

uluslararası tahkim

Sayın Milletvekili,

Tarihsel bir karar arifesindediniz. Ya tarihe altın harflerle yazılacak ya da kötüler arasında yer alacaksınız. Bu hafta içerisinde görüşeceğimiz ve sizlerin oylarıyla belirlenecek olan Anayasa değişiklikleri bugüne kadar uygulamaya yönelik yürüttüğümüz yasama kararlarından çok farklı.

Bilindiği gibi tahkimle ilgili tepkiler, bir kaç kişi yada örgütle sınırlı kalmayıp toplumun değişik kesimlerinde duyarlılıklar yaratmıştır. Bu tepkilere ve duyarlılıklara kulak verilmelidir.

Hepinizin en az bizim kadar bildiğinizden emin olduğumuz kapitülasyonlar süreci ve ondan ancak Ulusal Kurtuluş Savaşı ile kurtulabildiğimiz sürecini bir kez daha hatırlamak, dünyadaki tahkim örneklerini sizlerle paylaşmak ve en önemlisi enerji üzerine başlatılan tahkim tartışmalarının nasıl bir talan ve soygunu hedeflediğini ekte bilgilerinize sunmaktayız.

Sayın Milletvekili,

Uluslar arası tahkim tam bir kapitülasyondur. Amacı kar olan özel şirketlerle amacı kamu yararı olan devletlerin eşit olamayacağı için aralarında tahkim olamaz.

Küreselleşme diye adlandırılan dönemde çok uluslu şirketlerle, IMF ve Dünya Bankasının öne çıkan en etkin politikaları "özelleştirme" olmuştur. Bir çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de "özelleştirme" bir kurtuluş olarak lanse edilmiştir. "Ulus - Devlet" ve "Ulusal Hukuk düzeni" özelleştirme

politikalarının önündeki engeller olarak görülmüştür.

Özelleştirmeler sonucunda, verimliliğin artacağı, işsizliğin azalacağı, sermayenin tabana yayılacağı, hizmet kalitesinin artacağı ve ucuzlayacağı propagandası tüm medya güçleri aracılığıyla yapılmış, halkın önemli bir kısmı özelleştirme konusunda ikna edilmişti. Özelleştirmelerin uygulanması sonucunda denilenlerin tersine, gelir dağılımı bozulmuş, ücretler düşmüş, işsizlik artmış, kamu işletmeleri mafya holdinglerine peşkeş çekilmiş, yolsuzluklar artmış kısacası özelleştirme tam bir "yıkım", "saldırı", "talan" özelliğini taşımıştır.

Özelleştirmeden elde edilen gelirler, 4.900.000.000 (dörtmilyardokuzyüz milyon) \$ ve özelleştirme için yapılan harcamalar 4.600.000.000 (dörtmilyaraltıyüz milyon) \$ kadar olmuştur. Oysa özelleştirmeci hükümetler, özelleştirme gelirlerinin bütçeye aktarılması, bu gelirlerin yeni yatırımlara aktarılmaması için yasa (4046 sayılı) bile çıkartmışlardı.

Şimdi, özelleştirme lobileri ve yandaşları ağız değiştirmeye başladılar. Önceleri verimlilik, kalite, sermayenin tabana yayılması gibi ifadeler kullanıran bu lobiler, artık özelleştirmelerle dış borçların kapatılmasını istemeye başladılar. (Tıpkı 1881'de Düyun-u Umumiye İdaresi gibi.)

Ülkemiz nasıl AB'ye üyeliği kabul edilmeden yerli üretimi koruyucu hiç bir önlem almadan Gümrük Birliği'ni kabul etmiş ve bir dizi sektörün tasfiyesine neden olmuşsa bugün de uluslararası tahkimi kabul ederek ulusal enerji şebekemizi, sanayinin can damarını uluslararası tekellerin kar hırsına terkedecektir. Enerji, haberleşme, eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik bir ülkenin en önemli sektörleridir. Bu sektörler ulusal olmak ve kamuda olmak zorundadır.

Bugün maalesef memur maaşlarını, tarım fiyatlarını (IMF, destekleme alımlarından vazgeçilmesini istiyor oysa ABD kendi çiftçisine çiftçi başına yılda ortalama 29 bin \$ teşvik vermektedir. Yine AB ülkeleri tarımlarına yıllık 47 milyon-247 milyon \$ teşvik vermektedirler), SSK politikasını (sosyal güvenliğe merkezi bütçeden en az pay ayıran ülke yüzde 3 ile Türkiye'dir. AB'de bu oran ortalama yüzde 30'dur.)

155

IMF belirliyor. Yani ulusal politikalarımızı da yabancılar belirleyeceklerdir.

Bugün parlamentodaki hiç bir parti 18 Nisan 1999 seçimlerinde "Uluslararası tahkimi savunuyorum ve iktidara gelince Anayasamızı buna göre değiştireceğim" dememiştir. Vatandaşın böyle bir yetki istemeyen bir parlamento, bu konuda doğal olarak halktan yetki almalıdır. Eğer Anayasamız bu şekilde değişecekse bunun yolu halka gitmektir. Yani referandumdur.

Bizler, ülkenin doğal kaynaklarının, geleceğinin, egemenlik hakkının çok uluslu şirketlere sunulmasına seyirci kalmayacak, bu ihanet politikalarına karşı mücadelemizi yükselteceğiz. Uzun uğraşlar sonucu kazanılan bağımsızlığımızı bir gaflete kurban etmeyelim. Bu ülkeyi sevenlerin öncelikle yapması gereken ekonomik ve siyasal bağımsızlığı korumaktır. Sizlerin de oynanan oyuna seyirci kalmayacağınızı umut ediyoruz

Saygılarımızla,

TMMOB - EMO Yönetim Kurulu - 10 Ağustos 1999

*Bu önsöz Tahkime Yönelik Anayasa değişikliği öncesi tüm milletvekillerine gönderilen ve EMO ile Enerji-Yapı Yol-Sentin ortak yayını Uluslararası Tahkim kitabında kullanılmıştır.

BİR YIKIM SÜRECİ OLARAK KAPİTÜLASYONLAR

Kapitülasyon Fransızca'dan dilimize girmiş bir kavram olup, "yabancı uyruklulara tek taraflı olarak bahşedilen ya da anlaşmalarla verilen hak ve ayrıcalıklar" olarak tanımlanır. Başlangıçta yabancılara verilen yargı imtiyazlarını ifade eden sözcük, giderek yabancı uyruklulara ya da yabancı devlete verilen her türlü ayrıcalığı kapsayacak biçimde anlam genişlemesine uğramıştır.

1569'da II. Selim ile başlayan imtiyazlar süreci Osmanlı Devletini ne hale getirmişti hep birlikte hatırlayalım.

1569'dan sonra Fransızlara 1581, 1587, 1604, 1673 ve 1740'da altı kez daha kapitülasyon verildi. Aynı dönemde başka ülkelere de kapitülasyon verildiyse de en önemli ayrıcalık Fransızlara tanındığından bu dönem (1569 - 1740) tarihte "Fransız Kapitülasyonları Dönemi" olarak anılır. 1740'dan sonra çeşitli ülkelere, 1747'de ve 1771'de Avusturya'ya, 1756'da Danimarka'ya, 1761'de Prusya'ya, 1782'de İspanya'ya, 1783 ve 1829'da Rusya'ya, 1809'da İngiltere'ye, 1830'da ABD'ye ve 1834'te Portekiz'e çeşitli kapitülasyonlar verildi. Ancak 1838'de İngiltere ile yapılan daha sonra diğer ülkelerle devam eden

Ticaret Antlaşmaları yani kapitülasyonlar tarihsel bir dönüm noktasıdır. Bu kapitülasyonlarla yabancılara verilen ayrıcalıklar Osmanlı'nın kendi vatandaşlarına verdikleri haklardan fazlaydı. Yabancı tüccarlar sınırsız ayrıcalıkla ve vergi ödemeden ve denetimden uzak olarak her işe girdiler. Daha sonra bu kapitülasyonlar Osmanlı Devleti içindeki azınlıklara da tanındı. Devletin tüm gelir kaynakları kapitülasyonla bağlanmış olduğundan, 1854'te Kırım Savaşı'nın finansmanı ile başlayan dış borçlanma gündeme geldi. Dış borçlanmayı da mali iflas izledi. 1881'de Düyun-u Umumiye İdaresi kurularak bazı gelirlerin denetimi yabancılardan oluşan bir kurula verildi. Düyun-u Umumiye ile Osmanlı Devleti sadece ekonomik bağımsızlığını kaybetmiş olmakla kalmıyor, aynı zamanda mali bir esarete de girmiş oluyordu. Osmanlı Devleti kapitülasyonlardan kurtulma konusunda çeşitli girişimlerde bulunduysa da bunda içinde bulunduğu mali kriz nedeniyle başarılı olamadı.

Osmanlı Devleti kapitülasyon süreci sonuçları aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

- İpek yolu ticaret yolu olarak önemini yitirip, okyanuslar üzerinden ticaret yapılmaya başlandığında, ipek yolu üzerindeki köy, kasaba ve şehirlerde büyük bir ekonomik çöküş başlamıştı.
- Osmanlı, transit ticareten elde ettiği geliri korumak için Fransa, İngiltere, Hollanda, Avusturya, Rusya ülkelerine bir dizi ticari ayrıcalıklar tanıdı.

156

- Avrupalı tüccarlara, Osmanlı topraklarında serbestçe dolaşım, alım-satımda her türlü kolaylıklar tanınmış, vergileri yerli tüccarlara göre düşük tutulmuştu. Hatta hiç vergi alınmamıştır.
- Avrupalı tüccarlar, Osmanlı ülkesi içinde kendi mahkemelerini kurarak, ticari anlaşmazlıkları bu mahkemeler de karara bağlıyorlardı.
- Sonuçta, Anadolu'yu kapsayan ticaret ve tefecilik yabancıların ve azınlıkların eline geçti.
- Osmanlı, borçlarını ve faizlerini ödemeyecek hale düştü.
- Borçların ödenmesi için 1881 Yılında Düyun-u Umumiye İdaresi kuruldu.
- Borçlarına karşılık olarak, balıkçılık, tuz, tütün, ipek, pul ve alkolden alınan vergi ve damga resmi gibi gelirler bu meclis tarafından toplanmaya başlandı.
- Çeşitli Rejiler (birlikler) kuruldu. Vergi toplayan bu rejiler, vergi topladıkları köylülerle olan anlaşmazlık sonucunda 40 bin kişinin ölümüne neden olmuşlardı.

Ancak 1. Dünya Savaşı'nın çıkmasıyla Osmanlı Devleti kapitülasyonları kaldırdığını ilan etti. 1914'te "Memaliki Osmaniye'de bulunan ecanibin hukuk ve vezaifi" (Osmanlı ülkesinde bulunan yabancıların hak ve görevleri) ve 1915'te "Kavanini mevcudede uhudu atikeye müstenit ahkâmın lağvı hakkında kanun" (var olan yasalardaki anlaşmalara dayanan hükümlerin kaldırılması hakkında yasa) adlı yasalarla kapitülasyonları kaldırmaya karar verdi. Ancak Osmanlı Devleti 1. Dünya Savaşını kaybetti ve galip devletler bir kez daha Osmanlıya kapitülasyonları kabul ettirdiler.

Mustafa Kemal önderliğinde başlayan Ulusal Kurtuluş hareketi kapitülasyonları kesin olarak kaldırmaya karar verdi ve ilk olarak 16 Mart 1921'de Sovyetler Birliği ile antlaşma imzalandı. İmzalanan antlaşmanın 7. Maddesi "Kapitülasyon usulünün her ülkenin ulusal gelişmesinin özgürce sürmesi ve egemenlik haklarını bütünüyle kullanılmasıyla bağdaşmadığını kabul ederek, Türkiye'de bu yöntem ile herhangi bir biçimde ilişkili her türlü yetkilerin ve hakların kullanılmasını, geçersiz ve kaldırılmış sayar" hükmünü içermektedir.

Ulusal Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasından sonra Lozan'da batılı ülkeler kapitülasyonlarda ısrar ettiler ve Türkiye toplantıyı terk etti. Daha sonra yapılan toplantıda Osmanlı'nın birikmiş borçlarının yüzde 40'ı Türkiye'ye geri kalanı Osmanlı toprağında kurulan diğer ülkelere paylaştırıldı. Türkiye bu borçları taksitle 1954 yılına kadar ancak ödeyebildi.

Cumhuriyet'in ilanından sonra ise imtiyazların verilmesi hükümetlere değil TBMM'ne verilmiştir. Hatta 1961 Anayasası ile imtiyazların verilmesinde Danıştay yetkili olmuştur. Bilindiği

gibi 1982 Anayasası'nın 155. Maddesi ile de imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceleme yetkisi Danıştay'a verilmiştir.

Bazı Temel Kavramlar

Özel Yönetim - Kamu Yönetimi, Özel Hukuk - Kamu Hukuku

Bilindiği gibi yönetim, özel ve kamu olarak ikiye ayrılır. Özel yönetimin amacı kar, kamu yönetiminin amacı kamu yararadır. Bunlara uygulanan hukuk da özel hukuk ve kamu hukuku olarak ikiye ayrılır.

Kamu Hizmeti

Anayasa Mahkemesi 24 Ocak 1995 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 3974 Sayılı Yasa'nın iptali gerekçesinde; "Anayasa yargısı alanında bir hizmetin 'kamu hizmeti' olup olmadığı ve bir sözleşmenin de 'imtiyaz sözleşmesi' yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir" ifadesini ve Kamu Hizmeti tanımında ise; "devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararına ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder." ifadesini kullanmıştır.

Kamu hizmeti tanımına giren hizmetler şunlardır; ulusal ve yerel savunma, belediye hizmetleri, demiryolu hizmetleri, eğitim, sağlık, elektrik, su, gaz, yol, baraj, liman, kanalizasyon, haberleşme, altyapı vb.

İmtiyaz

Kamu hizmetlerinin idari sözleşmeler yoluyla özel hukuk kişilerince yerine getirilmesidir. Anayasamızın 155. Maddesi gereğince imtiyaz sözleşmeleri Danıştay denetimine tabidir.

Maalesef Sayın Cumhurbaşkanı TRT 1'deki bir programda "Enerjiyi kamu hizmeti saymazsınız olur biter, eskiden

öyleymiş ancak şimdi öyle değil" diyebilmektedir. Her hangi bir hizmetin kamu hizmeti olup olmamasına yasa ile karar verilemeyeceğine, aksine her hangi bir hizmetin kamu hizmeti olmasına onun niteliğinin karar verdiği konusunda Anayasa Mahkemesi'nin kararları vardır.

Egemenlik ve Hukuk

Devlet, yönetenlerine iki önemli araç vermektedir. Birincisi "Egemenlik" tir ve devletin en geniş tanımı da "Egemen"dir. Devlet sınırları içinde, başka bir otorite ile eşit değildir. En yüksek yetki ondadır ve bu temel bir yetkidir. Başkasından alınmamıştır; doğrudan doğruya devletin devlet olmasından doğmuştur. Egemenliğin bir de dışa dönük yüzü vardır ve buna göre, devlet,

yaşadığı uluslararası düzende - yine egemenliğinden dolayı - öteki devletlerle - ilke olarak - eşittir. Başka devletlerce, ancak kendi isteği ile bağlandırılabilir. Bu özelliğine devletin bağımsızlığı denir.

Devletin en önemli ikinci aracı hukuk yaratma yetkisidir. Pozitif hukuku devlet ortaya koyar. Devlet toplumda hukuk yaratan tek merkez değildir, ancak bütün sosyal grupların irade ve kararlarına "uyulma zorunluluğu"nu, giderek "hukuksal" niteliği veren de devlettir.

Oysa MAI'yi ve Uluslararası tahkimi savunanlar neler diyor? Birlikte bakalım.

Dünya Ticaret Örgütü (WTO) eski başkanı Renato Regguiero'nun Ekim 1997'de UNTAC toplantısında delegelere yaptığı konuşmadan; şöyle diyor Regguiero: "...bugün WTO örgütünün kuralları, on yıl önce tasavvur bile edilemeyecek ölçüde standartlar, hizmetler, fikri mülkiyet, ticaretle bağlantılı yatırımlar ve bir dizi diğer ekonomik faaliyet alanını kapsamaktadır. Sığ bir entegrasyondan

daha derin bir entegrasyona, daha dar bir katılımdan daha geniş bir katılıma yönelidik ve şuraya yeni bir kural, buraya yeni bir üye ülke eklemenin ötesine geçtik. Sistemin doğasını değiştirdik. Bütünü parçalarının toplamından fazla olan, iç içe geçmiş çıkarlar ve sorumluluklar ağından oluşan, bağımlılaştırılmış ve bölünmez bir küresel ticaret mimarisi yarattık. Artık ayrı ulusal ekonomiler arasındaki etkileşimin kurallarını koymuyoruz, tek bir küresel ekonominin anayasasını yazıyoruz." (MAI'yi kastediyor)

WTO Komisyon Raporlarından; "...İlk anlaşmada sonuca ulaşılmaya bile, asıl konu yatırımları koruma altına almayı hedefleyen katı kuralları WTO içerisine dahil etmektir. (Burada sözü edilen "MILLENNIUM ROUND"da kapımızda dayandı.) Anlaşmanın liberalizasyon kurallarının daha da

kuvvetlendirilmesi ise geleceğe dönük görevlerimizin bir parçası olacaktır. GATT (Gümrük Tarife ve Ticaret Anlaşması) süreci bizlere, esnekliğe, kuralsızlığa dayalı, ülkeden ülkeye ve aşağıdan yukarıya bir anlayışla dizayn edilen anlaşmaların olağanüstü etkin olabileceğini kanıtlamıştır."

GATT anlaşmaları süreci dünyanın geri bırakılmış ve gelişmekte olan toplumlarına büyük acılar çektirmiş ve yarattığı WTO ile yeni acılar yaşatmaya devam edecektir.

GATT anlaşmaları süreci dünyanın geri bırakılmış ve gelişmekte olan toplumlarına büyük acılar çektirmiş ve yarattığı WTO ile yeni acılar yaşatmaya devam edecektir. Bu sürecin en önemli parçalarından biride Tahkim'di. Kuralsızlığın kurallaştırıldığı bir kurumun, hukuk kurumu hem de çağdaş bir hukuk kurumu olarak sunulması çok acıdır. Öyle sanıyoruz ki savunucular için de bu böyledir.

ICC (Uluslar arası Ticaret Odası) Genel Sekreteri Maria Cattau'nin bir demecinden; "Eğer gelişmekte olan dünyanın çıkarları doğrultusunda uluslar arası bir hukuk sisteminin en önemli parçası nedir diye soracak olursanız, bunun tek cevabı vardır: Yabancı yatırımların tek bir elden yönetilmesini sağlayacak kapsamlı bir yatırım anlaşmasıdır."

Ülkemizde Tahkimi savunan hukukçuların yaptıkları, hayatın tüm alanlarının, hala korunabilmiş değerlerini (en) egemen sermayenin çıkarları için - özel hukukun bir gereği olarak - terk etmek, kamu hukukunu olgusal olarak ortadan kaldırmaktan başka bir şey değildir. Yaşadığımız bu süreçte Truva Atı işlevini gören ve Galata Bankerlerinin avukatlığını yapanların gerçek yüzlerini tarih açığa çıkaracaktır.

Hukuk Kuralı

Çağdaş toplumlarda, devlet faaliyetlerinin büyük bölümü, hukuka dayanarak, hukuksal biçimler altında yerine getirilir. Anayasalar, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, idari kararlar,

mahkeme ilamları, vb. devlet iktidarının temel faaliyet araçlarıdır.

Kanunların Üstünlüğü - Sözleşmelerin Üstünlüğü

Uluslararası tahkimi tanımlamadan önce bu konuda hukuk sistemlerini irdelemek gereklidir. Böylelikle tahkimi anlamak ya da neden tahkimin yabancı sermaye tarafından ısrarla getirilmeye çalışıldığını anlamak olanaklı olacaktır. Dünyada bir Kıta - Avrupası hukuk sistemi, bir Anglo - Sakson ve Anglo - Amerikan hukuk sistemi bulunmaktadır.

Kıta - Avrupası hukuk sisteminde kanunların üstünlüğü geçerliken Anglo - Sakson ve Anglo -Amerikan hukuk sisteminde sözleşme hukukunun üstünlüğü ilkesi geçerlidir.

Türkiye Kıta - Avrupası hukuk sistemini benimsemiştir. Yani Türkiye'de kanunların üstünlüğü söz konusudur. Taraflı kim olursa olsun, yapılmış olan bir sözleşmede, kanuna, ahlaka ve adaba aykırı bir hüküm varsa bu hüküm geçersizdir.

Oysaki Anglo - Sakson ve Anglo - Amerikan hukuk sistemlerinde sözleşmelerin (iradenin) üstünlüğü ilkesi gereği bir sözleşme hükmü kanunlara aykırı dahi olsa eğer taraflar bunu kabul etmiş ise o sözleşme hükmü geçerlidir. Dolayısıyla Türkiye'de yabancı sermayenin uluslararası tahkim diye direktmesini bu anlamda düşünmekte yarar vardır.

Eğer, imzalanmış bir sözleşmede uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkim öngörülmüşse ve sözleşmeler baştan sona, tek bir tarafa - şirkete - menfaat sağlamaya yönelikse, çıkacak bir uyuşmazlıkta, sözleşmelere imza koyan şirketlerin (her ne kadar Türk şirketleri gibi görülseler de yabancı sermayenin belirleyen olması nedeniyle aslen yabancı şirketler) hemen hemen hepsinin Anglo - Sakson ve Anglo - Amerikan hukuk sistemlerine tabi şirketler olması ve tahkimin görüleceği yerin de (hakemlerin toplanacağı yerin) sözleşmelerin üstünlüğünün benimsendiği ülkeler olması nedeniyle, bu sözleşmeler Türk yasalarına ve kamu düzenine aykırı sözleşmeler bile olsa, haksız taraf Türkiye olacaktır. Çünkü, sözleşme ile taraflar serbest iradelerini (!) ortaya koymuşlar ve sözleşmeyi imzalamışlardır. Yani hiçbir hukuksal tartışma yapılmayıp, uyuşmazlık durumunda sözleşmede ne yazıyorsa o uygulanacaktır.

Uluslararası Tahkim (Hakem) Nedir?

İngilizcede "Arbitration" olarak geçmekte olan bu kelime Türkçe'ye tahkim olarak çevrilebilmektedir. Hakemlik (Tahkim) kurumunda uyuşmazlıklar genel olarak üç kişilik bir Hakem Kurulu tarafından çözümlenir. Bu Hakem Kurulu, biri davacı, biri davalı ve üçüncüsü ise davacı ve davalının mutabık kaldığı bir hakem ya da mutabık kalınmaması durumunda Hakemlik Kurumunun re'sen atayacağı bir hakemden oluşur. Hakem heyeti üyelerinin hukukçu olması gerekmez.

Hakemlik müessesesinde uyuşmazlık çözümü için tek ve temel ölçü taraflar arasında yapılmış olan sözleşme ya da anlaşma koşullarıdır. Hakemler uyuşmazlık çözümünde, tarafların sözleşme ya da anlaşma koşullarına uyup uymadıklarını inceler ve kararını verir. Hakem heyetinin karar alma sürecinde ve şirketlerin taraf olduğu anlaşmalar esas olduğundan, ulusal hukuk ya da evrensel hukuk normları ile insan, emek ve çevre hakları bu anlaşmalarda yer almadığı için hakem komisyonlarının yegane bakış açısı ya da kriteri de şirket haklarının ve karlılığının korunması olmaktadır.

Dünyada uluslararası ticaret ve yatırım anlaşmalarında yer alan ve genel kabul görmüş üç Hakemlik müessesesi bulunuyor. Bunlardan en eskisi 1923 yılında oluşturulan ve bugün de kullanılan ICC-Uluslararası Ticaret Odasının Tahkim Komisyonu, ikincisi Birleşmiş Milletler Örgütü'nün UNCITRAL Tahkim Komisyonu ve üçüncüsü Dünya Bankasının ICSID - Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi isimli Tahkim Komisyonudur.

Bu üç Hakemlik Kurumunun dışında WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün Hakem Heyeti), Avrupa Birliği Hakem Heyeti, İTO (İstanbul Ticaret Odası Hakem Heyeti) gibi çeşitli Hakemlik Kurumları da vardır. Ayrıca koşulları taraflar arasında yazılabilen Hakem Kurumları da kurulabiliyor. Bu özel hukuk alanındaki hakemlik kurumudur ve şirketler arasındaki ilişkilerde kullanılır.

Uluslararası Tahkim(Hakem) Ne Değildir?

Asla bir mahkeme ve hukuk kurumu değildir. Aksine oturumları gizli yapılan özel bir toplantıdır. Yani aleniyet ilkesi geçerli değildir.

Ülkemizde Uluslararası Tahkim, bir uluslararası mahkeme ve bir çağdaş hukuk kurumu gibi sunuluyor. Ancak Uluslararası Tahkimin ulusal hukuk ya da evrensel hukuk normları ile hiçbir ilgisi yoktur. Ülkemizde Uluslararası Tahkimin

159

savunucularından Prof.Dr. Cemal Şanlı bile "Uluslararası Ticari Akidlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları" isimli kitabının 236. Sayfasında "Uluslararası ticaret camiası, milli ve milletlerarası kanun koyucularını zorlamış ve hukuki bakımdan uluslararası tahkimin gelişmesini sağlamıştır" demektedir.

Çeşitli tahkim kurumlarının ya da sözleşmelerde yer alan özel hakemlik kurumlarında genellikle üç hakem bulunur. Hakemlerin uyuşmazlık halinde temel aldıkları tek ölçü taraflar arasında yapılan sözleşme şartlarıdır. Sözleşme şartları dışındaki hiçbir ulusal ve uluslararası hukuk normlarını dikkate alınmaz ve hakemlik müessesesi her davada farklı bir sözleşmeyi esas aldığı için, evrensel ve değişmez hukuk kuralları oluşturulamaz. Hukuken geçerli mahkeme oluşumunda savcı (İddia Makamı), avukat (Savunma Makamı) ve yargıçtan (Karar Makamı) oluşan bir yapı vardır. Mahkemelerde davalara ulusal ya da uluslararası yazılı hukuk normlarına göre bakılır ve karara bağlanır. Uluslararası hakem (Tahkim) heyetlerinde hukukçu bulunması gerekmez. Hakem heyetinin aldığı kararlar kesindir ve tarafların bir üst hakeme gitme hakkı yoktur. Bu durumda Uluslararası hakemlik kurumunun çağdaş hukuk ile bir ilgisi yoktur ve olamaz.

Ülkemizde Tahkim Geçerli mi?

Hakemlik (Tahkim) Kurumu, ülkemiz hukukuna ilk olarak 1926 yılında Usul Hukuku Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. Maddeleri arasındaki düzenlemeler ile girmiş, istisnalar dışında isteğe bağlı bir çözüm yolu olarak kabul edilmiştir. Bu yasa maddelerinde hakemlik müessesesi yalnızca şirketler arasındaki ticari ilişkileri kapsamaktadır. 27.05.1988 tarihinde kabul edilen 3460 sayılı kanunla Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku

hakkındaki Kanun ile ICSID (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi) ihtilafların çözüm merkezi olarak kabul edilmiştir. ICSID hakemlik müessesesi Dünya Bankası'nın merkezi içinde olacak (ICSID Madde-2) ve başkanı da Dünya Bankası'nın başkanı olacak (ICSID Madde-5). ICSID'in yatırım ve ticaret uzmanları listesine her üye devlet (arabulucu ve hakemler paneline) dörder kişi atayacak, başkan her iki panele onar kişi atayacak (ICSID Madde-13). Böyle bir yapılanmadan Dünya

Böyle bir yapılanmadan Dünya Bankası'nın isteğinin dışında bir kararın çıkmasının mümkün olmayacağı, güçlü devletlerin ya da ulusötesi sermaye şirketlerinin ICSID ve benzeri kuruluşlarda dava kaybetmelerinin söz konusu olmadığı ortadadır.

Bankası'nın isteğinin dışında bir kararın çıkmasının mümkün olmayacağı, güçlü devletlerin ya da ulusötesi sermaye şirketlerinin ICSID ve benzeri kuruluşlarda dava kaybetmelerinin söz konusu olmadığı ortadadır.

Ülkemizde Anayasa değişikliğinin gereksiz olduğunu ancak uluslararası tahkimin kabul edilmesi gerektiğini savunan tahkim taraftarları, Yargıtay'ın Temyiz mekanizmasını öne sürerek bağımsız yargı yolunun açık olacağını iddia etmektedirler. Oysa 2675

sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 43 - 45. Maddelerinde düzenlenmiş olan yabancı hakem kararlarının uygulamasına ilişkin husus "Tahkim kararının yerine getirilmesi ile ilgili istemi inceleyen Mahkeme, hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı olduğu, hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün olmayan bir konuya ilişkin olduğu taktirde kararın uygulanması istemini red eder" madde 45. Anlaşılacağı gibi temyizın uygulama alanı yok denecek kadar dar tutulmuştur. Halen dünyada yaşanan yatırım uyuşmazlıklarının hiçbirinin temyizın alanına girmemesi ilginçtir. Ayrıca ICSID Sözleşmesinin 54. Maddesinde "Her üye ülke bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içinde kendi devleti mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir" Bu hüküm çerçevesinde tahkim kararı temyizın alanına girse bile temyiz süreci gerçekleşmeden uygulanabilecektir.

Ayrıca ülkemizce, uzun yıllardan beri BIT (Bilateral Investment Treaties - Çift Taraflı Yatırım Anlaşmaları) adı altında kırkın üzerinde ülke ile ikili anlaşmalar imzalamış ve bu anlaşmalarda Devletten Devlete İşletilen Uluslararası Hakem (Tahkim) Kurumunu ICSID-Dünya Bankası, ICC Tahkimi Milletlerarası Ticaret Odası, UNCITRAL - Birleşmiş Milletler

kabul etmiştir. 1997 yılında kabul edilen 4238 sayılı Yİ (Yap İşlet) kanunu ile 1988'de ICSID'in kabul edildiği 3460 sayılı kanunun yürürlükten kaldırılması ve yapılan devletler arası ikili ve uluslar arası anlaşmalar yeniden gözden geçirilmesi gerekirken, hakemliğin (Tahkim) Anayasal kurum haline getirilmesi çabalarını anlamakta zorlanıyoruz.

MAİ ve benzeri serbest ticaret anlaşmalarına esas teşkil eden ve yatırımcıdan-devlete işleyen (yani yatırımcıların tek tarafı olarak devletlere dava açabildiği ve devletlerin yatırımcıları dava etme hakkının bile bulunmadığı bir sistem) hakem sistemini toplumlara dayatmaya çalışan ulusötesi şirketler, bugüne kadar söz konusu mekanizma üzerinden akıl almaz davalar kazanmış ve toplumları hakem (Tahkim) kararlarına mahkum ettirmişlerdir. Bugün ülkemizde yapılmak istenen Anayasal değişiklikler ile Şirketten Devlete İşleyen Hakemlik (Tahkim) Kurumu oluşturulmak istenmektedir. Hakem (Tahkim) konusunda söylenen ve yazılanların özü budur.

Uluslararası Tahkimin İşleyiş Biçimleri Nelerdir?

Uluslararası Hakemlik Kurumlarında üç ayrı uyumsuzluk çözüm yolu ve işleyişi vardır. Bunlar şirketten şirkete, devletten devlete ve şirketten devlete açılabilen uyumsuzluğun hakemlik yolu ile çözümlenmesi yöntemleridir.

Tahkim kurumu hukukun her alanında uygulamaya elverişli değildir. Ceza hukukunda ve boşanma gibi kimi kamu düzenini ilgilendiren özel hukuk alanlarında olduğu gibi, idare hukuku alanında da tahkim geçerli olamaz. İdarenin yapmış olduğu özel hukuk sözleşmeleri, nitelikleri gereği özel hukuk alanına dahil olup, bu tip sözleşmelerde tahkim yoluna gidilebilmesinin önünde her hangi bir engel yoktur. Ancak, idarenin kamu hizmetine ilişkin yapmış olduğu "idari sözleşmeler" sözleşmenin niteliği gereği (İdarenin zorunlu olarak üstün taraf olması sözleşmelerde özel hukuk kurallarını aşan unsurların bulunması vb.) idare hukuku alanı dışına çıkarılamaz. Ve bu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi haline getirecek tahkime de kapal olmak zorundadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri de gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanınması, gerekse idarenin hizmetin düzenli ve sürekli biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünde idari sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar.

Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin yargısal denetimi de idari yargının görev alanına girmektedir. Bu durumu anayasa ya da yasa değişikliği ile bertaraf etmek "yasallık" açısından uygun olabilir, ama asla "hukuki" ve "meşru" olamaz.

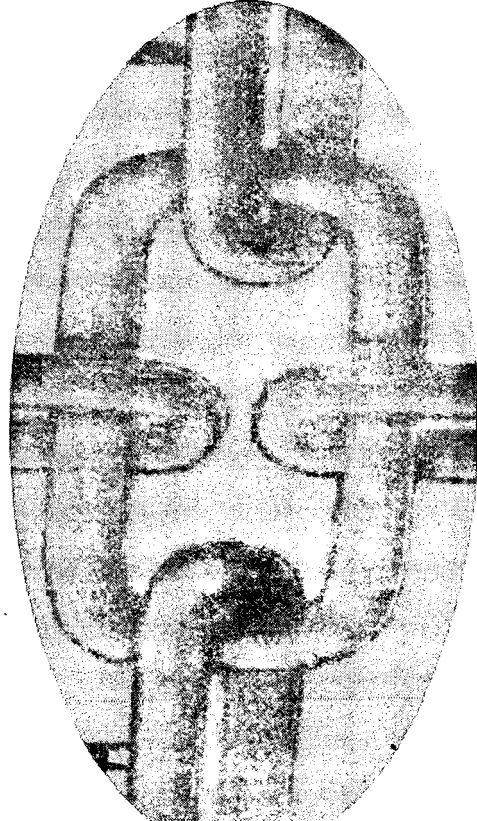
Şirketten Şirkete İşleyen Hakemlik (Tahkim) Kurumu

İlk Uluslararası Hakemlik Kurumu, şirketler arasındaki ihtilafların süre uzaması ve tarafların kar kayıplarının önlenmesi için oluşturulmuştur. Genellikle uluslararası iş yapan şirketler arasındaki sözleşmelerde ihtilafların çözümü için hakemlik kurumu kabul edilmektedir.

Devletten Devlete İşleyen Hakemlik (Tahkim) Mekanizması

Devletlerarası ikili, bölgesel veya küresel anlaşmalar kapsamında ortaya çıkan ticari uyumsuzlukların çözümlenme şeklidir. Ancak bu anlaşmalar devletler tarafından imzalandığı halde özel sektörü etkiler ve imzacı devletin halklarına da dolaylı bir şekilde zarar verebilir. Devletten devlete işleyen hakemlik kurumuna en iyi örnek 31.05.1999 tarihinde ICSID Hakem komisyonunun Türkiye aleyhine aldığı karardır.

Bu karara neden olan olay ise Türkiye'nin Avrupa Gümrük Birliği anlaşmasından doğan meşru haklarını kullanarak Gümrük Birliği dışı ülkelerden tekstil ürünü



161

ithalatına miktar kısıtlaması uygulamasıdır. Türkiye'nin 1996 yılında uygulamaya başladığı miktar kısıtlamasının WTO - GATT (Dünya Ticaret Örgütü DTÖ - Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması) hükümlerine aykırı olduğu savıyla Hindistan bu karara karşı çıkarak 1999 yılı başında DTÖ'nün Hakem (Tahkim) Komisyonu'na başvurdu. Hindistan'ın başvurusuna başta ABD, Hong Kong, Filipinler, Güney Kore, Tayvan gibi ülkeler de destek verdiler. Türkiye, DTÖ Hakem (Tahkim) Komisyonu'nun alacağı kararın aleyhine sonuçlanacağını anlayınca hakem komisyona başvurarak Avrupa Birliği ile birlikte yargılanması gerektiğini, çünkü bu uygulamayı AB Gümrük Birliği Anlaşması hükümlerine göre yaptığını bildirmiştir. Ancak WTO Hakem Heyeti, eylemi gerçekleştirenin Türkiye olması nedeniyle muhatabın AB olamayacağına karar vermiş ve Türkiye'nin talebini reddetmiştir. Türkiye'nin WTO Hakem Heyeti'nin aldığı bu karara uyması halinde ülkemizde faaliyet gösteren irili ufaklı yüzlerce tekstil - konfeksiyon işletmesi ithalat yoluyla ülkemize girecek olan ucuz tekstil ürünleriyle rekabet edemeyerek iflas edecek ve milyonlarca olan işsizlerimize yeni on binler eklenecektir. Türkiye'nin bu kararı uygulamaması halinde WTO Hakem Heyeti'ne yapılacak ilk şikayette, DTÖ'nün Hakem Heyeti Türkiye'ye ambargo uygulanması kararı alacaktır. Ambargo kararı sadece tekstil ürünleri ya da bu karara neden olan tekstil ticareti hacmi ile sınırlı olmayabilecektir. (Tıpkı, ABD ile Avrupa Birliği arasında yaşanan hormonlu, kanserojen et davası sonrasında olduğu gibi)

Bu olaydan çıkarılması gereken sonuçlardan bir tanesi, Gümrük Birliği anlaşmasının aslında ülkemiz için ne kadar zararlı olduğu önceden bilindiği halde (Bu anlaşmayı imzalayan bürokratların daha önce imzalanmış, bağlayıcılığı olan ve Gümrük Birliği anlaşmasının nispeten yararımıza olduğu düşünülünebilecek hükümleri ile çelişen bir anlaşmanın varlığından haberdar olmamaları mümkün değil) imzalanması, diğeri ise uluslararası hakem

heyetlerinin bölgesel anlaşmaları bile yok sayan bir anlayış ile çalışıyor olmasıdır. Ve, kendini hukukçu olarak tanımlayan hiç kimse tekstil sektörü işletmecileri ve çalışanları için büyük bir yıkımla sonuçlanacak olan bu kararda "kamu"yu ilgilendiren bir boyut bulunmadığını söyleyemez.

Şirketten Devlete İşleyen Hakemlik (Tahkim) Kurumu

Bu hakemlik kurumu ilk geniş uygulama imkanını ABD, Kanada ve Meksika arasında 1994 yılında imzalanan NAFTA - Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması ile buldu. Daha sonra 1995 yılında OECD - Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı bünyesinde gizli olarak görüşülmeye başlanan ve 1998 yılı sonunda dünyada oluşan büyük tepki üzerine görüşülmesi durdurularak, Dünya Ticaret Örgütüne aktarılması planlanan MAI - Çok Taraflı Yatırım Anlaşması'nın en önemli bölümünü oluşturdu. MAI Anlaşmasında Şirketten Devlete İşleyen Hakemlik Mekanizması tek yönlü bir işleyişe sahiptir ve yalnızca Şirketlerin Devletleri Hakeme götürme hakları vardır.

Devletin ya da yurttaşların hakeme gitme hakları yoktur. MAI'de yer aldığı şekli ile hakemlik kurumu yalnızca şirketlerin haklarını ve karlarını güvence altına alan, ulusal yargı ile evrensel kabul görmüş hukuk kurallarını yok sayan ve şirket karlarını kamu yararından üstün gören bir anlayışın ürünüdür. Bu hakemlik müessesini Anayasal kurum haline getirmek ve ulusal hukukun bir parçası ya da ulusal hukuku hakemlik kurumunun bir parçası yapmak demektir.

Tahkimin Ülkemize Getirilmek İstenmesinin Tarihsel Arka Planı

Elektrik Enerjisi Üzerine Senaryolar

Ülkemizdeki tahkim tartışmaları enerji sektöründeki uygulamalarla başlamıştır. Sektörle ilgili tartışmalardan önce kronolojik olarak TEK ile başlayan ve TEAŞ TEDAŞ ile devam eden süreçte ilişkin yapılanları özetlemek yararlı olacaktır.

Kamu İktisadi Teşekkülleri - KİT, Kamu İktisadi Kuruluşları - KİK ve İktisadi Devlet Teşekkülleri - İDT

KİT'ler ikiye ayrılırlar. KİK'ler tekel niteliğinde mal üretirler, sermayelerinin tamamı kamuya aittir. Tüzel kişilikleri vardır, Sayıştay denetimine tabi değildirler. Kamu hizmeti yaparlar ve ticari karlılığı değil kamu yararı gözetirler. İDT'ler ise sermayesinin yüzde 50'den fazlası kamuya aittir. Tekel niteliğinde mal üretmez, anonim şirket statüsündedir. Karlılık ve verimlilik ilkesi doğrultusunda çalışır.

Ülkemizde elektrik enerji sektöründe tekel konumunda olan TEK, 1970 yılında 1312 Sayılı Yasa ile kurulmuş bir KİK idi. Daha sonra 233 Sayılı KHK yayınlanarak TEK'in konumu değiştirildi. 233 Sayılı KHK'nin 5. Maddesi gereğince "TEK

üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine tabidir" ifadesi vardır. Yani tacir statüsündedir.

17 Aralık 1984 tarihinde yayınlanan ve TEK dışındaki kuruluşlara elektrik, üretim, iletim ve dağıtım yetkisi veren 3096 sayılı yasa ile TEK'in tekel olma özelliği ortadan kaldırılmak istenmiştir. Daha sonra bu yasanın Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB)'nin görevlendirme yetkisini tanımlayan 3. Maddesine dayanarak İstanbul'un Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım AKTAŞ'a verilmiştir. Ardından aynı yasanın 4. Maddesine dayanılarak Çukurova'da ÇEAŞ görevlendirilmiştir. (Daha öncesinde Bakanlar Kurulu kararına dayalı olarak 1954'ten beri devam eden imtiyaz 3096 sayılı yasaya göre devam ettirilmiştir.) Yasanın 4. Maddesi DPT uygunluk oluru içermesine karşın böyle bir uygunluk alınmamıştır. Daha sonra 13 Eylül 1993 tarihinde 513 sayılı KHK ile TEK, TEAŞ (Türkiye Elektrik Üretim ve İletim A.Ş.) ve TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.) olarak ikiye ayrılmıştır. Yani KİK olan TEK yerine iki tane İDT kurulmuştur. Bu kararname 22 Şubat 1994 tarihinde 3974 sayılı yasaya dönüştürülmüştür. 3974 sayılı yasa ile 3291 sayılı yasaya 5. Madde eklenerek, "ETKB ile enerji alanında faaliyet gösteren İDT'lerin bu kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlere göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler" şeklindedir. Anayasa Mahkemesi Ek 5. Maddeyi, hem "sözleşmeleri özel hukuka tabi kılması hem de imtiyaz teşkil etmemesi" açısından Anayasa'ya aykırı bularak 24 Ocak 1995'te yayınlanan gerekçeli kararında açıkça belirtmiştir. Yani her ne ad altında olursa olsun elektrik enerjisi konusunda üçüncü şahıslarla yapılan sözleşmeler imtiyazdır denilmektedir. Konunun bir diğer yönü ise imtiyazların yasa ile verilemeyeceği gerçeğidir.

Daha sonra 3096 sayılı yasanın 3. ve 4. Maddelerine atıfta bulunularak 6 Haziran 1994'te 3996 sayılı Yap İşlet Devret (YİD) Yasası yayınlandı. Bu yasanın Sözleşme başlıklı 5. Maddesi şu ifadeyi içermektedir. "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabidir."

TEAŞ ortalama olarak 3 - 4 cent'e ürettiği enerjiyi bu sözleşmelerle ortalama 10 cent gibi fahiş fiyatlarla ve satın alma garantisiyle almak zorunda kaldı.

Anayasa Mahkemesi bu yasayı da tıpkı 3974 sayılı yasayı iptal gerekçeleriyle 20 Mart 1996 tarihinde yayınlanan kararıyla iptal etti.

3996 sayılı yasaya istinaden YİD modeli ile görevlendirilen ENRON, DOĞA Enerji, UNIMAR ve BİRECİK projeleri Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye doğru işletilemeyeceği gerekçesiyle durdurulmadı ve bu projeler imtiyaz sözleşmeleri olmalarına karşın Danıştay denetimine tabi olmamışlardır. Daha sonra aynı yasaya istinaden yapılan başvurular Danıştay denetimine tabi oldu ve Danıştay sözleşmelerdeki uluslararası tahkimle ilgili maddeleri çizdi.

Yine Danıştay'ı aşmak için bu kez başvuruda bulunanlar uyuşmazlıklar maddesini sözleşmeden çıkararak TEAŞ'la yapacakları Enerji Satış Antlaşması (ESA)'ya koydular ve imtiyaz sözleşmesine de ESA ve Hazine garantisinin sözleşmenin eki olduğu ifadesi yazıldı. Yani imtiyaz sözleşmesine tahkim konulmayıp TEAŞ'la yapılan ESA'ya tahkim konuldu. Ancak Danıştay sözleşmenin bir bütün olduğuna karar verip tahkim maddelerini kabul etmedi. Ne yazık ki Danıştay teknik bilgilenmedeki eksiklikleri nedeniyle yapılan başvurulardaki ABD TEFE'sine endeksli yüksek fiyatlı tarifeleri onayladı. Böylece TEAŞ ortalama olarak 3 - 4 cent'e ürettiği enerjiyi bu sözleşmelerle ortalama 10 cent gibi fahiş fiyatlarla ve satın alma garantisiyle almak zorunda kaldı. Ki bu fiyatlar sabit olmayıp, ABD TEFE' sine bağlı endekslerle eskale edileceğinden ileri ki yıllarda çok daha yüksek rakamlarla karşılaşılacaktır.

YİD yöntemindeki devret kısmı atılarak 1997 Yılında 4238 Sayılı Yap İşlet (Yİ) yasası çıkarıldı.

Enerjideki en büyük tehlike de Yİ ve YİD modelleriyle yapılan projelerde yatmaktadır. Kontrolsüz olarak verilen bu imtiyazlar sonucu;

- TEAŞ ihtiyacı olmasa bile bu sözleşmeler gereği yüksek fiyatlarla bu elektriği almak zorundadır.

163

- Devri düşünölen santrallardan TEAŞ'ın yıllık karı 800 milyon \$'dır. Yirmi yıllık karı ise 16 milyar \$'dır.
- Yirmi yıllığına öngörölen devir bedeli 1 milyar 660 milyon \$'dır.
- Satış fiyatlarında yine ABD TEFE'si geçerlidir.
- Devredilen personelin durumu belirsizdir ve iş güvencesi ortadan kalkmaktadır.
- TEAŞ devir alan kuruluşlara enerjiyi satınalma garantisi vermektedir.
- Kamuyu ve tüketiciyi koruyucu hiç bir hüküm yoktur.
- Devir bölgelerine sözleşmede yazılı olmayan yatırımlar gerekirse kamu bunu yapmayı sürdürecektir.
- Devir alan kuruluşun ortaklarına ödeyeceğı temettü maliyet unsuru olarak değerlendirilecek ve satış fiyatlarına yansıtılacaktır.

Elektrik Enerji Sektöründe Asıl Yapılmak İstenen Nedir?

Sürekli olarak enerjiye olan talep abartılmaktadır. Öyle ki ölkemizin ihtiyacının çok çok üzerinde bir talep tahmini yapılmakta ve bu yatırımların maliyeti de ayrıca abartılmaktadır. Böylece bu yatırımları yapamayacağımız söylenmekte ve yabancı sermayeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Yabancı sermayenin de gelebilme koşulunun tahkim olduğu vurgulanmaktadır. (Dünyada dolaşımında olan yabancı sermayenin büyük bir kısmı Çin'dedir ve Çin yabancı sermayeyi kendi kurallarıyla kabul etmektedir. Çünkü Çin'in güçlü bir kamu ekonomisi vardır.) Ayrıca, bizde yapılmak istenene benzer bir uygulama Pakistan, Hindistan ve Arjantin'de denenmiş ve ülke çıkarlarına aykırı olması nedeniyle iptal edilmiştir. Uygulamaları iptal edilen şirketler bugün ölkemizde faaliyet gösteren ENRON, UNIMAR, NATIONAL POWER gibi kuruluşlardır.

Oysa ölkemizin ihtiyacı ETBK'nın belirttiğı kadar abartılı değildir. Bir örnek olarak 1970'lerde yapılan tahminleri bilgilerinize sunmak istiyorum. O yıllarda 1998 yılı için toplam enerji talebinin 190 milyon Ton Eşdeğeri Petrol (TEP) olacağı öngörölmüştür. Ancak bu öngörü yüzde 40 oranında gerçekleşmiştir. Bugün ölkemizin doğalgaz tüketimi 10 milyar metreküptür. 2010 yılına kadar ETKB'nın sunduğı projeksiyon 80 milyar metreküptür. Ölkemizin bu kadar doğal gaz tüketebilmesi olanaksızdır.

Bugün ölkemizin 2010 yılına kadar bir büyüme tahmini ve sanayileşme tahmini yoktur. Nüfustaki artış beklentilerin çok çok altındadır. Dolayısıyla yapılan tahminler fiiktirdir. Nitekim DPT, ETBK'nın onay verdiği projelerle 2005 yılında elektrik enerjisi üretiminde yüzde 70 yedeğe ulaşılacağını ve bunun da oldukça tehlikeli olduğuna dikkat çekmiştir. DPT'nin de

dikkat çektiğı risklerin başında tüketimde karşılığı olmayan yatırımlardır. Diğer risk ise satılamayacak/tüketilemeyecek enerjinin alma garantisizle kamuya yük olacağıdır.

31.12.1998 tarihi itibari ile;

- Ölkemizin kurulu gücü 24.680 (yirmidörtbinaltyüzseksen) MW'tır.
- Brüt tüketim ise 112 milyar kWh'tir. Bu tüketimin bu büyüme ve nüfus artış trendine göre 2005 yılında ikiye katlanması olanaksızdır. Bu senaryo kasıtlı olarak üretilmektedir. 1999'da büyüme hızının düşeceği ve düşme eğiliminin 2000 yılında da devam edeceği bilinmektedir.
- Anlık fiili tüketim (puant) ise 17 bin MW'tır. Bu değere de yılda bir kaç gün ve o gün de bir kaç saat ulaşılmaktadır. Bu puanta göre şu anda yüzde 30 yedekli çalışılmaktadır.
- Termik santrallarda kapasite kullanma oranı gelişmiş ölkelerin yüzde 15 gerisindedir. Yani yüzde 55'tir.
- Dağıtım kayıplarımız ortalama yüzde 20'dir. Gelişmiş ölkelerde bu oran ortalama yüzde 7 - 11'dir.
- Ölkemiz öncelikler sıralamasında dağıtım şebekelerinin iyileştirilmesi birinci sırada olmalıdır.
- İkinci öncelik ise termik santralların teknolojisinin yenilenmesi ve arıtma ünitelerinin yapılmasıdır.
- Kamu işletmeciliğı bilinçli olarak çökertilmektedir. Deneyimli personel işten el çekirilmiş, yerlerine siyasi yandaşlık esasında iş bilmeyen personel getirilmiştir.
- Sektördeki sık sık yapılan yönetici değişiklikleri sektörü olumsuz etkilemektedir.
- Doğal tekel konumunda olan kamu işletmeciliğı parçalanarak bölgesel özel tekeliler yaratılmaktadır.
- Elektrik enerjisi yapısı gereğı, üretildiğı anda tüketilme gerekliliğı

165

tarafından iptal edilmiştir. Henüz dava devam ederken, iptal edilen Bakanlar Kurulu kararına yasa haline getirilmiş ve bu yasaya göre ihaleye çıkarılan termik santrallerin yapımı sözleşmelerini yapmaya hazırlanan yerli ve yabancı şirketler,

- İHD (İşletme Hakkı Devri) Ülkedeki Enerji Dağıtım otuzbeş bölgeye ayrılmış ve tümü ihale ile yerli şirketlere devredilmiştir. Ancak devirler fiilen gerçekleşmemiştir ve Tahkim Yasasının çıkarılması beklenmektedir. (İHD alan yerli şirketlerin şimdilik yabancı ortakları yok. Ancak tahkimden sonra yabancı ortakları olmasının ya da İHD yabancılarla devirlerine hiçbir engel kalmayacaktır)
- CARGILL Şirketinin İznik gölü kıyısında Mısır Nişastası üretimi adıyla yapmaya çalıştığı kimya fabrikası davası,
- BM (Birleşik Mühendislik) Şirketi ile Çamlıhemşinliler arasındaki Fırtına Deresi Hidroelektrik Santrali davası, (BM Şirketi tahkimden yararlanmak için Yabancı Şirket ile ortak oldu)
- İzmit Körfezi köprü geçişi için T.C. Karayolları ile yapımçı şirket arasındaki Danıştay'ın yürütmeyi durdurma davası,
- EUROGOLD (Siyanürle altın üretecek şirket) ile Bergama Köylüleri arasındaki dava, (Danıştay 1998 yılında köylüler lehine faaliyetin durdurulmasına karar verdi),
- EUROGOLD (Siyanürle altın üretecek şirket) ile Gümüşhaneliler ve Bayramiç Evciler köylüleri arasındaki uyuşmazlıklar,
- COMINCO (Siyanürle altın üretecek şirket) ile Artvinliler arasındaki uyuşmazlık,
- TÜPRAG (Siyanürle altın üretecek şirket) ile Eskişehir-Kaymaz, İzmir-Efemçukuru, Balıkesir-Havranlılar arasındaki uyuşmazlıklar,
- AMDC - Anadolu Madenciliğini Geliştirme Şirketi (Siyanürle altın üretecek şirket) ile, Tunceli, Niğde-Armutbeli ve Adana-Saimbeyliler arasında önümüzdeki günlerde ortaya çıkacak uyuşmazlık,
- Akkuyu Nükleer Reaktörü Projesi,

Yukarıda sıraladığımız örnek dava, uyuşmazlık ve ihale yöntemlerinin dışında bizim yazmadığımız veya bilmediğimiz çok örnek var olabilir ya da bugün bu değişikliği hazırlayanlar da dahil olmak üzere ülkemizde kimsenin bilemeyeceği kadar çok yeni yol ve yöntem önümüzdeki süreçte karşımıza çıkarılabilir. Uluslararası tahkimin iki ana tarafı mevcuttur. Bu taraflardan biri Devlet, tüm kamu varlıklarını, toplum ve kamu yararını gözetmek durumunda olan en büyük kurumumuz, diğer taraftan yerli-yabancı şirketler ve onların karları. Günlerdir tartışılan konuyu özeti bizce budur.

Dünyadan Tahkim Örnekleri

- Ülkemizde bugün yapılmak istenen değişikliklerin sonuçlarına ilişkin en çarpıcı örnekleri ABD, Kanada ve Meksika toplulukları yaşamaktadırlar. Şirketten-devlete işleyen (MAI'de daha da geliştirilmiştir) Uluslararası Hakem (Tahkim) mekanizması, NAFTA - North America Free Trade Agreement (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması) çerçevesinde ve bu anlaşmaya taraf olan ABD, Kanada ve Meksika arasında 1994 yılından beri uygulanmaktadır. Sonuçlanmış ve devam eden davalar, hakem (Tahkim) sisteminin adalet anlayışını çok net olarak ortaya koymaktadır.
- Virginia orijinli Ethyl Company isimli şirketin MMT adı ile bilinen gaz katkılı ve kanserojen bir manganiz türünü ithal etmesi ve toplum sağlığını tehdit etmesi üzerine Kanada-Ottawa mahkemesi tarafından işletme kapatıldı. Ethyl şirketi NAFTA-hakem (Tahkim) mekanizmasına başvurarak Kanada Hükümeti'nden 250 milyon \$ talep etti. Kanada Hükümeti işletmenin aynı koşullarda çalışmasına izin verdi ve işletmenin kapalı olduğu süredeki kayıplarını karşılamak üzere 13 milyon 500 bin \$ tutarındaki tazminatı ödemeyi kabul etti.
- ABD orijinli, Pope & Talbot isimli bir kereste şirketi, Kanada Hükümeti'nin koruma alanı olarak ilan ettiği bir ormanlık alanda yaptığı ağaç kesimi dolayısıyla, ülkenin diğer bölgelerinde uygulanmakta olan vergi oranından daha yüksek bir vergi ödeme durumunda bırakıldığı için NAFTA - hakem (Tahkim) mekanizmasına başvurarak Kanada Hükümeti'nden 30 milyon \$ tazminat talep ediyor. Kanada'lı hukukçulara göre, Hükümetleri bu davayı da kaybetmeye mahkum, çünkü NAFTA anlaşmasına göre devletlerin doğal ormanlarını korumak için önlem alma hakkı bulunmuyor ve hükümetin aldığı bu karar NAFTA anlaşmasına göre şirket karlılığını önleyici bir dolaylı

167

kamulaştırma olarak değerlendiriliyor.

• ABD'nin AB'ye sattığı hormonlu sığır etinin kanserojen madde ihtiva ettiğinin anlaşılması üzerine AB'nin ABD'den hormonlu et ithalini yasaklaması üzerine DTÖ-hakem (Tahkim) kuruluna şikayette bulunan ABD Hükümeti, komisyon tarafından haklı bulunarak, ABD tarafından, AB'ye ekonomik ambargo uygulanması yönünde karar alıyor. Uğranan zarar ile verilen ceza (ekonomik ambargo tutan) arasındaki oran ise bire on. Cezayı çok ağır bulan AB ise yıl sonuna kadar kanserojen et ithalinin devam etmesine ve yıl sonunda konunun tekrar değerlendirilmesine karar veriyor. Ve bu ticari savaşın bedeli Avrupa halklarına hem de yaşamları ile ödettiriliyor.

• Kanada'lı Loewen Company isimli bir cenaze levazimat şirketi, ABD'nin Misissipi eyaletinde bir firma kurduktan sonra bu eyaletteki tek rakibi olan ABD'li bir firmaya karşı haksız rekabet sayılabilecek ve tekelciliğe yol açabilecek girişimlerde bulunuyor. Delilleri toplayan ABD'li Şirket, Loewen firmasını ABD mahkemelerinde dava ediyor ve 500 milyon \$ tutarında tazminat almaya hak kazanıyor. Derhal NAFTA-Tahkim Kurulu'na başvuran Loewen ise, NAFTA anlaşmasına göre Amerikan Mahkemelerinin çok uluslu bir şirketi yargılayamayacağı ve bu davanın ticari itibarını zedelediği gerekçesi ile

ABD hukuk sistemini dava ederek 750 milyon \$ tutarında tazminat talep ediyor. Dava henüz sonuçlanmamış olmakla birlikte, ABD'li hukukçular NAFTA'ya göre ABD'nin mahkum edileceğini düşünüyorlar.

• Meksika'dan tütün ihracatı yapan ABD'li CEMSA şirketi, Meksika Hükümeti'nin tütünde tekelciliği önlemek amacı ile çıkardığı vergi yasasını NAFTA-Tahkim mekanizmasına taşıyarak Meksika'dan 50 milyon \$ tazminat talebinde bulunuyor. Tazminat tutarını ödemek istemeyen Meksika Hükümeti ise çıkardığı yasadan vazgeçmek ve tekelciliğe göz yummak zorunda kalıyor.

• Kanada Orijinli METHANEX Şirketi, MTBE isimli gaz katkı maddesi kullanımını yasaklayan ABD Hükümeti aleyhine NAFTA'nın hakem (Tahkim) mekanizması olarak kabul ettiği Dünya Bankası'nın ICSID Hakem Heyeti'nde 1 milyar \$'lık tazminat davası açtı. METHANEX Şirketi, California Mahkemesi'nin MTBE maddesinin suya karıştığı ve insan sağlığını tehdit ettiğine ilişkin MTBE kullanma yasağı kararını kabul etmeyerek, NAFTA anlaşması hükümlerindeki yatırımcı karlılığı ile ilgili maddelerin uygulanmasını talep ediyor.

NAFTA üyesi ülkelerde yaşanan bu somut örnekler ile hakemlik (Tahkim) kurumunun kabulünden sonra ülkemizde yaşanacak olanların bir rastlantı sonucu olmayacağı ve bu çabaların, ulusötesi sermaye şirketlerinin yer küredeki toplumlara ve bu toplumların oluşturdukları ulus devlet yapılarına yönelik top yekun bir saldırıyı başlattıkları açıktır. Ulus devlet hukukunun yeterli ve hızlı olmadığını, bu durumun karlarına engel olduğu ve kar transferlerinde problem yaşadıklarını iddia eden ulusötesi sermaye şirketleri, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelere yatırım yapmalarının ön koşulu olarak ulusal yasalardan vazgeçilmesini, tüm yatırım ve işletme aşamalarındaki uyuşmazlıkların Uluslararası Hakem (Tahkim) yolu ile çözümlenmesini dayatıyor.

Bütün bu gelişme ve dayatmaların özü ulusötesi sermayenin mevcut ulus devlet, sosyal devlet yapısını kendi çıkarları için parçalamak, etkisizleştirmek ve en üst seviyede denetim altına alma çabasıdır. Son gelişmelerde ise, ülkelere tahkimi sorunsuz bir şekilde dayatabilmek için devletler arası ikili anlaşmalar yolunun seçildiğini göstermektedir. Çünkü bu sayede Danıştay ön izni söz konusu olamayacak ve Anayasa'mıza göre devletlerarası anlaşmalar ulusal yasaların üstünde olduğundan, şirketler devleti dava ettiğinde toplumsal çıkarları korumak adına hiçbir merciiye başvurulamayacaktır. Bu yolda ilk adım Temmuz 1999'da ABD ile Güney Kore arasında imzalanması planlanan prototip ikili anlaşma hazırlıkları ile atılmıştır. İkinci adım ise yine Güney Kore ve Japonya arasında aynı anlaşmanın imzalanması olacaktır, bu ikinci anlaşmanın hazırlıkları da sürmektedir. Söz konusu bu prototip anlaşmalar tıpatıp MAI ile aynıdır. Ve tabii

168

Bütün bu gelişme ve dayatmaların özü ulusötesi sermayenin mevcut ulus devlet, sosyal devlet yapısını kendi çıkarları için parçalamak, etkisizleştirmek ve en üst seviyede denetim altına alma çabasıdır.

ki tahkim şartını da içermektedir. Zaten ABD'nin OECD toplantılarına katılan temsilcisi de 23 Haziran 99'da Paris'te yapılan bir toplantıda, ülkesinin MAI benzeri hükümleri devletlerarası ikili anlaşmalar üzerinden kabul ettireceğini duyurmuştur. Bütün bu gelişmeler ulusötesi sermayenin kararlılığının bir göstergesidir. Ulusötesi sermaye için, ulus devletin mevcudiyetinin neredeyse temeli olan "kamu yararının gözetilmesi" ilkesinden vazgeçilebilmesi ve kar oranlarının toplumsal çıkarlar yok sayılarak yükseltilebilmesinin önündeki en büyük engel ulusal hukuk kurallarıdır. Bu yüzden ulusötesi sermayenin bugünkü savaşı, ulus devletlerin hukukunu ortadan kaldırmaktır. Ve bu savaşın silahları olarak krediler ve yatırımlar seçilmiştir. Ulus devletlerin görünen yapısı gereği kendini var eden insanların (kamu) yararını gözetmesi ve koruması gerekiyor. Bu yüzden Kar ile kamu yararının karşı karşıya geleceği sorunlarda kamudan yana taraf olması varlık nedenidir. Bu perspektiften hareketle, ulus devletlerin taraf olduğu hiçbir hakem mekanizması kabul edilemez ve kabul edilmesi dayatılmaz.

Uluslararası Tahkimin Kapitülasyonlara Eş Sonuçları

- Uluslararası Tahkim yalnızca enerji sektöründeki yatırımlardan ibaret değil, telif, patent, portföy, kültürel yatırımları da kapsamaktadır.
- Şimdiye kadar yabancı sermayeye konulan tüm ön koşullar kaldırılarak, yerli, yabancı yatırımcılar arasında fark olmayacak.
- Bu anlaşmayı imzalayan ülkeler beş yıl bu sistemden çıkamaz. Çıkma kararı verildiği andan itibaren onbeş yıllık süre içerisinde verilen taahhütleri yerine getirmeye zorunludur.
- Uluslararası tahkim sonucu yapılan yatırımlara karşı sendikal direnme olduğu zaman yabancı yatırımların çıkarına dokunan bu sivil itaatsizlik olayında devletler tazminat ödemeye mahkum olacak. Dolayısıyla devletler de bu tazminatı ödememek için, ya sendikal hak ve özgürlüklerini kullanan emekçilere karşı şiddet uygulamayı tercih edecek ya da ödediği tazminatı vatandaşın sırtına yüklemek zorunda kalacaktır.
- Uluslararası tahkim kuruluşları, bildiğimiz anlamda mahkemeler olmayıp, yabancı şirketlerin atadıkları kişilerden oluşan ve kendi koydukları kurallara göre karar veren özel yapılardır. Daha açık tanımıyla yabancı sermaye hem yargıç, hem savcı, hem de savunma avukatlığını üstlenecek kendi lehine kararlar oluşturarak ülkemizi "uluslararası mahkum" durumuna düşürülecektir.
- Çıkarılacak yasayla kamu hizmeti, yasayla

belirleneceğinden, her yasa koyucunun ayrı bir "kamu hizmeti" tanımı olacak., kamu hizmeti kavramı unutulacak, her türlü hizmet "piyasa malı" gibi ele alınacaktır.

- Anayasa'nın 155. maddesinde "imtiyaz şartları" ve sözleşme inceleme görevi Danıştay'a verilirken, yapılacak değişiklikte, inceleme görevi alınarak, yalnızca görüş bildirme düzeyine indirgenmektedir. Bu inceleme bile ancak ilgili bakanlık ya da Bakanlar Kurulu' nun isteği varsa yapılabilecektir.

- Yabancı şirketlerin, Türkiye'nin doğal kaynaklarını kullanarak (termik, doğalgaz, hidrolik vb.) ürettikleri elektriği, bu ülkenin vatandaşlarına satma zorunluluğu olmayacak, şirket istediği ülkeye satabilecektir.

- Sivil toplum örgütleri, bireyler, tüketiciler şikayetlerini bu tahkim kurullarına iletemeyeceklerdir.

- Yabancı sermaye, sözleşme koşullarını yerine getirmeden ülkemizi terk edip gittiği zaman uluslararası tahkimin kararı olmadan o şirketin mallarına el konulamayacaktır.

- Tahkim kabul edildiği takdirde, ulusal hukuka aykırılık olsa bile, tahkim kuruluşunun aldığı kararlara uymak zorunluluğu vardır.

- Uluslararası tahkimin uygulanması dünyada sermayenin anayasası olarak tanımlanan Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (MAI)'nın en önemli maddesinin hayata geçirilmesi demek olacak böylece ulusal yargı yerine sömürge hukuku geçecektir.

- Uluslararası tahkim sonucu yabancı şirketin faaliyetleri, o ülkenin aleyhine sonuç doğursa bile, ülke kamulaştırma yapamayacak, yaptığında savaş nedeni sayılabilecektir.

Tabii ki uluslararası tahkimin sonuçları yalnızca bunlar değil, ancak belli olan şu ki bu uygulama çağın gereği değil, çok uluslu şirketlerin sömürülerini sürdürmelerinin bir gereğidir.

169