

“YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ REFORMU ”

ile görevli

UNCITRAL ÇALIŞMA GRUBU III’ün

9-13 Ekim 2023 tarihinde gerçekleşen

46. toplantısı (Viyana) hakkında Rapor

Bilindiği üzere, UNCITRAL Komisyonu 2017 yılındaki 50. oturumunda Çalışma Grubu III’e Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıklarının Çözümü (ISDS)¹ ile ilgili yapılabilecek reformlar üzerinde çalışması görevini vermiştir. Çalışma Grubu kendisine verilen bu görev kapsamında öncelikle ISDS ile ilgili sorunları belirleyecek ve değerlendirecektir; ikinci olarak, belirlenen sorunlar ışığında reformun arzu edilir olup olmadığını değerlendirecektir ve reformun arzu edilir olduğu sonucuna varırsa, Komisyona tavsiye edilecek ilgili çözümleri geliştirecektir.

Çalışma Grubu 34-37’nci oturumları arasında ISDS ile ilgili sorunları belirlemiş ve belirlenen sorunlar ışığında reformun arzu edilir olduğu kanaatine varmıştır. 38. oturumunda ise potansiyel reform çözümünü tartışmak, detaylandırmak ve geliştirmek için bir proje takvimi üzerinde anlaşmaya varmıştır.

Çalışma Grubu 38’nci oturumundan 41’nci oturumuna kadar aşağıda belirtilen konularda somut reform unsurlarını değerlendirmiştir: (i) bir danışma merkezinin kurulması; (ii) Hakemler ve Yargıçlar (adjudicators) için davranış kuralları; (iii) üçüncü kişi finansmanının düzenlenmesi; (iv) uyuşmazlık önleme ve hafifletme ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; (v) Taraf Devletler tarafından antlaşmaların yorumlanması; (vi) maliyetler için teminat; (vii) önemsiz (frivolous) iddiaları ele alma araçları; (viii) çok taraflı davalar ve karşı davalar; (ix) yansıma zarar ve hissedarların talepleri; (x) temyiz ve çok taraflı mahkeme mekanizmaları ve (xi) ISDS mahkemesi üyelerinin seçimi ve atanması.

¹ “Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlıklarının Çözümü” terminolojisi metnin devamında kısaca “ISDS” (Investor-State Dispute Settlement) olarak isimlendirilecektir.

Çalışma Grubu Ekim 2019'da gerçekleşen 38. oturumunda Uluslararası Yatırım Uyuşmazlığı alanında bir Danışma Merkezi (Advisory Center) kurulması konusunu değerlendirilmiştir ve Eylül 2022 yılında gerçekleşen 43.oturumda da “Danışma Merkezi” hakkında görüşmelere devam edilmiştir.

9-13 Ekim tarihlerinde Viyana’da gerçekleşen 46. oturumunun konusunu “Danışma Merkezi” (Advisory Center) ve “Usule İlişkin Taslak Hükümler” (Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues) oluşturmaktadır.

Bu Rapor, aşağıdaki belgelere dayalı olarak hazırlanmıştır:

A/CN.9/WG.III/WP.230

A/CN.9/WG.III/WP.231

A/CN.9/WG.III/WP.232

A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1

A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.1, Add.2, Add.3, Add.4, Add.5

A/CN.9/1160

9-13 Ekim tarihinde gerçekleşen 46. oturumda, Çalışma Grubu III'ün oturumunun başkanlığına Shane Spelliscy (Kanada) ve raportörlüğüne Natalie Yu-Lin Morris Sharma'nın (Singapur) devam etmesine karar verilmiştir. (A/CN.9/WG.III// XLVI CRP.1/para.9)

I. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU DANIŞMA MERKEZİ KURULMSI HAKKINDA TASLAK HÜKÜMLER (Draft Provisions on the Establishment of an Advisory Center on International Investment Law)

Çalışma Grubu Eylül 2022 yılında gerçekleşen 43. oturumunda “Uluslararası Yatırım Hukuku alanında bir Danışma Merkezi Kurulması” konusunu A/CN.9/WG.III/WP.212 ve 212/Add.1 belgelerine dayalı olarak değerlendirmiştir. Görüşmeler, ağırlık olarak taslak maddeler 5-9 üzerinde sürmüştür, bu maddeler danışma merkezinin sağlayacağı hizmetlere ve hizmetten faydalanacaklara ve bu hususların merkezin finansmanı ve yapısı üzerindeki etkilerine ilişkindir. Görüşmeler neticesinde, Sekrarya'dan müzakerelere dayalı olarak revize edilmiş Taslak Kuralları hazırlaması talep edilmiştir. (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.2-3)

Görüşmeler sırasında, Danışma Merkezi'nin hükümetler arası bir yapı olarak (intergovernmental body) kurulması ve böyle bir kurumun kurulmasına yönelik bir tüzük hazırlanması önerilmiştir. Ayrıca, Merkezin mevcut kuruluşlardan ayrı, bağımsız bir kuruluş olarak kurulması ve kuruluşunun daimi mekanizma başta olmak üzere diğer reform unsurlarıyla ilişkilendirilmemesi de önerilmiştir. Bununla birlikte, Merkezin mevcut bir kuruluşun (örneğin Birleşmiş Milletler) himayesinde kurulmasının faydalı olabileceği ve diğer reform unsurlarıyla olan ilişkisinin dikkatle değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Merkezin tasarlanmasındaki önemli unsurlar olarak merkeze ve hizmetlerine erişim, merkezin tarafsızlığı, bağımsızlığı, dış etkilerden veya çıkar çatışmalarından kaçınma ihtiyacı, merkez ve personeli açısından coğrafi çeşitlilik, merkezin etkin ve sürdürülebilir işleyişi gibi hususlara değinilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add. Para 4-5)

Görüşmelerde, taslak hükümlerin Komisyon'a nasıl iletilmesi hususu da ele alınmıştır. Bu bağlamda Çalışma Grubu, Danışma Merkezinin bağımsız bir proje olarak mı (a stand-alone project) yoksa ISDS reformuna ilişkin çok taraflı bir belgeye (enstrümana) (multilateral instrument on ISDS reform; MIIR) dâhil edilecek bir reform unsuru olarak mı sunulması hususunu değerlendirmiştir. Ağırlıklı görüş taslak hükümlerin prensipte kabul edilmesi olmuştur. Böylelikle, değişiklikler bakımından daha esnek olunabilecektir. Taslak hükümlerin prensipte kabul edilmesi ve uygulanma yöntemi olarak da çok taraflı enstrümana dâhil edilecek bir reform unsuru olması yönünde ağırlık görüş oluşmuştur. Çalışma Grubu'nda, çok taraflı enstrümana dâhil edilecek bir protokol ya da enstrümanın Ek'leri olacak şekilde ele alınarak ayrı bir antlaşma yapılması ihtiyacının ortadan kalması hususunda görüş birliği sağlanmıştır. (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.44-45, A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add. para 5-6)

II. TASLAK HÜKÜMLER

Taslak Madde 1-Kuruluş

“Draft provision 1 – Establishment

The Advisory Centre on International Investment Law (“Advisory Centre”) is hereby established.” (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.6)

Taslak Madde 1, Danışma Merkezinin kurulmasını düzenlemektedir. Görüşmelerde, Danışma Merkezinin adının işlevlerini açıklayıcı olması ve dolayısıyla yatırımcı-Devlet

anlaşmazlıklarının çözümüne (ISDS) atıfta bulunulması önerilmiştir. Taslak madde 1 şu an için prensipte kabul edilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add. para 9)

Taslak Madde 2-Amaç

“Draft provision 2 – Objective

The objective of the Advisory Centre is to provide technical assistance and capacity-building with regard to international investment law and investor-State dispute settlement (ISDS) and provide legal support and advice with regard to ISDS proceedings, including representation services.”(A/CN.9/WG.III/WP.230, para.6)

Taslak Madde 2 Danışma Merkezinin amacını düzenlemektedir. Maddede, Danışma Merkezinin uluslararası yatırım hukuku ve yatırımcı-Devlet uyuşmazlıkları (ISDS) alanlarında kapasite geliştirme ve teknik yardım hizmeti sağlaması ve ISDS süreçleriyle ilgili olarak dava temsili dahil olmak üzere hukuki destek hizmeti vermesi düzenlenmiştir. Bazı delegasyonlarca maddenin bu haliyle kalması önerilirken, bazılarınca da farklı görüşler ileri sürmüştür. Görüşmelerde ağırlıklı olarak, Danışma Merkezinin amacının yatırımcı- Devlet (ISDS) arasındaki uyuşmazlıklarla sınırlı olması mı, yoksa Devlet- Devlet (State-to State dispute settlement; SSDS) arasındaki uyuşmazlıkları da kapsayıp kapsamayacağı konusu tartışılmıştır. İsviçre, Japonya, İran, Ermenistan, Pakistan, İngiltere, Panama, Rusya, Kanada delegeleri Devlet- Devlet (SSDS) uyuşmazlıklarının kapsam dışına olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Çalışma Grubuna verilen yetkinin yatırımcı- Devlet (ISDS) arasındaki uyuşmazlıklarıyla sınırlı olduğu, devletlerarasındaki uyuşmazlıklarında (SSDS) bu kapsamda ele alınmasının başta finansal problemler, çıkar çatışmaları olmak üzere çok çeşitli sorunlara yol açacağı belirtilmiştir. Avrupa Birliği Ülkeleri ise Danışma Merkezinin SSDS uyuşmazlıklarını içine alacak şekilde hizmet vermesi yönünde görüş bildirmişlerdir. Amerika Birleşik Devletleri henüz bu aşamada karar vermenin yerinde olmadığı görüşünü belirtmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add. para 11 -15)

Görüşmelerde, Danışma Merkezinin hizmetlerinin yatırımcı –devlet uyuşmazlıklarıyla (ISDS) sınırlı olması yönünde görüşler olduğu gibi, taslak hükümlerin sınırlayıcı ve merkezin hizmetlerini kısıtlayıcı şekilde ele alınmaması gerektiğini ileri sürenler de olmuştur. Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Danışma Merkezi'nin de SSDS konularında sağladığı destek dile getirilerek, WTO tecrübesine bakıldığında ileri sürülen çoğu endişeyle karşılaşılmadığı belirtilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add. para16)

Danışma Merkezinin yatırım arabuluculuğu ve yatırım uyuşmazlıklarının engellenmesi konularında hizmet verip vermemesi konularında farklı görüşler ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.1 para17)

Taslak Madde 3- Genel İlkeler

“Draft provision 3 – General principles

- 1. The Advisory Centre shall operate in an effective and sustainable manner.*
- 2. The Advisory Centre shall be independent and free from external influence.*
- 3. The Advisory Centre shall cooperate closely with international organizations with a view to furthering the objectives of the Advisory Centre.”(A/CN.9/WG.III/WP.230, para.7)*

Görüşmelerde, taslak madde 3 ile ilgili olarak maddenin daha açık ve sarih bir şekilde ifade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. 1. paragrafla ilgili olarak Merkezin finansman yapısının sürdürülebilir olduğuna değinilmesi, erişilebilirliğin vurgulanması ve Merkezin hizmetlerinin en az gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler için karşılanabilir olması gerektiğinin vurgulanması önerilmiştir. 2. paragrafla ilgili olarak “independence” ve external influence” ibarelerinin açıklanması önerisi ileri sürülmüştür. Maddede Merkezin bazı hizmetlerin sağlanmasında üyelere karşı taraf davranacağı gerekçesiyle taslak 3'te tarafsızlık (impartiality) kavramına yer verilmediği açıklanmıştır. Bu itibarla, 2. paragrafın “Danışma Merkezi bağımsız olacak ve bağışçılar da dahil olmak üzere aşırı, uygunsuz etkilerden (undue influence) uzak olacaktır.” şeklinde kaleme alınması ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2, para 2-4)

3. paragrafla ilgili olarak, diğer kuruluşların faaliyetleriyle örtüşmesinin önlenmesi (United Nations Conference on Trade and Development;UNCTAD, World Bank, Organisation for Economic Co-operation and Development ;OECD) ve bu kuruluşlarla koordine içinde olması ihtiyacının altı çizilmiştir. 3. paragrafın Merkezin bölgesel ve uluslararası kuruluşlarla yakın koordine içinde olacağına metinde yer alması uygun bulunmuştur. Toplantıya gözlemci olarak katılan kuruluşlardan bazıları da (CRCICA) önceliğin az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere verilmesi yönünde görüş bildirmiştir. Bu yönde görüş bildiren delegasyonlar da (Kanada) olmuştur. Bu görüşü destekleyenler olduğu gibi, hangi kriterlere göre ve hangi

kuruluş tarafından böyle bir sınıflandırma yapılacağı sorunu gündeme gelmiştir.(A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2 para 5-7)

Taslak Madde 4 Üyelik

“Draft provision 4 – Membership

1. Any State or regional economic integration organization may become a member of the Advisory Centre by [methods to be established].

2. Each Member is entitled to the services of the Centre in accordance with the regulations adopted by the Governing Board.” (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.12)

Danışma Merkezine üyeliğin düzenlendiği taslak madde 4.1 ile ilgili olarak, Merkezin hükümetler arası bir yapı olarak (intergovernmental body) kurulacağı anlayışına dayanarak, yalnızca Devletlerin ve Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütlerinin (States and Regional Economic Integration Organization; REIO) üye olmasına izin verilmesi gerektiği yaygın görüş olarak ileri sürülmüştür. Görüşmelerde, üye olunmasa da hizmet faydalanıcısı olunabileceği konusu açılmıştır. Mikro, küçük ve orta ölçekli girişimlerin Merkez hizmetlerinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Vietnam, Arjantin, Şili, Ekvator delegasyonları vb. bu maddenin üyelikle ilgili olduğu, hizmetlerin faydalanıcılarının 6. maddeye geldiğinde tartışılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2 para 10-13)

2. paragrafla ilgili olarak Merkez üyeliğinin, taslak maddeler 6-8’de ve Yönetim Kurulu (Governing Board) tarafından kabul edilecek yönetmeliklerde belirtildiği gibi bazı hak ve yükümlülükler getirdiğinin vurgulanması gerektiği belirtilmiştir. Görüşmeler neticesinde, ikinci paragrafın aşağıdaki şekilde kalem alınması ileri sürülmüştür: *“Each Member is entitled to the services of the Centre and has the obligations as set out in these draft provisions and the regulations adopted by the Governing Board.”*

“Her Üye, Merkezin hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir ve bu taslak hükümlerde ve Yönetim Kurulu tarafından kabul edilen düzenlemelerde belirtilen yükümlülüklerle sahiptir.” (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2 para 13)

Görüşmeler sırasında, Taslak madde 4’ün, bir Devletin veya bir REIO’nun hangi kategori veya sınıflandırmaya gireceğini belirtmesi önerisi getirilmiştir. Üyelerin sınıflandırılmasına ilişkin olarak aşağıdaki hususlar bakımından üyelerin farklı gruplara

ayrılması ileri sürülmüştür: (i) sunulacak hizmetlerle ilgili olarak; (ii) hizmetlerin alınmasında verilecek öncelik; (iii) yapılacak mali katkılar ve (iv) sunulan hizmetler için alınacak ücretler.

Sınıflandırmanın Yönetim Kuruluna ya da İdari Yöneticiye bırakılması konusunda endişeler diler getirilmiştir. Görüşmelerde, Devletler ve REIo'ların nasıl sınıflandırılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Birleşmiş Milletler bünyesinde en az gelişmiş ülkelerin listesi olduğu ancak gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere ilişkin bir listenim tutulmadığı hususu dile getirilmiştir. Görüşmeler neticesinde, konunun taslak madde 7 ve 8 görüşülürken ele alınmasına karar verilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2 para 14,15)

Taslak Madde 5- Yapı

“Draft provision 5 – Structure

1. The Advisory Centre shall consist of a Governing Board and a Secretariat headed by an Executive Director.

2. The Governing Board shall be composed of representatives of the Members of the Advisory Centre and meet at least once a year.

3. The Governing Board shall carry out the following functions:

(a) Evaluate and monitor the performance of the Advisory Centre;

(b) Appoint and elect the Executive Director for a term of [...] years;

(c) Adopt and revise regulations on the operation of the Advisory Centre as well as rules of procedure;

(d) Adopt the annual budget of the Advisory Centre including the amount of contribution to be made by each Member of the Advisory Centre; and

(e) Adopt the fee structure for services provided by the Advisory Centre.

4. The Governing Board shall take decisions by consensus and in accordance with the rules of procedure referred to in paragraph 3(c).

5. The Executive Director shall report to the Governing Board and shall:

- (a) *Manage the day-to-day operation of the Advisory Centre;*
- (b) *Employ and manage the staff members of the Secretariat in accordance with the staff regulations adopted by the Governing Board; and*
- (c) *Represent the Advisory Centre.*” (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.15)

Taslak Madde 5 Merkezin yapısına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Danışma Merkezi, bir Yönetim Kurulu (Governing Board) ve bir Direktörün (Executive Director) başkanlığında bir Sekreterlikten oluşacaktır. 2.paragrafla ilgili olarak, her üyenin Yönetim Kuruluna bir temsilci atayacağı hususunun daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği konusunda genel görüş oluşmuştur. Yönetim Kurulu'nun nasıl çalışacağına, başkanın seçimi, yıllık olağan toplantılar, quorum ve olağanüstü toplantıya nasıl çağrılacağı gibi tüm hususların usul ve esaslara dair kabul edilecek Kurallarda belirtilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2 para 16,17)

3. paragrafla ilgili olarak, Yönetim Kurulunun taslak hükümlere uygun olarak başka herhangi bir görevi yerine getirmesine olanak sağlayacak yeni bir alt paragrafın eklenmesi önerilmiştir. 4. paragrafta yer alan karar alma kuralına ilişkin olarak, Yönetim Kurulunun oybirliğiyle karar almaya çaba göstermesi gerektiği, ancak consensus sağlanamaması durumunda varsayılan kural olarak örneğin nitelikli çoğunluk (qualified majority) aranması hususu dile getirilmiştir. Bununla birlikte, idari hususlara ilişkin bazı konulardan basit çoğunluk aranabileceği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, her üyenin bir oy hakkı olduğu ve kararlara ilişkin quorum belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. 5. paragrafla ilgili olarak, Yönetim Kurulu, Direktör ve Sekreterlik arasındaki ilişkinin, raporlama mekanizmasının ve Yönetim Kurulunun Direktörü görevden alma yetkisi de dahil olmak üzere daha açık olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, az gelişmiş ülkeleri ve gelişmekte olan ülkeleri de temsil etmesi gereken, sekreterlik personeli arasında coğrafi temsilin ve cinsiyet dengesinin gözetilmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.2 para 19-21)

Taslak Madde 6- Teknik Yardım ve Kapasite Geliştirme Faaliyetleri

“Draft provision 6 – Technical assistance and capacity-building activities

1. The Advisory Centre shall provide technical assistance to its Members and engage in capacity-building activities with regard to international investment law and on issues pertaining to ISDS.

2. For this purpose, the Advisory Centre shall:

(a) Advise on issues pertaining to dispute prevention and conflict management;

(b) Provide training with regard to possible means of resolving disputes including but not limited to arbitration, mediation and State-to-State dispute settlement;

(c) Function as a forum for the exchange of information and sharing of best practices; and

(d) Perform any other functions assigned to it by the Governing Board.

3. The Executive Director may allow a non-Member to take part in the activities mentioned in paragraphs 1 and 2, particularly when such participation is determined to be beneficial to the Members.” (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.21)

Taslak madde 6'da belirtilen teknik yardım ve kapasite geliştirme faaliyetlerinin, Merkezin tüm Üyelerine açık olması gereken faaliyetlerinin iki temel ayağından birini oluşturacağı gözlemlenmiştir. Paragraf 2'de gösterge niteliğinde bir liste sunulduğundan, (b) alt paragrafındaki "dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere" sözcükleriyle başlayan ifadenin ve Devletlerarası anlaşmazlıkların çözümüne (State- to State dispute settlement) ilişkin referansın madde metninden çıkartılması önerilmiştir. Alt paragraf 2(c) ile ilgili olarak, Merkezin bilgi alışverişi ve en iyi uygulamaların paylaşımı için bir forum olarak işlev görmesi gerektiğine dair geniş bir destek ileri sürülmüştür. 3. paragrafla ilgili olarak üye olmayanların Merkezin faaliyetleri içinde yer almasına ilişkin çeşitli endişeler dile getirilmiştir. Oturum başkanı, üye olmayanlar arasında hizmet sağlayıcısı ve hizmet faydalanıcısı olarak ayırım yapılmasının yerinde olacağını dile getirmiştir. Ayrıca, hizmet faydalanıcısı olarak üyenin Devlet olup olmaması hususu da gündeme gelmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 1-3)

Görüşmelerde özellikle mikro, küçük, orta ölçekli girişimcilerin (MSME) ve muhtemelen diğer yatırımcıların taslak hüküm 6'daki hizmetlerden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Şayet MSME'lerin hizmet faydalanıcısı olduğu hallerde bu durumun kaynak problemlerine ve üye Devlete karşı dava açılmasına yol açacağı sebebiyle çeşitli endişeler dile getirilmiştir. Ayrıca, adalete erişimin

sağlanması bakımından MSME'lerin hizmet faydalanıcısı olması görüşüne karşı olarak, MSME'lerin üçüncü taraf finansmanı dâhil olmak üzere başka yerden destek alabilecekleri için Merkezden faydalanması gerektiği görüşünü haklı çıkarmayacağı dile getirilmiştir. Bu bağlamda, MSME'lerin ancak ISDS'de üçüncü taraf finansmanının tamamen yasaklanması durumunda Merkezin yararlanıcısı olabileceği yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Ayrıca, MSME tanımı konusunda hukuk sistemlerindeki farklılıkların doğuracağı sorunlar da dile getirilerek, 3. paragrafın üye olmayan Devletler ve Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütleriyle (non-Member States or REIOs) sınırlı olması gerektiği önerilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 1-3)

Diğer bir yandan, MSME'lere teknik yardım ve kapasite geliştirmenin adalete erişimi sağlamada önemli bir araç olduğu ve anlaşmazlıkları önleyebileceği, dolayısıyla Merkezin görev alanına girmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu görüşe destek olarak, MSME'lere destek sağlamanın aynı zamanda Merkeze finansal katkılar çekebileceği ve hem Devletlerin hem de talep sahibi yatırımcıların görüşlerini yansıtan dengeli bir yaklaşım geliştirmesine olanak tanıyabileceği belirtilmiştir. Paragraf 6'da MSME'lere açıkça atıf yapılması ve Çalışma Grubunun daha sonra değerlendirmek üzere MSME'lerin Merkezin faaliyetlerinden hangi koşullar altında yararlanabileceğini belirlemek için Çalışma Grubunun kriterler geliştirebileceği önerisi getirilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 3-5)

Çalışma Grubu'ndaki genel görüş, Üye olmayanların Merkezin faaliyetlerinden yararlanmasına izin verilip verilmeyeceğine karar verme konusundaki nihai yetkinin (en azından bu tür bir katılım için belirli kriterleri oluşturacak ve alınan kararları gözden geçirecek olan) Direktöre değil, Yönetim Kurulu'na ait olması gerektiği ve ancak bazı sınırlı durumlarda takdir yetkisinin Direktöre devredilebileceği yönünde olmuştur. 6.3 paragrafla ilgili olarak "faydalı olmak" deyiminin anlamına da açıklık getirilmesi önerilmiştir. Ayrıca, Üye olmayanlardan hizmetler için, tercihen Üyelere uygulanan ücretten daha yüksek bir oranda ücret alınması gerektiği belirtilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 6)

Çalışma Grubu'ndaki tartışmalar yukarıda açıklandığı üzere ağırlıklı olarak, Devlet-Devlet arasındaki uyuşmazlıkların dâhil edilip edilmemesi, üye olmayanların hizmet faydalanıcısı olması ve şayet olacaksa üye olmayan Devlet ve üye olmayan MSME arasında ayırım yapılması konularında geçmiştir. Bazı delegasyonlar üye olmayanlara hizmet faydalanıcısı olmaması gerektiğini belirterek 6.3 paragrafla ilgili, çekincelerini dile getirmişlerdir. Ayrıca, Merkezin ana amacının Devletlere hizmet sağlanması olduğu bu sebeple MSME'lerin hizmet faydalanıcısı olup olmaması bakımından delegasyonlar arasında farklı

görüşler oluşmuştur. Bazıları kesin olarak karşı olduklarını beyan etmişlerdir, bazıları ile daha esnek bir tutumda bulunmuşlardır.

Görüşmeler neticesinde, Sekreteryaya'dan, tartışmalar ışığında taslak madde 6'yı aşağıdaki şekilde revize etmesi talep edilmiştir:

- Merkezin, hizmetleri sağlamak için Üye olmayanlarla koordinasyon ve işbirliği yapabileceğinin açıklığa kavuşturulması;
- Merkez hizmetlerinin faydalanıcılarının kimler olacağına açık bir şekilde belirtilmesi;
- Üye olmayanların hizmetlere erişimlerine izin verilecekse, Üye olmayanların Devlet olup olmadığı durumlar arasında ayırım yaparak Yönetim Kurulunun kullanabileceği olası kriterlerin geliştirilmesi;
- Üyelerin lehine olacak bir ücret yapısı da dâhil olmak üzere üyeliği teşvik etmenin yollarının belirlenmesi;
- Üye olmayanların hizmet alması durumunda ortaya çıkabilecek olası çıkar çatışmalarının belirtilmesi. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 7)

Taslak Madde 7- ISDS Süreçlerine İlişkin Destek Sağlanması

“Draft provision 7 – Assistance with regard to ISDS proceedings

1. Upon the request by a Member, the Advisory Centre may provide legal support and advice with regard to ISDS proceedings, which may include representation services.

2. For this purpose, the Advisory Centre may:

(a) Provide a preliminary assessment of the case, including the appropriate means to resolve the dispute;

(b) Assist in the selection of mediators, arbitrators or other types of adjudicators as well as experts;

(c) Support the preparation of statements, pleadings and evidence as well as

with regard other aspects of the proceedings;

(d) Represent the Member in an ISDS proceeding as well as a hearing, including jointly with a team of that Member;

(e) Engage with external legal counsel to provide the above-mentioned services; and

(f) Perform any other functions assigned to it by the Governing Board.

3. In exceptional circumstances, the Executive Director may allow a non-Member to submit a request for assistance. If such request is granted, the services referred to in paragraphs 1 and 2 may be provided to that non-Member.

4. The provision of the above-mentioned services is subject to the resources available to the Advisory Centre.

5. When the Advisory Centre is not in a position to meet all requests for assistance under this draft provision, the Executive Director shall determine the recipient(s) of services, giving priority to Members within the following categories: (i) least developed countries (LDCs); and (ii) developing countries. The Executive Director shall also take into account, among others, the order in which the requests were made and whether the Member is receiving any such assistance or has received assistance in the past.

6. Based on an annual report by the Executive Director, the Governing Board shall adopt a regulation on the allocation of support, which shall include a categorization of Members and any non-Member that may request assistance.”

(A/CN.9/WG.III/WP.230, para.26)

Taslak madde 6, geniş anlamda uluslararası yatırım hukuku ve ISDS konularıyla ilgili olarak Danışma Merkezi tarafından sunulacak hizmetleri sağlarken, taslak madde 7, ISDS işlemleriyle ilgili hukuki destek ve tavsiye verilmesi konularını düzenlemektedir. Taslak madde 7.1 paragrafı bu tür hizmetlerin bir Üyenin talebi üzerine sağlanacağını açıklığa kavuştururken,

3. paragraf Merkez Direktörüne talep üzerine ve istisnai durumlarda bu tür hizmetleri Üye olmayanlara da sunma konusunda takdir yetkisi vermektedir. (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.27)

Görüşmelerde, taslak madde 7’de belirtilen hizmetlerin Merkez tarafından sağlanan hizmetlerin kapsamında olmaması bu sebeple 7. maddenin metinden çıkarılması önerilmiştir. (Bahreyn delegasyonu önerisi). Çalışma Grubu’ndaki genel görüş ISDS süreçleriyle ilgili yardımın Merkezin temel işlevlerinden biri olması gerektiğidir. 1. paragrafla ilgili olarak Merkezin hizmetlerini mümkün olan en geniş üyeye sunmayı hedeflemesi vurgulanmıştır, üzerinde mutabakata varılacak öncelikli ülkelerin belirlenmesi esaslarına göre hizmetlerin kendilerine verilmesi gerekmesi bile tüm Üyelerin Merkez hizmetlerini talep etme hakkına sahip olması gerektiği konusunda yaygın bir görüş birliği mevcuttur. Görüşmeler sırasında, 1. paragrafla ilgili olarak en çok tartışılan hususlardan biri de metinde geçen yatırımcı- Devlet Uyuşmazlıklarının Çözümü (ISDS) bakımından Devlet- Devlet (SSDS) uyuşmazlıklarının bu kapsamda ele alınıp alınmayacağı olmuştur. İsviçre, Japonya, Beyaz Rusya, İran, Rusya, Pakistan, Kanada vb delegasyonları SSDS’lerin kapsam dışında olması görüşlerini yinelemişlerdir. Avrupa Birliği ve Ülkeleri aksi görüşte olduklarını belirtmişlerdir.(A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 8,9)

Merkezin 2(d) bendinde belirtilen temsil hizmetlerini sağlayıp sağlamaması gerektiği konusunda Çalışma Grubu’nda görüş ayrılığı yaşanmıştır. Görüşlerden biri, Merkezin kurulmasının temel hedeflerinden birinin gelişmekte olan ülkelerin dava temsil yükünü azaltmak olduğu göz önüne alındığında, bunun temel hizmet olması gerektiğidir. Diğer bir görüş ise, bu tür hizmetlerin önemine dikkat çekilse de, Merkezin ilk önce paragraf 2’de sıralanan ve daha az kaynak isteyen hizmetlere odaklanmasını sağlamanın, Merkezin daha geniş bir üyeliğe hizmet sunmasına ve bu vesileyle Üyelerin kendilerini temsil etme kapasitelerini geliştirmelerine olanak tanıyacağıdır. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para13).

Özellikle Merkezin hizmetlerini sunarken dışardan hukuk danışmanlarıyla iletişime geçmesine, onları görevlendirmesine izin verilip verilmeyeceği konusunda 2(e) bendinin açıklığa kavuşturulması gerektiği, bunun mali etkileri olacağı ve çıkar çatışmalarına yol açabileceği belirtilmiştir. Genel olarak Merkezin, en azından başlangıç aşamalarında, pro bono veya indirimli ücretlerle hizmet verebilecek hukuk firmalarının bir listesini Üyelere temin ederek Üyenin danışman, avukat bulmasını kolaylaştırmaya odaklanması gerektiği, Üyeler adına danışman, avukat görevlendirmemesi gerektiği belirtilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para14).

Taslak madde 7’de belirtilen hizmetlerin sadece Üyelere verilmesi, bu sebeple 7.6. paragrafta geçen “Üye olmayan” ibaresinin metinden çıkartılması değerlendirilmiştir. Üye olmayanlara hizmet verilecekse bunun “Üye olmayan Devletler” ile sınırlı olması gerektiği, bu durumda bile temsil hizmetlerinin genellikle bu Devletlere sunulmaması gerektiği belirtilmiştir. Diğer yandan, taslak 7’de yer alan hizmetlerden KOBİ’lerin de Merkezin Yönetim Kurulu tarafından belirlenecek kurallara tabi olarak hizmetlere erişiminin sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Görüşmeler sırasında 7.3 paragrafla ilgili olarak consensus sağlanamamıştır. Çalışma Grubu’nda Merkez kaynaklarının tüm talepleri karşılamaya izin vermediği hallerde, gelişmekte olan ülkeler tarafından takip edilen en az gelişmiş ülkelere öncelik verilmesi yönünde genel bir destek vardır. Bu bağlamda, potansiyel Üyeler arasında net bir sınıflandırma yapılması ihtiyacı yinelenmiştir. Görüşmeler neticesinde, Sekreteryaya’dan, tartışmalar ışığında taslak madde 7’yi aşağıdaki şekilde revize etmesi talep edilmiştir:

-Merkezin hizmetlerinin SSDS'nin kapsayıp kapsamayacağı konusunda alternatif bir dil belirlenmesi;

-2. paragrafta belirtilen hizmetler bakımından “temsil” hizmetinin ileride değerlendirilmek üzere kalmasına ve hizmetler arasında öncelik sıralaması yapacak şekilde verilecek hizmetler açıklık getirilmesine;

-7.3. paragrafın revize edilerek, Üye olmayan Devletlerin veya REIO’ların hizmetlerden yararlanma olasılığının göz ardı edilmemesi ve Çalışma Grubunun taslak madde 7.3’ü, taslak madde 6(3) ile birlikte ele almasına olanak sağlamak amacıyla "istisnai koşulları" (örneğin, Üye olmayan Devletlerin Üye olma sürecinde olduğu durumlar) açıklığa kavuşturulması;

- 5. paragrafın, Yönetim Kurulunun Merkez Direktörüne hizmetler arasında önceliklendirmenin nasıl uygulanacağı ve Üyelerin hizmetlere erişiminin nasıl sınıflandırılacağı konusunda yol göstereceği şekilden değiştirilmesi.(A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para15-18, A/CN.9/1160, para. 71-73).

Taslak Madde 8 (Finansman)

“Draft provision 8 – Financing

1. Each Member shall make an annual contribution in accordance with the scale of contributions set by the Governing Board. If a Member is in default of its contributions, the Governing Board may decide to limit the rights of that Member

under draft provision 4(2).

2. The Advisory Centre shall charge fees for its services in accordance with the schedule of fees set by the Governing Board.

3. The budget of the Advisory Centre shall be funded by the annual contribution of the Members, the fees for services rendered by the Advisory Centre and any voluntary contribution made by Governments, international organizations, private entities or individuals, in accordance with the regulations adopted by the Governing Board.

4. The budget and expenditure of the Advisory Centre shall be subject to an annual external audit in accordance with the regulations adopted by the Governing Board.”
(A/CN.9/WG.III/WP.230, para.34)

Taslak madde 8, Danışma Merkezinin kurulması ve işletilmesi için gerekli olan ve esas olarak Üyelerin yıllık katkılarından, alınan ücretlerden ve gönüllü katkılardan oluşacak olan finansmanın kaynaklarını listelemektedir. Her Üyenin beklenen yıllık katkısının, Devletlerin ve REIO'ların (Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütleri) Merkez Üyesi olmanın mali yükümlülüklerinin doğasını ve kapsamını anlamalarına olanak sağlayacak şekilde önceden belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Görüşmeler sırasında, Merkezin işleyişinin genişleyip istikrara kavuştuğunda, Merkez tarafından verilecek hizmetlerden alınacak ücretlerin ana finansman kaynağı haline gelebileceği belirtilmiştir. Hizmetler ve ilgili Üye kategorileri ve muhtemelen Üye olmayanlar için uygulanacak ücret tarifesinin önceden belirlenmesi gerektiği dile getirilmiştir. Üye olmayanlardan Merkeze üyeliği teşvik etmek için yüksek ücretler alınması önerilmiştir. Hükümetlerin, uluslararası kuruluşların, özel kuruluşların veya bireylerin gönüllü katkılarının Merkezin ayakta kalması için önemli olduğu belirtilse de, bu konuda ihtiyatlı olunması gerektiği belirtilmiştir. Merkezin bağımsızlığını ve mali işleyişinin şeffaflığını sağlamak için bu tür katkıların kabulüne ilişkin açık kuralların geliştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.3 para 19-23)

Görüşmeler neticesinde, Sekreteryaya'dan 8. maddeyi görüşmeler ışığında revize etmesi ve Merkezin finansman kaynakları konusunda daha spesifik olunması talep edilmiştir. Çalışma Grubu'nun 2024 Ocak ayında gerçekleşecek 47. oturumunda değerlendirilmek üzere ücret tarifelerinin (Üyeler ve Üye olmayanlar için öngörülen hizmet bedelleri) resmi olmayan

belgeler olarak hazırlanabileceği konusunda mutabakata varılmıştır. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.4 para 1)

Taslak Madde 9 (Hukuki Statü ve Sorumluluk)

“Draft provision 9 – Legal status and liability

1. The Advisory Centre shall have legal personality. It shall have the capacity to contract, to acquire and dispose of immovable and movable property and to institute legal proceedings.

2. The Advisory Centre shall be headquartered in [...] based on a host country agreement with [...], which shall accord to the Advisory Centre, its Executive Director and its staff members the status, privileges and immunities that the [...] accords to permanent diplomatic missions and their members or to international organizations and their staff.

3. The Advisory Centre, its Executive Director and its staff members shall not be liable to any person for any act or omissions in connection with the services provided by the Advisory Centre, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law.” (A/CN.9/WG.III/WP.230, para.39)

Danışma Merkezi'nin hükümetler arası bir kuruluş olarak kurulacağı varsayımından hareketle, Merkezin faaliyetlerini etkin bir şekilde yönetebilmesini sağlayacak tüzel kişiliğe sahip olması gerektiği konusunda genel bir görüş birliği mevcuttur. Ayrıca Merkeze, İdari Direktöre ve Sekretarya personeline, özellikle de Merkezin hükümetler arası bir kuruluş olarak statüsüyle ilgili bir tür işlevsel dokunulmazlık (functional immunity) verilmesi gerektiği düşünülmüştür.(Görevlerinin yerine getirilmesi sırasında yaptıkları eylemlere ilişkin hukuki süreçlere karşı dokunulmazlık). Ancak işlevsel dokunulmazlığın, Merkez personelinin Merkeze, Üyelerine ve İdari Direktöre karşı sorumlu olmayacağı anlamına gelmemesi gerektiği, bu hususların personel yönetmeliğinde veya personellere uygulanacak olan ayrı bir yasal düzenlemede belirtilmesi ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.4 para 2,3)

Çalışma Grubu'ndaki görüşmeler neticesinde, müzakere edilen tüm hususlar ışığında Sekretarya'dan Danışma Merkezi'nin kurulmasına ilişkin taslak hükümleri bir sonraki oturumda görüşülmek üzere revize etmesi talep edilmiştir. (A/CN.9/1160, para. 85).

II. USULİ VE CROSS- CUTTING KONULARINA İLİŞKİN TASLAK HÜKÜMLER (Draft Provisions on Procedual and Cross-Cutting Issues)

Çalışma Grubu Eylül 2022 yılında gerçekleşen 43. oturumunda A/CN.9/WG.III/WP.219 belgesine dayalı olarak Yatırımcı- Devlet Tahkiminde Uyuşmazlık Çözümü Reformu kapsamında usulü konularla ilgili taslak maddeleri değerlendirmiştir. “Usul ve Cross- Cutting Konularında Dair Taslak Hükümler” A/CN.9/WG.III/WP.231 ve A/CN.9/WG.III/WP.232 sayılı belgelerde kapsamlı bir şekilde ana hatlarıyla belirtilmiştir. Çalışma Grubu bu “Taslak Hükümler (Maddeler)” konusunda nasıl ilerleme kaydedebileceğine ilişkin bir ön tartışmaya başlatmıştır. Görüşmelerde, Taslak Hükümlerin bazı maddelerinin Çalışma Grubuna verilen yetkinin dışında kaldığı, Çalışma Grubu'nun yetkisinin ISDS Reformunda usulü konulara ilişkin olduğu ileri sürülmüştür. Bazı maddelerin esasa ilişkin hususları düzenlediği, özellikle 4. maddede yer alan Devlet- Devlet uyuşmazlıklarının Çalışma Grubu'nun yetkisi dışında kaldığı belirtilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.4 para 6-8)

Görüşmeler sırasında, ICSID temsilcisi, ICSID Kurallarının revize edilme sürecinin uzun yıllara dayalı bir çalışma sonucunda gerçekleştiğini, usule ilişkin bu taslak hükümlerin yeni antlaşmalarda yer almasının belirsizlik ve karışıklığa sebebiyet verebileceğini ileri sürmüştür. Taslak Hükümlerin hangi formda kabul edileceğine dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, taslak hükümler model hükümler olarak hazırlanıp Devletler tarafından yatırım antlaşmalarına eklenebilir veya tahkim merkezleri tarafından tahkim kurallarında düzenlenebilir. Bu yaklaşımın daha esneklik sağlayacağı ileri sürülmüştür. Diğer bir görüş ise, taslak hükümlerin çok taraflı enstrümanın bir parçası olarak kabul edilmesidir. Diğer bir görüş, taslak hükümlerin bazılarının UNCITRAL Tahkim Kurallarının tamamlayıcısı olarak sadece yatırım tahkimine uygulanacak Kurallara olarak ele alınmasıdır. UNCITRAL Yatırıma Dayalı Yatırımcı- Devlet Tahkiminde Saydamlık Kuralları gibi ayrı bir Kurallar bütünü olarak UNCITRAL Tahkim Kurallarına dâhil edilebileceği ya da UNCITRAL Tahkim Kurallarının Ek'leri olarak dahil edilebileceği ileri sürülmüştür. Taslak hükümlerinin bazılarının ise, ileride kurulacak olan daimi mekanizmanın usule dair kurallarını

oluşturabileceği belirtilmiştir.(A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.4 para 12-14, A/CN.9/1160, para. 94,95).

Görüşmeler sırasında bazı delegasyonlar, görüşülecek konuların öncelik sırasına göre ele alınması gerektiği ve örneğin zararlar (damages), deliller (evidence), masraflar için teminat (security for costs), üçüncü kişiler tarafından finansman sağlanması (third party funding) gibi konulara öncelik verilmesini ileri sürülmüştür. Özellikle taslak madde 23'te ele alınan "Zararların Değerlendirilmesi ve Tazminat" konusunda birçok delegasyon endişelerini belirtmişlerdir. Görüşmeler neticesinde, öncelikle "Zararlar ve Tazminatı" düzenleyen taslak 23. maddeyle başlayarak, ardından A/CN.9/WG.III/WP.231 sayılı belgenin II.A kısmında yer alan taslak hükümlerin değerlendirilmesine sonrasında II.B'de yer alan taslak hükümlerin ve taslak madde 24 ve 25'in görüşülmesine karar verilmiştir. (A/CN.9/WG.III/XLVI/CRP.1/Add.4 para 17,18)

Taslak Madde 23 (Zararların Değerlendirilmesi ve Tazminat)

"Draft provision 23: Assessment of damages and compensation

1. When the Tribunal makes a final decision, it may only award:

(a) Monetary damages and any applicable interest; or

(b) Restitution of property, in which case the decision shall provide that the respondent may pay monetary damages representing the fair market value of the property at the time immediately before the expropriation or impending expropriation became known, whichever is earlier, and any applicable interest in lieu of restitution.

2. The Tribunal may award simple pre-award and post-award interest at a reasonable rate.

3. In assessing or calculating monetary damages, the Tribunal shall only reflect loss or damage incurred by reason of, or arising out of, a breach of the Agreement.

The Tribunal shall consider, as applicable:

(a) Contributory fault of the claimant, whether deliberate or negligent;

(b) Failure by the disputing parties to mitigate loss or damage;

(c) Prior monetary damages received by the claimant for the same loss or damage;

(d) Restitution of property;

(e) Repeal or modification of the measure alleged to constitute a breach of the Agreement; and

(f) Any non-compliance by the claimant with the UN Guiding Principles on

Business and Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

4. The Tribunal shall only award monetary damages that are established in accordance with Draft Provision 13 on the basis of satisfactory evidence and that are not inherently speculative. The Tribunal may award monetary damages on the basis of expected future cash flows only insofar as they are based on a case-by-case, fact-based inquiry that takes into consideration, among other factors, whether the investment has been in operation in the territory of the respondent Contracting Party for a sufficient period of time to establish a performance record of profitability.

5. The Tribunal may, at the request of a disputing party or on its own initiative, appoint one or more experts to report to it in writing on issues related to the assessment or calculation of damages, subject to any terms and conditions agreed with the disputing parties.

6. The Tribunal may require that experts appointed by the parties, if any, on issues related to the assessment or calculation of damages work on the basis of a harmonized, clearly defined set of instructions based on similar assumptions. The Tribunal may also require:

(a) A joint statement by the experts to explain any difference in their opinions;

(b) Alternative calculations in case the experts disagree on facts and legal approaches; and (c) Joint report by those experts.

7. The Tribunal shall not award punitive damages.

8. The Tribunal shall not award monetary damages exceeding the total expenditures (adjusted for inflation) incurred by the claimant in making its investment.

9. If the amount of monetary damages claimed by the claimant significantly exceeds the amount awarded by the Tribunal, the Tribunal may take this fact into account when allocating costs in accordance with Draft Provision 25.”

(A/CN.9/WG.III/WP.231, pag.11)

Paragraf 1, Mahkemenin (Hakem mahkemesi) yalnızca parasal tazminata veya mülkün iadesine karar verebileceğini öngörmektedir. 2. paragrafla birlikte 1(a) bendi, Mahkemenin, pre-award ve post-award faizlere karar verebileceğini ve ayrıca bu faizin "bileşik" değil "basit" faiz olacağını öngörmektedir ve bu oranın da makul bir oran (reasonable rate) olacağını düzenlemektedir. (b) bendi, kamulaştırma durumunda ve mülkün iadesine karar verildiğinde, Mahkeme, mülkün iadesi yerine adil piyasa değerini gösteren tazminat tutarını belirtecektir.

Görüşmeler sırasında, faizin basit faiz olarak düzenlenmesi konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş bileşik faizin sınırlandırılması, diğer bir görüş ise hakem mahkemesinin bileşik faizle zarar hükmedebilmesi yönündedir, böylelikle tam tazminata hükmedilebilecektir. (A/CN.9/WG.III/WP.232, para 72).

Paragraf 3, nedensellik ilişkisinin yanı sıra, zararların değerlendirilmesinde hakemlerin dikkate alması gereken koşulları ele almaktadır. 4. paragraf Mahkemenin, yalnızca Taslak madde 13 uyarınca tatmin edici kanıtlara dayanarak belirlenen ve doğası gereği spekülasyon olmayan parasal tazminatlara karar vereceğini düzenlemektedir. İlgili paragrafın devamında, Mahkemenin gelecekte beklenen nakit akışlarına dayalı olarak parasal zararları hesaplayabileceği koşulları düzenlemektedir. Bununla hesaplama yöntemlerine ilkin olarak indirgenmiş nakit akışı (discounted –cash-flow; DCF) yönteminin kullanımı ile ilgili endişelerin giderilmesi amaçlandığı belirtilmiştir. (A/CN.9/WG.III/WP.232, para 73).

5. ve 6. paragraflarda zararların hesaplanması bakımında hakem mahkemesince atanacak bilirkişilere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Görüşmelerde, hakem mahkemesince atanacak bilirkişilerin atanmasının ve 6. paragrafta yer alan araçların ancak tarafların rızasıyla mümkün olması gerektiği ileri sürülmüştür. 7. paragraf, mahkemece cezai tazminat ödenmesini açıkça yasaklamaktadır. Mahkeme toplam tutarı aşan parasal tazminata hükmedemeyecektir. 8. paragraf mahkemelerce hükmedilecek tazminat tutarına bir üst sınır getirmektedir, 8. paragraf, mahkemelerin Davacının yatırımını yaparken yaptığı harcamaların (enflasyona göre düzeltilmiş) toplam tutarını aşan parasal tazminata hükmedemeyeceğini düzenlemiştir. Görüşmeler sırasında, bu hükmün 4. paragrafla çeliştiği hususu dile getirilmiştir. 9. paragraf, Davacı tarafından talep edilen parasal tutarın, mahkemenin hükmettiği tutarı aşması halinde, mahkemelerin masrafların paylaşılmasında bu durumu dikkate alacağını düzenlemektedir. Bu paragraf ile ilgili endişeler dile getirilmiş olup bu paragrafın “Masrafların Paylaşılmasını” düzenleyen taslak madde 25 altında ele alınması gerektiği ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/WP.232, para 73-76).

Görüşmeler neticesinde, Sekreteryaya’dan Taslak madde 23’ün tam tazminat genel ilkesiyle (general principle of full reparation) tutarlı olacak şekilde revize etmesi ve aşağıdaki hususları açıklığa kavuşturması talep edilmiştir:

- (i)hakem mahkemesi parasal zararlara ve/veya mülkün iadesine hükmedebilir;
- (ii)hakem mahkemesi makul faize hükmedebilir (reasonable award);
- (iii)ihlal ve zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır;

(iv) zararların değerlendirilmesinde, katkıda bulunan kusur (contributory fault), zararın hafifletilmesine dair çabalar, ve mükerrer tazminattan kaçınma dahil olmak üzere bir çok unsurun dikkate alınması gerekmektedir;

(v) zararlar tatmin edici delil (satisfactory evidence) gerektiren ispat yüküne ilişkin açık kurallara dayanmalıdır;

(vi) cezai tazminat verilmemelidir.

SONUÇ:

Çalışma Grubu, görüşmeler neticesinde, Ocak 2024 tarihinde gerçekleşecek 47. oturumun gündemine ilişkin olarak bu oturumda gerçekleşen “Danışma Merkezi hakkında Taslak Maddeler” ve “Anlaşmazlıkların Önlenmesi ve Hafifletilmesine İlişkin Kılavuzlar” konusundaki müzakerelere devam etme ve bir sonraki 47. toplantıda A/CN.9/WG.III/WP.231 ve A/CN.9/WG.III/WP.232 belgelerine dayalı olarak “Usül ve Cross- Cutting” konularına ilişkin taslak hükümler üzerinde müzakerelerine devam etme konusunda mutabakata varılmıştır.

İTOTAM Genel Sekreteri

Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI