ICCI'de uluslararası tahkimin genel yargı mekanizması yerine konulması istendi

Tahkimde yeni senaryolar

Banu SALMAN

EMO Basın- Küresel sermayenin talepleri doğrultusunda ulus devletler bünyesindeki geleneksel idari yapılar dağıtılıp, yetkileri ellerinden alınırken; uluslararası sermayenin taleplerine uygun yeni yapılanmalar oluşturuluyor. Ancak bu yeni yapılanmaların oluşturulması için çeşitli bağımlılık ilişkileri içerisinde yine ulus devletin gücüne başvuruluyor. Ulus devletin temsilcisi konumunda bulunan bakanlıkların himayelerinde Mayıs ayında gerçekleştirilen konferansta tahkim konusuna ilişkin yer verilen bildiriler, tahkim nedeniyle kısa sürede önemli miktarlarda tazminatlar ödemek zorunda kalan Türkiye'nin gelecekte nasıl bir sürece sokulmak istendiğine işaret ediyor.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığı'nın himayesinde gerçekleştirilen konferans ise, uluslararası tahkim için küresel sermayenin taleplerini sonuna kadar kabul eden Türkiye'nin artık uluslararası tahkimi alternatif bir yargı sistemi değil, genel kural olarak uygulaması isteğine sahne oldu. Konferanstaki başka bir bildiri ise Türkiye'nin devlet olarak sözleşme imzalayıp herhangi bir taahhütte bulunmasa bile **"yatırım anlaşması tahkimi"** riskiyle karşı karşıya olduğunu ortaya koydu.

Resmi Gazete'de 14 Ağustos 1999 tarihinde yayımlanan 4446 sayılı Yasa ile Anayasa'nın **"Yargı Yolu"** başlıklı 125. maddesine ekleme yapılarak, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinde doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkime götürülmesinin yolu açılmıştı. Bununla da yetinilmeyerek daha önce imzalanmış sözleşmelere geriye dönük olarak tahkim olanağı sağlanmıştı. Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun 2000 yılında, Milletlerarası Tahkim Kanunu da 2001 yılında kabul edilmişti.

Yatırım değil, tazminat getirdi

Ulusal yargıyı devre dışı bırakan uluslararası tahkim düzenlemesi Anayasa'ya yerleştirilirken, enerji alanında 30 milyar dolar yabancı yatırım geleceği iddiası kullanılmıştı. Uluslararası tahkimin gerekçesi yabancıların yatırım yapabilmek için güvenli bir ortam aramaları olarak sunulmuştu. Gelinen aşamada beklenen yabancı yatırımlar gerçekleşmediği gibi Türkiye tahkim nedeniyle önemli miktarlarda tazminatlar ödemek zorunda kaldı.

Hazine Müsteşarlığı'nın verilerine bakıldığında; elektrik, gaz ve su sektörüne 2002 yılından itibaren 2007 yılsonuna kadar olan 6 yıllık süredeki doğrudan uluslararası yatırım girişi toplamı 903 milyon dolardır. Aynı dönem içerisinde yalnızca elektrik alanında sonuçlanan tahkim başvuruları nedeniyle Türkiye, faiz hariç olmak üzere 193 milyon dolar tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Yani elektrik, gaz ve su sektörlerine yapılan yabancı yatırımın yüzde 21.4'ü tahkim ödemeleri nedeniyle şirketlere doğrudan kaynak transferi olarak geri dönmüştür. Hükmedilen tahkim tutarlarına uygulanan faiz oranları da dikkate alındığında bu oranın yüzde 25 düzeyinde olduğu belirtilebilir. Bu durumda yalnızca elektrik değil, gaz ve su da dahil edildiğinde gelen yabancı yatırım tutarının 4'te 1'inin ülke içinde hiçbir karşılığı olmaksızın dışarıya transferi söz konusudur. Aynı dönem içerisinde başvurulmuş olup halen görüşülmekte olan, ÇEAŞ ve Kepez'in de dahil olduğu tahkim davalarında talep edilen tazminat tutarlarının 18.6 milyar dolar olduğu dikkate alındığında ise Türkiye açısından daha da karamsar bir tablo ortaya çıkmaktadır.

> Bakanlıkların himayelerinde Mayıs ayında gerçekleştirilen konferansta tahkim konusuna ilişkin yer verilen bildiriler, tahkim nedeniyle kısa sürede önemli miktarlarda tazminatlar ödemek zorunda kalan Türkiye'nin gelecekte nasıl bir sürece sokulmak istendiğine işaret ederken, uluslararası tahkim için küresel sermayenin taleplerini sonuna kadar kabul eden Türkiye'nin artık uluslararası tahkimi alternatif bir yargı sistemi değil, genel kural olarak uygulaması isteğine sahne oldu.

Tahkim yeniden sahnede

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığı himayesinde, Avrupa Kojenerasyon Birliği, Dağıtık Enerji Dünya İttifakı (World Alliance for Decentralized Energy-WADE), Bölgesel Çevre Merkezi (REC), Amerikan Makine Mühendisleri Birliği (American Society of Mechanical Engineering-ASME), Türkiye Kojenerasyon Derneği, Elektrik Üreticileri Derneği, Rüzgar Enerjisi Santralları Yatırımcıları Derneği, Hidroelektrik Santralları Sanayi İşadamları Derneği'nin teknik desteğiyle Sektörel Fuarcılık tarafından 15-16-17 Mayıs tarihlerinde İstanbul'da **"Uluslararası Enerji ve Çevre Teknoloji Sistemleri Fuar ve Konferansı-ICCI 2008"** gerçekleştirildi. ICCI Bildiriler Kitabı'nda tahkim konusunda yer verilen iki bildiri küresel sermayenin taleplerinin yeni boyutlarını ortaya koydu.

Cenevre Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden **Begüm Bulak**, **"Enerjide Küreselleşme ve Liberalleşme Işığında Tahkim Kavramı"** başlıklı bildirisinde, önce küreselleşmenin hedefini açıklıyor:

"Kapitalizm ortaya çıktığından beri tek bir dünya pazarı yaratılmaya çalışılmıştır. Küreselleşme ise var olan idare stratejilerinin, ekonomi politikaları söz konusu olduğunda, ekonomik ve endüstriyel eylemleri birbirinden ayıran, sınırların yeniden biçimlendirilmesini ve yetkiyi apolitikleştirmeye yönelten organizasyondur."

Kredilerin politika belirleme gücü

Bulak, Türkiye'de 1980 sonrası neoliberal politikaların uygulanmasıyla birlikte enerji politikalarında özelleştirmeler ve yabancı sermayenin belirleyici olmaya başladığını anlatıyor. Bu politikaların belirlenmesinde de temelin Dünya Bankası'nın 1950-1995 döneminde Türkiye'ye enerji sektörüne ilişkin olarak verdiği 2.4 milyar dolarlık kredi olduğuna dikkat çeken Bulak, **"Beraberinde; verilen bu dış kredi ve yatırımları güvence altına alma ihtiyacı doğmuştur"** görüşünü belirtiyor. Bulak, **"küreselleşme, çok uluslu şirketler ve tahkim"** arasındaki bağlantıyı ortaya koyarken de uluslararası tahkimi **"başlı başına bir sektör"** olarak tanımlıyor.

Bulak, yeni dünya düzeni ve küreselleşme söylemleri içinde çokça sözü edilen şeffaflık ilkesine aykırı olarak **"tahkimin avantajları"** arasında gizlilikten söz ediyor. Gizlilik olanağını da **"rakiplerin veya**

medyanın haberdar olmaması" olarak sunan Bulak, tahkimin diğer **"avantajlarını"** da şöyle sıralıyor:

"Hız: Devlet mahkemelerine kıyasla daha çabuk sonuçlanması. Anlaşmazlığın bilirkişiler tarafından değerlendirilmesi. Uluslararası tanıma ve tenfiz kolaylığı. Tüm tarafların rızası ile başlatılan bir prosedür olması."

Bulak, tahkimin olumsuz yanlarını da **"Pahalılık, tenfiz zorunluluğu, anlaşma yapılmamışsa temyiz hakkının olmayışı, kimi zaman uzun sürmesi"** olarak sıralıyor. Uluslararası tahkim kapsamında alınmış bir kararın Türkiye'de uygulanabilmesi için gerekli olan ve adli yargının içeriksel değil, büyük ölçüde şekilsel bir denetim yaptığı **"tenfiz (kararı uygulamak, infaz ettirmek)"** sürecini bile olumsuzluk olarak değerlendiren Bulak, **"Tahkimin enerji piyasasındaki önemi, ulusal yargıyı devre dışı bırakarak yabancı sermaye için kamu hizmetlerinin piyasaya açılmasından kaynaklanmaktadır"** görüşünü belirtiyor.

Her ihtilaf tahkime götürülmek isteniyor

Begüm Bulak, yabancı yatırımı teşvik amacıyla Anayasa'da yapılan değişiklikle uluslararası tahkimin yolunun sonuna kadar açıldığını ifade ederken, bunu da yeterli görmeyerek, şu talepte bulunuyor:

"Ülkemizde henüz ne ölçüde serbestlik sağlandığı tartışılabilir boyuttadır. Yatırımcıların enerji sektörünü ortak bir pazar olarak benimsemeleri ise ancak uluslararası tahkimin onlara sağladığı güvence ile mümkün kılınacaktır. Bu nedenle uluslararası ticari anlaşmazlıklardan kaynaklanacak her türlü ihtilaf için tahkim artık alternatif bir yargı metodu olmaktan çıkıp, genel yargı mekanizmasının yerine geçmelidir."

Yatırım anlaşması tahkimi

ICCI'de gündeme getirilenler yalnızca uluslararası tahkimin genel yargı mekanizması yerine konulmasını değil, bundan çok daha öteye geçen ulus devlet, yargı ve idare erkini ortadan kaldıran bir anlayışa kadar uzanıyor. Avukat **Değer Boden**'in **"Enerji Uyuşmazlıkları ve Yatırım Anlaşması Tahkimi"** başlıklı bildirisi, sözleşmesel bir ilişki olmaksızın ulusal yargının ve idare erkinin nasıl devre dışı bırakılmak istendiğini ortaya koyuyor. Boden, yatırım anlaşması tahkimini **"yabancı bir yatırımcıyla yatırıma ev sahipliği yapan ülke arasında görülen yatırım anlaşmasında ev sahibi ülke tarafından yatırımcıya tanınan hakların ihlali iddiasına dayanan tahkim"** olarak tanımlıyor. Bildiride, yatırım anlaşması tahkiminin ülke içinde nerelere kadar uzanabileceği şu cümlelerle ortaya konuluyor:

"Devletin yatırım anlaşmaları altında her tür organının her tür işlemi dolayısıyla sorumlu olması söz konusudur. Yatırım anlaşmasında yatırımcıya tanınan bir hakkın ihlali iddiası devletin yapmış olduğu bir yasama organı işleminden kaynaklanabileceği gibi, bir mahkeme kararı da ya da idarenin çeşitli işlem ve eylemlerinden de kaynaklanabilir."

Sözleşme olmaksızın tahkim

Yatırım anlaşması tahkiminde devlet ile yabancı yatırımcı arasında sözleşmesel bir ilişkiye gerek olmadığını belirten Boden, **"Taraf devletin tek taraflı olarak tahkime ilişkin rızasını yatırım anlaşmasında icap olarak sunduğu, yabancı yatırımcının ise yatırım anlaşmasında öngörülen tahkime başvurmak suretiyle bu icabı kabul etmiş sayılacağı kabul edilmektedir"** görüşünü bildiriyor.

Yatırım anlaşmalarının iki taraflı ya da sektörel veya bölgesel olabildiğini kaydeden Boden, çok taraflı yatırım anlaşmasının ise Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) bünyesinde henüz taslak halinde bulunduğunu anımsatıyor. Türkiye'nin de çok sayıda iki taraflı yatırım anlaşması ve Enerji Şartı Anlaşması'na taraf olduğunu belirten Boden, Türkiye'nin yaptığı iki taraflı anlaşmalarla tanınan **"hakların"** belli başlılarını sıralıyor. Bunlar arasında sermayenin transferi için öngörülen serbestlik ve kamulaştırma yasağı dikkat çekiyor. Boden, bu iki konuyu şöyle aktarıyor:

"- Kamu yararına ve ayrımcı olmayacak şekilde yapılmadıkça ve yeterli ve etkin tazminat ödenmedikçe kamulaştırmama, devletleştirmeme veya doğrudan veya dolaylı olarak benzer etkisi olan tedbirlere maruz bırakmama.

- Yatırımlarla ilgili bütün transferlerin serbestçe ve gecikmeksizin yapılmasına izin verme."

Yatırım anlaşmalarıyla da değişik tahkim mekanizmaları öngörüldüğünü, bunlardan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlenmesi Hakkındaki Konvansiyonu'na (ICSID Sözleşmesi) taraf olan Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarının da hemen hemen tamamının ICSID tahkiminine rızayı içerdiğine dikkat çekiliyor. Bildiride, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hakuku Komisyonu'nun hakem heyeti UNCITRAL ile Paris Uluslararası Tahkim Odası nezdinde kurulacak tahkime de diğer mekanizmalar olarak yer veriliyor. ■

Ulusal yargıyı devre dışı bırakan uluslararası tahkim düzenlemesi Anayasa'ya yerleştirilirken, enerji alanında 30 milyar dolar yabancı yatırım geleceği iddiası kullanılmıştı. Uluslararası tahkimin gerekçesi yabancıların yatırım yapabilmek için güvenli bir ortam aramaları olarak sunulmuştu. Gelinen aşamada beklenen yabancı yatırımlar gerçekleşmediği gibi Türkiye tahkim nedeniyle önemli miktarlarda tazminatlar ödemek zorunda kaldı.

Enerjide tahkim ödemeleri

Adalet Bakanı **Mehmet Ali Şahin**'in, CHP Antalya Milletvekili **Hüsnü Çöllü**'nün soru önergesi üzerine verdiği 14 Ocak 2008 tarihli yanıt, Türkiye'nin enerji alanındaki tahkim davaları nedeniyle faiz hariç olmak üzere 193 milyon dolar kaybettiğini gösterdi. Türkiye'nin kaybettiği tahkim davaları ve ödenen tazminat tutarları şöyle gerçekleşti:

Sakarya-Bolu Dağıtım Bölgesi İşletme Hakkı Devri: Sakarya Bolu Elektrik Dağıtım A.Ş (SBD) 7 Şubat 2003 tarihinde Milletlerarası Tahkim Odası'na (ICC) tahkim başvurusunda bulunarak, 93.3 milyon dolar tazminat talep etti. Tahkim süreci 20 Mart 2004 tarihinde sonlandı ve 24 milyon 198 bin dolar tazminat faiziyle birlikte ödendi.

Yozgat-Sivas-Tokat Dağıtım Bölgesi İşletme Hakkı Devri: Kızılırmak Elektrik Dağıtım A.Ş, 24 Kasım 2004 tarihinde Milletlerarası Tahkim Odası'na (ICC) başvuruda bulunarak, 94.9 milyon dolar tazminat talep etti. Tahkim süreci 13 Temmuz 2006 tarihinde tamamlanırken, 34 milyon 573 bin dolar tazminat ve 1.5 milyon dolar tahkim masrafı faiziyle birlikte ödendi.

Soma A-B Termik Santralı İşletme Hakkı Devri: Süsel-Süzer Soma Elektrik Üretim Ltd. Şti tarafından 12 Temmuz 2002 tarihinde Milletlerarası Ticaret Odası'na (ICC) tahkim başvurusunda bulunularak, 83.01 milyon dolar tazminat talep edildi. Tahkim davası 17 Mart 2005 tarihinde sonuçlandı. Davada hükmedilen 28 milyon 106 bin dolar tazminat faiziyle ödendi.

Yatağan-Yeniköy-Kemerköy Termik Santralları İşletme Hakkı Devri: Güney Ege Enerji Ltd. Şti, 10 Temmuz 2003 tarihinde Milletlerarası Ticaret Odası'na (ICC) tahkim başvurusunda bulundu ve 479.4 milyon dolar tazminat ve faiz talep etti. Tahkim davası 21 Ekim 2004 tarihinde sonuçlandı ve Türkiye 90 milyon 253 bin dolar tazminatı faiziyle birlikte ödedi.

Konya-Ilgın Yap-İşlet-Devret Projesi: PSEG Global Inc. tarafından 22 Mart 2002 tarihinde Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'ne (ICSID) tahkim başvurusunda bulunularak, 500 milyon dolar tazminat talep edildi. Tahkim süreci 19 Ocak 2007 tarihinde sonuçlandı. Türkiye 9 milyon 62 bin doları tazminat ve 4.6 milyon doları mahkeme masrafları olmak üzere 13.5 milyon doları tazminatıyla birlikte ödedi. ■