

Dr. Sedat ÇAL  
Kıdemli Uzman  
Enerji Şartı Sekreteryası

**E**nerji sektöründeki altyapı yatırımlarına ilişkin imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkim hükmüne yer verilebilmesini sağlayan Anayasa değişikliklerinin üzerinden tam 10 yıl geçti. Böylece, anılan değişikliklerin kısaca değerlendirmesini ve muhasebesini yapmak için yeterli bir vesile doğmaktadır.

Bu genel muhasebeyi yaparken, müzikalimizde en temel enstrüman olarak üstad **Nefî** tarafından ünlü Sıham-ı Kaza'sında en kâmil biçimde kullanıldığı bilinen "hiciv" yönteminden yararlanılacaktır.

1999 yılının Temmuz ayında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle, enerji altyapısına yönelik olarak devlet ile özel kişiler arasında imzalanan - ve o ana kadar "**kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi**" olarak nitelendirilen - sözleşmelerin, bundan böyle yasal düzenlemelerle "**özel hukuk sözleşmeleri**" şeklinde düzenlenebilmesi olanağı getirilmişti. Ayrıca bu türden bir yasal düzenlemeye gidilmediği durumlarda hâlâ imtiyaz sözleşmesi olarak kalabilecek sözleşmelere uluslararası tahkim koşulunun konulabilmesi olanağı tanınmıştı.

Böylece, değişiklikler öncesindeki Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla imtiyaz sözleşmesi niteliğinde - ve ülkenin bekasıyla doğrudan ilintili - olduğu vurgulanan enerji altyapı sözleşmeleri çerçevesinde yabancı yatırımcılar ile devlet arasında doğabilecek uyuşmazlıkların, Danıştay yerine yabancı hakem heyetlerince görülmesi olanağı getirilmiş oldu.

### "Âheste çek küreleri, mehtâb uyanmasın..."

Anayasa değişikliklerine gidiş, kuşkusuz birdenbire olmadı; müzikalin bu kısımları gergef gibi yavaş yavaş, özenle işlendi. Bu süreç, 1995 yılında enerji sektöründe "**özelleştirme**" kisvesi altında ihalesiz/sorgusuz/sualsiz özel kişilerle imzalanmaya başlanan - ve içerdiği ayrıcalıklar nedeniyle "**ballı kaymak tadındaki**" - yap-işlet-devret (YİD) veya işletme hakkı devri (İHD) sözleşmelerinin Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nce imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yol açtı. Şaşılacak şeydir;

imtiyazların ihalesiz biçimde idarenin keyfince verilmesi, hukuk öğretiminde kabul görmekteydi (ilginçtir, bu yaklaşım öğretilen halen de savunulmakta). Yargı organlarındaki imtiyaz algısı ise, bu sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların uluslararası tahkime götürülebilmesi sonucunu doğurdu. Zira, yargı kararlarına göre, "idari yargı rejimi"nin geçerli olduğu ülkemizde,

## Uluslararası tahkimin 10. yılı kutlamalarına yönelik müzikal için bir 'libretto' denemesi:

# 'Kapıldım sana, bir mecnun gibi'

Anayasa değişikliklerine gidiş, kuşkusuz birdenbire olmadı. Bu süreç, 1995 yılında enerji sektöründe "**özelleştirme**" kisvesi altında ihalesiz/sorgusuz/sualsiz özel kişilerle imzalanmaya başlanan - ve içerdiği ayrıcalıklar nedeniyle 'ballı kaymak tadındaki' - yap-işlet-devret (YİD) veya işletme hakkı devri (İHD) sözleşmelerinin Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nce imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yol açtı.

idari yargıya bağlı kılınan imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların ulusal veya uluslararası tahkime götürülmesi mümkün değildi.

Osmanlı döneminin kapitülasyonlarının Lozan Andlaşması'yla güç bela kaldırılabilmesinin ardından toplumda haklı bir duyarlılık bulunmaktaydı. Unutulmaması gerekir ki, imtiyaz sözleşmelerinin imzalanması Cumhuriyet'in ilk yıllarında hükümete dahi tanınmayan bir yetki çerçevesinde düzenlenmekte ve imtiyazlar ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) onayıyla verilebilmekteydi. Daha sonraları TBMM yerine Danıştay'ın bu sözleşmeler imzalanmadan ön inceleme yapması suretiyle bir yargısal denetimin yeterli olacağı anlayışı benimsendi. Buradan da açıkça görüldüğü üzere, imtiyaz sözleşmeleri bu türden özel düzenlemelere gereksinim duyan bir önem ve öncelik silsilesini içermekteydi.

Bununla birlikte, 1995 yılındaki yargı kararıyla YİD ve İHD sözleşmelerinde uluslararası tahkime gidilememesi, bir anda 1999 yılındaki Anayasa değişikliklerine giden süreci başlatıverdi. Bu dönemin hararetili tartışmalarında, bir yanda Osmanlı devrinin kapitülasyonlarının

geride bıraktığı acı izlerin etkilediği, ülkenin ekonomik ve yargısal bağımsızlığı yönünde endişeler taşıyan uluslararası tahkim karşıtları; diğer yanda ise, tahkimin hiç de korkulacak bir kurum olmadığı ve hatta "**tahkimin olumsuzluk içerdiği yönünde hiçbir bilimsel veri bulunmadığı**" gibi mesnetsiz iddiaları savunan, tahkimin "**çağdaşlığın bir gereği**" olduğu ve giderek "**tahkimi kabul etmeyen ülkelerin yok olacağı**" yolundaki veciz görüşlerini gayretle ortaya koyan tahkim yanlıları mevzileniyordu. Ticari tahkim ile yatırım tahkimi ayrımının kavranılmamış olması ise, en temel eksiklik olarak belirlemekteydi.

Tahkim yanlısı girişimler, 1995 yılından başlayarak 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle zafer takımı dikinceye değin hiç hız kesmedi. Bu yönde irili ufaklı girişimler dört bir yandan denendi ve imtiyaz sözleşmelerinde tahkime karşı çıkan mevziinin kalesine biteviye huruç hareketi yapıldı. Bu, kimi zaman bir yasa çıkarmak suretiyle, kimi zaman yönetmelikler veya Bakanlar Kurulu kararlarıyla denendi: Zafer, kaçınılmazdı.

Tarihteki yüz yıl savaşları kadar uzun süreli olmasa da, ülkenin yaklaşık beş yılını kapsayan dönemde çok hareketli

bir siyasal/yargısal/ideolojik savaşımına sahne olan bu mücadele, 1999 yılında Meclis'in eşine az rastlanır bir çoğunlukla Anayasa'yı değiştirerek uluslararası tahkime kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde yer verilebilmesi olanağını getirmesiyle sonuçlandı. Ne var ki, uluslararası tahkim sevdası, kimileri için belki şaşırtıcı, ancak yine kimileri için pek de sürpriz olmayan gelişmeleri doğurdu.

"Bekledim, gelecektin, ömre bedel an gibi..."

Tahkim için canhıraş gayretler sergilenirken, ülkenin karanlıkta kalması için elektrik yatırımlarının bir an önce yapılması gerektiği, sınırlarımızın hemen dışında 50 milyar ABD Dolarlık sermayenin "**yatırım aşkıyla**" ve "**hazır kıta**" durumunda beklediği söyleniyordu. Tahkim yanlısı cephenin flamasında dostta düşmana heybetle sallanan düsturu ise, dönemin Cumburbaşkanı tarafından özenle işlenmişti:

"**Ya uluslararası tahkim, ya açlık ve işsizlik.**"

Milyar dolarlık projeler için sınırlarımızı kuşatarak uygun ortamı beklediği söylenen yabancı yatırımcılara kalenin kapısını böylece içeriden ardına kadar açmış durumdaydık, ama yabancı sermaye gelmedi! Üstelik, biz bu kez "**bu ne perhiz, bu ne lahana turşusu**" deyimini çağrıştıran bir biçimde - tam da tersini yaptık. Bu meyanda, Anayasa değişikliklerinin sonrasında, yatırımcılarla imzalanmış durumda bulunan ve yürütülmeyi bekleyen sözleşmelerin iptali için yasalar çıkarıldı. Dolayısıyla, "**serhat boylarında hazırda bekleyen yabancı sermaye akıncıları**"nın ülkemize vaki seferleri, bir başka bahara kalmış görünüyordu.

Aslında, bu gelişme öngörülebilirdi. Zira, dönemin yetkilileri enerji üretimine yönelik gereğinden fazla sayıdaki sözleşmeleri "**ha babam, de babam**" imzalamaktaydı. Belli ki, o dönemin "**hit**" parçası olarak, hareketli bir eser seçilmişti:

"**Tanrım,  
Bana bir tane,  
Bir de yetmez beş tane,  
Beş de yetmez yedi tane,  
Ver, ver, ver, ver;  
Ver Allah'ım ver!**"

Oysa, tüm bu imzalanan sözleşmeler - yapım için geçecek makul süre sonrasında - devreye girecek olursa, aşırı bir kapasite fazlası doğuyordu ve devletin

üretilen enerjiyi satın alma yükümlülükleri, kamu maliyesini çökertmeye yeter derecede fahiş rakamlara ulaşıyordu. Diğer yandan, bu denli çok sayıda enerji üretiminin makul bir süre içerisinde yapılamayacağı da aslında açıktı. Dönemin yetkililerine göre, "**finansmanı bulan gelir, bulamayan beceriksiz yatırımcı ise 'doğal seleksi-**



