

“YATIRIMCI-DEVLET UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ REFORMU”

ile görevli

UNCITRAL ÇALIŞMA GRUBU III’ün

23-27 Eylül 2024 tarihinde gerçekleşen

49. 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 değerlendirecekti; ikinci olarak, belirlenen sorunlar ışığında reformun arzu edilir olup olmadığını değerlendirecekti ve reformun arzu edilir olduğu sonucuna varırsa, Komisyona tavsiye edilecek ilgili çözümleri geliştirecekti.

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 “Danışma Merkezi” hakkında görüşmelere devam edilmiştir. 9-13 Ekim tarihlerinde Viyana’da gerçekleşen 46. oturumda“Danışma Merkezi” (Advisory Center) ve “Usule İlişkin Taslak Hükümler” (Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues) görüşülmüştür.

22-26 Ocak 2024 tarihlerinde Viyana’da gerçekleşen 47. oturumda “Danışma Merkezi”ne dair Taslak Hükümlerin bir önceki toplantıdan sonra revize dilen hali üzerine 2. okuması yapılmıştır. 47. oturumda, ISDS reformuna ilişkin çok taraflı enstrümanın (MIIR) bir parçasını oluşturabilecek ancak diğer ISDS reformlarından bağımsız olması gereken uluslararası bir enstrümanın hazırlanmasını gerektirecek hükümetler arası bir organ olarak danışma merkezinin kurulmasına yönelik desteğin ifade edildiği hatırlatılmıştır. 1-5 Nisan 2024 tarihinde gerçekleşen 48. oturumda, daimî mekanizmaya ilişkin taslak statünün (draft statute of a standing mechanism) 2-6 ve 14-17 maddelerinin, birinci derece daimî bir mekanizma (Uyuşmazlık Mahkemesi olarak adlandırılan) bağlamında ilk okumasının tamamlanmıştır. Mevcut 49. oturumda, Çalışma Grubu WP.240, WP.244 ve 246 sayılı belgeler üzerinde çalışmıştır.

Bu Rapor, aşağıdaki belgelere dayalı olarak hazırlanmıştır:

A/CN.9/WG.III/WP.239

A/CN.9/WG.III/WP.244

A/CN.9/WG.III/WP.246

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

A/CN.9/1194

I. ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZIKLARIN ÇÖZÜMÜ HAKKINDA TÜZÜK TASLAĞI (DRAFT STATUTE OF A STANDING MECHANISM FOR THE RESOLUTION OF INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES)

A. GİRİŞ

Mevcut 49. oturumda Çalışma Grubu, bir temyiz mekanizması (Temyiz Mahkemesi olarak adlandırılan ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile birlikte “Mahkemeler” olarak anılan) bağlamında taslak statünün B bölümündeki maddeleri değerlendirmeye geçmiştir. 49. oturumda, devletlerin daimî bir mekanizma üzerindeki tartışmalara katılımın, ilgili devletlerin kalıcı bir mekanizmanın arzu edilirliliği veya olası modelleri (Uyuşmazlık Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi’nin ayrı reform unsurları olup olmayacağı ve ISDS reformuna ilişkin çok taraflı bir belgeye nasıl dahil edilebileceği gibi) konusundaki görüşlerine halel getirmediği ve herhangi bir mekanizmaya taraf olup olmayacakları konusundaki görüşlerine halel getirmediği belirtilmiştir.

Çalışma Grubu III’ün oturumunun başkanlığına Shane Spelliscy (Kanada) ve raportörlüğüne Natalie Yu-Lin Morris Sharma’nın (Singapur) devam etmesine karar verilmiştir. (A/CN.9/1194 para 8-14)

B. Mahkemelerin Üyelerinin Seçilmesi ve Atanması

Madde 7-Nitelikler ve Gereklilikler

“Article 7 – Qualifications and requirements

1. The members of the Tribunals shall be persons of high moral character, enjoying the highest reputation for fairness and integrity with recognised competence in public international law, private international law, international investment law or the resolution of international investment disputes.

2. The members of the Tribunals shall be fluent in at least one of the [official][working] languages referred to in article 4(9).

3. The members of the Tribunals shall be nationals of Contracting Parties. An individual who is a national of more than one State shall be deemed to be a national of the one in which he or she [has his or her habitual residence][ordinarily exercises civil and political rights].” (A/CN.9/WG.III/WP.239, pa.5)

Görüşmeler sırasında, madde 7’nin Mahkeme üyeleri için gerekli asgari nitelikleri belirlediği göz önüne alınarak, birinci paragrafta profesyonel uzmanlığa daha fazla vurgu yapılabileceği, örneğin “dürüstlük” ifadesinden sonra “ve uzmanlık” ifadesinin eklenebileceği, yeterlilikte “yüksek düzey” ibaresinin kullanılabileceği ya da minimum deneyim yılı (örneğin,

10 veya 15 yıl) gerektirilmesinin düşünölebileceği önerilmiştir. Ancak, birinci paragrafta daha katı gerekliliklerin getirilmesinin nitelikli aday havuzunu gereksiz yere sınırlayabileceği de ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 15)

Temyiz Mahkemesi üyeleri için aranan şartların Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerinden farklı olup olmaması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürölmüştür. Bir görüş, niteliklerin özde aynı olması gerektiğini savunurken, başka bir görüş niteliklerin farklı olması gerektiğini çünkü iki mahkemenin görevlerinin farklı olduğunu belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi üyeleri için gerekliliklerin Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerinden farklı olup olmaması gerektiği konusunda görüşler farklılık göstermiştir. Bir görüş, niteliklerin özde aynı olması gerektiğini savunurken, başka bir görüş niteliklerin farklı olması gerektiğini çünkü iki mahkemenin görevlerinin farklı olduğunu belirtmiştir. Destekleyici olarak, Temyiz Mahkemesi üyelerinin bir kararın hukuki doğruluğunu (legal correctness) inceleme görevini üstlenecekleri için geniş veya önemli bir yargısal deneyime sahip olmaları gerektiği, Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerinin ise aynı zamanda olgusal hususları (factual aspects) da değerlendirmeleri gerektiği belirtilmiştir. Ancak, bu tür kriterlerin, Temyiz Mahkemesi oluşturulurken Konferans'ın (the Conference) dikkate alması gereken unsurlar olması gerektiği, ancak asgari bir gereklilik olmaması gerektiği ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 21)

Görüşmeler neticesinde 7. maddenin birinci paragrafının aşğıdaki şekilde revize edilmesine karar verilmiştir:

“The members of the Tribunals shall be independent and impartial and shall be persons of high moral character, enjoying the highest reputation for fairness and integrity with recognized competence in public international law or international investment law as well as in the resolution of international disputes. They shall also meet any other criteria that may be set forth in the regulations adopted by the Conference of the Contracting Parties.”

Revize metnin Türkçe çevirisi aşğıda yer almaktadır: *Mahkemelerin üyeleri bağımsız ve tarafsız olacak, yüksek ahlaki karaktere sahip, dürüstlük ve tarafsızlık açısından en yüksek itibara sahip, uluslararası kamu hukuku veya uluslararası yatırım hukuku ile uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde tanınmış yeterliliğe sahip kişiler olacaktır. Ayrıca, Taraf Devletler Konferansı tarafından kabul edilen düzenlemelerde belirtilen diğer kriterleri de karşılayacaklardır.* (A/CN.9/1194 para 22)

Görüşmeler sırasında, Çalışma Grubu taslak statünün dil yeterliliği gereksinimlerini belirtmesine gerek olmadığı, ikinci paragrafın silinmesi gerektiği ve resmi çalışma dillerinin yönetmeliklerde veya Konferans tarafından belirlenebileceği konusunda anlaşmaya varmıştır. (A/CN.9/1194 para 23)

7.3. paragrafla ilgili olarak Mahkemelerin üyelerinin bir Taraf Devlet vatandaşı olup olmaları gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, Taraf Devletlerin Mahkemelerde temsil edilmesini sağlamak ve devletleri Taraf Devlet olmaya teşvik etmek için bunun uluslararası yargı organlarının sıklıkla uyguladığı bir yöntem olduğunu belirtmiştir. Ancak, nitelikli aday havuzunun çeşitliliğini sağlamak için böyle bir gerekliliğin olmaması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Görüşmeler neticesinde, 3. paragrafın silinmesine karar verilmiştir. (A/CN.9/1194 para 24)

Madde 8 -Mahkemelerin Kompozisyonu

“Article 8 – Composition of the Tribunals

1. The composition of [the Tribunals] [the Dispute Tribunal and of the Appeals

Tribunal] shall reflect equitable geographical distribution, the representation of the principle legal systems and equal gender representation.

2. No two members of the Tribunals shall be nationals of the same State.”

(A/CN.9/WG.III/WP.239, pag. 6)

Görüşmeler sırasında, madde 8’in, Konferans tarafından yapılan atamalarla ilgili olan Madde 11’e dahil edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Diğer uluslararası yargı organlarının statülerinde de bulunan, paragraf 1’deki ilkeler genelde destek görmüştür. Bununla birlikte, bu temel ilkelerin Konferans tarafında kabul edilecek yönetmeliklerde açıklanmasının yerinde olacağı belirtilmiştir. Paragraf 2 ile ilgili olarak, hükmün sadece vatandaşlıkları nedeniyle nitelikli adayların hariç tutulmasına yol açabileceği ve bu durumun Mahkemelerin etkinliğini ve güvenilirliğini zedeleyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Taraf Devlet sayısının sınırlı olması durumunda aynı devletten üyelerin atanabilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle paragraf 2’nin silinmesi önerilmiştir. Diğer taraftan, paragraf 2’nin çeşitliliği teşvik etme açısından önemli olduğu 2. paragrafın korunması durumunda baskın vatandaşlığı belirlemek için bir kurala ihtiyaç duyulabileceği ifade edilmiştir. Birden fazla vatandaşlığa sahip bir bireyin baskın vatandaşlığını belirleme kuralı konusunda, yerleşik ikametgahın mı yoksa sivil ve siyasi hakların kullanıldığı yerin mi esas alınacağı konusunda farklı görüşler ileri

sürülmüştür. Baskın ve etkin vatandaşlığın belirlenmesinde geleneksel kuralın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda da görüş farklılıkları olmuştur. (A/CN.9/1194 para 27-32)

Görüşmeler neticesinde, paragraf 1’de Birleşmiş Milletler bölgesel gruplandırmalarına dayalı olarak dengeli coğrafi dağılım, temel hukuk sistemlerinin temsili ve cinsiyet eşitliğinin sağlanması ilkelerinin korunması yönünde genel bir destek ifade edilmiştir. Ayrıca, 2. paragrafın hem Uyuşmazlık hem Temyiz Mahkemesine uygulanmak üzere maddede kalması hususunda anlaşmaya varılmıştır. (A/CN.9/1194 para 33)

Madde 9- Adayların Belirlenmesi

“Article 9 – Nomination of candidates

- 1. A Contracting Party may nominate [number to be determined] individual(s) as candidate(s) for appointment as members of the Tribunal. The candidate need not be a national of that Contracting Party. In nominating the candidate(s), the Contracting Party shall take into gender representation and make all efforts to consult representatives of the government, judiciary and other bodies, the civil society, bar associations, business associations, academic and other relevant organizations.*
- 2. Pursuant to an open call by the Conference for candidates, individuals may be nominated as candidates for appointment as members of the Tribunal. In that case, the Conference shall adopt regulations governing the nomination process, including which organizations may nominate the candidates.*
- 3. All nominations shall be accompanied by a statement specifying how the candidates fulfil the qualifications and requirements in article 7.*
- 4. Candidates nominated pursuant to this article shall be subject to regulations adopted by the Conference concerning their conduct and ethical obligations and the UNCITRAL Code of Conduct for Judges in International Investment Dispute Resolution.” (A/CN.9/WG.III/WP.239, pag. 6)*

Görüşmelerde, Taraf Devletler tarafından aday gösterilmesini öngören paragraf 1 genelde destek görmüştür. Bununla birlikte, Konferansın esnekliğine olanak tanımak amacıyla aday sayısının belirlenmesine gerek olmadığı önerilmiştir. Sayının her iki Mahkeme için mi yoksa yalnızca bir Mahkeme için mi belirleneceği sorgulanmıştır. Sayının, adayların nitelikleri ve bakış açıları arasında cinsiyet dengesini ve çeşitliliği sağlamak için yeterince büyük olması gerektiği önerilmiştir. Sayının 1 ila 5 arasında değişebileceği veya bir maksimum sayı belirlenebileceği ifade edilmiştir. 9.1. paragrafın 2. cümlesiyle ilgili olarak Çalışma Grubunun madde 7(3)'ün silinmesi kararını yansıttığı belirtilerek, adayın bir Taraf Devlet vatandaşı olmasının gerekmediği kabul edilmiştir. Bu paragrafın 3. cümlesinde yer alan Taraf Devletin “her türlü çabayı göstermesi” gerekliliği ile ilgili olarak görüşmeler sırasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu cümlenin silinmesi veya revize edilmesi (örneğin “her türlü” ifadesinin çıkarılması veya “uygun olduğu şekilde” ifadelerinin eklenmesi) önerilmiştir. Karşı görüş olarak, bu cümlenin aday gösterme sürecinin meşruiyetini güvence altına alabileceği belirtilmiştir. Bu cümlede yer alan kurum veya kuruluşlar listesinin sınırlayıcı olmadığı açıklanmıştır. “İş birlikleri” ifadesinin geniş bir şekilde, ticaret odaları, yatırımcılar veya bunların gruplarını kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. (A/CN.9/1194 para 35-38)

Görüşmeler neticesinde, 1. paragraf aşağıdaki şekilde revize edilmiştir:

“A Contracting Party may nominate up to four individuals as candidates for appointment as members of the Tribunal. The candidate need not be a national of a Contracting Party. In nominating the candidates, the Contracting Party shall take into account gender representation and, as appropriate, make efforts to consult relevant stakeholders, including representatives of the judiciary, civil society organizations, bar associations, business associations and academic organizations.” (A/CN.9/1194 para 35-39)

2. paragrafla ilgili olarak Taraf Devletin müdahalesi olmaksızın aday gösterme süreci olup olmaması gerektiği konusunda görüşler farklılık göstermiştir; örneğin, bir kuruluş tarafından aday gösterme veya kendi kendini aday gösterme (açık çağrı olarak) yoluyla. Bir görüş, yalnızca Taraf Devletlerin paragraf 1 uyarınca aday gösterme hakkına sahip olması gerektiğini savunmuştur. Bu şekilde, Taraf Devletlerin aday listesi üzerinde kontrol sahibi olması, adayların nitelikli ve çıkar çatışmasından bağımsız olmalarının sağlanacağı ileri sürülmüştür. Varsayılan kuralın, Konferansın açık bir aday çağrısına karar vermedikçe, yalnızca Taraf Devletlerce aday gösterilmesi olduğu, önerilmiştir. Diğer görüşe göre ise, açık aday çağrısının kalıcı mekanizmanın meşruiyetini ve kamuoyu nezdindeki kabulünü artıracığı

düşünülmektedir. Böylelikle, seçilebilecek uygun aday havuzunun genişleyeceği ve Mahkeme üyelerinin çeşitliliğinin artacağı ileri sürülmüştür. Varsayılan kuralın Konferans tarafından aksi yönde karar verilmedikçe açık çağrı kuralı olması ileri sürülmüştür. Ayrıca, bir Taraf Devletin vatandaşının aday gösterilmesinden önce Taraf Devletin onayının alınması gerektiği ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 40-43)

Bu bağlamda, açık aday çağrısının Konferans tarafından bir defaya mahsus olarak mı yoksa otomatik olarak (örneğin boş pozisyonlar olması durumunda) mı başlatılması gerektiği gibi sorular dile getirilmiştir. Açık aday çağrısının yalnızca sınırlı durumlarda, örneğin, dengeli coğrafi dağılım sağlanacak yeterli sayıda uygun aday olmadığında Konferans tarafından yapılması gerektiği önerilmiştir. Görüşmeler neticesinde, 2. paragrafın aşağıdaki şekilde revize edilmesine karar verilmiştir: *“The Conference may carry out an open call for candidates, in which individuals may be nominated as candidates for appointment as members of the Tribunal. The Conference shall adopt ...”*. (A/CN.9/1194 para 44-45)

Çalışma Grubu, 9. maddenin 3. ve 4.’ü paragraflarını değiştirmeden onaylamıştır. (A/CN.9/1194, para 48)

Madde10- Seçim Komitesi

“Article 10- Selection Committee

- 1. The Conference shall establish a committee to review and verify whether the candidates nominated pursuant to article 9 meet the qualifications and requirements in article 7 (the “Selection Committee”).*
- 2. The Selection Committee shall be composed of [number to be determined] persons. The Executive Director shall serve ex officio in the Selection Committee.*
- 3. The Conference shall adopt regulations on the procedure and operation of the Selection Committee, which set forth the rules on the appointment of the Selection Committee members, their qualifications and their terms of services.*
- 4. Members of the Selection Committee shall serve in their personal capacity and act independently and in the public interest, and not take instructions from any Contracting Party or any other State, organization, or person. Members of the*

Selection Committee may not be appointed as a member of the Tribunals during their term and for a period of [a period of time to be specified] years thereafter.

5. Upon the review of the initial list of candidates, the Selection Committee may recommend to the Conference that an open call be made for additional candidates.

6. Upon final review, the Selection Committee shall present the list of suitable candidates to the Conference for its consideration. The list shall be made public unless determined otherwise by the Conference.

7. For the purposes of the appointment by the Conference, the Executive Director shall classify the candidates by gender and by regional groups based on their nationality. In the case that the candidate was nominated by a Contracting Party of which he or she is not a national, the regional group to which the nominating Contracting Party belongs shall also be indicated.” (A/CN.9/WG.III/WP.239, pag.7)

Çalışma Grubu, öncelikle bir Seçim Komitesi kurulmasının gerekli olup olmayacağını değerlendirmiştir. Seçim Komitesinin öngörülen rolünün, adayların niteliklerinin ve Madde 7’de gerekli diğer gerekliliklerin incelenmesi ve doğrulanması ile sınırlı olduğu göz önüne alındığında, bu işlevlerin İcra Direktörü tarafından yapılabileceği önerilmiştir. Seçim Komitesinin Taraf Devlet tarafından aday gösterilen adayları diskalifiye etme yetkisine sahip olmaması gerektiği belirtilmiş ve bu durumun Seçim Komitesi kurulma ihtiyacını daha da sınırlayacağı ifade edilmiştir. Diğer yandan, Seçim Komitesi kurmanın faydaları ileri sürülmüştür. Diğer uluslararası mahkemelerin benzer bir tarama paneli kullanma deneyiminin, eleme sürecini geliştirmesi ve daha nitelikli adayların aday gösterilmesi sonucunda katma değer sağladığı belirtilmiştir. (A/CN.9/1194 para 49-52)

Paragraf 2 ile ilgili olarak, Seçim Komitesinin kompozisyonunun çeşitli olması ve yatırımcılar dahil olmak üzere tüm paydaşların görüşlerini temsil etmesi gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Üye sayısının beş veya daha fazla olabileceği önerilmiştir. Paragraf 2’nin Seçim Komitesine atanabilecek aday havuzunu belirtmesi gerektiği ifade edilmiştir. İcra Direktörünün doğal bir üye olarak görev yapacağı, ancak oylama yapılması durumunda Seçim Komitesinin bir üyesi olarak oy hakkına sahip olmayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Görüşmeler sırasında daimi mekanizmanın mevcut bir tahkim kurumu tarafından yönetilmesi

durumunda İcra Direktörü olarak veya onun yerine kimin görev yapacağına dair bir soru gündem gelmiştir. Görüşmeler neticesinde, 2. paragrafın aşağıdaki şekilde revize edilmesine karar verilmiştir: *“The [Screening] Committee shall be composed of [seven] individuals reflecting the principles of equitable geographical distribution, the representation of the principal legal systems and equal gender representation. The members of the [Screening] Committee shall be chosen from among former members of the Tribunals, current or former members of international or national supreme courts and lawyers or academics of high standing and recognized competence. The Executive Director shall serve ex officio in the [Screening] Committee.”* (A/CN.9/1194 para 53-55)

3. ve 4. paragraflarla ilgili olarak, Seçim Komitesi üyelerinin hesap verebilirliğini sağlamak ve çıkar çatışmalarını ele almak için yolların bu paragraflarda veya Konferans tarafından kabul edilecek düzenlemelerde daha ayrıntılı olarak belirtilebileceği önerilmiştir. Görüşmeler neticesinde, 3. paragrafın sonuna aşağıdaki hükmün eklenmesine karar verilmiştir: *“and which outline the procedure to ensure their independence and impartiality”* ve 4. paragrafın 2. cümlesinin aşağıdaki şekilde revize edilmesine karar verilmiştir: *“... may not be appointed as a member of, or serve as counsel or expert before, the Tribunals during their term and for a period of [...] ...”* (“... görev süreleri boyunca ve [...] süre boyunca Mahkemelerde üye, avukat veya uzman olarak atanamaz veya görev yapamaz.”) (A/CN.9/1194 para 55-56)

Çalışma Grubu 49. toplantının 3. günü WP.244 ve WP.245 sayılı belgelerde ele alınan “Usüle ve Cross- Cutting Konularına İlişkin Taslak Hükümler ve Açıklamalarına” dair görüşmelere başlamıştır.

II. USULE İLİŞKİN MESELELER HAKKINDA TASLAK HÜKÜMLER VE BUNLARA İLİŞKİN EK AÇIKLAMALAR (DRAFT PROVISIONS ON PROCEDURAL AND CROSS-CUTTING ISSUES AND ANNOTATIONS THERETO)

Çalışma Grubu, 47. oturumunda (22-26 Ocak 2024, Viyana), Sekreteryadan usule ilişkin meseleleri genel olarak üç kategoriye ayırmasını istemiştir: (i) mevcut usul kurallarıyla uyum sağlamak amacı güden ve UNCITRAL Tahkim Kurallarına bir ek olarak oluşturulabilecek olanlar (aşağıda “ICSID Kuralları” olarak anılacak olan 2022 ICSID Tahkim Kuralları dahil); (ii) mevcut usul kurallarını ve son yatırım anlaşmalarında bulunan hükümleri temel alanlar; ve (iii) cross-cutting meselelerini ele alan hükümler. (A/CN.9/1161, para 113-116).

Görüşmeler sırasında, A/CN.9/WG.III/WP.244’de yer alan taslak hükümlerin bir önceki A/CN.9/WG.III/WP.231 belgesi üzerindeki yorumlar doğrultusunda hazırlandığı belirtilmiştir. Bölüm A’daki hükümlerin uluslararası yatırım uyuşmazlıklarına (ISDS) uygulanabilir usul kurallarına tamamlayıcı olabileceği ve uyum sağlayabileceği genel olarak kabul edilmiştir. Bölüm A’daki taslak hükümlerin, geniş bir üyelik tarafından yürütülen kapsamlı müzakereler yoluyla hazırlanan ICSID Kuralları ile yakından uyumlu olduğu belirtilmiştir. Görüşmeler sırasında, Taslak hükümlerin içeriğinin maddelerin uygun yerleştirilmesini belirleyeceği ifade edilmiştir. Örneğin, ICSID Kurallarının 14. maddesine paralel olarak düzenlenen üçüncü taraf finansmanının açıklanmasını gerektiren taslak 12. maddenin bazı unsurlarının Bölüm A’ya yerleştirilebileceği önerilmiştir. Üçüncü taraf finansmanını daha fazla düzenleyen kısımların Bölüm B’de değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Benzer şekilde, “davaların birleştirilmesi” (consolidation) ile ilgili taslak madde 11’in Bölüm A’da yer alabileceği belirtilmiştir. (A/CN.9/1194 para 57-61)

Taslak Hükümlerin Bölüm B’de yer alan hükümlerinin mevcut usul kurallarını ve yeni yatırım anlaşmalarında bulunan hükümleri temel aldığı göz önüne alındığında, bunların antlaşma hükümleri şeklinde geliştirilebileceği genel olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, Bölüm B’de geçici koruma tedbirleri, erken ret (early dismissal), asılsız taleplere (frivolous claims) dair hükümlerin de yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. (A/CN.9/1194 para 63)

Görüşmelerde Bölüm C’deki taslak hükümler üzerinde çalışmaya devam etme konusunda destek ifade edilmiştir. Zarar hesaplamasıyla ilgili maddenin özellikle önemli olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, Çalışma Grubu’na verilen yetkinin uyuşmazlık çözümü bakımından usule ilişkin konularla ilgili olduğu, esasa dair (maddi) konulara odaklanılmamasının (A/CN.9/930/Rev.1, paragraf 20) hatırlatılması gerektiği ifade edilmiştir. Görüşmeler sırasında, devletlerarası uyuşmazlıklara (Devlet-Devlet; State- to- State Dispute Settlement;SSDS) dair hükmün Taslak Hükümlere eklenmesi konusu gündeme gelse de, Çalışma Grubunun SSDS konusunu usul ve cross- cutting konularına ilişkin olarak geliştirmeme kararı aldığı (A/CN.9/1160, paragraf 119) hatırlatılmıştır. Ancak, Çalışma Grubu’nun SSDS’yi ISDS reformuna ilişkin çok taraflı bir belgeye dahil edilmesi gereken bir seçenek olarak değerlendirmeyi isteyebileceği belirtilmiştir. (A/CN.9/1194 para 63-66)

Tartışmalar sonrasında, Bölüm A’daki taslak hükümler (1’den 9’a kadar olan taslak hükümler), 11 numaralı taslak hüküm ve 12 numaralı taslak hükme (paragraflar 1’den 5’e ve 7’ye kadar) ilişkin olarak delegasyonların yazılı görüş sunabileceği hususunda anlaşmaya varılmıştır. Delegasyonların yorumlarını, UNCITRAL’in web sayfasında yayınlanmak üzere

29 Kasım 2024 tarihine kadar sekreteryaya sunmaları belirtilmiştir. Bu hükümlerin UNCITRAL Tahkim Kurallarını tamamlayıcı olarak tasarlanacağı ve nihai biçimlerinin (örneğin, yatırım uyuşmazlıkları için bir ek olarak) daha sonraki bir aşamada tartışılacağı not edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 68-70)

A.USUL VE CROSS-CUTTING KONULARINA İLİŞKİN TASLAK HÜKÜMLER

Taslak Hüküm 10- Karşı Dava

“Draft Provision 10: Counterclaim

1. Where a claim is submitted for resolution, the respondent may make a counterclaim:

(a) Arising directly out of the subject matter of the claim;

(b) In connection with the factual and legal basis of the claim;

(c) That the claimant has failed to comply with its obligations under the

Agreement, domestic law, any relevant investment contract or any other instrument binding on the claimant.

2. For the avoidance of doubt, the consent of the respondent to the submission of a claim by the claimant is subject to the condition that the claimant consents to any submission of a counterclaim referred to in paragraph 1.

3. A counterclaim shall be made no later than in the statement of defence, unless

the Tribunal considers that the delay was justified under the circumstances.”

(A/CN.9/WG.III/WP.244, pag.8)

Görüşmeler sırasında, Karşı davaya ilişkin hükümleri düzenleyen taslak hükmün geliştirilmesi konusunda destek sağlanmıştır. Karşı davaların usul etkinliğini artırabileceği ve birden fazla davanın açılmasını önleyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, karşı davaların, davalı devletler ve davacılar arasındaki asimetrik durumu dengeleyebileceği ifade edilmiştir. Ancak, karşı davalara izin verilmesi durumunda gecikmelere ve ek maliyetlere yol açabileceği, paralel davalar riskini içerebileceği konusunda endişeler dile getirilmiştir. (A/CN.9/1194 para 71)

Birinci paragraf ile ilgili olarak, (a), (b) ve (c) alt bentlerinde sayılan karşı dava açma sebeplerinin hep birlikte mi karşılanmış olması yoksa ayrı olarak ileri sürülmesi (cumulative or disjunctive) konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, karşı dava alt bent (a) veya (b) gerekliliklerini ve (c) alt bendi gerekliliğini karşıladığında izin verilmelidir. Ayrıca, alt bent (a) ve (b) arasında bir örtüşme olduğu ve yalnızca birinin korunmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir. Japonya delegasyonu (a), (b) ve (c) bentlerindeki gerekliliklerin birlikte karşı dava açmak için ileri sürülmesi gerektiğini ve (c) bendinin silinmesini önermiştir. ABD, İngiltere, İsviçre delegasyonları da Japonya görüşünü desteklemişlerdir. Rusya delegasyonu karşı dava açma sebeplerinden birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu ve kapsamın geniş tutulması yönünde görüşte bulunmuştur. (A/CN.9/1194 para 72-73)

Görüşmelerde, maddenin (c) fıkrası üzerinde de farklı görüşler ileri sürülmüştür. Alt bent (c) ile ilgili olarak, “yerel hukuka” uyulmamasının bir karşı dava temeli olup olamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlar, yabancı yatırımcıların ev sahibi devletin hukuki çerçevesine uymak zorunda olduklarını ifade etmişlerdir. Yatırımcıların, sözleşme ihlallerini antlaşma ihlallerine yükseltmek için şemsiye hükümleri kullandıkları ve karşı davaların devletlere buna uygun bir yanıt aracı sağladığı belirtilmiştir. Devletlerin bu temele dayanarak her zaman karşı dava açmayacağı, bunun maliyetli olabileceği ve yargılama sürecini uzatabileceği, ayrıca her zaman yerel mahkemelere başvurabilecekleri ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 74)

Tartışmalar neticesinde, aşağıdaki metin değerlendirilmek üzere Çalışma Grubuna sunulmuştur:

“1. Where a claim is submitted for resolution, the respondent may make a counterclaim:

(a) Arising directly out of the subject matter of the claim or in [close]

connection with the factual or legal basis of the claim; and

(b) That the claimant has failed to comply with its obligations under the

Agreement, domestic law, any relevant investment contract or any other

instrument binding on the claimant.

2. The submission of a claim by the claimant constitutes its consent to any

submission of a counterclaim by the respondent in accordance with paragraph 1.

3. A counterclaim shall be made no later than in the statement of defence, unless the Tribunal considers that the delay in the submission of the counterclaim was justified under the circumstances.”(A/CN.9/1194 para 80)

Ayrıca, Sekretaryanın, davalının karşı dava ile aynı iddia için herhangi bir başka yargı çözüm süreci başlatma hakkından feragat etmesini gerektiren “yol ayrımı” kuralını (fork in the road rule) dahil etmesi talep edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 81)

Taslak Hüküm 12: Üçüncü Taraf Finansmanı

“Draft Provision 12: Third-party funding

1. “Third-party funding” means the provision of any direct or indirect funding to a disputing party by a natural or legal person that is not a party to the proceeding but enters into an agreement to provide, or otherwise provides, funding (“third -party funder”) for a proceeding either through a donation or grant, or in return for remuneration dependent on the outcome of the proceeding.

2. A disputing party in receipt of third-party funding shall disclose to the Tribunal and the other disputing party the following information:

(a) The name and address of the third-party funder; and

(b) The name and address of the beneficial owner of the third-party funder and any natural or legal person with decision-making authority for or on behalf of the third-party funder in relation to the proceeding.

3. In addition, the Tribunal may require the funded party to disclose:

(a) Information regarding the funding agreement and the terms thereof;

(b) Whether the third-party funder agrees to cover any adverse cost award;

(c) Any right of the third-party funder to control or influence the management of the claim or the proceeding or to terminate the funding agreement;

(d) Any agreement between the third-party funder and the legal representative of the disputing party; and

(e) Any other information deemed necessary by the Tribunal.

4. The disputing party shall disclose the information listed in paragraph 2 when submitting its statement of claim, or if the funding agreement is entered into after the submission of the statement of claim, immediately thereafter. The disputing party shall disclose the information required by the Tribunal in accordance with paragraph 3 as promptly as possible.

5. If there is any new information or any change in the information disclosed in accordance with paragraphs 2 and 3, the disputing party shall disclose such information to the Tribunal and the other disputing party as promptly as possible.

6. The Tribunal may limit third-party funding in the following exceptional circumstances:

(a) When the expected return to the third-party funder exceeds a reasonable amount;

(b) When the number of cases that the third-party funder funds against the respondent Contracting Party with regard to the same measure exceeds a reasonable number; or

(c) [...].

7. If the disputing party fails to comply with the disclosure obligations in paragraphs 2 to 5, the Tribunal may:

(a) Suspend or terminate the proceeding in accordance with Draft Provisions 6 or 7;

(b) Order security for costs in accordance with Draft Provision 5; or

(c) Take this fact into account when allocating costs in accordance with Draft Provision 9.

8. If the disputing parties receive funding which is not permissible under paragraph 6, the Tribunal may take the measures listed in paragraph 7 and in addition order the disputing party to terminate the funding agreement and to return any funding.” (A/CN.9/WG.III/WP.244, pag.8-9)

Madde görüşülürken, “üçüncü taraf finansmanı” maddesinin düzenlenmesinde, mutlak yasaktan yalnızca açıklamayı gerektirmeye kadar geniş bir görüş yelpazesinin dile getirildiği hatırlatılmıştır. Tartışmalar, üçüncü taraf finansmanının açıklama gerekliliğinin ötesinde düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği üzerine odaklanmıştır. Farklı görüşler ifade edilmiştir. Bir görüş, üçüncü taraf finansmanının özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler (KOBİ'ler) için adalete erişimi teşvik ettiğini belirtmiştir. Bu nedenle, üçüncü taraf finansmanı düzenlemelerinin yalnızca potansiyel çıkar çatışmalarını ele alacak şekilde sınırlandırılması gerektiği, diğer potansiyel suiistimallerin ise ilgili hükümlerle zaten ele alındığı ifade edilmiştir. Üçüncü taraf finansmanının aşırı düzenlenmesinin meşru sözleşme ilişkilerine müdahale edebileceği belirtilmiştir. Üçüncü taraf finansörlerin kötü niyetli olduklarının varsayılmaması gerektiği ve amacın piyasayı veya iş modelini değil, yanlış davranışları ve kötüye kullanma uygulamalarını düzenlemek olması gerektiği ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 85)

Diğer görüşe göre, üçüncü kişi finansmanını davalı Devletler bakımından maliyetleri arttırdığı için önemli bir sorun olduğu ileri sürülmüştür. Üçüncü taraf finansmanının anlaşma sağlama teşvikini azalttığı ve finansörün davada gereksiz bir etkiye sahip olma potansiyelini artırdığı belirtilmiştir. Ayrıca, üçüncü taraf finansmanının asimetri yarattığı, çünkü davalı devlet üçüncü taraf finansöre karşı bir karar icra edemezken, davacının üçüncü taraf finansörün yararına davalı devlete karşı kararı icra ettiği ifade edilmiştir. Üçüncü taraf finansmanının kaynaklarının yanı sıra getirilerin nasıl kullanıldığı konusunda yolsuzluk ve kara para aklama endişeleri nedeniyle dikkatli olunması gerektiği ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 86)

Görüşmelerde, 6. paragraf üzerinde de çeşitli tartışmalar olmuştur. Hakem kurulunun 6. fıkrada sayılan olağanüstü şartların gerçekleşmesi halinde üçüncü kişi finansmanını sınırlandırabileceği düzenlenmektedir. Altıncı paragrafın, uygulanma şeklinin belirsiz olması nedeniyle silinmesi gerektiği önerilmiştir. Bu bağlamda, bir hakem heyetinin gerekli değerlendirmeyi yapamayacağı ve bir ihtilaflı taraf ile üçüncü taraf finansörü arasındaki

sözleşme ilişkisine müdahale etme yetkisine sahip olmayacağı ifade edilmiştir. Diğer bir görüşe göre, altıncı paragrafın metnin netleştirilmesi koşuluyla korunması gerektiği ifade edilmiştir. "makul" ifadesinin ne anlama geldiği ve bir hakem heyetinin bu standardı uygularken takdir yetkisini kullanma konusunda yeterli rehberliğe sahip olup olmadığı sorgulanmıştır. Alt bent (a)'nın, beklenen getirinin tazminatın %50'sini aştığı durumlarda olduğu gibi, bir yüzde belirlemesi yapacak şekilde revize edilebileceği önerilmiştir ve alt bent (b) için somut bir dava sayısına atıfta bulunulabileceği belirtilmiştir. (A/CN.9/1194 para 87-88)

Görüşmeler neticesinde, üçüncü taraf finansmanı için açıklama gerekliliklerinin, Taslak Hükümlerin A bölümünde ayrı bir hüküm olarak geliştirileceği kararlaştırılmıştır. Ayrıca, altıncı ve sekizinci paragrafların Taslak Hükümlerin B bölümünde daha fazla değerlendirilmesi ve burada listelenen her durumun neden kötüye kullanımı ifade ettiği veya sorun teşkil ettiği üzerinde durulması kararlaştırılmıştır. Altıncı paragrafta listelenen durumlara ek olarak aşağıdaki durumların da dikkate alınabileceği önerilmiştir: -Üçüncü taraf finansörün, davanın yönetimi veya süreci üzerinde doğrudan veya dolaylı kontrol veya etkiye sahip olduğu durumlar, örneğin anlaşmazlığın sona erdirilmesi, anlaşma sağlanması veya başka bir şekilde sonuçlandırılması; üçüncü taraf finansörün önceden bildirimde bulunmadan finansman sözleşmesini sona erdirebilmesi durumunda. (A/CN.9/1194 para 91-93)

Taslak Hüküm 13: Dostane Çözüm Yolları

“Draft Provision 13: Amicable settlement

- 1. A dispute shall, as far as possible, be settled amicably through consultation, negotiation, mediation or any other means.*
- 2. A party may invite the other party to engage in means of amicable settlement referred to in paragraph 1. The other party should make all reasonable efforts to accept such invitation.*
- 3. [Upon such invitation, the parties shall refrain from submitting a claim to the Tribunal for a period of [6] months from the date of receipt of the invitation.] [No claim may be submitted to the Tribunal for resolution, unless [6] months have elapsed from the date of receipt of the invitation.]” (A/CN.9/WG.III/WP.244, pag.9)*

Uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümünü teşvik hükümlerini düzenleyen taslak madde 13 için genel bir destek sağlanmıştır. Dostane çözümün teşvik edilmesi gerektiği, ancak taraflara dayatılmaması gerektiği ve tarafların süreci herhangi bir aşamada sonlandırabilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dostane çözümün tüm uyuşmazlık çözüm süreci boyunca kullanılabilirliğin vurgulanması önerilmiştir. (A/CN.9/1194 para 91-94)

Görüşmeler sırasında, “shall” ve “all reasonable efforts” gibi ifadeler hakkında tereddütler dile getirilmiş, bunların yerine dostane çözümün gönüllü doğasını vurgulamak için “may”, “could” veya “should” ifadelerinin kullanılması önerilmiştir. Dava açma şartı olarak dostane çözüm daveti (istişare daveti) tarihinden itibaren altı aylık bir bekleme süresi (cooling of period) konulması önerisi destek görmüştür. Ancak, zorunlu bir bekleme süresinin gecikmelere ve maliyet artışlarına yol açabileceği ifade edilmiştir. Tarafların rıza belgelerinde (instrument of consent) bekleme süresini belirleyebilmeleri gerektiği ve dostane çözüm sürecine katılım konusundaki davranışlarının, hakem heyeti tarafından maliyetlerin paylaşılması yapılırken dikkate alınması gerektiği önerilmiştir. (A/CN.9/1194 para 95-97)

Tartışma sonrasında, 13 numaralı taslak hükmün aşağıdaki şekilde revize edilerek yeniden değerlendirilmesi kararlaştırılmıştır:

“1. The parties should seek to settle their dispute amicably through consultation, negotiation, mediation or any other means.

2. A party may invite the other party to engage in means of amicable settlement referred to in paragraph 1. The other party should make all reasonable efforts to accept such invitation.

3. Unless otherwise provided in the Agreement, no claim may be submitted to the Tribunal for resolution until 6 months have elapsed from the date of receipt of the invitation in paragraph 2.” (A/CN.9/1194 para 98)

Revize metnin Türkçe çevirisi aşağıdaki şekildedir:

“1. Taraflar, danışma, müzakere, arabuluculuk veya diğer herhangi bir yol aracılığıyla uyuşmazlıklarını dostane şekilde çözmeye çalışmalıdır.

2. Bir taraf, diğer tarafı 1. paragrafta belirtilen dostane çözüm yollarına katılmaya davet edebilir. Diğer taraf, bu daveti kabul etmek için tüm makul çabayı göstermelidir.

3. Anlaşmada aksi belirtilmedikçe, 2. paragraftaki davetin alınmasından itibaren 6 ay geçmeden, dava mahkemeye çözüm için sunulamaz.”

Taslak Hüküm 20. Zararların Değerlendirilmesi ve Tazminat

“Draft Provision 20: Assessment of damages and compensation

1. The Tribunal may award:

(a) Monetary damages and any applicable interest;

(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 pre-award and post-award interest at a reasonable rate.

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

The Tribunal shall also consider among others and as applicable:

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

(b) Failure by the claimant to make all reasonable efforts to mitigate loss or damage;

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

(d) Any other compensation received by or awarded to the claimant with regard to the same breach.

4. The Tribunal shall only award monetary damages that are established on the basis of satisfactory evidence and that are not inherently speculative. The Tribunal shall not award punitive damages.” (A/CN.9/WG.III/WP.244, pag.16)

Konunun önemi ve ele alınması yönündeki taleplerin sayısı dikkate alınarak, Çalışma Grubu zarar ve tazminat değerlendirmesi konusunda tartışmaya devam etmeye karar vermiştir. 20 numaralı taslak hükmün, Ekim 2023'teki 46. oturumdaki tartışmalar temel alınarak hazırlandığı ve bu hükmün A/CN.9/WG.III/WP.231 belgesindeki 23 numaralı taslak hükme dayandığı not edilmiştir. Bununla birlikte, görüşmeler sırasında taslak hüküm 20'nin 46. toplantıda sağlanan uzlaşmayı yansıtmadığı, hakem kurullarınca verilen aşırı tazminat konusundaki endişeleri yeterince ele almadığı yönünde görüşler de dile getirilmiştir. Bu bağlamda, kırk altıncı oturumda gündeme getirilen şu hususlar dile getirilmiştir:

-Taslak hüküm, hakemler tarafından verilen aşırı tazminatlara yönelik endişeleri açıkça ele almalıdır;

-Taslak hüküm, zararların giderilmesine ilişkin teamül haline gelmiş uluslararası hukuku doğru bir şekilde yansıtmalıdır;

-Paragraf 1 ile ilgili olarak, hakemler, (a) veya (b) seçeneklerinden herhangi birini ayrı olarak verebilmeli, böylece çifte kazanç riskini önlemelidir;

-Paragraf 1 ile ilgili olarak, “uygulanabilir faiz” (any applicable interest) ifadesi kaldırılmalı, adil piyasa değeri muhasebe değeri olarak anlaşılmalı ve kamulaştırma durumunda iade kararlarının egemen karar alma süreçlerine müdahale edeceğinden izin verilmemelidir;

-Paragraf 2 ile ilgili olarak, yalnızca basit faize hükmedilmesi (özellikle karar öncesi dönem için: pre-award interest: ihlalden hakem kararı verilmesine kadar geçen süre için), “makul” faiz oranının anlamı açıklığa kavuşturulmalı, uygulanacak oran ya belirtilmeli (for example, not in excess of a risk-free rate) ya da taraflarca kararlaştırılmalıdır;

-Paragraf 3 ile ilgili olarak, davacının domestic kanunlara uymaması “katkıda bulunan hata” (contributory fault) veya dikkate alınacak ayrı bir unsur olarak görülmelidir;

-Paragraf 3 ile ilgili olarak, mahkemenin dikkate alacağı faktörler, tüm ilgili faktörlerin dikkate alınmasını gerektirecek şekilde genişletilmelidir;

-Paragraf 4 ile ilgili olarak, spekülatif zararların açıkça yasaklanması gereklidir;

-Hakemlerin, yatırımcının yatırım yaparken (sunk costs; sabit maliyetler) yaptığı toplam harcamaları (enflasyona göre ayarlanmış/adjusted for inflation) aşan ve talep edilen miktarı aşan parasal tazminat vermeleri yasaklanmalıdır;

-İndirimli nakit akışı (discounted cash flow) gibi bazı hesaplama yöntemlerinin, yalnızca karlılığın kanıtlandığı durumlarla sınırlandırılması ve hasarın meydana geldiği zamana kadar uzatılmaması gereklidir;

-Nedensellik ilkesinin daha da netleştirilmesi gereklidir;

-Hakemler, davalı devletin ekonomik durumu, yatırımın yapıldığı sıradaki proje ve ülke risk değerlendirmeleri, yatırım yaparken yolsuzluk, yatırımın tamamen gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve kararın davalı Devlet ile halkı üzerindeki potansiyel yıkıcı etkisini dikkate almak zorundadır;

-Şişirilmiş talepleri (inflated claims) caydırmak için hakemler, talep edilen miktar hakem kararındaki tutarı aşıyorsa, tazminatı daha da azaltabilirler;

-Mahkemeler, zararların değerlendirilmesi için uzman atayabilmelidir;

-Mahkemeler, tazmin edilebilir zarara ve miktarın belirlenmesinde uygulanacak değerlendirme ilkelerine dikkat çekmeli, böylece adil ve kabul edilebilir bir sonuca ulaşılmalıdır. (A/CN.9/1194 para 99-102)

Bu görüşe cevap olarak, 20 numaralı taslak hükmün uluslararası kabul gören tam tazminat ilkesini doğru bir şekilde yansıttığı ifade edilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu (“ILC”) Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumluluğuna İlişkin Taslak 36. ve 38. maddelerine atıfta bulunulmuştur. Bununla birlikte, çok sıkı kurallar koyan bir yaklaşımın benimsenmesinin Çalışma Grubu’nda consensus sağlanmasını zorlaştıracığı dile getirilmiştir. (A/CN.9/1194 para 102-103)

Görüşmeler sırasında, hakemlere tazminat ve zarar tespiti kararlarında rehberlik etmesi için kılavuzlar hazırlanabileceği ve bu kılavuzların 20 numaralı taslak hükümle paralel olarak geliştirilebileceği önerilmiştir. (A/CN.9/1194 para 104)

III. TASLAK ÇOK TARAFLI ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIĞI ÇÖZÜMÜNDE REFORM BELGESİ (DRAFT MULTILATERAL INSTRUMENT ON ISDS REFORM)

49. toplantının son günü Çalışma Grubu, A/CN.9/WG.III/WP.246'da yer alan ISDS reformuna ilişkin çok taraflı enstrümanı (MIIR) değerlendirmeye başlamıştır. Taslak maddeler görüşülmeye başlanmadan önce MIIR'ın faydası sorgulanmıştır. Devletlerin, Komisyon tarafından kabul edilen reform unsurlarına antlaşmalarında atıfta bulunabilecekleri veya bu unsurları içeren her bir enstrümana taraf olabilecekleri ifade edilmiştir. Buna yanıt olarak, MIIR'ın mevcut antlaşmaları değiştirmek ve çeşitli unsurları uygulamak için bir mekanizma olarak öngörüldüğü, Devletlere tercih ettikleri reformları seçme esnekliği sağlayabileceği belirtilmiştir. Böyle bir mekanizmanın, birden fazla antlaşmanın bireysel olarak yeniden müzakere edilmesi gereğini ortadan kaldıracağı ve reformların geniş çapta uygulanmasını daha verimli hale getireceği ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 106)

Devletlerin reform unsurlarını seçme özerkliğinin korunması gerektiği yinelenmiştir. Opt-in mekanizmasının, devletlerin endişelerini ve ihtiyaçlarını ele almalarına imkân tanıyacağı opt-ut yaklaşımına göre daha tercih edilen bir görüş olduğu vurgulanmıştır. Çalışma Grubu'nun ISDS reformuna yönelik devam eden çabaları göz önüne alındığında, MIIR'ın tüm sözleşen taraflar için bağlayıcı maddi yükümlülükler içermesi gerektiği önerilmiştir (bu hükümlere “temel hükümler” (core provisions) denilmektedir). Bu bağlamda, temel hükümlerin MIIR'ın ana metnine yerleştirilebileceği veya sözleşen tarafların bu hükümleri içeren en az bir protokole taraf olmasının gerekeceği ifade edilmiştir. Temel hükümleri oluşturacak hükümlerin hangileri olduğuna dair farklı görüşler nedeniyle ve MIIR'da esneklik ve isteğe bağlılık korunması gerekliliği göz önüne alınarak daha fazla görüşülmesi gerektiği konusunda mutabık kalınmıştır. (A/CN.9/1194 para 107-109)

Madde 1- Amaç ve Kapsam

“Article 1- Objectives and scope

1. This Convention provides a framework for the Parties to apply or to be bound

by Protocols relating to international investment dispute resolution.

2. Each Protocol may specify its scope of application.” (A/CN.9/WG.III/WP.246, pag.3)

Görüşmelerde 1. paragrafın, Konvansiyon'un amaçlarını daha iyi açıklayacak şekilde geliştirilmesi ve bunun önsözde belirtildiği gibi “yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümünü reform etmek” amacından doğduğunu belirtmesi gerektiği önerilmiştir. 1. paragraftaki ISDS'ye

yapılan atfın, Konvansiyon 'da başka çözüm yollarının (örneğin, devletler arası uyuşmazlık çözümü; SSDS) ele alınmasını engellememesi gerektiği belirtilmiştir. (A/CN.9/1194 para 110)

Protokolleri “uygulamak veya onlara bağlı olmak” (to apply or to be bound by Protocols) ifadesi ile ilgili olarak çeşitli sorular gündeme getirilmiştir. İfadenin, her bir Protokol'ün farklı işleyiş şekillerini kapsama amacı taşıdığı açıklanmıştır. Örneğin, bazı Protokoller taraflar için bağlayıcı yükümlülükler içerirken, diğerleri tarafların rızasına dayalı olarak belirli kuralların yargılamalara veya hakemlere uygulanmasını öngörmektedir. Paragraf 1'in kapsamının gelecekte diğer forumlarda yapılacak reformları kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği önerilmiştir. Ancak, Konvansiyon'un yalnızca ISDS reformuna odaklanması gerektiği de ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 111-112)

Paragraf 2'nin silinmesi önerisine yanıt olarak, her Protokol'ün, kendi amaç ve uygulama kapsamına dair ayrıntılı hükümler içerebileceği açıklanmıştır. (A/CN.9/1194 para 113)

Madde 2-Protokoller

“Article 2 – Protocols

1. This Convention includes the following Protocols:

- *Protocol A: UNCITRAL Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution (2023);*
- *Protocol B: UNCITRAL Model Provisions on Mediation for International Investment Disputes (2023)*
- *Protocol C: [Draft provisions on procedural and cross-cutting issues – subject to possible categorization];⁵*
- *Protocol X: [Statute of an advisory centre on international investment dispute resolution];⁶*
- *Protocol Y: [Draft statute of a standing mechanism for the resolution of international investment disputes];and*
- *Protocol Z: [Draft statute of an appeal mechanism for the resolution of*

international investment disputes].

2. In accordance with article 10, additional protocols may be included to this Convention.

3. The Protocols shall constitute an integral part of the Convention.

4. Unless expressly provided otherwise, references to “the Convention” or “this Convention” shall include all Protocols.” (A/CN.9/WG.III/WP.246, pag.4)

2. maddenin, Devletlere Protokollere katılmada sağlanan esnekliği vurgulayacak şekilde revize edilmesi gerektiği genel olarak ifade edilmiştir. Görüşmeler sırasında, bir görüş olarak bir Devlet'in, Protokole taraf olabilmesi için Konvansiyona taraf olması gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle Konvansiyona katılımı artıracak, bu durumu tutarlılığı teşvik edecek ve finansal desteğin taraflar arasında paylaşılmasını sağlayacaktır. Diğer bir görüş ise, bir Devlet'in Konvansiyona taraf olmadan bir Protokole taraf olabilmesi gerektiği yönündedir. (A/CN.9/1194 para 114-115)

Paragraf 1'deki Protokoller listesinin sadece varsayımsal olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. “Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümünde Hakimler İçin UNCITRAL Davranış Kuralları'nın” da (UNCITRAL Code of Conduct for Judges in International Investment Dispute Resolution) bir Protokol olarak listeye eklenebileceği önerilmiştir; ancak başka bir görüş, bunun gerekli olmadığı, çünkü daimî mekanizma veya diğer kalıcı organların statülerinin muhtemelen Davranış Kuralları'na atıfta bulunarak bu Kuralları içereceği yönündedir. Şeffaflık Kuralları (UNCITRAL Transparency Rules) ile ilgili olarak, bir Protokol olarak dahil edilip edilmemesi konusunda görüş ayrılıkları dile getirilmiştir. Bunun sağladığı ek faydaların dikkatle incelenmesi gerektiği ve Mauritius Sözleşmesi'nin, Saydamlık Kurallarının mevcut antlaşmalara uygulanması için Devletlere çekince koyma imkânı sunduğundan karışıklıkların ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 117-118)

Paragraf 1'in diğer enstrümanları da içerecek şekilde genişletilebileceği belirtilmiştir. Her bir Protokol'ün uygulanmasının daha ayrıntılı incelenmesi ve Konvansiyon içinde netleştirilmesi gerektiği önerilmiştir. Ayrıca, bir Protokol Taraflarınca alınan kararların, izin verildiği takdirde, yalnızca bu Taraflar için bağlayıcı olacağı ve Konvansiyona taraf olan diğer Taraflar için bağlayıcı olmayacağı ifade edilmiştir. (A/CN.9/1194 para 119)

Madde 3 – İmza, Onay, Katılım

“Parties to the Convention and Its Entry Into Force

Article 3 – Signature, ratification, accession

- 1. This Convention is open for signature by all States in [date and location], and thereafter at [United Nations Headquarters in New York].*
- 2. This Convention is subject to ratification by the signatories.*
- 3. This Convention is open for accession by all States, which are not signatories as from the date it is open for signature.*
- 4. Instruments of ratification or accession are to be deposited with the depositary.*
- 5. When depositing the instrument of ratification or accession, a State shall indicate the Protocol(s) that it ratifies or accedes to in the same instrument.*
- 6. A Party may subsequently deposit an instrument of ratification or accession to any other Protocol(s).*
- 7. If a Protocol contains provisions on ratification or accession with regard to that Protocol, a Party shall also comply with the requirements therein to ratify or acced to that Protocol.” (A/CN.9/WG.III/WP.246, pag. 6)*

Madde 3’e ilişkin olarak şunlar ifade edilmiştir, Konvansiyona katılma, madde 3'teki Protokollere katılma ve madde 6'da öngörülen bildirimlerin yapılması gibi çok aşamalı sürecin, tarafların bir antlaşmaya katılmaları sırasında genellikle izledikleri iç süreçler göz önünde bulundurularak basitleştirilebileceği ileri sürülmüştür. Konvansiyon hükümleri ile Protokoller arasındaki potansiyel çatışmaları ele almak için 7. paragrafta yer alan bir çatışma maddesine benzer bir hükmün hazırlanabileceği ve 6. paragraf ile ilgili olarak, Tarafların Konvansiyona katılırken onaylamayı veya katılmayı amaçladıkları Protokolleri belirtmelerinin böyle bir belirtmenin herhangi bir bağlayıcı etkisi olmayacağından gerekli olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. (A/CN.9/1194 para 120)

Madde 4- Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Organizasyonlarının Katılımı

“Article 4 – Participation by regional economic integration organizations

- 1. A regional economic integration organization that is constituted by sovereign States and has competence over certain matters governed by this Convention may similarly sign, ratify or accede to this Convention. The regional economic integration organization shall in that case have the rights and obligations of a Party to the Convention, to the extent that the organization has competence over matters governed by this Convention.*
- 2. Unless specified otherwise in a Protocol, where the number of Parties to the Convention is relevant in this Convention, the regional economic integration organization shall not count as a Party to the Convention in addition to its member States that are Parties to the Convention.*
- 3. The regional economic integration organization shall, at the time of signature, ratification or accession, make a declaration to the depositary specifying the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred, fully or in part, to that organization by its member States. The regional economic integration organization shall promptly notify the depositary of any changes to the distribution of competence, including new transfers of competence, specified in the declaration under this paragraph.*
- 4. Any reference to a “Party to the Convention”, “Parties to the Convention”, a “State” or “States” in this Convention applies equally to a regional economic integration organization where the context so requires.*
- 5. Unless specified otherwise in a Protocol, a regional economic integration organization, on matters within its competence, may exercise its right to vote with a number of votes equal to the number of its member States that are Parties to this Convention. Such an organization shall not exercise its right to vote if any of its member States exercises its right to vote, and vice versa.” (A/CN.9/WG.III/WP.246, pag. 7)*

Madde 4'e gerek olmadığı ve silinmesi gerektiği, bunun yerine Madde 3'ün bölgesel ekonomik entegrasyon organizasyonlarını içermesi gerektiği önerilmiştir. Bu maddenin ileride değerlendirilmesine karar verilmiştir. (A/CN.9/1194 para 121)

SONUÇ

Çalışma Grubu'na, Çalışma Grubu'nun 50. oturumunun 20–24 Ocak 2025 tarihlerinde Viyana'da yapılmasının planlandığı ve 51.oturumun iki bölüm halinde düzenleneceği, ilk bölümün 17–18 Şubat 2025 tarihlerinde ve ikinci bölümün 7–11 Nisan 2025 tarihlerinde New York'ta yapılacağı bildirilmiştir. Çalışma Grubunca, 2025 yılının Ocak ayında planlanan oturumda “daimi mekanizma”, “usule ilişkin ve cross- cutting’e konular” ile “MIIR” üzerinde çalışmalara devam edilmesi konusunda mutabık kalınmıştır.

İTOTAM Genel Sekreteri

Av. Senem BAHÇEKAPILI VINCENZI