1996 yılında dönemin bir Bakanı TBMM'nde yaptığı açıklamasında, o zaman için "ülkemin portföyünde yaklaşık 30-35 milyar dolarlık yap-işlet-devret projesi bulunduğunu açıkça dile getirmiştir" (bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 26 Mart, 1997 tarih ve E.1996/63, K.1997/3 sayılı kararı (4 Nisan, 1997 tarih ve 22954 sayılı RG'de yayımlanmıştır)).

¹¹⁷⁴ Bkz. Kulalı, İhsan; Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, Ağustos 1997, s. 31.

mali hacimde sözleşme imzalanmış olması karşısında ekonominin taşıyamayacağı bir mali yükün ortaya çıkacağı anlaşılacakla, uluslararası kuruluşların da baskılarıyla rekabete dayalı bir piyasa rejimini öngören yasal düzenlemelere gidilmiştir. Oysa, YİD modeli çerçevesinde uzun dönemli satın alım sözleşmeleri uygulamasının, sektörde uzun dönemde özelleştirmeden beklenen hedeflere aykırı olarak rekabet ortamının oluşmasına engel teşkil edeceği hususundaki uyarılar, daha bu uygulamalar başlamadan yapılmaktaydı.¹¹⁷⁵ Bu yanlışlığın bedelini, rekabet eksikliğinden kaynaklanan aşırı yüksek elektrik fiyatları yüzünden uluslararası rekabet gücü baskılanan Türk ekonomisi ile bireysel anlamda tüketiciler ödemiştir. Bu yanlış uygulamaların bir başka sonucu ise, önce imzalanıp üstüne bir de hukuki bir skandal niteliğindeki bir uygulamayla¹¹⁷⁶ geriye yönelik olarak uluslararası tahkim olanağı "ihсан edilen" ve fakat hemen akabinde iptal edilen veya sonuçlandırılmayan sözleşmeler nedeniyle, uluslararası hakem kararları çerçevesinde kamu adına milyonlarca Dolar tutarında tazminat ödemek zorunda kalınmış olmasıdır.

Dolayısıyla, Anayasa değişiklikleriyle kamu hizmeti ve bu manada imtiyaz kavramlarının hukuki veçhelerinde radikal değişikliklere gidilmesinin pratik anlamda hiç bir yararı olamamıştır. Aksine, imtiyaz kavramındaki değişikliklerle hangi kamu hizmetinin özel sektöre, özel hukuk sözleşmesi olarak özel hukuk rejimi içerisinde gördürülmesinin yasama organınca belirlenebilmesi (ve ayrıca yürütme organınca buna yönelik tercihte bulunabilme) olanağı getirilmiş, böylece ülkenin ileride herhangi bir dönemde uzun süreli sözleşmelerle geri dönülemeyecek taahhütler altına girmesi ve bunun da yargısal denetim dışında bırakılmasının önü açılmıştır.

Bu çerçevede, doğru çözüm, "imtiyaz"ı imtiyaz yapan niteliklere değişiklik getirmeksizin, Anayasa değişiklikleriyle¹¹⁷⁷ "sadece ismen"¹¹⁷⁸ imtiyaz olmaktan çı-

¹¹⁷⁵ Bkz. Yılmaz, *Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Nedenleri/Uygulamalar ve En Uygun Özelleştirme Seçeneği Araştırması*, op. cit., s. 122.

¹¹⁷⁶ *Enerji Karmaşası ve Halkın Çıkarları*, op. cit., s. 48.

¹¹⁷⁷ Nitelikleri -özü itibarıyla- değiştirilmeksizin, sadece üst yapıdaki isimlendirmelerle veya tanımlamalarla çözüm getirilmesinin olanaksızlığı açıktır. Nitekim, Metin Günday, "elektrik üretimi kamu hizmeti değildir" biçimindeki bir görüş(ü)... bir uluslararası anlaşma da yazsa, Kuran-ı Kerim'de de yazsa katılmak mümkün olmayabilir" ifadesini kullanmaktadır (bkz. Günday, Metin; *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli*, op. cit., s. 56).

¹¹⁷⁸ İl Han Özay, Amerika'da sadece sebze ve meyve ile balık tüketen Kızılderili kabilesinin, bir süre sonra göldeki balıkların tükenmesi ve buna mukabil inançları gereği avlanmayan yaban geviklerinin bollaşması karşısında bir araya gelerek, "bundan böyle yaban geviklerine "dağ balığı" adını verdikleri" fıkrasını kaydetmektedir (bkz. Özay, *Günışığında Yönetim* (2004), op. cit., s. 258, 517 no.lu dip not). Burada yapılan da, esasen, imtiyazın niteliğini değiştirmeksizin adını değiştiri-

karmak değil, imtiyazı "imtiyaz" yapan "imtiyazları", yahut ayrıcalık veya nitelikleri ortadan kaldırmaktı. Yani, doğru olan, uluslararası tahkime konu edilmek istenen YİD sözleşmelerini imtiyaz niteliği sergileyen sözleşmeler olmaktan çıkaracak, bu faaliyet alanını ticari bir alan şeklinde yapılandırmak üzere rekabetçi piyasa düzenini getirecek, tüm üretimini -başka hiçbir sektörde rastlanmayan bir ayrıcalıklı- devlete çok uzun süreli alım yükümlülükleriyle -ve dolayısıyla ticari riskler olmaksızın- satmaktan kurtaracak düzenlemeleri getirmektir. Nitekim, bu "doğru yol" a gidilerek EPK çıkarılmış ve imtiyaz niteliklerinin asgariye indirildiği bir yeni düzen de kurulmuştur, ancak, Anayasa değişiklikleriyle uluslararası tahkim garâbetini getirerek önce bu sözleşmelere koyduktan ve hemen akabinde de anılan sözleşmelere bu defa devam etmeyerek milyonlarca Dolar tutarında tazminat ödenmesini öngören uluslararası tahkim kararlarıyla karşılaşılacak mekanizmayı "kurguladıktan" sonra! Özündeki yapıyı veya "kurgu"yu değiştirmeksizin, Anayasa değişiklikleriyle imtiyazın "imtiyaz" olarak tanımlanmaktan çıkarılması, "öz"deki "kurgu" değişmediği sürece, Anayasayla böyle tanımlanmamış da olsa, düzenleme ve "kamusal çıkarın sadece yasama veya yürütmeyle değil, Anayasa'yı eş derecede etkinleştirmekle yükümlü yargı tarafından da korunması" açısından bir vahim zâfiyet noktasının yaratılmasıyla sonuçlanmıştır. Hatta, bir görüşe göre uluslararası tahkime yönelik Anayasal değişiklikler sonucunda "devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinden oluştuğu söylenirken, yargı erki yok edil(miştir)".¹¹⁷⁹ Oysa, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrılığı ilkesine göre yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbiri üzerinde tahakküm yaratmalarının değil, eş kuvvetler şeklinde işbirliğinin esas olduğu vurgulanmaktadır. Buna göre, "(k)uvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" açıktır. Ülkemizde yasama ile yürütmenin yeterli bir güç dengesini yansıtmaması pratiği karşısında, yargı işlevi daha da yaşamsal bir önem kazanmaktadır; zira bir tesbite göre "(h)içbir padişah, tek başına iktidar olan bizim başbakanlar kadar yetkili değildi."¹¹⁸⁰

Aksi yönde görüşlere de rastlanmaktadır. Uluslararası tahkime ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde yargı tarafından yürütme üzerinde tahakküm

vermek kolaylığından başka bir şey olmamıştır. Sonuçta, imtiyazın niteliklerini değiştirmeyen ve fakat yargı denetimi yoluyla korunma mekanizmasını ortadan kaldıran sakıncalı bir durum yaratılmıştır.

¹¹⁷⁹ Faydalı, *Özelleştirme ve Enerji Sektöründeki Uygulamaları*, op. cit., s. 79.

¹¹⁸⁰ Süsoy, *Tek Kişilik Partiyim* (Recep Yazıcıoğlu ile Yapılan Söyleşi), op. cit..

kurulduğu yönünde eleştiriler getiren ve "Amerika'da bir zamanlar bulunan hakimler diktatörlüğü"nü hatırlatan bu görüşler meyanında, Amerika'da yargı-yürütme arasındaki görüş ayrılığının yargıdaki üst düzey hakimlerin topluca istifa etmeleriyle gelişen bir adalet devrimine ülkemizde de gereksinim duyulduğu vurgulanmakta ve giderek "kamu için neyin yararlı olduğuna neden kamunun seçtiği hükümetler değil de Danıştay karar veriyor? Seçtiğimiz hükümetlerin kamu yararına davranacağına güvenmiyorsak, neden seçiyoruz? Güvenip de seçiyorsak, neden bir sözleşme yapma yetkisi bile vermiyoruz?"¹¹⁸¹ yorumunda bulunulmaktadır. "Seçtiğimiz hükümete bir sözleşme yapma yetkisi bile vermiyoruz" yakınmasının, imtiyaz sözleşmelerini alelâde bir sözleşme düzeyine indirmesi, kuşkusuz gayri ciddi bir yorum olarak algılanmalıdır. İmtiyaz sözleşmeleri ve kapitülasyonlar bağlamında yukarıdaki bölümlerde yer verilen açıklamalar, buradaki mahiyet farkını yeterince ortaya koymaktadır kanısındayız.

Yine de, EPK'nun çıkarılmış olması kanaatimizce bu alandaki en önemli gelişmeyi temsil etmektedir. Bu husus, ileride diğer altyapı alanlarında da siyasi etkilerden uzak kurullar (bağımsız idari otoriteler) oluşturularak "kamu hizmetlerinin" özel sektör eliyle ve rekabet esası çerçevesinde gerçekleştirilebilmesinin önünü açmıştır.¹¹⁸² Kuşkusuz, EPK'nun başarısı burada belirleyici olacaktır ve bu anlamda çok da önem taşımaktadır! Bununla beraber, EPK'nun kurulmasından bu yana 6 yılı aşkın bir süre geçmiş olmasına karşın, sektörde rekabetin gerçekleşme düzeyi hâlâ çok sınırlı olmuştur. EPK tarafından pek çok ikincil mevzuat düzenlemesi çıkarılmış olmasına karşın, özellikle ilk yıllarda sektörün yapısında ciddi bir değişiklik ortaya çıkmamıştır. Kanunun çıkarılmasından 3 yıl sonra 2004 yılında bir Yüksek Planlama Kurulu kararıyla konulan Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Strateji Belgesi ile EPK'nun nasıl hayata geçirileceği konusunda somut adımlar önerilmiş olmasına karşın, aynı belge EPK'na göre kimi konularda rekabetin geliştirilmesi açısından daha yavaş davranılacağını da ortaya koymaktadır.¹¹⁸³

Özetle, enerji sektörü bağlamında getirilen reform hareketi, hukuki anlamda kamu hizmeti anlayışının salt hukuki yaklaşımdan ziyade konuların iktisadi boyutu-

¹¹⁸¹ Göktürk, Gülay; "Hakimler Diktatörlüğü", Sabah Gazetesi, 10 Ağustos, 1999.

¹¹⁸² Ülkemizde altyapıya özel sektörün katılımı kavramı çerçevesindeki ilk örnek uygulama olarak oluşturulmuş bulunan Elektrik Piyasası Kurulu ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Çal, Bağımsız İdari Otorite Olarak ..., op. cit.. Genel olarak bağımsız idari otoriteler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Tan, Bağımsız İdari Otoriteler, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Ocak 2000, s. 3-17.

¹¹⁸³ Atiyas, Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, op. cit., s. 26.

nu da kavrayacak şekilde değişim göstermesine yol açabilme potansiyeli açısından hâlâ umut verici bir gelişmeyi gösterebilecektir ve bu anlamda en öncelikli temennimizdir.

Nihayet, ayırım yapılmaksızın tüm kamu hizmetleri için yasayla özel hukuk sözleşmesi kapsamına alınabilme olanağının hukuk düzenimize kazandırılmış olması, son derece sakıncalı sonuçlar yaratmaya elverişli olduğu için, gerek bu hizmetler ve gerek kamu hizmeti olarak tanımlanmayabilecek ve fakat imtiyaz niteliği taşıdığına hükümlenabilecek faaliyetler bakımından Anayasal koruma mekanizmalarının yeniden ve bu defa gerçekçi bir "imtiyaz" ölçütüyle kurgulanması gereği bulunmaktadır. Özetle, "bir başka imtiyaz" tanımının evveliyetle "sözkonusu", daha fazlasıyla "mümkün" ve giderek "kaçınılmaz derecede elzem" olduğunu vurgulamak isteriz. Böylece, idare hukuku alanının gereksiz biçimde uğratıldığı zâfiyeti bertaraf etme olanağı da doğabilecektir. Bu hususta gerekli adımların –anılan hukuki boşluk dolayısıyla toplumsal maliyetleri önceden kestirilemeyecek ve ileride geri dönülmesi zor aşamalara gelinmeden- behemahal atılması en büyük dileğimizdir.

XI. KAYNAKÇA

1998 Yılı Programı, DPT Yayını, Ankara, 1997.

Abdullayev, Cavid; Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Hazar'ın Statüsü ve Doğal Kaynaklarının İşletilmesi Sorunu, AÜHFD, C. 48, Sy. 1-4, 1999.

Acar, İbrahim Atilla – Gül, Hüseyin; 1980 Sonrasında Kamusal Mal ve Hizmet Sunumunda Yaşanan Dönüşüm (www.sdu.edu.tr/sempozyum/2006/maliye/PDF/acar_gul.pdf).

Ahmad, Taimur; Istanbulish, Project Finance Dergisi, Londra, Ağustos, 2000.

Akalın, Güneri; Anayasamızın Piyasa Ekonomisi ile Uyumlaştırılması: Mali ve Ekonomik Hükümler ile Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevlerin Yeniden Düzenlenmesi, AYD, C. 11, 1994.

Akbay, Levent; Dev Projeler Tahkime Boş Yere mi Takıldı?, Dünya Gazetesi, 10 Şubat, 1998.

Akcollu, F. Yeşim; Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, RK Yayını, Yayın No. 117, Ankara, Temmuz 2003.

Akıllıoğlu, Tekin; Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, İHİD (Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), 1988.

Akın, Ümit; Elektrik Üretim, İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devri Sözleşmeleri, Danıştay Dergisi, Sy. 102, Ankara 2000.

Akkurt, Emrah – Oğuz, Fuat; Hans Hermann Hoppe ile İktisat, Siyaset ve Felsefe Üzerine (Akkurt, Emrah ve Oğuz, Fuat Tarafından Yapılan Söyleşi); *içinde* Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004.

Aktan, Coşkun Can; Ekonomik Anayasa, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK) İnceleme Yayınları No. 19 (tarihsizdir).

Akyılmaz, Bahtiyar; İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Akyol, Taha; Ecevit ve "Gerici Sol", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım, 2006.

Akyol, Taha; Osmanlı Neden Geri Kaldı?, Milliyet Gazetesi, 29 Kasım, 2004.

Alada, A. Dinç; İktisat Düşüncesinde Felsefi Yaklaşımın Önemi, AÜSBF Dergisi, C. 59, Sy. 2, 2004 (<http://www.politics.ankara.edu.tr>).

Alexandrov, Stanimir A.; The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors" and Jurisdiction on Ratione Temporis, The Law and Practice of International Courts and Tribunals 4: 19-59, 2005, Koninklijke Brill NV, The Netherlands.

Alkin, Erdoğan ; Büyüme-İstikrar-Yabancı Sermaye İlişkisi, *içinde* Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001, s. 13, 14.

Altan, Birol; Türk Savunma Sanayisinde "Off-Set" Uygulamaları, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD) Yayını, No. TÜSİAD-T/99-12/276-1, Aralık 1999.

Altıntaş, M. Ayhan; Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları ("Dünya ve Uluslararası Hukukun Gerçekleri ve Türkiye'deki Egemenlik ve 'Uluslararası Tahkim' Tartışmaları Üzerine..."), Hazine Dergisi, 1998-2, Sy. 10, Nisan 1998.

Altaş, Hüseyin; Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 49, Sy. 1-4, 2000.

Anderson, Sarah; Foreign Investors Gone Wild, International Relations Center, Silver City, NM and Washington, DC, 3 Mayıs, 2007) (<http://fpif.org/fpiftxt/4193>).

- Arabal, Hüseyin;** Elektrik Enerjisi Üretim, İletim ve Dağıtım Özelleştirilmesi, EMD, Sy. 392, 1993/2.
- Ardiyok, Şahin;** Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No. 9, Ankara, Şubat 2002.
- Arıcı, Erdem;** Optimal Capital Structure for Build-Operate-Transfer Power Projects, Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Fakültesi, Temmuz 2003 (yayımlanmamıştır).
- Arıoğlu, Ergin - Arıoğlu, Erdem;** Enerji Sektöründe Yap-İşlet-Devret Modelinin İrdelemesi – II, İNTES İşveren Dergisi, Yıl 7, Sy. 42, Temmuz-Ağustos 1997.
- Arsan, Yıldırım;** İktisatta Zihniyet ve Metodoloji: Liberal Bir Perspektif, *içinde* Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004 (ayrıca, *içinde* Polemik Dergisi, Mart-Nisan 2004, No. 12).
- Aslan, Zehreddin - Arat, Nilay;** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4, Sy. 8, Güz 2005/2.
- Ataay, Faruk;** Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması ve Sağlıktaki Yansımaları, Toplum ve Hekim, TTB Yayını, Ocak-Şubat 2005.
- Atay, Falih Rifki;** Çankaya, Pozitif Yayınları, Temmuz 2006.
- Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri**, C. III, Türk İnkılap Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1961.
- Atay, Ener Ethem;** Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve Bağlayıcılığı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 14 Ocak, 2000, Ankara.
- Ateş, Yılmaz;** (Açılış Konuşması) Cumhuriyet'in Sekseninci Yılında Türkiye, (Yayına Hazırlayan: Mustafa Kahramanyol), Türk Ocakları Genel Merkezi – Ankara Ticaret Odası, Ankara, 2004
- Atiyas, İzak;** Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, TESEV Yayınları, İstanbul, Ocak 2006.
- Atiyas, İzak;** Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999.

- Atiyas, İzak - Dutz, Mark;** Competition and Regulatory Reform in Turkey's Electricity Industry, Turkey Economic Reform & Accession to the European Union, Ed. Hoekman, Bernard M. & Togan, Sübidey; A Copublication of the World Bank and the Center for Economic Policy Research, 2005.
- Atmaca, Kemal;** Özelleştirme, "Devletleştirme"nin mi Yoksa "Sosyal Devlet"in mi Karşıtıdır?, YDK Dergisi, Yıl 1, Sy. 2, Nisan 2002.
- Aybay, Rona;** Kamu Hizmeti Alanında Tahkime Yer Yoktur, MBD, C. 23, Sy. 217, 1999.
- Aydın, Engin;** 23 İnançlı İnsanın, 129 Günlük Serüveni Sonucu 1961'de Doğan ve Hala Direnen Bir Otomobil: Adı Devrim, İçinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri-I, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Yayını, Nisan 2004.
- Aydıncık, Haşim;** Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Girişimleri ve EMO, EMD, Sy. 392, 1993/2.
- Aykın, Hasan;** Türkiye'de İç Borçlanma ve Ekonomik Etkileri (<http://www.mtk.gov.tr/eserler/tibee.doc>).
- Ayrancı, Hasan;** Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, Sy. 3, 2003.
- Aytaç, Ömer;** Memurluk Zihniyeti ve Memuriyen Toplum: Prens Sabahattin'in Görüşleri Işığında Bir Çözümleme, DEÜ SBE Dergisi, C. 8, Sy. 1, 2006.
- Azrak, A. Ülkü;** İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara.
- Azrak, A. Ülkü;** Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFM, C. 36, Sy. 1-4, 1971.
- Baldwin, Jason;** Mülkiyet ve Ahlâki Hayat, (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004.
- Balkar, Kemal Galip;** İdare Hukukunda İnhisar ve İmtiyaz, SBF Dergisi, C. 6, Sy. 1-4, 1951.
- Barkan, Ömer Lütfi;** İstila Devirlerinin Kolonizatör Türk Dervişleri ve Zaviyeler, Vakıflar Dergisi, Sy. II, Ankara, 1942.

- Barry, N. Machlin;** Power Debt Explosion, Project Finance Magazine Global Address Box, 2001.
- Başpınar, Recep;** Yüz Yıl Boyunca Danıştay: 1868-1968 (Ed. Rıza Göksu), 2. Baskı, Danıştay Yayını, Ankara, 1996.
- Bauman, Zygmunt;** Küreselleşme – Toplumsal Sonuçları (Çev. Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yayınları No. 255, 1. Basım, İstanbul, 1999.
- Belge, Murat;** Devletçilik ve Sol, Radikal Gazetesi, 1 Temmuz, 1998.
- Bell, John;** Fransa'da Bağımsız Otoriteler (Çev. Yrd. Doç. Dr. Cemil Kaya), *içinde* 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği, 1. Baskı, Ankara, Ocak 2004.
- Benson, Peter M.;** *içinde* İngiltere'de Özelleştirme Uygulamaları Sempozyumu, TÜSİAD Yayını, Yayın No. TÜSİAD-T/94, 1-166, İstanbul, Ocak 1994.
- Berkan, İlker;** Elektrik Dağıtım Sektöründe Özelleştirme ve Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş., EMD, Sy. 392, 1993/2.
- Berkarda, Kemal;** Regülasyon Nasıl Kurtulur?, Kamu Hukuku Arşivi (AKADER), Eylül 2004.
- Better for BP to Spill the Beans Than the Oil. Tough Regulation can be in the Oil Companies' Own Interest**, Financial Times, 8 Ağustos, 2006.
- Bilgen, Pertev;** Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, Yıl 1-5, Sy. 1-3, Mart 1980-84
- Bir Özelleştirme Modeli:** Halka Arz Yöntemi ve TÜPRAŞ, Petrol-İş Sendikası Yayını: 73, Kasım 2001.
- Birsel, Mahmut;** Enerji Hukuku Alanındaki Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının İki Tarafli Yatırım Anlaşmaları Işığında Yorumlanması, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası Yayını, 1998.
- Birsel, Mahmut;** Enerji Yatırımları ve Anayasa'nın 125. Maddesi'nde Yapılan Değişikliklerin Düşündürdükleri, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.

Blackaby, Nigel; Public Interest and Investment Treaty Arbitration, içinde *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003.

Blackaby, Nigel - Paradell, Lluís; Investment Treaty Arbitration, içinde *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice* (John Tackaberry and Arthur Marriott), Fourth Edition, Volume 1, Sweet & Maxwell in conjunction with The Chartered Institute of Arbitrators, Londra 2003.

Blanco, Ileana M.; Lessons Learned from ICSID Arbitration over Investment Disputes Involving Argentina's Privatization Program and Economic Emergency Law No. 25561 (www.bracewellgiulani.com) (10 Aralık, 2006).

Boratav, Korkut; Dolar Bilinçli Düşürülüyor, Cumhuriyet Gazetesi, 8 Kasım, 2004.

Boratav, Korkut; Uzaklardan Bir Ses, Cumhuriyet Gazetesi, 4 Mayıs, 2005.

Boratav, Korkut ve Diğerleri; KİT Sisteminin İktisadi Değerlendirilmesi – Nicel İrdeleme, Özelleştirme Sorunları ve Politika Seçenekleri (Özet Rapor), Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM), 1997.

Bounds, Andrew; EU trade chief to rebut Sarkozy in Paris, Financial Times, 30 Haziran-1 Temmuz, 2007.

Boyd-Carpenter, Harry - Labadi, Walid; Striking a balance: Intergovernmental and host government agreements in the context of the Baku-Tblisi-Ceyhan pipeline project, LİT online: a supplement to Law in transition, European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Yayını, (www.ebrd.com/pubs/legal/lit042e.pdf) (11 Aralık, 2006).

Boyko Nitzov; the Energy Charter view on financing barriers, options, strengths and weaknesses – what is need, Northern Dimension in a BASREC Perspective and the Energy Forum'da yapılan sunum, (www.cbss.st/basrec/conferences/dbaFile4184.doc) (1 Aralık, 2006).

Bozkurt, Rüştü; Etkin Piyasa Yaratmada Kültür, Olanak ve Kısıtlarımız Üzerine Bir Deneme, içinde *Perşembe Konferansları*, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım 1999.

- Bozkurt, Gülnihal;** Azınlık İmtiyazları – Kapitülasyonlardan Tek Hukuk Sistemine Geçiş, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1998.
- Brownlie, Ian;** Principles of Public International Law, Oxford University Press, 5. Baskı, 1998.
- Buchanan;** Borç Finansmanının Ahlaki Boyutu, (Çeviren: Haluk Tandircioğlu), Maliye Yazıları, Nisan-Haziran, 1999, Sy. 63.
- Buck, Tobias;** Brussels in Legal Threat to Spain over EON Bid, Financial Times, 4 Ağustos, 2006.
- Bulutay, Tuncer;** Kurumsal Gelişmeler Işığında Türkiye'nin Kalkınma Deneyimi, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001.
- Bulutoğlu, Kenan;** Kamu Ekonomisine Giriş, Temat Yayınları, İkinci Bası, İstanbul, 1977.
- Bush, Harry;** The Process of Privatising Utilities, içinde Privatisation of Utilities and Infrastructure (Methods and Constraints), OECD Proceedings, Paris, 1997.
- Buying Public Utilities Here is a Risky Business**, The East African News, 31 Temmuz, 2006 (<http://allafrica.com/stories>).
- Candan, Turgut;** Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 14 Ocak, 2002, Ankara.
- Cansen, Ege;** Devlet Batıran Aysel'ler, Hürriyet Gazetesi, 11 Eylül, 2002.
- Cansen, Ege;** Ecevit, Ecevit'e Karşı, Hürriyet Gazetesi, 7 Ağustos, 1999.
- Cansen, Ege;** Fenni Muayene, Hürriyet Gazetesi, 27 Ekim, 2004.
- Cansen, Ege;** Kârdan Pay, Hürriyet Gazetesi, 30 Mart, 2002.
- Cansen, Ege;** Telefonda Of Dedirten Ucuzluk, Hürriyet Gazetesi, 14 Ağustos, 2002.
- Cansen, Ege;** Kanun ve Kültür, Hürriyet Gazetesi, 6 Aralık, 2006.
- Cansen, Ege;** Firmaların Fiyatlandırma Kararlarında Oyun Teorisi Açısından Bir Yaklaşım, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000.

- Cansen, Ege;** Sakin Bunu Yapmayın, Hürriyet Gazetesi, 11 Aralık, 2004.
- Cansen, Ege;** Sermaye İhtiyacı, Hürriyet Gazetesi, 21 Eylül, 2005.
- Cansen, Ege;** Arsa Rantları, Hürriyet Gazetesi, 31 Ocak, 1998.
- Cansen, Ege;** Mış Gibi Yapıp Rant Yaratmak, Hürriyet Gazetesi, 9 Aralık, 2006.
- Cansen, Ege;** Kamu Borçları Sohbeti, Hürriyet Gazetesi, 16 Kasım, 2005.
- Cansen, Ege;** Olay Yok, Vesile Var; Haber Yok, Reklam Var, Hürriyet Gazetesi, 21 Ocak, 2006.
- Carbajo, José;** Introduction and Summary, Regulatory Reform in Transport – Some Recent Examples (Editör: José Carbajo), The World Bank, 1. Baskı, Washington D.C., Nisan 1993.
- Chung, Joanna - Tett, Gillian;** Eurozone Countries Cut Back Supply of Debt, Financial Times, 2 Ekim, 2006.
- Collier, John - Lowe, Vaughan;** The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures, Oxford University Press, 1999.
- Coşkun, Gülay;** Devlet Bütçesi – Türk Bütçe Sistemi, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, 1986.
- Cumhuriyet Gazetesi,** Danıştay Aktaş'ı Yalanladı, 4 Mart, 1999.
- Çağan, Nami;** Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü, AYD, C. 2, 1985.
- Çağlı, Elif;** Küreselleşme – Eşitsiz ve Bileşik Kapitalist Gelişme, Haziran 2005 (http://www.marksist.com/elif_cagli/kuresellesme_esitsiz_ve_bilesik_kapitalist_gelisme.htm).
- Çakal, Recep;** Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No. 2455, Ankara, Temmuz 1996.
- Çal, Sedat;** "Uluslararası Tahkim" ya da Canbaz Nerede, Dünya Gazetesi, 8 Temmuz, 1999.
- Çal, Sedat;** Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurumu, Ankara Barosu Dergisi, Eylül, 2001.

- Çal, Sedat;** İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Önerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Sorunlara Getirilebilecek Çözüm Üzerinde Denemeler, Finans Dünyası Dergisi, İstanbul, Nisan 1998, Sy. 100.
- Çal, Sedat;** Türkiye’de Enerji ve Planlama, Finans Dünyası Dergisi, Eylül, 2000.
- Çal, Sedat;** Uluslararası Tahkim, Olmalı mı Olmamalı mı, Dünya Gazetesi, 16 Temmuz, 1999.
- Çavdar, Tevfik;** Anayasa ve Ekonomik Yapı, Sol (Günlük Siyasi Gazete), 24 Eylül, 2007, Sy. 493 (<http://www.sol.org.tr/index.php?yazino=14486>).
- Çavdar, Tevfik;** Hangi İktisat, Sol (Günlük Siyasi Gazete), 20 Kasım, 2006 (<http://www.sol.org.tr/index.php?yazino=5453>).
- Çelebican, Gürgân;** Sosyalist Planlama Kavramı, AÜHFD, C. 31, Sy. 1-4, 1974.
- Çırakman, Birsen;** Kamu Hizmeti, AİD, C. 9, Sy. 4, 1976.
- Çimen, Yılmaz;** Danıştay’ın Danışma İşlevi, Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr) (10 Haziran, 2006).
- Çukurova Elektrik A.Ş. Genel Müdürlüğü.** Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Çukurova Elektrik A.Ş., EMD, Sy. 392, 1993/2.
- D. M. Lew, Julian – Mistelis, Loukas A. – Kröll, Stefan M.;** Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- De Jonquieres, Guy;** The Strange Paradox of Economic Nationalism, Financial Times, 10 Ağustos, 2006.
- Demirci, Rasih;** Cumhuriyet Türkiye’sinde İktisat, içinde Cumhuriyet’in Sekseninci Yılında Türkiye (Yayına Hazırlayan: Mustafa Kahramanyol), Türk Ocakları Genel Merkezi – Ankara Ticaret Odası, Ankara, 2004.
- Demirci, Zeki;** Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, Doğu İnşaat Grubu Yayını, No. 1, 1. Basım, İstanbul, Şubat 2000.
- Demirkan, Süleyman;** Karadeniz Otoyolu Namus Belası, Hürriyet Gazetesi, 24 Aralık, 2006.

- Demirkol, Selami;** İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu, Sayıştay Dergisi, Sy. 40, Ocak-Mart 2001.
- Demirkol, Selami;** İdare Hukukunda İdari Rejim Olgusu Unsurları ve Hukuk Devleti İlişkisiyle İlişkisi, TİD, Yıl 73, Sy. 431, Haziran 2001.
- Demiröz, Ali - Senyücel, Orçun;** Microsoft Davasına Genel Bir Bakış, Rekabet Dergisi, C. 1, Sy. 4, Ekim-Kasım-Aralık 2000.
- Derbil, Süheyp;** Kamu Hizmeti Nedir?, AÜHFM, C. VII, Sy. 3-4, 1950.
- Derbil, Süheyp;** Ankara Hukuk Fakültesi'nin 25. kuruluş yıldönümü vesilesiyle yapılan konuşma, AÜHFM, C. 7, Sy. 3-4, 1950.
- Derviş, Kemal - Asker, Serhan - Işık, Yusuf;** Kemal Derviş Anlatıyor: Krizden Çıkış ve Çağdaş Sosyal Demokrasi, Doğan Kitapçılık, 2. Baskı, Ocak 2006.
- Dinçer, Güven;** Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası Yayını, 1998.
- Doğan, Celal;** Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, Fransız Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği Yayını, 29 Haziran, 1994, Ankara.
- Doğan, Zülfikar;** Ankara Kulisi, Milliyet Gazetesi, 16 Eylül, 2001.
- Doğan, Zülfikar;** Enerjide Tahkim Resti, Milliyet Gazetesi, 23 Ağustos, 2001.
- Doğanyigit, Sadettin;** Belediyelerde Dış Borçlanmaya Dayalı Finansman Modeli, Sayıştay Dergisi, Sy. 40, Ocak-Mart 2001.
- Donan, Shawn;** Corruption Still Holds Emerging Markets Back, Financial Times, 26 Eylül, 2006.
- Dost, Süleyman;** Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID), İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, Sy. 3, 2007.
- Dönmez, Zühâl;** Belediyelerde "İmtiyaz Sözleşmesi" Uygulaması, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, Sy. 1, Ocak 1998.

- Duran, Lütfi;** İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Duran, Lütfi;** YAP-İŞLET-DEVRET, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XLVI, No. 1-2, Ocak-Haziran 1991.
- Duran, Lütfi;** Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni, AİD, C. 19, Sy. 1, Mart 1986.
- Duran, Lütfi;** Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, AYD, C. 1, 1984.
- Duran, Lütfi;** Türk Özelleştirmesi, Cumhuriyet Gazetesi, s. 2, 16 Ocak, 1998.
- Duran, Lütfi;** İdarî Mukavele, İÜHFİM, C. 32, Sy. 1, 1966-67.
- Durgut, Metin;** Özelleştirme ve Regülasyon, EMD, Sy. 392, 1993/2.
- Dünya Gazetesi,** Uluslararası Tahkim, 5 Nisan, 1999.
- Dünya Gazetesi,** Haberler, 22 Ocak, 1998.
- Dünya Gazetesi,** Enerjide Tahkim Sorunu Aşıldı, 3 Mart, 1998.
- Ediger, Volkan Ş.;** Osmanlı'da Neft ve Petrol, ODTÜ Geliştirme Vakfı Yayıncılık ve İletişim A.Ş. Yayınları, Ankara, Aralık 2005.
- Ege, Yavuz;** Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet, Rekabet Dergisi, Sy. 9, Ocak-Mart 2002.
- Eğilmez, Mahfi - Kumcu, Ercan;** Ekonomi Politikası – Teori ve Türkiye Uygulaması, OM Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2002.
- Eiras, Ana I.;** Lâtin Amerika'da Pazarların Açılması: Asla Gerçekleşmeyen Zenginlik/Refah Hayali, (Çev. A. Zeynep Kopuzlu), Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004.
- Ekzen, Nazif;** Mali Yapı ve Liberal Politikalar, içinde "Liberal Reformlar" ve Devlet, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Vakfı, Sempozyum Bildirileri (18-19 Nisan, 2003), Ankara, 2004.
- Elektrik Enerjisi Üretimi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti**, Devlet Denetleme Kurulu (DDK)'nun 21 Temmuz, 2003 Tarihli Raporu (www.tccb.gov.tr).

Elektrik Mühendisleri Odası (EMO) Ankara Şubesi, 18. Olağan Genel Kurulu Enerji Komisyonu Raporu (tarihsizdir) (www.emo.org.tr).

Elektrik Piyasasında Çifte Standart Kriz Çıkardı, Hürriyet Gazetesi, 4 Temmuz, 2006.

Emek, Uğur; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara.

Emek, Uğur; İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.

Emek, Uğur; Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri, Vergi Dünyası Dergisi, Sy. 218, Ekim 1999.

Emek, Uğur; Özelleştirme Uygulamalarında Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Sempozyumu, Ankara, 1999.

Emek, Uğur; Uluslararası Ticari Tahkim, YİD Projeleri, İmtiyaz Kavramı ve Anayasa: Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Vergi Dünyası, Ağustos 1999.

Emek, Uğur; Kamu İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Aralık 1999.

Enerji Bürokratlarında 'Tazminat' Tedirginliği, Hürriyet Gazetesi, 28 Eylül, 2006.

Enerji Karmaşası ve Halkın Çıkarları (KİGEM, TMMOB/EMO, Türk-İş/Tes-İş Sendikası, Petrol-İş Sendikası, T. Maden-İş Sendikası, KESK/Enerji-Yapı Yol Sen tarafından hazırlanmıştır), Mart 2000.

Ercan, Metin; Dolaylı Vergilere Bağımlılık, Radikal Gazetesi, 23 Ağustos, 2006.

Erçel, Gazi; Formula 1 ve Projecilik, Sabah Gazetesi, 27 Ağustos, 2005.

Erdoğan, Seyhan; Elektrik Enerjisinde Liberal Yapılanma, içinde "Liberal Reformlar" ve Devlet, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Vakfı, Sempozyum Bildirileri (18-19 Nisan, 2003), Ankara, 2004.

Erdoğan, Seyhan; Yap-İşlet-Devret Modeli: Özelleştirmenin Kestirme Yolu, MBD, C. XXI, Sy. 200, Ankara, Haziran 1997.

- Erkan, Hüsnü;** Türk Toplumunda Kültür ve Rekabet, içinde Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, Kasım 1999.
- Erten, Taylan;** Enerji Lobisi Atakta..., Dünya Gazetesi, 26 Şubat, 1999.
- Erten, Taylan;** MIGA-ICSID-MAI, Dünya Gazetesi, 27 Şubat, 1998.
- Ertuna, Özer;** Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli, İstanbul Ticaret Odası Yayını, Yayın No. 2004-26, İstanbul 2004.
- Eroğlu, Hamza;** Devletler Umumi Hukuku, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Ankara, 1984.
- Erol, Gülhanım Sizli;** Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999.
- Erol, Mesut;** Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum, DPT Uzmanlık Tezi, DPT Yayın No. 2680, Ekim 2003.
- Esen, Aydın;** Açılış Konuşması-I, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.
- F. Behçet Yücel ile Yüksek Gerilimli Yıllar,** çinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri – 2, TMMOB Yayını, Mayıs 2006.
- Faydalı, Cengiz;** Özelleştirme ve Enerji Sektöründeki Uygulamaları, 2000'li Yıllarda Ulusal Enerji Politikaları, TMMOB Türkiye II. Enerji Sempozyumu, TMMOB Yayını, Sempozyum Tartışmaları Eklenerek Hazırlanmış II. Baskı, Mayıs 2000.
- Fendoğlu, H. Tahsin;** Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu, AYD, C. 17, 2000.
- Fırat, A. Serap;** Belediyelerde Özelleştirme Uygulamaları, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 7, Sy. 1, Ocak 1998.
- Financial Times,** Russia Faces Global Oil Backlash ve Cynical in Sakhalin, 30 Eylül, 2006.
- Financial Times,** Yoghurt turns sour, 14 Nisan, 2007.
- Financial Times,** Keeping Fish in the Sea and on the Menu, 4 Kasım, 2006.

Financial Times, Investing in Turkey (Special Report), 22 Kasım, 2006.

Financial Times, 20 Temmuz, 2006.

Financial Times, "Fund Management" eki, 31 Temmuz, 2006.

Ford Fuel System Crashworthiness (<http://www.safetyforum.com/fordfuelfires>)
(10 Ağustos, 2006).

Fox, Jason & Tott, Nicholas; The PFI Handbook, Jordan Publishing Limited, 1999.

Gibson, Christopher S. – Drahozal, Christopher R; Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration, Journal of International Arbitration 23(6), 2006.

Giles, Chris; Governance Poses Test for World Bank, Financial Times, 26 Eylül, 2006.

Giles, Chris; An Elemental Economist, Financial Times, 4-5 Kasım, 2006.

Giritli, İsmet – Bilgen, Pertev – Akgüner, Tayfun; İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006, 2. Basım.

Göktürk, Gülay; "Hakimler Diktatörlüğü", Sabah Gazetesi, 10 Ağustos, 1999.

Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, Şubat 2007.

Gözler, Kemal; Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, AYD, C. 15, 1998.

Gözler, Kemal; 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İstigal Örneği, AYD, C. 19, 2002.

Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 1998.

Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut; İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ağustos 2006, 4. Bası.

Guasch, Luis J.; Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing It Right, World Bank Institute, 2004.

- Guislain, Pierre;** The Privatization Challenge, The World Bank, Ocak 1997.
- Gülan, Aydın;** Conseil D'Etat'ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı, içinde 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 59, Ankara 2000.
- Gülan, Aydın;** Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği, içinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.
- Gülan, Aydın;** Devlet İhale Kanunu'ndan Kamu İhale Kanunu'na (http://danistay.gov.tr/devlet_ihale_kanunundan_kamu_ihale_kanununa111.htm) (20 Nisan, 2007).
- Gülan, Aydın;** Kamu Hizmeti Kavramı, İHİD (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı), Yıl 9, Sy. 1-3, 1988.
- Gülan, Aydın;** Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İÜHFM, C. 56, Sy. 1-4, 1998.
- Gülan, Aydın – Berkarda, Kemal;** İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler, içinde Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, Mayıs 2002.
- Güler, Birgül Ayman;** Devlette Reform, 3 Mart, 2003 Mimarlar Odası Sunuşu, TMMOB Mimarlar Odası Ankara Şubesi.
- Günday, Metin;** Hukuk Kurultayı 2000 (14 Ocak, 2000), Ankara Barosu Yayını.
- Günday, Metin;** İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2003.
- Günday, Metin;** İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, AYD, C. 14, 1997.
- Günday, Metin;** Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.
- Günday, Metin;** İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası Yayını, 1998.

Güneş, Cengiz; Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara, Mayıs 2002.

Güneş, Hurşit; Yüceleştirilen Piyasa Kavramı, Milliyet Gazetesi, 11 Ağustos, 2006.

Güneş, Zeynep; Küreselleşme ve MAI, Mayıs 2001 (http://www.marksist.com/zeynep_gunes/kuresellesme_ve_mai.htm).

Günuğur, Haluk; İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara.

Güran, Sait; Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik, AYD, C. 11, 1994.

Güriz, Adnan; Kapitalizm ve Hukuk, AYD, C. 10, 1993.

Habermas, Jürgen; Kamusal Alan: Ansiklopedik Bir Makale, Birikim Dergisi, Birikim Yayınları, Sy. 70, Şubat 1995 (<http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.aspx?did=1&dsid=66&dyid=1735>).

Harris, Clive; Private Participation in Infrastructure in Developing Countries: Trends, Impacts, and Policy Lessons, World Bank Working Paper No. 5, Dünya Bankası Yayını, Washington, D.C., Nisan 2003.

Harten, Gus Van; Investment Treaty Arbitration and Public Law, Oxford University Press, New York 2007.

Hasanoğlu, Mürteza; Küreselleşmenin Devlet Yönetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, Sy. 43, Ekim-Aralık 2001.

Hawley, Sue; Exporting Corruption – Privatization, Multinationals and Bribery, The Corner House, Briefing 19, Haziran 2000.

Hayek, Friedrich A.; Hukuk, Yasama ve Özgürlük – Kurallar ve Düzen, Adaletin ve Politik İktisadın Liberal İlkelerinin Yeni Bir İfadesi (Çev. Atilla Yayla), T. İş Bankası Kültür Yayınları, C. I, No. 331.

Hazlett, Thomas W.; R. Coase ile Haklar, Kaynaklar ve Regülasyon Üzerine, Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara, 2004.

Hediyelik Santral – Enerjinin Özelleştirmesine Hayır, Tes-İş Yayını (tarihsizdir).

Hellman, Joel S. - Jones, Geraint - Kaufmann, Daniel; Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition, World Bank Policy Research Working Paper No. 2444, Dünya Bankası Yayını, Eylül 2000 (www.worldbank.org).

Hildyard, Nicholas - Muttitt, Greg; Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf).

Hildyard, Nicholas; Public Risk, Private Profit – The World Bank and the Private Sector, Temmuz 1996 (<http://www.thecornerhouse.org.uk/item.shtml?x=52218>).

Hildyard, Nicholas; The Myth of the Minimalist State – Free Market Ambiguities, Mart 1998 (<http://www.thecornerhouse.org.uk/item.shtml?x=51960>).

Hill, Andrew; A Thirst for the Most Vital Liquid Asset, Financial Times, 7 Ağustos, 2006.

Hirş, Ernst; Devlet İşletmelerinin Özel Sermayeye Devri Meselesine Dair Bazı Mütaalealar, AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950.

Hodges, John; Unsolicited Proposals, The World Bank Group, Public Policy for the Private Sector No. 257, Mart 2003.

Hufbauer, Gary – Warren, Tony; The Globalization of Services, What Has Happened? What are the Implications?, Ekim 1999, s. 13 (<http://www.iie.com/publications/wp/99-12.pdf>).

Hürriyet Gazetesi, Göcek Tüneli 41 Yıl Sonra Hizmete Açılıyor, 8 Eylül, 2006.

Hürriyet Gazetesi, Devlet Artık Ayakkabı Gömlek Satmayacak, 3 Ekim, 2006.

Hürriyet Gazetesi, Enerji Sorununun Çözümü İçin Yeni Bir Adım, 2 Ağustos, 2006.

Hürriyet Gazetesi, 21 Aralık, 2004.

Hürriyet Gazetesi, 31 Ağustos, 2006.

Hürriyet Gazetesi, 8 Ağustos, 2006.

Hürriyet Gazetesi, Elektrikte Kablo Dönemi Kapanıyor, 17 Kasım, 2006.

Hürriyet Gazetesi (Sanayinin 1000 Devi), Rakiplerle Eşit Şartları Sağlayın Almanya Olalım, 19 Eylül, 2006.

Hürriyet Gazetesi, Atık Toplayıcılardan Belediyeye Protesto, 11 Aralık, 2006.

Jechoutek, Karl G. - Lamech, Ranjit; Private Power Financing –From Project Finance to Corporate Finance, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996.

Irwin, Timothy - Klein, Michael - Perry, Guillermo E. - Thobani, Mateen; Dealing with Public Risk in Private Infrastructure: An Overview, World Bank Latin American and Caribbean Studies, The World Bank, Washington, D.C., 1997.

Işıklı, Alpaslan; Özelleştirme Ne İçin?, TES-İŞ Sendikası Eğitim Yayınları, Ankara, 2003.

Işıklı, Alpaslan; Küreselleşmenin Anlamı, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Mayıs 2001.

İlhan, Osman; İçinde Enerji Politikaları ve Özelleştirme, TMMOB Ankara Şubesi Yayını, Ankara, 12 Eylül, 1997.

İmre, Erol; Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması, YDK Yayını (www.ydk.gov.tr).

İnalcık, Halil; Osmanlı Para ve Ekonomi Tarihi, Doğu Batı, Makaleler I, 2. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Temmuz 2005.

İnalcık, Halil; Osmanlı'nın Avrupa ile Barışıklığı: Kapitülasyonlar ve Ticaret, Doğu Batı, Makaleler I, 2. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Temmuz 2005.

İnan, Altuğ; Kamu Borç Yönetiminde Koşullu Yükümlülüklerin Rolü, Sayıştay Dergisi, Sy. 62, Temmuz-Eylül 2006.

İnan, Kemal; Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme, EMD, 1993/2, Sy. 392.

İnsel, Ahmet; İktisat ve Hukuk Arasındaki Karmaşık İlişki, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2005 (www.birkimdergisi.com/birkim/makale.aspx?mid=113).

İslamoğlu, Abdürrahim; Privatization and Build-Operate-Transfer (Özal Formula), Beril Yayınları, İstanbul, Nisan 2001.

- Jerkinson, Tim;** Corporate Governance and Privatization Via Initial Public Offering (IPO), Corporate Governance, State-Owned Enterprises and Privatization, OECD Proceedings, OECD Yayını, Paris, 1998.
- Johnson, Jo;** India Bans Wheat Exports in Prices Fight, Financial Times, 25 Şubat, 2007.
- Kalabalık, Halil;** İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması, GÜHFD, C. 1, Sy. 2, Aralık 1997.
- Kamu Hizmetinde Özelleştirme,** Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı (KİGEM) Yayını, Haziran, 1997, Ankara.
- Kaneti, Selim;** Vergi Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayını No. 3434, İstanbul, 1986-1987.
- Karahanoğulları, Onur;** Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Karahanoğulları, Onur;** Tartışma, Anayasa Sempozyumu, Anayasa Mahkemesi Yayınları.
- Karakelle, İsmail Hakkı;** Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörleri Bağlamında Özelleştirme ve Rekabet, Devletin Düzenleyici Rolü: Türkiye'de Elektrik ve Telekomünikasyon Sektörlerinde Özelleştirme ve Rekabet, (Ed. İzak Atıyas), TESEV Yayınları No. 19, İstanbul, 2000 (www.tesev.org).
- Karakoyunlu, Yılmaz;** Türk Ekonomisinde Çağdaşlaşma Süreci, Diyalog Yayınları, İstanbul, Ocak 1997, s. 99.
- Karamustafaoğlu, Mert;** Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, s. 48 (<http://www.rekabet.gov.tr/uzmantez.html>).
- Karluk, Ridvan;** Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı, İçinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.
- Kartal, Bilal;** İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara.

Kasaba, Reşat; The Ottoman Empire and the World Economy - The Nineteenth Century, State University of New York, 1988.

Katircioğlu, Erol; İktisatta "Güç" Kavramı Üzerine, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Ocak 2000.

Kaufmann, Daniel - Wei, Shong-Jin; Does "Grease Money" Speed Up the Wheels of Commerce, NBER Working Paper No. 7093, Nisan 1999 (www.world-bank.org).

Kaya, Cemil; Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, GÜHFD, C. IX, Sy. 1-2, Haziran-Aralık 2005.

Kırayoğlu, Lütü; Eroin (Doğalgaz) Bağımlısı Enerji..., EMD, Sy. 413, Mayıs 2002.

Kışlalı, Ahmet Taner; Özelleştirsek de mi Yesek, Özelleştirmesek de mi?..., Cumhuriyet Gazetesi, 5 Aralık, 1997.

Kıvanç, Ahmet; Ankaralı Özelleştirme Mağduru, Radikal Gazetesi, 10 Ekim, 2007.

Kilci, Metin; Başlangıcından Bugüne Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları (1984-1994), DPT Müsteşarlığı Yayını, Temmuz 1994.

Kiper, Mahmut; Fabrika Kuran Fabrika Kardemir ve Türkiye Cumhuriyeti Demir-Çelik Öyküsü, içinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri-I, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Yayını, Nisan 2004.

Kiper, Mahmut; Cumhuriyetin İlk Yıllarında Sanayi Politikaları ve Sümerbank, içinde Mühendislik Mimarlık Öyküleri - 2, TMMOB Yayını, Mayıs 2006.

KİT'lerin Özelleştirilmesinden Doğan Problemler ve Çözüm Önerileri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Temmuz 1995.

Koloğlu, Mahmut; Profesör Yusuf Kemal Tengirşenk, AÜHFD, C. 26, Sy. 3-4, 1969.

Koloğlu, Mahmut; Kapitalizm İnkâr Edilebilir Mi?, AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950.

Koloğlu, Mahmut; Ekonomik Muvazene ve Plân, AÜHFD, C. 20, Sy. 1-4, 1963.

Köse, Ahmet Haşim; İktisadın Krizinden Toplumun Krizine: Nereye Gidiyoruz?, Mülkiye Dergisi, Eylül-Ekim 2002, Sy. 236.

- Köse, H. Ömer;** Küreselleşme Sürecinde Devletin Yapısal Dönüşümü, Sayıştay Dergisi, Sy. 49, Nisan-Haziran 2003.
- Kulalı, İhsan;** Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, Ağustos 1997.
- Kumcu, Ercan;** Çıkış Zorsa Giriş de Zor Olur Girenler de Çıkar, Hürriyet Gazetesi, 22 Aralık, 2006.
- Kumcu, Ercan;** Rekabette AB'ye Uyum, Hürriyet Gazetesi, 27 Kasım, 2005.
- Kuruç, Bilsay;** Mustafa Kemal Döneminde Ekonomi, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1987.
- Kuruç, Bilsay;** içinde Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti Kamu Mülkiyeti Sempozyumu, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Yayını, 28 Kasım, 1998, Ankara.
- Kuzum, Yıldırım;** İmtiyaz Sözleşme ve Şartlaşmalarının Danıştayca İncelenmesi, Yüzyıl Boyunca Danıştay, 2. Bası, Danıştay Matbaası, Ankara 1986.
- Küçükşahin, Şükrü;** Daha Ciddi Olun Veysel Bey, Hürriyet Gazetesi, 5 Ekim, 2006.
- Kükey, Cem;** Enerjide Özelleştirme ve Yolsuzluklar, EMD, Sy. 423, Kasım 2004.
- Künar, Arif;** Yatağan Termik Santrali: Olağan Bir Yurttaş, Hukuk, Çevre, Yatırım, Desülfürizasyon, Devir Skandalı Öyküsü..., Elektrik Mühendisliği Dergisi, Sy. 408, Nisan 2001 (www.emo.org.tr).
- Leubuscher, Susan;** International Standards, The WTO and Protection (?) of the Environment (www.fern.org/pubs/reports).
- Lind, Michael;** The Unmourned End of Libertarian Politics, Financial Times, 17 Ağustos, 2006.
- Lowe, Vaughan;** Jurisdiction, içinde International Law (Editör: Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003.
- Mander, Benedict;** Mennonites find a place in modern Paraguay, Financial Times, 8 Ağustos, 2006.
- Mann, Howard;** Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights, IISD ve World Wildlife Fund (WWF) Ortak Yayını, 2001.

Mann, Howard - Moltke, Konrad von; A Southern Agenda on Investment?: Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States, IISD Yayını, 2005.

Marks, Philippa – Stern, Jon – Colenutt, Dennis – Holder, Stuart (National Economic Research Associates); Governance and Regulatory Regimes for Private Sector Infrastructure Development, Final Report, Asya Kalkınma Bankası (Asian Development Bank (ADB)) Yayını, Manila, Filipinler.

Martinand, Claude; Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Açılması, Türk-Fransız Semineri Tebliğleri, Fransız Büyükelçiliği Ticaret Müşavirliği Yayını, 29 Haziran, 1994, Ankara.

McCorquodale, Robert; The Individual and the International Legal System, içinde International Law (Editör: Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003.

McGhie, Teresa; Bilateral and Multilateral Investment Treaties, içinde Legal Aspects of Foreign Direct Investment (Eds. Daniel D. Bradlow and Alfred Escher), Kluwer Law International, 1999.

McLachlan, Campbell – Shore, Laurance – Weiniger, Matthew; International Investment Arbitration (Substantial Principles) (Editör: Mistelis), Oxford University Press, Haziran 2007.

Merna, Dr. Tony - Owen, Gareth; Understanding the Private Finance Initiative, Asia Law and Practice Publishing Ltd..

Merrils, John G.; International Dispute Settlement, Third Edition, Cambridge University Press, 1998.

Merrils, John; The Means of Dispute Settlement, içinde International Law (Editör: Malcolm D. Evans), Oxford University Press, 2003.

Meyers, David; Elektrik Sektöründe Özelleştirme; İngiltere'nin Gerçekleştirdiği Tarihi Aşama ve Türkiye'nin Önündeki Tarihi Fırsat, Elektrik Mühendisliği Dergisi, Sy. 392, 1993/2.

M. Ferhat Emil – H. Hakan Yılmaz – Caroline Van Rijckeghem; Kamu Borcu Nasıl Oluşturdu, Bu Noktaya Nasıl Gelindi?, TESEV Yayınları, Mayıs 2005.

- Mistelis, Loukas;** Milletlerarası Tahkim: Kurumsal Yaklaşımlar ve Uygulamalar 2006 (Çev. Bahar Ceyda Süral), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy. 70, Mayıs-Haziran 2007.
- Muhtar, Reha;** Veбал, Sabah Gazetesi, 1 Şubat, 2006.
- Mumcu, Ahmet;** Ankara Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu, AÜHFD, C. 44, Sy. 1-4, 1995.
- Murray, Sarah;** Diverse Disciplines That Together Bring Enlightenment, Financial Times, 14 Ağustos, 2006.
- Musgrave, Richard A. - Musgrave, Peggy B.;** Public Finance in Theory and Practice, 5. Baskı, McGraw Hill International Editions, 1989.
- Müftüoğlu, Tamer – Karabudak, Banu;** İktisadi Politikalar Bağlamında Hukuki Düzenleme (Regülasyon) Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, Sy. 11, Temmuz-Ağustos-Eylül 2002.
- Münir, Metin;** Güler'in Enerji Politikası ya da Kumda Futbol, Milliyet Gazetesi, 31 Temmuz, 2006.
- Münir, Metin;** İlisu ile İlgili Yeni Sorular, Milliyet Gazetesi, 11 Ağustos, 2006.
- Münir, Metin;** Sezaryen, Milliyet Gazetesi, 12 Temmuz, 2006.
- Münir, Metin;** Devlet Kesesi, Yeni Yüzyıl Gazetesi, 24 Nisan, 1999.
- Münir, Metin;** Randevu, Milliyet Gazetesi, 15 Temmuz, 2007.
- Nas, Nesrin;** Globalleşme Sürecinde Türkiye, Tahkim, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.
- Neil, Roger;** Recent Trends in Private Participation in Infrastructure, Public Policy for the Private Sector Newsletter Series, Note No. 196, The World Bank, Washington, D.C., Eylül 1999.
- Newberry, M. David;** Privatization, Restructuring, and Regulation of Network Industries – The Walras-Pareto Lectures, The MIT Press, 2. Baskı, Londra-Massachusetts, 2000.

Newberry, David M.; A Template for Power Reform, içinde Public Policy for the Private Sector Infrastructure, Special Edition, The World Bank, Haziran 1996.

Noyan, Özkan; Hukuk Kurultayı 2000 (14 Ocak, 2000), Ankara Barosu Yayını.

Odabaş, Hakkı – Güngör, Kamil; Yürütmenin Sınırlandırılması ve Anayasal Bütçe Yaklaşımı, Yeni Türkiye Dergisi, Sy. 30, Kasım-Aralık 1999.

Odyakmaz, Zehra; Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan (1999), Haziran-Aralık 1998, C. II, Sy. 1-2 (6-12/1998), s. 174-236 (www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf).

Oele, Apiyo; Powerbrokers Behind Global System Leave States Weaker, East African Standard, 10 Ekim, 2007 (<http://allafrica.com/stories/200710091123.html>).

Oğuz, Fuat; Mülkiyet Hakları – Bir Ekonomik Analiz, Roma Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2003.

Oğuz, Fuat; Nereye Kadar Rekabet-1: Microsoft ve Rakipleri, Piyasa Dergisi, Sy. 9, Ankara 2004.

Onaner, Mehmet; Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı ve Yatırımları, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.

Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul, 1966.

Onis, Ziya - Riedel, James; Economic Crises and Long-Term Growth in Turkey, Comparative Macroeconomic Studies, World Bank, Washington, D.C., 1993.

Oran, Baskın; Kaçıncı Küreselleşme, içinde Perşembe Konferansları No. 9, RK Yayını, Ankara, Haziran 2000.

Ormanoğlu, Burhan; Yabancı Sermaye-Tahkim İlişkisi ve Türkiye'de Yaşanan Gelişmeler, Sayıştay Dergisi, Sy. 57, Nisan-Haziran 2005.

Ortaylı, İlber; İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, Alkım Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Ocak 2006.

- O'Rourke, Anthony F. - Tomiak, Richard;** Will Investors Come? - Key Concerns About Turkey's Electricity Distribution Privatization and Market Reform, İstanbul, 30 Haziran, 2005 (Elektrik Dağıtım Hizmetleri Derneği – ELDER tarafından yayımlanmıştır).
- Oytan, Muammer;** Türkiye'de İdari Yargı Denetiminin Sınırları, TİD, Sy. 366, Mart 1985.
- Ozansoy, Cüneyt;** Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut, Danıştay 2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayını (www.danistay.gov.tr).
- Ozansoy, Cüneyt;** İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması ve İdare Gerçeği, Danıştay 2002 Yılı İdari Yargı Sempozyumu (www.danistay.gov.tr).
- Ökçün, A. Gündüz;** Türkiye İktisat Kongresi 1923- İzmir, Haberler-Belgeler-Yorumlar, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 471, Ankara, 1981 (III. Basılış).
- Ökçün, Gündüz;** XIX. Yüzyılın İkinci yarısında İmalât Sanayii Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri, SBF Dergisi, C. 27, Sy. 1, 1972.
- Ölmezogulları, Nalan;** Değişim, Dönüşüm ve Sorunlarıyla İktisadi Sistemler, Ezgi Kitapevi Yayınları, Bursa, Mart 1996.
- Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet – Çağan, Nami;** Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- Önder, İzzettin;** Dünya Piyasa Yapılanmasında Devletin Konumu (<http://petrolis.org.tr/yayinlar/yillik/2003-yillik/03-devlet/govde.htm>).
- Önder, İzzettin;** İçinde Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti Kamu Mülkiyeti Sempozyumu, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Yayını, 28 Kasım, 1998, Ankara.
- Örücü, Esin;** Sosyal Kamu Hizmeti, İÜHFM, C. 36, Sy. 1-4, 1971.
- Özay, İl Han;** (İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994.
- Özay, İl Han;** Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004.
- Özay, İl Han;** Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi, AYD, C. 14, 1997.

- Özay, İl Han;** Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi, AYD, C. 8, 1991.
- Özay, İl Han;** Türkiye'deki Klasik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour", İÜHFİM, C. 56, Sy. 1-4, 1998.
- Özay, İl Han;** Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer "Müşterek Emanet", İÜHFİM, C. LIV, Sy. 1-4, 1991-1994.
- Özbaran, M. Hakan;** Türkiye'de Kamu Harcamalarının Son Beş Yılına Harcama Türlerine Göre İncelenmesi, Sayıştay Dergisi, Sy. 53, Nisan-Haziran 2004.
- Özbay, Özdemir;** İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara.
- Özbilgiç, Zergül;** Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.
- Özbudun, Ergun;** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Kitabevi, 4. Baskı, Ankara 1995.
- Özdek, Yasemin;** Globalizmin İdeolojik Hegemonyası: Yanılsamalar, AİD, Sy. 32 (3), 1999.
- Özdemir, Sadi;** Pahalı Enerji Liginde İkinciyiz, Hürriyet Gazetesi, 2 Şubat, 2002.
- Özden, Yekta Güngör;** "Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez" Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?, AYD, C. 2, 1985.
- Özfatura, Burhan;** Hatırlatmalar, Dünya Gazetesi, 10 Şubat, 1998.
- Özgüven, Ali;** İktisat İlimine Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayını No. 2046, İstanbul, 1975.
- Özkazanç, Alev;** Türkiye'nin Neo-Liberal Dönüşümü ve Liberal Düşünce, AÜSBF Geliştirme ve Toplum Araştırmaları Merkezi, Tartışma Metinleri No. 85, Haziran 2005.
- Özkorkut, Nevin Ünal;** Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar, AÜHFİM, C. 53, Sy. 2, 2004.

- Özön, Mustafa Nihat;** Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 4. Bası, İnkılap ve Ata Kitapevleri, İstanbul, 1965.
- Özsemerci, Kemal;** Türk Kamu Yönetiminde Yolsuzluklar, Nedenleri, Zararları ve Çözüm Önerileri, Sayıştay Araştırma, İnceleme, Çeviri Dizisi – Araştırma, No. 27, Sayıştay Yayınları, 1. Basım, Ekim 2003.
- Öztürk, Burak;** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, s. 65, 66 (yayımlanmamıştır).
- Öztürk, Nursel;** Değişen Devlet Anlayışı ve Özelleştirme (www.ydk.gov.tr/egitim_notlari/ozellestirme.htm).
- Paksoy, Serdar;** Proje Finansmanı ve Uluslararası Tahkim, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.
- Pamir, Aybars;** Kapitülasyon Kavramı, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, Sy. 2, 2002.
- Paterson, Catriona;** Investor-to-State Dispute Settlement in Infrastructure Projects, OECD Working Papers on International Investment, OECD Yayınları, 2006/2.
- Pazarıcı, Hüseyin;** Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Ankara, 1998.
- Peterson, Luke Eric;** Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development (www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf).
- Polatkan, Vahit;** Yap İşlet Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Temmuz 2000.
- Priest, George;** Punitive Damages and the Public Interest, Manhattan Institute for Policy Research, 30 Kasım, 1999 (www.manhattan-institute.org/html/punitive_damages.htm).
- Project Finance**, Clifford Chance Hukuk Firması, Şubat 1991 (yayımlanmamıştır).
- Public and Private Sector Roles in the Supply of Electricity Services**, Dünya Bankası Yayını, No. 37476, Şubat 2004.

Public-Private Partnerships for Infrastructure Development, Guidelines on Best Practices, UN/ECE BOT Group, United Nations UN/ECE Forum, Geneva, 4-5 December, 2000.

Radikal Gazetesi, Bomonti Bira'yı İptal Fiyatının Beş Katına İbrahim Çeçen Satın Aldı, 11 Ekim, 2006.

Raghavan, Chakravarthi; Bilateral investment agreements play only a minor role in attracting FDI, Third World Network (TWN) No. 162, 1-15 Haziran, 1997 (<http://www.twinside.org.sg/title/bil-cn.htm>).

Rangaswami, Viji; Globalization, International Law and the Future of International Investment Treaties, Carnegie Endowment for International Peace <http://carnegieendowment.org/files/IISD.pdf>.

Razavi, Hossein; Financing Energy Projects in Emerging Economies, PennWell Publishing Company, Oklahoma, 1996.

Referans Gazetesi, 15 Ağustos, 2006.

Répacı, Francesco A.; İktisadi Vergi Nazariyesi (Çev. Akif Erginay), AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950.

Rodrik, Dani; Feasible Globalizations, Temmuz 2002 (http://ssrn.com/abstract_id=349021).

Rodrik, Dani; How To Save Globalization From Its Cheerleaders, Temmuz 2007 (<http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/Saving%20globalization.pdf>).

Sabah Gazetesi, 1 Temmuz, 2006.

Sabır, Hasan; Atatürk'ün İktisat Zihniyeti, Dış Ticaret Dergisi, Dış Ticaret Müsteşarlığı Yayını, Yıl 8, Sy. 28, Nisan 2003 (www.dtm.gov.tr/ead/dtdergi/nisan2003/ataturk.htm).

Sabır, Hasan; Atatürk'ün Ekonomi Anlayışı, Sayıştay Dergisi, Sy. 62, Temmuz-Eylül 2006.

Sadıklar, Cafer Tayyar; Açılış Konuşması-II, içinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.

Saitzew, E.; Müdahalecilik, (Çev. Avni Zarakolu), AÜHFD, C. XII, Sy. 1-2, 1955.

- Salman, Emine Banu;** Enerjide Tarifeli Özelleştirme, Ekonom Dergisi, Mart 2001.
- Salzman, James;** Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development, Duke Law School Working Paper Series, Paper 16, Vol. 68:191, Summer-Autumn 2005 (<http://lsr.nellco.org/duke/fs/papers/16>).
- Sancar, Mithat;** Hukuk Devletin Geleceği Açısından İdari Yargı, içinde 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu Yayınları No: 59, Ankara 2000.
- Sanlı, Kerem Cem;** Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma, içinde Perşembe Konferansları No. 10, RK Yayını, Ankara, Ekim 2000.
- Savaş, Vural Fuat;** Yeni Anayasa için Ekonomik Anayasa Önerileri, AYD, C. 11, 1994.
- Savaş, Vural Fuat;** Uluslararası Ekonomik Anayasal Düzen, AYD, C. 14, Ankara, 1997.
- Savaş, Vural Fuat;** Atatürkçü Düşünce ve Küreselleşme (www.basifed.org/dosyalar/VuralSavas_Sunum.doc).
- Savaş, Vural;** Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım), AYD, C. 15, Ankara, 1998.
- Savaş, Vural;** İktisat politikası Anayasası, AYD, C. 5, 1988.
- Schreuer, Christoph H.;** The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2001.
- Schreuer, Christoph H.;** The World bank/ICSID Dispute Settlement Procedures (www.oecd.org/dataoecd/47/25/2758044.pdf).
- Sekizinci Gözden Geçirmeye İlişkin 26.06.2001 tarihli IMF Niyet Mektubu**, Güçlü Ekonomiye Geçiş Programı Politika Metinleri, C. I, Hazine Müsteşarlığı Yayını, Eylül 2001.
- Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı – Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, DPT Müsteşarlığı Yayını, No. DPT:2501, Ölk: 522, Ankara 2000.

- Serbest, A. Hamit;** Türkiye'de Elektrik Enerjisi Üretiminin İlk Yılları (I. Bölüm), EMD, Sy. 419, Eylül 2003.
- Sevaioğlu, Osman;** Elektrik Sektöründe Rekabet ve Yeni Elektrik Piyasası Kanunu, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001.
- Sharkey, Catherine;** Should California Get Seventy-Five Percent of Plaintiffs' Punitive Damage Awards?, 3 Haziran, 2004 (http://writ.news.find-law.com/commentary/20040603_sharkey.html).
- Singh, Kavaljit;** Why Investment Matters (The Political Economy of International Investments), FERN, The Corner House, CRBM and Madhyam Books, 2007.
- Sirmen, Lale;** Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli, içinde Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Bildiriler-Panel, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci Baskı, Ankara, 19 Haziran, 1996.
- Smit, Hans;** When Is A Government Bound By A Contract, Including An Arbitration Clause, It Did Not Sign?, Arbitral & Judicial Decisions, içinde The American Review of International Arbitration, Vol. 16, No. 2, 2005.
- Solomon, Deborah;** Wave of protectionism gains force, The Wall Street Journal, 6-8 Temmuz, 2007.
- Soloway, Julie;** NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest, Choices, IRPP, Vol. 9, No. 2, Şubat 2003.
- Sornarajah, M.;** The International Law on Foreign Investment, 2. Baskı, Cambridge University Press, 2004.
- Soysal, Mümtaz;** İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 16 Temmuz, 1999, Ankara.
- Soysal, Mümtaz;** Kazanç ve Kamu Hizmeti, Cumhuriyet Gazetesi, 4 Ağustos, 2006.
- Soysal, Mümtaz;** Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı, AYD, C. 14, 1997.
- Soysal, Mümtaz;** Değişen Egemenlik ve Meşruluk, AYD, C. 20, 2003.

Soysal, Mümtaz; *İçinde Cumhuriyet'in 75. Yılında Kamu Hizmeti Kamu Mülkiyeti Sempozyumu*, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Yayını, 28 Kasım, 1998, Ankara.

Soysal, Mümtaz-Ertuğrul, İlker; *Kamu Hizmeti ve Tahkim*, MBD, C. 23, Sy. 217, 1999.

Sönmez, Sinan; *"Neo-Liberal" İktisat Politikaları: Kamu Maliyesinde Değişim ve Kriz, içinde "Liberal Reformlar" ve Devlet*, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM) Vakfı, Sempozyum Bildirileri (18-19 Nisan, 2003), Ankara, 2004.

Supremes Gut Punitive Damages, KUFM Commentary, 20 Mayıs, 2003 (http://www.montfla.com/KUFM/2003/2003_5-20_comm.html).

Sur, Fadıl Hakkı; *Maliye Tarihine Kısa Bir Bakış*, AÜFHD, C. 6, Sy. 1, 1949.

Sur, Fadıl H.; *Liberallere Göre Maliye*, AÜHFD, C. 7, Sy. 3-4, 1950.

Süsoy, Yener; *Tek Kişilik Partiyim* (Recep Yazıcıoğlu ile Yapılan Söyleşi), Hürriyet Gazetesi, 25 Mayıs, 1999.

Şahinkaya, Serdar; *Türkiye'de Bölgesel Dengesizliği Giderme Politikaları: "Acil Destek Politikaları"*, MEMLEKET Siyaset Yönetim Dergisi, Sy. 3, 2007/3, s. 61-107.

Şanlı, Cemal; *Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar*, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası Yayını, 1998.

Şen, Ayşe; *Atatürk'ün Devlet, Devlet Yönetimi ve Yöneticilerle İlgili Düşünceleri*, TİD, Aralık 1988, Sy. 381

Şenyüz, Hanife; *'Tahkimi Uygulamak Zorundayız'*, Radikal Gazetesi (Ekonomi Sayfası), 3 Ağustos, 1999.

Şenyüz, Hanife; *Sadece Dokuz Suçlu mu Var?*, Radikal Gazetesi, 22 Nisan, 2006.

Şeylan, Gencay; *Temsili Demokrasinin Derinleşen Krizi*, Danıştay ve İdari Yargı Günü 134. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayını, Ankara, Mayıs 2002.

- Şirin, Yunus;** Cumhuriyet Türkiyesi'nde Enerji ve Tabii Kaynaklar, içinde Cumhuriyet'in Sekseninci Yılında Türkiye (Yayına Hazırlayan: Mustafa Kahraman-yol), Türk Ocakları Genel Merkezi – Ankara Ticaret Odası, Ankara, 2004.
- Tan, Turgut;** Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları, SBF Dergisi, Vol. 22, No. 2, 1968.
- Tan, Turgut;** Anayasal Ekonomik Düzen, AYD, C. 7, 1990.
- Tan, Turgut;** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Hukuk Kurultayı 2000 (14 Ocak, 2000), Ankara Barosu Yayını.
- Tan, Turgut;** Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayını, Yayın No. 210, Ankara, 1984.
- Tan, Turgut;** Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku, AİD, C. 5, Sy. 1, 1972.
- Tan, Turgut;** Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi, AİD, C. 8, Sy. 2, Haziran 1975.
- Turgut Tan,** Bağımsız İdari Otoriteler, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Ocak 2000.
- Tan, Turgut;** İdare Hukuku ve Tahkim, AİD, C. 32, Sy. 3, Eylül 1999.
- Tan, Turgut;** Özelleştirme, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sy. 1-3, 1988.
- Tandircioğlu, Haluk;** Türkiye'de Dış Borç Sorunu, Dış Borçların Sürdürülebilirliği ve Dış Borçların Sınırlandırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2, Sy. 2, 2000 (www.sbe.deu.edu.tr/yayinlar/dergi/dergi05/tandircioglu.htm).
- Tandircioğlu, Haluk;** Geçiş Ekonomilerinde Özelleştirme, DEÜ SBE Dergisi, C. 4, Sy. 3, 2002.
- Tanriver, Süha;** Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.
- Tanzi, Vito;** Corruption Around the World, IMF Staff Papers Vol. 45, No. 4, IMF Yayını, Aralık 1998, s. 578, 581 (www.imf.org).
- Tanzi, Vito;** Ulus-Devletlerin Sonu mu Geliyor?, (Çev. Hakan Ay), DEÜ SBE Dergisi, C. 6, Sy. 1, 2004.

TBMMOB Elektrik Mühendisleri Odası 40. Olağan Genel Kurulu Enerji Komisyonu Raporu, 8 Nisan, 2006 (www.emo.org.tr).

T.C. Cumhurbaşkanlığı'nın 5557 sayılı Kanun'un yeniden görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmesine ilişkin 7 Aralık, 2006 tarihli duyurusu (www.tccb.gov.tr).

TEBA Dergisi, Sy. 1158, 14 Haziran, 2004.

TEBA Dergisi, Sy. 1025, 29 Ekim, 2001.

Tekinalp, Ünal; Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İÜHF 50. Yıl Armağanı, İÜ Yayın No. 1888, Hukuk Fakültesi Yayın No. 421, 1973.

The Private Finance Initiative, The Essential Guide, The Royal Institution of Chartered Surveyors, RICS Business Services Ltd., September, 1995.

The Energy Charter Treaty and Related Documents – A Legal Framework for International Energy Cooperation, Energy Charter Secretariat Yayını, Brüksel, Eylül 2004.

Tiryakioğlu, Bilgin; Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, İçinde Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye, TCMB Yayını, Ankara, 2001.

Türel, Oktar; Özelleştirme Notları, Temmuz 2003 (www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_BSB/IktisatToplum11Agu-Turel.doc).

Türk, Hikmet Sami; Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerine Açıklamalar, AÜHFD, C. 36, Sy. 1-4, 1979.

Tomberg, Igor; Russia Has Outgrown PSA, Russian News and Information Agency (Novosti), 22 Eylül, 2006, www.rian.ru.

Toprak, Metin; Lâtin Amerika'nın Dramı: Küresel Rekabete Uyum Sağlayamama Krizi, *İçinde Piyasa Dergisi*, Sy. 9, Ankara, 2004.

Turhan, Seyfettin; Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları, *Sayıştay Dergisi*, Sy. 22, Temmuz-Eylül 1996.

Türel, Oktar; Trajik Monologlar veya Mali Sorumsuzluğun İki Yüzyılı, *Mülkiye Dergisi*, C. XXV, Ocak-Şubat 2001.

Türkiye'de Düzenleyici Reformlar, TÜSİAD-OECD Yayını, Yayın No. TÜSİAD-T/2003/9/359, İstanbul, Eylül 2003.

Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. Genel Müdürlüğü, Araştırma Planlama ve Koordinasyon Daire Başkanlığı'nın Yap-İşlet-Devret (YİD) Uygulamasını İnceleme Raporu, Nisan 1996 (yayımlanmamıştır).

Ulagay, Osman; Küreselleşme Nereye?, içinde Perşembe Konferansları No. 9, RK Yayını, Ankara, Haziran 2000.

Uler, Yıldırım; Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı C. 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28 Nisan, 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 40, Ankara, 1999.

Ulusaler, Kemal B.; Enerjide Karanlık Gelecek, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi (KİGEM), 13 Haziran, 2006 (www.kigem.org.tr).

Ulusaler, Kemal B.; Küreselleşmenin Bir Alt Versiyonu Olarak Özelleştirme, EMD, Sy. 426, Ağustos 2005.

Ulusoy, Ali; Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ocak 2003.

Ulusoy, D. Ali; Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler, AİD, C. 31, Sy. 2, Haziran 1998.

Ulusoy, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları, İçinde Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ed. Ali Ulusoy), Liberte Yayınları, 1. Basım, Ekim 2001.

Ulusoy, Ali; Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları, LDT Hukuk-Ekonomi Araştırma Merkezi tarafından 22 Ocak, 2000 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Konulu Sempozyumda sunulan bildiri.

Ulusoy, Ali; Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, Eylül 2004.

Ulusoy, Ali; Elektrik Dağıtım Özelleştirmelerine Hukuki Bakış, ELDER Yayını, Ankara, Haziran 2005.

- Uras, Güngör;** Yüksek Faiz, Özelleştirme, Varlık Satışları Ekonominin Gücünü Eritti, Milliyet Gazetesi, 5 Ekim, 2006.
- Uras, Güngör;** Yüz Yıl Önce de Bütçenin Yüzde 30'u Faize Gidiyordu, Milliyet Gazetesi, 27 Ekim, 2006.
- Uras, Güngör;** Sorun "Tahkim" de Değil "İmtiyaz" da, Milliyet Gazetesi, 30 Temmuz, 1999.
- Ülsever, Cüneyt;** Tahkim Çağdaş Bir Kapitalizasyon mu?, Hürriyet Gazetesi, 29 Temmuz, 1999.
- Ülsever, Cüneyt;** Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Semineri, TCMB Yayını, Ankara 2001.
- Ültanır, Özcan;** Tahkim Sonrası Yatırım Ortamı ve Yeni Elektrik Piyasasına Doğru, Enerji Dergisi, 10. Sy..
- Ültanır, Özcan;** Derviş'in Hazine'si Ne Yapmak İstiyor?, Dünya Gazetesi, 17 Mayıs, 2001.
- Ünal, Umut;** 1980-2003 Döneminde Türkiye'de Dış Borçlar (http://www.eastweststudies.org/doc_file/turkiye.doc).
- Ünlüçay, Mehmet;** İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü, AÜHF tarafından 30-31 Ekim, 2003 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Türk Hukukunda 80 Yıllık Gelişme Sempozyumu"nda sunulan bildiri (<http://www.danistay.gov.tr/1-idarenin-yargisal-denetimi-ve-hukukun-ustunlugu.htm>)
- Üren, Arsan;** Kamu Borçlarının Sınıflandırılması, A.Ü. SBF Dergisi, C. 34, No. 1-4.
- Üstünel, Besim;** Ekonominin Temelleri, Doğan Yayınevi, III. Baskı, Ankara, 1975.
- Varlier, Oktay;** Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 19 Haziran, 1996.
- Varlier, Oktay;** Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim, Görüş Dergisi (TÜSİAD), Eylül 1999.

- Vives, Xavier;** Barriers Need to be Lifted for an Integrated Market, Financial Times, 15 Eylül, 2006.
- Walde, Thomas W.;** Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty, Conference on Energy-Arbitration, Gulf Arbitration Centre, Ekim 1998.
- Wei, Shang-Jin;** Corruption in Economic Transition and Development: Grease or Sand?, UNECE Spring Seminar in Geneva, 7 Mayıs, 2001 (www.unece.org).
- Williamson, Hugh;** West Failing to Curb Bribery Overseas, Financial Times, 26 Eylül, 2006.
- Yakupoğlu, Mukadder;** Rekabet Kültürü ve Rekabet Hukuku, Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001.
- Yanase, Sjuhi;** Bilateral Investment Treaties of Japan and Resolution of Disputes With Respect to Foreign Direct Investment, içinde International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 11, Kluwer Law International, 2003.
- Yannaca-Small, Katia;** Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview, OECD Working Papers on International Investment, No. 2006/1, Şubat 2006.
- Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı**, DPT Yayını, Ankara, 1995.
- Yeldan, Erinç;** Özelleştirme Denilen Soygun, 8 Haziran 2005 (http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/Yeldan27_08Haz05.pdf).
- Yeldan, Erinç;** "Yükselen Piyasa Ekonomisi", Ekonomi Politik, Cumhuriyet Gazetesi, 10 Ekim, 2007.
- Yenal, Oktay;** İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler, T. İş Bankası Kültür Yayınları, No. 425, 1. Baskı, Eylül 1999.
- Yerelleştirme, Özelleştirme, Yabancılaştırma;** KİGEM/DİSK/Genel-İş Yayını, Ankara, Aralık 1998.
- Yerlikaya, Gökhan Kürşat;** Yap-İşlet-Devret Modeli, Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Nisan 2002.

- Yıldırım, Mehmet;** Türkiye'de Geçmişten Geleceğe Özelleştirme Paneli, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No. 2004-26, İstanbul 2004.
- Yıldırım, Nazım;** Küreselleşme: Efsaneden Gerçeklere..., Mart 2001 (http://www.marksist.com/nazim_yildirim/kuresellesme_efsaneden_gerceklerle.htm).
- Yıldırım-Öztürk, Mehtap;** Ergün, Çağdaş Evrim; Enerji Alanındaki MTO Tahkim Kararlarının Hukuki Bir Değerlendirmesi, Petrogaz Dergisi, No. 49, Temmuz-Ağustos 2004.
- Yıldızoğlu, Ergin;** Hüzünlü Bir Tatmin Duygusu, Cumhuriyet Gazetesi, 8 Kasım, 2006.
- Yıldızoğlu, Ergin;** Bay Derviş Ne Diyor?, 23 Eylül, 2006 (<http://erginyildizoglu.blogspot.com/2006/09/bay-dervis-ne-diyor.htm>).
- Yılmaz, Binhan Elif;** Osmanlı İmparatorluğu'nu Dış Borçlanmaya İten Nedenler ve İlk Dış Borç, Akdeniz Üniversitesi İİBF Dergisi (4), 2002.
- Yılmaz, Edip;** Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Nedenleri/Uygulamalar ve En Uygun Özelleştirme Seçeneği Araştırması, içinde Hazine Dergisi, Sy. 1, Ocak 1996.
- Yılmaz, Osman;** Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999.
- Yiğit, H. Ali;** Elektrik Enerjisi Planlaması ve Bazı Temel Kavramlar, 2000'li Yıllarda Ulusal Enerji Politikaları, TMMOB Türkiye II. Enerji Sempozyumu, TMMOB Yayını, Sempozyum Tartışmaları Eklenererek Hazırlanmış II. Baskı, Mayıs 2000.
- Yiğitgüden, Yurdakul;** Türkiye'de Elektrik Enerjisi Sektöründe Özelleştirme Politikaları ve Çalışmaları, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No. 1999-57.
- Yinanç, Barçın;** ABD: Enerji Yatırımları Durdurulmasın, Milliyet Gazetesi, 23 Ağustos, 2001.
- Zabunoğlu, Yahya;** Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 14 Ocak, 2000, Ankara.
- Zenginobuz, Ünal;** Elektrik Sektöründe Özelleştirme, Rekabet ve "Regülasyon", Perşembe Konferansları, RK Yayını, Ankara, Şubat 2000.

Web Kaynakları:

www.treasury.gov.uk/PFI

<http://ekonomitarihi.blogspot.com/2006/02/1985.html>

www.oib.gov.tr

2004 Yılı Programı, <http://ekutup.dpt.gov.tr/program/2004.pdf>.

T.C. Sayıştay Başkanlığı 2005 Hazine İşlemleri Raporu, www.sayistay.gov.tr.

Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan "İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi" Hakkında Sayıştay Raporu, Nisan 2002, www.sayistay.gov.tr.

Türkiye'de Enerji Maliyetlerinin İşletmelere Yansımaları Konusunda TOBB'un Görüşleri, www.tobb.gov.tr/raporlar/raporlar.php.

Türkiye'nin İmzaladığı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları, www.investinturkey.gov.tr.

Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Modeli Kapsamında Yapılan Enerji Projeleri Hakkında Sayıştay Raporu (Enerji Raporu) Hakkında Özet Bilgi, Sayıştay Başkanlığı, Nisan 2004, www.sayistay.gov.tr.

Türkiye'nin İmzaladığı Çifte Vergilemenin Önlenmesi Anlaşmaları, www.gelirler.gov.tr.

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Uluslararası Doğrudan Yatırımlar 2005 Yılı Raporu, www.hazine.gov.tr.

Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nun 1999 tarihli KİT Raporu, 10. Bölüm (http://www.ydk.gov.tr/kit99/onuncu_bolum.htm).

Mahkeme ve Kurum Kararları:

Anayasa Mahkemesi'nin 9 Aralık, 1994 tarih ve E: 1994/43, K: 1994/42-2 sayılı kararı (24 Ocak, 1995 tarih ve 22181 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E: 1994/71, K: 1995/23 sayılı kararı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 18 Şubat, 1985 tarih ve E: 1984/9 ve K: 1985/4 sayılı kararı (26 Haziran, 1985 tarih ve 18793 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 27 Ağustos, 1985 tarih ve E: 1985/2 ve K: 1985/16 sayılı kararı (5 Aralık, 1985 tarih ve 18949 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 5 Mayıs, 1987 tarih ve E: 1986/1 ve K: 1987/10 sayılı kararı (21 Kasım, 1987 tarih ve 19641 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E: 1990/4, K: 1990/6 sayılı kararı (17 Haziran, 1990 tarih ve 20551 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 27 Eylül, 1985 tarih ve E: 1985/2, K: 1985/16 sayılı kararı, AMKD, Sy. 21.

Anayasa Mahkemesi'nin 13 Şubat, 2002 tarih ve E: 2001/293, K: 2002/28 sayılı kararı (18 Nisan, 2002 tarih ve 24730 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 26 Mart, 1997 tarih ve E: 1996/63, K: 1997/3 sayılı kararı (4 Nisan, 1997 tarih ve 22954 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 25 Mayıs, 1976 tarih ve E: 1976/1, K: 1976/28 sayılı kararı (16 Ağustos, 1976 tarih ve 15679 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 7 Temmuz, 1994 tarih ve E: 1994/49, K: 1994/45 sayılı kararı, AYMKD, C. 1, Sy. 31.

Anayasa Mahkemesi'nin 18 Şubat, 1985 tarih ve E: 1984/9, K: 1985/4 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26 Mart, 1963 tarih ve E: 1963/3, K: 1963/67 sayılı kararı (31 Mayıs, 1963 tarih ve 11416 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin 10 Temmuz, 1990 tarih ve E: 1989/28, K: 1990/18 sayılı kararı, AMKD, C. 1, Sy. 29.

Anayasa Mahkemesi'nin 22 Aralık, 1988 tarih ve E: 1988/5, K: 1998/5 sayılı kararı, AMKD, Sy. 24.

Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran, 1995 tarih ve E: 1994/71, K: 1999/23 sayılı kararı (20 Mart, 1996 tarih ve 22586 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Danıştay 1. Dairesi'nin 18 Mayıs, 2005 Tarihli Kararı, Karar No.2005/668, Esas No: 307.

Danıştay 1. Dairesi'nin 24 Eylül, 1992 Tarihli Kararı, Karar No: 1992/294, Esas No: 1992/232.

Danıştay 1. Dairesi'nin 26 Eylül, 2005 Tarihli Kararı, Karar No: 2005/1075, Esas No: 2005/754.

Danıştay 1. Dairesi'nin 13 Temmuz, 2001 tarih ve E. 2001/73, K. 2001/99 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin kararı, Esas No. 1997/194, Karar No. 1998/1182.

Danıştay 10. Dairesi'nin 29 Nisan, 1993 tarih ve E.1993/1752, K.1991/1 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin 25 Haziran, 1997 tarih ve E. 1997/160, K. 1997/2583 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 95.

Danıştay 10. Dairesi'nin 16 Kasım, 1999 tarihli kararı, Karar No: 1999/6047, Esas No: 1998/6434 (yayımlanmamıştır).

Danıştay 10. Dairesi'nin 18 Mart, 2003 tarih ve E. 2002/5935, K. 2003/956 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin 28 Ekim, 1998 tarih ve E. 1996/4274, K. 1998/5478 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin 16 Kasım, 1999 tarih ve E. 1998/6434, K. 1999/6074 sayılı kararı.

Danıştay 10. Dairesi'nin 6 Şubat, 2002 tarih ve E.1999/2407, K.2002/347 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesi'nin kararı, Esas No. 2005/5304.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kararı, Esas No. 1993/358, Karar No. 1994/10.

Danıştay'ın 22.04.2003 tarih ve Karar No: 2003/1493 sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesi'nin 27 Şubat, 2003 tarih ve Esas No: 2003/14, Karar No: 2003/25 sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesi'nin 31 Aralık, 2000 tarih ve Esas No: 2000/68, Karar No: 2000/76 sayılı Kararı.

Danıştay 1. Dairesi'nin 18 Mayıs, 2005 Tarihli Kararı, Karar No.2005/668, Esas No: 307.

Danıştay 1. Dairesi'nin 5 Mart, 2004 tarih ve E: 2004/17, K: 2004/24 sayılı kararı.

Danıştay 1. Dairesi'nin 14 Haziran, 1991 tarihli kararı, Esas No.203, Karar No: 351.

Danıştay 8. Dairesi'nin 26 Mayıs, 2004 tarihli kararı, Karar No: 2004/2452, Esas No: 2002/3788.

Danıştay 10. Dairesi'nin 17 Mart, 1998 tarihli kararı, Karar No: 1998/1182, Esas No: 1997/194.

Danıştay 10. Dairesi'nin 28 Nisan, 1994 tarih ve E. 1992/3614, K. 1994/1901 sayılı kararı.

Danıştay 13. Dairesi'nin 30 Mayıs, 2006 tarih ve E.2006/975 sayılı kararı.

Danıştay İdari İşler Kurulu'nun E.2000/33, K.2000/27 sayılı kararı.

Danıştay İdari İşler Kurulu'nun 25 Ekim, 1990 tarih ve E: 1990/90, K: 1990/73 sayılı kararı.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 11 Aralık, 1970 tarih ve E.1968/41, K. 1970/648 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 3, 1971.

Danıştay Genel Kurulu'nun 24 Ekim, 1974 tarih ve E.1974/33, K.1974/62 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, Sy. 18-19, 1975.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21 Ocak, 1994 tarih ve E.1993/358, K.1994/10 sayılı kararı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 7 Mayıs, 1999 tarih ve 1999/226 sayılı kararı.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 3 Şubat, 1997 tarih ve E:1997/4, K:1997/3 sayılı kararı (4 Mart, 1997 tarih ve 22923 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 21 Aralık, 1998 tarih ve E.1998/3366, K.1998/4836 sayılı kararı (YKD, C. 25, Sy. 5, Mayıs 1999).

Yargıtay 13. Dairesi'nin 18 Aralık, 1982 tarih ve E.1982/6438, K.1982/6996 sayılı kararı.

Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 20 Şubat, 2007 tarih ve E.2005/2238, K.2007/315 sayılı kararı (bkz. Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sy. 2, Bahar 2007, s. 247-249).

ÖZET

Altyapı sektörüne ilişkin faaliyetlerin yatırım aşamasından itibaren veya sadece işletme aşamasında özel sektör eliyle gördürülmesi, ülkemizde yoğun olarak yap-işlet-devret veya işletme hakkı devri olarak adlandırılan yöntemler aracılığıyla, yoğun olarak 1984 yılından itibaren gündeme getirilmiştir. Bu sözleşmelerin konusunun bir kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi olduğu ve böylece imtiyaz sözleşmeleri mahiyetinde olmakla idari yargının tasarrufunda bulunduğu savunulmuş; dolayısıyla, uyuşmazlıkların hallinde uluslararası tahkime gidilemeyeceği yönündeki yargı kararları çerçevesinde, uzun süren bir siyasi-yargısal mücadeleye şahit olunmuştur.

Bu yöndeki tartışmalarda, konunun hemen daima salt hukuk tekniği bağlamında ele alınmış ve iktisadi analizlere yer verilmemiş olması, temel bir eksiklik olarak kendini göstermiştir. Sonuçta, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri olarak belirlenebileceğinin yasa organının yetkisinde olduğu kararlaştırılmış, ayrıca, imtiyaz sözleşmelerinin de uluslararası tahkime tâbi tutulabileceği gibi bir hukuk garabetiyle karşı karşıya gelinmiştir. Bu düzenlemelerle idare hukukunun temel ilkeleri alt üst edilmiş ve bir hukuk karmaşasının temelleri atılmıştır.

Anayasa değişiklikleri sonrasında tahkime dayanak gösterilen enerji sektörü ağırlıklı imtiyaz sözleşmelerinin yapılmasından vazgeçilmiş, ancak uluslararası tahkim olanağına geriye yönelik olarak kavuşturulmuş sözleşmeler kapsamında uluslararası tahkim hükümlerine istinaden ülkemizin yabancı hakem heyetlerince tazminatlara mahkum edildiği kararlara yol açılmıştır. Bunun ötesinde, ülkede yasa-yargı dengesi gereksiz biçimde bozulmuş ve ülkenin geleceğini etkileyecek

TÜRKİYE'DE KAMU HİZMETİ ve İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ

mali sonuçlar yaratması olası, gerçek anlamıyla imtiyaz sözleşmeleri bakımından, kamu yararının korunmasını teminen bir Anayasal dengenin yeniden kurgulanması gereğini kaçınılmaz derecede önemli bir husus olarak gündeme getirmiştir.

ABSTRACT

Particularly since 1984, provision of infrastructure activities by private sector via such models as build-operate-transfer or transfer of operational rights has been on the agenda of the country. Such contracts between the government and the private parties have been considered as public services provided by private sector, and hence they have been labeled by the judiciary as concession contracts, which were by their nature deemed to be subject to the jurisdiction of administrative courts, namely the Danıştay (High Administrative Court), and as a result, not allowing international arbitration clauses to be inserted into these contracts. This has provoked a challenge between the judiciary (mainly, the Constitutional Court) and the parliament.

Discussions regarding the concession concept have mainly employed a purely technical legal perception and interpretation, without necessarily touching upon the economical analysis and perspectives thereto, and as such, this has proved to be a major source of inadequacy throughout the continuous set of discussions in relevant circles. The pressure to find a solution eventually led to the Constitutional changes in 1999 which authorised the parliament to determine which public services to be labeled as subject to private law contracts (and inherently enabling them to enter into private law jurisdiction and therefore to embrace international arbitration), while at the same time introduced a totally new concept that, if there are still concession contracts, they could also include clauses for international arbitration (thus, unnecessarily destroyed the whole unity and coherence of administrative law principles and its unique structure). The outcome has been a major blow to the basics of administrative law regime and its functionality.

To the surprise of many, the government has taken a totally different path following the Constitutional changes, which allowed international arbitration in the concession contracts that were mainly encompassing the energy sector. Notwithstanding the fact that the Constitutional changes reasoned the whole discussion on the energy sector concession contracts as their basis, such contracts have first been empowered with the international arbitration clauses through retroactive applications, yet subsequently were abandoned by the government. This inevitably resulted in international arbitral tribunals hearing a set of disputes on such contracts and deciding on indemnification awards worth of millions of dollars. What is more strikingly important, as far as the contracts of real "concessional" nature are concerned, the balance between the parliament and the judiciary has been destroyed to the detriment of the fate of the country given the probable and possibly enormous fiscal affects; therefore, a new legal order is essential to retrieve and restore such balance in the Constitution.