

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI TAHKİMİN
İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNDE
UYGULANMASI

144957

MASTER TEZİ

Hazırlayan
Raziye Selva KORKMAZCAN IŞIK

144957

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara-2004

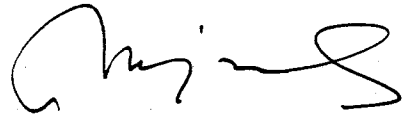
Uygundur
1.04.2004
E. E. Atay

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Raziye Selva Korkmazcan Işık'a ait "İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkimin Uygulanması" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Hasan Tunc


Üye
Doç. Dr. F. İrem Atay


Üye
Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongun

ÖNSÖZ

Çalışmada, Türkiye'de elektrik enerjisi sektöründe işletme hakkı devir sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uluslararası tahkimin uygulanması konusunu incelenmiştir. Konunun incelenmesinde, hem ülkemizin en sorunlu sektörlerinden biri olan enerji sektöründe 20 yıllık bir süreçte geçirilen değişimlerin araştırılması, hem de tezin yazılma aşamasında dahi sürekli değiştirilen enerji mevzuatının takip edilmesi yöntemi izlenmiştir. Bununla birlikte, sektörde meydana gelen olaylara bağlı olarak işletme hakkı devir sözleşmelerinin uygulamaya aktarılamaması sonucunda, bu çalışmaya adını veren "İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkimin Uygulanması" konusu, çalışmaya başlarken öngörülmüş olan anlamını kaybetmiş ve çalışma bir anlamda konusuz kalmıştır.

Bu tespitten hareketle, enerji sektöründe işletme hakkı devir sözleşmeleri döneminin sona ermesi ile sonuçlanan süreç ortaya konmuş ve işletme hakkı devir sözleşmeleri örneği ışığında uluslararası tahkim yolunu içeren özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hizmeti gördürme usulü incelenmiştir.

Bana hem bilimsel çalışma tekniği, hem de çalışmanın içeriği konusunda verdiği değerli bilgiler için tez danışmanım Sn. Doç. Dr. Ender Ethem Atay'a çok teşekkür ederim. Yurtdışında olduğum için ihtiyaç duyduğum kaynakları tek tek toplayarak bunların elime ulaşmasını sağlayan ve çalışmamın en zorlu zamanlarında, konuya çeşitli yönlerden bakmamı sağlayarak ufkumu açan babam Hasan Korkmazcan'a, sonsuz hoşgörüsü ve manevi desteği beni her zaman güçlendiren annem Refika Korkmazcan'a, bir ay boyunca benim için tüm düzenini değiştirerek sağ kolum olan kardeşim

Selcen Korkmazcan'a, çok önemli destek ve yardımlarını gördüğüm sevgili dostum Münci Çakmak'a, çalışmamın her aşamasında kendime inanmamı sağlayarak bana güç veren, her konuda destekleyen ve nihayet en büyük fedakarlığı gösteren sevgili eşim Cem Işık'a sonsuz derecede minnettarım. Onlar olmadan bu çalışmanın tamamlanması mümkün olmazdı.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMA CETVELİ	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİME İLİŞKİN YASAL ÇERÇEVE	3
I. İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR	3
A. Kamu Hizmeti	3
1. Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmetine İlişkin Temel Yaklaşımlar	3
2. Kamu Hizmetine Egemen Olan Temel İlkeler	9
B. İdari Sözleşme	11
C. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri	14
1. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Tanımı ve Tarihçesi	14
2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Özellikleri	17
3. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği	19
4. İdarenin Yetkileri, İmtiyaz Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri	20
5. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi	22
6. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü	23
D. Kamu Hizmetlerinin Diğer Görülme Usulleri	24
1. Müşterek Emanet	25

2. İltizam	26
3. Ruhsat	27
E. Elektrik Hizmetlerinin Görülmesinde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Benzer Yöntemler	28
1. Yap-İşlet-Devret	28
2. Yap-İşlet	30
3. İşletme Hakkının Devri	31
F. Özelleştirme	33
II. ULUSLARARASI TAHKİM	33
A. Genel Olarak Tahkim Kavramı	33
B. Tahkim Türleri	37
1. Yapısal Olarak Tahkim Türleri	37
a. Ad hoc Tahkim	37
b. Kurumsal Tahkim	38
2. Hakem Kararlarının Niteliğine Göre Tahkim Türleri	40
C. Türk Hukukunda Uluslararası Tahkim	43
1. Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu	45
2. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi	49
3. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Washington Sözleşmesi (ICSID/Dünya Bankası Sözleşmesi)	49
4. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları	57
5. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Kuralları	60

6. Anayasanın 125. Maddesi ve 4501 Sayılı Kanun	64
7. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu	65
8. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	73

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRKİYE'DE ELEKTRİK ENERJİSİ SEKTÖRÜNDE YAPILAN DÜZENLEMELER 84

I. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ DÖNEM (1984-1999)	85
A. Özelleştirmeye İlişkin Düzenlemeler	85
B. Elektrik Hizmetlerine İlişkin Düzenlemeler	90
1. 3096 Sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"	90
a. Görevlendirme	95
b. Elektrik Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi	96
c. İşletme Hakkının Devri	97
2. 3996 Sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"	98
3. Yargı Kararlarında 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar	102
4. 4283 Sayılı "Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun"	104
C. Uygulamada Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkının Devri Sözleşmeleri	106
1. Yap-İşlet-Devret Uygulamaları	106
2. Yap-İşlet Uygulamaları	108
3. İşletme Hakkının Devri Uygulamaları	108

II.	ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ	117
A.	4446 sayılı "Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"	117
B.	Anayasaya Uyum Kanunları	120
1.	4492 Sayılı Kanun	120
2.	4493 Sayılı Kanun	121
3.	4501 Sayılı Kanun	122
III.	ELEKTRİK HİZMETLERİNDE YENİ DÖNEM	127
A.	4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu	128
B.	Mevcut Sözleşmelerin Durumu	131
IV.	İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YOLUNA BAŞVURULMASI	142
	SONUÇ	150
	ÖZET	156
	ABSTRACT	158
	KAYNAKÇA	160

KISALTMA CETVELİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.k.	: Adı geçen konuşma
a.g.t.	: Adı geçen tebliğ
a.g.u.t.	: Adı geçen uzmanlık tezi
a.g.y.t.	: Adı geçen yüksek lisans tezi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
Dan.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DKD	: Danıştay Kararlar Dergisi
DDDK	: Danıştay Dava Daireleri Kurulu
Ed.	: Editör
EMO	: Elektrik Mühendisleri Odası
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu
ETKB	: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı
EÜAŞ	: Elektrik Üretim Anonim Şirketi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
IMF	: International Monetary Fund
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MIGA	: Multilateral Investment Guarantee Agency
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
No.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TEAŞ	: Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TETAŞ	: Türkiye Elektrik Taahhüt ve Ticaret Anonim Şirketi
TMMOB	: Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commision on International Trade Law
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
y.	: Yıl
Yar.	: Yargıtay
YDK	: Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
YPK	: Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu

GİRİŞ

Elektrik enerjisi sektöründe işletme hakkının devri yöntemi, kamu elindeki elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletilmesinin belli bir süre ile özel sektöre devredilmesidir. İşletme hakkının devri, idare ile özel kişi arasında yapılan bir idari sözleşmeye dayanmaktadır. Tahkim ise, devlet yargısının istisnasını oluşturan özel bir yargı usulüdür. İşletme hakkının devri, İdare Hukuku alanına, tahkim ise daha ziyade Ticaret Hukuku alanına giren bir kavramdır. Pozitif hukukumuzda yapılan düzenlemelerle işletme hakkı devir sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması mümkün hale getirilmiştir.

Konunun, bütün boyutlarıyla incelenmesi ve bir sonuca bağlanması, taşıdığı özellikler nedeniyle, büyük ölçüde güçlük arz etmektedir. Bu çalışmanın hazırlık ve yazılma aşamalarında dahi konuya ilişkin düzenlemeler değişmeye devam etmiş; konuyu takip edilmesi güç bir hale getirmiştir. Ayrıca, enerji sektöründe ve özelleştirme alanında yapılan diğer düzenlemelere ve değişimlere değinmeden işletme hakkının devri yöntemi, bu yöntemle görülen hizmetlere dair sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejim ve bu sözleşmelerden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıklarda tahkim yolunun öngörülmesinin açıklanması mümkün olamamıştır. 1984 yılından başlayarak 1999 yılı Anayasa değişiklikleri ve sonrasına uzanan süreçte, bu yöntemle hedeflenen amaçlara ulaşılamamış olması; bunun hem sebebi hem de sonucu olarak da, enerji sektörüne ilişkin düzenlemeler ve uygulamalara tam bir kargaşa ortamının hakim olması, konunun araştırılmasını güçleştiren sebeplerden biri olmuştur.

Bu çalışmanın birinci bölümünde, konuya ilişkin kavramsal çerçeve verilmiştir. Bu kapsamda, işletme hakkının devrine ilişkin olarak kamu hizmeti, idari sözleşme, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin

diğer görölme usulleri, yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkının devri ve özelleştirme kavramsal olarak açıklanmıştır. Bu bölümde ayrıca, tahkim kavramı, tahkim çeşitleri, tahkime ilişkin uluslararası kaynaklar ve düzenlemeler, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemeleri ışığında Türk Hukukunda uluslararası tahkim, son olarak da yabancı hakem kararlarının Türk Hukukuna göre tanınması ve tenfizi incelenmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, Türkiye'de yapılan yasal ve idari düzenlemeler ile yargı kararları ışığında elektrik enerjisi sektöründe meydana gelen gelişmeler ortaya konularak, yap-işlet-devret, yap-işlet ve özellikle işletme hakkının devri uygulamalarının geçirdiği değişimler açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca, işletme hakkı devir sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkimin uygulanması değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM:
İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİME İLİŞKİN
KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I- İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

İşletme hakkı devir sözleşmeleri, 13.8.1999 tarihinde 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişiklikleri ve sonrasındaki düzenlemelere kadar olan dönemde, Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın karar ve uygulamaları sonucunda, kamu hizmetlerinin özel kişilere yaptırılması usullerinden biri olarak idari sözleşme, özel olarak ise, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde görülmekte idi. Bununla birlikte, işletme hakkının devri yöntemi, özelleştirme uygulamalarından biri olarak mütalaa edilmektedir. Bu nedenle, kamu hizmeti, idari sözleşmeler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, kamu hizmetlerinin görülmesinde benzer modeller ve özelleştirme gibi kavramların öncelikle incelenmesi gerekmektedir.

A. Kamu hizmeti

1- Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmetine İlişkin Temel Yaklaşımlar

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu ve bu sözleşmelerin ayırıcı özellikleri bakımından belirleyici olan kamu hizmeti, bugüne kadar tam anlamıyla tanımlanabilmiş bir kavram değildir. Bunun sebebinin, kamu

hizmeti kavramına farklı açılardan ve farklı inanışlardan yaklaşıldığında farklı sonuçlara ulaşılması, dolayısıyla fikir birliğine varılamaması olduğu düşünülmektedir.

KARAHANOGULLARI'na göre, devletin görevleri kavramı, İdare Hukukunda "kamu hizmeti" kategorisi olarak ortaya çıkmaktadır.¹ Aynı yazar, İdare Hukukunun incelenmesinde kamu hizmetinin ayrı bir başlık altında incelenmesini eleştirmekte, kamu hizmetinin İdare Hukukunun ana iskeletini oluşturan kurucu bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.² Kamu hizmeti kavramı, hem İdare Hukukunun uygulama alanını belirleyen bir ölçüt olarak kullanılmış, hem de idareye tanınan üstün yetkilerin ve farklı hukuki statülerin varlığının bir gerekçesini oluşturmuştur.³

Kamu hizmeti kavramı, organik, şekli ve maddi ölçütler çerçevesinde tanımlanmaya çalışılmaktadır.

Organik ölçüte göre kamu hizmeti, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaların bütünü olarak tanımlanmıştır.⁴ Dolayısıyla, söz konusu faaliyet bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun yakın gözetim ve denetimi altında yürütülüyor ise, o faaliyet kamu hizmetinden sayılmaktadır.

GÜNDAY'a göre,⁵ günümüzde kamu hizmetlerinin tanımında organik ölçüt önemini yitirmiş olup, kamu hizmetlerinin mutlaka idare tarafından görülmesi bir zorunluluk olmaktan çıkmıştır.

¹ Onur KARAHANOGULLARI: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 5

² Onur KARAHANOGULLARI: a.g.e., 6

³ Aydın GÜLAN: "Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 143

⁴ Metin GÜNDAY: İdare Hukuku (Ankara, Eylül 2002), 282

⁵ Metin GÜNDAY: a.g.e., 283

Yürütülen faaliyete uygulanan hukuki rejimi esas alan şekli ölçüt uyarınca ise, kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olan faaliyetler kamu hizmeti sayılırlar.⁶

Maddi ölçüte göre de kamu hizmeti, yürütülen faaliyetin içeriğinden hareket ederek belirlenmeye çalışılmaktadır. Maddi anlamda kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyet olarak tanımlanmıştır.⁷

Kamu hizmeti kavramı, yukarıda sayılan ölçütler ışığında, objektif, subjektif ve iktisadi yönden açıklanmaya çalışılmıştır.

Objektif kamu hizmeti yaklaşımına göre, maddi ölçüt esas alınarak, belirli faaliyetler, bazı niteliklerinden dolayı kamu hizmeti sayılırlar.

Subjektif yaklaşıma göre, yasa koyucunun takdir yetkisini kullanarak kamu hizmeti olarak gördüğü faaliyetler niteliğine bakılmaksızın kamu hizmeti olarak kabul edilirler. Bir başka deyişle, yasa koyucunun iradesi bir ölçüte dönüşmektedir.⁸

İktisadi kamu hizmeti yaklaşımına göre ise, kamu hizmeti kamusal mal kavramından hareketle tanımlanmaktadır. Kamusal mal, piyasa mekanizmasına dayalı liberal ekonomilerde, sahip oldukları bazı özellikler dolayısıyla özel sektör tarafından ya hiç ya da yeteri kadar üretilmeyen mal ve hizmetlere verilen addır.⁹ Bir mal veya hizmetin kamusal mal sayılması sonucunu doğuran temel özellik, o malın sağladığı yararın o mal veya hizmetin niteliği gereği bölünememesi, herkesin üretilen mal veya hizmetten

⁶ Metin GÜNDAY: a.g.e., 282

⁷ Metin GÜNDAY: a.g.e., 282

⁸ Burak ÖZTÜRK: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2000), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 13

⁹ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 14

eşit şekilde yararlanmasıdır. Bu yaklaşımda, kamu hizmeti de kamusal mal üreten faaliyet olarak tanımlanmaktadır.¹⁰

Türk İdare Hukuku doktrinde kamu hizmeti kavramı ONAR tarafından, “Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında genel, kolektif ihtiyaçları karşılamak, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş olan devamlı ve muntazam faaliyetler” olarak tanımlanmıştır.¹¹

ÖZAY ise,¹² bu tanım doğrultusunda, genel ve kolektif ihtiyaçların, süreklilik taşıyan ve tatmin edilmemesi durumunda, toplumda huzursuzluk baş göstereceğinin varsayıldığı ihtiyaçlar olduğunu belirtmektedir.

Kamu hizmetleri; idari kamu hizmetleri (adalet, eğitim gibi), iktisadi kamu hizmetleri (elektrik, su, demiryolu taşımacılığı gibi), sosyal kamu hizmetleri (iş ve işçi bulma kurumu hizmetleri gibi) ve bilimsel-kültürel-teknik kamu hizmetleri (Tübitak, Devlet Opera ve Balesi gibi) şeklinde dört temel bölüme ayrılmaktadır. Kamusal hizmetlerin sunumunda 1980’li yıllara kadar daha çok sosyal politikalar gözönünde bulundurulurken, bu tarihten sonra ise kamu hizmetlerinin yürütülmesinde iktisadi amaçlar çerçevesinde yoğun olarak ticari esas ve kaygıların ön plana çıkmaya başladığı belirtilmiştir.¹³

¹⁰ Vural Fuat SAVAŞ: “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (İktisadi Yaklaşım)”, Anayasa Yargısı 15, Anayasa Mahkemesinin 36. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, 27-28.4.1998, Anayasa Mahkemesi Yayınları No.40, Ankara 1999, 92; James M. Buchanan/Marilyn R. Flowers: The Public Finances, 4th edition, Richard D. Irwin Inc., 1975, 26’dan aktaran Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 15

¹¹ Sıddık Sami ONAR: İdare Hukukunun Umumi Esasları (İstanbul: 1952), 13

¹² İlhan ÖZAY: Günışığında Yönetim (İstanbul, 2002), 227

¹³ İhsan KULALI: Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi (Ankara, Ağustos 1997), www.ekutup.dpt.gov.tr/kit/kulalii/elekt1.doc, alınma tarihi: 3.3.2004

Birçok yazar tarafından subjektif yaklaşım benimsenerek, bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için bunun yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak öngörülmüş olması gerektiği belirtilmiştir.¹⁴

Bu görüş doğrultusunda, İdare Hukukunun uygulama alanı da açıklanmıştır. Buna göre, yasama organı, idareye ilişkin belli bir alan ya da konunun özel hukuktan farklı bir düzenlemeye gerek gösterdiği düşüncesinde ise, bu alan ya da konu İdare Hukukuna tabi tutulacak; buna karşılık, o alan ve konunun özel hukuktan farklı bir düzenlemeye gerek göstermediği kanısında ise, o alan ya da konu özel hukuka tabi tutulacaktır.¹⁵ Ayrıca, kamu hizmetinin hukuki bir kategori olmaktan çıkıp siyasi bir araç olduğu, bu nedenle kamu hizmetinin belirlenmesinde yasama organının iradesinin önem kazandığı da ifade edilmektedir.¹⁶

ZABUNOĞLU tarafından¹⁷ da, kamu hizmeti kavramına artık salt bir hukuksal olgu, İdare Hukuku sınırları içinde kalan bir oluşum olarak değil; ekonomik yaklaşımla ele alınıp açıklanması gereken bir oluşum gözü ile bakılıp anlaşılması anlayışının ağır bastığı belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre¹⁸ kamu hizmeti ise, "Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında,

¹⁴ Turgut TAN: "Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi (Birinci Kitap-İdari Yargı), Danıştay Matbaası, Ankara 1991, 330; Metin KIRATLI: "Yargının Sorumluluğu", İHMD, C.III, S. 3, Kasım 1995, 9'dan aktaran, Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 14; Metin GÜNDAY: a.g.e., 285

¹⁵ Metin GÜNDAY: "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Sempozyumu (Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Şubat 2001), www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc, 183, alınma tarihi: 20.11.2002

¹⁶ Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN: İdare Hukuku-Genel Esaslar, C. I (Ankara 1998), 435

¹⁷ Yahya ZABUNOĞLU: "Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", Hukuk Kurultayı 2000, C. I (Ankara: Ankara Barosu, 2000), 495

¹⁸ AYM, 1994/71 E., 1995/23 K., RG, 20.3.1996/22586; AYM, 1994/43 E., 1994/42-2 K., RG, 24.1.1995/22181. Anayasa Mahkemesinin anılan bu kararlarına, Anayasa değişikliğine kadar olan süreçte yasama ve yürütme ile yargı arasındaki, kamu hizmeti ve

genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.” Ayrıca, Mahkemeye göre, “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken niteliğine bakmak gerekir” ve “yasal düzenlemeler bu niteliği değiştirici etki yapamaz”; “Anayasa yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakarak saptanabilir” ve bu hizmetlerin görülmesine ilişkin olarak düzenlenecek sözleşmelerin de “idari sözleşmeler olduğu kuşkusuzdur”.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi objektif yaklaşımı benimsemiş bulunmaktadır. Mahkeme, yukarıda belirtilen kararlarında kamu hizmetini tanımlamanın ötesine geçerek, hangi hizmetlerin bu tanım kapsamına gireceğini ve bunların hangi usullerle görülmesi gerektiğini de belirlemiştir. Buna göre, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, “nitelikleri” gereği kamu hizmeti olarak görülmüş olup, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerle, köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri faaliyetler kamu hizmetidir.¹⁹

Bu anlayış, kamu hizmetlerinin hangileri olduğunu son tahlilde ancak Anayasa Mahkemesi’nin belirleyebileceği anlamına geldiği, hatta doğuştan kamu hizmeti olarak “vaftiz edilen” bu faaliyetleri Anayasa koyucunun bile kamu hizmeti olmaktan çıkaramayacağı gibi bir sonuca götürebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰

Türk pozitif hukukunda bugün, Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişiklikle, kamu hizmeti ve yatırımlarının özel hukuk sözleşmeleri ile

bunların görülüş usullerine ilişkin anlayış farklılığından doğan çekişmede büyük önemi haiz olmaları nedeniyle sıkça değinilecektir.

¹⁹ AYM, 1994/43 E., 1994/42-2 K., RG, 24.1.1995/22181

²⁰ Ali ULUSOY: “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 2

yaptırılması ve devredilmesi hususu düzenlenmek suretiyle, yürütme ve yargı arasındaki kamu hizmeti ve kamu hizmetlerinin görülme usulleri anlayışı arasındaki farklılık Anayasa düzeyinde ortadan kaldırılmıştır. Bir başka deyişle, artık kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin sözleşmelerin içeriğine göre idari sözleşme olma şartlarını taşısa bile, yasa koyucunun iradesiyle özel hukuk sözleşmesi haline getirilmesi yolu açılmış olduğundan, kamu hizmetinin tanımlanmasındaki farklılıklar pratik açıdan önemini kaybetmiş bulunmaktadır.

2- Kamu Hizmetine Egemen Olan Temel İlkeler

İdare Hukukunda kamu hizmetlerine egemen olan temel ilkelerin, süreklilik ve düzenlilik, yararlanmada eşitlik, değişkenlik ve uyarlama ve meccanilik (bedelsizlik) olduğu belirtilmektedir.²¹

Süreklilik ilkesi, tatmininde kamu yararı bulunan ihtiyaçları gidermek için yürütüldüğü kabul edilen kamu hizmetlerinin, kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesi ilkesidir. Aksine bir uygulama halinde kamu ihtiyacı karşılanmaz ve kamu yararı gerçekleşmez. Bu ilkenin, pek çok İdare Hukuku ilke ve kuralının varlık nedeni olduğu belirtilmiştir.²² Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerindeki öngörülmezlik kuramı, idari sözleşmelerde karşı tarafa yüklenen ağır sorumluluklar ve idareye tanınan üstün yetkilerin bu ilkenin bir uzantısı olduğu ifade edilmiştir.²³ Anayasa Mahkemesi de süreklilik ve düzenliliğin kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturduğunu, bunun yokluğunun toplum yaşamını altüst edeceğini belirtmiştir.²⁴

²¹ Metin GÜNDAY: a.g.e., 286-289; Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN: a.g.e., 444-449; İlhan ÖZAY: a.g.e., 237-246; Kemal GÖZLER: İdare Hukuku, C. II (Bursa, 2003). 263-316

²² Metin GÜNDAY: a.g.e., 287

²³ Metin GÜNDAY: a.g.e., 287; Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN: a.g.e., 465 vd.

²⁴ AYM, 1994/71 E., 1995/23 K., RG, 20.3.1996/22586

Yararlanmada eşitlik (Tarafsızlık) ilkesi, idarenin kamu hizmetlerini yürütürken nesnel ve tarafsız olma zorunluluğunu ifade etmektedir. Bunun anlamı, hizmetten yararlanan ve aynı objektif nitelik ve koşulları taşıyan kişilerin haklar ve yükümlülükler bakımından kamu hizmetleri karşısında eşit durumda olmalarıdır.²⁵

Değişkenlik ve uyarlama ilkesi, idarenin, yürüttüğü kamu hizmetlerini gelişen ve değişen koşullara uydurmak suretiyle kamusal ihtiyaçları en iyi ve en uygun şekilde gidermesi ilkesidir. İdarenin takdir yetkisine sahip olmasının bu ilkenin bir uzantısı olduğu belirtilmiştir.²⁶ Ayrıca kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde idareye tanınan tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin varlık nedeninin de bu ilke olduğu ifade edilmiştir.²⁷ Bu ilkenin sonucu olarak, belli bir kamu hizmetinden yararlananlar, idarenin takdir yetkisini kullanarak hizmetin kuruluş ve işleyişinde değişiklikler yapması halinde, önceki duruma dayanarak herhangi bir kazanılmış hak iddiasında bulunamayacaklardır.

Bedelsizlik ilkesi ise, kamu hizmetlerinin parasız veya "hizmetin bedeli sayılamayacak bir para karşılığı"²⁸ yürütülmesini ifade etmekte iken, günümüzde, idarenin üstlendiği kamu hizmetlerinin ve bunlardan yararlananların sayılarının artması sonucunda, belli hizmetlerden yararlananların ödeme güçlerini dikkate alarak belirlenecek bir katılma payının alınması bu ilke kapsamında kabul edilmektedir. Bunu yapmaktaki amacın, parasız olarak yürütülen hizmetlerin yükünün o hizmetten hiç yararlanmayanlara yüklenmesinin önlenmesi olduğu ifade edilmiştir.²⁹

²⁵ Metin GÜNDAY: a.g.e., 288; İlhan ÖZAY: a.g.e., 244

²⁶ Metin GÜNDAY: a.g.e., 287-288

²⁷ Metin GÜNDAY: a.g.e., 288; Kemal GÖZLER: a.g.e., 270-271

²⁸ Turan YILDIRIM: "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 38

²⁹ Metin GÜNDAY: a.g.e., 288. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu konudaki görüşleri için bkz. Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN: a.g.e., 449-451

B. İdari Sözleşme

Bilindiği gibi, Borçlar Hukuku alanında sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuki işlemdir. Borçlar Kanununun 19. maddesi uyarınca, bir sözleşmenin konusu Kanunun çizdiği sınırlar dahilinde serbestçe belirlenir. Taraflar sözleşmeyi yapıp yapmamakta ve sözleşmenin içeriğini belirlemekte serbesttir.

Kamu tüzel kişileri de sahip oldukları hak ve fiil ehliyeti çerçevesinde kamu hizmetlerini yürütebilmek amacıyla sözleşmeler akdetmektedirler.

GÜNDAY'a göre,³⁰ "Kamu hizmetlerinin bizzat idare tarafından ve kamusal yönetim usulleriyle yürütülmesi doğal ve olağandır; ancak, bu gibi hizmetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanlar yine tüm sorumluluk idareye ait olmak üzere özel kesime gördürülebilir." Buna göre, iktisadi ve sınai nitelikteki kamu hizmetleri, özel kesime gördürülmesi olanaklı kamu hizmetleridir.

İdarenin akdettiği sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve idari sözleşmeler olarak ikiye ayrılmakta, bu ayırım sonucunda, birinci grup sözleşmeler bir uyuşmazlık halinde adli yargının görev alanına (veya tahkim yargısına) dahil olabilirken, ikinci grup sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir. Ancak bu ayırımın net olarak belirlenmesinde öteden beri güçlükler yaşanmış ve birtakım objektif ölçütler geliştirilmeye çalışılmıştır.

³⁰ Metin GÜNDAY: a.g.t., 184

İdari sözleşmeler, en basit tanımıyla, idarenin İdare Hukuku kurallarına göre yapmış olduğu sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Bir sözleşmenin idari nitelikte olup olmadığını belirlerken organik, maddi ve şekli olmak üzere üç ölçütten hareket edilmekte ve her üçünün bir arada varlığı sözleşmenin idari sözleşme sayılması için gerekli görülmektedir.³¹

Bir sözleşmenin idari sayılabilmesi için organik ölçüte göre, taraflardan birinin idare olması, maddi ölçüte göre sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması, şekli ölçüte göre ise, sözleşmenin özel hukuktakinden farklı bir hukuksal rejime tabi tutulması gerekmektedir. Organik ölçüt, idarenin özel hukuka göre yaptığı sözleşmelerin varlığı karşısında tek başına yeterli olmamakta; maddi ölçütün içeriği, sözleşme ile kamu hizmetinin yürütülmesi arasındaki ilişkinin yoğunluğunun belirlenmesi yönünden belirsiz sayılmaktadır. Şekli ölçüt, sözleşmenin idari nitelikte kabul edilebilmesi için, sözleşmede, idare lehine özel hukuku aşan birtakım üstün yetkiler ve ayrıcalıklar içeren koşulların yer almasını öngördüğü için, idari sözleşmelerin en belirgin ölçütü sayılmaktadır.³²

İdari sözleşmeler, Danıştay tarafından, "konusu doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir kamu hizmetine ilişkin olan ve taraflarından birinin idare olduğu ve idarenin diğer tarafa göre üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan sözleşmeler"³³ olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında ise, "taraflardan birinin kamu tüzel kişisi olduğu, kamu hizmeti ile ilgili, düzenleme biçimi ve yürütme yöntemine ilişkin kuralların özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kuralları olduğu ve yönetime üstünlük tanıyan sözleşmelerin"³⁴ idari sözleşme olduğu belirtilmiştir.

³¹ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 23

³² Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 25 vd.

³³ Dan. 12. D., 2.11.1976, 1974/1958 E., 1976/2141 K., DKD, S.26-27, 209

³⁴ AYM, 22.12.1988, 1988/5 E., 1988/55 K., RG, 25.7.1989/ 20232

İdari sözleşme olarak kabul edilen sözleşmeler, müşterek emanet sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri, yer altı ve yerüstü servetlere ilişkin işletme sözleşmeleri, orman işletme sözleşmeleri ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir.³⁵

İdarenin özel hukuk sözleşmelerine gelince, bunlar idarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı, genel hükümlere tabi sözleşmeler olup, taraf eşitliğine dayalı, özel kişiler arasında yapılan sözleşmeler gibidir. Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülmektedir.³⁶

İdari sözleşmelerin konusu olan kamu hizmetleri kamusal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik bir etkinlik olduğundan, bunun yürütülmesi ve bir sözleşme konusu yapılması da, özel hukuk sözleşmelerinden farklı bir hukuksal rejime tabi olmaktadır. Kamu hizmetini konu alan bir sözleşmenin, hukukumuzda, (en azından 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ve müteakip yasal düzenlemelere kadar) idari sözleşme haline geldiği ve idari yargının görev alanına girdiği ifade edilmiştir.³⁷

İdari sözleşmeler söz konusu olduğunda, kamu yararını temsil eden ve kamu hizmetinin asli sahibi olan idareye, özel çıkar ve yararları doğrultusunda hareket eden özel kişi karşısında bir üstünlük tanınmaktadır.

İdari sözleşmeler, idare lehine üstünlük ve ayrıcalıklar içeren hükümler taşıması; konusunun, amacının, şeklinin, sözleşmenin karşı tarafının belirlenmesi hususlarının kanunla veya kanunlara dayanan düzenlemelerle

³⁵ Metin GÜNDAY: a.g.e., 170-178

³⁶ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu konudaki yargı kararları ve öğretideki görüşler için bkz. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN: a.g.e, 376 vd. Bunun yanında, idarenin araç gereç satın alma, taşıma, her çeşit yaptırma konularındaki sözleşmeleri, bayındırlık işleri taahhüt sözleşmeleri de idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir (Metin GÜNDAY: a.g.e., 179).

belirlenmesi; doğacak uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi ve İdare Hukuku esaslarına tabi olması bakımından idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Bir sözleşmenin "idari" olması, kamu yararı ile bunun gerçekleştirici ve gözeticisi olması gereken idare yönünden sayısız faydalar sağlamaktadır.³⁸ Bununla birlikte aşağıda görüleceği gibi, bu iki sözleşme türü arasındaki farklılıklar Türk hukukunda yakın geçmişte yapılan yasal düzenlemeler sonucunda büyük ölçüde anlam kaybına uğramıştır. Zira, idari nitelikteki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların, adli yargının da ötesinde uluslararası tahkim mekanizması ile çözümü kabul edilmiştir. Nitekim, kamu hizmeti kavramından ve kamu kurumlarıyla özel sektör işletmeleri arasında yapılacak sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların mutlaka idari yargıda çözümleneceği görüşünün zaman içinde değiştiği belirtilmiştir.³⁹

TAN'a göre⁴⁰ de, idari yargının Anayasa tarafından korunan görev alanının, idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işlemlerin iptaline yönelik davalarla sınırlı olduğunun kabul edilmesi; dolayısıyla, bunun dışında kalan sorumluluk hukuku ile sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına sokulabilmesi gerekmektedir.

C. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri

1. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Tanımı ve Tarihçesi

³⁷ Aydın GÜLAN: a.g.m., 144

³⁸ İlhan ÖZAY: a.g.e., 432

³⁹ Mahmut BİRSEL: "Enerji Yatırımları ve Anayasa'nın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 127

⁴⁰ Turgut TAN: "İdare Hukuku ve Tahkim", AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, 12

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, bir kamu hizmetinin Devletin hüküm ve tasarrufu ve denetimi altında özel kişilerce kurulmasını ve belli bir süre işletilmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören, İdare Hukuku ilke ve kurallarına tabi olan sözleşmelerdir.⁴¹

Danıştay'a göre imtiyaz, "İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre için kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kar ve zararı (riski) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir".⁴²

Anayasa Mahkemesi imtiyazı "kamu hizmetinin sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ait olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi"; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini ise, "konusu kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini özel kişiye devretmek olan sözleşmeler" olarak tanımlamaktadır.⁴³

İmtiyaz yöntemi, liberal sistemin egemen olduğu 19. yüzyılda Batıda ortaya çıkmış; Osmanlı İmparatorluğu'nda da imparatorluğun mali ve teknik yetersizliği ve ulusal bir sermaye birikimi bulunmaması nedeniyle geniş uygulama alanı bulmuştur. Elektrik, su, telefon, demiryolları gibi pek çok kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi imtiyaz yöntemi ile yabancı girişimcilere bırakılmış; bununla birlikte, bu yöntemi ve imtiyaz sözleşmelerini düzenleyen bir yasal düzenleme II. Meşrutiyet dönemine kadar yapılmamıştır. Konuya ilişkin yasal düzenleme bulunmaması ve Düyunu Umumiye baskısıyla bu dönemde yapılan imtiyaz sözleşmelerine hep

⁴¹ Metin GÜNDAY: a.g.e, 172

⁴² Dan. 1. D., 24.9.1992, 1992/232E., 1992/294 K., DKD, S. 87, 37

Osmanlı İmparatorluğu aleyhine ve yabancılar lehine hükümler konulmuştur.⁴⁴

II. Meşrutiyet döneminde, imtiyaz sözleşmelerinin usul ve esaslarına ilişkin olarak, 1326 (1910) yılında imtiyaz yöntemini düzenleyen ve halen yürürlükte bulunan "Menafi'i Umumiye Müteallik İmtiyazlar Hakkında Kanun"⁴⁵ çıkarılmıştır.

Cumhuriyet döneminde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tarihi sebeplerle büyük önem verilmiş ve şekil bakımından bu sözleşmeler sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Osmanlı İmparatorluğu döneminde yabancı girişimcilere verilmiş olan imtiyazlar satın alma (rachat) yoluyla geri alınmış ve imtiyaza konu teşkil eden kamu hizmetlerinin büyük bir kısmı, o dönemde kurulan iktisadi kamu kurumlarına devredilmiştir. 1924 Anayasası'nda imtiyaz sözleşmelerinin onaylanması Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) görevleri arasında sayılmış (m.26) ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları hakkında Danıştay'ın da görüşünün alınacağı belirtilmiştir (m.55). 1924 Anayasası ve 1326 tarihli Kanun'un öngördüğü düzenleme kapsamında, kamu hizmeti imtiyazlarının, Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulu Kararı ve TBMM'nin onayı ile ancak Türk anonim şirketi statüsündeki tüzel kişilere verilmesi öngörülmüştür.⁴⁶

1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra TBMM'nin onaylama yetkisi kaldırılmış, Danıştay'ın görev ve yetkisi ise görüş bildirmeden, incelemeye dönüştürülerek genişletilmiş; 1982 Anayasası da bu hükümleri korumuştur.

⁴³ AYM, 1994/43 E., 1994/42-2 K., RG, 24.1.1995/22181

⁴⁴ Metin GÜNDAY: a.g.t., 184 vd.

⁴⁵ 1326 tarihli Kanun uyarınca (m.1) devlet adına verilecek imtiyazlarda Bakanlar Kurulu yetkilidir.

⁴⁶ Metin GÜNDAY, a.g.t., 186

1326 tarihli Kanun bugün dahi yürürlükte olmasına karşın, imtiyaz yöntemi 1980'lere gelinceye kadar fazla uygulama alanı bulamamıştır. 1980'li yıllardan itibaren ise, ve kamu girişimlerinin verimsiz, özel girişimlerin ise doğası gereği verimli olduğu varsayımına dayanan⁴⁷, bu nedenle kamu ekonomisini küçültmeyi planlayan neo-liberal iktisat politikaları çerçevesinde, yap-işlet-devret ve işletme hakkının devri gibi farklı isimler altındaki uygulamalarla bu yöntem yeniden canlandırılmıştır.

13.8.1999 tarihinde 4446 sayılı Kanun⁴⁸ ile, Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetki ve görevi, iki ay zarfında imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları hakkında görüş bildirme görevi haline getirilmiş; 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Kanun⁴⁹ ile de Danıştay Kanunu'nun ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) ilgili maddeleri değiştirilerek anılan Anayasa değişikliği ile uyum sağlanmıştır.

Sonuç olarak, 1999 yılında 4446 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğine kadar Danıştay incelemesinden geçmiş olma, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin yürürlüğe girebilmesi için şekil şartı iken, anılan değişiklikten sonra artık belli başlı şekil şartı, sözleşme tasarıları hakkında Danıştay'ın istisari görüşünün alınmasından ibarettir.⁵⁰

2. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Özellikleri

⁴⁷ Onur KARAHANOGULLARI: a.g.e., 322

⁴⁸ RG, 14.8.1999/23786

⁴⁹ RG, 21.12.1999/23913

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre, Danıştay için görüş bildirmek, "...konu hakkında düşünce, değerlendirme ve özetle kanısını belirtmektir. Daha kapsamlı olan inceleme ise, her yönden üzerinde durularak bağlantılı, karşılaştırmalı ve kapsamlı biçimde üzerinde

Türk İdare Hukuku'nda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, idari sözleşme türleri içinde bir idari sözleşme olma nitelik ve öğelerini en belirgin ve açık bir şekilde bünyesinde barındıran idari sözleşme türü sayıldığı belirtilmiştir.⁵¹ Anayasa Mahkemesi'ne göre de, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayalı kimi yetkiler tanınması, idarenin hizmetin düzenli ve istikrarlı yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşımaktadırlar.⁵²

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, kamu hizmetini yürütecek olan imtiyaz sahibi özel kişi, hizmetten yararlananlardan tahsil edeceği ücret karşılığında, masrafları, kar ve zararı tamamen kendisine ait olmak üzere belli bir kamu hizmetini kurmakta ve belli bir süre işletmekte veya daha önce idare tarafından kurulmuş olan bir kamu hizmeti tesisini işletmektedir. Sözleşme süresinin sonunda ise, söz konusu tesis tümü ile ve bedelsiz olarak idareye geçmektedir.

Kamu hizmetlerinin imtiyaz usulüyle görülmesinin en önemli sonuçlarından biri, imtiyazın bir tekel oluşturmastır.⁵³

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan tanımlamalarda üç ortak unsurun varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar, bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi veya sadece işletilmesi, imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi ve imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlamasıdır.⁵⁴

çalışmak, aykırılıkları saptayıp giderme önlem ve önerilerini açıklamak, son biçimini de belirlemektir." (AYM, 21.6.1991, 1990/13 E., 1991/15 K., AMKD., S. 28, C. 1, 3 vd.).

⁵¹ Yahya ZABUNOĞLU: a.g.t., 491

⁵² AYM, 1994/62 E., 1994/65 K., RG, 5.8.1994/22012

⁵³ İlhan ÖZAY: a.g.e., 254

⁵⁴ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 27 vd.

Bununla birlikte, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin klasik unsurlarının bazılarının, zaman içinde önemini yitirdiği, hatta aranmaz hale geldiği⁵⁵ belirtilmektedir. Şöyle ki, imtiyaz sahibinin hizmeti tüm tehlike, zarar ve masraflarını üstlenerek yürütmesi unsuru bugün artık eskisi kadar mutlak anlaşılmamakta, idarenin imtiyaz sahibine belirli bir oranda kârı garanti etmesi durumunda da sözleşmenin imtiyaz niteliği taşıyacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, imtiyaz sahibinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyarınca tahsil edeceği karşılıklardan gelir sağlaması unsuru yerine de, hizmetin işletilmesinin parasal sonuçları ile imtiyaz sahibinin geliri arasında bir ilişkinin varlığı yeterli görülmektedir. İmtiyaz yönteminin klasik unsurlarının önemini yitirmesi ve zaten yürüttüğü hizmetin tekel hakkına sahip olan özel girişimcinin risklerini de idarenin üstlenmesi sonucunda, imtiyaz yönteminin özel girişimciler için son derece cazip hale gelmiştir. Hatta, imtiyaz yönteminin, kamusal alan kârlarının özel kesime aktarılmasından başka bir anlamı olmadığı savunulmaktadır.⁵⁶

3. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, önceden hazırlanmış bulunan, sözleşmelere ilişkin genel ve nesnel kuralları içeren ve sözleşmelerin tamamlayıcısı olan şartnamelere dayanmaktadırlar. Bu nedenle, bu sözleşmelerin, idare ile imtiyaz sahibi arasındaki anlaşmayı belirleyen dar anlamdaki sözleşme ile yukarıda belirtilen şartlaşma da denilen, imtiyazın konusu, süresi, tarafların hak ve borçları, hizmetten yararlananlarla ilişkilerini düzenleyen şartnamelerden ibaret olmak üzere iki bölümden oluştuğu belirtilmektedir.⁵⁷

⁵⁵ Turgut TAN: "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", Hukuk Kurultayı 2000, C. I (Ankara: Ankara Barosu, 2000), 456

⁵⁶ Onur KARAHANOGULLARI: a.g.e., 322

⁵⁷ Metin GÜNDAY: a.g.e., 297; Kemal GÖZLER: a.g.e., 6

Sözleşmeye konu kamu hizmetinin örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin kuralları içeren şartnamelerin düzenleyici işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bir yandan akdi nitelikteki hükümler, öte yandan idarenin iradesini yansıtan ve düzenleyici hükümler içeren imtiyaz işleminin karma işlem olduğu belirtilmektedir.⁵⁸ Akdi nitelikteki hükümler, imtiyazın süresi ile idarenin imtiyazcıya sağladığı mali ve diğer ayrıcalıklara ilişkin iken, düzenleyici işlem niteliğindeki hükümler hizmetin kurulması ve işleyişine dair düzenlemelerden oluşmaktadır. İmtiyazın süresine, imtiyazcı özel kişinin ücretlendirilmesine ve imtiyazcıya sağlanan avans, kredi teminatı gibi mali avantajlara ilişkin akdi nitelikteki hükümlerin idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilemeyeceği; kamu hizmetinin organizasyonuna ve çalışmasına ilişkin düzenleyici hükümlerin ise tek yanlı olarak değiştirilebileceği belirtilmektedir.⁵⁹ Buna göre, imtiyazcı özel kişi bu değişikliklere karşı çıkamaz, sadece tazminat isteyebilir.

4. İdarenin Yetkileri, İmtiyaz Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunu kamu hizmeti oluşturduğundan, idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen türden birtakım üstün yetkiler, imtiyaz sahibine de birtakım hak ve ayrıcalıklar tanınmıştır.

Buna göre, idare, görülen hizmetin asli sorumlusu olması sebebiyle imtiyaz sahibi özel kişinin yükümlülüklerini yerine getirişini denetleme, imtiyaz sahibi sözleşme ile üstlendiği borçlarını yerine getirmediği veya hizmeti kamu hizmetlerine egemen olan ilke ve kurallara uygun olarak yürütmediği hallerde

⁵⁸ Turgut TAN: a.g.t., 457

⁵⁹ Kemal GÖZLER: a.g.e., 116

yaptırım olarak para cezası verme, işletmeye geçici olarak el koyma ve imtiyaz sahibinin ağır kusuru halinde herhangi bir tazminat ödemeksizin süresinden önce sözleşmeyi feshetme yetkilerine sahiptir.⁶⁰ Anılan bu yaptırımların, yine idarenin kamu hizmetinin asli sorumlusu olması nedeniyle, şartnamede öngörülmesine bile uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁶¹ Ayrıca, idare, kamu hizmetlerinin değişken olması nedeniyle, yeni koşulların ortaya çıkmasına bağlı olarak, sözleşme ve şartname hüküm ve şartlarını tek taraflı olarak değiştirme ve hizmet ve kamu yararının gerektirmesi halinde de, imtiyaz sahibinin kusuru olmasa bile, tesisleri bedeli karşılığında imtiyaz sahibinden satın almak suretiyle sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme yetkisini de haizdir.⁶²

İmtiyaz sözleşmesini özel hukuk sözleşmelerinden ayıran en önemli nokta, idarenin, imtiyaz sahibinin rızasını almadan, sözleşmenin düzenleyici işlem niteliği taşıyan hükümlerini tek taraflı olarak değiştirebilmesidir.⁶³

Buna karşılık, imtiyaz sahibine de, yürüttüğü faaliyetin bir kamu hizmeti olması nedeniyle bazı hak ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Bunlar, hizmeti tekel olarak yürütme hakkı, hizmetten yararlananlardan karşılık alma hakkı, hizmetle ilgili kamu mallarından yararlanma, bu mallar üzerinde tesis yapma ve lehine kamulaştırma yapılması gibi kamusal olanaklardır.⁶⁴ Ayrıca, imtiyaz sahibi de üstlendiği kamu hizmetini belli bir kazanç elde etmek için yaptığından, idare üstün yetkilerini kullanarak sözleşmede tek yanlı değişiklikler yapar ve bunun sonucunda imtiyaz sahibinin yükümlülükleri artarsa, imtiyaz sahibinin de sözleşmenin mali dengesinin korunmasını

⁶⁰ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 73 vd.

⁶¹ Metin GÜNDAY: a.g.e., 300

⁶² Metin GÜNDAY: a.g.e., 299

⁶³ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 76

⁶⁴ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 82

isteme hakkı vardır.⁶⁵ Ayrıca, sözleşmenin uygulanması sırasında taraf iradeleri dışında meydana gelen ve öngörülemeyen olaylar nedeniyle imtiyaz sahibinin yükümlülükleri mahvına neden olacak ölçüde artarsa, imtiyaz sahibi idareden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ve zararlarının paylaşılmasını talep edebilir.⁶⁶

İmtiyaz sahibine tanınan bu olanaklar karşısında, imtiyaz sahibi de, hizmeti kamu hizmetine egemen olan ilkeler, görülen kamu hizmetini düzenleyen tüm düzenleyici işlemler ve şartname hükümlerine uygun olarak yürütmek, idarenin tek taraflı iradesiyle yaptığı değişikliklere katlanmak ve hizmeti bizzat yürütmek zorundadır. Buna göre, imtiyaz sahibi, yüklendiği hizmeti bir başkasına gördüremez ve yükümlülüklerini devredemez. Çünkü imtiyaz sahibi teknik bilgi, yetenek, deneyim ve mali gücü nedeniyle seçilmiş olup, kamu hizmetlerinin idarenin iradesi dışında başkalarına gördürülmesi düşünülemez.⁶⁷

5. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri tarafların anlaşarak sona erdirmeleri (rachat amiable), imtiyazın geri alınması (rachat), sözleşme sürelerinin dolması, idare tarafından tek yanlı olarak feshedilmeleri veya mahkeme kararıyla feshedilmeleri yolu ile sona erer.⁶⁸ Sözleşmenin süresinin dolması ile sona ermesi halinde, işletme bedelsiz olarak idareye geçer.⁶⁹

⁶⁵ Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde mali denge sorunu, bir yandan fait du prince, diğer yandan öngörülemezlik (imprevision) ilkeleri ile çözümlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan ÖZAY: a.g.e., 255 vd.; Kemal GÖZLER: a.g.e., 144 vd., 1229 vd.

⁶⁶ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 90

⁶⁷ Metin GÜNDAY: a.g.e., 302

⁶⁸ Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN: a.g.e., 469. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal GÖZLER: a.g.e., 391-394

6. Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar kural olarak idari yargı yerlerinde çözülürler.⁷⁰ Ancak 4446 sayılı Kanun'la Anayasanın 125. maddesinde yapılan değişiklik, yabancılık unsuru içermesi halinde, sözleşmenin tarafları arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulabileceğini öngörmüş; 4492 sayılı Kanun'la da, Danıştay Kanunu'nda ve İYUK'nda bu hükme uygun düzenlemeler yapılmıştır. 4501 sayılı Kanun ile de, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler sonucunda, bundan böyle, sadece tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı görevli olacaktır.

Bununla birlikte, idari yargının tamamen devre dışı kalması mümkün değildir. Tahkime tabi kılınan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, idarenin yürütülen kamu hizmetinin asli sorumlusu olması niteliği devam etmekte, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önceki aşamada ve hizmetin görülmesi aşamasında kamu hukukunun uygulanması gerekmektedir.⁷¹ ULUSOY'a göre,⁷² "sözleşmenin yürürlüğe girmesine yani ihalenin sona ermesine kadarki aşamada İdare Hukuku uygulanacak, yani idari yargı mercileri

⁶⁹ Metin GÜNDAY: a.g.e., 302

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal GÖZLER: a.g.e., 169 vd., Metin GÜNDAY: a.g.e., 302 vd. ZABUNOĞLU'na göre, imtiyaz sözleşmeleri suretindeki idari sözleşme türünden doğan ve doğacak uyuşmazlıkların ancak ve ancak idari yargıda çözülebileceğini doğal ve olağan saymak isabetli olmayıp, idare yargısında tahkim yasağı, aslında imtiyaz sözleşmelerinin klasik anlayışına sıkı sıkıya bağlanmaktan kaynaklanmaktadır (Yahya ZABUNOĞLU: a.g.t., 492).

⁷¹ Bilindiği gibi, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde dahi, sözleşmelerin imzalanıp yürürlüğe girmesine kadar olan aşamada kamu hukuku kurallarının uygulanacağı ve idari yargının görevli olacağı kabul edilmektedir.

⁷² Ali ULUSOY: a.g.m., 17. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal GÖZLER: a.g.e., 202

ihalede açıklık ve serbest rekabet ilkelerine uyulup uyulmadığını denetleyebilecektir."

Anayasa değişikliğinden önce, Türk hukukunda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari işlem kabul edilerek iptal davasına konu edilebilmekteydi.⁷³ Yeni durumda, tahkim yolu öngörülen imtiyaz sözleşmeleri bakımından bu anlayışın sürdürülemeyeceği düşünülmektedir. Zira, Anayasanın 125. maddesi ve 4492 sayılı Kanun ile, bu tür imtiyaz sözleşmeleri artık idari yargının görevi kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla, tahkim yolu öngörülen bir imtiyaz sözleşmesinin iptali istemiyle idari yargıda dava açıldığında, mahkemenin bu davayı görev yönünden reddetmesi gerekmektedir.

Buna karşılık, Anayasanın 125. maddesindeki hükmün idari yargıyı tamamen devre dışında bırakmaya yetecek bir düzenleme olmadığı, tahkim yolunun sadece sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıklara uygulanabileceği, sözleşmenin hukuka uygunluğunun idari yargıda denetlenmesinin önlenemeyeceği belirlenmiştir.⁷⁴

D. Kamu Hizmetlerinin Diğer Görülme Usulleri

Kamu hizmetleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri dışındaki yöntemlerle de özel kişilere gördürülmektedir. Bunlardan müşterek emanet ve iltizam yöntemleri bugün için artık terkedilmiş; yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri gibi yöntemler, Türkiye'de 1980'li yıllardan itibaren özelleştirme akım ve politikalarının etkisi ve özellikle enerji yatırımlarının genel bütçe olanaklarıyla yeterince gerçekleştirilememesinin alternatif

⁷³ DDDK, 1976/456 E., 1977/254 K., 13.5.1977, DD, Y. 8, S. 28-29, 1978, 275; Dan. 10. D., 1991/1 E., 1993/1752 K., 29.4.1993, DD, Y. 24, S. 88, 1994, 465

finansman modeli arayışlarını hızlandırması⁷⁵ nedeniyle, değişik yasal düzenlemelerle ülke gündemine girmiştir.

Özellikle ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve kamu hizmeti niteliğini taşıyan enerji alanındaki yatırım ve hizmetlerin özel kişilere gördürülmesini amaçlayan yöntemlerin hukuki niteliklerinin saptanması ve bunların bir tür kamu hizmeti imtiyazı olup olmadıklarının saptanması önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.⁷⁶ Bu yöntemlerin, daha ilk bakışta kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin ayırt edici özelliklerinin çoğunu taşıması, tartışmalı bir süreci başlatmıştır.

1. Müşterek Emanet

Müşterek emanet, idare tarafından kurulmuş bulunan bir hizmetin özel kişiye gördürülmesi usulüdür. Hizmeti gören özel kişi idare ile imzaladığı sözleşme uyarınca, hizmetin giderlerini, hizmetten yararlananlardan aldığı bedelle karşılamakta, masraflar çıktıktan sonra bir kazanç elde ettiğinde de bu kazancı belirlenmiş bir oranda idare ile paylaşmaktadır. Müşterek emanet yönteminin bugün için terk edilmiş olup, Osmanlı İmparatorluğu döneminde sahil fenerlerinin bu yöntemle işletildiği belirtilmiştir.⁷⁷

Bu yöntem imtiyaz yönteminden, kâr ve zararın kime ait olduğu noktasında farklılaşmaktadır. Şöyle ki, imtiyaz yönteminde, hizmetin kârı, zararı, masrafı bu özel kişi üzerinde iken; müşterek emanet yönteminde hizmet idare tarafından kurulmuştur ve hizmetin hasarı idarenin üzerindedir.

⁷⁴ Onur KARAHANOGULLARI: a.g.e., 328

⁷⁵ Harun ÇETİNTMEL: "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim" konulu oturumda yapılan tartışmalar, Hukuk Kurultayı 2000, C. I (Ankara: Ankara Barosu, 2000), 497

⁷⁶ Turgut TAN: a.g.t., 462

⁷⁷ Metin GÜNDAY: a.g.e., 295

Hizmeti yürüten özel kişi bu işi idare nam ve hesabına yapmaktadır. Ayrıca imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi hizmetin işletilmesinden kâr elde etmekteyken, müşterek emanette hizmeti gören özel kişinin hizmetin işletilmesinden doğrudan bir gelir sağlaması söz konusu değildir. Bu yöntemde, hizmetin işletilmesinden elde edilen kâr aslen idareye ait olup, özel kişi bu kâr üzerinden pay (prim) almaktadır.⁷⁸

KARAHANOG̃LU'na göre kamu hizmetlerinin görölmesinde müşterek emanet yönteminin değil de, klasik unsurlarını kaybetmiş biçimiyle imtiyaz yönteminin seçilmesinin sebebi, günümüzde geçerli olan neo-liberal ekonomik sistemdir.⁷⁹

TAN'a göre,⁸⁰ Türk hukukunda müşterek emanet yöntemi kullanılmamakta veya imtiyaz yöntemi içinde ele alınmaktadır.

2. İltizam

Bu yöntemde, idare tarafından kurulmuş olan bir hizmet, özel kişi tarafından, önceden kararlaştırılmış götürü veya orantılı bir bedel karşılığında yürütölmektedir. İltizam usulü Osmanlı İmparatorluğu'nda tarım ürünleri vergilerinin toplanmasında kullanılmış bir yöntem iken, artık uygulanmamaktadır.⁸¹

İltizam yöntemi imtiyaz yönteminden parasal sonuçları bakımından tamamen ayrılmaktadır. İltizam yönteminde hizmeti yürüten kişi, yürüttüğü hizmetin sonuçlarından bağımsız olarak önceden kararlaştırılmış bir ücret

⁷⁸ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 49

⁷⁹ Onur KARAHANOG̃ULLARI: a.g.e., 322

⁸⁰ Turgut TAN: a.g.t., 464

⁸¹ Metin GÜNDAY: a.g.e., 296

alırken, bir girişimci olarak hareket eden imtiyaz sahibi hizmetin yürütülmesinin parasal sonuçlarından doğrudan etkilenmekte, kâr veya zarar etmektedir.

3. Ruhsat

Ruhsat usulü, kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülmelerinin diğer usullerinden, idare ile özel kişiler arasında bir sözleşme imzalanmasını öngörmemesi bakımından ayrılmaktadır. Bu yönüme göre, kamu hizmeti, idarenin tek taraflı olarak verdiği bir izin ile özel kişiye gördürülmektedir.⁸²

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi, bu yöntemle görülen hizmetleri de etkiler. Buna göre, hizmeti gören kişinin hizmetten yararlananlardan alacağı ücret, idarenin koyduğu esaslar dahilinde belirlenecektir. Kamu hizmetlerinin değişkenliği ilkesi de, idarenin gerekli değişiklikleri yapma yetkisi ve ruhsat sahibi özel kişinin bu değişikliklere katlanma yükümlülüğünde kendisini göstermektedir. Ayrıca, özel kişinin yetersiz kalması durumunda idarenin derhal harekete geçerek önlemler alma yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir.⁸³

Ruhsat yöntemi, 20.2.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile elektrik enerjisi sektöründe uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Böylece, bu zamana kadar imtiyaz yöntemi ve ardından özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmeye çalışılan elektrik hizmetleri artık ruhsat (lisans) yöntemi ile görülecektir.

⁸² Metin GÜNDAY: a.g.e., 314; Şeref GÖZÜBÜYÜK ve Turgut TAN: a.g.e., 456; Kemal GÖZLER: a.g.e., 831

⁸³ İlhan ÖZAY: a.g.e., 252

E. Elektrik Hizmetlerinin Görülmesinde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerine Benzer Yöntemler

1. Yap-İşlet-Devret

Yap-işlet-devret modeli, 1980'li yıllarda izlenmeye başlanan özelleştirme politikaları kapsamında gündeme gelmiş bir yöntemdir. Yöntemin, literatürde "Ozal Formula" olarak da isim yaptığı, sonradan yasal bir altyapıya kavuşturulduğu ve kamusal yatırım alanında işlerlik kazanmış bir finansman modeli olduğu belirtilmiştir.⁸⁴

Yap-işlet-devret yönteminin esası, aslında kamunun yapması gereken yatırımların ve hizmetlerin bir sözleşme çerçevesinde özel sektör tarafından yapılması ve karşılığında belli bir süre, projeyi gerçekleştiren özel sektör tarafından kâr amaçlı işletilmesi ve en nihayetinde ilgili kamu idaresine devredilmesidir.⁸⁵

Elektrik enerjisi sektöründe yap-işlet-devret yöntemi, bir özel şirketin, bir elektrik üretim tesisi yapımının yatırım ve işletme döneminde doğacak masraflarını yüklenmesini, yapılan yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi de, belirlenen bir süre ve tarife üzerinden, karşılıklı olarak verilen garantiler çerçevesinde⁸⁶ işletmesini, böylece elektrik üretim hizmetinin özel şirket eliyle yürütülmesini, görev süresi sonunda ise tesisin borç ve taahhütlerden ari ve

⁸⁴ Kürşat YERLİKAYA: "Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması", www.marmara.edu.tr/maliyesempozyumu/tebligler/5-3.doc, alınma tarihi: 12.2.2004

⁸⁵ K. T. Yeo/ L. K. Tiong, "Positive Management Of Differences For Risk Reduction In BOT Projects", International Journal of Project Management 18, (2000), 257'den aktaran Kürşat YERLİKAYA: a.g.t.

⁸⁶ Uğur EMEK: "Ek ve Değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı", www.dpt.gov.tr/yatirim/emeku/yid.pdf, alınma tarihi 15.9.2003

bedelsiz olarak ilgili kamu kuruluşuna devredilmesini öngören bir yöntemdir.⁸⁷ Bu yöntem kapsamında tesisi işleten şirket tarafından üretilen elektrik, devlet tarafından önceden belirlenmiş ve şirketin tüm giderlerini ve kârını karşılayan bir tarife üzerinden satın alınmaktadır.

Yap-işlet-devret yöntemi, aslında, özel kişilerin yüksek maddi kaynak gerektiren projelerinin finansmanında da kullanılabilecek bir yöntemdir. Bu yöntem, kıt kaynaklarla gerçekleştirilemeyen kamusal yatırımların, özel sektör tarafından finanse edilmesiyle, kamu kesiminin altyapı için ayırmak zorunda kalacağı kaynağı öteki öncelikli projelerde kullanabileceği varsayımına dayanmaktadır.⁸⁸

Yap-işlet-devret yöntemi, sözleşme olarak değil de, birden çok sözleşmenin birleşmesinden oluşan bir finansman modeli olarak da ele alınmaktadır. Buna göre, model bir yandan İdare Hukukuna, diğer yandan Özel Hukuka tabidir.⁸⁹ Gerçekten, modelin işleyişi, görevlendirilen şirketle ilişkide bulunan birçok kuruluş bulunması sebebiyle karmaşık ilişkilerden oluşmakta, asıl taraflar yürütücü kamu kurumu ve görevli şirketler iken, bunların yanında kreditorler, sigorta şirketleri, hukuki, mali ve teknik danışmanlık şirketleri, üretim girdisi sağlayan şirketler, ürünü satın alan kuruluşlar, inşaat müteahhidi ve taşeronları gibi çok sayıda taraf değişik sözleşmelerle bu karmaşık hukuki yapıya bağlanmaktadır.⁹⁰ Bununla birlikte, yap-işlet-devret yönteminin özellikleri incelendiğinde, imtiyaz yönteminin ayırıcı unsurlarını büyük ölçüde taşıdığı göze çarpmaktadır. Doktrinde de yap-işlet-devret sözleşmelerinin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü ağır basmaktadır.⁹¹

⁸⁷ İhsan KULALI: a.g.u.t.

⁸⁸ T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı "Elektrik Enerjisi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti

⁸⁹ Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 132

⁹⁰ T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı Araştırma Raporu Özeti

⁹¹ Metin GÜNDAY: a.g.e., 311; ÖZAY'a göre, yap-işlet-devret modeli, kamu yararından başka bir amaca yönelik olarak yetki ve usul saptırılması, yani "maksat" unsuru

Bir kere, yap-işlet-devret yöntemini bir finansman modeli olarak görenlerin saydığı hususlar, yap-işlet-devret yöntemi ile yapılan işin, özünde, yasa koyucu tarafından kamu hizmeti niteliğinde görülerek düzenlediği bazı yatırım ve hizmetlerin, idarenin gözetim ve denetimi altında özel kişilere gördürülmesi olduğu hususunu etkilememektedir. Bu da kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ile örtüşmektedir.

Yap-işlet-devret sözleşmelerinin finansmanının hizmeti gerçekleştirecek özel kişi tarafından sağlanması öngörülmüştür. Her ne kadar, bu yöntem kapsamında öngörülen garantiler hizmetin hasar ve zararlarının idare ve şirket arasında paylaşılması sonucunu doğurmaktaysa da, gelişen imtiyaz tanımında, imtiyaz sahibi ile idare arasında bir mali işbirliği olması kabul edilmektedir.⁹²

Nihayet, yap-işlet-devret sözleşmelerinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin unsurlarından biri olan, imtiyaz sahibinin gelirinin hizmetten yararlananlardan belirli bir tarife uyınca alınacak karşılıklardan oluşması, veya gelişen biçimiyle, imtiyaz sahibinin geliri ile hizmetin işletilmesinin mali sonuçları arasındaki parasal bağlantının varlığı unsuru da yap-işlet-devret yöntemini düzenleyen 3096 ve 3996 sayılı Kanunların tarifelere ilişkin hükümleri uyarınca mevcuttur.

2. Yap-İşlet

sakat bir imtiyaz usulü olmaktan öte bir anlam taşımamaktadır (İl Han ÖZAY: a.g.e., 261 ve 265-266.).

⁹² Burak ÖZTÜRK: a.g.y.t., 139

Yap-işlet modeli, elektrik enerjisi üretiminde yap-işlet-devret modelinin uygulanmasında karşılaşılan hukuki zorlukları aşmak için geliştirilmiş bir modeldir.

Yap-işlet modeline göre, yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin elektrik üretmek amacıyla tesis kurmaları ve ürettikleri elektrik enerjisini kamu kuruluşuna satmaları öngörülmüştür. Sözleşme sürelerinin sonunda tesislerin kamuya devri, mülkiyetin hizmeti yürüten özel kişiye ait olması nedeniyle söz konusu değildir.

3. İşletme Hakkının Devri

Elektrik enerjisi sektöründe işletme hakkının devri yöntemi kısaca, kısaca, mülkiyeti kamuya ait üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının, belli bir bedel karşılığında, belli bir süre özel sektöre devredilmesidir.⁹³ Bu yöntem, işletme ve yönetim haklarının bir bedel karşılığında mülkiyetin devrini içermeyen devredilmesini öngörmesi nedeniyle, finansal kiralama yöntemine benzemektedir.⁹⁴

Elektrik hizmetlerinde işletme hakkının devri yönteminin mantığı, kamunun finansman sıkıntısı nedeniyle yetişemediği üretim ve dağıtım tesislerinin rehabilitasyonu ve gerektiğinde kapasite artışı yatırımlarının yapılması konularında özel sektörden faydalanmak suretiyle hizmetin daha iyi işletilmesinin sağlanmasıdır. Ayrıca, devredilecek tesislerin teknik ve ekonomik özelliklerine göre belirlenen işletme hakkı devir bedeli,

⁹³ Erol İMRE: "Türkiye'de Yap İşlet Devret Modeli; Yasal Çatısı, Uygulaması" (Ankara: Yüksek Denetleme Kurulu, 2001), http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm, alınma tarihi: 20.2.2004

⁹⁴ İşletme hakkının devri, Danıştay tarafından da, özel koşullu kiralama olarak nitelendirilmiştir (Dan. 7. D., 2001/4997 E. 2003/555 K., DKD, Y. 1, S. 2, 2003, 249).

sözleşmenin başlangıcında peşin olarak Devlete ödenmektedir. Buradan gelir olarak elde edilen bedellerin, yine enerji sektöründeki yatırımlarda kullanılarak ülke ekonomisine fayda sağlaması hedeflenmiştir. Şirketler ise, üretim ve dağıtım tesislerinin işletilmesinden bir kazanç elde etmekte, şirketlerin kazancına kaynak teşkil eden tarifeler şirketler tarafından hazırlanarak idarenin onayıyla yürürlüğe girmektedir.

İşletme hakkı devri sözleşmeleri, devredilen tesislerin üretim veya dağıtım tesisleri olmasına göre iki grupta incelenebilir:

Üretim işletme hakkı devirlerinde, şirket tarafından elektrik üretimi gerçekleştirilmekte ve üretilen elektrik kamu kuruluşu veya dağıtımla görevli şirketlere satılabilmektedir. Tesislerin devredilmesinden önce ödenen işletme hakkı devir bedeli, elektrik satış anlaşmalarında belirlenen tarifeye dahil edilmektedir. Bir başka deyişle, tarifiede belirlenen elektrik satış fiyatı, işletme hakkı devir bedelinin sözleşme süresi içinde şirket tarafından geri alınmasını sağlayacak şekilde belirlenmektedir.

Dağıtım işletme hakkı devirlerinde ise, şirketler kamu kuruluşu veya üretim şirketlerinden elektrik enerjisini satın almakta ve kendilerine verilen görev bölgelerindeki dağıtım tesisleri vasıtasıyla bunun abonelere dağıtımını gerçekleştirmektedir. Şirketlerin, sözleşme sürelerinin her bir yılı için yatırım ve işletme programlarını ayrıntılı olarak düzenleyip idarenin onayına sunmaları gerekmektedir. Bu programlarda, her yıl artan miktarda enerji alımı yapma, tesislerin teknik ve ekonomik özelliklerine göre bakım ve onarımını gerçekleştirme ve/veya yeni yatırımlar yapma ve elektrik kayıp-kaçak oranlarını artan oranda düşürme gibi hususların taahhüt edilmesi öngörülmüştür.⁹⁵ Burada da işin başında ödenen işletme hakkı devir bedeli,

⁹⁵ Kayıp, elektrik enerjisinin üretim ve tüketim noktaları arasındaki süreçte kaybolması; kaçak ise, elektriğin dağıtım hatlarından izinsiz olarak alınması ya da son kullanım noktasında sayaçlara ve iç tesisata yapılan çeşitli müdahalelerle gerçek tüketimin

abonelerden yapılan tahsilata esas teşkil eden tarife yansıtılmakta , böylece sözleşme süresi sonunda geri alınmış olmaktadır.

F. Özelleştirme

Özelleştirme dar anlamıyla, kamu kuruluşlarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen özel kuruluşlara devri olarak tanımlanmaktadır. Daha geniş bir yorumla ele alındığında ise, mülkiyet devrinin yanısıra, kamu kuruluşlarının özel kuruluşlara kiralanması, kamu tarafından üretilen mal ve hizmetlerin finansmanının özel kesim tarafından karşılanması, yönetimin özel kesime devri, mal ve hizmetlerin üretimindeki kamu tekellerinin kaldırılması ile piyasaya kamunun müdahalede bulunmaması da özelleştirme kavramı içinde yer almaktadır.⁹⁶

II- ULUSLARARASI TAHKİM

A. Genel Olarak Tahkim Kavramı

Tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın serbest iradelerine dayanarak, bu uyuşmazlığın çözümünü mahkemeler yerine bağımsız ve tarafsız özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu kişiler

gizlenmesi olarak tanımlanmaktadır (T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı Araştırma Raporu Özeti). Türkiye’de elektrik dağıtımında kayıp-kaçak oranları en önemli sorunlardan birini oluşturduğu, bazı illerde bu oranın %50lere vardığı belirtilmektedir.

tarafından incelenip karara bağlanması üzerine kurulu bir yargılama usulüdür.⁹⁷

Hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek hususunda hiçbir resmi sıfatları olmamakla birlikte, taraflar uyuşmazlığın çözümünü onlara havale etmekle, hakemlerin vereceği karara razı olmuş ve hakemleri de o uyuşmazlık bakımından adeta bir mahkeme haline getirmişlerdir.⁹⁸

ŞANLI⁹⁹ tarafından da tahkim, "kişilerin iradesi üstüne inşa edilen" bir uyuşmazlık çözme yöntemi olarak nitelendirilmiştir.

Tahkim kavramı, devlet yargısından bile daha eski kavramdır. Eski Yunan ve Roma Hukukunda tahkim kavramının bilindiği ve uygulandığı, ayrıca İslam Hukukunda da hakemlik müessesesine önem verildiği, Medeni Kanundan önceki dönemde Mecelle'nin de tahkimi düzenlediği belirtilmiştir.¹⁰⁰

Tahkim kavramı altında çeşitli hukuki unsur ve ilişkiler bulunmaktadır.¹⁰¹ Bir kere, uyuşmazlığın tarafları ile hakem/hakemler arasında "hakem akdi" olarak adlandırılan ve yargılamanın başlangıcında düzenlenip, hakemler ve taraflarca imzalanan "görev belgesi" (term of reference/ tensip zaptı) ile yazılı hale getirilen bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşme, Yargıtay tarafından "vekalet akdi" olarak nitelendirilmektedir.¹⁰²

⁹⁶ Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu: 2000 Yılı Genel Raporu (Ankara: 2002), www.ydk.gov.tr/Genel_Rapor_2000/IG.htm, alınma tarihi: 18.2.2004

⁹⁷ Baki KURU: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV (Ankara, 1984), 3465

⁹⁸ Baki KURU: a.g.e., 3465

⁹⁹ Cemal ŞANLI: İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli'nde yaptığı konuşma, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli (Ankara: TBB, 16.7.1999), 5

¹⁰⁰ Ziya AKINCI: "Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim", Hukuk Kurultayı 2000, C. IV (Ankara: Ankara Barosu, 2000), 109

¹⁰¹ Cemal ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (İstanbul, 2002), 211

¹⁰² Yar. 15. H.D., 1989/1023E., 1989/2841K., 15.6.1989, YKD, C. 15, S. 9, 1298 vd.

İkinci olarak, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi de tahkim kavramı altında yer almaktadır. Anasözleşmeden ayrı olarak veya anasözleşme içinde bir madde olarak da yapılabilen bu sözleşme ile taraflar, birbirlerine karşı aralarındaki hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkları devlet mahkemelerine değil; hakeme götürme taahhüdünde bulunmaktadırlar.¹⁰³

Tahkim kavramı altında yer alan üçüncü sözleşme de, tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan uyuşmazlıklara kaynaklık eden, temeldeki maddi hukuk sözleşmesidir.¹⁰⁴

Tahkim kavramı, yargılama aşamasında hakemler tarafından uygulanacak usulü, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi kuralları ve sonuçta verilecek kararı da kapsamaktadır. Şöyle ki; tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerce uygulanacak usul kuralları, esas alınacak maddi normlar, hakem kararının verilme süresi, yargılamada ve kararda kullanılacak dil, karar verildiğinde taraflar için bağlayıcı olup olmayacağı, kararın gerekçeli olup olmayacağı gibi hususlar, taraflarca belirlenebilmektedir. Taraflar, birazdan görüleceği üzere, kurumsal tahkime başvurdıklarında tahkim sözleşmesinin bu şekilde detaylandırılmasına gerek kalmadan, önceden mevcut ve bilinen tahkim mahkemesinin kurallarına atıfta bulunmakla da yetinebilirler.

Tahkim, hızlı bir çözüm yolu olması, uyuşmazlığın uzmanlarca çözülmesine imkan vermesi, hemen her ülkede icra edilmesinin mümkün olması ve taraflara geniş irade serbestisi tanınması sebeplerinden dolayı cazip bir çözüm yolu olmuştur.¹⁰⁵ Uluslararası ticaretin ihtiyaçları, uyuşmazlık çözme usulü olarak özel bir yargılama usulü olan tahkimi ön plana çıkarmış ve tahkim uluslararası ticaret camiasının ihtiyaçları üzerinde gelişmiştir.

¹⁰³ Cemal ŞANLI: a.g.e., 212

¹⁰⁴ Cemal ŞANLI: a.g.e., 213

ŞANLI'ya göre,¹⁰⁶ taraflar arasındaki ticari ve ekonomik faaliyetlerin hukuki rejimini düzenleyen ulusal hukuk sistemlerinde sözleşmeler imzalandıktan sonra yapılan değişiklikler, uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümündeki güçlükler, yıllarca süren davalar ve sonuçta verilen kararların icrasındaki zorlukların doğurduğu hukuki riskleri en aza indirmede veya tasfiye etmede en uygun uyuşmazlık çözme tekniği tahkimdir. Uyuşmazlıklara devletin yargı organlarına kıyasla daha çabuk, daha kolay ve daha ucuz çözüm getirmesi, ticari ilişkilerde tarafların hakeme başvurularında esas rolü oynamıştır.¹⁰⁷

KARAYALÇIN'a göre¹⁰⁸ ise, özel yargının (tahkim yolunun) varlığını sürdürmesinin ve devlet tarafından kanunlarla tanınıp desteklenmesinin sebeplerinin başında, tarafların uyuşmazlıklarını devlet mahkemesinde çözecek hakimlerin mesleki gücüne, eğitimine, tarafsızlığına güvensizlik duymaları gelir. Devlet kuruluşlarının davalı olduğu davalarda hakimlerin davayı "nefi hazine zihniyeti" ile değerlendirmeleri,¹⁰⁹ taraflar arasında mutlak eşitlik kuralına uyulmaması, çeşitli sebeplerle bir tarafın kayırılması riski, özel yargı arayışlarının bir başka sebebidir. Maddi hukukun yetersiz bulunması, usul kurallarının katılığı, devlet yargısında davaların yıllarca sürmesi, yargılamanın aleni olmasının sakıncaları da, tarafların özel yargı yolunu tercih etmelerine ve tahkim sözleşmelerinde bu sakınca ve endişeleri ortadan kaldıracak çözümleri benimsenmelerine sebep olmaktadır.

Özetle, mahkemelere oranla daha çabuk sonuç alınabilmesi, uyuşmazlığın konunun uzmanı olan kişiler tarafından çözümlenmesi, ticari sırların korunabilmesi, taraf iradelerinin üstünlüğü nedeniyle tarafların maddi

¹⁰⁵ Ziya AKINCI: a.g.t., 108

¹⁰⁶ Cemal ŞANLI: a.g.e., 207

¹⁰⁷ Aysel ÇELİKEL: Milletlerarası Özel Hukuk (İstanbul, 1995), 380

¹⁰⁸ Yaşar KARAYALÇIN: "Hakem Mahkemesi Kararları ve Yargıtay Denetimi, 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı", XI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 13-14 Mayıs 1994), 3

hukuk kuralları ile bağı kalmadan yargılama usulünü ihtiyaçları doğrultusunda belirleyebilmeleri tahkim yolunun tercih edilmesinin sebepleri olarak görülmektedir.

Bununla birlikte, tahkim usulü, uygulamada tahkim yargılamasının öngörülen süreler içerisinde sonuçlandırılmadığı, defalarca süre uzatımına gidilerek uyuşmazlıkların yıllarca sürebildiği, ayrıca adli yargıdaki masrafa nazaran çok daha fazla bir masrafı gerektirdiği belirtilerek eleştirilmiştir.¹¹⁰

B. Tahkim Türleri

1. Yapısal Olarak Tahkim Türleri

Yapısal olarak uluslararası tahkim "ad hoc tahkim" ve "kurumsal tahkim" olmak üzere iki grupta incelenmektedir:

a. Ad Hoc Tahkim

Ad hoc tahkim, hakemlerin, taraflarca kaleme alınan veya tarafların atıfta bulundukları belli kural ve kanunlar çerçevesinde, tarafların veya bu kural ve kanunların verdiği yetkiye dayanarak yürüttüğü tahkim usulüdür. Bu tür tahkimde, uyuşmazlığı çözmek üzere oluşturulan hakem heyeti karar

¹⁰⁹ Milli mahkemelerin ilke olarak devlet teziyle bağı olduğu, kendi idari makamlarını, kendi vatandaşlarını himaye ettiği düşünülmektedir (Cemal ŞANLI: a.g.k., 10).

¹¹⁰ Erol ERTEKİN: Hukuk Kurultayı 2000'de "Tahkim" konulu oturumda yapılan tartışmalar, Hukuk Kurultayı 2000, C. IV (Ankara: Ankara Barosu, 2000), 114.

verdikten sonra dağılmakta; kurumsal tahkimde olduğu gibi süreklilik gösteren bir tahkim hizmeti bulunmamaktadır.¹¹¹

Ad hoc tahkim için en kapsamlı düzenleme 15.12.1976 tarihinde 31/98 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiş olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Tahkim Yönetmeliğidir.

UNCITRAL'in 1985 yılında hem kurumsal hem de ad hoc tahkime ilişkin çıkartmış olduğu model hukuk kuralları ise, bir çok devletin iç hukuk bünyesinde yapmış olduğu milletlerarası tahkim kanunlarına örnek teşkil etmiştir. Bazı devletler UNCITRAL model hukuk kurallarını olduğu gibi iç hukuklarına aktarırken, bazıları da bu kurallardan esinlenerek milletlerarası tahkime ilişkin kendi kanunlarını yapmışlardır.¹¹²

Ülkemizde ise, milletlerarası tahkime ilişkin ilk kanun tasarısı çalışmaları 1997'de Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü tarafından başlatılmıştır. Yapılan çalışmalar neticesinde vücut bulan metin UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkındaki Kanunun milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerinden esinlenerek hazırlanmıştır.¹¹³

b. Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkim, uluslararası ticari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklar için bir tahkim kurumuna ihtiyaç duyulması sonucunda, uluslararası planda sözleşmelerle tahkim hakkında düzenlemeler yapılması ve çeşitli tahkim merkezlerinin/kurumlarının kurulması ile ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu kurumlar, tahkimin ne şekilde gerçekleştirileceğini düzenleyen kurallara sahip

¹¹¹ Ziya AKINCI: a.g.t., 108

¹¹² Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: Milletlerarası Tahkim (İstanbul, 2000), 14.

olup, özellikle tebligat ve diğer sekreteryâ hizmetlerinin yanı sıra, hakemlerin seçimi, süre uzatımının gerekip gerekmediği, hakemlerin istifası veya reddi gibi bazı önemli konularda tahkimin işleyişine katkıda bulunmaktadır.¹¹⁴

Kurumsal tahkim konusunda en önemli kuruluşlardan biri, merkezi Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Uluslararası Hakem Mahkemesi'dir (ICC International Court of Arbitration). Türkiye'de ise İstanbul ve İzmir Ticaret Odaları ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği kurumsal tahkim hizmeti vermektedir. Uyuşmazlığın kurumsal tahkimde çözülmesi durumunda hakem ücretinin yanısıra, başvuru tahkim kurumuna da belirli bir ücret ödenmektedir.

1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu'nda (m.I.2 [b]) ifade edildiği üzere, "Hakemlik (Tahkim) terimi uyuşmazlıkların sadece belirli hakemler tarafından (ad hoc hakemlik) değil, bunların aynı zamanda daimi hakemlik kurumları tarafından (da) halledilmesini ifade eder". 1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi"nde de (m.I.2), aynı doğrultuda, "Hakem kararı (teriminin) sadece münferit meselelerin halli için tayin olunan hakemlerin değil, aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının (kurumsal tahkim) verdikleri kararları kapsadığı" belirtilerek her iki tahkim türüne de yer verilmiştir.¹¹⁵

¹¹³ Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 15

¹¹⁴ Ziya AKINCI: a.g.t., 108

¹¹⁵ Günümüzde yürürlükte bulunan 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu ve 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nden önce de, tahkim usulü ve yargısını ayrıntılı olarak düzenleyen, 1923 tarihli Cenevre Protokolü ile buna ek olarak getirilen ve hakem kararlarının bu çerçevede tenfizini düzenleyen 1927 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Cenevre Konvansiyonu" mevcut idi. New York Sözleşmesi, 1923 tarihli Protokol ve 1927 tarihli Konvansiyon'un yerine geçmiş bulunmaktadır (New York Sözleşmesi m.VII/2).

2. Hakem Kararlarının Niteliğine Göre Tahkim Türleri

Tahkime ilişkin olarak, hakem kararlarının niteliğine göre, ulusal/iç/mahalli tahkim, yabancı/dış tahkim, uluslararası tahkim ayrımları yapılmaktadır. Tahkimin niteliğinin belirlenmesi, tabi olacağı hukuki rejimin de belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Aslında, taraflar hakemler tarafından yargılama sonucu verilecek kararı bağlayıcı kabul ettiklerinde ve karara kendi istekleriyle uyarak gereğini yerine getirdiklerinde tahkimin/hakem kararının ulusal veya uluslararası nitelikte olmasının önemi yoktur. Ancak uygulamada bu her zaman gerçekleşmemekte, dolayısıyla hakem kararlarının yerine getirilmesinin sağlanmasında hangi hukuki rejime tabi olacağı hususu önem kazanmaktadır.

İç/ulusal/mahalli tahkim, en basit tanımıyla bir devletin kendi hukukuna göre yabancılık unsuru içermeyen, dolayısıyla yabancı/dış/uluslararası sayılmayan tahkim türüdür. Türk hukukunda ulusal tahkim/hakem kararlarına ilişkin usul ve esaslar, bunlara karşı kanun yolları vs. 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) ile düzenlenmiştir.

Uluslararası tahkim kavramı ise, yabancılık unsuru taşıyan ve uyuşmazlıkların hakemler eliyle çözümünü içeren tüm uyuşmazlık çözme tekniklerini ifade etmek üzere kullanılan bir üst kavramdır.¹¹⁶

Uluslararası tahkim kavramı altındaki tahkim türlerinden biri, Devletlerarası anlaşmalara dayanan, konusu devletlerarası uyuşmazlıklar olan ve Devletler Umumi Hukuku'nun konusu olan tahkimlerdir ki, tipik

¹¹⁶ Cemal ŞANLI: a.g.e., 216

örneğini Birleşmiş Milletler bünyesindeki Daimi Hakem Mahkemesi oluşturmaktadır.¹¹⁷

Uluslararası tahkim türlerinden bir diğeri, yine Devletlerarası anlaşmalara göre kurulan kurumların gözetiminde yürütülen ve fakat, konusu devletlerarası uyuşmazlıklar değil; uluslararası ticari ve ekonomik menfaatler olan tahkimlerdir. Bunlara, Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Sözleşme ile kurulan Merkez (ICSID), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) ve Amman Arap Tahkim Merkezi tarafından yürütülen tahkimler örnek gösterilebilir.¹¹⁸

Uluslararası ticaret toplumunca geliştirilen kurallara dayanarak oluşturulan MTO ve Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi gibi kurumların gözetiminde yürütülen tahkimler de uluslararası tahkim kavramı içindedir.¹¹⁹

Son olarak, hiçbir kurumsal tahkim merkezinin gözetimine tabi olmaksızın, doğrudan tarafların kaleme aldıkları usullerle veya tarafların atıfta bulundukları ulusal ya da uluslararası tahkim kurallarına göre yürütülen tahkimler (ad hoc tahkim) de belli nitelikleri taşımaları halinde uluslararası tahkimin bir türü olabilmektedir.¹²⁰

Görüldüğü gibi, uluslararası tahkim kavramı içinde yer alan tahkim biçimleri çeşitlilik göstermektedir. Bu kavram, yukarıda sayılan tahkim türleri de dahil olmak üzere yabancılık unsuru içeren ticari ve ekonomik ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünü sağlayan tüm tahkim biçimlerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır.¹²¹ Ancak, hem Devletlerarası hem de ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan tahkim türlerinin aynı terim

¹¹⁷ Cemal ŞANLI: a.g.e., 216. Bu tür tahkimin konumuzla ilgisi bulunmadığından, ayrıntısına girilmemiştir.

¹¹⁸ Cemal ŞANLI: a.g.e., 217

¹¹⁹ Cemal ŞANLI: a.g.e., 217

¹²⁰ Cemal ŞANLI: a.g.e., 217

¹²¹ Cemal ŞANLI: a.g.e., 217

ile ifade edilmesi kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Bu nedenle, ikinci tür tahkim için "uluslararası ticari tahkim" ifadesinin daha doğru olduğu belirtilmektedir.¹²²

Bu tür tahkimdeki "uluslararası" kelimesinin, tamamen sözleşmenin veya tarafların nitelikleri veya statüleri dikkate alındığında "yabancılaşma unsuru" ifade etmek için kullanılan bir tabir olduğu belirtilmiştir. Bir başka deyişle, Türkiye'de yatırım yapan bir yabancı girişimci ile Türk şirketi arasındaki yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlığın Türkiye'de, Türk hakemleri tarafından HUMK hükümlerine göre çözümü dahi uluslararası tahkim kararı kapsamına girmektedir.¹²³

UNCITRAL tarafından hazırlanan "Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun'da (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration), tahkimin uluslararası nitelikte sayılabilmesi için, tahkim sözleşmesi taraflarının iş yerlerinin, sözleşmenin yapıldığı tarihte ayrı devletlerde olması; tahkim yerinin veya ticari ilişkiden doğan yükümlülüklerden önemli bir bölümünün ifa yerinin veya uyuşmazlığın konusunun en çok bağlantılı olduğu yerin, tarafların işyerlerinin olduğu devletten başka bir devlette olması veya tarafların tahkim sözleşmesinin konusunun birden çok devletle ilişkili olduğunu açıkça kabul etmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹²⁴

UNCITRAL Model Kanun'da "ticari" teriminin kapsamı da tahdidi olmayan şekilde belirtilmektedir. Buna göre, "mal ve hizmet alışverişi veya sağlanması ile ilgili her türlü ticari işlem, ticari mümessillik ve acentelik, faktoring ve finansal kiralama, inşaat, danışmanlık hizmetleri, mühendislik,

¹²² Bu çalışmanın konusunu oluşturan işletme hakkının devri sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda söz konusu olan uluslararası tahkim de esasen uluslararası ticari tahkimdir. Ancak mevzuattaki ifade ile uyum sağlamak için bu çalışmada uluslararası tahkim ifadesi kullanılmıştır.

¹²³ Cemal ŞANLI: a.g.k., 7

¹²⁴ Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 15

lisans, yatırım, finansman sağlama, bankacılık, sigorta, kamu mallarının işletilmesi, joint venture ve diğer sınai ve ticari işbirliği ilişkileri, hava, kara, deniz yolu ile yük taşımacılığı" gibi faaliyetler ticaridir.¹²⁵

C. TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI TAHKİM

Türk hukukunda da tahkim yeni bir kavram olmayıp; ulusal tahkim, HUMK ile düzenlenmiştir.¹²⁶ Anılan Kanunun 518. maddesi hükmüne göre, "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez". Bu durumda, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı serbestçe anlaşılarak çözüme kavuşturabiliyorlar ve vardıkları bu anlaşma devlet mahkemelerinin müdahalesine gerek kalmaksızın geçerli olabiliyorsa, o uyuşmazlığın halli için tahkim yoluna gidilebilecektir.¹²⁷

Türk hukukunda tahkime elverişli konuların çerçevesi, ulusal ve uluslararası düzenlemeler incelendiğinde ortaya çıkmaktadır. HUMK'nun 518. maddesi hükmü yanında, Washington Sözleşmesi'ni uygun bulan 3460 sayılı Kanun'da, Türkiye'de bulunan gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime kapatılmış; New York Sözleşmesi'ni uygun bulan 8.5.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanun ile de, sadece Türk hukukuna göre ticari sayılan uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarında bu Sözleşme'nin uygulanacağı çekincesi konmuştur. 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine

¹²⁵ Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, 1997, 224'ten aktaran Turgut TAN: a.g.m., 18

¹²⁶ HUMK'nda düzenlenen tahkim türü ihtiyari tahkim olup, 3533 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre de, bazı hallerde belirli kurumların bir uyuşmazlığın çözülmesi için hakeme başvurusu zorunludur ve mecburi tahkim olarak adlandırılmaktadır. Ancak araştırma konumuzun dışında kaldığı için bu husus kapsam dışında bırakılmıştır.

¹²⁷ Baki KURU: a.g.e., 4003

tabi olmayan uyuşmazlıklar dışında tahkim yoluna gidilebileceği belirtilmiştir (m. 1). Bu bağlamda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanının bulunmaması nedeniyle, gayrimenkul üzerindeki aynı haklara, şahsın hukukuna, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, iflasta ve çekişmesiz yargı işlerinde tahkime başvurulamayacağı; aynı durumun ceza yargısı ile ilke olarak idari yargının görev alanına giren işler ve uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir.¹²⁸

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, Türkiye'de, uluslararası unsurlu uyuşmazlıkların tabi olması gereken tahkim ile salt Türk hukuk düzenine tabi olan, başka hiçbir ülke ile irtibatlı bulunmayan ilişki veya uyuşmazlıkların tabi olacağı tahkim arasında bir ayırım yapılmadığı; HUMK'ndaki ayrıntılı düzenleme ile Türk hukukunda tahkime yer verilmiş olduğu, bu açıdan bakıldığında uluslararası uyuşmazlıkların dahi, tarafların anlaşması yoluyla HUMK hükümlerine başvurularak çözülebileceği belirtilmiştir.¹²⁹

Türk hukukunda uluslararası tahkime ilişkin düzenlemeler ise aşağıdakilerden oluşmaktadır:

- 8.5.1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan 1961 tarihli "Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu",

¹²⁸ Baki KURU: a.g.e., 4003 vd.; Turgut KALPSÜZ: Tahkimin Genel Esasları, 356-357, Lütfi DURAN: İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 434'ten aktaran Süha TANRIVER: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 86

¹²⁹ Bilgin TIRYAKIOĞLU: "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Sempozyumu (Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü), www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc, 165 vd., alınma tarihi: 30.9.2003

- 27.5.1988 tarihli ve 3453 sayılı Kanunla onaylanan "Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Sözleşme" (Washington/ICSID/Dünya Bankası Sözleşmesi),
- Türkiye'nin taraf olduğu ikili "Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları",
- 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı "T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 2. maddesi ile Anayasanın 125. maddesine eklenen hüküm,
- 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun",
- 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı "Milletlerarası Tahkim Kanunu",
- 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"un (MÖHUK), "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması" başlığını taşıyan II. Bölümünde yer alan 43-45. maddeler,
- 8.5.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan 1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi".

Yukarıda sayılan uluslararası antlaşma ve sözleşmelerden görülebileceği gibi, Türk hukukunda uluslararası tahkimin yeni bir kavram olmadığını söylemek mümkündür.

1. Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu

21.4.1961 tarihli "Uluslararası Ticari Tahkime Dair Avrupa-Cenevre Konvansiyonu", yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini

düzenleyen 1958 New York Sözleşmesi'nin ardından, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun çalışmaları sonucunda, Avrupa ülkeleri arasındaki ticareti geliştirmek, bu ülkelerde uluslararası tahkimin işlemesinin önündeki engelleri kaldırmak amacıyla hazırlanarak, 1964 yılında yürürlüğe girmiş; 1991 yılında 8.5.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun'la¹³⁰ onaylanarak Türk hukukunda uluslararası tahkimin kaynakları arasına girmiştir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen New York Sözleşmesi'nin aksine, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nda hakemlerin uyuşmazlığa el koymalarından, kararın verilmesine kadar olan süreç, yani tanıma ve tenfizden önceki aşama düzenlenmiş; tenfize ilişkin düzenlemeler New York Sözleşmesi'ne bırakılmıştır. Buradan hareketle, Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun, New York Sözleşmesi'nin tamamlayıcısı niteliğinde bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir.¹³¹

Konvansiyon'un 1. maddesine göre buradaki hükümler, sadece, uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdolan ve akdin yapılması sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri farklı devletlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmalarına uygulanır. Taraflar ayrı bir sözleşme veya asıl sözleşmeye tahkim şartı koyarak tahkime gitmeyi kararlaştırabilirler. Öngörülen şekil, adi yazılı şekildir (m 1/2a).

Konvansiyon'a göre hem gerçek hem de tüzel kişiler tahkim sözleşmesi veya şartının tarafları olabilirler. Ayrıca 2. maddenin ilk fıkrası, kamu tüzel kişilerinin de tahkim anlaşmasına taraf olabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, bu Konvansiyonun 1. maddesinde öngörülen durumlarda kanunların kamu hukuku tüzel kişisi olarak nitelediği tüzel kişiler

¹³⁰ RG, 21.5.1991/20877

¹³¹ Ziya AKINCI: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi (Ankara, 1991), 101'den aktaran, Süha TANRIVER: a.g.m., 90, dipnot:13

geçerli tahkim sözleşmesi yapabilirler.¹³² Türkiye, bu madde ile ilgili olarak herhangi bir çekince koymuş değildir.

Konvansiyon'un 1/2b maddesine göre, uyuşmazlık, tarafların seçimine göre somut sorun için özel olarak seçilmiş hakemlerce (ad hoc tahkim) veya daimi tahkim kuruluşları (kurumsal tahkim) tarafından çözümlenebilir. Taraflar tercihlerini daimi tahkim kuruluşu yönünde kullandıkları takdirde, hakem heyeti belirtilen kurumun tüzük hükümlerine (tahkim kurallarına) göre oluşturulmak zorundadır (m 4/1a). Ad hoc tahkim tercih edildiği takdirde ise, hakemlerin kimler olacağı, bunların seçilme usulleri, tahkim yeri, hakemlerin uyacağı usul kuralları taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir (m 4/1b). Ad hoc tahkimde, tarafların hakem seçimi konusunda anlaşmaya varamamaları halinde, tarafların mutad meskeni veya muamele merkezinin bulunduğu ülkedeki ticaret odası başkanına veya Konvansiyon'a göre oluşturulan Özel Komite'ye bu hususta yetkiler tanınmıştır. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin tahkim prosedürüne müdahaleleri sınırlanmış olmaktadır.

Akdedilen tahkim sözleşmesi, uyuşmazlığın taraf devletlerin mahkemelerinde görülmesine karşı bir itiraz hakkı da doğurmaktadır. Konvansiyon'un 6. maddesine göre, karşı taraf, davanın esasına girilmeden veya esasa cevaplarıyla birlikte tahkim itirazında bulunabilir. Bu durumda mahkeme davayı reddetmek zorundadır.

Konvansiyon'a göre, hakemler kendi yetkisizliklerine ilişkin iddiaları kendileri inceleyip karara bağlarlar (m 5).

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin 7. maddeye göre, taraflar aralarındaki uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını kararlaştırmamış iseler, hakemler sözleşme hükümlerini ve ticari adetleri

¹³² Turgut TAN: a.g.m, 15

dikkate alarak uygun göreceklere kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukuku uygulayacaklardır.

Hakemlerin yargılama sonunda verecekleri karar, kural olarak gerekçeli olmalıdır; ancak, bazı durumlarda gerekçesiz de karar verilebilmektedir (m 8). Taraf iradeleri bu konuda da belirleyici olmaktadır.

Konvansiyon'da hakem kararlarının iptal edilmeleri 9. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, kararlar sadece, hakem kararının verildiği yerin devletinde veya hangi devletin kanunları uygulanarak verildiyse o devlette iptal edilebilir. Yalnızca bu maddede sayılan hallerde iptal mümkündür.

Konvansiyon'un 9. maddesinde sayılan iptal sebepleri şunlardır:

- Tahkim sözleşmesi taraflarının milli hukuklarına göre ehliyetsiz veya tahkim sözleşmesinin, tabi kılındığı hukuka ya da hukuk seçimi taraflarca yapılmamışsa, hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olması,
- İptal isteyen tarafın, hakemlerin belirlenmesinden veya tahkim yargılamasından usulüne uygun olarak haberdar edilmemiş veya başka bir sebep yüzünden iddia ve savunmasını ileri sürememiş olması,
- Hakem kararının tahkim sözleşmesinde belirtilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olması veya sözleşmenin kapsamını aşan hükümler taşıması,
- Hakem heyetinin oluşturulması veya tahkim usulünün gerçekleşmesinin tarafların anlaşmasına; anlaşma yapılmayan hallerde ise, Konvansiyon'un hakem heyetinin teşkilini düzenleyen 4. maddesine aykırı olması.

İptal kararı yukarıda belirtilen devletler ve maddede sayılan sebepler dışında verilir ise, bu iptal kararı Konvansiyon'a taraf diğer ülkelerde söz konusu hakem kararının tanınma ve tenfizine engel olamayacaktır.

2. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan 10.6.1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi", uluslararası ticari hakem kararlarının tenfizi ile ilgili hükümler içermektedir. 2002 yılı itibariyle 126 ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi'nin, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bağlamında dünyada en geniş kabul görmüş ve uygulama alanı bulmuş uluslararası sözleşme konumunda olduğu ifade edilmiştir.¹³³ New York Sözleşmesi'nin hükümleri aşağıda Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi kapsamında incelenmiştir.

3. Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Washington Sözleşmesi (ICSID/Dünya Bankası Sözleşmesi)

Dünya Bankası tarafından 1965'te hazırlanıp 1966'da yürürlüğe giren Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne Dair Sözleşme¹³⁴, Türkiye'de 2.6.1988 tarihli ve 3460 sayılı

¹³³ Cemal ŞANLI: a.g.e., 252

¹³⁴ Sözleşme ayrıca "Washington Sözleşmesi", "ICSID" ve "Dünya Bankası Sözleşmesi" olarak da anılmaktadır.

Kanun¹³⁵ ile onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme ile Washington'da bulunan Dünya Bankası bünyesinde "Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez" (ICSID) kurulmuştur. Washington Sözleşmesi, Dünya Bankası'nın himayesinde, yabancı sermaye yatırımlarının maruz kalabileceği gayri ticari (politik) riskleri karşılamak ve böylece gelişmekte olan ülkelere yabancı sermaye akışını hızlandırmak amacıyla hazırlanan Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması'nı (MIGA)¹³⁶ takiben, yine yabancı sermayeyi özendirme amaçlı olarak hazırlanmıştır.¹³⁷

Washington Sözleşmesi, devlet ile yabancı yatırımcı arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin kurallar getirmekte ve bu kuralların uluslararası bir sözleşme ile düzenlenmiş olması nedeniyle, akit devletleri doğrudan bağlamaktadır.¹³⁸

ICSID Merkezi, uyuşmazlıkları çözen bir örgüt olarak faaliyet göstermek yanında, uluslararası düzeyde ekonomik yapılanmayı yönlendiren Dünya Bankası grubuna dahil bir milletlerarası kuruluş durumundadır. Merkez, yukarıda belirtildiği gibi Washington'da, Dünya Bankası'nın merkezi içindedir (m 2). Merkez'in amacı, Washington Sözleşmesi'nin hükümlerine uygun olarak, akit devletler ile diğer akit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırılması veya tahkim yoluyla çözülmesi için kolaylıklar sağlamaktır. Merkez teşkilatı, İdari Konsey, Genel Sekreterlik, Arabulucular Paneli ve Hakemler Paneli'nden oluşmaktadır (m 3). Dünya Bankası Başkanı İdari Konsey Başkanlığını da yürütür.

¹³⁵ RG, 6.12.1988/19830. 3460 sayılı Kanun, Türk mahkemelerinin gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıklarına ilişkin münhasır yetkisini saklı tutmayı ve Sözleşmenin, münferit ikili anlaşmazlıklarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanı'na götürülmesine ilişkin 64. maddesine rezerv konulmasını öngörmektedir.

¹³⁶ RG, 6.12.1988/20011

¹³⁷ Cemal ŞANLI: a.g.e., 383

¹³⁸ Bilgin TIRYAKIOĞLU: a.g.t., 172

Washington Sözleşmesi'nin 25/1 maddesine göre, ICSID'in yargılama yetkisi, akit ülkeler ile uyuşmazlığa ilişkin yazılı rızasını ICSID'e sunmuş diğer akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Ancak yatırım ve yatırım uyuşmazlığı kavramları Washington Sözleşmesi'nde net olarak tanımlanmamıştır. Bu nedenle, Washington Sözleşmesi'nin uygulanmasında "yatırım" kavramının yorumunda güçlüklerle karşılaşıldığı ve herkesin anlaşılabildiği bir tanıma ulaşılamadığı belirtilmiştir.¹³⁹

ŞANLI'ya göre,¹⁴⁰ bu tanım oldukça geniş ve genel olduğundan, yatırım uyuşmazlığı kavramı, devletler arasında imzalanan ikili yatırım anlaşmaları esas alınarak tanımlanmalıdır. Buna göre, Türkiye'nin taraf olduğu pek çok ikili anlaşmada tekrarlandığı üzere, yatırım uyuşmazlığı, Devletle diğer devlet vatandaşı yatırımcı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki yatırıma ilişkin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar, bir tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının ilgili yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım izninin yorum veya uygulamasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, bir yatırımla ilgili ve anlaşma ile verilen herhangi bir hakkın çiğnendiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır.¹⁴¹ Ayrıca, ev sahibi devletle diğer devlet vatandaşı yatırımcı arasında akdedilen "yap-işlet-devret şeklindeki imtiyaz", istisna, lisans, know-how, vs. gibi sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da yatırım uyuşmazlığı niteliğindedir.¹⁴²

Yukarıda da belirtildiği gibi, ICSID'in yargı yetkisi, sadece akit devletler ile diğer akit devlet vatandaşı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Yani, Merkez yalnızca uyuşmazlığın taraflarının farklı

¹³⁹ Turgut TAN: a.g.m., 15

¹⁴⁰ Cemal ŞANLI: a.g.e., 385

¹⁴¹ Bu anlaşmalara, Türkiye-ABD, Türkiye-İngiltere/Kuzey İrlanda, Türkiye-Kore Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları örnek verilebilir.

milliyetlerde olması ve uyuşmazlığın kapsamının yatırımla sınırlı olması halinde harekete geçirilebilmektedir. Sözleşme'nin 25. maddesine göre diğer akit devlet vatandaşı yatırımcılar,

- ev sahibi devletten başka bir akit devletin vatandaşlığına sahip gerçek kişiler,
- ev sahibi devletten başka bir akit devletin vatandaşlığına sahip tüzel kişiler,
- ev sahibi devletin vatandaşlığını taşımakla beraber, yabancı kontrolü sebebiyle, tarafların yabancı muamelesine tabi tutulacağını kararlaştırdıkları tüzel kişilerdir.

Yukarıda sayılan tüzel kişilerden sonuncu grup, Türkiye'de yabancı sermaye mevzuatı çerçevesinde Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş ve ticaret sicil memurluklarınca tescil edilmiş şirketlerin yabancı değil; Türk şirketi niteliğinde sayılmaları nedeniyle özellik arz etmektedir.

Washington Sözleşmesi kapsamında bir uyuşmazlığın ICSID'e götürülebilmesi için, her somut olayda ev sahibi devletin sözleşmeye taraf organı ile yabancı devlet vatandaşı yatırımcının karşılıklı anlaşarak (bir "tahkimname" düzenlenmesi suretiyle) Merkez'in hakemliğini kabul etmeleri gerekmektedir. Bununla beraber, devletler arasında akdedilen pek çok ikili ve çok taraflı yatırımların teşviki ve korunması anlaşmalarında ICSID'in yetkisi doğrudan kabul edilmiş, yani ev sahibi devletler peşinen Merkez'in yargı yetkisine rıza göstermiş olduğundan, bu anlaşmalardan doğan uyuşmazlıkların hakemlik sıfatı ile Merkez tarafından çözümlenebilmesi için, uyuşmazlığın doğumundan sonraki aşamada, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ayrıca yukarıdaki şekilde bir anlaşma yapılması gerekmemektedir.

¹⁴² Cemal ŞANLI: "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", Altyapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim, 1998, 26-44'den aktaran, Turgut TAN: a.g.m., 16

Bu durumda, yabancı yatırımcı bir uyuşmazlık doğduğunda doğrudan Merkez'e başvurabilmektedir.

Washington Sözleşmesi'nin 36. maddesine göre, tahkime gitmek isteyen akit ülke veya vatandaşı, talebini yazılı olarak Genel Sekreterliğe bildirir ve talep Genel Sekreterlik tarafından diğer tarafa iletilir. Genel Sekreterlik uyuşmazlığın Merkez'in yargı alanı dışında kalıp kalmadığını inceledikten sonra olumlu bir sonuca varırsa, hakem heyeti oluşturulur. İlke olarak, hakem heyeti, tarafların ister ortaklaşa bir şekilde Merkez listesinden, ister dışarıdan atayacakları (m. 40) tek hakemden oluşacaktır. 37. maddeye göre hakem heyeti, ya tarafların üzerinde anlaşacağı tek hakemden, tarafların anlaşamamaları halinde ise, taraflarca ayrı ayrı atanan birer ve tarafların ortak atayacağı ve heyetin başkanlığını yapacak üçüncü bir hakemden oluşacaktır. 38. madde ise, belirli sürede hakem heyeti oluşturulamadığı takdirde, ICSID Başkanı'nın herhangi bir tarafın talebi üzerine ve taraflara mümkün olduğu ölçüde danışarak hakem veya hakemleri atayacağını öngörmektedir.

Hakem heyeti oluştuktan sonra yetkili olup olmadığına kendisi karar verecektir. Yargılama, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Washington Sözleşmesi'nde öngörülen tahkim kurallarına ve ICSID Tahkim Kurulları Yönetmeliğindeki usullere göre yürütülecektir (m 44).

Washington Sözleşmesi'nin 42. maddesinde ise, esasa uygulanacak hukuk konusu düzenlenmiştir. Buna göre, hakem mahkemesi tarafların seçtiği hukuk kuralları çerçevesinde karar verir. Bu konuda bir anlaşma yoksa, kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere ev sahibi devletin hukuku ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları uygulanır.

ŞANLI'ya göre,¹⁴³ taraflarca hukuk seçiminin yokluğunda ev sahibi ülke hukukunun yetkili kılınması yabancı yatırımcı için ciddi bir tehlike ve güvensizlik teşkil etmektedir; çünkü, ev sahibi devletin hukukunu değiştirmek, iptal etmek, farklı şekillerde yorumlamak tamamen ilişkiye taraf olan devletin yetkisi dahilindedir. Bu nedenledir ki; taraf devletin hukukunun uygulanması, uluslararası hukuk ilkeleri ile sınırlandırılmıştır. Yine 42. maddeye göre, hakem mahkemesi uygulanan hukukun belirsizliği veya boşluk bulunması durumunda uyuşmazlığa bir çözüm getirmeyebilir. Bununla birlikte, hakem mahkemesi, taraflar kabul ettiği takdirde, ev sahibi devlet hukuku ve uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına gitmeden hakkaniyet kuralları çerçevesinde uyuşmazlığı çözebilir.

Washington Sözleşmesi'nin 48. maddesine göre, karar üye çoğunluğu ile verilmeli, yazılı olmalı, heyete sunulan her sorunu ve temel alınan tüm gerekçeleri içermelidir. Ayrıca, tarafların rızası dışında bu kararların yayınlanması mümkün değildir. Kararın onaylanmış örneklerinin taraflara tebliği ile karar yürürlüğe girer. Heyet, kararın verildiği tarihten itibaren 45 gün içinde taraflardan birinin başvurusu halinde, diğer tarafı da haberdar ederek, gözden kaçırdığı bir husus hakkında ek karar verebilir veya birtakım maddi hataları düzeltebilir (m. 49)

Hakem kararına karşı, kararın anlam veya kapsamı hakkında taraflar arasında anlaşmazlık olması halinde yorumlanması talebinde bulunma (m 50), yeni maddi vakıaların ortaya çıkması halinde kararın yeniden gözden geçirilmesini isteme (m 51) ve belirli sebeplerin varlığı halinde ise iptal edilmesini isteme (m 52) yolları öngörülmüştür. Burada önemli olan husus, Washington Sözleşmesi'nin, New York Sözleşmesi ve benzeri nitelikteki ikili ve çok taraflı anlaşmalardan farklı olarak, hakem kararlarına karşı itirazların tenfiz talebinin yapıldığı yerel mahkemeler nezdinde değil; bizzat ICSID

¹⁴³ Cemal ŞANLI, a.g.t., 13

bünyesinde oluşturulan makamlar nezdinde yapılmasını öngörmüş olmasıdır. Buna göre, karara karşı itiraz yollarının, Sözleşme'nin kendi kuralları ve öngördüğü usul içinde, Sözleşme'de öngörülen Merkez nezdinde kullanılması gerekmektedir.

Sözleşme'nin 52. maddesine göre, taraflardan her biri, kararın verildiği tarihten itibaren 120 gün içinde, hakem heyetinin usule uygun oluşturulmadığını, hakem heyetinin yetkisini aştığını, heyet üyelerinden biri veya tümünün rüşvet aldığını, hakem heyetince yargılama hukukunun temel ilkelerinden sapıldığını, veya kararın, içerdiği hususlara uygun gerekçeler taşımadığını ileri sürerek kararın iptalini talep edebilir. İptal talebi üzerine, hakem listesinden tarafların vatandaşlığına yabancı hakemlerden üç kişilik bir ad hoc komite oluşturulur. Bu komitenin incelemesi sonucunda sebeplerin bir veya birkaçının varlığı tespit edilirse, karar kısmen veya tamamen iptal edilir. Tamamen iptal halinde, taraflardan birinin talebi üzerine uyuşmazlığı çözmek üzere yeni bir hakem heyeti oluşturulur (m. 52/6).

Verildiği tarihten itibaren süresi içinde itiraz edilmeyen veya edilip de reddedilen hakem kararları, taraflar için artık bağlayıcıdır ve bu kararlar akit devletlerde yerel mahkeme kararları gibi icra edilecektir (m 54/1). Yani, taraf devletlerin serbest iradesine dayanarak ortaya çıkan bir uluslararası anlaşma ile, Washington Sözleşmesi hükümleri uyarınca verilen hakem kararlarına bir yerel mahkeme kararı gücü ve niteliği verilmiştir.¹⁴⁴ Bir başka deyişle, devletler bu Sözleşme'ye imza koymakla, hakem kararlarının tenfizi konusunda mahkemelerinin geleneksel olarak haiz olduğu belirli yetkilerden feragat etmektedirler.

Bir akit devletin sınırları içinde kararın tanınmasını ve tenfizini isteyen tarafın tek yapması gereken, akit devletin bu amaçla belirleyeceği bir mahkeme veya otoriteye, hakem kararının ICSID Genel Sekreteri tarafından

onanmış bir örneğini ibraz etmektir (m 54/2). Mahkeme sadece kararın Sözleşme'ye göre taraflar bakımından bağlayıcı nitelik kazanıp kazanmadığını ve buna bağlı olarak kararın Genel Sekreterlikçe onaylanıp onaylanmadığını araştırarak ve bu şartları tespit ettiğinde kendi usul kurallarına göre icra edecektir.¹⁴⁵ ICSID tahkimine göre verilen kararlar kesinleşmiş milli mahkeme kararı gibi addedildiğinden, artık tanıma ve tenfiz aşamasında karara karşı, kararın niteliği veya taraflar arasındaki esas ilişkiye ilişkin itirazlar da ileri sürülemeyecektir. Hatta, hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu iddiasıyla bile tanınması ve tenfizi engellenemeyecektir.¹⁴⁶ Zira, Washington Sözleşmesi'nde kamu düzenine aykırılık durumu, kararın tenfizini engelleyen bir durum olarak düzenlenmemiştir. Bu itibarla, Washington Sözleşmesi'ne göre verilmiş hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi davalarında New York Sözleşmesi ve MÖHUK'nun konuya ilişkin hükümleri uygulanmayacak; bağlayıcılık kazandığı tespit edilen kararlar hakkında doğrudan iç hukukta ilamlı icrayı düzenleyen hükümler uyarınca işlem yapılacaktır.¹⁴⁷ Sözleşme'nin 54. Maddesinin 3. fıkrasında da kararların uygulanmasının, akit devletlerin icra kanunları gereğince yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Washington Sözleşmesi'nin, devletler hukuku anlamındaki tahkime önemli ölçüde yakın bir tahkim olduğu belirtilmiştir.¹⁴⁸ Öte yandan, bu Sözleşme'ye çok sayıda devlet imza koymuş olmasına rağmen, ICSID'de çözülen uyuşmazlıkların sayısı, Merkez'in yetkisinin ikili yatırım anlaşmaları ile zorunlu ve otomatik bir uyuşmazlık çözme mekanizması olarak kabul edilmesi hali dışında, Merkez'e her bir uyuşmazlık için ayrı ayrı yetki verilmesinin gerekmesi nedeniyle son derece düşüktür.

¹⁴⁴ Cemal ŞANLI: a.g.e., 394

¹⁴⁵ Cemal ŞANLI: a.g.e., 394

¹⁴⁶ Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 61

¹⁴⁷ Cemal ŞANLI: a.g.e., 394

¹⁴⁸ Cemal ŞANLI: a.g.t., 9

4. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları

60lı yıllardan itibaren, devletler arasında, bir taraftan daha fazla yabancı sermayeyi teşvik etmek, diğer taraftan ise sermaye ihraç eden girişimcilerini korumak amacıyla,¹⁴⁹ ikili yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları imzalanmaya başlamıştır.

Bir ülkede yatırım yapan girişimciler, katlanmaları gereken ticari risklerin yanında, ticari olmayan risklerle de karşılaşabilmektedirler. Bu ticari olmayan risklere, yatırımcının ev sahibi ülkedeki faaliyeti ile ilgili olmayan ve oranın özel koşullarından kaynaklanan kamulaştırma, devletleştirme, kar, tasfiye payı ve satış bedellerinin ülke dışına transferlerinin kısıtlanması veya geciktirilmesi, savaş veya iç karışıklık halleri örnek gösterilmektedir.¹⁵⁰ Bu durum karşısında, yabancı yatırımcıların ise, bu riskleri en aza indirme eğilimleri bulunmaktadır. Yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkime gidilebilip gidilemediği hususu da, ticari olmayan risklerin en aza indirilmesi bağlamında yatırımcıların önem verdiği bir husus olmaktadır.

Bu konuya ilişkin olarak, dünyada serbest piyasa ekonomisinin giderek yaygınlaşması ve ekonomiye devlet müdahalesinin azalması olgusu ile birlikte, yabancı sermaye çekilmesi konusunda ciddi bir rekabet doğduğu ve dış yatırımlar konusunda alternatiflerin çoğalmasının, çok uluslu şirketlere

¹⁴⁹ Zergül ÖZBİLGİÇ: "Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılaşma Unsuru", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ankara, 2001), Ed. Ali ULUSOY, 71

¹⁵⁰ Zergül ÖZBİLGİÇ: a.g.m., 71

daha seçici olma ve daha fazla avantaj arama imkanını sağladığı belirtilmiştir.¹⁵¹

Türkiye de dünyadaki gelişmelere paralel olarak çok sayıda devletle, (uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu öngören) yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarını imzalamış ve yürürlüğe koymuştur.

Bu anlaşma metinlerinde genellikle yatırımcı, yatırım, gelirler ve ülke terimlerinin tanımları, milli ve en çok kayırılan ulus muameleleri, kamulaştırma, kayıpların tazmin edilmesi, kar transferleri, halefiyet, bir taraf ile diğer tarafın yatırımcısı arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, akit taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü, özel taahhütler, anlaşmanın uygulanabilirliği ve yürürlüğe girme, süre, yürürlükten kalkma konuları ile ilgili maddeler yer almakta, bu çerçevede yabancı yatırımcıların yatırım kararlarını alma aşamasında varlığını aradığı güvenceler sağlanmaktadır.¹⁵²

Bu anlaşmalar kapsamında güvenceye alınan en önemli konulardan biri, uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurulabilmesidir. Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası ticaret hayatında tahkim devlet mahkemeleri yerine tercih edilen bir çözüm yolu olmuştur. Yabancı yatırımcılar da, özellikle büyük meblağlara ulaşan altyapı projelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, yabancı oldukları, ağır işlediğini ve subjektif kararlar alabileceğini düşündükleri yerel yargı yerine, hakem mahkemesine götürmeyi tercih etmektedirler.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkime yer veren bu anlaşmaların büyük bir bölümünün,

¹⁵¹ Yücel Güçlü: "Yabancı Sermaye Çekimi- Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları", www.mfa.gov.tr/turkce/grupe/ues-8/yabancisermaye.htm, alınma tarihi: 5.1.2004

¹⁵² Çeşitli ülkelerle imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmalarının metinleri için bkz: Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 203-417

tahkime ilişkin Anayasa değişikliğinin yapılmasından önce imzalanmış ve uygun bulunarak yürürlüğe girmiş olmasıdır. Bu anlaşmaların bir kısmında ad hoc tahkim, bir kısmında ICC tahkim, bir kısmında ICSID tahkim seçilmiş, bazılarında ise, birden çok alternatif sunulmuştur. Buradan hareketle, Türkiye'nin, gerek Washington Sözleşmesi, gerekse yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları ile, T.C. Devleti ve yabancı akid devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler arasında akdedilen ve çok defa idari sözleşme niteliğinde olan yatırım ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu Anayasada yapılan değişiklikten önceki dönemde dahi kabul etmiş olduğu belirtilmiştir.¹⁵³

Bu konuda somut bir örnek olarak, Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki İki Taraflı Yatırım Anlaşması gösterilebilir.¹⁵⁴ Bu anlaşmanın eki olan, çekincelerin belirtildiği protokolde (Bu Protokol, 3. maddesine göre, Anlaşma'nın ayrılmaz parçası sayılmaktadır.), Türkiye'nin elektrik işletmeleriyle ilgili yatırımlarının sınırları belirlenmiş; "Elektrik üretimi hariç" ibaresi ile elektrik üretimi kamu hizmetleri çekincesinin dışında tutulmuştur.¹⁵⁵

BİRSEL'e göre,¹⁵⁶ elektrik üretimi işletmelerinin Türkiye Cumhuriyeti tarafından protokolde yer alan çekincenin dışında bırakılması, yasama ve yürütme organlarının elektrik darboğazının giderilmesi amacıyla yaptıkları

¹⁵³ Turgut TAN: a.g.m., 15. ŞANLI da, Türkiye'nin pek çok ülke ile yaptığı yatırımların korunması ve teşviki anlaşmaları ile taraf devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişi yatırımcılarla Türk kamu kuruluşları arasında akdedilen veya akdedilecek olan yap-işlet-devret türünden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğini kabul ve taahhüt ettiğini belirtmektedir (Cemal ŞANLI: "Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim usulü ve Karşılaşılan Sorunlar", Altyapı Projelerinde Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim, 1998, 39'dan aktaran, Turgut TAN: a.g.m., 17).

¹⁵⁴ 13.4.1989 kabul tarihli 3533 sayılı Onay Kanunu ile onaylanmıştır

¹⁵⁵ Protokolün 3. maddesi şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti ... elektrik, hava gazı ve su işletmeleri (Elektrik üretimi hariç) alanında Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarının veya şirketlerinin veya bunların yatırımları dolayısıyla tesis edecekleri, hissedar olacakları veya idame ettirecekleri yatırım sınırlarını tesbit etme hakkını saklı tutar."

¹⁵⁶ Mahmut BİRSEL: a.g.m., 128

siyasi bir tercihtir ve bunun sonucunda elektrik üretimi kamu hizmeti sayılmadığı için Türkiye’de yerli veya yabancı elektrik üretimi yatırımı yapan bütün işletmeler özel hukuk hükümlerine tabi olmalıdır.

5. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Kuralları

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), uluslararası ticareti geliştirmek için dünya özel sektörü tarafından 1919’da Paris’te kurulmuştur. 1923 yılında, uluslararası karakterdeki ticari ve ekonomik uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü düzenlemek üzere Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı oluşturulmuş, MTO bünyesinde hakem mahkemesinin kuruluşu ve işleyişi, MTO’nun organları ile bunların görev ve yetkileri Divan Tüzüğü’nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 1 Ocak 1998 tarihinde de Divan Tüzüğü revize edilerek hazırlanan ve bugün yürürlükte bulunan MTO Tahkim Kuralları çıkarılmıştır.¹⁵⁷

MTO Tahkim Kuralları ve Divan, yukarıda incelenen tahkim kaynaklarının aksine uluslararası antlaşmalarla kazandırılmış bir bağlayıcılığa sahip olmayıp, tamamen özel niteliktedir. Buna rağmen, MTO tahkim, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda son derece sık başvurulmuş bir yargı yoludur.

MTO Tahkim Kuralları’nın 1. maddesine göre, MTO Tahkim Divanı, Milletlerarası Ticaret Odası’na bağlı bir tahkim kuruluşudur. Görevi, uluslararası nitelikte ticari uyuşmazlıkları buradaki kurallara uygun olarak tahkim yoluyla çözmektir. Ancak Divanın kendisi uyuşmazlığı çözmekte, yalnızca, yargılamada bu kuralların uygulanmasını temin etmektedir(m.1/2).

MTO Tahkim Kuralları'nda, hakem veya hakemlerin seçimi (m.9), tahkim başvurusu, dava dilekçesi (m.4), cevap dilekçesi ve karşı dava açılması (m.5), tebligat ve yazışmaların usulü (m.3), tahkim sözleşmesinin hükümleri (m.6), tahkim masrafları (m.30-31), tahkim usul ve esasına uygulanacak hukukun tespiti (m.15-17), görev belgesi (term of reference) düzenlenmesi (m.18), tahkim yerinin (m. 14) ve tahkim dilinin (m.16) belirlenmesi, hakemlerin delil toplaması ve değerlendirmesi (m.20), kararın veriliş şekli (m.24-26) ve Divan tarafından onaylanması (m.27), tebliğ edilmesi, kesinleşmesi (m.28) gibi hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bir uyuşmazlığın çözümünde MTO Tahkim Kuralları'nın uygulanması için, sözleşmenin taraflarının tahkim sözleşmesi veya şartı ile bu kuralların uygulanmasını kararlaştırmış olmaları gerekmektedir. Taraflardan herhangi biri tahkim sözleşmesi veya şartının mevcudiyeti, geçerliliği veya kapsamına ilişkin bir itiraz öne sürdüğü takdirde, davanın esasına etki etmeyecek şekilde itirazı görececek olan merci, Divan'dır. Divan geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunduğu karar verir de, taraflardan biri tahkimi reddeder veya tahkime katılmaz ise, tahkim yargılaması bu red veya itiraza rağmen sürdürülür (m.6). Bu kurallar altında tahkime başvurmak isteyen taraf, davaya ilişkin ayrıntıları ve iddiaları içeren yazılı tahkim talebini Tahkim Kuralları'nın 4. maddesinde belirtilen diğer belgelerle birlikte Divanın Sekreteryası'na sunmak zorundadır. Talebi alan Sekreteryası, avans ödemesini aldıktan sonra talebi karşı tarafa iletmekte, karşı tarafın da 30 gün içinde cevabını Sekreteryası'ya göndermesi gerekmektedir (m.5). Tahkim prosedürünün başlama tarihi, talebin Sekreteryası'na tevdi tarihi sayılmaktadır (m.4/2).

MTO Tahkim Kuralları'na göre, uyuşmazlıklar tek veya üç hakem tarafından çözülür. Hakemlerin hukukçu olmaları gerekmemekte, ICSID'de olduğu gibi bir hakemler listesi de bulunmamaktadır. Taraflar tek hakem

¹⁵⁷ Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 33 vd; Cemal ŞANLI: a.g.e., 245 vd.

üzerinde anlaşmaya varamazlarsa, hakemi Divan tayin etmektedir. Üç hakemin seçileceği hallerde, tarafların her biri tahkim talebinde ve cevap dilekçesinde birer hakem önererek Divan onayına sunmaktadır. Taraflardan herhangi biri hakemini önermeyecek olursa, bu seçim de Divan tarafından yapılmaktadır. Taraflar üçüncü hakemin iki hakem tarafından belli bir süre içinde seçilmesini öngörmemişlerse, seçim yine Divan tarafından yapılmaktadır. Eğer üçüncü hakem taraflarca tayin edilirse, bu hakemin de Divanın onayına sunulması gerekmektedir (m.8-9).

Divan'ın hakemlerin tayin, tasdik, red ve değiştirilmeleriyle ilgili kararları kesindir ve Divan bu kararlara gerekçe göstermez. (m.7).

MTO Tahkim Kuralları'nın "Usul Kuralları" başlığını taşıyan 15. maddesinde, hakem mahkemesinin, bu Kurallardaki usul hükümlerini uygulayacakları, ancak burada hüküm yoksa tarafların belirlediği usul kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. Taraflar uygulanacak usul kurallarını belirlememişlerse, boşluk doğması halinde, hakemlerin uygun gördüğü kurallar uygulanacaktır. Burada, tahkim için bir milli usul hukukuna atıf yapılmış olup olmamasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla, hakemler herhangi bir milli hukuk düzenlemesini uygulamak durumunda değildirler.

17. maddeye göre ise, taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku belirlemekte serbest olup, bu hususta bir anlaşma olmadığı takdirde hakem mahkemesi uygun bulduğu bir hukuku uygulayacaktır. Tüm hallerde hakemler uyuşmazlığa konu sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari örf ve adetleri göz önünde bulunduracaklardır. Taraflar yetki verdiği takdirde ise, hakem mahkemesi uyuşmazlığı maddi hukuk hükümlerine bağlı kalmadan hak ve nispet esasları çerçevesinde çözebilecektir.

MTO Tahkim Kuralları'nın 18. maddesinde "Görev Belgesi" (term of reference) düzenlenmiştir. Görev belgesi, hakemlerin yetkilerinin sınırlarını belirleyen belgedir. Görev belgesinde, taraflara ilişkin bilgiler, iddiaları, talep

sonucu, karara bağlanacak hususların listesi, tahkim yeri, uygulanacak usul kuralları, varsa hakemlerin hak ve nispet dairesinde uyuşmazlığı çözebileceklerine dair yetkinin kapsamı belirtilir ve belge taraflar ile hakemler tarafından imzalanır. İmzalanan görev belgesinin Divana gönderilmesi gerekmektedir. Ancak, taraflardan biri bunun düzenlenmesine katılmaz veya imzalamayı reddederse, görev belgesi Divan tarafından onaylanarak yürürlüğe girecektir. Hakemlerin görev belgesi ile çizilen sınırın dışına çıkmaları, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre bir tenfiz engelidir. Tarafların da görev belgesinin imzalanmasından sonra, hakemler izin vermediği takdirde yeni taleplerde bulunmaları mümkün değildir. (m.19).

MTO Tahkim Kuralları'na hakem mahkemesi davaya el koyar koymaz, taraflardan birinin isteği halinde ihtiyatı tedbir kararı verebilmektedir. Taraflar aynı zamanda, dosyanın hakem mahkemesine havalesinden önce veya sonra ihtiyatı tedbir için yetkili herhangi bir mahkemeye de başvurabilirler (m.23).

Hakemlerin kararlarını altı ay içinde vermeleri gerekmektedir. Divan bu süreyi uzatabilir. Kararlar, birden fazla hakem varsa çoğunlukla verilir, ancak çoğunluk sağlanamazsa, karar mahkeme başkanı tarafından tek başına verilecektir(m.24). Bununla birlikte, MTO tahkiminde kararların hakemlerce imzalanmadan önce Divan incelemesine sunulması gerekmektedir.

MTO Tahkim Kuralları'nın 27. maddesine göre, Divan karara ilişkin olarak şekil değişiklikleri tavsiye etme ve hakemlerin karar özgürlüğünü etkilemeyecek şekilde dikkatlerini anlaşmazlığın esasını ilgilendiren hususlara çekme yetkisine sahiptir. Verilen karar Divan tarafından şekil yönünden onaylanmadan hakem kararı onaylanamaz. Karar onaylandıktan sonra Sekreteryaya tarafından taraflara tebliğ edilir. Karar taraflar için bağlayıcıdır.

Kuralların 28. maddesine göre, taraflar uyuşmazlıklarını bu Kurallar altında tahkime sunmakla, verilen kararı derhal icra etmeyi kabul etmiş ve yapılması geçerli olduğu ölçüde temyiz yoluna başvurmaktan feragat etmiş sayılmaktadırlar. Kararlara karşı tek başvuru yolu, bir idari hatanın, hesap veya yazım hatasının düzeltilmesi veya kararın tartzih edilmesi için 30 gün içinde Divana yapılabilen başvurudur.

Kuralların 34. Maddesinde de, hakemlerin, Divanın ve Divan üyelerinin, MTO'nun ve çalışanlarının tahkimle ilgili herhangi bir eylem veya ihmalleri sebebiyle herhangi bir kişiye karşı sorumlu olmayacakları düzenlenmiştir.

6. Anayasanın 125. Maddesi ve 4501 Sayılı Kanun¹⁵⁸

1999 yılına kadar, idari sözleşmelerde tahkimin uygulanması mümkün değil iken, Anayasa'nın 125. maddesinde 1999 yılında yapılan değişlikle Türk hukuku bakımından yabancılık unsuru içeren kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolu kabul edilmiştir. Diğer taraftan, 47. maddede yapılan değişlik ile kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gördürölmesi, kanunla düzenlenmek şartıyla serbest hale getirilmiştir. Özel hukukta tahkim konusunda zaten bir sınırlama bulunmadığından, önceden idari sözleşmelerle yürütölen bu hizmetlere ilişkin uyuşmazlıklarda da tahkime gidilebilmesi önünde bir engel kalmamıştır.

Daha sonra, 22.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim

¹⁵⁸ Bu iki düzenleme çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun" çıkarılarak kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakem mahkemesine başvuru esasları düzenlenmiştir. Kanun'a göre, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin, yine bu Kanun'da belirlenen yabancılık unsurunu içermeleri halinde, tarafların uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkime gitmeleri mümkündür. Ayrıca, 4501 sayılı Kanun'la bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, yani tahkim yasağının geçerli olduğu dönemde imzalanmış imtiyaz sözleşmelerinin de yeniden düzenlenmesi, böylece bu sözleşmeler bakımından da uluslararası tahkim yolunun açılması mümkün hale getirilmiştir.

7. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹⁵⁹, uluslararası tahkime ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla yürürlüğe konmuştur. 4686 sayılı Kanun'un, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflarca ya da hakem mahkemesince seçildiği uyuşmazlıklarda¹⁶⁰ ve 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesinde uygulanacağı hükme bağlanmıştır (m. 1).

Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasında hangi hususların tahkime elverişli olmadığı düzenlenmiştir. Buna göre, Türkiye'de bulunan taşınmaz

¹⁵⁹ RG, 5.7.2001/24453. Kanunun genel gerekçesinde, bu Kanunun hazırlanmasında Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan kanun örneği ve karşılaştırmalı uluslararası tahkim hukukundaki çağdaş anlayış, gelişme ve ilkelerin esas alındığı belirtilmiştir.

¹⁶⁰ Dolayısıyla, yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarda dahi, bu Kanun hükümleri, taraflarca seçildiği takdirde uygulanabilecektir.

mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda bu Kanun uygulanmayacaktır. Bilindiği gibi, bunlar Türk hukukunda zaten tahkime elverişli olmayan konulardır.

Kanun'un 2. maddesinde, yabancılık unsuru tanımlanmış ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın uluslararası nitelik kazanacağı belirtilmiştir. 4501 sayılı Kanun'da düzenlenen yabancılık unsuru hükümleri ise saklı tutulmuştur. Bu nedenle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilebilmesi için aranan yabancılık unsurunun belirlenmesinde 4686 sayılı Kanun hükümleri değil; 4501 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

2. maddeye göre,

- tahkim sözleşmesi taraflarının yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya iş yerlerinin ayrı devletlerde olması;
- tahkim yerinin ya da asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerden önemli bir bölümünün ifa yerinin veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerin, tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerlerinin olduğu devletten başka bir devlette olması, ayrıca,
- asıl sözleşme tarafı şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması; veya,
- asıl sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması; veya
- asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerektirmesi hallerinden herhangi birinin varlığı,

söz konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterecek ve bu durumda buna uygulanacak tahkim, uluslararası tahkim olacaktır. Son üç

unsur UNCITRAL Model Kanun'da yer almayıp, Türk kanun koyucusu tarafından belirlenmiştir. Eklenen bu unsurların, ekonomik nitelikte olduğu görülmektedir.

Uluslararası tahkimin ölçütleri belirlenirken, Kanun hazırlanırken örnek alınan UNCITRAL Model Kanun'un ötesine geçilmiş ve yabancılık unsurunun kapsamı çok geniş tutulmuştur. Kanun koyucu yabancılık unsurunu tanımlarken, kendisini, sadece tahkim prosedüründe veya tahkime konu maddi hukuk ilişkisinde yer alan yabancılık unsuru ile sınırlandırmamış; karma bir anlayıştan hareketle, tahkim sözleşmesinde veya maddi ilişkide yer alan herhangi bir yabancılık unsurunun varlığını gerekli ve yeterli saymıştır.¹⁶¹

Tahkim anlaşması, Kanun'un 4. maddesinde, " tarafların aralarındaki mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma" olarak tanımlanmıştır. Tahkim anlaşması, ayrı bir sözleşme veya asıl sözleşmeye konan bir şart ile yapılabilir. Bu tanıma göre, tahkim anlaşması uyuşmazlığın doğmasından önce veya doğmasından sonra yapılabilir. Maddede anlaşmanın yazılı şekilde yapılması aranmış, ancak elektronik ortam, faks vb. ile yapılması da yeterli görülmüştür. Bunun yanında, anlaşmanın, tarafların anlaşmaya uygulanması için seçtikleri hukuka uygun olması da anlaşmanın geçerliliği için yeterlidir.

Tahkim anlaşması, mahkemedeki bir yargılama sırasında tarafların uyuşmazlığı tahkim ile çözme hususunda anlaşmaları halinde de yapılabilmektedir. Bu durumda, hakimin dava dosyasını ilgili hakem veya tahkim kuruluşuna göndereceği hükme bağlanmıştır (m.5/2).

¹⁶¹ Cemal ŞANLI: a.g.e., 226

Tahkim anlaşmasının varlığı, mahkemede görülen bir davada ilk itirazlardan sayılmıştır. Bu durumda HUMK'nun ilk itirazlara ilişkin hükümleri (HUMK 187 vd.) uygulanacak, tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddedecektir (5/1).

4686 sayılı Kanun'da, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi Kanunda sayılan hallerle sınırlandırılmış (m.3), taraf iradelerine üstünlük verilmiştir. Buna göre mahkemeler, ancak 4686 sayılı Kanun'da izin verilen hallerde hakem mahkemesine müdahale edebileceklerdir.

4686 sayılı Kanun'un hakemlerin seçimi, reddi, sorumluluğu, görevlerinin sona ermesi ve yetkilerine ilişkin hükümlerine göre, taraflar hakemlerin sayısını, seçim usulünü, hakemlerin reddi usulünü serbestçe belirleyebilirler. Bu itibarla, taraflar yukarıda sayılan hususları tamamen kendi seçimleri doğrultusunda belirleyebilecekleri gibi, herhangi bir tahkim kuruluşunun kurallarına da tabi kılabilirler. Örneğin taraflar tahkimi MTO Tahkim Kurallarına tabi kılmışlar ise, bu Kurallar'da öngörülen esaslara göre işlem yapılacaktır. Mahkemeler, hakem seçimine, sadece, tarafların hakem seçiminde anlaşılmadıkları veya bir tarafın hakemi seçmekten kaçındığı veya taraflar adına hakem seçimini yapacak kişi veya kurumların belirlenen sürede bu seçimi yapmadığı takdirde müdahale edebilirler (m.7). Buna göre, taraflar uyuşmazlığın tek hakem tarafından karara bağlanacağını kararlaştırmış ancak hakemin seçiminde anlaşamamışlarsa veya hakem sayısı üç olarak belirlenmiş ama üçüncü hakem seçilememişse, taraflardan birinin talebi üzerine hakemi görevli ve yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi seçer.

Tarafların, tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını, bu Kanun'un emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilecekleri açıkça hükme bağlanmıştır (m. 8). Maddeye göre, taraflar usul kurallarını tamamen kendileri oluşturabilecekleri gibi (Ad hoc tahkim), ister bir kanuna, ister milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunmak suretiyle belirleyebilirler. Taraflar uyuşmazlığın esasına

uygulanacak maddi hukuku da bu Kanun kapsamında serbestçe kararlaştırabilirler. Böyle bir seçim bulunmadığı takdirde hakem mahkemesi uyuşmazlıkla en sıkı irtibat halindeki maddi hukuku tespit edip bunu uygulayacaklardır (m. 12).

4686 sayılı Kanun'a göre, davacı ve davalı, taraflarca kararlaştırılan veya hakem mahkemesince belirlenen süre içinde dava ve cevap dilekçelerini hakem mahkemesine sunacaklardır. Aksi kararlaştırılmamış ise, taraflar yargılama sırasında dahi iddia ve savunmalarını, tahkim sözleşmesinin kapsamı içinde kalmak koşuluyla genişletebilir, değiştirebilirler (m.10/D).

4686 sayılı Kanun, tarafların seçimine bağlı olarak görev belgesi (term of reference) hazırlanması imkanını getirmektedir. Hem hakemler hem de taraflarca imzalanan bu belgede, tarafların isim, unvan, tebligat adresi gibi bilgileri, iddia ve savunmanın özeti, talepler, uyuşmazlığın ne olduğu, tahkim yeri, süresi ve dili, uyuşmazlığın usul ve esasına uygulanacak hukuk, hakemlerin hakkaniyete göre karar verip veremeyecekleri gibi hususların yer alacağı düzenlenmiştir (10/E). Yukarıda belirtildiği gibi, hakemlerin yetkilerini görev belgesinde çizilen sınırı aşarak kullanmaları ve tarafların da bu belgede imza altına alınan hususlara sonradan itiraz etmeleri kabul edilmemektedir.

Türk hukukunda ilk defa 4686 sayılı Kanun ile, hakemlerin ihtiyati tedbir veya haciz kararları verme yetkisi kabul edilmiştir.¹⁶² Kanunun 6. maddesine göre, taraflardan birinin tahkim yargılamasından önce veya yargılama esnasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya haciz istemesi tahkim anlaşmasına aykırı olmayacaktır. Aynı zamanda hakem mahkemesi de ihtiyati tedbir veya hacze karar verebilecektir. Ancak, hakem mahkemesi,

¹⁶² Cemal ŞANLI: a.g.e., 238

cebri icra organları veya diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi veya üçüncü kişiler bakımından uyulması zorunlu bir karar veremeyeceğinden, söz konusu karar, aleyhine verildiği tarafça yerine getirilmediği takdirde, diğer taraf, hakem mahkemesinin verdiği kararın yerine getirilmesi için yetkili mahkemenin yardımını isteyebilecektir. Dolayısıyla, hakemlerin verdiği ihtiyatı tedbir veya ihtiyatı haciz kararlarının mahkemeler aracılığıyla yerine getirilmesi sağlanmıştır. Ayrıca, tahkim yeri Türkiye dışında olsa bile, Kanun'un 1. maddesinde yapılan atıf nedeniyle, mahkemeden ihtiyatı tedbir veya ihtiyatı haciz talep edildiğinde bu hüküm uygulanacaktır.

4686 sayılı Kanun ile yine ilk defa hakem kararlarına karşı iptal davası açabilme usulü düzenlenmiştir (m.15). Verilen hakem kararına karşı, taraflardan her biri, görevli ve yetkili (m. 3) Asliye Hukuk Mahkemesinden kararın iptalini isteyebilir. Kanunda iptal sebepleri şunlar olarak belirlenmiştir:

1. Başvuruyu yapan taraf;
 - a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,
 - b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını,
 - c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini,
 - d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini,
 - e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,
 - f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu,
 - g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini,

İspat ederse veya,

2. Mahkemece;

- a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,
- b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu

tespit edilirse, karar iptal edilir. Bu sebeplerden en az biri mevcut değilse, mahkeme iptal talebini reddetmek zorundadır.

İptal davası, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde açılabilir. İptal davasının açılması, hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurur. İptal davası hakkında mahkemenin verdiği karara karşı temyiz yoluna gidilebilir. Temyiz incelemesi, yukarıda sayılan sebeplerle sınırlıdır. Ayrıca, temyizen verilen karara karşı karar düzeltme yolu kapatılmıştır.

Aynı maddeye göre, taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Bununla birlikte, devam eden cümlede,

“Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.”

denmektedir. ŞANLI,¹⁶³ bu hükmü, 4686 sayılı Kanun'un bu türden bir feragat sözleşmesi yapma yetkisini, sadece yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında olanlara tanıdığı; bu sebeple, Türk tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişiler arasındaki tahkimlerde veya Türk tabiiyetindeki

¹⁶³ Cemal ŞANLI: a.g.e., 241

şahıslarla yabancılar arasındaki tahkimlerde iptal davası açmaktan feragat sözleşmeleri yapmanın mümkün olmadığı şeklinde yorumlamaktadır.

Bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı düşünülmektedir. Çünkü madde hükmü, Türk tabiiyetindeki kişilerden değil; yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflardan bahsetmektedir. Bu durumda, Türk tabiiyetinde olsa dahi, yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında bulunan tarafların iptal davası açma hakkından feragatleri mümkündür.

İptal davasının kabulü halinde, bu karar temyiz edilmez ise veya hakem kararı 1. bendin (b), (d), (e), (f), (g) alt bentleri ile 2. bendin (b) alt bendindeki hallerin varlığı sebebiyle iptal edilmiş ise, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, yeniden hakem mahkemesi oluşturularak, taraflarca hakemlerin ve tahkim süresinin belirlenmesi, bu arada eski hakemlerin de tekrar seçilmesi mümkündür.

İptal davasının reddi halinde ise, red kararının kesinleşmesinden sonra, görevli ve yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi, hakem kararının yerine getirilebilir olduğuna dair bir belgeyi talepte bulunana verecektir.

HUMK'nda düzenlenen tahkim hükümleri ile karşılaştırıldığında, 4686 sayılı Kanun pek çok farklı ve liberal düzenlemeler getirmektedir. Örneğin, HUMK'nda tahkim süresi altı ay olarak düzenlenmiş, bu sürenin aşılması halinde uyuşmazlığın mahkeme tarafından çözülmesi hükme bağlanmışken; 4686 sayılı Kanun'da bu süre bir yıl olarak belirlenmiştir. Sürenin aşılması bir iptal sebebi olarak sayılmış ise de, iptal davasından feragat etmek esasen mümkündür ve bu husus mahkemenin resen incelediği konulardan biri olarak düzenlenmemiştir. HUMK kapsamında hakemler kendi yetki veya yetkisizlikleri konusunda karar veremezken, 4686 sayılı Kanun'a göre verebilmektedirler. Yine HUMK'ndan farklı olarak, 4686 sayılı Kanun, MTO Tahkim Kuralları'nda olduğu gibi, görev belgesi hazırlama imkanı

sağlamaktadır. 4686 sayılı Kanun'da mahkemelerin yargılama usulüne müdahaleleri HUMK'na oranla daha sınırlı tutulmuştur. Ayrıca, her iki Kanun da tahkim sözleşmesi veya şartının yazılı şekilde olmasını aramakta ise de, 4686 sayılı Kanun uyarınca elektronik ortamda yapılan sözleşmeler de şekil şartı açısından yeterli sayılmaktadır.

8. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Hakem kararlarının, özel şahıslarca verilmiş kararlar olmaları nedeniyle, ulusal hukuk sistemlerinde doğrudan hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Bu nedenle, bu kararların, tanıma ve tenfiz davaları ile iç hukuk sistemlerine dahil edilerek icrailik kazanması sağlanmaktadır.¹⁶⁴

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) kabulünden önce, yabancı hakem kararları, Türk hukukunda tanımlanmamıştır. 1982 yılında MÖHUK'un kabulü ile hukukumuzda yabancı hakem kararlarının tenfize ilişkin özel şartlar belirlenmiştir (m. 43-45).

KURU,¹⁶⁵ "yabancı hakem kararı" teriminin, "Türk, yani milli hakem kararı" karşılığı olarak kullanıldığını belirtmiştir.

Yargıtay kararları çerçevesinde, Türk tahkim hukukunda yabancı bir devletin usul hukukuna göre verilmiş hakem kararları ile uygulanan usul hukukunun hangi devlete ait olduğunun tespit edilemediği hallerde yabancı

¹⁶⁴ Tanıma, hakem kararının kesin hüküm ve kesin delil gücünün kabul edilmesi iken, tenfiz yabancı hakem kararına Türkiye'de cebri icra organları aracılığıyla yerine getirilebilme özelliğini kazandırmaktadır. MÖHUK'da yabancı hakem kararlarının tanınması özel olarak düzenlenmemiştir; ancak daha ileri bir aşama olan tenfiz, tanımayı da içermektedir. Dolayısıyla, yabancı hakem kararlarının yalnızca tanınması da tenfiz şartlarına tabidir.

¹⁶⁵ Baki KURU: a.g.e., 4109

bir devletin ülkesinde verilen hakem kararları yabancı hakem kararı niteliğinde görülmüştür. Bu doğrultuda, hiçbir devlet hukukuna tabi olmayan "milletlerarası" (MTO gibi kurumların kurallarına göre verilen) hakem kararlarının Türk hukukuna göre genel anlamda yabancı hakem kararı olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmakla beraber, bu tür kararların MÖHUK 43-45 hükümleri anlamında yabancı hakem kararı sayılamayacakları ve o hükümlere göre Türkiye'de tenfiz edilemeyecekleri savunulmuştur.¹⁶⁶ Zira, bu "tabiiyetsiz" hakem kararları hiçbir devlet hukukuna tabi olmadıklarından, MÖHUK hükümlerinde öngörülen tenfiz şartlarının varlığını tespit etmek imkansızdır.¹⁶⁷

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan 1958 tarihli New York Sözleşmesi de uluslararası ticari hakem kararlarının tenfizi ile ilgili hükümler içermektedir. 2002 yılı itibarıyla 126 ülkenin üye olduğu New York Sözleşmesi, ülkemiz tarafından 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmış, 25.09.1991 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, New York Sözleşmesi'ni ancak 1991 yılında iç hukukunun parçası haline getirmiş ise de, MÖHUK hükümleri incelendiğinde, bu Sözleşme ile büyük ölçüde paralellik taşıdığı görülmektedir.

New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı 1. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, Sözleşme, tenfiz devletinden başka bir devletin ülkesinde verilen veya tenfiz devletinin ülkesinde verilmiş olmasına rağmen tenfiz devleti hukukuna göre milli sayılmayan¹⁶⁸ (yani, yabancı bir devletin

¹⁶⁶ Baki KURU: a.g.e., 4110

¹⁶⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL, a.g.e., 96 vd.; Cemal ŞANLI, a.g.e., 265 vd.

¹⁶⁸ Bu hükmün Türk hukukundaki uygulamadan daha elverişli olduğu söylenebilir; zira mahalli sayılmayan hakem kararları başka bir devletin otoritesi altında verilmiş olabileceği gibi, milletlerarası olarak adlandırılan, belli bir devletin otoritesine bağlanamayan kararlar da olabilir.

usul hukuku uygulanmak suretiyle verilmiş bulunan)¹⁶⁹ hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında uygulanır. Dolayısıyla, Sözleşme'ye taraf olsun ya da olmasın, herhangi bir yabancı ülkede verilmiş olan hakem kararları New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına dahil edilmiştir. Bununla birlikte, aynı maddenin 3. fıkrasında, akit devletlerin Sözleşme'nin uygulama alanını sadece diğer akit devletlerde verilen hakem kararları ile sınırlandırabilecekleri düzenlenmiştir; Türkiye de New York Sözleşmesi'ni bu çekinceyle onaylamıştır. Bunun sonucunda, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilen hakem kararlarının tenfizinde MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

New York Sözleşmesi'nin konu itibarıyla uygulama alanının sınırlandırılmasına ilişkin olarak da, akit devletlerin, Sözleşme'nin sadece kendi milli hukuklarına göre ticari sayılan uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarında uygulanacağı çekincesini koyabilecekleri düzenlenmiştir (m.1/3). Türkiye de, Sözleşme'yi onaylayan 3731 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti ...(New York Sözleşmesini) yalnız akdi veya akit dışı hukuki münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını" beyan ederek bu çekinceyi de koymuştur.¹⁷⁰

New York Sözleşmesi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olduğundan ve daha yeni ve özel bir düzenleme ile iç hukukumuzun parçası haline getirildiğinden, yabancı hakem kararlarının tenfizinde MÖHUK hükümlerinden önce New York Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Buna göre, ticari nitelikte sayılan akdi veya akit dışı hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne dair, New

¹⁶⁹ Süha TANRIVER: a.g.m., 93

¹⁷⁰ Türk hukukunda ticari işlerin ne olduğu Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) belirtilmiştir (m. 3 ve 12). TTK'nun 12. Maddesinin 11. bendi uyarınca, elektrik dağıtım işiyle uğraşmak üzere kurulan müesseseler ticarethane sayılmıştır.

York Sözleşmesi'ne taraf bir devletin ülkesinde verilmiş hakem kararlarının tenfizinde New York Sözleşmesi, bu özellikleri taşımayan yabancı hakem kararlarının tenfizinde ise MÖHUK hükümleri uygulanacaktır.

New York Sözleşmesi'ne pek çok devletin katılmış olması nedeniyle uygulama alanı hayli geniş olduğundan, MÖHUK hükümlerinin doğrudan uygulanacağı yabancı hakem kararlarının sayısı oldukça azalmıştır. Bununla birlikte New York Sözleşmesi'nin uygulanmasının MÖHUK'u tamamen devre dışı bıraktığı da söylenemez; zira birazdan görüleceği üzere, New York Sözleşmesi'nin uygulandığı hallerde devre dışı bırakılan hükümler, MÖHUK'un tenfiz şartlarına ilişkin olan ve New York Sözleşmesi'nde sayılan şartlardan daha ağır olan hükümlerdir. MÖHUK'un tenfiz usulüne ilişkin hükümleri, New York Sözleşmesi'nin, Sözleşme'de hüküm bulunmayan hallerde, akit devletlerin ulusal hukuklarının uygulanacağına dair yaptığı atıf nedeniyle her halükarda uygulanacaktır.

Tenfiz usulü ile ilgili olarak, MÖHUK'un 43. maddesinin ikinci fıkrasında tenfiz talebinin -kademeli olarak- taraflarca kararlaştırılan yer asliye mahkemesinden, bu hususta anlaşma yoksa aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki ikametgahı, yoksa sakın olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesinden dilekçe ile isteneceği hükme bağlanmıştır.

MÖHUK'un 44. maddesinde de, mahkemeye dilekçe ile birlikte verilmesi gerekli olan belgeler düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim sözleşmesi veya şartının aslı veya usulüne göre onanmış örneği, hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı veya onanmış örneği, sayılan bu belgelerin tercüme edilmiş ve onaylanmış örnekleri de dilekçe ile birlikte mahkemeye verilmelidir.

MÖHUK'un, yabancı mahkeme kararlarının tenfiziyle ilgili olan, tenfiz davasının yürütme usulü, karara bağlanması, yerine getirilmesi ve temyize

başvurulması gibi konuları düzenleyen 39, 40, 41. maddeleri de 44. maddenin son fıkrası hükmü uyarınca kıyas yoluyla uygulama alanı bulmaktadır.

Buna göre, hakkında tenfiz kararı verilen bir yabancı hakem kararı Türk hakem kararları gibi icra edilir (m 41)¹⁷¹. Mahkemenin kararının temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz icrayı durdurur. Karar düzeltme yoluna başvurulamaz (HUMK m 440/II,3).

MÖHUK'un 45. maddesinde tenfiz taleplerinin red sebepleri sayılmıştır. Bu maddede sayılan tenfiz şartları, New York Sözleşmesi'nde sayılan tenfiz şartlarına uygun olarak düzenlenmiştir. Buna göre,

- a) tahkim sözleşmesi yapılmamış veya ana sözleşmeye tahkim şartı konulmamışsa,
- b) hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise,
- c) hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yolu ile çözümü mümkün değilse,
- d) taraflardan biri hakemler önünde usulüne uygun olarak temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,
- e) hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş, yahut iddia ve savunma imkanından yoksun bırakılmış ise,
- f) tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz ise,
- g) hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı ise,

¹⁷¹ Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 117

h) hakem kararı hakem sözleşmesi veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise ya da sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında),

i) hakem kararı tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

mahkeme tenfiz talebi hakkında red kararı verecektir. İlk üç şartın dışında kalan hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa yüklenmiştir.

MÖHUK'un 45. maddesinde sayılan ve New York Sözleşmesi'nde sayılan şartlarla büyük ölçüde uyum içinde olan red sebeplerine ilave olarak, MÖHUK'un 44. maddesinin son fıkrasında, yapılan atıf sebebiyle, bu Kanun'un 38. maddesinin a bendinde düzenlenen karşılıklılık şartını da eklemek gerekmektedir.¹⁷²

MÖHUK'da yabancı hakem kararlarının tenfizinde karşılıklılık şartının aranması, milliyetinin belirlenmesinde güçlük çekilen uluslararası hakem mahkemelerinin verdiği kararlar bakımından sorunlar doğurmakta, bu husus doktrinde de eleştirilmektedir.¹⁷³ Zira tahkim taraf iradelerine dayanan bir yargılama usulüdür. Taraflar tahkimi herhangi bir devlet hukukunun otoritesine tabi kılmakta serbest olup, herhangi bir hukuk seçimi yapmaksızın önceden hazırlanmış kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulundukları takdirde¹⁷⁴, karşılıklılık bağlamında, bu hakem kararının milliyetinin araştırılması imkanı bulunmamakta, kurumsal tahkim konusunda en önemli kuruluşlardan biri olan MTO Tahkim Kuralları uygulanarak verilen kararlarda

¹⁷² MÖHUK'un 38. maddesinin a bendine göre: "Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir: ...a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması ..."

¹⁷³ Ergin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 118; Cemal ŞANLI: a.g.e., 332; Aysel ÇELİKEL: a.g.e., 391

¹⁷⁴ Aysel ÇELİKEL: a.g.e., 387

belirli bir devlet hukuku uygulanmadığından karşılıklılık şartının gerçekleşmesi mümkün olmamaktadır. New York Sözleşmesi ise yukarıda belirtildiği gibi, kural olarak yabancı hakem kararlarının tenfizinde karşılıklılık şartını aramamıştır.

MÖHUK'un 45. maddesinde belirtilen ilk şart olan, tahkim sözleşmesinin yapılmış veya ana sözleşmeye tahkim şartının konulmuş olması, yabancı hakem kararının varlığının esas sebebidir. Bu nedenle mahkeme tarafından resen araştırılmalıdır.¹⁷⁵ New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de geçerli bir tahkim sözleşmesinin taşıması gereken koşullar düzenlenmiştir.

Hem MÖHUK hem de New York Sözleşmesi'ne göre (m. V/2-b) tenfizi istenen hakem kararının genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması hali tenfiz kararının verilmesine engeldir. Bu hususun da hakim tarafından re'sen araştırılması gerekmektedir.

Bu noktada, kamu düzeni ile ne kastedildiği önem taşımaktadır. Kamu düzeni kavramı ile belirli bir ülkede geçerli olan hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki sistemin temel kural ve kurumları ifade edilmekte¹⁷⁶; kamu düzenine verilen anlam yer ve zamana bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Tahkimin konusuna, yani nelerin tahkimle çözüme elverişli olup, nelerin olmadığına ilişkin getirilen sınırlamaların sebep ve gerekçeleri de, ülkelerin sosyo-ekonomik özelliklerine ve kamu düzeni anlayışlarına göre değişim göstermekte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işler, esas itibarıyla kamu düzeniyle ilişki içerisinde bulunmaktadır.¹⁷⁷ Bu bağlamda, yabancı hukuk veya yabancı karar, o ülkenin kural ve kurumlarının varlık sebebine ve amacına aykırı düştüğü ölçüde mahkemelerce dikkate

¹⁷⁵ Aysel ÇELİKEL: a.g.e., 392

¹⁷⁶ Cemal ŞANLI: a.g.e., 323

¹⁷⁷ Süha TANRIVER: a.g.m., 86-87

alınmaz.¹⁷⁸ Bununla birlikte, her somut olayda kamu düzenine aykırılığın incelenerek kararlaştırılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁷⁹

Öte yandan, doktrin ve uygulamada hakem kararlarının uluslararası kamu düzenine aykırılık noktasından test edilmesi gerektiği vurgulanmış; pek çok davada tenfiz devletin yerel ilişki ve ihtiyaçları ön planda tutarak çıkardığı emredici ve kamu düzeni niteliğindeki kurallarına ters düşen ve fakat uluslararası hukuk ve ticaretle hakim olan anlayış ve beklentilere uygun düşen hakem kararlarının icrasına izin verildiği belirtilmiştir.¹⁸⁰

Türk hukuk düzeninde, hakem kararının, farklı isimler altında gizlenmiş olsa bile kumar veya rüşvet alacağı, ticareti yasak bir malın teslimi gibi yasak edimleri içermesi, uyuşturucu veya kadın ticareti gibi genel ahlaka ters edimleri hüküm altına alması, kesinleşmiş bir Türk mahkeme kararına aykırı olması, hakkaniyete aykırı ve keyfi davranılarak verilmiş olması, gerekçesiz olması; hakem kararı verilirken hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerinin ihlal edilmiş olması, tarafların karşılıklı iddia ve savunmada bulunma haklarının ihlal edilmiş olması; kararlara karşı başvuru yollarından, başvuru hakkının doğumundan önceki evrede feragat edilmiş olması kamu düzeni engellemesiyle karşılaşılabilecek münferit durumlara örnek olarak sayılmaktadır.¹⁸¹

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde de, idare, kamu yararını temsil etmesi sebebiyle üstün ve ayrıcalıklı konumdadır. Bir kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünü konu alan yabancı hakem kararında, idarenin üstün ve ayrıcalıklı olma konumu ciddi ve ağır bir

¹⁷⁸ Cemal ŞANLI: a.g.e., 323

¹⁷⁹ Aysel ÇELİKEL: a.g.e., 392

¹⁸⁰ Cemal ŞANLI, Milletlerarası Ticari Tahkim, 338 vd.; Dolinger, J; World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, Texas ILJ, V. 17, p. 167 vd.; BİRSEL, Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, İzmir Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1, Sayı: 1 (1980), 109'dan aktaran, Cemal ŞANLI: a.g.e., 324

¹⁸¹ Süha TANRIVER: a.g.m., 98-112

biçimde zedelenmiş ise, bu durum tenfiz bağlamında kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecektir.¹⁸²

New York Sözleşmesi'nin V/2-a maddesinde, "tanıma ve tenfiz talebinin öne sürüldüğü devletin kanununa göre, uyuşmazlığın konusunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması" şeklinde düzenlenen, "hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması" hali de tenfiz talebinin red sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir (m 45/c).

HUMK'nun 518. maddesi uyarınca, sadece tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda tahkim yoluna gidilebilir. Ayrıca, yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye New York Sözleşmesi'ni sadece Türk hukuku bakımından ticari sayılan işlerle sınırlı olarak uygulayacağı çekincesini koyarak imzalamış bulunmaktadır. Ticari sayılan işler Türk Ticaret Kanunu'nda açıklanmış; Anayasada yapılan değişiklik ve 4501 sayılı Kanun ile de yabancılık unsuru taşıyan kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceği hükme bağlanmıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu da, tahkim yolu ile çözülemeyecek hususlara açıklık getirmiştir. Dolayısıyla bu hususun, tenfiz talebini alan mahkeme tarafından mevcut kanunlar göz önünde bulundurularak re'sen araştırılması gerekmektedir.

MÖHUK'un 45. maddesinin (d) bendine göre, taraflardan biri hakemler önünde usulüne uygun olarak temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise, (e) bendi uyarınca ise hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş, yahut iddia ve savunma imkanından yoksun bırakılmış ise, mahkeme, hakkında tenfiz istenen tarafça bu husus ispatlanabildiği takdirde tenfiz talebini

¹⁸² Süha TANRIVER: a.g.m., 99, dipnot: 40

reddedecektir. Bu iki bend, New York Sözleşmesi'nin V/1-b maddesi ile uyumludur.

MÖHUK'un 45. maddesinin (f) bendi, tahkim sözleşmesi veya şartının taraflarca tabi kılındığı hukuka, bu konuda anlaşma olmaması halinde ise kararın verildiği yer hukukuna göre hükümsüz olmamasını tenfiz şartı olarak belirlemiştir. New York Sözleşmesi'nin V/1-a maddesi hükmüne göre de, tahkim sözleşmesini yapan tarafların, haklarında uygulanması gereken kanuna göre ehliyetsiz olmaları veya tahkim sözleşmesinin taraflarca tabi kılındığı hukuka, bu konuda açıklık yok ise hakem kararının verildiği yer hukukuna göre hükümsüz bulunması, tenfiz talebinin reddi sebebi olarak düzenlenmiştir.

Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna aykırı ise (MÖHUK m 45/g, New York Sözleşmesi m. V/1-d), mahkeme tenfiz talebini reddedecektir. Taraflar bilindiği gibi, aralarındaki uyuşmazlıkta hakemlerin seçimi usulünü ve uygulanacak usul kurallarını ister tamamen kendileri tespit eder, ister bir devletin hukuk sistemini, veya isterlerse bir tahkim kuruluşunun usul kurallarını seçebilirler.

Hakem kararı, hakem sözleşmesi veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında) (MÖHUK m. 45/h, New York Sözleşmesi m. V/1-c) mahkeme yine tenfiz talebini reddedecektir. Bu hususların da hakkında tenfiz istenen tarafça ispatlanması gerekmektedir. Burada, örneğin görev belgesinde imza altına alınmış hususların dışında bir konuyu da kapsayacak şekilde verilmiş bir hakem kararı, bu maddeler uyarınca tenfiz edilemeyecek, veya, hakemin yetkisini aşarak verdiği kısım ayrılarak, diğer kısımlar tenfiz edilecektir.

MÖHUK'un 45. maddesinin (i) bendi ve 43. maddesindeki düzenleme uyarınca, yabancı hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku

hükümlerine göre kesinleşmiş veya icra kabiliyeti kazanmış olmasının tenfiz için gerekli görülmesi New York Sözleşmesi'nde farklı şekilde düzenlenmiştir. Sözleşme'ye göre, tenfiz için kararın taraflar bakımından tahkim yargılamasının kendi düzeni içinde bağlayıcılık kazanmış olması yeterlidir. Bu bağlamda, söz konusu karara karşı, tarafların öngördüğü kurallar çerçevesinde temyiz veya itiraz imkanının bitmiş olmasının, kararı taraflar bakımından bağlayıcı ve tenfizi istenebilir hale getireceği belirtilmiştir.¹⁸³

New York Sözleşmesi'nde kesinleşme yerine taraflar için bağlayıcı olma şartının getirilmiş olmasının sebebinin, çifte tenfizin önüne geçilmesi amacı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, bağlayıcılık teriminin teknik ve hukuki bir terim olmaması sayesinde, herhangi bir devletin otoritesi altında verilmiş sayılmayan uluslararası hakem kararları hakkında da New York Sözleşmesi'nin uygulanabilirliği sağlanmıştır.¹⁸⁴

Sonuç olarak, yabancı hakem kararlarının tenfiz şartları hem New York Sözleşmesi hem de MÖHUK'da büyük ölçüde benzer şekilde düzenlenmiş; MÖHUK'da ilave olarak hakem kararlarının bağlayıcı olması yerine kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olması şartı aranmış; ayrıca, yabancı hakem kararları yabancı mahkeme kararlarına benzetilerek, bunların tenfizi için kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında (MÖHUK m.38/a) karşılıklılık şartı getirilmiştir.

Bununla birlikte, 4686 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra MTO Tahkim Kuralları'na dayanılarak verilen hakem kararları bakımından karşılıklılık şartı sorun olmaktan çıkmıştır.

¹⁸³ Cemal ŞANLI: a.g.e., 330

¹⁸⁴ Engin NOMER, N. EKŞİ, G. GELGEL: a.g.e., 145

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRKİYE'DE ELEKTRİK ENERJİSİ SEKTÖRÜNDE YAPILAN DÜZENLEMELER

Türkiye Cumhuriyeti döneminde elektrik enerjisi faaliyetleri başlangıçta Osmanlı döneminden kalma imtiyazlı şirketlerin kontrolünde yürütülmüş, 1939 yılında yabancı şirketlere tanınan imtiyazlar devlet tarafından satın alınarak hizmetler belediyelere devredilmeye başlanmıştır. Elektrik enerjisi üretim alanına Maden Tetkik Arama Kurumu, ETİBANK, Elektrik İşleri Etüd İdaresi, İller Bankası ve Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü gibi kuruluşların girmesi ile sektörde çok seslilik ve merkezi otoriteden yoksun bir dönem başlamıştır.¹

Ayrıca elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti konusunda Kayseri civarı, Çukurova Bölgesi ve Antalya havalisinde hizmet vermek üzere Kayseri ve Civarı T.A.Ş., Çukurova Elektrik A.Ş. ve Kepez Elektrik A.Ş. şirketlerine imtiyazlar verilmiştir. 1953 yılında 1. Enerji İstişare Kongresi düzenlenmiş ve çeşitli kuruluşlarca yürütülen elektrik hizmetlerinin tek elden yürütülebilmesini teminen Türkiye Elektrik Kurumu bünyesinde toplanmasına karar verilmiştir.

1963 yılında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, 1970 yılında ise 1312 sayılı Kanun'la Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) kurularak merkezi bir kamusal yapı oluşturulmuştur. 1982 yılında 2705 sayılı Kanun'la üretim ve iletim dışında, dağıtım hizmetleri de belediyelerden alınarak TEK'e devredilmiştir.

Ancak elektrik hizmetlerinin görülmesinde kamu finansman yükünün azaltılması, kamu dışında özel sektörden ve yabancı sermayeden de

¹ Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Elektrik Enerjisi Özel İhtisas Komisyonu Raporu (Ankara: Devlet Planlama Teşkilatı, Haziran 2000), <http://ekutup.dpt.gov.tr/enerji/oik585.pdf>, alınma tarihi: 13.10.2003

faaydalanılabılnesi iin² çalışmalar kısa bir süre sonra başlamıştır. Aşağıda bu alanda yapılan yasal ve idari düzenlemeler ile uygulamalar kronolojik olarak incelenmeye çalışılmıştır.

I. ANAYASA DEĞİşİKLİĞİ ÖNCESİ DÖNEM (1984-1999)

A. Özelleştirmeye İlişkin Düzenlemeler

Türkiye'de özelleştirme alanında ilk olarak, 29.12.1984 tarihli 2983 sayılı Kanun ıkarılmıştır. Bu Kanun ile, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarına ait her türlü altyapı tesisleri ve kamu iktisadi teşebbüslerine (KİT) ait tesisler için gelir ortaklığı senedi çıkarılmasına, KİTler için de hisse senedi çıkarılması ve satılması ile işletme hakkının devrine İlişkin düzenlemeler getirilmiştir.³

2983 sayılı Kanun'dan sonra elektrik hizmetlerinin TEK dışındaki özel sektör kuruluşlarına yaptırılmasına yönelik olarak 3096 sayılı Kanun çıkarılmıştır. 3096 sayılı Kanun'da öngörülen görevlendirme ve işletme hakkının devri yöntemlerini de zelleştirme kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bununla birlikte, bu Kanun kapsamındaki yöntemler mülkiyetin devrini içermemektedir.

28.5.1986 tarihinde 3291 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin zelleştirilmesi Hakkında Kanun" ıkarılmış; KİT'lerin özelleştirilmesinde

² V. Beş Yıllık Kalkınma Planı: 1985-1989'dan aktaran İhsan KULALI: Elektrik Sektöründe zelleştirme ve Türkiye Uygulaması, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi (Ankara, Ağustos 1997), www.ekutup.dpt.gov.tr/kit/kulalii/elekt1.doc, alınma tarihi: 3.3.2004

Bakanlar Kurulu; bağlı ortaklık, müessese, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde ise Yüksek Planlama Kurulu yetkili kılınmıştır.⁴

12.8.1993 tarihli ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, bir kamu iktisadi kurumu niteliğinde örgütlenmiş olan ve buna göre tekel niteliğinde mal üreten TEK; Türkiye Elektrik A.Ş. (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) olarak iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü oluşturmak üzere ikiye ayrılmış, kamu hizmeti niteliği ağır basan elektrik üretim, iletim ve dağıtım faaliyetlerinin ticari boyutu öne çıkarılmıştır.⁵ Buna göre TEAŞ, üretim ve iletimden; TEDAŞ ise dağıtım hizmetlerinden sorumlu hale getirilmiştir.⁶

1994 yılında ise, 22.2.1994 tarihli ve 3974 sayılı Kanun⁷ çıkarılmıştır. Bu Kanun ile, 3291 sayılı Kanun'a bazı maddeler eklenmiştir. Bu Kanun'a göre, TEK'in mevcut veya yeniden yapılanma sonucu oluşacak teşebbüslerinin hisse ve varlıklarının satılarak özelleştirilmesine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın önerisi ile Bakanlar Kurulu'nca; müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesine ise yine bu Bakanlığın önerisi ile Yüksek Planlama Kurulu'nca karar verilmesi düzenlenmiştir; TEK'in özelleştirilmesi sonucu elde edilecek gelirlerin de,

³ Bu çerçevede, Keban, Karakaya ve bazı barajların gelirleri, gelir ortaklığı senedi ile halka arz edilmiş; bir tür iç borçlanma yöntemi olan gelir ortaklığı senedi modeli dışındaki diğer modeller uygulanmamıştır. (İhsan KULALI: a.g.u.t.)

⁴ 3291 sayılı Kanun'un özelleştirmeye ilişkin hükümleri, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı Yetki Kanununa dayanarak çıkarılan 30.5.1994 tarih ve 531 sayılı KHK ile hemen hemen tümüyle değiştirilmiştir. Ancak 531 sayılı KHK, dayanağı olan 3987 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesinden sonra iptal edilmiştir.

⁵ Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu: 2000 Yılı Genel Raporu, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Sosyal Güvenlik Kuruluşları Fonlar Diğer Kuruluşlar İştirakler (Ankara: 2002), www.ydk.gov.tr/Genel_Rapor_2000/icindekiler.htm, alınma tarihi: 18.2.2004

⁶ Yüksek Planlama Kurulunun 25.11.1993 tarihli, 93/T-103 sayılı kararı ile TEDAŞ'a bağlı 15 adet dağıtım müessesesi, 7 adet elektrik dağıtım anonim şirketine; 9.1.1996 tarihli ve 96/T-1 sayılı kararı ile de 6 adet dağıtım müessesesi, 2 adet elektrik dağıtım şirketine dönüştürülmüş; elektrik dağıtım hizmetlerinin büyük bir bölümü bu 9 adet şirket eliyle yürütülmeye başlanmıştır (İhsan KULALI: a.g.u.t.).

⁷ 3974 sayılı "1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu, 3182 sayılı Bankalar Kanunu, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu, 7.11.1985 tarihli ve 3238 sayılı Kanun, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin

Elektrik Enerjisi Fonu ile elektrik üretim, iletim, dağıtım yatırımlarında kullanılmak üzere bu alanda faaliyet gösteren teşebbüslere tahsis edilmesi öngörülmüştür. Diğer taraftan, elektrik enerjisi dağıtımı alanında faaliyet gösteren kamu ve özel sektör kuruluşlarının Elektrik Enerjisi Fonu'nda toplanacak sektör altyapı giderlerine katkı paylarını tespiti de Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yetkili kılınmıştır. 3974 sayılı Kanun'un 3291 sayılı Kanun'a eklediği Ek 5. Maddede ise, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine bağlı oldukları ve imtiyaz sayılmayacakları hükmüne bağlanarak, bu sözleşmelerin idari yargı denetimi kapsamından çıkarılmasına imkan sağlanmıştır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 11.4.1994 günlü ve 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı kararı⁸ ile bu düzenleme iptal edilmiştir. Anılan kararda, özetle, TEK'in satılarak özelleştirilmesi sonucunda sektörün bir kısmı veya tamamının yabancıların eline geçmesinin ve elektrik üretim, iletim ve dağıtımında tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması gerektiği, TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten birimlerinin satışında, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların da işletme haklarının süresiz devredilmesine olanak bulunmadığı, idari nitelikteki sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutularak idari yargı denetimi dışına çıkarılamayacağı ve uzun süreli olarak bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde düzenlenen sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yasal düzenleme ile bu sözleşmelerin imtiyaz olmadığı belirtilerek Danıştay öndenetimi dışına çıkarılamayacağı hususları yer almıştır.

Bu karar sonucunda TEAŞ ve TEDAŞ'ın hisse ve varlıklarının mülkiyetiyle devredilmesi yolu kapanmıştır. Dolayısıyla elektrik hizmetlerinin

Özelleştirilmesi Hakkında Kanuna Ek Maddeler Eklenmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun; RG, 1.3.1994/21864

⁸ RG, 24.1.1995/22181

özel kişilere gördürülmesi için sadece 3096 sayılı Kanun kapsamında mülkiyetin devrini içermeyen yap-işlet-devret ve işletme hakkının devri yolları açık kalmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararının üzerinden bir ay bile geçmeden, bu kez, 5.5.1994 tarihli ve 3987 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun"⁹ çıkarılmıştır. 6 maddeden oluşan bu Kanun ile, özelleştirmeye ilişkin son derece geniş bir kapsam belirlenmiş, yine mülkiyetin devrini de içerecek şekilde çeşitli özelleştirme yöntemleri öngörülmüştür.

3987 sayılı Kanun'un "İlkeler" başlığını taşıyan 3. maddesinde, özelleştirme akitlerinin uygulanması sırasında çıkabilecek hukuki anlaşmazlıkların yürürlükteki kanunlar hükümlerine göre Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince veya uluslararası hakemlik de dahil tahkim yoluna başvurularak çözümlenmesi hususuna da yer verilmiştir. Böylece, idare hukuku alanında tahkim yargısına başvurulabileceği hususu ilk defa bu Kanun ile açıkça düzenlenmiş olmaktadır. Ancak 3987 sayılı Kanun da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş¹⁰; bunu, bu Kanun'a dayanan kanun hükmünde kararnamelerin (KHK) de iptali izlemiştir.¹¹

3987 sayılı Kanun'un ve buna dayanan KHK'lerin de Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra, bu iptal kararlarının gerekçeleri

⁹ RG, 11.5.1994/21931

¹⁰ AYM, 7.7.1994, 1994/49 E., 1994/45-2 K., RG, 10.9.1994/22047. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, "... elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemenlik, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı", olabileceğini; zira, "bu tür kamu hizmetlerinin ülke güvenliği ile çok yakından ilgili", olduğunu belirtmiştir. ÖZAY'a göre, Mahkeme, bununla, hukukilikten ziyade, "yerindelik"e ilişkin bir değerlendirme yapmıştır (İl Han ÖZAY: Günışığında Yönetim (İstanbul, 2002), 574).

dikkate alınarak kapsamlı bir düzenlemeye gidilmiş ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹² çıkarılmıştır. Bu Kanun'la 3291 sayılı Kanun'un özelleştirme ile ilgili maddeleri yürürlükten kaldırılmış, özelleştirme uygulamalarından sorumlu Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yeniden yapılandırılmış ve İdare geniş yetkilerle donatılmıştır.

3291 sayılı Kanun'la sadece KİTler ve bunların bağlı ortaklıkları, müesseseleri ve iştiraklerinin özelleştirilmesi öngörülürken, 4046 sayılı Kanun'da KİTler ve bağlı birimlerinin dışında, diğer kamu kuruluşlarının kurdukları ticari amaçlı kuruluşlar veya ticari kuruluşlardaki iştirak payları, Hazine'ye ait paylar, genel ve katma bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların ve kamu iktisadi kuruluşlarının gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan ilgili olmayan varlıkları ve iştiraklerindeki kamu payları, belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar, genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının da özelleştirme kapsamına alınabilmesi hükme bağlanmıştır.

4446 sayılı Kanun ile, özelleştirme kavramı Anayasada ilk kez yer almıştır. Bu değişiklikten sonra, enerji sektöründe satış yoluyla özelleştirme yapılmasının önündeki engeller ortadan kalkmıştır.

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda da kamuya ait tesislerin mülkiyetinin devredilmesine ilişkin hükümler yer almıştır. Buna göre, özelleştirme işlemlerinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca gerçekleştirilmesi hükme bağlanmıştır.

¹¹ AYM, 21.7.1994, 1994/63 E., 1994/60-2 K.; AYM, 21.7.1994, 1994/64 E., 1994/61-2 K.; AYM, 21.7.1994, 1994/65 E., 1994/ 62 K.; AYM, 21.7.1994, 1994/66 E., 1994/63-2 K.; AYM, 21.7.1994, 1994/67 E., 1994/64-2 K., RG, 5.8.1994/22012

Aslında, elektrik hizmetlerinin yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri yöntemleri ile gördürülebilmesinin yasal dayanakları olan 3096, 3996 ve 4283 sayılı Kanunlar da özelleştirme kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, çalışmamızın konusu açısından her birinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmiştir.

B. Elektrik Hizmetlerine İlişkin Düzenlemeler

1. 3096 Sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"

1984 yılında, elektrik sektöründeki yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri uygulamalarının başlangıcına temel teşkil eden 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"¹² çıkarılmıştır. 3096 sayılı Kanun, adından da anlaşılacağı üzere, TEK dışındaki kuruluşların elektrik hizmetlerini yürütebilmesine imkan sağlamak amacıyla yürürlüğe konmuştur. Bu Kanun'a göre yapılacak sözleşmeler 1326 tarihli "Menafii Umumiye Ait İmtiyazat Hakkında Kanun" hükümlerinden müstesna tutulmuştur. Bunun sonucunda, bu sözleşmelerin sadece Türk anonim şirketi statüsündeki şirketler ile değil; yerli veya yabancı bir sermaye şirketi ile de yapılmasına olanak sağlanmıştır. Aslında, 3096 sayılı Kanun'un düzenlediği usul, 1326 tarihli Kanun ile düzenlenen imtiyaz yönteminden sadece, Kanun

¹² RG, 27.11.1994/21124

¹³ RG, 19.12.1984/18610. 3096 sayılı Kanun'un hükümet gerekçesinde, bu kanunun, özellikle "ülkemizde önemli sayılabilecek ölçüde elektrik açığının var olması" dikkate alınarak, elektrik açığının giderilmesi amacıyla tasarlanan "büyük projelerin gerçekleştirilmesinde karşılaşılan güçlükleri" aşmak için hazırlandığı belirtilmiştir.

kapsamındaki sözleşmelerin yabancı sermaye şirketleri ile de yapılabilmesine olanak tanınması yönüyle ayrılmaktadır.

3096 sayılı Kanun'un uygulanmasını göstermek üzere ise, 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yayımlanan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik"¹⁴, 85/9800 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yayımlanan "TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik"¹⁵, 87/11488 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yayımlanan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik"¹⁶ ve 91/1630 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yayımlanan 95/7003 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişik "Elektrik Enerjisi Fonu Yönetmeliği"¹⁷ çıkarılmıştır.

¹⁴ RG, 4.9.1985/18858

¹⁵ RG, 4.9.1985/18858

¹⁶ RG, 23.2.1987/19381

¹⁷ RG, 15.8.1995/22375. Elektrik Enerjisi Fonu, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı nezdinde kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş olarak 3096 sayılı Kanun'a 15.3.1990 tarihli ve 3613 sayılı Kanun'la eklenen madde ile kurulmuştur. Fon'un amacı, elektrik sektöründe yapılacak araştırma, geliştirme, etüd, proje faaliyetlerine destek olmak, tesislere gerektiğinde finansman desteği sağlamak ve elektrik enerjisi fiyatlarında istikrarı sağlamak olarak belirlenmiştir.

1991 yılında Bakanlar Kurulu tarafından 3.4.1991 tarih ve 91/1630 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Elektrik Enerjisi Fonu Yönetmeliği çıkarılmış, daha sonra 95/7003 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu yönetmelik yenilenerek yürürlüğe konmuştur.

95/7003 sayılı Yönetmelik ile, Elektrik Enerjisi Fonu'nun gelirleri, giderleri, yönetimi gibi hususlar düzenlenmiştir (m.1). Yönetmeliğin 10. maddesine göre Fon'un faaliyet alanları arasında, görevli şirket ve üretim şirketlerine Bakanlıkça onaylanan yatırım projeleri ve işletme faaliyetleri için teminat karşılığında nakdi krediler ile bunlar lehine garanti ve kefalet vermek de sayılmıştır. Fonun gelirleri, tabii kaynakların ve tesislerin kullanım hakkı karşılığı olarak alınacak bedeller (işletme hakkı devir bedelleri), elektrik enerjisi dağıtım alanında faaliyet gösteren kamu ve özel sektör kuruluşlarının Bakanlıkça belirlenen satış tarifelerinden ayrılarak Fon'a ödenecek katkı payları, elektrik enerjisi fiyatının istikrarını sağlamak için şirketler tarafından Fon'a ödenecek istikrar bedelleri, bütçeden ayrılacak ödenekler, faiz gelirleri, irat kaydedilen teminatlar, projelerin takip ve denetimini yapmak üzere seçilen müşavir firma ücretlerini karşılamak amacıyla şirketlerden yapılan tahsilat ve Hazine Müsteşarlığı'ndan izin alınmasını müteakip temin edilecek iç ve dış krediler olarak belirlenmiştir (m.11)

Elektrik Enerjisi sektöründeki özelleştirme çalışmalarında Fon'un çok önemli bir işlev yüklediği belirtilmiştir. Buna göre, yap-işlet-devret modeline göre yapılan üretim tesislerinde,

3096 sayılı Kanun kapsamında, şirketlerin seçimi prosedürü, istekli şirketlerin başvurması¹⁸ ile başlamaktadır. Kanun kapsamında herhangi bir ihale mekanizması öngörülmemiştir. İstekli şirketlerin başvurularının yanısıra, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının da uygun gördüğü tesisleri Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurarak bu tesisler için başvuruda bulunulmasını sağlayabileceği belirtilmiştir. 87/11488 ve 85/9799 sayılı Yönetmeliklerde yapılacak başvuruların içeriği ve bunların Bakanlık ve diğer ilgili birimler tarafından değerlendirilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

3096 sayılı Kanun'da ilana çıkılması zorunluluğunun ve ihale mekanizmasının olmaması büyük bir eksiklik olmuştur. Ayrıca, Kanun'da ve uygulama yönetmeliklerinde görevlendirilecek şirketin seçimi için göz önünde bulundurulması gereken kriterler de belli edilmemiştir.¹⁹ Bu hususların, ihalede açıklık ve rekabet ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir.²⁰

3096 sayılı Kanun'un 9. maddesi, bu Kanuna göre elektrik hizmetlerini yürütecek şirketlerin gelir kaynağı olan elektrik satış tarifesine ilişkindir. Maddede, elektrik tarifelerinin görevli şirketin önerisi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe gireceği öngörülmüştür. Tarifelerin belirlenmesinde, yıllık işletme, bakım ve onarım giderleri, kur farkları,

özellikle dış kaynaklı kredi ödemelerinin yoğun olduğu ilk yıllarda elektrik satış fiyatının çok yüksek gerçekleştiği, bu durumun, üretilen elektriği satın alacak görevli şirket veya TEAŞ için, satın aldığı elektriğin fiyatının sattığı fiyattan daha yüksek olması sonucunu doğurduğu, fiyatlardaki istikrarın bozulmasına yol açan bu fiyat değişikliklerinin ise Fon tarafından fiyat istikrar bedeli olarak ödenerek finanse edildiği ifade edilmiştir. Ayrıca, 3096 sayılı Kanun'a göre görevli şirket veya üretim şirketi tarafından karşılanması gereken enerji yatırımlarında, finansman akışında kesintiler olması durumunda, yatırımın zamanında tamamlanabilmesi için bu şirketlere Fon'dan köprü kredi verilebilecektir (İhsan KULALI: a.g.u.t.).

Elektrik Enerjisi Fonu, 1.1.1993 tarihinden geçerli olmak üzere bütçe içerisine alınmış, böylece Fon tarafından verilen garantiler de Hazine garantisine dönüşmüştür.

¹⁸ 87/11488 sayılı Yönetmelik m.5.

¹⁹ Kanun'un görevlendirilecek şirketin seçimine yönelik objektif ölçütler getirmemesi nedeniyle, birden çok şirket tarafından başvuruda bulunulan hallerde, şirket seçimi hususunda belirsizlikler yaşandığı, firmanın yeterliliği dikkate alınmadan sadece teklif edilen fiyatın ucuzluğunun göz önünde bulundurulmasının, teknik ve mali açıdan yetersiz firmaların seçilmesine ve bu nedenle gerçekleşen tesis sayısının düşük kalmasına neden olduğu belirtilmiştir (İhsan KULALI: a.g.u.t.).

amortismanlar, diğer harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli olan gelirin sağlanmasının esas alınacağı hükme bağlanmıştır. 87/11488 sayılı Yönetmeliğin 13. maddesinde de tarifelerin belirlenmesinde nelerin esas alınacağı benzer şekilde düzenlenmiştir.

3096 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre görev sözleşmelerinin süresi 99 yıla kadar belirlenebilir. Süre sonunda, süre uzatımına gidilmediği takdirde sözleşme sona erer ve tüm tesisler ve mallar her türlü borç ve taahhütten ari ve bedelsiz olarak devlete geçer.

Kanun'un 8. maddesi uyarınca, görevli şirketin acze düşmesi veya sözleşme şartlarını ihlal etmesi halinde, sözleşmenin süre bitiminden önce feshedileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, fesih işlemleri tamamlanıncaya kadar ilgili tesisler Bakanlığın yetkili kılacağı bir kuruluş veya şirket tarafından görevli şirketin nam ve hesabına işletilir.²¹

3096 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre, görevli şirketlerin onaylanmış uygulama projelerine göre kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydıyla kamulaştırma yapılabilir.

3096 sayılı Kanun, düzenlemiş olduğu görev ve üretim tesisi kurma sözleşmelerinin şekline ilişkin bir hüküm içermemektedir. Öte yandan, Kanun'un geçici maddeleri, Kanun'un yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazına sahip şirketlerin kurmuş ve işletmekte oldukları tesislere ilişkindir. Bu hükümler, yasa koyucunun sözleşmelerin şekline ilişkin öngörüsü hakkında fikir vermektedir.

²⁰ Uğur EMEK: "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları'nda sunulan tebliğ, 2.12.1999, <http://www.rekabet.gov.tr/word/zip/uemek.zip>, alınma tarihi: 21.12.2003

²¹ 87/11488 sayılı Yönetmelik, 15. madde

3096 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinde, bu Kanun'un yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazına sahip şirketlerin kurmuş ve işletmekte oldukları ancak imtiyaz kapsamına alınmamış tesisler ile bu tesislerin bulunduğu illerin imtiyaz kapsamına alındığı belirtildikten sonra, bu Kanun hükmünün gerektirdiği sözleşme değişikliğinin 3 ay içinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ile şirket yetkilileri arasında imzalanacağı hükme bağlanmıştır.

Geçici 2. madde ise şöyledir:

"Bu Kanunun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret imtiyazına sahip şirketler, diledikleri takdirde, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına müracaat etmek suretiyle, 3. maddede anılan görev şirketine dönüşmelerini istediklerinde Bakanlar Kurulu Kararıyla kendilerine bu Kanun esasları içerisinde 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkı verilebilir.

Bu madde hükmünün gerekli kıldığı sözleşme değişikliği Bakanlar Kurulu Kararından itibaren 3 ay içerisinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile şirket yetkilileri arasında imzalanır."

Geçici 3. maddede ise, 1312 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti faaliyeti devam eden ancak bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte imtiyazı sona ermiş olan şirketlere de yeniden görev verilebilmesi Bakanlar Kurulu kararına bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, 3096 sayılı Kanun'un geçici hükümleri, Kanun'un yayımı döneminde mevcut imtiyazlı şirketlerin sözleşmelerinin değiştirilmesini ve bu şirketlerin görev şirketi haline gelmelerini düzenlemektedir. İsmi telaffuz edilmemiş olsa dahi, sözleşme değişikliğinden kastedilen hususun, mevcut imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk sözleşmeleri haline getirmek olduğu anlaşılmaktadır. Bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin, Anayasa Mahkemesi'nin, 3974 ve 3996 sayılı Kanunların, sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi kılan hükümlerini iptal etmesine kadar özel hukuk

hükümlerine tabi olarak ve Danıştay incelemesinden geçirilmeden imzalanmış olması²² da bu hususu desteklemektedir.

3096 sayılı Kanun, elektrik üretimi, dağıtımı, iletimi ve ticaretinin yerli veya yabancı sermaye şirketlerince yapılmasını üç şekilde düzenlemektedir:

a. Görevlendirme:

3096 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulu, elektrik ile ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine, Devlet Planlama Teşkilatı'nın görüşünü içeren Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın önerisi üzerine, önceden Yönetmelikle²³ belli edilen görev bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir. Bu görevlendirme kararı doğrultusunda, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve görevli şirket arasında bir görev sözleşmesi imzalanır.

87/11488 sayılı Yönetmelik'te yer alan tanımlara göre, görev bölgesi, yerli veya yabancı sermaye şirketlerine elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti görevlerinin tamamının veya bölgedeki tesislerin özelliğine göre bir kısmının verileceği bölgeyi; görev sözleşmesi ise, konusu görev bölgesinde elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti görevlerinin tamamı veya bir kısmının yapılması olan, Bakanlık ve şirket arasında imzalanacak sözleşmeyi ifade etmektedir.²⁴ Bu tanımlardan anlaşılabileceği gibi, görevli şirkete bir görev bölgesindeki faaliyetlerden (görevlerden) tamamı verilebileceği gibi,

²² Örneğin Aktaş ve Kayseri ve Civarı A.Ş. ile imzalanan sözleşmeler.

²³ 16.8.1985 tarihli ve 85/9800 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik, RG, 4.9.1985/18858

²⁴ 3096 sayılı Kanun'a göre başvuruların tek bir görev bölgesi ile sınırlı olarak yapılması gerekmemektedir.

bölgedeki tesislerin teknik ve ekonomik özelliklerine göre bazılarının verilmesi de mümkündür.

87/11488 sayılı Yönetmeliğin 5 ve 6. maddeleri uyarınca, istekli şirketlerden Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından uygun görülenlerin, bir fizibilite raporu hazırlayarak Bakanlığa sunmaları gerekmektedir. Fizibilite raporunun sunulmasını takiben, Bakanlık, Devlet Planlama Teşkilatı'nın görüşünü aldıktan sonra, konuyu Bakanlar Kurulu Kararı alınmak üzere Başbakanlığa sunar. Bakanlar Kurulu kararının alınmasının ardından da görevli şirketle görev sözleşmesi imzalanır.

Görev sözleşmesi²⁵ imzalandıktan sonra, görevlendirmenin niteliğine göre, tesislerin yapımına ilişkin inşaat sözleşmesi, üretilen elektrik enerjisinin satışına ilişkin enerji satış anlaşması, finansmana ilişkin kredi sözleşmesi gibi çeşitli sözleşmeler imzalanmaktadır.

b. Elektrik Üretim Tesis Kurma ve İşletme İzni Verilmesi:

3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, sadece elektrik üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesi özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı'nın olumlu görüşünü almak suretiyle sadece elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine (üretim şirketi), elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme izni verebilir.

Yukarıda açıklanan görev sözleşmesi/görevlendirme usulünden farklı olarak burada, elektrik üretimi izni Bakanlar Kurulu tarafından değil; Enerji ve

²⁵ Görev sözleşmesi veya sonradan adlandırıldığı şekliyle uygulama sözleşmesi veya proje sözleşmesi, esasında bir çatı sözleşme olarak değerlendirilmektedir. (Kürşat

Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilmektedir. Maddede idare ve özel kişi arasında imzalanacak bir sözleşmeden bahsedilmemekle birlikte, Kanun'un 7. maddesinde "madde 3 ve 4'e uygun olarak akdedilecek sözleşmeler..." ibaresi yer almakta, ayrıca 85/9799 sayılı Yönetmeliğin 6. maddesinde, anılan Bakanlık tarafından üretim izni verilmesini takiben Bakanlık ve üretim şirketi arasında "Üretim Tesisi Kurma ve İşletme Sözleşmesi" imzalanacağı öngörülmektedir.

Üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmeleri de süreleri ve sona ermeleri bakımından 3096 sayılı Kanun'un 7 ve 8. maddelerine tabidirler.

3096 sayılı Kanun'un 3 ve 4. maddelerinde düzenlenen görev sözleşmesi ile elektrik üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesinin, modelin adı zikredilmemekle birlikte, yap-işlet-devret yönteminin ilk yasal örnekleri olduğu kabul edilmektedir.²⁶

c. İşletme Hakkının Devri²⁷

YERLİKAYA: "Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması", www.marmara.edu.tr/maliyesempozyumu/tebligler/5-3.doc, alınma tarihi: 12.2.2004)

²⁶ İli Han ÖZAY: a.g.e., 273. 3096 sayılı Kanun'dan önce de yap-işlet-devret modeli, ülkemizde 1326 tarihli Menafii Umumiyyete Ait İmtiyazat Hakkında Kanun yürürlükte olmasına ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda (m.19/4-A) belediye hizmetlerinden hangilerinin imtiyaz yöntemi ile özel kişilere gördürüleceği belirtilmiş bulunmasına karşın, 1980'li yılların başından itibaren, özellikle büyükşehir belediyeleri tarafından otogar, metro, doğalgaz şebekesi, turistik otel inşaatı gibi büyük harcamaları gerektirecek bazı yerel kamu hizmetlerine ilişkin projelerde yasal dayanaktan yoksun olarak olarak gerçekleştirilmiştir. (Metin GÜNDAY: İdare Hukuku (Ankara, Eylül 2002), 307)

²⁷ İşletme hakkının devri yöntemi, Türk hukukunda ilk kez 29.12.1984 ve 2983 sayılı "Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun" ve bu Kanun'a göre çıkarılmış olan 27.8.1984 tarih ve 84/8495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. 2983 sayılı Kanun ile, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunlara ait tesislere, hisse ihracı yoluyla gerçek ve tüzel kişilerin ortak edilmesine veya bu tesislerin işletme haklarının belli sürelerle devrine imkan sağlanmıştır.

İşletme hakkı verilmesi, 2983 sayılı Kanunun 3/e ve Kamu Ortaklığı Fonu Yönetmeliğinin 4/i maddelerinde kamu iktisadi teşebbüslerine ve iktisadi devlet teşekküllerine ait müessese, işletme, bağlı ortaklık ve benzerlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak şartıyla, belirli bir bedel karşılığında, belirli süre ve şartlar dahilinde gerçek ve tüzel kişiler tarafından işletilmesi ve varsa mamullerinin pazarlama ve dağıtımının yapılması olarak tanımlanmıştır.

3096 sayılı Kanun'un, işletme hakkının devri yönteminin yasal dayanağını oluşturan 5. maddesine göre, görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılmış veya yapılacak üretim, iletim, dağıtım tesislerinin işletme hakkının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilecektir. Bu maddenin uygulanmasıyla ilgili hususlar ise, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir yönetmelik²⁸ çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından yürütülecektir.

3096 sayılı Kanun'un, sözleşmenin sona ermesi ve tesislerin yeniden Devlete devredilmesi hususunu düzenleyen 8. maddesi, işletme hakkı devir sözleşmeleri için de geçerlidir.

Bu yönteme ilişkin başvuru esasları, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından başvurunun değerlendirilerek şirketin tespit edilmesi, şirket tarafından fizibilite raporunun hazırlanması, Devlet Planlama Teşkilatı görüşünün alınması ve Bakanlar Kurulu kararının alınması hususları, görevlendirme usulündeki gibidir.²⁹

2. 3996 Sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"³⁰

Daha sonra 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede de işletme hakkının devrine ilişkin hükümler yer almıştır.

²⁸ 87/11488 sayılı Yönetmeliğin 7, 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, işletme hakkının devrine ilişkin özel düzenlemeler içermektedir.

²⁹ 87/11488 sayılı Yönetmelik, m. 5, 6

³⁰ 3996 sayılı Kanun'dan önce, 3096 sayılı Kanun'a çok benzeyen hükümler taşıyan, ancak konusu sermaye şirketlerinin otoyollar ve üzerindeki tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi için görevlendirilmeleri olan 28.5.1988 tarih ve 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" çıkarılmıştır.

1994 yılında, kamu hizmetlerinin yap-işlet-devret modeli ile yaptırılmasına ilişkin 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"³¹ çıkarılmıştır. Bu Kanun ile pek çok yatırım ve hizmetin³² yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesine olanak sağlanmıştır.

3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yap-işlet-devret modeli şöyle tanımlanmaktadır:

"İleri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade eder."

3996 sayılı Kanun'un kapsamını belirleyen 2. maddesi ile bir taraftan, önceden 3096 ve 3465 sayılı Kanunlarla düzenlenmiş bulunan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile otoyol yapımı ve işletilmesi yatırım ve hizmetleri de bu Kanun kapsamına alınmış, diğer taraftan, aynı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasında 3096 ve 3465 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulmuştur.

3996 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanunun kapsadığı yatırım ve hizmetlerin, Maliye, Bayındırlık ve İskan, Ulaştırma ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlıkları, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığınca müştereken hazırlanarak Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konacak bir Kararnamenin

³¹ RG, 13.6.1994/21959. Model ilk defa bu Kanunla yap-işlet-devret olarak adlandırılmıştır.

³² Köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti", maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, "otoyollar", demiryolları, yer altı ve yerüstü otoparkı, sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları vs. gibi birçok yatırım ve hizmetler (m.2).

getirdiği usul ve esaslara göre gerçekleştirileceği düzenlenmiş; buna göre de, 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılmıştır.³³

3996 sayılı Kanun'un 11 ve 12. maddelerinde 3096 sayılı Kanun'dan farklı olarak, hizmeti yürütecek özel şirket yararına muafiyetler³⁴ ve garantiler öngörülmüştür.³⁵

³³ 6.8.1994 tarih ve 94/5907 sayılı " Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar, RG, 1.10.1994/22068

³⁴ 3996 sayılı Kanunun 12'nci maddesine göre, Kanun kapsamındaki işlerde yabancı şirket veya sermaye şirketi damga vergisi ve harçlardan muaftır. 14'üncü madde de bu Kanun kapsamındaki işleri Devlet İhale Kanunu hükümlerinden müstesna tutmuştur.

³⁵ Hazine garantilerinin dayanağını, 3996 sayılı Kanun'un 4180 sayılı Kanun'la değişik 11. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeye göre, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan, 3996 sayılı Kanun'un uygulama usul ve esaslarını düzenleyen 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler gereği, sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedellerinin kamu kuruluşlarınca ödenememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye yetkilidir. 3996 sayılı Kanun'dan önce hazine garantilerine bütçe yasalarında yer verilmiştir.

Bu madde kapsamında, yatırım ve hizmetlerin özelliklerine göre farklı garanti tipleri ortaya çıkmıştır. Yap-işlet, yap-işlet-devret, üretim işletme hakkı devirlerinde (3096 sayılı Kanun kapsamında) görevli şirketin ürettiği elektriği belli bir kar sağlayacak şekilde belirlenen bir tarife üzerinden satın alma garantisi veren TEAŞ'ın ödemelerine Hazine garanti vermektedir.

Üretim tesislerinin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilmesinde "al ya da öde" prensibinin çok önemli bir rolü olduğu belirtilmiştir. Buna göre, üretim tesislerinde üretilen elektriğin TEAŞ tarafından satın alınamaması durumunda bedelinin üretim şirketine ödenmesi Hazine garantisi altındadır. (İhsan KULALI: a.g.u.t.)

Köprü krediler ise, uygulama (imtiyaz) sözleşmesinde kararlaştırılan koşullarda gerektiğinde, şirket hatası dışındaki durumlar nedeniyle beklenmedik şekilde ortaya çıkan finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla idare adına, fonlar veya diğer uluslararası finans kuruluşlarınca temin edilen ve kısmen veya tamamen Hazine garantisini haiz orta ve uzun vadeli tali kredilerdir. (Kürşat YERLİKAYA: a.g.t.) Bu kredilerin sağlanma ölçütleri, 94/5907 sayılı Yönetmelik'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Devlet Denetleme Kurulu'nun 2003/6 sayılı Araştırma Raporunda, bugüne kadar yapılan uygulamalarda, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Devlet Bakanına ait olan garanti verme kararının fiilen Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından kullanıldığı, Hazine garantisine ilişkin yükümlülüklerin bu Bakanlık tarafından Hazineye sorulmaksızın sözleşmeye konulduğu ve garanti mektuplarının sözleşmelere ek yapıldığı ifade edilmiştir (T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı "Elektrik Enerjisi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti).

3996 sayılı Kanun, projelerin ilan edilmesi şartını getirmiş, böylece görevli şirketin seçiminde rekabet unsuruna yeterli olmamakla birlikte bir ölçüde yer vermiştir. Ayrıca, Kanun kapsamındaki işleri yap-işlet-devret modeline göre yaptırmak isteyen idarenin önce Yüksek Planlama Kurulu'na başvurup iznini alması gerekmektedir (m. 4/3). Sermaye şirketi veya yabancı şirketle sözleşme imzalanması bu iznin alınmasından sonra mümkündür.

94/5907 sayılı Kararname'de, sözleşmelerin niteliklerine ilişkin belirlemeler yapılmıştır. Buna göre, "uygulama sözleşmesi", yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile görevli şirket arasında özel hukuk hükümlerine göre akdedilen ve imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte sözleşmeyi; diğer sözleşmeler ise, uygulama sözleşmesine bağlı olarak imzalanan ve uygulama sözleşmesi hükümlerine aykırı hükümler ihtiva etmeyen sözleşmeleri ifade etmektedir.

3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde de, imzalanan sözleşmenin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte ve özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 7. maddesine göre, bu sözleşmeler 49 yıldan fazla süreli olamayacak, sürenin sona ermesi ile birlikte şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler her türlü borç ve taahhütten ari olarak ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak idareye geçecektir (m.9).

3996 sayılı Kanun kamulaştırma konusunu da özel olarak düzenlemiştir. Kamulaştırılan taşınmazın mülkiyetinin idareye ait olacağı ve kamulaştırma bedelinin, sözleşmede aksi öngörülmedikçe idare tarafından ödeneceği hususları Kanun'un 10. maddesinde hükme bağlanmıştır.

3996 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden 5 ay kadar sonra 4047 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı bu Kanun kapsamından çıkartılmış ve yeniden 3096 sayılı Kanun kapsamına dahil edilmiştir. Öte yandan 3096 sayılı Kanun'a tabi işlerin de, 3996 sayılı Kanun'un yap-işlet-devret sözleşmesinin şeklini düzenleyen 5., Hazine Müsteşarlığı'nca verilecek garantileri düzenleyen 11., damga vergisi ve harç muafiyetini düzenleyen 12. ve ihalelerde 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmama hususunu düzenleyen 14. maddeleri hükümlerinden faydalanabilmelerine olanak sağlanmıştır. (m. 13/2). Böylece, elektrik hizmetlerinin özel kişilerce görülmesinde, ilansız ve ihalesiz usule geri dönmüştür.

3. Yargı Kararlarında 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar

Yukarıda belirtildiği gibi, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle idare ve sermaye şirketi arasında imzalanacak yap-işlet-devret sözleşmesinin imtiyaz teşkil etmeyeceği ve özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hususları düzenlenmiştir. 4047 sayılı Kanun'un öngördüğü düzenleme uyarınca, elektrikle ilgili yap-işlet-devret ve işletme hakkının devri sözleşmeleri de bu hüküm kapsamına alınmıştır. Ancak bu Kanunlarda öngörülen görev sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur.

Yüksek yargı organları tarafından 3096 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin ilk belirleme Danıştay tarafından yapılmıştır. Danıştay 1. Dairesi, 3096 sayılı Kanun'a göre yapılan sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçip geçmeyeceğinin sorulması üzerine verdiği istişari mütalaada, 3096 sayılı Kanun kapsamındaki işlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunu belirlemiş, üretim sözleşmesi ve görev sözleşmesinin hükümlerinin de idari karakterde olduğu kadar, kamu hizmeti

imtiyaz sözleşmelerinin tüm ayırıcı unsurlarını taşıdığını belirterek, bu sözleşmelerin Danıştay öndenetiminden geçirilmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁶

Anayasa Mahkemesi de, yukarıda özelleştirmeye ilişkin düzenlemeler kapsamında zikredilen 9.12.1994 tarihli kararı³⁷ ile 3974 sayılı Kanun'un, 3096 sayılı Kanun'a göre akdedilen sözleşmeleri de kapsayacak biçimde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren iktisadi devlet teşekküllerinin, özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmesine veya mevcutların işletme haklarını devralmasına ilişkin olarak üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmeyeceğini öngören Ek 5. madde hükmünü iptal etmiştir. Mahkemeye göre,

"Yap-işlet-devret modelinin uygulanması için yapılan sözleşmelerin Danıştay'ın ön denetiminden geçirilmemesini sağlamak amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Oysa, Türkiye Cumhuriyeti kurulurken imtiyaz sözleşmeleri konusunda çok duyarlı davranılmış; 1924 (m. 51), 1961 (m. 140) ve 1982 (m. 155) Anayasaları ile bu yetki Danıştay'a verilmiştir. Aslında bu sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesi uzun süre özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için Danıştay öndenetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı vardır."

Ayrıca, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan "Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir" cümlesi de Anayasa Mahkemesinin 28 Haziran 1995 tarihli kararı³⁸ ile Anayasanın 2 (Cumhuriyetin Nitelikleri), 11 (Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü), 37 (Kanuni Hakim Güvencesi), 125 (Yargı Yolu) ve 155. (Danıştay) maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anılan kararda, 3996 sayılı Kanun kapsamındaki işlerin, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler olmaları nedeniyle "kamu hizmeti imtiyazı" niteliğinde

³⁶ Dan. 1. D., 1992/232E. 1992/294K., 24.9.1992, DD, S. 87, 37

³⁷ AYM, 1994/43E., 1994/42-2K., RG, 21.1.1995/22181

olduğuna hükmedilmiş ve idare ile özel girişimci arasındaki sözleşmelerin idari yargı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yukarıda anılan karar sonucunda 3096 sayılı Kanun'a tabi işlerin de özel hukuk hükümlerine tabi olması engellenmiştir.

Anılan bu kararlardan sonra, bu kez 30.8.1996 tarihli ve 4180 sayılı Kanun³⁹ çıkarılmıştır. Kanun'un 1. maddesi ile, 3996 sayılı Kanun'un 11. maddesi değiştirilerek "Bu Kanunun 4. maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler ... " haline getirilmiştir. Bu düzenleme ile, daha önceki Anayasa Mahkemesi kararları sonucunda 3996 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olmaları imkanı sona ermiş olmasına rağmen, herhangi bir değişiklik yapılmayarak yürürlükte kalan 1994/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına yollama yapılarak, bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi ve imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olmaları sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak, bu hüküm hakkında da Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermiştir.⁴⁰

Özetle, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar kapsamında idare ve özel kişiler arasında akdedilecek sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi şeklinde yapılması ve bu sözleşmelerin idari yargı denetimine tabi tutulması yönünde içtihat oluşturmuşlardır.

4. 4283 Sayılı "Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun"

³⁸ 1994/71E., 1995/23K., R.G. 20.3.1996/22586

³⁹ 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", RG 4.9.1996/22747

4283 sayılı Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁴¹ ve Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik⁴², Yap-İşlet modelinin⁴³ yasal çerçevesini oluşturmaktadır.

4283 sayılı Kanun ile hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller kapsam dışında bırakılarak, sadece termik santraller için yerli veya yabancı üretim şirketlerine mülkiyeti kendilerine ait olmak üzere tesis kurma ve işletme izni verilmesi ile enerji satışına dair esas ve usuller düzenlenmiştir (m.1).

Yap-işlet yöntemi esasen 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinde ve 85/9799 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ile Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik"te düzenlenen "elektrik üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesi" yönteminden, tesislerin mülkiyetinin üretimi gerçekleştiren özel kişiye ait olması hususu dışında farklı değildir.

Bu model kapsamında, şirketler yıllık bazda belli miktarda elektrik üretmeyi, kamu kuruluşu da bu miktarı satın almayı, yapılacak bir "Enerji Satış Anlaşması" ile taahhüt etmektedir. Kamu kuruluşunun şirketten enerji

⁴⁰ AYM, 26.3.1997, 1996/63 E, 1997/40 K sayılı karar

⁴¹ RG, 19.7.1997/23054

⁴² RG, 29.8.1997/23095

⁴³ Bu yöntem ilk kez 9.5.1996 tarihli ve 96/8269 sayılı "Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi Hakkında" Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir. Bu Bakanlar Kurulu Kararı, 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun bakanlığın görevlerini düzenleyen 2'nci maddesine dayandırılmıştır. Ancak Danıştay 10'uncu Dairesi, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme izni verme konusundaki her türlü düzenlemenin 3096 sayılı Kanunda belirlenen esaslara göre yapılması gerektiğini, 3096 sayılı Kanun hükümleri gözardı edilerek Bakanlar Kurulu Kararı ve buna dayalı olarak tebliğle yapılan düzenlemelerin yasal dayanağının bulunmadığını ifade ederek 1996/8792 sayılı kararı ile, anılan Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan "Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğin" yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir.

alımı veya şirkete ödemeleri yapması Hazine garantisi ile güvence altına alınmaktadır ("al ya da öde"). Tesislerin mülkiyeti şirkete ait olup, sözleşme süresinin sonunda kamuya devri söz konusu değildir. Buna bağlı olarak, tesisin kurulacağı arazinin satın alınması şirketin kendi sorumluluğunda olmaktadır. Ayrıca, kamulaştırma da yapılmamakta, bununla birlikte şirket tarafından satın alınan arazinin bedeli proje bedeli içine dahil olmakta ve elektrik satış fiyatına dahil edilmektedir.

C. Uygulamada Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkının Devri Sözleşmeleri

1. Yap-işlet-devret Uygulamaları

Anayasa Mahkemesi'nin, 3974 ve 3996 sayılı Kanunların elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretine ilişkin sözleşmelerin özel hukuka tabi olarak düzenlenmelerine imkan sağlayan hükümlerini iptal etmesinden sonraki dönemde, 3096 ve 3996 sayılı Kanunlar kapsamındaki yap-işlet-devret ve işletme hakkının devri sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi şeklinde hazırlanarak Danıştay incelemesine tabi tutulmuştur.

Bununla birlikte, bu kararlardan önceki dönemde imzalanan sözleşmelerde tahkime yer verilmiştir.⁴⁴ 1992-1996 yılları arasındaki dönemde 4 tane yap-işlet-devret projesi⁴⁵ uluslararası kaynaklarla finanse

⁴⁴ Cemal ŞANLI: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (İstanbul, 2002), 220

⁴⁵ Birecik Hidroelektrik Santraline ilişkin sözleşme 19.3.1993 tarihinde imzalanmış; 4.10.2001 tarihinde ise santral üretim yapmaya başlamıştır. Marmara Ereğlisi-Unimar doğal gaz santrali ve Marmara Ereğlisi-Trakya Doğalgaz Kombine santraline ilişkin sözleşmeler 28.5.1993 tarihinde imzalanmış ve Haziran 1999'da işletmeye alınmışlardır. Esenyurt doğal gaz santraline ilişkin sözleşme ise 12.5.1993 tarihinde imzalanmış ve santral 22.5.1999 tarihinde faaliyete geçmiştir (T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı Araştırma Raporu Özeti).

edilmiş ve Danıştay denetiminden geçirilmemiş ve uluslararası tahkim şartı taşıyan sözleşmelerle özel kişilere verilmiştir. Bu sözleşmeler, Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümediğinden anılan karara karşı geçerliliklerini sürdürmüşlerdir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından sonraki dönemde uluslararası finansman yöntemiyle hiçbir yap-işlet-devret projesi gerçekleşmemiş⁴⁶ ise de, bu dönemde de 3096, 3974, 3996, 4046, 4047 sayılı Kanunlar uyarınca yapılmış Yap-İşlet-Devret niteliğindeki bazı sözleşmelerin, özel hukuk sözleşmesi ile kamu hizmeti gördürmenin hukuka aykırılığı Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşmiş içtihatlarıyla belirlenmiş olmasına rağmen, ya bu türdeki sözleşmeler için dava açılmaması, ya davanın süresi içinde açılmaması, ya da tamamlanmış ve artık "özel hukuk hükümleri uyarınca, taraflara karşılıklı olarak hak ve borçlar yüklemiş" özel hukuk sözleşmesinin, tarafların "karşılıklı irade beyanları veya yargı kararıyla ortadan kaldırılmadığı sürece" kamu hizmeti rejimine tabi tutulmasının mümkün olmaması nedenlerinden dolayı geçerliliklerini koruduğu ifade edilmiştir.⁴⁷ Bu arada, 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinin iptal edilmesinden, kesinleşmesine kadar olan hukuki boşluk döneminde 14 yap-işlet-devret sözleşmesinin imzalandığını da belirtmek gerekmektedir.⁴⁸

2003 yılı itibariyle, yap-işlet-devret yöntemiyle işletmeye alınmış, Hazine garantili 23 adet elektrik santrali bulunmaktadır.⁴⁹

⁴⁶ Mehtap YILDIRIM ÖZTÜRK, Şebnem ÖNDER: "Can The New Approach of The Turkish Constitutional Court Save The Country's Power Projects?", Ekim 2002, Çakmak Ortak Avukat Bürosu- Publications, <http://www.cakmak-av.com.tr/article15a.html>, alınma tarihi: 17.11.2003

⁴⁷ Ali ULUSOY: "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görüş Usulleri Kavramları", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 13

⁴⁸ Enis BERBEROĞLU: "Pahalı Elektrik'in Hikayesi", Hürriyet Gazetesi, 18.4.2000. <http://www.turkelektrik.com/ho-2001-2-28-KIT.htm>, alınma tarihi: 17.11.2003

2. Yap-işlet Uygulamaları

Yap-işlet yöntemi kapsamında, 5 adet termik santral faaliyette bulunmaktadır.⁵⁰ Bu santralleri konu alan yap-işlet projelerinin tümünde, TEAŞ'ın Elektrik Satış Anlaşmalarından kaynaklanan ödeme yükümlülükleri Hazine tarafından garanti edilmiştir.

3. İşletme Hakkının Devri Uygulamaları

İşletme hakkının devri yöntemi kapsamında uygulamadaki ilk örnekler Çukurova Elektrik A.Ş., Kepez ve Antalya Havalisi Türk Elektrik A.Ş.⁵¹, Aktaş

⁴⁹ T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı Araştırma Raporu Özeti

⁵⁰ Bu santraller şunlardır:

- İzmir Doğalgaz Ateşlemeli Elektrik Santrali. İmtiyaz sahibi şirket ENKA ve Bechtel ortaklığıyla kurulan İzmir Elektrik Üretim A.Ş.'dir. Ocak 2003'te işletmeye alınmıştır.
- Gebze Doğalgaz Ateşlemeli Elektrik Santrali. İmtiyaz sahibi ENKA ve Bechtel ortaklığıyla kurulan Gebze Elektrik Üretim A.Ş.'dir. Ocak 2003'te işletmeye alınmıştır.
- Adapazarı Doğalgaz ateşlemeli Elektrik Santrali. İmtiyaz sahibi şirket yine ENKA ve Bechtel ortaklığıyla kurulan Adapazarı Elektrik Üretim A.Ş.'dir. Bu da Ocak 2003'te işletmeye alınmıştır.
- Ankara Doğalgaz Ateşlemeli Elektrik Santrali. İmtiyaz sahibi şirket, Bayındır ve Mimag ortaklığıyla kurulan Baymina Elektrik Üretim A.Ş.'dir. Ocak 2003'te işletmeye alınmıştır.
- Iskenderun Termik (İthal Kömür) Santrali. İmtiyaz sahibi şirket, Siemens ve Steag ortaklığıyla kurulan Iskenderun Elektrik Üretim A.Ş.'dir. Haziran 2003'te işletmeye alınmıştır.

⁵¹ 1312 sayılı Kanuna dayalı olarak İcra Vekilleri heyetinin 25.6.1953 tarih ve 1017 sayılı kararıyla 26.8.1953 tarihinde yapılan imtiyaz sözleşmesi gereğince, Adana ve İçel illerinin enerji üretimi, nakli ve satış imtiyazı 49 yıl sonunda Devlete devredilmek üzere ÇEAŞ'a verilmiştir. Ayrıca, 18.9.1956 tarih ve 9410 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan imtiyaz sözleşmesi ile de Kepez'e bu tarihten başlamak üzere 60 yıllık imtiyaz verilmiştir. Sözleşmelere göre, ÇEAŞ ve Kepez'e bölgelerindeki belediyelere ve bunlara bağlı işletmelere toptan satış; bazı sanayi tesislerine de doğrudan satış yoluyla ürettikleri elektriği verme yetkisi tanınmıştır.

ÇEAŞ ve Kepez'de kamuya ait hisseler 3291 sayılı Kanun çerçevesinde 1990 yılında halka arz, 1993 yılında blok satış yöntemiyle satılmıştır. Blok satış sonucunda, ÇEAŞ ve Kepez'deki kamu payları Rumeli Elektrik A.Ş. tarafından satın alınmıştır.

Elektrik A.Ş., Kayseri ve Civarı Elektrik T.A.Ş.⁵², ne verilen görevlendirmeler ile başlamıştır.

Diğer taraftan, 26.9.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, ÇEAŞ ve Kepez'e kendi görev bölgeleri olan 1 ve 2'nci görev bölgelerinde 70 yıl süreyle elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma görevi verilmiştir. Bu Karara dayanarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile şirketler arasında 19.10.1988 tarihli "Görev Verme Sözleşmesi" ile Hatay ili 1'inci görev bölgesine dahil edilmiş ve 23.6.1989 tarih ve 89/14305 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, bölgelerdeki kamuya ait elektrik tesislerinin işletme hakları 70 yılına ÇEAŞ ve Kepez'e verilmiştir. Böylece, 1953 ve 1956 yıllarında yapılan sözleşmelerin süreleri 2058 yılına kadar uzatılmıştır (İhsan KULALI: a.g.u.t.).

Böylece hem imtiyazlı hem görevli şirket konumuna gelen ÇEAŞ ve Kepez ile enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında görev sözleşmeleri imzalanmış olmasına karşın, TEK ile bu şirketler arasında "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" ve bu sözleşme gereği olarak yeni bir "Elektrik Satış Anlaşması" imzalanmamıştır. Bunun sonucunda, bu şirketlerin sıfır kayıplı, yüksek gelir sağlayan sanayi kuruluşlarına ve az sayıda köye elektrik satışı yapmaya yasal olarak devam ettiği; mesken, ticarethane, resmi daire vs. gibi zararlı alım yapan ve ücret ödemeyen abonelerin TEAŞ'a kaldığı belirtilmiştir (Yüksek Denetleme Kurulu 1994 Yılı TEAŞ Raporu, 11'den aktaran İhsan KULALI: a.g.u.t.).

⁵² Bakanlar Kurulunun 27.11.1988 tarih ve 88/13492 sayılı kararıyla Kayseri ve Civarı Elektrik T.A.Ş., 3096 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, 10'uncu görev bölgesi olan Kayseri ilinin tamamı ile Sivas iline bağlı bazı ilçe ve köyleri içine alan bölgede 70 yıl süre ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmiştir. Bakanlar Kurulunun 23.6.1989 tarih ve 89/14305 sayılı kararı ile de, 3096 sayılı Kanunun 5'inci maddesine göre aynı bölgede bulunan kamuya ait elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri üzerinde işletme hakkı verilmiştir.

Anılan kararlarla bu şirkete görev ve işletme hakkı verilmesinden sonra, sırasıyla, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile şirket arasında 12.1.1989 tarihinde 70 yıl süreli "Görev Verme Sözleşmesi", TEK ile şirket arasında ise, 8.1.1990 tarihinde aynı süreli "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" ve 9.2.1990 tarihinde de "Enerji Satış Anlaşması" imzalanmıştır (İhsan Kulalı: a.g.u.t.).

Bakanlar Kurulunun 24.8.1989 tarih ve 89/14393 sayılı kararıyla Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş., 3096 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre 16'ncı görev bölgesi olan İstanbul İli, Anadolu yakasında, batıda İstanbul Boğazı, kuzeyde Karadeniz, doğuda İstanbul-İzmit İl sınırı, güneyde Marmara Denizi sahilleri ve Büyükdada, Heybeli, Burgaz, Kınalı, Sedef Adalarının sınırlandırdığı alan içinde kalan bölgede 30 yıl süre ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmiştir.

Daha sonra, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile bu şirket arasında 3096 sayılı Kanunun 3 ve 5'inci maddeleri ve anılan Bakanlar Kurulu Kararı gereğince 24.11.1989 tarihinde 30 yıl süreli "Görev Verme Sözleşmesi" ve 30.3.1990 tarihinde de TEK ile bu şirket arasında "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" imzalanmıştır (İhsan Kulalı: a.g.u.t.).

Aktaş Elektrik A.Ş. ile Kayseri ve Civarı T.A.Ş. tarafından yapılan elektrik tahsilatının TEDAŞ Genel Müdürlüğüne geri ödenmesinde mahsuplaşma sistemi uygulanmıştır. Bu sisteme göre, TEDAŞ ile şirketler arasında işletme yılının başında geçici bir bütçe yapılarak enerji alış fiyatı belirlenmiş, yıl sonunda da fiili gelir ve gider kalemleri tespit edilerek taraflar arasında mahsuplaşma yapılmıştır. Ancak, şirketlerin işletme giderleri ve yatırım masrafları hakkında bir üst sınır tespit edilmemiş olduğundan taraflar arasında uyuşmazlıklar çıkmış ve taraflarca yargıya başvurulmuştur (Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Elektrik Enerjisi Özel İhtisas Komisyonu Raporu).

Bu anlaşmazlıkların temelinde, sözleşmelerde enerji fiyatlarının belirlenmesi, elektrik kayıp-kaçak oranları ve genel aydınlatma paylarının karşılanması, yatırımların finanse edilmesi, gerçekleştirilen yatırımların yerinde ve zamanında kontrol edilmesi, dönemsel hesap mutabakatı ve mahsuplaşmanın yapılmasına ilişkin usul ve esaslar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya sözleşme şartlarının ihlal edilmesi halinde

19.1.1996 tarih ve 96/8810 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla, elektrik dağıtım müesseseleri 29 görev bölgesine ayrılmıştır. Bu bölgelerden 4'üne ait işletme hakları önceden verilmiş bulunduğundan, kalan 25 adet görev bölgesinde dağıtım tesislerinin⁵³ 30 yıl, 12 adet termik santralin⁵⁴ ise 20 yıl süreli olarak işletme haklarının devredilmesi yöntemiyle özelleştirilmesine yönelik ilanlar yayımlanmıştır.

Verilen ilanlardan sonra dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin olarak, şirketlerden alınan teklifler değerlendirilmiş ve 14 dağıtım görev bölgesi için görevlendirme yapılarak bu doğrultuda Bakanlar Kurulu Kararları çıkarılmıştır. İşletme hakkı devir sözleşmeleri ise, imtiyaz sözleşmesi şeklinde hazırlanıp Danıştay incelemesinden geçirildikten sonra 1999 yılında imzalanmıştır.⁵⁵

uygulanacak cezai yaptırımlar ve sözleşmeyi tek taraflı fesih yetkileri gibi hususların açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olmasının bulunduğu belirtilmiştir (İhsan KULALI: a.g.u.t.).

Ayrıca, 30.3.1990 yılında Aktaş Elektrik A.Ş. ile imzalanan işletme hakkı devir sözleşmesi, Danıştay tarafından, sözleşmenin kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunmasına karşın Danıştay incelemesinden geçirilmeden imzalanmış olması nedeniyle 24.9.1993 tarihinde iptal edilmiştir.

Bu iptal kararından sonra, 28.12.1994 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 94/6544 sayılı Kararname ile, Aktaş'a aynı bölgede TEDAŞ'a ait dağıtım tesislerinin işletme hakkının 30 yıl süre ile verilmesi karara bağlanmıştır. Bu kez işlemler imtiyaz hukuku kapsamında ve Danıştay incelemesinden geçirilerek yapılmıştır. Ancak, anılan iptal kararının verilmesinden, işletme hakkı devir sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen yaklaşık bir yıllık sürede, yasal dayanağı kalmamış olmasına rağmen başta elektrik satış anlaşması olmak üzere anlaşmalar imzalanmıştır (Yüksek Denetleme Kurulu, 1994 Yılı TEAŞ (Ankara: YDK, 1995) Raporu, 15'ten aktaran İhsan Kulalı: a.g.u.t.).

⁵³ RG, 24.11.1996/22827

⁵⁴ RG, 16.11.1996/22819

⁵⁵ Görevli şirketler, görev bölgeleri ve sözleşmelerin imzalanma tarihlerine ilişkin bilgiler şöyledir:

11 nolu Kocaeli, Gebze görev bölgesinde CEDAŞ ile, 12 nolu Sakarya, Bolu görev bölgesinde Sakarya Bolu Dağıtım Elektrik Dağıtım A.Ş. (SBD) ile, 13 nolu Ankara, Kırıkkale görev bölgesinde AKEDAŞ ile, 18 nolu Kırşehir, Nevşehir, Niğde, Aksaray görev bölgesinde ANDAŞ ile, 19 nolu Sivas, Tokat, Yozgat görev bölgesinde KIZILIRMAK... ile, 22 nolu Malatya, Elazığ, Tunceli, Bingöl görev bölgesinde GAP Elektrik Dağıtım ve Sanayii Ticaret A.Ş. ile, 23 nolu Kahramanmaraş, Adıyaman görev bölgesinde AKEDAŞ ile, 25 nolu Şanlıurfa görev bölgesinde ŞUREDAS ile, 28 nolu Zonguldak, Çankırı, Bartın, Karabük görev bölgesinde BATI KARADENİZ ile 7.1.1999 tarihinde;

17 nolu Samsun, Ordu, Sinop görev bölgesinde PARKUR ile 8.1.1999 tarihinde;

3 nolu Tekirdağ, Edirne, Kırklareli görev bölgesinde TEKAŞ ile 15.9.1999 tarihinde;

4 nolu Bursa, Yalova görev bölgesinde BURYAL ile, 20 nolu Trabzon, Rize, Artvin, Giresun, Gümüşhane görev bölgesinde ZIGANA ile, 29 nolu İstanbul İli, Avrupa Yakası

Elektrik dağıtımı ile ilgili bu sözleşmelerden hiçbirinin uygulamaya sokulmadığını belirtmek gerekmektedir. Üretimle ilgili olarak da, bazı elektrik üretim tesislerinin işletme haklarının devredilmesi için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca sözleşmeler imzalanmışsa da, bunlar içinden sadece Çayırhan Termik ve Hazar I-II Hidroelektrik santrallerinin devri gerçekleştirilebilmiştir.⁵⁶

Bu dönemde işletme hakkının devri uygulamalarının sonuçlandırılmamasının sebepleri çeşitlidir. Konuyla ilgili kamu kuruluşları arasında fikir ayrılıklarının ve koordinasyon eksikliğinin bulunması, her iktidar değişikliğinde konunun yeni baştan ele alınması, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nda meydana gelen "Beyaz Enerji" gibi yolsuzluk skandalları nedeniyle bürokrasinin işlemez hale gelmesi; ayrıca Dünya Bankası'nın ve IMF'nin müdahaleleri sonucunda bu projeler yıllarca sürüncemede kalmıştır.

Bu sayılanlara örnek vermek gerekirse, 1996 yılında verilen ilanlardan sonra elektrik tesislerinin işletme haklarını devralmak için başvuran ve başarılı olan şirketlere, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından verilen şartnamelerde, tesisleri devralabilmek için gereken yabancı kredilerin geri ödemelerine Hazine garantisi verileceği öngörülmüştür. Bu şirketler de, yabancı finans kuruluşlarına veya yatırımcılara başvurularında, alacakları kredilerin geri ödenmesine garanti verileceği hususunu belirtmişlerdir. Ancak, Dünya Bankası'nın bu projelere garanti verilmemesi yönünde istekleri⁵⁷ ve Hazine'nin de garanti vermeye yanaşmaması, fiilen işletme hakkı devir sözleşmelerinde Hazine garantisi verilmemesi sonucunu doğurmuştur. Bu

görev bölgesinde İSEDAŞ ile 21.10.1999 tarihinde Danıştay onayından geçen imtiyaz sözleşmeleri imzalanmıştır.

⁵⁶ T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı Araştırma Raporu Özeti

⁵⁷ Dünya Bankası temsilcisinin işletme hakkı devredilecek olan 14 dağıtım ve 8 termik santral ihalesinin iptalini, işletme hakkı devri yerine bu kuruluşların doğrudan satılmasını istediği öğrenildi. Dünya Bankası, 1.3 milyar dolarlık kamu ve mali sektör uyum kredisinin (PFSAL-2) kullanılabilmesi için işletme hakkı devirleri sorununun çözülmesini istiyor ("Enerji Projeleri Gerekçeli Kararı Bekliyor", Dünya Gazetesi, 20.2.2000).

nedenle, tesisleri devralma hakkını elde eden şirketlerin bir kısmı projelerine finansman bulamamış, dolayısıyla tesisleri devralarak faaliyete geçememişlerdir. Garanti verilmemesine rağmen finansman bulabilen ve işletme hakkı devir bedellerini ödemeye hazır olan bazı şirketler ise, devir işlemlerinin başlatılmaması veya başlatıldığı halde sonuçlandırılmaması nedeniyle tesisleri devralamamışlardır. Öte yandan, tesislerin işletme haklarının her an devredilmesi beklentisi nedeniyle, tesislerin iyileştirilmesi için gereken yatırımlar da yapılmamış ve bunların eskiyip yıpranmasına sebep olunmuştur.

Dağıtım tesislerinin işletme hakkının devrine ilişkin olarak 1998 yılında imtiyaz sözleşmesi şeklinde hazırlanarak Danıştay incelemesine sunulmuş bir sözleşme tasarısı⁵⁸ aşağıda incelenmiştir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı şirketlerle genellikle tip sözleşmeler akdettiğinden, bu sözleşme hükümlerinin ana hatlarıyla işletme hakkının devri kapsamındaki diğer örneklerinin özelliklerini taşıdığı düşünülmektedir.

Buna göre, görev bölgelerinde faaliyet izni verilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının çıkarılmasını takiben, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görevli şirket arasında, konusu, belirlenen görev bölgesinde, belirlenen bedel karşılığında, mevcut elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devri, bu tesislerin iyileştirilmesi, yeni tesislerin yapımı, enerji ticareti yaptırılması ile sözleşme süresi sonunda söz konusu tesislerin Bakanlığa veya Bakanlığın göstereceği kuruluşa devredilmesi olan bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmaktadır. Bu sözleşmenin Danıştay incelemesinden sonra taraflarca imzalandığı tarihten itibaren yürürlüğe gireceği hükme bağlanmakta, yürürlük tarihinden itibaren de Bakanlık koordinasyonunda on iki ay içinde TEAŞ ile Elektrik Satış Anlaşması, TEDAŞ ile Devir Sözleşmesi⁵⁹ ve Elektrik Enerjisi

⁵⁸ 23 no.lu Adıyaman-Kahramanmaraş görev Bölgesinde Elektrik Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Tasarısı (Danıştay Birinci Daire: Esas No: 1998/109, Karar No: 1998/x).

⁵⁹ Devir sözleşmesi, şirket ile TEDAŞ arasında imzalanan ve sözleşmeye konu dağıtım tesisleri ve ilgili birimlerinin sözleşme süresi sonuna kadar işletilmek üzere şirkete

Fonu ile Fon Anlaşması imzalanması gerekmektedir. Bu sürenin, şirketin talebi ve Bakanlığın onayı ile her biri üç ayı geçmeyecek şekilde iki kez uzatılabileceği hükmü sözleşmede yer almaktadır.

Elektrik dağıtımıyla görevli şirketin, imtiyaz sözleşmesi ve bununla bütünlük arz eden yukarıda sayılan anlaşmalar ve eklerinden kaynaklanan yükümlülüklerin tamamının güvencesi olarak, görev bölgesinin bir önceki yıl enerji satış hasılatının %3'ü tutarında kesin teminat mektubunu imtiyaz sözleşmesinin imzalanması aşamasında Bakanlığa vermesi ve teminat mektubunu satış hasılatındaki artışa göre üç yılda bir güncelleştirmesi gerekmektedir. Sözleşmenin süresinden önce şirket kusuru nedeniyle feshedilmesi halinde, verilen bu teminat Elektrik Enerjisi Fonuna irat kaydedilecektir.

Sözleşme kapsamında görevli şirket tarafından Elektrik Enerjisi Fonu'na iki taksitte olmak üzere işletme hakkı devir bedeli ödenmektedir.⁶⁰ Buna göre işletme hakkı devir bedelinin ilk yarısı, şirketin Bakanlık ile dağıtımına ilişkin imtiyaz sözleşmesini, TEAŞ ile Elektrik Satış Anlaşmasını, TEDAŞ ile Devir Sözleşmesini ve Elektrik Enerjisi Fonu ile Fon Anlaşması'nı imzalamasından sonra, oluşturulan Devir Kurulu'nun fiili devir tarihini Bakanlığa bildirmesini müteakip, Bakanlık tarafından şirkete yapılacak tebligat üzerine, şirket tarafından defaten Elektrik Enerjisi Fonu'na ödenecek,

devredilmesi; tesislerin devir işlemlerini yapmak üzere, Bakanlık, TEDAŞ ve şirket temsilcilerinin katılacağı bir Devir Kurulunun oluşumu, çalışma usul ve esasları, görev ve yetkileri; karşılığı işletme fiyatı içinde yer almayıp, görev bölgesi ortalama satış fiyatına dahil edilerek tarifeyle yansıtılan ve kamu adına şirket tarafından yapılacak yeni tesisler ve iyileştirme çalışmalarıyla ilgili yatırımların detayları ve bunların geçici kabulle şirkete devri esasları; tesislerde çalışan personelin şirkete devrinin usul ve esasları ve abonelerden alınmış teminat bedellerinin şirkete devir esasları gibi hususları düzenleyen sözleşmedir.

⁶⁰ İşletme hakkı devir bedellerinin karşılanabilmesi için uluslararası kredi temini gerekmiş; bu kredilerin geri ödemelerinin de, abonelerden tahsil edilecek ücretlere esas oluşturan tarifelere yansıtılması öngörülmüştür. Bu ise, hizmetten yararlananların daha yüksek fiyatla elektrik satın alması anlamına gelmektedir. Aslında, işletme hakkının devri yönteminin mantığı irdelendiğinde, (hizmetin daha iyi işletilmesi, teknolojik yatırımların yapılması vs.) tesislerin bedelsiz devredilmesinin daha uygun olduğu düşünülmektedir. Bu yolla, işin başında ödenen işletme hakkı devir bedelleri için alınan kredilerin geri ödenmesinin tarifeyle yansıtılmasına gerek kalmayacak; elektriğin fiyatı daha düşük miktarda oluşabilecektir.

ödemenin yapıldığı gün fiili devir gerçekleştirilecektir. Devir bedelinin ikinci yarısı ise, fiili devir tarihinden itibaren iki yıl içerisinde birer yıl arayla iki eşit taksitte Fon'a ödenecektir. Sözleşmelere göre, mücbir sebep halleri dışında işletme hakkı devir bedelinin belirlenen sürelerde ödenmemesi halinde ikinci bir bildirimle gerek kalmaksızın sözleşme feshedilecek ve şirketin vermiş olduğu kesin teminat Fon'a irat kaydedilecektir.

Görülecek hizmete ilişkin esaslar imtiyaz sözleşmelerinde belirlenmiştir. Buna göre, şirketin fiili devir tarihinden itibaren 4 yıl içinde ISO 9000 kalite belgesini alması, mevcut veya yapacağı dağıtım tesisleri ile görev bölgesinin elektrik ihtiyacını yönetmeliklere uygun olarak hiçbir aksaklığa yer vermeden yerine getirmesi⁶¹, hizmet için gerekli inşaat ve tesisleri Bakanlık veya Bakanlığın uygun gördüğü kuruluşça onaylanacak projelerine göre yapması hüküm altına alınmıştır. Görev bölgesinde elektrik enerjisi satma yetkisine sahip üçüncü kişilerden alınacak elektrik enerjisinin alışveriş suretiyle ticaretini yapma yetkisi de münhasıran görevli dağıtım şirketine tanınmıştır.

Görevli şirketin yapacağı yatırımlara ilişkin olarak, kısa, orta ve uzun dönem master planlarını ve buna bağlı olarak beş yıllık yatırım programını hazırlayarak işletme hakkının devrinden itibaren iki yıl içerisinde Bakanlığın onayına sunması gerekmektedir. Beş yıllık yatırım programına uygun yıllık yatırım programları ise, ait olduğu yılın üç ay öncesine kadar Bakanlık onayına sunulacaktır. Bu plan ve programların hazırlanmasında ve uygulanmasında uyulacak standartlar, yönetmelikler, tip proje ve teknik şartnamelere imtiyaz sözleşmesinde atıfta bulunulmuş, bunların onaylanması usulleri de detaylı olarak düzenlenmiştir. Bakanlık, master planları ve beş yıllık ve yıllık yatırım programları üzerinde değişiklik yapmaya, bu plan ve programların düzenlenmesi ile uygulanmasında izlenecek usul ve esasları

⁶¹ Şirketin, arıza halleri ve TEAŞ'dan kaynaklanan nedenler dışında tüm müşterilerine günün her saatinde standardına uygun elektrik enerjisi vermesi zorunlu

belirlemeye ve bunları denetlemeye yetkilidir. Ayrıca, şirketin yatırım programında yer almayan, ancak ülke ihtiyacı için tesisi Bakanlıkça zorunlu görülen yatırımların şirket tarafından veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla birlikte gerçekleştirilmesi Bakanlıkça sağlanacak, bunların finansmanı da ek yatırım bütçesi yapılmak suretiyle görev bölgesi ortalama satış fiyatına⁶² dahil edilerek tarifeye yansıtılacaktır.

İmtiyaz sözleşmelerinde, şirketin her türlü faaliyeti ile tesislerin, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bütün aşamalarda Bakanlık veya Bakanlığın tayin ettiği kuruluşlar tarafından denetime tabi olduğu, denetim sonucu tespit edilen aksaklıkların giderilmesi için Bakanlık tarafından şirkete uygun süre verileceği, bu sürede aksaklıklar giderilmediği takdirde, Bakanlığın hizmetin sürekliliğini sağlamak amacı ile masrafları şirkete ait olmak üzere gerekli tedbirleri alacağı veya aldıracağı hususları hükme bağlanmıştır. Şirket, görev bölgesinin ihtiyacı olan enerjinin dağıtımı için gerekli olan yatırımların tamamını Bakanlıkça onaylanan program çerçevesinde mücbir sebepler hali dışında gerçekleştiremediği takdirde, Bakanlık, masrafları şirkete ait olmak üzere her türlü önlemi almaya yetkilidir.

Yukarıda bahsedilen yatırımların finansmanı, yatırım harcamalarının tarifeye yansıtılması yöntemiyle gerçekleştirilmektedir. Yatırım harcamaları, Bakanlık tarafından onaylanacak yıllık yatırım programlarının toplam tutarlarından, yıl içinde tahsil edilmesi öngörülen tesise katılım bedeli düşüldükten sonra, aylara bölünerek tarifeye yansıtılacaktır. Harcamaların tarifeye doğru şekilde yansımaları sağlamak için yıl içinde üçer aylık dönemler halinde denetimler yapılması, bu denetimler sonucunda fiili harcamanın tahsis edilen ödenekten daha düşük olduğunun belirlenmesi

tutulmuştur. Şirkete yalnızca, tesislerin bakım ve onarımı dolayısıyla, her bir dağıtım trafosu başına yılda en çok iki güne kadar hizmeti durdurabilme imkanı tanınmıştır.

⁶² Görev bölgesi ortalama satış fiyatı, belli bir dönem tarifesinin geçerli olduğu dönem için görev bölgesi ortalama satış fiyatı, bu tarife dikkate alınarak, görev bölgesinde şirketçe satın alınan enerjiden, kayıp kaçak oranı düşüldükten sonra, bütün abone gruplarının tüketecekleri enerjinin, enerji satış fiyatlarıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın, abone gruplarının tükettikleri toplam enerji miktarına bölünmesi sonucu bulunacak bedeldir.

halinde de, fazla miktarın temerrüt faiziyle görevli şirketten geri alınması öngörülmüştür. Yatırım harcamalarının tamamının tarifeye yansıtılmasının mümkün olmaması ve yansıtılamayan kısım için kredi alınmasının söz konusu olması halinde, kredi şartları Bakanlık ve Hazine Müsteşarlığı tarafından uygun bulunduğu takdirde, bu harcamalar bu kez, görev bölgesi ortalama satış fiyatına dahil edilerek tarifeye yansıtılacaktır.

Sözleşme hükümleri uyarınca, şirketçe devralınan ve inşa edilen tüm sabit tesisler ile teferruatları, TEDAŞ adına ve lehdarı TEDAŞ olmak ve bedeli şirket tarafından ödenmek üzere sigorta ettirilecek; bunun usul ve esasları devir sözleşmesinde gösterilecektir. Şirketin, bedeli tarifeye yansıtılarak veya kredi kullanarak yapacağı yeni tesislerin sigorta giderleri ise, yıllık bazda görev bölgesi ortalama satış fiyatına dahil edilecektir.

Elektrik enerjisi satış tarifesı, 3096 sayılı Kanun'un 9. maddesi ve sözleşmeyle belirlenen hususlar dikkate alınarak şirket tarafından hazırlanıp Bakanlığın onayına sunulacak; yeni tarifenin Bakanlık tarafından onaylanacağı tarihe kadar geçerli olacaktır. Tarifelerin tespitinde, şirketin dağıtım için satın aldığı elektrik enerjisi için ödeyeceği tutar, personel, yönetim ve denetim giderleri, tesisler ve teferruatın bakım ve onarımı için yapılan masraflar, şirketin yasal yükümlölükleri için ödeyeceği her türlü vergi, resim ve harçlar, kanuni ihtiyatlar, fonlar, yatırımlar için sağlanan kredilere ait faizler, ana para ile bunlara ilişkin kur farkları, görev konusu işlerle, Bakanlık tarafından verilecek sokak aydınlatması ve benzeri görevlerin ifa, idame ve idaresi için lüzumlu her türlü masraflar, işletme hakkı devir bedeli, makul bir temettü ve teknik ve sermaye amortismanlarının ilgili dönemlere ait tutarları dikkate alınacaktır.

Sözleşmelerde üçüncü kişilerin bu sözleşmeler karşısındaki durumları da düzenlenmiştir. Buna göre şirket, enerjiyi tüm müşterilere Bakanlığın onayıyla yürürlüğe girecek tip özel sözleşmeler yoluyla verecektir. Şirket ile müşteriler arasında, yapılacak tesislerden veya enerji satışından doğabilecek

uyuşmazlıklarda, Bakanlığın vereceği karar her iki taraf için de geçerli olacak, ancak Bakanlık konuyu otuz gün içinde sonulandırmazsa, uyuşmazlık genel hükümlere göre çözümlenecektir.

3096 sayılı Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler, ayrıca Kanun kapsamında imzalanan sözleşme hükümleri incelendiğinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının (hizmetin asli sorumlusu olarak) şirketlerin seçimi, sözleşmelerin imzalanması, yapılan yatırımların ve yürütülen hizmetlerin planlamadan uygulamaya her aşamada denetlenmesi, enerji üretim miktarının Bakanlık tarafından belirlenmesi, enerji satışı tarifesinin Bakanlık onayıyla yrrlēe girebilmesi, hizmette aksaklıklar meydana geldiğinde şirketin yerine geçerek hizmeti şirketin nam ve hesabına yürütmesi yetkileri; şirketlerin de hizmeti talimatlara uygun ve kesintisiz yürütme, üretim ve yatırım programlarında deēiřiklik yapıldığında kabul etme ykmllkleri, hizmeti yürüten şirket lehine kamulaştırma yapılabilmesi gibi unsurların hepsi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özellikleri ile örtüşmektedir.

Buraya kadar, yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin, 4446 sayılı Kanun'la Anayasada yapılan deēiřiklikler öncesi dönemdeki durumları ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde bu sözleşmeler, yasal düzenlemeler karşısında doğan yeni hukuki durum çerçevesinde incelenecektir.

II. ANAYASA DEēİřİKLİēİ

A. 4446 sayılı "Anayasanın Bazı Maddelerinde Deēiřiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kamu hizmeti ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin tanımlama ve yorumlamaları, Anayasanın uluslararası tahkime olanak tanımaması ve imtiyaz sözleşmelerinin Danıştay incelemesinden geçme zorunluluğu gibi düzenlemelerin, özellikle ileri teknoloji ve büyük finansman gerektiren Yap-İşlet-Devret, işletme hakkının devri gibi alt yapı yatırımlarının özelleştirilmesi uygulamalarında önemli sorunlar yarattığı gibi gerekçelerle, diğer taraftan, Türkiye'nin uluslararası anlaşmalarla kabul ettiği düzenlemelerin, iç hukuk uygulamasıyla çelişki yaratması nedeniyle 1999 yılında Anayasa değişikliğine gidilmiştir.

13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı "Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"⁶³ ile Anayasanın 47, 125 ve 155. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.⁶⁴

⁶³ RG, 14.8.1999/23786

⁶⁴ Anayasanın değiştirilmesine ilişkin kanun teklifi Anayasa Komisyonunda görüşülür iken, teklifin tümü üzerindeki görüşmelerde, teklifin lehine olarak, Anayasada özelleştirme ile ilgili hüküm bulunmadığı, yapılan yasal düzenlemelerin ise sık sık Anayasa Mahkemesine götürüldüğü, Mahkemenin özelleştirme hususunda devletleştirmede aranan koşulların aranması gerektiğini belirterek bu yasal düzenlemeleri iptal etmekte olduğu, bunun özelleştirmeden beklenen sonuçların doğmasını engellediği; ayrıca, ülkenin kalkınması- için yabancı sermayeye ihtiyaç duyduğu fakat yabancı sermayenin gelmek için hukuki güvencelere ihtiyaç duyduğu, bu noktada tahkimin önemli bir uyuşmazlık çözümü olarak ortaya çıktığı, kamu hizmetinin bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde yürütülmesi durumunda bunlardan doğacak uyuşmazlıkların tahkimle çözümünün mevcut düzenlemeler karşısında bu sözleşmeleri incelemeye yetkili olan Danıştay tarafından uygun görülmediği; bu nedenle de ülkeye yabancı sermaye gelmesi için gerekli olan düzenlemelerin yapılamadığı ifade edilmiştir. Ayrıca yine teklifin lehinde olmak üzere, dünyanın hızla değiştiği, Türkiye'nin de bu değişime açık olması gerektiği, dünya çapında, devletler arasında akdedilmiş sayısı 1600'ün üzerinde olan ve benzer hükümlere sahip yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmalarının bulunduğu, Türkiye'nin de çeşitli devletlerle bunları imzalamış olduğu ve nihayet, kamu düzeni, kamu hizmeti ve kamu yararı kavramlarının içerik olarak artık değiştiği ve günümüz koşullarında yeniden değerlendirildiği; bu durum karşısında da Danıştay'ın görevlerinin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Teklifin aleyhinde ise, yabancı sermayenin yalnızca hukuki güvence istemediği, ekonomik ve siyasi kontrol de kurduğu, bu teklifin IMF ve Dünya Bankası etkisi ile hazırlandığı, Anayasada bir hak verilirken onun kötüye kullanılmasını engelleyecek hükümlerin de getirilmesi gerektiği, ancak bu teklifle kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesi yoluyla Danıştay ve Rekabet Kurulu'nun devreden çıkarıldığı, teklif çerçevesinde medya şirketlerinin konsorsiyumlar kurmak yoluyla tekelleşmeye gidebilecekleri, ayrıca hangi hizmetlerin özel hukuk sözleşmelerine göre gördürülebileceğinin belirlenmesinde Anayasal bir kriter tespit edilerek idari-ekonomik kamu hizmeti ayırımına

Anayasanın 47. maddesinin "Devletleştirme" olan kenar başlığı "Devletleştirme ve Özelleştirme" olarak değiştirilmiş ve 47. maddeye 2 fıkra eklenmiştir. Buna göre, devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Ayrıca, yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişiklik yasa koyucuya, istediği kamu hizmetini özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler kapsamında yaptırabilmesi konusunda açık bir takdir yetkisi bahşetmiştir.⁶⁵ ULUSOY'a göre, Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişiklikle yasa koyucuya tanınan takdir yetkisi, kamu hizmetinin tanımı ve ölçütlerinin belirlenmesi konusunda değildir. Yasa koyucuya yalnızca, bu hizmetlerin görülüş yöntemlerini belirleme konusunda bir yetki verilmektedir.⁶⁶ Gerçekten, 47. maddede kamu hizmetinin ne olduğuna veya hangi işlerin kamu hizmeti olduğuna dair bir tanımlama yapılmamıştır.

Anayasanın 125. maddesine eklenen fıkra ile, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi imkanı getirilmiş; milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği

gidilmesi gerektiği; kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda milli veya milletlerarası tahkim yoluna gidilebileceğine ilişkin düzenlemenin, yabancılık unsuru olmasa dahi tahkime gidilmesini mümkün kılarak Türk yargısını devre dışı bıraktığı, bu düzenlemenin amacının yabancı sermayeye güvence sağlamaktan çok, yerel şirketleri Danıştay'ın denetiminden kurtararak rahatlatmaya yönelik olduğu dile getirilmiştir. (Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu 2/187 E., 8 K. no.lu Raporu, 28.7.1999, 109 sıra sayılı basma yazı, TBMM Tutanak Dergisi)

⁶⁵ Bu durumda, sadece ulusal savunma, kamu düzeninin sağlanması gibi egemenlikle doğrudan bağlantılı kamu hizmetlerinin oluşturduğu minimum bir alan dışında bütün kamu hizmetlerinin özel hukuka tabi tutulabileceği belirtilmiştir (Ali ULUSOY: a.g.m., 12).

⁶⁶ Ali ULUSOY: a.g.m., 15

düzenlenmiştir. Böylece imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkim Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Nihayet Anayasanın 155. maddesi de değiştirilerek Danıştay'ın görevleri arasında bulunan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini inceleme görevi, iki ay içinde düşünce bildirmeye indirgenmiştir.

Yapılan Anayasa değişikliklerinden en önemlisinin 47. maddede yapılan değişiklik olduğu düşünülmektedir. Zira, 125 ve 155. maddelerde yapılan değişiklikler hiç gözönüne alınmadan da, sırf 47. madde hükmü ile, kamu hizmetlerinin görülmesi hem imtiyaz kapsamından, hem de Danıştay denetiminden çıkarılabilir hale getirilmiştir. Yapılan bu Anayasa değişikliği, doktrinde, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın, kamu hizmeti, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ve özelleştirmeye ilişkin olarak yaptığı belirlemelere gösterilen bir tepki olarak değerlendirilmiştir.⁶⁷

B. Anayasaya Uyum Kanunları

1. 4492 sayılı Kanun

Anılan Anayasa değişiklikleri doğrultusunda, birkaç ay sonra, 4492 sayılı "Danıştay Kanununun ve İdari Yargılama Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁶⁸ ile, 2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2577 sayılı İYUK'nda değişiklikler yapılarak uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü idari yargının görev kapsamı dışına

⁶⁷ Kemal GÖZLER: a.g.e., 407. GÖZLER'e göre, "...Anayasa Mahkemesi, adli yargı karşısında idari yargının görev alanını koruyayım derken, bir yandan adli yargının görev alanının tahkim karşısında daralmasına; diğer yandan da Türk yargı organlarının yargı yetkisinin milletlerarası tahkim karşısında daralmasına yol açmıştır." (Kemal GÖZLER: a.g.e., 408).

çıkarılmıştır. Ayrıca, Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi iki ay içinde görüş bildirmeye dönüştürülmüştür.

2. 4493 sayılı Kanun

4492 sayılı Kanun'la aynı gün yürürlüğe giren 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun⁶⁹ ile 3996 sayılı Kanun'un 2 ve 5. maddeleri değiştirilerek 3096 sayılı Kanun'la düzenlenen elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetleri de bir kez daha 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Ayrıca, 3996 sayılı Kanun'a göre sermaye şirketi veya yabancı şirket ile Yüksek Planlama Kurulu'nca belirlenen İdare arasında yapılacak sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tahdidi olmayan şekilde sayılmış bütün hizmetlerde uygulanabilecek olan yap-işlet-devret yöntemi, herhangi bir sınır getirilmeden, bir bütün olarak özel hukuk kapsamına alınmıştır.⁷⁰

3996 sayılı Kanun'un 4493 sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddesi hükmü ile Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 tarih ve 1994/71E. 1995/23K. sayılı kararıyla iptal edilen 5. madde hükmü yeniden yürürlüğe konmuş olmaktadır. Ayrıca, sözleşmeler artık imtiyaz niteliği taşımayacağından, Danıştay'ın ön inceleme ve yargısal denetim yetkisi ortadan kaldırılmaktadır. Böylece, bu sözleşmeler için tahkim yolu da açılmış olmaktadır. Bu

⁶⁸ RG, 22.12.1999/23914

⁶⁹ RG, 22.12.1999/23914

⁷⁰ Böylece, IMF'ye verilen Niyet Mektubu'nun 48. paragrafında beyan edilen "enerji sektörünü Türk Ticaret Kanunu'na tabi olarak tanımlayan yasal değişikliklerin Meclis'ten geçirileceği" taahhüdü de yerine getirilmiştir (Uğur EMEK: "İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 31, dipnot 2

düzenleme ile, 3996 sayılı Kanun'un kapsamını belirleyen maddede sayılan tüm yatırım ve hizmetlerin imtiyaz yöntemi ile değil de, özel hukuk sözleşmeleri ile yapılması hükme bağlanmıştır. Yani bu yatırım ve hizmetleri artık kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile yaptırmak mümkün değildir. Kanunun kapsamının genişliği gözönüne alındığında, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile gördürülecek hizmetlerin sayısının yok denecek kadar azaldığını, imtiyaz yönteminin uygulama alanının son derece daraldığını söylemek mümkündür.

Yukarıda belirtilen düzenlemeye karşın, 3096 sayılı Kanun'da herhangi bir değişiklik yapılmamış, bu nedenle de elektrik hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin hem 3996, hem de 3096 sayılı Kanun'a tabi olarak (dolayısıyla ister imtiyaz usulü, ister özel hukuk sözleşmeleri ile) yapılabileceği gibi bir durum ortaya çıkmıştır. Ayrıca bu değişikliklerin yapıldığı dönemden önce mevcut durumdaki sözleşmeler için herhangi bir geçiş hükmü konulmamış ve bu önceki dönemden kalan sözleşmelerin durumu (4501 sayılı Kanun çıkarılıncaya kadar) belirsiz hale gelmiştir.⁷¹

3. 4501 Sayılı Kanun

2.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun"⁷² kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, milli tahkimin yanı sıra, yabancılık unsuru taşınması halinde uluslararası tahkime başvurulabileceğini hükme bağlamıştır. 4501 sayılı Kanun'da, uluslararası tahkim yolunu açan yabancılık unsuru, sözleşmeye taraf kurulu ya da

⁷¹ Gamze ÖZ, Mehtap YILDIRIM ÖZTÜRK: "Turkey's Attempt For A Stable Liberalized Energy Market", Çakmak Ortak Avukat Bürosu- Publications, <http://www.cakmak-av.com.tr/article12 print.html>, alınma tarihi: 11.11.2003

kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması şeklinde tarif edilmiştir.

4501 sayılı Kanun'da öngörülen yabancılık unsurunun çok geniş tutulmuştur. Burada yapılan yabancılık unsuru tanımı, sözleşmeyi imzalayan idarenin muhatabı olan görevli şirketi aşan tanımlamalar içermektedir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde, gerçekleştirilen altyapı yatırımlarının yatırım bedelleri ve projedeki teknolojik unsurlar nedeniyle, bu yatırımların hemen tümü için dış kaynaklı sermaye, kredi ve teminat gerekmektedir. Ancak, bu dış kaynaklı kredilerin geri ödemeleri sözleşme süresinden daha kısa bir süre içinde tamamlanmakta ve yabancılık unsuru sona ermektedir. Söz konusu tanım kapsamında ise, bu durum göz ardı edilmiş ve içinde artık yabancılık unsuru kalmayan sözleşmelerin tarafı özel kişilerin dahi uluslararası tahkim yoluna başvurmaları olanaklı hale getirilmiştir.⁷³ Ayrıca, yabancı ortağın şirkete koyması gereken sermaye miktarına ilişkin herhangi bir somut kriter getirilmemiş, bu Kanunun ve Anayasa değişikliklerinin yapılmasının gerekçeleri olarak belirtilen yabancı sermaye çekimi ve ileri teknoloji transferini sağlayacak bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, çok küçük miktarlardaki yabancı katılımlarının bile, bir imtiyaz sözleşmesinin yabancılık unsuru taşımasını sağlaması sonucu doğmuştur.

4501 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 3996 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinin 2. fıkrası da değiştirilerek mevcut imtiyaz sözleşmelerine ilişkin

⁷² RG, 22.1.2000/23941

⁷³ "Proje için yabancı kredi veya teminat kullanılması tek başına yabancılık unsurunun tanınması için yeterli değildir. Zira, süresi 30 yıl olan bir sözleşme kapsamında sağlanan kredinin geri ödemesi 5 yıl içinde tamamlanmışsa, bu süre sonunda milletlerarası tahkim hakkı tanınmasının gerekçesi ortadan kalmakla beraber, şirketin bu hakkı devam edecektir." (Zergül ÖZBİLGİÇ: "Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılık Unsuru", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (Ankara, 2001), Ed. Ali ULUSOY, 82).

düzenleme yapılmıştır. Kanunun 7. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda 3996 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yap-işlet-devret modeline göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır.

Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı ... Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı ... Kanuna tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5 inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir."

Ayrıca, 4501 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış proje ve işlerin tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağını, ancak (kesinleşmiş mahkeme kararıyla iptal edilenler hariç olmak üzere)⁷⁴ bu başlatılmış proje ve işlerin de bu Kanun hükümlerinden faydalanabilmelerine, görevli şirketin Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verileceğini hükme bağlamıştır.⁷⁵

⁷⁴ 4501 sayılı Kanun, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde çıkarılan Bakanlar Kurulu kararlarına dayanarak imzalanmış, ancak açılan iptal davaları sonucunda dayanakları olan Bakanlar Kurulu kararları iptal edilmiş sözleşmelerden, ilgili iptal kararları kesinleşmemiş olanlara da özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenme imkanını vermiştir. Böylece, yargı organı tarafından hukuk aleminden silinmiş işlemlere dayanan sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmelerine dönüştürülmesine olanak sağlanmıştır.

⁷⁵ Yukarıda 4493 sayılı Kanun'la 3996 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikten ve bu değişikliğe rağmen 3096 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme yapılmadığından bahsedilmişti. 4493 sayılı Kanun'la elektrik hizmetleri yeniden 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve 3996 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuş, ancak 3096 sayılı Kanun da yürürlükte kalmıştı. Dolayısıyla aynı konuları farklı usullerle düzenleyen iki Kanun yürürlükte bulunmaktaydı. Bu konuda uygulamadaki belirsizliğe ilişkin olarak, Danıştay'ın, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 31.3.2000 tarihinde yani 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde 3096 sayılı

Yani, 4501 sayılı Kanun'da mevcut sözleşmelerin durumu, sözleşme sahiplerine seçim hakkı sunulmak suretiyle düzenlenmiştir. Buna göre, imtiyaz sözleşmesinin tarafı özel kişilere, sözleşmelerinin imtiyaz statüsünü koruyarak bunlara ulusal veya uluslararası tahkim şartını koydurmak veya sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi statüsüne dönüştürmek üzere Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde talepte bulunmak veya sözleşmelerinin mevcut statüsünü aynen korumak şeklinde üç seçenek sunulmuş olmaktadır. İlgili idareye yapılan başvurular, ki burada Enerji ve

Kanun kapsamında hazırladığı bir imtiyaz sözleşmesini görüşünü almak üzere kendisine göndermesi üzerine yaptığı değerlendirmenin önemli olduğu düşünülmektedir.

Danıştay Birinci Dairesi, konuya ilişkin incelemesinde, 3996 sayılı Kanun'un 4493 sayılı Kanun'la değişik 2 ve 5'inci madde hükümleri karşısında elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırım ve hizmetlerin özel hukuk kişilerine yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında düzenlenecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi kılındığını; böylece, artık bu tür sözleşmelerin pozitif hukuk bakımından kamu hizmeti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi olanağının kalmadığını; dolayısıyla bu sözleşmeler üzerinde Danıştay'ın yönetsel denetiminin ortadan kalkmış bulunduğunu bildirmiştir.

Ayrıca, 3996 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin birinci fıkrasında 3096 sayılı Kanun hükümlerinin saklı tutulmasının ve ikinci fıkrasında da ilgili idarenin isteği halinde, 3096 sayılı Kanun'a tabi işlerin de 5, 11, 12 ve 14'üncü madde hükümlerinden yararlanabilmesine olanak tanınmasının, 3996 sayılı Kanun'un 4493 sayılı Kanun'la değişik 2 ve 5'inci maddelerinin açık hükümleri ve gerekçeleri karşısında, yukarıda sözü edilen yatırım ve hizmetlerin bundan böyle 3096 sayılı Kanun'a göre imtiyaz sözleşmesi şeklinde düzenlenmesine olanak sağladığı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

Danıştay kararında, 3996 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasında "bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce YİD modeline göre başlatılmış projeler ve işler tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır" hükmünün yer aldığını; bu maddenin ikinci fıkrasının da 4501 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle "Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 3096 sayılı Kanuna ... tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5'inci madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayımı tarihinden (itibaren) bir ay içerisinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir" biçiminde değiştirildiğini belirttikten sonra, 3996 sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinin, 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış sözleşmelere uygulanacak usul ve esasları düzenlediğini; başka bir deyişle bu geçici madde hükmünün uygulanabilmesi için 4501 sayılı Kanun'dan önce Danıştay incelemesinden geçmiş ve taraflarca imzalanarak yürürlüğe girmiş bir sözleşmenin varlığının zorunlu olduğunu bildirmiştir.

Sonuç olarak, Danıştay, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde 3096 sayılı Kanun'a göre imtiyaz sözleşmesi olarak hazırlayıp incelemesine sunduğu sözleşme taslağını, sözleşmenin sözü edilen geçici maddede belirtilen "başlamış proje ve iş" niteliğini taşımadığı ve 3996 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi hükmü gereği özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle incelemekten kaçınmıştır (Dan. 1. D., 2000/57E. 2000/53K., Bu karar Danıştay Bilgi İşlem Merkezi'nden alınmıştır).

Tabii Kaynaklar Bakanlığı olmaktadır, bu Bakanlığın başvurusu ile Bakanlar Kurulu'na sunulacak; Bakanlar Kurulu da başvuruyu kabul ya da reddedecektir. Başvurunun Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmesi halinde, özel hukuk sözleşmesine dönüştürülecek sözleşmeler Danıştay'ın denetiminden geçmeksizin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile şirketler arasında yeniden düzenlenecektir. İmtiyaz sözleşmesi niteliğinde kalıp da bunlardan doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi istenen sözleşmelere gelince, bunlar hakkında yeniden düzenlenme aşamasında Danıştay'ın istişari görüşünün alınması gerekecektir.

4501 sayılı Kanun'un çıkarılması döneminde hem kamuoyunda hem de yasama organı ile hükümet arasında ciddi tartışmalar yaşanmış, bu Kanun hükümleri ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilebilmesi imkanının Anayasa değişikliğinden önceki, yani bu sözleşmelerde tahkim yasağının bulunduğu döneme de teşmil edildiği savunulmuştur. Bu tartışmalara paralel olarak da 4501 sayılı Kanunun 2/c, 7 ve geçici 1. maddelerinin iptali, ayrıca 7. madde ile geçici 1. maddenin yürürlüğünün durdurulması istemiyle için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Ancak bu dava, Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.2000 tarih ve 2000/17 sayılı Kararı ile reddedilmiştir.

4501 sayılı Kanun ile, 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlara göre imzalanan imtiyaz sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenme imkanının getirilmesi sayesinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilebilmesi için yabancılık unsurunun aranması koşulunun, bu sözleşmeler bakımından bir anlamı kalmamıştır. Zira, bu sözleşmeler, getirilen düzenleme ile imtiyaz sözleşmesi niteliğini kaybetmekte, özel hukuk sözleşmesi statüsünü kazanmakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar da zaten tahkim yolu ile çözüme elverişli hale gelmektedir.

4501 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin ardından, sözleşmeleri imzalanmış bulunan projelerden büyük çoğunluğu sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerine çevrilmesi için talepte bulunmuş, kalanların bir kısmı imtiyaz sözleşmesi statülerini koruyup, bunlara tahkim şartının eklenmesini talep etmiş, bir kısmı da mevcut durumu tamamen korumayı tercih etmiştir.⁷⁶ Yapılan başvurular doğrultusunda da bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmelerine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararları çıkarılmaya başlanmıştır.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nden alınan bilgiye göre, özel hukuk hükümlerine tabi olarak yeniden düzenlenen sözleşmelerin tümüne tahkim şartı konmuştur. Tahkim şartlarında, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak usul kuralları olarak MTO Tahkim Kuralları seçilmiş, tahkim yeri olarak Cenevre, tahkim dili olarak da İngilizce seçilmiştir. Uyuşmazlığın esasına, Türk hukuku uygulanacaktır.

Ancak bu arada, yürürlükteki Kanunlara göre başlatılan projeler henüz bir çözüme kavuşturulamamışken, Türkiye'nin IMF ile imzaladığı Protokol kapsamındaki taahhütlerinin bir uzantısı olarak, 2001/2026 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile TEAŞ; Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ), Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi (TETAŞ) olarak üçe ayrılmıştır.⁷⁷ Ayrıca, Dünya Bankası ve Hazine'nin de katılımıyla hazırlanan⁷⁸ 20.2.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu⁷⁹ çıkarılmıştır.

III. ELEKTRİK HİZMETLERİNDE YENİ DÖNEM

⁷⁶ Gamze ÖZ, Mehtap YILDIRIM ÖZTÜRK: a.g.m.

⁷⁷ TEİAŞ iletimden, EÜAŞ özelleştirilememiş üretim santralleri ve gelecekte kurulması öngörülen nükleer santrallerden ve TETAŞ kamu adına toptan elektrik alımı ve satımından sorumlu hale getirilmiştir.

⁷⁸ Gamze ÖZ, Mehtap YILDIRIM ÖZTÜRK: a.g.m.

A. 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, birinci maddesinde belirtildiği şekilde "elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf⁷⁹ bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması" (m.1) amacıyla⁸¹ yürürlüğe konmuştur.

⁷⁹ RG, 3.3.2001/24335

⁸⁰ Bununla birlikte, Kurumun temsil ve karar organı olarak belirlenen Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görevleri arasında, ticari sırlar ve gizli rekabet bilgileri de dahil olmak üzere, ticari açıdan hassas olan her türlü bilginin açıklanmasını engelleyecek usul ve esasları belirlemek ve uygulamak da sayılmış; ayrıca Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin "Gizlilik" başlıklı 43. maddesinde, Kurumun, yayımlanması halinde lisans sahibinin ticari ilişkilerine zarar verebileceği Kurul kararıyla belirlenen bilgi ve belgeleri, mahkeme kararı ile talep edilmesi hali dışında açıklayamayacağı, lisans sahibi tüzel kişilerin, piyasada faaliyet gösteren diğer tüzel kişiler hakkında sahip oldukları ve açıklandığı takdirde ticari ilişkilere zarar verebilecek bilgileri gizli tutmak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır.

⁸¹ 4628 sayılı Kanun'un amacına yönelik olarak, düzenlemeye çalıştığı alanın doğal tekel konumunda bulunmasının, Kanun'un amaç maddesinde elektrik enerjisi piyasasına atfedilen rekabet ortamı niteliğinin gerçekleşmesine engel oluşturduğu eleştirisi yöneltmiştir (EMO Yönetim Kurulu Açıklaması: "Elektrik Piyasası Yasası Üzerine", TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Dergisi, S. 408, <http://dergi.emo.org.tr/altindex.php?sayi=408&yazi=175>, alınma tarihi: 3.3.2004

"Doğal tekel" kavramı, pratikte yeteri kadar karlı olmadığı için herhangi bir yatırımcı tarafından üstlenilmeyecek büyük altyapı şebekeleri gerektiren, fakat toplumun günlük yaşantısı için mutlaka gerekli bir takım hizmetleri ifade etmektedir (İl Han ÖZAY: a.g.e., 297). Bir firma, 2 veya daha fazla firmanın varlığıyla karşılaştırıldığında daha düşük maliyetle hizmet verebiliyorsa, bu noktada bir doğal tekelden söz edileceği belirtilmektedir (Uğur EMEK: a.g.m., 29). Doğal tekelin iktisadi bir kavram olduğu, hukuki bir kavram olan imtiyaz ile iktisadi bir kavram olan doğal tekelin bire bir örtüştüğü belirtilmiştir (Uğur EMEK: a.g.m., 25).

Elektrik enerjisi sektöründeki faaliyetler ayrı ayrı incelendiğinde, elektrik üretiminin tekel niteliği taşımadığı görüşünün ağırlık taşıdığı, diğer taraftan, iletim ve dağıtım faaliyetlerinde doğal tekel görüşü lehinde olan ölçek ekonomisi fikrini değiştirecek kesin kanıtlar bulunmadığı, yani, iletim ve dağıtımda tekel yapının bozulmasının etkinlik artışı sağlayacağını destekleyen sonuçların elde edilmediği belirtilmiştir. (Michael G. POLLITT: "The International Evidence on Privatization and Efficiency", Oxford University Press, New York 1995, 185'ten aktaran İhsan KULALI: a.g.u.t.)

4628 sayılı Kanunla, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali açıdan özerk Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu⁸² kurulmuş, elektrik hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde imtiyaz veya özel hukuk sözleşmesi usulleri de tamamen terkedilerek, ruhsat (lisans) yöntemine geçilmesi düzenlenmiş; dolayısıyla bu hizmetler artık 3996 sayılı Kanun kapsamından çıkartılmıştır.

4628 sayılı Kanun'da elektrik hizmetleri, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, ithalat ve ihracatı olarak tanımlanmış (m.1); iletim dışındaki tüm faaliyetlerin gerçek ve tüzel kişilerce yürütülmesi Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'ndan lisans⁸³ alınması koşuluna bağlanmıştır. Elektrik iletim hizmetleri ise, TEİAŞ'nin tekeline verilerek özel sektöre kapatılmıştır.

4628 sayılı Kanun'a göre Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun görev ve yetkileri, tüzel kişilerin yetkili oldukları faaliyetleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini tanımlayan Kurul onaylı lisansların verilmesi, işletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmelerin bu Kanun hükümlerine göre düzenlenmesi, piyasa performansının izlenmesi, performans standartlarının ve dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin oluşturulması, tadili, uygulattırılması ve denetlenmesi, bu Kanunda yer alan fiyatlandırma esaslarının tespit edilmesi, piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarının tespit edilmesi, bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formüllerin uygulanması ve bunların denetlenmesi ile bu Kanuna uygun şekilde davranılmasının sağlanması olarak belirlenmiş; Kurumun, Kurul kararıyla çıkaracağı yönetmelikleri

⁸² 2.5.2001 tarihli ve 24390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu ile doğalgaz piyasasının denetimi de bu Kurumun yetki ve sorumluluğuna bırakılınca, kurumun adı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olarak değiştirilmiştir.

⁸³ Lisans, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 5. maddesinde, bir tüzel kişinin piyasada faaliyet gösterebilmek için Kurumdan almak zorunda olduğu yetki belgesi olarak tanımlanmış; lisans türleri, üretim, otoprodüktör, otoprodüktör grubu, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış lisansları olmak üzere 7 adet olarak belirlenmiştir.

piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilerin ve ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini alarak hazırlayacağı hükme bağlanmıştır (m.4).

4628 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi, bu Kanunun yayım döneminden itibaren uygulama mevzuatının çıkarılması ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını teminen onsekiz aylık bir geçiş dönemi⁸⁴ öngörmüştür. Geçiş döneminde lisans alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Sürenin bitiminde, üretim ve dağıtım tesislerini işletmekte olan veya mevcut sözleşmeleri ile üretim ve dağıtım tesislerini işletme hakkı elde etmiş olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin, piyasada faaliyet göstermeye devam edebilmek için ilgili yönetmeliklerin çıkarılmasını takiben, yönetmeliklerde belirtilen lisans başvurusuna ilişkin bilgi ve belgeleri belirlenen süre içinde Kurul'a sunmaları ve lisans almaları zorunlu hale getirilmiştir. Geçiş dönemi Eylül 2002'de sona ermiş ve Kurul lisans vermeye/başvuruları almaya başlamıştır.

4628 sayılı Kanun'da özelleştirme hususu da düzenlenmiş, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, TEDAŞ ve EÜAŞ'nin müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmesine yönelik olarak, bu üçünün öneri ve görüşlerini Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bildirecekleri ve özelleştirme işlemlerinin 4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yürütüleceği hususları düzenlenmiştir (m.14). Böylece, elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devri yoluyla özel sektöre verilmesi yönteminin sonu gelmiştir. Dünya Bankası tarafından yıllardır dile getirilen "varlık satışı"⁸⁵ yöntemiyle özelleştirme, bu maddede yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

⁸⁴ Diğer ülke uygulamalarına bakıldığında ise, hazırlık işlemlerinin, özelleştirmeyi de kapsayacak biçimde tasarlandığı ve uzun bir döneme yayıldığı, bizzat Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu Başkanı tarafından dile getirilmiştir (Yusuf GÜNAY: "Enerji Sektörü Reformu Kapsamında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Tarafından Yapılan Çalışmalar ve Yeni Dönem Perspektifleri", 11.12.2002, 2. Enerji Forumu, www.enerjiforumu.com/gazete/basindatef/epdk.gov.tr Yusuf Gunayın 2nci TEFdeki Konusmasi.htm, alınma tarihi: 6.12.2003).

⁸⁵ Varlık satışının, kamu işletmelerine ait arsa, makine ve teçhizat, bina gibi varlıkların ayrı ayrı veya bütün olarak bir veya daha fazla yatırımcıya satılması yöntemi olup;

B. Mevcut Sözleşmelerin Durumu

4501 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin ardından sözleşmelerini özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlemek isteyen veya imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı koydurmak isteyen şirketlerin başvurusu doğrultusunda Bakanlar Kurulu kararları çıkarılmış ve buna ilişkin işlemler yapılmaya başlamışken⁸⁶, önceki sisteme taban tabana zıt bir sistemin hayata geçirilmesini amaçlayan 4628 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi, bu sözleşmelerle yeni sistemin bağdaştırılması sorununu ortaya çıkarmıştır.

4628 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 3096, 3996, 4283 ve 4501 sayılı Kanun hükümleri ve ilgili yönetmeliklere göre imzalanan sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri ve uygulama sözleşmeleri, "mevcut sözleşmeler" olarak adlandırılmıştır. Mevcut sözleşmelerin yeni koşullar karşısındaki durumları, 4628 sayılı Kanun ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde⁸⁷ düzenlenmiştir.

4628 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi uyarınca onsekiz ay olarak belirlenen hazırlık dönemi sonunda, kamuya ait üretim ve dağıtım tesislerini işletmekte olan veya mevcut sözleşmeleri ile üretim ve dağıtım tesislerini işletme hakkını elde etmiş olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin,

bunun kamu işletmelerinin küçültülmesinde etkin bir yöntem olduğu ve işler halde satışı mümkün olmayan kuruluşların özelleştirilmesinde yaygın olarak kullanılan bir yöntem olduğu belirtilmiştir (İhsan KULALI: a.g.u.t.).

⁸⁶ Dönemin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Cumhur Ersümer, 24.9.2000 tarihinde, Enerji Politikası (Gas Power in Turkey) Konusunda IBC-UK Konferansındaki Açılış Konuşmasında, Enerji Bakanlığı ile imtiyaz sözleşmesi imzalamış bulunan 45 firmadan 24'ünün 4501 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk hükümlerine göre revize etme yönünde, 4'ünün ise imtiyaz sözleşmelerine tahkim unsurunun dercedilmesi yönünde talepte bulunduğunu açıklamıştır (<http://www.byegm.gov.tr/yayinlarimiz/TURKHABER/2000/24eylul/T6.htm>, alınma tarihi: 21.2.2004).

⁸⁷ RG, 4.8.2002/24836

ilgili yönetmeliklerin çıkarılmasını takiben yönetmeliklerde belirtilen lisans başvurusuna ilişkin bilgi ve belgeleri bunlarda belirtilen süreler içinde Kurula sunmaları ve lisans almaları zorunlu hale getirilmiştir.

Kurum'un görev ve yetkilerini düzenleyen 4. maddesinde görüldüğü üzere, bu mevcut sözleşmelerden işletme hakkının devri kapsamında olanların 4628 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür. Temsil ve karar organı Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu da, Kanunun 5. maddesinde, mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, tarafı olmadığı bu sözleşmelerin tarafları arasında yapılacak toplantılara gerek gördüğünde katılmak ve 4628 sayılı Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi⁸⁸ kolaylaştırıcı hususlarda değişiklik önerilerinde bulunmak ve mevcut sözleşmelerin ihtilafların halline ilişkin hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir resmi ihtilaf halli sürecinin başlatılmasından önce arabuluculuk yapmak ile görevlendirilmiştir.

Kanun'un dağıtım lisanslarına ilişkin 3. maddesinde, dağıtım şirketlerine belli koşullarda üretim tesisi kurabilme imkanı getirilmiş, ancak görev bölgelerinde mevcut sözleşmeleri kapsamında işletme hakkı devri yoluyla dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketlerinin, sözleşmelerini serbest rekabet koşullarını sağlayacak şekilde tadil edip yeni düzenlemelere geçmedikleri sürece, üretim lisansı olarak üretim tesisi kurma hakkından yararlanamayacakları ve üretim faaliyetiyle uğraşan tüzel kişilerle iştirak ilişkisine giremeyecekleri hükme bağlanmıştır. Maddede ayrıca:

"...mevcut sözleşmeleri kapsamında bölgelerinde dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketleri, mevcut sözleşmelerini Kurulca belirlenecek süre dahilinde serbest rekabet

⁸⁸ Hem "rekabetçi piyasaya geçiş", hem de "serbest rekabet koşullarını sağlama" ifadeleri, dağıtım şirketlerinin bölgesel tekel niteliği ile esasen çelişmektedir. Mevcut tesisler ve teknoloji, elektrik dağıtım alanında rekabete izin vermemekte, belli bir bölgede dağıtım tesislerini işletme yetkisine sahip özel şirketin başka şirketle rekabet etmesi söz konusu olmamaktadır.

koşullarını sağlayacak şekilde tadil etmekle yükümlüdürler. Sözleşmelerin niteliği bu hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.”,

denilmektedir. Bu doğrultuda, Lisans yönetmeliğinin geçici 1. maddesinde, üretim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkı devirlerine ilişkin olarak, yukarıda belirtilen 3. maddenin (c) bendine ve Kurumun görev ve yetkilerini düzenleyen 4. maddesine atıf yapılmak suretiyle,

“Mevcut sözleşmeleri kapsamında işletme hakkı devri yoluyla üretim veya dağıtım faaliyeti gösteren tüzel kişiler ile üretim veya dağıtım faaliyeti gösterme hakkı elde etmiş, ancak fiili devir işlemi tamamlanmamış tüzel kişiler, Hazırlık Dönemi bitiminden itibaren 30 gün içerisinde, mevcut sözleşmelerinde Kanunun 3/c ve 4 üncü maddeleri hükümlerine göre yapılması gerekli görülen değişikliklerin kapsamının ve süresinin bildirilmesi hususunda Kuruma yazılı olarak başvurur. ...belirtilen tüzel kişilerden, gerekli görülen değişiklikleri yapan ve fiili devir işlemlerini tamamlayanlar lisans başvurusunda bulunur.”,

hükmüne yer verilmiştir. Yani, 3096 sayılı Kanun'a göre imtiyaz veya uygulama sözleşmeleri ile işletme hakkı devri yoluyla dağıtım hizmeti yapma hakkı elde eden özel sektör dağıtım şirketlerine elektrik üretebilme hakkı, içeriği Kanunda ve Yönetmelikte açıkça belli edilmemiş bir sözleşme tadiline bağlanmıştır.

Üretim hakkının verilmesi olanağı tanınarak sözleşmelerin tadili hukuken kabul edilebilir olmakla birlikte, imtiyaz ve uygulama sözleşmesi ile üretim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkını elde eden şirketlerin sözleşmelerini tadil zorunluluğu sözleşme koşullarının idarenin tek taraflı iradesi ile değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Özellikle 4501 sayılı Kanun'un 7. maddesi hükmünden faydalanarak uygulama sözleşmesi şeklinde yeniden düzenlenen sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Anılan madde hükmü uyarınca imtiyaz sözleşmesinden uygulama sözleşmesine geçişte idare ile görevli şirket arasında yapılmış sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak özel

hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenmiştir. Bu kez kanun hükmü ile tadilat öngörülmektedir.⁸⁹

Kanunun geçici 4. maddesi de, işletme hakkının devri projelerine süre sınırı getirmiştir. Buna göre, kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı öngörülenlerden devir işlemlerini 30 Haziran 2001 tarihine kadar –yani yaklaşık 1,5 aylık bir sürede- tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmelerinin hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Daha sonra da 4694 sayılı Kanunla⁹⁰ buradaki tarih değiştirilerek 31 Ekim 2001 olarak yeniden düzenlenmiştir.⁹¹ Bu hükmün, tesisleri işletme hakkını elde etmiş şirketler tarafından hukuka aykırı bulunduğu ve 4501 sayılı Kanun kapsamında yeniden özel hukuk hükümlerine göre düzenlenen sözleşmelerindeki hükümlere dayanarak tazminat talebinde bulunmayı düşündükleri haberleri basında yer almıştır.⁹²

Mevcut sözleşmeler kapsamındaki yap-işlet-devret ve yap-işlet sözleşmelerinin durumu ise, Lisans Yönetmeliği'nin geçici 2. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, mevcut sözleşmeleri kapsamında yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli yoluyla üretim faaliyeti göstermekte olan veya mevcut sözleşmeleri kapsamındaki tüm işlemlerini tamamlayarak üretim faaliyeti gösterme hakkı elde etmiş tüzel kişilerin lisans başvuruları, 4628 sayılı Kanun'un, Kurumun mevcut sözleşmelere ilişkin rekabetçi piyasaya

⁸⁹ Cengiz GÜNEŞ, Ercan AYKUTLU: "Elektrik Piyasası Kanunu ve Dağıtım Şirketlerinin Durumu, 2.11.2001, Dünya Gazetesi

⁹⁰ RG 11.7.2001/24459

⁹¹ Oysa, 4501 sayılı Kanun kapsamında özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenen yani "uygulama anlaşması" niteliği kazanan sözleşmelerin yürürlük maddelerinde, şirketlerin kamu kurum ve kuruluşları ile yapılacak enerji satış ve fon anlaşmalarının imzalanması ve devir anlaşmalarının paraflanmasından sonra en geç altı ay içinde finansman temin edilmesi de dahil olmak üzere sözleşmede belirtilen diğer yükümlülüklerini yerine getirerek işletme hakkı devir işlemlerini yapacakları, bunun şirketlerin kusuru nedeniyle gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından feshedileceği hükmünün yer aldığı belirtilmiştir (Cengiz Güneş: "Elektrik Piyasası Kanunu Rekabetçi Bir Piyasa Yaratabilir mi?", 13.2.2001, Dünya Gazetesi). Belirtilen altı aylık sürenin bitiminin her bir sözleşme için ayrı ayrı belirlenmesi gerekeceği tabiidir.

⁹² "Enerji Projelerinde Yabancı Sermaye Geri Kaçıyor", 15.5.2001, www.dunyagazetesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=36300, alınma tarihi: 3.2.2004

geçiş kolaylaştıracak önerilerde bulunma ve arabuluculuk yapma yetkilerini düzenleyen 5 ve yukarıda belirtilen geçici 3. maddeleri çerçevesinde inceleme ve değerlendirmeye alınacaktır. Lisans başvuruları bu şekilde değerlendirmeye alınan tüzel kişilere, lisanslarına dercedilmek üzere rekabetçi piyasaya geçiş kolaylaştıracak hükümler önerilecek ve bu hükümler hazırlık, geçiş ve uygulama dönemleri olmak üzere üç aşamalı olarak düzenlenip lisanslara dercedilecektir. Maddenin son fıkrasında, mevcut sözleşmeleri kapsamında üretim faaliyeti göstermeye hak kazanmış ancak tüm işlemlerini tamamlamamış tüzel kişilerin ise bu işlemleri tamamlamadıkları sürece lisans başvurusunda bulunamayacakları hükme bağlanmıştır.

Lisans Yönetmeliği geçici 4. maddede ise, hazırlık dönemi sonundan itibaren altmış gün içerisinde mevcut sözleşmeleri kapsamındaki tüm haklarından feragat ettiğini yazılı olarak bildiren tüzel kişilerin, hazırlık dönemi sonundan itibaren yüz gün içinde lisans başvurusunda bulunmaları halinde bazı koşullar aranmaksızın Yönetmelik hükümlerine göre lisanslarının verileceği hükme bağlanmıştır.

4628 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi hükmü uyarınca, 3996 sayılı Kanun çerçevesinde verilen Hazine garantilerinin sağlanması, 4628 sayılı Kanun'un yayımlanmasından önce kararlaştırılmış bulunan projeler için, bunların 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye geçmeleri koşuluna bağlanmış; 2002 yılı sonuna kadar işletmeye alınamayan projeler için Hazine garantisi verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Maddenin son fıkrasında ise, bu projeler dışında 3996 ve 4283 sayılı Kanunlar çerçevesinde Hazine garantisi verilmeyeceği belirtilerek, bundan böyle Hazine garantili projeler⁹³ dönemi kapatılmıştır.

⁹³ 1999 yılında Türkiye ve IMF arasında düzenlenen yardım programı kapsamında, IMF YİD modeli çerçevesinde verilen Hazine garantilerinin tehlikeli boyutlara vardığı uyarısında bulunarak gerekli önlemlerin alınmasını tavsiye etmiştir (Kürşat YERLİKAYA: a.g.t.).

Görüldüğü gibi, 4628 sayılı Kanun, ne elektrik hizmetlerine ilişkin mevcut yasal düzenlemeleri yürürlükten kaldırmış, ne de önceki yasalara göre düzenlenmiş mevcut sözleşmeleri kapsamı dışında bırakmış, sözleşmelere Kanun ile müdahale niteliği taşıyan hükümleriyle bunları deyim yerindeyse iki mevzuat arasına sıkıştırmıştır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerin durumu belirsiz hale gelmiştir.

24.10.2001 tarihinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı, Dünya Bankası'nın işletme hakkı devri yerine "varlık satışı" yoluyla özelleştirilmesi yönündeki telkinleri⁹⁴ ve hükümetin özelleştirilecek varlıkların Mart ayına kadar Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bildirilmesi, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının da Nisan ayına kadar dağıtım şirketlerinin satışı için ön yeterlilik ihalelerini yapması yönünde IMF'ye verdiği taahhütler doğrultusunda, üretim ve dağıtım tesislerinin işletme hakkı devir projelerine garanti verilmeyeceğini⁹⁵, sadece 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye geçecek yap işlet devret projelerine 10 yıl süreli garanti verileceğini, yeni Kanun nedeniyle üretim ve dağıtım işletme hakkı devir projelerinin yasal altyapısının ortadan kalktığı belirtilerek, işletme hakkını elde etmiş tüzel kişilerin garantide

⁹⁴ "... Dünya Bankası Türkiye Direktörü Ajay Chibber, Türk enerji sektöründe serbest piyasa kurallarının oluşmasını sağlayacak olan Enerji Yasası'nın bir an önce Parlamento'dan geçirilmesini istediklerini ifade etti. Hazine'nin enerji projelerine yeni garantiler sağlamasından kaçınmasını tavsiye ettiklerini de hatırlatan Chibber, Türkiye'deki enerji sektörünün yeniden yapılandırılması konusundaki önerilerini şöyle özetledi: ...Verilecek son garantilerden sonraki Hazine garantileri, Türkiye'nin yeni enerji modelini oluşturmaya engel olur... Elektrik dağıtımında işletme hakkı devri ihaleleri uluslararası tahkim çerçevesinde yeniden görüşülmesi gerekecek. Uluslararası tahkim, projelerin finansman maliyetini azaltacak.... Elektrik dağıtımında işletme hakkını devralan firmalar, bu yılın sonuna kadar finansman bulmak zorundalar. İşletme hakkı devri yerine, bu dağıtım tesislerinin mülkiyetlerinin satılmasını da öneriyoruz." ("Garanti Sıkıntısı", Akşam Gazetesi, 6.5.2000, www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2000/05/06/ekonomi/ekonomi1.html, alınma tarihi: 19.1.2004).

⁹⁵ Hazine Müsteşarlığı, işletme hakkı devir projelerine garanti verilmesi konusunda, 4628 sayılı Kanun'un yap-işlet-devret projelerine ilişkin geçici 8'inci maddesinde garanti konusuna yer verilmiş iken, işletme hakkı devirlerine ilişkin geçici 4'üncü maddesinde yer verilmemiş olması nedeniyle tereddüde düşmüş ve konu Başbakanlık tarafından Danıştay'dan sorulmuştur. Danıştay 1'inci Dairesi ise, 13.7.2001 tarihli kararında, geçici 8'inci maddede Hazine garantilerinin sınırının çizilmiş olduğu ve işletme hakkının devirlerine ilişkin geçici maddede garanti konusu yer almadığı gerekçeleriyle, garanti verilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır (Mustafa Özcan ÜLTANIR: "Enerjide Yine Bir Kaos Var mı?", Enerji Platformu, 23.8.2001, www.dunyagazetesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=47093, alınma tarihi: 20.1.2004).

ısrar etmeleri halinde ihalelerinin geçersiz olacağını, dağıtım tesislerinin işletme hakkı devirlerinde hak sahibi tüzel kişilerin garanti istemeyerek sözleşmelerinde yeni düzenlemelere uygun tadillerin yapılmasını kabul etmeleri halinde bunlara devirlerin yapılabileceğini, açıklamışlardır. Bu açıklamada, 4628 sayılı Kanun'la getirilen ve varlık satışı yoluyla özelleştirmeyi öngören düzenleme kapsamında bir eylem planı hazırlanarak varlık satışına engel teşkil eden sorunların süratle ortadan kaldırılacağı da bildirilmiştir.⁹⁶

Bunun üzerine, o ana kadar işletme haklarını devralamayan şirketler de, 4501 sayılı Kanun'un ardından yeniden düzenlenmiş sözleşmelerindeki tahkim hükmüne dayanarak uluslararası tahkime giderek tazminat isteyecekleri açıklamaları yapmaya başlamışlardır.⁹⁷

Öte yandan, 2001 Mayıs'ında bir taraftan 4628 sayılı Kanun'un geçici 4 ve 8. maddeleri, bir taraftan da 4628 sayılı Kanun'u değiştiren 4694 sayılı Kanun'un 1. maddesi Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir. Mahkeme de, 13.2.2002 tarihli kararları⁹⁸ ile 4628 sayılı Kanun'un 4694 sayılı Kanun ile değişik işletme hakkı devir projelerinin devirlerine süre sınırlaması getiren geçici 4. maddesinin ilk fıkrasını ve 4694 sayılı Kanun'un da 1. maddesini ve Hazine garantilerinin verilebilmesi için Yap-İşlet-Devret projelerinin 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye geçmeleri koşuluna ilişkin geçici 8. maddenin ilk fıkrasını iptal etmiştir.

Buna göre, geçici 4. maddenin birinci fıkrası, bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona erdirileceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebileceği, sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme

⁹⁶ "Enerji Projelerinde Garantiye 10 Yıl Sınırı", 25.10.2001, Milliyet Gazetesi, www.dunyagazetesi.com.tr/eko02milliyet.htm, alınma tarihi: 24.2.2004

⁹⁷ "Enerji Şirketlerinden Tahkim Tehdidi", 19.1.2002, Evrensel Gazetesi, www.evrensel.net, alınma tarihi: 11.7.2002

⁹⁸ 2001/293E. 2002/28K. ve 2001/389E. 2002/29K., RG 18.4.2002/24730

özgürlüğü ilkesine müdahale edilemeyeceği gerekçeleriyle, Anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin 48. maddesine ve Anayasanın 2. maddesinde sayılan hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmuş; böylece devir işlemlerinin tamamlanması işlemi için belirlenen vade ortadan kaldırılmıştır. 3996 sayılı Kanun kapsamındaki Hazine garantilerine ilişkin geçici 8. maddenin ilk fıkrası da, verilen Hazine garantilerinin mevcut sözleşmelerin ayrılmaz parçaları olduğu, idarenin bütünlüğü nedeniyle sözleşmenin bir tarafının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ya da başka bir kamu kuruluşu olması ve Hazine garantilerinin Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan tarafından verilmesinin durumu değiştirmedeği, düzenleme ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiği gerekçeleriyle yukarıda geçici 4. maddenin iptaline ilişkin olarak belirtilen maddelere aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Sonuç olarak, mevcut sözleşmelerin geçerli ve yürürlükte olup yeni yasal düzenlemelerle müdahale edilmesinin mümkün olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur.

Yukarıda sayılan Anayasa Mahkemesi kararlarının ardından, sözleşmeleri imzalanmış tüm mevcut projeler ile henüz imzalanmamış fakat sözleşme hükümleri üzerinde Bakanlıkça anlaşmaya varılmış projeler Hazine garantisinden faydalanabilecek duruma gelmişlerdir.

Bununla birlikte, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 4. maddesinde yer alan "işletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmelerin bu Kanun hükümlerine göre düzenlenmesi" hükmü, geçici 4. maddesinde yer alan, kamuya ait üretim ve dağıtım tesislerini işletmekte olan veya mevcut sözleşmeleri ile üretim ve dağıtım tesislerini işletme hakkını elde etmiş olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin lisans alma zorunluluğu ve 3. maddesinde düzenlenen, mevcut sözleşmeleri kapsamında işletme hakkı devri yoluyla dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketlerinin, sözleşmelerini serbest rekabet koşullarını sağlayacak şekilde tadil edip yeni düzenlemelere geçme zorunluluğu ve Lisans Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri geçerliliğini korumuştur.

Dolayısıyla, sözü edilen sözleşmelerin tarafı şirketlerin halen piyasada faaliyet gösterebilmek için lisans almaları ve sözleşmelerini buna göre tadil ettirmeleri zorunluluğu devam etmiştir.

Uygulamadaki belirsizlik ise, Hazine'nin uzun süreli ve yüksek miktarda garantileri ödemek istememesi ve diğer sebeplerden dolayı devam etmiş, projeler askıya alınmıştır.

Öte yandan, işletme hakkı devir sözleşmelerinin dayanağı olan Bakanlar Kurulu Kararlarına karşı (hem, 1998 yılının çeşitli zamanlarında imtiyaz usulü kapsamında çıkarılmış bulunanlar, hem de 4501 sayılı Kanun'dan sonraki dönemde çıkarılanlar), bazı sendikalar ve elektrik üretim ve dağıtım tesisleri çalışanları tarafından açılmış bulunan iptal davaları sonuçlanmaya başlamış; ilgili Bakanlar Kurulu Kararları peşpeşe iptal edilmiştir.⁹⁹

⁹⁹ TES-İŞ ve tesislerdeki çalışanlar tarafından, ilgili Bakanlar Kurulu Kararlarına karşı açılan davalar şunlardır:

- Üretim tesislerinin (termik santrallerin) işletme haklarının devrine ilişkin olarak;
- Yeniköy-Kemerköy termik santralinin işletme hakkının verilmesini düzenleyen 2000/1023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı, 2000/5101 ve 2000/5102 E. sayılı,
- Yatağan termik santralinin işletme hakkının verilmesini düzenleyen 2000/1022 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı, 2000/5093 ve 2000/5094 E. sayılı,
- Soma A-B termik santrallerinin işletme haklarının verilmesini düzenleyen 2000/1021 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5109 ve 2000/5110 E. sayılı,
- Çatalağzı termik santralinin işletme hakkının verilmesini düzenleyen 2000/1358 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5789 ve 2000/5790 E. sayılı,
- Kangal termik santralinin işletme hakkının verilmesini düzenleyen 2000/1024 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5103 ve 2000/5104 E. sayılı,
- Tunçbilek A-B termik santrallerinin işletme haklarının verilmesini düzenleyen 2000/1362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5788 ve 2000/5791 E. sayılı

iptal davaları açılmıştır.

Dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin olarak ise,

- 18'inci görev bölgesindeki dağıtım tesislerinin işletme haklarının ANDAŞ'a verilmesini düzenleyen 2000/1018 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5097 ve 2000/5098 E. sayılı,
- 11'inci görev bölgesindeki dağıtım tesislerinin işletme haklarının CEDAŞ'a verilmesini düzenleyen 2000/1016 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5105 ve 2000/5106 E. sayılı,

Bununla ilgili olarak, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından, yukarıda belirtilen davalar sonuçlanmadan önce, bu Bakanlar Kurulu Kararlarının yürütülmesinin durdurulması veya iptali durumunda, bu sözleşmelerin, ilgililerin lisans başvurularının incelenmesinde 4628 sayılı Kanun ve Enerji Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde tanımlanan "mevcut sözleşme" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda Danıştay 1. Dairesi'nden istişari mahiyette görüş sorulmuştur.

Danıştay tarafından verilen mütalaada, anılan imtiyaz sözleşmeleri ve özel hukuk sözleşmelerinin dayanağı olan kararların yürütülmesinin durdurulması ve iptali halinde bunların dayanağı kalmayacağından, Idarece uygulanma olanağı bulunmayacağı, bu nedenle bunların mevcut sözleşme olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁰

Nitekim anılan sözleşmelerin dayanağını oluşturan görevlendirmeye ilişkin Bakanlar Kurulu Kararlarının Danıştay tarafından çeşitli tarihlerde iptal edilmesi üzerine, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından, bu iptal kararları doğrultusunda, şirketlerin uluslararası tahkime gitmeleri sonucunda ödenebilecek tazminatlar da göze alınarak, kamuya ait üretim ve dağıtım

-
- 29'uncu görev bölgesindeki dağıtım tesislerinin işletme haklarının İSEDAŞ'a verilmesini düzenleyen 2000/1019 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5095 ve 2000/5096 E. sayılı,
 - 19'uncu görev bölgesindeki dağıtım tesislerinin işletme haklarının Kızıllırmak A.Ş.'ye verilmesini düzenleyen 2000/1025 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5107 ve 2000/5108 E. sayılı,
 - 12'nci görev bölgesindeki dağıtım tesislerinin işletme haklarının Batı Karadeniz Ticaret A.Ş.'ye verilmesini düzenleyen 2000/1017 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına karşı 2000/5099 ve 2000/5100 E. sayılı

iptal davaları açılmıştır. (Bu bilgi, 15.3.2004 tarihinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinden edinilmiştir.) Davaların bir kısmı, Danıştay 10'uncu Dairesi tarafından önce reddedilmiş, ancak temyize başvurulması sonucunda bu red kararları bozulurarak tekrar anılan Daireye gönderilmiş, bu yargılama sonucunda Bakanlar Kurulu kararları iptal edilmiştir.

Bu davaların yanısıra, hem işletme hakkı devir sözleşmeleri, hem de yap-işlet-devret yöntemleri kapsamındaki imtiyaz sözleşmelerine ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarına karşı bugüne kadar 117 dava açıldığı belirtilmiştir. ("Enerjide Dava Yağmuru", Akşam Gazetesi, 12.2.2001, www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2001/02/12/ekonomi/ekonomi3.html, alınma tarihi: 19.1.2004

tesislerinin işletme hakkını elde etmiş şirketlere, bu projelerin gerçekleştirilemeyeceği açıklanarak sözleşmeler feshedilmiştir. Ayrıca, zaten 4628 sayılı Kanunda öngörülmüş ve Dünya Bankası tarafından da ısrarla dile getirilmekte olan, üretim ve dağıtım tesislerinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na devredilerek satılması kararı alınmıştır.

İşletme hakkı devir sözleşmeleri feshedilen şirketlerden, sözleşmelerini 4501 sayılı Kanun kapsamında yeniden düzenleterek tahkim şartını koydurmuş olanların bir kısmı tahkim sürecini başlatmışlardır. Buna göre, dağıtım tesislerine ilişkin olarak 12. görev bölgesinin dağıtım haklarını elde etmiş bulunan Sakarya Bolu Dağıtım A.Ş. (SBD), 29. (İstanbul- Avrupa yakası) görev bölgesindeki dağıtım haklarını elde etmiş bulunan İSEDAŞ; üretim tesislerine ilişkin olarak da Yeniköy-Kemerköy, Yatağan ve Kangal termik santrallerinin işletme haklarını elde etmiş şirketler, uygulama sözleşmelerine uygun olarak ICC tahkim kurallarına tabi olacak şekilde uluslararası tahkim yoluna başvurmuşlardır.¹⁰¹

Özetlemek gerekirse, işletme hakkının devri projelerinin sonuçlandırılması Bakanlık tarafından zaten uzun süre çeşitli siyasal,hukuki ve ekonomik sebeplerden dolayı yıllarca geciktirilmiş, iki termik santral dışında hiçbir tesisin özel kesime devredilmesi mümkün olamamıştır. Dünya Bankası tarafından da 1999 yılından bu yana bu projelerin bir kenara bırakılması ve tesislerin mülkiyetiyle satılması telkin edilmeye başlanmış; bu husus 4628 sayılı Kanun ile yasal düzenlemeye de kavuşmuştur. Mevcut işletme hakkının devri sözleşmeleri ise, tesislerin satışı önündeki engeller olarak ortaya çıkmıştır. Bu noktada, Danıştay tarafından sözleşmelerin dayanağı olan Bakanlar Kurulu kararlarının iptal edilmesinin, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nı aslında rahatlattığı, elektrik piyasasına 4628 sayılı Kanunla öngörülen şeklin verilmesinin kolaylaştığı düşünülmektedir

¹⁰⁰ Dan. 1. D. 2003/14 E., 2003/25 K. (Bu karar, Danıştay Bilgi İşlem Merkezinden alınmıştır.)

¹⁰¹ Bilgi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Hukuk Müşavirliği'nden edinilmiştir.

Şu an için, dağıtım bölgelerinin 21'e düşürülerek, buralarda mevcut tesislerin varlık satışı yoluyla elden çıkarılması gündemde bulunmaktadır.

Bu çalışmanın teslim edileceği günlerde, Dünya Bankası ile üzerinde uzun süredir çalışılan "Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Stratejisi Belgesi"nin, hükümet tarafından Yüksek Planlama Kurulu Kararı şeklinde çıkarılarak bağlayıcı hale getirildiği açıklanmıştır.¹⁰² Belge'ye göre, sayısı 21'e düşürülen dağıtım bölgelerinde bulunan dağıtım tesislerinin 2006 yılı sonuna kadar tamamen özelleştirilmesi, 2011 yılına kadar da sektörde tam serbestinin gerçekleştirilmesi öngörülmektedir.

IV. İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması

Yukarıda belirtildiği gibi, 4446 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğinden sonra çıkarılan 4493 sayılı Kanunla 3996 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve 4501 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme sonrasında, kamu mülkiyetindeki elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının yerli ve yabancı sermaye şirketlerine uzun süreli olarak devredilmesini konu alan ve her biri tahkim şartını içeren özel hukuk sözleşmeleri ortaya çıkmıştır.

Ancak, bu sözleşmelerin dayanağı olan Bakanlar Kurulu kararlarının iptal edilmesi ve bunu takiben bu sözleşmelerin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından feshedilmesi sonucunda, aşağıda yapılan değerlendirmeler sadece teorik düzeyde kalmış olup, uygulamada elektrik hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile görülmelerinde hizmetten yararlananlar, idare ve sermaye şirketi arasında çıkabilecek sorunlara ilişkin

örnek bir olay gerçekleşmemiştir. Şirketlerden bazılarının tahkime başvurmalarının nedeni de, sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar değil; bu sözleşmelerin hiç yürürlüğe konulmaması, feshedilmesi olmuştur.

Yine yukarıda belirtildiği gibi, bu sözleşmelere konulan tahkim şartında MTO Tahkim Kuralları'na atıf yapılmış, tahkim yeri Cenevre, tahkimde kullanılacak dil İngilizce, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk da Türk hukuku olarak belirlenmiştir. Sözleşmesinin feshedilmesinden sonra tahkim yoluna giden şirketlerden birinin açtığı tahkim davası sonucunda, yargılamanın idare lehine sonuçlandığı haberleri basında yer almıştır. Ancak, hangi sebeplerden dolayı bu sonuca ulaşıldığı, tarafların iddia ve savunmalarının ne şekilde olduğu, uyuşmazlığa bakan hakemlerin yetkilerinin sadece sözleşmelerin mali hükümlerini mi, yoksa sözleşmelerin tümünü mü kapsadığı hakkında, tahkimin gizli olması nedeniyle herhangi bir bilgiye ulaşmak mümkün olmamıştır.

Sözleşmeler alanı söz konusu olduğunda, kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan sözleşmelerin, hukukumuzda (en azından şimdiye kadar) idari sözleşme haline geldiği kabul edilmektedir.¹⁰³ İşletme hakkı devir sözleşmeleri de gerçekte idari sözleşme niteliğinde olmasına rağmen, Anayasanın 47. madde ile kanun koyucuya tanıdığı takdir yetkisi sonucunda özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiş ve uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü öngörülmüştür.

Ayrıca, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime gidebilmek için, kapsamı çok geniş tutulmuş olsa da yabancılık unsurunun varlığı aranırken, özel hukuk sözleşmelerinde tahkim yönünden zaten bir

¹⁰² Erdal SAĞLAM: "Enerjide Yol Haritasını Belirleyen YPK Kararı", Hürriyet Gazetesi, 22.3.2004

¹⁰³ Aydın GÜLAN: "Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği", Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. Ali ULUSOY (Ankara, 2001), 145

sınırlama bulunmadığından, hiçbir yabancı unsur içermeyen işletme hakkı devir sözleşmelerinde bile uluslararası tahkime gitmek mümkün olmuştur. Nitekim, özel hukuk hükümlerine göre yeniden düzenlenen sözleşmelerin hiçbirinde ulusal tahkim seçilmemiştir.

Bu sözleşmeler artık kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ve de idari sözleşme niteliğinde sayılmadıklarından, idarenin, sözleşmenin diğer tarafına karşı, hizmetin asli sorumlusu olması ve kamu yararını koruma görevi bulunmasından kaynaklanan üstün yetkilerinin dayanağı kalmamıştır. Çünkü, özel hukuk sözleşmeleri, iki eşit tarafın iradelerinin uyuşması sonucunda kurulmaktadır. Buna göre, somut örnekten gidilirse, dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrinde mevcut bulunan denetim, tek yanlı değişiklik yapma, yatırım programlarının belirlenmesi vs. gibi üstün yetkileri, artık sözleşmenin karşı tarafının rızasına bağlı hale gelmiştir. Sözleşmede yer almayan hiçbir kural, ilke, usul sözleşme üzerinde etkili olamayacaktır.¹⁰⁴

Bu bağlamda, bu sözleşmeler için artık, sözleşme metninde bulunmadığı sürece, yani her iki taraf da kabul etmediği sürece, idarenin tek taraflı fesih hakkının bulunmayacağı ve idari sözleşmelerde ve özellikle imtiyaz sözleşmelerinde inceleme aşamasında Danıştay tarafından kabul edilmeyen, idarenin kusurlu olması hallerinin de düzenlenebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁵

Bununla birlikte, ne elektrik üretimi ve dağıtımını kamu hizmeti olmaktan çıkmış, ne de idarenin bu hizmetin asıl sorumlusu olduğu hususu değişmiştir. Bu durumda, idarenin kamu yararını koruyucu tedbirleri alabilme konusunda elinin kolunun bağlanmış olduğunu söylemek mümkündür.

Bunun yanında, bu sözleşmelerin yürürlüğe girebilmeleri için Danıştay incelemesinden (bundan böyle görüş bildirme) geçirilme zorunluluğu ortadan

¹⁰⁴ Aydın GÜLAN: a.g.m., 151

kalkmıştır. Danıştay'ın böylece devre dışı bırakılması sonucunda, sözleşme hükümlerinin kamu yararını sağlayacak şekilde belirlenmesine dair tüm sorumluluk, sözleşmenin tarafı idareye geçmiş; sözleşme hükümlerini kararlaştıran kamu görevlilerinin kamu yararına aykırı hükümler koymasını frenleyen bir mekanizma, zorunlu ön hukuki denetim kalmamıştır.

Sözleşme hükümlerinin kamu yararına uygun bir şekilde düzenlenmesi, bu hükümlerin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenecek olmasından dolayı kat kat önem kazanmıştır. Çünkü, belirtildiği üzere, tahkim mekanizması, taraf iradelerine ve menfaatlerin uzlaştırılmasına dayalı bir yargılama usulüdür. Tahkim yargılamasında, idari yargıda temel bir ilke olan kamu yararının özel yarara göre üstün tutulması ilkesi bir anlam ifade etmemekte, uyuşmazlığı görmekte olan hakem, sadece tarafların belirlemiş olduğu usullere ve sözleşme hükümlerine göre karar vermektedir. Yani, tahkime götürülen uyuşmazlığın idare lehine çözülmesi, işin en başında sözleşme hükümlerinin idare tarafından son derece titiz şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Bunu güvence altına alacak danışma ve denetleme mekanizmasının ortadan kaldırılmış olması, en başta, riski artırmıştır.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ali ULUSOY: a.g.m., 20

¹⁰⁶ Bununla birlikte, imtiyaz sözleşmeleri döneminin de kamu yararı ve ülke menfaatlerine aykırı pek çok uygulamaya sahne olduğunu belirtmek zorunludur. Cumhurbaşkanlık Devlet Denetleme Kurulu tarafından elektrik enerjisi sektöründe yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri uygulamalarıyla ilgili olarak yapılan araştırma sonucunda hazırlanan 2003/6 sayılı Araştırma Raporunda, tespit edilen usulsüz işlemlerin bir kısmına aşağıda yer verilmiştir. Buna göre:

"Yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri projelerinde kamu yararını gözetmeyen, hatalı ve usulsüz çok sayıda işlem ve uygulama belirlenmiştir:

- Yap-işlet-devret projeleri, Yönetmeliğe aykırı, özensiz ve yüzeysel biçimde hazırlanmış yapılabirlik raporları esas alınarak uygun bulunmuştur. Mevcut yapılabirlik raporları projeyi değerlendirmek için gerekli bilgileri içermemektedir. Bakanlık, verilmeyen raporları şirketlerden istemediği gibi, eksik bilgi içeren raporları da kontrol etmemiştir.
- Yapılabirlik raporları hazırlanırken gerçek bir finansman planı hazırlanmamış, finans kuruluşlarının niyet mektuplarıyla yetinilmiştir. Teklif edilen kredi faiz oranları ve masrafların gerçekliği tartışmalıdır. Hazine kayıtlarına göre bazı projelerde gerçekleşen faiz oranları, yapılabirlik raporlarında belirtilenden daha düşüktür.
- Enerji birim fiyatının ana öğelerinden birini oluşturan yatırım tutarları konusunda, hemen bütün uygulamalarda şirketlerin bildirimlerine itibar edilmiş, bunların

doğruluğu araştırılmamıştır. Bakanlık, kendi yaptığı çalışmalarda birim yatırım maliyeti ile şirketlerin sunduğu maliyeti karşılaştırıp aradaki farkı bile belirlememiştir. Bazı projelerde yatırım tutarları şirketler tarafından hiç bildirilmemiş, buna rağmen, nasıl saptandığı belirsiz enerji fiyat teklifleri Bakanlıkça kabul edilerek sözleşmeler imzalanmıştır. Gerçek miktarının üzerinde bildirilen yatırım tutarları, elektrik tarifesinin yüksek olmasının en önemli nedenini oluşturmuştur.

- Evvelce gerçekleştirilmiş benzer uygulamaların maliyet fiyatlarından, bazı santrallerin ... belgelerinden yararlanarak yerinde ölçümlerle yaptırılan hesaplamalardan, Hazine Müsteşarlığı'ndan alınan kredi ve teşvik bilgilerinden elde edilen sonuçlar, hemen bütün projelerde yatırım tutarlarının şirketler tarafından gerçeğin çok üzerinde bildirildiğini ortaya koymuştur.
- Bildirilen yatırım tutarları içinde, maliyete eklenmemesi gereken öğeler sıkça yer almıştır. Teşvik uygulamalarından vev yatırım indiriminden yararlandığı için vergi ödemesi söz konusu olmayan şirketlerin maliyet hesaplarında vergi kalemlerinin yer aldığı; "etüd-proje harcamaları", "diğer harcamalar" gibi başlıklar altına ilgisiz harcamaların konulduğu, grup şirketlerine nedeni bilinmeyen büyük tutarlı kaynaklar aktarıldığı görülmüştür. 552 milyon dolar yatırım tutarlı bir projede 160 milyon dolar etüd-proje harcaması bildirilmiştir. Proje tutarının %80'ini "diğer harcamalar" kalemi içinde gösteren örnekler vardır.
- Öz kaynağın ve projenin iç karlılık oranları konusunda da şirket bildirimleriyle yetinilmiş, bu bildirimler Bakanlıkça kontrol edilmemiştir. İç karlılık oranlarının şirketler tarafından düşük gösterildiği yapılan hesaplamalardan anlaşılmaktadır.
- Uluslararası kabul görmüş ölçütlere göre, benzer projelerde öz kaynak karlılığı %13-16 arasında değişmekteyken (başlangıçta 3096 sayılı Yasada da %16 oranı varken bu kural sonradan çıkarılmıştır) incelenen projelerde öz kaynak karlılığının genellikle yüksek gerçekleştiği gözlenmiştir. Genel kabul görmüş öngörülere göre 20 yıllık bir sözleşmede iç karlılığın, öz kaynak geri dönüşünü 6-7 yıl içinde sağlayacak oranda olması gerekirken, incelenen projelerde yatırımcıların daha işletmenin ilk yıllarında öz kaynağı geri alabildikleri örneklerle rastlanmıştır.
- Sözleşmeler sonradan defalarca değişikliğe uğramıştır. Doğrudan enerji birim fiyatını artırıcı etki yapan bu değişikliklerle, projelerin toplam yatırım tutarları artırılmış, elektrik satış tarifeleri yükseltilmiş, işletme süreleri uzatılmış; devreye alma sayısında, erken üretim ve fazla üretim kurallarında, her zaman idarenin zararına, şirketlerin yararına düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Üretim maliyetini azaltıcı etkisi olan düzenlemeler, vergi yükündeki azalmalar fiyatlara yansıtılmamıştır.
- Yatırım tutarlarının gerçek dışı biçimde yüksek gösterilmesi, ekonomik gerekliliklere uymayan eskalasyon uygulamaları, belirlenen yatırım bedeli üzerinde ödeme yapılmasına yol açan fazla ve erken üretim alımları, kamu zararı doğuran sözleşme değişiklikleri ve doğal gaz fiyatlarında meydana gelen artışlar, YİD modeli doğal gaz santrallerinde başlangıçta öngörülen kWh bedellerinin zaman içinde yüksek düzeylere çıkmasına neden olmuştur. 2002 yılı için 6,85 cent/kWh öngörülen fiyat 10,5 cent/kWh; 4,50 cent/kWh öngörülen fiyat 7,96 cent/kWh; 5,93 cent/kWh öngörülen fiyat 9,53 cent/kWh olarak gerçekleşmiştir.
- Bütün projeler için aynı olması gereken pek çok yükümlülük, sözleşmelerde farklı farklı düzenlenmiştir. Bazı HES'lerde su akımı yetersizliklerinden kaynaklanabilecek riskler Kuruma yüklenmişken bazılarında şirketler üzerinde bırakılmıştır. İşletme süreleri, fazla üretim tarifeleri, fazla üretimi alma yükümlülüğü gibi konularda da projeler arasında farklılıklar vardır.
- Elektrik enerjisi alanında arz fazlası varken sözleşmeler fazla üretimi satın alma yükümlülüğünün konulmuş olması, kamu yararını göz ardı eden hatalı bir düzenleme olmuştur."

Bu sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesine ilişkin olarak, sözleşme hükümlerinin niteliklerine göre herhangi bir ayırım yapılmamış olduğundan, hem hizmetin görülmesine ilişkin düzenleyici işlem niteliğindeki hükümlerin, hem de subjektif işlem niteliğindeki mali hükümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümü mümkün kılınmıştır. Bu konunun bundan sonraki uygulamalarda, hizmetlerin görülmesi ve hizmetten yararlananların hakları gözönüne alınarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olması ve idari yargıya değil de tahkime tabi tutulması nedeniyle, hizmetten yararlananların bu sözleşmeleri

-
- Enerji satış tarifeleri yükseltilmiş, işletme süreleri uzatılmış; devreye alma sayısında, erken üretim ve fazla üretim kurallarında, her zaman idarenin zararına, şirketlerin yararına düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Üretim maliyetini azaltıcı etkisi olan düzenlemeler, vergi yükündeki azalmalar fiyatlara yansıtılmamıştır.
 - Yatırım tutarlarının gerçek dışı biçimde yüksek gösterilmesi, ekonomik gerekliliklere uymayan eskalasyon uygulamaları, belirlenen yatırım bedeli üzerinde ödeme yapılmasına yol açan fazla ve erken üretim alımları, kamu zararı doğuran sözleşme değişiklikleri ve doğal gaz fiyatlarında meydana gelen artışlar, YİD modeli doğal gaz santrallerinde başlangıçta öngörülen kWh bedellerinin zaman içinde yüksek düzeylere çıkmasına neden olmuştur. 2002 yılı için 6,85 cent/kWh öngörülen fiyat 10,5 cent/kWh; 4,50 cent/kWh öngörülen fiyat 7,96 cent/kWh; 5,93 cent/kWh öngörülen fiyat 9,53 cent/kWh olarak gerçekleşmiştir.
 - Bütün projeler için aynı olması gereken pek çok yükümlülük, sözleşmelerde farklı farklı düzenlenmiştir. Bazı HES'lerde su akımı yetersizliklerinden kaynaklanabilecek riskler Kuruma yüklenmişken bazılarında şirketler üzerinde bırakılmıştır. İşletme süreleri, fazla üretim tarifeleri, fazla üretimi alma yükümlülüğü gibi konularda da projeler arasında farklılıklar vardır.
 - Elektrik enerjisi alanında arz fazlası varken sözleşmeler fazla üretimi satın alma yükümlülüğünün konulmuş olması, kamu yararını göz ardı eden hatalı bir düzenleme olmuştur."

Aynı rapora göre, ciddi bir planlama sürecinden geçirilmemiş, gerçekçi arz-talep öngörülerine dayanmayan yap-işlet-devret ve yap-işlet uygulamalarından ötürü yakın dönem elektrik enerjisi arzı, talebin çok üzerinde gerçekleşmiş, 2008-2010 yıllarına kadar elektrik enerjisi fazlası sorunu ortaya çıkmıştır. 2001 ve 2002 yıllarında arz fazlası nedeniyle kamu santrallerindeki üretim düşürülmüş, böylece alım güvenceli üretime yer açılmaya çalışılmıştır. 2001 ve 2002 alım güvenceli üretimin tümünün teslim alınabilmiş ve enerjiyi teslim almaksızın ödeme zorunluluğuna düşürülmemiş olması, kamu santrallerinde kapasite düşürülmeleriyle sağlanabilmiştir. Raporda ayrıca, 2003 ve 2004 yılları içinde alım güvenceli üretimin tümünü teslim alabilmek için, kamu santrallerindeki üretimin, önceki yıllara kıyasla daha fazla düşürülmek zorunda kalınacağı da bildirilmiştir (T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı Araştırma Raporu Özeti)

eski dönemde olduğu gibi iptal davaları yolu ile etkileyebilmelerinin yolu da kapatılmıştır. Çünkü, artık, bu nitelikteki sözleşmelere Borçlar Hukuku kuralları çerçevesinde sözleşme hukuku kuralları uygulanacaktır.¹⁰⁷ Bu nedenle, hizmetten yararlananların sözleşmeye ve tahkim sürecine müdahaleleri mümkün değildir.

Ancak, başta da belirtildiği gibi, bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak yapılması ile, idarenin hizmetin asli sorumlusu olma kimliği değişmiş değildir. Sözleşmenin yapılmasına kadar olan aşama tamamen idare hukukuna tabi olup, sözleşmenin yapılmasına kadar ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır.¹⁰⁸ Hizmetten yararlananları ise, idare ve özel şirket arasında sözleşmenin ifasına veya sona ermesine ilişkin olarak doğan uyuşmazlıkların hangi yargı usulüne göre çözümleneceği doğrudan ilgilendirmemektedir. Zira, hizmetten yararlananlar, hizmetin asli sorumlusu olan idareye her zaman başvurup, hizmetin iyi işlenmesini talep etme hakkına sahiptirler. Buradan hareketle, hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin, idarenin sorumluluğu çerçevesinde, hizmetin kötü, geç ya da hiç işlememesinden dolayı zararlarını idari yargıya başvurmak suretiyle idareden talep edebilmeleri gerekir. Bu talep idari başvuru şeklinde yapıldığında, idarenin hareket tarzı, iptal davasına, veya zarar söz konusu ise, tam yargı davasına konu olabilmelidir.

Hizmeti yürüten özel şirket aleyhine de tüketici sıfatıyla genel hükümler çerçevesinde adli yargıya başvurmak her halde mümkündür. Yine, hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişisine karşı, hizmetten yararlananlar, özel hukuk hükümleri uyarınca, tüketicilerin korunması ve hakları vb. yollarla¹⁰⁹ adli yargıda başvuru haklarını kullanabileceklerdir.

¹⁰⁷ Ali ULUSOY: a.g.m., 20

¹⁰⁸ Metin GÜNDAY: a.g.e., 191

¹⁰⁹ Ali ULUSOY: a.g.m., 19

Yukarıda belirtilen hususlar, idarenin özel hukuk hükümlerine tabi olarak imzalayacağı ve konusu kamu hizmetlerinin görülmesi olan başka sözleşmeleri için de geçerlidir. Konu halâ yeni sayılabileceğinden, uygulamada bu özel hukuk sözleşmelerinin nasıl şekil alacağı, bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olma niteliğinin mi, yoksa kamu hizmeti boyutunun mu ön plana çıkacağı net olarak ortaya çıkmamıştır. Bununla birlikte, doktrinde, kamu hizmetinin dönüştürücü etkisinden bahsedilmekte, kamu hizmetinin kendisiyle bağlantısı olan her hukuki ilişkide, kendi niteliğinden kaynaklanan farklılaşmaları doğurucu bir etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁰

¹¹⁰ Aydın GÜLAN: a.g.m., 144

SONUÇ

Kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinin uzun süreli olarak yerli veya yabancı sermaye şirketlerince işletilmesini öngören işletme hakkının devri yönteminde, idare ve şirket arasında imzalanan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi, son yılların gündemden düşmeyen konularından biri olmuştur.

Türkiye'de enerji sektöründe serbestleşme ve özelleştirme yönündeki düzenlemelere bütünüyle bakıldığında, 1984 yılından itibaren yapılan tüm yasal ve idari düzenlemelerde, kamu hizmetlerinin idari değil, özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürülmesi ve idare ile özel kişi arasında sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi usulünün hedeflenmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Bu nedenle, anılan yasal düzenlemeler kapsamındaki uygulamalar, imtiyaz yönteminden farklı isimler altında sunularak özel hukuk rejimine tabi tutulmaya çalışılmıştır. Bu süreçte, bir taraftan da, idari sözleşmelerde dahi uluslararası tahkimin uygulanmasını öngören, uluslararası tahkimle ilgili ikili ve çok taraflı anlaşmalar imzalanmış ve yürürlüğe konmuştur.

Ancak, yüksek yargı organları ile yasama ve yürütme arasında derin görüş ayrılıkları doğmuştur. Söz konusu yöntemler, yüksek yargı organlarınca, yürürlükte bulunan ve kanun hükmünde sayılan uluslararası anlaşmalar dikkate alınmadan, "imtiyaz" niteliğinde görülerek, idare hukukuna tabi tutulmuştur. Bu bağlamda, imtiyaz yöntemine göre hazırlanan sözleşmelere konulan tahkim maddeleri, Danıştay tarafından yapılan inceleme sırasında sözleşme metinlerinden çıkarılmıştır.

Tüm bunların sonucunda, Anayasa Mahkemesi kararları ve Danıştay uygulamalarına bir tepki olarak, ayrıca, ülkemize yabancı sermaye ve yüksek teknolojinin çekilmesi gerekçesiyle, 1999 yılında Anayasanın 47, 125 ve 155. maddeleri değiştirilmiştir. Ancak yapılan değişiklikler, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkimin de bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak benimsenebilmesi, dolayısıyla yabancı yatırımcıların konuya ilişkin şikayetlerinin giderilmesi amacının çok ötesine geçerek, gerçekte idari sözleşme olduklarında kuşku bulunmayan sözleşmelerin kanun koyucu tarafından özel hukuk sözleşmesi haline getirilebilmesine imkan tanınmıştır.

Bu değişiklik ve ardından çıkarılan 4492, 4493 ve 4501 sayılı Kanunlar neticesinde, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine ilişkin esas ve usuller kökten değişikliklere uğramıştır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin uygulama alanı aşırı derecede daraltılmış, neredeyse tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle yapılabilmesi imkanı getirilmiştir. Hatta bundan böyle idarenin herhangi bir kamu hizmetini, o hizmete ilişkin uygun yasal düzenleme yapıldığı sürece, ne imtiyaz sözleşmesi ile; ne de diğer herhangi bir idari sözleşme ile gördürme zorunluluğu kalmıştır.

Buna göre, elektrik enerjisi alanındaki idari sözleşmeler de özel hukuk hükümlerine tabi olarak yeniden düzenlenmiş, bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkim öngörülmüş, idari yargı devre dışı bırakılmıştır.

Ancak, 4628 sayılı Kanun ile enerji sektöründe yeni bir döneme geçilmiş ve işletme hakkının devri yöntemi tamamen terkedilerek lisans (ruhsat) usulüne geçilmiştir.

4628 sayılı Kanun'da mevcut işletme hakkının devri sözleşmelerinin yeni düzenlemelere uyarlanmasına veya sona ermesine ilişkin hükümler yer almıştır. 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe konması ile, Dünya Bankası'na verilen taahhütler doğrultusunda, idarenin artık elektrik hizmetlerinin mevcut

yöntemlerle yürütülmesinden vazgeçtiği; ayrıca, sektörde istenen piyasa düzenine geçebilmek için, mevcut sözleşmelerin ya yeni kurallara uygun hale getirilmesi, ya da temizlenmesi yolunu benimsediği açıkça ortaya çıkmıştır.

4628 sayılı Kanun'un mevcut sözleşmelere ilişkin hükümleri, zaten karmaşık olan ve belirsizlik arz eden mevcut sözleşmelerin durumunu daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Kanunun, sözleşmelere kanunla müdahale niteliği taşıyan hükümlerinin bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından 13.2.2002 tarihinde iptal edilmiş ise de, sorun giderilememiştir. İşletme hakkı devir sözleşmelerinin dayanağı olan düzenleyici işlemlerin de açılan davalar sonucunda iptal edilmesi üzerine, bu sözleşmeler de idarece feshedilerek, elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının devredilmesi uygulaması sona erdirilmiştir.

Aslında, Danıştay'ın iptal kararları, Dünya Bankası'nın bu projelere devam edilmemesi ve kamu mülkiyetindeki üretim ve dağıtım tesislerinin varlık satışı ile elden çıkarılması yönündeki talep ve yönlendirmelerine uzun süredir muhatap olan ve artık bu projeleri devam ettirme niyetinde olmayan idarenin işini kolaylaştırmış, enerji piyasasının oluşturulması önünde engel olarak duran bu sözleşmeler, dayanakları kalmadığından ortadan kaldırılabilmişlerdir. Böylece, elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin mülkiyetinin satılarak elden çıkarılması önünde duran engeller de bertaraf edilebilmiştir. Bununla birlikte, görevli şirketlerden bir kısmı, sözleşmelerine dayanarak, idare aleyhine uluslararası tahkime gitmişlerdir.

Kamu hizmeti niteliğinde bulunan elektrik hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesinin 20 yıl içinde geçirdiği değişimlere toplu olarak bakıldığında, düzenleme ve uygulamalara tam bir karmaşanın hakim olduğu rahatlıkla görülebilmektedir. Sağlam bir hukuki zemin oluşturulmadan kamusal alanda gerçekleştirilmeye çalışılan ekonomik hamlelerin veya yeniden yapılandırma çalışmalarının başarılı olamadığını, ülkemizde elektrik enerjisi sektöründe yaşanan olaylar açıkça ortaya koymuştur. Elektrik hizmetlerinin

özelleştirilmesine ilişkin olarak hep belirli özel durumlar, kişiler, kurumlara yönelik düzenlemeler yapıldığından, bulunan çözümler hep kısa vadeli olmuş ve hep çözülmesi daha karmaşık ve güç sorunların doğmasına sebep olunmuştur. Elektrik enerjisi sektöründeki özelleştirme uygulamalarının, kamu hizmetlerinin daha verimli şekilde yürütülmesi, dolayısıyla kamu yararının sağlanması hedefinden sapılarak, sırf devlete gelir getirmeye yönelik olarak yapılmaya çalışılması da kamuoyunda tepkiyle karşılanmıştır.

Nitekim, günöbirlik olarak yapılan ve her iktidar döneminde değışen düzenleme ve uygulamalar başarıya ulaşamamış, yabancı sermayenin ve yüksek teknolojinin ölkeye çekilerek elektrik hizmetlerinin daha etkin ve verimli olarak işletilebilmesi mümkün olmamıştır. Üstelik, uygulama da tersine işlemiş; enerji sektörü önce sorunlu düzenlemelerle özelleştirilmeye çalışılmış, daha sonra, bu sorunlar çözümlenmeden düzenleyici kurum ve kurallar oluşturulmuştur.

Özelleştirme, uzun vadede, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli olarak yürütölebilmesi için uygun bir çözümdür. Ancak özelleştirmenin şeffaflık, eşitlik ve rekabet ilkeleri gözetilerek varlıkların gerçek değeri üzerinden yapılması, özelleştirilen varlıkların etkin bir şekilde denetlenmesine ilişkin kuralların titiz bir biçimde uygulanması, kamu yararı ve ölkö menfaatlerinin her halukârda gözetilmesi, kamu düzenine aykırı uygulamalardan kaçınılması gerekmektedir. Oysa, şu anda yapılmakta olan uygulamalar, gerekli altyapı yatırımları yapılarak ve ileri teknoloji getirilerek hizmetin etkin ve verimli bir şekilde yürütölmesi amacına değil; ölkemizin dış borçlarının kapatılması, borcunu ödeyebilmesi için devlete kaynak sağlanması amacına yönelik olarak yapılmaktadır. Enerji gibi önemli bir alanda ulusal bir enerji politikası ve hareket tarzının belirlenebilmesi gerekirken, Dünya Bankası düzenlemeleri olduğu gibi iç hukuk belgeleri haline getirilmektedir. Kendi stratejisini oluşturamayan bir devletin ne kadar yasal ve Anayasal düzenleme yapılırsa yapılsın, istenen hedeflere ulaşması kolay gözökmemektedir.

Öte yandan, uluslararası tahkime ilişkin olarak Anayasa değişikliği sırasında yapılmış olan, uluslararası tahkimin kapitülasyonla aynı anlama geldiği, uluslararası tahkim yoluyla ülkenin doğal kaynaklarının, geleceğinin, egemenlik haklarının çok uluslu şirketlere sunulmuş olacağı yönündeki şiddetli, yoğun ve öfkeli ideolojik tartışmalar bir yana bırakılırsa, konuya uluslararası ticaretin gerekleri ve yabancı sermaye çekimi yönünden bakmak gerektiği düşünülmektedir. Doğrudur, tahkim kavramı, uluslararası sermayenin başka ülkelerdeki yatırımlarını güvence altına almak amacıyla küreselleşme kavramı ile beraber gündeme getirilmiş ve giderek yaygın uygulama alanı bulmuştur. Ayrıca, ulusal hukukların giderek uluslararası düzenlemeler karşısında zayıf düşmeye başladığı da bir gerçektir. Bu olgulara karşı direnmek, Türkiye'de de mümkün olmamıştır.

Bununla birlikte, uluslararası tahkimin İdare Hukuku alanında uygulanabilmesi, kamu yararının bundan böyle korunamayacağı, idarenin elinin kolunun bağlandığı anlamına gelmemektedir. Bir kere, tahkim iki yönlü olarak işleyen ve taraf iradelerine dayanan bir mekanizmadır. Tahkim yargılamasının nasıl şekilleneceği, daha uyuşmazlık doğmadan önce sözleşmelerin hazırlanma aşamasında belirlenmektedir. Uyuşmazlığa bakan hakemler, tarafların belirlediği yetki çerçevesi içinde karar vermekte, verilen yetkinin dışına çıkılarak karar verilmesi, kararın iptal edilmesine yol açmaktadır. Buna göre, özel kişi ile idare arasındaki ana sözleşme ve tahkim sözleşmesi veya şartı hazırlanırken, hem görülen hizmete ilişkin düzenleyici nitelikteki hükümlerin, hem de mali hükümlerin ileride doğması mümkün uyuşmazlıklar da gözönüne alınarak çok dikkatli bir şekilde hazırlanması, tahkim sözleşmesinin kapsamının çok dikkatli bir biçimde belirlenmesi ve sözleşmenin hizmetin kurulmasına ve işleyişine ilişkin hükümlerinin hakemin yetkisi dışında tutulması gerekmektedir. Her alanda olduğu gibi, bu alanda da konu uygulayıcılar noktasında düşünülmektedir.

Sonuç olarak, tahkim usulünün, kuralına uygun olarak ve bilinçli bir şekilde kullanılması halinde lehte sonuçların da elde edilmesinin mümkün

olduğu düşünölmektedir. Asıl korkulması ve karşı çıkılması gereken uluslararası/ulusötesi sermaye ve bunun dayattığı politikalar değil; bu politikalara kayıtsız şartsız teslim olma zihniyetidir.



ÖZET

İşletme hakkının devri, ülkemizde elektrik üretim ve dağıtım hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesi kapsamında gündeme gelmiş bir yöntem olup, yasal dayanağını 1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı Kanun oluşturmaktadır. Bu yöntem, mülkiyeti kamuya ait elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının idare ile bu konuda bir sözleşme imzalayan özel şirkete uzun süreli olarak devredilmesi şeklinde işlemektedir. Hem bu yöntem, hem de elektrik hizmetlerinin özel kişilerce yürütülmesinin diğer yöntemleri olarak geliştirilen yap-işlet-devret ve yap-işlet yöntemleri özelleştirme çalışmaları kapsamında değerlendirilmektedir.

İşletme hakkının devri ve yap-işlet-devret yöntemlerine göre imzalanan sözleşmelerin hukuki niteliği tartışma konusu olmuş; bu sözleşmeler, yasal ve idari düzenlemelerle özel hukuk hükümlerine, dolayısıyla bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkime tabi tutulmak istenirken, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde görülerek, bunların özel hukuka tabi olmalarını öngören düzenlemeler iptal edilmiştir. Bu sözleşmelerin niteliğine ilişkin yapılan değerlendirmeler arasındaki farklılık, yasama ve yürütme ile yargı organları arasında yıllarca süren bir çekişmeye neden olmuş; bu çekişme 1999 yılında Anayasa değişikliğine gidilmesiyle sona ermiştir.

Anılan Anayasa değişiklikleri ve daha sonra çıkarılan uyum kanunları sonucunda, işletme hakkının devri ve yap-işlet-devret yöntemlerine göre imzalanan sözleşmeler, imtiyaz kapsamından çıkarılmış ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası tahkim yoluna gitmek mümkün hale gelmiştir. Bu doğrultuda, imtiyaz yöntemine göre imzalanmış bulunan mevcut işletme hakkı devir sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi olarak yeniden düzenlenmiş; ancak, 2001 yılında Türkiye'de elektrik enerjisi sektöründe piyasa düzenine geçişi ve elektrik hizmetlerinin ruhsat (lisans) yöntemi ile yürütülmesini öngören 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra bu

sözleşmelerin durumu belirsiz hale gelmiştir. Öte yandan, işletme hakkı devir sözleşmelerinin her birinin dayanağını oluşturan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılmış bulunan davalar sonucunda, bu kararlar iptal edilmiş; bunun üzerine sözleşmeler idare tarafından feshedilmiştir. Feshedilen sözleşmelerin karşı tarafı şirketlerden bir kısmı ise, bu sözleşmelerde bulunan tahkim şartına dayanarak uluslararası tahkim yoluna gitmişlerdir.

Sonuç olarak, elektrik hizmetlerinin yürütülmesinde, mülkiyeti kamuya ait tesislerin işletme haklarının imtiyaz ve özel hukuk sözleşmeleriyle devredilmesi dönemi, bu sözleşmelerin feshedilmeleriyle kapanmış; bu tesislerin varlık satışı yoluyla özel mülkiyete geçirilmesi ve elektrik hizmetlerinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan lisans alınarak yürütülmesi dönemine geçilmiştir.

Elektrik enerjisi sektöründe özel hukuk hükümlerine tabi işletme hakkı devir sözleşmeleri uygulamaya geçememiş olsalar da, bundan böyle pek çok kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel kesime gördürüleceği anlaşılmaktadır. Bu noktada, aslında idari nitelikte olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda ticari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yolunun öngörülmesi, farklı disiplinlere ait iki hususun bağdaştırılması sorununu ortaya çıkarmaktadır.

ABSTRACT

Transfer of operating rights, which has become topical issue within the framework of electricity production and distribution in Turkey by the private sector, takes its legal basis from Law No: 3096 that was enacted in 1984. This is a method where operating rights of state-owned electricity production and distribution facilities are transferred for a lengthy period to a private company through a contract. This method, along with other methods that were developed to enable the realisation of electricity services by national and foreign private companies, such as build-operate-transfer (BOT) and build-operate (BO), is being discussed in this thesis within the context of privatisation.

The legal nature of contracts drafted for the purpose of transferring operating rights and build-operate-transfer contracts has been a question of much debate. One view is to subject these contracts through legal and administrative arrangements to private law, thus subjecting disputes that may arise to arbitration. Nevertheless, the Turkish Constitutional Court and the Danıştay (Supreme Administrative Court), viewing these contracts as public service concession contracts, have nullified the arrangements that make them subject to private law. Different views regarding the nature of these agreements have led to years of quarrel between legislative, executive and judicial organs before coming to an end with a constitutional amendment in 1999.

With the above-mentioned amendment and subsequent implementing laws, transfer of operating rights and build-operate-transfer contracts were no longer seen as concessions. Therefore, it became possible to resort to international arbitration for disputes arising from these contracts. In this context, most of the transfer of operating rights contracts that were of concessionary nature were amended to suit private law. However, uncertainty once again fell on these contracts when Law No: 4628, which

envisaged a transition to a market system for the electricity sector in Turkey and the provision of electricity services by way of permits (licence), came into force in 2001. At the same time, relevant Council of Ministers Decrees, which served as the basis for all the transfer of operating rights contracts, were annulled as a result of court cases brought against them. Subsequently, all contracts were terminated by the administration. Some of the contracting companies, under the international arbitration arrangements that were a part of these contracts, resorted to international arbitration.

In the end, the era of transfer of operating rights of state-owned facilities through concessions and agreements that fell under private law came to a close in the Turkish electricity sector, following the termination of these agreements. A new era began where the production and distribution facilities will be transferred to private ownership through sale of assets along with the requirement to obtain a permit for the provision of electricity services from the Energy Market Regulatory Board.

Although it was never possible to implement transfer of operating rights agreements with private law statuses in the energy sector, it is understood that from now on many public services will be realized by the private sector through commercial contracts that fall under private law. However, resorting to arbitration, a tool to solve commercial disputes, in dealing with disputes pertaining to what are in fact agreements of administrative nature at this juncture gives rise to a problem of reconciling issues relating to two separate disciplines.

KAYNAKÇA

23 no.lu Adıyaman-Kahramanmaraş Görev Bölgesinde Elektrik Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Tasarısı Danıştay Birinci Daire: Esas No: 1998/109, Karar No: 1998/x

Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu 2000 Yılı Genel Rapor: Kamu İktisadi Teşebbüsleri, Sosyal Güvenlik Kuruluşları, Fonlar, Diğer Kuruluşlar, İştirakler
http://www.ydk.gov.tr/Genel_Rapor_2000/icindekiler.htm Alınma tarihi: 18.2.2004

"Enerji Şirketlerinden Tahkim Tehdidi", 19.1.2002
www.evrensel.net Alınma tarihi: 11.7.2002

"Enerji Projelerinde Garantiye 10 Yıl Sınırı", 5.10.2001
www.dunyagazetesi.com.tr/eko02milliyet.htm Alınma tarihi: 24.2.2004

"Enerji Projelerinde Yabancı Sermaye Geri Kaçıyor", 15.5.2001
www.dunyagazetesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=36300 Alınma tarihi: 3.2.2004

"Enerjide Dava Yağmuru", 12.2.2001
www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2001/02/12/ekonomi/ekonomi3.html, Alınma tarihi: 19.1.2004

"Garanti Sıkıntısı", 6.5.2000
www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2000/05/06/ekonomi/ekonomi1.html Alınma tarihi: 19.1.2004

Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Elektrik Enerjisi Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Haziran 2000 <http://ekutup.dpt.gov.tr/enerji/oik585.pdf> Alınma tarihi: 13.10.2003

TBMM Anayasa Komisyonu 2/187 E., 8 K. no.lu Raporu 28.7.1999 TBMM Tutanak Dergisi

T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu
21.7.2003 tarih, 2003/6 sayılı "Elektrik Enerjisi Alanında Sürdürülen Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkının Devri Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu Özeti"

AKINCI, Ziya
2000 "Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim", Hukuk Kurultayı 2000, C. IV. Ankara: Ankara Barosu, 107-113

BERBEROĞLU, Enis
18.4.2000 "Pahalı Elektriğin Hikayesi" <http://www.turkelektrik.com/ho-2001-2-28-KIT.htm>, Alınma tarihi: 17.11.2003

BİRSEL, Mahmut

2001 "Enerji Yatırımları ve Anayasanın 125. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Düşündürdükleri", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte Yayınları. 113-139

ÇELİKEL, Aysel

1995 Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: Beta

EMEK, Uğur

2.12.1999 "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim" <http://rekabet.gov.tr/word/zip/uemek.zip> Alınma tarihi: 21.12.2003

EMEK, Uğur

2001 "İmtiyaz Sözleşmelerinden Doğal Tekellerin Düzenlenmesine", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte Yayınları. 23-35

EMEK, Uğur

2002 "Ek ve Değişiklikleri ile Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve Kamu Hizmeti İmtiyazı Mevzuatı" <http://www.dpt.gov.tr/yatirim/emeku/yid.pdf> Alınma tarihi: 15.9.2003

EMO Yönetim Kurulu

"Elektrik Piyasası Üzerine" <http://dergi.emo.org.tr/altindex.php?sayi=408&yazi=175> Alınma tarihi: 3.3.2004

ERSÜMER, Cumhur

24.9.2000 Enerji Politikası (Gas Power in Turkey) Konusunda IBC-UK Konferansındaki Açılış Konuşması

<http://www.byegm.gov.tr/yayinlarimiz/TURKHABER/2000/24eylul/T6.htm>, Alınma tarihi: 21.2.2004

GÖZLER, Kemal

2003 İdare Hukuku, C. II. Bursa: Ekin Kitabevi

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, T. TAN

1998 İdare Hukuku-Genel Esaslar, C. I. Ankara: Turhan Kitabevi

GÜÇLÜ, Yücel

"Yabancı Sermaye Çekimi- Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşmaları" www.mfa.gov.tr/turkce/grupe/ues-8/yabancisermaye.htm, Alınma tarihi: 5.1.2004

GÜLAN, Aydın

2001 "Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte Yayınları. 140-154

GÜNAY, Yusuf

11.12.2002 "Enerji Sektörü Reformu Kapsamında EPDK Tarafından Yapılan Çalışmalar ve Yeni Dönem Perspektifleri"

<http://www.enerjiforumu.com/gazete/basindatef/epdk.gov.tr> Yusuf Gunayin 2nci TEFdeki Konusmasi.htm Alınma tarihi: 6.12.2003

GÜNDAY, Metin

2001 "Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Yapılan Yasal Düzenlemeler"

<http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/ulustahkmalan.doc> Alınma tarihi: 20.11.2002

GÜNDAY, Metin

2002 İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi

GÜNEŞ, Cengiz

13.2.2001 "Elektrik Piyasası Kanunu Rekabetçi Bir Piyasa Yaratabilir mi?", Dünya Gazetesi

GÜNEŞ, Cengiz, E. AYKUTLU

2.11.2001 "Elektrik Piyasası Kanunu ve Dağıtım Şirketlerinin Durumu", Dünya Gazetesi

İMRE, Erol

2001 "Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli, Yasal Çatısı, Uygulaması"

http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm Alınma tarihi: 20.2.2004

KARAHANOGULLARI, Onur

2002 Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim). Ankara: Turhan Kitabevi

KARAYALÇIN, Yaşar

1994 "Hakem Mahkemesi Kararları ve Yargıtay Denetimi, 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı", XI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 13-14 Mayıs 1994). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

KULALI, İhsan

1997 "Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması"

<http://www.ekutup.dpt.gov.tr/kit/kulalii/elekt1.doc> Alınma tarihi: 3.3.2004

KURU, Baki

1984 Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV. Ankara: Sevinç Matbaası

NOMER, Ergin, N. EKŞİ, G. GELGEL
2000 Milletlerarası Tahkim. İstanbul: Beta

ONAR, Sıddık Sami
1952 İdare Hukukunun Umumi Esasları. İstanbul: Marifet Basımevi

ÖZ, Gamze, M. YILDIRIM ÖZTÜRK
"Turkey's Attempt For A Stable Liberalized Energy Market"
http://www.cakmak-av.com.tr/article12_print.html Alınma tarihi: 11.11.2003

ÖZAY, İlhan
2002 Günlüğünde Yönetim. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.

ÖZBİLGİÇ, Zergül
2001 "Uluslararası Anlaşmalar Bakımından Uluslararası Tahkim ve Yabancılaşma Unsuru", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte Yayınları. 68-82

ÖZTÜRK, Burak
2000 "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

SAĞLAM, Erdal
"Enerjide Yol Haritasını Belirleyen YPK Kararı", 22.3.2004 Hürriyet Gazetesi

ŞANLI, Cemal
2002 Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

ŞANLI, Cemal
1999 İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Paneli. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 5-14

TAN, Turgut
1999 "İdare Hukuku ve Tahkim", AİD, C. 32, S. 3, Eylül 1999, 1-23

TAN, Turgut
2000 "Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri", Hukuk Kurultayı 2000, C. I. Ankara: Ankara Barosu, 455-465

TANRIVER, Süha
2001 "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte Yayınları. 83-112

TİRYAKİOĞLU, Bilgin

2001 "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler",
<http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc> Alınma
 tarihi: 30.9.200

ULUSOY, Ali

2001 "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş
 Usulleri Kavramları", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi Perspektifinden
 Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte Yayınları. 1-22

ÜLTANIR, Mustafa Özcan

23.8.2001 "Enerjide Yine Bir Kaos Var mı?"

http://www.dunyagazetesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=47093 Alınma tarihi:
 20.1.2004

YERLİKAYA, Kürşat

"Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması"

<http://www.marmara.edu.tr/maliyesempozyumu/tebliqler/5-3.doc> Alınma tarihi:
 12.2.2004

YILDIRIM, Turan

2001 "Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı", A. ULUSOY (Ed.), Hukuk Ekonomi
 Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti. Ankara: Liberte
 Yayınları. 36-46

YILDIRIM ÖZTÜRK, Mehtap, Ş. ÖNDER

2002 "Can The New Approach of The Turkish Constitutional Court Save The
 Country's Power Projects?"

<http://www.cakmak-av.com.tr/article15a.html> Alınma tarihi: 17.11.2003

ZABUNOĞLU, Yahya

1999 "Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri",
 Hukuk Kurultayı 2000, C. I. Ankara: Ankara Barosu, 491-496