

ENERJİ VE HUKUK

FARUK ATAAY

Medya Baronları, Enerji İhaleleri, Hülle ve Danıştay Kararı

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 29.maddesinin 10 fıkrasında şu yönde bir hüküm mevcuttur; belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda %10'dan fazla hissesi olanlar devletten, diğer kamu tüzelkişilerinden ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemezler. Bu hüküm ilgili yasanın ilgili yerinde bekleyip dururken, başından sonuna kadar hukuka aykırı olarak düzenlenen enerji özelleştirilmesinde yeni bir halka olarak, TEDAŞ'a bağlı elektrik dağıtım tesislerinin tümünün işletme haklarının devredileceği duyurulur, ihale yapılır ve teklifler alınır, sonuçlar kısa sürede açıklanamaz, hükümet değişir, kurullar değişir, pazarlıklar yoğunlaşır, sonunda beklenen açıklama yapılır ve bir de görülür ki, belli başlı medya baronlarının şirketlerinin tamamı birer dağıtım bölgesinde ihaleyi kazanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti hukuk devletidir, Anayasada öyle yazar, davalar açılır, Danıştay'ın önünde dosyalar birikir, bir yanda ihaleyi kazanamayıp timsah gözyaşı dökenler, bir yanda, hükümetin değişmesiyle ihaleyi kendi medya baronları lehine sonuçlandıramayanlar, bir yanda da baştan beri bu hukukla ilgisi olmayan işlemlere karşı kamu adına, yurttaşlar yararına ve herhangi bir çıkar gütmekten hareket edenler;

böyle şey olmaz, hukuk gereğini yapın derler.

İhaleyi kazananlar ve iktidardaki temsilcileri, yaptıkları yanlışın farkına varıp, 3984 sayılı yasanın ilgili fıkrasının değiştirilmesi gerektiğini anlarlar, doğrudan bu gerekçeyle kamuoyu önüne çıkmalarının bir nevi iahlsız teklifi olacağına bildiklerinden, derler ki yasayı şeffaflık ve karar paranın medyaya girmesine engel olmak için istiyoruz, mevcut durum namuslu işadamlarının bile yasaya karşı hile yapmasını, hülle yapmasını gerektiriyor, zaten bizim baronlarda bunu böyle yaptı, hülle yaptılar, yasa değişirse bunlar ortadan kalkacak, deyip, kandırmaya çalışırlar. İnlü kalemşörler, nedense aynı gün köşelerinde bu hususu yazar, ama Meclis, tüm bu baskıya rağmen değişikliğe onay vermez, ortada kalırlar.

Davalara bakan Danıştay dairesi, evet der, burada 3984 sayılı yasaya aykırı bir durum var, bu kişiler yasak kapsamında, ihaleye katılamazlar, bu sebeple yürütmenin durdurulmasına. Bir panik alır ortalığı, ballı börek bir ihale, haksız kazanç kapısı, yurttaşların yıllarca ödediği vergilerle yapılmış ve bedavaya sunulan tesisler elden kaçıyor, hemen karara itiraz edilir, dosya gelir Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu önüne.

Hukuka güvenenler, Danıştay hülleyle bozdu, derler, artık geri dönüş yok, arkasından Kurul'un yürütmenin durdurulması kararının kaldırılması kararı gelir. Kurul, 9'a 8 oy, bir oy farkıyla aldığı kararla, bir özel

radyo/tv kuruluşunda %10'dan fazla bir paya sahip olan gerçek veya tüzel kişinin, herhangi bir şirketin sermayesine, yönetiminde etkinlik sağlamayacak ölçüde, cüzi bir oranda yatırım yapmış bulunmasının 3984 sayılı yasadaki yasak kapsamında sayılmasının yasanın sözü ve amacına uygun olmayacağına hükmeder. Amaç? yasanın özü? dördüncü güç medya, iktidar değiştiren, insanı vezir ve rezil eden medya, hülleli hisseler, esasen tek bir baronun, yasal olarak birtakım farazi kişilerin sahibi bulunduğu medya şirketleri, soyguna dönüşmüş özelleştirmeler, centilmenlik anlaşmaları, yalanlar, tek bir kişinin yönetiminde televizyonlar, gazeteler, enerji şirketleri, futbol takımları, bankalar, aracı kurumlar, yönlendirme ve denetleme gücü; amaç! yasanın özü!

Kurul yine oy çokluğuyla der 'ki, 3096 sayılı yasa anayasaya uygundur, 6 üye yanılsdüşünüyor; gerçi aynı Kurul, 3.7.1998 tarihli 1998/396 E. sayılı kararında, 3096 sayılı yasa anayasaya aykırıdır, buyur Anayasa Mahkemesi incele, demmiştir, ama olsun, aradan bir yıl geçmiştir. Koskoca bir yıl.

Bizim ülkemizde sık sık olur bu, kelimeleriniz tükenir, ifadesizleşir donup kalırsınız, hadi ya, bile diyemezsiniz, şaşıramazsınız, büronuza gelip ülkenin hukuk sisteminin çöktüğünü söyleyenlere, adalet aramanın boşuna bir çaba olduğunu haykırarlara diyecek bir söz bulamazsınız, dünyanın en güzel mesleğine sahip olduğunuzu bilir ve bundan utanırsınız, insan içine çıkıp da,

şöyle onur ve gururla, hukukçuyum diyemezsiniz, anlatamazsınız, karşınızda suskunluk duvarı, insanların beyninde hukuka güven kalmazsa, yüreklerinde adaletin coşkusu olmazsa, ilk önce siz gidersiniz, hukuksuzluk, bir bumerang gibi, döner gelir hukuksuzluğu yaratanı vurur, anlamazlar.

Belki bir gün anlarlar.

Uluslararası Tahkim; Söylenenler, Söylenmeyenler

Epeyce yerde yazılıp çiziliyor, herkes bir şeyler söylüyor, daha çok bağrının haklı olduğuna dair yaygın bir inanışın bulunduğu ülkemizde, her zaman olduğu gibi, yine ortalık toz duman, konuşuz kalma gibi bir sıkıntımız yokken bir de ortaya uluslararası tahkim çıkıyor, IMF dayatıyor, Dünya Bankası olmazsa para yok diyor, milliyetçi hükümet bize mahsuru yok diyor, kelli felli profesörler, şirket danışmanı ünvanlarını gölgede bırakıp, hukuken sakınca yoktur, diyorlar, vesaire, vesaire. Bizce durum farklı.

Tahkim

Genel anlamda Tahkim, uluslararası ticaret şirketlerinin ihtiyaçları doğrultusunda gelişmiş ve varolmuş bir kurumdur. Bu hususu, Prof.Dr.Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Özümleri* isimli kitabında şöyle belirtmektedir;

Uluslararası ticaret camiası, milli ve milletlerarası kanun koyucularını zorlamış ve hukuki bakımdan uluslararası tahkimin gelişmesini sağlamıştır. (sf.236)

Şanlı açıkça ifade etmemişse de uluslararası ticaret camiasından kasıt, gelişmiş ülkelerin dış politikalarına yön verme yeteneğine sahip uluslararası tekel konumundaki şirketlerdir. Bugün ulusötesi şirketler/çok uluslu şirketler olarak tanımlanan bu şirketler, karlarının ve dolayısıyla yatırımlarının korunması, açık sömürgecilik dönemlerinde elde edilen hakların, imtiyazların

sürdürülebilmesi için yeni enstrümanlar bulmaya çalışmış, bu yolda da, bağımsızlığını ilan eden, ara sıra ulusal çıkarları savunan hükümetlerin işbaşına geldiği gelişmekte olan ülkelerin karşısına bağlayıcı uluslararası sözleşmeler modelini çıkarmaya başlamışlardır.

Uluslararası ticaretin kaçınılmazlığı, gelişmekte olan ülkelerin yetersizlikleri ve belki de en önemlisi, gelişmiş ülkelerin (başta ABD olmak üzere) sınır tanımaz müdahaleleri bu modelin giderek yaygınlaşmasına neden olmuştur. (Örneğin, ikinci dünya savaşı sonrası, ABD'nin kendi yatırımcılarını korumak için değişik devletlerle yaptığı yatırımların korunmasına dair ikili anlaşmalar zamanla bütün ülkeler tarafından kullanılan, Bilateral Investment Treaty (BIT)-iki Taraflı Yatırım Anlaşmaları modeline dönüşmüştür)

Uluslararası Ticari anlaşmalar, bu çerçevede, bağımsızlıklarını kanla elde etmiş ülkeleri, ekonomik yönden zapturap altına alarak, yeniden bağımlı hale getirmenin araçları olarak ön plana çıkmıştır. Bir ulus devletin, toplumuna refah içinde bir yapı oluşturabilmesinin temel aracı olan ekonomi, bu anlaşmalar yolu ile, ulusal çıkarlar doğrultusunda değil de, bahsi geçen ulusötesi şirketlerin çıkarları doğrultusunda hareket eden gelişmiş ülkelerin ve kuruluşların (IMF, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü, vb.) istek ve arzuları doğrultusunda şekillendirilmektedir.

Bugün itibarıyla tahkim, savunucuları tarafından ticaret konuları ile ilgilenen uluslararası bir yargı organı olarak tanıtılmaya çalışılmaktadır. Taraflarca uyuşmazlığın çözümü için seçilen hakemlerin formasyonuna sahip olmamaları bir yana, ortada i bağımsız yargı organı'sıfatıyla tanımlanabilecek bir kurum da yoktur. Dünya Bankası bünyesinde kurulan Yatırım Anlaşmazlıklarının

özümü için Uluslararası Merkez-ICSID'sözleşmesine göre, i merkez yerleşim yeri Dünya Bankasının merkezi içerisinde olacak..'(madde 2), iMerkez, bir idari konsey ve bir sekreteryaya sahip olacak ve bir arabulucular ve bir hakemler paneli oluşturulacak..'(madde 3), i(Dünya) Bankası başkanı otomatik olarak idari Konsey'in başkanı olacak..'(madde 5), iher akit devlet, her panele kendi vatandaşlarından veya diğer ülke vatandaşlarından 4 kişi atayacak, Başkan, her bir panele 10 kişi atayabilecek..tir. (madde 13) Bu yapıdan, ICSID kararlarının büyük bir ölçüde Dünya Bankası yönetimi tarafından belirlenen kişiler tarafından oluşturulacağı sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla böyle bir yapının bağımsız ve tarafsız bir yargı organı olarak sunulması mümkün değildir.

Konunun bir diğer yönü de, hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı konusudur. Dünya Bankası, Milletlerarası Ticaret Odası gibi kuruluşların denetim ve gözetimi altındaki hakemlerin ne denli tarafsız olacağı tartışmalıdır. Ancak uluslararası tahkim savunucuları, bu hususta da tuhaf birtakım iddialarda bulunmaktadırlar. Ankara'da yapılan bir seminerde, (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?-Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,11 Nisan 1997) konunun gündeme gelmesi üzerine, Prof.Dr.Mahmut Tevfik Birsel şunları söylemiştir;

İMTO (milletlerarası Ticaret Odası) tahkiminde evvela hakemlerden bağımsızlık ve tarafsızlık belgesi alınıyor. Bu belge olmadan hakem olmuyorlar. İnsanların dürüst ve hele hukukçuların çok dürüst insanlar olduğunu kabul etmek lazım. Hakem eğer bağımsızım ve tarafsızım dediyse, gerçekten öyle olduğunu kabul etmek gerekir..'

İnsanın yüreğine su serpen bu bilimsel yaklaşım karşısında, hakemlerin

bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüphelenmek, elbette ki anlamsızlaşıyor.

Bir an için tahkime konu uyumsuzluğu çözecek hakemlerin, yukarıda ifade edildiği gibi tarafsız ve bağımsız oldukları varsayılrsa bile, bu hakemler esas itibarıyla ticari esaslar dahilinde değerlendirilmekte. Zaten böyle bir kurumun varlık sebebi de, uyumsuzlukların ulusal hukukların emredici ve kamu düzenine ilişkin kurallarını gözardı ederek, ticari esaslar çerçevesinde uyumsuzlukları çözmektir. Ulusal kanun koyucular tarafından, kamu yararı, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi önemli gerekçelerle vazedilen yasalar, tahkim ile geri planda bırakılmaktadır.

Bunun yanında, tahkim sürecinin gizli tutulması, kamuoyunun bilgisine sunulmaması da tahkim isteminin gerisinde yatan gerekçelerden birisidir. Şirketlerin ticari sır kapsamındaki bilgilerinin açığa çıkarması için bu unsur üzerinde önemli durdukları açıktır. Bir taraf için ticari sır olan bir hususun diğer taraftan kamu tarafından bilinmesi zorunlu bir bilgi olması kaçınılmazdır. Gelişmiş hukuk sistemlerinde yurttaşların her türlü idari işlem ve eylem hakkında bilgi edinme hakkı yasal güvencelere kavuşturulmuşken, tahkim mekanizmasıyla bu süreç geriye çevrilmeye çalışılmaktadır.

Uluslararası tahkim kurulu kararının geçerli olabilmesi için ulusal yargı tarafından tenfiz kararı verilmesi gerekmektedir. (Yani, kararı Türkiye'de uygulamak isteyen yatırımcı, Türkiye'de Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak kararın tanınması ve tenfizini ister. Karar, Yargıtay denetimine de tabidir.) Bu husus yasa ile düzenlenmiş olmasına karşın, gelişen yeni eğilim çerçevesinde bu tenfiz sürecinin fiili olarak ortadan kaldırılması hedeflenmiştir. Sermaye sıkıntısı gerekçe gösterilerek IMF ve Dünya Bankasının

tüm istemlerini yerine getirilirken, bir yabancı yatırımcı lehine verilen tahkim kararının uygulanmaması, fiili olarak olanak dışı görünmektedir. (Bunun yanında, ICSID Sözleşmesinin 54.maddesinde, iher 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.'hükümü mevcuttur. Bu hüküm çerçevesinde tenfiz süreci gerçekleşmeden hakem kararlarının uygulanması söz konusu olabilecektir.)

Tartışılan konunun özü budur. Elektrik üretimi ve dağıtımı gibi bir alanda yargısal denetimin Danıştay'dan alınıp ulusal ve/veya uluslararası tahkime bırakılması kabul edilemez sonuçları da beraberinde getirecektir.

1. Enerji Şurasına sunulan raporda kabul edildiği gibi yid modelinin sadece işletme aşaması idari yargıya tabi kılınırsa, bundan önceki aşamalarda tahkim geçerli olursa, son derece büyük usulsüzlük, yolsuzluk ve şaibelerin yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Özellikle, sözleşme imzalanması aşamasına kadar yapılan işlemlerin gizli tutulması, ihalelerde uygulanacak usul ve esasların belirlenmemiş oluşu, yolsuzlukları önleme iradesine sahip bir idarenin bulunmayışı ve yetersiz yargı denetimi ortamında bir de idari yargı yolu kapatılacak olursa, yurttaşların ve ilgili örgütlerin hukuk yoluyla denetim yaptırma olanakları ortadan kaldırılmış olacaktır.

Basit bir örnek vermek gerekirse, bugünlerde işletme hakkı devri işlemlerinin iptali için çalışanlar, sendika ve meslek odaları tarafından açılan davalarda, ardı ardına yürütmenin durdurulması kararları çıkmaktadır. Bu davalar, sözleşme öncesi aşamanın ve sözleşmenin Danıştay denetimine tabi olması sayesinde açılabilmiştir. Bu aşamalar Danıştay denetimine tabi olmaktan

çıkarsa, bu kişi ve kurumların dava açma şansı da kalmayacaktır. Dolayısıyla hukuk devleti bir kez daha ortadan kaldırılmış olacak, şaibe ve yolsuzluk kokan işlemler hukuk alanında var olmaya devam ediyor olacaktır. Görüldüğü gibi tahkim istemi aynı zamanda, sözleşme sürecini yargı denetiminden kaçırma niyet ve isteğini de barındırmaktadır.

Sonuç olarak; Anayasada yazılı olduğu üzere, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olma yolunda herhangi bir girişimde bulunmayan, yurttaşlarının refah ve mutluluk içersinde bir yaşam sürdürmesi konusunda çaba harcamayan bir idari anlayışın, ısrarla ve şiddetle uluslararası tahkim istemini ileri sürmesi, ülke yolsuzluk ve rüşvet sıralamasında ilk üçe girmiş, kayıt dışı ekonominin boyutu yasal ekonominin boyutunu aşmış, çalışanlarının büyük bir çoğunluğu asgari yaşam standartının altında yaşamak zorunda bırakılmış olması gerçekleri karşısında anlamlıdır.

Yabancı yatırımcı için daha adil, süratli ve güvenilir yargılama için uluslararası tahkim getirilmeye çalışılırken, yurttaşların en basit uyumsuzluklarda bile yıllarca adliyelerde sürünmesine seyirci kalınması, adalet dağıtmakla görevli hakim ve savcılarının, ödenek yokluğu gerekçesiyle cüppelerini bile kendilerinin almaya zorlanması, yetersiz, kötü, dayanımsız binalarda düşük maaşlarla çalıştırılmaları anlamlıdır.

Tüm bu yapılanlardan sonra Türkiye Cumhuriyetinin anayasal bir hukuk devleti olduğunu ileri sürmek mümkün müdür acaba?

1. Derginin bir önceki sayısında yer alan yazıda genel olarak tahkimin, uluslararası tahkimin ne olduğu üzerinde durulmuş olduğundan, bu yazıda daha çok sonuçları üzerinde durulacaktır. Bu nedenle iki yazının birlikte değerlendirilmesinde fayda vardır.