

TÜRKİYE’DE KAMU HİZMETİ VE İMTİYAZIN DÖNÜŞÜM ÖYKÜSÜ*

Story of Transformation of Public Service and Concession in Turkey

Arş. Gör. Güher ULU**

Sedat Çal’ın TOBB tarafından Ankara’da 2008 yılının Mart ayında yayınlanan *Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü* adlı çalışması, yazarın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalında Prof. Dr. Metin Günday’ın danışmanlığında hazırladığı ve Prof. Dr. Metin Günday, Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu, Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Doç. Dr. Cüneyt Ozansoy ve Doç. Dr. Ali Ulusoy’dan oluşan jüri önünde başarıyla savunduğu *Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Bağlamında İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarının 1999 Yılı Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Değişimi Dönüşümü* başlıklı doktora tezinin kitaplaştırılmış halidir.

Sedat Çal’ın çalışmasının konusunu, başlığında da ifade edildiği gibi, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarının dönüşümü oluşturmaktadır. Bilindiği gibi 1990’lı yıllardan itibaren Türkiye’de kamu hizmeti kavramı kamuoyunda yoğun olarak tartışılmaya başlandı. Özellikle kamu hizmetlerinin idare tarafından özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinden biri olan imtiyaz usûlü terk edildi ve yeni bir model olarak yap-işlet-devret usulüne başvurulmaya başlandı.

Gerçekten de kamu hizmeti kavramı, her dönem devletin iktisadi politikasıyla içerik değiştirmektedir. Özellikle kamu hizmetinin organik unsuru günümüzde en fazla değişime uğramış olan unsurdur. Zira kamu hizmeti artık sadece idare tarafından değil, idarenin görevlendirmesiyle özel kişiler tarafından da yerine getirilebilmektedir. Kamu hizmetindeki bu

* Sedat Çal, TOBB Yayınları, Ankara 2008, 19 Cmx29 Cm, 458 S.

** Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anabilim Dalı.

değişim, tüm dünyada 1970'lerde tartışılmaya başlanmış ve 1980 ve 1990'larda uygulanmaya başlanmıştır.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi usullerine, sadece kamu hizmetlerin yürütülmesinde değil, kamu hizmetleriyle ilgili altyapı yatırımlarında da başvurulmuştur. Bunun gerekçesi olarak, altyapı projelerinin yüksek maliyette olduğu ve bu maliyetleri karşılamaya devletin muktedir olmadığı ileri sürülmüştür.

Türkiye'de enerji sektöründeki altyapı yatırımlarına özel sektörün katılımı, yasal düzenlemelere ve 1999 yılında da Anayasa değişikliğine yol açacak şekilde önemli bir süreç teşkil etmiştir. Türkiye'de kamu hizmeti altyapı yatırımlarını özel sektöre yaptırmak isteyen hükümetlerin gerekçesi, yüksek maliyette olan bu yatırımları gerçekleştirmek için devlet kaynaklarının yetersiz olması, bu yatırımların kredi ile gerçekleştirilmek istense bile bunun için devletin gereken kredibilitesinin olmadığı şeklindedir. Dolayısıyla yap-işlet-devret modeli ve onun türevleri, kamu hizmeti altyapı yatırım projeleri için birer finansman yöntemi olarak da düşünülmüştür.

İşte Sedat Çal, çalışmasında başta bu finansman sıkıntısı gerekçesini çürütmeye çalışmaktadır. Ona göre, yap-işlet-devret modeli, gerçekte yeni bir finansman modeli değil, bir "finansman mitosu"dur.

Öncelikle, Sedat Çal hukukta genel anlayışın aksine, çalışmasında kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarını saf hukuk tekniğiyle ele almamaktadır. Tabir caiz ise, Sedat Çal'ın çalışmasında "yöntem bağdaştırmacılığı (*syncrétisme*)" hakimdir. Sedat Çal'a göre, söz konusu kavramlara diğer disiplinlerle olan ilişkisini de dikkate alan bütüncül bir yaklaşım ile yaklaşılmalıdır (s.10). Bu konudaki çalışmaların çoğunda da bu yoktur. Yazara göre, kamu hizmeti kavramı, salt teknik hukuk yaklaşımıyla algılanamayacak kadar "disiplinler arası" niteliktedir ve bu haliyle tekil bir yaklaşımla kavranamayacak kadar geniş bir düzlemi içermektedir (s.10). Yazar, saf hukuk tekniğini reddetmesinin gerekçesini bir yazarın şu görüşüyle açıklamaktadır:

"Post-modern durumun özelliği olarak belirtilen, 'dünyayı açıklayıcı büyük anlatıların bittiği' saptaması, idare hukukunda da geçerlidir. İdare hukukunda büyük anlatılar ve anlatıcılara uzun süreden beri rastlanmamaktadır" (s.11).

Sedat Çal'a göre idare hukukunun temel kavramlarından olan kamu hizmeti kavramı, finansman, işletme, siyaset ve özellikle de iktisat ile etkileşim içindedir. İşte Sedat Çal, çalışmasında kamu hizmeti ve imtiyaz kavramlarına bu disiplinlerin perspektifinden bakmaktadır. Dolayısıyla eserde finansman, iktisat kavramları yoğun olarak yer almaktadır. Örneğin, Türkiye'de özelleştirmenin nasıl yanlış algılandığını anlatırken, yabancı sermaye karşıtlarının "kâr yurtdışına aktarılıyor" şeklindeki eleştirisine

karşılık olarak *kâr kavramını* tanımlamaktadır. Yazara göre, “kâr riskin karşılığıdır; dolayısıyla riskin bulunmadığı yerde elde edilen gelir kâr olarak tanımlanamaz” (s.139). Başka bir örnek ise, ticarî risk analizidir. Kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından finansmanı ve işletilmesi yöntemleri ile kamu tarafından gerçekleştirilmesi arasında kamu yararı bakımından değerlendirme yaparken, yap-işlet-devret ve işletme hakkı devri modellerinin *risk analizini* yapmaktadır.

Sedat Çal’ın çalışmasında yönetime ilişkin bir diğer farklılık ise, *tümden gelim yerine tüme varım yöntemini kullanmasıdır*. Bilindiği gibi hukukta tümden gelim yöntemi geçerlidir. Genel prensipten özel olaya doğru gidilir. Hukukî meseleler soyut kuralının somut olaya uygulanmasıyla çözümlenir. Yazar, tüme varım yöntemini bilinçli olarak tercih etmektedir. Dolayısıyla Sedat Çal’ın çalışmasında ampirik veriler, yazarın iddialarının temelini ve aynı zamanda ispatını teşkil etmektedir.

Çal’ın çalışmasının hukuki içeriğine baktığımızda ise, özellikle imtiyaz sözleşmesinin tanımında, yazarın klasik idare hukukuna aykırı düşen kabulleri olduğunu görmekteyiz. Bu ayırksı kabullerini eserin sistematliğini takip ederken, yeri geldiğinde belirteceğiz.

Eser, iki ana bölümden oluşmaktadır. *Birinci bölüm* “Kamu Hizmetlerinin Özel Sektöre Gördürülmesi ile Farklı Finansman Yöntemleri ve İlgili Kavramsal Değerlendirmeler” başlığını taşımaktadır. Sedat Çal, bu bölümün *birinci alt bölümünde*, kamu hizmeti, imtiyaz ve diğer bağlantılı kavramları değerlendirmektedir. Bu alt bölümde ilk önce imtiyaz ile kamu hizmeti kavramları arasındaki ilişkiyi ele almış ve imtiyazın tanımını yapmıştır. İmtiyaz sözleşmesi, klasik idare hukuku teorisinde, idare tarafından kamu hizmetinin özel kişilerce gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Oysa Çal, imtiyaz sözleşmeleri için, kamu hizmeti unsurunu zorunlu unsur olarak kabul etmemektedir. Ona göre, imtiyaz ile kamu hizmeti arasındaki bağlantı tarihsel bir kurgudan ibarettir ve imtiyazın varlığı için sözleşme konusu faaliyetin kamu hizmeti olması gerekmemektedir. Herhangi bir ticari faaliyet de imtiyaz sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Çal, imtiyaz sözleşmesini belirleyici iki unsur kabul etmiştir: Uzun süre ile akdedilmesi ve ayrıcalık (imtiyaz) tanınması. Yazar, imtiyaz kavramının tanımının anlaşılması için imtiyaz kelimesinin sözlük anlamının yeterli derecede yol gösterici olduğunu belirtmektedir(s.38). Yani bu kavram *öncelikli-ayrıcalıklı* olmayı ifade etmektedir. Bu ayrıcalık, tekel yaratılması veya rekabetten bağımsızlık sağlanması gibi özelliklerin bulunduğu durumlarda kendini göstermektedir. Yasama organı veya idare tarafından bunun aksi bir tanımlamaya gidilmesi de yazara göre, *de lege feranda* bakımından bir değişiklik yaratmamaktadır; “*imtiyaz*”a imtiyaz denilmemesi gerçeği değiştirmemektedir.

Oysa bilindiği üzere, klasik idare hukuku teorisinde, imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi için başvurulacak tek yöntem değildir. İmtiyaz sözleşmesi bu görevlendirme sözleşmelerinin sadece bir türünü teşkil etmektedir. Fakat Çal'ın tezine göre, imtiyaz sözleşmesi, kamu hizmetinin özel sektöre gördürülmesini de içeren; ama bununla birlikte, kamu hizmeti kavramını aşkın bir çerçeveye sahip, idarenin tüm diğer görevlendirme sözleşmelerini –hangi adla adlandırılmış olursa olsun– kapsayan bir sözleşmedir. Aslında, imtiyaz sözleşmesinin tüm diğer görevlendirme sözleşmelerini kapsayan bu tanımı, Türkiye’de ilk olarak Çal tarafından savunulmamaktadır. Hatta bu tanım, öğretilerde bir muhalif tarafından *imtiyaz saplantısı* olarak adlandırılmıştır. Aynı yazar, imtiyaz sözleşme tipine gereğinden fazla önem verilmesinde hiçbir makul sebep olmadığını ileri sürmektedir. Bu tanım ayrıca, 1999 Anayasa değişikliğinin temel nedeni olan Anayasa ve Danıştay kararlarının içerdiği tanımdır. Çal, Anayasa ve Danıştay kararları ile imtiyaz sözleşmesinin en genel ve kapsayıcı yöntem olarak değerlendirilmesini ve tüm diğer kamu hizmetinin gördürülmesi sözleşmelerini içerir biçimde yorumlanmasını çok isabetli bulmaktadır.

Sedat Çal, *birinci alt bölümün ikinci başlığında*, imtiyaz sözleşmelerinin Türkiye’de nasıl algılandığını tespit için Osmanlı dönemi kapitülasyonlarına da değinmektedir. Kapitülasyonlar ve imtiyaz sözleşmelerinin bağlantısını sorgulamaktadır ve ayrıca kapitülasyonlar, tahkim kurumuna karşı olanların da atıf yaptığı bir tecrübe teşkil etmektedir. Çal, burada, kapitülasyonların, tekel kavramının ve imtiyaz sözleşmelerinin hangi noktalarda örtüştüğünü açıklamaktadır. Yap-işlet-devret sözleşmeleri ve kapitülasyonların gerekçeleri ortaktır: Ekonomik zorluklar ve yatırımlar için kaynak eksikliği. Çal, bu gerekçenin doğruluğu hususunda Lozan görüşmelerinde İngiliz temsilci tarafından yapılan çarpıcı bir açıklamayı aktarıyor:

“Bugün kapitülasyonları kaldırmak için ısrarlısınız ve kabul edilecektir, ancak paraya ihtiyacınız olacak ve para da bizde var, yarın bize borç için geldiğinizde bugün verdiklerimizi sizden geri alacağız (s.62).”

Yazara göre, adli konuda yabancılara tanınan kapitülasyonlar ile uluslararası tahkim birbirine benzemektedir. Ticari kapitülasyonlar da imtiyaz sözleşmeleri ile benzeşmektedir. Yazar, bu ilişkiyi ideolojik perspektifle kurmamaktadır. Bu benzerliği, iki kurumun teknik unsurlarını ele alarak tespit etmektedir. Yeni kurulan Türkiye’de, İzmir İktisat Kongresi ile kabul edilen ilkeler doğrultusunda tekellerin, yani kapitülasyonların dönemi sona erdirilmiştir. Devamında, imtiyaz kanuni tanımına kavuşmuş; fakat sıkı koşullara bağlanmıştır ve siyasi iktidarın münhasır yetkisine bırakılmamıştır. Çal, günümüzde ise, 1999 Anayasa değişikliği sonucunda Osmanlı dönemi kapitülasyonlarına karşı getirilen savunma

mekanizmalarının, özellikle de yargı (Danıştay) denetiminin bertaraf edilmiş olduğunu vurgulamaktadır.

Sedat Çal, bu alt bölümün *üçüncü ve son başlığında*, özelleştirme ve imtiyaz kavramlarını değerlendirmektedir. Ona göre, özelleştirme adı altında, devlet eliyle hukuki tekel yaratılması imtiyaz teşkil etmektedir. İmtiyaz sözleşmesinin ayrıcalık yaratılması ve uzun süre ile verilmesi unsurlarını temel alan tanımı doğrultusunda, Bakü-Ceyhan-Petrol Boru Hattı Projesi çerçevesinde imzalanan sözleşmelerle ayrıcalıklı bir hukuk rejimi yaratıldığından bahisle, bu sözleşmelerin imtiyaz olarak kabul edilmesi gerektiğini iddia etmektedir. Araç muayene hizmetinin özelleştirilmesini ise, özelleştirme olarak kabul etmemektedir. Çünkü bu faaliyet, devlet eliyle tekelleştirilip özel girişime münhasır kılınmaktadır. Yazara göre, tam rekabetin mümkün olduğu alanlarda ruhsat kısıtına gidilmesi, devlet eliyle hukuki tekel –ve dolayısıyla imtiyaz– yaratmaktır. Bu itibarla, buna dair sözleşmelerin yargı (Danıştay) denetimine bağlı olması gerekliliği doğmaktadır. Yazar, Danıştay’ın bu sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak kabul etmemesini şaşırtıcı bulmuştur.

Çalışmanın *ilk bölümün ikinci alt bölümü*, “Kamu Hizmetlerinin Özel Sektör Tarafından Finansmanı ve İşletilmesi Yöntemleri” başlığını taşımaktadır. Bu alt bölümde yazar, öncelikle dünyada ve Türkiye’de altyapı yatırımlarının özel sektöre verilmesinin tarihsel gelişimini aktarmaktadır ve sosyo-ekonomik açıdan irdelemektedir. Devamında, altyapıya özel sektörün katılımına ilişkin modeller olan yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkı devri sözleşmelerini, tanım, özellikler, yasal çerçeve, hukuki nitelik, işleyiş, mevcut proje uygulamaları ve risk analizi bakımından değerlendirmektedir. Yap-işlet-devret modelinin tanımı hususunda, 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun” un öngördüğü unsurları ele almıştır. Burada vurguladığı ilk önemli unsur, işletme süresi boyunca üretilen enerjinin önceden belirlenmiş bir fiyattan satın alınmasının kamu tarafından garanti edilmesidir. Yazara göre, modelin özelliği gereği, şirketlerce sağlanan finansman veya özkaynak için devletçe doğrudan ödeme yapılmasa da söz konusu garantilerle bu tür bir etki sağlanmaktadır. Diğer önemli özellik, kanunun *ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak* ölçütlerini şart koşmasıdır. Çal’a göre, bu ölçütler son derece hatalıdır ve kamuoyunu ikna etmek için kullanılmaktadır ve çelişkilidir. Yap-işlet-devret modeli sanki ileri teknoloji ve yüksek maddi tutar gerektiren projeler için katlanılması gereken model olarak sunulmaktadır ve bu modelin yararlı olduğunu ileri süren görüş ile çelişmektedir. İleri teknolojiyi ülkemize getirecek olan yegâne model yap-işlet-devret modeli değildir. Yazara göre, yap-işlet-devret modeli yeni bir teknoloji içermeyebileceği gibi, yeni bir teknoloji ülkemize getirilmesi amaçlamaktaysa, bunun için bu modelin kullanılmasına gerek duyulması bir koşul olamaz.

Sedat Çal'ın bu bölümde yaptığı asıl önemli değerlendirme, *enerji sektöründeki yap-işlet-devret sözleşmelerinde ihale usulüne başvurulmaması* hakkındadır. Rekabet unsuruna yer verilmemiş olması bu sektördeki temel eksikliklerdir. Yazar, bu sözleşmelerde, kanunun idareye ihale usulüne başvurmamasını zorunlu kılması gerektiğini savunmaktadır ve bu talebini tüm çalışmasında sıkça belirtmektedir. Buna karşılık, Çal'ın bu görüşü, klasik idare hukuku teorisine göre, imtiyaz sözleşmelerinin *instuitu personae* olması ilkesi ile çatışmaktadır. Bu ilke gereği, imtiyaz sözleşmelerinde kural olarak, idare, sözleşmenin karşı tarafını seçme konusunda serbestiye sahiptir, dolayısıyla pazarlık gibi bir yöntem kullanmak zorunda değildir. Oysa Çal, idareye alenilik ve rekabete ilişkin kurallara uyma zorunluluğu getirildiğinde, *instuitu personae* ilkesinin güçleneceğini savunmaktadır. Çal, özelleştirme karşıtı değildir, fakat bu politika gerçekleştirilirken idarenin keyfi davranmaması gerektiğini ve bu konudaki takdir hakkının kamu yararı ile sınırlı olduğunu vurgulamaktadır. İşte, kamu yararının enerji sektöründeki uygulamalarda en ağır şekilde ihlal edildiği nokta ise, bu sektörde rekabet unsuruna yer verilmemiş olmasıdır. Rekabet olmadığından proje maliyetleri aşırı derecede şişirilmekte ve bu maliyet tüketiciye yansıtılmaktadır. Yazar, idareye tanınan bu serbestiyi, uygulamada kamusal yarar konusunda tereddüde düşülmesi karşısında “fakat mevzuat uygun, mevzuat bu durumu engellemiyor ki” gerekçesinin kullanılabilmesi yolunu açan bir düzeltme olarak kabul etmektedir. Bu gerekçe, idare tarafından, enerji sektöründeki yap-işlet-devret sözleşmeleri hakkında “neden bu sözleşmelerde ihale yapılmaksızın görevlendirmelere” gidildiğine ilişkin soruya cevap olarak “ama biliyorsunuz ki 3096 sayılı yasada ihaleye çıkma zorunluluğu bulunmuyor” ifadesiyle de kullanılmıştır.

Yazar, bu tespitinden hareketle bizi yabancı literatürden ödünç aldığı *state capture* kavramıyla tanıştırıyor. Türkçe’de *devleti ele geçirme-kuşatma* olarak adlandırabileceğimiz bu yolsuzluk türü *petit corruption* adı altında tanımlanan yolsuzluk türünden daha tehlikelidir. Yazarın aktardığına göre, *state capture* durumunda, bir ülkedeki mevzuat yasama ve yürütme arasında anlaşmalı biçimde kasıtlı olarak esnek tutulmakta ve böylece idarenin kamu çıkarına aykırı eylemlerinin altyapısı hazırlanarak, buna dair yasal kovuşturmaların sonuçsuz kalması temin edilmektedir. Devamında, yazar kamuoyunda Beyaz Enerji Operasyonu olarak anılan yolsuzluk tecrübesini bize hatırlatarak, bir yazarın “en büyük soygunlar, yasaya uygun yapılır” sözünü de eklemektedir.

Bu noktada yazara şu eleştiriler yöneltilebilir: Yazar, kötü yönetime karşı olması gerekirken, sisteme karşı çıkmaktadır. İdarenin mevzuatın verdiği serbestiyi her zaman kötüye kullanacağı, kamu yararını ihlal eden uygulamalara yöneleceği fikri ile sabit bir savunma mekanizması kurmuştur. Oysa idare hukuku teorisine göre, idarenin eylem ve işlemleri hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. İdarenin hem bağlı yetkisine

dayanarak hem de takdir yetkisini kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerinin hukuka uygun oldukları varsayılır. Bu karine idari işlem ve eylemlerin icrailik özelliğinin hem sebebi, hem sonucudur. Hatta, hukuka uygunluk karinesinin bir gereği olarak, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı mercilerinde dava açıldığında dahi bu eylem ve işlemlerin yürürlüğü, kendiliğinden, dava açılması ile de durmamaktadır.

Ayrıca Çal’ın bu karamsar fikri ile idarenin tüm yetkilerinin bağlı yetki olması gerektiğini de ileri sürebiliriz. Oysa idare hukukun klasik teorisinde aslolan idarenin takdir yetkisine sahip olmasıdır. İdarenin takdir yetkisini reddeden bu anlayış, yasama-yürütme-yargı organları arasındaki dengeyi hiç kuşkusuz yasama lehine bozacaktır.

Çal, yap-işlet-devret modelinin *risk analizi bakımından da değerlendirmesini yapmaktadır*. Çalışmanın en can alıcı noktası da burada başlamaktadır. Yazar, devam eden üçüncü ve dördüncü alt bölümlerde yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkı devri sözleşmeleri ile öngörülen finansman yöntemlerini kamusal finansman yöntemleri ile karşılaştırmaktadır. Çal, yukarıda bahsettiğimiz *finansman mitosunu* olarak adlandırdığı kurgunun gerçek yüzünü ortaya çıkartmaktadır ve modelin finansman kolaylığı sağladığı teorisinin uygulamayla örtüşmediğini göstermektedir. Bu modelde risk özel kişilere devredilmemektedir. Öncelikle, mevzuatta, şirketlere proje için getirilmesi zorunlu özkaynak miktarı %20’dir. Bu tutarın, şirketlerce *bilanço finansmanı* yöntemiyle yine kredilerden sağlanması da imkan dahilindedir. Sonuçta, şirketler ile devlet, kamu hizmetini finanse ederken kredi kullanacaksa, aynı kredi havuzundan yararlanmaktadırlar. Hazine tarafından verilen garantiler, kredilerin vade yapısı, Hazine garantisi olmasa bile devletin üretimi satın almayı garanti ettiği alım sözleşmeleri nedeniyle ticari risk özel kişinin üzerinde değil, yine devletin üzerinde kalmaktadır. Tüm risklerin özel sektörde üstlenildiği şeklindeki görüş gerçek dışıdır.

Çal, *üçüncü alt bölümde*, kamu hizmetlerinin devlet tarafından finansmanı ve işletilmesi yöntemlerini, özellikle altyapı yatırımlarının kamu tarafından gerçekleştirilmesini genel olarak ve Türkiye’deki şekliyle ele almaktadır. Yap-işlet-devret modelinin benzeri olduğundan bahisle, kamu tarafından dış finansman sağlanarak gerçekleştirilen kamusal finansman yöntemindeki kredilerin vade yapısı ve risk unsurunu değerlendirmektedir. *Dördüncü ve son alt bölümde* altyapıya ilişkin kamu hizmetlerinin özel sektör veya kamu tarafından finansmanı ve işletilmesi ile özelleştirme ve finansman kavramları arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Önceki iki alt bölümde aktardığı bilgilerin bütünsel analizini yapmaktadır. Sonuç olarak, yap-işlet-devret modeli yeni bir finansman modeli değildir. Dolayısıyla altyapıda özel sektöre müracaat edilmesinin gerekçesini başka yerde aramak gerekmektedir. Yazara göre, bu özelleştirmenin felsefesinde yatmaktadır. Özelleştirme normalde daha verimli ve kaliteli hizmet üretimine ulaşabilme

anlayışına dayanmaktadır. Fakat enerji sektöründeki uygulamalara bakıldığında tablo özelleştirme mantığıyla örtüşmemektedir. Devlet tarafından, enerji alım ve fiyat garantisi verilerek rekabetin ve serbest piyasa ekonomisinin olmadığı, özel sektörün ticari riskleri üstlenmediği bir sektör oluşturulmuştur.

Çalışmanın *ikinci ana bölümü*, “1999 Yılı Değişiklikleri Çerçevesinde Kamu Hizmeti ve İmtiyaz Kavramlarındaki Değişim ve Dönüşüm ile Uluslararası Tahkim” başlığını taşımaktadır. *Bu bölümün ilk alt başlığında* Sedat Çal, 1999 Anayasa değişiklikleri öncesindeki durumu, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarını ve bu değişiklik öncesi öğretide ileri sürülen çözüm önerilerini ele alarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında yap-işlet-devret, yap-işlet, işletme hakkı devri modelleri ile kamu hizmeti ve imtiyaz sözleşmesi bağlantısını ele almaktadır. Yazar, öğretide ileri sürülen çözüm önerilerinden de özellikle, uluslararası anlaşmalarla ülkemizde zaten uluslararası tahkimin kabul edildiği ve çok taraflı uluslar arası anlaşmalar ile yabancı ülkelerle imzalanan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması andlaşmaları sayesinde yap-işlet-devret sözleşmeleri için tahkim olanağının bulunduğu görüşünü değerlendirip eksikliklerini belirtmektedir.

İkinci alt bölüm, “Anayasa Değişiklikleri ve Sonrasındaki Değişiklikler” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde yazar, yapılan değişiklikler sonucu kamu hizmeti ve imtiyaz sözleşmeleri bakımından gelinen nokta hakkında görüşlerini sunmaktadır.

Çal’a göre, 47. maddede özelleştirme kavramının Anayasa’ya sokulması, özelleştirme karşıtlarına karşı çıkabilmek amacını taşımaktadır. Ona göre, Anayasamız lafzen bu kavramı içermese de özelleştirme karşıtı değildir. 47. maddeye eklenen 4. fıkra ayrıca önem taşımaktadır: “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” Çal’a göre, bu hüküm ile Anayasa Mahkemesi tarafından 28 Haziran 1995 tarih ve K.1995/23 sayılı karar ile getirilen hukuki engelin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Yazar şu soruyu yöneltmektedir: Yasa koyucuya kamu hizmetleri için özel hukuk sözleşmeleri öngörme imkânı tanınmışken imtiyaz sözleşmeleri için tahkim öngören değişikliğe neden gerek vardır? Buna cevap olarak, yasa koyucunun kamu hizmetlerini özel hukuka tabi tutma iradesi göstermediği durumlarda imtiyaz sözleşmeleri için tahkime gitme isteğinin karşılanması amacını göstermektedir. Keza uygulamada da böyle olmuş, uyum yasaları çerçevesinde getirilen düzenlemeler 3996 sayılı Kanunla sınırlı kalmıştır. Tahkimli imtiyaz uygulaması imkânı böylelikle devam etmektedir.

Bu halde, iki ayrı tahkim imkânı ortaya çıkmıştır. Yazar, idari sözleşmelerde tahkim şartı konulamayacağı görüşündedir. Bu görüşüne dayanak olarak Türkiye’de idari hukuk rejiminin kabul edilmesini göstermektedir. Çal’a göre, Anayasa değişikliğinde, idari yargının görev alanının hemen tüm kamu hizmetleri yönünden daraltılmıştır. İdari yargının varoluş ilkelerine dikkat edilmemiştir. İdari eylem ve işlemlerin ihtisas mahkemeleri olan idari yargı yerlerinde çözülmesi gerekir. Yazara göre, bu şekilde idari eylem ve işlemlerin etkin bir şekilde denetimi sağlanabilir. İdari sözleşmelerin özel hukuka, dolayısıyla denetiminin adli yargıya tabi tutulması veya tahkime gidilmesi bu etkin denetimi engellemektedir. Adli yargı ve özel hukuk kurumu olan tahkim yargılamasında, eşit durumdaki kişilerin menfaat dengesi sağlanmaktadır, oysa idari sözleşmelerde kamunun genel menfaatini gözetmek gerekmektedir. Özellikle, uzun süreli sözleşmelerle kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi özel sektöre devredilmiş olması ihtimalinde, uyarlanabilirlik ilkesi gereği, idare özel kişiden talepte bulunma yetkisinden uzaklaştırılmaktadır. Bunu, tahkim öngörülen sözleşmelerde yüksek miktardaki tazminatları ödemeyi göze aldığı sürece gerçekleştirebilecektir. Hizmetin kesintisiz gerçekleştirilmesi, yani kamu hizmetlerinde devamlılık ilkesi bakımından da hem tahkim, hem de adli yargı ile yeterli güvence sağlanamaz. Oysa idare hukuku teorisine göre, kanun koyucu, idari sözleşmeleri özel hukuka tabi kılabilirdiği gibi, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları adli yargıya ve hatta tahkim yargılamasına tabi de kılabilir.

Sedat Çal, yapılan değişiklikler çerçevesinde kamu tarafından yürütülen kamu hizmetlerin hangilerinin özel hukuk rejimi içerisinde yapılabileceği hususunda ayrıma gidilmemiş olmasını büyük bir eksiklik olarak görmektedir. Bu konuda yasama organına serbesti getirilmektedir. Böylece, iktisadi olmayan hizmetlerin de bu kapsam dahilinde bulunduğu kabul edilebilecektir. Yazara göre, değişiklik sadece iktisadi nitelikteki faaliyetlerle sınırlı olacak şekilde bir düzenlemeye gidilmeliydi. Fakat şimdi bu düzenlemeyle Türkiye’nin herhangi bir yerinde yabancı bir özel sektör kuruluşu, özel hukuka tabi bir sözleşmeyle eğitim faaliyetini yürütebilecek ve ihtilaf halinde tahkim yoluna başvurulması söz konusu olabilecektir.

Tahkim yoluyla verilecek kararın kapsamı hakkında bir sınırlamanın olmaması da yazar için ayrıca bir sorun teşkil etmektedir. Çal, sadece maddi zarar tazminine karar verme yetkisinin tanınması gerektiğini belirterek yasal düzenlemeyle böyle bir sınırın getirilmesini önermektedir. Şu anki düzenleme ile aynen ifaya hükmedilmesi imkan dahilindedir ve yazara göre bu kabul edilemez.

Anayasanın 155. maddesindeki değişiklikle Danıştay’ın imtiyaz sözleşmelerini *inceleme* yetkisinin, *düşüncesini bildirmek* şeklinde dönüştürülmesi ile de idarenin kamu adına uzun süreli yüksek mali yükümlülükler altına girmeden önce kısmi de olsa denetlenmesinin önüne

geçilmiştir. Yazara göre, bu değişiklikle Danıştay'ın etkisizleştirilmeye çalışıldığı açıktır. İmtiyaz sözleşmeleri üzerindeki müdahalesi kaldırılmıştır. Zaten tahkim imkânı tanınan imtiyaz sözleşmelerinde artık idare hukukunun etkin olduğunu söylemek zordur. Yaratılan, -üç tür sözleşme ile: imtiyaz sözleşmesi, tahkimli imtiyaz ve özel hukuk sözleşmeleri- hukuki bir kaostur, kavramsal bir karmaşadır.

Tüm bu değişikliklerin tersine, elektrik enerjisi sektöründe rekabetçi piyasa modeline geçişi öngören yeni bir yasal düzenleme getirilmiştir. Anayasa değişiklikleri ile enerji sektöründe uluslararası tahkime imkân veren düzenleme getirilmiş, ama aksine, Elektrik Piyasası Kanunu ile bunu gerçekleştirilemeyeceğine dair bir düzenlemeye gidilmiştir. Yazar, bu nedenle, bu kanunu *Tersinde Reform* olarak adlandırmaktadır. Çal, bu politika değişimini tutarsız bulmaktadır. Devlet geçmişte gereğinden fazla sözleşme imzalamış, kamusal garantiler ve uzun sürelerle kamunun geleceğini ipotek altına almıştır. Fakat, bu Kanun ile bu projelerin gerçekleşmemesini sağlamaktadır. Bu sözleşmelerin gerçekleştirilmemesi yönündeki devletin politikası sonucunda da tahkime başvuracak şirketlerin devleti yüklü miktarda tazminata mahkûm etmesi kaçınılmaz olacaktır. Çal, bu değişikliğin altında yatan kurguyu, öğretiden ve bürokratlardan aktardığı açıklamalarla çarpıcı bir şüpheyi ulaştırmamızı sağlıyor. Sedat Çal'ın çalışmasının sonunda şu soru aklınıza mutlaka gelecektir: İyi düşünülmemiş bir politika mı; yoksa iyi düşünülmüş bir komplo mu?

Sonuç olarak, Sedat Çal'ın bu eseri, Türkiye'de imtiyaz, yap-işlet-devret ve benzeri sözleşmeleri hakkında kamuoyunu aydınlatıcı, finansman ve ekonomi değerlendirmeleri içeren 1999 Anayasa değişikliğine kadar geline süreci, uygulamaları ile anlatan temel bir eser niteliğindedir. Keza Sedat Çal'ın çalışmasında verdiği sayısız ilginç örnek, bizi, idarî işlemlerin hukuka uygunluğu karinesi, imtiyaz sözleşmelerinde idarenin sözleşmeciyi seçmede serbestisi gibi idare hukukunun temel prensiplerinin doğruluğunu sorgulamaya sevk etmektedir. Kısacası Sedat Çal'ın çalışmasının, kamu hizmeti ve imtiyaz kavramları konusunda Türk idare hukuku doktrinine orijinal katkılar getiren önemli bir çalışma olduğunu söyleyebiliriz.