

TÜRKİYE’NİN DEĞİŞEN ENERJİ POLİTİKASI: YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMALAR

*Mehtap Yıldırım-Öztürk**, *Tugba Bayman-Keskin^δ*, *Çagdas Evrim Ergün[?]*,
Çakmak Avukatlık Bürosu

GİRİŞ

1984 öncesinde Türkiye’de enerji sektörü, elektrik enerjisi üretmek, iletmek, dağıtmak ve ticaretini yapmak amacıyla 1970 yılında kurulmuş olan ve devletin sahip olduğu bir tekel konumundaki Türkiye Elektrik Kurumu’nun (“TEK”) hakimiyeti altındaydı. Bakanlar Kurulu, 1993 tarihli bir kararı¹ ile TEK’i iki ayrı devlet teşebbüsüne ayırmıştır: Elektrik üretim ve iletiminden sorumlu olarak *Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi* (“TEAS”) ve elektrik dağıtımından sorumlu olarak *Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi* (“TEDAS”).

Kanun koyucu, 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (“Elektrik Piyasası Kanunu”) ile 3 Mart 2001 tarihinde diğer bir takım düzenlemelere ilave olarak, TEAS’in üç ayrı devlet teşebbüsü şeklinde yeniden yapılanmasını da öngörmüştür: (i) Ulusal sebekenin işletilmesinden sorumlu olarak *Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi*; (ii) devletin sahip olduğu elektrik enerjisi üretim santrallerinin işletilmesinden sorumlu olarak *Türkiye Elektrik Üretim Anonim Şirketi*; ve (iii) üreticilerden elektriğin satın alınmasından ve dağıtım şirketlerine satılmasından sorumlu olarak *Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi*.

Elektrik Piyasası Kanunu, aynı zamanda, Türkiye’de elektrik piyasa sisteminin işleyişinin düzenlenmesinden ve denetlenmesinden sorumlu yeni bir bağımsız idari kurumun Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu adı altında kurulmasını da öngörmüştür. Buna ilaveten, söz konusu kanun ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun karar alma organı olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu da kurulmuştur.

Nihayet, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (“Bakanlık”), Hükümetin özel enerji üreticileriyle görüşmeler yapmaktan sorumlu başlıca bakanlığıdır. Bakanlığın bu alandaki faaliyetlerinin bir parçası olarak ve elektrik enerjisi fiyatlarına istikrar kazandırarak enerji projelerine mali destek vermesi amacıyla 3096 Sayılı Kanun² ile oluşturulmuş olan Elektrik Enerjisi Fonu (“EEF”), Elektrik Piyasası Kanunu ile getirilen serbest piyasa yapısı doğrultusunda 3 Temmuz 2001 tarihinde 4684 Sayılı Bazı Kanunları ve Kanun Hükmünde Kararnameleri Değiştiren Kanun ile tasfiye edilmiştir.³

* Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Programı Mezunu, Ankara ve New York Barolarına kayıtlı Avukat.

^δ Ankara Barosuna Kayıtlı Avukat.

[?] Ankara Üniversitesi İdare Hukuku Doktora Programı Öğrencisi ve Ankara Barosuna Kayıtlı Avukat.

¹ Karar No. 93/4789, 21699 sayılı ve 15 Eylül 1993 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

² 18160 sayılı ve 19 Aralık 1984 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³ 24451 sayılı ve 3 Temmuz 2001 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

ENERJİ ALANINDA YASAL ÇERÇEVE: TARİHÇE VE GÜNÜMÜZDEKİ DURUM

A. 3096 Sayılı Kanun

Türkiye, elektrik sektörünü özel yatırıma açma çabalarının bir sonucu olarak, Türkiye Elektrik Kurumu Disindeki Tesebbüslerin Elektrik Üretme, İletme, Dağıtma ve Ticaretini Yapmaya Yetkilendirilmesine Dair 3096 Sayılı Kanunu ("3096 Sayılı Kanun") kabul etmiştir. 3096 Sayılı Kanun, başka bir takım düzenlemelerin yanı sıra, özel şirketlerin Bakanlık ile imzalayacakları bir sözleşmeye istinaden, elektrik üretimi, iletimi, dağıtımını ve satışı da dahil olmak üzere bir takım elektrik hizmetlerini sunabilmelerine imkan tanıyan Yap-İslet-Devret ("YID") modelini de düzenlemektedir. YID modeli kapsamında, Devlet, özel şirketleri ("Görevli Şirket" veya "İmtiyaz Sahibi") yeni elektrik üretim santralleri kurup işletmeye ve ürettikleri enerjiyi yetki süresi boyunca TEAS'a satmaya yetkilendirmektedir. Bu model çerçevesinde, Devlet sahanın ve tesisin mülkiyetini kaybetmemekte ve yetki süresinin sonunda bu saha ve tesis tekrar Devlete geri dönmektedir. 3096 Sayılı Kanun aynı zamanda, kamu kuruluşlarının sahip oldukları üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının özel teşebbüslere devrini de düzenlemektedir (İsletme Haklarının Devri veya İHD projeleri).

B. 3996 Sayılı Kanun

Türkiye, 1994 yılında, Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İslet-Devret Modeliyle Gerçekleştirilmesine Dair 3996 Sayılı Kanunu⁴ ("3996 Sayılı Kanun") kabul etmiştir. Bu kanunun amacı, 3096 Sayılı Kanun uyarınca enerji sektöründe uygulanmakta olan YID modelinin uygulama alanını, ileri teknoloji ve önemli maddi kaynak gerektiren diğer altyapı projelerini ve hizmetlerini de kapsayacak şekilde genişletmektir.

3996 Sayılı Kanun'un orijinal halinde, elektrik enerjisi üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin projeler de kapsam dahilindeydi. Ancak, 3996 Sayılı Kanun'un 13. Maddesi, 3096 Sayılı Kanun'un devam etmekte olan uygulamasına bir istisna düzenlemekteydi, çünkü kanun koyucu, her iki kanunu da yürürlükte tutmak ve ilgili projelere uygulamak istiyordu. Daha sonra, 4047 Sayılı Kanun⁵ ile 3996 Sayılı Kanunu değiştirerek enerji projelerini kanunun kapsamından çıkaran kanun koyucu, Buna karşın Meclis, aynı değişiklik ile, 3096 Sayılı Kanuna tabi enerji projelerinin 3996 Sayılı Kanun'un 5, 11, 12 ve 14. Maddelerinden faydalanmasına da izin vermiştir (aşağıda da inceleneceği üzere, 3996 Sayılı Kanun'a 1999 yılında başka değişiklikler de yapılmıştır).

3996 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi, orijinal halinde, 3996 Sayılı Kanun kapsamında yapılan anlaşmaların imtiyaz niteliğinde olmadıklarını ve özel hukuka tabi olduklarını düzenlemekteydi. 11. Madde ise, Hazine'den sorumlu Bakanlık YID projelerine bir takım mali garantiler ve ödeme garantileri vermeye yetkili kiliyordu. 12. Madde, Görevli Şirketleri, normalde Türk hukuku uyarınca ödenmesi gereken bazı damga vergisi ve harçlardan muaf tutuyordu. Nihayet, 14. Madde, YID projelerini 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulamasından muaf tutuyordu.

3996 Sayılı Kanun'un bazı hükümleri aleyhine Anayasa Mahkemesinde açılan davada Anayasa Mahkemesi, 20 Mart 1996 tarihinde yürürlüğe giren kararıyla⁶, YID sözleşmelerinin

⁴ 21959 sayılı ve 13 Haziran 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵ 22130 sayılı ve 3 Aralık 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶ 28 Haziran 1995 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı; 22586 sayılı ve 20 Mart 1996 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

imtiyaz niteliğinde olmayarak ve özel hukuka tabi biçimde akdedilmelerine imkan veren 5. Maddeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 3996 Sayılı Kanuna tabi sözleşmelerin konusunun kamu hizmeti olduğuna ve kamu menfaatine siki surette bağlı olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi için Hükümetin özel teşebbüslerle yaptığı sözleşmeler, Türk hukukunda kullanıldığı anlamda “imtiyaz” olarak akdedilmelidirler. Böylece, 3996 Sayılı Kanun (ve genişletme sayesinde 3096 Sayılı Kanun) kapsamında akdedilen sözleşmeler, Danistay’ın denetimi de dahil olmak üzere, imtiyaz sözleşmelerinin tabi oldukları Türk hukuku usullerine tabidirler.

Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının ardından, YID sözleşmeleri imtiyaz olarak kabul edilmeye ve Danistay tarafından incelenmeye başlandı. Ancak, uzun zaman alan Danistay incelemesi, uygulamada YID sözleşmelerinin taraflarca imzalanmasında bir takım gecikmelere neden olmuştur. Danistay, inceleme yetkisini kullanırken, aynı zamanda imtiyaz sözleşmelerinin Devleti ayrıcalıklı bir konuma getirmesi düşüncesine dayanarak sözleşme hükümlerini Hükümet açısından daha elverişli olacak şekilde revize etmiştir. Danistay ayrıca ihtilafların uluslararası tahkime götürülmesine ilişkin hükümlerin YID sözleşmelerinde yer almasını da, bu tür sözleşmelerden kaynaklanan ihtilafların çözümü konusunda münhasır yetkisi olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir.

Anayasa, imtiyaz kavramını tanımlamamaktadır ve bu kavram ilmi ve kazai içtihatlar tarafından geliştirilmiştir. Danistay, imtiyazi, bir kamu hizmetinin idari bir sözleşme vasıtasıyla özel sektöre bırakılması şeklinde tanımlamaktadır. Burada “idari sözleşme” kavramı, bir kamu kuruluşunun taraf olduğu, bir kamu hizmetinin gördürülmesini konu alan ve özel bir kuruluşa “ayrıcalıklar ve üstün haklar” tanıyan bir sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu tür sözleşmeler aynı zamanda Idare Hukukuna tabidirler. Anayasa Mahkemesi, 1994/42-2 sayılı kararında imtiyazi şu şekilde tanımlamaktadır:

“Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kisisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir "idarî sözleşme" uyarınca özel hukuk kisilerince yürütülmesine imtiyaz denir... Bu açıklamalar karşısında 3096 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-islet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, bu Yasa'ya göre yapılan görevlendirme ve işletme hakkının devri sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür...”

C. 4283 Sayılı Kanun

1996 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının enerji projelerinin gerçekleştirilmesi konusundaki engelleri aşmak amacıyla, Bakanlık 1996 yılında Yap Islet (“YI”) modelini yaratmıştır. Bu model ilk olarak 96/8269 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile oluşturulmuş ve bu kararın yerini 1997 yılında Elektrik Enerjisi Üretim Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ve Enerjinin Yap-İslet Modeliyle Satılmasına Dair 4283 Sayılı Kanun almıştır.⁷

4283 Sayılı Kanun uyarınca, TEAS, elektrik santrallerinin kurulmasına ve iletilmesine ilişkin olarak (enerjinin hidroelektrik, jeotermik, nükleer ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları kullanılarak üretilmesi hariç) ihaleler açmakta ve yerli ve yabancı şirketlerin yaptıkları başvuruları almaktadır. Verilen tekliflerin/yapılan başvuruların değerlendirilmesinin ardından, TEAS değerlendirmesini Bakanlığa sunmaktadır ve eğer “uygun bulunursa”,

⁷ 23054 sayılı ve 19 Temmuz 1997 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Bakanlık, santralin kurulması ve işletilmesi için “yetki” (lisans) vermektedir. YID modelinin aksine, 4283 Sayılı Kanun, Görevli Sirketlerin üretim tesislerinin maliki olmasına imkan vermekte ve bu tesislerin ileri bir tarihte Bakanlığa devredilmesini zorunlu kılmamaktadır. YI modeli, 4283 Sayılı Kanun’un kabul edilmesini takip eden birkaç yıl boyunca başarıyla uygulanmış, bes YI projesi başarıyla finanse edilmiştir.

D. 4446 Sayılı Kanun

Anayasa Mahkemesi’nin 1996 tarihli kararının ve Danistay’ın imtiyaz sözleşmesinden doğan ihtilafların uluslararası tahkimde çözümlenmesini reddeden görüşünün bir sonucu olarak, YID projelerine uluslararası finansman bulmak imkansız hale gelmiştir. Bu sorunun farkında olan kanun koyucu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair 4446 Sayılı Kanunu⁸ (“4446 Sayılı Kanun”) kabul etmiştir. Meclis, bu kanunu kabul ederken, çeşitli hukuki sorunların “*yabancı sermayenin Türkiye’de yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden oldukları*”ni belirtmiş ve “*Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların çözümü, önemli bir yer tutmaktadır... Bütçe kaynakları kit, ihtiyaçları sınırsız olan ülkelerde, tabii kaynakların işletilmesi, çağdaş teknolojilerin ekonomiye kazandırılması amacıyla yabancı sermayenin yatırım yapmaya teşvik edilmesi, kalkınma yolunda önemli bir araç oluşturmaktadır*” ifadeleri yer almıştır.⁹

4446 Sayılı Kanun, Anayasa’nın 47. Maddesinde değişiklik yaparak esasen kamu tarafından yerine getirilmesi veya yapılması gereken hizmetleri ve yatırımları imtiyaz olmayacak ve özel hukuka tabi olacak bir şekilde özel kuruluşlara devretmesine veya yaptırmasına imkan sağlamıştır. 4446 Sayılı Kanun, aynı zamanda Anayasa’nın 125. Maddesini de değiştirerek, kamu hizmetine ilişkin “yabancılik unsuru” taşıyan sözleşme ve lisanslardan kaynaklanan ihtilafların ulusal veya uluslararası tahkime götürülebilmesine imkan tanımıştır. Nihayet, 4446 Sayılı Kanun, Anayasa’nın 155. Maddesini değiştirerek, Danistay’ın imtiyaz sözleşmelerine ilişkin görüşlerini bu sözleşmelerin kendisine sunulmasından itibaren iki ay içinde bildirmesini zorunlu hale getirmiştir. Bu değişiklik neticesinde, Danistay’ın “inceleme kurumu” niteliği, “görüş veren kurum” seklini almıştır.

4446 Sayılı Kanun’un kabul edilmesinin ardından, yeni Anayasa değişikliklerinin uygulanması amacıyla kanun koyucu birçok yeni kanun çıkarmıştır.

E. 4492 Sayılı Kanun

Anayasa’nın 125 ve 155. Maddelerinde yapılan değişikliklerin bir yansıması olarak, 2575 Sayılı Danistay Kanunu’nun ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair 4492 Sayılı Kanun¹⁰ ile adı geçen kanunlar değiştirilmiştir.

F. 4493 Sayılı Kanun

Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İslet-Devret Modeliyle Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair 4493 Sayılı Kanun¹¹ (“4493 Sayılı Kanun”),

⁸ 23786 sayılı ve 14 Ağustos 1999 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁹ 4446 Sayılı Kanun’un Gereçesi, Seri No. 109, Dönem: 21, Yasama Yılı: 1, Cilt: 55, Oturum: 58, s.42, “<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss109m.htm>”.

¹⁰ 23913 sayılı ve 21 Aralık 1991 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹¹ 23914 sayılı ve 22 Aralık 1991 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa'nın 47. Maddesinde yapılan değisikliğin uygulanması amacıyla ıkarılmıstır. Özellikle, 4493 Sayılı Kanun, 3996 Sayılı Kanun'da yaptığı değisikliklerle, (i) Kanunun kapsamını, "*elektrik üretimi, iletimi, dağitimi ve ticareti*" ni de kapsayacak sekilde genişletmiştir; (ii) bu kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin özel hukuka tabi olacağını düzenlemiştir. Böylece, 4493 Sayılı Kanun ile 1996 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı hükümsüz kılınmış ve gelecekteki YID projelerinin tamamı idare hukukunun kapsamından çıkarılarak özel hukuk kapsamına alınmıştır.

4493 Sayılı Kanun ile imtiyaz sözleşmesi imzalamış olan YID projelerinin de belli şartlar altında bu Kanun hükümlerinden faydalanabilmesi amaçlanmıştır. Ancak, buna ilişkin hüküm, hukuki sorunlara sebep olacağı gerekçesiyle Meclis Genel Kurulu'nda Kanuna ilişkin görüşmeler esnasında geri çekilmiştir.

G. 4501 Sayılı Kanun

Kamu Hizmetlerine İlişkin İmtiyaz Lisanslarından ve Sözleşmelerinden kaynaklanan İhtilafların Tahkime Götürülmesinde Takip Edilecek İlkelere Dair 4501 Sayılı Kanun¹² ("4501 Sayılı Kanun"), Anayasa'nın 47. ve 125. Maddelerinde yapılan değisiklerin uygulanması amacıyla kabul edilmiştir. 4501 Sayılı Kanun, "yabancılık unsuru" taşıyan imtiyaz lisans ve sözleşmelerine ilişkindir.¹³

4501 Sayılı Kanun, yabancılık unsuru içeren imtiyaz sözleşmelerinin taraflarına ihtilafları uluslararası veya ulusal tahkime götürme hakkı tanımaktadır. Buna ilave olarak, 4501 Sayılı Kanun'un 7. Maddesi, mevcut imtiyaz sözleşmesi bulunan YID projesi şirketlerine, Hükümetten imtiyaz sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesine dönüştürmeyi talep etme hakkını tanımıştır. Şirketlerin bu tür bir başvuruyu 4501 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içerisinde ilgili idareye yapması gerekiyordu ve bunun üzerine ilgili idare Bakanlar Kurulu'na imtiyaz sözleşmesini özel hukuk sözleşmesine dönüştürmek için başvuruda bulunmak zorundaydı. Bakanlar Kurulu'nun kararının ardından, sözleşmenin "*Bakanlar Kurulu kararını takip eden üç ay içerisinde özel hukuk hükümlerine göre, ve uluslararası finans temin etmek için gerekli kriterler ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama anlaşmaları dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi*" gerekiyordu.

Her ne kadar 4501 Sayılı Kanun Bakanlık mevcut sözleşmelerin hükümlerini yeniden görüşme konusunda yetkilendirmemiş olsa da, uygulamada Bakanlık, 4501 Sayılı Kanun'un 7. Maddesi uyarınca yapılacak başvurular hakkında işlem yapmak için bir koşul olarak ilgili şirketlerden sözleşmelerinin bir takım esaslı ticari hükümlerini yeniden görüşmeyi talep etmiştir. Bakanlık, sözleşmelerinin hükümlerini yeniden görüşmeyi veya Bakanlığın taleplerini reddeden şirketlerin başvuruları hakkında işlem yapmayı reddetmiştir.

H. 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu

Türkiye'de enerji piyasalarının serbestleştirilmesi çabalarının bir parçası olarak kanun koyucu, 3 Mart 2001 tarihinde Elektrik Piyasası Kanunu'nu kabul etmiştir. Bu Kanunun amacı, özel hukuka tabi ve rekabetin hakim olduğu bir enerji piyasasını yaratmak ve bu piyasanın düzenlenmesi için yeni bir yasal çerçeve yaratmaktır. Elektrik Piyasası Kanunu, elektrik üretilmesi, iletimi, dağitimi, toptan satışı, perakende satışı, ithalati ve ihracatı

¹² 23941 sayılı ve 22 Ocak 2000 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹³ 4501 Sayılı Kanun'un 2. Maddesi "yabancılık unsurunu" imtiyazda en az bir yabancı ortanın bulunması veya yabancı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat anlaşmalarının imtiyazı uygulamak açısından gerekli olması şeklinde tanımlamaktadır.

konularini ve bu faaliyetlerle istigal eden kuruluslarin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Kanun ayni zamanda Enerji Piyasasi Düzenleme Kurumu adinda yeni bir düzenleyici kurumun kurulmasini da öngörmekte ve elektrik üretim ve dagitim varliklarinin özelleştirilmesinde izlenecek usulleri de belirlemektedir.

Elektrik Piyasasi Kanunu'nun gerekçesinde, bu kanunun kabul edilmesinin en önemli nedenlerinden bir tanesi olarak “*serbest piyasa kosullarinda elektrik piyasasinin yeniden yapilandirilmesi*” gösteriliyordu ve bunun için de “*enerji yatirimlarindaki özel sektör payinin artmasi ve bu artisa imkan verecek hukuki ve düzenleyici temelin olusturulmasi*” gerektiği belirtiliyordu.¹⁴ Esasinda, Elektrik Piyasasi Kanunu Türkiye'nin Uluslararası Para Fonu'na (“IMF”) ve Dünya Bankasi'na verdiği taahhütlerin bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Bu taahhütler, Türkiye'nin 1990'li yıllarin sonlarına dogru kötüleşen mali durumuna ilişkin olarak IMF ve Dünya Bankasi ile yaptığı görüşmeler kapsamında verilmiştir. Dünya Bankasından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanına gönderilen 9 Kasim 1999 tarihli bir mektupta su ifadeler yer aliyordu: “*Bu kötüye gidisin ilk nedeni TEAS'in YID'lerden yaptığı enerji alimlarindaki ani artis ve ikinci olarak da TEAS'in TEDAS'a sattigi enerjinin fiyatından daha yüksek fiyata enerji satan oto-produktörler olarak görünmektedir...*”¹⁵ Dünya Bankasi ayrıca sunlari belirtiyordu:

*“Bu durumun, TEAS'in durumu daha da kötüye gitmeden ve Hazine'nin üzerinde büyük bir yük teskil etmeden veya mali yükümlülüklerini yerine getirmesinde temerrüde düsmeden önce, düzeltilmesi gerekmektedir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanligi'nin ve TEAS'in sirketin mali durumunun düzeltilmesi için bir mali iyileştirme plani hazirlamasini tavsiye ediyoruz. Sirketin mali durumunun iyileştirilmesi için atilabilecek adimlar arasında sunlar yer almaktadır: ... YID'ler ve otoproduktörler ile satis anlasmalarinin, eger imkan dahilinde ise, tekrar müzakere edilmesi... Türkiye su anda oldukça büyük rezerv marjına sahip olduğu için hukuki anlasmalari tamamlanmamis YID'lerin ertelenmesi.”*¹⁶

Türkiye, IMF'ye gönderdiği 18 Aralık 2000 tarihli Niyet Mektubunda su ifadeler yer aliyordu:

*“Bir elektrik piyasasi kanunu Parlamento'ya sunulacaktır . Bu kanun (i) tarife politikasi üzerinde tam yetkiye sahip bagimsiz bir düzenleyici kurum olusturmaktadır, (ii) devlete ait enerji üretim santralleri ve dagitim sirketlerinin dogrudan satisina yönelik bir çerçeveyi belirlemektedir, (iii) devlete ait enerji üretim ve dagitim sirketleri için işletme haklarinin devrine ilişkin finansman işlemlerinin tamamlanmasi amaciyla son tarih olarak 31 Mart 2001'i belirlemektedir. Bu kanunun 2001 Ocak ayi sonuna kadar hayata geçirilmesi yapisal performans kriteridir.”*¹⁷

teklifi sundugunu belirtiyordu.

¹⁴ Elektrik Piyasasi Kanunu'nun Genel Gerekçesi, Seri No. 597, Dönem: 21, Yasama Yili: 1, Cilt: 6, Oturum: 35, s.382, “<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss597m.htm>”.

¹⁵ Dünya Bankasından Ajay Chhibber'in Enerji Bakanligından Dr. Yurdakul H. Yigitgüden'e yazdığı 9 Kasim 1999 tarihli mektup.

¹⁶ *Ibid.* s. 2.

¹⁷ Türkiye Hükümetinin IMF'ye gönderdiği 18 Aralık 2000 tarihli Niyet Mektubu.

18 Aralık 2000 tarihli bu Niyet Mektubunda sözü edilen kanun, Elektrik Piyasası Kanunu'dur.

Bu mektupta belirtilen rekabetin ve özel hukukun hakim olduğu bir enerji piyasası hedefine ulaşılabilmesi için Elektrik Piyasası Kanunu, kamu üretim ve dağıtım tesislerinin genel özelleştirme mevzuatı çerçevesinde, yani 4046 Sayılı Kanun¹⁸ uyarınca özelleştirilmesini öngörmektedir. Elektrik Piyasası Kanunu, Giriş bölümünde de belirtildiği üzere, TEAS'in üç ayrı kuruluş olarak yeniden yapılandırılmasını da öngörmektedir ve özel kuruluşların enerji piyasasına girmesine ilişkin birçok hüküm içermektedir.

Elektrik Piyasası Kanunu, kendisinden önceki enerji mevzuatını (3096, 3996 ve 4501 Sayılı Kanunlar) ilga etmemektedir. Diğer taraftan, önceki mevzuat kapsamında başlamış olan projeler için açık bir istisna da öngörmemektedir. Böylece, Elektrik Piyasası Kanunu ile önceki mevzuat arasında doğacak her türlü çelişki, ortaya çıktığı anda somut olaya göre çözümlenmek zorunda kalacaktır.

Buna karşın, Elektrik Piyasası Kanunu, mevcut YID projelerini iki açıdan etkilemiştir. TEAS ile henüz bir enerji satım anlaşması imzalamamış olan projeler için Elektrik Piyasası Kanunu yeni bir sınırlama getirerek bu enerji satım anlaşmalarını bir yılı geçmeyecek şekilde sınırlanmıştır. Önceleri proje şirketleri, imtiyaz sözleşmelerinin veya uygulama anlaşmalarının süreleri kadar süreler için enerji satım anlaşmaları yapmaktaydılar.

İkinci değişiklik ise tüm YID projeleri açısından hayati öneme sahip olan Hazine garantilerine ilkindir. Önceden belirlenmiş az sayıdaki bazı projeler hariç olmak üzere (Geçici Madde 8(1)'de belirtildiği üzere), Elektrik Piyasası Kanunu bu garantileri tüm mevcut ve gelecekteki projeler için kaldırmıştır. Buna ilave olarak, halen garanti alabilecekleri belirtilen önceden belirlenmiş projeler için de, Geçici Madde 8(1) sadece 2002 yılı sonuna kadar işletmeye alınan projelerin bu Hazine garantisini alabileceklerini düzenliyordu.

Geçici 8(1) Maddesi (bazı İHD sözleşmelerini iptal eden Geçici 4(1) Maddesi ile birlikte), Mayıs 2001 tarihinde Anayasa'ya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. 13 Subat 2002 tarihinde, Anayasa Mahkemesi iddiayı kabul ederek her iki maddeyi de iptal etmiştir.¹⁹ Anayasa Mahkemesi, Geçici Madde 8(1) ile ilgili olarak, Hazine garantilerinin, önceki mevzuat kapsamında akdedilen mevcut sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası olduğunu ve proje şirketlerinin yatırımlar ve hizmetler taahhüt ederken, bu garantilerin verileceğini düşündüklerini belirtmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 2. ve 48. Maddelerinin (Bu maddeler sırasıyla hukuk devleti ve sözleşme yapma özgürlüğü ilkelerini düzenlemektedir) tarafların özgür iradeleriyle sözleşme yapma haklarını korumakta olduğunu ve geçerli mevcut sözleşmelerin yeni bir kanun çıkarılarak iptal edilemeyeceğini belirtmiştir. Böylece, Geçici Madde 8(1), taraflar arasında özgür iradeleriyle kabul edilmiş esaslı sözleşme hükümlerini tek taraflı iptal ettiğinden dolayı anayasaya aykırı bulunmuştur.

I. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, 4 Ağustos 2002 tarihinde Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'ni²⁰ ("Lisans Yönetmeliği") çıkarmıştır. Lisans Yönetmeliği, lisansların türlerini

¹⁸ 4046 Sayılı Kanun, varlıkların satışı ve hisse devri yoluyla özelleştirmeye imkan vermektedir.

¹⁹ E. 2001/293, K. 2002/28 ve E. 2001/398, K. 2002/29 sayılı ve 13 Subat 2002 tarihli Anayasa Mahkemesi kararları.

²⁰ 24836 sayılı ve 4 Ağustos 2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

ve basvurusuna, degerlendirilmesine, verilmesine ve sona ermesine iliskin ilkeleri düzenlemektedir. Her ne kadar Elektrik Piyasasi Kanunu Kurum'a mevcut YID projelerini tadil etme veya degisiklikleri zorla kabul ettirme hakki vermemis ise de, Yönetmeliğin Geçici 2(2) Maddesi su sekildedir: *“Birinci fıkra kapsamındaki tüzel kisilere Kurum tarafından, mevcut sözleşmelerinin içeriklerine göre lisanslarına derç edilmek üzere, Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçisi kolaylastiracak hükümler önerilir ve bu hükümler hazirlik, geçis ve uygulama dönemleri olmak üzere üç asamali olarak düzenlenerek lisanslara derç edilir.”*²¹

Anayasa Mahkemesi'nin Subat 2002 Kararında belirttiği gibi, taraflarin özgür iradeleriyle akdettikleri bir sözleşme kanun ile degistirilemez. Böylece, Lisans Yönetmeliği, mevcut sözleşmeler açısından, Anayasa'nin sözleşme özgürlüğü ilkesine aykirdir, zira mevcut sözleşmelerin degistirilmesini öngörmektedir. Buna ilave olarak, Anayasa'nin 124. Maddesi uyarınca, yönetmelikler ancak bir kanunun uygulanmasi amaciyla ve o kanun ile çelismemek sartıyla çikarilabilirler. Sonuç olarak, Elektrik Piyasasi Kanunu'nun uygulanmasina iliskin Yönetmeliğin Geçici 2(2) Maddesi, mevcut sözleşmelerin yeniden görüsülmesi yükümlülüğünü getirerek Kanunda olmayan bir yükümlülük sevk etmesi dolayisiyla Anayasa'nin 124. Maddesine aykirdir.

Mevcut YID projelerinden bazilari bu hükmün söz konusu gerekçelerle iptali istemiyle Danistay'da dava açmis olu söz konusu davalar halen devam etmektedir.

²¹ Maddenin 24936 sayili ve 14 Kasim 2002 tarihli Resmi Gazete'de yayimlanan Yönetmelik ile degistirilmis metnidir.