

Oturum Başkanı (Murat Şahin ÖCAL, İktisadi Araştırmalar Müdürü)- Sayın Kurul üyeleri, Sayın Hocam, değerli çalışma arkadaşlarım; Perşembe Konferanslarının bu akşamki konusu "Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim." Bu konuyu bize DPT Planlama Uzmanı Sayın Uğur EMEK sunacak. Uğur EMEK, 1964 Emirdağ-Afyon doğumlu. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesini bitirdikten sonra Birleşik Devletlerde Northeastern Üniversite-sinde İktisat Politikası ve Planlama alanında mastırını tamamladı. Halihazırda Siyasal Bilgiler Fakültesi İktisat Bölümünde doktora çalışmasını devam ettiriyor. "Kamu Maliyesinde Fon Uygulaması", "Kamu İktisadi Teşebbüslerinde yeni Finansman Tekniklerinin Uygulanabilirliği: Finansal Kiralama, Factoring", "Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı" ve "Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü" isimli dört kitabı ve çok sayıda bilimsel makalesi var. Kendisi bilgilerini bizle paylaşmak üzere geldi; teşekkür ediyoruz. Sayın Emek, söz sizin.

Uğur EMEK- Öncelikle bana böyle seçkin bir topluluk huzurunda konuşma fırsatı sağladıkları için Rekabet Kurulunun değerli temsilcilerine ve önümüzdeki bir saati benimle paylaşacağınız için de sizlere şimdiden teşekkür ediyorum. Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri ve uluslararası ticarî tahkim, geçtiğimiz yaz döneminde sıcak bir tartışma konusu olarak Türkiye'nin gündemine girdi. Bu konunun çok tartışılması ve konuşulmasına rağmen, sanırım kamuoyunca bilinmeyenler bilinenlerden halâ daha fazla. Benim bildiğim kadarıyla, konunun adı bile ilk defa bu sempozyumda doğru olarak kullanılıyor; onun için de Rekabet Kurumuna teşekkür ediyorum. Bugüne kadar tartışma konusu hep "Uluslararası Tahkim" diye adlandırılıyordu. Oysa uluslararası tahkim ve uluslararası ticari tahkim farklı şeylerdir. Uluslararası tahkim devletler arasında işleyen bir mekanizmadır ve devletler hukukunun alanına girer. Uluslararası ticari tahkim ise çekişmeli yargının alanına girer.

Öncelikle, bu toplantıda neleri konuşmak istediğimi kısaca belirtmek istiyorum. Gerçi, konuşmam hangi derinlikte ve hangi genişlikte olacak bilmiyorum ama, daha sonra bu konulardan bazılarına değinemezsem, belki soru kısmında sizlerin de ikazıyla yeniden dönebiliriz.

İlk önce, ticarî tahkimi biraz açmak istiyorum. Daha sonra Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleriyle uluslararası ticarî tahkimin niye kesiştiğine değinmek istiyorum. Aslında bunlar çok ayrı iki disiplin. Fakat, Türkiye'de geçtiğimiz dönem içerisinde, birarada tartışılması gereken bu iki konunun, maalesef birazda politize edilerek, farklı yönleri öne çıkarıldı.. Daha sonra sizlere uluslararası ticarî tahkimin ne olduğunu, mümkün olabildiği ölçüde özetlemeye çalışacağım. "Uluslararası ticarî tahkim olmazsa yabancı yatırımcı gelmez" diye bir söylemin niye ortaya çıktığını, haklılık derecesini konuşmaya çalışacağız. Uluslararası ticarî tahkimin Türk mevzuatına girmesi için Anayasa değişikliği yapılması gerekiyor muydu? Anayasa değişikliğinden önceki durum neydi, sonra ne oldu tartışacağız. Daha sonra, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri tahkime götürülebilir mi, götürülemez miye ve İmtiyaz Sözleşmelerini konuştuğumuz ölçüde gözden kaçan veya yeterli ağırlığı almayan yap-işlet-devret mevzuatının konuyla ilişkisine değineceğiz. Umarım bunların hepsini bir saat içerisinde toparlayacağız.

Tahkimin Ticari Niteliği

Neden ticari tahkim? Uluslararası tahkim, iki devletin kendi arasında anlaşmazlığından kaynaklanan ihtilâflarda başvurulanan bir yöntem ve devletler hukukunu ilgilendiren bir alandır. Bu tahkim türünün bizim konumuzla bir ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak, tahkimin egemenlik hakkının devri olduğunu iddia edenlerin endişelerinin bu tahkim türünde (örneğin AB yüksek mahkemesi, DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Organı) yoğunlaşması gerekmektedir. Ticari tahkim, hem bizim iç mevzuatımızda hem de dünyada genel kabul görmüş ilkeler çerçevesinde, çekişmeli yargının konusuna giren bir ihtilâf çözme mekanizmasıdır. Taraflar, zaten yargıya ihtiyaç olmaksızın kendi aralarında anlaşabiliyorlarsa, ihtilâflarını hakem mekanizmasına götürerek çözüm ararlar. Tahkimin uzlaşmadan farkı ise hakem kararlarının bağlayıcı olmasıdır.

İki tarafın iradesine tâbi olmayan, tarafların üzerinde kabul ve sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim mümkün değildir. Örneğin boşanma davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz. Buna karşılık alacak, menkul ve gayrimenkul mal davaları ve iş uyuşmazlıkları hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir.

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Model Kanunu, **ticari** terimini, akdi nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın, ticari bir mahiyet taşıyan bütün hukuki ilişkileri kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır. Kanunda sınırlayıcı olmamak kaydıyla, ticari nitelikteki hukuki ilişkilerin şunları içine aldığı belirtilmektedir; mal ve hizmet alışverişi veya sağlanması ile ilgili her türlü ticari işlem; ticari temsilcilik ve acentalık; faktoring; finansal kiralama; müteahhitlik; müşavirlik; mühendislik; lisans; yatırım; finansal hizmetler; bankacılık; sigortacılık; kamu mallarının işletilmesi veya imtiyaz sözleşmeleri; joint venture ve diğer sanayi veya ticari işbirliği türleri; hava, deniz, demir veya kara yoluyla mal ve yolcu taşımacılığı.

Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri Ve Uluslararası Ticarî Tahkimin İlişkisi

Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve uluslararası ticarî tahkim, 1995 yılında Anayasa Mahkemesinin yap-işlet-devret mevzuatıyla ilgili bazı kanun hükümlerini iptal etmesiyle Türkiye'nin gündemine girdi. Ben bu konuda şöyle bir benzetme yapıyorum; 1995 yılında farklı yönlerden gelen araçlar bir kavşakta kaza yaptı. Türkiye o günden beri bu kazanın hasar tespitini ve çözüm yöntemlerini araştırmaya çalışıyor.

Uluslararası Ticari Tahkim, Türk mevzuatında da Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalarda da zaten vardı. Diğer taraftan kamu kuruluşları özel hukuk hükümlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarında bugüne kadar uluslararası ticarî tahkime zaten gidebiliyordu.

Anayasa Mahkemesi, 1995 yılında altyapı yatırımlarının Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile yaptırılmasına imkan veren 3974 ve 3996 sayılı Kanunların; kamu kuruluşlarının YİD modeli çerçevesinde üçüncü kişilerle yapacakları uygulama sözleşmelerinin “imtiyaz teşkil etmeksizin özel hukuk hükümlerine tâbi tutulmasını” öngören maddelerini, sırasıyla, 9/12/1994 Gün-1994/43 Esas-1994/42-2 Karar ve 28/6/1995 Gün-1994/71 Esas-1994/71 Karar sayılı kararlarıyla iptal etti.

YİD uygulama sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tâbi olmasının pratik sonuçlarından birisi; sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların halinde, sözleşme taraflarının karşılıklı rızasıyla, uluslararası ticari tahkime gidebilmesidir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında yeni bir kamu hizmeti tanımı yaparak, YİD sözleşmelerini kamu hizmeti

imtiyazı olarak mütalâa etmiştir. Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmelerinin yönetimi ise idare hukukuna tâbidir. İdare hukukunda tahkime yer verilmediğinden, imtiyaz sözleşmesi olarak nitelenen YİD uygulama sözleşmelerinde anlaşmazlıkların çözüm yöntemi olarak tahkim şartı konulamamaktaydı.

Anayasa Mahkemesi kararları, kamu hizmeti imtiyazı tanımının objektifliği, subjektifliği tartışması bir yana; Türkiye, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla, o güne kadar imzalamış olduğu 37 tane iki taraflı yatırım sözleşmesi, 1988 yılında onayladığı Dünya Bankası bünyesindeki ICSID Sözleşmesi (International Center for Settlement of Investment Disputes - Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez), 1991 yılında onayladığı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) ve Uluslararası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmeleriyle (European Convention on International Commercial Arbitration) çelişen bir tutum içerisine girmiştir. Uluslararası bu sözleşmeler TBMM'de onaylanarak iç hukukumuza girmiştir.

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.** Anayasa Mahkemesinin Türkiyenin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini dikkate almadan verdiği kararlar sonucunda; Türkiye ya Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda imzaladığı uluslararası sözleşmeler karşısındaki pozisyonunu gözden geçirecek (sözleşmelerden çekilecek) ya da uluslararası sözleşmeler doğrultusunda Anayasasında değişiklik yapacaktı. Türkiye bu ikilem karşısında, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerini Değiştiren Kanunla "**kamu hizmeti imtiyazı**" ve "**uluslararası tahkim**" konularında T.C. Anayasasında değişiklik yapmıştır.

Anayasa değişikliği ile yapılan, çok hoşlanmıyorum bu deyimden ama, yüksek yargının elinin kolunun bağlanmasıdır. Belki bir ifrat noktasından tefrit noktasına geldik, böyle bir gezinti noktasındayız. Bunlara birazdan tekrar döneceğiz; isterseniz esas sıcak konu olan uluslararası ticarî tahkim konusunda biraz konuşalım.

Uluslararası Ticari Tahkim

Uluslararası ticarî tahkim, beşli hukuk sisteminden oluşmaktadır. Bu hukuk sistemleri yeknesak bir süreç değildir. Tahkim hukuku belirlenirken, zaman zaman uluslararası anlaşmalar, zaman zaman ilgili kuruluş kanunları, zaman zaman da hakemlikle ilgili iç mevzuat devreye girmekte ve bunların hepsi bir bütün olarak tahkim hukukunu oluşturmaktadır. Tahkim hukukunun yeknesak bir süreç olmamasından kaynaklanan bilgi eksikliğinden dolayı geçtiğimiz dönemde Türkiye'de yapılan tartışmalarda hem üslup hem de içerik açısından büyük hatalar yapıldı; hatta ciddi bir biçimde tartışma kirliliği yaşandı.

Beşli hukuk sistemi; ehliyet hukuku, sözleşme hukuku, tahkim usul hukuku, maddî hukuk ve tanıma ve tenfiz hukukundan oluşmaktadır. Bu hukuk sistemlerinin alt başlıkları ise aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

I.Ehliyet Hukuku

1. Avrupa Sözleşmesi
2. MÖHUK (Milletlerarası Özel Usul Hukuku Hakkında Kanun)
3. İlgili Kurum Kanunu
4. ICSID
5. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Antlaşmaları

II. Sözleşme Hukuku

1. Yatırımların Karşılıklı Korunması Ve Teşviki Antlaşmaları
2. Avrupa Sözleşmesi
3. MÖHUK
4. ICSID Tahkim Kuralları
5. İlgili Kurum Mevzuatı
6. Diğer Kanunlar
 - İdare Hukuku (İmtiyaz Hukuku)
 - Özel Hukuk
 - Ceza Hukuku v.s.

III.Tahkim Usul Hukuku

1. Zorunlu Tahkim
2. 2. Milli (İç) Tahkim için Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunu (HUMK)
3. ICSID
4. ICC (Milletlerarası Ticaret Odası) Kurumsal Tahkim Kuralları
5. UNCITRAL Ad Hoc Tahkim Kuralları
6. Tarafların Sözleşmelerinde Eayin Edeceği Kurallar

IV. Maddi Hukuk

1. Taraflarca Üzerinde Anlaşılan Hukuk (Genellikle yatırımın bulunduğu hukuk yani Türk hukuku)
2. Hakemler Uluslararası Ticari Tahkimde Kaideten Nasafet Ve Hakkaniyet Kurallarına Göre Karar Veremez. Ama milli tahkimde verebilir.

V. Tanıma Ve Tenfiz Hukuku

1. New York Sözleşmesi
2. Avrupa Sözleşmesi
3. MÖHUK
4. ICSID
5. (HUMK)

Ehliyet hukuku; ilgili kurumun tahkim sözleşmesini imzalayıp imzalamayacağına yetkili olduğunu belirleyen hukuk sistemidir. Avrupa sözleşmesinde ve MÖHÜK'te bizim kamu kuruluşlarımızın tahkim sözleşmesine taraf olabileceği hususu yer almaktadır. Ayrıca değişik kurumların kuruluş kanunlarında ya da ana sözleşmelerinde bu konuya yer verilebilmektedir. ICSID tahkimine ise, sadece sözleşmeye taraf devlet ile diğer akit devletin yatırımcısı gidilebilmektedir.

Sözleşme hukuku Türkiye'yi Anayasasını değiştirmeye getiren noktadır. Tahkimin sözleşme hukuku; İmtiyaz Sözleşmelerinde ticarî tahkime yer verilip verilemeyeceği husunu tayin etmektedir. Geçen yaz döneminde gerçekte tartışılması gereken şey sözleşme hukuku kapsamında imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkime yer

verilebileceği hususu olmalıydı. Bu sorunun cevabı ise bir bütün olarak Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması, Avrupa Sözleşmesi, yine MÖHÜK, ICSID, ilgili kurum mevzuatı, diğer kanunlar ve Anayasa'da aranması gerekirken; Türkiye sadece ve sadece Anayasa Mahkemesi kararlarını konuştu. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, kararlarını alırken bu hukuk sistemini gözönünde bulundurmadı. Özellikle de Türkiye'nin uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini gözönünde bulundurmadı.

Diğer bir hukuk sistemi, Tahkim Usul Hukuku. Benim bu konuda yazılmış "Uluslararası Ticarete Tahkim Prosedürü" isimli bir kitabım var; "Tahkim Yargılama Hukuku" da diyebileceğimiz bu sistem; tahkimi yöneten, hakemlerin çalışması ve kararların alınmasını belirleyen tahkim kurumlarının çalışma kuralları manzumesidir. Ayrıca taraflar sözleşmelerinde hakemlerin çalışma usullerini belirleme hakkına da sahiptir.

Maddî hukuk anlaşmazlığın kendisine uygulanan hukuktur. Taraflar anlaşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını aralarında serbestçe kararlaştırabilir. Böyle bir anlaşma yoksa hakemler uluslararası kuralları öne çıkartarak uygun hukuk sistemini tayin eder. İç tahkimde hakemler, kaideten nasafet ve hakkaniyet kurallarına göre karar verir. Oysa, uluslararası ticarî tahkimde hakemler, kaideten hakkaniyet kurallarına göre karar veremezler; ama, taraflar anlaşmışlarsa, hakemlere hakkaniyet kurallarına göre karar verme yetkisi verebilir. Bu aynı zamanda uluslararası ticari tahkimin iç tahkime göre objektif olduğu yönünde bir gösterge olarak da ileri sürülmektedir.

Tanıma tenfiz hukuku; yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiziyle ilgili New York Sözleşmesi, Avrupa Sözleşmesi, Milletlerarası Özel Hukuk ve hepsinden ayrı tutulan ve iç hukuk içtihatlarıyla açıklanmaması gereken ve açıklanamayacak bir tahkim mekanizması olan ICSID. ICSID'in kendisine has tanıma ve tenfiz mekanizması vardır. ICSID kendi, tanıma ve tenfiz mekanizması çerçevesinde iç mahkemelere herhangi bir yetki ve görev bırakmamaktadır. ICSID Sözleşmesinin 54' üncü maddesine göre; akit devletler Sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, ICSID hükümleri çerçevesinde alınan bir hakem kararının tenfizi konusunda milli mahkemelerin her hangi bir müdahale yetkisi bulunmamaktadır.

Bu, hukuk sisteminin bize vermiş olduğu tablo da şudur (Bkz. EK I). Sanırım tahkimin bütün resmini özet olarak burada görmek mümkündür. Bu tablo, "ihtiyari" ve "zorunlu tahkim" denilen sistemi bütüncül bir şekilde kapsayacak şekilde oluşturulmuştur.

Kısaca üzerinden geçeyim isterseniz. İç tahkim, Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu kapsamında yönetilen tahkim ve zorunlu tahkimden oluşmaktadır. Zorunlu tahkim değişik kanunların kendi bünyelerinde düzenledikleri tahkim türlerinden oluşmaktadır.

Ben sağ tarafa bir an önce gelmek istiyorum; konumuzun önem arz ettiği uluslararası tahkim türüne. Şimdi, burada bir kavram kargaşası var; başta da söyledim, Türkiye'de bu işin ismi dahi daha düzgün bir biçimde konulamadı. Anayasamız da "Milletlerarası Tahkim" diye isimlendirildi enteresan bir biçimde.

Bugüne kadar tahkim literatürde "iç ve dış tahkim" diye adlandırılırdı. Bazen de dış tahkime "yabancı hakem kararları" denilmekteydi. Gündeme birden bire bir "uluslararası tahkim" lafı girince, kafalar karıştı; uluslararası neydi, iç neydi, dış neydi v.s.?.. Uluslararası tahkimin tanınması oluyormuş, tenfizi olmuyormuş gibi kavram kargaşaları.

Uluslararası ticari tahkim yönünde anayasa değişikliğini savunanlar; "hakem kararlarının tenfizi iç hukukumuza göre yapılıyor; en son tahlilde yine bizim mahkemelerimiz yetkilidir diyerek hem tenfiz işini hafife aldılar hem de ICSID'in az önce de bahsettiğim milli mahkemeleri devre dışı bırakan özelliklerini göz ardı ettiler. Bu işin karşısında olanlar da, "Olur mu canım? Bizim egemenlik hakkımızın devredildiği nokta da burasıdır" diyerek hakem kararlarının gerekçesiz olamayacağını ve hakemlerin iradelerini sadece ve sadece taraflarca hazırlanan sözleşmeden alacakları hususunu göz ardı ettiler.

Hakem kararları zaten temyiz ediliyor demek hakemlerin yetkilerinin genişliğini hafife almak demektir. Çünkü hakemlerin uyguladıkları maddi hukuka (kanuna) aykırı karar vermeleri nedeniyle, karar bozulamaz. Hakemlerin yetkilerinin genişliğini açıklayan bu konu çok önemlidir. Hakemin vermiş olduğu karar, kanunun yanlış yorumlandığı ileri sürülerek temyiz edilemez. Sadece ve sadece, "hakem bu kanunu uygulamadı" denilebilir.

Yabancı hakem kararlarının alınması ve tenfizi esasen iç tahkime göre daha objektiftir. New York Sözleşmesi referans alınarak düzenlenen MÖHUK, HUMK ile karşılaştırıldığında tenfiz konusunda ticari gelişmelere

açık, daha güvenilir, standartı daha yüksek bir tenfiz mekanizması düzenlemektedir. Ayrıca, hakemlerin, iç tahkimde kaideten maddi hukuk dışında hakkaniyet kurallarına göre karar verebilmeleri mümkünken; uluslararası tahkimde kaideten bunun tersi olduğunu da az önce belirtmişim. MÖHUK ve New York Sözleşmesine göre tahkimin yabancılığını belirleyen unsur toprak esasıdır. Türkiye'nin coğrafi sınırları içerisinde hakemler toplanıp kararlarını alıyorsa tahkim iç tahkimdir ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu usullerine göre yapılır. Hakem kararları, yabancı bir memleketin toprağı içerisinde ve onun otoritesi altında yapılıyorsa dış tahkimdir; tanıma ve tenfizi ise MÖHUK ve New York Sözleşmesi çerçevesinde yapılır. Ancak, tenfiz için yine ticaret mahkemelerinin onayı gerekmektedir.

ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes -Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez)

"Tahkim olmaz ise uluslararası yatırımcı gelmez" sloganı çerçevesinde esas öne çıkması gereken tahkim türü ise ICSID'dir. Nedir ICSID? Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü İçin Çok Taraflı Merkez (International Centre for Settlement of Investment Disputes). ICSID, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Anlaşmazlıkların Çözümü Antlaşması Konusundaki Washington Sözleşmesinin 68/2 maddesine göre 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ICSID özellikle yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü depolitize ederek, ihtilafın bütün taraflarının istekleri ve çıkarlarını dengeleyen bir platformda çözüm sağlamayı hedeflemektedir. Bunun için de Sözleşme tarafların karşılıklı anlaşmasını temin edebilmek için **"uzlaştırma"** (conciliation) ve başka bir türlü anlaşma olmaması halinde ihtilafın çözümlenmesi için **"tahkim"** (arbitration) müesseselerini ihdas etmiştir.

ICSID hakemlik hizmetlerinden yararlanmak tamamen tarafların rızasına bağlıdır. ICSID tahkimine gitme konusundaki hükümler akit devletler ile diğer akit devlet yatırımcıları arasında imzalanan münhasır yatırım sözleşmelerinde yer alabileceği gibi, devletler arasında imzalanan iki taraflı yatırım antlaşmaları ile önceden de kararlaştırılabilir. Son zamanlarda çok taraflı yatırım ve ticaret antlaşmalarında, yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde ICSID önemli bir mekanizma olarak yer almaktadır.

ICSID, aşağıda belirtilen özellikleriyle, diğer tahkim kurumlarından oldukça önemli farklılıklar arz etmektedir.

a) ICSID bir uluslararası sözleşmeyle kurulmuştur.

b) ICSID, uyuşmazlıkları çözen bir örgüt olarak faaliyet göstermenin yanında; Dünya Bankası bünyesinde ekonomik kalkınma için uluslararası yardımlaşmayı ve özellikle de doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının serbestçe dolaşımını teşvik eden bir kuruluştur.

c) ICSID Tahkim Kuralları, ICSID Sözleşmesinde yer alan milletlerarası hukuk normlarının bir araya gelmesinden oluşmaktadır. **İç hukuk ve mahkemelerin etkisinden hiç bir zaman soyutlanmayacak ticari tahkimden farklı olarak, ICSID, iç hukuktan bağımsız, kendi kendini yöneten bir sistemdir.** ICSID Sözleşmesiyle, önsözünde de belirtildiği gibi, "hakem kararına uymayı gerektiren bağlayıcı bir antlaşma tesis edilmiştir.

d) **ICSID Tahkimi mecburi bir tahkim yoludur.** Taraflar ICSID Tahkimini seçme konusunda karara vardıkları andan itibaren tek taraflı olarak bu tahkim yolundan vazgeçme hakları da sona erer.

e) **ICSID Sözleşmesine göre verilen hakem kararları, icrası istenilen ülkelerin mahkemeleri tarafından kesin hüküm olarak tanınacaktır.**

ICSID hakem heyetine sadece sözleşmeye akit bir devlet ile diğer akit devletin vatandaşı sadece aralarındaki yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan anlaşmazlıkları götürebilmektedir. Bu , uzun bir tarihi gelişimden sonra ortaya çıkan bir yapıdır. ICSID'in temel iddiası, hedefi, misyonu; yatırım uyuşmazlıklarının çözümünü depolitize etmek; yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde politik olmayan unsurları, ticarî kriterleri öne çıkartmaktır. ICSID öncesinde uluslararası ticarete kullanılan ihtilaf çözme yöntemleri, sonuçları bir hayli politize ediyordu. Bunlar neydi? Kapitülasyonlar, diplomatik korumacılık, Calvo, Drago ve Monroe doktrinleri...İleride vaktimiz olursa, soru da gelirse, tekrar bu konulara dönebiliriz. "Tahkim kapitülasyon muydu, değil miydi?" tartışmaları uzunca bir dönem Türkiye'nin gündemini meşgul etti. Özellikle ICSID tam da kapitülasyonların mahzurlarını izole etmek için ihdas edilmiş bir yöntemdir. Zaten tahkimin kendisi de uluslararası ticarî anlaşmazlıkların çözümünde politik olmayan yöntemleri öne çıkarabilmek için değişik sistemlerin;

birbirine güvenen-güvenmeyen değişik iktisadî ve siyasî sistemlerin bulabildiği yegâne yöntemdir. Bunun en somut göstergesi de 1961 yılında imzalanan Avrupa Sözleşmesidir. Avrupa Sözleşmesi, soğuk savaş yıllarında Doęu-Batı bloğunun gerginleştiği bir ortamda; Doęu'yla Batı arasındaki ticareti artırabilme yönünde, iki zıt kutbun ticari ihtilâflarını tahkim yoluyla çözmek için imzalanmıştır. Bu sözleşmeye tüm sosyalist blok taraftır. Benim ilginç bulduğum bir nokta; ismi bile "Avrupa" olan sözleşme Avrupa'da, Doęu'yla Batı ticaretini geliştirmeye yönelik bir hakemlik mekanizmasını düzenlemesine rağmen; sosyalist Küba da Latin Amerika'dan kalkıp gelip bu anlaşmaya taraf olmuştur.

ICSID tahkimini biraz daha açalım. Taraflar, akit devlet ve diğer akit devlet yatırımcısı demıştik. Tahkim davasını yöneten bağımsız bir sekreteryaya var; ICSID, tam uluslararası bir tahkim. Çünkü ICSID, uluslararası bir sözleşmeye kurulmuştur; kendi kendini yöneten bir kurumdur; kendi mevzuatı ve kendi içtihatları vardır.

ICSID hakem kararlarının alınması, tanınması ve tenfizi ile hakemlerin atanması yöntemlerinin tamamıyla ICSID mevzuatı içerisinde mütalâa edilmesi gerekmektedir. Yani iç hukuk içtihatları ile ICSID kuralları yorumlanamaz.

ICSID'te 135 tane üye devlet var. Üye devletler hakemlerini önceden bildiriyorlar. Önceden bildirilen hakemlerden oluşan bir hakem panelinden hakemler seçilmektedir. Buraya Türkiye'nin bildirdiği hakemler; Mahmut BiRSEL, Aydın Sefa AKAY, Fadullah CERRAHOĞLU, Haluk GÜNUĞUR'dur. Bunlar, potansiyel bir davada Türkiye'nin seçeceği hakemler olacaktır. ICSID 1965 yılında kuruldu ve Türkiye 1988 yılında onayladı. ICSID'e Türkiye'nin henüz götürmüş olduğu bir ihtilâfi bulunmamaktadır. Zaten ICSID'e de 135 ülkenin götürmüş olduğu ihtilâf sayısı 63 tanedir. Bu davalardan 27 tanesi sonuçlandı; 36 tanesinin duruşması devam etmektedir.

Yatırım uyuşmazlıkların çözümünde esnek ve etkili bir mekanizma sağlamanın yanında, ICSID yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde egmenlik endişelerini de göz önünde bulundurmıştır. ICSID'e gitmeden önce iç hukuk yollarının tüketilmesi (ICSID; m., 26/2), anlaşmazlığa uygulanacak hukukun serbestçe belirlenmesi (ICSID; m., 42) ve diplomatik korumacılık (ICSID; m., 27/1) maddeleri yatırım anlaşmazlıklarının çözümünü depolitize ederek; yabancı yatırımcı ve gelişmekte olan ülkelere, yatırım anlaşmazlıklarının halinde dengeli bir mekanizma sağlamaktadır.

ICSID Sözleşmesi, ihtilafların halli konusunda, yatırımcının, kendi devletinden diplomatik korumacılık talep etmeden, uluslararası platforma doğrudan katılımını sağlar ve ihtilaf tarafı devletin, ICSID'e gitme konusunda rızasını beyan ettikten sonra, duruşmaların gidişatını engellemesine de mani olur. Örneğin Türkiye, dışarıdan gelen bir yatırımcıyla ihtilâfa düştüğü anda; yabancı yatırımcı Türkiye'yle olan ihtilâfında kendi Devletini taraf olarak ihtilafın çözümüne davet edip diplomatik korumacılık hakkında bulunamayacaktır.

Diplomatik korumacılık hakkı kapitülasyonların en önemli mahsurlarından bir tanesidir. Diplomatik korumacılık, ticari uyuşmazlıklarda devletleri savaş noktasına getiren ve hatta özellikle Lâtin Amerika ülkelerinde Avrupa devletlerinin savaş, maraza çıkartmak için kullandıkları bir yöntemdir. Yabancı yatırımcıların devletinin gönderdiği askeri güçler yatırımın yapıldığı ülkeye askeri müdahalede de bulunuyordu. "Bunun tipik bir örneği "Jecker" davasıdır. Meksika Devleti bir İsviçre-Fransız Bankasıyla 75 milyon Fransız Frangı tutarında kredi sözleşmesi imzaladı ve bu kredinin 4 milyon FF'lık kısmını kullandı. Fransa, Meksika'nın bu krediyi geri ödememesini bahane ederek, 1861-1862 yıllarında Meksika'ya askeri müdahalede bulundu."

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları doğrultusunda, Danıştay incelemesinde imtiyaz sözleşmelerinden tahkim şartı çıkartılıyordu. Ancak imtiyaz sözleşmelerinde tahkime yer vermemek esasen tahkimi uygulamamak anlamına gelmiyordu. Yatırım sözleşmeleri dışında ICSID'e gitmenin diğer bir mekanizması ise Yatırımların Karşılıklı Korunmasını ve Teşvik Anlaşmalarıdır. Türkiye 38 devletle Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvik Anlaşması imzalamıştır. Bu 38 anlaşmadan 32 tanesinde ICSID tahkim mekanizması olarak yer almaktadır. ICSID içtihatlarına göre ICSID tahkimine bir uyuşmazlığın götürülmesi için ya akit devlet ile yatırımcı arasında ICSID'i yetkili kılan bir tahkim sözleşmesi ya da yatırımcının devleti ile diğer akit devlet arasında imzalanan iki taraflı bir yatırım sözleşmesinde ICSID'e yer verilmesi gerekmektedir. İhtilafları çözme konusunda ICSID hakemliği bir defa kabul edildikten sonra da tarafların geri dönmesi söz konusu değildir. Tahkim sözleşmeleri genelde gizli olmasına rağmen ICSID'in iki taraflı yatırım anlaşmalarına verdiği önem literatürde "gizliliği olmayan tahkim" (arbitration without privity) olarak isimlendirilmektedir.

Ben bunu birkaç yerde de söylemişim; bu durum bir Zaire davasında yaşandı, Türkiye'de Zaire olabilir dedim. Hakikaten böyle bir risk de yaşıyoruz. İç reflekslerimizle bazı yükümlülüklerimizi tanımıyoruz ama, uluslararası kuralların da şakaya gelir yanı olmadığını bilmemiz lazım. İki taraflı yatırım anlaşmasındaki şartta binaen Türkiye ICSID'e götürüldüğü zaman, orada ne Anayasa Mahkemesi, ne idare hukuku mevzuatı, ne İdari Yargılama Usulü, ne de Danıştay; hiçbirisi olayın öznesi değildir. Tartışmalarda ben bunları söylerken, özellikle yüksek yargı mensupları biraz alındı; "hiç bir şey Türkiye'nin yargısının üzerinde değildir" denildi. Bu konu tabii ki doğru. Ancak neyin Türk yargısı içinde olacağı neyin olmayacağı ise cevaplandırılmayı bekleyen diğer önemli bir sorundur. Türkiye'nin yasaması, yargısı, yürütmesi birdir. Uluslararası muhataplık söz konusu olduğu zaman, uluslararası muhataplar, yargıyı ayrı, yasamayı ayrı, yürütmeyi ayrı muhatap almaz; Türkiye'yi bir bütün olarak muhatap alır. O nedenle de, uluslararası kuralları yorumlarken Türkiye'yi bir bütün olarak öne çıkarmak daha doğrudur. İlgili idare, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, özel hukuk, idare hukuku gibi konular alt başlıktır ve tamamıyla bizim iç sorunumuzdur. Bunlar Türkiye'yi uluslararası yükümlülüklerinden kurtarmaz.

Yabancı Yatırımcı Uluslararası Tahkimi Neden İstiyor?

İki taraflı yatırım sözleşmelerindeki şartta istinaden tahkime gitmek mümkünse yabancı yatırımcı niye hala tahkim için Anayasa değişikliği istiyor? Yabancı yatırımcılar bunda neden çok ısrar etti veya konu niye bu kadar yoğun tartışıldı? İki taraflı yatırım sözleşmelerine istinaden, sadece bu sözleşmelerde nitelenen uyuşmazlıklar için tahkime gidilebilmektedir. Kritik nokta iki taraflı anlaşmanın kapsamı. Yatırım anlaşmaları esasen, ICSID'in kendisi de ihtilaf çözümünü depolitize etmek için kurulmuş mekanizma olduğu için, politik riskleri kapsamaya çalışmaktadır. Bu aşamada risk tanımını iyi yapmak gerekmektedir. Yabancı yatırımcılara hiç kimse şunu sormadı; "siz neden tahkimi bu kadar istiyorsunuz?" Yabancılar Türk yargısına güvenmiyor; yargı ağır çalışıyor gibi konuyla çok da doğrudan ilgisi olmayan açıklamalar gündeme geldi. Tahkim hızlı bir mekanizmadır, esnek bir mekanizmadır. Bunlar doğrudur, ama her zaman doğru değildir. Özellikle ICC bünyesinde. beş yıl sonuçlanmayan hakem kararları vardır. Hakemlik masraflı bir mekanizmadır; hakem kararları yanlı olabilir; bunlar da doğrudur. Ancak, yanlı olmak, kararın tartışılır olabilmesi yargının

yumuşak karnını oluşturuyor. Verilen her türlü kararın içerisinde tartışılabilen bir nokta bulunabilir. Adaletin dağıtıldığı bir yerde, somut bir ölçü olmadığı müddetçe, her türlü karara, özellikle canı yanan insanların itiraz etme hakkı ve kararı yanlı bulma şansı vardır; tahkimde de vardır, mahkemelerde de vardır. Yani bu tartışmada öne çıkan bir gerekçe değildir... en azından benim için değildir.

İki taraflı yatırım anlaşmaları politik riskleri korur ve bunlardan kaynaklanan ihtilafların hakemlik mekanizmasıyla çözümlenmesini öngörür demiştik. Politik risk, genel olarak; ev sahibi ülke tarafından alınmış ve yatırımcının yatırım üzerindeki mülkiyet hakkının, tasarrufunun ve diğer haklarının kaybolması veya kısıtlanması sonucunu doğuran düzenlemeler (kamulaştırma); vergi ve/veya diğer kanunlarda yapılan değişiklikler ile yatırım üzerinde kamulaştırma etkisi yaratacak ilave yükümlülük getirilmesi; yatırımcının yatırımdan sağladığı kar payları ve diğer parasal kazançlarını ev sahibi ülke dışına transfer etmek üzere yerel para biriminden başka bir yabancı para birimine dönüştürmesini ve/veya bu parayı yurtdışına çıkarmasını engelleyen düzenlemeler (transfer kısıtlamaları) ya da ev sahibi devletin verdiği bazı izin ve **garantileri** geri alması gibi hususları kapsamaktadır.

Ev sahibi devletin bu vermiş olduğu izinlerden, garantilerden imtina etmesini engelleyebilmek için de ICSID devrededir. Bu politik riskler de çok sık oluşmadığından olsa gerek; ICSID üyesi 135 devletin, 34 yılda 63 davası tahkime götürülmüş. Yani, ihtilâf denilen hâdise de öyle çok çıkan bir şey değil; çünkü yatırım anlaşmazlığıdır bu. Yatırım yapmaya gelen insan bir ülkeye 20 yıllığına kalmaya gelmiştir. 20 yıllığına kalmaya geldiği ülkede de yatırımcının, geçinmeye biraz gönlü vardır.

Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmeleri çerçevesinde, daha doğrusu yap-işlet-devret uygulama sözleşmeleri çerçevesinde yabancı yatırımcıların tahkim isteme yöntemleri biraz daha farklı. İsterseniz bunlara biraz değinelim.

Tahkim mekanizmasında bir ihtilafın tarafları arasında eşitlik vardır. Taraflardan birinin iradesi ötekisinin iradesine; menfaati ötekinin menfaatine üstün sayılmaz. Taraflardan hiçbiri kendi iradesini karşı tarafa zorla kabul ettiremez. Oysa İdare Hukuku alanındaki hukuki ilişkilerde tek yanlılık ve eşitsizlik hakimdir. İdarenin menfaati, yani kamu yararı; kişilerin menfaatlerine üstün sayılır. İdare, tek yanlı olarak kendi iradesini karşı tarafa zorla kabul ettirme imkanına sahiptir. Bu kural ticaretin, ticari işlemlerin eşit

taraf arasında yapılabileceği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu kurala istinaden, idare, kamu yararı adına, fiyat, satın alma veya girdi temini konularında verdiği garantilerin bir kısmını veya tamamını, zaman içerisinde geri alabilir. Kamu yararı subjektif bir kavramdır. Faaliyetlerini kar maksimizasyonu üzerinde rasyonel kılan firmalar ise gerçekçi, şeffaf ve öngörülebilir kurallar ile ticaret yapmak istemektedir. Diğer bir deyişle, imtiyaz sözleşmeleri kapsamında idarece yapılan subjektif tanımlar ile ticaretin öngörülebilir kurallarla yönetilme arzusu birbiriyle bağdaşmamaktadır.

İdare Hukuku kapsamında imtiyaz sahibi, kamu hizmetini imtiyaz sözleşme ve şartlaşmasının hükümleri çerçevesinde ve kamu hizmetinin genel ilkeleri uyarınca yürütmekle yükümlüdür. Yüklenici, idarenin kusurunu, maddi veya mali güçlükleri öne sürerek bu borcundan kurtulamaz; İmtiyaz sahibi yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek zorundadır. İmtiyaz sahibi yüklendiği hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi teknik bilgi, yetenek ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olup, kamu hizmetlerinin idarenin iradesi dışında başkalarına gördürülmesi düşünülemez. Mali güç savı, YİD projelerinde yerli/yabancı kreditorlerin finansman fonksiyonunu önemli ölçüde ihmal etmektedir. YİD projelerinin önemli bir kısmı (%80 lere kadar) kredi ile finanse edilmektedir. Kreditor nakit yönetiminde başarısız olan uygulayıcı firmanın yerine, –tabi ki proje konusunda uzman- başka bir firmanın işi sürdürmesini talep etmek hakkına sahip olmak istemektedir.

Türkiye'nin, bölgesel ve uluslararası entegrasyon ilişkilerinde etkisiyle ticaret ve yatırım politikalarında serbestleşmeye gittiği ve devletin ekonomiye müdahalesinin işletmecilikten düzenleyiciliğe doğru dönüştüğü gerçeğine rağmen; Anayasa'da devletleştirme hükmü bulunmaktadır. Anayasa'nın 47 nci maddesine göre yasama organı bir devletleştirme yasası çıkarsa; idare bu yatırımları kamulaştırırsa; yatırımcı itiraz için Danıştaya gittiğinde; Danıştay bu işleme hayır diyebilir mi? Danıştay uygunluk denetimi yapan bir mekanizma olarak; yasaya bakacak, "evet, Anayasaya uygun çıkmış bir yasadır, devletleştirme uygundur" şeklinde bir karar verecektir. Yatırımcının kamulaştırma bedeli konusundaki itirazı karşısında da hazine çıkarı adına ilgili idareyi haklı bulacaktır. Veya Merkez Bankasının rezerv birikimi konusunda ortaya çıkacak bir kriz karşısında sermaye transferleri yasal olarak kısıtlansa ve yatırımcı kârını yurtdışına transfer

edemese; yatırımcı Danıştaya gidip ben paramı dışarıya çıkaramıyorum dese; Danıştay aynı gerekçelerle yine idareyi haklı bulacaktır.

Bunlar idare hukuku kapsamında ticaretin eşitlik ilkesinden istifade etmek isteyen yatırımcıların muzdarip olduğu konulardır. Ama, yap-işlet-devret özelinde yatırımcıların muzdarip olduğu esas konu garantilerdir. Yap-işlet-devret sözleşmelerinde, idare yatırımcıya, uzun süreli fiyat, alım, hammadde temini konusunda garantiler verilmektedir. Bilmiyorum, takip edeniniz olmuş mudur; bundan birkaç sene önce Pakistan'da ve Endonezya'da enerji sektörü yatırımlarında yatırımcılar ile devlet arasında verilen garantiler yüzünden ihtilaflar meydana geldi. Endonezya'da Suharto'dan sonra iktidara gelen Habibi hükümeti, Pakistan'da Benazir Butto'dan sonra gelen Nawaz Şerif hükümeti kendilerinden önce imzalanan enerji sözleşmelerindeki verilen miktar ve fiyat garantilerinin çok yüksek olduğunu; ülkenin bu üretimi tüketemeyeceğini ve bu fiyatı ödeyemeyeceğini, bu nedenle miktarın ve fiyatın düşürülmesi gerektiğini söyledi ve ihtilâf vuku buldu. Bu ülkelerde yatırım yapan enerji firmaları bu ihtilafı yıllarca çözemedi ve alacaklarını da tahsil edemedi. Uluslararası reyting kuruluşları enerji firmalarının kredi değerlilik notunu CCC'ye kadar düşürdü. Bu durum, doğal olarak, Türkiye'deki enerji şirketlerini de harekete geçirdi.

Türkiye'de garantili enerji işi alan yatırımcılar, Dünya kredi pazarına çıktıklarında kendilerine Endonezya ve Pakistan örnekleri hatırlatılarak; kendilerinden, tabi ki hepsinden değil -fiyatları gerçekten yüksek olanlardan- garantileri garanti edecek bir mekanizma isteniyor. Nedir bu mekanizma? Tahkim. Enerji kreditorleri bir sonraki hükümetin verilen yüksek fiyat garantilerini değiştirmesinin her an mümkün olabileceğini; o nedenle de bu garantileri garantiye alabilmek; bu sözleşmelerdeki garantilerin ileride yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkacak ihtilafları kolayca çözmek için; tahkim istiyor. Çünkü, hakemler iradelerini taraflar arasındaki sözleşmeden alır. Sözleşmede hakeme ne kadar irade verilmişse; hakemler o irade dahilinde; verilen standartlar ve tarafların koymuş olduğu müeyyideler çerçevesinde kararlarını verir. Zaten bunları yapmadıkları anda da hakem kararları bozulma sebebidir. Hakemlerin kendilerine verilen usule uygun davranmamaları kararın bozulma gerekçesidir.

Anayasa Değişikliği

Bütün bu gelişmeler neticesinde yapılan Anayasa değişikliğine göre;

1. 47 inci maddede yapılan değişiklik ile maddenin kenar başlığı "Devletleştirme ve özelleştirme" olarak değiştirilmiş ve maddeye yeni iki fıkra eklenerek özelleştirme işlemi Anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. Diğer taraftan kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin -Yasama Organınca- kanunla belirlenmesi öngörülmüştür. Böylelikle bugüne kadar Anayasa Mahkemesince imtiyaz olarak nitelenen bazı hizmetlerin -imtiyaz- idare hukuku yerine özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilmesi imkanı getirilmiştir.

2. 125 inci maddede yapılan değişiklikle, imtiyaz sözleşme-lerinden kaynaklanan ihtilafların hallinde milli veya milletlerarası tahkime yer verilebileceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Ancak milletlerarası tahkime sadece yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilecektir.

3. 155 inci madde değişikliği ile Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi, iki ay içinde düşünce bildirme şeklinde değiştirilmiştir.

Bugüne kadar idare hukukunun kapsamı veya imtiyaz sözleşmelerinin tanımı, kamu hizmetinin tanımı Anayasa Mahkemesinin ilgili kararlarında yapılmıştı. Bu, biraz da tartışmalı bir karardı, oraya girmeyeceğim. Ancak imtiyaz ve tahkim serüveni, Anayasa Mahkemesinin bizatihi kendisinin, Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasının ihlâline giderek; bir kanunun iptali gündemdeyken, yasa koyucu gibi yeniden subjektif bir kamu hizmeti imtiyazı tanımı getirdiği tartışmaları çerçevesinde başlamıştı. En sonunda Anayasa'da yapılan değişiklikle, idare hukukunun kapsamını tayin etme konusunda yasama organına yetki verildi.

Diğer bir değişiklikle, imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülebileceği gibi bir düzenleme yapıldı. Yabancılık unsuru da soru gelirse ileride açabileceğimiz bir konu. Yabancılık unsuru ne kastediliği anlaşılmayan, bu önergeyi verenlere de sorulduğunda ne olduğunu anlatamadıkları bir sıfattır. Bu husus tahkim kadar da tartışılmaya açık bir

konu. En azından benim yabancılık unsurunun içeriği hakkında söyleyecek çok şeyim var.

Diğer bir konu da, imtiyaz sözleşmeleri karşısında Danıştayın fonksiyonunun değiştirilerek; Danıştay'ın inceleme yetkisinin, görüş bildirme şeklinde değiştirilmesi. Uyum yasaları henüz gündeme gelmedi. Uyum yasaları gündeme geldikten sonra bu konular üzerinde biraz daha tartışma yapılacaktır.

Tahkim Sözleşmesinin Önemli Unsurları

Anayasa değişikliğinden sonra imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası ticari tahkime yer verebiliyoruz ve tahkim sözleşmesini imzalama aşamasına geliyoruz. Tahkime muhatap olan bir sözleşme tarafının tahkimde, bir sözleşmeyi imzalamadan önce, örnek olaylardan çıkarabildiğim kadarıyla, en az şu kadar şeyi göz önünde bulundurması gerekiyor:

1. İç hukukta ihtilafın tahkime götürülmesinin caiz olup olmadığını,
2. Tahkim sözleşmesinin kapsamı, şekli ve buna uygulanacak hukuku,
3. Tahkim yeri hukukunu,
4. Tahkimin dilini,
5. Hakemlik prosedürüne uygulanacak kurumsal veya ad hoc tahkim kurallarını,
6. İhtilafın kendisine uygulanacak maddi hukuku,
7. NY Sözleşmesi,
8. Avrupa Sözleşmesi,
9. ICSID Sözleşmesi
10. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Antlaşmaları,
11. MÖHUK,
12. HUMK' un ilgili maddeleri,
13. İlgili Yargıtay içtihadı birleştirme kararları ile emsal kararların bazen önemli bir kısmını, bazen tamamını,
14. Tahkim kurumlarının içtihatlarını
15. Bilimsel İçtihatları.

Bir tahkim sözleşmesine ev ödevi gibi hazırlanırken, zaman zaman bunların birini, zaman zaman hepsini öne çıkartarak, en az bu kadar şeyin

bilinmesi gereklidir. En az bu kadar şeyi bildikten sonra da, sözleşmelerde en ufak detaylara dahi yer verilmesi gereklidir.

Tahkim sözleşmesi denildiğinde iki yöntem vardır. Birincisi, konu olduğu ticari sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim şartı; ikincisi de ticari sözleşmeden bağımsız yapılan tahkim sözleşmesidir.

Ticari sözleşmenin içerisinde yer alan tahkim şartı, bu işin en basiti ve en kolayıdır. Ticari sözleşme düzenlendikten sonra; sözleşmenin sonuna gelinir ve bir madde bir şey yazılır; "Bu sözleşmeden kaynaklanan her türlü ihtilafın çözümünde, -adres gösterilerek, ICSID, ICC, UNCITRAL v.b.- hakemlik kuralları uygulanır." Türkiye'de imtiyaz sözleşmelerinde yapılan tahkim sözleşmesi budur.

Tahkimde sözleşmeyle hakemlere irade verildiğinden; hakemlerin iradesi, hata yapması, yanlı/yanlış karar vermesi tamamıyla sözleşme aşamasında tarafların yapabileceği hata ve/veya başarılarına, müzakere kabiliyeti ve bilgisine bağlıdır. İyi bir tahkim sözleşmesi hazırlayıp daha sonra da dava açıp savunabilmek için, öncelikle tahkim hukukunun çok iyi bilinmesi gerekmektedir. İçinde yabancı unsur bulunan özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak en uygun hukuk sistemini bulmak formasyon fonksiyonu yüksek bir hukuk ve zihin sporudur.

Uluslararası tahkime taraf olacaklar, tahkimin genel unsurlarını en baştan göz önünde bulundurmalı ve bazı soruların cevabını tahkim sözleşmesi imzalamadan önce düşünmeli ve mümkün olduğunca da cevaplandırmalıdır.

1. Tahkimin Kapsamı

i. İhtilafın, mahkemeler yerine, tahkimle çözümü cihetine gidilmesi uygun veya gerekli midir? Diğer bir deyişle ne tür ihtilaflar (**politik/ticari**) tahkime konu olacaktır? Yatırım ve işletme dönemi ile ilgili faaliyetlerde tarafların sorumluluğu nedir? Bu sorumlulukların ihlaline karşı en iyi yaptırım hangisidir?

ii. Tahkimin çeşitli aşamalarında uygulanacak hukukun tespitinde prensipler nelerdir?

iii. Tahkim için ayrı bir sözleşme yapmak gerekli midir ya da ana sözleşmeye konulacak bir tahkim şartı yeterli olacak mıdır?

2. Tahkimin Yönetimi

- i. Tahkim ne zaman ve nasıl başlamalıdır?
- ii. Hakemler nasıl atanmalıdır? Hakemler atandıktan sonra nasıl çalışmalıdır? Hakemlerden birisi veya hepsi sorumluluklarını ihlal ederse ne olacaktır? Hakemler, ihtilaf taraflarına karşı bağımsız ve tarafsız kalabilecek midir?
- iii. Dava nasıl ele alınır ve iddia ve delil yöntemleri nelerdir?
- iv. Davanın konusu nedir ve ihtilafın halli ile ilgili olarak hakem kararı ne olabilir?
- v. Taraflara, savunma yapabilmek için, yeterli ve eşit fırsat verilecek midir?
- vi. Hakem kararı, kısa bir sürede alınabilecek midir?
- vii. Geçerli ve uygulanabilir bir karar için neler gereklidir?

3. Hakem Kararlarının Tenfizi

- i. Tanıma ve tenfiz için gereken şartlar nelerdir?
- ii. Tenfiz için nasıl bir usul uygulanacaktır?
- iii. Kaybeden taraf için muhtemel itiraz mekanizmaları neler olabilir? Kaybeden taraf bu mekanizmalar ile lehe sonuç almada (kararı uygulatmamakta) ne denli başarılı olabilir?

Tahkimin kapsamının tayininde sözleşmenin hangi kısmının tahkime götürülebileceği, hangi kısmının götürülemeyeceği (politik risk ve ticari riski ayırımı), özellikle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde çok önemli bir konudur ve sözleşme düzenlenirken mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Az sonra bu konuya YİD sözleşmeleri nedeniyle yeniden döneceğim.

Tahkimde uygulanacak hukuk; deminki bahsettiğim beşli hukuk sistemindeki, ehliyet, sözleşme, usul, maddi ve tanıma/tenfiz hukukunda nelerin kullanılacağıdır. Diğer bir konu ticari sözleşmeye sadece tahkim şartı mı konulacağı ya da ayrı bir tahkim sözleşmesinin düzenlenmesinin mi daha doğru olacağı hususudur.

Tahkimin yönetimi; hakemlerin atanması, yetkileri, sorumlulukları; davanın görülüş yöntemleri, hakem kararının şekli ve içeriği sözleşmede göz önünde bulundurulması gereken önemli konulardır. Örneğin bir faiz hesaplamasında hakeme iradesi baştan verilebilir. Faiz hesaplamalarında Libor mu yoksa kanuni faiz mi esas alınacak; bu konu en baştan sözleşmede

belirlenebilir. İleride bir parasal maliyet hesaplarken, taraflar "faiz hesabı libor+2 üzerinden yapılacak" derse, hakem de "libor+2" yi esas alır. Eğer hakem, tarafların "libor+2" kararı dururken; Amerikan hazinesinin 30 yıllık devlet borçlanma tahvillerinin faizini esas alırsa, bu hakem kararının bozulma sebebidir. Ama sözleşmede bu hususlar yer almazsa, tabi ki hakem, uluslararası ticaretin alanına girdiğine inandığı bir şeyi, taraflardan birisinin işine gelir gelmez, -tabi ki bir karar iki taraftan birinin işine gelmeyecektir- seçebilir.

Tarafların savunma yapabilmek için kendilerini ne kadar sürede ve ne ortamda yeterli hissedecekleri; hakem kararının alınması için sürenin tayini; kararın geçerlilik kazanabilmesi için yapılabilecekler; hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için gereken şartlar, tenfiz için uygulanacak usul; tahkim sözleşmesinde önceden cevaplanması gereken hususlardır.

Sıkça karşılaşılan bir konu ise kaybeden tarafın hakem kararı karşısında kararı uygulatmamak için hileye başvurması veya tenfize direnmesidir. Bu konunun özellikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Çünkü en iyi karar uygulanabilen karardır.

Dünya Bankası bünyesindeki ICSID tahkimini öne çıkartan unsurun, ICSID'de alınan hakem kararlarının tanınması ve tenfizindeki otonomluk olduğuna daha önce değinmiştik. ICSID hakem kararları, tanıma ve tenfiz için milli mahkemelere götürülemez. "Kararı uygulayacak yatırıma ev sahipliği yapacak devletin, kararın parasal yükümlülüklerini kendi mahkeme kararı gibi anında yerine getireceği", ICSID sözleşmesinde çok açık biçimde yer almaktadır. ICSID'in bir diğer önemli özelliği, ICSID sekreteryasının 135 tane üye devletten herhangi bir tanesine hakem kararının tenfizi için doğrudan başvurabilmesidir. Diğer bir deyişle bir devlet kararı uygulamazsa sekreteryaya bu devletin diğer bir ülkede bulunan malvarlığı için o ülke devletine başvurabilir. Örneğin, Türkiye'nin ödemesi gereken bir meblağ, Türkiye'nin direnmesi halinde, 135 üye devletten herhangi birindeki mal varlığıyla tahsil edilebilir. Türkiye'nin Belçika'daki (X) bankasındaki, Fransa'daki (Y) bankasındaki hesabı, Alman Merkez Bankasındaki parasal varlığı tenfiz için kullanılabilir. Bu paranın, TEAŞ'ın, Devlet Su İşlerinin, Kömür İşletmelerinin ya da Merkez Bankasının olması gerekmiyor. Çünkü ICSID'in tarafı devlettir. Karikatürize ediyorum ama, Sekreteryaya TEAŞ'ın ödemesi gereken bir meblağı Türk Hava Yollarının New York'taki bir airbus'ına el koyarak tahsil edebilir. Umarım başımıza gelmez ama bu konularda yapılacak hatalar Türkiye'yi bu gerçeklerle yüz yüze getirebilir.

Bu nedenle bu kadar kritik bir konuda sözleşme hazırlıklarının oldukça ciddi yapılması gerekmektedir.

Bundan sonra, devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının halli mekanizması olarak uluslararası tahkim denildiğinde, gündeme sadece ICSID gelecektir. ICSID de Türkiye'nin gündemine, tabi ki bu işin yetkin insanları biliyorlardır bu işi ama, en azından benim bildiğim kadarıyla imtiyaz sözleşmesi imzalayan kamu kuruluşlarının gündemine üç-beş ay önce girdi.

Tahkim mekanizmanın şakaya gelir yanının olmadığı gerçeği; tahkim sözleşmesinin hazırlık aşamasının; hangi ihtilafların tahkime götürülmesi, hangilerinin ise milli mahkemelere götürülmemesi gerektiğinin önceden tayin edilmesinin önemini öne çıkartıyor.

İmtiyaz sözleşmelerini biraz açalım ve tekrar başladığımız yere dönelim. Ben de konuşmamın sonuna doğru yaklaşıyorum.

İmtiyaz Hukuku ve Özel Hukuk

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarında; kamu hizmetini, "kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler"; imtiyazı ise "kamu hizmetinin sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir 'idari sözleşme' uyarınca özel hukuk kişilerinince yürütülmesi" şeklinde tanımlanmıştı. Bunu, idare hukukçuları çok tartıştı. Ben hukukçu değilim ama, okuduğumu anlayan birisi olarak; bu işin teorik boyutunu, objektiflik/subjektiflik ölçütünü bir tarafa koyduğumda bu tanımdan somut bir şey anlamadım. Samimiyetimle itiraf ediyorum, bu işlerin içinde de biraz dolaştım, hiçbir şey de anlamadım ben bu tanımdan.

Anayasa Mahkemesi yaptığı tanımda; "ben, etkinliği, niteliğine bararak kamu hizmeti imtiyazını anlarım" diyor. Yüksek mahkeme sonra da etkinliğin niteliğine bakarak "elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı imtiyazdır" diyor. Buradan şu sonuç çıkıyor: eski uygulama devam etseydi, Anayasa Mahkemesi bir konuda fikir beyan edesiye kadar neyin imtiyaz olduğunu anlayabilmek pek mümkün olmayacaktı. Anayasa Mahkemesi, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı önüne geldi "imtiyaz" dedi; yap-işlet-devret mevzuatı önüne geldi "imtiyaz" dedi; "halâ nelerin imtiyaz olduğu" Anayasa Mahkemesi fikir beyan edene kadar da bilinmeyecekti.

Ticaret ve sanayideki hızlı gelişmeleri Yüksek Mahkeme'nin bu tür subjektif ve statik bir tanımıyla açıklamak mümkün değildir. Ben bu konuda tipik bir örnek veriyorum; eğitimciler, pedagoglar, çocuk eğitimde 10 yaşına kadar olan sürenin önemli olduğunu söylüyor. Özellikle kreş eğitiminde 3 ilâ 6 yaş arasındaki sürenin çocuğun bir ömrünü tayin ettiği söyleniyor. Türkiye'de eğitim gibi önemli bir kamu hizmeti özel kreşlere de gördürülüyor. Şimdi kreşte geçen bu 3 yıl kısa bir süre midir? Diğer bir deyişle, 30 yıl büyüktür 3'ten demek, elektrik üretimi çocuk eğitiminden daha önemlidir anlamına mı geliyor. Her şart altında 30 yıl 3 yıldan daha mı önemlidir? O zaman, bir sözleşme 25 yıl olur da öbürü 35 sene olursa önem derecesi değişecek mi? Bunu biraz subjektif buluyorum ben. Öğretide Anayasa Mahkemesinin tanımında kullandığı ölçüte "objektiflik" deniliyor. Ancak, benim anlayışında oldukça subjektif Yüksek Mahkeme'nin kararı.

İdare hukukunun kapsamının tayininde 19 uncu yüzyılda kamu gücü ölçütü kullanılmıştır. Bu ölçütün yetersizliği sonucunda kapsamın tayininde kamu hizmeti ölçütüne geçilmiştir. Ancak devletin ekonomik ve toplumsal yaşama daha da fazla müdahale ederek; özel kişilerce de yürütülen ticari, sınai veya iktisadi faaliyetleri de üstlenmeye başlamasıyla; kamu hizmeti kavramı giderek belirsiz hale gelmiş ve idare hukukunun düzenleme alanını belirleyecek bir ölçüt olmaktan çıkmıştır. **Kamu hizmetlerinin tümü idare hukukuna tâbi olmayıp, bazıları özel hukuka da tâbi kılındığından, kamu hizmeti ölçütü idare hukukunun düzenleme alanını belirlemede yetersiz hale gelmiştir.** Bu nedenle, son tahlilde, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesi, Yasama Organının takdiri içinde olmalıdır. Yasama Organı, idareye ilişkin belli bir alan ya da konunun özel hukuktan farklı bir düzenlemeye gerek gösterdiği düşüncesinde ise, bu alan ya da konu idare hukukuna tâbi tutulacak, yok eğer o alan ve konunun özel hukuktan farklı bir düzenlemeye gerek göstermediği kanısında ise, o alan ya da konu özel hukuka tâbi tutulacaktır. Kamu hizmeti ve yatırımlarının özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği hususu Anayasal olarak düzenlenirken, T.C. Anayasası öğretideki son gelişmelerle de uyumlu hale getirilmiştir

Ancak yasama organının Anayasa'dan aldığı bu yetkiyi nasıl kullanacağı konusunda benim endişelerim bulunmaktadır. Esasen, uyum yasaları üzerine birtakım tahminlerde bulunmak istiyorum; bunları değişik yerlerde yazdım da, söyledim de. Bunların içerisinde bildiklerim var,

tahminlerim var, endişelerim var. Bundan sonraki konuşacaklarımda sizlerle endişelerimi de paylaşacağım. Yani, uyum yasalarını görünceye kadar, en son tahlilde, yılbaşından sonrasına kadar bu spekülasyonlar değişik platformlarda da yapılacak. Umarım, uyum yasalarında spekülasyona konu olmayan değişiklikler söz konusu olabilir.

Anayasa değişikliğinden sonra yap-işlet-devret modeli hâlâ imtiyaz hukuku kapsamında tutulursa yabancılık unsuru taşıyan YİD sözleşmelerinde milletlerarası tahkime yer verilebilecektir. Endişem bu noktadan kaynaklanıyor. YİD modeli ilgililerce idare hukuku kapsamından özel hukuk kapsamına alınmak istenmektedir. Gerçekten de, bunca zamandır istenilen tahkim değil, YİD modelini tamamen özel hukuk kapsamına almaktır. **Çünkü -az önce yabancı yatırımcıların tahkimi istemeleri gerekçelerini açıklarken üstü kapalı olarak da değinmiştim-yabancı yatırımcının rahatsızlık duyduğu konu idari yargının ağır ve taraflı çalışması değil; idare hukukunun bizzat kendisidir.**

Burada iki sorunun çok iyi cevaplanması gerekiyor. Anayasanın 47 inci maddesine ilâve edilen madde doğrultusunda yasama organı takdir yetkisine istinaden; neyin idare hukuku, neyin özel hukuk kapsamında olduğunu tayin ederken nelere dikkat edecektir, hangi ölçütü kullanacaktır. Bu noktadan, sonra bir paradigma kayması yaparak hukuki literatürden iktisadi alana geçmek istiyorum. Aslında, genel hatlarıyla bakıldığında hukuktaki imtiyaz kavramıyla iktisattaki doğal tekel kavramının örtüştüğü görülmektedir. Diğer bir deyişle, iktisattaki somut ölçütlerle nitelendirilebilen doğal tekellerin tayini ve düzenlenmesini hukuk disiplinine taşırsak imtiyaz sorununa da bir çözüm getirmiş oluruz.

Paradigma kaymasını bir kere yaptık mı; oyunun ajanları da hemen değişiyor. İmtiyaz şirketi yerine doğal tekel; Danıştay yerine rekabet ve düzenleyici kurumlar. Demek ki, Danıştayın fonksiyonlarını değiştiren anayasa değişikliğini çok abartmamamız gerekiyor. Ben de, Danıştay bir dönem bu işi incelesin, görüş bildirsin falan dedim. Ancak bu talebim, Danıştayın bu konuda yetkin olduğuna inandığımdan değil, mevcut yegâne kurumun Danıştay olmasından kaynaklanıyordu. Keşke konunun uzmanı düzenleyici kurumlar mevcut olsa da bu tartışmalara onlar da kurumsal uzmanlıklarıyla katılabilseler.

Altyapı hizmetlerinin özel sektöre açılmasında dünyada yaşanan genel eğilim; dikey olarak entegre olmuş sektörleri ayrıştırmak rekabete

açılabilen bölümleri rekabet kurumlarının, rekabete teknik olarak açılmayan doğal tekellerin düzenleyici kurumların denetimine bırakılmasıdır.

Bu durumda neyin doğal tekel ya da imtiyaz olduğuna ve idare hukuku kapsamında tutulması gerektiğine; diğer bir deyişle hangi sektörlerinin rekabete açılarak özel hukuk kapsamına alınacağına yasa koyucunun teker teker sektör bazında karar vermesi gerekiyor. Yasa koyucunun yetkisini böyle kullanıp kullanmayacağından şüpheliyim. Az önce söylediğim endişem buydu. Ancak büyük bir ihtimalle YİD modeli bir bütün olarak özel hukuk kapsamına alınacaktır.

İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim

İmtiyaz hukukuna girmesi gereken doğal tekeller tayin edildikten sonra; rekabete açılacak sektörler özel hukuk kapsamına alınabilir; özel sektöre devredilecek doğal tekellerin imtiyaz sözleşmelerinde de Anayasa değişikliği ekseninde tahkime yer verilebilir. Tahkim sözleşmesini hazırlayanlar, imtiyaz sözleşmelerinde ne tür ihtilafın tahkime götürüleceğini, nelerin götürülemeyeceğini belirler. Herkesce bilinir ki, doğal tekellerde devlet ile tekelcinin dışında hizmeti kullanan üçüncü bir taraf, tüketici bulunmaktadır. Tüketiciler, bizler, evimize gittiğimizde pasif bir biçimde düğmeye basıp elektriği kullanıyor ve parasını ödüyoruz. Ancak, yapılan sözleşmeden, hizmeti kullanan ve bedelini ödeyen tüketicinin hiç haberi yok. Kim nasıl bir sözleşme yaptı? Üretimin maliyeti, satış fiyatı nedir? Hizmetin kalitesinden sürekliliğinden müşteri olanlar kimi nereye şikayet edecek? Tüketici bunların hiçbirisini bilmeyecek ama faturayı ödeyecek.

Teknik olarak hakemlere iradenin sözleşmeyle verildiğini az önce belirtmiştim. Sözleşme ise taraflar arasında gizli olarak düzenlenmektedir. Yani sözleşmenin tarafları ilgili idare ile görevli şirket. Ancak tüketici kullanıcı olarak hizmetin tarafı, fakat sözleşmenin tarafı değildir. Tüketicinin müşteri olduğu bir konuda sözleşmeye ve tahkim sürecine müdahale etmesi mümkün değildir. Çünkü tahkim davasına sözleşme tarafları katılabilir ve hizmetin çok sayıda kullanıcılarının sözleşmeye taraf olması teknik olarak imkansızdır. O zaman, sözleşmeyi hazırlayanların tüketici haklarının bulunduğu ihtilafları tahkime konu etmemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle yatırımcı ile devlet arasında ne tür ihtilaf olabileceğine –az önce değindiğimiz politik riskler- tahkime görürülebilmeli; ancak tüketicinin

yasal haklarını milli mahkemelerde arayabilmesinin önü tıkanmamalıdır. Bu konunun uyum yasalarında düzenlenmesi; ilgili kuruluşların katılımı ile standart tahkim sözleşmelerinin hazırlanması; tahkim sözleşmesine taraf olacak kamu kuruluşlarının işini büyük ölçüde kolaylaştıracaktır. Diğer taraftan tahkim sözleşmesine teknik olarak taraf olamayan tüketicilerin de haklarını koruyacak bir mekanizma yaratılması gerekmektedir. Bu mekanizma şu anda Danıştay gibi görülse de; esasen sektörel olarak uzmanlaşmış düzenleyici kurumlardır. Özel sektöre göre görülen altyapı hizmetlerini düzenleyen bir kurumun olmaması nedeniyle; zaruretten Danıştay ön plana çıkartılmaktadır. Ancak Danıştay'ın yapısı böyle bir fonksiyonu görmeye de müsait değildir.

Tüketicilerin görevli şirketle anlaşmazlığa düşebileceği potansiyel alanlardan bir tanesi çevredir. Türkiye çevre standartları yüksek bir ülke değildir. Yapılan bir santralin birkaç yıl sonra çevreye zarar verdiği anlaşıldığında, tüketicinin hakkını arayacağı; çevreye zarar verenin de sorumlu tutulacağı mekanizmaların önü tıkanmamalıdır. Ahlâken, ticareten ve teorik olarak çevreye zarar verenin bunun bedelini ödemesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, firmanın faaliyeti nedeniyle yarattığı negatif dışsallıktan kaynaklanan sosyal marjinal maliyete bizzat katlanması gerekmektedir. Oysa halen imzalanmakta olan enerji santrallerinde bu konu ihmal edilmektedir.

Enerji alanında hazırlanan standart YİD sözleşmelerinde -orijinal sözleşmeler gizlidir- yer alan bir maddede "mevzuat değişiklikleri nedeniyle oluşacak artış veya azalışlar tarifeye aynen yansıtılacaktır" diye bir hüküm vardır. Az önce de belirttiğim gibi Türkiye çevre standardı düşük bir ülkedir. Diyelim şirket faaliyete geçti ve şirketin salgıladığı atığın bir türünün çevreye zararlı olduğu bir kaç yıl sonra anlaşıldı. Tüketicinin şikayeti üzerine harekete geçen idarenin teklifiyle yasama mevzuatta değişiklik yaptı ve yargı da bu konuda şirketin zararı gerektiği şekilde tazmin etmesini istedi. İmtiyaz sözleşmesinde her türlü ihtilafın tahkime götürüleceği hükmü yer aldığından; hakem heyeti yargının kararını hizmetin maliyetini artıran bir durum olarak görecektir; idarenin maliyet artırıcı talebinin yerine getirilmesi için şirketin verdiği hizmetin fiyatının da artması gerektiği yönünde karar verecektir. **Sonuç olarak tüketici şikayetçi olduğu bir konuda haklı bulunacak ve bununda bedeli kendisine ödettirilecektir.** Bu konu maalesef, halen imtiyaz alanında tahkim sözleşmesi hazırlayanlar tarafından önemli ölçüde ıskalanmaktadır. Yani bu konular imzalanmakta

olan sözleşmelerde hâlen öngörülmemektedir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmelerinde ihtilafların halli konusunda tahkime yer verilirken ihtilaf konusunda çok dikkatli bir ince ayar yapılması gerekmektedir. Diğer bir deyişle az önce de belirttiğim gibi **sözleşmenin bir yerinde; "işbu sözleşmeden kaynaklanan her türlü ihtilâf tahkime götürülür" şeklinde bir tahkim şartı koymak yerine; her şeyiyle düşünülmüş ayrı bir tahkim sözleşmesi yapılmalıdır.**

Eski Sözleşmelerin Durumu

Değirmek istediğim son konu bugüne kadar imzalanmış sözleşmelerin durumudur. Tahkim konusunda yasal değişiklik yapılmadan önce imtiyaz sözleşmeleri imzalanırken; sözleşmelerde ihtilafların halli mekanizması olarak tahkime yer verilemiyor; bu nedenle de, tahkim olmaması nedeniyle ortaya çıkan risk sözleşmelerde idare aleyhine maliyet artışına neden oluyordu. Tahkim şartı olmadığı için fiyatlarda yüksek risk primi taşıyan sözleşmelere; bu risk primini geri almadan tahkim avantajı vermek bu hizmetin bedelini ödeyecek olan tüketiciler ve idare aleyhine bir haksızlığa neden olacaktır.

Bu nedenle bugüne kadar imzalanmış YİD sözleşmelerine , eğer bir avantaj ise tahkimin verilmemesi gerekir.Ancak bunun içinde uyum yasalarında; eski YİD sözleşmelerinde tahkime yer verilmemesi yönünde bir hükmün yer alması gerekmektedir. Çünkü, yine enerji alanında hazırlanan taslak YİD sözleşmelerinde yer alan bir maddede "sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta ve teşvik tedbirlerinde meydana gelebilecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümleri sözleşmeye dahil edilecektir" denilmektedir. Uyum yasalarında, az önce belirttiğim şekilde aksine bir hüküm yer almaz ise; standart sözleşmelerde yer alan bu hükme göre, idare eski sözleşmelere tahkim avantajı verebilir. Bu tahkim avantajı şirketlere verilecekse; eski sözleşmelerde yer alan fiyat ve süreler, dünya standartları göz önüne alınarak ilgili kuruluşların temsilcilerinin oluşturacağı bir komisyonca, görevli şirketlerce yeniden müzakere edilmelidir. Örneğin sadece enerji sektöründe imzalanan 20 milyar dolar tutarında bir proje stoku bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin yeniden müzakeresi sırasında elde edilecek her yüzde 5'lik fiyat indiriminin karşılığı 1 milyar dolardır.

Yap-İşlet-Devret Modeli

İmtiyaz ve tahkim konusundaki tartışmanın, yap-işlet-devret mevzuatının özel hukuk kapsamında mı, idare hukuk kapsamında mı olmasından kaynaklandığını belirtmiştim. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından önce yap-işlet-devret mevzuatı özel hukuk kapsamındaydı. 3996 ve 3096 yasaların ilgili maddeleri, "bu kanun hükümlerine göre düzenlenen sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tâbidir" diyordu. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarından sonra da imtiyaz kabul edilen YİD modeli idare hukukunun kapsamına alındı. Bugüne kadar bu sözleşmeler imzalanmadan önce en son Danıştay tarafından incelemekteydi. Anayasa değişikliğine göre Danıştay'ın bu fonksiyonu görüş bildirmeye çevrildi. Ayrıca yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerinde, ihtilafların çözümü için milletlerarası tahkime gidilebilmesi imkanı getirildi.

Yap-İşlet-Devret sözleşmeleri önemli sözleşmelerdir. Devletin yatırım bütçesindeki yetersizlikler nedeniyle bir finansman modeli olarak düşünülen YİD mekanizması bundan sonra altyapı hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde en çok başvurulan yöntem olacaktır. Bu nedenle kıyamet tam da YİD mekanizmasında kopartılmaktadır. Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri denildiğinde akla gelen ilk ve tek yöntem finansman modeli olarak bilinen ve öyle de kullanılması gereken yap-işlet-devret sistemidir. Bu aşamadan sonra imtiyazla, yap-işlet-devret, hatta yap-işlet sistemini özdeş tutarsak çok büyük hata yapmayız.

Az önce de belirttiğim gibi, YİD modelinin tamamen özel hukuk kapsamına alınmaması gerekmektedir. Dikey entegre olmuş sektörlerin parçalanarak, rekabete açılabilenlerin rekabete açılması, rekabete açılmayanların regülasyon kurumlarınca düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak YİD modelinde dikkat edilmesi gereken ve sistemi finansman mekanizması olmaktan çıkararak hususlar aynı zamanda modeli imtiyaz olarak nitelendiren noktalar vardır. Tabii ki bu noktalarda Anayasa Mahkemesinin imtiyaz tanımında yer almamaktadır.

Enerji alanında düzenlenen yap-işlet-devret sözleşmelerinde ihale yoktur. Bu nedenle, enerji projelerinde YİD modelini düzenleyen 3096 sayılı Kanun, YİD modelinde önemli bir unsur olan ihalede açıklık ve rekabet ilkesine aykırı bir düzenlemedir. 3096 sayılı Kanunda tek kişiden alınan teklifin değerlendirmesi esas olup ilana çıkılması zorunluluğu bulunmamaktadır. İhaledeki açıklık, eşitlik ve rekabet eksikliği, kamuoyu vicdanında, YİD modeli ile gerçekleştirilecek enerji projelerindeki fiyat ve

alım garantileri hakkında endişeye yol açmaktadır. Bu konularda olabilecek ihtilaflar doğası gereği gizli yürütülen tahkime götürüldüğünde (hakem kararları hakkında tarafların karşılıklı rızası olmaksızın üçüncü kişilere bilgi verilemeyeceğinden) kamuoyunca bilinmeyenler daha da artacaktır. Bu nedenle, tahkimle ilgili mevzuat değişikliği yapılırken, 3096 sayılı Kanun kapsamındaki işlerin açık ve rekabet ortamında ihale edilmesini ve ihale sonuçları hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesini sağlayan yasal düzenlemeler de yapılmalıdır

Tek kişiye, başvurusu üzerine verilebilen enerji projelerinde bir de şirkete fiyat, alım ve hammadde temini konusunda uzun süreli –üretimde 20, dağıtımda 30 yıl- garantiler verilmektedir. Doğalgaz son günlerde de oldukça popüler bir enerji girdisi. Bu gün de biliyorsunuz büyük bir zirve bu konuda. Hammadde derken sadece doğalgazı varsayıyorum.

Firmaya hammadde temini garantisi verilirken, doğalgaz ithalatı yapılan ülkelere de hammadde alım garantisi verilmektedir. Bu garantiler silsilesi içerisinde şu denklem çok önemli: Alınan garantilerle verilen garantilerin optimal bir seviyede eşitlenmesi. Üretim şirketi projedeki kapasitesine ulaşamaz ise; bu kapasite dikkate alınarak verilmiş olan doğal gaz alım ya da ödeme (take or pay) garantisi karşılığında; ithalatın yapıldığı ülkeye fazladan bir ödeme yapılacaktır. Üretici firma kapasitesine ulaştığında; ithalat yapılacak ülkeler gereken girdiyi temin edemez ise bu defa da görevli şirkete, hammadde temini ve enerji alımı garantisi nedeniyle, üretip teslim etmediği enerjinin bedeli ödenecektir. Bu denklem bu nedenle oldukça önemlidir. Bu denklemin Türkiye’de halen ne kadar eşitlendiği; 2030 yılına kadar çıkartılan projeksiyonda bu denklemin ne kadar göz önünde tutulduğu konusunda, ilgililerin kamuoyunu bir an önce ve net bir şekilde bilgilendirmesi gerekmektedir. Türkiye’nin “karanlıkta kalacağız” ve “bu denklem yanlış kurulduğu için tüketilmeyen enerjiye ödeme yapılacak” sloganı arasına sıkıştırılmaması gerekmektedir.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim. Açıklanan konulara soru-cevap kısmında umarım daha derinlemesine girebiliriz.

Oturum Başkanı- Efendim, şimdi sorularımıza geçebiliriz. Yalnız, bir şey rica edeceğiz. Soru soran katılımcılar lütfen isimlerini söylesinler; kayda alınıyor.

Teşekkür ediyoruz.

Uğur EMEK- ICSID'in Dünya Bankası bünyesinde kurulması tesadüf değildir. Bu nedenle sorunuza, "niye Dünya Bankası" sorusuyla girmek lâzım; insan hakları, eşitlik, demokrasi gibi konuların ele alındığı Birleşmiş Milletler filan varken, Dünya Ticaret Örgütü varken, OECD varken niye böyle bir ihtilaf çözme mekanizması neden Dünya Bankası bünyesinde kurulmuş?

Kapitulasyonlardan beri, oradan başlamak istemiyorum ama, gelişmekte olan ülkelerde mevcut ya da potansiyel bir politik istikrarsızlık olduğu yönünde zımni bir kabul var. Bu nedenle gelişmekte olan ülkelere doğru giden bir yatırım akımını garantiye almak ve bu ülkelere gidecek yabancı yatırımcıya güvence vererek yatırım akışını hızlandırmak için uluslar arası hatta üstü bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmuştur. ICSID'in kuruluşunun arka planında yatan gerçek budur. ICSID'in tarihî gelişimine, müzakerelerine bakıldığında bu gerçek açıkça görülüyor. Zaten ICSID sözleşmesinin girişinde de ICSID'in misyonunun "doğrudan yabancı sermaye akışını desteklemek" olduğu yer alır. Bütün bunların bir sonucu olarak, sanki ihtilafın doğal olarak yatırıma ev sahipliği yapan devletten kaynaklanacağı yönünde bir inanış var. Bu nedenle, sanki devlet öne çıkıyormuş gibi. Devletin malını nereden alırız, devletin malını nasıl tahsil ederiz falan gibi bir endişe var. Ama, şunun unutulmaması gerekiyor: tabi önce devletten tahsilatın nasıl yapılacağı çok öne çıkıyor ama, aynı şekilde yatırımcının da 135 ülkede olan mal varlığına aynen el konulabilir; bu çok net. Tabi ki, yatırımcının ne kadar malı varsa o kadarına el koyabilirsiniz. Ancak çoğu transnasyonal şirketlerin bilanço aktiflerindeki büyüklüklerin, ülke milli gelirlerinden büyük olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Ancak hakem kararlarının cezai yönü yok; tarafları hapse atamazsınız. Ama, devletin, ihtimal ki ihtilafa konu sorumluluğundan fazla mal varlığı vardır ve bu nedenle de devletten belki bu manada tahsilat yapmak daha kolaydır. Ancak ICSID uygulamalarında da devletlerin her hangi bir yerdeki varlığına el koyulması görülüyor. Mümkün olmasına rağmen benim biraz önce karikatürüze ettiğim yöntemlere uygulamada karşılaşılmıyor. Bu bir yaptırım unsuru ama, kullanılmıyor.

ICSID devletlere karşı esas gücünü Dünya Bankası bünyesinde olmasından alıyor. Dünya Bankasının yaptırım gücünün en büyük yönü, gelişmekte olan ülkelerin Dünya Bankasına kasasına, midesinden bağlı olması. Dünya Bankası, çok net bir biçimde, tahsilat süreciyle uğraşmıyor. Lahey Adelet Divanıyla veya işte gideyim borçlu devletin başka bir ülkedeki

malvarlığına el koyayım kısmıyla falan uğraşmıyor. Banka borçlu devlete açacağı kredilerden kaynakta kesinti yaparak tahsilâtını yapıyor. ICSID'i öne çıkartan unsur da Dünya Bankasının gelişmekte olan ülkelere sağladığı krediler nedeniyle sahip olduğu yaptırım gücüdür.

Doç. Dr. Nurkut İNAN- Burada bir şey söylemek istiyorum.

Oturum Başkanı- Evet, Nurkut İNAN.

Doç. Dr. Nurkut İNAN- ... haklı olduğu bir şey var; kesinlikle o şirketlerin mal varlığına el koymazsınız. Çünkü bu 'yap-işlet'lerde ayrı bir şirket kuruluyor ve o şirketin sermayesi bellidir, daha fazlasını alamazsınız ve çok küçüktür. Diyelim ki, bir milyarlıksa şey, devlet olarak sizin alabileceğiniz, en fazla yapabileceğiniz sermayesine el koymaktır. Onun için, gerçekten eşitsiz bu şey.

Uğur EMEK- Şimdi konuyu biraz açalım o zaman. Doğal bir eşitsizlik, bir tarafın devlet, bir tarafın yatırımcı olamasından kaynaklanıyor. Yine ICSID'in kendi içtihatlarında "parent company" uygulaması var. İki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırımcı tanımı yapılırken Türkiye'de kurulacak anonim şirket değil, yabancı yatırımcının bizzat kendisi esas alınır. Kaldı ki Türk mevzuatına göre kurulacak şirket yabancı olmadığından o şirket Türkiye'yi ICSID'e götüremez. Yani bir devleti kendi vatandaşı ICSID'e götüremez. Devletin karşısında illâki diğer bir ülke vatandaşının olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, Türkiye'de kurulacak şirkete ortak olan yabancı şirketin muhataplığı söz konusu. Bir örnek olayda; Amerikan AMT firmasının Zaire'deki yatırımı bir ayaklanma neticesinde yağmalanıyor. Amerikan firması, ABD ile Zaire arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına istinaden Zaire'nin zararını tazmin etmesini istiyor, Zaire "iki taraflı yatırım anlaşmasına istinaden tahkime gidilemeyeceğini" iddia ediyor. Amerikan firma, "parent company" ICSID'e gidiyor ve zararını tazmin ettiriyor. Bu, ICSID içtihatlarına girmiş bir vakadır.

Burada sermaye dediğimiz şeyi de küçümsememek lazım. Yani bir yatırımı konuşuyoruz; bir ticarî işletmeden bahsetmiyoruz. Yatırımcı'nın yatırım miktarı kadar sorumluluğu var; çünkü yatırımın kendisi ev sahibi devletin topraklarında. 200 milyon dolarlık bir yatırım yapıldıysa; bu paranın tamamı ev sahibi devletin topraklarındadır. Diğer taraftan ICSID

içtihatlarında ana şirkette müeyyideye karşı sorumlu tutulabiliyor. Her yerde öne çıkarmaya çalışıyorum; ICSID hakemlik kararları ICSID sözleşmesi ve içtihatlarına ve göre yorumlanabilir. İç hukuk veya bir başka devletin hukukuna göre ICSID kuralları açıklanamaz. Çünkü, ICSID kendi kendini yöneten bir mekanizmadır. Bu konunun önemle göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Doç. Dr. Nurkut İNAN- Ama işte, sözleşmede hüküm yoksa ICSID hiçbir şey yapamaz. Yani, ICSID'e gitmek mümkün değilse. Ama bir kere gidilince, Uğur Bey'in söylediği o, bir kere gidilince, ana şirketin, yani arkadaki yabancı yatırımcının mallarına gitmek ICSID içtihatlarına göre mümkün.

Oturum Başkanı- Soruyu soran katılımcıların ve dinleyicilerin lütfen mikrofona konuşması hâlinde bant çözümlerinde ve daha sonraki zamanlarda değerlendirilmesine fırsat vermesini rica edeceğim.

Doç. Dr. Nurkut İNAN- Efendim, şimdi Hazine temsilcisi Hanımefendinin söyledikleri bizim hukukumuz ve normal özel hukuk kurallarına göre son derece de doğru tabii. Çünkü, buradaki yatırımcıların hepsi anonim şirkettir ve Türk kanunlarına göre kurulmuştur. Anonim şirketin sorumluluğu da kendi sermayesi kadardır; bu açık. Ama, ICSID bunu aşabilmiş ise, ben bugün, şimdi öğreniyorum bu olayı da, ICSID eğer bunu aşabilmiş ise o zaman mesele yok, yeter ki ICSID'e gitmek mümkün olsun. Şimdi, benim Uğur Bey'in anlattıklarından çıkarttığım şu ki, uygulanan hukuk, yani bir uygulanan hukuk yok, sözleşmeye bakılıyor. Sözleşmedeki hükümler öngörürse bir şey yapılabilir. Sözleşmedeki sorumluluğu, açık hükümler var, sorumluluk sermayesiyle sınırlı. Bir de, işte birtakım şeyler var, belli bir garanti miktarları var ki, o da çok küçüktür; yani 2 milyarlık bir şey ise, diyelim ki yüzde 5'dir o veya yüzde 2'dir. Onu nasıl uygulayacak ICSID o zaman, sözleşmede hüküm yoksa eğer?

Uğur EMEK- Lütfen, açar mısınız biraz?

Doç. Dr. Nurkut İNAN- Yani şöyle: Sözleşmede şirketin mal varlığıyla sınırlı olduğu, yani o şirketin sermayesi ile sınırlı olduğu çok açık ve net öngörülüyor sözleşmelerde. Bu durumda, ICSID "Parent

Company"lere gidebilir mi? Mademki sözleşmeye göre hüküm verecek; değil mi?

Uğur EMEK- Şimdi sözleşme önemli.Dediğiniz doğru. Eğer sözleşmede devlet şirketin sermayesi kadar sorumlu olacağını kabul etmişse yapacak bir şey yok. Oysa iki taraflı yatırım anlaşmalarına göre yatırımcı tanımını yatırımcının kendi ülkesindeki şirket de kapsanacak şekilde geniş tutulmaktadır. Devlet yatırımcıyla yaptığı sözleşmede iradesini açıkça ortaya koyduysa yapacak bir şey bulunmamaktadır.

Doç. Dr. Nurkut İNAN- Yani, sermayesiyle sınırlı diye hüküm koyuyor.

Uğur EMEK- O zaman, ICSID'in de diyeceği bir şey yok. Sorunun çözümü sözleşmede, ICSID'te değil. Sözleşmenin tarafı peşinen hakkından feragat ediyorsa; çünkü ICSID, sözleşme hükmüne rağmen kendisi ana şirketi gündeme getirirse diğer tarafın bozma gerekçesi ortaya çıkıyor o zaman. Hakemler bu durumda sözleşmenin hilâfına, sözleşmenin kurallarının üzerinde karar vermiş oluyor. Oysa hakemler sözleşmede ne denilmişse onu yapmak zorunda. Tahkimin genel mekanizması, mantığı bu. O nedenle söyledim, tahkim sözleşmeleri hazırlanırken bilinmesi gereken şey birden fazla; yani bir iç hukuk veya bir şey değil. Az önce dedim 15'li bir hukuk sistemi var ortada. Bunlar da benim bilebildiklerim. Ben bu işlerin içerisine girdikten sonra, bu konularda çok az şey bildiğimi anladım. Hocamın iltifatına teşekkür ediyorum ama, ben bu işin görünen yüzünü biliyorum, görünmeyen yüzü çok daha büyük bu işlerin.

Sözleşmenin hazırlanması hakikaten çok önemli. Bizim özellikle kamu hukukçularımız tahkim sözleşmesi gündeme geldiğinde bir maddelik bir şart koyuyorlar; ondan sonrası düşünülmez. Gerçi Hocam daha iyi bilir; kamu kuruluşları özel hukuk uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarında tahkime gidebilmektedir. O davalarda, maalesef, mizahi noktalara varan acıplıklar de yaşanmıştır.

Ben esas bir başka şeye değinmek istiyorum. Hocam düzenleyici kurumları söyledi. Özelleştirme bir tanıma göre iki başlık altında incelenmektedir; mülkiyetin ve hizmetin özelleştirilmesi. Hizmetin özelleştirilmesi; özel sektörün altyapı hizmetlerine katılımı (private participation in infrastructure) olarak isimlendiriliyor. Dünyada bu işte

başarılı olmuş ülkelerin hepsi önce düzenleyici kurumu kurmuş sektörü düzenleyen kurallarını belirlemiş, doğal tekelleri ondan sonra devretmiştir. Türkiye ise bu konuda başarısız olmuş Pakistan ve Hindistan uygulamalarını takip ediyor.

Düzenleyici kurumlar fonksiyonlarını yerine getirirken özünde teknik ve ekonomik denetim yapıyor. Teknik denetim, kullanılacak uygun teknolojinin seçimi ve maliyet düşürücü üretim yöntemlerinin tayini gibi konuları içeriyor. Ekonomik denetim, firmanın davranışsal faaliyetlerinin - fiyat ve miktar- denetimini içermektedir. İktisatçı olan arkadaşlarımız daha iyi bilirler; doğal tekellerin karşı karşıya oldukları talep eğrisi negatif eğimlidir. Negatif eğimli talep eğrileriyle karşı karşıya olan üretici, suni kıtlık yaratarak, tüketiciden kendisine rant aktarabilmektedir. Bugüne kadar doğal tekellerin devlet mülkiyetinde olmasını açıklayan siyasî ve iktisadî rejimler rasyonalitesini bu rantın devlette kalması gerektiğinden alıyordu. Çünkü bu rantın devlette kalması aynı zamanda kamuda kalması anlamına geliyordu. Tarih bu tezin haklı olmadığını ortaya çıkardı ve etkinlik adına bu faaliyetlere de özel sektörün katılımı öne çıktı.

Şimdi, böyle bir doğal tekel özel sektöre devredildiğinde, tüketiciden yatırımcıya bir iktisadi rant aktarılıyor. Bu rant aktarımında, doğal tekelin, üçüncü kişilere karşı tek başına bırakılmaması gerekiyor. Üçüncü kişiler ile doğal tekel arasına girecek tek mekanizma ise düzenleyici kurumlardır. Düzenleyici kurumların iktisadi rasyonalitesi; doğal tekellerin suni kıtlık yoluyla hem hizmetin devamlılığını aksatabilmesi hem de fiyat artışlarıyla tüketiciden kendisine rant aktarmasıdır.

Bazı ülkelerde, sektörel düzenleyici kurumlar Rekabet Kurumunun içerisinde yer alıyor. Çünkü, düzenleyici kurumların denetledikleri doğal tekellerin, teknolojiye gelişme neticesinde bir gün rekabete açılacağı varsayılıyor. O nedenle sektörel düzenleyici kurum Rekabet Kurumuyla iç içe olsun isteniliyor. Düne kadar elektrik üretimi doğal tekel niteliğinde biliniyordu. Şimdi Arjantin uygulamasını biliyorum; devlet elektrik üretiminde ne izin veriyor ne de garanti. Üretim şirketleri kendi arz/talep stratejileri ve rekabet kuralları çerçevesinde piyasaya girip çıkma konusunda serbest bırakılıyor.

Türkiye’de yap-işlet-devret sözleşmelerinde uzun süreli fiyat, üretim ve hammadde temini garantisi veriliyor. Bu sözleşmeler imzalanırken üretim teknolojisi tayin ediliyor; bu sözleşmelerden kaynaklanacak ihtilâfların çözümü için de tahkime gidilmesine imkan

tanındı. Ben ciddi bir merak içerisindeyim; bu işi bilen birilerinin bana anlatması lâzım. Ciddi olarak bilgilenmeye ihtiyaç duyuyorum. Bu kadar YİD sözleşmesi imzalandıktan sonra kurulacak sektörel düzenleme kurumları neyi düzenleyecek? Bu sözleşmeler yapıp, tahkim şartı da konulduktan sonra; Türkiye'nin bence en azından enerji sektöründe bir düzenleyici kuruma ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu saatten sonra elektrik enerjisi alanında kurulacak bir düzenleyici kurum sadece kamu yönetiminde bir genişlemeye sebep olacaktır. Çünkü böyle bir kurumun işlevi olmayacaktır. Böyle bir kurumun başkanın ilk kamuoyu açıklaması; "benim elim kolum bağlı" şeklinde olacaktır. Bu nedenle, dünyadaki genel uygulamalarda; başarılı olmuş ülke uygulamalarında; Dünya Bankası ve OECD gibi uluslararası örgütlerin yayınlarında özellikle altı çizilen husus; "düzenleyici kurum kurmadan doğal tekellerin özel sektöre devredilmemesidir." Maalesef, Türkiye'de ise doğal tekeller garanti ve tahkim içeren sözleşmelerle önce özel sektöre devrediliyor; sonra da düzenleyici kurum kurulması tasarlanıyor.

Cenk GÜLERGÜN- Cenk Gülergün, Rekabet Uzman Yardımcısı. Konuşmanızda geçen bazı noktaların kendi açımdan netleşmesi açısından iki küçük sorum olacak, sonra asıl soruma geçeceğim.

Birincisi; ihtilâf denildiğinde benim aklıma öncelikle, devredilen eşit güçlerde devlete ait bazı ayrıcalıkların bırakılması geliyordu. Yani, bunun araçlarından bir tanesi altın hisse uygulamasıydı. Ancak, ben konuşmalarınızdan gördüm ki, yatırımın yüksek maliyetli olduğu durumlarda bu maliyetin çıkarılması için taraflara tanınan bazı ayrıcalıklar, örneğin belirli sürelerle bunlara tekel hakkının tanınması da imtiyaz olarak değerlendiriliyor. Bu doğru mudur?

Uğur EMEK- İmtiyaz uzun tartışmalara konu olan bir kavram. Bizim konumuzda imtiyaz, kamu hizmeti imtiyazı. Yani şirketlerde avantajlı oy hakkı tanıyan imtiyazlı hisselerden farklı bir kavram. Kamu hizmetiyle ilgili bir kavram. Bir iktisatçı olarak benim anlayışında, doğal tekellerin işletmesinin özel bir kişiye verilmesi imtiyaz devridir. Ama Anayasa Mahkemesi, halkın ihtiyaçları doğrultusunda sürekli ve düzenli olarak sunulması gereken hizmetleri kamu hizmeti, bunların özel kişilere gördürülmesini de imtiyazın devri olarak yorumlamıştır. Kamu hizmetininin uzun süreli olarak devredilmesiyle, işte 25-30 sene uzun süre sayılıyor,

imtiyaz devri söz konusu oluyor. Anayasa Mahkemesinin söylediği manâdaki imtiyaz bu. Ama, benim anladığım ve algıladığım manadaki imtiyaz ise doğal tekeldir. İşleyişi itibariyle rant mekanizması sağlayan doğal tekeller kar en çoklaması adına suni kıtlık yaratarak fiyatları artırabilir. Bu suni kıtlık ise, makro kaynak dağılımı perspektifinde pareto etkinliğini bozar. Bugüne kadar kaynak dağılımında (pareto) etkinliği artırmak adına doğal tekeller devletçe işletiliyordu. Ancak bugün gelinen noktada kabul edilen bir gerçek; özel sektör mülkiyetindeki işletmelerde içsel etkinliğin daha fazla olduğudur. Doğal tekellerde içsel ve kaynak dağılımı etkinliğinin optimal bileşimi ise içsel etkinlik adına mülkiyetin özel sektörde olması,devletin de kaynakdağılımında etkinliği artırmak için doğal tekeli denetlemesidir.Sorunuzun cevabı oldu mu bilemiyorum.

Cenk GÜLERGÜN- Sizce doğal tekelerde devlete bırakılan bazı ayrıcalıklar da imtiyaz olarak da değerlendirilebilir mi?

Uğur EMEK- Şimdi, hizmet devlette olduğu müddetçe birisine imtiyaz verilmiş olunmuyor. Kamunun hepimizin malı olduğunu varsaydığımızda kimseye verilmiş bir imtiyaz yok. Ancak bir avantaj birisine devredildiğinde imtiyaz ortaya çıkıyor.

Cenk GÜLERGÜN- Hayır, ben şunu söylemek istiyorum: Doğal tekel özelleşecek, bir yatırımcının elinde, ancak devlet hâlâ bazı haklarının bu tekel üzerinde kalmasını istiyor. Örneğin, bazı stratejik kararları veto etme yetkisinin devlette kalmasını istiyor. Bu hakkın devlette kalması, ancak mülkiyetin yatırımcıya geçmesi, bu hakkın devlette kalması imtiyaz olarak değerlendirilebilir mi?

Uğur EMEK- Bu imtiyazın, doğal tekelin çalışma biçimidir. Bahsettiğiniz konu tam da düzenleyici kurumların denetim fonksiyonudur.

Cenk GÜLERGÜN- İkinci küçük sorum; devir sırasında, demin konuşmanızdan anladığım kadarıyla tahkim mekanizması devir sözleşmesinin oluşturulması aşamasında değil, oluşturulan sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların giderilmesi noktasında verilebiliyor. Buna katılır mısınız?

Uğur EMEK- Tahkim sözleşmesi, uyuşmazlık çıkmadan veya çıktıktan sonra yapılabilir. Bir kere şu denilemez;, "bundan sonra aramızdaki çıkacak her türlü ihtilâf tahkime götürülür" denilemez. İhtilâfın belirli bir sözleşme dahilinde spesifik bir hâle getirilmesi gerekiyor. Ancak, ihtilâf ortaya çıktıktan sonra orta yerde mevcut bir ihtilâf varsa da "bunu tahkime götürelim" diye bir sözleşme yapılabilir. Ama, tahkim sözleşmesinin illâ ki yazılı yapılması gerekiyor.

Cenk GÜLERGÜN- Esas sorum şu: Son soruyu önemli ölçüde yanıtladınız aslında ama, düzenleyici organlar doğal tekellerin sunduğunuz hizmet unsurlarının denetlenmesi aşamasında en yetkili kontrol görevini yerine getirdiği gibi, aynı zamanda, özellikle dikey bütünleşme sergileyen hizmetlerin sunulmasında, altyapıya sahip olan firmanın diğer üst seviyelerde yer alan firmaları pazar dışına itmesine yönelik eylemlerini engellemeye yönelik de çalışıyorlar. Bu noktada düzenleyici organlar da rekabet otoritelerinin yetkilerini, hatta bir çelişme söz konusu. Bu noktada, eğer devir sözleşmesi oluşturulurken tahkim mekanizmasının işletilebilmesine olanak tanınırsa ve düzenleyici organın görev alanına giren bir hususun sözleşme hükümlerinin uygulanmasına, uyuşmazlığa yol açacak şekilde ortaya çıkması noktasında tahkim mi yetkili olacak, yoksa düzenleyici organ mı? Buradaki öncelik nasıl belirlenecek?..

Teşekkür ederim.

Uğur EMEK- Tahkim öncelikli. Özellikle ICSID tahkimi, iç hukuktan bağımsız bir işleyişe sahip. ICSID kendi kendini yöneten bir mekanizma. Siz düzenleyici organı kurdunuz-kurmadınız, sonradan kurdunuz, yetki verdiniz-vermediniz; hiçbirisi önemli değil. Hakem kararları sözleşme şartları çerçevesinde tamamen geçerlidir. Düzenleyici organlar bu nedenle, bu sözleşmeler yapılmadan, bu hizmet devir sözleşmeleri yapılmadan kurulmalı ve bu sözleşmeler bu yetkili kurulların denetiminden geçirilmelidir.

Ancak bu kurumda Danıştay değildir. Şu anda bu sözleşmeleri kamuoyuna bilindir kılan yegâne organ olan Danıştay'ın yanısıra daha bir sürü kuruluşun bu devirlerden önce söyleyecek sözü olmalıdır.

Müsaadenizle bu vesileyle şunu da söyleyeyim: Danıştayın en çok günahı alınan konulardan bir tanesi; inceleme aşamasında süreyi çok uzun tutmasıydı. Dünya Bankasının projecilik standartlarında; bu denli büyük

projelerin hazırlanması 3, incelenmesi 1 yıldır. Bir altyapı projesinin yatırıma geçebilecek aşamaya gelmesi için 4 yıl sürenin geçmesi gerekiyor. Danıştayın elinde 5-6 ay kalan sözleşmeler müthiş rahatsızlık yarattı kamuoyunda. Bu sözleşmelerin incelenmesi konusunda Danıştaya 2 aylık bir süre verildi. Danıştay, YİD sözleşmesine zaten yerindelik denetimi yapamıyor. Bu sözleşmeler oldukça tekniktir ve iki ayda incelenmesi mümkün değildir.

Bu sözleşmelerin teknik yetkili organların tamamının -Rekabet Kurumunun düzenleyici organlarının, Devlet Planlama Teşkilatının, Hazinesinin, Çevre Bakanlığının v.s.- gözünden geçtikten sonra yapılması arzu edilen husus. Ancak şu anda, bu sözleşmeler en azından benim arzu etmediğim şekilde hazırlanıyor.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sanırım son soruyu Sayın Karakelle soracak.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı)- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Öncelikle Uğur beye çok teşekkür ediyorum. Bir hayli bilgi fukarası olduğumuz bir alanda bizi tam bir bilgi bombardımanına tuttu. Lâfın dönüp dolaşıp bu düzenleyici kurula, gelmiş olmasından büyük memnuniyet duyuyorum. Bugünlerde bu meseleyi çok tartışmak durumundayız. 5 Kasım Panelimizde de söz dönüp dolaşıpayını noktaya gelmişti. Bizim önümüze bu konu geldi gelecek; Enerji Üst Kuruluyla, ardından iletişimde gelecek, telekomünikasyonda gelecek. Türkiye bu meseleyi tartışmalı. Uğur beyden, "Düzenleyici kurul, bu devirlerden önce olmalıydı" şeklinde son derece haklı, son derece yerinde bir değerlendirme aldık.

Bizim önümüzde başka bir soru daha var; siz Arjantin uygulamalarına atfen değindiniz. Düzenleyici kurullarla rekabet otoritelerinin arasındaki ilişki nasıl olacak? Bağımsız olacağına kuşku yok. Bağımsız otorite olmalı, içinde sektörün temsilcileri de, kamudan da olmalı, Rekabet Kurumundan temsilciler olmalı. Bunlar bilinen şeyler. Ancak siz de söylediniz, imtiyaz, doğal tekel, rekabet ihlallerine çok açık. Özel kesime geçtiği zaman, bu pozisyon, tekel pozisyonu pekâlâ kötüye kullanabilir. Kullandığında kim önce harekete geçecek? Düzenleyici kurul mu, rekabet otoritesi mi? Arasındaki ilişki ne olacak?

Aslında bu sorularımızın cevabını biz, muhtemelen 16 Aralık Perşembe günü yine saat 16'da İstanbul'dan Sabancı Üniveristesinden Doçent Doktor İzhak ATİYAS'ın konferansında alacağız. Konferansın başlığı; "Doğal Tekeller, Rekabet ve Regülasyon". Bu konuları orada tartışacağız. Ama biz konunun tahkim yönüyle erbabını bulmuşken, onun bu doğal tekeller alanındaki düzenleyici kurul-rekabet otoriteleri ilişkisi konusunda varsa bilgisini almak isteriz. Belki 16 Aralık'ta yakalayamayız diye soruyorum.

Teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Nurkut İNAN- Sayın başkan, bir terminoloji meselesi, araya girmek istiyorum izin vererseniz.

Efendim, kulağa hoş geliyor. İlk bakışta ben de beğendim; düzenleyici kurul terimini. Ama, sırf terminoloji bakımından şunu hatırlatmakta yarar görüyorum: Şimdi, bizim ve Kontinental Avrupa'nın idare hukuku sistemi içinde, idarenin düzenleyici yetkisinin teknik bir anlamı vardır ve bu denetim anlamına gelmez. İdarenin düzenleme yetkisi demek, idarenin objektif, gayrişahsî, belirli kişilere yönelik olmadan yaptığı düzenlemelerdir; örneğin Rekabet Kurulunun tebliğleri gibi ya da yönetmelikler gibi. Onun için, idare hukuku esas olduğuna göre bunun temeli, idare hukuku açısından baktığımızda, düzenleyici kurulu, sanki denetim yetkisi ya da doğrudan doğruya firmalara, belirli bir firmaya yönelik karar alma yetkisi yokmuş gibi görünüyor. Onun için, bu terimi seçerken biraz daha dikkatli olmalıyız.

Bana, "yerine ne terim koyuyorsun" deyince; ben de bilmiyorum ama, üst kurul bana daha nötr geliyor. Ama, düzenleyici kurulun bu sakıncasını belirtmek isterim.

Teşekkür ederim.

Uğur EMEK- Hocama katılıyorum, terminolojik olarak doğru. Regülasyonun karşılığında düzenleyiciliği, denetimi de monitöring karşılığında kullanıyoruz. Ama, benim bildiğim, uluslararası literatürde de regülasyon ve monitöring olmasına rağmen bir "... board" falan denilmiyor. Yani, bu terminolojiyi, maalesef, önemli ölçüde düz bir çeviriyle kullanıyoruz. Yani, benim bildiğim ülke uygulamalarında da monitöring'in karşılığı boş kalıyor; yani denetim, izleme fonksiyonu boş kalıyor. Bilmiyorum, belki daha iyisi bulunabilir ama, her hâlde daha iyisi

bulununcaya kadar da, en azından bir sıfat olarak "düzenleyici kurum" dilimize oturdu gibime geliyor bana.

Ama, düzenleyici kurum diyoruz, oturmuyor; benim de bir handikapım var burada; regülasyonun karşısında düzenleme diyoruz. oturmuyor. Yani, regülasyon diyoruz orada. Kurumda, ikisi birarada oluyor da, düzenleyici kurum; işte Panelin başlığı da öyle; "Doğal tekeller, rekabet ve regülasyon." Oraya düzenlenme gitmiyor işte. Öyle de bir şey var. Ama, bu terminolojiyi biraz kullanacağız gibime geliyor.

Rekabet otoriteleriyle düzenleyici kurumlar arasındaki ilişki, OECD'nin, yanılmıyorsam geçtiğimiz yıl bir "round table"ı da oldu bu konuda. Çok zengin bir arşivi de var. Bu, dünyada da sıcak bir tartışma konusu. Herkes bunun ölçüsünü aramaya çalışıyor; bu ölçü her yerde aranıyor.

Biz, belki de avantajlı bir konumdayız. Demin düzenleyici kurumların dezavantajını söyledik ama, avantajımız; Rekabet Kurumunun düzenleyici kurumlardan önce kurulmuş olması. Ama, Anayasa Mahkemesi kararları tartışılırken de dile getirilen bir husus var; "ticaretin hızla değişen doğası". Ticaretin hızla değişen doğası dediğimiz zaman da statik tanımların tuzağına düşmememiz gerekiyor. O nedenle; benim bildiğim bazı ülkelerde, rekabet kurumlarının içerisinde düzenleyici kurumlar yer alıyor; gerçi o da çok büyük bir büyümeye neden oluyor. Ne bileyim enerjiyle ilgili bir düzenleme kurulunu rekabet kurulunun içine alacaksınız; kurul üyelerinin ikisi-üçü o konuda çalışacak. Telekomünikasyon, doğal gaz, demiryolu söz konusu olduğunda ne olacak. Hepsi rekabet kurulunun içine alınırsa kurul üyeliklerinin sayısı hızla artacak. Çünkü, öbür türlü de bir tehlike var; yetki düzenleyici kuruma verildiğinde de; düzenleyici kurul o sektörü rekabete açtığı anda kendi misyonunu tamamlamış olacağından; sektörü rekabete açacak dürtüye (incentive) sahip olmayacaktır. Bu da ayrı bir tartışma meselesi. Ama genel olarak düzenleyici kurumlar ex ante, rekabet kurumları ise ex post olarak çalıştığından aralarında en azından zamanlama konusundan kaynaklanan doğal bir işbirliği bulunmaktadır.

Bunları bizler de tartışacağız; dediğim gibi, Rekabet Kurumunun önce kurulmuş olması, bu konuda en çok lâf söylecek Kurum'un mevcut olması anlamına geliyor; hep beraber tartışacağız, konuşacağız. Biz, 8'inci plân çerçevesinde oluşturduğumuz Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonunda da bu konuları konuşmak için de bir başlık açtık; orada da konuşmaya gayret edeceğiz.

İsmail Bey'in belirttiği konferansı ben görünce, açıkçası çok heyecanlandım; Türkiye'nin tam konuşması gereken bir konu, benim üzerinde çalıştığım, çalışmak istediğim konulardan bir tanesi. Ben şimdiden etrafımdaki herkese İzhak Hoca'nın panelini duyurmaya çalıştım. Panele umut ederim ki katılım fazla olur; çünkü çok yeni bir konu, bilinmeyen bir konu ve o kadar da bilinmesi gereken bir konu. Doğru ölçüyü hep beraber tartışarak bulacağız. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Artık kapattık, teşekkür ediyorum. Sayın Uğur Bey, çok teşekkür ediyoruz, bilgilerinizi bizimle paylaştınız, verimli bir toplantı oldu. Katılımcılara da teşekkür ediyorum, onların da soruları kadar, katkıları da değerliydi.

Önümüzdeki toplantı, Galatasaray Üniversitesinden Yardımcı Doçent Doktor Saadet İYİDOĞAN'ın "Bilim Teknoloji ve Rekabet" başlıklı bir konferansı olacak.

Saadet İYİDOĞAN bir iktisatçı; iktisat eksenli, ama rekabet politikasına oturmuş bir konuşma yapacak.

Daha sonra, İzhak Hocanın konuşması var, onun konusunu söyledik; "Doğal Tekeller Rekabet ve Regülasyon."

Ve bu ayın son konferansı, 23 Aralık'ta Doktor Gamze ÖZ tarafından verilecek; AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeleri anlatacak, muhtemelen Beyaz Kararnameyi, "White Paper"ı bize aktaracak.

Hepinize teşekkür ediyorum, iyi akşamlar diliyorum.