

KANADA – AVRUPA BİRLİĞİ EKONOMİK VE TİCARİ ANLAŞMASI (CETA): ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU BAKIMINDAN İLERİCİ BİR ADIM MI?*

Dr. Öğr. Üyesi Dikran M. ZENGİNKUZUCU
İstanbul Esenyurt Üniversitesi, İYBF, (dikranzenginkuzucu@esenyurt.edu.tr)

ÖZET

AB Ticaret Komiseri Cecilia Malmström, CETA'nın 21 Eylül 2017'de geçici yürürlüğe girmesini kutlarken 'CETA modern ve ilerici bir anlaşma' diyordu. Diğer tüm özellikleri ve ayırt edici niteliklerinin yanı sıra tam olarak yürürlüğe girişinin ardından CETA tarafından uluslararası yatırım hukuku ve uygulamaları alanına getirilen en belirgin ilerleme ve gelişmelerden biri yeni bir yatırım uyuşmazlıkları çözüm mekanizması kurması, özellikle de bu alanda bir daimî yatırım mahkemesinin kuruluşu ve ilk kez bir temyiz makamının oluşturulması olacaktır. Makalede bu gelişmenin tarihsel süreçte küresel bağlamda uluslararası ortak ölçütler ve istikrarlı bir koruma arayışına nasıl ve ne ölçüde hizmet edebileceği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kapsamlı Ekonomik ve Ticari Anlaşma (CETA), Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü (YDUÇ), Aşgari Uluslararası Ölçütler, Daimî Yatırım Mahkemesi, Yatırım Hakemlik Kararlarının Temyizi.

CANADA – EUROPEAN UNION ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA): IS IT A PROGRESSIVE STEP IN TERMS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW?

ABSTRACT

'CETA is a modern and progressive agreement' said the European Commissioner for Trade, Cecilia Malmström welcoming the entry into force provisionally of the CETA on 21 September 2017. Beside all other features and distinguishing characteristics, after its full entry into force, one of the most distinctive progress and improvement introduced by CETA in the field of international investment law and practice will be the establishment of a new investment dispute settlement mechanism, especially the constitution of a permanent Investment Court and the very first establishment of an Appellate body. This Article will discuss in historical perspective how and in what extent this mechanism may serve to the aims of the promotion of international common standards and a stable structure in global scale.

Keywords: Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Minimum International Standards, Permanent Investment Tribunal, Appeal of Investment Arbitration Awards.

* Bu çalışma 26-28 Nisan 2018 tarihleri Aydın Adnan Menderes Üniversitesi'nde düzenlenen olan I. Uluslararası Politik, Ekonomik ve Finansal Analiz Kongresi'nde sunulan sözlü bildiriden genişletilerek ve zenginleştirilerek oluşturulmuştur.

1. Giriş

Kanada ile Avrupa Birliği (AB) ve üyeleri arasındaki Kapsamlı Ekonomik ve Ticari Anlaşma (Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA)¹ 30 Ekim 2016 Tarihinde imzalandı. Avrupa Parlamentosu, Anlaşmanın kabulü için rızasını 15 Şubat 2017'deki oylama ile 254 ret oyuna karşı 408 kabul oyu ve 24 çekimser oy ile verdi². Kanada, Anlaşmayı 16 Mayıs 2017 Tarihinde onayladı ve bu onay CETA'nın geçici uygulaması için başlangıç adımı oldu. CETA Avrupa Komisyonu'nun kararı ve AB üye devletlerinin tümünün kendi anayasal usullerine uygun olarak onaylamalarının ardından tam olarak yürürlük kazanacaktır. Diğer özelliklerinin yanı sıra belki de en önemli yeniliği ve ilericiliği CETA'nın 8. Başlık F Bölümü'nde yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarının çözümü (YDUÇ) sürecinden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede, CETA öncelikle bir müzakere süreci, çözüme ulaşılamazsa arabuluculuğa başvuru yolu her zaman için açık kalmak kaydıyla hakemlik yolunu öngörmektedir. Anlaşma ilk defa olarak bir daimî yatırım hakemlik mahkemesi ve bir temyiz süreci kurmaktadır. Bu bağlamda, bu makale ilk önce uluslararası yatırım hakemliğinin temellerinin küreselleşmede ve yatırımlar için uluslararası ortak ölçütler ve istikrarlı bir koruma arayışında yattığını iddia edecektir. İlk bölüm 1960'lardan bu yana uluslararası alanda YDUÇ süreçlerinin desteklenmesi ve teşviki yönündeki çalışmalardan bahsedilecektir. Takip eden bölüm YDUÇ süreçlerinde daimî hakemlik mahkemesi ve temyiz tartışmalarına giden yolda hakemlik mahkemesinin kuruluşu ve tarafsızlığı, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında uygulanan hukuk, hakem kararlarında çelişkiler ve hakem kararların nihailiği konuları tartışılacaktır. Sonrasında uluslararası alanda temyiz tartışmalarına göz atılacaktır. Ardından, CETA'nın kurduğu YDUÇ mekanizmasına odaklanılacaktır. Bu amaçla, CETA mekanizmasında hakemlerin ve süreçlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı ile şeffaflık ve etik ilkelerinin pekiştirilmesi, yatırım hukukunda benzeşme, içtihatın uyumlaştırılması ve kararların öngörülebilirliği, hakemlik kararlarında esas bakımından hataların düzeltilebilmesi amaçlarına yönelik geliştirdiği mekanizma gözden geçirilecektir. Sonuçta, mekanizmanın uluslararası yatırım hukuku alanında ortak ölçütlerin oturtulmasına ve istikrarlı bir yapı kurulması amaçlarına nasıl ve ne ölçüde hizmet edebileceği tartışılacaktır.

Her ne kadar Batı toplumlarında tüm ya da belli ticari uyuşmazlık konularının çözümünde hakemlik yolu en eski yöntemlerden biri olarak kullanılmış olsa da (Bederman, 2004: 8; von Glahn, 1976: 464-65) yabancı yatırımların korunmasında uluslararası hakemlik kurumunun ve uygulamasının gündeme gelişinin ve gelişiminin küreselleşme ile koşut seyrettiği görülebilmektedir (Zenginkuzucu, 2012: 1-3). I. Dünya Savaşı sonrası, yabancı yatırımların korunması ile ilgili iki karşıt ve rakip öğretinin karşı karşıya gelişini görüyoruz; bunların ilki ABD, Büyük Britanya ve diğer sömürgeci devletler tarafından savunulan ve uluslararası barışın serbest uluslararası ticarete dayandığını ve uluslararası ticaret ile yabancı varlıkların dürüst ve eşitlikçi davranış, en çok gözetilen ulus, keyfi ve ayrımcı davranış yasağı, yatırımların tam korunması ve güvenliği gibi sınırları aşan 'azami uluslararası ölçütler' ile korunması talep eden

1 15 Şubat 2017 Tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen özgün metin için *bkz.* 2016/0205(NLE) Erişim Tarihi: 12.10.2017, <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1476916&t=e&l=en>

2 European Parliament - CETA: MEPs back EU-Canada trade agreement, Press Release, Brussels, 15.02.2017 Erişim Tarihi: 18.03.2018, <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement>

görüŖ, diğeri ise Calvo öğretisi³ olarak da anılan ve tüm yabancıların ve yatırımlarının her türlü uyuŖmazlıkta yerel yargı yetkisi altında olduklarını ve millileŖtirme dâhil yerel kurallara tabi olmaları gerektiğini savunan, diplomatik koruma ve silahlı olsun olmasın dıŖ müdahaleleri geçerli görmeyen ‘ulusal muamele ölçütü’dür (Henkin, vd., 1987:1049-1050, 1064-1068).

İki Dünya Savaşı arası dönemde, diğeri nedenlerin yanı sıra ulusal korumacı ekonomik politikalar dünyayı II. Dünya Savaşı sonuna kadar sürecek küresel bir ekonomik krize sürüklemiŖtir (Ambrosius & Hubbard, 1986:139-40). Bu deneyim kesin denetim altında tutulan yeni bir düzenlenmiŖ küresel ekonomik sistemin kuruluŖu tartıŖmalarını da tetiklemiŖtir. Bu çerçevede geliŖmiŖ ülkeler malların ve sermayenin uluslararası alanda serbest dolaŖımını destekleyecek hızlı adımları atmaya giriŖmiŖlerdir.

2. Uluslararası Yatırım SözlöŖmeleri ve UyuŖmazlıkların BarıŖıŖıl Çözümü

2.1. Çok Taraflı SözlöŖme GiriŖimleri

1961’de Ekonomik İŖ birliği ve GeliŖim Örgütü (OECD) ilk çok taraflı yabancı yatırımların korunması anlaŖma taslağını hazırlama ve genel uluslararası ölçütler oluŖturma giriŖimlerine baŖladı. Ancak 1967’de imzaya açılan Yabancı Varlıkların Korunması SözlöŖmesi⁴, devletlerin özellikle millileŖtirme üzerindeki görüŖ ayrılıkları ve bölünmüŖlükleri yüzünden durumu eskisinden de karmaŖık bir hale getirdi. Bu ortamda kuruluŖ amaçlarından biri ‘özel yabancı yatırımları teŖvik’ olarak sayılmıŖ olan⁵ Dünya Bankası (DB) Genel Komiseri Aron Broches, genel maddi hukuk ölçütleri kurmak üzere çok taraflı anlaŖma arayıŖları yerine uyuŖmazlıkların tarafsız çözümünü sağlamak üzere etkin süreçler ve usuller oluŖturma yoluyla tatmin edici hukuksal altyapıyı sağlamanın uluslararası yatırımların akıŖını teŖvik edecek en iyi yol olacağını öne sürdü (ICSID, 2009a:9; Schreuer, 2001:xi, Wolfgang, de Kuyper & de Candolle, 1995:303). Aron Broches’un giriŖiminin sonucu, dönemin DB BaŖkanı tüm üye hükümetlere yabancı yatırımlardan kaynaklanan uyuŖmazlıkların çözömlenmesi için kolaylık sağlayarak öncelikle yatırım iklimini geliŖtirecek yöntemler hakkında bir çalıŖma baŖlatıldıđını duyurdu (Broches, 1995: 80-81). Bilindiđi gibi bu çalıŖma baŖarılı bir Ŗekilde Uluslararası Yatırım UyuŖmazlıklarının Çözümü Merkezini kuran SözlöŖme (ICSID Sözl.)’nin yapılıŖı ile sonuçlandı⁶.

ICSID’in kuruluŖundan sonra da bir ‘çok taraflı yatırımları koruma sözlöŖmesi’ yapılması çalıŖmaları sürmüŖtür. 1972’de Milletlerarası Ticaret Örgütü (MTÖ) çerçevesinde bir çalıŖma

3 Özellikle ABD’nin yurttaŖları ve yatırımları için ayrıcalıklı uygulama isteklerine karŖı Carlos Calvo’nun öne sürdüğü ve güçsüz devletlerin yargı yetkisinin, güçlü devlet tarafından ihlal edilmesinin engellenmesi amacını güden öğretisi. *Bkz.* Newcombe & Paradell, 2009: 13.

4 1967 Draft Convention on the Protection of Foreign Property in (1968) EriŖim Tarihi: 13.10.2017 <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf> ÇalıŖmaları 1961’de baŖlayan Taslak SözlöŖme 1962’de açıldı ve OECD tarafından 1967’de kabul edildi. Genel olarak büyük sermaye ihracatçısı ülkelerin ‘asgari uluslararası ölçütler’ görüŖtünü yansıtıyordu (Newcombe & Paradell, 2009: 30 dn 5).

5 IBRD AnlaŖma Maddeleri 1(b), EriŖim Tarihi: 13.10.2017, <http://siteresources.worldbank.org/EXTABOUTUS/Resources/ibrd-articlesofagreement.pdf>

6 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 18 Mart 1965, yürürlüğe giriŖ; 14 Ekim 1966. Türkiye SözlöŖme’yi 24 Haziran 1987’de imzalamıŖtır ve 6 Aralık 1988 Tarihli 20011 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıŖtır. SözlöŖme Türkiye için 2 Nisan 1989 Tarihinde yürürlüğe girmiŖtir. Tam metin için *bkz.* Zenginkuzucu, 2017a: 143-162.

grubu tarafından hazırlanan ve ‘Abs Shawcross Anlaşması’ adıyla da bilinen bir ‘Uluslararası Yatırım Kılavuzu’ Almanya tarafından OECD gündemine taşınmış ancak yine bir sonuca ulaşamamıştır (Sornarajah, 2007:269-270). Özellikle eski sömürge devletler ve bağlantısızlar hareketi, politik bağımsızlıklarını kazanmanın ardından ekonomik bağımsızlıklarını kurabilmek amacıyla doğal kaynaklarını yönetebilme isteği içindeydiler ve ekonomik varlıkların üzerindeki yabancı mülkiyeti millileştirme politikası takip ediyorlardı (Zenginkuzucu, 2012:57-58). Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki ekonomik ve mali anlaşmaların eşitlik ilkesi üzerine kurulu olması gerektiği ve ekonomik bağımsızlığın kendi kaderini tayin hakkının temeli olduğunu düşünen bağlantısızlar hareketi Birleşmiş Milletler (BM)’de 1962’de millileştirme hakkını da kapsayan ‘Doğal kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirgesi’⁷ ve 1974’de de ‘Yeni Ekonomik Düzen’in Kuruluşu’⁸ kararlarının kabul edilmelerine öncülük etti. Küreselci tarafın bu dönemdeki bir başka sonuca ulaşamayan girişimi ise ev sahibi devletlerin ayrımcı davranış yasağı, millileştirmelerde uluslararası ölçütlere göre uygun ve etkin tazminat ödenmesi gibi uluslararası yatırım kuralları kurma amacıyla hazırlanan ‘Sınır aşırı Kuruluşlara Davranış Kuralları’ taslağı üzerinde yürütülen müzakereler oldu (Weiss, 1989:87-88; Theodore & Moran, 2009:92-93)⁹. Daha sonra, OECD tarafından ‘dünya çapında yatırımlar için elverişli, özgür bir iklime katkı sağlamak ve uluslararası yatırımlara güçlü bir koruma sağlamak’ amacıyla hazırlanan yeni bir taslak olan ‘Çok taraflı Yatırım Anlaşması’ üzerine müzakereler 1995 – 1998 arasında sürdü ve yine sonuca ulaşmadan sona erdi¹⁰.

2.2. İkili ve Bölgesel Yatırım Sözleşmelerinin Etkisi

Bir uluslararası yatırım sözleşmesi için tüm bu girişimler büyük ölçüde yabancı yatırımlar ve varlıkların korunmasında uygulanacak kurallar ve düzenlemeler üzerine henüz bir uluslararası oydaşım sağlanamamış olması ve gelişmekte olan ülkelerin bu korumaların sermaye ihraç eden gelişmiş ülkeler lehine işleyeceğinden çekinmeleri nedeniyle sonuca ulaşamamıştır. Devletlerin kendi doğal kaynakları üzerindeki egemenlik haklarını ve bağımsız ulusal ekonomik politikalar yürütmeye özgürlüklerini kaybedecekleri hakkında geniş şüpheleri küresel çapta kapsamlı kural ve düzenlemelerin yürürlüğe sokulmasını engellemiştir. Çok taraflı yatırım anlaşmalarının başarısızlığa uğraması bölgesel, sektörel ve ikili yatırım sözleşmeleri (İYS)’ni ön plana çıkarmıştır. ABD, Kanada ve Meksika arasındaki dış ticaretin ve yatırımların önündeki engelleri kaldırmayı amaçlayan Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), ABD ve Orta Amerika ülkeleri arasında yapılmış Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (CAFTA), Rus ve Orta Avrupa enerji sektörünün Batı Avrupa ve dünya pazarı ile bütünleşmesini ve işbirliğini güçlendirmeyi amaçlayan Enerji Şartı Sözleşmesi ve Güney Doğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN) Kapsamlı yatırım Sözleşmesi en önemli bölgesel ve sektörel yatırım sözleşmeleri arasında sayılabilirler. Yukarıda sayılan sözleşmelerin çoğu 1990 sonrası yapılmıştır. Öte yandan, İYS’ler iki ülke arasında yapılan ve her bir taraf ülkenin

7 Un Res. GA 1803(XVII), 14 Aralık 1962 Erişim Tarihi: 12.03.2018, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf> Bildirgenin 4. maddesine göre ise kamu yararı, güvenlik ve ulusal çıkarlar gözetilerek millileştirme hakkı tanınmıştır ancak devletin yürürlükteki yasalarına ve uluslararası hukuka uygun bir tazminatın ödenmesi öngörülmektedir.

8 UN Res. A/RES/S-6/3201, 1 Mayıs 1974 Erişim Tarihi: 12.03.2018, <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>

9 Taslak metin için bkz. Erişim Tarihi: 25.06.2018, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891>

10 Metin için bkz. OECD, *Multilateral Agreement on Investment: Documents Relating to the 1995-1998 Negotiations*, 1998. Erişim Tarihi: 25.10.2017, <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

diğerinin yurttaşı yatırımcılara ve yatırımlarına kendi yetki alanı içerisinde uygulayacağı kuralları belirlemeye yönelik anlaşmalar olup ve özellikle gelişmiş ülkeler ve yatırım çekmek isteyen ülkeler arasında hızla yaygınlaşmıştır¹¹. İYS'ler başlangıçta bağımsızlıklarını yeni kazanmış Afrika ülkeleri ile gelişmiş ve bu ülkelerde ekonomik faaliyetlerini sürdürmek isteyen eski sömürgeci Avrupa devletleri arasında imzalanırken 1990 sonrası her bir grubun içerisindeki ülkelerin kendi aralarında da yaygın bir şekilde yapılmaya başlandığı görülmektedir. Sonuçta, İYS'ler farklı ekonomik gelişmişlik düzeyindeki ülkeler arasındaki uluslararası yatırım ilişkilerini yöneten esas araç haline gelmiştir ve bugün yürürlükte olan İYS'lerin sayısı 2600'ü aşmıştır (UNCTAD, 2017b: 3).

İkili, bölgesel ya da sektörel olsun bir uluslararası yatırım sözleşmesi (UYS) bir yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm maddesi içerir. Ayrıca çok sayıda UYS 'şemsiye hüküm' taşımaktadır (OECD, 2006:3). Bu anlamda, UYS'ler, özellikle de İYS'ler gerek kendi içerisinde gerekse de kaldıraç görevi yaparak şartlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkları sözleşme kapsamına alan şemsiye hükümler ile yatırımcı-devlet arası uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası hakemliği başat konuma yükseltmiştir (Zenginkuzucu, 2013:174-77). 31 Temmuz 2017 itibari ile 1987 – 2017 arası bilinen yatırımcı-devlet uyuşmazlık şikâyetlerinin sayısı 817'ye yükselirken bu şikâyetlerin yaklaşık %61'i ICSID Hakemlik Mahkemesine götürülmüş, %31'i ise UNCITRAL hakemlik süreçleri çerçevesinde *ad hoc* uluslararası hakemlik mahkemelerine sunulan şikâyetler olmuştur. 2017'deki uluslararası yatırımcı - devlet uyuşmazlıklarının yaklaşık %80'inde şikâyet konusu yatırım hukuku ihlalinin dayandığı aracın İYS'ler olduğu görülmüştür (UNCTAD, 2017a:2-3). Benzer şekilde, ICSID Hakemlik Mahkemesine götürülmüş uyuşmazlıkların %61'inde tarafların rıza kaynağı İYS'ler, %14'ünde diğer UYS'ler olmuşken yalnızca %25'inde taraflar arasındaki bir imtiyaz sözleşmesi ya da ev sahibi ülkenin iç hukuku uyuşmazlığın ICSID önüne getirilmesinde rıza kaynağı olmuştur (ICSID, 2018: 10). Öte yandan, 1987 – 2017 arası dönemde dünyadaki doğrudan dış yatırım (DDY) akışı 55.847'den 1.746.423 milyon ABD Dolarına (31 katından fazla) ve DDY stoku 986.629'den 26.728.256 milyon ABD Dolarına (25 katından fazla) yükselmiştir¹². Buradan da görüldüğü gibi uluslararası yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında İYS'lerin ve ICSID'in tuttuğu önemli yer göz ardı edilemez. Uluslararası yatırımcı-devlet uyuşmazlıkları hakkındaki uygulama ve DDY verileri Aron Broches ve arkadaşlarının uluslararası yatırım iklimini elverişli uyuşmazlık çözüm araçları sunarak geliştirme yönündeki öngörü ve girişimlerini doğrular niteliktedir. Bu şekilde yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki yatırım uyuşmazlıkları artık hemen hemen tümüyle iç yargı organlarının yetki alanından çıkmış ve İYS'ler ve diğer uluslararası yatırım belgelerine dayandırılarak uluslararası hakemlik mahkemelerinin yetki alanına girmiştir.

11 Türkiye'de yabancı yatırımcılarla yapılan imtiyaz şartlaşmalarını Danıştay denetiminden çıkararak ve uyuşmazlıklarda uluslararası hakemlik yolunu açan 1999 Anayasa değişikliği kanununun genel gerekçesinde şöyle denilmektedir: "ülkemizin, yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren altyapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların hakemlik yoluyla çözümü uluslararası düzeyde yaygınlaşan bir kabul görmektedir... Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir... Özetle, Anayasanın konuya ilişkin hükümlerinin, ülkemizin ihtiyacı olan yatırım ve hizmetlerde uygulanacak evrensel ilke ve uygulamalara paralel bir biçimde değiştirilmesi zorunlu hale gelmiştir." 4446 sayılı Anayasa Değişiklik Kanunu, Kabul Tarihi: 13 Ağustos 1999, RG 14 Ağustos 1999, sayı: 23786.

12 UNCTADStat Erişim Tarihi: 15.10.2017, <http://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=96740>

Bu süreçte ulusal yargı organlarının rolü hakemlik kararlarının uygulanabilirliği açısından kararların tanınması ve tenfizi açısından sınırlanmış gözükmektedir.

3. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarında Hakemlik Süreçleri

Yatırımcı – devlet arası uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında hakemliğin tercih edilmesi ve özellikle sermaye ihracatçısı ülkeler tarafından desteklenmesinin en önde gelen nedeni olarak birey olsun şirket olsun bir yatırımcının yabancı bir devletle girmiş olduğu iş ilişkisinde yabancı devletin yerel hukukuna ve yargısına tabi olmayı arzulamaması gelmektedir. Bunun yanı sıra YDUÇ süreçlerinde hakemliğin tercih edilmesinde bir diğer neden ise uluslararası hakemlik mahkemelerinde görev alan hakemlerin konularında uzman kişiler arasından seçilebilmesidir. Ayrıca hakemlerin seçimi ve süreçler açısından hakemliğin ulusal yargı kurumlarına oranla daha esnek bir yapıya olanak vermesi de bir diğer tercih nedeni olmuştur (Zenginkuzucu, 2012:185; 2017b:17). Öte yandan, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde hakemlik yolunun tüm bu avantajlarına karşın uygulamada hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uygulanan hukuk, hakem kararlarının arasında göze çarpan çelişkiler ve hakem kararlarının düzeltilememesi ve uyumlu bir içtihat oluşturmaması, dolayısıyla öngörülemez olması bakımlarından endişe ve tereddüt yaratmıştır (UNCTAD, 2015:128).

3.1. Hakemlik Mahkemesinin Kuruluşu ve Hakemlerin Tarafsızlığı

Hakemlik özel bir uyuşmazlık çözüm sürecidir. Hakemlik ‘ taraflar arasında doğmuş veya ileride doğması muhtemel olan belirli hukuki uyuşmazlıkların, devlet yargısı dışında, taraflarca seçilen ve hakem denilen tarafsız, özel şahıslar tarafından nihai olarak karara bağlanması’ olarak tanımlanabilir (Şanlı, 1986:17). Bu anlamda hakemlik bir uyuşmazlık üzerinde tarafların belirledikleri üçüncü şahıs ya da şahısların karar vermesine dayanmaktadır. Hakemlerin niteliği ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı sürecin sağlıklı yürütmesi ve meşruluğu açısından önemlidir. Birçok süreç hakemlerin seçim yöntemini belirleme hakkını taraflara bırakmaktadır. Buna göre taraflar ICSID ya da UNCITRAL hakemlik kuralları gibi seçtikleri bir süreç çerçevesinde uyuşmazlıkların dinlenmesi, incelenmesi, değerlendirilmesi ve sonuçlandırılması için görev yapacak hakem sayısını ve seçim yöntemini öncelikle kendileri belirlerler. Eğer taraflar kendileri bir yöntem belirlememişlerse süreç kendisi bir seçim yöntemi öngörmektedir (ICSID Sözl. madde 37-38, UNCITRAL HK madde 8-10). *Ad hoc* hakemlik mahkemeleri genelde tek hakemden ya da tek sayıda bir hakem heyetinden oluşur. Tek hakem taraflarca ortak belirlenir ya da belirlenmezse bir atama makamı tarafından seçilir. Çok sayıda hakem atanacaksa taraflar hakem eşit sayıda hakem atarlar ve heyetin başkanı olacak son üye ise taraflarca ortak şekilde, heyet tarafından ya da atama makamı tarafından görevlendirilir. Hakemlerin niteliği ve yetkinliği konusunda süreç kuralları bazı güvenceler sağlamaktadırlar. Örneğin ICSID Sözl. Tarafların atadıkları hakemlerin ‘yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler’ olması gerektiğini öngörmektedir (madde 40). Ayrıca hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı özel bir süreç olan hakemliğin meşruluğunu sağlayacak en önemli unsurlardandır. Tüm süreçler hakemlerin tarafsız ve bağımsız davranmaları için düzenleme yapmış ve göreve başlamadan önce de hakemlerin bir tarafsızlık ve bağımsızlık beyanı vermelerini öngörmüşlerdir (UNCITRAL HK madde 11, ICSID HK 4). Özellikle taraflar ile iş ilişkisi ya da çıkar çatışması olan kişilerin hakem heyetlerinde olması istenilmeyen bir durumdur ve bu durumun ya atanan hakem

tarafından bildirilmesi ya da diğer tarafça hakemin reddedilmesi beklenmektedir. ICSID hem atamalarda taraflara yardımcı olmak hem de kurum tarafından atanacak hakemlerin seçimi için bir hakemler paneli oluşturmaktadır (madde 3, 12-16). Ancak tarafların seçimlerini bu panel içerisinde yapma zorunlulukları yoktur (madde 40). Hakemlerden birinin yozlaşması hem ICSID Sözl. (madde 52/1-c) bozma nedeni olarak görülmüş hem de hemen hemen tüm ulusal hukuklar tarafından iptal nedeni olarak sayılmıştır. Bu açıdan bakınca, hakem heyetlerinde tarafların kendilerinin atadıkları hakemlerin sürecin sağlığı ve meşruluğu açısından tehdit olarak görülmüş ve eleştiri unsuru olmuştur (AIV, 2015:29-30).

3.2. Uygulanan Hukuk

Hakemlik kurumunun en önemli özelliklerinden biri tarafların hakemlik mahkemesinin uyuşmazlık hakkında karar verirken usule, sözleşmeye ya da esasa uygulayacağı hukuku seçebilmeleridir. Yazarlara göre irade serbestisi ve sözleşme serbestisi çerçevesinde uygulanan hukuku seçme yetkisi taraflara uluslararası belgeler ve gelenekler tarafından verilmektedir (Nygh, 1999:15-27; Şanlı, 1986:17). Bu çerçevede, tüm diğer başlıca yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm usulleri gibi ICSID Sözl. de tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmeleri hakkını tanımaktadır¹³. Bir uluslararası yatırım uyuşmazlığına uygulanacak hukuk genelde bir imtiyaz sözleşmesinde ya da ilgili UYS'de belirlenir. Bu bağlamda, sözleşmeler ve şartlaşmalar çoğunlukla ev sahibi ülkenin iç hukukuna¹⁴, yatırım sözleşmesinin kendisine¹⁵, uluslararası hukuk ve ilkelerine¹⁶ ya da bir karma kurallar bütününe¹⁷ atıf yapmaktadırlar. Bazı UYS'ler ise uygulanacak hukuk seçimi hükmü taşımazlar ve kararı taraflara bırakırlar¹⁸. Taraflar arasında uygulanacak hukuk hakkında bir anlaşma olmaması durumunda hakemlik mahkemesi iç hukuk kuralları ve uluslararası hukuktan hangisini duruma uygun görüyorsa onu uygulamalıdır.

Öte yandan, ICSID Hakemlik Mahkemesi, Belçikalı yatırımcı Antoine Goetz ve Burundi hükümeti arasındaki uyuşmazlıkta uluslararası hukuka iç hukukun üzerinde yer veren bir değerlendirme yapmıştı. Belçika/Lüksemburg – Burundi İYS (1989)'si 8/5. maddesinde bir yatırım uyuşmazlığının esasına uygulanacak hukuk için ev sahibi ülkenin iç hukuku, İYS hükümleri, taraflar arasında anlaşılan şartlar ve koşullar ve sonuncu olarak uluslararası hukukun genel kural ve ilkeleri şeklinde bir sıralama yapmıştı. ICSID Hakemlik Mahkemesi şöyle bir karar aldı; 'Belçika-Burundi yatırım sözleşmesinin ilgili maddesinde ilk sırada sayılması nedeniyle Mahkeme şüphesiz ki Burundi iç hukukunu uygulayacaktır.

13 ICSID Sözl. madde 42/1, UNCITRAL Hakemlik Kuralları madde 35/1 .Dünya Fikri Haklar Örgütü WIPO Hakemlik Kuralları madde 52/a

14 Romanya – Sri Lanka İYS (1981) madde 10.

15 Ermenistan – Hindistan İYS (2006) madde 9/c-3(iii); 'Hakemlik kararı işbu sözleşme hükümlerine göre alınacaktır ve uyuşmazlığın tarafları üzerinde bağlayıcı olacaktır.'

16 Arjantin – Hırvatistan İYS (1994) madde 9/4; 'Hakemlik mahkemesi uluslararası hukuk ilkelerine uygun karar verir'. Çek Cumhuriyeti – Kuveyt İYS (1997) madde 10/5; 'Bu karar uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarına uygun şekilde alınacaktır ve her iki Sözleşmeciler Devlet için nihai ve bağlayıcı olacaktır.'

17 Belçika/Lüksemburg-Kıbrıs İYS (1991) madde 10.5 .

18 Avusturya-Kuveyt İYS (1996) madde 9/7, Avusturya-Birleşik Arap Emirlikleri İYS (2001) madde 10/7; Belçika/Lüksemburg-Kuveyt İYS (2000) madde 9/7; Hollanda-Zimbabve İYS (1996) madde 9/2; İsviçre-Kuveyt İYS (1998) madde 10/7, Türkiye – Yemen BIT (2010), Türkiye – Birleşik Arap Emirlikleri İYS (2005), Çin - Yeni Zelanda İYS (1988), Çin – Ermenistan İYS (1995).

Uluslararası hukuka gelince, uygulanması iki nedenden dolayı gereklidir. Her şeyden önce, çünkü Burundi yasaları uluslararası hukuk ile bütünleşik gözükmetedir... daha sonra, çünkü Burundi Cumhuriyeti yatırımları koruma sözleşmesinde iradesiyle kabullendiği uluslararası sorumluluklar ile bağlıdır¹⁹. Amco Asia Corp. ile Endonezya hükümeti arasındaki davada ise *ad hoc* komite uluslararası hukukun üstünlüğünü ve iç hukuk üzerinde ‘düzeltici etkisini’ ICSID Sözl. 42/1. maddesinin ikinci fıkrasının ‘ICSID Mahkemesini uluslararası hukuku yalnızca uygulanan iç hukuku *lacunae* doldurmak ve uygulanan iç hukukun ihtilafı olduğu durumlarda uluslararası hukuk kurallarının üstünlüğünü sağlamak için kullanmaya yetkilendirmektedir’ şeklinde savunmuştur²⁰. *CPSE v. Costa Rica* davasında, ICSID hakemlik mahkemesi Costa Rica yasa ve kurallarını genel anlamda uluslararası kamu hukukunun kabul edilmiş ilkeleri ile uyumlu buldu ve sonrasında ‘bu iki hukuk arasında bir uyumsuzluk olmuş olması durumunda uluslararası kamu hukuku kuralları yürürlükte olmalıdır’²¹ diye devam ederek uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında uluslararası hukukun kural ve ilkelerinin iç hukuklara üstünlüğünün ve düzeltici etkisinin altını çizmiştir. Bu kararlar uluslararası yatırım hukuku açısından yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası hakemlik mahkemelerinde giderek önemli ölçüde uluslararası genel ölçütlere uygun şekilde değerlendirilme yolunda olduğunu göstermektedir. Ancak bu eğilim her *ad hoc* hakemlik mahkemesinin kendi anlayış ve değerlendirmesine bağlıdır. Hakemlik mahkemeleri önceki hakemlik kararlarından faydalanabilirler ancak onlarla bağlı değildirler. Öte yandan, Bayındır – Pakistan davasında mahkemenin belirttiği gibi; “*Mahkeme önceki kararlarla bağlı olmadığını kabul etmektedir ancak tabii ki ilgili kararları dikkatle değerlendirecektir*”²². Ancak bu durum bir zorunluluk olmamakla birlikte bir içtihat birliği de oluşturma işlevi göremez. Uluslararası hukukun ve uygulamaların iç hukuk üzerindeki düzeltici etkisinin ise hakemlik kararlarına girmesine karşın henüz bir uluslararası gelenek oluşturduğunu ve uluslararası hukukun bir parçası haline geldiğini söylemek doğru olmayacaktır. Bunun için çok daha fazla ve tek tip uygulama ya da çok taraflı bir sözleşme gerekecektir ki bu ikincisinin daha önce denenip henüz başarılmadığı görülmüştür.

3.3. Hakemlik Kararlarının Nihailiği

Hakemlik kararları nihai ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır. Hakemlik kararının nihai ve bağlayıcı niteliği tarafların ‘rıza’larına dayanmaktadır. Rıza tarafların ‘sözleşme serbesti’leri kapsamında uyuşmazlıklarını hakeme götürmeleri iradelerini ifade eder ve hakemlerin yetkisinin sınırlarını belirler. Bu bakımdan, rıza bir yandan hakemlik mahkemesinin konu bakımından (*rationae materiae*) yargı yetkisini belirlerken öte yandan da hakemlik mahkemesi kararının taraflar üzerinde bağlayıcılığının temelini oluşturur (Zenginkuzucu, 2017b:9). Bu nedenledir ki hakemlik kararları rıza vermemiş üçüncü bir taraf üzerinde bağlayıcılık kazanmaz

19 *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi* (ICSID Case No. ARB/95/3), ICSID Review – FILJ, 15, 2000, Award embodying the parties’ settlement agreement of 10 February 1999, par 98.

20 *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, *ad hoc* committee decision of May 16, 1986, 1 ICSID Rep. (1993) 509, 515. Ayrıca bkz. *Kloeckner Industrie-Anlagen GmbH v. United Republic of Cameroon*, *ad hoc* committee decision of May 3, 1985, 2 ICSID Rep. (1994) 95, 122; *Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia*, award of May 31, 1990, 1 ICSID Rep. (1993) 569, 580; *Liberian Eastern Timber Corp. v. Republic of Liberia*, award of Mar. 31, 1986, 2 ICSID Rep. (1994) 343, 358-59.

21 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), ICSID Review – FILJ, 15, 2000, Award of 17 February 2000; and Rectification of Award of 8 June 2000, par 64.

22 *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction of November 2005, par. 76.

ve hüküm ifade edemez. Rıza taraflar arasındaki bir şartlaşmaya önceden konulmuş bir madde (hakemlik hükmü) ya da uyuşmazlıklarını hakemliğe götürme yolunda ayrı bir anlaşma (hakemlik anlaşması) şeklinde olabileceği gibi uyuşmazlık sonrasında tarafların aralarında anlaşmaları ile de vücuda gelebilir. ICSID Sözl.'ne göre taraflar önceden bir 'hakemlik anlaşması' ya da 'hakemlik hükmü' ile ya da uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra mektup, faks ya da diğer şekillerde yapılan bir yazışma ile de rızalarını sunabilirler ve uyuşmazlık hakkında Merkez'in yetkisini tanıyabilirler. Henüz bir davada kullanılmamış olsa da e-posta yoluyla da verilen rızaların geçerli olacağı öngörülebilir (Zenginkuzucu, 2017b:105-6). 1958 New York Sözleşmesi²³ çerçevesinde rıza 'yazılı' olmalıdır ve 'yazılı anlaşma' hakemliğe elverişli konudaki bir hukuksal uyuşmazlığın hakemlik yoluyla çözümüne ilişkin taraflar arasında imzalanmış yazılı bir şartlaşma içerisinde bulunan bir hüküm ya da bir şartlaşma olsun olmasın taraflar arasında ayrı olarak değişik tokuş edilmiş bir mektup ya da telgraf anlamına gelmektedir. Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu 7 Temmuz 2006 tarihli 30. Oturumunda gerek uygulamadaki farklılıkları gidermek gerekse de teknolojik gelişmeleri takip edebilmek ve uygulamaya geçirebilmek amacıyla bu maddede sayılan yolların kesin ve tüketici bir liste olmadığı şeklinde yorumlanması üzerine bir öneri kabul etti²⁴. Bu şekilde, ilgili sözleşmeciler devlet hukuk sistemlerinde ya da uluslararası düzenlemelerde kabul edilen diğer yolların kullanılması durumunda da 'yazılı anlaşma'nın geçerli sayılması öngörülmüş olundu. Bu anlamda, özellikle elektronik yollarla yapılan yazışmalar, hatta anlaşmanın tabi olduğu hukuk izin veriyorsa sözlü anlaşmalar geçerli sayılabilmektedir (Zenginkuzucu, 2017b:25). Öte yandan rıza bir devletlerarası ikili, bölgesel ya da sektörel yatırım ya da ticaret anlaşmasına veya bu anlaşmalarda yer alan 'şemsiye hükümler'e de dayandırılabilir (Zenginkuzucu, 2013:22). Tarafların rızalarının geçerliliği konusunda yargı yetkisi hakemlik mahkemesinin kendisindedir.

Bu bakımdan, hakemlik kararlarının bağlayıcılığı tarafların uyuşmazlıklarının hakemlik mahkemesinde sonuçlandırılması üzerine göstermiş oldukları rıza ve anlaşmaya dayanmaktadır. Taraflar ya anlaşmalarında hakemlik kararının bağlayıcı olacağını belirtirler ya da atıf yaptıkları hakemlik süreçlerinde hakemlik kararının bağlayıcı niteliği ve bağlayıcılık kazanma süreci belirtilmiştir²⁵. Hakemlik kararlarının bağlayıcı –ve *temyiz edilemez*- olması aslında uyuşmazlıklarının bir yerel hukuk mahkemesi yerine hakemlik mahkemesinde görülmesini istemiş olan tarafların iradelerinin hayata geçmesi için zorunlu bir koşul olarak da ortaya çıkmaktadır. Aksi halde, böyle bir nihai ve bağlayıcı olma özelliği olmaksızın hakemlik süreçleri tamamen boş bir hale gelirdi ve kararı beğenmeyen taraf davayı mahkemelere taşıma yoluna gidebilirdi ki bu ihtimal hakemliğin tüm etkinliğini ortadan kaldırırdı ve işlevsiz hale getirirdi. 1958 New York Sözl.'ne göre de taraf devletler, hakemlik kararının alındığı yerin kurallarına uygun şekilde kararları bağlayıcı kabul etmek ve uygulamak zorunluluğundadırlar (madde III). 2007 Tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)²⁶ 60. madde ise yabancı hakemlik mahkemesi kararının tanınması için

23 1958 New York Yabancı Hakemlik Kararlarının Tanınması ve Uygulanmasına İlişkin Sözleşme, 10 Haziran 1958. RG 25.09.1991, sayı: 21022. Sözleşmeye bugün 147 devlet taraftır.

24 Recommendation regarding the interpretation of article II (2) and article VII (1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

25 ICSID Sözl. madde 53/1, UNCITRAL Hakemlik Kuralları (2010) madde 34/2, MTÖ Hakemlik Kuralları (2017) madde 35/6, WIPO Hakemlik Kuralları (2014) madde 66/b.

26 RG 12.12.2007, sayı: 26728 Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

kararın bağlayıcılık kazanmış olmasını yeterli koşul olarak kabul ederken 2001 Tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)²⁷ da tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği ya da, hakemlik kararından itibaren otuz gün içerisinde iptal davası açılmaması ya da açılan iptal davasının reddedilmesi halinde asliye hukuk mahkemesinin isteyen tarafa hakemlik kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi vereceğini hükmediyor (madde 15, son paragraf). Öte yandan, taraflar uyuşmazlıklarını hakemliğe sunmak üzere anlaşırken hakemlik kararının nihai ve bağlayıcı olmayacağı konusunda anlaşabilirler. Aksi halde, uyuşmazlığın görüleceği süreç kuralları çerçevesinde karar nihai olacaktır. Herhangi bir süreç Seçilmemiş olması halinde ise aksi anlaşma olmadıkça MTK çerçevesinde hakemlik kararı yukarıda bahsedilen şekilde nihai ve uygulanabilir olmaktadır. 1958 New York Sözl. göre bir hakemlik kararının tanınması ve tenfizi için ilgili tarafın (i) hakem kararının aslı yahut aslına uygunluğu tasdik edilmiş bir sureti, (ii) kararın dayandığı tahkim anlaşmasının aslı veya tasdik edilmiş sureti ile (iii) hakem kararı veya onun dayandığı tahkim anlaşması tenfizi istenen mahkemenin resmi dilinde yazılmamışsa tercümesini yetkili yargı organı veya makama²⁸ sunması yeterlidir (madde IV)²⁹. Hakemlik kararlarına karşı taraflar yalnızca usul açısından sakatlıklar nedeniyle iptal davası açılabilir³⁰. Öte yandan, tanıma ve tenfiz başvurusunda bulunulan yargı organı res’en hakemlik kararının konusu uyuşmazlığın kendi hukukuna göre hakemliğe elverişliliği ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığını inceler³¹. Her ne kadar yetkili yargı organı veya makam tanıma ve tenfiz aşamasında ‘kamu düzeni’ bakımından inceleme yaparken kararın esasına girmesi gerekse de bu inceleme oldukça sınırlıdır ve temyiz anlamı gelemmez.

Diğer taraftan, taraflar aralarında anlaşmaları durumunda hakemlik kararının temyize götürülebilmesi için bir süreç tanımlayabilirler. Bunun için taraflar anlaşmalarında –her ne kadar tüm önemli süreçlerde hakem kararı yazılı ve gerekçeli olması bir kuralda da- hakemlik mahkemesinin kararının yazılı ve gerekçeli olması gereğini özellikle güvenceye almaları³², gerekiyorsa temyize götürülebilecek konuları tanımlamaları, temyiz mahkemesinin nasıl kurulacağını –özellikle temyiz hakemlerinin sayısı, seçim yöntemi ve aranan nitelikleri- ve

27 RG 5.7.2001, sayı: 24453.

28 MTK 3. maddesi yetkili mahkeme olarak ‘davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi’ni gösterirken uluslararası hakemlikten ‘kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede’ bulunabileceklerini hükmetmektedir. Yargıtay bir ticaret mahkemesi tarafından verilen tenfiz kararını yetkili mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması gerekçesiyle bozmuştur (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2010/4040, K. 2010/4663, 21 Eylül 2010). Öte yandan, denizcilik ihtisas mahkemesinin verdiği bir iptal kararında uyuşmazlığın niteliği gereği yetkili olan mahkemenin iptal davasını da göreceğine hükmetmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2006/181, K. 2006/3364 30 Mart 2016).

29 MÖHUK 61/1. maddesi de 1958 New York Sözl.’ne koşut biçimdedir.

30 1958 New York Sözl. V/1. maddesine göre hakemlik kararları ancak yönelik olduğu tarafın, kararın tanınacağı ve uygulanacağı yetkili makamlar karşısında aşağıdaki durumlardan birini öne sürmesi ve kanıtlayabilmesi durumunda tanınamaz ve uygulanamaz; a) Kararın alındığı ülke ya da tarafların atıfta bulunduğu hukuk karşısında hakemlik sözleşmesinin geçersiz olması ya da tarafların ehliyetsiz sayılması,

b) Aleyhine karar alınmış tarafın hakem atanması ya da hakemlik süreçleri hakkında uygun şekilde bilgilendirilmemiş olması ve ya kendisini savunma olanağı bulamamış olması, c) Kararın hakemliğe sunulan konunun dışında olması ya da alanını aşması, d) Hakemlik makamının kuruluşu ya da izlenen süreçler tarafların anlaşmasına ve ya hakemliğin görüldüğü ülke yasalarına uygun olmaması, e) Kararın alındığı ülke ya da uygulanan hukuk ülkesinin yetkili makamlarınca kararın askıya alınması, iptal edilmesi ya da bağlayıcılık kazanmaması.

31 1958 New York Sözl. madde V/2, MTK madde 15/A(2).

32 Zaten önemli tüm hakemlik süreçleri hakem kararının yazılı ve gerekçeli olmasını buyurmaktadır; ICSID Sözl. madde 48, UNCITRAL HK madde 34, WIPO HK madde 64.

temyiz yerinin kararlaşrtırmaları, duruşmaların sözlü olup olmayacağı ve özellikle süre sınırlarını ayrıntılı bir biçimde tanımlamaları gerekecektir ve hakem kararının temyiz süreci sonunda kesinlik kazanacağını anlaşmalarında özellikle belirtilmesi gerekecektir³³. Ancak taraflar uyuşmazlıklarını ICSID Sözl. çerçevesinde kurulan bir hakemlik mahkemesine sunmuşlarsa bu Sözleşme'nin getirdiği süreç kurallarına da uyumlu olmak durumundadırlar.

3.4. Hakemlik Kararlarında Çelişkiler

Yukarıda da belirtildiği gibi benzer yatırım uyuşmazlığı konularında farklı *ad hoc* hakemlik mahkemelerinin verdiği çelişkili kararlar ve içtihat birliğinin sağlanamaması 'uluslararası asgari ölçütler'in oluşumu ve egemenliği anlamında giderek üzerine dikkat çekilen bir husus olmuştur. Hakemlik mahkemelerinin vermiş olduğu çelişki kararlara bakıldığında değişik senaryoların söz konusu olduğu görülebilir. Bunlar şöyle sıralanabilir; (i) aynı uyuşmazlıkla ilgili farklı hakemlik mahkemelerinin verdikleri kararlar, (ii) benzer hukuksal konuda farklı uyuşmazlıklar hakkında verilen kararlar, ve son olarak (iii) benzer hukuksal sorun hakkında farklı zamanlarda verilen kararlar (Diel-Gligor, 2017:157). Bu çerçevede bazı çelişkili kararlara örnek vermek yararlı olacaktır.

Çek Cumhuriyeti'nde faaliyet gösteren bir kitle iletişim ve medya kuruluşu olan Hollanda merkezli CME ve yatırımcısı ABD vatandaşı Ronald S. Lauder Çek Cumhuriyeti'ne karşı millileştirme, adil ve dürüst muamele, tam koruma ve güvenlik ile uluslararası hukukun asgari gereklerine uymama gibi nedenlerle şikâyetçi oldular. 2000 yılında ABD'li yatırımcı Lauder ABD-Çek Cumhuriyeti İYS'si³⁴ çerçevesinde Londra'da *ad hoc* hakemlik mahkemesine başvururken, CME ise Hollanda-Çek Cumhuriyeti İYS'sine³⁵ dayanarak Stockholm'de hakemlik mahkemesine gitti. Her iki dava da UNCITRAL HK (1976) çerçevesinde görüldüler. Davaların birleştirilme isteğini ise Çek Cumhuriyeti kabul etmedi³⁶. Sözü geçen iki İYS de benzer düzenlemeler taşıyor olsalar da (Franck, 2005:1563).

Stockholm'deki hakemlik mahkemesi Çek Cumhuriyeti'ni birçok konuda hatalı bulurken, Londra'daki hakemlik mahkemesi Çek Cumhuriyeti'ni yalnızca yatırımcı Lauder'e karşı ABD-Çek İYS'sine göre ayrımcı muameleden hatalı buldu. Ayrıca, Stockholm hakem heyeti Londra'daki hakemlik kararının kendilerini bağlamadığı ve etkilemeyeceğini, bu bağlamda *res juridicata* ilkesinin de uygulanamayacağını belirtmişlerdir³⁷.

Kısa bir süre aralıkla benzer iki davaya bakan ICSID hakemlik mahkemelerinin İYS'lerdeki şemsiye hükümler hakkındaki kararları da bu çelişkilere bir örnektir. *SGS – Pakistan* davasında, bir İsviçre firması olan SGS ile Pakistan arasında 'nakliye ön kontrolleri'

33 Örneğin ABD merkezli JAMS Vakfının temyiz sürecini içeren hakemlik ve temyiz kuralları için bkz. JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures Erişim Tarihi: 05.02.2018, [https://www.jamsadr.com/rules-comprehensive-arbitration/#Rule 24](https://www.jamsadr.com/rules-comprehensive-arbitration/#Rule%20ve%20JAMS%20Optional%20Arbitration%20Appeal%20Procedure) ve JAMS Optional Arbitration Appeal Procedure. <https://www.jamsadr.com/appeal/>

34 ABD-Çek Cumhuriyeti İkili Yatırım Sözleşmesi (1992) Erişim Tarihi: 17.03.2018, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/994>

35 Hollanda-Çek Cumhuriyeti İkili Yatırım Sözleşmesi (1992) Erişim Tarihi: 17.03.2018, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>

36 CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Proceedings Final Award issued in Stockholm (14.03.2003), par. 40-41, 412.

37 A.y., par. 437.

ile ilgili bir şartlaşma vardır ancak bu şartlaşmada hakemlik hükmü yoktur. Pakistan hükümeti bu şartlaşmayı iptal edince, SGS söz konusu şartlaşmadan sonra yapılmış İsviçre – Pakistan İYS'sine dayanarak³⁸, Pakistan'ın İYS'deki tüm yatırım taahhütlerini her İsviçreli yatırımcıya karşı sürekli olarak sağlamaya zorunlu olduğunu iddia etmiş ve uyuşmazlığı Pakistan'ın yatırımların korunması, yerel muamele, adil ve eşit muamele ile millileştirme hakkındaki taahhütlerine aykırı davrandığını gerekçeleriyle ICSID hakemlik mahkemesine taşımıştır. Hakemlik mahkemesi, “*Mahkeme, devletlerin bundan böyle bir İYS'de birbirleriyle anlaşarak yabancı yatırımcılarla devletlerin şartlamalarından kaynaklanan tüm ihlalleri derhal İYS ihlallerine dönüştüremeyeceklerini ya da böyle muamele etmeyeceklerini söylememektedir... Ancak [bu maddede] açık ve inandırıcı şekilde bu anlam çıkmamaktadır*” kararına vardı³⁹. Bu şekilde, SGS – Pakistan davasında hakemlik mahkemesi İYS'deki şemsiye hükmün yabancı yatırımcı – devlet arasındaki şartlaşmadan kaynaklanan ihlallere uygulanamayacağı sonucuna varmış oldu. SGS yukarıdaki karardan kısa bir süre sonra benzer bir şekilde Filipinler hükümeti ile ilgili bir uyuşmazlığı İsviçre–Filipinler İYS'sine dayanarak ICSID hakemlik mahkemesine sundu. SGS, Filipinler'in yerel muamele, eşit ve dürüst muamele ile millileştirme hakkındaki taahhütlerine aykırı davrandığını iddia etmekteydi. Bu kez hakemlik mahkemesi hem İYS'den hem de SGS'nin Filipinler hükümeti ile yaptığı şartlaşmadan kaynaklanan iddialar için yargı yetkisi olduğuna karar verdi. Hakemlik mahkemesi bu kez şemsiye hükmün taraflar arasındaki yatırımları ilgilendiren “*tüm sorumlulukları*” içeriyor olmasını taraflar arasında herhangi bir şartlaşmadan kaynaklanan tüm sorumlulukları kapsayacak şekilde geniş yorumladı⁴⁰.

Aynı yatırım sözleşmesi hükmünün çeşitli hakemlik mahkemeleri tarafından farklı yorumlanmaları ile ilgili iyi bir örnek NAFTA'nın adil ve dürüst muamele ile ilgili 1105. maddesi⁴¹ ile ilgili *S.D. Myers, Inc. v. Canada, Metalcad Corp. v. Mexica, Pope & Talbot ve Inc. V. Canada* davaları gösterilebilir⁴². Bu davalardan da görünmektedir ki özellikle uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinin uygulanması üzerine bağlayıcı içtihatların olmaması farklı mahkemeler ve hakemlerin çelişen yorumlarına olanak vermektedir ve bu durum ‘uluslararası asgari ölçütler’i yerleştirmek amacındaki yatırımcı ülkelerin arzuları ile uyuşmamaktadır.

4. YDUÇ Süreçlerinde Kararın Yeniden Görülmesi ve Temyiz Tartışmaları

4.1. Hakem Kararının Niteliği ve Yeniden Görülmesi

ICSID hakemlik mahkemesi kararlarını oy çokluğu ile alır (madde 48/1). Mahkeme kararları yazılı şekildedir ve oy kullanan tüm mahkeme üyelerinin imzasını taşır (madde 48/2). Sözleşmeye göre, hakemlik mahkemesinin önüne gelen tüm uyuşmazlık konuları ile ilgili kapsamlı ve gerekçeli karar vermesi öngörülmüştür. Öte yandan, mahkemenin kararının önüne

38 İsviçre-Pakistan İkili Yatırım Anlaşması (1996), Erişim Tarihi: 17.03.2018, <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6204.pdf> İYS'nin 11. maddesi şöyleydi; ‘Taraflar devletler diğer taraf devlet yatırımcılarının yatırımlarına karşı girmiş oldukları taahhütleri tam olarak gözeteceklerini sürekli garanti ederler’.

39 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), ICSID Review – FILJ, 18, 2003, Decision on Objections to Jurisdiction of 6 August 2003, par. 173.

40 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6), ICSID Reports, 8, 2005, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004. par. 115-127.

41 ‘Her Sözleşmeciler Taraf, diğer Sözleşmeciler Taraf yatırımlarına ve yatırımcılarına adil ve dürüst muamele ve tam koruma ve güvenlik dâhil uluslararası hukuka uygun şekilde davranmalıdır.’

42 Ayrıntılı inceleme için bkz. Franck, 2005: 1574-82.

gelen tüm sorunları içerir olması gereği tarafların dava sırasında sundukları her görüş, delil ve iddianın değerlendirilmesi ve karara dâhil edilmesi anlamına gelmez⁴³. İsteyen mahkeme üyeleri, çoğunlukla uyuşsa da uyuşmasa da karara kendi görüşünü veya bir muhalefet şerhi ekleyebilir (madde 48/4, Hakemlik Kuralları 47/3). Karar, davanın kapatılmasının ardından 120 gün içerisinde kaleme alınmalı ve üyelerce imzalanmış olmalıdır. Mahkeme gerekli görürse bu süreyi 60 gün kadar uzatabilir (HK 46). Mahkeme kararı, Genel Sekreterce taraflara gönderilme tarihinde geçerlilik kazanır (madde 49/1, HK 48/1b2). Tarafların rızası olmadıkça karar yayınlanmaz (madde 48/5) ancak yayınlanmayan kararlar için Merkez, mahkemenin uyguladığı hukuk kurallarından alıntılarını yayınlamaktadır (HK 48/4). Ek Araçlar Hakemlik Kuralları da benzer düzenlemeler getirmektedir (Kural 52 ve 53).

UNCITRAL Kurallarına göre ise hakemlik kararları taraflar için nihai ve bağlayıcıdır. Hakemlik kararları gizlidir ve tüm tarafların rızası olmaksızın açıklanamaz. Taraflar gerekçe verilmeyeceği üzerine anlaşmadıkça hakemlik kararları gerekçelidir (madde 33-34). Ancak, taraflar aralarında hakemlik kararının gerekçesiz olması üzerine anlaşırken uygulanacak hukuk ve uygulama yeri hukukunu da göz önünde bulundurmaları gereklidir çünkü hakemlik kararlarının gerekçeli olmasını zorunlu tutan bir ülkede tanıma ve uygulama istemi sırasında yargı makamlarının denetiminde uygunsuzluk tespit edilebilir⁴⁴.

Hakem kararlarının gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi çok kısıtlı nedenlerle öngörülmüştür. Hakem kararının usulüne uygun şekilde imzalanması ve geçerlilik kazanmasının ardından kendilerine tebliği sonrası taraflar ancak kararın bazı bölümlerinin yorumlanması, şekli bazı düzeltmeler veya kararda açık bırakılan hususlar için belirli bir süre içerisinde başvuruda bulunabilirler. Bu süre ICSID Sözl. göre 45 (madde 50-52, HK madde 49-51), UNCITRAL Hakemlik Kurallarına göre 30 gündür (madde 37-39). Bir taraf, diğer tarafa da bildirerek, hakemlik mahkemesinden kararın anlaşılmayan ya da farklı anlamalara yol açabilecek bölümleri hakkında bir yorum yapmasını isteyebilir. Ancak, yorum istemi yeni bir karar alınması ya da kararın değiştirilmesi amacını taşıyamaz. Yorumlama kararın bir parçasını oluşturur. Öte yandan, taraflardan biri karardaki herhangi bir hesaplama, yazım veya basım hatasının düzeltilmesi için de başvuruda bulunabilir ancak bu düzeltim kararın esasına ilişkin olamaz. Hakemlik mahkemesi söz konusu süre içerisinde böyle bir yanlışlığın farkına varıp kendinden de düzeltme yapma yoluna gidebilir⁴⁵.

Yukarıda belirtildiği gibi bir hakemlik mahkemesi gereği önüne gelen tüm sorunlarla ilgili karar vermek durumundadır (ICSID Sözl. madde 48/3, UNCITRAL madde 34/3). Bir taraf hakemlik mahkemesinin kendisine sunulmuş bir konu ya da uyuşmazlık hakkında eksik karar aldığını ya da göz ardı ettiğini düşünüyorsa 'ek karar' başvurusunda bulunabilir. Eğer

43 *SOABI v. Senegal*, Declaration of the President of the Tribunal on the Tribunal's Decision of 1 August 1984 (Attached to the Award).

44 MTK madde 14/2.

45 *Mervin Feldman – Meksika* davasında mahkeme Meksika'yı davacıya tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Davacı, davada uygulanan NAFTA'nın 1135. maddesi gereği tazminatın davacıya değil şirkete (burada CEMSA) ödenmesi gerektiğini yönünde bir "düzeltme" başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme başvuruyu haklı bularak 'kararın 211. Paragrafındaki "davacı" kelimesini "CEMSA" olarak düzeltmiştir', *Marvin v. Mexico*, Decision on the Correction and Interpretation of the Award of 13 June 2003, par. 14.

mahkeme başvurusu haklı bulursa sadece eksik kalan husus hakkında karar verir. Ancak bu istem yeni bir husus için karar verilmesini veya bir kararı değiştirmeyi amaçlayamaz⁴⁶.

Uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarında hakemlik süreçleri içerisinde ICSID Sözl.'nin en önemli farklılıklarından biri öngördüğü “bozma” sürecidir. Sözleşme'nin 52/1. maddesine göre taraflardan biri sayılan nedenlerden birini ya da birden çoğunu öne sürerek hakemlik kararının bozulmasını talep edebilir. Mahkemenin gereği gibi kurulmamış olması, Mahkemenin açıkça yetkisini aşmış olması, temel usul kurallarından ciddi bir sapmanın olması ve kararın dayandığı nedenlerin belirtilmemesi nedenleriyle yapılacak bozma başvurusu hakemlik kararının açıklanmasından itibaren 120 gün içerisinde, bir mahkeme üyesinde yozlaşma nedeniyle yapılacak bozma başvurusunun ise yozlaşmanın ortaya çıkmasından itibaren 120 gün ve her halükârda 3 yıl içerisinde yapılmalıdır (madde 52/2, HK 50/3b). Bir bozma talebi ilk hakemlik mahkemesi tarafından değil İdari Konsey Başkanı'nın ICSID hakemler paneli içerisinde atayacağı 3 kişilik bir *ad hoc* komite tarafından görüşülür ve karara bağlanır. *Ad hoc* komite üyelerinin ilk mahkemede yer almamış ve tarafların uyrukluğunu taşıyor olması gerekmektedir (madde 51/4, HK 54). Bozma talebi görülürken *ad hoc* komite kararın uygulanmasını askıya alabilir⁴⁷ ya da bir taraftan teminat talep edebilir⁴⁸. Ancak ICSID Sözl.'sinde öngörülen bozma süreci ‘temyiz’den farklı bir süreçtir. Sözleşme'nin hazırlayıcıları da böyle bir temyiz mekanizması kurmayı amaçlamamışlardır. Bozma sadece karar sürecinin meşruluğu ile ilgilendir ve kararın doğruluğuna bakmaz. Temyiz süreci ise kararın hem meşruluğuyla hem de doğruluğu ile ilgilendir. Temyiz bir kararın başka bir kararla değiştirilmesi ile de sonuçlanabilir. Bozma ise yerine bir yenisi koymaksızın bir kararı tamamen ya da kısmen ortadan kaldırmak ile yetinir. MINE – Gine davasında bozma talebini görüşen *ad hoc* komite “Sözleşme'nin 52/1. maddesi bozmanın sınırlı bir çözüm olduğunu açıkça gösterir. 53. madde delillerin yeniden görüşülmesinin dışlandığını teyit eder. Bozma, yanlış kararlara karşı bir çözüm değildir. 52. maddeye göre *ad hoc* komite de delillere dayanarak kararı tersine çeviremez” tespitini yapmıştır⁴⁹. CDC – Seychelles kararının bozma talebini görüşen *ad hoc* komitenin de belirttiği gibi Sözleşme'yi hazırlayanlar hakemlik mahkemesinin kararlarının nihailiğini ve kesinliğini öngörmüşlerdi⁵⁰. Bu anlayışa koşut olarak bozma mekanizması yanlış kararlara karşı değil hakemlik sürecinin temel dürüstlüğüne tehdit edecek hatalara karşı

46 Bir ICSID hakemlik kararında, davacı kararın ardından “ek karar” başvurusunda bulundu. Mahkeme başvurusu, önüne gelmiş ve göz ardı edilmiş bir sorun ile ilgili olmadığı ancak davacıların kendilerinin yazılı ve sözlü beyanlarında sunmamış oldukları hususlarla ilgili olduğu gerekçesiyle reddetti; *Genin v. Estonia*, ICSID Review – FILJ, 17, 2002, Decision on Claimants' Request for Supplementary Decisions and Rectification of the Award of 4 April 2002, par. 10. Ayrıca; *AMCO v. Indonesia*, Award of 5 June 1990 and Decision on Supplemental Decisions and Rectification of 17 October 1990; *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), ILM, 44, 2005, Decision on Respondent's Request for a Supplementary Decision of 13 September 2004.

47 *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/99/7), ICSID Review – FILJ, 20, 2005, Decision on the Stay of Enforcement of the Award of 30 November 2004., par. 23 - 44.

48 *AMCO v. Indonesia*, Annulment, par. 8 ; Decision of 17 December 1992 on the Application by Indonesia and AMCO respectively for Annulment and Partial Annulment of the Arbitral Award of 5 June 1990 and the Application by Indonesia for Annulment of the Supplemental Award of 17 October 1990, ICSID Reports, 9, 2006, par. 3.03, 3.07.

49 *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/84/4), ICSID Review – FILJ, 5, 1990, *ad hoc* Committee Decision of 22 December 1989, par. 4.04.

50 *CDC Group plc v. Republic of Seychelles* (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision of the *ad hoc* Committee on Annulment of 29 June 2005.

bir koruma sürecidir. Vivendi – Arjantin davasında komite “*bir ad hoc komitenin, bir hata bulunduğu durumda dahi, bir kararı bozmada ancak belli bir ölçüde takdir yetkisinin olduğu görülmektedir*” açıklamasını getirmişti⁵¹. Bu çerçevede, ICSID Sözl.’nin kurduğu bozma süreci, New York Sözl. V/1. maddesi çerçevesinde öngörülen incelemeleri⁵² kendi bünyesinde yapmayı ve ulusal mahkemelerin doğrudan hakemlik kararını tenfiz edebilmesini amaçlamıştır (Ragoo, 2016: 162). Bu yaklaşımla Sözleşme tenfiz ve uygulama ülkesinin hakemlik kararını yalnızca New York Sözl.’nin V/2. maddesinde öngördüğü ‘kamu düzeni’ ve ‘hakemliğe elverişlilik’ bakımlarından gözden geçirmesine açık bırakmaktadır (ICSID, 2009a: 63).

4.2. Yatırım Uyuşmazlıklarında Temyiz Tartışmaları

ICSID Sözl. hazırlık aşamasında bir temyiz süreci veya uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuktan ciddi sapmanın bir bozma nedeni sayılması ya da Uluslararası Adalet Divanı’nın bir temyiz makamı olarak öngörülmesi gündeme gelmişse de (ICSID, 2009a:41-42, 55-57, 69-70) Sözleşme çerçevesinde ya da karar sonrasında ulusal ya da uluslararası bir organ önünde temyiz süreci öngörülmemiştir (ICSID, 2009a: 72; ICSID, 2009b:15). Sözleşmenin 54. maddesine göre: ‘Karar tarafları bağlayıcı olacak, daha üst bir makama götürülmeyecek veya bu Sözleşmede öngörülenler dışında bir çözüme konu olmayacaktır’.

Öte yandan, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının hakemlik yoluyla çözümünde bir temyiz sürecinin gerekli ve faydalı olacağı yönündeki görüşler varlığını sürdürdüler. Uluslararası hakemliğin tarafsız, depolitize ve hukuka dayanması gerektiği kimse tarafından inkâr edilemez ve reddedilemez bir gerek olduğu konusunda şüphesiz tüm yazarlar hemfikirdir. Buna koşut olarak, bir temyiz mahkemesinin işlevsel olacağı ve süreçlerin şeffaflığını, güvenilirliğini ve istikrarını pekiştireceği görüşü kendini gösterdi (Kryvoi, 2010:86-87; Kaufmann-Kohler, 2005).

ICSID eski Genel Sekreterlerinde Antonia R. Parra yönetiminde bir çalışma grubu Merkez’in yapısı ve kuralları hakkında bir takım değişiklik önerileri hazırlamıştır. Bu değişiklik önerilerinin en çarpıcısı “Temyiz Kuralları” hazırlamak ve 15 kişiden oluşan bir karar organı kurmak üzerinedir. Ayrıca, Sözleşme’nin 52. maddesinde sayılan koşullar dışında ‘açık hukuksal hata’nın da temyiz nedeni sayılması önerilmiştir. (Parra, 2007:65; Legum, 2008:234-240).

NAFTA’nın 1994’de yürürlüğe girmesinden beri ABD’de de YDUÇ sisteminin yeniden biçimlendirilmesi ve geliştirilmesi yönünde çağrılar giderek artmaktadır. ABD’nin 2002 Tarihli Ticaret Belgesi’nde hükümetin YDUÇ için bir temyiz kurumu kuruluşu çalışmaları yürütmesi öngörülmekteydi (AIV, 2015:9). 2012 ABD model İYS⁵³’nin 28. maddesi ileride bir YDUÇ temyiz kurumunun kurulması halinde tarafların hakemlik kararlarının bu usule tabi olup olmayacağını değerlendireceklerini ilan etmektedir.

Daimî bir yatırım uyuşmazlıkları hakemlik mahkemesi ve temyiz kurumu tartışmalarına, amacı ve görevi uluslararası yatırım hukuku ve YDUÇ süreçlerini yaygınlaştırmak, desteklemek

51 Vivendi v. Argentina, ICSID Review – FILJ, 19, 2004, Decision on Annulment of 3 July 2002, par. 63 – 86.

52 Bkz. Yuk.: dn 30.

53 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Erişim Tarihi: 22.02.2018, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

ve güncel gereksinimlere göre yenileştirme çalışmaları yapmak olan BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD) da katıldı. UNCTAD'ın konusu 'Uluslararası Yatırım Yönetiminin Yenilenmesi' olan 2015 Dünya Yatırım Raporu bir temyiz kurumu ve sürekli bir uluslararası yatırım mahkemesi kurulması konularını irdeledi (UNCTAD, 2015:150-52). Bu rapor ICSID çerçevesinde kurulan *ad hoc* komitenin 'açık hukuksal hata' bulsa dahi kararı bozamayabileceği ya da düzeltmeyeceğine dikkat çekip, 'bozma' sürecinden öte ilk derece hakemlik kararlarını esaslanıncı inceleyecek ve düzeltilecek *ad hoc* ya da sürekli bir temyiz kurumu önerirken bu bağlamda gündeme gelecek aşağıdaki gibi birtakım konuların çözülmesi gerektiğinin altını çiziyordu;

- Kurucu anlaşma ikili mi bölgesel mi yoksa çok taraflı mı olacak?
- Temyiz kurumu sürekli mi *ad hoc* mu olacak?
- Temyiz kurumunun üyelerini kim seçecek ve görev süreleri ne kadar olacak?

Bir temyiz mekanizmasının kurulması hakemlik süreçlerine yeni bir aşama katacağından taraflara zaman ve masraf açısından da ek bir külfet doğuracaktır. Rapor bu nedenle zaman çizelgesi belirlenmiş, etkin bir sürecin ortaya konmasına özen gösterilmesi gereğine dikkat çekmektedir.

Öte yandan, rapor çok sayıda *ad hoc* hakemlik mahkemesinden oluşan düzenin yerinin sürekli bir uluslararası yatırım mahkemesi ile ikame edilmesinin YDUÇ'un meşruluğunu güçlendireceğini ve uluslararası yatırım sözleşmelerinin yorumlanmasında tutarlılığı ve öngörülebilirliği artıracakını belirtmektedir. Böyle bir yeni mahkemenin kuruluşu hakemlere yargıçlar gibi görev süresi ve hizmet ayrıcalıkları sağlayacağından bağımsızlık ve tarafsızlıklarını da pekiştireceği düşünülmektedir. Ancak, böyle bir mahkemenin kuruluşunun önemli sayıda ülkenin mahkemeyi kuran sözleşme etrafında uzlaşmalarını gerektirecek olması bu yeniliklerin hayata geçirilmesinin önündeki en önemli kısıtlardandır.

AB ise Lizbon Antlaşması'ndan sonra DDY'yi gündeminin ön sıralarına aldı ve uzun dönemde üye devletlerin üçüncü ülkelerle yapmış oldukları İYS'lerinin AB'nin yatırım sözleşmesi ile ikame edilmesi kararlaştırıldı (AIV, 2015:10). AB'nin İşleyişi Antlaşması'nın⁵⁴ 207. maddesi DDY dâhil tüm ticaret ve yatırım konularının Birliğin dış politikasının ortak ilkeleri ve amaçları çerçevesinde yürütüleceğini öngörmektedir. Avrupa Parlamentosu Dış Politikalar Genel Direktörlüğü (EXPO)'nün, dünyanın en büyük DDY ihracatçısı ve ithalatçısı olarak AB'nin tüm ticaret ve yatırım anlaşmaları için YDUÇ sürecini mükemmelleştirme çalışmalarında odak noktasına şu konuları koyduğunu görüyoruz (AIV, 2015:10-11);

- Çelişkili hakemlik kararlarının engellenmesi,
- YDUÇ sisteminin kötüye kullanımının engellenmesi,
- Şeffaflık,
- Hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığının güçlendirilmesi,
- Birbiriyle çelişen kararların önlenmesi ve YDUÇ'a güvenin artırılması.

54 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, 13 Aralık 2007 Erişim Tarihi: 22.02.2018, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

Bu amaçla Avrupa Komisyonu yeni bir Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi projesi ortaya koydu. Bu projeye göre Çok taraflı Yatırım Mahkemesi'nin çerçevesi şöyle ortaya konuldu (Lévésque, 2016);

- Bir ilk derece mahkemesi,
- Bir temyiz mahkemesi,
- Mahkemelerin belli bir süre için seçilen, en sıkı etik ölçütlere bağlı yüksek nitelikli yargıçlardan oluşması,
- Kendine ait bir sekreteryaya,
- Sürekli bir nitelik,
- Şeffaf çalışma,
- Var olan ve gelecekte yapılacak yatırım sözleşmeleri üzerinde yargı yetkisi,
- Sadece bir yatırım sözleşmesinin yatırımcıya bir Devlet ile olan uyuşmazlığını hakemliğe götürme yetkisi veriyorsa yetkili olması ve yeni bir hak doğurmaması,
- Uyuşmazlığın taraflarının kendi davalarına bakacak yargıcı seçmesini engellemek,
- Mahkeme kararlarının etkin uygulanabilirliğini sağlamak,
- Katılmak için tüm devletlere açık olması.

5. CETA Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

CETA yabancı yatırımların korunması ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tarafsız, etkin, hukuksal olarak öngörülebilir ve uyumlu bir süreç oluşturabilmek amacıyla bir daimî yatırım mahkemesi ve temyiz mekanizması kurmayı amaçlamaktadır.

5.1. Daimî Hakemlik Mahkemesi

CETA madde 8.19 uyuşmazlıkların her zaman için olanaklı olduğunca dostane çözümünü istemektedir. Yatırım ile ilgili bir uyuşmazlık durumunda yatırımcılar öncelikle ev sahibi devlete bir müzakere isteminde bulunmalıdırlar ki bu ev sahibi devlet ya Kanada'dır ya da AB ile bağlantılı ihlal iddialarında AB'nin kendisi veya bir AB üye ülkesidir. Buna göre bir yatırımcı ya da yerel olarak kurulmuş yabancı girişim iddia edilen ihlali oluş tarihinden üç yıl veya bir Taraf devlet mahkemesinde açtığı dava ya da şikâyetin takibatının sona erişini takiben iki yıl içerisinde, ancak her durumda iddia edilen ihlalin gerçekleşme tarihinden 10 yıl içerisinde müzakere isteminde bulunmalıdır. Taraflar daha uzun bir süre için anlaşmamışlarsa, müzakereler istem tarihinden 60 gün içerisinde yapılmalıdır ve yatırımcı müzakere istemi tarihinden itibaren, ancak tarafların anlaşmasıyla uzatılabilecek, 18 aylık bir süre içerisinde şikâyeti hakkında bir hakemlik mahkemesine başvurmamışsa iddialarını geri çekmiş var sayılır, yani uyuşmazlığın çözüme ulaştığı kabul edilir ve bu konuda bir daha hakemlik isteminde bulunulamaz.

Uyuşmazlık müzakereler sonunda 90 gün içerisinde çözüme ulaşmamışsa ve taraflar arabuluculuğa başvurmak için anlaşmamışlarsa, yatırımcı şikâyetini hakemlik mahkemesi önüne getirmeden öncelikle AB'ye davalının belirlenmesini isteyen bir ihbar gönderecektir ve AB yatırımcının muhatabının AB mi yoksa AB'ye üye bir devlet mi olacağını belirleyecektir. Ancak 50 gün içerisinde bir cevap alamazsa yatırımcı 'ihbar'da tanımlanan tedbirler özellikle bir AB üye devletini ilgilendiriyorsa o devlete yoksa AB'ye karşı başvuruda bulunabilecektir ve mahkeme davalının belirlenmesi konusunda son yetkili olacaktır.

5.2. Mahkeme'nin Kuruluşu

CETA'ya göre Daimî Hakemlik Mahkemesi (DHM) 15 üyeden oluşur ve yenilenebilir 5 yıllık bir süre için madde 26.1 uyarınca kurulmuş ve başkanlığı Kanada Uluslararası Ticaret Bakanı ile AB Komisyonu'nun Ticaretten sorumlu üyesi veya onların belirledikleri temsilcileri tarafından ortaklaşa yürütülen CETA Birleşik Komitesi tarafından atanırlar. Üyelerin 5'i Kanada, 5'i AB üye ülkeleri ve 5'i de üçüncü ülke vatandaşı olmalıdırlar. Ancak taraflar kendi kontenjanları için farklı bir ülke vatandaşı da önerebilirler. Birleşik Komite, gerekli gördüğünde Mahkeme üye sayısını 3'ün katı olacak şekilde arttırma ya da düşürme yetkisine sahiptir. Mahkeme üyeleri, kendi ülkelerinde yargıç olarak ya da yargı görevine atanabilmek için tanınmış niteliklere sahip olmalarının yanı sıra uluslararası hukuk alanında özellikle de uluslararası yatırım hukuku, uluslararası ticaret hukuku ve uluslararası yatırım veya ticaret sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uzman olmaları gerekmektedir.

Mahkeme Başkanı ve Başkan Yardımcısı üçüncü ülke vatandaşı üyeler arasından kura ile ikişer yıl için seçilirler ve dönüşümlü olarak görev yaparlar. Mahkeme kendi çalışma usullerini düzenleyebilir. Mahkeme davalara üç üyeden oluşan daireler halinde bakar. Her dairenin üyelerinden biri Kanada, biri AB ve başkanlık yapacak son üye ise üçüncü ülke vatandaşı olur ve önüne bir şikâyet geldiğinde Mahkeme Başkanı 90 gün içerisinde davaya hangi dairenin bakacağını rastgele, önceden kestirilemez ve her üyeye eşit oranda hizmet etme olanağı tanıyacak şekilde belirler. Eğer taraflar davaya tek hakemin bakması üzerine anlaşmışlarsa hakem üçüncü ülke vatandaşı üyeler arasından rastgele belirlenir.

ICSID Sekreteryası CETA DHM'sinin sekreteryası olarak da çalışacaktır ve gerekli desteği sağlayacaktır. Bu çerçevede ICSID Sekreteryası DHM'ye yapılan hakemlik istemlerini almak, açıkça Mahkeme'nin yargı yetkisi dışında olmayan talepleri kaydetmek ve ilgili tarafları bilgilendirmek, davanın yürütülmesi sırasında yer, tercüme, belgelerin çoğaltılması gibi desteklerde bulunmak, hakemlik kararlarının onaylı nüshalarını taraflara dağıtmak, uyuşmazlığın taraflarından gelen hükmün yorumu, yeniden görülmesi, iptali ya da temyiz taleplerini almak ve ilgili mahkemeye ya da makama iletmek ve diğer işlevleri yürütecektir. Ayrıca, Mahkeme Başkanı şikâyetin alınından itibaren 90 gün içerisinde davaya bakacak daireyi ya da tek hakemi belirlemediği durumlarda atamayı ICSID Genel Sekreteri yapacaktır ve bu durumda atama makamı olarak da görev üstlenecektir.

Dava ICSID Sözl., ICSID Ek Araçlar Kuralları, UNCITRAL HK ya da tarafların anlaşmışları diğer bir usule göre görülebilecektir. Dava belgelerinin, bilgilerinin ve oturumlarının açıklığını ve süreçlerin şeffaflığını sağlamak amacıyla davalarda UNCITRAL Şeffaflık

Kuralları⁵⁵ geçerli olacaktır. Mahkeme'nin nihai kararı davalı taraf için mali yaptırımlar ve mülkiyetin geri verilmesini içerebilmektedir. Taraflar, DHM'nin kararını Sözleşme'de öngörülen temyiz süreci dışında yeniden görme, iptal, bozma, gözden geçirme gibi bir süreç başlatamazlar. DHM'nin kararı aşağıdaki koşullarda doğrudan nihai kabul edilir ve ilgili taraf uygulanması için işlem başlatabilir;

- Karar üzerinden 90 gün geçmiş ve temyize başvurulmamışsa,
- Bir temyiz başvurusu reddedilmiş ya da geri çekilmişse,
- Temyiz Mahkemesi kararı üzerinden 90 gün geçmiş ve Temyiz Mahkemesi dosyayı DHM'ye geri göndermemişse.

5.3. Temyiz Mahkemesi

CETA uyuşmazlık çözüm sürecinin uluslararası yatırım ve ticaret hukukuna getirdiği önemli bir yenilik ve katkının bir temyiz mahkemesi kurması olduğu yukarıda belirtilmişti. Bir diğer, hatta anlaşmanın uluslararası yatırım hukuku açısından en ilerici ve köklü yeniliği ve katkısının kurduğu temyiz mekanizması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Temyiz Mahkemesi'nin üye sayısı Birleşik Komite tarafından belirlenecek ve üyeler Daimî Mahkeme için aranan niteliklere sahip kişiler tarafından Kanada, AB ve üçüncü ülke vatandaşı hukukçular arasından eşit olarak atanacaktır. Mahkemenin idari işleri, temyiz süreçlerinin başlatılma ve yürütülme usulleri, bir Temyiz mahkemesi üyeliğinin boşalması halinde doldurulma usulleri ve Temyiz Mahkemesi'nin çalışmasıyla ilgili diğer gerekli düzenlemeler de Birleşik Komite tarafından yapılacaktır.

Bir taraf DHM kararını 90 gün içerisinde temyize götürebilecektir. Temyiz Mahkemesi tesadüfi şekilde oluşturulmuş üçer üyelik daireler halinde çalışacak ve Daimî Mahkeme'nin bir kararını seçilen hukukun uygulanması veya yorumundaki hatalar ve ilgili iç hukukun değerlendirilmesi dâhil olguların değerlendirilmesinde açık hatalar nedenleriyle askıya almak, değiştirmek veya tersine çevirmek yetkisine sahip olacaktır. Bunlara ek olarak, Temyiz Mahkemesi ICSID Sözleşmesi'nin 52/1. maddesinde sayılan nedenlerle de bir DHM kararını askıya almak, değiştirmek veya tersine çevirmek yetkisine sahiptir. Bunlar mahkeme heyetinin uygun bir şekilde oluşturulmaması, heyetin yetkisini aşması, heyetin üyelerinden birinin yozlaşması veya rüşvet alması, mahkemenin temel kurallarından ciddi bir sapma olması ve gerekçenin olmamasıdır. Bu madde ICSID süreçlerinde hakemlik kararına bozma istemi nedenlerini düzenlemektedir ve yukarıda belirtildiği gibi hakemlik kararının uygulanacağı ülkede tenfiz ve tanınma aşamasında karşı tarafın yerel mahkemeler nezdinde itirazda bulunmasını engellemek amacını güden bir ön inceleme sürecidir. CETA bu süreci kendi içine alarak Temyiz Mahkemesi'ne vermektedir. Ancak ne ICSID ne de CETA bir hakemlik kararının yerel mahkemece tenfizi ve tanınması aşamasında 1958 New York Sözl.'nin ve hemen hemen tüm modern hakemlik yasalarıyla öngörülen mahkemenin res'en yerel hukukuna göre hakemliğe elverişlilik ve kamu düzenine uygunluk incelemesi yapması hakkını ve görevini

55 *UNCITRAL Rules on Transparency in Treatybased Investor-State Arbitration* (1 Nisan 2014) Erişim Tarihi: 01.03.2018, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>

ortadan kaldıramamaktadır. Hakemlik kararlarının uygulama ülkesinin iç hukukuna göre kamu düzeni denetimine tabi olmaması öncelikle tüm ülkelerin ya da en azından uluslararası toplumun büyük kısmının üzerinde itirazsız mutabık kalacağı bir uluslararası kamu düzeni anlayışının oturmasına bağlıdır⁵⁶.

5.4. Etik Kurallar ve Tarafsızlık

CETA, DHM ve Temyiz Mahkemesi'nin üyelerinin uyacağı etik kuralları geniş bir şekilde düzenlemiş, hakemlerin ve temyiz üyelerinin görevlerini yerine getirirken tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine bağlı kalmaları gereğini güçlü şekilde vurgulamıştır. Buna göre, hakemler ve üyeler uyuşmazlık ile ilgili konularda hiçbir örgüt, kuruluş ve hükümetten talimat almayacaklar, uyuşmazlığın konusu hakkında taraflardan biri ile doğrudan veya dolaylı bir çıkar çatışması yaratacak bir uyuşmazlığın değerlendirmesine katılmayacaklardır. Hakemler ve üyeler Uluslararası Barolar Birliği Uluslararası Hakemlikte Çıkar Çatışması Üzerine Kılavuzu'na⁵⁷ ve CETA çerçevesinde kurulacak Hizmetler ve Yatırım Komitesi'nin hakemler ve üyeler için hazırlayacağı hakemlik beyanları, bağımsızlık ve tarafsızlık ile gizlilik üzerine düzenlemelere uygun davranacaktır. Ayrıca atanmalarının ardından hakem ve üyeler diğer herhangi bir yatırım uyuşmazlığında danışman, taraflarca atanan bilirkişi veya tanık olarak yer almayacaktır. Ayrıca, sürecin başlamasından önce ya da başladıktan sonra taraflardan birinin bir hakem ya da üye hakkında çıkar çatışması durumunu fark ederse 15 gün içerisinde itirazda bulunabilmektedir.

5.5. Kararların Uygulanması

Temyiz Mahkemesi'nin onadığı, değiştirdiği veya tersine çevirdiği ya da 90 gün içerisinde temyize götürülmeyen veya temyiz istemi reddedilmiş hakemlik kararı taraflar için nihaidir, bağlayıcılık kazanmıştır ve uygulanabilir. Bu bakımdan uyuşmazlığın tarafları gecikmeksizin kararı tanımalıdırlar ve gereğini yerine getirmelidirler. Öte yandan, taraflardan biri bir yerel mahkeme önünde kararın tenfizini ve uygulanmasını istemeden önce kararın ICSID Sözl. usullerine göre alınmışsa karar tarihinden itibaren 120 gün beklemeli ve taraflardan biri gözden geçirme veya bozma başvurusu yapmamış olması ya da gözden geçirme veya bozma süreci tamamlanmış olması ve kararın askıya alınmamış olması gerekmektedir. Karar, UNCITRAL HK usullerine göre alınmışsa, tenfiz ve uygulama isteminde bulunan taraf karar tarihinden itibaren 90 gün beklemeli ve taraflardan biri gözden geçirme, iptal veya bozma başvurusu yapmamış olması ya da gözden geçirme veya bozma süreci tamamlanmış olması ve

56 Fransız Tahkim Kanunu 1514 ve 1520. maddeleri uluslararası hakemlik kararlarının Fransa'da tanınması ve uygulanmasını yalnızca böyle bir tanıma ve uygulamanın açıkça uluslararası kamu düzenine açıkça aykırı olmaması durumunda engellemektedir. Uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarında hakem kararlarının yerel makamlar tarafından yalnızca uluslararası kamu düzeni denetimine tutulması gerektiği yönünde bir yorum için; Gaillard, 1999: 589. Türkiye'de Yargıtay'ın benzer bir kamu düzeni yorumu için; 'Taraflar tahkim sözleşmesinde, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku seçmişlerse hakem, tarafların bu vesile ile uygulanacak olan hukukun kamu düzenini de seçtiklerini kabul etmek durumundadır. Başka bir ifade ile, kamu düzeninin, seçilen hukuka bağlı kalınarak değerlendirilmesi gereklidir. Somut olayda, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında, ihtilafın "Türk Hukuk Kuralları" esas alınarak çözümleneceği yazılı olduğundan, kamu düzenine aykırılığın tespiti bakımından da, uygulanacak hukuk olan Türk Hukuk Kurallarının kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır.' (Yarg. 13.HD., T. 17.4.2012, E. 2012/8426, K. 2012/10349).

57 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (23.10.2014) Erişim Tarihi: 01.03.2018, <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>

kararın askıya alınmamış olması gerekmektedir. Bu koşullar ile CETA çerçevesinde yürütülen hakemlik süreçlerinin ve alınan kararın ICSID ve UNCITRAL hakemlik usul kuralları ile uyumlaştırılması amaçlanmıştır.

Nihai hakemlik kararının uygulanması, kararın uygulanması istenen ülkenin yürürlükte olan yasa ve düzenlemelerine göre yapılır. Sözleşme kararın tanınması ya da uygulanması için başvuru ülkenin kararı ICSID Sözl. ya da NY Sözl. uyarınca alınmış bir hakemlik kararı saymasını öngörmektedir. Bu anlamda, bir ülke yabancı bir hakemlik kararının uygulanması için 'ticari' olması şartı öngörüorsa⁵⁸ CETA uyarınca alınmış hakemlik kararını bu çerçevede yorumlamalı ve kabul etmelidir.

5.6. Çok Taraflı Yatırım Mahkemesi ve Temyiz Süreci

CETA Sözl., Taraf ülkelerin yani AB üyeleri ve Kanada'nın uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için geniş çaplı ve Bir daimî 'çok taraflı yatırım mahkemesi'nin ve temyiz sürecinin kurulması için diğer ülkelerle ortak çalışmalarda bulunmalarını da öngörmektedir. Bu çerçevede olası çok taraflı bir sürecin kurulması durumunda Birleşik Komite CETA'nın kurduğu uyuşmazlık çözüm sürecinin, hakemlik mahkemesi ve temyiz mahkemesinin bu çok taraflı sürece tamamen ya da parçalı olarak bütünleştirilmesi için gerekli kararları alacaktır. Bu durumda sadece mahkemenin ya da hem mahkemenin hem de temyiz mekanizmasının işlevlerinin ve oluşumunun ileride kurulacak bir uluslararası daimî hakemlik mahkemesine ve temyiz sürecine devri ve bütünleşmesi söz konusu olabilecektir. Yukarıda da belirtildiği gibi AB başta olmak üzere gelişmiş ülkeler ve UNCTAD gibi kurumlar daimî bir uluslararası yatırım mahkemesi ve temyiz süreci kurulmasını hedeflemekte ve bu yönde çalışmalar yapmaktadır. Özellikle AB yeni İYS'lerinde bu yönde hükümler koymaktadır. Bu yönde taslak AB – Vietnam⁵⁹ ve ABD ile görüşmeleri süren TTIP⁶⁰ benzer süreçler kurmakta ve gelecekte kurulacak bir daimî hakemlik mahkemesi ve temyiz sürecini tanıyacağını belirtmektedir.

6. Sonuç

Her ne kadar uluslararası ticaret ve yatırım hukuku ile bu alanlarda ortaya çıkan uluslararası uyuşmazlıkların hakemlik yoluyla çözümünün yaygınlaştırılması çabalarının tarihçesini geçmişe yürütmek olanaklı ise de bu uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası hakemlik kararlarının tanınması üzerine çabaların 1920'lerde başladığı ancak özellikle II. Dünya Savaşı sonrası yoğunlaştığı ve kurumsallaştığı görülmektedir. Özellikle, Dünya Savaşları ile durmuş ve tahrip olmuş küresel ekonominin canlandırılmak, bu amaçla mal, hizmet ve sermayenin dolaşımının önündeki engelleri kaldırmak ve teşvik etmek amaçlarıyla bir hukuksal altyapı kurmak hedeflenmiştir. Bu anlamda uluslararası ticaret ve yatırım hukuku kapsamında 'asgari uluslararası ölçütler'in genel kabul görmesi ile uluslararası hakemlik kararlarının

58 Kanada 1958 NY Sözl.'nin toprakları üzerinde, bir şartlaşmaya dayansın dayanmasını, Kanada hukukuna göre ticari kabul edilen hukuksal ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara tatbik edilebileceğini bildirirken, böyle bir ayrımın öngörülmediği Quebec Eyaleti için bu bildirim geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

59 AB-Vietnam Serbest Ticaret Anlaşması'nın Ocak 2016 Tarihli taslağı için Erişim Tarihi: 17.03.2018, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>

60 TTIP'nin resmi olmayan bir taslağı için Erişim Tarihi: 17.03.2018, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/sep-tember/tradoc_153807.pdf

uygulanabilirliği gelişmiş ülkelerin ana politikası olmuştur. İlk dönemlerde gelişmiş ülkeler arasında var olan uluslararası hakemlik uygulamaları, ticaret ve yatırımların yaygınlaşması ve sömürge ülkelerin bağımsızlıklarını kazanmaları ile daha geniş bir ölçüğe ve kapsama kavuşmuştur. Bu süreçte az gelişmiş ve yeni bağımsızlıklarını kazanmış ülkelerin dış müdahale ve doğal kaynakların ve ulusal üretim ile ticaretin korunması ve de politik bağımsızlığın teminatı olarak gördükleri ekonomik bağımsızlık üzerine kaygıları nedeniyle gelişmiş ülkelerin tahakkümü olarak algıladıkları 'asgari uluslararası ölçütler'e uzun süre karşı çıkmış ve 'ulusal muamele' ilkesini savunmuşlardır. Bu çerçevede özellikle OECD tarafından hazırlanan ve gündeme getirilen çok taraflı uluslararası yatırım sözleşme tasarımları ve uluslararası yatırımlara davranış kuralları oluşturma çabaları başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu alanda en önemli ileri adımın II. Dünya Savaşı sonrası Bretton Woods Konferansı'nda kurulan üç ana kurumdan biri olan ve özellikle üçüncü Dünya'da ekonomik gelişmeyi destekleyen DB çerçevesinde yapılan ve bir uluslararası yatırım hakemliği kurumu oluşturan ICSID'den gelmiştir. Çok taraflı yatırım sözleşmesi girişimleri sonuçsuz kalınca başta İYS'ler olmak üzere diğer bölgesel ve sektörel yatırım sözleşmeleri taraf devletlerin yatırım uyuşmazlıklarının hakemlik yoluyla çözümünde rıza kaynağı olmuştur. Özellikle 1990 sonrası doğu blokunun dağılması ve gelişmekte olan ülkelerin küresel sermayeyi çekmek amacıyla imzaladıkları çok sayıda İYS uluslararası yatırım hukukunun kaynağı haline gelmiş ve ICSID'in yargı yetkisini yaymıştır.

Her ne kadar ICSID kararlarında uluslararası hukuk ve uygulamaların dolayısıyla 'uluslararası asgari ölçütler'in yerel hukuklar üzerinde düzeltici etkisini görmek olası ise de özellikle sermaye ihracatçısı ülkelerin daha belirgin ve istikrarlı yapı arayışları çerçevesinde bir DHM ve temyiz tartışmaları tekrar gündeme gelmiştir. AB de 2007 Tarihli İşleyiş Antlaşması'nın ardından DDY konusunda ortak politika yürütmeye başlamıştır. Bu çerçevede, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığının güçlendirecek, etik kuralları pekiştirecek, süreçlerin şeffaflığını arttıracak, çelişkili kararları önleyerek uyumlu ve öngörülebilir bir içtihat yaratacak bir mekanizma oluşturmayı hedeflemiştir. CETA bu anlamda ileri bir adım atarak bir DHM ve temyiz makamı oluşturmaktadır. DHM ile uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının taraflarca seçilmeyen, sürekli görev yapan, etik ilkelere bağlı uzman hakemler tarafından görülmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca yatırım hukuku açısından yeni bir adım olan temyiz mekanizması ile hakem kararlarının şekli incelenmesinin yanı sıra esas bakımından incelemesini ve hakem kararlarının düzeltilmesi, değiştirilmesi ya da tersine çevrilmesi olanaklı hale getirilmiştir. Ayrıca, bu mekanizmanın ileride başka devletler arasındaki anlaşmalarla kurulmuş ya da çok taraflı bir DHM ve temyiz mekanizmasıyla birleştirilebilmesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, yakın gelecekte özellikle AB ve ABD'nin diğer ülkelerle yapacağı yeni ticaret ve yatırım anlaşmaları etrafında oluşacak bir DHM ve temyiz mekanizması kurulması ve bunun çok taraflı bir DHM'nin önceli olması, bu şekilde de daha istikrarlı ve çelişkilerden uzak, uluslararası yatırım hukuku alanında uyumlanmış bir içtihatın ortaya çıkması beklenmektedir.

Kaynakça

- AIV. (2015). *International investment dispute settlement from ad hoc arbitration to a permanent court*. The Hague: AIV.
- Ambrosius, G. & Hubbard, W. H. (1986). *A social and economic history of twentieth-century Europe*. Cambridge and London: Harvard College.

- Bederman, D. J. (2004). *International law in antiquity*. 3. Baskı, New York: CUP.
- Broches, A. (1995). *Selected essays: World Bank, ICSID and other subjects of public and private international law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishing.
- Diel-Gligor, K. (2017). *Towards consistency in international investment jurisprudence: a preliminary ruling system for ICSID arbitration*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishing.
- EXPO. (2014). *Investor-state dispute settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements – workshop*, 1. Erişim Tarihi: 17.03.2018, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU%282014%29534979%28ANN01%29_EN.pdf
- Franck, S. D. (2005). The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions. *Fordham Law Review*, 73(4), 1521-1625.
- Gaillard, F. (1999). *Goldman on international commercial law*. The Hague: Kluwer Law International.
- Henkin, L., Pugh, R. C., Schachter, O. & Smit, H. (1987). *International law – cases and materials*. 2. Baskı, St. Paul: West.
- ICSID. (2009a). *History of the ICSID convention*, II-1. Washington DC: ICSID.
- ICSID. (2009b). *History of the ICSID convention*, II-2. Washington DC: ICSID.
- ICSID. (2018). *The ICSID caseload – statistics*. 2018-1. Erişim Tarihi: 12.03. 2018, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf)
- Kaufmann-Kohler, G. (2005). In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal. *Transnational Dispute Management*, 2(5).
- Kryvoi, Y. (2010). *International centre for settlement of investment disputes (ICSID)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Legum, B. (2008). Options to establish an appellate mechanism for investment dispute. In K. P. Sauvant (ed.), *Appeals mechanism in investment disputes* (ss. 231-240). New York: OUP.
- Lévésque, C. (2016). *The European Commission proposal for an investment court system*. Ontario: CIGI.
- Newcombe, A. & Paradell, L. (2009). *Law and practice of investment treaties – standards of treatment*. The Hague: Kluwer Law International
- Nygh, P. E. (1999). *Autonomy in international contracts*. New York: OUP.
- OECD. (2006). *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*. Paris: OECD.
- Parra, A. R. (2007). The development of the international centre for settlement of investment disputes. *ICSID Review-FILJ*, 22(1), 55-68.
- Rago, S. (2016). Annulment of investment arbitral awards. In B. Legum (ed.), *The investment arbitration review* (ss. 159-170). London: Law Business Research.
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID convention – a commentary*. New York: CUP.
- Sornarajah, M. (2007). *The international law on foreign investment*. 2. Baskı, New York: CUP.
- Şanlı, C. (1986). *Uluslararası ticari tahkimde esasa uygulanacak hukuk*. Ankara: Yargı Yayınevi.
- Theodore, H. & Moran, T. H. (2009). The UN and transnational corporations: From code of conduct to global compact. *Transnational Corporations*. 18(2), 91-112.
- UNCTAD. (2015). *Reforming world investment governance*. Erişim Tarihi: 12.03.2018, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf
- UNCTAD. (2017a). *IAA issues note*. No: 1. Erişim Tarihi: 12.03.2018, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf
- UNCTAD. (2017b). *IAA issues note*. No: 2. Erişim Tarihi: 12.03.2018, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf

- Von Glahn, G. (1976). *Law among nations*. 3. Baskı, New York: MacMillan.
- Weiss, T. G. (1989). The UN code of conduct for trans–national corporations. In D.P. Forsythe (ed.) *The United Nations in the world political economy* (ss. 88-97). New York: Palgrave.
- Wolfgang, P., de Kuiper, J.Q. & de Candolle, B. (1995). *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*. Den Haag: Kluwer Law International.
- Zenginkuzucu, D. M. (2012). *Devlet ve yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü merkezi (ICSID)'nin kuruluşu ve işlevi*. İstanbul: Legal Yayınları.
- Zenginkuzucu, D. M. (2013). Şemsiye klozların ICSID hakem mahkemesinin yargı yetkisine etkisi. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 1, 165-189.
- Zenginkuzucu, D. M. (2017a). *Uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının dostane çözümüne ilişkin temel metinler*. 2.Baskı, İstanbul: Legal Yayınları.
- Zenginkuzucu, D. M. (2017b). *Uluslararası ticaret ve yatırım uyuşmazlıklarının dostane çözümü – kurumlar kurallar süreçler*. 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayınları.