

BAKÜ-TİFLİS-CEYHAN BORU HATTI PROJESİ KAPSAMINDAKİ ANLAŞMALARIN HUKUKİ YÖNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Sedat Çal

Kıdemli Uzman

Yatırımlar Direktörlüğü Enerji Şartı Sekreteryası



Özet

Kafkas bölgesindeki zengin petrol kaynaklarının dünya pazarlarına ulaştırılabilmesi için güvenli ulaşım yoluna duyulan gereksinim, aynı zamanda dünya politikasının önde gelen aktörlerinin dahil olduğu bir satranç oyunu sonrasında Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı Projesi'ni gündeme getirmiştir. Buna yönelik anlaşmalar dizisi 2000 yılı itibarıyla imzalanabilmiş, nihayet 2005 yılında da işletmeye girmiştir. Bahsekonu anlaşmaların hükümleri incelendiğinde, sıradan anlaşma kurgusunun ötesinde bir ayrıcalıklar ve bağımsızlıklar silsilesiyle karşılaşılmaktadır. Bu yönüyle, ülkemizde Osmanlı döneminden bu yana olumsuz yönleriyle anımsanan kapitülasyon ve imtiyaz kavramlarının güncel bir uygulama örneği olup olmadığı hususunda çağrışımlar içermektedir. Konu, aynı zamanda anlaşmalar nezdindeki uyumsuzlukların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesini de öngördüğü veçhile, 1999 yılı Anayasa değişiklikleriyle ülkemizde imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime gidilebilmesine imkan veren düzenlemeler bağlamında ele alınmayı gerekli kılmaktadır. Bu çalışma, bahsekonu denklemin temelsizliğini vurgulamakta ve imtiyaz sözleşmelerinin yeni bir Anayasal rejime kavuşturulmasına neden gereksinim duyulduğuna örnek bir olayın ayrıntılı şekilde hukuksal değerlendirmesine gitmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı (BTC) Projesi, imtiyaz, kamu hizmeti, kapitülasyon, uluslararası tahkim.

A Legal Analysis of the Agreements for the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project

Abstract

The need for a reliable transportation route for oil rich Caspian basin reaching out to world markets, following struggles through the so-called "chess game" amongst the world's leading political powers, led to the BTC Project. Agreements relating thereto were signed in 2000, and the Project was commissioned by 2005. A close look into provisions of such agreements highlights a wide scope of privileges and immunities, proposing an unprecedented legal regime that reaches far beyond than found in agreements of similar nature. It therefore inevitably calls for repercussions that they represent in today's world a heir to capitulations of Ottoman era which triggers the minds of many quite negatively. As the agreements also foresee international arbitration, further elaboration is needed in the light of 1999 Constitutional changes allowing such provisions under concession contracts. This study aims at drawing attention to the fact that such a reasoning is groundless, and envisages, by a thorough legal analysis of the Project agreements, to underline the need for a new Constitutional regime providing safeguards against concessions.

Keywords: Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline (BTC) Project, concession, public service, capitulation, international arbitration.

Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Projesi Kapsamındaki Anlaşmaların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi

İnsan; yek katre-i hûnest ve hezâr endîşe...
Sâdi-i Şirazî

I. Giriş

Azerbaycan Cumhuriyeti'ndeki zengin petrol yataklarından özel sektör kuruluşlarının ağırlıkta olduğu bir yabancı konsorsiyum tarafından çıkarılacak petrolün, enerji tüketiminin yoğunlaştığı sanayileşmiş batı ülkelerine aktarılması amacıyla güvenli bir boru hattına gereksinim duyulmuş ve bu amaçla Gürcistan Cumhuriyeti üzerinden ülkemize uzanan bir boru hattının Ceyhan'dan Akdeniz'e ve dolayısıyla dünya pazarlarına ulaştırılması planlanmıştır. Buna yönelik proje, petrolün kaynağı, geçiş ülkesi ve nihai varış noktası itibariyle "Bakü-Tiflis-Ceyhan Ham Petrol Boru Hattı Projesi (BTC Projesi)" olarak adlandırılmaktadır. Konuya ilişkin olarak neredeyse 10 yılı bulan yoğun bir hazırlık sürecinin sonucunda, nihayet fiili müzakerelere başlanabilmiş ve bizim de katıldığımız, aralıksız yaklaşık 2 yılı bulan çetin müzakereler eşliğinde BTC Projesi'ne ilişkin anlaşmalar imza aşamasına gelebilmiştir. Sürecin bu denli uzun sürmesinde, Proje'nin "ekonomik" olmaktan ziyade "siyasi" yönünün öne çıkması ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Rusya Federasyonu (RF) arasında "taktik çıkışlara" bağlı kalması rol oynamıştır (Şükrüoğlu, 2004: 16).

Projeye, Azerbaycan'ın Hazar Denizi kıyısındaki petrol yataklarından, Tiflis yoluyla ülkemizin Ceyhan sahiline günde 1 milyon ton kapasitede petrol taşıyacak bir boru hattı inşa edilmiştir. Proje'nin resmi açılışı, Temmuz 2006 itibariyle Ceyhan terminalinde uluslararası boyutta katılımı gerçekleştirilmiştir

ve Orta Asya ve Kafkas bölgesindeki enerji kaynaklarının dünya piyasalarında ulaştırılmasında Rusya'nın fiili tekelini kıran ilk proje olmak itibarıyla de stratejik açıdan fevkalade önem taşımaktadır. Bu meyanda gerek Azerbaycan'ın ve gerek Gürcistan'ın siyasi istikrarı da Proje dolayısıyla Rusya'nın tekelinden çıkarılmış ve Türkiye üzerinden dünya piyasalarına (ve bir anlamda enerji güvenliği açısından hassas durumdaki Avrupa Birliği (AB) (Haghighi, 2007: 28, 29) ve diğer Batı ülkelerine) eklenmiştir. Nitekim, 2005 kış mevsiminde RF'nun Ukrayna ile anlaşmazlığı çerçevesinde Avrupa ülkelerine kuzey boru hatları bağlantısından gaz sevkiyatının durması (Belyi/Klaus, 2007: 205-224), enerji ulaştırmasında kaynak güvenliğini had safhaya çıkarmış ve Avrupa'ya güney boru hattıyla Türkiye üzerinden alternatif gaz ulaşımına ilişkin "Nabucco" adıyla bilinen projeler geliştirilmeye başlanmıştır. Bu tür projeler açısından BTC Projesi, örnek teşkil etmek gibi önemli bir işlev üstlenmektedir. Öte yandan, BTC Projesi'nin ülkemiz açısından önemi, boru hattından elde edilecek gelirin ülke ekonomisi büyüklüğü içindeki görece önemsiz payı dikkate alındığında, daha ziyade "... bölgesel enerji kaynaklarının nakil yolları üzerinde kontrolü sağlayarak" (Abdullayev, 1999: 263) stratejik önemini pekiştirmesine hizmet etmesi bakımından değerlendirilmelidir.

Hattın yapımını, bu amaçla kurulan ve genelinde Bakü'deki petrol sahalarından üretimi gerçekleştirme hakkına sahip uluslararası petrol şirketlerinden oluşan bir özel sektör konsorsiyumu finanse etmektedir. Burada öncelikle belirtmekte yarar görüyoruz: Irak petrol boru hattının yapımı nispeten çok daha kolay olmuştur. Zira, petrolü çıkaran Irak devletidir; hattın Irak bölümünü yapan ise yine Irak devleti olup, hattın Türkiye'de kalan kısmını da (Türk devleti adına) Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) Genel Müdürlüğü gerçekleştirmiştir. Oysa, Hazar'da Azerbaycan veya Kazakistan'ın kendi petrollerini yeryüzüne çıkaracak finansman veya teknik olanakları bulunmadığı için, anılan ülkeler yabancı şirketlere petrol sahalarını belli şartlarda ve ortaklık yapısı içerisinde imtiyaz (bu anlaşmalara "üretim paylaşımı anlaşmaları" ("*Production Share Agreements*" – *PSA*)) adı verilmektedir) olarak tahsis etmişlerdir. Yani, çıkarılacak petrolün sahibi –anlaşmalarda belirtilen oranlar çerçevesinde- uluslararası petrol şirketleridir. O nedenle, petrol yataklarına sahip ülkeler tarafından dünya pazarlarına erişimi sağlayacak boru hatları inşa edilse dahi, petrol sahibi şirketler buradan petrol geçirmeyi taahhüt etmediği sürece, hattın yapılmış olması bir önem taşımamaktadır. O nedenle ki, hattın yapımı da petrolü çıkaracak özel sektör şirketlerine bırakılmıştır. Kuşkusuz, burada bahsekonu petrol boru hattını yine devletler yapabilir, zira neticede finansman uluslararası kreditorlerden sağlanmak durumundadır. Ancak, bu durumda da petrol üretecek şirketlerin petrolü hattan geçirmeyi

("through-put guarantee"), yani hattı kullanmayı kabul ve taahhüt etmeleri gereklidir.

Esasen, ticari anlamda bir boru hattının gerçekleştirilebilmesi, ancak ve ancak hattan geçirilecek petrolün anlaşmalarla taahhüt altına alınması halinde mümkün olabilmektedir, ki proje finansmanı denilen kavramsal yapı bunu gerektirmektedir. Bu tür altyapı projelerinde hemen daima projenin kullanımda olabilmesini teminen önceden uzun erimli anlaşmaların imzalanmasına gerek duyulur. Nitekim, ülkemizde yap-işlet-devret (YİD) modeliyle gerçekleştirilen İzmit Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi'nde de İzmit Belediyesi ile proje sahibi ilgili YİD şirketi arasında uzun süreli bir su alım sözleşmesi imzalanmıştır.¹ Benzer şekilde, elektrik enerjisi üretimine yönelik YİD

¹ Başlangıçta devlet tarafından klasik finansman yöntemiyle devlet bütçesinden finanse edilmek üzere DSİ Genel Müdürlüğüne ihale edilen ve ihaleyi kazanan şirket tarafından suyu tutacak baraj gövdesinin yapımına başlanan Proje'de, ödenek yetersizliğinden dolayı uzun yıllar boyunca inşaatın bir türlü tamamlanmaması karşısında, Proje'nin YİD modeline dönüştürülmesi gündeme gelmiş ve mevcut modelde yapım işini üstlenmiş bulunan şirkete anılan barajı ve arıtma tesislerini yapma "görevi", oldukça yüksek bir bedelle ve bu defa ihalesiz olarak verilmiştir. Bahse konu proje tahtında yatırım yapılabilmesi için uzun vadeli bir su satın alım anlaşmasının imzalanması gerekmiştir. Ancak, anılan Belediye, üretilecek suyu büyük oranda kendisinin kullanamayacağını baştan bilmesine karşın, komşu Büyükşehir Belediyesine satmayı "planladığını", hatta bu konuda "söz aldığını", ancak anılan Büyükşehir Belediyesi'nin suyu almaktan vazgeçmesi üzerine satamadığını belirterek su alımından dolayı şirkete ödemelerini gerçekleştirmemiş; Hazine garantili bu proje, Hazine'nin kullanılmayan ve dereye dökülen suya yüz milyonlarca Dolar ödemek zorunda kalmasıyla sonuçlanmıştır (Sayıştay Raporu, 2002: 5, 12, 13, 20, 28, 29, 30). Oysa, açıktır ki bu tür projelerde proje finansmanının herkes tarafından bilinen gerekleri uygulanmış olsaydı, YİD şirketinden su alım yükümlülüğüne giren Belediye'nin bu suyu kendisinin kullanamayacağı ve projenin komşu İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne üretilecek suyu satmakla ancak "yapılabilir" olacağı baştan bilindiğine göre, bu Belediye ile anılan Büyükşehir Belediyesi arasında uzun dönemli bir su alım sözleşmesinin öncelikle imzalanması gerekirdi. Ne var ki, böyle bir sözleşmenin yokluğu bir yana, anılan Büyükşehir Belediyesince suyun satın alınmayacağına yönelik olarak keyfiyetin daha Proje başlamadan önce Proje'yi gerçekleştirecek olan Belediye'ye bildirildiği de belirtilmektedir (TBMM Tutanak Dergisi, 2003). Kuşkusuz, "söz almıştık" gerekçesiyle proje yapımı ciddiye alınabilecek bir husus değildir; esasen, Hazine garantisi sağlanmayacak ise, hiç bir kreditorün "alınmış sözlere" dayanan bu tür bir proje için kredi vermeyi "düşünmesi dahi" sözkonusu olamaz.

Öte yandan, Projeye üretilecek içme suyunu ağırlıklı oranda kendisi kullanmayacak bir belediyenin, bu ilişkide aracı rolünü oynaması da anlamsızdır; dolayısıyla, anılan Büyükşehir Belediyesi'nin YİD şirketiyle olan sözleşmeye bizzat taraf olması

projelerinde de üretilen elektriğin tekel konumundaki devlet tarafından satın alınmasına yönelik uzun erimli sözleşmeler imzalanmıştır..

Dolayısıyla, BTC Projesi bakımından da aynı analogi geçerli olduğu için, Azeri petrol sahalarını işletmek üzere yatırım yapacak konsorsiyumun, öncelikle üretilecek petrolü hangi kanaldan dünya piyasalarına çıkarabileceğini önceden –uzun erimli anlaşmalar imzalamak suretiyle- güvenceye alması, en büyük sorun olarak dikkate alınmıştır (Joseph, 1999: 5; Soligo). Bu bağlamda, öncelikle mevcut Bakü-Supsa hattının erken üretime yönelik olarak kısa dönemde kullanılmasını (Babalı, 2005: 33-38), ancak temel üretime ulaşıldığında ana hat olarak Bakü’den Rusya’nın Karadeniz kıyısındaki Novorosisk limanına ve oradan da İstanbul ve Çanakkale Boğazları yoluyla dünya pazarlarına erişimin sağlanmasını öngören Bakü-Novorosisk ve Bakü-Tiflis-Ceyhan boru hattı seçenekleri arasında, uzun süren bir siyasi-ekonomik mücadele yaşanmıştır (bkz. Elkind, 2005: 40; Joseph, 1999: 6-9; Sasley, 1998; Marashian, 1998: 32-43; Aslanlı, 2006). Hazar bölgesindeki enerji kaynaklarının dünya pazarlarına erişimi üzerindeki tekeli sürdürmek isteyen

gerekirdi. Ancak, Hazine garantili işlerde bu tür özenin genelde gösterilmediği de uygulamada sıklıkla görülen bir husustur, özellikle enerji sektöründe. Sonuçta, bilinen matrise dayanarak söylenebilir ki, “başkasının parasını başkası için harcayanlar açısından bir malın ne fiyatı, ne de kalitesi sözkonusudur; başkasının parasını kendisi için harcayanlarda ise kalite önemli, ancak fiyat sınırsızdır.” (Anılan matrise göre dört değişik türde harcama düzeni vardır: Kendi parasıyla kendisine bir şey alacak kişi için hem kalite hem de fiyat önemlidir; kendi parasıyla başkasına bir şey alacaklar için fiyat önemli, ancak kalite önemsizdir; başkasının parasıyla kendine bir şey alacaklar açısından ise fiyat boyutu sınırsız, kalite ise çok önemlidir; nihayet, başkasının parasını diğerleri için harcamakta olanlarda her ikisi için de bir sınırlamaya rastlanmamaktadır!)

Nitekim, anılan Proje’de de suyu Hazine garantisine dayanarak elde edecek Belediye için kalite önem taşımış ve anılan proje gerçekten yüksek kalitede ürün sağlayacak biçimde gerçekleştirilmiştir; Proje’yi gerçekleştiren merkezî bürokrasi ve siyasiler içinse, ne üretimin kalitesi ne de fiyatının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuçta, son dönem İzmit Büyükşehir Belediyesi Başkanı’na göre, Proje kapsamında Belediye’den “son iki yılda kesilen para ile (Belediye) bu barajı yapabiliirdi(.) Olayın boyutu bu kadar büyüktür. Hazine’nin ödediği parayla Türkiye’de bu şartlarda öz kaynaklarımızla 40 baraj yapabiliriz.” (bkz. Hürriyet Gazetesi, 2006). Ülkemizde YİD modeli altında gerçekleştirilen altyapı projelerinin çoğunlukla rekabetsiz ortamda gerçekleştirilmeleri nedeniyle diğer ülkelerdeki benzerlerinden çok daha –bazan fahiş- fiyatlarla topluma mal edildiği hususunda bkz. (Binay, 2007: 182,183; ÇAL, 2008a: 65, 185, 252, 264, 272, 280).

Rusya'ya karşı², gerek ABD ve gerek Gürcü, Azeri ve Türk hükümetlerinin – değişik gerekçelere dayalı (bkz. Elkind, 2005: 49-53; Joseph, 1999: 9-13; Morningstar, 2006; Pala, 2007: 28-31)- uzun süren baskıları sonucunda, yatırımcı şirketin tercihi BTC Projesi yönünde tecelli etmiştir³.

Toplam 1.730 km uzunluğundaki hattın 468 km'si Azeri, 225 km'si Gürcü, 1.037 km'si ise Türk topraklarından geçmektedir (BASIN AÇIKLAMASI, 2000). Yaklaşık 3 milyar ABD Doları tutarındaki bahsekonu Proje'nin yapımını imkan dahiline koymak üzere, ülkemiz ile Azerbaycan ve Gürcistan Cumhuriyetleri arasında imzalanan Hükümetlerarası Andlaşmalar ile bu andlaşmaların eki olan ve ülkemiz ile ilgili petrol şirketleri arasında imzalanan ticari sözleşmeler tahtında, Proje'ye önemli bazı ayrıcalıklar tanıdığı gözlenmektedir. Bu itibarla, bahsekonu andlaşmaların/sözleşmelerin hükümleri ile bunların hukuki değerlendirmesi, son derece önem taşımaktadır. Aşağıdaki bölümde bu konuların ayrıntılı biçimde ele alınmasını hedefliyoruz.

II. Hukuki Değerlendirme

1. Hükümetlerarası Andlaşma'nın Hükümleri ve Hukuki Niteliği

BTC Projesi kapsamında ilgili yatırımcı şirketler tarafından kurulan Çalışma Grubu ile ülkemiz arasında başlatılan çalışmalar, hukuki açıdan fevkalade karmaşık bir yapı gerektirdiği için uzun bir süreç almış ve ancak aylar boyu süren yoğun müzakereler sonucunda imzaya hazır hale gelebilmiştir. Bu çalışmalar neticesinde Azerbaycan, Gürcistan ve ülkemiz arasındaki Hükümetlerarası Andlaşma (HA - “*Intergovernmental Agreement*”) 18 Kasım, 1999 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirilen Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) zirvesinde Azerbaycan, Gürcistan ve Türkiye Cumhurbaşkanı ile (şahit sıfatıyla) ABD Başkanı tarafından imzalanmış ve 22 Haziran, 2000 tarih ve 4585 sayılı Kanun ile uygun bulunarak, Bakanlar Kurulu'nun 3 Ağustos, 2000 tarih ve 2000/1127 sayılı Kararı'na istinaden 10 Eylül, 2000 tarih ve 24166 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete (RG)'de yayımlanmıştır.

2 Bahsekonu tekelin ne tür bir ekonomik sömürüye yol açtığı hususunda çarpıcı bir değerlendirme için bkz. (Cornell, 2007: 115-117).

3 Şirketlerin bu tercihinin yönüne ilişkin bkz. (Joseph, 1999: 13-20).

HA'nın bir çerçeve anlaşma olarak yapılandırıldığı ve eki olarak da her ülkenin ayrı ayrı yatırımcı şirketlerle imzalayacakları proje dökümanlarına imzasız şekilleriyle yer verildiği görülmektedir. Bu dökümanlar ise, sırasıyla Ev Sahibi Hükümet Anlaşması (ESHA - “*Host Government Agreement*”) ve Anahtar Teslimi Yapım Sözleşmesi (ATYS - “*Turnkey Agreement*”) ile Hükümet Garantisi Anlaşması (HGA- “*Government Guaranty Agreement*”)’dır. ESHA ve ATYS ile HGA 19 Ekim, 2000 tarihinde Ankara’da imzalanmıştır. Bu an(d)laşmalardan⁴ HA taraf ülkeler arasındaki ilişkiyi, ESHA her bir ülke ile yatırımcı şirketler arasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlemekte, ATYS ise Türkiye Cumhuriyeti adına BOTAŞ Genel Müdürlüğü tarafından hattın Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kalan kısmının anahtar teslimi belli bir tutar üzerinden yapılmasını öngörmektedir. Nihayet, HGA ise Türkiye Cumhuriyeti tarafından ESHA ve ATYS tahtındaki yükümlülüklerimize ilişkin olarak verilen garantileri içermektedir.

HA’da temel olarak her üç ülkenin Proje’nin gerçekleştirilmesini teminen birbirleriyle aralarındaki karşılıklı mutabakat, anlayış ve yükümlülükler ile Proje’ye verecekleri desteklere yer verildiği görülmektedir. Devletler hukuku açısından egemenler arası bir anlaşma olduğu için HA hukuken bir milletlerarası anlaşma hükmündedir, zira anlaşmanın taraflarını milletlerarası hukuk subjeleri oluşturmaktadır (Eroğlu, 1984: 29).

HA ile esasen, Proje sahibi yatırımcı şirketlerin Proje’yi gerçekleştirmelerini imkan dahiline koyabilmek amacıyla üç ülkenin birbirlerine karşı yükümlülük altına girmeleri, daha da önemlisi, bu tür bir milletlerarası anlaşma imzalanması yoluyla Proje’nin uluslararası hukuk tahtında bir hukuki sonuç doğurması hedeflenmiş olmalıdır. Zira, gerek HA’ya ve gerek ESHA ve ATYS ile HGA’ya bakıldığında; ilkinde taraflar ilgili devletler iken, diğerlerinde ilgili devlet ile yatırımcı şirketler arasında imzalanan sözleşmeler sözkonusu olmaktadır. Bu itibarla, her bir ülke ile iç hukukları tahtında özel hukuk hükümleri çerçevesinde sözleşmeler imzalamanın ötesinde, bir çerçeve anlaşma şeklinde kurgulanmış bulunan HA imzalanarak konunun milletlerarası hukuki boyuta kavuşturulmasının

4 Çalışmamızda geçen “an(d)laşma” terimiyle, hem üç ülke arasında imzalanan uluslararası anlaşma, hem de özel hukuka tâbi olarak her bir ülke ile ilgili yatırımcı şirketler arasında özel hukuk sözleşmesi olarak imzalanan (ve fakat kimilerinde “anlaşma” terimine ilgili metinde başlık olarak yer verildiği üzere “anlaşma” teriminin kullanılmasını uygun bulduğumuz) diğer sözleşmeler kastedilmektedir. Öte yandan, münhasıran birincisini kapsayan ifade olarak “andlaşma”, münhasıran ikinci gruptaki sözleşmeleri içeren ifadelerde ise “anlaşma” veya “sözleşme” terimlerine yer verilecektir.

hedeflendiği düşünülebilir. Nitekim, bu düşüncenin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB)'nin Proje'ye ilişkin ilgili biriminde dönemin "Proje Koordinasyon Müdürü" sıfatıyla görev yapmakta olan yetkilisi tarafından da doğrulandığı görülmektedir; buna göre, HA'nın imzalanmasının amacı "... yerel ve uluslararası hukukun baskın olduğu bir hukuki rejim oluşturmaktır ("*to establish prevailing domestic and international law*") (Muratoğlu, 2002: 5). Hatta, bu andlaşmayla devletler tarafından sadece birbirlerine karşı değil, andlaşmanın tarafı olmayan üçüncü kişi sıfatını haiz Proje yatırımcılarına da haklar tanınmakta olduğu hususuna değinilmektedir (bkz. Muratoğlu, 2002: 6).

Bunun amacı ise açıktır; ileride herhangi bir ihtilaf doğması durumunda yatırımcı şirketler sadece kendi taraf oldukları sözleşmeler tahtında değil, aynı zamanda diğer bir devletin hak talebi yoluyla uluslararası hukukun da koruması altına girerek, haklarını savunabilmek için ilave bir zemin yaratmış olacaklardır. Nitekim, Proje'de yer alan konsorsiyumun avukatı tarafından, yerel mevzuatın üstesinden gelebilmek için bir uluslararası andlaşma imzalanması yoluna gidildiği ve böylece yerel mevzuatın etrafından dolaşmak suretiyle olası sorunların bertaraf edildiği vurgulanmaktadır (bkz. Hildyard/Muttitt, 2006: 47).

Petrol taşımacılığı sektöründeki uluslararası nitelikli bu tür projelerde, BTC Projesi'nde olduğu gibi bir uluslararası andlaşma imzalanması ve bu meyanda şirketlerle imzalanacak (imtiyaz) sözleşmelerinin bu andlaşmalara ek yapılmak suretiyle "imtiyazın uluslararasılaştırılması", rastlanan bir uygulama değildir; standart imtiyaz sözleşmeleri, ev sahibi ülkenin hukukuna tâbi tutulmaktadır (Hildyard/Muttitt, 2006: 47). Buna karşın, yatırımcı konsorsiyumun ana ortağı British Petroleum (BP) şirketince, BTC Projesi'nde anılan üç ülke arasında bir uluslararası andlaşmanın varlığının elzem olduğu ileri sürülmüştür; ne var ki, müzakerelerin yapıldığı dönem itibarıyla mevcut bulunan çok sayıdaki boru hattının, böylesi bir "andlaşma" kurgusu olmaksızın gerçekleştirilmiş ve işletilmekte olduğu bilinmektedir (bkz. Hildyard/Muttitt, 2006: 47). Giderek, benzer projeler tahtında Rusya, Kazakistan, Türkmenistan ve Çin gibi ülkeler bağlamında tesadüf edilen çerçeve veya şemsiye mahiyetindeki uluslararası andlaşmaların da devletler arasında genelde bağlayıcı olmayan hükümleri hâvi ve yerel mevzuat üzerinde herhangi bir etki yaratmayan, onları bertaraf etmeyi öngörmeyen, dolayısıyla yatırımcılar bakımından da uluslararası hukuk tahtında bir koruma getirmeyen nitelikte oldukları belirtilmektedir (bkz. Nitzov, 2004).

Onbir maddeden oluşan HA'da yer alan bazı önemli maddelere bakıldığında, Andlaşma'nın yaşamsal derecede önemli kimi hükümler içerdiği

gözlemlenmektedir: İkinci maddenin 1 numaralı bendinde, bu Andlaşma'da ve eki olarak yer alan ESHA'da öngörülen hakların, önceliklerin, garantilerin ve imtiyazların iç hukuk tahtında "hakim hukuki rejim" olarak geçerlik kazanmasının sağlanacağı ve bu amaçla gerekli hukuki düzenlemelerin yapılacağı öngörülmektedir (Resmi Gazete, 2000: 30). Daha da önemlisi, bu amaca ulaşmayı teminen ESHA, ATYS ve HGA'nın da HA'ya ek olarak imzasız bir şekilde yer aldığı ve böylece HA'nın ayrılmaz bir parçasını teşkil ettikleri ifade edilmektedir (m. 2(2)) (Resmi Gazete, 2000: 30).

Yine, aynı maddenin 5 numaralı bendinde ise HA'nın ülkelerin anayasalarıyla uyumlu olduğu ve bütün bu an(d)laşmalar dizisinin iç hukuklarında "hakim hukuki rejim ("*prevailing law*")" olacağına teyid edildiği görülmektedir. Böylece, "projeye özgü bir hukuki rejim" yaratılmakta ve şirketlere yerel hukuki düzen üzerinde etkinlik sağlama olanağı bahşedilmektedir; bunun sonucu ise, yerel hükümetin mevzuatına ilişkin her türlü yeni düzenleme girişiminde tazminatla karşılaşması olasılığının gündeme gelebilmesidir (Hildyard/Muttitt, 2006: 44).

Bir başka önemli hükme ise 8 numaralı bentte rastlanmaktadır. Buna göre; Proje faaliyetleri taraf ülkelerde kamunun genel veya ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kamu hizmetlerinin sağlanması ile ilgisiz olup, kamu yararı veya menfaatine hizmet etmeye yönelik olarak işletilme amacı ve zorunluluğu taşımamaktadır⁵; bu şekilde hiçbir Proje Anlaşması⁶ kısmen veya tamamen bir imtiyaz sözleşmesi veya bir imtiyaz sağlayan özel bir idari sözleşme olarak değerlendirilemeyecektir (Resmi Gazete, 2000: 32). Proje, ülkelerin kamu hizmeti amaçlı uygulamalarına konu olmayacak ve bu meyanda Proje'ye ilişkin sözleşmeler kamu hizmetinin görülmesini öngören bir imtiyaz ya da idari bir sözleşme sayılmayacaktır.

Bu hükme özellikle –ve açıkça- yer verilmesindeki etken ne olabilir? Kanımızca, bu düzenlemeye gidilmesindeki başlıca etken, 1999 tarihli Anayasa

5 Proje'nin kamu hizmetine veya kamu yararına yönelik olmadığı yönünde HA'da açıkça vurgulamalara gidildiğine ve bu durum en baştan tüm taraflarca kabul edildiğine göre, Proje kapsamında ilgili şirketler lehine yapılacak kamulaştırmanın hangi hukuki gerekçeye dayandırılacağı da bir başka soru işaretidir. Bilindiği üzere, özel kişiler lehine kamulaştırmaya gidilebilmesi için, kamulaştırmaya konu edilen taşınmazın tahsis edileceği faaliyetin bir kamu hizmeti konusu olması veya kamu yararı amacına hizmet etmesi gerekmektedir. Aksi halde, yapılacak kamulaştırmanın amaç yönünden hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir (bkz. Onar, 1966: 1517-1522; Gözler, 2003: 880-885)

6 Proje anlaşmaları, HA ve ESHA ile Proje tahtında taraf ülkelerle yapılan tüm diğer anlaşmaları içermektedir (bkz. HA, m. 1 (Resmi Gazete, 2000: 28, 29)).

değişiklikleri öncesindeki haliyle hukukumuzda önemli bir yer tutan “imtiyaz” ve “kamu hizmeti” kavramlarının gündeme getirilmesi ve böylece uluslararası tahkime olanak bulunamaması gibi bir olasılığa karşın, Proje çerçevesindeki olası kamu hizmeti çağrışımını bertaraf ederek, buradan hareketle Proje tahtındaki an(d)laşmaların imtiyaz sözleşmeleri olarak değerlendirilmesinin önüne geçmektir. Zira, bilindiği üzere, 1999 Anayasa değişiklikleri öncesindeki hukuki durum itibarıyla, imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer verilememekteydi. Anlaşıldığı kadarıyla, Proje an(d)laşmalarında uluslararası tahkime yer verilememesi, Proje yatırımcıları için olumsuz bir sonuç yaratacağından, Proje’nin kamu hizmeti çağrışımı yapmayacak ve kamuya herhangi bir hizmet sunumunda bulunmayacak bir varsayıma dayandırılarak kurgulanması önem taşımıştır.

Kuşkusuz, imtiyaz niteliğindeki bir sözleşmenin –velev ki uluslararası bir sözleşme aracılığıyla olsun- imtiyaz sözleşmesi olmayacağına kabul edilmesi, hukukumuzda böylesi bir hükmün ne derece geçerli bir hukuki sonuç yaratacağı bakımından soru işaretleri doğurmaktadır.⁷ Bu husus da dahil olmak üzere, BTC Projesi kapsamında ilgili konsorsiyumla imzalanan sözleşmelerin imtiyaz niteliğinde olup olmadığı konusuna ilerleyen paragraflarda ayrıntılı olarak değineceğiz.

Öte yandan, bahsekonu hükmün kimi sivil toplum kuruluşlarınca çok daha başka biçimde algılandığı ve Proje’nin içerdiği faaliyetler bakımından “kamuya bir hizmet sunulmaması” keyfiyetinin, kamuya yarar sağlanmadığı iddialarına gerekçe oluşturacak bir yorumla karşılandığı görülmektedir (bkz. Baku-Ceyhan MEMO, 2002: 2, 3). Bu yaklaşıma göre, Proje için konsorsiyumun kendi parası yerine (Dünya Bankası gibi kuruluşlardan kredi sağlamak suretiyle) “kamu parası” kullanacak olması ve buna karşın kamu yararının amaçlanmadığının an(d)laşmalarda açıkça zikredilmiş bulunması karşısında, “kamu parasının kamu yararı amacı dışında kullanılıyor olması” gibi bir çelişki doğacaktır (Baku-Ceyhan MEMO, 2002: 2, 3).

HA’nın 3. ve 4. maddelerinde devletlerin her türlü güvenliği sağlayacağı ve kendi ülkelerindeki mevzuatta öngörülen teknik, güvenlik ve çevre standartlarının, uluslararası iş dünyasında boru hatları taşımacılığı

7 Nitelikleri aynı kaldığı sürece bir kavramın yapay olarak kanun marifetiyle başka isimler altında “etiketlenmesinin”, bahsekonu niteliklerin “değerlendirme dışı” bırakılması sonucunu yaratmayabileceği açıktır. Nitekim, öğretilerde de “elektrik üretimi kamu hizmeti değildir” biçimindeki bir görüş(ü)... bir uluslararası andlaşma da yazsa, Kuran-ı Kerim’de de yazsa katılmak mümkün olmayabilir” görüşüne yer verildiği dikkat çekmektedir (bkz. Günday, 1998: 56).

sektöründe geçerli uygulama ve standartlardan daha yüksek bir düzeyi öngörmeleri halinde, yerel mevzuatın değil, uluslararası iş dünyasındaki standartların uygulanacağı öngörülmektedir (Resmi Gazete, 2000: 32). Buna uygun olarak ESHA'nın 3(3) maddesinde, Türkiye'de uygulanan standartların, benzer projelerdeki daha düşük seviyedeki uluslararası iş dünyası standartları karşısında uygulanmayacağı taahhüt edilmektedir. Burada dikkat çeken husus şudur; uluslararası alanda bir çevre standardı getirilmiş olsa dahi, bu uluslararası standart iş dünyasındaki şirketlerin standardı haline gelene değin, bahsekonu an(d)laşmalar karşısında uygulanma kabiliyetini haiz olamayacaktır; yani, şirketlere "imtiyazlı" bir statü bahşedilmiş olmaktadır!

Dolayısıyla, uluslararası şirketlerin kamuoyunun haberi dahi olmaksızın her an değişikliğe uğratılabilen standartlarını içeren rehber kitapçıkları, sabitleşmiş, şeffaf ve kamuoyunun denetimine açık yerel mevzuatın yerine geçirilmiş olmaktadır (Hildyard/Muttitt, 2006: 48). Bu yer değiştirmeye imkan sağlayan sözleşme hükümlerinin anılan devletlere dayatılmış olması, sonuçta tartışmaya açık bir durum meydana getirmektedir. Zira, uluslararası şirketlerin diğer ülkelerdeki projelerinde uygulamakta oldukları standartların mutlaka adil bir standardı öngörmesi ve mesela çevre koruma politikaları anlamında kabul edilebilir bir koruma düzeyini içermesi her zaman sözkonusu olmayabilecektir. Yapılan atfın uluslararası standartlar⁸

⁸ Öte yandan, çoğu zaman uluslararası standartların da belirsizlik içerdiği görülmektedir. Bu yönde 2001 yılında bir çalışma yürüten AB Komisyonu'nun araştırma raporunda, "düzenleyici kuruluşların uluslararası standartlara atıf yapması durumunda, bu uluslararası standartları belirleyen ve bundan dolayı sorumlu tutulması öngörülen, ilgili tüm devlet ve diğer menfaat sahiplerinin görüşünü ve uzlaşısını sağlayan bir kuruluşun standartlarına atıf yapılması konusu çok önem taşımaktadır" sonucuna varılmaktadır (bkz. Leubuscher: 3). Diğer yandan, uluslararası standartların belirlenmesi süreci de tartışmalıdır: Uluslararası Standartlar Örgütü ("International Standards Organization (ISO)"), bahsekonu uluslararası standartların belirlenmesine yönelik çalışmaların, ileride bu standartları uygulayacak uluslararası şirketlerin görevlendirdiği uzmanlar tarafından yürütüldüğünü kendi ağ sayfasında açıklamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası şirketler bağlı olacakları standartları bizzat kendileri belirlemiş olmaktadır! Dahası, ISO standartlarının aslında uluslararası standartlar olmayıp, uluslararası niteliğe kavuşturulan ABD standartları olduğu da ileri sürülmektedir (bkz. Leubuscher: 6)! Dolayısıyla, "Jakcon tarafından 10 yıl önce uyarıda bulunduğu üzere, uluslararası standartlar sürecinin, özellikle sağlık ve çevre bakımından dünya ölçeğinde en aşağı seviyede standart uygulama yarışını sağladığı görülmektedir. Oysa, başlarda Murray ve Roht-Arriaza tarafından, uluslararası standartlar sürecine geçiş yapılmasında önemli bir potansiyelin bulunduğu ileri sürülmüş, hatta Murray'e göre ISO 14001'in "anamlı bir uluslararası çevre politikası" oluşturacağı, giderek "en aşağı derecede standart belirlenmesi yarışını

olmayıp şirketlerin kendi standartları olması, çelişkili bir durum oluşturmakta ve menfaat çekişmesini (“*conflict of interest*”) de içermekte; diğer yandan, şirketlerin kastettiği standartların ne olduğu da yeterince belirgin biçimde ortaya konmamaktadır. Nitekim, bir sivil toplum örgütüne “uluslararası iş dünyasında benzer projelerdeki standartlar” ile hangi standartların kastedildiğinin sorulması üzerine, anılan Proje’yi gerçekleştirmeyi üstlenen şirket temsilcilerinden “bu ibareden neyi kastettiklerinin kendileri için de belirgin olmadığı” yanıtı alınmıştır (Leubuscher: 1).

Öte yandan, uluslararası standartları belirleyen ISO’nun standartları belirleme sürecini de şirketlerin yönlendirmekte olması karşısında, şirketler kendi standartlarını kendileri belirlemiş olmaktadır.⁹ Düzenleyici kuruluşların etkisinden bağımsız bu ortamın pratikteki sonuçları ise ortadadır: BTC Projesi’nde BP şirketi, (ESHA uyarınca ülkemizin daha yüksek seviyedeki olası çevre standartlarından muaf olduğu veçhile) amacının (bu Proje de dahil) tüm dünyadaki projelerinde ISO 14001 standardını uygulamak olduğunu beyan etmektedir (ki bu standardı oluşturan da yine BP ve diğer uluslararası şirketlerdir!) (Leubuscher: 7). Dolayısıyla, çevre koruma bakımından uluslararası standartlara da güvenilmemesi gerektiği ve standartların genel kamu çıkarına hizmet etmediği, bu nedenle ancak bağlayıcı nitelikte bir uluslararası anlaşmanın kurgulanması halinde dünya ölçeğinde genel kamu çıkarının korunabileceği savunulmaktadır (Leubuscher: 10).

Nihayet, küreselleşmenin gittikçe hız kazandığı günümüz dünyasında, uluslararası ölçekte uygulanabilir nitelikteki kuralların yetersizliği dikkate alınarak, -kabul edilmiş çevre standartları, insan hakları ve işçi hakları gibi- “evrensel kamusal mallar (“*global public goods*”)”ın korunmasını teminen, uluslararası şirketlerin uluslararası hukuk tahtında –sarih biçimde bir uluslararası hukuk süjesi olmadıklarına dair savunmaya rağmen- sorumlu tutulmaları gerektiği yönünde yabancı literatürde kimi savlara da tesadüf edilmektedir (bkz. Nowrot, 2004: 4).

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

tersine çevireceği” belirtilmiştir. Sonuçlara bakıldığında, Murray herhalde daha fazla yanılmazdı. Gerçekte, yerel düzenleyici kuruluşlardan muafiyet sağlamak suretiyle, uluslararası standartlar anlamlı bir uluslararası çevre politikasını sadece baltalamıştır” (Leubuscher: 8).

⁹ Bkz. yukarıda 9 no.lu dipnot.

bakımından, devletin egemenlik hakkı içerisinde yer alan vergileme yetkisinin bu biçimde bertaraf edildiği bir başka örneğin bulunduğunu sanmıyoruz. Ülkemizdeki hemen hiçbir yabancı yatırımcıya, ileriye yönelik vergiler bakımından bir sınırlamanın taahhüt edilmiş olması, bugüne kadar kamuoyuna mal olmuş bir bilgi değildir. Bu itibarla, böylesi bir egemenlik kısıtının getirilmiş olması, bize göre bahsekonu Proje kapsamındaki anlaşmaların/sözleşmelerin içerdiği “imtiyazlı/ayrıcalıklı” niteliği kuşku götürmeyecek biçimde vurgulamaktadır.

Görüleceği üzere, bütün bu hükümlerle alelâde bir uluslararası andlaşmanın ötesinde, iç hukuktaki hükümleri neredeyse tamamen bertaraf eden bir hukuki rejim yaratılmakta ve yatırımcı şirketlere son derece önemli ayrıcalıklar (imtiyazlar) tanınmaktadır. Bu ayrıcalıklara sayısız örneklerden bir tanesi olarak, proje tahtındaki an(d)laşmalarda hattın güvenliğini sağlamak üzere devletlerin her türlü önlemi alacakları yönündeki hükümler (ESHA, m. 11, 12) çerçevesinde şirketlerin hukuki sorumluluklarının kısıtlanmış olması gösterilebilir; zira, Proje çerçevesinde ortaya çıkabilecek insan hakları ihlallerine karşı şirketin sorumluluktan beri tutulduğu ifade edilmektedir (bkz. Hildyard/Muttitt, 2006: 51). Yine, hattan petrol sızıntısı olması durumunda bireylerce şirketlere veya devletlere karşı dava açılması olasılığında, özellikle devlete karşı açılan davalarda yüksek tazminatlarla karşılaşılması riskini dikkate alarak devletlerce yerel mahkemeler üzerinde siyasi baskı kurulmasının da sözkonusu olabileceği belirtilmektedir (bkz. Hildyard/Muttitt, 2006: 51).

1.1. Uluslararası Andlaşmaların Hukuki Niteliği Sorunu

Bilindiği üzere, Anayasamızın 90. maddesi uyarınca uluslararası andlaşmalar “kanun hükmündedir”¹⁰ ve Anayasa’ya aykırılıkları ileri

10 Bununla beraber, “kanun hükmünde” sözünün teknik anlamda bu andlaşmaların kanun olarak nitelendirilmesine imkan veremeyeceği, Anayasa madde 90’daki bu ifadenin sadece andlaşmaların iç hukukta sonuç yaratabilmesini sağlamak amacıyla kullanıldığı (yani, hukuksal değerlerinin ve bağlayıcılıklarının gösterilmesine yönelik olduğu) yönünde görüşler de bulunmaktadır (bkz. Candan, 2000: 428). Uluslararası andlaşmaların, somut hükümler içermesi halinde kendisiyle çatışır durumdaki eski tarihli kanunu zımnen değiştireceği; somut hükümler yerine kimi ilkeler öngörmesi durumundaysa, onaylanmakla kanun hükmü kazandığı öngörülen uluslararası andlaşmalar ile eski tarihli kanunlardan hangisinin uygulanacağı hususunun karışıklığa neden olabileceği de ileri sürülmektedir (bkz. Akipek, 1999: 21).

sürülemez. Uluslararası andlaşmaların anayasal değeri üzerinde öğretilde oldukça uzun bir literatür bulunmakla beraber¹¹, 7 Mayıs, 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanunla getirilen Anayasa değışikliğiyle temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmaların kanunlarla çelişmesi halinde uluslararası andlaşma hükümlerinin uygulanacağı hükmü Anayasamıza konulmuş olmakla¹², en azından anılan nitelikteki uluslararası andlaşmalar bakımından bu konu –artık– önemli ölçüde¹³ açıklığa kavuşturulmuş durumdadır. Bu itibarla, temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası andlaşmalarda yer alan hükümlerin bundan böyle kendileriyle çelişik veya aykırı kanun hükümlerine karşı üstünlük tanınmak suretiyle tartışmasız bir şekilde uygulanması sözkonusudur. Ne var ki, bahsekonu nitelikte olanların dışındaki uluslararası andlaşmaların kanunlarla çelişmesi halinde, çelişik bulunan kanunlara karşı mutlak üstünlüğünün savunulamayacağı kanısındayız. Bunun sonucunda, doğal olarak BTC andlaşmalarının da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de aynı görüşte karar vermiştir; buna göre “(i)ç hukuk yönünden; andlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir.”¹⁴ Zira, devletin bir andlaşmayı onaylaması, devleti uluslararası hukuk karşısında belli yükümlülükler altına sokar. Ancak devlet, kendince haklı nedenlerle kendi anayasal sistemi içinde o yükümlülüklere aykırı düzenlemeler yapabilme iktidarını korumaya devam eder (Atay, 2000: 410). Dolayısıyla, devletin her zaman için yeni bir kanun çıkarmak yoluyla andlaşma hükümlerinin kanun olarak uygulanmasını engelleme imkanı mevcuttur (Soysal, 1985: 16). Bu

11 Bu konudaki ayrıntılı görüş ve tartışmalardan bir kısmı için bkz. (Atay, 2000: 409 vdm.); yine, bkz. (Soysal, 1985: 15, 16); keza, bkz. (Tunç, 2000: 175-180).

12 Bahekonu hükme göre (m. 90) “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

13 Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların Anayasa hükümleriyle çelişmesi durumunda ne yapılacağı konusu hâlâ açıklığa kavuşmamış durumdadır (bkz. Bilir, 2005: 78). Öte yandan, hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu veya bahsekonu andlaşmaların hükümlerinin nasıl yorumlanacağı hususunun da belirsiz olduğu yönünde ciddi eleştirilere rastlanmaktadır (bkz. Başlar, 2004 : 34-39).

14 Anayasa Mahkemesi’nin 27 Şubat, 1997 tarih ve E: 1996/55, K: 1997/33 sayılı kararı.

durumda ise, andlaşmayı uygulamayan devletin siyasi –ve yerine göre uluslararası hukuk tahtında hukuki- sorumluluğunun doğabileceği tabiidir.

Dikkat edilirse, Anayasa Mahkemesi'nin bahsekonu kararında, uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğuna değinilerek, bir başka kanunla çelişme durumunda “iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallara” tâbi tutulmak suretiyle sorunun çözümleneceğine hükmedilmektedir. Buradan yorumla kimi sonuçlara varmak olasıdır kanısındayız. Şöyle ki: Uluslararası andlaşmalar kanun hükmünde olduğuna ve kanunlarla çelişmesi halinde iç hukuktaki iki kanun arasındaki çelişkinin giderilmesine yönelik yõteme bağı kılındığına göre, uluslararası andlaşma kanunlarla değil de Anayasa hükümleriyle çelişmekte ise, kanun hükmünde olduğu kabul edilen andlaşmanın Anayasa hükmüne karşı üstünlük sağlaması olasılığı kalmayacaktır demektir, zira kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz. Bu yaklaşımın doğal sonucu ise, Anayasa'ya aykırı bir uluslararası andlaşmanın – her ne kadar Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'ne götürülmeyecek ve böylece iptal edilmeleri veya geçersiz kılınmaları sözkonusu edilemeyecek olsa dahi- Anayasa'ya aykırı olduğu ölçüde uygulanma olanağından yoksun bulunacağıdır. Buna ilişkin olarak öğretilerde ve yargı kararlarında aynı yönde bulunan kimi değerlendirmelere hemen aşağıdaki paragraflarda yer vermekteyiz.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların dahi sadece kanunlar karşısında üstün olacağına yönelik Anayasa değışikliği de, bu yargıya destek olacak şekilde algılanmaya uygun bir zemin yaratmaktadır. Zira, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalara dahi tanınmamış durumdaki “Anayasa hükmüne karşı üstünlük” niteliğinin, diğer uluslararası andlaşmalara tanınmış olduğunun kabul edilmesi, anlamlandırması güç bir sonuç ve yorum olacaktır kanısındayız (temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya karşı durumu hakkında bkz. yukarıda 13. no.lu dipnot). Öğretilerdeki bahsekonu yoruma karşın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa değışikliği sürecindeki tüm tartışmalar sonucunda yasama organınca bu türden uluslararası andlaşmalara dahi Anayasa karşısında öncelik tanınmasından kaçınılmış olduğu hususuna dikkat edildiğinde, uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarına yönelik olarak konunun hukuksal açıdan artık büyük ölçüde açıklığa kavuştuğunu savunmak da kanımızca olanak dahilindedir.

Bu meyanda, Anayasa Mahkemesi'nin hemen yukarıda atıfta bulunduğumuz kararına yeniden değinmek ve konuya biraz daha açıklık getirmek istiyoruz: “Anayasa'nın 90. maddesinin aynı olan 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinden, milletlerarası ilişkilerin siyâsi yönünün ağır basması nedeniyle dış ilişkilerin sürekliliği bakımından doğabilecek

sakıncaların önlenmesi amacıyla milletlerarası andlaşmaların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasının engellendiği anlaşılmaktadır.” Hatta, öğretilerdeki bir görüşe göre, 1961 Anayasası döneminde uluslararası andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne gidilmesinin engellenmesinin arka planında, ülkemizin (o dönemdeki adıyla) Avrupa Ekonomik Topluluğu'na üye olmasına yönelik uluslararası andlaşmanın Anayasamıza aykırı olası hükümleri nedeniyle bir iptal kararıyla karşılaşması olasılığından çekinilmesi etken olmuştur (Başlar, 2005).

Sonuçta, yukarıdaki paragraflarda açıklamaya çabaladığımız yorum çerçevesinde değerlendirilmek üzere, Anayasa'ya aykırı bir uluslararası andlaşmanın uygulanamayacağı hususunun, Anayasa Mahkemesi'nin atıfta bulunduğumuz kararıyla uyumlu olduğu ve hatta bahse konu kararın dolaylı bir yorumuyla bu sonuca varılabileceği düşüncesindeyiz. Öğretiden benzer bir görüş de yukarıdaki yorumumuza destek verici niteliktedir; buna göre “... Anayasa'ya aykırı bir andlaşma, Anayasa'nın üstünlüğü gereği verilecek bir hüküm ile, iç hukuk normu olmak niteliğini ve Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulanmak gücünü kaybeder” (Güran, 2000: 48). Dahası, aynı sonuca Askeri Yüksek İdare Mahkemesince de varıldığı görülmektedir. Buna göre, “Türk hukuk düzeninde, uluslararası hukuk kurallarının Anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, uluslararası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur. Uluslararası andlaşmaya aykırı olsa bile mahkemeler anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar, uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar.”¹⁵

Yinelemek gerekirse, 2004 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin diğer kanunlara göre üstünlüğe kavuşturulması yolunda, diğer uluslararası andlaşmalardan farklı biçimde yeni bir düzenleme getirilmiş ve böylece, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar diğerlerinden ayrı bir hukuki statüye geçirilmiştir. Dolayısıyla, bu durumun, Anayasa'nın, insan haklarına ilişkin düzenlemeler getiren uluslararası andlaşmalar dışında kalan diğer uluslararası andlaşmalar karşısındaki üstünlüğünü teyid eder şekilde yorumlamaya uygun bir yapı oluşturduğu savunulabilecektir (aynı yönde bkz. Sur, 2006: 52).

Bu aşamada, konunun taşıdığı önem dolayısıyla, Proje an(d)laşmalarının Anayasa'ya aykırılıkları bakımından değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, sözcüğümleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı bir

15 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 24 Kasım, 1998 tarih ve E. 963, K. 1021 sayılı kararı (aktaran: Güran, 2000: 56, 57).

milletlerarası andlaşma, imzalanması ve basit çoğunluğa dayanan bir uygun bulma kanunuyla Meclis'ten geçirilmesi durumunda -milletlerarası andlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceğini âmir Anayasa'nın 90. maddesi hükmüne binâen- kanun hükmünde olmak itibarıyla iç hukukta uygulanacak mıdır? Hatta, içeriği itibarıyla Cumhuriyet'in temel nitelikleri bir yana, sadece Anayasa'nın bu nitelikte olmayan sair hükümlerine aykırı hükümler içeren bir uluslararası andlaşmanın TBMM'de salt çoğunlukla kabul edilerek kanun hükmünü kazanmış olması olasılığında, uluslararası andlaşmalara TBMM'nin ancak nitelikli çoğunluğuyla değiştirilebilecek Anayasa hükümleri üzerinde üstünlük tanınması kabul edilebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilmesinin olanaksız olduğu kanısındayız; zira, bu durum, TBMM'de nitelikli çoğunluğa ulaşamadığı için Anayasa hükümlerini değiştirmek olanağından yoksun bir tali kurucu iktidarın, salt çoğunluğuna dayanarak bir uluslararası andlaşma üzerinden Anayasa'yı değiştirme erkine kavuşması anlamına gelecektir ve hukuk mantığı bağlamında anlamlı bir sonuç yaratmaktan uzaktır.

Nitekim, öğretide bu konuya son derece isabetli bir yaklaşımla değinen bir görüşe hemen yer vermek istiyoruz:

“Eğer milletlerarası andlaşmalara kanun üstü ... bir değer tanınanacksa ... milletlerarası andlaşmaların Meclisin adı çoğunluğu tarafından değil, Meclisin üçte iki çoğunluğuyla uygun bulunması (gerekir). Bu yapılmazsa... Meclisin adı çoğunluğu normalde dokunamayacağı Anayasaya, milletlerarası andlaşmaları uygun bulmak suretiyle dokunabilecektir. Bu ise, Türkiye'de Anayasanın üstünlüğünün çiğnenmesi demektir” (Gözler, 2004).

Öte yandan, Anayasa'nın 174. maddesine göre “Anayasanın hiç bir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz”. Dolayısıyla, Anayasa'nın temel niteliklerine aykırı bir uluslararası andlaşmanın veya sair bir Anayasa hükmünün de bu meyanda uygulanma kabiliyeti tartışmalıdır. Böyle bir ihtimalde, Cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirme yetkisi Anayasa'da hiç bir organa bırakılmadığı veçhile, bu tür bir andlaşmanın uygulanmayacak ve hatta “doğmamış” bir andlaşma olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (Candan, 2000: 441, 442).

Diğer bir ifadeyle, “Anayasa'nın 90. maddesinin Anayasa'ya aykırı andlaşmaların Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması yoluyla hukuk düzenimizden çıkarılması yolunu kapatması, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların yapılabileceği anlamına gelmez.

Anayasa'nın... 11'nci maddesi, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların yetkili organlarca onaylanmaması ve yürürlüğe konulmaması ödevini yükler. Bu nedenle, andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaması, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların yürürlüğe konulmasına olanak tanıyan bir kural olarak değerlendirilemez" (Kaneti, 1990: 139).

Dolayısıyla, ne milletlerarası andlaşma sıfatıyla HA'nın, ne de ekine iliştilmiş ve fakat ayrı birer anlaşma olarak müstakilen -devletle özel kişiler arasında- imzalanan ESHA ve ATYS gibi diğer sözleşmelerin, Anayasa'ya aykırı oldukları belirlendiği takdirde uygulanmaları olanağı bulunabilecektir. Böylesi bir olasılıkta, HA tahtında ülkemizin uluslararası siyasi ilişkileri bağlamında siyasi sorumluluğunun doğabileceğine esasen yukarıda değinmiştik. HA'ya ek yapılan anlaşmalar bakımından ise, ilginç bir durum ortaya çıkmaktadır: Bu anlaşmalar HA'nın ekindeki imzasız halleri itibariyle ele alındıklarında, bahsekonu anlaşmaların imzalanacağı taraf olan şirketlere haklar tanındığı veçhile uluslararası hukuk tahtında korumaya mazhar olacakları da ileri sürülebilir. Diğer yandan, bu anlaşmaların imzalı formatlarına dayanarak taraf şirketlerin anlaşmalardaki uluslararası tahkime cevaz veren hükümler marifetiyle dava yoluna giderek tazminat talep etmeleri de imkan dahilindedir.

İşte bu noktada, bu anlaşmaların (imtiyaz sözleşmesi niteliğinde oldukları görüşüne istinaden) tahkime yönelik hükümlerinin geçersizliği gibi bir hukuki sorunla karşılaşmaları durumunda, aynı sözleşmelerin imzasız hallerinin HA'nın eklerini oluşturduğu ve kanun hükmünde sayılacakları gibi bir yorumla, sözkonusu anlaşmalara bir nevi hukuki dokunulmazlık kazandırılmaya çalışıldığını düşünüyoruz. Dolayısıyla, bahsekonu anlaşmaların neden HA'ya ek yapıldığının bir yanıtı, burada kendini göstermiş olmaktadır kanısındayız. Bu hususu hemen aşağıdaki kısımda ayrıntılı olarak incelemeyi öngörüyoruz.

1.2. Uluslararası Andlaşmalardaki Eklerin Hukuki Statüsü Sorunu

BTC Projesi kapsamındaki anlaşmalar çerçevesinde hukuki açıdan belki de en önemli husus, HA'nın eki olan diğer anlaşmaların hukuki statüsü üzerinde yapılacak değerlendirmelerdir. Öncelikle, yukarıda da değinildiği üzere, Türk hukuku açısından HA, usulünce yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası andlaşma olmak hasebiyle Anayasamızın 90'ıncı maddesi uyarınca "kanun hükmünde"dir. Bu açık hüküm karşısında HA'nın Türk hukuku açısından "kanun hükmünde" olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bununla beraber, uluslararası andlaşmaların iç hukukta mutlaka doğrudan

uygulanır hale gelemeyebileceği, anlaşma hükümlerinin doğrudan uygulanabilir durumda olmaması haline bağlı olarak iç hukukta anlaşma hükümleri uyarınca gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması yoluna gidileceği de ileri sürülmektedir (Atay, 2000: 410, 411).

Nitekim, HA'nın uygulanabilmesi ve anlaşmanın Türk hukukuyla çelişen kısımlarının ortadan kaldırılması amacıyla 23 Haziran, 2000 tarih ve 4586 sayılı “Petrolün Boru Hatları ile Transit Geçişine Dair Kanun” çıkarılmıştır.¹⁶ Esasen, HA ve ESHA'da, bu anlaşmaların hükümlerinin bahsekonu Proje tahtında uygulanacak yegâne hükümler silsilesini oluşturacağı ve bu amaçla sözkonusu an(d)laşma hükümlerinin “hakim hukuki rejim”, veya bir başka ifadeyle “uygulanacak hukuk” olmasını teminen iç hukukta gerekli yasal değişikliklerin yapılacağı yönünde açık bir hüküm de bulunmaktadır. Nitekim, bu meyanda hemen yukarıda zikredilen Kanun istihsal edilmiştir.

Tekrar HA'nın eki olan diğer anlaşmaların hukuki statüsüne dönersek: Bir milletlerarası anlaşmanın ekleri, doğal olarak o anlaşma ile bir bütün oluşturur ve dolayısıyla anlaşmayla aynı hukuki statüdedir denilebilir. Bu açıdan bakıldığında, imzalanmamış haliyle HA'ya ek yapılan diğer anlaşmaların da kanun hükmünde olacakları savunulabilir. Ancak, ekte yer alan anlaşmalar, bilahare devletlerle ilgili yatırımcı şirketler arasında imzalanacak sözleşmelerdir aynı zamanda! Nitekim, konsorsiyumun da aynı şekilde değerlendirme yaptığı ve ESHA'nın bir yandan özel hukuka tâbi bir sözleşme olarak kalırken, aynı anda uluslararası hukuka tâbi bir statüye sahip olduğunu iddia ettiği görülmektedir (bkz. Hildyard/Muttitt, 2006: 46, 47). Oysa, bu anlaşmaların bir tarafının devlet ve diğer tarafının da şirketler olması hasebiyle, esasen milletlerarası anlaşma niteliğini kazanamayacakları aşikârdır. Gerçekten, bu anlaşmalar, nihayetinde devletlerin şirketlerle yaptıkları ticari (ya da iç hukukun nitelendirmesine göre belki de idari sözleşme ya da imtiyaz sözleşmesi mahiyetinde olan!) anlaşmalardır.

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

16 29 Haziran, 2000 tarih ve 24094 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

göre, bu sorulara olumlu cevap verilebilmesi imkanı –hukuken bulunmamaktadır. Zira, açıktır ki kanun ve sözleşme, hukuk düzeninde tamamen ayrı iki kavramdır.

Kuşkusuz, bir düzenlemenin sözleşme olarak kurgulandıktan başka, aynı şekliyle ayrıca bir de kanun şeklinde kurgulanması –uygulamada ne gibi bir işlev göreceği hususu veya bu durumun yerindeliği tartışmaya açık olmakla beraber- hukuksal teori bakımından mümkündür. Ancak, ne ülkemizde ne de bir başka ülkede buna yönelik bir örneğin bulunduğu yönünde bir bilgiye sahip değiliz, bunu olası da görmüyoruz. Dolayısıyla, böylesi bir olasılığın ciddiye alınmaması gerektiği kanısındayız ve buna yönelik bir irdelemeye gitmenin de “abesle iştigal” niteliğinde sayılabileceğini düşünüyoruz.

BTC Projesi kapsamındaki HA ile eklerini teşkil eden anlaşmaların buradaki ayrıksı durumu, işte tam bu noktada, bu iki grup arasındaki varsayımsal organik bağ dolayısıyla gündeme gelmekte ve yukarıda bahsettiğimiz “abes” durumun uygulamada eşine az rastlanabilecek bir örneği olarak ortaya çıkmış olmaktadır. Şöyle ki: HA’nın ekleri uluslararası andlaşmanın eki olmak hasebiyle kanun hükmünde kabul edilecek olursa, bahsekonu eklerin HA’nın tarafı devletlerce değiştirilmesi durumunda, ayrıca imzalanmış anlaşma/sözleşme formatlarıyla aralarında doğacak uyumsuzluk ilginç bir hukuki durum ortaya koyacaktır: Bir yanda kanun hükmünde olduğu savlanabilecek ve böylece iç hukukta hukuksal etkinlik kazandığı ileri sürülebilecek “imzasız anlaşmalar dizisi”, diğer yanda ise tarafları üye devletlerden birisi ile ilgili şirketlerden oluşan ve bu nedenle bahsekonu değişikliğe maruz kalmayabilecek olan “imzalanmış anlaşmalar/sözleşmeler dizisi”.

Bu durumda, şayet HA’nın kanun hükmünde varsayılan ekleri iç hukukta geçerlik kazanıyor olacak ise, değişikliklere maruz kalmamış olan imzalanmış sözleşmelerin HA’nın eklerine aykırı düşecek hükümleri artık uygulanamaz hale gelecektir. İşte, kastettiğimiz “organik bağ” bu bağlamda gündeme geliyor. Kuşkusuz, böylesi bir olasılıkta imzalı anlaşmaların tarafı şirketlerin tazminat hakları saklıdır. Ancak, burada vurgulanması gereken husus, bu “özdeşlik” özelliğinden dolayı, HA’nın tarafı devletlerin ilgili şirketlerin anlaşmalarını bertaraf edecek bir düzenlemeye gidebilmelerindeki kolaylıktır. Herhangi bir uluslararası andlaşmada yapılacak değişikliğin iç hukuktaki sözleşmeler üzerindeki doğrudan etkisi genellikle az rastlanan bir durum iken, HA’nın eklerinde yapılacak bir virgül değişikliği dahi imzalanmış anlaşmalarla arasında devasa bir fark yaratabilecektir. Vurgulamaya çalıştığımız husus da, “özdeşlik” bağlamında, işte tam bu husus olmaktadır.

Düşünsel planda başka olasılıkların da ele alınması mümkündür. Sözgelimi, imzalı anlaşmalarda HA'ya taraf bir ülkenin ilgili şirketle anlaşarak yapacağı değişiklik sonrasında, HA'nın imzasız ekleriyle aralarında doğabilecek bir çelişki, bu defa kanun hükmünde olduğu varsayılabilir olan HA'nın eklerine karşı hangisinin iç hukukta geçerli sayılacağı sorusunu gündeme getirecektir. Sözgelimi, HA'ya ek olan ATYS bilahare ilgili şirketle "bir inşaat yapım sözleşmesi" olarak imzalandıktan sonra, imzalı sözleşmede değişiklik yapılması söz konusu olur ise, aynı değişiklik HA'ya ek olan imzasız metinde de -uyumlu olmayı teminen- yapılacak mıdır? Yapılmadığı takdirde, HA'ya ek olan (ve dolayısıyla bir görüşe göre kanun hükmünde olan) imzasız metin ile, imzalı ve fakat bilahare tarafların karşılıklı iradeleriyle değiştirilmiş olan (özel hukuka tâbi sözleşme niteliğindeki) metin arasındaki farklar nasıl açıklanacaktır? HA'nın ekleri kanun hükmünde olmakla imzalı (ve değiştirilmiş) anlaşmaların hükümlerine üstünlük sağlayacak ise, bu durumda değişiklik getirilen ve fakat uygulanamayan anlaşma hükümlerinden dolayı yine şirketlerin tazminat hakları doğabilecektir. Dahası, çelişik durumdaki imzalı anlaşmaya iç hukukta üstünlük sağlanacak ise, bu defa da HA'ya taraf olan diğer bir devletin HA'nın ekine aykırı hareket edildiği gerekçesiyle konuyu uluslararası hukuk tahtında gündeme getirme olasılığı gündeme gelebilecektir.

BTC Proje an(d)laşmalarındaki karmaşık hukuki kurgunun ilk planda düşünülebilecek sakıncalarından birkaçına burada yer vermeye çalıştık. Daha başka varsayımlara gitmenin olanak dahilinde olabileceği düşüncesinden hareketle, bu aşamada sadece konunun karmaşık biçimde kurgulanmış olmasından dolayı ortaya çıkabilecek olası sorunlara dikkat çekmekle yetinmek istiyoruz.

Bahsekonu anlaşmaların hukuki kurgusu gerçekleştirilirken, hukukumuz açısından bu denli tartışmalı sonuçlar yaratan bu düzenlemeye neden gidildiği konusunda, anılan an(d)laşmaların müzakeresine kamu adına katılmış olmak hasebiyle belki yorumda bulunma imkanı bulabiliriz: Kanaatimizce, anılan düzenlemenin getirilmesinde başlıca âmil, ilgili şirketlerin hukuk danışmanları tarafından Türk hukuku nezdinde an(d)laşmaların yerini mümkün olduğunca sağlam bir yapıya bağlamayı teminen, uluslararası hukukun güvencesine sığınma isteği olmuştur.¹⁷ Özellikle HA dışındaki anlaşmaların

17 Konuya ilişkin olarak, anılan konsorsiyumun hukuk danışmanlığını yapan firmanın bir avukatı tarafından, yerel mevzuatın değiştirilmesi gereksinimini doğurmaksızın, uluslararası hukuk aracılığıyla yerel mevzuat hükümlerinin etrafından dolaşmak

imtiyaz sözleşmesi sayılması ve Danıştay yargısına (ve ön inceleme sürecine) bağlı kılınma endişeleri bir yandan, bu an(d)laşmalar hayata geçirildikten sonra an(d)laşma hükümleri aleyhine uygulamaya gidilmesi veya uygulanmaması endişeleri diğer yandan olmak üzere, daha güvenli bir hukuksal yapı arayışına gidilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

HA'nın eklerini de HA gibi "uluslararası anlaşma" addederek kanun hükmüne kavuşturmak arzusunun arkasında, bu anlaşmaların –dayandıkları yasaların Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla- iptal edilebilecekleri yönündeki tereddütler de rol oynamıştır. Sonuç olarak önerilen ve uygulamasına geçilen ise, anlaşmaların HA'ya ek yapılmak suretiyle HA ile aynı düzeye getirilmeleri, yani "kanun" hükmüne kavuşturulmaları şeklinde bir koruma kalkını yaratılması olmuştur. Ancak, bu sonuçların kaynaktaki endişeleri hukuken ne kadar bertaraf ettiği son derece tartışmalı olduktan başka, bizce hukuki bir garabete de zemin hazırlamıştır.

Öte yandan, HGA'nın hemen başlangıç kısmında, "EK 1 – işbu EK 1, 18 Kasım 1999 tarihli Hükümetlerarası Anlaşmaya eklenmiştir ve bunun bir kısmını teşkil eder" (Resmi Gazete, 2000: 36) ibaresine yer verilmek suretiyle, HGA'nın HA ile bir bütün teşkil ettiği vurgulanmakta ve bağlantı kurulmuş olmaktadır. Öğretide de bunu destekleyecek yorumlara tesadüf edilmektedir. Bir görüşe göre, bir anlaşmada eklere yer verilmekteyse, genellikle bunların anlaşmanın bir parçasını teşkil ettiği belirtilir; hatta, anlaşmanın ayrılmaz bir parçasını teşkil eden kısımların "Ek" olarak isimlendirilmesi gerektiği de vurgulanmaktadır (Aust, 2000: 354, 355). Daha dengeli bir başka görüşe göre de, her bir özel durumun içerdiği niteliklere bakılarak, anlaşmanın kurgulanmasında ve yapısının teşekkül ettirilmesindeki biçimlemeye, özellikle de tarafların anlaşmanın değişik kısımlarını anlaşmayla ayrılmaz bütün şeklinde kabul edip etmedikleri yönündeki niyetlerine göre bir değerlendirme yapılması gerekir (Jennings/Watts, 1996: 1211).

Bize göre de, yukarıda değinilen ikinci görüşe ağırlık vermek daha doğru olacaktır. Bu itibarla, bir milletlerarası anlaşmanın eklerini mutlaka milletlerarası anlaşma ile aynı hukuki statüye sahip olarak addetme zorunluluğu bulunmamak gerekir. Bu konuda, eklerin asıl metinle ne ölçüde imtizaç ettikleri hususu belirleyici rol oynamalıdır. Hatta, öğretilerdeki –yukarıda yer verdiğimiz- görüşlerin aksine, tarafların iradesi bu yönde kurgulanmış olsa dahi, eklerin içerik olarak asıl metinle imtizaç etmemesi durumunda, bu eklerin anlaşma olarak telakki edilmesi tartışmalı sonuçlar doğurmaya elverişli bir

veya üzerinden atlamak suretiyle etkisiz kılınmasının ve bertaraf edilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir (bkz. Hildyard/Muttitt, 2006: 43, 47).

ortam yaratabilecektir. Sonuç olarak, buradaki yaklaşımımız yukarıda 11 no.lu dipnotta belirtilen görüşle uyumlu olarak, uluslararası andlaşmaların hukuk tekniği itibarıyla “kanun” olarak addolunmasına çekinceler getiren anlayışla paralellik içerisinde değerlendirilebilir.

Gerçekten, andlaşmaların “yasa hükmünde” kabul edilmesi, “yasa ile eşit değerde” olduğunu değil, daha çok yasalar gibi kamu organlarını ve kişileri bağladığını ifade etmektedir; dolayısıyla, hiyerarşik konumu belirlememektedir (SUR, 2006: 51). Bu itibarla, bir milletlerarası andlaşmayı iç hukukta sadece “uygulanmasına yönelik olarak etkinliği bağlamında izhar edici olma” işleviyle ele almak gerekir. Bununla beraber, bir milletlerarası andlaşma olmak hasebiyle, diğer kanunlardan ayrı bir yere koyulması gerektiği de açıktır. Ne var ki, *lex posterior derogat priori* ilkesi uyarınca, sonradan çıkarılan bir yasayla mevcut temel haklar dışında bir andlaşma hükmünün bertaraf edilmesi de mümkündür ve geçerlidir (Sur, 2006: 52).

Sonuç olarak, devlet, iç hukukta bir milletlerarası andlaşmayı uygulamak istemeyebilir (yani uygulanmasına yönelik kanunları çıkarmayabilir; örneğimizde HA’nın uygulanmasına yönelik 4586 sayılı Kanun’un çıkarılmamış olması halinde –nitekim- böyle bir ihtimal sözkonusu olacak idi!). Yukarıda değinildiği üzere, bunun sonucu olarak sadece, uluslararası hukuk tahtında uluslararası siyasi, diplomatik ve ekonomik yaptırımlara maruz bırakılması ihtimalinin ortaya çıkabileceği düşünülebilir (aynı yönde bkz. Sur, 2006: 52, 54). Yabancı literatürde de, uluslararası hukukun yerel hukukla çelişmesi durumunda mahkemelerin çoğunlukla yerel hukuku uyguladıklarına değinilmektedir (Jennings/Watts, 1996, 84).

2. Ev Sahibi Hükümet Anlaşması’nın Hükümleri ve Hukuki Niteliği

HA’dan sonra hukuki açıdan önem taşıyan ve HA’ya ek olarak yer alan diğer anlaşma ise, ESHA’dır. Yukarıda da belirtildiği üzere ESHA, Türkiye Cumhuriyeti ile yatırımcı şirketler arasında imzalanması öngörülen (ve bu meyanda bilahare imzalanan) bir sözleşmedir. ESHA ile temel olarak yatırımcı şirketler bir yükümlülük üstlenmemekte, buna karşın yatırımcı şirketlerin Proje’yi gerçekleştirmeleri halinde diğer tarafın (Türkiye Cumhuriyeti’nin) yatırımcı şirketlere sağlayacağı imkanlar, ayrıcalıklar, destek ve muafiyetlere yer verilmektedir.

HGA’da yer alan oldukça fevkalade önemli ve ilginç bir maddede ise, ilerideki yasal değişiklikler durumunda devlete tazmin edici mükellefiyet yükleyen bir hükme yer verilmektedir (m. 7.2(xi)) (Resmi Gazete, 2000: 120,

121). Buna göre, Proje'nin ekonomik dengesini etkileyebilecek çevre, sağlık, ve bunun gibi her türlü yasal değişikliğe karşı şirketlere malî açıdan koruma olanağı sağlanmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde buna benzer hükümlere yer verildiği bilinmektedir. Ancak, anılan madde kapsamında getirilen düzenlemeyi farklı kılan çok önemli bir ayrıcalık vardır: Bu hüküm, devletin ayrımcı nitelikteki yasal değişiklikleri ile herkese uygulanan ve ayrımcı niteliği ileri sürülemeyecek olan yasal değişiklikler arasında bir ayırım gözetmemekte, her iki halde de devlete tazmin yükümlülüğü getirmektedir. Bu durumun değişik sivil toplum örgütlerince ağır biçimde eleştirildiği ve BTC anlaşmalarının sömürgeci niteliği karşısında şoka girdikleri ifadesine yer verildiği, yine bu minvalde Uluslararası Af Örgütüncü "uluslararası hukukun devletlerin ayrımcı olmayan faaliyetleri ile bu nitelikte bulunmayanlar arasında farklı bir hukuki sonuca vardığı" değerlendirmesine gidildiği görülmektedir (bkz. Boyd-Carpenter/Labadi).

Gerek ESHA'nın oldukça uzun bir süre için yürürlükte kalması (3. madde uyarınca imzadan itibaren 40 yıl süreli olup, ilgili şirketin tek taraflı irade beyanıyla bilahare 10'ar yıllık 2 ilave dönem boyunca uzatılabilmekte ve böylece pratik olarak 60 yıl süreye ulaşmaktadır!)¹⁸ ve gerek devlet adına yatırımcı şirketlere karşı fevkalade kapsamlı yükümlülükler öngörülmesi dikkate alındığında, hukuki açıdan bu sözleşmenin hangi mahiyette olduğuna ilişkin bir değerlendirmeye gidilmesi önem taşımaktadır. ESHA'nın 6.2 maddesinin (vi) ve 7.2 maddesinin (viii) bentleri ile 21.3 maddesine göre, bu sözleşme ne idari sözleşme ne de imtiyaz sözleşmesi (veya idare hukukunda yer bulan diğer idari sözleşme türlerinden birisi) olarak değerlendirilemeyecektir.

Hatta, uluslararası tahkim olanağından yararlanabilmeyi teminen getirilmiş bulunan bu hükmün herhangi bir imtiyaz değerlendirmesine tâbi tutulamaması için, müzakereler sırasında bir husus üzerinde özellikle durulmuştur: Bu hattan ülkemize petrol verilmesi, hat boyunca mümkün değildir. Sözgelimi, hattın yakınından geçtiği Kırıkkale rafinerisinde kullanılmak üzere hattan anılan rafineriye çok kısa mesafeli bir bağlantıyla petrol aktarımı mümkün olmasına karşın, münhasıran "kamu hizmeti" telakkisine dûçar olmamayı teminen bu imkandan yararlanılmaması öngörülmektedir!

18 Bahsekonu maddenin müzakereler süreci başlangıcındaki taslak halinde hiçbir süre sınırlaması öngörmediğini, buna karşı müzakere sürecinde yer almak hasebiyle ısrarla karşı çıkmamız üzerine, son dakikada değişiklik yapılarak toplamda 60 yıl gibi olağanüstü bir süreyle ancak kısıt getirilebilmesinin sağlandığını da, dikkat çekici bir anekdot olarak aktarmak istiyoruz.

2.1. Proje Anlaşmalarının İmtiyaz Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, ESHA’da yatırımcı şirketlere son derece kapsamlı ayrıcalıklar tanınmaktadır. O kadar ki, ESHA’nın 7.2 maddesinin (i) bendine göre ESHA’nın Türk hukuku tahtında “hakim hukuki rejim” (“*prevailing legal regime*”) olarak yer alabilmesini teminen Türkiye Cumhuriyeti’nin gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmektedir. Nitekim, bu meyanda 4586 sayılı “Petrolün Boru Hatları ile Transit Geçişine Dair Kanun’un çıkarıldığına değinmiştik. Bu itibarla, sözgelimi ESHA’nın, anlaşma hükmünde öngörüldüğü gibi bir “ticari” sözleşme mi, yoksa mahiyetine binaen “idari sözleşme” ya da “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde mi olduğu hususuna dikkat çekmekte yarar bulunduğunu düşünüyoruz.

Kuşkusuz, bu değerlendirmeyi yapabilmek için, anılan kavramların hukukumuzda ne şekilde ele alındıkları ve hangi kapsamda değerlendirildikleri hususunun öncelikle ortaya konulması gerekecektir. Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekirse, kamu hizmeti ve bundan hareketle imtiyaz kavramları müstakil tez çalışmalarının konusunu teşkil edecek derecede geniş kapsamlı olmakla, çalışmamızın hacmini yeterinden fazla genişletmemeyi teminen bahsekonu kavramları oldukça özet olarak kısaca ve ana hatlarıyla ele almayı zorunlu görüyoruz. Bununla birlikte, bu konuyu ayrıntılarıyla işlediğimiz bir çalışmaya bakılmak suretiyle daha ayrıntılı bir değerlendirmeye ve konuya ilişkin diğer kaynakların listesine erişmek mümkündür (bkz. Çal, 2008a).

- Türk hukukunda kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının değerlendirilmesi

Türk hukuk doktrininde imtiyaz kavramı hemen daima “kamu hizmeti” (bkz. ÇAL, 1998: 194 vdm.) kavramıyla ilişkilendirilmiştir (bkz. Çal, 2008a: 38-54). Buna göre, kamu hizmetini yerine getirmekle görevli olan idarenin, bu hizmetin ifasını özel sektör eliyle gerçekleştirme yoluna gitmesi halinde, idare ile “görevlendirilen” şirket arasında imzalanan ve idareye üstün yetkiler tanınan sözleşme imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmektedir (bkz. Tan, 2000: 455 Vdm.; Zabunoğlu, 2000: 491 vdm.; Özay, 1994: 247).

İmtiyaz, klasik bir tanıma göre, bir kamu hukuku kişinin bir gerçek veya tüzel kişiye (özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabilmektedir), belirli bir süre için (genellikle 30-40 yıl gibi uzun süreli olmaktadır (Giritli/Bilgen/Akgüner, 2006: 930; Duran, 1982: 332)) kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle, kâr-zararı kendisine ait olmak, hizmetin finansmanını hizmetten yararlananlardan bir bedel almak üzere kendisi sağlamak ve hizmeti

idarenin denetimi ve gözetimi altında yürütmek kaydıyla vermesidir (Gözübüyük/Tan, 2006: 687).

İdare hukukunun duayenlerinden Onar'a göre ise, imtiyaz sözleşmesi bir kamu hizmetinin her türlü masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere, idare tarafından konulacak şartlar, sağlanacak yetkiler ve taahhüt edilen malî menfaatler karşılığında özel bir kişi tarafından ifasını tazammun eder (Onar, 1966: 536).

İmtiyaz kavramına ilişkin açıklamalarda yer verilen “uzun süreli olmak” özelliği, bize göre kavramın temel belirleyici unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da aynı yönde tesbitte bulunmakta ve “... elektrik hizmetlerinde(ki) ... sözleşmelerle kamu hizmetinin görülmesinin **uzun süre** özel kesime bırakıldığı ve bu nedenle sonradan giderilmesi güç sonuçlar doğurabilecek nitelikte oldukları için, Danıştay ön denetimine bağlı tutulmalarında kamu yararı da bulunmaktadır... Eğer bir kamu hizmeti **uzun süreli olarak** özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir” (AYM, 1994: 24) yargısına varılmaktadır.

Öğretide ve yargı kararlarında imtiyaz sözleşmesi, idari sözleşmelerin en tipik (bkz. DD, 1971: 150), tam ve gelişmiş örneği olarak sayılmaktadır (Onar, 1966: 536; Duran, 1982: 334; Çimen, 2004). İmtiyaz kavramı ise, yukarıdaki tanımlamalarda görüleceği üzere, kısaca, bir kamu hizmeti sözkonusu olduğunda, anılan hizmetin idare tarafından özel sektöre uzun süreli olarak gördürülmesi şeklinde ifade edilmektedir. Oysa, kanımızca uzun süreli olmak imtiyazın *yeter* koşullarından birini oluşturmakla beraber, *gerek* koşulu sayılmamak gerekir. Zira, uzun süreli olmamakla beraber, ayrıcalık yaratılmış bir kamu hizmeti durumunda da imtiyazdan söz edilebilmelidir.

Giderek, imtiyaz ile kamu hizmeti kavramları arasında öğretilde kopmaz biçimde takdim olunan bağın da mutlaka sorgulanması gerekir. Bize göre, imtiyaz için bir kamu hizmetinden bahsedilebilmesi zorunlu değildir. İmtiyazda, daha ziyade bir “ayrıcalık” yaratılmış olup olmadığı ön plana çıkarılmalıdır. Bu ayrıcalık, tekel yaratılması veya rekabetten bağışıklık sağlanması gibi “özelliklerin” bulunduğu durumlarda kendisini açıkça gösterir; “idareye üstün yetkiler tanınması” imtiyazın en önde gelen niteliği kabul edilirken, esasen işte bu “özelliklerin” bir sonucu olarak sözkonusu niteliğin oluştuğu söylenebilir; yani neden değil, sonuçtur. Dolayısıyla, belirttiğimiz “özellikler”in idarece yaratıldığı bir faaliyet alanında artık kaçınılmaz olarak bir “imtiyaz” doğar, yasama organı veya idare tarafından bunun aksi bir tanımlamaya/değerlendirmeye gidilmesi de “*de lege feranda*” bakımından bir değişiklik yaratmaz; zira kanımızca “imtiyaz”a imtiyaz denilmemesi, gerçeği değiştirmez.

Dolayısıyla, geleneksel anlamda kamu hizmeti sayılmayabilecek bir hizmete yönelik olarak idare ile özel kişiler arasında imzalanacak sözleşmelerin dahi, ayrıcalık yaratılması halinde imtiyaz sözleşmesi niteliğinde değerlendirilmesi gerekebilir. Nitekim, BTC Projesi'nde "kamuya sunulan" bir hizmetten sözedilememesine rağmen, anılan Proje'ye ilişkin imzalanan sözleşmelerle yaratılan hukuki rejimin içerdiği ayrıcalıklar çerçevesinde imtiyaz olarak addolunabileceği kanısındayız. Bu hususun ayrıntılı biçimde değerlendirilmesine ilerideki alt başlıkta yer alan paragraflarda değinmekteyiz.

Keza, imtiyaz deyiminin kamu hizmetinden başka, su, maden, petrol gibi doğal kaynaklar üzerinde özel kişilere tanınan işletme hakları için de kullanılmakta olduğunu belirten Duran'a göre, bu imtiyazların konuları kamu hizmeti olmadığı gibi, bireylere hiçbir edim sunmaz ve sağlamaz (Duran, 1982: 333). Onar da maden işletmeciliğinin özel sektör eliyle gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetin "imtiyaz" olduğunu ve fakat idareye ve üçüncü kişilere karşı kamu hizmeti işletme vecibesinin bulunmadığı görüşündedir (Onar, 1966: 540). Benzer bir görüşe göre de "... maden işletme imtiyazları veren sözleşmelerin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmadığı halde, bu sözleşmeler idari sözleşme olarak nitelendirilmişlerdir. Aynı durum, orman işletme sözleşmeleri için de geçerlidir." (Günday, 2003: 169).¹⁹

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

19 Bahsekonu sektörlerine ilişkin sözleşmelerin idari sözleşme sayılmalarının nedeni ise, "... bunların Devletin hüküm ve tasarrufu ve de denetimi altında bulunmalarıdır" (bkz. Günday, 2003: 169). Maden işletmeciliğinin imtiyaz yöntemiyle verileceğine ilişkin 3 Mart, 1954 tarih ve 6309 sayılı Kanun, 4 Haziran, 1985 tarih ve 3213 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılarak, ruhsat verme yöntemine geçiş yapılmıştır; ancak, bahsekonu Kanun'da yer verilen geçici bir madde marifetiyle eskiden imtiyaz yöntemiyle verilmiş sözleşmelerin yürürlükte kalacağı öngörüldüğünden, anılan eski tarihli maden işletme imtiyazı sözleşmeleri hukuken devam etmektedir (bkz. Odyakmaz, 1998: 174-236).

Şu halde, idareden alınan ruhsata istinaden özel sektör tarafından yürütülen –ve kamu hizmeti olduğu kabul edilen- kimi faaliyet alanlarında, hizmetin yeterli rekabet ortamında –kamu hizmeti gereklerini sağlayarak- gerçekleştirilmesi ve aynı zamanda idarenin yakın denetimi/gözetimi hususlarının ruhsat şartnamesine açık biçimde konulması kaydıyla, bu alanın mutlaka imtiyaz kapsamında ele alınmasına ve idarenin özel sektöre kamu hizmetini **sözleşmeyle** gördürmesi gibi bir kurguya gidilmesine gerek kalmayacaktır.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, kanaatimizce, bir faaliyet alanında imtiyazın gündeme gelebilmesi için en azından şu unsurların varlığını aramak yerinde olacaktır: (Doğal veya hukuki) tekel niteliği taşıyıp taşıyamaması, (tekel olmasa dahi) rekabetin kısıtlanmış olup olmaması veya ayrıcalıklar tanınmış olup olmaması, ve nihayet, uzun süreli bir sözleşmeye yer verilip verilmemesi. Buradan çıkacak en önemli sonuç ise, geleneksel olarak imtiyaz kavramıyla birliktelik içerisinde değerlendirilmiş bulunan ve örtüştürülen kamu hizmeti kavramıyla aradaki bağın aranmaması gerektiğidir.

- Proje anlaşmalarının imtiyaz kavramı karşısındaki durumu

Türk hukukunda imtiyaz kavramını kısaca incelemiş olmakla, bu aşamada asıl soru gündeme gelmektedir: BTC Projesi kapsamında ülkemiz ile ilgili şirketler arasında imzalanmış bulunan anlaşmalar, içerdikleri ayrıcalıklar dolayısıyla imtiyaz sözleşmesi niteliğinde değerlendirilebilecek midir? Bu noktada, öncelikle 4586 sayılı Kanun'u ele almak ve buradaki kimi hükümlere değinmek yararlı olacaktır.

4586 sayılı Kanun'a bakıldığında, münhasıran bir proje için çıkarılmadığı, genel olarak ülkemizden petrol ürünlerinin (petrol tanımının içine doğal gaz da dahil edilmiştir) transit geçişini düzenleyen biçimde tasarlandığı görülmektedir. Bu haliyle, ülkeden transit geçecek her türlü petrol ürününün tâbi olacağı bir hukuksal rejimin oluşturulduğu izlenimi edinilebilir. Böylece, anılan Kanun'un münhasıran yukarıdaki Proje için bir düzenleme olarak getirildiği yolunda bir yoruma gidilmesinden kaçınılmak istendiği ileri sürülebilir.

Bununla birlikte, Kanun'da önemli bir maddeye dikkat çekmek gerekmektedir: “Amaç” başlıklı 1. maddeye göre, “(b)u Kanunun amacı, petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili **Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktır.**” Keza, Kanun'un ilerleyen paragraflarda metni verilen 5., 7., 10. ve 11. maddelerinde de, (proje anlaşmaları adı altında) uluslararası anlaşmalara atıf yapılarak, bu yasal düzenlemeyle sadece uluslararası anlaşmaya dayanan petrol boru hattı

taşımacılığını düzenlemeye matuf bir yasal kurgu geliştirildiği hususu açıkça ortaya konulmaktadır.

Dolayısıyla, anılan Kanun kurgulanırken münhasıran BTC Projesi için çıkarılmış olduğu yönünde bir izlenimin doğmasından kaçınılmakla beraber, sadece uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak petrolün boru hattı üzerinden taşınmasına olanak tanıyacak bir hukuki düzenleme getirildiği görülmektedir. Öte yandan, öğretilerde anılan Kanun'un konumuza ilişkin yönlerden yorumlanmasına ilişkin bir incelemeye tesadüf etmemiş olmakla²⁰, bu konudaki yargımızın tartışmaya açık olabileceğini de vurgulamak yerinde olacaktır.

Şu halde, bize göre bu Kanun çerçevesinde transit geçiş dair bir projenin gerçekleştirilebilmesi, ancak ve ancak bir *uluslararası anlaşmanın* ayrıca akdedilmiş olması kaydına bağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla, Kanun ile herkese açık bir transit rejimin hukuki altyapısı oluşturulmuş değildir; bunun için, herhangi bir proje tahtında ayrıca imzalanmış olması gereken bir uluslararası anlaşmanın bulunması şarttır.²¹ BTC Projesi kapsamında

20 Bu konu, esasen Enerji Şartı Sekreteryası (EŞS) adına (Sn. Boyko Nitzov ile birlikte) 2006 yılında hazırladığımız ve 2007 yılı itibarıyla EŞS'nin ağ sayfasında (bkz. www.encharter.org) erişime açılmış bulunan, "*Turkey Investment Climate and Market Structure Report*" (Türkiye Yatırım Ortamı ve Piyasa Yapısı Raporu) adlı, Türkiye'nin enerji sektörü odaklı yatırım ortamı ve piyasa yapısını irdeleyen raporumuzun hazırlık çalışmaları sırasında da gündeme gelmiştir. Bu hususta yukarıda yer verdiğimiz yorumlarımıza Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) yetkililerince başlangıçta itiraz edilmiş ve anılan Kanun'un ülkemizdeki petrol transit geçişine yönelik genel bir düzenlemeyi içerdiği yolunda açıklamalarda bulunulduğu görülmüştür. Ancak, Kanun metinlerinin anılan uzmanlarla ayrıntılı olarak tartışılması sürecinde, Kanun'un münhasıran bir uluslararası anlaşmanın varlığı önkoşuluna dayalı olarak kurgulandığı tarafımızca vurgulanmış ve buna karşın bahsekonu yetkililerce aksi yönde bir açıklama getirilemediği gözlenmiştir.

21 Nitekim, bahsekonu Kanun'un varlığına rağmen, halihazırda ülkemizde enerji alanında transit geçişin hukuksal rejimini düzenlemek üzere bir yasal düzenlemeye gidilmesi yönünde girişimlerde bulunulmakta olması da bu yargımızı destekler mahiyettedir (Mayıs 2008 itibarıyla ETKB yetkilileriyle yaptığımız gayri resmi görüşmelerde, bu amaca yönelik olmak üzere 4586 sayılı Kanun'da değişiklik getiren bir düzenleme için çalışıldığı öğrenilmiştir). Öte yandan, 4586 sayılı Kanun'un transit petrol taşımacılığı için bir uluslararası anlaşmayı gerektirdiğinin bir diğer kanıtı da, transit petrol taşımacılığına yönelik Samsun-Ceyhan petrol boru hattı projesi için ortada bir uluslararası anlaşma bulunmaması nedeniyle, bahsekonu projenin gerçekleştirilmesini teminen anılan Kanun uyarınca değil, 7 Mart, 1954 tarih ve 6326 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 6. ve 83. maddeleri çerçevesinde uygulanacak hukuki rejimi belirleme yetkisi kendisine bırakılmış olan Bakanlar Kurulunca çıkarılan bir Kararnameyle ve ihalesiz olarak, DPT

imzalanmış ve önemli ayrıcalıklar getiren andlaşmaların ve sözleşmelerin, “belirli bir projeye münhasır olmadığı, 4586 sayılı Kanun uyarınca aynı statüdeki (yani transit geçiş öngören) her bir proje için aynı hukuki ortamı eşitlikçi bir şekilde sağladığı ve bu meyanda da teşvik benzeri bir ekonomik faaliyeti düzenleyen kurallar getirdiği yönünde bir değerlendirmeye gidilmesi gerektiği” yolundaki bir varsayıma istinaden, imtiyaz (veya kapitülasyon) niteliği taşımadığı yolundaki muhtemel bir savunma, kanaatimizce gerçekçi olmayacaktır. Zira, böylesi bir yaklaşıma itibar edebilmek için, herhangi bir uluslararası andlaşmayla irtibatlandırılmaksızın, her bir transit geçiş projesi için aynı hukuki olanakların sağlanacağı -sözgelimi Enerji Piyasası Kanunu (EPK) çerçevesinde- bir lisanslama uygulamasının söz konusu olması gerekirdi.

Öte yandan, BTC Projesi kapsamında imzalanan HA'nın eki olan ticari sözleşmeler (anlaşmalar) kanun hükmünde addolunacak ise, münhasıran HA'nın ekini teşkil etmekle “andlaşma” ve dolayısıyla hukukumuz bakımından “kanun” hükmünde addolunacak olan bu sözleşmelerde bilahare taraflar arasındaki mutabakat sonucunda yapılacak değişikliklerin, imzasız biçimiyle HA'nın eklerini teşkil eden metinlere de aynen yansıtılması gerekir. Oysa, Uluslararası Andlaşmalara İlişkin Viyana Konvansiyonu'nda da belirtildiği üzere (bkz. m. 39), andlaşmalar ancak tarafları arasındaki mutabakatla değiştirilebilir.²² Dolayısıyla, bir andlaşmanın hükümlerinin değiştirilebilmesinin temel koşulu, bunun tarafların rızalarıyla yapılmış olmasıdır. Böylece, andlaşma hükümlerinin değiştirilmesi için tarafların ortak rızası gerekli

Müşterarlığı'ndan görüş alınmaksızın ve hat güzergahı ilgili şirketlerce belirlenmek üzere, bir özel sektör konsorsiyumuna hak tanınmış olmasıdır (bkz. Milliyet Gazetesi, 2006). Bu yaklaşımımızın, anılan projenin yatırımcı ortağı yabancı şirketin temsilcileriyle 2007 yılında Brüksel'de yaptığımız görüşmelerde kendilerince teyid edilmiş olduğuna da ayrıca değinmek isteriz.

Yine aynı minvalde değinmek gerekirse, ülkemizde enerji sektöründe transit geçişe ilişkin olarak hukuksal rejimin ne olduğuna dair özellikle Avrupa Birliği yetkililerinin kimi uluslararası toplantılarda ve sempozyumlarda yönelttikleri sorulara karşı, ülkemiz yetkililerinin açık bir yanıt vermektan uzak kaldıklarını belirtmekte yarar görürüz. Keza, ülkemiz üzerinden geçecek bir doğal gaz transit projesinin yapımını öngören Nabucco Projesi kapsamında, halihazırda ETKB tarafından bir uluslararası andlaşma taslağının hazırlanmış olduğu da bilinmektedir. Son olarak, uygulamada yer alan kimi sektör temsilcileri tarafından da aynı görüşte ifadelerde bulunulduğu ve “... Avrupa'ya ulaşacak gaz için ... bir an önce Transit Enerji Kanunu'nun çıkarılması gerektiği” kanısının seslendirilmesi de, bu hususta dile getirdiğimiz görüşün doğruluğunu destekleyici niteliktedir (bkz. Aktürk, 2007).

22 Ülkemiz, 1969 tarihli Uluslararası Andlaşmalara İlişkin Viyana Konvansiyonu'na taraf değildir (Pazarcı, 2007: 43).

kılınmaktadır. Çok taraflı anlaşmalarda da, anlaşma aksini öngörmemişse, temel kural oybirliğiyle anlaşma hükümlerinin değiştirilmesidir (ancak, bu durumda bahsekonu değişiklikler, sadece değişikliğe rıza gösteren taraflar arasında hüküm ifade edecektir) (Pazarcı, 2007: 101).

Yukarıdaki açık hüküm karşısında, anlaşmaların tarafı olan devletlerin, anlaşmaların eklerini teşkil eden sözleşmelerin bilahare bu sözleşmelerin tarafları arasındaki mutabakata istinaden değiştirilebileceğine önceden izin vermek suretiyle bu hususa cevaz vermiş oldukları yorumuna gidilmesinin de isabetli olmayacağı kanısındayız. Zira, uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduklarını kabul eden bir anlayışla yola çıkarak, bu anlaşmaların eklerinin de ana metinle birlikte kanun hükmünü icra edecekleri varsayımına ulaşıldığında, özel hukuk kişilerinin aralarındaki sözleşmeleri değiştirmek suretiyle dolaylı yoldan bu değişikliklere kanun hükmü gücünü kazandırabilmeleri, egemenliğin özel kişilere devredilmesi anlamına gelebilecektir. Düşüncemize göre bu durum, hukuken kabul edilebilir bir yaklaşım içermekten uzaktır. Nitekim, Anayasamızın 7. maddesi de “(y)asama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” hükmünü amirdir.

Öte yandan, Türk mevzuatına bakıldığında, Anayasamızın uluslararası anlaşmalarda değişiklik yapılmasına ilişkin olarak açık bir hüküm getirmediği; ayrıca, uluslararası anlaşmaların imzalanması ve onaylanmasını düzenleyen 244 sayılı Kanun’da da anlaşma hükümlerinin değiştirilmesi konusuna yer verilmediği görülmektedir. Bu itibarla, öğretilde, anlaşmalardaki değişiklikler bakımından bu anlaşmanın onaylanması sırasında izlenen yolun aynen izlenmesi ve eğer ilgili anlaşma için önceden TBMM’nden uygun bulma yasası çıkmışsa, yeni bir uygun bulma yasasıyla bunun onaylanması ve yürürlüğe sokulması gerektiği yönünde bir değerlendirmeye gidildiği görülmektedir (bkz. Pazarcı, 2007: 102, 103). Biz de aynı kanıyı taşımaktayız.

Sonuç olarak, gerek Viyana Konvansiyonu ve gerek Türk mevzuatı dikkate alındığında, Proje tahtındaki eklerin, bahsekonu eklerin sözleşme olarak uygulanması sürecinde bu sözleşmelerin tarafı özel kişilerce değişikliğe tâbi tutulması halinde, anlaşma ekindeki imzasız şekillerinde aynı değişikliklerin yapılmış addolunacağı ve değiştirilmiş halleriyle doğrudan geçerli hale geleceği yönündeki bir anlayışın kabul görmesine olanak bulunmadığı düşüncesindeyiz.

Bu aşamada anılan Kanun’un kimi hükümlerine dikkat çekmekte yarar görüyoruz:

“Madde3 (Tanımlar) – Bu Kanunun uygulanmasında,

f) *Proje anlaşması: Bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili olarak ilgili milletlerarası andlaşmalar ile kamu kurum veya kuruluşlarının yatırımcıyla imzaladıkları her bir anlaşmayı, ifade eder.*

*Madde 5 (Standartlar) – Transit petrol boru hattı projesinin mühendislik, inşaat ve işletme safhalarında ve projeye yönelik diğer uygulamalarda, **proje anlaşmalarında** belirtilen, uluslararası düzeyde kabul görmüş teknik, kalite, çevre, emniyet ve sağlık norm ve standartları esas alınır.*

*Madde 7 (Çevre) – Proje iştirakçileri, proje faaliyetlerinin yürütülmesinde; yer üstü, yer altı ve kıta içi sular, deniz, hava, göl, bitki örtüsü, hayvan varlığı ve diğer doğal kaynaklar dahil çevreye zarar vermemekle yükümlüdür. Çevreye verilen zarar, **proje anlaşmalarında** öngörülen esaslar dahilinde proje iştirakçileri tarafından tazmin edilir.*

Madde 8 (Kamulaştırma ve Tescil) –

*(d) Transit petrol boru hattı ve ilgili tesislerine ilişkin olarak yapılacak kamulaştırma veya diğer iktisaplarda, yatırımcı tarafından ödenecek arazi bedelinin **ilgili proje anlaşması** kapsamında sabit bir fiyat olarak belirlendiği durumlarda, fiili ödemeler ile mülk sahiplerince açılacak bedele itiraz davalarında belirlenecek fiyatlar arasındaki fark, **ilgili proje anlaşmasında** belirlenen sabit bedeli aştığı ölçüde, genel bütçeye konulacak ödenekten karşılanır.*

*Madde 10 (Sigorta) – **Milletlerarası andlaşmaların hükümleri saklı kalmak kaydı ile**, transit petrol boru hattı proje faaliyetleri ile ilgili olarak üçüncü şahıslara verilebilecek zararlara karşı sigorta yaptırılır.*

*Madde 11 (Vergi) – Transit petrol boru hatları projelerine ait faaliyetler, mal varlıkları, gelirler ve işlemlerden doğan damga vergisi, gümrük vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi ve transit geçiş ile ilgili diğer vergi, resim, harç ve fonlarla ilgili olarak, söz konusu projeye ait olup usulüne göre yürürlüğe girmiş **milletlerarası andlaşmada bir hüküm bulunmadığı durumda** ilgili kanunlarda yer alan hükümler uygulanır.*

*Madde 12 – Bu Kanun kapsamındaki hususlarla ilgili olarak **milletlerarası andlaşmalarda yer alan konularda**; 2644 sayılı Tapu Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu ile diğer kanunların tahdidi ve takyidi hüküm getiren ilgili maddeleri uygulanmaz.”*

Bütün bu hükümlerde, yukardaki paragraflarda vurgulandığı üzere, petrol ürünlerinin ülkemizden transit geçişi için bir uluslararası andlaşmanın varlığının öngörüldüğü dikkat çekmektedir. Hemen vurgulamak gerekirse, 5. ve

7. maddelerde uluslararası andlaşma tabirine açık olarak yer verilmemekle beraber, “Tanımlar” başlıklı 3. maddenin “f” bendinde yer alan “proje anlaşmaları” ibaresiyle, herhangi bir transit geçiş projesi tahtında imzalanacak uluslararası andlaşmalar da dahil tüm proje anlaşmalarının kastedildiği açıkça hükme bağlanmaktadır. Proje anlaşmaları arasında bir uluslararası andlaşmanın bulunmaması gibi bir varsayım, bu noktada yine de düşünülebilir. Ancak, gerek Kanun’un “Amaç” başlıklı 1. maddesi ile 11. ve 12. madde hükümleri ve gerek yukarıdaki paragraflarda yer alan açıklamalarımız dikkate alındığında, tüm bu düzenlemelerin, Kanun’un bir uluslararası andlaşmanın uygulanmasını temin etmeye yönelik genel kurguya sahip olduğuna ilişkin olası kuşkuları bertaraf etmeye yeterli geleceği kanısındayız.

Şu halde, yukarıdaki hükümler itibariyle, bir uluslararası andlaşmayla yapımı öngörülen bir petrol transit projesinin varlığı sözkonusu olduğunda, çevre, vergi ve üçüncü kişilere karşı verilecek zararlar çerçevesinde tazminat (veya sigorta) ile teknik standartlar konularında iç hukukta geçerli hiçbir hükmün uygulanması olanağı kalmamakta, tüm bu konularda ayrısı bir hukuk alanı (yani andlaşmada öngörülen hükümlerden oluşan özel bir hukuki rejim) yaratılmaktadır (bkz. yukarıda m. 5, 7 ve 10)! Bu durumun Osmanlı dönemindeki kapitülasyonlarla gösterdiği benzerlik şaşırtıcıdır. Gerçekten, o dönemin kapitülasyonlarıyla getirilen başlıca özelliklerden biri de, iç hukukun uygulanmaması, andlaşmalar üzerinden yabancı devlet tebaasına ayrı bir hukukun inşa edilmesidir (bkz. Baskıcı vd., 2003: 533 vdm.). Benzer bir değerlendirmeye göre de, “BTC boru hattı rejimi egemenlik, insan hakları ve çevre konularında kuşkular doğurmaktadır” (Waters, 2004).

Yine, bir başka benzer değerlendirmeye göre, “ESHA çerçevesinde devletlerin yatırımcıları tazmin etme yükümlülükleri benzeri anlaşmalarda rastlanmayan hükümler değildir; ancak, diğer anlaşmalarda rastlanmayan husus, bu tazmin yükümlülüğünün kapsamıdır (ve) diğer hükümlerle birleştiğinde, ev sahibi ülkenin düzenleme yetkisini bertaraf ederek, sürdürülebilir kalkınmayı sağlamayı ve insan haklarını korumayı zorlaştırmaktadır” (REMER, 2005: 24).

Öte yandan, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu savlanabilecek bir şekilde, aynı ayrıcalıkların yerli şirketlere tanınmadığı da söylenebilecektir; zira, ayrıcalığın temel koşulu, uluslararası bir andlaşmanın varlığını zorunlu kılıyor olmasıdır. Dolayısıyla, burada –ayrıcalıklar olmaksızın- sektörel bir teşvik verildiğinden de bahsedilemez! Bu özellik olmasaydı, belki devletin değişik sektörlerde teşvik edici ayrıcalıklar sağlayabildiği iddiası savunulabilirdi! Maamafih, burada bu olasılığı tartışmak dahi imkansız hale gelmektedir ve açık bir imtiyazlı rejim örneği karşımızdadır. O kadar ki, ESHA’ya göre –sözgelimi, çevreyi koruma gereğiyle dahi olsa- herhangi bir mali yükümlülük doğuracak nitelikte yeni bir düzenleme getirilmesi olanağı, proje

an(d)laşmalarının süresi (60 yıl) boyunca Türk devletinin elinden alınmış durumdadır!

Kuşkusuz, yatırımcılar açısından devletin tek taraflı iradesiyle belki de kasıtlı olarak “sürünge kamulaştırma” (kavram hakkında bkz. Tiryakioğlu, 2001: 179) benzeri bir uygulamaya gidilmesi böyle bir hükümlerle önlenmek istenmiştir denilebilir. Ancak, müzakerelerde tarafımızdan da ileri sürüldüğü üzere, şayet tüm dünya ölçeğinde küresel bir mutabakata dayalı olarak uygulanacak bir yeni çevre vergisi (Kyoto Protokolü veya küresel ısınmaya karşı belli sektörlerdeki yatırımlardan ek vergi alınması yönünde olası bir uygulama gibi) getirilmesi durumunda, bunun ev sahibi ülkenin tek taraflı iradesinden kaynaklanmış sayılamayacağı savlanabilecektir. Hatta, yatırımcı açısından, bahse konu edilecek bir yatırımın dünyanın hangi ülkesinde yapılmış olursa olsun aynı uygulamaya tâbi olacağı bir durumdan söz etmek de mümkündür. Böylesi bir durumda ise, artık anılan yatırımcının herhangi bir ülkeye karşı korunmaya değer bir menfaatinin varlığından bahsetme olanağı kalmasa gerektir!

Maamafih, bu görüşümüz müzakerelerde karşı tarafa kabul ettirilememiştir. Bunun sonucunda, ESHA’daki mevcut hüküm (m. 7.2(vi)) karşısında, bu tür bir küresel mutabakat durumunda dahi Türkiye, anılan Proje sahiplerine bunu tatbik imkanından mahrumdur. İşte bu tür hükümlerin varlığı, kanaatimizce hukukumuzdaki imtiyaz teriminin doğal olarak içerdiğini düşündüğümüz ayrıcalık kavramı bakımından yeterli bir ölçüt oluşturmaya – ziyadesiyle- ehildir. Kaldı ki, yabancı yatırımcılar açısından, ev sahibi ülkenin yatırım sonrasındaki –devletin egemenlik hakkını kötüye kullanmasını engelleyen, yani egemenlik riskleri olarak adlandırabileceğimiz kamulaştırma veya benzeri etkiler doğuran (“sürünge kamulaştırma” olarak tanımlanan, aşırı vergi yükü getirilmesi yahut lisansların iptali vb.)- eylemlerinden kaçınılmasını veya korunabilmesini öngören hükümler, yatırımları korumaya dair ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarla –esasen- teminat altına alınabilmektedir. Üstelik, bu anlaşmalarda ihtilafların halli için uluslararası tahkim gibi bir olanak da sağlanmakta ve yatırımcı açısından yeterli güvence gereksinimi karşılanmış olmaktadır. Dolayısıyla, ilave bir sözleşmeyle ayrıca taahhüt altına girilmiş olmasındaki isabet derecesi de tartışmalıdır.²³

Bununla birlikte, “... ülkelerin ulusal yatırım mevzuatına damgasını vuran en önemli ilke, yabancılar tarafından gerçekleştirilen yatırımlarla yerli yatırımlar

23 Yatırım sözleşmelerine tahkim koşulunun konulması ile uluslararası anlaşmalar çerçevesinde tahkim olanağına yer verilmesi arasındaki farklılıklar üzerinde daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. (Çal, 2008a: 339-357).

arasında eşitlik olmakla beraber, kimi zaman yabancı sermayeyi teşvik amacıyla yabancılara ayrıcalıklı olanaklar tanınabildiği de görülmektedir. Böyle bir uygulamanın sonucu, ulusal mevzuatın yabancı yatırımcıya yerli yatırımcıdan daha iyi bir hukuki koruma sağlamasıdır. Örneğin, böyle bir ülke yerli yatırımcılar için öngörmediği vergi indirimini yabancı yatırımcıya sunabilir veya sosyal mevzuat bakımından yabancı yatırımcılara daha esnek davranabilir” (Tiryakioğlu, 2001: 169, 170). Bu gibi uygulamaların günümüzde sıklıkla rastlanabilen nitelikte olduğu dikkate alındığında, bunların kapitülasyonları çağrıştıracak bir düzenleme olup olmadığı nasıl ayırd edilecektir? Bu, gerçekten yanıtı zor bir sorudur!

Ancak, kanaatimizce yine de bir ayrıma gidilebilmesi imkan dahilindedir. Nitekim, yatırımcılara öngörülen cezbedici unsurlar, sözleşmeye dayalı uzun vadeli yükümlülükleri kural olarak içermemektedir. Bunlar, daha ziyade, yatırımlara ilişkin arsa temini, su ve elektrik gibi altyapı hizmetlerinden düşük tarifeli yararlanma olanakları ile vergi muafiyetleri gibi hususlardan müteşekkildir. Dolayısıyla, bize göre burada aslolan temel unsur, yaratılan ayrıcalığın niteliği ve kapsamı, ortaya çıkabilecek mali yükümlülüğün veya vazgeçilen maddi gelirin büyüklüğü, yükümlenilen süre gibi kimi ölçütler şeklinde belirlenebilir.

Yine de, bütün bunların net bir ayrıma gitme olanağı vermediği ileri sürülebilir. Ancak, kapitülasyon benzeri ağır hükümler, hukuki muafiyetler ve uzun süreli yükümlülükler içeren sözleşmelere veya taahhütlere girilebilmesi olasılığı dikkate alındığında, her halükârda yargısal bir denetimin (Danıştay’ın ön incelemesinden geçirilmesi gibi) getirilmesi gerekliliği ivedilikle değerlendirilmelidir. Böylece, devlet adına üstlenilen yükümlülüklerin bir imtiyaz boyutuna ulaşip ulaşmadığının tarafsız bir Anayasal organca önceden belirlenebilmesi imkan dahiline girecektir. Bu dereceye ulaşıldığı yolunda bir yargıya varılması halinde ise, bundan ileri gelebilecek zararların en azından nisbeten bertaraf edilebilmesini teminen düşünülebilecek kimi önlemlerin getirilebilmesi gibi, görece bir hukuksal güvenceye kavuşmak olanağı doğacaktır.

Öte yandan, ESHA’nın 7.2(xi) maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti tarafından her türlü idari işlem veya eylem yahut yasama faaliyeti sonucunda Proje’nin **doğrudan veya dolaylı** her türlü etkilenmesi ve “ekonomik denge”nin bozulması, ilgili şirketler lehine tazminat hükümleri verilmesine neden olabilecektir. Dolayısıyla, bu türden fevkalade aşırı boyutlar içeren bir tazmin yükümlülüğü getirilmiş olmakla, “anlaşmalar etkin biçimde ve 60 yıl boyunca ev sahibi ülkenin düzenleyici yetkisini elinden almakta, demokratik egemenliğini kaldırmakta ve ilerleyen zamanlardaki gelişmelerle ortaya

çıkabilecek uluslararası hukuki normlardan bağışık kalması sonucunu doğurmaktadır” (Remer, 2005: 27).

Esasen, gerek ESHA ve gerek HA'daki bir önceki alt başlıkta zikredilen muhtelif hükümlerde Proje'nin herhangi bir kamu hizmetine konu olmayacağına sarahaten açıklanması, ESHA ve diğer anlaşmaların imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlanmasından kaçınılması amacına matuftur kanaatindeyiz. Bununla birlikte, bize göre imtiyaz kavramı Türk hukukunda bazı açılardan hatalı değerlendirmelere maruz kalmıştır. Kanaatimiz odur ki, İdare hukukumuz açısından imtiyaz sözleşmesinin münhasıran kamu hizmeti sözleşmeleriyle sınırlandırılmış olmasında isabet görülemez (ayrıntılı bilgi için bkz. Çal, 2008a: 38-54). Ancak, İdare Hukukumuzda bu yönde bir görüşün bu güne değin dile getirilmemiş olduğunu da hemen vurgulayalım. Bu itibarla, hukukumuzda imtiyaz kavramının yeniden ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.²⁴

Esasen, “imtiyaz” kelime olarak “ayrıcılık-öncelik” anlamına gelir (Çal, 1998: 199). Dolayısıyla, konusu herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi olmasa dahi, vergi ve “sözleşmelerin bu projeye uygulanacak yegane hukuki rejimini oluşturacağı” gibi –Osmanlı devletince verilmiş bulunan adli kapitülasyonları çağrıştıran- bir düzenlemeyle getirilmiş sair ayrıcalıklar veya muafiyetler öngören, keza 60 yıllık bir süreyle bir projeye özgü ayrıcalıklı bir hukuki rejim getiren bir anlaşmanın da “imtiyaz sözleşmesi” olarak yorumlanabileceği hususu düşünülmeli ve değerlendirilmelidir.

Bu itibarla, idare ile özel kişiler arasındaki sözleşmelerde yer verilen ayrıcalıkların, imtiyaz kavramının ele alınması sürecinde özellikle değerlendirilmesi gerektiğini ayrıca ve önemle vurgulamak gerekir. Bu ayrıcalıkların uzun süreli olarak verilmesi ise, bu konudaki değerlendirme gereğini daha bir özenle gerçekleştirmeyi gerekli kılar. Geçmiş dönemlerde özellikle elektrik enerjisi üretimine yönelik olarak gerçekleştirilmiş bulunan enerji santrallerine ilişkin sözleşmelerde risk dağılımının kurgulanma biçimi, bu bağlamda imtiyaz çağrışımlarını davet edicidir (bkz. Çal, 2008b). Bahsekonu dönemin çoğunlukla ihalesiz olarak gerçekleştirilen projelerindeki risk-kazanç

24 Proje anlaşmalarının öne sürdüğümüz bu yeni imtiyaz kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yargısına varılması durumu ise, doğal olarak, gerekçelerini burada ayrıntılı olarak ortaya koymaya çalıştığımız görüşümüzün kabulüne değin, sadece tarafımızca ileri sürülmüş olan bir hukuksal görüş veya iddia olmaktan ileri gidemeyecektir. Bu itibarla, böylesi bir varsayıma dayalı olarak olası hukuksal sonuçların irdelenmesine gitmeyi bu aşamada henüz erken buluyoruz.

dengesizliği, ülkemiz yetkililerinin onayından geçmiş bir çalışmada da dile getirilmektedir (bkz. EŞS, 2007: 65, 66).²⁵

Kaldı ki, imtiyaz kavramının bu bağlamda ülkemizin yakın tarihinde köklerini bulan ve tarihsel arka plandan süzülen kavramsal çerçevesi de bu yaklaşımla örtüşmektedir kanaatindeyiz. Sözelimi, ülkemizde otomotiv sanayiinde yatırımda bulunacak bir şirkete otomotiv ithalatı ve yeni otomotiv yatırım izinlerinin verilmeyeceği yönünde taahhütlerde bulunulması ve sadece sözkonusu şirkete bu hakların tanınmasıyla ilgili bir sözleşme (Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki kapitülasyonlara benzer şekilde) bir imtiyaz sözleşmesi olarak addolunabilecektir (bkz. Çal, 1998: 199).

Bu anlayış ışığında, gerek ESHA’da yer alan hükümlerin düzenlediği konular ile yatırımcılara sağladığı muafiyetler/ayrıcılıklar dizisi ve gerek bahsekonu sözleşmenin gereğinden fazla –ve hatta fevkalade- uzun süresi dikkate alındığında, ESHA’nın hukuki açıdan ticari bir sözleşme değil ve fakat “imtiyaz sözleşmesi” mahiyetinde olduğunun ileri sürülmesi şartırtıcı olmamalıdır.

Nitekim, yabancı literatürde bu yönde kimi yorumların yapıldığı da görülmektedir. Buna göre, “hattın geçtiği her üç ülkede Anayasaları hariç²⁶ tüm

25 Anılan rapor ülkemiz yetkilileriyle işbirliği içerisinde hazırlanmış olmakla, 2006 Ekim ayında Brüksel’de gerçekleştirilen Yatırım Grubu toplantısında yine ülkemiz yetkililerince EŞS’nin diğer üye ülkeleri temsilcileri huzurunda sunulmuş ve nihayet ülkemizin onayıyla son hali verilerek 2007 yılı itibarıyla EŞS’nin ağ sayfasında erişime açılmıştır (bkz. “*Turkey Investment Climate and Market Structure Report*”, www.encharter.org).

26 Hemen belirtmek gerekirse, anılan sözleşmelere taraf olmayı teminen imza atıldığı andan itibaren, Anayasa’nın mevcut veya müstakbel hükümlerine aykırılık sözkonusu olsa dahi, bu durum sadece iç hukuk açısından bir belirlemeye imkan verebilecektir; ancak, ilgili şirketlerin buna karşı uluslararası tahkim yoluna başvurmak suretiyle hakem heyetlerinden tazmin kararı elde etmesi mümkündür. Zira, bu tür durumlarda hakem heyetlerinin yerel hukuk tahtında anayasalara aykırı olup olmadığı hususunu dikkate almadıkları ve devletin kendi anayasasına aykırı bir sözleşmeyi imzalamış olması halinde imzalanmış bulunan sözleşmenin esas alınacağını kabul ettikleri; kendi anayasasına aykırılığı bilerek (veya farkında olmayarak) bir sözleşmeye imza atan devletin, bilahare salt bu gerekçeyle sözleşme tahtındaki yükümlülüklerini uygulamaktan kaçınabilmesi anlayışının kabul göremeyeceğini kararlaştırdıkları bilinmektedir. Buna ilişkin bir örneğin, yerli linyit kömüre dayalı olarak kurulması planlanmış olan Konya Ilgın termik santral projesine ilişkin tahkim davasının (2006 yılı içerisinde gerçekleştirilen) yargılama sürecinde yaşandığını vurgulamak isteriz (anılan yargılama sürecinde “uzman şahit” sıfatıyla yer aldığımız bahsekonu projenin, YİD modeliyle gerçekleştirilmek üzere

mevcut ve müstakbel hukuk düzeninin üzerine çıkan bahsekonu Proje tahtında imzalanan anlaşmalar, devletlerin kendi vatandaşlarının çıkarlarını korumak üzere hareket edebilmelerini kısıtlayıcı yükümlülükler getirdiği veçhile... geleneksel imtiyaz sözleşmeleri hükümlerinin dahi çok daha ötesine varan bir boyuttur” (Hildyard/Muttitt, 2006: 46).

Giderek, yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkenin istikrarsız hukuki rejiminden etkilenmemelerini sağlamak üzere geliştirilen ve iki devlet arasında diğerini yarımcılarının hukuksal koruma görmesini amaçlayan “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK)” andlaşmalarıyla bir kıyaslama girişiminde bulunmayı da gerekli görürüz. BTC Projesi tahtında girişilen yükümlülükler dizisi ve yaratılan hukuki rejim, bu anlamda da “eşi menendi bulunmayan” bir mahiyettedir. YKTK andlaşmalarında da yatırımcıyı korumaya yönelik –makul ölçüler içerdiği savunulabilecek- hükümler yer almaktadır ve kamulaştırma halinde piyasa değeri üzerinden tazmin yükümlülüğü, adil ve eşit davranma yükümlülüğü gibi siyasi nitelikteki risklere karşı belirli bir koruma mekanizması öngörülmektedir. Ancak, Proje an(d)laşmalarını benzersiz kılan husus, bu türden makul koruma ölçüsünün çok ötesine varan bir “hukuksal rejim” getirilmiş olmasında kendisini göstermektedir.

Sözgelimi, YKTK andlaşmaları kapsamında devletin tazmin yükümlülüğünün doğması ve devletin düzenleyici işlemlerinden dolayı uluslararası hukuk tahtında tazminata hükmedilebilmesi, yatırımcının ekonomik varlığının **ciddi derecede değer kaybına uğraması** gibi bir önkoşula bağlıdır. Oysa, Proje an(d)laşmaları gereği “ekonomik denge”nin bozulduğu iddiasıyla tazminata hükmedilebilmesi için bu denli yüksek bir eşik sözkonusu değildir; en küçük bir değer kaybı dahi tazminatı gerekli kılmaktadır (Remer, 2005: 37). Bu düzenleme karşısında, Osmanlı döneminin kapitülasyonlarında dahi bu türden kısıtlayıcı bir hukuki rejime yer verilmediğini iddia etmek, –doğrusu- pek de zor olmayacaktır.

2.2. Uluslararası Tahkim Bakımından Değerlendirme

Proje anlaşmalarının imtiyaz olarak nitelendirilmemesi bir yana, daha vahim bir özellik olarak uluslararası tahkime yönelik düzenlemelerin boyutu

ilgili şirket ile idare arasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmesine karşı, yapımından bilahare vazgeçilmiş ve buna ilişkin uyuşmazlık ilgili şirket tarafından ülkemiz ile ABD arasındaki YKTK andlaşması çerçevesinde tahkime götürülmüştür) (bkz. Çal, 2008a: 405, 406).

gündeme gelmektedir. ESHA'nın 18.12 maddesi uyarınca, uluslararası tahkime gidildiğinde uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, ev sahibi ülkenin hukuku değil, İngiltere maddi hukuku olacaktır (Resmi Gazete, 2000: 146). Ülkemizde uluslararası tahkime yönelik tartışmalar bağlamında "... yabancı yatırımcılar açısından asıl sorununun Türk İdare Hukukuna karşı duyulan bir güvensizlikten ziyade, Türk İdari Yargısına karşı oluşan güvensizlik olduğu" ve "... Anayasa değişikliğinden önce de, tahkim isteyen yatırımcılar(ın) hiçbir zaman, tahkimde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun Türk Hukuku dışında bir hukuk olmasını talep etmemiş (oldukları)" yönündeki görüş (Ulusoy, 2004: 149) dikkate alındığında, bu görüşün tüm imtiyaz sözleşmeleri ve yatırımcılar bakımından gerçeği –yeterince- yansıtmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, gerek ICSID ve gerek diğer tahkim yerleri uygulamaları bakımından, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun temelde taraflarca belirlenmesi esas olup, yeri geldiğinde bu kuralın dahi uygulanmadığının örnekleri bulunmaktadır (bkz. Çal, 2008a: 59, 60).

Öğretide –özellikle son zamanlarda- imtiyaz konusu edilebilecek sözleşmeler bakımından tahkime gidildiği durumlarda esasa uygulanacak hukukun Türk kamu (idare) hukuku olması zorunluluğu bulunduğu yolunda görüşlere yer verilmekte ise de (bkz. Erguvan, 2003: 90-92)²⁷, bu durumun “zorlama” bir yorumla ortaya çıktığı ve sadece “*de lege feranda*” açısından bir iyimserliği veya arzuyu yansıttığı kanısındayız.

27 Burada dile getirilen görüşler, 1999 yılı Anayasa değişiklikleriyle uluslararası tahkime yer verilebilmesi yönündeki düzenlemeler sonucunda ortaya çıkan “kaotik” durumu ifade etmeye elverişlidir. İmtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime yer verilebilmesine yönelik olarak bahse konu Anayasa değişikliklerinin getirilmesi sürecinde, ülkemizin yabancı doğrudan sermaye yatırımlarına gereksinim duyduğu ve çağ atlayacak bir ülke potansiyelindeki ülkemizin bu hükme yer verilememesi yüzünden ekonomik atılımlarını gerçekleştiremediği savlarıyla harekete geçilmiştir. Anılan değişikliklerden kısa bir süre sonra ise, uluslararası tahkim olanağına kavuşturulan imtiyaz sözleşmelerinin bu defa gerçekleştirilmemesine yönelik olarak 4628 sayılı EPK çerçevesinde yasal düzenlemelere girişilmiştir. Bunun sonucunda ise, uluslararası tahkim olanağından yararlandırılmış bulunan şirketlerin uluslararası hakem heyetlerine başvurmaları sonrasında devasa tazminat talepleri ve hükümleriyle karşılaşılmıştır. Hukuksal açıdan ise, Anayasa değişiklikleri öncesindeki uzun yıllar boyunca imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilemeyen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak addolunabilmesine yasal yoldan geçit verilmiş ve böylece idare hukukunun temel niteliklerinin derinden zaafa uğratılması gibi bir sonuç doğduğu iddiaları gündeme gelmiştir (bu hususları ayrıntılı biçimde değerlendirdiğimiz bir çalışma için bkz. Çal, 2008a: 285-339, 361-412).

ESHA'nın 18.3 maddesinde ise, ICSID tahkimi bakımından ülkemizin mülkiyet haklarına ilişkin çekincesini (bkz. Çal, 2008a: 380, 381) bertaraf etmeyi teminen, bu yönde bir çekincenin bulunmadığı ICC tahkimine gidilmesi olanağı tanınmaktadır. Bu düzenlemeye göre;

“Herhangi bir nedenle ... (devletin ICSID Sözleşmesine çekincesi nedeni dahil) bir ihtilafın çözümü için ICSID tahkim yolunun mümkün olmaması durumunda ihtilaf nihai olarak Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları (“ICC Kuralları”)’na göre çözülecektir, fakat ICC tahkimi arazi sahipliği talepleri dışında Ülke içinde mülkiyet haklarına taalluk eden tüm ihtilaflara uygulanacaktır ...” (Resmi Gazete, 2000: 144).²⁸

Dolayısıyla, bahsekonu maddede her ne kadar mülkiyet hakkı kapsam dışında bırakılmakta ise de, mülkiyetin dışındaki aynı haklar bakımından bahsekonu çekincenin işlevsiz kılınması –yukarıdaki madde hükmünde açıkça görüldüğü üzere- hâlâ sözkonusudur. Anılan maddedeki düzenlemeyle esasen bu hususun amaçlandığı da söylenebilir.

Bu noktada bir başka çarpıcı düzenleme ise, tahkim kararları bağlamında gündeme gelen “aynen ifa” hükmüyle ilgilidir. ESHA'nın 10.2(i) maddesi hükmüne göre konsorsiyumda bulunan yatırımcıların “eski hale iade” yahut “aynen ifa” (“*restitution*”) olarak ifade edilen bir tazmin hükmünü talep

28 Bu maddenin düzenlenme nedenini şöyle yorumlayabiliriz: Bilindiği üzere, ICSID tahkimi sonucunda verilen hakem kararları, uluslararası andlaşma niteliğindeki ICSID Sözleşmesi kuralları uyarınca, yerel mahkemelerin kendi kararları gibi doğrudan uygulanmakta, bu bağlamda uygulanabilmesi için herhangi bir yerel mahkeme kararına (tanıma ve tenfiz kararları gibi) gerek duymamaktadır (bkz. Çal, 2008a: 336). Nitekim, bundan dolayıdır ki ülkemiz, bu “doğrudan uygulamanın” olası sakıncalarından kaçınabilmek amacıyla, mülkiyet haklarını ilgilendiren uyuşmazlıklara dair hakem kararları konusunda bahsekonu uluslararası andlaşmayı onaylarken çekince koymuştur (bkz. Çal, 2008a: 380, 381). ICSID dışındaki (ICC tahkimi gibi) diğer tüm hakem kararlarında ise, verilen kararların ülkemizde doğrudan bir mahkeme kararı gibi uygulanabilmeleri sözkonusu değildir; bu kararlar için yerel mahkemelere başvurulması ve bahsekonu mahkemelerin tanıma ve tenfiz kararlarından sonra uygulamaya geçilebilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (Çal, 2008a: 336). Dolayısıyla, ESHA'daki anılan tahkim hükmünün düzenlenmesinde özellikle ICSID'e müracaat edilmesi öngörülmekte, ICC tahkimi ise ikincil derecedeki bir seçenek olarak kurgulanmış gözükmektedir (gerek bu konuya ve gerek uluslararası tahkime yönelik ülkemizdeki son dönem gelişmelerine yönelik ilişkin ayrıntılı bilgiye yer veren çalışmamız için bkz. Çal, 2008a: 325-329).

etmeleri olanağı tanınmaktadır. Bu durumun, önceden öngörülmesi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi olasılığına dikkat çekmek istiyoruz.²⁹

Nihayet, ESHA'nın 18.9 maddesi hükmü gereği, hakem heyeti gerekli gördüğü hallerde ara tedbirler veya koruyucu tedbirler de alabilecektir. Bilindiği üzere, ulusal tahkim bakımından tahkim heyetinin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi bulunmamaktadır (DOST, 2006: 53). Bununla birlikte, uluslararası tahkim sözkonusu olduğunda, hukukumuzda uluslararası tahkimi düzenleyen (21 Haziran, 2001 tarih ve 4686 sayılı) Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'nin³⁰ 6. maddesinde tahkim heyetine veya hakeme ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınmış, ancak bu kararın taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde **cebrî icra için mahkeme kararına ihtiyaç duyulacağı** hususu öngörülmüştür.

Bu itibarla, ESHA çerçevesinde hakem heyetinin ara tedbirler veya koruyucu önlemler alabilmesine yönelik düzenlemeye gidilmiş olunmasının – özellikle MTK sonrasında- hukukumuzla uyum içerisinde olduğu söylenebilir. Ancak, burada önemli bir fark bulunmaktadır: Proje anlaşmaları tahtında getirilen ilave yükümlülükler dayanarak tahkim kararlarının uygulanmasında – **bir mahkeme kararına bağlı kılınmaksızın- doğrudan uygulanabilirliğin** sağlanmış olması karşısında, artık MTK bağlamındaki hakem kararlarının çok daha ötesine geçen bir “korunmasız” hukuki ortamdan sözedilebilecektir.

Nitekim, ESHA'nın bu yöndeki ilginç sayılabilecek bir hükmüne (m. 18.10) daha dikkat çekmek istiyoruz: Bu düzenlemeye göre, ICC tahkimi bakımından tahkim kararına karşı anılan kararı veren merci dışında yetkili herhangi bir mahkeme tarafından bir ara veya koruyucu tedbir kaldırma yahut (m. 18.8 hükmü uyarınca “nihai” nitelikte olduğu kabul edilen) tahkim kararının iptal edilmesi ya da bundan sarfi nazar edilmesini sağlama hakkından ülkemizce feragat edilmektedir. Böylece, ICSID tahkim kararlarının doğrudan uygulanırlığına eş bir bağlayıcı sonuç alınması sağlanmış olmaktadır. Bu da, yine, ayrıcalık getiren ve yerel mevzuattan sapan bir olası uygulama olarak BTC Projesi'nin sahip kılındığı çok sayıdaki önemli ayrıcalıklara bir başka örnek şeklinde ortaya çıkmaktadır.

29 Uluslararası tahkim ile aynen ifa kararı verilebilmesi arasındaki ilişki bağlamında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. (Çal, 2008a: 380, 381).

30 5 Temmuz, 2001 tarih ve 24453 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

III. Sonuç

Nihai bir değerlendirme yapmak gerekirse, bahse konu anlaşmaların yatırımcı şirketler ile devletler arasında hiç de adil ve dengeli olmayan bir hukuki rejim yarattığı açıktır, hatta bir görüşe göre “... hattın geçtiği her üç ülke de hat boyunca egemenliklerini anılan petrol konsorsiyumuna devretmişlerdir” (Hildyard/Muttitt, 2006: 46). Proje kapsamında imzalanan anlaşmaların şirketler lehine yarattığı tek yanlı çıkar mekanizması o kadar belirgindir ki, gerek Proje’de yer alan BP şirketi ve gerek diğer petrol şirketlerince bu anlaşmanın temel metin olarak diğer projeleri tahtında kullanılmaya çalışmakta olması (Hildyard/Muttitt, 2006: 46)³¹ bu meyanda oldukça dikkat çekicidir. Son olarak, uluslararası şirketler tarafından devletlere dayatılan ESHA veya YKTK anlaşmaları yahut petrol üretimi paylaşımı (“*Production Share Agreements*”)’nın, içerdikleri aşırı derecede dengesiz hükümler itibarıyla “ekonomik demokrasi”nin önünde bir engel oluşturdukları (Hildyard/Muttitt, 2006: 57) yolundaki yoruma atıf yapmakla yetiniyoruz.

Bütün bu unsurlar bir arada değerlendirildiğinde, ülkemizde “imtiyaz” kavramının hemen neredeyse daima “bir kamu hizmetinin özel sektör eliyle gördürülmesi” bağlamında ele alınması ve bu türden bir denkleme hapsedilmesi, öte yandan 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle imtiyaz sözleşmelerine uluslararası tahkim hükmünün konulabilmesine cevaz verilmesi, fevkalade tehlikeli bir kapıyı aralamış bulunmaktadır. Kamuya herhangi bir hizmet vermemesi öngörülen, bununla birlikte, bir imtiyaz sözleşmesinden doğabilecek tüm olumsuzlukları ziyadesiyle içerebilecek BTC Projesi anlaşmaları türünden sözleşmeler tahtında herhangi bir dönemin iktidarının sınırsız –ve denetimsiz- bir yetki sahibi kılınması, son derece talihsiz olmuştur.

Bu itibarla, hukukumuz açısından bu yöndeki eksikliklerin bir an önce giderilmesine yönelik (bkz. Çal, 2008a: 407-412) öğretilen olumlu veya aksi yönde görüşlerin oluşması ve nihayetinde buradan varılacak “kanaatlerin” kamuoyuna da yansıtılabilmesi bakımından, bu çalışmada yer alan

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

değerlendirmelerin –kıymeti kuşkusuz kendinden menkul olmakla beraber- en azından zihinlerde soru işaretleri doğurabilmeye yetkin olduğu umulur.

Kaynakça

Kitap, Makale ve Basın Haberleri:

- ABDULLAYEV, Cavid (1999), "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Hazar'ın Statüsü ve Doğal Kaynaklarının İşletilmesi Sorunu," *AÜHFD*, 48/1-4: 255-290.
- AKİPEK, Serap (1999), "Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar ile Uyumlaştırılması Sorunu," *AÜHFD*, 48/ 1-4: 15-22.
- AKTÜRK, Arif (2007), "Avrupa'da Gazprom Korkusu," *Enerji Ajansı* (26 Eylül) (www.enerjiajansi.com).
- ASLANLI, Araz (2006), "Asrın Projesi Tamamlandı," *ASAM* (14 Temmuz) (www.asam.org.tr).
- ATAY, Ener Ethem (2000), "Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve Bağlayıcılığı," *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* (Ankara: Ankara Barosu Yayını).
- AUST, Reuter (2000), *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press).
- BABALI, Tuncay (2005), "Implications of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Main oil Pipeline Project," *Perceptions* (Winter): 29-59.
- BAKU-CEYHAN MEMO (2002), "Developmental, Human Rights and Environmental Impacts of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline: Memorandum from Concerned Non-Governmental Organizations to Department for International Development Foreign and Commonwealth Office," H.M. Treasury & UK Export Credits Guarantee Department, Baku Ceyhan Campaign.
- BASIN AÇIKLAMASI (2000), (19 Ekim, 2000 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilen BTC imza töreninde dağıtılmıştır).
- BASKICI, M. Murat / DARDAĞAN, Esra / ERDEM, Gökhan / ERHAN, Çağrı / HADİMOĞLU, Nimet Özbek / KESKİN, Funda / KÜRKÇÜOĞLU, Ömer / ÖZERSAY, Kudret (2003), *Yaşayan Lozan* ERHAN, Çağrı (ed.), (Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, No. 2990, 1. Baskı).
- BAŞLAR, Kemal (2004), "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2.
- BAŞLAR, Kemal (2005), "Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası'nın Uyumlaştırılması Sorunu," *The Journal of Turkish Weekly* (28 Ocak).
- BELYI, Andrei V. / KLAUS, Ulrich G. (2007), "Russia's Gas Exports and Transit Dispute Resolution under the ECT: Missed Opportunities for Gazprom or False Hopes in Europe?," *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 25/3: 205-224.
- BİLİR, Faruk (2005), "Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri," *SÜHFD*, 13 / 1: 77-107.
- BİNAY, Şükrü / AYDOĞDU, Hatice / YÖNEZER, Nurhan (2007), *Krizin Sözlü Tarihi* (Ankara: Dipnot Yayınları No. 34, 1. Baskı).
- BOYD-CARPENTER, Harry / LABADI, Walid, "Striking a balance: Intergovernmental and host government agreements in the context of the Baku-Tblisi-Ceyhan pipeline project" (LIT online: a supplement to Law in transition, EBRD Yayını) (www.ebrd.com/pubs/legal/lit042e.pdf) (tarihsizdir).
- CANDAN, Turgut (2000), *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* (Ankara: Ankara Barosu Yayını).
- CORNELL, Svante (2007), "Europe's Energy Security: Role of the Black Sea Region," Greg AUSTIN& Marie / SCHELLEKENS-GAIFFE, Ange (eds), *Energy and Conflict Provision*

- (Anna LINDTH Programme on Conflict Prevention; Madriaga European Foundation, East West Institute, The Bank of Sweden Tercentenary Foundation): 111-132.
- ÇAL, Sedat (1998), "İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Bakış," *Finans Dünyası Dergisi* (Nisan): 170-202.
- ÇAL, Sedat (2008a), *Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* (TOBB Yayını No. 58).
- ÇAL, Sedat (2008b), "Enerjide 'Tersine Reform' veya 'Quo Vadis?'," *Cumhuriyet Gazetesi Enerji Dergisi* (29 Nisan).
- ÇİMEN, Yılmaz (2004), "Danıştay'ın Danışma İşlevi," *Danıştay 2004 Yılı İdari Yargı Sempozyumu* (www.danistay.gov.tr).
- DOST, Süleyman (2006), *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Ankara: Asil Yayıncılık, 1. Baskı).
- DURAN, Lûtfi (1982), *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası).
- ELKIND, Jonathan (2005), "Economic Implications of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline," STARR, S. Frederick / CORNELL, Swante E. (eds), *The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline: Oil Window to the West* (Johns Hopkins University): 39-60.
- ENERJİ ŞARTI SEKRETERYASI (2007), "Turkey Investment Climate and Market Structure Report," (www.encharter.org).
- ERGUVAN, Derya Deviner (2003), "İdare Hukuku'nda Tahkim Yolu," *DEÜSBE Yüksek Lisans Tezi* (yayımlanmamıştır).
- EROĞLU, Hamza (1984), *Devletler Umumi Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2. Baskı).
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun (t.y.), *İdare Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Basım).
- GÖZLER, Kemal (2003), *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi, 1. Baskı).
- GÖZLER, Kemal (2004), "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)," (www.anayasa.gen.tr/madde90.htm).
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut (2006), *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, C. 1, 4. Bası).
- GÜNDAY, Metin (1998), *Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli* (Ankara: ASO Yayını).
- GÜNDAY, Metin (2003), *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 8. Baskı).
- GÜRAN, Sait (2000), "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır," *AYD*, 17: 43-61.
- HAGHIGHI, Sanam S. (2007), *Energy Security - The External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Countries* (Hart Publishing).
- HILDYARD, Nicholas / MUTTITT, Greg (2006), "Turbo-Charging Investor Sovereignty: Investment Agreements and Corporate Colonialism," (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/document/HGAPSA.pdf): 43-63.
- HÜRRİYET GAZETESİ (2006), *Yuvacık Barajı'nda Su Bitti* (8 Aralık).
- JENNINGS, Robert / WATTS, Arthur (1996), *Oppenheim's International Law* (Pearson Education Limited - Longman, Ninth Edition).
- JOSEPH, Jofi (1999), "Pipeline Diplomacy: The Clinton Administration's Fight for Baku-Ceyhan," (WWS Case Study 1/99) (www.wws.princeton.edu/research/cases/pipeline.pdf).
- KANETİ, Selim (1990), "Avrupa Topluluğu Hukuku'nun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası," *AYD*, 7: 131-140.
- LEUBUSCHER, Susan, "International Standards, The WTO and Protection (?) of the Environment," (www.fern.org/pubs/reports) (tarihsizdir).

- MARASHIAN, Onnic (1998), "Pipeline Routes & Pipeline Politics: The Geopolitics of Oil & Gas Exports from the Caspian Basin," University of California, The Geopolitics of Oil, Gas, and Ecology in the Caucasus and Caspian Sea Basin - 1998 Caucasus Conference Report, Berkeley Program in Soviet and Post-Soviet Studies (Paper 1998_02'conf): 28-44.
- MİLLİYET GAZETESİ (2006), *Samsun-Ceyhan'da İmza Tartışması* (6 Mart).
- MORNINGSTAR, Richard (2006), "The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline: A Retrospective and A Look at the Future," (CACI Analyst, 8 Ağustos) (www.cacianalyst.org).
- MURATOĞLU, Reha Aykul (2002), "Trilateral Agreements: Bakü-Tiflis-Ceyhan Pipeline Case Study," (www.iea.org/textbase/work/2002/seegas/NMCMURS2/PDF).
- NITZOV, Boyko (2004), "the Energy Charter view on financing barriers, options, strengths and weaknesses - what is need," (16-17 Mart, 2004 tarihinde Saint Petersburg'daki 'Northern Dimension in a BASREC Perspective and the Energy Forum'da yapılan sunum) (www.cbss.st/basrec/conferences/dbaFile4184.doc).
- NOWROT, Karsten (2004), "Transnational Enterprises and Global Public Goods: Towards a Presumption of Normative Responsibilities," *Transnational Economic Law Research Center* (Policy Papers on Transnational Economic Law No. 1/104): 1-4.
- ODYAKMAZ, Zehra (1998), "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri," *GÜHFD, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan*, C. II, Sy. 1-2 (www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf).
- ONAR, Sıddık Sami (1966), *İdare Hukukunun Umumî Esasları* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, Üçüncü Bası).
- ÖZAY, İl Han (1994), *(İkinci Bine Kavuşurken) Günışığında Yönetim* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım).
- PALA, Cenk (2007), "BTC ve Enerji Arz Güvenliği," *EM Enerji*, 2: 28-31.
- PAZARCI, Hüseyin (2007), *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Bası).
- REMER, Terre-Eve Lawson (2005), "A Role for the IFC in Integrating Environmental & Human Rights Standards into Core Project Covenants: Case Study of the Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project," *Houser Global Law School Program, NYU School of Law* (Global Law Working Paper 01/05): 1-41.
- RESMİ GAZETE (2000), "Türkiye Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti ve Gürcistan arasında Petrolün Azerbaycan Cumhuriyeti, Gürcistan ve Türkiye Cumhuriyeti Ülkeleri Üzerinden, Bakü-Tiflis-Ceyhan Ana İhraç Boru Hattı Yoluyla Taşınmasına İlişkin Anlaşma," (10 Eylül, 2000 tarih ve 24166 sayılı (Mükerrer) *Resmî Gazete*): 26-1336.
- SASLEY, Brent (1998), "Turkey's Energy Politics in the Post-Cold War Era," *Middle East Review of International Affairs* (Vol. 2, No. 4) (<http://meria.idc.ac.il/journal/1998/issue4/jv2n4a4.html>).
- SAYIŞTAY RAPORU (2002), "Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan "İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi" Hakkında Sayıştay Raporu," (www.sayistay.gov.tr).
- SOLIGO, Ronald, "The Economics of Transport Routes for Caspian Oil," (www.denizhukuku.bilgi.edu.tr/doc/soligo%5B1%5D.doc) (tarihsizdir).
- SOYSAL, Mümtaz (1985), "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler," *AYD*, 2: 7-18.
- SUR, Melda (2006), *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta Kitabevi, Geliştirilmiş 2. Baskı).
- ŞÜKRÜOĞLU, Mehmet (2004), *Küreselleşen Dünyada Enerji Politikaları ve Savaş* (Ankara: EMO Ankara Şubesi Yayını, Mayıs 2004).
- TAN, Turgut (2000), *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* (Ankara: Ankara Barosu Yayını).
- TBMM TUTANAK DERGİSİ (2003), Dönem: 22, C. 30, Yasama Yılı: 2 (www.tbmm.gov.tr).
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin (2001), "Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler," *Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye* (Ankara: TCMB Yayını):165-181.

TUNÇ, Hasan (2000); "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi," *AYD*, 17: 174-192.

ULUSOY, Ali (2004), *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları).

WATERS, Christopher P. M. (2004), "Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline?," *Georgetown International Environmental Law Review* (Vol. XVI, Issue 3) (http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3970/is_200404/ai_n9406122).

ZABUNOĞLU, Yahya (2000), *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* (Ankara: Ankara Barosu Yayını).

Yargı Kararları:

Anayasa Mahkemesi'nin 27 Şubat, 1997 tarih ve E. 1996/55, K. 1997/33 sayılı kararı.

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

Anayasa Mahkemesi'nin E. 1996/55, K. 1997/33 sayılı kararı.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin 24 Kasım, 1998 tarih ve E. 963, K. 1021 sayılı kararı.

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