

UNCITRAL ÇALIŞMA GRUBU III

20-24 OCAK 2020 TARİHLİ

38. DEVAM TOPLANTISI (VİYANA) HAKKINDA RAPOR

YATIRIMCI ile YATIRIMIN YAPILDIĞI DEVLET ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ KONUSUNDA REFORM

GİRİŞ

Çalışma Grubu'nun (ÇG) 36. Toplantısında; (i) ilk olarak yatırımcı- Devlet Uyuşmazlığı Çözümüne (ISDS)¹ ilişkin sorunların belirlenmesi ve değerlendirilmesi (ii) ikinci olarak bu belirlenen sorunlara ilişkin bir reform çalışmasının yapılıp yapılmaması hususu (iii) üçüncü olarak da eğer Çalışma Grubu reform yapılması konusunda hemfikirse Komisyon'a iletmek üzere çözüm önerilerinin belirlenmesi hususları ele alınmıştı. Ayrıca, ISDS konusunda reform çalışmaları kapsamında yatırımcı- devlet tahkiminde üçüncü kişiler tarafından finansman sağlanması konusundaki sorunlar dile getirilmiş, bu hususların 37. Toplantıya bırakılmasına karar verilmişti (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1).

New York'ta gerçekleşen ÇG'nun 37. Toplantısında üçüncü kişilerce finansman sağlanması konusundaki sorunların reform çalışmasının kapsamına dahil edilmesi konusu el alınmış, ayrıca çalışma planının nasıl uygulanacağı konusu ve öneriler tartışılmıştı. Görüşmelerde, birçok farklı başka reform önerileri de ileri sürüldüğünden çalışma planının esnek ve birçok önerideki ortak noktaları kapsayacak şekilde geliştirilmesinin amaca uygun olduğu belirtilmişti. Çalışma Grubuna verilen yetkinin ISDS reformu için çözüm önerilerini geliştirmek olduğu tekrarlanarak, tüm olası reform opsiyonlarının sunulması ve buna göre çalışma planına başlanması vurgulanmıştı. Ayrıca Sekreteryaya'dan bir sonraki 38. Toplantı için A/CN.9/WG.III/WP.149 sayılı belgenin ileri sürülen öneriler ışığında güncellenmesi talep edilmişti.

¹ Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlığı Çözümü; Investor- State Dispute Settlement metinde kısaltma ISDS olarak geçmektedir.

Bilindiği üzere, UNCITRAL Komisyonunun 51. Toplantısında, Komisyon Çalışma Grubunca yapılan çalışmadan ve Sekreteryaya'nın vermiş olduğu destekten ötürü olan memnuniyetini dile getirmiştir. Ayrıca, Çalışma Grubu üyelerine verilen görev bakımından geniş takdir yetkisi verilmesini, getirilecek çözüm önerileri bakımından ilgili uluslararası organizasyonların da çalışmalarının dikkate alınmasını ve her bir üye devlete bu çözüm önerilerinin kabulü konusunda gereksiz gecikmeye yer vermeyecek şekilde görüşte bulunması imkânının sunulması kararlaştırılmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVII./CRP.1 para.1-6 and A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1 para.4).

Komisyonun 2019 yılında gerçekleşen 52. Toplantısında da Komisyon, Çalışma Grubu'nun yapıcı, kapsayıcı ve şeffaf bir şekilde yürüttüğü süreçteki ilerleme ve reform önerilerinin detaylandırılması ve geliştirilmesine dair alınan kararlardan duyduğu memnuniyeti dile getirmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1 para.4).

20-24 Ocak 2020 tarihli 38. devam Toplantısında, Çalışma Grubunun başkanlığına **Shane Spelliscy (Kanada)**; raportörlüğüne de **Natalie Yu-Lin Morris Sharma (Singapur)** seçilmişlerdir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1).

38. devam Toplantısında Çalışma Grubunun görüştüğü konular ve varmış olduğu sonuçları açıklayan bu Rapor,

A/CN.9/WG.III/WP.169

A/CN.9/WG.III/WP.185

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

A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.1

A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.2

A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3

A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.4' e dayanılarak hazırlanmıştır.

Çalışma Grubunun 14-18 Ekim 2019 tarihli 38. Toplantısında (i) çok taraflı yatırım danışmanlığı merkezi ve capacity building faaliyetleri (ii) davranış kodları (kuralları) (iii) üçüncü kişilerce finansman sağlanması konuları görüşülüp 20-24 Ocak

2020 tarihlerinde Viyana’da düzenlenmesi planlanan 38. devam Toplantısında (i) gözden geçirme (review) ya da temyiz (appellate) mekanizması (ii) çok taraflı yatırım mahkemesi (iii) hakemlerin ve karar mekanizmalarının seçimi ve atanması konularının görüşülmesi kararlaştırılmıştı.

30 Mart-3 Nisan 2020 tarihlerinde New York’ta düzenlenmesi planlanan 39. Toplantıda: (i) uyuşmazlık çıkmasını önlemeye yarayan ve diğer alternatif çözüm yöntemleri (ii) masraflar için teminat (iii) taraf devletlerce yatırım anlaşmalarının yorumlanması (iv) asılsız, yersiz iddiaları göstermeye yarayan mekanizmalar (v) karşı davaları da kapsayan aynı konuya ilişkin bir den fazla dava açılması ve (vi) yansıtılan zarar ve OECD ile yapılan ortak çalışma kapsamında hissedarların iddiaları konularını görüşülmesi kararlaştırılmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.1 para 13).

20-24 Ocak 2020 tarihlerinde gerçekleştirilen 38. devam toplantısında yukarıda belirtildiği gibi bir önceki 38. Toplantıda alınan karar doğrultusunda (i) gözden geçirme (review) ya da temyiz (appellate) mekanizması (ii) çok taraflı yatırım mahkemesi (iii) hakemlerin ve karar mekanizmalarının seçimi ve atanması konuları görüşülmüştür.

Temyiz Mekanizması (Appellate mechanism)

1.Genel değerlendirme

Görüşmelerde, temyiz mekanizmasının ISDS sisteminde nasıl işleyeceği konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Hakem kararlarını gözden geçirmeye yarar mevcut mekanizmalarının sınırlı olduğu, temyiz mekanizması kurulmasının ISDS sisteminde doğru, tutarlı, öngörülebilir ve uyumlu kararlar elde edilmesini sağlayacağı ileri sürülmüştür. Buna karşı, devletlerin bu reform önerisini kabul edip etmeme konusunda serbest oldukları göze alındığında, temyiz mekanizması önerisinin mevcut hakem kararlarındaki tutarsızlığı ve uyumsuzluğu arttıracığı ileri sürülmüştür. Ayrıca her ne şekilde düzenlenirse düzenlensin temyiz mekanizması getirilmesinin tahkim yargılamasının masraf ve sürelerini arttıracığı belirtilmiştir. ISDS hakem kararlarının tutarlı, doğru ve uyumlu olmasını sağlamaya yönelik diğer mekanizmalardan yararlanılabileceği; örneğin hakem kararlarının verilmeden önce ön-inceleme yapılması (scrutiny) ve yatırım anlaşmalarının yorumlanmasında tarafların rolünü attırmaya yarayan mekanizmalar dile getirilmiştir. Bu görüşlere cevap olarak,

bu reform önerisinin hakem kararlarının öngörülebilir, tutarlı olmasını attıracağı için ISDS sisteminde masraflar ve süreleri azaltacağı ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.1 para 4-11).

2. Temyiz Mekanizması Ve Amacı

Görüşmelerde, hakem kararlarının ICSID Konvansiyonu'na göre iptali (annulment) ve diğer iptal prosedürlerinin (setting aside), hakem mahkemelerince verilen kararların esasa girilmeden incelenmesiyle sınırlı olduğu için temyiz sebeplerinin daha geniş olarak düzenlenmesi ve tüm bu var olan iptal sebeplerini de kapsamı gerektiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, vakıa (facts) ve uygulanan hukuka, kanuna (law) dair tüm hususların incelenmesinin süreler ve masraflar üzerindeki negatif etkisi vurgulanmıştır. Ayrıca, kaybeden tarafın temyiz mekanizmasını kötü niyetli olarak kullanmasına yol açacağı dile getirilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.1 para 12-14).

Temyiz hallerinin kanunun yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanan hataları kapsamı gerektiği önerilmiştir. “Law”(kanun) ile ISDS sistemine neyin kastedildiğine açıklık getirilmesi gerektiği, sadece yatırım antlaşmalarının ve devletler genel hukukunun mu yoksa davalı devletin iç (domestic) kanunları ve uyuşmazlığa uygulanan hukukun da mı kastedildiğine açıklık getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca, temyiz hallerinin davaya ilişkin vakıaların (facts) tespitindeki hataları da kapsamı gerektiği önerilmiştir. “Law” ve “facts” kavramlarının çoğu zaman içi içe geçtiği de vurgulanmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.1 para 15).

Temyiz hallerinin çok geniş olarak ele alınmasının davaya ilişkin tüm hususların “de novo” incelenmesinin yargılama masraflar ve süreler üzerindeki olumsuz etkisine dikkat çekilmiştir. Temyizin kanunun uygulanmasındaki hatalar ve açık, belirgin hatalarla (errors of law and manifest errors) sınırlı olması önerilmiştir. “De novo review” ve “manifest error” kavramlarına açıklık getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Temyiz hallerinin ICSID Konvansiyonuna göre iptal halleri ve 1958 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanıma ve Tenfizine dair New York Konvansiyonu'na göre tanıma ve tenfiz engellerini de kapsamı ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.1 para16-17).

Görüşmelerde, temyizın esasa ya da usule dair nihai kararlar mı sınırlı olacağı yoksa bazı nihai olmayan usuli kararlara (hakemlerin reddi, tedbir kararları) karşı temyize gidilip gidilemeyeceği tartışılmıştır. Bazı delegasyonlar, temyizın nihai kararlara sınırlı olması gerektiğini, hakemlerin reddine dair kararlarının mahkemeler de dahil olmak üzere zaten mevcut mekanizmalarda incelendiği, bu sebeple temyize gitmenin tekrar olacağını dile getirmişlerdir. Görüşmelerde, yargılama yetkisine dair kararlara karşı temyiz yoluna gidilip gidilemeyeceği de görüşülmüştür. Yargılamanın ilk safhalarında yetkiye dair verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilebilmesinin masraf ve zaman bakımından tasarruf sağlayacağı görüşü ileri sürülmüştür. Tedbir kararlarına (interim measures) karşı temyize gidilip gidilememesi hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, tabiatı gereği geçici kararlar olduğu ve hakem mahkemesince de kaldırılabilir kararlar olduğundan temyize tabi olmamaları gerektiğidir. Görüşmelerde, gereksiz ve asılsız temyiz taleplerini engellemek için temyize kabil kararları gösteren bir filtreleme mekanizması hazırlanması önerisi getirilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.2 para 1-5)

3. Temyizin Etkisi

Temyiz mahkemesinin yetkileriyle ilgili olarak, hakem kurulunun verdiği kararı onaylama, bozma, değiştirerek nihai karar vermeye dair yetkileri görüşülmüştür. Ayrıca, kararı veren hakem kuruluna kararı gönderme (remand) yetkisi üzerinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu yetkinin ISDS sisteminde masraflar ve süreler üzerinde yaratacağı negatif etki ileri sürülmüştür. Bu sebeple, sınırlı hallerde veya olağanüstü hallerin varlığı halinde hakem kuruluna kararı gönderme yetkisinin olması önerilmiştir. Bununla birlikte, şayet kararı gönderme yetkisi olursa kararı veren hakem kurulunun tekrar nasıl oluşturulacağı, bu durumun ekstra masraflara yol açacağı hususları dile getirilmiştir. Temyiz mahkemesince bozulan kararın, kararı veren hakem kuruluna (ilk derece hakem mahkemesi, the first-tier tribunal) gönderildiğinde verilecek yeni kararın nihai mi olacağı yoksa bu karara karşı da mı temyize gidilip gidilemeyeceği konuları tartışılmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.2 para 9-13).

Görüşmelerde, temyizın geçici olarak hakem kararının icrasını durdurması gerektiği önerilmiştir. Bu konuda bazı delegasyonları bu yetkinin olmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda, bir devlet mahkemesinde kararın icrası talep

edildiğinde, temyiz mahkemesi kararlarının devlet mahkemesini bağlayıp bağlamayacağı hususu gündeme gelmiştir. Temyiz mahkemesince verilen hatalı kararlar için de karar düzeltme gibi mekanizmaların olması gerektiği hususu ileri sürülmüştür. Temyiz aşamasında yatırım anlaşmaların yorumlanması bakımından devletlerin de görüşlerini sunma imkânı sağlanması vurgulanmıştır. Ayrıca, davayla ilgili diğer kişilerin (taraf sıfatı taşımayan ya da davadan etkilenen ya da davayla ilgili üçüncü kişi) de yatırım anlaşmalarının yorumlanması safhasında dahil olacak şekilde temyiz mekanizmasının bir forum sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Temyiz mahkemesinin tarafsız ve bağımsızlığını koruması gerektiğinin altı çizilmiştir. Temyiz mahkemesinin her ne kadar Çalışma Grubunda ele alınan sorunları yansıtacağı belirtilse de, bu sorunların etkin bir şekilde çözümünün temyiz mekanizmasının nasıl şekilleneceğine bağlı olduğu belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.2 para14-20).

Görüşmeler neticesinde, Çalışma Grubu ISDS sisteminde temyiz mekanizması oluşturulmasını reform önerilerinden biri olarak değerlendirme konusunda anlaşmıştır. Bu reform önerisiyle ilgili olarak da Sekreteryaya'nın temyiz mekanizması, amacı ve etkilerine ilişkin bir çalışma yapmasına ve taslak çalışmanın WP.166/Add.1 gibi sorunların ve önerilerin ele alındığı bir tablo ya da sorunların listelendiği bir çalışma olarak yapılması önerilmiştir. Görüşmeler sonucunda, yukarıda ele alındığı üzere, “de novo” ve “manifest error” kavramlarına açıklık getirilmesi, hangi kararların temyize kabil kararlar olacağı ve temyize başvurma süresinin de belirlenmesi hususları kararlaştırılmıştır. Ayrıca, temyiz mahkemesinin hakem kararını, kararı veren hakem kuruluna gönderme “remand” yetkisinin tekrar değerlendirilmesine ve tahkim yeri ya da temyiz mahkemesi yerinin temyiz mekanizması üzerindeki etkisinin analiz edilmesi gerektiği belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.2 para 22-31).

A.Tenfiz (Enforcement)

Çalışma Grubu, öncelikle daimi bir temyiz mekanizması (a permanent appellate mechanism) aracılığıyla verilen kararların ya da daimi bir yapı tarafından (a standing first-tier body, referred to as “decisions rendered by permanent body”) verilen kararların tenfizi konusunu ele almıştır. Görüşmelerde daimi bir yapı (permanent body) tarafından verilen kararların mevcut tenfiz mekanizmaları uyarınca tenfiz edilebilmesinin bu verilen kararların “hakem kararları” olarak nitelendirilip

nitelendirilmemesine dayalı olduğu belirtilmiştir. Görüşmelerde, kurulacak daimi bir yapı tarafından verilecek kararın tenfizinin nasıl olacağı, söz konusu mekanizmanın özel bir tenfiz rejimini (tenfize ilişkin bir konvansiyon; kurucu konvansiyon, founding convention) kapsayacağı konusu ve şayet böyleyse bu konvansiyona üye olmayan bir devlete karşı daimi yapı tarafından verilecek bir kararın nasıl tenfiz edileceği sorunu değerlendirilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 2).

Daimi bir yapı kurulacaksa, bu daimi yapının kurucu konvansiyonunda iç tenfiz mekanizması düzenlenebileceği önerilmiştir. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesinde düzenlenen bir tenfiz mekanizmasının tercih edilebileceği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, konvansiyonla öngörülen iç tenfiz mekanizmasıyla mevcut tenfiz rejimleri arasındaki olası çatışmaların değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Uyuşmazlık tarafının ICSID hakem kararının tenfizini kurucu konvansiyona üye olmayan bir devlette (non- participating States) temyiz devam ederken talep etmesi hali örnek olarak belirtilmiştir. Bu sorunların derin bir analiz ve araştırmayla ele alınmasının gerektiği vurgulanmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 4).

İç bir tenfiz mekanizmasını oluşturulacaksa, devletlerin icraya tabi varlıklarına ve devletlerin dokunulmazlığı konularına ilişkin hususlara da dikkat çekilmesi gerektiği belirtilerek ICSID Konvansiyonu'nun 55. maddesi ve 2004 sayılı Devletlerin Dokunulmazlığına ilişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'na referans verilmiştir. Bununla birlikte, ICSID Konvansiyonu modeline benzer bir iç tenfiz mekanizmasına alternatif olarak New York Konvansiyonu'na dayalı bir model önerisi de ileri sürülmüştür (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 5,6).

Daimi bir yapı tarafından verilen kararların konvansiyona (founding convention) taraf olmayan bir devlette tenfiz edilmesi bakımından New York Konvansiyonu ve ICSID Konvansiyonu'na dayalı değerlendirmelerde bulunulmuştur. New York Konvansiyonu'nun 1(2). Maddesindeki düzenlemenin yeterli esnekliği sağladığı ileri sürülmüştür. “ *The term "arbitral awards" shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.* ” “ Daimi yapının” (permanent body) bu maddede geçen “permanent arbitral body” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin sorunlar ileri sürülmüştür. Kurucu konvansiyonda bir

hüküm konularak üye devletlerin daimi yapı tarafından verilen kararların tenfizinde New York Konvansiyonu'nun uygulanacağını kabul ettikleri belirtilebileceği ileri sürülmüştür. Diğer bir öneri de New York Konvansiyonu madde 1(2)'nin yorumlanmasına dair bir tavsiye kararı (Recommendation) hazırlanması olmuştur (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 9-13).

ICSID Konvansiyonu bakımından da 53. madde tartışılmıştır. Temyiz mekanizmasının bu maddeyle uygunluğu tartışılmıştır. “ *Article 53(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention* ”. ICSID Konvansiyonu'nun 66. maddesine göre Konvansiyonu değiştirmenin uygulama bakımından zor olduğu, bu sebeple Uluslararası Antlaşmalar Hakkında Viyana Konvansiyonu'nun (Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 41. maddesi uyarınca temyiz mekanizmasının kabul eden devletlerin anlaşmayı kendi aralarında (inter se) değiştirebileceği ileri sürülmüştür. 41. maddeye dayanmanın belirli hallerde olduğu, bu sebeple bu konunun ICSID Sekreteryasıyla koordineli bir şekilde araştırılmasına karar verilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 17-19).

Görüşmeler neticesinde, daimi bir yapı tarafından verilen kararların tenfizi konusunun ileri sürülen tüm bu sorunlar ışığında değerlendirilmesine ve Sekreteryaya'nın bu konu hakkında bir çalışma yaparak ele alınan sorunlara dair derin bir analiz yapılmasının yerinde olduğuna karar verilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 20).

a. Daimi Yapının Finanse Edilmesi

Oluşturulacak daimi yapının finansmanı ile ilgili olarak bütçe hesaplamasında aşağıdaki hususlar belirtilmiştir: karar vericilerin maaşları (karar vericilerin maaşlarının karar verici sayısına ve tam/yarı zamanlı çalışmaya ve diğer unsurlara dayalı olarak belirleneceği), davalara ilişkin idari masraflar, idari personelin maaşları, verilen hizmetlere ilişkin masraflar, sabit maliyetler, genel giderler (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 22).

Daimi yapının kimler tarafında finanse edilmesi bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, kurucu konvansiyona üye devletler tarafından finanse edilmesidir. Devletlerin katılım oranlarının ekonomik gelişimlerine göre belirlenebileceği ileri sürülmüştür. Ancak böyle bir katılım oranına dayalı sistemin karar vericilerin belirlenmesi bakımından negatif etkisi olacağı belirtilmiştir. Bazı devletlerin daha fazla etkisi olabileceği belirtilmiştir. Üye devletlerin sayısının da değişebileceğinden, bu hususun da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer bir görüş ise, mevcut ISDS sistemindeki gibi uyuşmazlık taraflarının masrafları ödemesidir. Kullanıcıya dayalı (a user-pay system) hybrid sistemdir. Böylece asılsız temyiz taleplerinin önüne geçileceği ileri sürülmüştür. Hakkaniyet ilkesiyle bu sistemin daha bağdaştığı dile getirilmiştir. Gene bu ilke bağlamında küçük orta ölçekli firmalarla, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerinde de dikkate alınması önerilmiştir. Görüşmeler neticesinde hybrid bir finansman mekanizması için çeşitli formüllerin değerlendirilebileceği belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 24-30).

Ayrıca tüm bu belirtilen hususların dışında, verilecek hizmetlerin kalitesi güvenilirliği, uzun vadede sürdürülebilir olması, daimi yapının varolan kurumlar vasıtasıyla mı yoksa hükümetlerarası bir yapı altında mı kurulacağı hususu, fon eksikliği gibi riskli durumlarda nasıl bir yol izleneceği (üye devletin ödemesi gereken tutarı ödememesi hali), dava yükünü yansıtacak şekilde bütçe planlaması gibi hallerin değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.3 para 24-30).

A. ISDS Hakem Mahkemesi Üyelerinin Seçilmesi ve Atanması

Görüşmelerde, ISDS hakem mahkemesi üyelerinin tarafsız, bağımsız olması, uyuşmazlık konusuna hakim olması, yeterlilik bakımından da devletler genel hukuk, uluslararası ticaret ve yatırım hukuku alanlarında yetkinliği olan, ayrıca yatırımlar, ISDS davalarının işleyişi hakkında bilgili vb. olması hususları önerilmiştir. Bununla birlikte, çok fazla nitelik ve şart aramanın çeşitliliği azaltabileceği ileri sürülmüştür. Coğrafi dağılım, yaş, cinsiyet, dil çeşitliliğinin sağlanması gerektiği vurgulanmıştır (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.4 para 4-9).

ISDS hakem mahkemesi üyelerinin seçilmesi ve atanmasıyla ilgili reform önerileri, nitelikli hakemler oluşan bir liste (roster) hazırlanması ve tam zamanlı karar

vericilerden oluşan daimi bir yapının kurulması hususlarını kapsamaktadır. Mevcut hakem atanması yönteminin taraf atamasına dayalı olduğu ve bu sistemin korunması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Taraf atamasına dayalı sistemde, tarafların hakem kurulunun belirlemesinin, tarafların özellikle yatırımcıların ISDS rejimine güven duymasına yol açtığı belirtilmiştir. Hakem listesinin hazırlanmasında, hem devletlerin hem de yatırımcıların süreçte yer alması gerektiği önerilmiştir. ISDS sisteminde uzmanlaşmış hakemlerin listede yer almasının amaca uygun olduğu ve listenin belirli zaman dilimlerinde yenilenmesinin çeşitlilik bakımından gerekli olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca hakemlerin listeden çıkarılmasının da düzenlenmesi gerektiği hakemlerin davranışlarının da uluslararası standartlarca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Hakem listesinin idaresinin nasıl yapılacağına detaylıca değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.4 para 13-19).

ISDS alanında aktif olan tahkim merkezlerinden, listenin hazırlanmasında ve uyuşmazlık taraflarının hakem atamasını yaparken atamayla ilgili olarak destek alınmasının amaca uygun bir çözüm olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca, uluslararası nitelikte "Davranış Kurallarının" geniş kapsamlı ve detaylı olacak şekilde ve karar mekanizmalarıyla ilgili tüm hususları; "tarafsızlık ve bağımsızlık ve diğer etik kurallar, menfaat çatışması ve sorunları, double-hatting, karar mekanizmalarının açıklaması (ifşa etmesi) gereken karar mekanizmaları ve avukatlar arasındaki ilişkileri de açıklayan haller dahil olmak üzere tüm hususları, karar mekanizmalarının karar verirken baskı altında olmasını önleyici tedbirleri, hakemlerin reddi halleri ve tüm bu aykırı davranış ve ihlal halleri için cezaları" kapsayacak şekilde düzenlenmesinin ve hakem listesi hazırlanarak tüm bu unsurların birlikte ele alınması amaca uygun olduğu ileri sürülmüştür. Görüşmelerde, bazı delegasyonlar liste hazırlanmasının çeşitlilik sağlanmasına ve diğer ileri sürülen sorunlara çözüm olmayacağını, ISDS sisteminde genel olarak tecrübesi olan aynı hakemlerin atandığını ileri sürmüşlerdir. Bu bakımlardan hakemlerin eğitilmesinin önemine vurgu yapmışlardır (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.4 para 20-22).

Tam zamanlı yargıçlardan (karar veren, full-time adjudicators) oluşan daimi bir yapının (yatırım mahkemesi) nasıl oluşturulacağı konusunda çeşitli sorular ele alınmıştır. Tüm üye devletlerin mi yoksa daha sınırlı sayıda devletlerin mi temsil edileceği konusunda, tüm üye devletlerin temsilinin zor olabileceği ve masraflar

bakımından da etkisi olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, yargıç sayısının, üye devlet sayısının ve dava yükünün artmasına bağlı olarak zaman içinde artacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca, coğrafi dağılım ve gelişmiş, az gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin temsilinin dengeli olması gerektiği önerisi getirilmiştir. Daimi yapıda çalışacak karar vericilerin seçilmesi bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Üye devletlerin birden çok aday belirleyeceği ve kendi ülke vatandaşından olmayan bir adayı da gösterebileceği bir sistem önerilmiştir. Seçim sistemiyle ilgili bir çok opsiyon sunulmuştur, oy verme ya da consensus sağlayarak ya da bir komite tarafından seçilme gibi. Ayrıca, bir panel ya da görüntülü sistem hazırlanarak adayların, belirlenen kriterleri (nitelik, deneyim, dil vb) sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi önerilmiştir. Bununla birlikte, hakem listesi (roster) için belirlenen nitelik ve şartların da genel olarak daimi yapıda yer alacak yargıçlara uygulanması gerektiği belirtilmiştir (A/CN.9/WG.III/XXXVIII./CRP.1/Add.4 para 22-32).

Davaların devri konusunda (kimlerin davaya bakacağı, görevlendirmenin nasıl yapılacağı) sürecin tarafsız ve bağımsız olmasının çok önemli olduğu ve herhangi bir politik etkinin olmaması gerektiği vurgusu yapılmıştır. Ayrıca, kurulacak bu daimi yapının yeri, mevcut bir organizasyon altında mı yoksa ayrı olarak mı kurulacağı, sürdürülebilirliği ve adil bir yapısının olması, her iki tarafın devlet olduğu uyuşmazlıklar bakımından yargıçların rolü hususlarının da değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

SONUÇ:

Türkiye'nin yapmış olduğu yatırım antlaşmalarının sayısı dikkate alındığında, yatırımcı ile yatırımın yapıldığı Devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusundaki reform çalışmalarının takibinin ülkemiz açısından son derece önemli olduğu ve bu alandaki çalışmaların takibine devam edilmesinin amaca uygun olacağı düşünülmektedir. Çalışma Grubunun bir sonraki 39. Toplantısının 30 Mart-3 Nisan tarihlerinde New York'ta yapılacağı bilgisi edinilmiştir.

Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI

Genel Sekreter, İTOTAM