

**ALTYAPININ FİNANSMANI ve İŞLETİLMESİ BAĞLAMINDA,
KAMU HİZMETİ İMTİYAZ KAVRAMLARININ
1999 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDEKİ
DÖNÜŞÜMÜ**

Dr. Sedat ÇAL

Brüksel Enerji Şartı Sekretaryası, Yatırımlar Kıdemli Uzmanı



Burada yapacağım sunum, daha ziyade, değerli takdimci arkadaşımın belirttiği, doktora tezinin kitaplaşmış hali ve TOBB tarafından basılan şu elimde gördüğünüz kitaba ilişkin olacak. Dolayısıyla, benim sunuş yaparken, muhtemeldir ki, bütün detaylarına inmem pek mümkün olmayacak; bu belki bu konulara ilişkin bir girizgâh yapma şansını vermiş olacak. Dolayısıyla, çok daha ayrıntılı bilgi için bu kitap ki internet üzerinden de erişime açık ve isteyenler Odalar Birliği'nden ücretsiz olarak temin edebilir, ona bakılarak eleştiride bulunma olanağına kavuşmak mümkün.

Ben eleştiride bulunmak isteyenler için de elektronik posta adresimi sunuşun en sonundaki slâyтта veriyorum olacağım. Dolayısıyla, sizden gelecek her türlü olumlu ya da olumsuz eleştiri benim için son derece makbul olacak kuşkusuz.

Bu çalışmanın başından itibaren beni sevk eden asıl olay, 1997 yılından itibaren yüksek lisans yaptığım dönemde ve sonrasında, Hazine'de altyapı projelerinin finansmanı sırasında karşılaştığımız sorunlar oldu. 1995 yılından itibaren, biliyorsunuz Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti ve imtiyaz algılamalarına yönelik kararları sonucunda, altyapıya ilişkin ve özellikle enerji sektörüne ilişkin yap-işlet-devret sözleşmeleri, bunları yap-işlet-devret ve işletme hakkı devri sözleşmeleri diye açayım isterseniz, bütün bunlarda tahkime yer verilemeyeceğine yönelik içtihat ve sonrasında 1999 yılındaki Anayasa değişikliklerine kadar yaşanan tıkanmalar yaşandı. Sözleşmelere bu hükmün konulmaması sonucunda, bu husus gerekçe gösterilerek yatırımların ülkemize gelemediği, kimilerine göre 30 milyar, kimilerine göre 60 milyar dolar yatırımlar için paranın, finansmanın kapıda beklediği, dönemin bakanları, uygulayıcıları ve akademisyenleri, teorisyenleri, hemen herkesin mutabık kaldığı bir husus olmuştu ve uzun tartışmaların sonucunda da 1999 yılındaki Anayasa değişikliklerine gelinmişti.

Bunun ne tür sonuçlar yarattığına, Anayasa değişikliklerini kabul ettikten sonra nelerin yaşandığına bilahare değinmeye çalışacağım. Dolayısıyla, bu konuşmada yapacağım sunum daha ziyade kamu hizmeti ile imtiyaz bağlantısı, bunun hukuki ve ekonomik cepheleri olacak; bunları biraz disiplinler arası bir geçişkenlikle ifade etmeye çalışacağım. Çünkü benim vardığım sonuç, öğretide pek makbul görülmeyen ya da paylaşılmayan bir sonuçtu, kapitülasyon-imtiyaz algılaması bağlamında. Dolayısıyla, ben konuyu biraz Hazine bünyesinde ve finansman tarafında çalışmış olmanın getirdiği yaklaşımla ele aldım. İşletme hakkı sözleşmesi ya da yap-işlet-devret sözleşmelerinin, enerji sektörü bağlamında birebir bu sözleşmelerin külliyatı içerisinde müzakerelerde yer almış olduğum için daha finans tarafına, o tür sözleşmelerde ne tür risk paylaşımının olup olmadığı hususlarına inebilme ya da erişebilme olanağına sahip oldum. Belki bu avantaj ile finansman tarafından bakmaya çalışabildim. Benim gördüğüm daha farklı bir resim oldu dolayısıyla, doğru mu yanlış mı bilmiyorum. Ayrıntılarıyla yazmaya çalıştım tez kapsamında.

Konunun özelleştirme ve rekabet ile ilişkili yönü bir diğer ilginç boyutu oldu, Türkiye'deki enerji sektörü bağlamında gelişen bu kamu hizmeti, imtiyaz perspektifinde. Dolayısıyla bunların üzerinde kısaca durmaya çalışacağım.

Hukuk öğretisine baktığımız zaman kamu hizmeti, özellikle idari hukukunun temelini oluşturuyor ki idari hukukunun duayeni Sıddık Sami Onar Hocamızın bütün idari hukuku kitabını üzerine kurguladığı “Kamu Hizmeti” esprisi ve kavramı. Kamu hizmetinin ne olduğu, neyin kamu hizmeti olarak kabul edileceği öğretide üzerinde fikir birliği sağlanamamış, uygulamada sağlanamamış, teorisyenler arasında hiç sağlanamamış bir kavram. Hatta Fransız öğretisinde Truchet'nin çok güzel bir ifadesi var, tam olarak hatırlayamayacağım ama “ne doktrin becerebildi, ne uygulama buna cesaret etti, ne de kimse oralı oldu, böyle bir çerçeve” diyor kamu hizmeti ve dolayısıyla imtiyaz kavramlarıyla ilgili ifadesinde. Kamu hizmeti hangi ekonomik felsefeden baktığınıza göre değişik veçheler arz edebiliyor; neyin kamu hizmeti olarak takdir edilip edilmeyeceği, bunun takdirinin kime ait olacağı, bunlar hep tartışmalı konular. Ama 1995 yılındaki Anayasa Mahkemesi kararına gelirken, espri şurada düğümlenmişti: Bizim öğretimizde imtiyaz, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesi şeklinde kısaca özetlenebilecek bir espri ile kurgulanmıştı. Yani, bir şey kamu hizmeti ise ve bunu özel sektöre sözleşmeyle gördürme ilişkisi içerisine giriyorsa idare, o noktada bu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olamaz, bu bir kamu imtiyazı sözleşmesidir deniliyordu. Bu arada belirtiyim, muhtemelen aramızda herkes hukukçu değil büyük oranda, az sayıda hukukçu vardır tahmin ediyorum, dolayısıyla değinmekte yarar var ki, her imtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşmedir, idari sözleşmenin tiplerinden biri olarak kabul edilir, ama her idari sözleşme bir imtiyaz sözleşmesi değildir. Dolayısıyla,

Anayasa Mahkemesinin oradaki imtiyaz kavramını dar ya da geniş yorumlaması da eleştirilere yol açtı öğretide. Anayasa Mahkemesi'nin dediği şuydu: “Eğer bir kamu hizmeti özel sektöre gördürülüyor ise, bu idarenin ya da yasamanın ne şekilde tanımladığından bağımsız olarak bir imtiyaz sözleşmesidir ve niteliği itibarıyla böyledir.” Dolayısıyla, enerji sektöründeki 3996 sayılı, Yap-İşlet-Devret yoluyla altyapı hizmetlerinin gördürülmesine yönelik yasada özel hukuka tâbi olacağına, bu yasa çerçevesinde imzalanan sözleşmelerin özel hukuka tâbi olabileceğine ilişkin 5'inci maddesi Anayasa Mahkemesince bu gerekçeyle iptal edildi. Denilen şuydu: Yasama bunu özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendiremez, çünkü enerji önemli, ciddi bir kamu hizmetidir, bunun özel sektöre gördürülmesine yönelik sözleşme de niteliği gereği kamu hizmetidir, dolayısıyla “kamu hizmeti artı özel sektör, eşittir imtiyaz”.

Bu belirttiğim kararın sonrasında 1999 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar enerji sektöründe hiçbir sözleşme gerçekleştirilemedi, fiili olarak. Dolayısıyla, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile yasamanın Anayasa çerçevesinde, Anayasaya dayanarak yasal düzenlemelerle istenilen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmesine bağlı kılabilmesi yönünde bir hüküm getirildi. Buna ilaveten de ayrıca, imtiyaz sözleşmesi olarak sayılabilecek sözleşmelerin de tahkime, tahkim koşuluna bağlı kılınabilmesi olanağı getirildi. Dolayısıyla, hem imtiyaz sözleşmesi, yani tahkimli imtiyaz sözleşmesi, hem tahkimsiz imtiyaz sözleşmesi ikinci kategori olarak ve üçüncü kategori olarak da hiç imtiyazla alakası olmayan, dolayısıyla idari sözleşmeyle alakası olmayan bir özel hukuk sözleşmesi, kanunla buna cevaz verilmek kaydıyla, bir anayasal çerçeveye oturtulmuş oldu.

Şimdi, bu sürecin Anayasa Mahkemesi kararıyla doğru kurgulanıp kurgulanmadığını herkes kendine göre tartıştı. Benim oradaki naçizane görüşüm şu oldu: Kamu hizmeti ile imtiyaz arasındaki geçişkenlik mutlak bir geçişkenlik değil. İmtiyaz, tarih içerisinde köklerini bulan bir kavram. Osmanlı dönemindeki imtiyazlara baktığınız zaman, oradan bu yana Türkiye’de imtiyazlarının rejiminin neden, hangi tarihi süreçle, nasıl kurgulandığını dikkate almak lâzımdı. Onun pek fazla yapılmadığı kanaati bende oluştu.

İmtiyazın tarih içerisindeki esprisine baktığınız zaman, imtiyaz zaten kelime itibarıyla ayrıcalıklı, öncelikli özel bir duruma geçmeyi veya özel bir durumun ihsan edilmesini öngörüyor. Ama öğretide bu tam olarak böyle algılanmamıştı. İmtiyaz, “kamu hizmeti, artı özel sektöre gördürme, eşittir imtiyaz” denkleminde hapsedildiği zaman, bir şey kamu hizmeti değilse, o zaman imtiyaz olmayacak anlamına götürüyordu bizi. Oysa öğretide yine kabul edildiği üzere, sözgelimi istikraz sözleşmeleri, yani kamu borçlanma sözleşmeleri, idari sözleşme olarak ve idare hukukuna tâbi sözleşmeler olarak kabul edilebiliyordu.

Dolayısıyla, orada tam bir netlik yok idi. Bence öngörülmesi gereken husus imtiyazda, şudur: Nerede ayrıcalık yaratılıyorsa, orada bir imtiyaz doğar. Bunun kamu hizmeti ile ilgili olması gerekmez. Buna ilişkin bir espriyi, daha doğrusu bir örneği vurgulayayım izninizle: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi, bu projenin içerisinde ben yaklaşık bir yıl kadar süreyle çalıştım. Komşunuz Botaş binasında heyecanlı günlerimiz geçti, zevkli günler. Karşı tarafın petrol şirketleriyle müzakere ettiğimiz o sözleşmeler ki Resmi Gazetede yayınlanmıştır külliyatlı bir şekilde ekleriyle beraber, o sözleşmelerin içerisinde söylenen şudur: Petrol Bakü'den gelecek, Gürcistan üzerinden Türkiye'ye Kars civarından girecek ve transit olarak Ceyhan'a gelip oradan çıkacak. Bu hat içerisinde petrolün Türkiye'de herhangi bir şekilde kullanılması olanağı yoktu. İsterseniz görsellik sağlayayım biraz daha, benim çok becerikli olmayan harita çizimimle. Ceyhan'a gelen hat boyunca ki Ankara'nın da oldukça yakınından geçiyor, Ankara'da biliyorsunuz Kırıkkale'de bir rafinerimiz var ve rafinerinin oldukça yakınından geçmesine karşın, antlaşma şunu öngörüyor: Hattın içerisinden hiçbir şekilde petrolü alıp kısa bir bağlantı hattı ile Kırıkkale'de kullanamayacaksınız. Sebebi ne? Eğer buradan hat alıp kullanırsak, bu durum kamu hizmeti anlayışına maruz kılınabilir ve bu anlaşmaların öngördüğü faaliyet kamuya hizmet vermek olarak algılandığı zaman da, "kamu hizmeti, bunu işleten özel sektör, eşittir imtiyaz". Dolayısıyla da uluslararası tahkim vesaire hukuki niteliği özel hukukun dışında gerçekleşecek. Bu anlayıştan kaçabilmek ve özel hukuka ve dolayısıyla uluslararası tahkime bağlı kılabilmek için, petrol hiçbir şekilde sınırdan diğer sınıra kadar Türkiye içerisinde hiçbir yere sunulmayacak. Anlayış böyle kurgulandı. Dolayısıyla, kamu hizmeti ve imtiyaz telakkisinin neye ve nasıl düzenlemeler getirebildiğine ilişkin güzel bir örnektir.

Şimdi, kamuya bu proje tahtında hiçbir hizmet yok ise, o halde burada herhangi bir şekilde imtiyazdan bahsedebilir misiniz, eğer öğretilerdeki bu anlayışı kabul ediyorsanız? Yani, kamu hizmeti olması şarttır imtiyaz için diyorsanız, bu dar yaklaşımla bakarsanız, bu sözleşme imtiyaz olmayacak. Oysa, bana göre tam tersine, bu sözleşmenin içerisinde, incelediğiniz zaman olağanüstü taahhütler, yükümlülükler ve maksadını aşan belki yükümlülükler dizisi var. Bunu ben içinde yer aldığım için iddia ediyor ya da söylüyor da değilim, o kadar ilginç ki, bu sözleşmenin bir süresi dahi olmayacaktı. Bu sözleşmeler sırasında benim naçizane oldukça ısrarlı itirazlarım olmuştu, bu sözleşmenin mutlaka bir süresinin olması gerektiğine ilişkin, en sonunda 40 artı iki defa 10'ardan olmak üzere 60 yıla, 60 veya 80 emin değilim bakmak lâzım, hafızam beni yanıltıyor olabilir, 80 yıla kadar uzayan bir sözleşme süresi. Sözleşmelerin ilk müzakere taslaklarında, yani orijinalinde ise süresiz olarak verilmesi öngörülen bir şey. Bu anlaşmaya ilişkin olarak yurtdışında birkaç yayına rastladım, yabancı dilde yapılan, oradaki çok sert eleştiri şunu söylüyordu: Bu anlaşmada o kadar çok

devlet aleyhine, kamu aleyhine hükümler var ki, bir zamanların kapitülasyonları dahi çok hafif kalır. Doğrudur, yanlıştır ama üzerinde çok durulması gereken bir şey; eğer bu iddialar doğruysa bu anlaşmanın kapitülasyon ya da imtiyaz olarak algılanması lâzım gelirdi. Ama eğer siz imtiyazı kamu hizmetine münhasır kılarsanız, bu olanaktan da mahrum kalıyorsunuz. Dolayısıyla, bu imtiyazı tekel kavramıyla özellikle bütünleştirmek gerekir. Eğer siz özellikle özel sektöre belli bir alanda tekel veriyorsanız, bunun imtiyaz niteliğini ve imtiyaz dolayısıyla idari yargı denetimine ya da yargısal denetime tabii tutulması gereğini de düşünmemiz lazım, ya da düşündürmesi gerekir. Biliyorsunuz imtiyaz sözleşmelerinde Danıştay'ın ön incelemesi vardı; bu, Anayasa değişiklikleriyle yine ciddi bir tırpan yemiş oldu ve görüş bildirmeye döndü. Dolayısıyla, şu an imtiyaz olarak algılasanız dahi, yargısal denetimin, ön denetimin hafiflediği ve nihai denetimin de, imtiyaz sözleşmelerinin yahut başka deyişle imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilebilecek sözleşmelerin yasa yoluyla özel hukuka tabii tutulması olanağı karşısında tamamen bertaraf edildiğini söylemek mümkün. Dolayısıyla herhangi bir idare, herhangi bir zaman diliminde istediği bir alanda imtiyaz niteliği taşıyabilecek faaliyet alanlarını özel hukukla bağlı kılabilir.

Bir başka örnekten de bahsedeyim, burada bulananların bir kısmının yakinen vakıf olduğunu tahmin ettiğim bir örnek, Araç Muayenesi Özelleştirmesi ki Rekabet Kurulu'nun da bu konuda verilmiş bir görüşü var. Ben tabii misafir olarak bu konuya çok fazla değinmek istemeyeceğim müsaade ederseniz, ama orada iki uzmanımızın, Rekabet Hukuku uzmanlarının bir değerlendirmesine bildiğim kadarıyla web'teki görüşünüzde rastladım. Çok takdir ettiğim için onlara bir makalemden dipnotla teşekkür de ettim. Şöyle diyorlar, biliyorsunuz araç muayenesi iki ayrı bölge halinde özelleştirildi, bu özelleştirmeyi tırnak içinde söylüyorum yalnız. Uzmanlarımız şöyle demiş; iki ayrı bölgede aynı firmaya verilmesi “kalan rekabet alanlarını da ortadan kaldırmaya” yöneltebilir şeklinde. Oradaki “kalan rekabet alanlarını da” ifadesiyle bence güzel bir vurgulamada bulunmuşlar. Araç muayene hizmeti örneği, ülkede tekel olarak işletmeyi bir özel sektöre vermenin önünü açtığı için bence ilginç bir örnek ve eleştiriye maruz kalabilecek bir örnek. Benim yine naçizane Ankara Hukuk Fakültesinin 2008 Haziran sayısında çıkan, araç muayenesine ilişkin bir yazım var, internet erişimine açık, ben o yazıyı takdirlerinize sunmak isterim, eleştirilerinizi alabilmeyi teminen. Dolayısıyla, orada atıf yaptığım, Sayın Metin Kilci'nin, Özelleştirme İdaresi Başkanı'nın bir ifadesi vardı, “sıra hizmette özelleştirmeye geldi, malvarlıkları itibariyle özelleştirmeleri tamamladık ya da tamamlamak üzereyiz dolayısıyla hizmet özelleştirmesine gitmek üzereyiz” şeklinde bir beyanı vardı. Dolayısıyla, araç muayenesi örneğinde olduğu gibi bir kamu malının devredilmesi değil, bir

hizmet alanının lisansının ya da ruhsatının verilmesine, araç muayenesi özelleştirmesine benzer şekilde başka hizmet alanlarında da özelleştirmeye gidilebileceği anlaşılıyor önümüzdeki yakın zaman diliminde. Dolayısıyla, bu örnek üzerinden konunun rekabet boyutuyla irdelenmesi, sanıyorum bizi ilginç sonuçlara götürebilir, ya da tartışmaya değer bir örnek olduğu inancındayım.

Benim naçizane kanaatim, özelleştirme ki kurumunuzun dün akşam baktığım web sayfasında çok enfes bir tahlil vardı, üç-dört paragraflık; özelleştirme, kamu-özel sektör işbirlikleri, altyapı konularında neden rekabet esprisinin altının çizilmesi gerektiğini vurgulayan çok güzel ifadeler. Özelleştirmenin amacının gelir sağlamak olmadığı, rekabet şartlarında serbest piyasaya geçişin kurgulanması gereği gibi konular. Dolayısıyla herhangi bir alanda tekel veya münhasırlık yarattığımız her alanın imtiyaz anlayışına maruz kalabileceği kanısındayım ve imtiyaz olarak algılanabilecek her alanda da yargısal bir denetimin, ön denetim olabilir, nihai denetim ya da yargı denetimine bağlı kalınması anlamında kamu hukukunun işin içerisine girmesi gerektiği inancındayım.

Bu dönemdeki, 1995 yılından bugüne gelinen dönemdeki bir başka enteresan konu da, altyapı faaliyetlerinin, enerji sektörü bağlamında, hep bir finansman kavramıyla karşılaşması ve finansman üzerinden gerekçeler üretilmesi. Anayasa değişikliklerine, 1999'a gelirken asıl gerekçe, "milyarca dolar kapıda bekliyor", "ya uluslararası tahkim, ya açlık ve işsizlik", "bu, modern çağın gereği" gibi söylemlerle uluslararası tahkime gelindi ve "finansman gelmez başka türlü", söylem bu idi. Rekabetsiz uygulamalara yönelik işler açısından da finansman gerekçesinin kullanıldığını görüyoruz. Basına yansıyan bir haber vardı. Bir baraj yapımı, ki yaklaşık 2 milyar dolar bedelli ve ihalesiz olarak bir konsorsiyuma veriliyor bu. Danıştay'ın, "neden bu iş ihalesiz olarak veriliyor" sorusuna karşı, idarenin verdiği yanıt ilginç: "çünkü dış kredili işler ihalesiz yapılır". Ben bu işlerin içerisinde birazcık bir şeyler öğrenebildiysem, kesinlikle yanlış bir beyan bu ve yanıltıcı bir beyan; çünkü bir işin dış kredili olarak gerçekleştirilmesi ile rekabete açılıp açılmaması arasında hiçbir şekilde bağlantı yoktur. İhracat kredileri hariç, ama o istisnadır ve bu başta söylediğim cümleyi de nakzetsiz bir istisnadır, ortadan kaldırmayan bir istisnadır. Dolayısıyla, altyapı finansmanında bu finansman gerekçesinin bir mitos olarak kullanılması, özellikle bizi özelleştirme çerçevesinde de farklı bir yere getiriyor. Gerek yap-işlet-devret, gerek kamu-özel sektör işbirliği projeleri çerçevesinde, "finansmanı sağlamak için özel sektöre veya özel sektör girişimine bu işi açıyoruz ya da veriyoruz" yahut "rekabetsiz yapıyoruz, çünkü finansman ancak böyle geliyor" şeklindeki iddiaların, bu "finansman mitosu"nun suiistimali olduğu kanısındayım. Çünkü, netice itibarıyla, sektörde rekabete yer vermeden, özellikle enerji sektöründeki uzun dönemli enerji satış

alım anlaşmalarıyla, 30 yıllık ya da 20 yıllık, siz devleti sistemin içerisinde hâlâ tutarsanız, ki yap-işlet-devret sözleşmeleri böyleydi biliyorsunuz 1999 yılına kadar, şimdi de hâlâ öyle olmaya devam edecek gibi gözüküyor, piyasa yapısı tam olarak yerleştirilemediği için; dolayısıyla, 30 yıllık enerji alım anlaşmalarıyla devlet sistemin içindeyse hâlâ, bu, özelleştirme değildir. Bu hatta, çok garantili bir iştir ve ben kendi adıma öyle bir işin içinde yer almayı çok şanslı ve bahtiyar bulurdum kendi adıma, şahıs olarak; çünkü 30 yıl boyunca pazar riskiniz yok, pazar içi rekabet yok. Olsa olsa “pazar için rekabet” var; onu da, biliyorsunuz 3996 sayılı Yasada bir miktar vardı, ama enerji sözleşmeleri 3096 Sayılı Yasaya göre -genel olarak- yapıldığı için, gerçekleştirildiği için ve o yasada da rekabet öngörülmediği için, rekabet dışı genel olarak bu projeler imzalanagelmişti.

Bir toplantıda Enerji Bakanlığından bir yetkiliyle konuşurken eski zamanlarda, “3096 çerçevesinde neden ihaleyle bu işi vermediniz” sorusuna aldığım yanıt şuydu: “Biliyorsunuz ihale yapma zorunluluğumuz yok.” Bu tür işlerde yasal zorunluluğun öngörülmesi yönünde eleştiriler getirdiğimiz zaman da, bazı akademisyen arkadaşlarımızdan ciddi itirazlar geliyor, “idareye takdir yetkisi tanımak lâzım, yoksa her şey bağlı yetkiyle çözülmez” şeklinde, “çok da şüpheli olmamak lâzım” şeklinde. Bir arkadaşım da Anglosakson şüpheliğiyle suçlamıştı son günlerde latife yollu. Dolayısıyla, birincisi, bu finansman meselesinin mitos olarak kullanılması, bir diğer mitos da ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar. Yap-işlet-devret kanununun gerekçesinde bunlar yer alıyordu ve halen de aynı anlayışın devam ettiği görülüyor. O yüzden, hemen belirtiyim, ileri teknoloji ve yüksek maddi tutarın yine konuyla hiçbir alakası yok. İdarenin yapacağı, topluma döndüreceği altyapı hizmetlerinde gidebileceği iki yoldan birisi, klasik finansman yöntemi. Yani, idare ihaleye çıkar, ama bütçesini, parasını kendisi bulur; sadece işin yapımını bir özel kişiye verir, baraj yapılır, idareye devredilir ve orada ilişki biter. Bu, klasik finansman yöntemi. Bunun için dış ya da iç borç alırsınız, neticede sağlayacağınız dış borç kaynakları, uluslararası finansman camiasıdır. Eğer yap-işlet-devret ve diğer sair yöntemlerle özel sektöre finansman bulma görevini veriyorsanız, onlar bulsun, yapsın işletsin diyorsanız, onların da varacağı yer, dolaşacağı, erişeceği kaynak, yine uluslararası finansman piyasaları. Dolayısıyla, bu anlamda bir farklılık söz konusu değil, şu halde bu bir gerekçe olmamak icap eder.

Diğer konu, kâr kavramı ve risk. Özellikle klasik finansman yöntemi ile alternatif finansman yöntemlerini kıyasladığınız zaman, enerji sektöründeki uzun vadeli alım sözleşmelerinden dolayı risk anlamında klasik finansman ile yap-işlet-devret yani YİD modelinin bir farklılığının olmadığı görülür. Hasbelkader sözleşmelerin içerisindeki maddeleri yakından incelemiş birisi olarak bunu çok rahatlıkla söyleyebilirim. Dolayısıyla, yap-işlet-devret vesaire

alternatif finansman modelleriyle altyapıyı yapmak marifet değil; asıl marifet, riski özel sektör üzerine atmak. Bu yanlışın kanaatimce son kamu-özel sektör işbirliği yasasında da, taslakta da olduğunu görüyorum. Naçizane kanaatimce “risk kim tarafından en iyi kontrol edilebilirse o tarafça üstlenilmeli” gibi bir gerekçe konulmuş. Ama yine belirttiğim gibi, bu risk aktarımının çok net bir şekilde tanımlanması veya yapılması lâzım. Dolayısıyla, risk analizinin hem kamu tarafında, hem de özel sektör tarafında kimin en iyi üstlenebileceğine ilişkin önceden çok iyi bir kurgulamaya gitmezseniz idare olarak ya da yasal mevzuat olarak, bunun uygulamada çok olumlu sonuçlar doğuracağından endişe edilebilir.

1999 yılındaki Anayasa değişikliklerine bir miktar sözlerimin başında değinmiştim. 1999 yılındaki Anayasa değişikliğinin sonucunda biz nereye geldik, bizi nereye götürdü Anayasa değişikliğinin sonuçları? Hemen öncesinde, biliyorsunuz, “çok sayıda proje kapıda bekliyor, paralar sınırdadır, bunu gerçekleştirir gerçekleştirmez hemen 30 ya da 60 milyar arası finansman Türkiye’ye akacak ve bu projeler gerçekleştirilecek” sözleri vardı ortamda. Bu amaçla önce Anayasa değiştirildi, akabinde enerji projelerinde uluslararası tahkim olanağı tanınmamış projelere de geçmişe yönelik tahkim olanağı uyum yasalarıyla tanındı, yaklaşık 2000 yılının sonuna kadar. Ve fakat hemen akabinde 2001 yılı Mart ayında Enerji Piyasası Kanunu çıkarıldı ve onun geçici maddelerinde de sadece kısıtlı sayıda sözleşmeye devam edilmesi, diğerlerinin iptal edilmesi ve dolayısıyla bu projelerin uygulamadan çıkartılması, bu projelerin alım sözleşmesi garantisi çerçevesinde yapılmaması kararlaştırıldı. Şimdi burada bir tuhaflık var, bir taraftan bu projelerin yapılması için Anayasayı değiştiriyorsunuz, uyum yasalarıyla ve geçmişe yönelik projelere tahkim olanağını tanıyorsunuz bu projeleri yapmak için, sonra aynı projeleri yapmamak için Enerji Piyasası Kanununu çıkartıyorsunuz ve bu iki düzenlemenin uygulamanın arasında sadece üç ay ile altı ay arasında değişen bir süre var. Bu iki anlayış, yaklaşım veya uygulama arasındaki değişim veya farklılık için bu kadar kısa süre, çok ilginç geliyor bana.

Öte taraftan, 1995 yılından itibaren sözgelimi Dünya Bankasının bize yönelik, ülkeye yönelik tavsiyeleri de yap-işlet-devret modeliyle ilgiliydi ve o tekelleri piyasa içerisinde enerjiyi almak için devlete satma zorunluluğunu da bir taraftan getiriyorsunuz. Piyasayı yapılandırmamışsınız, piyasayı serbest rekabete açmadan, kısmi özelleştirme olarak adlandırılabilen bir modeli uygulamışsınız ve hemen akabinde 2001 yılında Dünya Bankası’nın da tavsiyeleriyle bu projelerin yapılmaması için bu defa yasa çıkartıyorsunuz. Ama hemen öncesinde de, geriye yönelik tahkim olanağını bu projelere tanıyorsunuz. Yani, bozacağınız sözleşmeye nerdeyse bile bile tahkim hükmünü olanağını tanıyorsunuz. Bunun sebebini bir kokteylde bir Dünya Bankası yetkilisine sormaya çalıştım, sorumu

sormam ile yetkilinin yanımdan ayrılması eş anl oldu, ama arada bir cümlesini yakalayabildim, “biz de öğrenme sürecindeydik”. Bunu o an itibariyle doğru diye algılamıştım, ancak web sayfalarına baktığım zaman Dünya Bankası’nın daha 1995 yılında serbest piyasa modeline geçişi, yani Dünya Bankası’nın 2001 yılında bize yönelik tavsiyesini daha önce 1995’li yıllarda yayınlarına yansıttığını görüyoruz. 1995’li yıllarda bunu bilen Dünya Bankası, neden bize serbest piyasa modeline geçiş için tavsiyede bulunmak yerine, alım garantili bir düzeni bize yansıtmaya çalıştı, bunu da anlamlandırmak çok veya şahsım adına pek mümkün görünmüyor.

Dolayısıyla, enerji sektörü bağlamında yapılması gereken şey, önce rekabet modelini getirip akabinde piyasa modeline ilişkin yasayı çıkartmak ve ondan sonra gerçekleştirmek iken, önce sözleşmeleri yapıp ondan sonra serbest piyasa modeline geçiş pek mantıklı olmadı kanısındayım. Anayasa sözleşmelerinin, Anayasa değişikliklerinin sonunda da, varılan nokta, kendileri için Anayasa değiştirilen sözleşmelerin, maalesef gerçekleşmemesi sonucu ile ortaya çıktı. Ve uluslararası tahkim olanağı geçmişe yönelik olarak da tanındığı için kimi projeler tahtında, kimi dağıtım sözleşmelerinde sözcülemi uluslararası tahkime gidildi ve bir kısmı tazminatla sonuçlandı, bir kısmında tazminata yer olmadığına hakemler karar verdi. Bu, işin ekonomik sonuçlarıydı. Anayasa değişikliğinin hukuksal sonuçlarına gelince, bu daha ziyade hukukçuları teorik bakımdan ilgilendiren, ama sizlere de tazminat davaları yoluyla pratikte dönen şeyler.

Birincisi, imtiyaz sözleşmelerinin idari yargının alanının dışına çıkarılmış olması ve öğretilerdeki kimi yazarlara göre idari yargıda bir kaosun oluşması. Çünkü, özellikle kamusal nitelikli eylemlerden doğan işler bakımından, sözleşmelerin ticari boyutunun dışına çıkan kısımlarının dahi idari yargı yerine özel hakemlerce, adli yargıdan da bahsetmiyorum dikkatinizi çekerim, özel hakemlerce ve yurtdışında görülmesi ve buna olanak tanınması bir sakınca olarak ciddi eleştirilere maruz kaldı. Buna ilaveten, yasama organına altyapı veya kamu hizmeti olarak algılanabilecek her türlü faaliyeti özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirme yetkisinin verilmiş olması, orta veya uzun dönemde suiistimal edilebilecek ya da kamu çıkarının yeterince korunmasına cevaz vermeyecek bir ortamı hazırlamıştır denilebilir. Bu yönde de ciddi eleştiriler var.

En başında söylediğim, aynı alanda bir taraftan özel hukuk sözleşmesi, bir taraftan tahkim ve imtiyaz sözleşmesi, bir taraftan da tahkimsiz imtiyaz sözleşmesi söz konusu edilebilir. Bunun da bir kaotik yapı getirdiği eleştirileri var öğretilerde.

Yine, belirtmeye çalıştığım, Danıştay'ın ön denetiminin kaldırılması ya da zayıflatılması veya bir nevi Danıştay'ın etkisizleştirilmesi, bir başka eleştiri konusu, ve netice itibariyle kamusal çıkarların, halkın çıkarlarının korunmasına yönelik bir endişe doğabileceği ileri sürülmekte.

Uluslararası tahkim sonrasında Türkiye'nin hâlihazır devam eden davaları var, birtakım hakem kararları da var aleyhe sonuçlanan, keza lehe sonuçlanan. Ama Türkiye'ye pek fazla yansımadığını düşündüğüm, uluslararası literatürde çok ağır eleştirilerin yapıldığını görüyoruz. London School of Economics'den Gus Van Harten adlı bir akademisyenin doktora tezini bastılar, Oxford Press'te; bu esere erişim sağladığımda oldukça ciddi ve sert eleştirilerin yer aldığını gördüm, onu da naçizane önerebilirim bu konuyla ilişkili veya ilgili arkadaşlarımıza.

Dolayısıyla, özetle belirtirsem, uluslararası yatırım tahkiminin ticari tahkimden çok daha farklı nitelikte olduğu ve bir uluslararası "International Court of Justice" gibi kamusal nitelikli bir yatırım mahkemesinin kurgulanmasının daha doğru olacağı, iki tüccar arası ilişkiymiş gibi, devletin egemen eyleminden doğan bir hususun özel ticari hukuk uzmanı hakemlerce karara bağlanmasının devletlerin düzenleme yetkisini bertaraf etme sonucunu doğurduğu da söyleniyor. Bir örnek vereyim isterseniz; Amerika Birleşik Devletlerinde Kaliforniya Eyaletinde rafineride kullanılan "metil eter" diye, galiba böyle bir madde, benzinin oktanını artırmak için kullanılıyor. Bir Kanada firması, Kaliforniya'daki kendisine ait rafinerisinde bunu kullanırken, Kaliforniya eyaletinin çevre dolayısıyla bu maddenin kullanılmasını yasaklaması, çünkü altyapı sularına sızıyor, endişe bu, buna karşın uluslararası tahkime gidiyorlar. Sonuçta, Kaliforniya eyaletinin çevre amaçlı düzenleme getirebilmesine karşı bunun olamayacağı iddiası var, bunun hakemlerce reddedilmesi ya da tazminata karar verilmesi gibi, ilginç davalar var. Dolayısıyla, "devletlerin düzenleme yetkisi tehlikede mi" başlıklı ilginç bir akademik çalışmaya değinebilirim burada, yahut benzer içerikte çok sayıda da makaleye rastlanabilir, var, internet erişimine de çoğu açık.

Özet itibariyle, bu Anayasa değişiklikleri çerçevesinde altyapı veya enerji sektörü bağlamında geldiğimiz süreç, sanıyorum ki Anayasal düzlemde bir koruma mekanizmasının kurgulanması gereğini hâlâ ortada tutuyor ve bu konuda hâlâ bir açık var. İki dakika ile isterseniz değineyim, uluslararası tahkimin Anayasa değişikliği sonrasında bize yönelik ne gibi eleştiriler var. Bir tanesi, aynı olaya ilişkin çok farklı yatırım koruma antlaşmaları çerçevesinde, birden çok davanın ve birden çok hakem mahkemesinin birbirinden çok farklı kararlar verebilmesi. Sözgelimi Lauder isimli bir yabancı yatırımcı, Çek Cumhuriyeti aleyhine, kendi televizyon ruhsatının iptalinden dolayı dava açıyor.

Şahsı adına açtığı davayı hakem mahkemesinde kaybediyor, ama hissedarı olduğu şirket adına açtığı davada 350 milyon, yanlış hatırlamıyorsam, bir tutarda mahkûm ettiriyor. Bunu aktaran Gus Van Harten adlı arkadaşımızın ifadesi şu: Bunu ekonomik büyüklüğü itibariyle Amerika'ya kıyaslarsanız, Amerika için 25 milyar dolarlık bir tazminat anlamına gelir, tazminatın Çek ekonomisinin hacmine kıyasla büyüklüğü anlamında ve üstelik, tek yatırımcıdan doğan tazminat bu, dikkatinizi çekerim. Dolayısıyla, hakem kararları çok çelişkili olabiliyor ve genellikle yatırımcılar tarafına aşırı bir koruma eğilimi var deniliyor eleştirilerde, hakem davalarının genelde devletlerin aleyhine gerçekleştiği söyleniyor. Gerekçeleri de eleştirenlerin, hazır; çünkü hakemler bu işin devamından kazanç sağlıyor, bir menfaat çelişmesi var deniliyor.

Çelişkili kararlar sorunu var keza, çünkü temyiz mekanizması söz konusu değil. Nihayet, hakem heyetlerinin kurgusu sorunu var; üç hakemin yerine çok daha “mahkeme kurgusu” içerisinde bir kurgulamaya gidilmesi öneriliyor. Yine, hakem sayısının artırılmasını önerenler de var, ama bu tabii ki masrafı yükseltme anlamında olumsuz bir etki yaratıyor. Ve en başta söylediğim, hakemler yerine uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının hâkimler tarafından daha doğru bir kurgu ile yapılabileceği eleştirisi de, gündemi oluşturan başlıca eleştiriler arasında.

Perembe Konferanslari Dizisi
Rekabet Kurumu
25 Aralik, 2008, Ankara



Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü

Dr. Sedat ÇAL

Kidemli Uzman- Yatirim Direktörlüğü, Enerji
Sarti Sekreteryasi, Brüksel



I. Altyapi finansmani- kamu hizmeti ve imtiyaz ile kapitülasyon kavramlari



Kavramsal analiz

- Kamu hizmeti ve imtiyaz arasindaki geçişkenlik
- İmtiyaz ile kapitülasyon kavramlari arasindaki ilinti
 - Kapitülasyonlar ve tekel
 - Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi örneği
- Özelleştirme ve imtiyaz
 - Araç muayene hizmeti örneği



II. Altyapi finansmani ve finansman “mitosu”



Altyapi ve finansman

- Klasik finansman yöntemi
- Alternatif finansman yöntemleri (YID-YI ve IHD ile sair isimsiz sözleşme tipleri)
- Kâr kavramı ve risk
- Klasik finansman ile alternatif yöntemler bakımından risk kıyaslaması



III. 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri



-Ekonomik sonuçları

- Projelere tahkim olanaginin taninmasi ve sonra çıkarılan yasayla sözleşmelerin iptalinin öngörülmesi, gerçekleşmeyen projeler ve olası tazminatlar - tersine reform?
- Piyasa yapısının sonradan kurgulanması sorunu



-Hukuksal sonuçları

- İdari yargıdan bağımsızlık ve idari yargıda kaos: özel hukuk sözleşmesi, tahkimli imtiyaz sözleşmesi ve tahkimsiz imtiyaz sözleşmesi
- Danıştay denetiminin kaldırılması veya Danıştay'ın etkisizleştirilmesi
- Kamusal çıkarların korunmasına yönelik endişeler
- Uluslararası tahkim dolayısıyla doğabilecek sakinler ve tahkime dair uluslararası literatürde getirilen eleştiriler-küresel bir yatırım uyumsuzlukları mahkemesi?
- Anayasal düzlemde hukuksal bir koruma mekanizmasına duyulan gereksinim



Bir olaya dair 20 tahkim davasının ve 20 farklı karar çıkabilmesi potansiyeli– Kesin hüküm uygulamasının yokluğu sorunu

- Kesin hüküm ilkesi, genellikle çoğu ülkede uygulanır
- Hakem heyetlerinin kararlarını verirken tam serbesti içinde olması ve bunun çelişkili kararlara yol açması sorunu



Temyiz mekanizmasının yokluğu

- Temyiz merciinin bulunmaması nedeniyle, farklı hakem heyetlerince aynı vaka ile ilgili olarak çelişkili kararların verilmesi sorunu
- Temyiz mekanizması sadece ICSID tahkiminde yer alıyor, ancak çok kısıtlı biçimde ve sadece belirli durumlarda geçerli olabiliyor



Hakem heyetlerinin kurgusu

- Uyumuzluğun iki tarafı da birer hakem atıyor, bu iki hakemin mutabik kalacağı üçüncü bir hakem ise heyet başkanlığını üstleniyor (oylar eşit); mutabakat sağlanamazsa ilgili tahkim kurulu (ICSID gibi) veya kurgusu çerçevesinde öngörülen kurallar uyarınca **üçüncü** hakem atanıyor
- Daha tarafsız bir kurgu için tarafların atadığı iki hakemin bir yerine üç ilave hakem seçerek, toplamda **bes** hakemli bir heyet oluşturulması önerisi – masraf sorunu



Hakemler yerine hakimler?

- ICJ örneğindeki gibi bir Dünya Yatırım Mahkemesi'nin oluşturulması, yahut çeliskili hakem kararlarının önlenmesini teminen en azından bir temyiz merciinin kurgulanması önerisi
- Hakimlerin hakemlere kıyasla daha tarafsız bir yargılama gerçekleştirecekleri iddiası
- Hakemlerin tahkim isinin devamında çıkarları bulunduğu, dolayısıyla tarafsızlıklarının arzu edilen düzeyde gerçekleşemeyeceği iddiası



TESEKKÜRLER!

İletişim için:
cal@encharter.org veya
sedatcal@gmail.com