

# ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA KAMU HİZMETİ KAVRAMININ İRDELENMESİ

*Sedat ÇAL\**

## I. Genel Olarak

Ekonomi ve hukuk, iki ayrı disiplin olarak tezahür etmekle beraber, insan topluluklarının hayatlarını idame ettirebilmelerine yönelik iktisadi kuralları inceleyen ekonomi bilimi, çoğu zaman bu kuralların genel hukuk düzeni içindeki yapılandırılmasını oluşturan hukuk kuralları marifetiyle normatif hukuk bilimi düzenlemesi içerisinde yerini alır. Hukuk ile ekonominin en fazla görünür hale geldiği kavramlardan birisi “kamu hizmeti” olmuştur. Ekonominin gittikçe liberalleşen son yıllardaki serüveninde “kamu hizmeti” kavramının geçirdiği evreler, bir anlamda “ekonomi hukukunun” da tumusol kağıdını oluşturmuştur.<sup>1</sup>

Türkiye’de kamu hizmeti kavramı üzerindeki tartışmalar, 1990’lı yılların ortalarında kamuoyunun gündemine yerleşmiştir. Bu kavramın bir anda ülke gündeminin baş sıralarını işgal etmesi ise, esas olarak 1910 tarihli Menafi-i Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’da yer alan kamu hizmeti anlayışının 1980’li yıllara kadar izlenen ekonomi politikası çerçevesinde, temel olarak uygulanmasına pek de rastlanmayan “imtiyaz sözleşmeleri”ne karşı yeni bir uygulama olarak tanıtılan 3096 sayılı Kanun çerçevesindeki Yap-İşlet-Devret (YİD) modeline dayanan elektrik enerjisi santrallerine dair sözleşmelerin Anayasa Mahkemesi’nin 1995/42-2 sayılı kararı<sup>2</sup> uyarınca “imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi ile ortaya çıkmıştır.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1990; Uluslararası Finansman Hukuku Master Derecesi, The American University, 1997; A.Ü. Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, 2000-2001.

Halen Hazine Müsteşarlığı Şube Müdürü olarak görev yapmaktadır. Bu makalede belirtilen görüşler yazarın şahsi düşüncelerini yansıtmakta olup, hiçbir şekilde Hazine Müsteşarlığı’ni ilzam edecek biçimde yorumlanamaz. Makale üzerinde yazarın telif hakkı saklıdır, ancak kaynak göstermek kaydıyla atıfta bulunulabilir veya alıntı yapılabilir.

<sup>1</sup> “Ekonomi hukuku” kavramı hakkında bkz. Cansen, Ege; Hürriyet Gazetesi, 5 Eylül, 2001.

<sup>2</sup> 24.1.1995. RG No.22181.

Bu gelişme sonrasında "imtiyaz sözleşmesi" olarak nitelendirilen YİD sözleşmelerine muhtemel ihtilafların çözümü için uluslararası tahkime gidilebilmesini öngören hükümlerin konulamaması sonucunda 1995'ten 1999'a kadar YİD sözleşmelerinin askıda kalması ve böylece yapımı öngörülen yatırımların tamamlanamaması sonucu ile karşı karşıya kalmıştır. Nihayet, 1999 yılında yapılan bir Anayasa değişikliği<sup>3</sup> ile 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde öngörülen imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak addolunması imkanı getirilmiş ve böylece uluslararası tahkime yer verilmesinin önü açılmıştır. Bu gelişme, tabiatıyla "kamu hizmetinin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi" anlamına gelen imtiyaz sözleşmesi niteliğindeki YİD projelerinde idari yargı yerine, bir özel hukuk müessesesi olan uluslararası tahkimin ihtilafların çözüm mercii olarak tanınabilmesine yol açmış ve idare hukuku anlamında fevkalade önemli bir dizi tartışmaları da -kaçınılmaz olarak- beraberinde getirmiştir.

Bir ülkede iktisadi faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde izlenen yöntem, o ülkenin iktisadi politikasını ve rejimini ortaya koymaktadır. XIX. yüzyıldan itibaren 1929 yılında dünyada yaşanan iktisadi krize kadar özellikle gelişmiş Batı ülkelerinde daha ziyade liberal politikalara yer verilmiş, ancak kriz sonrasında liberal iktisadın yerine devletin iktisadi faaliyetleri ifa etmek üzere daha fazla ön plana çıktığı bir evreye şahit olunmuştur. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında dünyanın iki kutuplu bir siyasi-ekonomik düzen içinde yapılanması sonucunda, bir uçta bireysel girişimciliğe dayalı piyasa düzeni, diğer uçta ise merkezi planlamaya ve devletin bizzat iktisadi faaliyetleri gerçekleştirdiği bir iktisadi yapılanma ortaya çıkmış, bu ikisi arasında yer alan ve bireysel girişimciliğe engel olmamakla beraber, devleti de ekonominin başlıca aktörleri arasında bulunduran -ve karma ekonomi modeli olarak da adlandırılan- ekonomik sistemler görülmeye başlanmıştır. Ancak, siyasi-ekonomik anlamdaki bu "rekabetin" piyasa ekonomisine sahip devletlerce kazanılmasının akabinde, 1980'li yıllardan itibaren serbest piyasa ekonomisi sisteminin ağırlıklı olarak dünyada genel kabul gören bir düzleme gelmiş olması, yaklaşık son yirmi yıl boyunca dünya üzerindeki süreci belirleyen bir sonuç yaratmıştır. Bu gelişmeyle beraber, devletin iktisadi hayatta sadece düzenleyici bir rol alması ve bu meyanda -özellikle- altyapı yatırımlarının dahi özel sektör tarafından piyasa ekonomisi dinamikleri içerisinde gerçekleştirilmesi fikri gitgide daha fazla taraftar kazanmaya başlamıştır.

Nitekim, 1970'lerde birkaç ülkede başlayan ve 1980'lerde devam ederek 1990'lı yıllar itibarıyla bütün dünyada etkisini gösteren altyapı yatırımlarının liberalleştirilmesi ve özelleştirilmesi eğilimi, özellikle gelişmekte olan ülkelerde yaşanan mali sıkıntılar nedeniyle daha da önem

<sup>3</sup> 4446 sayılı Kanun, RG No. 23786, 14.8.1999.

kazanmıştır.<sup>4</sup> Örneğin, son on yılda altyapıda özel sektörün katılımı olağanüstü bir büyüme göstermiş ve 1988'deki 100 milyon ABD Dolarlık özel sektör altyapı yatırımına karşın 1996'da 20 milyar ABD Dolarlık bir hacim gözlenmiştir.<sup>5</sup> Teknolojik gelişmenin de yardımı ile rekabetin daha fazla sağlanabilmesine imkan verdiği cihetle telekomünikasyon ve enerji sektörleri bu anlamda 1990'larda özel sektör yatırımlarının gözlendiği başlıca altyapı sektörleri olmuştur.<sup>6</sup>

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

Bu noktada "altyapıya özel sektörün katılımı" kavramına açıklık getirmekte yarar görüyoruz. Özellikle ekonomide liberalleşme hareketlerinin hız kazanmasıyla, normal olarak iktisadi faaliyetlerin hemen tamamen özel sektör tarafından ifa edilmesi anlayışı benimsenmiş, ancak altyapı yatırımlarının çok büyük yatırım tutarlarına ihtiyaç duyması nedeniyle sözkonusu yatırımlar genellikle kamu tarafından ifa edilegelmiştir. Yatırım tutarlarının büyüklüğü yanında altyapı sektörünün kamuda kalmasında bir başka temel etken ise, bu yatırımlar sonucunda üstlenilen hizmetin sunulması sırasında niteliği gereği rekabet unsuruna hiç -ya da gereği kadar- yer verilememesi, böylece bu hizmetlerin büyük yatırım tutarlarına rağmen özel sektör tarafından yapılması ihtimalinde dahi fiyatlandırmanın -rekabet eksikliği nedeniyle- sorunlar yaratması olmuştur. Bir başka ifade ile, bu sektörlerde "doğal tekel" niteliğinin bulunması, ya bu faaliyetlerin kamu tarafından yerine getirilmesi, ya da özel sektör eliyle gördürülmekle beraber fiyatlandırmanın -ve hizmetin ifasının- kamu eliyle yakından denetlenmesi ve regüle edilmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır. Böylesi bir regülasyonun son derece hassas bir yapıyı gerektirmesi ise, literatürde "bağımsız idari otoriteler" olarak adlandırılan düzenleyici kurumların ekonomi hukukunda

<sup>4</sup> Roger Neil; Recent Trends in Private Participation in Infrastructure. Public Policy for the Private Sector newsletter series, Note No.196. The World Bank, Washington, D.C. p.167. September, 1999.

<sup>5</sup> Irwin, Timothy; Klein, Michael; Perry, Guillermo E.; Thobani, Mateen; Dealing with Public Risk in Private Infrastructure: An Overview, World Bank Latin American and Caribbean Studies, The World Bank, Washington, D.C. 1997. p.2.

<sup>6</sup> Neil, a.g.e., s.168.

yer almaları yönünde son yıllarda bütün dünyada örnekleri görülen uygulamalara yol açmıştır. Bu gereksinimin ayrıntılı incelemesine ilerleyen bölümlerde yer vereceğiz.

İngiltere ile hemen hemen aynı zaman diliminde ülkemizde de liberalleşme yönünde benzer adımlar atılmaya başlanmıştır. 1980'li yıllardan itibaren ülkemizde o zamana değin uygulanagelen ekonomi politikaları çerçevesinde Cumhuriyet'in ilk yıllarından ve özellikle 1930'lı yıllardan itibaren devlet tarafından yerine getirilen bazı sanayi faaliyetlerine yönelik özelleştirme uygulamalarına geçilmiştir. Bu meyanda bazı kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi gündeme gelmiş ve Türkiye Süt Endüstrisi Kurumu, Karabük Demir ve Çelik İşletmeleri ve Sümerbank Holding İşletmeleri gibi bazı sanayi tesisler özelleştirilmiştir. Ancak 1980'li yıllarda başlatılan bu uygulamaların kamuoyu ve yargı çerçevelerinde hemen benimsendiği de söylenemez. Özellikle özelleştirmeye kavramsal olarak karşı çıkan bazı sivil toplum örgütlerinin gösterdiği muhalefet, yargı kararlarında kendisini gösteren etkili bir eylem platformu halinde ortaya çıkmıştır. Bu çevrelere göre, "özelleştirme ... küreselleşmenin ekonomik aracıdır" ve "uluslararası olan sermaye, kendine ulusal engeller çıkardığı için, ulusal devleti ortadan kaldırmak ist(er, ayrıca) özelleştirmenin amacı devleti ortadan kaldırmaktır".<sup>7</sup> Hatta, bu anlayışın akademik çevrelerde dahi akis bulduğu görülmektedir; örneğin Sn. Karahanoğulları'na<sup>8</sup> göre "... buraya (ülkemize) gelen yabancı yatırımcı, buradaki işletmesinden aldığı karı ne yapacak?... Bu karın dışa aktarılması ulusal değerlerin dışa aktarılmasıdır. (Oysa) (k)ar, burada (ülkemizde) üretilen değerdir."<sup>9</sup> Görüleceği üzere, özelleştirmenin ülkemizdeki değerlerin dışarıya aktarılması sonucunu doğurduğu ifade edilerek, yabancı yatırımcının karını yurt dışına aktarması sorgulanmaktadır. Oysa, liberal ekonomi politikalarına ve bu anlamda özelleştirmelere ülkemizden çok daha sonraki yıllarda başlayan eski Doğu blokuna ait kimi Doğu Avrupa ülkelerinde gerçekleştirilen yabancı sermaye yatırımları daha fazla tutarlara ulaşmıştır.<sup>10</sup> Tabii olarak özel sektör yatırımlarını kar saiki ile gerçekleştirir, yerli ya da yabancı olması bu gerçeği değiştirmez.

Sanayi tesislerin yanısıra, İngiltere ve bazı diğer ülkelerde olduğu gibi altyapı hizmetlerinde de özelleştirme yoluna gidilmesi tercih edilmiştir. Zira,

<sup>7</sup> Kamu Hizmetinde Özelleştirme, Kamu İşletmeciliğini Geliştirme Merkezi Vakfı (KİGEM) Yayını, Haziran, 1997, Ankara, s.2.

<sup>8</sup> Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Araştırma Görevlisi.

<sup>9</sup> Karahanoğulları, Onur; Tartışma, Anayasa Sempozyumu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 102.

<sup>10</sup> Örneğin son 8 yılda Polonya'da 30 milyar ABD Doları tutarında yabancı sermaye yatırımının gerçekleştirildiği ifade edilmektedir (bkz. Doğan, Zülfiyar; Ankara Kulisi, Milliyet Gazetesi, 16 Eylül, 2001, s.8).

gelişmekte olan bir ülke olarak ülkemizin her yıl için yapması gereken altyapı yatırımlarının milyar dolar tutarlarına ulaşması, bu yatırımların geleneksel olarak yapılageldiği şekliyle kamu tarafından gerçekleştirmelerini imkansız hale getirmekteydi. Bu finansal imkansızlığın yanısıra, bu hizmetlerin özelleştirilerek özel sektör eliyle yapılmasının ekonomik açıdan daha etkin ve daha kaliteli hizmet sunumunu ortaya çıkaracağı yönündeki genel kabul de etken olmuştur.

Burada bir parantez açmakta yarar görüyoruz: Bir altyapı faaliyeti, normal olarak kamu tarafından gerçekleştirilir. Zira bu tür yatırımlar yüksek maliyetlidir ve diğer yandan bu hizmetlerin özel sektör tarafından gerçekleştirilmesi halinde doğal tekel niteliklerinden dolayı tüketicilere sunulurken fiyatlandırılmaları sorun yaratmaktadır. Zira, tekel konumundaki hizmetlerin rekabetsiz ortamda yüksek kar marjları ile hizmet sunmaları imkanı vardır ve bu fiyatların denetimi bu anlamda önem kazanmaktadır.

Kamunun bu yatırımları gerçekleştirmek için iki finansman kaynağı vardır: 1. Bütçe kaynakları 2. Dış ve iç borçlanma.

Bütçe kaynakları, temel olarak bir devletin halktan topladığı vergilerle oluşturulur. Esasen, yaygın kanaatin aksine, devletin parası olmaz. Devlet bir nevi "emme-basma tulumba" gibidir, halktan topladığı vergilerle halka hizmet götürmeye çalışır. Bu anlamda -genel olarak- bütçe kaynakları bu tür altyapı faaliyetlerine imkan verecek bir mali derinlik içermemektedir, çünkü vergi toplamak güç bir iştir. Şüphesiz devletin egemen güç olarak para basma imkanı vardır, ancak bu, enflasyonist bir sonuç yaratacağı için reel anlamda bir alternatif çözüm olmaktan uzaktır.

Dolayısıyla bu tür altyapı faaliyetleri için geriye borçlanma kalmaktadır. Bu amaçla ya iç finansman piyasalarından devletin borçlanması ya da dış finansman kaynaklarına müracaat edilmesi (tahvil ihracı ya da devletin doğrudan borçlanması) sözkonusudur. İç finansman imkanlarının ülkemizde tasarruf oranının düşük olmasından dolayı yeterli finansal derinlik arzetmemesi nedeniyle tek çözüm olarak yüksek tasarruf oranlarına sahip ülkelerden dış borç alınması yoluna gidilmektedir. Maamafih, altyapı faaliyetinin devlet yerine özel sektör eliyle yapılması ihtimalinde de aynı finansman sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira, yerli şirketlerin böylesi bir yatırımı tamamen özkaynaklarıyla gerçekleştirmesi sözkonusu olamayacağı için, zorunlu olarak proje finansmanı olarak adlandırılan yöntem ile sözkonusu yatırım için kredi kullanılacaktır. Bu durum, yatırımın yabancı şirketlerce yapılması hallerinde de geçerlidir. Ülke içerisindeki finansman kaynaklarının sınırlı olması gerçeğinden hareketle, özel sektör de yine dış borçlanma (proje finansmanı) yoluyla bu altyapı faaliyetini

gerçekleştirebilecektir. Şu halde, her iki ihtimalde de aynı finansman kaynağına müracaat edilmesi sözkonusudur. Bu itibarla, altyapıda özelleştirmenin finansman açısından bir rahatlık sağlayacağı gerekçesiyle tercih edilmesi gerçekçi bir değerlendirme olamayacaktır.

Dolayısıyla, burada özelleştirmenin temel esprisi nedeniyle altyapının da özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi yoluna gidileceği düşünülmelidir. Bu temel espri ise, özelleştirme ile gerek fiyat ve gerek kalite ve etkinlik anlamında daha iyi hizmet üretilebilmesi anlayışında yatmaktadır.

Bütün bu gelişmeler ışığında, altyapı projeleri mahiyetindeki yatırım ve hizmet projelerinin YİD modeli ile gerçekleştirilmeleri amacıyla, enerji sektörü için 1984 tarih ve 3096 sayılı<sup>11</sup>, Karayolları için 1988 tarih ve 3465 sayılı (4947 sayılı Kanun ile değişik)<sup>12</sup> kanunlar çıkarılmıştır.<sup>13</sup> Bu kanunlar ile enerji de dahil olmak üzere altyapı faaliyetlerinin yap-işlet-devret ve işletme hakkının devri modelleri çerçevesinde yapılmasının yolu açılmıştır. Akabinde, aynı modelin elektrik enerjisi dışındaki sektörlerde de gerçekleştirilebilmesini teminen 1994 yılında 3996 sayılı Kanun istihsal edilmiştir.<sup>14</sup>

Bu kanunlarla ilgili olarak bugüne kadar bir adet içme suyu temini projesi hariç olmak üzere sadece 10 adet enerji üretim tesisinin YİD modeli çerçevesinde yapımı gerçekleştirilebilmiştir. Ankara Metrosu Projesi ve İzmit Körfez Geçişi Projesi'nin de bu kapsamda yapımı düşünülmüş ve müzakerelerine başlanmış, ancak metroya ilişkin projenin anılan model ile yapımının uygun bulunmaması nedeniyle bizzat kamu (Ankara Büyükşehir Belediyesi) tarafından yapımı yoluna gidilmiştir. İzmit Körfez Geçişi Projesi'nin müzakereleri ise ihale sürecinde ortaya çıkan engeller nedeniyle henüz sonuçlandırılmamıştır. Bu nedenle, çalışmamızda ağırlıklı olarak enerji projeleri esas alınacaktır.

Enerji projelerinin YİD modeli ile yapılabilmesi 3096 sayılı Kanun ile imkan dahiline girmiştir. Bugüne kadar bu Kanun çerçevesinde 10 adet elektrik enerjisi projesi Hazine garantili olarak yapılmış olup, halihazırda

<sup>11</sup> Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 19.12.1984, RG No.18619.

<sup>12</sup> Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 2.6.1988, RG No.19830.

<sup>13</sup> Varlıer, Oktay; Türk Ekonomisinde Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Haziran, 1996, s.4.

<sup>14</sup> 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun, 13.06.1994, RG No.21959.

bütün bu projeler işletmeye alınmış durumdadır. Bu Kanun'un çıkarılmasında esas olarak büyük finansman tutarlarına ihtiyaç duyan bu yatırımlar için kamunun bütçe kaynaklarının ya da borçlanma imkanlarının yeterli olmadığı, bu nedenle artık bu santrallerin özel sektör eliyle yapılması yoluna gidilmesi gerektiği savunulmuştur. Ancak, yukarıdaki bölümlerde de açıklamaya çalıştığımız üzere, özel sektör de bu yatırımları kredi kullanarak gerçekleştirebilecektir. Örneğin, 3996 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre özel sektörün kullanacağı özkaynak tutarı % 20 oranında olmak durumundadır, kalan kısım ise genel olarak krediden karşılanacaktır. Nitekim, uygulamada asgari % 20'lik özkaynak oranının üzerine pek de çıkılmadığı gözlenmektedir, ki yüksek yatırım tutarlarına ulaşan olan enerji yatırımlarında bu husus hemen dünyanın her ülkesinde yaklaşık olarak bu oranlar seviyesinde gerçekleştirilmektedir.

Öte yandan, bir ülkeye kredi veren yabancı kreditorler için belirli bir ülke riski vardır ve buna dayanılarak öngörülen dış kredi sınırı sabittir. Yani, özel ya da kamu sektörü olsun, bütün bu kuruluşlar aynı kredi havuzundan yararlanmaktadır. Şu halde, özel sektör eliyle gerçekleştiriliyor olması halinde de -sınırlı özkaynak kullanımını bir yana bırakacak olursak- aynı dış kredi kaynaklarına müracat edilmesi sözkonusu olduğu için, ilave bir finansman imkanı yaratılmış olunmayacaktır. Bu nedenle, bize göre YİD modeli ile ilave bir finansman imkanı yaratarak enerji projelerini gerçekleştirmekten ziyade, özelleştirme yoluyla etkin ve verimli yatırımların gerçekleştirilmesi hedeflenmiş olmalıdır. Ancak, sözgelimi Sümerbank Holding tarafından basma üretiminde kullanılan fabrikaların özelleştirmesine dahi 1980'li yıllarda itiraz edildiği hatırlanırsa, bu hedefin açık biçimde neden dile getirilmediği daha iyi anlaşılabilir. Dolayısıyla, biz 3096 sayılı Kanun ile üzeri örtülü bir özelleştirmeye gidilmesinin amaçlandığını düşünüyoruz. Bununla birlikte, elektrik sektörünün o tarihte içinde bulunduğu durum bu amaçla bağdaşmamaktadır. Zira, üretilen enerji sadece tekel konumundaki TEAŞ'a satılmak zorundadır. Hal böyle olunca rekabet de ortadan kalkmaktadır, zira YİD modeli ile elektrik üretecek olan özel sektör, üretimini TEAŞ'a satmak zorundadır, maliyetin üzerine kendi makul karını da ekleyerek. Bu ise, 20 yıllık sözleşmelerle özel sektörün ticari bir risk almadan üretimini 20 yıl boyunca önceden belirlenmiş tarifeler üzerinden devlete satmasını garanti etmektedir.

Bu resim, özelleştirme mantığı ile örtüşmemektedir. Nitekim, aynı saptamanın DPT Müsteşarlığı tarafından da yapıldığı görülmektedir. Buna göre "....Yap-İşlet-Devret modeli ile enerji alım ve fiyat garantisi verilerek gerçekleştirilen santral projeleri nedeniyle sektörde rekabetin ve serbest piyasa ekonomisinin geçerli olacağı bir sistem kurulması imkanı

zorlaşmaktadır.<sup>15</sup> Yine, “(E)nerji Sektörü ile ilgili olarak sektörde özelleştirme ve özel şirket faaliyetlerinin yaygınlaşması sonrasında, rekabetin hangi esaslara ve mekanizmalara göre sağlanacağı konusunda da belirsizlikler bulunmaktadır.<sup>16</sup> Hatta, daha da isabetli bir görüşle, “3996 Sayılı Yap-İşlet-Devret Yasası’nın imtiyaz gerektiren faaliyet alanı ile sınırlanması, diğer alanlarda serbestliğe gidilmesi sağlanacaktır” ifadesine de yer verilmektedir.<sup>17</sup>

Burada, asıl olan hususun rekabetin oluşmasına imkan verecek bir “serbestleştirmeye” yer verilmesi olduğunun vurgulanması memnuniyet vericidir ve kanaatimizce sorunun asıl kaynağının isabetle teşhis edildiğini göstermektedir.

Ancak, bu ayrımın dünya ölçeğinde de yeterli derecede doğru biçimde algılandığını söylemek imkanı bulunmamaktadır. Altyapı projelerinde özel sektör katılımı, yurt dışında da genel olarak “kamu tarafından yüksek yatırım bedelleri nedeniyle yerine getirilemeyen” altyapı yatırımlarının özel sektör tarafından yapılması olarak ele alınmakta ve daha da önemlisi, altyapıya özel sektörün katılımı ile özelleştirme kavramlarının farklı şeyler olduğu sarahaten vurgulanmaktadır. Buna göre, “özelleştirme ile altyapıda özel sektör katılımı kavramları birbiri ile karıştırılmamalıdır. Birincisinde bir imtiyaz hakkı ya da ruhsat ile ve piyasa dinamikleri içerisinde bir kamu hizmetinin ifası özel sektöre devredilirken, ikincisinde işletmeci ile kamu kuruluşu arasında bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından yerine getirilmesi için uzun vadeli bir sözleşme yapılmaktadır.”<sup>18</sup>

Kanaatimizce, kamu ile özel sektör kuruluşları arasında uzun vadeli bir sözleşmenin bulunmasına bağlı olarak gerçekleştirilen faaliyetin özelleştirme sayılıp sayılmaması hatalı bir değerlendirmeye yol açmaktadır. Bize göre altyapıya özel sektör katılımı esas olarak özelleştirmedeki “özel sektörün verimliliğini elde etme” amacına ulaşmayı hedeflemektedir ve bu zaviyeden hareketle altyapıda özel sektör katılımı temel olarak özelleştirme anlayışına dayanmak durumundadır. Mümkün olduğu ölçüde de kamu ile uzun vadeli sözleşme imzalanmasından kaçınılması ve yatırımı yaparak kamuya hizmet verecek özel sektör kuruluşunun olabildiğince serbest rekabet kuralları çerçevesinde ve böylece piyasa riskini (ticari risk) üstlenerek faaliyet göstermesi sağlanmalıdır. Ancak bu halde altyapıya özel

<sup>15</sup> Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, DPT Yayını, Ankara, 1995, s.137.

<sup>16</sup> 1998 Yılı Programı, DPT Yayını, Ankara, 1997, s.112.

<sup>17</sup> 1998 Yılı Programı, DPT Yayını, Ankara, 1997, s.107.

<sup>18</sup> Public-Private Partnerships for Infrastructure Development, Guidelines on Best Practices, UN/ECE BOT Group, United Nations UN/ECE Forum, Geneva, 4-5 December, 2000, p.4.



sektör katılımı veya YİD sözleşmeleri adı altında kamunun mali risklere maruz bırakılmaması mümkün olabilecektir. Serbest rekabetin mümkün olmadığı doğal tekel niteliğindeki sektörlerde ise fiyatların tesbitini regüle eden, ancak ilgili şirketin her türlü maliyetini tüketiciye doğrudan aktarabilmesine olanak tanımayan ve böylece şirketin verimli çalışmasını gözetten bir düzenleyici kurum marifetiyle aynı sonuca varılabilecektir.<sup>19</sup>

Özelleştirme ile getirilmeye çalışılan ticari anlayışın özü, ticari kar karşılığında risk alınmasını zorunlu kılar, ticaretin hiç bir türünde devletin karı garanti etmesi söz konusu olamaz. Bu itibarla, YİD sözleşmeleri ile 3096 sayılı Kanun kapsamında elektrik santralleri yapımına gidilmesi, Kanun'un o tarihteki bize göre zihinlerde gizli tutulan (niyetlenen) amacına uygun da değildir ve özelleştirme olarak adlandırılmaz.<sup>20</sup> Tabii, bu santrallerin yapımı işinin hangi özel sektör kuruluşuna verileceğinin ihaleyle tesbiti yoluyla rekabetin bulunduğu iddia edilebilirse de, bu "pazar için rekabet"tir, "pazar içerisinde rekabet" değil. Kaldı ki, 3096 sayılı Kanun "pazar için rekabet" kuralını dahi içermemektedir ve bu Kanun kapsamındaki projeler genelde ihalesiz olarak gerçekleştirilmişlerdir.<sup>21</sup> Esasen, enerji sektöründe YİD modeli ile yatırım yapmak isteyen firmaların büyük sayılara ulaşması ve yüksek sayıda enerji projesi stokunun bulunması<sup>22</sup> bu tür "garantili ticaret" iştiağından kaynaklanmaktadır. Nitekim, bu husus bizzatihi bazı özel sektör girişimcileri tarafından da büyük bir dürüstlük içerisinde ifade edilmiştir.<sup>23</sup> Oysa, yabancı literatürde devlet garantilerinin sadece devletin kontrolündeki hususlarla sınırlı olması ve yatırımcının özellikle projenin inşa edilmesi ve üretilecek hizmete yönelik talep ile ilgili riskleri -temel olarak- üstlenmesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Irwin, *Dealing with ...*, a.g.e., s.4.

<sup>20</sup> Bu konuda bkz. Çal. Sedat; Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Kurumu, 36 no.lu dipnot. Ankara Barosu Dergisi, Eylül, 2001. s.100.

<sup>21</sup> Bkz. Yılmaz, Osman; Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması. DPT Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999, s.112. Ayrıca, bkz. Emek, Uğur; Uluslararası Ticari Tahkim, YİD Projeleri, İmtiyaz Kavramı ve Anayasa; Sorunlar ve Çözüm Önerileri; Vergi Dünyası, Ağustos, 1999, s.9.

<sup>22</sup> Sn. Varlıer, 1996 yılı itibarıyla toplam değeri 32.4 milyar ABD Doları değerinde 179 adet YİD projesi bulunduğundan bahsetmektedir (Varlıer, ...a.g.m., s.4).

<sup>23</sup> Enerji Dergisi'nde bazı özel sektör temsilcileri tarafından gerçekleştirilen bir toplantıda, özellikle bazı müteahhitlik firmalarının daha önceleri taahhüt işlerinden kazandıkları ile turizm sektöründe yatırım yaptıkları, ancak turizm sektöründeki dalgalanmalar nedeniyle yeterli kazanç sağlamadıkları için enerji sektöründe yatırım yaparak 20 yıllık bir süreyle ürettikleri elektriği devlete satmayı cazip buldukları ve böylece belirli bir karı garanti ettikleri için enerji projelerine bu denli yüksek bir talep bulunduğu açık bir şekilde ifade edilmektedir (daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ültanır, Özcan; Tahkim Sonrası Yatırım Ortamı ve Yeni Elektrik Piyasasına Doğru, Enerji Dergisi, 10. Sayı, s.38-39.

<sup>24</sup> Irwin, *Dealing With ...*, a.g.e., s.11-12.

Bu noktada da enerji sektörünün azizliği ile karşılaşılmalıdır; zira elektriği tüketicilere serbestçe ve rekabet koşulları içerisinde, rekabet mümkün olmazsa regüle edilmiş fiyatlar çerçevesinde satma imkanı vermeyerek, bu sektörün “kamu hizmeti” konusu olduğu ve bu nedenle ancak devletin faaliyet göstereceği, dolayısıyla ancak ve ancak ilgili kamu kuruluşuna elektriğin satılabileceği yönündeki “devleti ve kamuyu koruduğunu zanneden” muhafazakar anlayış yüzünden, talep tahminlerinin özel sektöre bırakılması imkanı da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bunun sonucunda ise, enerjide ne kadar yatırım yapılması gerektiği kamu tarafından hesaplanmakta ve bu çerçevede ulaşılan elektrik enerjisini üretebilmek için özel sektör “görevlendirilmektedir”. Görevlendirmenin anlamı ise şudur: özel sektör olarak bütün talep tahmini riskleri devletin üzerinde bırakılmaktadır, zira bu işe özel sektör talip değildir, devlet onu bu işle “görevlendirmektedir”, öyleyse bunun sonucunda üretilen elektrik enerjisini –talep olsun olmasın- devlet satın almak zorundadır! Yani, üretilen malın piyasa riski sıfırdır, kazanç ise garantilenmektedir!<sup>25</sup> Böylesi bir faaliyete “ticaret” diyebilme imkanı kanaatimizce bulunmamaktadır, bunun adı çok daha başka bir şeydir!

## II. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Ve Kamu Hizmeti Kavramı

3096 sayılı Kanun ile YİD modeli çerçevesinde bazı enerji projelerinin gerçekleştirilmesine ilişkin girişimlere başlanmış ve böylece altyapıya özel sektör katılımının yasal altyapısı oluşturulmuştur. Akabinde, 1994 tarihli 3096 sayılı Kanun ile genel olarak YİD modelinin yasal altyapısı düzenlenmiş ve Kanun'un 5. maddesi ile de YİD sözleşmelerinin imtiyaz teşkil etmeyen özel hukuk sözleşmeleri olduğu hükmü getirilmiştir. Buna göre, “Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek şekilde bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir”. Bu noktada anılan sözleşmelerin hukuki niteliği üzerindeki tartışmalar da yoğunlaşmış ve bu meyanda Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 1994 yılındaki bir kararı ile anılan hükmün “imtiyaz teşkil etmeyecek” kısmı ve “(b)u sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir” şeklindeki 2. cümlesi iptal edilmiştir.<sup>26</sup>

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapımı öngörülen YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu amir 5. maddenin Anayasa'ya aykırı bulunduğunu, zira bu

<sup>25</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedat; “Uluslararası Tahkim” ya da Canbaz Nerede, Dünya Gazetesi, 8 Temmuz, 1999. Yine, aynı konuda bkz. Çal, Sedat; Türkiye'de Enerji ve Planlama, Finans Dünyası Dergisi, Eylül, 2000, s.72-74.

<sup>26</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 1995/23 sayılı Kararı, 20.03.1996, RG No.22586.

sözleşmelerin “kamu hizmeti” konusunu düzenlediğini ve böylece idari sözleşme mahiyetinde olduğunu, idari sözleşmelerde ise ihtilafların idari yargıya tabi olacağını belirtmiştir. Kararda kamu hizmeti kavramının büyük bir belirsizlik içerdiği kabul edilmekte ve öğretide de bu konuda fikir birliği sağlanamadığına değinilmekte, bu nedenle yasa koyucunun bir hizmeti kamu hizmeti olarak nitelendirmesinin esas kabul edileceği vurgulanmaktadır. Ancak, hemen akabinde, yasa koyucunun bu iradesinin mutlak olmadığı ve Mahkeme'nin bu konuda “hizmetin niteliğine göre” yapacağı değerlendirmenin belirleyici olacağına hükmedilmektedir. Nihayet, buradan hareketle 3996 sayılı Yasa'nın “imtiyazın tüm öğelerini içerdiği” sonucuna varılmıştır.

Dolayısıyla, bu karar uyarınca 3996 ve 3096 sayılı Kanunlar ile YİD projelerinin yapılabilmesi reel olarak imkan dışı kalmıştır. Zira, imtiyaz sözleşmelerine karar sonrasında ihtilafların çözüm mercii olarak tahkim maddelerinin konulması imkanı ortadan kalkmış ve bu da yabancı yatırımcı ve/veya kreditorlerin resmin dışında kalmaları sonucunu yaratmıştır. Kısaca, bu projelerin akıbeti tam bir tıkanmaya maruz kalmıştır.

Kararda belirtilen hukuki kavramlar ile 3096 ve 3996 sayılı Kanunların öngördüğü YİD sözleşmeleri böylece birbirine bağlanmıştır. Bu terimler, gerçekten de, idare hukukunun en tartışmalı kavramlarını oluşturmaktadır: Kamu hizmeti, imtiyaz ve bunların sonucunda tahkim, özellikle uluslararası tahkim. Aşağıdaki bölümlerde bu kavramların belli oranda açılımlarını yapmaya ve daha da önemlisi, YİD projeleri ile kesişimleri bağlamında ekonomi dünyası ile örtüştüğü alanları irdelemek istiyoruz. Bu husus kanaatimizce fevkalade önem taşımaktadır, zira en başta da belirttiğimiz gibi, sözkonusu hukuki kavramlar ekonomi ile hukukun en fazla halvet oldukları alanlardan oluşmaktadır ve bu konularda –özellikle- hukukçular tarafından yapılan incelemeler daha çok “saf hukuki” yaklaşımı içermektedir. Oysa, -takdir edileceği üzere- konunun ekonomi ile ilgili yönü iyice aydınlatılmadan salt hukuki analizlerle yeterli bir idrak bütünlüğüne varma imkanı bulunmamaktadır kanaatindeyiz.

### **III. YİD ve Yap-İşlet (Yİ) Modelleri ile Kamu Hizmeti-İmtiyaz Bağlantısı**

Herşeyden önce, yukarıda belirtilen kamu hukuku ve imtiyaz terimlerinin büyük bir kavram kargaşası içerisinde hatalı yorum ve algılamalara dayandırıldığını ifade etmek gerekiyor. Öncelikle değinmek istediğimiz, sözkonusu kavramlar çerçevesinde karşılaşılan sorunların halihazırda öngörülen finansman modelleri ile birebir bağlantılarının kurulamayacağı hususudur. Altyapı projelerinin finansman sıkıntılarının

çözümüne yönelik olarak getirilen YİD modeli, bir finansman yöntemi olmaktan ileri gitmemektedir ve karşılaşılan sorunların nedeni olmaktan çok uzaktır. YİD modeli ile kamu hizmeti olduğu varsayılan altyapı projeleri gerçekleştirilebileceği gibi, tamamen ticari mahiyet arzeden projelerin de finansmanı gündeme gelebilir. Örneğin, bir belediye tarafından değerli bir belediye arsası üzerinde bir müteahhit firma ile sözleşme yapılarak arsa üzerinde ticaret merkezi inşa edilmesi, bu merkezin yatırım bedeli karşılığında belli bir süre müteahhit firma tarafından işletilmesi veya kiralanması, sürenin nihayetinde de ilgili belediyeye bedelsiz veya sembolik bir bedel karşılığında devredilmesi mümkündür. Nitekim, Ankara'daki Atakule Projesi'nin böyle bir model çerçevesinde gerçekleştirildiği bilinmektedir.<sup>27</sup> Dolayısıyla YİD modeli sorunun mahreci değildir ve nihayetinde finansal kiralama (financial leasing) gibi bir finansman yöntemi örneği olmaktan ileri gitmemektedir.

Yap-İşlet (Yİ) modelinde ise, yatırımcının ilgili yatırımı yapması ve belli bir süre ile veya süresiz olarak işletmesi sözkonusudur. Şu halde, Yİ modeli bir finansman modeli olmaktan ziyade, bir ruhsat niteliğindedir. Yİ modelinin, herhangi bir özel sektör yatırımı için idareye yapılan başvuru ve sonunda yatırım için izin alınmasından başka bir şey olmadığı düşünülebilir. Bu meyanda, bir otomobil fabrikasının kurulması ve işletilmesi örneğinde alınan izin ile Yİ modeli arasında bir fark bulunmadığı söylenebilir. YİD ve Yİ modellerinin hangi şartlar altında imtiyaz ve kamu hizmeti kavramları ile ilişkilendirilebileceği ve özellikle Yİ modelinin hangi hallerde bir finansman modeli görünümüne bürünebileceği hususlarına ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

YİD sözleşmeleri ile özellikle elektrik enerjisi projelerinin gerçekleştirilmesine yönelmesi, bu faaliyet alanının bir kamu hizmeti konusunu oluşturduğu ve kamu hizmetlerinin özel sektör eliyle yaptırılmasının da idare hukuku anlamında imtiyaz sözleşmesi olarak algılanması sonucunda hukuki engelleri ortaya çıkarmıştır. Başlıca iki engel sözkonusudur: 1) Elektrik enerjisinin bir kamu hizmeti konusu olduğu ve imtiyaz teşkil ettiği hususu Türk yargı çevrelerince kabul görmüş ve böylece Anayasanın 155. maddesi gereğince, elektrik enerjisine ilişkin olarak idare ile özel sektör arasında imzalanan uygulama sözleşmesinin "imtiyaz" kabul edilmesi neticesinde, sözleşmelerin taraflarca imzalanmasından önce Danıştay tarafından incelenerek düzenlenmesi gerekmiştir. Sözkonusu incelemenin ise pratikte çok uzun bir süreci gerektirdiği, gecikmelere ve belirsizliklere neden olduğu ileri sürülmüştür. Danıştay, sözleşmelerin belli

<sup>27</sup> Bkz. Zabunoğlu, Yahya; Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Önerileri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, a.g.e., s.45.

bir biçim ve içerikte olmasına özen gösterdiği veçhile Danıştayca şekillendirilen sözleşmenin uluslararası yatırımcılar tarafından arzulanan (tahkim veya sair) maddeleri içermesi mümkün olmayabilmiştir. 2) Sözleşmeden kaynaklanan hukuki ihtilafların çözüm mercininin yine Danıştay olması gerektiği aynı yargı çevrelerince öngörülmüş, bu durumda bu tür ihtilafların uluslararası ticari tahkim organlarınca çözümü üzerinde ısrar eden uluslararası yatırımcıların ve kreditorlerin muhalefeti ve itirazları ile karşılaşmıştır.

Yukarıda özet olarak ifade edildiği üzere, enerji sektörü ile ilgili YİD projelerinde yaşanmış olan sıkıntının temel kaynağı, elektrik enerjisine ilişkin uygulama sözleşmeleri tahtında çıkması muhtemel ihtilafların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi önerisinin Türk yargı çevrelerinde muhalefetle karşılaşmış olmasıdır. Yabancı kreditorler, büyük miktarlara ulaşan ve yerli hukuka tabi bir özel hukuk kişisi olan enerji şirketine açılan proje kredilerinin geri dönüşünü mümkün olduğunca güvenceye almak istemektedir ve bu meyanda karmaşık bir yapı içeren ve uzun dönemde gerçekleştirilebilen altyapı projelerinde Türk yargısına tabi olmayı benimsememektedir. Esasen, ülkemizin borçlu veya garantör sıfatıyla taraf olduğu dış kredilere ilişkin anlaşmalarda, kreditorlerin ısrarlı taleplerine istinaden hemen daima yabancı hukuk ve yargı yerini amir hükümlere yer verilmiştir. Bu itibarla, klasik finansmana göre kreditorler için kredi süresi ve borçlunun kimliği açısından daha riskli olan YİD projelerinde kreditorlerin Türk yargı yetkisini ve Türk hukukunu kabul etmeleri fevkalade güç olmuştur. Esasen, yabancı kreditorlerden finansman teminini öngören hemen hiçbir YİD enerji projesinde bugüne kadar uluslararası tahkim maddesi bulunmaksızın finansman sağlanamamıştır!

Yabancı yatırımcıların ve kreditorlerin bahse konu endişelerini bertaraf etmek üzere, YİD modeli çerçevesinde enerjinin özel sektör tarafından üretilmesinin imtiyaz teşkil etmeyeceği 3996 sayılı Kanun'da yer alan bir madde ile münhasıran belirtilmiş ve böylece Anayasa'nın 155. maddesi gereği sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilmesi ve idari sözleşme kabul edilerek Türk idari yargısına tabi tutulmasından kaçınılmak istenmiştir. Zira, aksi halde sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olmak imkanını kaybedecek ve dolayısıyla bir özel hukuk müessesesi olan tahkime de yer verilemeyecektir.

Bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun'un imtiyazla ilgili bu maddesi Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 1995/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bahse konu kararında bir kamu hizmetinin imtiyaz teşkil edip etmemesinin ancak hizmetin niteliğinden çıkarılabileceğini ve bu hususta kanun hükmü ile düzenleme getirilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu karara

dayanak teşkil edecek özel bir hükme –değişiklik öncesine- Anayasa’da rastlanmamaktadır; imtiyaza ilişkin hüküm (m.155) imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay’ın ön incelemesinden geçirilerek imzalanması gereğini amirdir. Ne var ki, imtiyazı teşkil edecek sözleşmelerin neler olabileceğine dair Anayasa’da bir düzenleme de bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi ise imtiyaz teşkil etme kararını tamamen kendi subjektif mütalaasına dayandırmış ve anılan kararında “kamu hizmeti” kavramının yorumuna girerek iptale hükmetmiştir.

YİD modeline ilişkin kavram kargaşasının Anayasa Mahkemesi’nin kararında da hatalı biçimde algılandığı görülmektedir. Nitekim, bahsekonu kararda “Yap İşlet Devret modelini içeren yasalarda, yönetimi üstün kılan kurallar bulunması kaçınılmazdır” ifadesine yer verilmektedir. Mahkeme’nin burada YİD modelinin sadece bir finansman yöntemi olduğu anlayışına itibar etmediği gözlemlenmektedir, zira daha önce de belirtildiği gibi YİD modeli ile bir elektrik santrali kurulabileceği gibi, bir ticaret merkezi ya da mesken inşaat da gündeme gelebilir ve böyle bir durumda yönetime üstün haklar tanıyan kurallara yer verilmesi zorunlu veya sözkonusu olmayabilir. Şu halde, önemli olan husus YİD modelinin “konusu”dur ve şayet bir “kamu hizmeti” YİD modeli ile gerçekleştirilmekte ise ve sadece bu halde Mahkeme’nin belirttiği “fiyatların idarece tesbiti ve böylece idareye üstün haklar tanınmış olması” gerekçesi -bir nevi- gerçeklik kazanabilecektir. Bu itibarla, kararda belirtilen “idari sözleşme” sayılma ölçütünün mevcut haliyle YİD modelinin geneli açısından yerinde olmadığını düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesi’nin kararında önemli ve sonucu etkileyen nitelikte algılama hatalarına düştüğünü belirtmiştik. Nitekim, kararda “bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir” denilmekte, üstün yetkilerin ise “... yatırım sonucu oluşacak mal ve hizmetlerin belirlenmesinde uygulanacak kriterler...” ile açığa çıktığı vurgulanmaktadır. Bu ölçütün gerekli açıklığı havi olduğunu iddia etmek fevkalade güçtür. Zira ülkemizde örneğin özel sektörde üretilen ekmeğin fiyatı 507 sayılı Kanun öncesinde idare tarafından belirlenmekte idi; bu ise ekmeğin üretiminin bir imtiyaz konusu olmasını gerektirmemiştir. 507 sayılı Kanun ile de tam bir serbesti de getirilmemiştir; bu kanun uyarınca (m.125) ekmeğin fiyatının tesbiti ilgili meslek odası tarafından yapılacak, bu fiyata yerel kamu yetkililerince itiraz edilmesi ve bu çerçevede taraflarca bir mutabakat sağlanamaması halinde ise konu ticaret mahkemesince karara bağlanacaktır, yani konunun idari değil ticari hukuka dahil bir mesele halinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bilindiği üzere ekmeğin üretim tesisine yönelik olarak sadece idare tarafından “ruhsat” verilmektedir ve halihazırda ruhsat verilmesi dışında

ekmek sektöründe idari sözleşme niteliğinin bulunduğu ve bu çerçevede idari yargının yetkili olduğu hususu iddia edilmemektedir. Dolayısıyla, sadece üretifen ürün veya hizmetin fiyatının idarece tayin edilmesi, fiyatın dikte edilmesi gibi “özel hukuk yetkilerini aşan” bir üstün gücün kullanımını tazammun etmemekte ve dolayısıyla sözleşmenin idari nitelikte sayılmasına neden olmamaktadır!

Bir başka örnek vermek gerekirse, ülkemizde petrol ürünlerinin fiyatı devletçe belirlenmekte ve ilan edilmektedir. Bu piyasada, sıvılaştırılmış petrol gazının (LPG) fiyatı da idarece tespit olunmaktadır. Bilindiği gibi LPG büyük oranda meskenlerde kullanılmakta ve bu yönüyle geniş halk kitlelerini etkilemekte, hatta vazgeçilmez bir nitelik kazanmaktadır, ki fiyatın devletçe tesbiti zorunluluğu da esasen bu niteliğinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, LPG üretimi özel sektör kuruluşlarınca tamamen serbest piyasa şartları altında, idarece verilen ruhsata binaen gerçekleştirilmektedir.

Böylece, “kamu hizmeti” niteliğini taşıdığı ileri sürülebilecek ve üstelik enerji sektöründe yer alan bir hizmetin özel sektör eliyle ifa edilmesi ve fiyatının da idarece tesbiti ile kararda yer alan ölçülere uygun bir durum ortaya çıkmaktadır. Ne var ki, burada da “idari sözleşme”den bahsedilmemekte ve bu faaliyet bir imtiyaz konusu addolunmamaktadır. Üretilen LPG’yi bir kamu kuruluşunun uzun süreli bir sözleşme çerçevesinde satın alması ve mesken sahiplerine dağıtması varsayımında ise, elektrik sektörüne benzer bir durum ortaya çıkacaktır. Şu halde, böyle bir ihtimalde kararda belirtilen “üstün gücün kullanılması” ve “kamu hizmetinin görülmesi” unsurları gerçekleşmiş olacak, bu sektördeki sözleşmeler de böylece “imtiyaz” sayılacak ve yapılacak sözleşmeler “idari sözleşme” olarak kabul edilecektir. Bu durumda mantıklı bir sonuç ortaya çıkacağını söylemek fevkalade güçtür.

Yine, bahsekonu kararda “kamu hizmeti” kavramının muğlaklığı kabul edilmektedir. Gerçekten, kamu hizmetinin neyi ifade ettiği hususunda idare hukuku otoriteleri de net bir tanım getirmemekte ve tanımlayan kişinin dünya görüşüne göre çok farklı kapsam içeren değişik tanımlar dizisi ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, Sn. Uler’e göre “...kamu hizmeti bir mal değildir, hatta kamu hizmeti toplumdur, devlettir ... devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri Anayasa’ya göre kamu hizmetidir ... (k)amu hizmeti devletin varlık sebebidir .. (k)amu hizmetleri belirsiz değildir, gördüğünüz zaman tanırırsınız ... vatandaş olmadan kamu hizmeti olmaz .. vatandaş kaldırıp yerine müşteriye koyarsanız yine kamu hizmeti olmaz ... (k)ar getiren hizmetler varsa bunların kamuda kalması, karın kamuda kalması demek ..

(b)u kabul edilmiyor ... karın özel kişiye geçmesi amaçlanıyor."<sup>28</sup> Görüleceği üzere, burada iktisadi olarak devletin faaliyette bulunması ve kar eden hizmet konularının devlette kalması öngörülmekte, böylece iktisadi açıdan ideolojik bir tavır alınmaktadır. Böylece, kamu hizmeti ile ilgili tanımlamalar sadece saf hukuki yaklaşımların ötesine geçerek iktisadi, sosyal ve felsefi açılımların da hakimiyet alanına sokulmakta ve bu alanlardan devşirilen fikirler ile kamu hizmeti kavramına yüklemeler yapılabilmektedir. Esasen, "vatandaş yerine müşteriye koyamama" anlayışı ilginçtir, zira bize göre sorun tam da buradadır: "Vatandaşa devletin hizmet vermesi" anlayışı yerine "bir hizmetin müşteriye sunulması" esprisine geçiş yapılabildiği anda sorun zaten çözülmüş olacaktır, zira "müşteri" kavramının açılımı rekabetçi koşullar altında bir hizmet talebinin hizmeti sunmak isteyenlerce karşılanması, tatmin edilmesini<sup>29</sup> içerir, tıpkı diğer iktisadi faaliyetlerde olduğu gibi. YİD modeli ile yapılmaya çalışılan elektrik enerjisi faaliyetlerinde de sorun buradan kaynaklanıyor, yani "müşteri" yok ortada, zira rekabet sağlanmıyor! Aynı espri, dolayısıyla imtiyaz kavramı için de sözkonusudur.

Mahkemenin de açıklıkla belirttiği gibi, "kamu hizmeti" kavramının neyi ifade ettiği veya etmesi gerektiği hususunda bir mutabakat bulunmamaktadır. Anayasamızda kamu hizmeti ile neyin kastedildiği tam anlamıyla belirsizlik içermektedir. Nitekim, kararda Mahkeme de bu belirsizliğe işaret etmekte ve nihayetinde kamu hizmeti ile ilgili olarak tam anlamıyla kendi subjektif yorumuna dayanmakta, buradan yine belirsiz bir tanım durumundaki imtiyaz kavramına geçiş yaparak iptale hükmetmektedir. Halihazırda elektrik enerjisi sözleşmelerinde uluslararası tahkime gitmeyi engelleyen hususun "imtiyaz" ve "idari sözleşme" kavramlarına yüklenen anlamlar olduğu gerçeği dikkate alındığında, sorunun çözümü işbu sihirli kavramların irdelenmesinde yatmaktadır. Dolayısıyla, bu noktada kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının doğru bir yorumuna gayret edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Konuyu içinde bulunduğu karmaşadan çıkarıp farklı bir bakış açısı ile inceleyebilmek için yukarıda belirtilen sektörlere ilaveten elektrik enerjisi dışındaki diğer bazı alanlara da dikkati çekmek istiyoruz:

Bilindiği üzere evsel katı atıkların toplanarak belli alanlarda biriktirilmesi ve imkan nispetinde imhası halihazırda belediyelerin görev

<sup>28</sup> Uler, Yıldırım: Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesi'nin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27.28 Nisan, 1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No.40, Ankara, 1999, s.252-254.

<sup>29</sup> "Tatmin edilme" kavramı konusunda bkz. Özay, Güntüşğinde ..., a.g.e., s.239.



alanına girmektedir ve mevcut anlayış ışığında bu faaliyet "kamu hizmeti" sayılmaktadır. Katı atıklar toplu yerleşim alanlarında yaşayan iskan sahipleri tarafından, toplanmak üzere katı atık toplama yerlerine veya sokağa bırakılmaktadırlar. Burada hukuki açıdan bir "terkedilen eşya" sözkonusudur ve katı atıklar bu şekilde "sahipsiz mal" haline gelmektedir.

Bu "sahipsiz mallar" bugünün şartlarında belirgin bir ekonomik değer taşımadıkları<sup>30</sup> için başkalarının "sahiplenilmemekte" ve böylece kamu sağlığı ve modern toplu yaşamın bir gereksinimi olarak "kamu hizmeti" niteliğine bürünmektedir. Bu itibarla katı atıkların toplanması belediyelere yüklenen bir "kamu hizmeti" halini almaktadır. Öte yandan, belediyenin katı atık toplama işini özel sektör eliyle de gerçekleştirebilmesi mümkündür ve halihazırda bazı belediyelerce uygulandığı görülmektedir.

Belediye bu hizmeti karşılığında özel sektöre belli bir ücret ödemektedir. Anlaşılacağı üzere, katı atıkların "ekonomik değeri" haiz olmaması bu sonucu doğurmaktadır. Mevcut kriterlere ve anlayışa göre bu durumda bir "imtiyaz" ve "idari sözleşme" sözkonusu olacaktır. Bununla birlikte, katı atıkların "ekonomik değer" arzettiği varsayımından hareketle, belediyenin görevlendirmesine ve bu meyanda bir sözleşme yapmasına gerek kalmadan, özel sektörün yerleşim sakinleri ile sözleşmeler yaparak bu atıkları toplamak üzere girişimde bulunması pekala mümkün olabilecektir.

Bu noktada belediyelerin itirazda bulunması düşünülemez, zira katı atıkların asıl sahibi, yerleşim sakinleridir ve herkes kendi atığı üzerinde istediği şekilde ekonomik tasarrufta bulunma hürriyetine sahiptir (kamu sağlığı ve güvenliğine dayanan müdahaleler dışında); bu husus kişinin Anayasal "mülkiyet" ve "sözleşme yapma" hakları ile de güvence altına alınmıştır. Bu durumda özel sektör ile yerleşim sakinleri arasında katı atık toplamaya ilişkin olarak yapılacak sözleşmeler "ticari sözleşme" mahiyetinde olmak zorundadır. Şu halde, bir faaliyetin "kamu hizmeti" sayılması, ancak ve ancak özel sektörün o konuda faaliyet göstermek istememesi halinde sözkonusudur. Şüphesiz tüm ticari faaliyetlerde olduğu gibi bu faaliyeti de denetlemek idarenin görevleri arasında yer alacaktır. Lakin bu denetim, kamu sağlığını korumaya yönelik olarak, sözelimi pastahanelerin denetlenmesinden daha farklı bir mahiyet arzetyecektir. Esasen "idare" kelimesi ile kastedilmek gereken şey de kelimenin anlamından çıkarılacağı gibi "idare etmek" ve "denetlemek"tir, "üretmek" veya "ticaret yapmak" değil!

<sup>30</sup> Aslında ekonomik değer taşıyan bazı katı atık maddelerinin her gün sokaklardan toplandığına şahit olunmaktadır. Sözelimi, mukavva, gazeteler ve bazı metal kutular çöp bırakma yerlerindeki yığınlardan özenle ayıklanarak ekonomiye kazandırılmaktadır.

Bir başka "örnekler dizisini" 1580 sayılı Belediyeler Kanunu'nda<sup>31</sup> bulmak mümkündür. Bu kanun uyarınca (m.15) aşağıdaki hususlarda Belediyeler "vazifelenendirilmektedir": "... ütücüler, lekeçiler, giyim ve ev eşyası temizleyicileri ve boyacıları, ayakkabı tamirci ve boyacıları ve emsallerine ait ücret tarifelerini mesleki teşekküllerin de mütalaasını almak suretiyle tanzim ve tasdik etmek" (bu kısım, fiyatların idarece düzenlenmesi ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen "üstün gücün kullanımı"ni ifade etmesi açısından önem taşımaktadır ve Mahkeme'nin ölçütüne göre bu faaliyetler de birer imtiyaz konusu olmak durumundadır!). "ihtiyaca göre ücretli ve ücretsiz helalar yaptırmak" (buna göre mesela YİD modeli ile şehir merkezlerinde "helalar" yaptırılması, ücretin Belediyece tayini durumunda Mahkeme'nin "imtiyaz" için gerekli gördüğü unsurları havi olacaktır!), "Belediyeye ait ılıcaları işletmek ve her nevi yıkanma müesseseleri açmak, açılmasına ruhsat verilenlere nezaret etmek" (görüldüğü üzere Belediye bu hizmeti ya "bizzat" yapmakta, ya da "yapılmasına 'ruhsat' vererek nezaret etmekte"dir, yani "ruhsat" yoluyla bu kamu hizmetini özel sektör eliyle ifa edebilmektedir. Bu itibarla YİD modeli ile sözgelimi bir ılıca işletmesi gerçekleştirildiğinde "imtiyaz"dan söz edilmemesi gerekir. Ne var ki, 3996 sayılı kanun uyarınca halihazırda muhtelif belediyeler kaplıcaların YİD modeli ile yapılması için Yüksek Planlama Kurulu (YPK) kararı istihsalini teminen ilgili mercilere başvuruda bulunmakta olup, bu faaliyet de mevcut anlayış ışığında muhtemelen "imtiyaz" sayılacak ve Danıştay'ın ön incelemesinden geçirilecektir!). Hatta, uygulamada bize göre yanlış bir şekilde –ancak maalesef 3996 sayılı Kanun'da da açıkça öngörüldüğü üzere!- bir belediyenin otopark yapımı için YPK kararı alınmak üzere başvuruda bulunduğu ve gerekli YPK kararlarının istihsal edildiği gözlenmektedir!

Öte yandan, 19. maddede "Belediyelerin hakları, selahiyet ve imtiyazları" başlığı altında "... su, havagazı, ... tesisatı kurmak ve işletmek..... Belediyelerin hakkıdır. (Ancak belediyeler, bu işlerin tesis ve işletilmesi için müddeti kırk seneyi tecavüz etmemek .... üzere imtiyaz da verebilirler)" denilmektedir. Yine, "(B)elediye hudutları dahilinde ... otobüs işletmek... Belediyelerin hakkıdır. Bunların, Belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi veya icara verilmesi veyahut imtiyazın devri İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır. Belediyeler dilerse inhisar tazammun etmemek şartıyla bunların işletilmesine ruhsat dahi verebilir" hükmü getirilmektedir.

Görüldüğü üzere, bu hizmetlerin temelde Belediyelerce yapılması ve uygun görüldüğünde bu "imtiyaz"ın özel sektöre devri, yani hizmetin özel sektöre gördürülmesi mevzubahis olup, bu hizmetler açık biçimde "imtiyaz"

<sup>31</sup> 1580 sayılı Belediye Kanunu, 14.4.1930, RG.No.1471.

konusu sayılmaktadır. Burada bir çelişki ortaya çıkmaktadır: Bu hizmetler özel sektör eliyle görüldüğünde "imtiyaz" sayılmakta, bununla birlikte "tekel teşkil etmemek kaydıyla" (ki bu nokta önemlidir, zira biz de tekel teşkil etmeyecek şekilde düzenlenmeler getirilmek şartıyla imtiyazdan sözedilemeyeceği kanaatindeyiz) "ruhsat" mahiyetindeki bir işlemle özel sektöre devredilebilmektedir ve böylece Anayasa'nın 47. maddesinde belirtildiği şekliyle "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler" ortaya çıkmaktadır. Bu husus Belediye Kanunu'na göre imtiyaz değil, sadece bir "ruhsat" konusu olarak kabul edilmektedir. Kendi içinde çelişkili olmakla birlikte, "imtiyaz"ın "ruhsat" konusu da edilebileceği ve böylece ticari bir faaliyet haline getirilebileceğini göstermesi açısından kanaatimizce çok iyi bir örnek teşkil etmektedir.<sup>32</sup>

Örnekleri çoğaltabiliriz: Eğitim ve sağlık, herkesin anayasal hakkıdır ve vazgeçilmez nitelikleri dolayısıyla "kamu hizmeti"ni ifade ederler. Bununla birlikte, bu "kamusal nitelikteki hizmetler" son yıllarda gittikçe artan oranda özel sektör eliyle gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bu hizmetlerin "kamusal hizmet" niteliği, devlet tarafından özel sektörün bu alanlarda maddi olarak desteklenmeleri ve bir nevi sübvansiyon edilmeleri ile de ortaya çıkmaktadır. Örneğin eğitimde özel üniversilere öğrenci maliyetinin belli bir kısmı devletçe yardım veya bir çeşit sübvansiyon olarak ödenmektedir ve burada "özel sektör esasen devletin üzerindeki eğitim yükünü kısmen aldığı için devletin zaten yapacağı harcamayı özel sektöre aktardığı" yorumuna girmek mümkündür.

Öte yandan, sağlık hizmetinin temelde bir kamu hizmeti olduğu yadsınamaz. Bununla birlikte, son yıllarda özel sağlık kuruluşlarınca sağlık hizmeti verilmektedir ve bunun için sadece sağlık yatırımına ilişkin "ruhsat" almak kifayet etmektedir. Ruhsat dışında sektörde "imtiyaz" ya da "idari sözleşme"den bahsedilmemektedir. Bununla birlikte, Danıştay E.990/90-K.990/73 sayılı kararında, Sağlık Bakanlığı'na ait teşhis, tedavi ve rehabilitasyon kurumlarında teşhis ve tedavi sistemleri oluşturmak ve bu sistemleri işletmeye yönelik olarak Tedavi Hizmetleri Vakfı ile yapılan sözleşmeler dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin Anayasa'nın 56. ve 65. maddeleri çerçevesinde bir kamu hizmeti olduğunun belirtildiğine işaret ederek, bu meyanda bu hususta bir imtiyaz sözleşmesi yapılamayacağına hükmetmiştir.<sup>33</sup> Halbuki, Anayasa'nın 56. maddesinde "Devlet, bu görevini kamu ve özel sektördeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir" denilmekte, dolayısıyla sağlık hizmetlerinde özel teşebbüse de yer verileceği Anayasa hükmü olarak yer almaktadır.

<sup>32</sup> "İmtiyaz" ve "ruhsat" kavramları arasındaki "son derece ilginç" geçişkenlik konusunda Fransa'da rastlanan uygulamaya dair bkz. Tan, a.g.e., s.456.

<sup>33</sup> Bkz. Tan, İdare Hukuku, a.g.e., s.458.

Burada ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır: Danıştay, sağlık hizmetinin "imtiyaz" olarak dahi özel sektör eliyle gerçekleştirilmesine karşı bir tavır takınmaktadır! Bir "görevlendirme" olmaksızın hastane yapılmasına ve işletilmesine "ruhsat" vermek imtiyaz sayılmazken, "görevlendirme" kelimesi kullanılarak aynı sağlık hizmetinin özel sektör eliyle gördürülmesi Danıştayca "imtiyaz" addolunmaktadır.

Burada tekrar bir açılım yapmak istiyoruz: Kamu hizmetine ilişkin olarak öğretide kamu hizmetinin yürütülme biçimlerinden biri olarak "ruhsat" yönteminden bahsedilir. Ancak imtiyaz yerine ruhsat usulünün kullanılmasının yatırımcıya yeterli güvence sağlamadığı, zira "(İ)zin ve ruhsat niteliğindeki işlemler(in) verildiği gibi kaldırılabilir(ceği), güvencesi(nin olmadığı)" savunulmaktadır.<sup>34</sup> Bununla birlikte, bu anlayışın gerçekçi olduğunu iddia edebilmek güçtür. Zira, ülkemizde pek çok sanayi yatırımı yabancılar tarafından ruhsat alınarak yapılmaktadır, otomotiv yatırımları gibi. Bu tür yatırımlar da milyar Dolarlık tutarlara ulaşan ve ruhsatın geri alınabilmesi ihtimali bulunan yatırımlardır, ancak -nedense- bu ihtimal sözkonusu yatırımlara engel olmamıştır! Zira, böylesi bir "ruhsat iptali" ülkemiz ile yabancı ülkeler arasındaki "karşılıklı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin" uluslararası anlaşmalar marifetiyle zaten hukuki korumaya mazhar durumdadır! Burada yine konunun iktisadi boyutu gündeme geliyor: rekabetçi bir ortamda faaliyet imkanı sağlanmaksızın "kamu hizmeti" anlayışıyla sektörün devlet tekelinde tutmak ve bu nedenle üretilen hizmetin devlete satılmasını şart koşturmak, ve bunun sonucunda da "görevlendirme" anlayışı altında uzun süreli alım taahhütleri ile bütün mali yükü devletin üzerinde bırakmak! Bu ise, "kamuyu ve tüketiciyi" koruma adına yola çıkanları tam tersi bir sonuç ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle, ülkemizde kamuyu koruma adına hareket ettiklerini savunanların "ironik" bir şekilde kendilerini karşı oldukları anlayışa hizmet eder konumuna getirmeleri bizce hayli ilginçtir.<sup>35</sup>

Danıştay'ın yukarıda sözedilen kararındaki mantığı anlamak fevkalade güçtür. Kanaatimizce "görevlendirme" olsun olmasın, bir hastane yaptırılarak o bölgede hastaların özel sağlık hizmetlerinden faydalandırılmaları ya da okul yaptırılması ve hatta belli sayıda öğrencinin talep fazlalığı nedeniyle bahsekonu okula sevk edilmesi yönünde taahhüt altına girilmesi, o bölgede tekel oluşumu ve bu ihtimalde fiyatlandırma ile ilgili düzenleme yapmak kaydıyla, imtiyaz olarak kabul edilmemelidir. Özetle, "kamu hizmeti" oldukları tartışma götürmeyen eğitim veya sağlık sektörlerinde sadece ruhsat vererek ve belki hizmetin fiyatlandırılmasına

<sup>34</sup> Uler, Anayasa Hukukunda ... a.g.m., s.255.

<sup>35</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, Sedar; Uluslararası Tahkim, Olmalı mı Olmamalı mı, Dünya Gazetesi, 16 Temmuz, 1999.

müdahale ederek faaliyetin görülmesi halinde imtiyaz ve idari sözleşmeden (ruhsat haricinde) bahsedilmezken, aynı konuların YİD modeli çerçevesinde özel sektöre ifa edilmesi durumunda imtiyazın gündeme getirilmesini anlayabilme imkanı yoktur.<sup>36</sup> Aksi halde “ruhsat verme” halinde neden imtiyaz olmayacağına ilişkin bir kriter getirilmesi zorunlu olmaktadır.

Görüldüğü üzere, bir kamusal hizmet, özel sektör tarafından ifa edilmek yönünde bir taleple karşılaştığında devletin “kamusal hizmet kapsamı”nın aynı oranda daraldığını iddia etmek mümkündür.

Öte yandan, niteliği gereği “kamu hizmeti” sayılmayan alanlarda da, özel sektörün talip olmaması veya türlü nedenlerle talepte bulunmaması halinde, devletin bu alanlarda faaliyet gösterdiği de görülmektedir. Bu cümleden olarak, devletin Cumhuriyet’in ilk yıllarında sözcümlü kundura üretimine girmek zorunda kalması örnek gösterilebilir. Özel sektörün zaman içerisinde bu sektörlerle el atması halinde ise devletin bu faaliyetten el çektiği görülmektedir. Özelleştirme öncesinde bir kamu iktisadi kurumu niteliğindeki Sümerbank’ın kundura ve manifatura üretimi ile pazarlaması faaliyetinden son on yılda gerçekleştirilen özelleştirmeler çerçevesinde vazgeçmesi buna iyi bir örnektir.

Şu halde, “herşey bir kamu hizmetidir ve hiçbir şey kamu hizmeti değildir” ifadesi pek de yanlış sayılmayacaktır. Gerçekten, özel sektör tarafından üstlenilen faaliyetler oranında, “kamu hizmeti” tanımının kapsamı daraltılmak durumundadır. Özel sektörün el atmayacağı veya atamayacağı “doğal kamu hizmetleri” de bulunmaktadır kuşkusuz; “yargı”, “milli-savunma” ve “genel asayişini koruma” ile “devlet yönetimi-idare” bunlardan sayılmalıdır ve nitelikleri gereğidir.<sup>37</sup> Bunun dışındaki her türlü faaliyet, özel sektör tarafından üstlenildiği takdirde “kamu tarafından ifa edilmesi gereken” anlamında “kamu hizmeti” niteliğini yitirecektir. Devletin görevi, bu alanlarda özel sektörün “rekabetçi” bir şekilde bu hizmetleri ifa etmesini gözetmek, denetlemek ve düzenlemekle sınırlıdır. Bu husus, Anayasa’nın 167. maddesinde açıkça belirtilmektedir. Nitekim, bu meyandaki gelişmeler sonucunda “Rekabet Kurumu” ihdas edilmiştir ve halihazırda faaliyet göstermektedir.<sup>38</sup>

Niteliği gereği rekabetin sağlanmasının güç ya da imkansız olduğu faaliyet alanları da bulunmaktadır. Örneğin, çimento sektörü niteliği gereği

<sup>36</sup> “İmtiyaz” kavramından “ruhsat” kavramına geçiş yapılabildiğine ilişkin Fransa’daki örnek hakkında bkz. Tan, a.g.e., s.456.

<sup>37</sup> Aynı görüş için bkz. Savaş, Vural; Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım), Anayasa Yargısı 15, Ankara, 1998, s.94.

<sup>38</sup> 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 13.12.1994, RG No 22140.

bir "bölgesel tekel" konumundadır ve dolayısıyla rekabetin fazla yaşanmadığı bu sektörde devletin fiyat oluşumlarına müdahalesi sözkonusudur. Bu tür alanlarda devlet "Rekabet Kurulu" marifetiyle bu düzenlemeyi yapabileceği gibi, fiyatları tesbit yoluna da gidebilir. Ekmek fiyatlarına idarece narh konulması şeklindeki eski uygulama bunun iyi bir örneğidir. Şu halde, doğal veya hukuki tekel konumu arz eden ya da kamu hizmetini ifa ettiği düşünülen sektörlerde fiyat tesbiti marifetiyle devletin gereken müdahaleyi ve düzenlemeyi yapması mümkündür ve bu yöntem bazı sektörlerde halihazırda uygulanmaktadır. Özel sektörün faaliyet alanından çekilmesi durumunda ise devlet müdahale ederek bir "kamu hizmeti" halinde bahsekonu faaliyeti bizzat ifa edecektir. Özel sektörün kendiliğinden talip olmadığı faaliyet alanlarında ise devlet özel sektörü kullanarak sözkonusu faaliyeti gerçekleştirebilecek, bunun karşılığında ise ya üretilen ve tekel niteliği taşıyan malın fiyatını regüle edecek düzenlemeyi ihdas edecek (çimento üretimi örneğinde olduğu gibi), ya da bahsekonu hizmetin karşılığında özel sektöre belli bir ücret ödeyecektir (katı atık toplama örneğinde olduğu gibi).<sup>39</sup>

Burada Anayasa Mahkemesi'nin ilginç bir kararına değinmek istiyoruz: 3974 sayılı Kanunla TEK'in özelleştirmesinin öngörülmesine karşı açılan iptal davasında Mahkeme 10.12.1994 tarihli kararı ile iptale hükmetmiştir. Gereğeli kararda Mahkeme, TEK'in özelleştirilmesi sonucunda "sektörün bir kısmının veya tamamının yabancıların eline geçmesini önleyici herhangi bir tedbir alınmamış" olmasını "elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin yabancıların eline geçmesi, ülke savunmasının güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalıdır" demek suretiyle değerlendirmiş, "tekelleşmeyi önleyici ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirlerin alınmamış olması"nı "Anayasa'nın 167. ve 168. maddelerine aykırı" bulmuş ve nihayet buradan hareketle "bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel sektöre gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir" hükmüne varmıştır. Burada dikkati çeken husus, tekelleşmeye ve kartelleşmeye değinilerek kamu hizmetinin özel sektöre devredilmesinde gözönüne alınması gereken temel hususlara işaret edilmesidir. Dolayısıyla, bir kamu hizmetinin özel sektöre ifa edilmesinin ancak sektörde tekel oluşması ve fiyat tespitinin regüle edilmemesi (kısaca bir "ayrıcıklı durum" yaratılması) halinde imtiyaz sayılabileceği yönündeki görüşümüzün Mahkeme kararında dolaylı olarak ifade edildiği söylenebilir.

<sup>39</sup> Tekel ve imtiyaz kavramlarının yakın ilişkisine ilişkin bkz. Emek, Uğur: Özelleştirme Uygulamalarında Kamu Hizmeti İmtiyazı Devrinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Yeni Anayasa Değişikliği Sonrasında Tahkim ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Sempozyumu, Ankara, 1999.

Öte yandan Anayasa'nın 47. maddesinde "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel sektör teşebbüsleri"nin "devletleştirileceği"nden bahsedilmektedir. Görülüyor ki, Anayasamız halihazırda özel sektör tarafından ifa edilen -en azından- bazı faaliyetlerin "kamu hizmeti" niteliğinde olduğunu teyid etmektedir. Bununla birlikte, bu alanların imtiyaz sözleşmelerine tabi olmaları gerektiği iddia edilmemektedir! Şu halde, mefhum-u muhalifinden hareketle halen devletçe ifa edilen bazı kamu hizmetlerinin de -kural olarak- özel sektör tarafından imtiyaz konusu olmaksızın gerçekleştirilebileceği kabul edilmek durumundadır.

Kamu hizmeti kavramından yola çıkılarak varılan "imtiyaz" kavramı da bu açıdan incelenmelidir. İmtiyaz, kelime anlamı itibarıyla "öncelikli-ayrıcalıklı" olmayı ifade etmektedir.<sup>40</sup> Doğal ya da hukuki tekel konumundaki bir faaliyet alanının özel sektör eliyle gerçekleştirilmesi mutlaka bir imtiyazı akla getirmemelidir.<sup>41</sup> Burada imtiyaz, ancak ve ancak bahsekonu faaliyet alanında fiyatın veya ücretin faaliyet sahibi özel sektöre serbest olarak belirlenmesi halinde sözkonusu olabilir, zira ancak bu halde bir "öncelikli ve ayrıcalıklı durum-imtiyaz" yaratılmış olacaktır. Bu manada imtiyaz, imtiyaz konusu bir bölgede elektrik üretimi ve fiyatın serbestçe belirlenmesi "imtiyazının" bir ya da sınırlı sayıdaki özel sektör kuruluşlarına verilmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi, sözcülemi otomobil üretimi ve satışının sadece bir ya da sınırlı sayıdaki üreticilere tanınması ve fiyatların serbestçe tesbiti şeklinde de gündeme gelebilir. Bu meyanda ithalatın engellenmesi ve sadece iki otomobil fabrikasına üretim ve fiyatı serbestçe belirleyerek satış izni (imtiyazı) verilmesi (ki bu bir hukuki tekel örneğidir), bu meyanda imtiyazın nasıl oluşturulabileceğine ülkemizde 1980 öncesi bir uygulamadan çıkarılabilecek iyi bir örneği teşkil edebilir.<sup>42</sup>

İmtiyaza ilişkin bir başka örnek olarak ülkemizde yassı çelik üreten tek kuruluş olan Erdemir verilebilir. Başlangıç yatırımının fevkalade yüksek olması nedeniyle Erdemir bir kamu teşekkülü olarak kurulmuş olup, halen kamu tarafından idare edilmektedir ve ülkede fiili tekel konumunu haizdir. Ürettiği ürün sanayide yaygın olarak kullanılmaktadır (beyaz eşya ve otomotiv sanayii sektörleri gibi), dolayısıyla vazgeçilmez olması ve geniş kitlelerin ihtiyacı karşılması nedeniyle açık şekilde "kamu hizmeti

<sup>40</sup> Özön, Mustafa Nihat; Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, 4. Bası. İnkılap ve Ata Kitapevleri, İstanbul, 1965, s.330.

<sup>41</sup> Oysa, Sn. Özay "Kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle görülmesinin en önemli sonuçlarından biri .... aynı zamanda bir 'tekel' oluşturmasıdır" görüşündedir (bkz. Özay, Günışığında ..... a.g.e., s.267).

<sup>42</sup> Bilindiği üzere 1980 yılından önce ülkemizde başlıca iki adet otomobil fabrikası bulunmaktadır ve otomobil ithalatı yüksek ithal vergileri ile son derece sınırlanmıştır. Dışalımın kolaylaştırılması ve yeni otomotiv yatırımlarına izin verilmesi yönünde daha sonraki yıllarda ortaya çıkan gelişmelere bu iki firmanın şiddetle karşı çıktığı hatırlanmalıdır!

niteliğini" haiz bulunmaktadır. Üretilen yassı çeliğin fiyatının belirlenmesinde herhangi bir kontrol mekanizması oluşturulmaksızın Erdemir'in özel sektöre devri piyasada tekel konumu yaratacak ve geniş kitlelere verilecek hizmeti etkilemesi nedeniyle burada bir "imtiyaz"dan bahsetmek mümkün olabilecektir (yassı çelik ithalatının kısıtlanması ve ikinci bir tesise izin verilmemesi veya ikinci tesisin ekonomik olmaması halleri ile sınırlı olmak kaydıyla).

Kanaatimizce ülkemizde "imtiyaz" kavramı son derece hatalı biçimde yorumlanmakta ve yakın geçmişteki tarihi gelişmeler istismara açık, hatalı bir yorumlamaya maruz tutulmaktadır. Bu meyanda, sözgelimi İstanbul-Bağdat demiryolunun bir Alman firmasına yaptırılması ve işletilmesi, fiyatın tesbitini ilgili firmaya bırakmamak kaydıyla bir "imtiyaz" teşkil etmekten uzak kalmak durumundadır. Şu halde, fiyatın serbestçe teşkiline imkan bırakmamak kaydıyla, doğal ya da hukuki tekel olsun, hiçbir faaliyet alanında "imtiyaz"dan bahsetmek imkanı bulunmayacaktır.

Tekrar elektrik enerjisi sektörüne dönersek, elektriğin üretim ve dağıtımında tekel oluşturulmaksızın rekabetçi bir yapı oluşturmak mümkündür ve günümüz teknolojisi buna cevaz vermektedir. İletim ise teknolojik açıdan hala bir doğal tekel niteliği arz etmektedir. Dolayısı ile üretim ve dağıtımda rekabetçi bir yapı oluşturmak, iletimde ise yine özel sektör eliyle ve fakat fiyat tespitini idareye ya da idare ile ilgili sektördeki tarafların oluşturacağı bir kurula bırakarak "imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde" bu faaliyet alanını tamamen özel sektöre terketmek mümkündür. Günümüzde muhtelif ülkeler bu modeli başarı ile uygulamaktadırlar (örneğin İngiltere)<sup>43</sup>. Özetle, herhangi bir "imtiyaz"a mahal vermeksizin bu faaliyeti özel sektör marifetiyle gerçekleştirmek, sadece ve sadece "imtiyaz" ve "kamu hizmeti" kavramlarının çağdaş ve aktıcı yorumu ile gerçekleştirilebilecektir; bunun için münhasıran bu anlayışın gerektirdiği hukuki düzenlemelerin yapılması yeterli olacaktır (Anayasa'nın rekabetin korunması ile ilgili 167. maddesi uyarınca sektörde rekabeti veya tekelleri konumun engellenmesini amir hüküm çerçevesinde düzenleyici kurum (regulatory body) ile ilgili düzenlemenin yapılması gibi).<sup>44</sup>

Öte yandan, Enerji Bakanlığı tarafından Yİ modeli çerçevesinde beş adet enerji santralının ihalesi gerçekleştirilmiştir. Bakanlık, Yİ modeline

<sup>43</sup> Arjantin'e ilişkin bir başka örnek uygulama ile alınan başarılı sonuçlar hakkında bkz. Emek, Uğur; Kamu Hizmeti İmtiyazı ve Uluslararası Tahkim Konusunda Anayasa Değişikliğinin Getirdikleri, Vergi Dünyası Dergisi, Ekim, 1999, Sayı 218, s.6-7.

<sup>44</sup> Bu noktada ülkemizde de aynı sonuca varıldığını ve elektrik enerjisi sektöründe rekabeti getirmeyi hedefleyen 4628 sayılı Kanun ile Enerji Piyasası Kurulu'nun oluşturulduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Bu konuya ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değineceğiz.



dayanan sözleşmelerin bir özel hukuk müessesesi teşkil ettiği, TEAŞ'ın da bir özel hukuk tüzel kişisi olarak enerji sözleşmelerine taraf olduğu, binnetice burada imtiyazın sözkonusu olmadığı görüşünü savunmuştur. Yİ modeline ilişkin kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmamıştır. Ancak, bize göre Yİ modelinin de imtiyaz teşkil ettiğini söylemek gerekmektedir. Zira, mahiyeti gereği bu sözleşmeler ile YİD projeleri arasında imtiyaz teşkil etme bakımından temelde bir fark bulunmamaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda da görüleceği üzere, YİD esas olarak bir finansman modelidir ve ancak bir kamu hizmetinin modele konu olması halinde "imtiyaz" sorunu ile ilişkilendirilebilir. Yİ ise kanaatimizce temelde bir "ruhsat" olmaktan ileri gitmemektedir. Bununla birlikte, normal olarak ruhsat verilmeyen ve muhtelif nedenlerle özel girişime kapalı tutulan bir sektörde bir ya da sınırlı sayıda özel sektör kuruluşuna ruhsat verilmesi ve fiyat kontrolüne dair bir mekanizma kurulmaması halinde, oluşacak "tekeli" konumu nedeniyle "ayrıcılık" bir durum meydana gelmesi ve bu minvalde "imtiyaz"dan bahsedilmesi mümkün olabilir.

Yİ modelinin bir finansman modeli olmadığını belirtmiştik. Bununla beraber, farklı bir yaklaşımla aksini -kısmen de olsa- iddia etmek mümkün olabilir: Daha önce kamu tekelinde bulunduran bir kamu hizmetinin özel girişime açılması ve bunun Yİ modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde, sözkonusu faaliyet alanına ilişkin kamu hizmetini ifa etme yükünü devletin özel sektöre -dolaylı olarak- devrettiğini düşünebiliriz. Böylece devletin finanse edeceği bir kamu hizmetinin özel sektör eliyle "bir nevi" finansmanı mevzubahis olabilecektir<sup>45</sup>.

Sonuç olarak, enerji sektöründe yaşanan darboğazın özel sektör katılımı ile YİD veya Yİ modelleri vasıtasıyla çözümüne ilişkin olarak finansman sağlanması sürecinde karşılaşılan tahkim sorununun çözümlenebilmesi için, "kamu hizmeti"ne ilişkin tanımın çağdaş ve akılcı bir yorumunun ilgili çevrelerde itibar kazanması veya Anayasa'da yapılacak değişikliklerle imtiyaz açısından konuya açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 1995/23 sayılı kararı sonrasında YİD projeleri tam anlamıyla bir çıkmaza girmiştir. Gerçekten, 1995 yılından Anayasa değişikliğinin yapıldığı 1999 yılına kadar hemen hiçbir YİD projesi sonuçlandırılmamıştır. Nitekim Sn. Zabunoğlu "Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı karşısında YİD modeli işlemez, 3996 sayılı Yasa da uygulanma

<sup>45</sup> Çal, Sedat; İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Önerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Sorunlara Getirilebilecek Çözüm Üzerinde Denemeler, Finans Dünyası Dergisi, İstanbul, 1998, Sayı 100, s.194.

olanağı kalmamış olan birtakım ölü hükümler kataloğudur” sonucuna ulaşmaktadır.<sup>46</sup> Bu çıkmazdan kurtulmak için gerek yurt içinde ve gerek yurt dışında sayısız toplantı, seminer ve konferanslar düzenlenmiş ve değişik çözümler önerileri getirilmiştir. Ancak nihai çözüm, 1999 yılındaki Anayasa değişikliği ile gelebilmiştir.<sup>47</sup>

#### IV. Anayasa Değişikliği ve Sonrasındaki Yasal Düzenlemeler

4446 sayılı Kanun'un 1. maddesi marifetiyle yapılan değişiklik ile Anayasamızda ilk kez “özelleştirme” ifadesine yer verilmiş ve böylece özelleştirmenin yapılabilmesine yönelik yasal altyapı oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu tarihe kadar yapılan özelleştirme girişimlerine karşı Anayasa'nın özelleştirmeye cevaz vermediği ve bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasaların Anayasa'ya aykırı olduğu iddialarında bulunulmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin muhtelif kararlarında “özelleştirmenin Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen devletleştirmenin tersi olduğu” ve bu nedenle Anayasa'ya aykırı bulunmadığına hükmedilmiştir. Dolayısıyla, 1. madde ile Anayasa'nın 47. maddesinin “Devletleştirme ve Özelleştirme” olarak değiştirilmiş olması, kanaatimizce sadece daha önceden zımni olarak Anayasa'da yer aldığı Anayasa Mahkemesince kararlaştırılan özelleştirme kavramına bu defa açık biçimde yer vermek suretiyle bir nevi hukuki açıklık kazandırmış olmaktan ileri gitmeyecektir.

Esasen, değişikliğe ilişkin 4446 sayılı Kanun'un 1. maddesi itibarıyla Anayasa'nın 47. nci maddesinde devletleştirme ile birlikte özelleştirmeye de açıkça atıfta bulunulmasında yarar bulunduğu görüşünden hareket edildiği görülmektedir. Nitekim, tasarının gerekçesinde bu hususun amaçlandığı açıkça ifade edilmektedir. Ne var ki, Anayasa'da sadece “devletleştirme” ifadesine yer verilmiş olması, kanaatimizce iktisadi hayatta özel sektör faaliyetinin esas, devletçe faaliyette bulunulmasının ise istisna olduğunu göstermektedir ve köklerini Türkiye Cumhuriyeti'nin iktisadi felsefesini belirleyen 1924 tarihli İzmir İktisat Kongresi'nde bulmaktadır. Aksi halde maddenin mevcut haliyle “Devletleştirme” değil “Özelleştirme” başlığını taşıması gerekirdi. Esasen tasarıda öngörülen değişikliğin belirttiğimiz iktisadi felsefeyi daha belirgin ve özelleştirme karşıtlarının itirazlarına daha kolay karşı çıkabilmeyi teminen önerildiği anlaşılmaktadır, zira özelleştirmenin hızlandırılmasını amaçlayan bu değişiklik hukuki değil, ancak ve sadece felsefi ve politik bir berraklık getirebilecektir. Nitekim özelleştirmeye yönelik olarak bugüne kadar yaşanan hukuki ve sosyo-ekonomik engellemelerin nedenleri -hiç kuşkusuz- Anayasa'da

<sup>46</sup> Zabunoglu, Yap-İşlet-Devret ....., a.g.e., s.50.

<sup>47</sup> 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 14.08.1999, RG, No.23786.

özelleştirmeye açıkça atıfta bulunan bir maddenin yokluğundan ziyade daha farklı nedenlere dayanmaktadır.

Yasa'nın 1. maddesinin 2. fıkrasında ise devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri veya diğer kamu tüzel kişilerinin ifa ettiği yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceğinin veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği hususu öngörülmektedir. Burada "özel hukuk sözleşmeleri" ifadesiyle bu tür kamu hizmetlerine ilişkin olarak özel hukuk kişileri ile yapılan sözleşmelerin "imtiyaz sözleşmesi" veya "idari sözleşme" olduğu yolundaki iddialara ya da mahkeme kararlarına son verilmek istendiği anlaşılmaktadır. Böylece, bir kamu hizmetinin özel sektöre "yaptırılmasının" veya "devredilmesinin" kanunla düzenlenmesi ve bunun da imtiyaz sözleşmesi olmaması öngörülmektedir. Bu hususun Anayasa Mahkemesi'nin 1994 yılındaki kararında belirtilen esaslara ve idare hukukundaki "imtiyaz sözleşmesi" esprisine aykırı düştüğünü belirtmek gerekecektir. Zira Mahkeme anılan kararında neyin kamu hizmetini oluşturacağını ancak ve sadece işin mahiyetinden ve niteliğinden çıkarılabileceğini belirtmekte, bir kez kamu hizmeti olduğu belirlenen bir faaliyetin özel sektör eliyle ifa edilmesinin ise ancak "imtiyaz sözleşmesi" olarak gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir.

1. madde ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen 4. fıkra bu nedenle asıl önemli noktayı oluşturmaktadır. Buna göre "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir". Böylece, kamu tarafından sağlanan kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılabilceği yasa koyucunun kanunla yapacağı düzenlemelere bırakılmıştır. Buradan anlaşıldığı kadarı ile, Anayasa Mahkemesi tarafından 1995/23 sayılı kararda "hangi hizmetlerin kamu hizmeti olduğunun yasa koyucunun iradesine tabi bulunduğu, ancak nihai olarak Mahkeme'nin hizmetin niteliğine göre yapacağı değerlendirmenin esas alınacağı" yolundaki hükme varılmış olması çerçevesinde, aynı belirlemenin bundan sonra da hukuki bir engel oluşturmasının önüne geçilmesi hedeflenmiş olmalıdır. Ancak, bir defa bu değişiklik yapıldıktan sonra, artık 2, 3 ve 4 numaralı fıkralarla getirilen Anayasa değişikliğine gerek kalmadığı da savunulabilir. Zira, bu fıkra ile getirilen hükümden sonra, artık ortada bir imtiyaz sözleşmesinin de kalmayacağı savunulabilir. Bilindiği üzere, imtiyaz sadece bir kamu hizmetinin öze sektör eliyle yaptırılması halinde ortaya çıkabilmektedir. Şu halde, bir kamu hizmeti yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi olarak öngörüldükten sonra, bir imtiyaz sözleşmesinden bahis imkanı da ortadan kalkacak, dolayısıyla

uluslararası tahkime ilişkin hükümlere de -bir engel olmaksızın- yer verilebilecektir.

Tabiatıyla, burada imtiyazın hukukçular arasında yaygın kabul gören “bir kamu hizmetinin özel sektör tarafından kar ve zararı kendisine ait olmak üzere görülmesi imtiyazdır”<sup>48</sup> tanımı çerçevesinde artık imtiyazdan sözedilemeyeceğine vurgu yapmak istiyoruz. Oysa, ülkemizde imtiyaz konusundaki hassasiyet -kanaatimizce- daha farklı boyutlar içermektedir ve bu meyanda imtiyaz kavramında çok önemli “anlam kaymaları” bulunduğu iddia edilebilecektir<sup>49</sup>. Yukarıda da belirtmeye çalıştığımız gibi imtiyaz, tarihimizde yer yer kapitülasyonları içeren anlamlara bürünebilmiştir<sup>50</sup>. Bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığından bağımsız olarak, yerli veya yabancı şirketlere imtiyaz tanınması asıl önemli hususu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, 47. maddede yapılan değişikliklerin sonrasında da imtiyazlar oluşturulması ve yeni kapitülasyonlar yaratılması mümkündür. Bu anlamda Anayasa değişikliği öncesinde mevcut bulunan milli hassasiyetin hala yerinde durduğu söylenebilir. Dolayısıyla bize göre bu hassasiyetin getirdiği koruma içgüdüsünün hukuki ifade ile “kamu hizmeti eşittir imtiyaz” denkleminde hapsedilmesi doğru olmayacaktır. Kamu hizmeti kavramı artık Anayasa değişikliği sonrasında yeterli korumayı sağlayamayacağına göre, asıl ve gerçek anlamıyla “imtiyaz”ın ne olduğunun tanımlanmasına ve buna yönelik koruma mekanizmalarının belirlenmesine ihtiyaç bulunduğunu düşünmekteyiz. Burada bize göre temel düstur şudur: “Ayrıcalık” yaratılan her noktada bir “imtiyaz” bulunur ve burada koruma mekanizmalarının kurulması gereklidir!

Bu noktada tasarının en önemli maddesi gündeme geliyor: 2’nci maddeye göre kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerine dair ihtilaflar tahkim yoluyla çözümlenebilir. Böylece Türk idare hukuku sisteminin temelinden değiştirildiğini görüyoruz. Zira, idari yargıda tahkime yer yoktur, bu ise idari hukuk sisteminin mahiyeti ve amacından gelir; eşit tarafların yer

<sup>48</sup> Günday, Metin; İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 1997, s. 234; ayrıca, Tan, İdare Hukuku, a.g.e., s.460; yine, Özay, Günışığında ..., a.g.e., s.262.

<sup>49</sup> Örneğin Sn. Zabunoğlu “ Kamu hizmeti” ve “imtiyaz sözleşmesi” kavram ve modellerine idare hukuku alanındaki yeni oluşum ve gelişmelerin ışığında, artık eski, klasik (bir bakıma arkaik) anlamlardan farklı, değişik anlamlar verilmelidir” diyerek bizzat son derece önemli bir hususa değinmektedir. Sn. Zabunoğlu daha da ileriye gitmekte ve “... bir kamu hizmetinin mutlaka ve kesinlikle kamu imtiyaz sözleşmesi ile özel kişi ya da girişimciye gördürüleceği, yaptırılacağı düşüncesine saptanmakta isabet ve yarar yoktur” sonucuna ulaşmaktadır ve bu anlamda tam da bizim vurgulamak istediğimiz hususu fevkalade isabetle teşhis etmektedir (bkz. Zabunoğlu, Yap.İşlet-Devret ..., a.g.e., s.53).

<sup>50</sup> Örneğin Sn. Uler’e göre, “(k)amu hizmetine ilişkin işler ciddi işlerdir. Osmanlı bile bu işleri şimdi istendiği gibi başboş bırakmadı. Cumhuriyet’in, özellikle dünyanın değiştiği bu günlerde imtiyazlar konusunda çok dikkatli olması gerekir.” (bkz. Uler, Yıldırım, Tartışmalar, Yap-İşlet-Devret ..., a.g.e., s.82.

aldığı özel hukuk sözleşmelerinin aksine, kamunun genel menfaatlerinin gözetildiği bir ayrı alandır "idari hukuk rejimi".<sup>51</sup> Bu nedenledir ki, örneğin boşanma davalarında tahkim yoktur, zira tarafların menfaatlerinin ötesinde kamunun genel menfaati gözetilir! Bununla birlikte kamu hizmetine ilişkin sözleşmelerin yukarıdaki paragrafta Anayasa Mahkemesi'nin kararında öngörülen şekliyle imtiyaz sözleşmesi olarak addedilmesi halinde dahi, anılan "kamu hizmetine dayanan imtiyaz" veya Anayasa değişikliği sonrasında "özel hukuk sözleşmesi" yine de 2. madde marifetiyle tahkime tabi kılınabilecektir. Sonuçta idari yargı rejimi marifetiyle imtiyaz sözleşmelerindeki ihtilaflarda kamunun genel menfaatlerinin korunması imkanı ortadan kaldırılmaktadır, ki bu meyanda yargı-yasama-yürütme dengesinin belli ölçüde -en azından- ihlal edildiği düşünülebilir.

1. ve 2. maddeler birlikte değerlendirildiğinde ise çok temel bir eksikliğe tesadüf edilmektedir: Anayasa değişikliği, kamu tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin hangilerinin özel sektöre yaptırılacağına ilişkin bir ayrıma gitmemektedir. Böylece iktisadi mahiyetteki kamu hizmetlerinin devri veya özel sektör eliyle "yaptırılması" gündeme gelebileceği gibi, gayri iktisadi mahiyetteki hizmetlerin de kapsam içinde bulunduğu düşünülebilir.

Örneğin, eğitim faaliyetinin bu maddeler uyarınca özel sektöre "yaptırılması" halinde bu maddeler uyarınca bir "özel hukuk sözleşmesi" ortaya çıkacak ve ihtilaflar tahkim ile halledilebilecektir. Bu nedenle Anayasa değişikliğinin sadece iktisadi mahiyetteki faaliyetlerle sınırlı bir kapsam haline dönüştürülmesi gerekirdi.<sup>52</sup> Aksi halde, örneğin ülkenin herhangi bir yöresinde veya bölgesinde eğitim faaliyetinin yabancı bir özel sektör kuruluşu marifetiyle yürütülmesi (zira Anayasa değişikliğinde yabancılara yönelik bir kısıtlama da getirilmemektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında vurgulanan endişeye -nedense- dikkat edilmediği anlaşılmaktadır!) ve ihtilaflarda da tahkimin yetkili kılınması mevzubahis olabilecektir.

Burada eğitim sektörünü özellikle örnek olarak seçmek istiyoruz: Bilindiği üzere, ülkemizde halen özel eğitim kurumları (anaokulundan üniversiteye kadar uzanan geniş bir yelpaze içerisinde) faaliyet gösterebilmektedir. Ancak bu eğitim kurumları halihazırda idareden alınan bir "ruhsat" çerçevesinde çalışmakta, eğitim müfredatı ile faaliyet esas ve usülleri de devletin denetimi altında tutulmaktadır; aksine faaliyette

<sup>51</sup> İdari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmelerinin mahiyetleri ve farkları hakkında bkz. Günday, İdare Hukuku, a.g.e., s. 89.

<sup>52</sup> Aynı konuda bkz. Erol, Gülhanım Sızli; Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde İmtiyaz Yöntemi ve Türkiye Uygulaması, DPT Uzmanlık Tezi, Ankara, 1999, s.143-144.

buldukları belirlenirse ruhsatları iptal edilerek kapatılabilirler. Yani, devletle bir "sözleşme" rejimi içerisinde değildiler: "kamu hizmeti" olarak görülebilecek şekilde eğitim faaliyetini yerine getirmek üzere bir "görevlendirme" yoktur burada! Şu halde, bu kuruluşların devlet aleyhine "ruhsatın geri alınması ve böylece eğitim faaliyetine son verilmesi-kapatılma" nedeniyle sözleşmeye -ki burada bir imtiyaz sözleşmesinden bahsedilebilecektir- aykırılıktan dolayı uluslararası tahkime gidibilmeleri olanağı bulunmamaktadır. Zira, devletin uymakla mükellef olacağı bir "sözleşmeye dayanan yükümlülükler dizisi", yani bir imtiyaz sözleşmesi ortada yoktur!

Örneği tersine çevirelim: Devlet, belli bir bölgede eğitimin sağlanmasını "ruhsat (izin)" değil de, "sözleşme bazında", yani bir imtiyaz sözleşmesi ile ve böylece bir "görevlendirme" ile özel sektöre devretmiş olsun. Bu durumda Anayasa değişikliğinden sonra olağanüstü tehditkar ve ülke bağımsızlığı ve bütünlüğü dikkate alındığında fevkalade tehlikeli bir ortam yaratılmaktadır. (Buna dair eğitim sektöründen alınabilecek ilginç bir örneğe aşağıdaki paragrafta değinmek istiyoruz).

Bir diğer temel sorun da tahkim ile verilebilecek kararın kapsamına yönelik hiçbir sınırlamanın getirilmemesidir; yani tahkimde kararın sadece "maddi zarar" kapsamında olabileceği belirtilmediğinden, "aynen ifa" olarak tanımlanabilecek bir ifa yükümlülüğünün de gündeme gelmesi mümkündür; bu ise son derece sakıncalı durumlar yaratabilecektir. Örneğin, eğitim sektöründe müfredatın tayini ya da öğretim görevlilerinin kıyafeti sorunu da -teorik olarak- tahkime tabi tutulabilir! Şu halde, bu noktadan sonra en azından çıkarılacak uyum yasalarında tahkime gidilebilecek konularda tahkim kararının mahiyeti itibarıyla bir kısıtlamaya gidilerek, sadece maddi tazmin talepleri hakkında tahkimin yetkili kılınmasının sağlanması yaşamsal bir önem taşımaktadır. Böylesi önemli bir noktanın nasıl gözden kaçırıldığı ise bir büyük soru işaretidir ve Anayasa değişikliği hususunda yeterli hukuki yardımın alınmadığını göstermektedir.

Anayasa değişikliği sonrasında da özellikle altyapı projelerindeki tahkime ve dolayısıyla finansman sorununa dair mevcut tikanıklığın çözülmüş olacağını varsaymak -hala- çok iddialı bir öngörü olarak değerlendirilebilir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına dikkat edildiğinde, Mahkeme'nin aslında elektrik enerjisi sektöründe "yabancıların sektörde hakim konuma gelmesini önleyici tedbirlerin alınmasını" ve Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerinde yer alan "tekelleşmeyi önleme ve rekabeti sağlama" ilkesi uyarınca sektörde **tekelleşmeyi önleyici** ve **rekabeti sağlayıcı** düzenlemelere gidilmemesini de iptalin önemli bir gerekçesi olarak gösterdiği görülmektedir.

Şu halde, anılan hususlarda bir düzenlemeye gidilmeksizin özel sektör eliyle bahsekonu kamu hizmetlerine yönelik sözleşmelerin gerçekleştirilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin sözkonusu kararındaki gerekçeleri ışığında anılan sözleşmelerin Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle 1. ve 2. madde kapsamında bilahare çıkarılan tahkim uyum yasalarını Anayasa'ya aykırı bularak iptal cihetine gitme imkanının varlığı savunulabilecektir. Ancak Mahkeme'ye bugüne kadar bu yönde bir başvuruda bulunulmamıştır.

Mahkeme'nin bahsekonu kararında yer vermediği bir başka Anayasa maddesinin de burada değerlendirmeye alılabileceği düşünülebilir. Madde 168'e göre tabii kaynaklarının işletilmesinde devletçe yapılacak gözetim usulleri ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir. Buna göre bir barajın YİD modeli ile işletilmesinde devletin denetim ve gözetimi sözkonusu olup, bu hususlara ilişkin ihtilafların Türk yargısında çözümlenmesi esastır; şu halde bu hususlarda tahkime gidilemeyecektir. Oysa, bu anlayış Anayasa değişikliği sonrasında ortaya çıkan resimle örtüşmemektedir. Bu meyanda, Anayasa'nın 168'inci maddesinin de dikkate alınabileceği gözden irak tutulmamalıdır.

Nihayet, 3. madde ile Anayasa'nın 155. maddesi değiştirilmiş ve Danıştay'ın imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisi ortadan kaldırılarak "düşünce bildirme"ye dönüştürülmüştür. Buna göre artık Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerinde inceleme yaparak görüşlerini bildirmesi yerine, sadece sözleşmelere dair "düşüncelerini" ilgili idareye bildirmesi sözkonusudur. Bu, Danıştay'ın yetkilerini bir nevi ortadan kaldırmakta ve imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki "müdahalesine" engel bir durum yaratmayı hedeflemektedir. Esasen, daha önceki halinde de "inceleme"nin ilgili idareyi hukuken ne derece bağladığı hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Gerçekten, Danıştay'dan inceleme sonucunda değiştirilerek gelen sözleşmeye uymayarak eski haliyle imzalanan bir sözleşmenin akıbeti tartışmalıdır. Bu durumda ancak sözleşmenin Danıştay'dan geçmiş sayılamayacağı esasına dayanarak iptaline hükmedilmesi sonucunun -bu husus bir dava konusu olarak Danıştay'ın önüne gelmiş ise- doğacağı düşünülebilir. Bu itibarla, inceleme yerine görüş bildirme anlayışına geçildiğine göre, bu yeni durumda Danıştay'ın vereceği görüşün bağlayıcılığı da şüpheli olacaktır. Bu arada belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın görüş bildirmesi de Anayasa değişikliği sonrasında 6.1.1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 1. ve 48. maddesinde yapılan değişiklikler ile sınırlandırılmıştır.<sup>53</sup> Buna göre, 1. madde marifetiyle Danıştay Kanunu'nun 23. maddesinin (d) bendi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

<sup>53</sup> 4492 sayılı "Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 21.12.1999, RG No.23913.

“d) Tüzük tasarılarını inceler, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir.”

Yine, 5. madde marifetiyle Danıştay Kanunu'nun 48. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Danıştay, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içerisinde sonuçlandırmak zorundadır.”

Ancak, Danıştay İdari İşler Kurulu'nun E:2000/33, K:2000/27 sayılı kararı ile 3096 sayılı Kanun kapsamında yeni yapılacak enerji sözleşmelerinin artık imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği kararına vardığı görülmektedir. Anılan kararda Danıştay, 3996 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 5. maddesinde yapılan değişiklikle sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmesi” olacağı yönündeki düzenlemeden sonra, 3096 sayılı Kanun'da buna yönelik herhangi bir değişiklik öngörülmemiş olmasına karşın, “başlatılmış durumda olmayan” projelere ilişkin sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi kapsamında yapımına artık yer olmadığına hükmetmiştir. Bu itibarla halihazırda başlatılmış bulunan ve özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmek üzere kanunda öngörülen bir aylık süre içinde başvuruda bulunmayan şirketlerin sözleşmeleri hariç olmak üzere, artık 3096 sayılı Kanun kapsamında imtiyaz sözleşmeleri yapma imkanı kaldırılmış durumdadır.

Danıştay'ın anılan kararında oldukça ilginç bir gelişmeye şahit olunmaktadır. Kararda “Kanunun (3996 sayılı Kanun) genel gerekçesinde “Bu Kanun kapsamında sayılan yatırım ve hizmetlerin benzeri olan ve ileri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı şirketlere özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılması hedeflenmiştir” denilmektedir. ...Bu açık hüküm ve gerekçesi karşısında elektrik (sektöründeki bu tür) sözleşmelerin pozitif hukuk bakımından “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi” olarak nitelendirilmesi imkanı kalmamıştır(tır) ... 3096 ve 3465 sayılı kanunlara tabi işlerde ...ilgili idarenin isteği halinde (3996 sayılı Kanundan yararlanılabileceği yönünde atıfta bulunulması) nedeniyle bundan böyle elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırım ve hizmetlerin 3096 sayılı Kanuna göre imtiyaz sözleşmesi biçiminde düzenlenmesine olanak sağla(n)dığı ileri sürülemez”. Danıştay, bu kararında 3096 sayılı Kanun çerçevesinde ve başlatılmış durumda olmayan bir elektrik enerjisi üretimi ile ilgili projenin imtiyaz sözleşmesi olarak düzenlenemeyeceği



anlayışı ile kendisine gönderilen sözleşmeyi incelemeksizin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na iade etmiştir.

Bu kararda ilginç olan husus, Danıştay'ın kararına muhalif olan bir üyenin kararda yer verilen açıklamalarında yatmaktadır. Anılan muhalif görüşte 3996 sayılı Kanun'da "özellikle aranılan "ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren" yatırımlardan söz edilmek suretiyle 3996 sayılı Yasa kapsamında yapılmayan benzeri yatırımların bu Kanunun kapsamı dışında kaldığı vurgulanmaktadır. ... Halen yürürlükte bulunan 3096 sayılı Yasa kapsamına giren, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektirmeyen enerji yatırımlarının 3996 sayılı Yasanın değişik 5 inci maddesi hükmüne tabi olması yani özel hukuk hükümlerine tabi kılınması "idarenin isteği halinde" mümkündür."

Burada "3096 sayılı Kanun'da ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar gerekmediği" yolundaki anlayış bize göre yerinde değildir. Esasen, 3996 sayılı Kanun'da bu ifadeler yer verilmesi ile kanaatimizce sadece YİD modeli ile altyapıya özel sektör katılımının kamuoyuna daha ikna edici bir şekilde anlatılabilmesi hedeflenmiş olmalıdır. Zira yukarıdaki bölümlerde de ifade edildiği üzere, kamu ve özel sektör esasen aynı kredi havuzundan nemalanırlar, YİD modeli ile yapıldığında müracaat edilecek özel bir kredi kaynağı yoktur! Kaldı ki, yüksek tutarın ne kadar olması gerektiği de bir ayrı tartışma konusudur. Sözgelimi, 3996 sayılı Kanun'a göre yapılacak küçük bir yat limanı ya da belediyenin yaptıracığı bir otopark yüksek tutar sayılmamalıdır kanaatindeyiz. Diğer taraftan, ileri teknoloji meselesi de sadece "kamuoyunu ikna edici" ve "zevahiri kurtarma" niteliğine sahip olmaktan başka bir özellik taşımamaktadır; zira baraj yapımı devletin borçlanması ile kamu idarelerince de yapılmakta iken, YİD modeli ile ileri teknoloji getirileceği varsayımı bize göre gerçekçi bir anlayıştan uzak kalmak durumundadır. Dolayısıyla, Danıştay kararındaki muhalif görüşte yer aldığı şekliyle 3996 ve 3096 sayılı Kanunlar arasında bu ölçütlere dayalı bir ayrıma gidilmesi imkanı bulunmadığını düşünüyoruz. Ancak, Danıştay'ın 3096 sayılı Kanun'a dayanan yeni sözleşmelerin imtiyaz sayılamayacağı yönündeki kararının da Anayasa değişikliği ile Danıştay'ın devre dışında bırakılmasına bir nevi tepki olarak ortaya çıktığının da düşünülebileceği varsayılabilir kanaatindeyiz.

Bu itibarla, yeni sözleşmeler bakımından 3096 sayılı Kanun uyarınca imtiyaz sözleşmesi olamasa dahi, eski sözleşmeler itibarıyla imtiyaz sözleşmeleri hukukumuzda varlığını sürdürmektedir. Ancak, uygulamada bir de "tahkimli imtiyaz sözleşmeleri"nden bahsedilmektedir, ki bunlar ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nda 3096 sayılı Kanun uyarınca imtiyaz sözleşmesi olarak imzalanmış, ancak yasal değişiklikler sonrasında sözleşmenin diğer hükümleri aynı kalmakla beraber sadece tahkim maddesi

konulmuş sözleşmeler kastedilmektedir. Esasen, hukuki mahiyeti itibarıyla bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden bir farkı bulunmamaktadır, zira bir defa tahkime tabi tutulduktan sonra artık o sözleşme idare hukuku alanından çıkmak ve özel hukuka dahil olmak durumundadır. Aksi halde tabii olarak idari sözleşme kavramının bir anlamı kalmayacaktır. Şu halde söylemek gerekir ki, Anayasa değişikliği ve akabindeki uyum yasaları sonrasında "tahkimli imtiyaz sözleşmesi" gibi hukuki anlamda bir "hilkat garibesi" ortaya çıkmıştır. Bu, kanaatimizce gereksiz bir çaba olmuştur; bu tür sözleşmelerin tamamen özel hukuka tabi olacağını belirtmesi, idare hukuku-özel hukuk ayırımına halel getirmemek anlamında çok daha doğru bir yöntem olacaktır. Son durum şudur; aynı tarz sözleşmelerden birisi imtiyaz, diğeri tahkimli imtiyaz, bir üçüncüsü de özel hukuk sözleşmesi olabilecektir! Bu halde nasıl bir hukuki ve kavramsal karmaşanın yaşanacağını düşünmek zor olmasa gerektir!

Son olarak, bu değişikliklerin amacına ulaşip ulaşmadığını sorgulamak istiyoruz. Temel hedef, tahkime yer vermeyen imtiyaz sözleşmeleri nedeniyle milyar dolarlık projelerin gerçekleştirilememesi sorununu bertaraf etmek idi. Ancak, değişikliklerden sonra da değişen bir husus olmadığı gözlenmiştir. O kadar ki sonunda Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) çıkarılma durumunda kalmıştır. Kanaatimizce, EPK'nun çıkarılması aslında Anayasa değişiklikleri ile taban tabana zıt bir resim ortaya koymuştur. Bize göre EPK çıkarılacaktı ise Anayasa'nın değiştirilmesine hiç de gerek yoktu, zira rekabetçi şartlarda özel sektör elektrik enerjisi üretip tüketiciye (devlete değil!) satacaktı, ki bu durumda zaten piyasa koşulları içerisinde sistem çalışacağı için Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olmayacaktı (doğal olarak, Anayasa Mahkemesi'nin de bu anlayışı benimsemek durumunda kalacağını öngörüyoruz burada).<sup>54</sup> Bu, bize bir nevi Nasreddin Hocamızın kedi ve ciğer esprisini hatırlatmaktadır: kedi burada ise ciğer nerede, ciğer bu ise kedi nerede; konumuza uyarlıysak, EPK'nu çıkaracaktı isek Anayasa değişikliklerini neden yaptık, ya da Anayasa'yı değiştirdikten sonra EPK'na ne gerek vardı?

Esasen yatırımcıların uluslararası tahkimi bir "mazeret" olarak kullandıkları anlaşılmaktadır.<sup>55</sup> Nitekim, bu husus özel sektör tarafından da açıklıkla dile getirilmiştir.<sup>56</sup> Dolayısıyla, bize göre Anayasa değişiklikleri

<sup>54</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, İmtiyaz ve Kamu..., a.g.m.

<sup>55</sup> Böyle bir gelişmeye Meksika'da şahit olunmuştur. Ülkemize benzer şekilde yılda 5 milyar ABD Dolarının üzerinde bir enerji yatırımı ihtiyaç duyulan Meksika'da da ülkenin genel kredibilitésinin yetersizliği sorunu nedeniyle kreditorlerin yatırımlara yeterli ilgiyi göstermedikleri belirtilmektedir (bkz. Barry, N. Machlin; Power Debt Explosion, Project Finance Magazine Global Address Box, 2001, s. 35).

<sup>56</sup> Sn. Ümit Hergüner, değişiklik sonrasında da yatırımcıların sessiz kaldıklarını ve bu nedenle uzun yıllar boyunca yatırımcıların uluslararası tahkimi bir mazeret olarak

ülke açısından tam bir kayıp olmuştur. gerek zamanın boşa geçmesi anlamında, gerek rekabetçi bir EPK'nun gecikmesi olarak. Oysa 1995'li yıllarda uluslararası tahkim sorunu gibi aslında hatalı adreslenmiş bir konu üzerinde odaklanmak yerine, rekabetçi bir enerji yasasının çıkarılmasına yönelinmiş olursa idi hem vakit kaybı yaşanmamış, hem de Anayasa değişikliği ile idare hukukunun temel kavramları üzerinde oynanması ve başka alanlar itibarıyla çok da lazım olabilecek, devletin bekası için çok önemli hukuki savunma mekanizmalarının kaldırılması tehlikesi ile karşılaşılmamış olunacaktı. Bu noktada ülkemizde hukuk çevrelerinin ve özellikle yargının genelde finansman ile ilgili konulara yeterli ölçüde aşinalığının bulunmaması kanaatimizce temel bir eksiklik olarak kendini göstermiştir.

## V. Sonuç

Anayasa değişiklikleri ve sonrasındaki uyum yasaları sürecinde bugün gelinen durum idare hukuku anlamında iç açıcı değildir. Halihazırda -özellikle Danıştay'ın yukarıdaki kararı ile- tahkimli imtiyaz, özel hukuk sözleşmeleri ve tahkimsiz imtiyaz gibi kavramların neleri ifade ettiği hala belirsizliğini korumaktadır. Bu hususların ileride mahkemelere intikal ettiği ölçüde çözüme ve açıklığa kavuşturulabileceği aşıkardır. Bu meyanda kamu hizmeti kavramının da bir evrim geçirmekte olduğu söylenebilir, ki belki de sözkonusu yasal değişikliklerinin -dolaylı olarak da olsa- en olumlu katkısı bu yönde gerçekleşmektedir. Ülkemiz açısından gerekli özel sektör yatırımlarının yapılması ise esasen anılan değişiklikler ile bağlantısız olduğu veçhile herhangi bir gelişme göstermekten uzak kalmıştır. Bununla birlikte EPK'nun çıkarılmış olması kanaatimizce bu alandaki en önemli gelişmeyi temsil etmektedir. Bu husus, ileride diğer altyapı alanlarında da siyasi etkilerden uzak kurullar (Bağımsız İdari Otoriteler) oluşturularak "kamu hizmetlerinin" özel sektör eliyle ve rekabet esası çerçevesinde gerçekleştirilebilmesinin önünü açmıştır.<sup>57</sup> Kuşkusuz, EPK'nun başarısı burada belirleyici olacaktır ve o anlamda çok da önem taşımaktadır. Bu noktalarda kamu hizmeti anlayışının salt hukuki yaklaşımdan ziyade konuların iktisadi boyutunu da kavrayacak şekilde değişim göstermesi ise umut verici bir gelişme olacaktır ve bu anlamda en öncelikli temennimizdir.

gördüklerinin anlaşıldığını. esas sorunun ise ülkemizin kredibilitesi olduğunu belirtmektedir (Aktaran: Ahmad, Taimur; Istanbulish, Project Finance Dergisi, Londra, Ağustos, 2000, s.21.

<sup>57</sup> Ülkemizde altyapıya özel sektörün katılımı kavramı çerçevesindeki ilk örnek uygulama olarak oluşturulmuş bulunan Elektrik Piyasası Kurulu ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Çal, Bağımsız İdari Otorite Olarak .... a.g.m.