

# ENERJİ ÖZELLEŞTİRMELERİNDE “ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ” KULLANILMASI SORUNU

Dr. Faruk Ataay\*

Elektrik enerjisi hizmetlerinin özelleştirilmesi süreci, başlangıcından bu yana önemli hukuksal sorunlar taşımaktadır. Konuyla ilgili hukuksal sorunlar 1990’lı yıllar boyunca ülke gündemini işgal ettikten sonra, 1999’da Anayasa’nın üç maddesinin değiştirilmesiyle aşıldı sanılırken, 2005’ten itibaren yargının yeni iptal kararları vermesiyle yeniden gündeme gelmiş ve sorunu çözmek adına 2006 yılında çıkartılan yasalarla yeni sorunlar ortaya çıkartılmış bulunmaktadır.

Elektrik enerjisiyle ilgili hukuksal sorunların odağında, “doğal tekel” niteliğindeki bir hizmetin özelleştirilmesinin “özel hukuk sözleşmesi”yle gerçekleştirilmek istenmesi yatmaktadır. Ancak elektrik gibi doğal tekel niteliğindeki bir hizmetin özel hukuk sözleşmeleri kullanılarak özelleştirilmesinin önemli sakıncaları bulunmaktadır. Nitekim bu sakıncalar, bugüne kadar gerçekleştirilen uygulamalarla da yeterince ortaya çıkmış bulunmaktadır. Özellikle Sayıştay’ın 2004 tarihli Enerji Raporu’nun, elektrik hizmetinin “özel hukuk sözleşmesi” yoluyla gerçekleştirilmesinin milyarlarca dolarlık kamu zararına yol açtığını

ortaya koyması nedeniyle, gerek hükümet ve bakanlık çevrelerini, gerek kamuoyunu, gerekse yargıyı uyarmak açısından büyük önem taşımaktaydı. Ancak, Sayıştay Raporu’nun ortaya koyduğu uyarılar dikkate alınarak yapılan hatalardan geri dönülmek yerine, medyada koparılan “karanlıkta kalacağız” hengameleri içinde, yeni hukuksal zorlamalarla süreç işletilmeye devam edilmektedir.

Bu çalışmada, elektrik özelleştirmelerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçekleştirilmesinin sakıncalarına dikkat çekilecektir. Bunun için, aşağıda ilk olarak elektrik hizmetinin niteliği üzerinde durulacaktır. Daha sonra, özelleştirme sürecinde yaşanan hukuksal süreç ele alınacak, son olarak da özelleştirmenin “özel hukuk sözleşmesi” yoluyla yapılmasının yarattığı sorunlar ele alınacaktır.

## Elektrik Hizmetinin “Doğal Tekel” Niteliği

Elektrik enerjisi ile ilgili politikalar tartışılırken hiç unutulmaması gereken ilk nokta, elektriğin “doğal tekel” niteliğinde bir hizmet olduğudur. Elektriğin de aralarında yer aldığı doğal tekel niteliğindeki hizmetler

özelleştirilirken, bu tür hizmetlerde “kamu tekel” ortadan kaldırılarak “rekabetçi piyasa” modeline geçildiği ileri sürülmektedir. Özelleştirmeyle “rekabetçi” piyasa yapısının oluşturulacağı, bu sayede kaynakların daha verimli kullanılıp, daha kaliteli ve daha ucuz bir hizmet sağlanacağı ileri sürülmekte, özelleştirmeci politikalar “verimlilik”, “rekabet”, “tüketicilerin korunması” gibi gerekçelerle savunulmaktadır. Üstelik bu görüşü gerekçelendirmek üzere, son 20-30 yılda gerçekleştirilen teknolojik yeniliklerin hizmetin “doğal tekel” niteliğini ortadan kaldırdığını ileri sürenler de bulunmaktadır. Ancak, bilinmektedir ki, gerçekleştirilen teknolojik yenilikler henüz elektriğin doğal tekel niteliğini ortadan kaldırmamış değildir. Bu türden görüşlerin ciddiye alınabilir bir tarafı da bulunmamaktadır. Dolayısı ile elektrik sektörünü tartışırken, hizmetin doğal tekel niteliğini veri almaya devam etmek durumundayız.

Bilindiği üzere, bir hizmetin doğal tekel olmasını belirleyen temel etmen üretim, iletim ve dağıtımındaki teknolojidir. Elektriğin doğal tekel olmasına yol açan temel neden, hizmetin özellikle iletim ve dağıtım

\* Mustafa Kemal Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü’nden Dr. Faruk Ataay’ın genelde kamu hizmetleri, özelde de enerji konusunda daha geniş değerlendirmeleri için aşağıdaki kitaplara bakılabilir:

Ataay, Faruk (2003), Elektrik Hizmetinin Tarihsel Gelişimi ve Özelleştirme Politikaları, Ankara: Tes-İş Sendikası Yayını.

Ataay, Faruk (2007), Neoliberalizm ve Devletin Yeniden Yapılandırılması: Türkiye’de Kamu Reformu Üzerine İncelemeler, Ankara: De Ki Yayınevi.

aşamalarında birden fazla şirketin faaliyet yürütebilmesinin mümkün olmamasıdır. Zira elektriğin tüketicilere belirli bir iletim hattı ile ulaştırılabilmesi nedeniyle, birden fazla şirketin varlık koşulu her bir şirketin ayrı bir iletim hattına sahip olmasıdır. Bu ise “verimlilik” amacıyla uyumlu bir durum olmayacaktır. İkinci olarak, teknolojinin niteliği, verimliliğin ancak “tekelci” bir sektör yapısıyla en yüksek düzeye çıkarılabilmesine yol açmaktadır. Bu da sektörün özelleştirilmesi durumunda da “tekelci” bir yapılanmayı dayatmaktadır. Dolayısı ile sektörün doğal tekel niteliğinde oluşu, hizmetin özelleştirilmesi durumunda, “rekabetçi” bir piyasa yapısı oluşturulmasını ve “rekabetçi piyasa”lara atfedilen “rekabet”, “verimlilik”, “kalite”, “ucuzluk” gibi özelliklerin ortaya çıkmasına olanak

tanınamaktadır. Tam tersine, sektörün özelleştirilmesi, ulusal kamu tekelinin bölgesel özel tekelere dönüşmesinden başka bir sonuç doğurmamaktadır.

Elektriğin bir başka temel özelliği, tüm yurttaşlar için temel bir gereksinim olmasıdır. Günümüzde, ödeme gücü olmayan bazı yurttaşların bu hizmetten mahrum kalması düşünülebilir bir durum değildir. Hatta günümüzde, elektrik hizmeti, toplumsal gelişmişlik ve refah düzeyinin en temel göstergeleri arasında sayılmaktadır. Dolayısı ile ne tüketiciler açısından vazgeçilebilir, ne de üreticiler açısından bazı yurttaşların dışlanabileceği bir hizmetle karşı karşıya bulunuyoruz.

Aslında, elektriğin bugüne kadar “kamu hizmeti” statüsüne alınmış olması da, devletin bu hizmeti üstlen-

miş olması da, bu özellikleriyle ilgilidir. Nitekim elektriğin bu özellikleri, hizmetin tabi olduğu hukuksal çerçeveyi de belirlemiştir. Hizmetin devlet tarafından üstlenilmesi, düzenliliğinin ve sürekliliğinin güvenceye alınması, bütün yurttaşlara eşitlik içinde sunulması, kar amacı güdülmeksizin üretilmesi hep hizmetin doğal tekel özelliğiyle ilgilidir. Nitekim böyle bir hizmetin kar maksimizasyonu güdüsüyle hareket eden özel tekelin eline geçmesinin tüketiciler açısından büyük bir yıkım olacağı 1929 Dünya Ekonomik Bunalımı sırasında, gerek Türkiye’de, gerekse dünya genelinde yaşanarak görülmüştür. Zaten, hizmetin devlet tarafından üstlenilmesi de, hizmetin tabi olduğu hukuksal çerçevenin geniş güvencelerle donatılması da bu deneyimin ışığında gerçekleşmiştir.



## Hukuksal Süreç

1980'lere kadar sesi fazla çıkmayan sermaye, 1980 sonrasında neoliberal saldırının kazandığı başarılarından da cesaret alarak, elektrik sektöründe 1929 Bunalımı öncesi yapıya dönüş için zorlamalara başlamıştır. Ancak görüleceği üzere, bu zorlamalar elektrik hizmetinin özelleştirilmesiyle sınırlı kalmamış, hizmetin tabi olduğu hukuksal çerçevenin değiştirilmesi talebi sürekli gündemde tutulmuştur. Bilindiği üzere, Türkiye'de bu zorlamalar 1984 tarih ve 3096 sayılı Yasa ile başlamaktadır. Aslında, kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesi ve böylece bu hizmetlerin özel sermaye yatırımlarına açılması, o tarihte geçerli olan yasal mevzuat çerçevesinde de olanaktı. Ancak yerli ve yabancı sermaye elektrik enerjisi alanına girmeden önce, kendisi açısından çok daha geniş özgürlükler ve güvenceler sağlayan bir hukuksal çerçeve talep ediyordu. Bu talep, temelde elektrik hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin ancak imtiyaz sözleşmesi yöntemiyle olabileceğine dayanan yerleşik anlayıştan duyulan rahatsızlıktan kaynaklıydı. Zira 1929 Bunalımı sonrasında yaşanan olumsuzlukların ışığında oluşturulan hukuksal çerçeve, elektriğin özelleştirilmesini, "kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesi" olarak ele alıyor, "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" adı verilen bir düzenlemeye tabi kılıyordu. Oysa sermaye, özelleştirmenin "imtiyaz sözleşmesi" yöntemi dışında yollarla gerçekleştirilmesini istiyordu. Zira imtiyaz sözleşmesi yöntemi Türkiye'deki altyapı sektörlerine yatırım yapma arayışındaki yerli ve yabancı sermaye tarafından "riskli" bulunuyordu. Bunun iki temel nedeni vardı: İmtiyaz sözleşmesi yöntemi, hem özel şirketlerin "kamu hizmetleri" kapsamındaki etkinliklerinde devletin özel hukuku aşan yetkilere sahip olması, hem de Danıştay'ın ödenetimini gerektirmesi ve yargı yetkisini Danıştay'a vermesi nedenleriyle, özel sektör tarafından tercih edilmeyordu.

İmtiyaz sözleşmesinin temel özelliği, devlet ile özel şirket arasındaki sözleşmenin "özel hukuk sözleşmeleri"nden farklı olarak "idari sözleşme" kapsamında olmasıydı. Bunun anlamı, şirketle devletin eşit taraflar olarak yer almaması, devletin "kamu yararı" ilkesi gereğince sözleşmede şirkete göre üstün konumda bulunmasıydı. Anayasa'nın "sosyal devlet" ilkesi gereğince şirketlerin kar etme amacı ile kamu yararı arasında bir denge kurma çabasından kaynaklanan bu durum, hem hizmetin "kamu yararı" gözetilir biçimde gerçekleştirilebilmesi için devlete özel hukuku aşan yetkiler veriyor, hem de şirketlere belli güvenceler sağlıyor, onların riskini ortadan kaldırarak kamuya yüklüyordu. Bunun önemli sonuçları arasında devletin, hizmetin fiyatını belirlemek, yoğun denetim ve gözetim yetkilerine sahip olmak, sözleşme ve şartnamede değişikliğe gidebilmek, işletmeye geçici olarak el koyabilmek, sözleşmeyi feshedebilmek gibi yetkilere sahip olması bulunuyordu. İmtiyaz sözleşmesi yönteminde, devletin hizmetlerin "kamu yararı" gözetilerek gerçekleştirilmesinin sağlanmasına dönük bu yetkilerinin yanı sıra, imtiyaz alan özel şirketler lehinde de düzenlemeler bulunmaktaydı. Bunlar arasında, kar

etme garantisine sahip olmak, tekel kurma, kamulaştırma yapma, yaptırım uygulama (ceza kesme vb.) gibi yetkileri saymak olanaktı. Bunlar, özel şirketlerin "piyasa"da "özel hukuk" kapsamındaki ekonomik etkinlikler söz konusu olmayan, imtiyazlı şirkete ayrıcalık ve güvence sağlayan yetkililerdir.

Altyapı hizmetlerine yatırım yapmaya yönelen yerli ve yabancı şirketler imtiyaz sözleşmesinin kendileri lehindeki düzenlemelerinin korunmasını, buna karşılık devlete hizmetin "kamu yararı" gözetilerek yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla verilen yetkilerin ise kaldırılmasını istiyordu. Şirketler, devletin özel hukuku aşan yetkilere sahip olması nedeniyle, bu sektörlerdeki özelleştirmelerin ve özel yatırımların imtiyaz sözleşmesi kapsamında yapılmasına karşı çıkıyor, özelleştirmeye ilişkin sözleşmelerin "özel hukuk"a tabi kılınmasını istiyordu. Böylece, şirketler, devletle yapacakları sözleşmelere kendi çıkarlarını korumalarını sağlayacak hükümler koydurabileceklerdi.

"İmtiyaz sözleşmesi" yönteminin bir başka özelliği, sözleşme ve ilgili şartnamelerin Danıştay ödenetimine tabi olmasıydı. Bunlarda "kamu



yararı” açısından gerekli gördüğü değişiklikleri yapma yetkisine sahip olan Danıştay, aynı zamanda imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili anlaşmazlıkların da yargı yeriydi. Şirketlerin önemli isteklerinden bir başkası da, Danıştay ödenetiminin kaldırılması ve anlaşmazlıkların çözümünde Danıştay’ın yetkili olmasına son verilerek “uluslararası tahkim” mekanizmasına olanak sağlanmasıydı.

Bu sorunu aşmak için denenen ilk yol, özel sermaye yatırımlarına açılmak istenen alanların “kamu hizmeti” statüsünden çıkartılarak “piyasa” faaliyeti statüsüne kavuşturulması oldu. Bu çaba özellikle 3096, 3974, 3996 ve 4046 sayılı yasalarla kendini gösterdi. Ancak bu yol, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla kapatıldı. Anayasa Mahkemesi, 3974 ve 3996 sayılı yasalarla ilgili iptal kararlarında, bazı hizmetlerin “niteliği gereği” kamu hizmeti olduğunu ileri sürerek, yasama organının bu nitelikteki hizmetleri kamu hizmeti kapsamından çıkartamayacağı görüşüne dayandı. Anayasa Mahkemesi, bu yorumunu, “niteliği gereği” “kamu hizmeti” olan faaliyetlerin özel kişilere gördürülmesinin (özelleştirilmesinin) ancak kamu hukuku çerçevesinde olabileceği yorumu ile tamamladı. Böylece, belirli hizmetler (özellikle sosyal niteliği ağır basan hizmetler ve doğal tekel niteliğindeki hizmetler) “niteliği gereği” kamu hizmeti sayılıp, bu kapsamdan çıkartılması olanaksızlaştırılmış oluyordu.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın bu kararları karşısında denenen bir başka yol, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin (özelleştirilmesinin) “özel hukuk sözleşmeleri” ile yapılabilmesine olanak sağlamaya çalışmak oldu. Ancak, bu çabalar da Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları karşısında başarısızlığa uğradı. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, kamu hizmetlerinin özel kişilere ancak “imtiyaz” yöntemiyle gördürülebileceğini belirtiyorlardı. Bu durum karşısında bulunan son çare, Anayasa’nın 47., 125. ve 155.

maddelerini değiştirmek oldu. Bunlara olanak sağlayan değişiklik, 1999 yılında Anayasa’nın ilgili maddelerinin değiştirilmesiyle gerçekleştirildi. Anayasa’nın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişiklikler, şirketlerin özelleştirilmenin hukuksal çerçevesi konusundaki beklentilerinin karşılanmasını sağladı.

Anayasa değişikliğinin getirdiği en temel farklılık, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin ancak “idari sözleşme”lerle mümkün olabilmesi biçimindeki kuralı değiştirerek, bunların özel sektöre gördürülmesinin “özel hukuk”a tabi sözleşmelerle gerçekleştirilebilmesine olanak tanınmasıydı. Kamu hizmeti ile idari sözleşme yöntemi arasındaki klasik bağı koparan bu değişiklikle, kamu hizmetlerinin yerine getirilme biçimi, bu statünün gereği olan yöntemlerden ayrılmış ve hizmeti yerine getiren özel şirketin kar amacına tabi kılınmış oluyordu. Böylece, özelleştirilen kamu hizmetlerinin özel hukuk kapsamına alınmasına, özelleştirme yönteminin serbestçe belirlenmesine, sözleşmeleri Danıştay incelemesine gönderip göndermemek serbestisine sahip olunmasına, sözleşmelerin Danıştay’ın yargı yetkisi kapsamından çıkartılmasına ve uluslararası tahkim mekanizmasına başvurulmasına olanak tanınıyordu. Sonuç olarak, hem kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülme yöntemlerinde değişikliklere gidiliyor, hem de yasama organına istediği hizmetleri özel hukuk kapsamına alma olanağı sağlanıyordu.

Böylece Türkiye’de, kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülebilmesi yolu açılıyordu. Ancak, anayasa değişikliği yapılırken, Anayasa’daki değişikliğe paralel bir değişiklik YİD ve Yİ yasalarında yapılmadığı için, Danıştay 2005 yılından itibaren iptal kararları vermeye başladı. Bu iptal kararlarının dayanağı, özel hukuk sözleşmesi yönetiminin YİD ve Yİ yasalarında öngörülmemiş olmasıydı. Bunun üzerine hükümet, yine hukuk devleti ilkesine saygısız bir tavırla yargı

kararlarının uygulanmamasını öngören bir Bakanlar Kurulu kararı aldı. Danıştay’ın bu kararı da iptal etmesi karşısında Yİ ve YİD yasalarına birer fıkra eklenerek, YİD ve Yİ yöntemlerinin özel hukuk sözleşmesi ile uygulanması yolu açılmış oldu. Görünen o ki, Anayasa Mahkemesi’nin yeni bir iptal kararı vermemesi durumunda, hukuksal süreç artık tamamlanmış ve elektrik alanında “özel hukuk sözleşmesi” yönteminin anayasal-yasal dayanakları oluşturulmuş durumda. Ancak, aşağıda da tartışılacağı üzere, ortada hala önemli hukuksal sorunlar bulunmaktadır ve sorunun Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmesi durumunda yeni bir iptal kararı verilmesi olanaklıdır.

### “Özel Hukuk Sözleşmesi” Yönteminin Yarattığı Sorunlar

Günümüzde, elektrik hizmetinin özelleştirilmesinde “özel hukuk sözleşmesi” yolunun kullanılması yaklaşımı anayasal-yasal düzenlemelere damgasını vurmakla beraber, sorunların bütünüyle çözüldüğünü ileri sürebilmek mümkün görünmemektedir. Gerçekten de, kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi konusunda önemli sorunlar bulunmaktadır. Ortaya çıkan ilk sorun, yasama organının bütün kamu hizmeti alanlarında özel hukuk yönteminin kullanılmasına karar verip veremeyeceği sorusu etrafında dönmektedir. Zira bu sorun Anayasa’ya ve ilgili yasalara birer hüküm koyarak özel hukuk sözleşmesine olanak sağlanmasıyla çözülebilecek kadar basit bir sorun değildir. Bununla bağlantılı bir başka sorun, özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülen hizmetlerde, devletin kullandığı kimi kamusal yetkilerin niteliğiyle ilgilidir. Üçüncü önemli sorun ise, özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülen hizmetlerin niteliğinde ortaya çıkan değişikliklerle ya da bir başka deyişle özel hukuk sözleşmesiyle görülen kamu hizmetlerinde kamu

hizmeti ilkelerinin geçerliliğini sürdürüp sürdürmediği sorusu ile ilgilidir. Aşağıda, idare hukuku doktrini açısından büyük önem taşıyan bu üç nokta üzerinde durulacaktır.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere özel hukuk sözleşmeleriyle gördürülmesi konusunda ortaya çıkan ilk sorun, bütün kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin, özel hukuka tabi sözleşmelerle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusudur. Sorunu bir başka biçimde ortaya koymak gerekirse, bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi kullanılarak özelleştirilebilmesi için yasama organının bu doğrultuda bir yasa yapmasının yeterli olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, idare hukuku literatüründe, özel kişilere özel hukuk sözleşmesiyle gördürülebilecek kamu hizmetlerinde, ilke olarak, hizmetin teknolojik özelliklerinin “piyasa benzeri” bir yapılmaya olanak tanınması ve “kamu gücü ayrıcalıkları” kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, “piyasa benzeri” bir yapılanmanın mümkün olmadığı, doğal tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinde özel hukuk sözleşmesi yöntemi kullanılmaz. Bunun en önemli nedeni, Anayasa’nın “özel mülkiyet” ve “özel girişim” özgürlüklerine ilişkin hükümleridir. Anayasa’ya göre, bütün yurttaşlar özel mülkiyet ve girişim özgürlüğüne sahiptir ve bu hak açısından herkes eşittir. Bu hakların kısıtlanabilmesi ancak kamu yararı gerekçesiyle ve kamu hizmeti alanında mümkündür. Bu hakların belirli bir “özel kişi” lehine kısıtlanabilmesi ise mümkün değildir. Oysa doğal tekel niteliğindeki hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinde, sektöre giriş-çıkışların denetim altına alınarak girişim özgürlüğünün kısıtlanması (bazı durumlarda özel şirkete “tekel kurma hakkı” da tanınabilmektedir) ve özel mülkiyet hakkı sınırlanarak özel şirket lehine “kamulaştırma” yapma yetkisi tanınması gibi özellikler, bu hizmetlerin “piyasa benzeri” bir işleyişle yerine getirilmesine olanak tanımamaktadır. Bu tür kamusal yetkilerin, kamu hizmeti kapsamında

olmayan hizmetler ya da özel kişilere özel hukuk sözleşmesiyle gördürülen kamu hizmetleri alanında kullanılması ise kamu gücü ayrıcalıklarının ve yetkilerinin kamu yararı amacı dışında kullanımı anlamına gelecektir ki, bu da devletin meşruiyet temeli ile çelişecek ve eşitlik ilkesinin ihlaline yol açacaktır. Böylesi bir durumun, Anayasa’nın dayandığı temel ilkelerle bağdaşmayacağı açıktır.

Soruna, hizmetin “doğal tekel” özelliği açısından bakıldığında da aynı sonuca varılmaktadır. Yasama organının çıkartacağı bir yasa ile hizmetin “doğal tekel” niteliğini ortadan kaldırmaması mümkün olmadığına göre, çıkartılacak yasanın, hizmetin doğal tekel niteliğini göz önüne alması zorunludur. Zira bu, “eşyanın tabiatı gereğidir”. Nasıl ki, yasama organının çıkartacağı bir yasa ile “yer çekimi kanunu”nu ortadan kaldırması mümkün olmadığı gibi, doğal tekel niteliğindeki bir sektörün bu özelliğini yasa yaparak ortadan kaldırması da mümkün değildir. Bunun için, bir yasa çıkartılması yeterli olamamakta, elektrik hizmetinin doğal tekel özelliğine son verecek bir teknolojik buluşa gereksinim bulunmaktadır.

Sonuç olarak, doğal tekel niteliğindeki hizmetler, “niteliği gereği” kamu hizmetidirler ve yasama organının bu hizmetleri kamu hizmeti statüsünün dışına çıkartması da, özel kişilere özel hukuka tabi sözleşmelerle gördürülebilmesi de olanaklı olmamalıdır. Bir başka deyişle, “özel hukuk sözleşmesi” yoluyla özelleştirmenin yasadaki öngörülmüş olması, bu yöntemin kullanılabilmesi için yeterli görülmez. Kanımızca, bu önemli bir noktadır. Zira doğal tekel niteliğindeki hizmetlerin özel kişilere özel hukuka tabi sözleşmelerle gördürülmesi durumunda, kamu gücü ayrıcalıklarının ve yetkilerinin ancak kamu yararı amacıyla kullanılabilmesine ilişkin ilke açısından sorunlu bir durum ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık “doğal tekel” niteliğindeki hizmetlerin özel hukuka tabi sözleşmelerle gördürülmesi durumunda

da hizmetin görülmesi yetkisinin verildiği özel kişiye bazı “kamu gücüne özgü ayrıcalıklar” tanınabileceği ve kamu hukukunun yalnızca bu kamu gücü ayrıcalıklarıyla sınırlı olarak uygulanabileceğini savunan görüşler de ileri sürülebilmektedir. Öncelikle burada sermaye kesiminin iç tutarlılığı bulunmayan bir talepte bulunduğu görülmektedir. Bir yandan bazı kamu gücüne özgü ayrıcalıklar (tekel kurma, kamulaştırma, yaptırım uygulama vb.) talebinde bulunulurken, diğer yandan da özel hukuka tabi olma isteğinde bulunulması açıkça çelişiktir. Üstelik bu çelişkinin üstesinden, yarı kamusal yarı özel hukuktan oluşan bir hukuksal düzenleme kombinasyonu ile gelinmesinin talep edildiği görülmektedir. Böylece şirketler ihtiyaç duyduklarında özel hukuka, ihtiyaç duyduklarında da kamu hukukuna tabi olabileceklerdir. Bunun, hizmetin hukuksal statüsü açısından şirketler lehine ve yurttaşlar aleyhine bir çifte standart yarattığı açıktır. Böyle bir yaklaşımın hukuk mantığıyla da, Anayasa’nın eşitlik ilkesiyle de uyumlu olmadığı açıktır. Diğer yandan, kamu hizmetinin görülmesi için özel kişiyle yapılan sözleşmenin özel hukuka tabi olması durumunda da, devletin, “tazminat ödemek koşuluyla” sözleşmeyi iptal etme, sözleşmenin şartlarında değişikliğe gitme vb. yetkilerinin bulunduğu ilişkin bir görüş de savunulmaktadır. Ancak, bu sav hem “özel hukuk sözleşmesi” ile “idari sözleşme” arasındaki farkları gözardı etmekte, hem de devletin ödeyeceği tazminatı önemsiz gibi göstermektedir. Oysa “idari sözleşme” yapılması durumunda, devlet sözleşmenin şartlarında değişikliğe gitmek ve sözleşmeyi iptal etmek konusunda daha geniş bir serbestiye sahip olacaktır.

Buraya kadar ortaya konan sorunlar, bu tür hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi durumunda ilgili kamu idaresinin şirket üzerinde uygulayacağı gözetim ve denetim yetkisinin dayandığı anayasal ilkeler açısından da önemlidir. Zira bazı hukukçular, devletin bu yetkilerinin, Anayasa’nın,

devlete piyasalarda tekelleşmenin önlenmesi ve rekabetin korunması görevini yükleyen 167. maddesine ve tüketicilerin korunması görevini yükleyen 172. maddesine dayandırılmasını savunmaktadır. Gerçekte, bu değerlendirme, asıl olarak doğal tekel niteliğindeki hizmetlerin kamu hizmeti olmaktan çıkartılarak piyasa faaliyeti statüsüne kavuşturulabileceği varsayımına dayanmaktadır. Buna karşılık, “doğal tekel” niteliğindeki hizmetlerin görülmesinde kamu gücü ayrıcalıkları kullanılmakta ve girişim özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılması ve girişim özgürlüğünün kısıtlanması Anayasa gereğince, yalnızca “kamu yararı” gerekçesiyle, bir başka deyişle kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla söz konusu olabilmektedir. Oysa doğal tekel niteliğindeki bir hizmetin kamu hizmeti statüsü yerine piyasa faaliyeti statüsüne kavuşturulması durumunda, sektöre giriş çıkışların denetim altına alınması, kamulaştırma, yaptırım uygulama gibi kamu gücüne özgü yetki ve ayrıcalıklar ile fiyat ve kalite kontrolü gibi yaptırımların dayandırılabilmesi gibi bir anayasal ilke bulunmamaktadır. Dolayısıyla, devletin bu hizmetlerin gerçek sorumlusu olması ve özel kişilere gördürme durumunda gözetim ve denetim yetkisine sahip olması, bu hizmetlerin kamu hizmeti statüsünde olmasının sonucudur. Bir başka deyişle, doğal tekel niteliğindeki hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi durumunda, ilgili kamu idaresinin uyguladığı denetim, gözetim ve düzenleme faaliyetleri Anayasa’nın 167. ve 172. maddesine değil, özel girişim ve mülkiyet haklarının kısıtlanma koşullarına ilişkin 46. ve 48. maddelerine dayandırılmalıdır. Zira anayasa maddelerinin gerekçelerinde de, özel mülkiyet ve girişim haklarının, ancak “kamu yararı” gerekçesiyle kısıtlanabileceği ortaya konmaktadır. Bu durumda, Anayasa tarafından güvenceye kavuşturulan özel mülkiyet ve girişim haklarının kısıtlanmasının, hizmetlerin teknolojik özellikleri nedeniyle kaçınılmaz olduğu doğal tekel nite-

liğindeki hizmetlerde kullanılan bu tür kamusal yetkiler, hizmetin “kamu hizmeti” niteliğinden ayrılamaz. Dolayısı ile bu türde hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi durumunda, devletin hizmeti yerine getiren özel şirket üzerinde uygulayacağı gözetim ve denetim faaliyetleri de, devletin piyasaları düzenlemeye ilişkin yetkileri (kolluk) çerçevesinde değil, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi durumu (kamu hizmeti) çerçevesinde ele alınmalıdır.

Bu makale kapsamında değinilmesi gereken bir başka nokta, özel kişilere gördürülen hizmetlerde, hizmetin asıl sorumlusu olan kamu idaresi ile hizmetin yerine getirilmesi görevinin devredildiği özel kişi arasında imzalanan sözleşmenin “özel hukuk” kapsamında olması durumunda, hizmetin niteliğinde ortaya çıkacak farklılıklar konusudur. Bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi için yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınması durumunda ortaya çıkabilecek en temel sorun, devletin artık şirkete karşı üstün konumda bulunmaması olacaktır. Bunun sonuçları arasında, devletin tek yanlı fesih, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma, fiyat kontrolü gibi yetkilerinin bulunmayacak olması gelmektedir. Diğer yandan, bu tür özel hukuk sözleşmeleri artık, iptal davalarına konu olamayacak, bu da gerek hizmetten yararlananlar, gerekse hizmetin sorumlusu olan idare açısından, hizmetin görülüş koşul ve yöntemlerinde değişikliğe gitme olanağını sınırlayacaktır. Dolayısıyla özel kişilere özel hukuka dayalı sözleşmelerle gördürülen kamu hizmetlerinde, devlete, hizmetlerin sosyal devlet anlayışı doğrultusunda yürütülmesi için verilen kimi yetkilerin ortadan kalkması durumu doğmakta; bazı kamu hizmeti ilkelerinin uygulanmadığı bir hukuksal durum yaratılmaktadır. (Nitekim bu durumun yol açtığı sorunlar Sayıştay’ın 2004 tarihli Enerji Raporu’nda açıkça ortaya konmuştur. Bir kez devletle bir özel hukuk sözleşmesi yapan bir şirket, bu sözleşmeye dayanarak çok önemli mali ayrıcalıklar elde edebilmekte, bu ayrıcalıkların

ortadan kaldırılabilmesi için büyük tazminat talepleri ileri sürebilmekte ve kamu milyar dolarlık tazminatlarla karşı karşıya kalabilmektedir.)

Bu durumda, özel kişilere özel hukuka tabi sözleşmelerle gördürülen kamu hizmetlerinde, ilgili kamu idaresi şirket üzerinde “kolluk denetimi”ni aşan bir gözetim ve denetim yetkisi kullanacak; ancak hizmetin sosyal devlet ilkelerine uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli kamusal yetkiler önemli ölçüde ortadan kalkmış olacaktır. Dolayısıyla bu şekilde görülen kamu hizmetlerinde, hizmetin “kamusal” boyutu, yalnızca düzenli, sürekli ve belirli standartlara uygun bir hizmet üretiminin güvenceye alınmasıyla sınırlı kalmaktadır. Dolayısıyla, bazı hukukçuların ileri sürdüklerinin tersine, özel hukuk sözleşmesiyle özelleştirilen kamu hizmetlerinde “kamu hizmeti ilkeleri”nin en önemlilerinin uygulanmaması durumu ortaya çıkmaktadır. Kanımızca, bu durum, kamu hizmetlerinin özel kişilere “özel hukuk sözleşmeleri” yoluyla gördürülebilmesine olanak tanıyan yaklaşımın, kamu hizmetlerinin sosyal devlet anlayışı çerçevesinde üretilmesine son vererek, kamu hizmetlerinin “sosyal” boyutunu ortadan kaldırma amacından kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak, elektrik hizmetinin özelleştirilmesinde özel hukuk sözleşmesi yönteminin kullanılması önemli sakıncalara yol açmaktadır. Bu sakıncalar da, asıl olarak, hizmetin doğal tekel niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Hizmetin doğal tekel niteliğinin ortadan kaldırılması mümkün olmadığına göre, hizmetin özelleştirilmesinde özel hukuk sözleşmesi yönteminin kullanılması da mümkün olmamalıdır. Kanımızca, sorunun muhtemel çözümü, yargının, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi için yapılan sözleşmelerde, kamu gücüne özgü yetki ve ayrıcalıkların kullanılması durumunda, sözleşmenin “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olduğuna hükmetmeye devam etmesi ve ona göre karar almasından geçmektedir. ■