

ULUSLARARASI TAHKİMDE ŞEFFAFLIK

TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Şeyma AKKAŞOĞLU*

Özet: Şeffaflık, uluslararası yargılamalarda güvenilirliğin sağlanması anlamında hukuki düzenlemelerde giderek önem kazanan bir kavram haline gelmiştir. Sistemin meşruluğunu, iyi yönetişimi, hesap sorulabilirliği ve aleniyeti sağlayan bir unsur olarak şeffaflık uluslararası tahkimde de temel bir değer olarak kabul edilmiş görünmektedir. Bu makalede, uluslararası tahkimde şeffaflığın anlamı ve bileşenleri açıklandıktan sonra kavramın kamuya açıklık, kamunun bilgilendirilmesi, kamunun katılımı, gizlilik ve mahremiyet kavramlarıyla bağlantısı ele alınacaktır. Özünde birbirinden farklı usuller olan uluslararası yatırım tahkimi ile uluslararası ticari tahkimde şeffaflık kavramının görünümü açıklandıktan sonra şeffaflık konusunda önemli hukuki düzenlemeler olan UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ve Mauritius Konvansiyonu ile NAFTA ve ICSID’de yer alan düzenlemeler de bu makalede ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tahkimde Şeffaflık, Yatırımcı-Devlet Tahkimi, Amicus Curiae, Gizlilik, Mahremiyet

Abstract: Transparency has become an increasingly important concept in legal regulations, particularly in terms of ensuring reliability in international jurisdictions. Transparency as an element that ensures the legitimacy of the system, good governance, accountability, democratic international regime and publicity seems to be accepted as a fundamental value in international arbitration. In this article, after explaining the meaning and components of transparency in international arbitration, it will be discussed with the concepts of public access, disclosure, public participation, confidentiality and privacy. In international investment arbitration and international commercial arbitration, which are essentially different procedures, the appearance of transparency in both types of arbitration will also be explained. UNCITRAL Transparency Rules, the Mauritius Convention, NAFTA and ICSID, which are important legal regulations about transparency, will also be discussed in this article.

Keywords: Transparency, Investor-State Arbitration, Amicus Curiae, Confidentiality, Privacy

* Avukat, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, seymakkasoglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0405-6995, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.04.2020, Kabul Tarihi: 07.04.2020

GİRİŞ

Uluslararası nitelikli ticari uyuşmazlıklarda, uluslararası ticaretin gereksinimleri nedeniyle uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim ön plandadır. Ülkelerin hukuk sistemlerinde meydana gelen değişiklikler, uyuşmazlığın sulh ile çözülmesindeki zorluk, davaların uzun yıllar sürmesi ve maliyetinin yüksek oluşu, kararların icrasında yaşanan güçlükler uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlerde rastlanan hukuki risklerdir.¹ İşte bu hukuki riskleri en aza indirmede, uluslararası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda gelişen en uygun uyuşmazlık çözüm yolu tahkim olmuştur. Ticari ve ekonomik faktörlerin küresel entegrasyonu, uluslararası ticari tahkim davalarının tercih edilirliğinin ve hacminin artmasına neden olmuştur.²

Tahkim genel olarak tarafların bir anlaşmazlıkta yasal olarak bağlayıcı bir karar vermesi için bağımsız ve tarafsız bir üçüncü tarafa yetki vermeyi kabul etmesidir.³ Uluslararası tahkim kavramı, yabancılık unsuru taşıyan ve hakem aracılığıyla ihtilaf çözme tekniklerini içeren bir üst kavramdır.⁴ Ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim olmak üzere iki grupta incelenebilecek olan tahkim, uluslararası ticaret camiasında bağımsız ve tarafsız bir yargı merci olarak görüldüğü için günümüzde uluslararası ticaret mahkemesi fonksiyonu görmektedir.⁵

¹ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 243; Gábor Szalay, *Arbitration and Transparency - Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement*, Tilburg University LLM International Business Law, Master's Thesis, 2016, s. 13; Cemre Tüysüz, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2017, C. 37, S. 2, ss. 846-873, s. 847; Gábor Szalay, "Arbitration and Transparency - Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement", *Slovenian Arbitration Review*, 2017, Volume 6 Issue 1, ss. 17-34, (Arbitration and Transparency), s. 18.

² Jayems Dhingra, "Can Justice be Served Without Transparency in International Commercial Arbitrations?", *2015 UNCITRAL Emergence Conference- Harmonizing Trade Law to Enable Private Sector Regional Development*, 2015, Chapter 6, ss. 127-148, s. 14.

³ John R. Crook, "Joint Study Panel On Transparency In International Commercial Arbitration", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2009, Volume 15, Issue 2, ss.361-365, s. 362.

⁴ Sherlin Hsieh-lien Tung and Brian Lin, "More Transparency In International Commercial Arbitration: To Have Or Not To Have?", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018, Volume 11, No. 1, ss.21-44, s. 24; Şanlı, s. 253.

⁵ Örneğin, nakliye anlaşmazlıkları neredeyse her zaman tahkime atıfta bulunur, Tung and Lin, s. 30; Şanlı, s. 244; Jansen N. Calamita, "Dispute Settlement Trans-

Uluslararası ticarete tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebeplerden biri de hakem kararlarının icrasının yaygın ve kolay olmasıdır. Birleşmiş Milletler (BM) Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Anlaşması'na göre, taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları diğerinde tenfiz edilebilir. Yüzlerce imzacı üye devlete sahip olan New York Sözleşmesi'nin başarısı, sınır ötesi uyuşmazlık çözümü isteyen taraflar için tahkimi birincil seçenek konumuna getirmiştir.⁶

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda bu kadar sık tercih edilen tahkim sürecinde şeffaflığın sağlanmasının çok önemli olduğu tartışmasız bir gerçektir. Tahkimde şeffaflık konusu son yıllarda yabancı kaynaklarda sıklıkla ele alınmasına rağmen, Türk doktrininde bu konudaki eser sayısı yok denecek kadar azdır. Bu nedenle konuyla alakalı olarak Türk doktrinine bir katkı sunmak amacıyla bu çalışmada tahkimde şeffaflık konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

I. TAHKİMDE ŞEFFAFLIK KAVRAMI

A. GENEL OLARAK ŞEFFAFLIK İLKESİ VE TAHKİMDE ŞEFFAFLIK

Genel anlamda şeffaflık (transparency) terimi uluslararası hukuk ile doğrudan ilişkili değilse de kamunun ve sivil toplum kuruluşlarının küresel yönetime aktif katılımının artmasıyla şeffaflık kavramı uluslararası hukukun temeli haline gelmiştir.⁷ Şeffaflık, son yıllarda özellikle uluslararası yönetişimin ve uluslararası yargılamalarda güvenilirliğin sağlanması anlamında hukuki düzenlemelerde ön plana çıkmıştır.⁸

parency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy", *Journal of World Investment and Trade*, 2014, Volume 15, Issue 3-4, ss. 645-678, s. 648.

⁶ Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, ET. 10.11.2019.

⁷ Anne Peters, "Towards Transparency as a Global Norm", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge 2013, ss. 507-607, s. 537 vd; Azhaham Perumal Saravanan and, Ramamurthy Subramanian, "Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *BRICS Law Journal*, 2018, Volume 5, Issue 4, ss. 114-138, s. 115.

⁸ Uluslararası hukukta şeffaflık kavramı geniştir ve üç ayrı boyutu vardır: "Ku-

Şeffaflık, iyi yönetim sağlamak, sistemin genel meşruiyetini ve etkinliğini arttırmak için uluslararası hukuk sistemine aktarılan bir kamu hukuku paradigması ile ilişkilidir.⁹ Sistemin meşruluğunu, iyi yönetimi (good governance), hesap sorulabilirliği (accountability), demokratik uluslararası rejimi (democratic international regime) ve aleniyeti sağlayan bir unsur olarak şeffaflık bu anlamda hukuki düzenlemelere konu olmaya başlamıştır.¹⁰ Halkın, süreçlerin nasıl işlediği konusunda bilgi sahibi olduğu ve hesap sorabildiği bir sistem küresel yönetişime katkı sağlamasının yanında demokratikleşmeye de olumlu etki etmektedir.¹¹ Günümüzde şeffaflık, insanların davranış-

rumsal şeffaflık", uluslararası kuruluşların faaliyetlerinde uyguladıkları şeffaflık düzeyidir. "Yasama şeffaflığı" uluslararası hukukta yasa yapma süreçlerinin şeffaflık seviyesini ifade eder. "Usul şeffaflığı" uluslararası mahkemelerin yasal normları uygulama usulüyle ilgilidir. Genel olarak uluslararası hukukta tek bir şeffaflık tanımının elde edilmesi zordur, bkz. Gabriele Ruscalla, "Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?", *Groningen Journal of International Law*, 2015, Volume 3, No.1, s. 2.

⁹ Andrea Bianchi, "On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law", in Andrea Bianchi and Anne Peters eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge 2013, s. 5.

¹⁰ UN Commission on International Trade Law Report of the Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its 54th Session, New York, U.S., Feb. 7-11, 2011; Julie A. Maupin, "Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge, 2013, ss.142-171, s. 152; Peters, s. 558 vd; Lise Johnson and Nathalie Bernasconi-Osterwalder, "New UNCITRAL Arbitration Rules On Transparency: Application, Content And Next Steps", *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, 2013, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf, ET. 01.12.2019, s. 4; Carolyn Ball, "What is Transparency?", *Public Integrity*, 2009, Volume. 11, No. 4, ss. 293-307, s. 302-305; Calamita, s. 650 vd; Pınar Karacan, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı*, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 2 vd; Daniel Barstow Jr Magraw and Niranjali Manel Amerasinghe, "Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration", *ISLA Journal of International and Comparative Law*, 2009, Volume 15, No. 2, ss. 337-360, s. 349; Dhingra, s. 129; Bianchi, s. 8; Szalay, s. 19; Szalay, *Arbitration and Transparency*, s. 18; Julie Lee, "UNCITRAL's Unclear Transparency Instrument, Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2013, Volume 33, Issue 2, ss. 438-474, s. 445, s. 446; Avinash Poorooye and Ronán Feehily, "Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance", *Harvard Negotiation Law Review*, 2017, Volume 22, ss. 275-324, s. 282; Doak Bishop and Margrete Stevens, "The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy", *Arbitration Advocacy In Changing Times*, *ICCA Congress Series*, 2010, No. 15, s. 15.

¹¹ Magraw and Amerasinghe, s. 349; Karacan, s. 1; João Ribeiro and Michael Doug-

larının siyasi, ahlaki ve bazen de yasal yönden yargılama standardı haline gelmiştir.¹²

Hukuk sistemleri açısından, tarafların yasal sürece serbestçe ulaşabildiği, kamunun yargılamanın adil olup olmadığını kontrol etme şansı bulunduğu bir sistem şeffaftır. Şeffaflık, anlaşmazlıkların kaydedilmesi, kamunun dokümanlara ulaşımı, kararlara erişim, yargılama işlemlerinin halka açık olması, sürecin raporlanmasına izin verilmesi gibi hususları kapsar.¹³

Yasal düzenlemelere eklenen şeffaflık kurallarının ve genel olarak şeffaflık eğiliminin amacı, esasında kamu çıkarlarını korumaktır. Uluslararası tahkimde muhtemel risk altındaki kamu çıkarlarını dört kategoriye ayırabiliriz: 1) demokrasi açığı kaygıları, 2) devlet hazinesiyle ilgili kaygılar ve vergi mükelleflerinin kaygıları, 3) hükümetin görevi kötüye kullandığı iddiaları, 4) önemli kamu politikası sorunları.¹⁴ Şeffaflık, anılan bu riskler nedeniyle, kamuoyunun uluslararası tahkimde önemli bir paydaş olduğu fikrine dayanmaktadır. Özellikle yatırım anlaşması metinlerinin hazırlanması için şeffaf süreçlerin benimsenmesinin, en azından demokratik devletler için hızlı bir şekilde norm haline geldiği görülmektedir.¹⁵

Şeffaflık kavramının tanımı, kullanıldığı şartlara ve kullanan tarafla bağlı olarak değişmektedir. Uluslararası hukukta şeffaflık, tarafların yazılı ve sözlü gönderilerine erişim, duruşmaların kamuya açık olması, kararların yayınlanması gibi çeşitli usule ilişkin değerleri içermektedir.¹⁶ Kullanıldığı disipline göre şeffaflık kavramının ifade etti-

las, "Transparency In Investor-State Arbitration: The Way Forward", *Asian International Arbitration Journal*, 2015, Volume. 11, No. 1, ss. 49-67, s. 56.

¹² Bianchi, s. 2.

¹³ Ribeiro and Douglas, s. 52; Alexandre Marques da Silva Martins, "Challenges To Transparency And Ethics In Alternatives To Arbitration In The Realm Of International Investments", *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, 2016, Volume 11, ss. 321-376, s. 334-335; OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", *OECD Working Papers on International Investment*, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019, s. 3-4.

¹⁴ Robert Argen, "Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration", *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, Volume 40, Issue 1, ss. 207-246, s. 209.

¹⁵ Maupin, s. 152.

¹⁶ Thore Nuemann and Bruno Simma, "Transparency in International Adjudication", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law*,

ği anlamı tam olarak anlayabilmek için ayrıca bu kavramın gizlilik, mahremiyet gibi yakın kavramlarla ilişkisi ve etkileşimini de incelemek gerekmektedir. Zira etkili ve verimli bir süreç yönetimi ancak bu kavramlar arasında ideal dengenin sağlanmasıyla mümkün olacaktır. Tahkimde şeffaflık kavramı da bu bakımdan gizlilik, mahremiyet, kamuya açıklık, kamunun bilgilendirilmesi kavramları ekseninde ele alınmaktadır.

Uluslararası tahkim bakımından geniş anlamıyla şeffaflık kavramının kapsamında genel olarak şu hususlar yer almaktadır:¹⁷

1. Belgelere ulaşım (Access to documents),
2. Usule ilişkin olarak tarafların yazılı/sözlü bildirimlere ulaşması,
3. Üçüncü kişilerin sürece dahil olması (third party involvement),
4. Uyuşmazlık tarafı olmayanların sürece dahil olması (non-disputing party involvement),
5. Üçüncü tarafın uyuşmazlık çözüm sürecine müdahalesi ile verilen raporlar (amicus curiae briefs),
6. Duruşmaların açık olması (open hearings),
7. Kararların yayınlanması (publication of awards).

Şeffaflık ilkesinin yokluğu, özellikle yatırımcı-devlet tahkiminde, bir yatırım anlaşması kapsamında sağlanan adil ve eşit muamele hakkının ihlali anlamına gelebilir.¹⁸ Bu bağlamda şeffaflık, açık adalet ilkesine karşılık gelen bir anlam içerir.¹⁹ Açık adalet ilkesi de, oturumların kamuya açık olduğu, delillerin kamuya açık gösterildiği, argümanların açık mahkemede (hatta zaman zaman internette) yayınlandığı yasal süreçleri ifade eder.²⁰

(Cambridge University Press), Cambridge 2013, ss. 436-476, s. 436, 437; Ruscalla, s. 3; Ebba Söderberg, Investment Treaty Arbitration And Transparency-Transparency, Confidentiality And The Public Interest In International Investment Disputes, Uppsala Universitet, Master Thesis, 2019, s. 19.

¹⁷ Calamita, s. 649; Szalay, s. 19; Karacan, s. 1.

¹⁸ Ribeiro and Douglas, s. 51.

¹⁹ Ribeiro and Douglas, s. 51.

²⁰ High Court of Australia, Current Cases – Submissions <http://www.hcourt.gov.au/cases/current-cases-submissions>, ET. 24.10.2019, Ribeiro and Douglas, s. 51.

Burada, şeffaflık kavramının, mahkemenin tarafsız ve bağımsız olma şartından nasıl bir farkı olduğu sorusu akla gelebilir. Şeffaflık kapsamında, uyumsuzluğun çözümü için sunulan tüm konular ve karar için esas alınan tüm hususların açık olması beklenmektedir. Diğer bir deyişle, mahkeme yalnızca kararında değil, tüm süreci yönetirken şeffaf olduğunu göstermek durumundadır. Bu bakımdan, bir tahkim kurumunun görevi yalnızca kapsamlı bir “usule ilişkin kurallar dizisinin geliştirilmesini” değil; aynı zamanda denetim kurullarının, fonksiyonel komitelerin veya mahkemelerin oluşumunu, tahkim sürecinin başlangıcından sonuna kadar tüm sürecin şeffaflığının sağlanmasını kapsamaktadır.²¹ Nitekim mükemmel bir usuli kurallar dizisi yoktur ve kurumlar sürekli olarak onları gözden geçirmek ve bunu yaparken hem hakemlerin yaşadıkları zorlukları hem katılımcıların gereksinimlerini hem de sürecin amacını dikkate almak zorundadır.²² İşte şeffaflık, bu sürekli iyileştirmenin anahtarıdır.

Yatırımcı-devlet uyumsuzluklarında ödenecek tazminat miktarlarının yüksek olması, istikrarsız kararların verilmesi gibi sebepler, tahkimde meşruiyet krizine yol açtığı için bu durum özellikle yatırım tahkiminde şeffaflıkla ilgili olumlu değişikliklerin yapılmasına ön ayak olmuştur. Özellikle uluslararası yatırım anlaşmalarının sayısındaki artış da, yatırımcı-devlet tahkiminde şeffaflığa duyulan ihtiyacı artırmıştır.²³

Uluslararası tahkimde şeffaflıkla ilgili ilk düzenlemeler 2001’de Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (North American Free Trade Agreement) - NAFTA’da yapılmıştır. Bunlar çok önemli değişiklikler getirmese de en azından şeffaflıkla ilgili tohumların ekilmesine vesile olmuştur.

Ardından 2006 yılında ICSID, tahkim kurallarını, tahkim sürecinde şeffaflığı artırmak için özel olarak tasarlanmış hükümler içerecek

²¹ Dhingra, s. 134.

²² Catherine A. Rogers, “Transparency in International Commercial Arbitration”, *University of Kansas Law Review*, 2006, Volume 54, Issue 5, ss. 1301-1337, s. 1309.

²³ Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı’nın 2015 yılında yayınladığı nota göre (IIA Issue Note) anlaşmaların sayısı 3268’e yükselmiştir, UNCTAD IIA Team, IIA Issue Note No 1 – Recent Trends in IIAs and ISDS (February 2015).

şekilde değiştirmiştir.²⁴ Bu değişiklikler ICSID işlemlerini daha düzenli ve şeffaf hale getirme amaçlı olup tahkim sürecinde daha fazla güven uyandırmıştır.

Uluslararası tahkimde şeffaflık konusunda bir diğer önemli düzenleme, aşağıda ayrıntılı olarak bahsedilecek olan UNCITRAL – Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Kuralları’dır. ICSID ve NAFTA’nın yatırım tahkiminde getirdiği şeffaflık düzenlemeleri gerek UNCITRAL Şeffaflık Kuralları’nın ihdas edilmesinde gerek birçok tahkim kurumu ve anlaşmasında düzenlemeler yapılmasında vesile olmuştur. Yine konu hakkındaki bir diğer önemli düzenleme ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan 2017 tarihli Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Konvansiyonu (Mauritius Konvansiyonu)’dur.

A. KAMUYA AÇIKLIK (PUBLIC ACCESS) VE ŞEFFAFLIK

Yargılama işlemlerinin kamuya açık olması (public access), vatandaşların yargılamalara katılma veya bunlara erişme hakkını ifade eder. Bu, bireysel bir hak olarak tanımlansa da genel amacı, halkın yargı görevlilerini izlemesini kolaylaştırmak, gücün potansiyel kötüye kullanımını kontrol etmek ve nihai olarak yargı kalitesine katkıda bulunmaktır.²⁵

Kamunun erişim hakkı gibi, şeffaflığın genel amacı da hakemin izlenmesini kolaylaştırmak ve performansının görülebilmesini sağlamaktır. Buna karşın şeffaflık, yalnızca “uyuşmazlıkla ilgili olan” taraflara karar ve süreç hakkında bilgi verilmesi anlamına gelirken, kamu erişimi adından da anlaşılacağı gibi tüm vatandaşların hakkıdır.²⁶ Araalarında bu gibi farklar olmakla birlikte, bu iki kavram büyük ölçüde birleşmektedir. Her ikisi de halkın yargılamalara katılma kabiliyetinin yanı sıra, süreci düzenleyen kuralların, süreç boyunca derlenen dos-

²⁴ Bu değişikliklerde Aguas Provinciales et al. v. Argentine Republic davası etkili olmuştur. Bkz. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A, and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Saravanan and Subramanian, s. 131.

²⁵ Kamuya açıklık bir bireysel hak olarak görülmekte iken şeffaflık genel olarak sistemin bir gereğidir, bkz. Rogers, s. 1304-1307; Poorooye and Feehily, s. 283.

²⁶ Rogers, s. 1307.

yaların ve kararın altında yatan nedenlerin ayrıntılı olarak açıklanmasını ifade eder. Bununla birlikte, kamuya açıklık ve kamunun erişimi, şeffaflığın olmazsa olmaz bir özelliği olarak görülmemektedir ancak şeffaflığı teşvik eden bir mekanizma olarak nitelendirilmektedir.²⁷ Kamuoyuna ücretsiz erişim hakkı verilmesi, birçok uluslararası mahkemenin şeffaflığı sağlamaya çalıştığı bir araç olarak faaliyet göstermektedir.²⁸

Bugüne kadarki süreçte güçlü yatırımı koruyan yasaların getirilmesiyle birlikte tahkimde güç devletten yatırımcı lehine kaymıştır.²⁹ Kurulan özel kurumların ticari uyuşmazlıklar esas alınarak kurulması, kurallar ihdas edilirken kamu yararı kavramının göz ardı edilmesine neden olmuş; bu nedenle tahkim süreçleri şeffaf olamamıştır.³⁰ Halkın katılımına izin vermeyen, hesap sorulamayan ve şeffaf olmayan tahkimler kamuoyunda tepkilere neden olmuştur.³¹ Kurallar, kamunun tahkim ihtilafını, hakemlerin kim olduğunu ve uyuşmazlık konularını bilmesine olanak tanımamıştır. Hatta bu gizlilik, yatırımcı-devlet uyuşmazlığına bakışı olumsuz etkilemiş ve zaman zaman tarafları tahkim yolundan uzaklaştırarak yatırım anlaşmalarının feshedilmesine sebep olmuştur. İşte bu noktada şeffaflık kavramı kapsamında “kamuya açıklığın” sağlanması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır.

Tahkimde şeffaflığın ve kamuya açıklığın sağlanmasının amacı, taraflar arasındaki ihtilafa ilişkin bütün ayrıntıların açıklanması değildir. Burada gizlilik yahut şeffaflığın yarıştırlarak birine öncelik tanınması da söz konusu değildir. Şeffaflık kavramı sayesinde, “kamuya açıklığın sağlanması gayesi ile gizliliğin dengelenmesi” buradaki temel hedeftir.

Şeffaflık kuralları uyarınca, tahkim duruşmaları kamuya açık olacak ve uyuşmazlığın taraflarının mahkemeye sunduğu belgeler kamuoyuna açıklanacaktır.³² Taraflar kendi rızalarıyla tahkim anlaşmasına

²⁷ Rogers’a göre örneğin, bir Brezilya vatandaşının, Alman yasalarına göre yönetilen, bir Çin ve Rus tarafı arasındaki bir dava için Avusturya’da duruşmaya katılma hakkına sahip olma konusunda ısrar etmesinin anlamı belirsizdir. Bu nedenle kamuya açıklık şeffaflığın olmazsa olmazı değildir, Rogers, s. 1306.

²⁸ Rogers, s. 1307.

²⁹ Magraw and Amerasinghe, s. 338.

³⁰ Magraw and Amerasinghe, s. 338.

³¹ Magraw and Amerasinghe, s. 338.

³² Argen, s. 209.

dahil olduğu için kamuya açık duruşma haklarından vazgeçtikleri söylenebilir. Ancak yine de insan hakları hukukunun temel ilkesi olarak kamuya açık duruşma, adil yargılama ve hesap sorulabilirliğin güvencesidir. Bu bakımdan sistemin meşruluğu için adil yargılama ve hesap sorulabilirlik hususu çerçevesinde hakem seçimi ve kararlara ulaşmada kamuya açıklık ve şeffaflık ilkesi uygulanmalıdır.³³

Yatırımcı-devlet tahkiminde daha fazla şeffaflığa ve kamuya açıklığa yer verilmesi, ihtilafın çözümünün daha demokratik olmasına ve iyi yönetime katkı sağlayacaktır.³⁴ Zira hukukun üstünlüğünü benimseyen herhangi bir toplum, kamu yararını etkileyen konularda açık olmalıdır.³⁵ Kamuya açıklığın sağlanması için tahkim sürecinin bilinmesi, hakemlerin atanması, hakemlerin kimler olduğunun bilinmesi,³⁶ duruşmaların açık olması, belgelere ulaşımın sağlanması ve kararların yayınlanması gerekmektedir. Yatırımcı-devlet tahkiminde kamuya açıklık, halkın tahkim sürecinin hukuka uygun olarak ilerleyip ilerlemediğini görme imkanı sağlar.³⁷

B. KAMUNUN BİLGİLENDİRİLMESİ (DISCLOSURE), KAMUNUN SÜRECE KATILIMININ ARTIRILMASI (PUBLIC PARTICIPATION) VE ŞEFFAFLIK

Kamunun sürece katılımının mümkün olmadığı ve bilgilendirilmediği uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında devletlerin kamu karşısında hesap sorulabilirliği azalır.³⁸ Ancak bu, günümüzde kabul görmeyen bir anlayış olup bireylerin devletten hesap sorma talebi artmış durumdadır. Bugün bilgiye erişim veya bilgi özgürlüğü, dünyadaki demokratik sistemlerde tanınan bir haktır.³⁹

³³ Karacan, s. 3; Ribeiro and Douglas, s. 61.

³⁴ Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, 2007, http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf, ET.13.11.2019, s. 4; Lee, s. 446.

³⁵ Ribeiro and Douglas, s. 56.

³⁶ Hakem heyeti seçimi taraflar için de önemli olduğu için hakemin hizmet sunumundan memnun olmayan şirketler, hakemleri seçmeden önce geçmiş performanslarını gözden geçirmelerine izin verecek olan şeffaflığın sağlanmasını talep etmişlerdir, Poorooye and Feehily, s. 302.

³⁷ Ribeiro and Douglas, s. 56.

³⁸ Karacan, s. 10.

³⁹ Örneğin, son zamanlarda, Amerika Birleşik Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi,

Kamunun erişimi (public access) ve şeffaflık, karar alma süreçlerinin incelenmesini ve değerlendirilmesini sağlayarak onların meşruiyetini teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Esas olarak karar vericilerin davranışlarını kontrol etmenin bir yoludur. Buna karşın kamunun bilgilendirilmesi kavramı (disclosure), sağlıklı sermaye piyasalarının sürdürülmesi, işgücü piyasalarının değişmesinde zorlukların azaltılması, halkın sağlık ve güvenlik tehditlerine karşı korunması, tüketicilerin satın aldıkları ürünler hakkında bilgilendirilmeleri gibi önemli temel konulara yönelir. Başka bir deyişle, kamunun bilgilendirilmesi yükümlülüğü temel bilgilere odaklanırken; kamunun bilgilendirilmesi kapsamındaki şeffaflık kuralları bu bilgilerin belirli bir kurum tarafından nasıl ele alındığına odaklanır.⁴⁰ Zorunlu bilgilendirme yükümlülüğü, belirli bilgi kategorilerinin karar sürecinin izlenmesine izin verdiği ölçüde şeffaflığı teşvik edebilir. Örneğin, halka açık şirketlerin önemli finansal bilgileri ifşa etmeleri gerekliliği, en temel düzeyde, yatırımcıların şirketlerin karlı olup olmadıklarını anlamalarına izin verir. Bu bilgi, kurumun kendi içinde karar vermesini de daha şeffaf hale getirerek yatırımcıların şirketin sağlıklı bir şekilde yönetilip yönetilmediğini ve dolayısıyla kar elde etmenin muhtemel olup olmadığını değerlendirmelerini sağlar.⁴¹

İnsan hakları hukuku ve iyi yönetim ilkelerine göre, devlet faaliyetleri, şeffaflık ve halkın katılımı temel şartlarına tabi olmalıdır.⁴² Örneğin, hakemler tarafsızlıklarını etkileyebilecek herhangi bir çıkar çatışmasını ifşa etmek ve bu konuda bilgilendirme yapmak zorundadır; çünkü bu açıklama hakemlerin şeffaf bir şekilde atanmasını sağlar. Yatırımcı-devlet tahkiminin şeffaflığı, bireylerin, yerel yasaların ve hükümetlerinin yatırım anlaşmaları kapsamındaki taahhütlerinin gerçek maliyeti hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlar.⁴³ Genel olarak kamuya açıklama yapmanın baskın amacı, kamu yararını korumaktır.

bilgiye erişimin bir insan hakkı olduğunu, bunun demokrasi için zorunlu olduğunu ilan etmiştir (Article 13), Magraw and Amerasinghe, s. 348.

⁴⁰ Rogers, s. 1310; Poorooye and Feehily, s. 284.

⁴¹ Örnek için bkz. Rogers, s. 1310.

⁴² Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, The UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, (December 2007) http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf, ET. 13.11.2019, s. 4.

⁴³ Ribeiro and Douglas, s. 56.

Ancak tahkimde gizli bilgilerin açıklanması, kamu yararını korumak için her zaman ihtiyaç duyulan spesifik bilgilerle sınırlı tutulmalıdır.⁴⁴

UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ve alandaki diğer şeffaflık düzenlemeleri yapılmadan önce gerek UNCITRAL gerek ICSID'in tahkim kuralları, belgelere erişim ve bunların yayınlanması bakımından esnek hükümler değildi. ICSID kapsamında görülen *Biwater Gauff v. Tanzania* tahkimi, tahkim süreci sırasında belgelerin kamuya açıklanması konusunu ele alan ilk tahkimdir. Mahkemenin bu konuyu ele aldığı titizlik dikkat çekicidir. Şeffaflığa olan talep ile tarafların gizlilik ihtiyacının nasıl dengeleneceği sorusu bu tahkimde titizlikle ele alınmış ve bu değerlendirmeler gelecekteki yatırım tahkimleri üzerinde etkili olmuştur.⁴⁵

Öte yandan, halk yatırımcı-devlet tahkiminin sonucundan etkileneceği için konu ile ilgili argümanlarını ortaya koyma ve sürece katılma fırsatı bulabilmelidir.⁴⁶ Bu bakımdan *amicus curiae* imkanı şeffaflığın önemli bir boyutudur. Latince "mahkemenin dostu" olarak geçen bu kavram, uyuşmazlığa taraf olmamakla birlikte uyuşmazlık konusu ile ilgisi bulunan/menfaati olanların, izin verilmesi halinde mahkemeyi etkilemek için verdikleri raporları ifade etmektedir.⁴⁷ *Amicus curiae* briefs ile, davayla ilgili yasal ve olgusal iddialar kamu yararı perspektifinden ortaya koyulmaktadır.⁴⁸ Bu bildirimler, sadece halkın konuyla ilgili bakış açısını ifade etmesini sağlamakla kalmaz; aynı zamanda uyuşmazlık taraflarınca dile getirilmeyen yasal argümanların veya gerçeklerin gündeme getirmelerini sağlar.⁴⁹ Anlaşma

⁴⁴ Poorooye and Feehily, s. 285.

⁴⁵ Christina Knahr and August Reinisch, "Transparency vs Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, Volume 6, ss. 97–118, s. 98.

⁴⁶ Ribeiro and Douglas, s. 59; Lucas Bastin, "The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration", *Cambridge Journal of International Comparative Law*, 2012, Volume 3 No.1, ss. 208–234, s. 208, 219.

⁴⁷ Ruscalla, s. 15–16; Martins, s. 347; Szalay, s. 25; Ribeiro and Douglas, s. 63.

⁴⁸ Magraw and Amerasinghe, s. 343.

⁴⁹ Dimitrij Euler and Maxi Scherer, "Conclusion: The Rules as a Swing of the Pendulum?", in edited by Dimitrij Euler et al., by Meagan Wong and Rebecca Hadgett, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, (Cambridge University Press), Cambridge 2015, ss. 351–356, s. 355–356; Söderberg, s. 27; Magraw and Amerasinghe, s. 350.

hükümlerinin tek taraflı olarak yorumlanması riski de önlenmiş olur.⁵⁰ Ayrıca, halkın katılımı anlaşmalar için daha etkili bir uygulama sağlayabilir; çünkü katıldığı bir sürecin sonuçlarının halk tarafından kabulü daha olasıdır.⁵¹

Temel bilgilerin ifşa edilmesi ve gizli bilgilerin korunması arasında bir dengeye ulaşılan kadar, tahkim yargılamasında *amicus curiae* bildirimleriyle halkın katılımının sağlanması, en azından kamu yararı bulunan meselelerin halka duyulmasına hizmet ettiği için önemlidir.⁵² Bir yatırımcı-devlet tahkiminin kamunun bilgilendirilmesine ve uluslararası incelemeye tabi olması durumunda hakemler de, tahkim kararını kendi çıkarları dışına çıkarmaya motive olurlar.⁵³ Öte yandan, *amicus curiae* bildirimlerinin, halka bilgi sağlamanın yanında, mahkemeye de yadsınamayacak bir katkısı bulunmaktadır. Çünkü yatırımla sınırlı olmamak üzere çeşitli alanlardaki sorunları ele alan mahkemeler, *amicus curiae* özetlerinde sunulan verilere, bu verilerdeki özel bilgi ve uzmanlık ile elde edilebilecek olan ayrıntılı istatistiksel tahminlere dayanmaktadırlar.⁵⁴

Şeffaflık, halkın katılımının sağlanması için bir ön koşuldur, çünkü şeffaflık bilginin yayılmasını kolaylaştırır ve anlaşmazlığın bir dereceye kadar kamuoyuna açıklanmasını sağlar.⁵⁵ Bu bakımdan şeffaflık, vatandaşların kendilerini etkileyen kamu politikalarıyla ilgili karar alma sürecine katılma haklarını korumalarını ve takip etmelerini sağlamak için hayati bir araçtır.⁵⁶

⁵⁰ Ruscilla, s. 19.

⁵¹ Magraw and Amerasinghe, s. 352.

⁵² Magraw and Amerasinghe, s. 350.

⁵³ Ribeiro and Douglas, s. 59.

⁵⁴ Örneğin, Brazil Tyres, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Panelinde, kaplanmış lastiklerin kullanımı ve Brezilya'daki atık seviyelerinin azaltılmasındaki etkinlikleri ile ilgili *amicus curiae* özetlerinde sağlanan gerçeklere ve istatistiksel veri analizine dayanılmıştır, Panel Report, Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, 114-40, WT/DS332/R, June 12, 2007, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/332r_e.pdf, ET. 20.11.2019.

⁵⁵ Magraw and Amerasinghe, s. 344.

⁵⁶ William Kenny, "Transparency in Investor State Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 2016, Volume 33, No. 5, ss. 471-500, s. 493.

C. ŞEFFAFLIK KAVRAMININ GİZLİLİK (CONFIDENTIALITY) VE MAHREMİYET (PRIVACY) KAVRAMLARI İLE İLİŞKİSİ

Gizlilik, mahremiyet ve şeffaflık uluslararası tahkimin genel ilkeleri olarak ifade edilir. Bu ilkeler somut davanın özelliğine göre bir arada uyum içinde bulunabilecekleri gibi çakışan değerler olarak da yer alabilirler. Bu nedenle şeffaflık, tarafların gizliliğe ilişkin haklarından feragat olarak yorumlanmamalıdır.⁵⁷ Konu uluslararası ticari tahkim açısından ele alındığında, tarafların tahkim yolunu seçmesinin temel sebeplerinden birinin ticari sırlar, iş planları ve gizli bilgilerin korunması ile finansal sebepler olduğunu söyleyebiliriz.⁵⁸ Uluslararası yatırım tahkimi açısından ise şeffaflık ilkesi daha ön plandadır. Çünkü yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında tahkim yolu arttıkça, sivil toplum ve diğer aktörlerin tahkim prosedürüne ilişkin açıklık, şeffaflık ve süreci gözlemlene talebi artmıştır.⁵⁹ Yine yatırım tahkiminde uyuşmazlıklar, şeffaf işleyişin temel bir gereklilik olduğu düşünülen kamu yasaları kapsamına girmekte olduğu için şeffaflık kavramı önemlidir.⁶⁰

Gizlilik (confidentiality), tarafların rızası olmaksızın hakemlerin bilgileri açıklayamayacağı anlamına gelen ilkedir.⁶¹ Gizlilik ile genelde aynı anlamda kullanılan mahremiyet (privacy) kavramı ise tahkim sürecine yabancı birinin katılımının engellenmesi demektir. Esasında, gizlilik ve mahremiyet kavramlarının aynı madalyonun iki yüzü olduğunu söylemek mümkündür.⁶² Uyuşmazlığın tarafı olmayanların ve hakemler, tanıklar ile tarafların yasal temsilcileri hariç üçüncü kişilerin sürece ve süreçte incelenen belgelere erişiminin olmaması mahremiyet

⁵⁷ Dhingra, s. 127.

⁵⁸ Tung and Lin, s. 24; Ruscilla, s. 6; Crook, s. 364; Ribeiro and Douglas, s. 50; Knahr and Reinisch, s. 110.

⁵⁹ Ruscilla, s. 8. Yapılan anketlerde de bu talep gözlenmiştir. Bkz. Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, ET. 10.11.2019.

⁶⁰ Örneğin Esso v. Plowman davasında, Avustralya Yüksek Mahkemesi, gizliliğin temel bir nitelik olarak kabul edilemeyeceği ve halkın kamu otoritesiyle ilgili konularda bilgi edinme konusundaki meşru ilgisinin geçerli olması gerektiği sonucuna varmıştır. Nitekim bu dava, şeffaflık konusundaki görüş farklılıkları için katalizör görevi görmüştür, bkz. Kenny, s. 485.

⁶¹ Maupin, s. 161; Saravanan and Subramanian, s. 116; Tüysüz, s. 849.

⁶² Dhingra, s. 4.

kavramı kapsamındadır.⁶³ Bu bakımdan aslında gizlilik kavramı mahremiyetten farklı bir kavramdır. Gizlilik kavramında katılımcıların bu bilgileri bilmeye hakkı olmakla birlikte yalnızca bunları ifşa etmeme yönünde bir yükümlülükleri vardır. Mahremiyet ise katılımı engellemektedir. Mahremiyet kavramı, kamuoyu tarafından bilinmeyen veya erişilemeyen bir anlaşmazlığın özelliklerini tanımlamak için kullanılmaktadır.

Tahkimde gizliliğe tabi olabilecek bilgileri üç ana kategoriye ayırabiliriz. Bunlar: a) tahkim prosedürünün veya yasal ihtilafın varlığına ilişkin bilgiler, b) prosedürün detaylarına ilişkin belge, delil vb bilgiler, c) karar ile ilgili bilgilerdir.⁶⁴ Mahremiyet ve gizlilik, tahkimin ayırt edici özellikleri arasında önemli bir rol oynamasına rağmen, bu kavramların belirli bir alanda ne ölçüde uygulanabileceği konusunda sınırlamalar vardır. Bu tür sınırlamalar, birçok farklı faktöre dayanabilir ancak çoğu durumda iç mevzuatın ve belirli uluslararası düzenlemelerin dayattığı şartlarla ilgilidir. Örneğin, kara para aklama konusunda yerel yasalar gizlilik derecesini sınırlayabilir, çünkü bu durumda kamu makamları tahkim prosedüründe yer alan belgelerin açıklanmasını isteme hakkına sahiptir.⁶⁵ Yine hakem kararının uygulanmasına ya da iptaline yönelik davalarda, tahkim sırasında sunulan bilgiler ve sürecin detayları kaçınılmaz olarak kamuya açık şekilde ortaya çıkacaktır. Tahkimde gizlilik kavramının önemi tartışılmaz olsa da, gizliliği kutsal ve dokunulmaz bir tahkim unsuru olarak değerlendirmek akıllıca olmaz. Bu tür bir yaklaşım risklidir. Çünkü gizliliğin, hukuka uygun olmayan şekilde verilen kararları gizleme aracı olması tehlikesi hakemlerin güvenilirliği açısından zararlıdır ve bu da uzun vadede tahkim kurumunun meşruluğuna zarar verecektir.⁶⁶

⁶³ Poorooye and Feehily, s. 281; Argen, s. 213; Tüysüz, s. 849; Szalay, s. 13.

⁶⁴ Cindy G. Buys, "The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", *The American Review of International Arbitration*, 2003, Volume 14, No. 121, ss. 121-138, s. 124.

⁶⁵ Szalay, s. 14; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 20.

⁶⁶ Kamu kaynakları ile ilgili konular, hakemlerin dar bir çevreden seçilebileceği alternatif bir mekanizma içinde değerlendirilmektedir ve hakem kararlarının iptaline yönelik olarak yerel mahkemenin karar alması oldukça sınırlıdır. Bu şekilde bir gizlilik kamuoyunda güvensizlik yaratmış ve işte tam bu noktada şeffaflık kuralı bir kurtarıcı olarak devreye girmiştir, Szalay, Arbitration and Transparency, s. 18, 22; Szalay, s. 20.

Uluslararası ticari tahkimde gizlilik kural olmamakla birlikte, taraflar kararlaştırırsa yahut uygulanacak hukuka göre gerekliyse (lex arbitri) söz konusu olur.⁶⁷ Diğer bir deyişle, aslında gizlilik uluslararası ticari tahkimde olmazsa olmaz bir ilke değildir. Bu nedenle, taraflar gizlilik konusuna önem verip bu konuda bir düzenleme yapmadıkça tahkim ilgililerinin yaklaşımı ve talebi şeffaflıktan yana olur. Uluslararası yatırım tahkimi de genellikle gizli olarak yapılır, ancak anlaşma ile kesinlikle gizli tutulması kararlaştırılabilir.⁶⁸ Genel olarak tahkim oturumları gizli yapılmakta, deliller gizli olarak sunulmaktadır. Gizlilik ilkesinin dayandığı temel norm, tarafların tahkimde gizliliği sağlamada serbest olmalarıdır.⁶⁹ Ancak bu gerekçe, yatırımcı-devlet tahkimine “kamu yararı” boyutu nedeniyle tam olarak aktarılamamaktadır. Zira şeffaflık ve gizlilik arasındaki gerginlik, önemli bir kamu çıkarı söz konusu olduğunda yükselmekte; bu gibi durumlarda, tarafların mahremiyeti ve gizliliği koruma konusundaki çıkarları, genel kamu yararı ile açıkça çelişmektedir.⁷⁰ *The Methanex v United States of America* davasında, kamu yararının yerine getirilmesinin, tarafların gizlilik talebinin yerine getirilmesinden daha önemli olduğunun belirtilmesi, kamu yararının gizliliğe ağır bastığı davaların bulunduğunu göstermektedir. Yine *Suez Vivendi v Argentina* davası da kamu yararının gizlilikten önemli görüldüğü bir başka örnektir.

Ticari sırlar, devlet sırları, gizli kalması istenen iş bilgileri, yasal veya mesleki ayrıcalık kapsamında korunan birtakım bilgiler şeffaflık kavramı içinde açıklanmayacak gizli hususlardır.⁷¹ Tahkimde, “niteliği gereği” gizli kalması gereken bu bilgiler şeffaflık kapsamında değildir. Bu bakımdan, şeffaflık kuralları, tahkimde tamamen şeffaflığın benimsendiğini değil, bunun yerine, anlaşmaya dayalı yatırımcı-devlet tahkimlerinde mahremiyet yerine açıklığa doğru bir kayma olduğunu gösterir.⁷² Uluslararası bir tahkim sürecinde gizli bir uyuşmazlık çözüm hizmeti sunulması amaçlanıyorsa, şeffaflık derecesi, bu güvenceyi sağlayacak şekilde ayarlanmalıdır.

⁶⁷ Tung and Lin, s. 26; Ruscilla, s. 9; Crook, s. 364; Ribeiro and Douglas, s. 50; Karacan, s. 22.

⁶⁸ Ribeiro and Douglas, s. 50.

⁶⁹ Ribeiro and Douglas, s. 50.

⁷⁰ Poorooye and Feehily, s. 299.

⁷¹ Maupin, s. 159.

⁷² Johnson and Bernasconi-Osterwalder, s. 7.

Tahkim sürecinde “şeffaflık karanesi” nin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Şeffaflık karanesine göre, tahkime ilişkin belgelerin yayınlanmaması ve müzakerelerin kamuya kapalı olarak yapılması, ancak ve ancak açıkça tanımlanmış ve sınırları önceden belirlenmiş yasal istisnalar kapsamında mümkündür.⁷³ Burada bu istisnaların neden istisna kapsamında görüldüğünün de tatmin edici gerekçelerle kamuya açıklanması gerekmektedir. Bu sayede neden şeffaflığın uygulanmayıp gizliliğin uygulandığı konusunda ispat yükü, şeffaflık ve açıklığı talep edenlere değil, kurumlara yüklenmiştir.⁷⁴ Bu, şeffaflığın sağlanması anlamında olumlu bir düzenlemedir.

D. ŞEFFAFLIĞIN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Hukukun üstünlüğü, demokratik katılım, yolsuzluk karşıtlığı, insan hakları, çevre koruma gibi önemli hususlarda şeffaflık gündeme gelmekte ve bu sayede bürokratik güç meşrulaştırılmaktadır.⁷⁵ Zira şeffaflık, süreçteki sorunlu alanları iyileştirmek için fırsatlar yarattığı için sistemi bir bütün olarak meşrulaştırmaya yardımcı olmaktadır.⁷⁶

Şeffaflıkla uyumlu ilkeler “öngörülebilirlik (foreseeability), ulaşılabilirlik (accessibility) ve yasal netlik (legal clarity)” tir.⁷⁷ Şeffaflıkla bu ilkelerin birlikteliği sayesinde halkın sürece katılımı sağlanmakta ve hukukun üstünlüğü için elzem olan hesap sorulabilirlik elde edilmektedir. Yasal belirlilik sağlayan şeffaflık, keyfi kararlar verilmesinin önüne geçerek eşitlik ve adaletin tesis edilmesine yardımcı olur.

Şeffaflık uluslararası yatırımla ilgili yasal düzenlemelerin gelişimine katkı sağlayabilir. Şeffaflık sayesinde yatırıma ilişkin düzenlemeler ve kuralların uygulanıp yorumlanmasına ilişkin bilgiler ulaşılabilir olacağı için diğer paydaşların katılımına imkan tanınacak ve bu sayede ihtiyaca binaen yasal düzenlemeler geliştirilebilecektir.⁷⁸ Diğer bir deyişle, şeffaflık hükümetlerin, kişilerin ve kurumların var olan ya-

⁷³ Karacan, s. 2.

⁷⁴ Karacan, s. 2.

⁷⁵ Lee, s. 447; Magraw and Amerasinghe, s. 348; Karacan, s. 2.

⁷⁶ Calamita, s. 652; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 25; Magraw and Amerasinghe, s. 351.

⁷⁷ Karacan, s. 2; Esme, Shirlow, “Dawn Of A New Era? The Uncitral Rules And Un Convention On Transparency In Treaty-Based Investor-State Arbitration”, *ICSID Review*, 2016, Volume 31, No. 3, ss. 622-654, s. 637.

⁷⁸ Tung and Lin, s. 29.

saların geniş etkilerini gözlemlemelerini ve neyin işe yarayıp neyin yaramayacağını belirlemelerini sağlar.⁷⁹ Bu bakımdan yatırım anlaşmalarının içeriğinin geliştirilebilmesi için şeffaflık önemli bir kavramdır.⁸⁰

Şeffaflığın sağladığı bir diğer avantaj ise içtihatların tutarlı olmasına katkı sağlamasıdır. Şeffaflık ilkesi gereği ilgili tahkim kararları yayınlanacağı için tutarlı kararlar verilmesi daha mümkün hale gelir. Her ne kadar uygulamada tahkimde emsal karar sistemi ve içtihat birliği (stare decisis) olmasa da hakemler benzer konularda verilmiş önceki kararları inceleyerek sistemin tutarlılığına dikkat edebilirler.⁸¹ Ayrıca bu yolla uzun vadede, içtihatların yayınlanmasıyla *de facto* bir içtihat hukuku oluşacaktır.⁸² Nitekim bu, ICSID tarafından düzenli olarak kararların ve diğer önemli belgelerin yayınlanmasıyla bir dereceye kadar sağlanmıştır.⁸³ Bu da daha az tecrübe sahibi hakemlerin yetişmesine katkı sağlayacaktır.

Şeffaflık ilkesi kapsamında kararların yayınlanmasının bir diğer faydası da yatırımcılara ve ev sahibi devlete yatırım anlaşmalarının nasıl yorumlandığı konusunda yol gösterici olması ve akademik tartışmayı artırarak yatırım hukukuna ilişkin standartların gelişmesine katkı sağlamasıdır.⁸⁴

⁷⁹ Magraw and Amerasinghe, s. 352.

⁸⁰ Maupin, s. 142.

⁸¹ Şeffaflık sayesinde benzer davalarda benzer kararlar veren tahkim mahkemele-ri böylece hukukun üstünlüğü temelinde eşitlik ilkesine hizmet edebilir, Ribeiro and Douglas, s. 60; Poorooye and Feehily, s. 313; Ruscalla, s. 12; Samuel Levander, "Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, Volume 52, Issue 2, ss. 506-541, s. 511; Shirlow, s. 637; Dhingra, s. 133; Rogers, s. 1335; Magraw and Amerasinghe, s. 350; Ribeiro and Douglas, s. 60; Sedat Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57 S. 4, ss. 135-190, s. 147, 155.

⁸² Tung and Lin, s. 30; Knahr and Reinisch, s. 111; Magraw and Amerasinghe, s. 339, 351; Lee, s. 447; Ruscalla, s. 12; Ribeiro and Douglas, s. 60.

⁸³ Kararlar için bkz. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>, ET. 16.11.2019.

⁸⁴ Poorooye and Feehily, s. 303; Calamita, s. 652; Rogers, s. 1319-1320; Tung and Lin, s. 40; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 25; OECD, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019, s. 11; Christian Guillermot Fernandez and David Fernández Puyana, "Principles of Transparency and Inclusiveness as Pillars of Global Governance: The BRICS Approach to the United Nations", *BRICS Law Journal*, 2015, Volume 2, Issue 2, ss.7-24, s. 15-16.

Yatırımcı-devlet tahkimine ilişkin önemli hususlar şeffaflık sayesinde kamuya duyurulduğunda, katılımcı ülkede menfaat sahibi olan diğer yatırımcılar, yatırım anlaşması kapsamındaki haklarını ve karşılaştıkları riskleri anlamak için daha iyi bir konumda olacaktır.⁸⁵ Çünkü ev sahibi devletin düzenleyici politikasına genel bakış, yatırımlarla ilgili mevzuatına ilişkin öngörülebilirliği artırır.⁸⁶

Şeffaflık ilkesi sayesinde bizatihi tahkim kurumunun iyileşmesi ve itibarının artması da mümkündür.⁸⁷ Çünkü şeffaflık ile tahkim prosedürünün ve yasaların nasıl işlediği, sistemdeki sorunların nasıl çözüldüğü taraflar, hükümetler, ilgililer ve kurumlar tarafından gözlenmektedir. Bu sayede, sistemin aksayan yönlerine çözüm önerileri de getirilebilecektir.

Hakemler, avukatlar ve taraflar sürecin kamu tarafından izlendiğini bildikleri için süreçteki yolsuzluk ihtimalinin azalacak olması da bir diğer önemli katkıdır.⁸⁸ Uluslararası yatırım tahkiminde şeffaflığın arttırılması, mahkemelerin adil ve dürüst karar alma süreçlerine dahil oldukları algısını artırarak ve yatırım istikrarı için makul beklentiler yaratarak meşruiyeti artırabilir.⁸⁹

Şeffaflığın artmasıyla birlikte kararların online olarak yayınlanmasıyla hakemlerin de daha hatasız, kesin ve doğru kararlar vermeye çalışmaları, tahkimde itiraz mekanizmasının sınırlı olduğu göz önüne alındığında oldukça önemli bir avantajdır.⁹⁰ Kamunun sürece katkı sağlama imkanı olacağı için sonrasında daha az itiraz ile karşılaşılacaktır. Amicus curiae briefs imkanı sayesinde farklı perspektif ve argümanlar tartışılarak kararların da kalitesi artırılmış olacaktır.⁹¹

Şeffaflık ile taraflar belli başlı konuları açıklamak zorunda olacağı için tarafların savunmalarını hazırlaması da buna göre şekillenir. Şef-

⁸⁵ Euler and Scherer, s. 355; Kenny, s. 498; Ribeiro and Douglas, s. 59; Söderberg, s. 20-21.

⁸⁶ Calamita, s. 652; Söderberg, s. 11.

⁸⁷ Tung and Lin, s. 29; Szalay, s. 22; Ribeiro and Douglas, s. 61.

⁸⁸ Magraw and Amerasinghe, s. 345.

⁸⁹ Levander, s. 512-513.

⁹⁰ Çal, s. 147; Ribeiro and Douglas, s. 59; Magraw and Amerasinghe, s. 350.

⁹¹ Ribeiro and Douglas, s. 59. Örneğin, Biwater davasında mahkeme, amicus curiae bildirimlerinin anlaşmazlık konusunun ve bağlamının belirlenmesindeki önemi-ne dikkat çekmiştir, bkz. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, Magraw and Amerasinghe, s. 345.

faflık sayesinde sistemde öngörülebilirlik seviyesi arttığında taraflar iddialarının geçerliliği ile ilgili olarak daha fazla bilgi sahibi olur ve dava mı açacaklarına yahut bunun yerine uzlaşmaya mı odaklanacaklarına karar vermede daha fazla netlik elde ederler.⁹² Şeffaflık, aynı zamanda hakemlerin bilgi ve deneyimlerini paylaşmaları ve hakem kararlarının yapıcı eleştirilerini sunmaları için bir forum da oluşturur.⁹³

Tüm bunların yanında elbet şeffaflığın taraflar için dezavantajlı olabilecek yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan biri, görüşmelerin niteliğine ilişkin sorunlar olup güvenlik, ticari sır, gizlilik gibi menfaatlardır. Zira taraflar tahkim prosedürüne taşıdıkları uyuşmazlıklarda ticari sırlarının açığa çıkmamasını ve gizliliğin sağlanmasını isteme hakkına da sahiptir. Şeffaflık ilkesi uygulandığı takdirde bazı durumlarda tarafların dezavantajlı konuma geçmesi mümkündür. Bu riski önlemek için örneğin, ICSID kapsamında, eğer bir taraf itiraz ederse, tarafların iddiaları, tanıklar ve kanıtlar dahil tüm bilgiler uyuşmazlık dışı üçüncü şahıslara ifşa edilemez.⁹⁴

Öte yandan şeffaflığın sağlanmasına ilişkin olarak alınacak tedbirlerin ve yapılacak düzenlemelerin maliyetli olma ihtimali de bir diğer dezavantajlı durumdur.⁹⁵ Örneğin, *Methanex v. USA* uyuşmazlığında mahkeme, amicus curiae bildirimlerinin kabul edilmesinin tahkimin genel maliyetine önemli ölçüde katkıda bulunabileceğini ve taraflara fazla yük getirme riski bulunduğunu belirtmiştir.⁹⁶ Ancak bunun için de bazı kurumlar maliyet düşürücü birtakım tedbirler geliştirmişlerdir. Örneğin, NAFTA'da amicus curiae bildirimleri için 5-20 arası sayfa sınırlaması getirilmiştir.⁹⁷ Diğer bir yöntem ise stratejik işbirliklerinin kullanılmasıdır. Örneğin, Biwater uyuşmazlığında, mahkemeye sunulan bir amicus curiae bildirimi üzerinde beş sivil toplum kuruluşu işbirliği yapmıştır. Tahkimlerin diğer bağlayıcı uyuşmazlık çözüm yollarından daha ucuz olması amaçlandığından, fazla maliyetler tahkim kullanımını engelleyebilir. Yine, amicus curiae özetlerini anlaşmazlık

⁹² Tung and Lin, s. 29.

⁹³ Poorooye and Feehily, s. 303.

⁹⁴ Magraw and Amerasinghe, s. 360.

⁹⁵ Rogers, s. 1326; Martins, s. 347; Magraw and Amerasinghe, s. 352; Ribeiro and Douglas, s. 61.

⁹⁶ Magraw and Amerasinghe, s. 353.

⁹⁷ Ancak bu, her davada optimal sonuçlar vermeyebilir, Magraw and Amerasinghe, s. 353-356.

kapsamındaki önemli konularla sınırlandırmak da maliyetleri azaltmaya yardımcı olabilir.⁹⁸

Tahkim sürecinin kamuya açılmasının, muhakemenin bütünlüğünü, hızını ve verimliliğini olumsuz etkileyebilme olasılığı da ileri sürülmüştür.⁹⁹ Bu görüşe karşın, tarafların duruşmalara bizzat katılmak zorunda olmaması ve sürecin internet yayını gibi yöntemlerle de izlenebilir olması öne sürülmüştür.¹⁰⁰ Basılı bilgilerin yayınlanmasıyla karşılaştırıldığında, internet, işlemlerin daha şeffaf hale getirilmesi için düşük maliyetli bir sistemdir. Örneğin, ICSID bir kayıt sistemi tutmakta ve ilgili tüm bilgileri web sitesinde yayınlamaktadır. ICSID, Canfor davasında kapalı devre televizyon aracılığıyla, oturumları canlı olarak yayınlamıştır.¹⁰¹ Bu örnekler, açık oturumların düşük bir maliyetle ve gecikmeden mümkün olduğunu göstermektedir.

Şeffaflık ile sürecin kamuya yayınlanması ve üçüncü kişilerin geri bildirimlerinin incelenmesi süreci uzatması bakımından dezavantajlı olabilir.¹⁰² Bu konudaki dezavantaj, taraf olmayanların bildirim süreçlerinin sınırlandırılması ve katılım için ön koşul olarak yeterli bir menfaatin aranması zorunlu kılınmak suretiyle en aza indirilebilir.¹⁰³

Şeffaflık arttıkça gizliliğin azalması taraflar arasında gerginliğe sebep olabilir. Zira bir yandan, tarafların gizliliğe ihtiyacı vardır, ancak diğer taraftan kamu katılımcılarının daha bilinçli sunumlar yapmak için daha fazla bilgiye ihtiyacı vardır. Bu da dezavantaj yaratan, dengelemesi zor bir durumdur.

Öte yandan, kamunun katılımında eşitsizlik olma ihtimali de bir diğer dezavantaj yaratabilecek durumdur. Amicus curiae briefs sunmak fon ve bilgi birikimi gerektirdiği için sivil toplum kuruluşları ile gelişmekte olan ülkelerden katılanlar arasında eşitsizlik meydana gelebilecektir.¹⁰⁴

⁹⁸ Bu konuda mahkemelere sınırlı da olsa takdir yetkisi tanınması faydalı olacaktır, Magraw and Amerasinghe, s. 356.

⁹⁹ Karacan, s. 12.

¹⁰⁰ Karacan, s. 12; Magraw and Amerasinghe, s. 357.

¹⁰¹ <https://www.italaw.com/cases/200>, ET. 11.11.2019; Magraw and Amerasinghe, s. 353

¹⁰² Ribeiro and Douglas, s. 61; Magraw and Amerasinghe, s. 353

¹⁰³ Ribeiro and Douglas, s. 61; Magraw and Amerasinghe, s. 358.

¹⁰⁴ Karacan, s. 14; Magraw and Amerasinghe, s. 355.

Diğer dezavantaj oluşturabilecek durum, tahkim yargılamasının açıklanmasıyla anlaşmazlığın siyasallaştırılması ve medya ile halkın baskısı altında kalması riskidir.¹⁰⁵ Örneğin, *Biwater v. Tanzania* gibi yüksek oranda kamuya açık olan davalarda, medyadaki bir anlaşmazlığın kovuşturulmasının tahkim prosedürünün bütünlüğünü etkileyebileceği ileri sürülmüştür.

Bir diğer dezavantaj, mahkemeyi oluşturan hakemlerin, *amicus curiae* gönderen kişilerle çıkar çatışması yaratacak şekilde kısa ilişki kurması riski nedeniyle potansiyel çıkar çatışmasının yaşanması ihtimalidir.¹⁰⁶ Hakem havuzu, STK'larla bağlantısı olabilecek uzmanlardan oluşur ve bunun tespit edilmesi zor olabilir. Hakemler ve taraflar arasındaki çıkar çatışmalarını tespit etmek için uygulanan güvencelelerin aksine, üçüncü kişiler ve hakemler arasındaki çatışmaları ele almak için belirli bir mekanizma yoktur.

II. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ İLE ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE ŞEFFAFLIK VE KONUYLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

A. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ İLE ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE ŞEFFAFLIK KAVRAMININ GÖRÜNÜMÜ

1. Uluslararası Yatırım Tahkimi İle Uluslararası Ticari Tahkim Arasındaki Farklar

Uluslararası ticari tahkim kavramı, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için başvurulmuş yatırım tahkimini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Uluslararası yatırım tahkiminde, uluslararası ticari tahkimin kuralları kullanıldığı için bu iki kavram çok fazla ayrıştırılmamıştır ancak özünde birbirinden farklı olan usullerdir.¹⁰⁷ Yatırım tahkimi, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında gerçekleşti-

¹⁰⁵ Örneğin *Biwater* davasında bu sebeple gizlilik kararı verilmiştir, Magraw and Amerasinghe, s. 354.

¹⁰⁶ Magraw and Amerasinghe, s. 356.

¹⁰⁷ Calamita, s. 648; OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019, s. 2; Çal, s. 166.

rilmekte olup iki özel taraf söz konusu değildir. Yatırım tahkiminin aksine uluslararası ticari tahkim sistemi, esas olarak, özel taraflar arasındaki özel hukuk iddialarını, herhangi bir ulusal siyasi bağlamdan ve kurulan uluslararası yönetim kurumlarından bağımsız bir sistemde düzenlemektedir.¹⁰⁸ Yatırım tahkiminin hem ticari hem de uluslararası kamu hukuku özelliklerini içinde barındıran karma niteliğine karşın, hakem heyetlerinin genellikle ticari tahkim pratiğinden gelmeleri ve bu nedenle ticari tahkim yaklaşımının ağırlık kazanması, esasında bu konuda önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.¹⁰⁹

Her ne kadar ticari tahkimde de taraflardan birinin bir devlet olması mümkünse de, bu, uygulamada nadir rastlanan bir durumdur. Bununla birlikte, bir tarafını devletin oluşturduğu ticari tahkimlerde devletler, yatırım tahkiminden farklı olarak üstün emretme gücüne sahip egemen devlet sıfatıyla değil, özel hukuk kişisi gibi hareket eder.¹¹⁰

Yatırımcı-devlet tahkimleri, kamu politikası hedeflerine ulaşmayı amaçlayan devlet önlemlerine yönelik zorlukları göz önünde bulundurur.¹¹¹ Bu nedenle kamu politikası çıkarlarını ilgilendiren davalarla ilgili daha fazla bilginin halka sunulması gerekmektedir. Zira bu tahkimde şikayet, bir hükümet tarafından gerçekleştirilen eylemlerle ilgili olacaktır. ABD'nin Methanex davasında amicus curiae konusundaki ifadelerinde, yatırım tahkiminin, tipik bir uluslararası ticari anlaşmazlıktan, hatta bir kamu kuruluşunu içeren ticari tahkimden bile temel olarak farklı olduğu belirtilmiş; yatırım tahkiminin temel hükümet eylemlerini ilgilendirmesi nedeniyle ticari sözleşme ihlallerinin ötesine geçtiği vurgulanmıştır.¹¹²

Geleneksel ticari tahkimler, standart ticari konuları ve sözleşmeyle ilgili konuları kapsamaktadır. Buna karşın, yatırımcı-devlet tahkimleri tipik olarak, bulanık anlaşma hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması ile geniş çapta yerel etkilere sahip olan önemli ve hassas kamu

¹⁰⁸ Rogers, s. 1309.

¹⁰⁹ Çal, s. 167.

¹¹⁰ İnci Ataman Figanmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, C. 31, S. 1, ss. 91-152, s. 145.

¹¹¹ Ribeiro and Douglas, s. 55.

¹¹² Methanex Corp. v. United States of America (First Submission on Amicus Application, USA), 27 Oct.

²⁰⁰⁰, at 4-5, <https://www.italaw.com/cases/683>, ET.12.11.2019.

sorunlarının çözümünü içerir.¹¹³ Diğer bir deyişle, ticari tahkimler tamamen özel nitelikteki ticari ihtilaflardan ortaya çıkarken yatırım tahkimleri iki veya çok taraflı anlaşmaların kapsadığı faaliyetlerden kaynaklanan ihtilaflardan ortaya çıkar.¹¹⁴ Bu nedenle yatırım tahkiminde, şeffaflık normlarını sadece yasalar ve kurumlar açısından değil, aynı zamanda halk dahil olmak üzere, süreçten doğrudan veya dolaylı olarak etkilenebilecek geniş bir paydaş yelpazesinin çıkarları ışığında incelemek esastır.¹¹⁵

Yatırım tahkiminde uyumsuzluğun bir tarafını hükümet teşkil ettiği için uyumsuzluk sonucu kamu yararını etkileyecek niteliktedir.¹¹⁶ Yatırımcı ile devlet arasındaki uyumsuzluklar genel olarak insan hakları, kamu sağlığı, çevre, sosyal politikalar, yerli halkın hakları, suyun korunması, hayvan sağlığının korunması, alternatif enerji politikaları, petrol-doğalgaz gibi doğal kaynaklar, tütün kontrolü, doğal koruma alanlarında madencilik gibi hususlara ilişkin olmaktadır.¹¹⁷ Yatırımcı, ev sahibi devletin kamu menfaatini koruma amacıyla öngördüğü bir takım düzenlemelere tabi olmak istememekte ve konu yatırım tahkimine taşınmaktadır.¹¹⁸

İç politika ve hükümet eylemlerinin bütünlüğü ve etkinliğini korumak için kamunun yatırım tahkimine ilgisinin olması doğaldır.¹¹⁹ Hatta bu ilgi bazen taraf devletin sınırlarının ötesine bile uzanmaktadır. Uluslararası Sürdürülebilir Kalkınma Enstitüsü'ne göre (The Center for International Environmental Law and International Institute for

¹¹³ Magraw and Amerasinghe, s. 340; Lee, s. 446.

¹¹⁴ Crook, s. 362-363; Argen, s. 207; Szalay, s. 20.

¹¹⁵ Maupin, s. 148.

¹¹⁶ Çal, s. 146-147; Knahr and Reinisch, s. 113; Lee, s. 446; Calamita, s. 648; Argen, s. 210; Magraw and Amerasinghe, s. 337-338; Szalay, s. 22; Ribeiro and Douglas, s. 56; Kenny, s. 488; Bishop and Stevens, s. 14; Söderberg, s. 10.

¹¹⁷ Ataman Figanmeşe, s. 139; Magraw and Amerasinghe, s. 339; Ribeiro and Douglas, s. 57. İçme suyuyla ilgili bir dava için bkz. Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia (Jurisdiction) (ICSID, Case No ARB/02/3, 21 October 2005), http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf, ET.13.11.2019; Benzine katkı maddesi yasağıyla ilgili karar için bkz. Methanex Corporation v United States of America (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) (Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, 3 August 2005), ET. 13.11.2019; Euler and Scherer, s. 351.

¹¹⁸ Ataman Figanmeşe, s. 139.

¹¹⁹ Magraw and Amerasinghe, s. 339.

Sustainable Development - CISDL), tahkim süreci ve sonucunda hükümetin nasıl davranacağına dair kamunun ilgisi, yatırım tahkimini ticari tahkimden ayırt eden temel unsurdur.¹²⁰

Öte yandan, yatırım uyuşmazlıklarında olumsuz kararların devlet bütçesinden karşılanacak olması da ülkenin ekonomik refah seviyesini etkileyeceği için uyuşmazlıkların kamu yararı boyutu ön plana çıkmaktadır.¹²¹ Zira vatandaşların vergilerinin nasıl kullanıldığını görme ve devlet maliyesini etkileyen tahkimleri bilme hakları vardır. Bu bakımdan anlaşmalara taraf olan devletler, vatandaşlarına karşı, yatırım anlaşmalarından sağlanan faydalar yanında getirilen maliyetleri de etraflıca bildirmek durumundadır.¹²²

Buna karşın, uluslararası ticari tahkimde genellikle kamu yararı söz konusu değildir. Yine uluslararası ticari tahkimde taraf özerkliği (party autonomy) önemli ve tercih sebebi iken yatırım tahkiminde taraf özerkliği temel esas değildir.¹²³

Uluslararası yatırım tahkimindeki yaptırımlar, ticari tahkimden farklılık arz etmektedir. Uluslararası yatırım tahkiminde tazminat yaptırımının yanında taraf devletin uyuşmazlığa neden olan yasal düzenlemesinin de değiştirilmesi istenmektedir.¹²⁴

1. Uluslararası Yatırım Tahkimi İle Uluslararası Ticari Tahkimde Şeffaflık

Şeffaflığa ilişkin kuralların kapsamı, tahkimin yatırımcı-devlet tahkimi mi yoksa uluslararası ticari tahkim mi olduğuna göre değişebileceği gibi yatırım tahkiminin kendi içinde yahut kurumdan kuruma bile farklılık gösterebilir.¹²⁵ İki tahkim türü arasında yukarıda bahsedilen farklılıklar uluslararası kuruluşlar ve akademik çevrelerce de ince-

¹²⁰ Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, (December 2007) http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf, ET.13.11.2019, s. 4.

¹²¹ Poorooye and Feehily, s. 309; Argen, s. 231; Szalay, Arbitration and Transparency, s. 26; Karacan, s. 17-18; Szalay, s. 20; Shirlow, s. 632.

¹²² Ribeiro and Douglas, s. 58; Argen, s. 232.

¹²³ Karacan, s. 24.

¹²⁴ Karacan, s. 27.

¹²⁵ Uluslararası yatırım hukuku sisteminin şeffaf, yarı şeffaf ve şeffaf olmayan yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Maupin, s. 159-166.

lenmiş ve kurallara yönelik bir ayırım yapılması ihtiyacının olduğu dile getirilmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler bünyesindeki Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından düzenlenen toplantıda, ticari tahkim dikkate alınarak düzenlenen UNCITRAL Tahkim Kurallarının yatırım tahkiminin ihtiyaçlarını karşılayabilir hale getirilmesi için yapılması gerekenler ele alınmış; yayınlanan raporda, yatırım tahkiminin kendine özgü niteliği nedeniyle ticari tahkim gibi gizli yürütülmesinin sakıncaları, şeffaflık ihtiyacı ve yatırım tahkiminde amicus curiae bildirimlerinin kabulü hususları tartışılmıştır.¹²⁶

Yatırımcı-devlet tahkiminde kamu yararı söz konusu olduğu için kamuya açıklık ve bilgiye ulaşım esastır.¹²⁷ Zira ev sahibi devletin faaliyetinin kamu bilinciyle izlenmesi gerekmektedir. Kamu hizmetinin görülmesiyle ilgili olarak ortaya çıkan çekişmelerde yargılamanın tahkime bırakılıp kamudan gizli tutulması affedilmez bir çelişki olacaktır.¹²⁸ Ancak yakın zamana kadar halk çoğu zaman, bir uyuşmazlık hakkında tahkimin olup olmadığını, varsa tahkim planını, hakemlerin kim olduğunu, hangi yasal iddia ve argümanların söz konusu olduğunu, usule ilişkin kararları, sözlü sunumları ve son kararı bilmemiştir.¹²⁹ Yatırım tahkimindeki bu şeffaflık eksikliği, sık sık rejime güvensizlik duyulmasına neden olan bir faktör olarak ve meşruiyet krizinin bir bileşeni olarak görülmüştür.¹³⁰

Tahkim mahkemesinin oluşumu, mahkemenin uyuşmazlığı ele alma biçimleri, potansiyel hakemin kim olduğu, hakemin önceki davalarda verdiği kararlara ilişkin bilgi, kararların yayınlanıp yayınlanmayacağı, duruşmaların halka açık olup olmayacağı, uyuşmazlığın tarafı olmayan ilgili kişilerin (interested parties) öneri getirip getiremeyeceği hususları şeffaflık kapsamındadır.¹³¹ Uluslararası yatırım tahkimi bakımından şeffaflık kapsamına giren bu hususlardan bir kısmı, bazı durumlarda uluslararası ticari tahkimin niteliği gereği kapsam dışına çıkarılabilir.

¹²⁶ Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its 53rd session (Vienna, 4-8 October), http://www.uncitral.org/uncitral/en/mission/working_groups.html, ET. 20.11.2019.

¹²⁷ Ruscilla, s. 4; Ribeiro and Douglas, s. 50-51; Karacan, s. 9

¹²⁸ Rona Aybay, "Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim", Ekonomik Forum, 1999 (naklen, Çal, s. 147).

¹²⁹ Calamita, s. 650; Magraw and Amerasinghe, s. 343.

¹³⁰ Shirlow, s. 622.

¹³¹ Karacan, s. 9.

Yukarıda dört kategori altında belirttiğimiz (demokrasi açığı, devlet hazinesi, hükümetin görevi kötüye kullanması, önemli kamu politikası sorunları) “kamu yararı”, doğrudan özel taraflar arasındaki ihtilaflarda yer almamaktadır ve bunlar ticari ihtilaflarda mutlaka risk altında değildir. Bu nedenle, her ne kadar bazen ticari anlaşmazlıklar önemli kamu politikası sorunlarını etkileyebilse de, uluslararası ticari tahkimde şeffaflık eksikliğinin tolere edilebileceği iddia edilmiştir.¹³² Bu bakımdan yatırım tahkiminde ticari tahkime oranla şeffaflık talebi daha fazladır. Bu talebin bir diğer sebebi de bu uyuşmazlıkların halk tarafından biliniyor ve ilgi ile izleniyor oluşudur.¹³³ Her ne kadar kamunun da etkileneyeceği büyük ticari tahkim ihtilafları bulunsa da, yatırım tahkimine konu olacak ihtilafların henüz netleşmeden kamu tarafından bilinmesi, yatırım tahkimindeki şeffaflık talebini ticari tahkime göre öne çıkarmıştır.¹³⁴ Uluslararası kurumlardaki şeffaflığı artırma eğilimi, halkın yatırım tahkiminde meşru kamu çıkarı bulunduğu fikrinin kurumlarca tanındığını göstermektedir.¹³⁵

Kamunun ilgilendiği bazı yatırım uyuşmazlıklarında zaman zaman konunun haberlerden çekilip sessiz bir şekilde çözüldüğü gözlemlenmiştir. Örneğin, *Agua Argentinas v. Argentina* tahkiminde bu durumun gerçekleşmesinin ardından uyuşmazlıkta ilk defa ICSID kapsamında mahkemenin STK’ların katılımına izin verip vermeyeceği hususu değerlendirilmiştir.¹³⁶ Mahkeme amicus curiae için başvuranların uygunluğunu değerlendirmek için başvuranların davadaki çıkarlarını, uzmanlıklarını ve bağımsızlıklarını eleştirel bir bakış açısıyla incelemiştir.

Yatırım tahkiminde şeffaflık kavramı hızlı bir gelişme kat etmiştir. NAFTA’dan önceki dönemde kural olan şeffaf olmama ilkesi, NAFTA ve ICSID düzenlemeleri ile yerini şeffaflığa bırakmıştır.¹³⁷ 2006 yılında ICSID, tahkim kurallarını, tahkim sürecinde şeffaflığı artırmak için özel olarak tasarlanmış hükümler içerecek şekilde değiştirmiştir.

¹³² Buna karşı Mitsubishi Motors davası bunun böyle olmadığını göstermektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. Argen, s. 236 vd.

¹³³ Bishop and Stevens, s. 4; Karacan, s. 16.

¹³⁴ Karacan, s. 16.

¹³⁵ Lee, s. 448.

¹³⁶ <https://www.italaw.com/cases/1057>, ET. 17.12.2019.

¹³⁷ Karacan, s. 19.

ICSID, üçüncü taraflarca yapılan amicus curiae başvuruları, duruşmalara katılım ve kararların yayınlanması yoluyla daha fazla şeffaflık sağlamayı amaçlamış; halkın yatırım tahkimine daha fazla katılımını sağlayacak yeni standart ve prosedürler sağlamıştır. 2006 ICSID değişiklikleri, mahkemelere, üçüncü kişilerin (ya da kurumların) amicus curiae özetlerini dosyalama isteklerini göz önünde bulundurmalarını şart koşturmuştur. Böylece anlaşmanın taraflarınca yeterince ele alınmayan konuların daha geniş halk kitleleri tarafından değerlendirilip katkı sunulması da hedeflenmiştir. Örneğin, tahkim sürecinde anlaşma taraflarınca göz ardı edilebilen, ancak çevre veya ticaret gibi kamuoyu için önemli olan konular bu sayede ayrıntılı olarak değerlendirilebilmiştir. Yine duruşmalar halka açılarak ve kararların yayınlanması öngörülerek şeffaflığın sağlanması hedeflenmiştir.

Biwater Gauff v. Tanzania davasında görev yapan ICSID hakem heyeti, 2006 yılında ICSID Tahkim Kuralları'nda yapılan değişikliklerin, şeffaflığa yönelik artan bir arzunun tezahürü olduğunu belirtmiştir.¹³⁸ Nitekim ICSID kurallarında şeffaflık lehine yapılan bu değişiklikler alandaki öncü gelişmelerdendir.¹³⁹ Bu kurallara göre, dava detayları halka açık bir web sitesinde listelenmiş ve amicus curiae bildirimlerine izin verilmiştir. ICSID'in revize edilmiş kuralları, şeffaflık konusunda bir diğer önemli düzenleme olan UNCITRAL'in Şeffaflık Kurallarını kabul etme aşamasının belirlenmesine de yardımcı olmuştur.

Konuyu ticari tahkim açısından ele alacak olursak, şeffaflığın sadece yatırım tahkimini ilgilendiren bir sorun olmadığını söylemek gerekmektedir. Şu nedenlerle ticari tahkimde de şeffaflıkla gizlilik arasındaki denge zorlaşabilir:¹⁴⁰ İlk olarak, ticari tahkim her ne kadar özel taraflar arasında görülse de bazen bir devlet de uyuşmazlığın tarafı olabilir. İkincisi, petrol, tarım, doğal kaynaklar vb konularla ilgili ticari tahkimlerde halk tahkim sonucundan etkileneceği için kamu yararı söz konusudur. Üçüncüsü, yolsuzluk, kara para aklama gibi suiistimalle-

¹³⁸ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Case No. ARB/05/22, <https://www.italaw.com/cases/157>, ET. 15.10.2019.

¹³⁹ Günümüze gelene kadar, ICSID, genel olarak kurumlar içinde en şeffafı idi, diğer mevcut kurum ve kuralların hiçbirisi halkın anlaşmazlığın farkında olması ve bu anlaşmaya müdahil olabilmesi için yeterli araçlara sahip değildi, Magraw and Amerasinghe, s. 341.

¹⁴⁰ Ruscilla, s. 8-9; Tung and Lin, s. 27.

rin yaşandığı ticari tahkimlerde de şeffaflık gereklidir. Dördüncüsü, bir ticari tahkimin sonucu, diğer bir tahkim sonucunu etkileyecek nitelikte olabileceği için bazen şeffaflık gereklidir. Yine, tahkim kararları gizlilik yükümlülüğü altına girerse, tahkim sürecinden yararlanan ve kararın meşruiyetini gözlemleyen tüm taraflar için kalite standardını korumak zorlaşır.¹⁴¹ Ticari tahkimde, özellikle görevi kötüye kullanma, rüşvet, yolsuzluk, para aklama gibi iddialar varsa şeffaflık önemlidir.¹⁴² Özel şirketler elektrik üretimi, su, altyapı, halk sağlığı, çevre koruma gibi konulardaki tesis ve sistemlerin sağlanmasında büyük rol oynadığı için ticari tahkim de bir devletin politika yapmasını ve dolayısıyla kamuyu etkileyebilir.¹⁴³

Aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan UNCITRAL Şeffaflık Kuralları tarafından daha da güçlendirilmiş olan şeffaflık eğilimine rağmen, ticari tahkim prosedürleri hala gizli kalabilir ve tarafların karşılıklı rızasıyla gizliliğin kapsamı daha da arttırılabilir.¹⁴⁴ Ancak, borsaalarda listelenen büyük ticari şirketlerde, kamunun ve yatırımcıların çıkarlarını korumak için kurumsal yönetim kuralları arzu edilmektedir ve bu kısmen zorunludur. Ticari tahkim kurumlarının niteliği de, ticari mahkemelere benzer şekilde kamu hizmeti niteliğinde olduğu için uluslararası kuruluşlara duyulan güveni korumak adına bu tür kurumların yönetim yapısına daha yakından bakmak ciddi bir ihtiyaçtır. Bunun için, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'ndan bir sonraki adım, şeffaflığı, paydaşlarına karşı hesap verebilirlik açısından uluslararası ticari tahkim kurumlarının kurumsal yönetiminde de detaylandırma gereğidir. Bunun için, Uluslararası Tahkim Kurumlarının Kurumsal Yönetişimi İçin UNCITRAL Kuralları - UNCITRAL Rules for Corporate Governance of International Arbitral Institutions) gibi bir düzenlemenin getirilmesi önerilmiştir. Burada OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin (The OECD Corporate Governance Principles) birinci ve beşinci maddeleri mevcut tahkim kurumları için hazır bir başlangıç

¹⁴¹ Tung and Lin, s. 28.

¹⁴² Karacan, s. 20. Uluslararası ticari ihtilaflara bir hukuk düzeni getirmeyi amaçlayan bir sistemi, yani tahkimi seçmiş olmak, taraflara ve yasal hizmet sunanlara perdeleri sistemin etrafına çekip ışıkları söndürme hakkı vermez. Çünkü şeffaflık hukuk kurallarının doğal bir özelliğidir, bkz. Rogers, s. 1337.

¹⁴³ Poorooye and Feehily, s. 312.

¹⁴⁴ Szalay, s. 39.

noktası sağlayabilir.¹⁴⁵ Anılan öneriye göre, mahremiyet, gizlilik, sürecin şeffaflığı ve tahkim hukukunun geliştirilmesi arasındaki denge, ancak uluslararası ticari hakem kurumları için tek tip bir kurumsal yönetim kodu çerçevesiyle sağlanabilir ve UNCITRAL, böyle bir çerçevenin geliştirilmesi için en uygun organdır.¹⁴⁶

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce - ICC), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi özel kurumlar özel ticari anlaşmazlıklar göz önünde bulundurularak oluşturulduğundan bu kurumlar daha az şeffaf olma ve kamu katılımına açık olmama eğiliminde olmuşlardır.¹⁴⁷ Çünkü ticari anlaşmazlıklar tamamen özel (private) olarak algılandığından, kamu yararı bu kurumlardaki prosedürlerin belirlenmesinde önemli bir rol oynamamıştır.¹⁴⁸ Ancak ilgili taraflar (interested parties) kavramı kamudan (public) ayrıldığında, uluslararası ticari tahkim sisteminin de son yıllarda daha fazla şeffaflığa doğru devrimci ilerlemeler kaydettiği açıkça ortaya çıkmıştır.¹⁴⁹ Örneğin, ICC, davalarda görevli hakemlerin adlarını, uyruklarını, hakemin tek hakem mi ortak hakem mi yoksa başkan mı olduğunu da yayınlamaya başlamıştır.¹⁵⁰ Sistem içindeki demokrasi eksikliğini farkedenden tahkim kurumları, ticari tahkimde de şeffaflığı teşvik etmekte; bu kapsamda ayıklanmış (sanitized) hakem kararları yayınlanmaktadır.¹⁵¹ Ayıklanmış kararlarda, uyuşmazlığın taraflarının kimliğini açığa çıkaracak bilgiler kaldırılır ve tahkim sürecini izleyenlerin yararlanabilecekleri bilgiler seçilerek bu amaçla uyuşmayan bilgiler dışlanır.¹⁵²

¹⁴⁵ Dhingra, s. 146. Bkz. OECD İlke I: Etkin Kurumsal Yönetim Çerçevesi Temelinin Tesisi, İlke V: Kamuya Duyuru Yapma ve Şeffaflık, <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>, ET. 22.11.2019.

¹⁴⁶ Dhingra, s. 127.

¹⁴⁷ Örneğin, ICSID dışında, taraflardan biri seçmediği sürece tahkim prosedürü halka açık olarak kaydedilmemektedir, Magraw and Amerasinghe, s. 342.

¹⁴⁸ Magraw and Amerasinghe, s. 342.

¹⁴⁹ Rogers, s. 1309.

¹⁵⁰ Bkz. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-begins-publishing-arbitrator-information-in-drive-for-improved-transparency/>, ET. 01.12.2019.

¹⁵¹ Tung and Lin, s. 41; Martins, s. 335; Argen, s. 208, 213; Rogers, s. 1319; Karacan, s. 19; Magraw and Amerasinghe, s. 342.

¹⁵² Örneğin, MTO Uluslararası Tahkim Mahkemesi Bülteni'nde, hakem kararları, taraf isimleri ve isimleri ortaya çıkaracak coğrafi-endüstriyel unsurlar ayıklanmış şekliyle yayınlanır, Karacan, s. 20.

Uluslararası tahkimde şeffaflık yönündeki gelişmeler, tahkim mahkemelerinin var olan kuralları şeffaflık lehine yorumlaması ve gizlilik-şeffaflık dengesinde şeffaflığa cömertçe yer vermeleriyle başlamıştır.¹⁵³ Örneğin, NAFTA kapsamında *SD Myers Inc. v. Canada* uyuşmazlığında tahkim mahkemesi UNCITRAL'ın kamera kuralını, tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilecek zımnî gizlilik kuralı olduğu şeklinde yorumlamakla birlikte bunun tahkimin doğal unsuru olmadığını vurgulamıştır.¹⁵⁴ NAFTA kapsamında görülen *SD Myers Inc. v. Government of Canada* davası şeffaflığa yönelik ilgide dönüm noktası olmuştur. Yine, *Methanex v. USA* davasında, açık bir kural olmasa bile uyuşmazlığın tarafı olmayanların bildirimde bulunmasına izin verilmiştir. Tarafların rızası olmamasına rağmen bu şekilde üçüncü kişilerin bildirimlerinin kabul edilmesi şeffaflık adına önemli bir adımdır. Nitekim tahkim mahkemelerinin, bu şekilde var olan kuralları yorumlamasını daha sonra muayyen kuralların belirlenip kabul edilmesi izlemiştir.

Ticari tahkimde, özellikle görevi kötüye kullanma, rüşvet, yolsuzluk, para aklama gibi iddialar varsa şeffaflık önemlidir.¹⁵⁵ Özel şirketler elektrik üretimi, su, altyapı, halk sağlığı, çevre koruma gibi konulardaki tesis ve sistemlerin sağlanmasında büyük rol oynadığı için ticari tahkim de bir devletin politika yapmasını ve dolayısıyla kamuyu etkileyebilir.¹⁵⁶

Uluslararası ticari tahkimde gizlilik yerine şeffaflığın ön plana çıkmasının tahkimin tercih edilirliliğini azaltacağı ileri sürülmüştür. Tarafların, uyuşmazlığın bazı noktalarının gizli kalmasındaki meşru menfaati gözetildiğinde, eğer ticari tahkimde de UNCITRAL Şeffaflık Kuralları benzeri kurallar uygulanırsa tarafların tahkim yerine başka ihtilaf çözüm yollarını tercih edecekleri belirtilmektedir.¹⁵⁷ Bu görüşe

¹⁵³ Saravanan and Subramanian, s. 120; Karacan, s. 25.

¹⁵⁴ S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, <https://www.italaw.com/cases/969>, ET. 10.11.2019; Kenny, s. 475.

¹⁵⁵ Karacan, s. 20. Uluslararası ticari ihtilaflara bir hukuk düzeni getirmeyi amaçlayan bir sistemi, yani tahkimi seçmiş olmak, taraflara ve yasal hizmet sunanlara perdeleri sistemin etrafına çekip ışıkları söndürme hakkı vermez. Çünkü şeffaflık hukuk kurallarının doğal bir özelliğidir, bkz. Rogers, s. 1337.

¹⁵⁶ Poorooye and Feehily, s. 312.

¹⁵⁷ Rogers, s. 1337.

göre, ticari tahkimde verilen kararlar, yatırım tahkiminde olduğu gibi devlet fonlarını etkilemeyeceği için şeffaflık büyük bir problem değildir. Burada yapılması gereken, yatırım tahkimiyile olan farklılıklar değerlendirilerek şeffaflığın ticari tahkime uyacak formda uyarlanması ve tahkim kurumlarının anonim kararlar yayınlamak suretiyle buna öncü olmasıdır.¹⁵⁸

Tahkim kurumlarının kurallarında genellikle şeffaflığa ilişkin açık düzenlemeler yoktur. İlk olarak, ICSID, *Suez Vivendi v. Argentina* uyuşmazlığında oybirliğiyle Kurallar m. 44 kapsamında *amicus curiae* başvurularının dikkate alınacağına karar vermiştir.¹⁵⁹ Kararda, şeffaflık ve gizlilik dengesi değerlendirilmiş; tahkim mahkemesinin üçüncü kişilerin bildirimde bulunmasına izin verirken bu hususu değerlendirmesi gerektiğine değinilmiştir. Aynı zamanda üçüncü kişilerin görüşlerini kabul etmek için, anlaşmazlığın konusunun uygunluğu, konunun *amicus curiae* bildirimlerine uygunluğu gibi kriterlere dikkat çekilmiştir.

Şeffaflıkla ilgili ilk düzenlemeler NAFTA ve ECT’de (Energy Charter Treaty – Enerji Şartı Anlaşması) yapılmış; sonrasında yatırım anlaşmalarında da yer almaya başlamıştır. UNCITRAL Kuralları’nın yürürlüğe girmesinden önce bile, yatırımcı-devlet tahkiminin şeffaf bir şekilde yürütülebilmesi için bazı anlaşmalar yapılmıştır. Örneğin, Avustralya-Yeni Zelanda Serbest Ticaret Anlaşması’nda, tarafların tüm kararları kamuya açık hale getirebileceği düzenlemesi yapılmıştır.¹⁶⁰

Yukarıda bahsettiğimiz süreç içerisinde şeffaflık talebinin artması ve bu konuda tartışmaların gündeme gelmesiyle birlikte UNCITRAL Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Kuralları getirilmiştir. UNCITRAL Şeffaflık Kuralları’nın getirilmesi oldukça önemli bir gelişmedir. Zira her ne kadar *SD Myers ve Methanex* davasıyla şeffaflığa olan ilgi artmışsa da bu, kesin bir nitelik taşımadığı için

¹⁵⁸ Karacan, s. 21. Ticari tahkimde “the work-product doctrine” uygulanması önerisi için bkz. Poorooye and Feehily, s. 316 vd.

¹⁵⁹ ICSID Case No. ARB/03/19, *Magraw and Amerasinghe*, s. 343. Ancak tarafların bildirimlerine ulaşım reddedilmiştir. *Biwater Gauff v. Tanzania* uyuşmazlığında da tarafların iddialarına ilişkin belgelere dair ek bilgi talebi gizlilik nedeniyle reddedilmiştir, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/05/22, bkz. *Magraw and Amerasinghe*, s. 344.

¹⁶⁰ *Ribeiro and Douglas*, s. 53.

Şeffaflık Kuralları getirilmeden önce UNCITRAL Kuralları uyarınca görülen yatırım tahkimlerinin çoğu gizli kalmıştır.¹⁶¹ AB'nin, Lizbon Anlaşması ile birlikte yatırım konusunu münhasır yetki alanına dahil etmesi ve AB Komisyonu'nun şeffaflık konusundaki olumlu yaklaşımı da önemli gelişmelerdendir.¹⁶² Bu gelişmeler, şeffaflığa yönelik memnuniyet eğiliminin bir parçasıdır.

E. ŞEFFAFLIK KONUSUNDA ÖNEMLİ GELİŞMELER VE DÜZENLEMELER

1. Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Kuralları (UNCITRAL Şeffaflık Kuralları)

UNCITRAL Şeffaflık Kuralları kabul edilmeden önce, UNCITRAL tarafından uygulanan kurallar, ICSID veya NAFTA kurallarının sağladığı şeffaflık derecesinden yoksundu.¹⁶³ Yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarında şeffaflığın sağlanmasının önemini kabul eden UNCITRAL, 2010 yılında UNCITRAL Tahkim Kurallarının gözden geçirilmesinin ardından şeffaflık konusunu özel olarak ele almaya karar vermiştir. Ardından 2013 yılında, Komisyon, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nı kabul etmiştir. Nihayet daha sonra, Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık Kuralları (UNCITRAL Şeffaflık Kuralları - UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) 01.04.2014 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.¹⁶⁴ Kurallar, yatırımcı-devlet tahkimine, tahkim süreci boyunca şeffaflığı zorunlu kılan ilk kurumsal kurallardır. Ayrıca Kurallar, yatırım tahkiminin usule ilişkin yönlerini, karmaşık anlaşma değişikliklerine gerek kalmadan değiştirmek için bir model sunmaktadır.¹⁶⁵

¹⁶¹ Knahr and Reinisch, s. 97- 98; Kenny, s. 476.

¹⁶² Calamita, s. 673-675; Karacan, s. 31.

¹⁶³ Levander, s. 516, 521-530; Saravanan and Subramanian, s.132.

¹⁶⁴ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, Report of the United Nations Commission on International Trade Law - Forty-Sixth Session (8-26 July 2013), United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, GA Res 69/116, UN GAOR, 69th sess, 68th plen mtg, Agenda Item 76, UN Doc A/RES/69/116 (18 December 2014) annex, 3 (Mauritius Convention on Transparency).

¹⁶⁵ Stephan W. Schill, "Editorial: The Mauritius Convention on Transparency", *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, Volume 16, Issue 2, ss.201-204, s. 203; Shirlow, s. 633.

UNCITRAL'in Şeffaflık Kuralları oldukça geniş bir şeffaflık tanımını desteklemektedir.¹⁶⁶ Kurallar, tahkimlerin genellikle özel veya gizli olduğu kuralından ayrılışı göstermektedir. Kurallar birçok bakımdan açık adalet ilkesinin yatırımcı-devlet tahkimine aktarılmasını sağlamaktadır. Değişiklikten önce yatırım tahkiminde usule ilişkin şeffaflık konusu, büyük ölçüde tarafların takdirine bırakılmıştı. Usul kuralları şeffaflık hususunu düzenlese bile, itirazda bulunan taraflar bu hükümleri tek taraflı veya karşılıklı rıza ile geçersiz kılmak için genellikle serbestti. Diğer bir deyişle, usule ilişkin kuralların seçiminde taraf özerkliği (party autonomy) söz konusuydu.¹⁶⁷ Kurallar ile, uluslararası ticari tahkim normlarına aykırı olmamakla birlikte hem devletlerin hem de yatırımcıların ihtiyaçlarını dengeleyen net ve makul bir yaklaşım benimsenmiştir.¹⁶⁸

Kuralların ilk maddesinde uygulama alanı belirlendikten sonra diğer maddelerde sırasıyla, yukarıda açıkladığımız ve şeffaflık kapsamında olan hususlar (bilgilerin yayınlanması, belgelerin yayınlanması, üçüncü kişilerin bildirimleri, uyuşmazlık tarafı olmayan anlaşma tarafının bildirimleri, duruşmaların kamuya açıklığı) ele alınmıştır.

UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın uygulanabilmesi için gereken şartlar ilk maddede düzenlenmiştir. "Uygulama alanı" başlıklı m. 1'in ilk fıkrasına göre, "tahkimin, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre yürütülmesi, bir yatırımcı-devlet tahkiminin söz konusu olması ve anlaşmanın 1 Nisan 2014 ve sonrasında akdedilmiş olması" gerekmektedir. Maddeye göre, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre başlatılmış yatırımcı-devlet tahkimine, taraflar aksini kararlaştırmadıkça uygulanır. Maddeden anlaşıldığı üzere, bu kurallar uluslararası ticari tahkimde uygulanamayacaktır.

İlk maddede düzenlenen bir diğer husus ise UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın 01.04.2014 tarihi ve sonrasında imzalanan anlaşmalar bakımından uygulanacağıdır. Ancak bu konuda maddede taraf iradelerine de değeri verilmiş; tarafların isterlerse bu tarihten önce imzalanmış anlaşmalarda da bu kuralları uygulayabilecekleri belirtilmiştir. Ancak

¹⁶⁶ Eskiden bilimsel çevreler ve bazı kurumlar tarafından yapılan şeffaflık tanımlarının dar olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Argen, s. 215-221.

¹⁶⁷ Shirlow, s. 642.

¹⁶⁸ Kenny, s. 488.

doktrinde, yeni şeffaflık standartları mevcut anlaşmalara geçmişe dönük olarak uygulanırsa otoritesini aşacağı ve UNCITRAL'in mevcut anlaşmaları ihlal ettiği gerekçesiyle yasal zorluklarla karşı karşıya kalacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁶⁹ Buna karşın bir kısım çevreler de halkın şeffaflığa ilgisine rağmen Kuralların yalnızca 01.04.2014'ten sonra imzalanan anlaşmalara uygulanmasını eleştirmiş ve bu durumun, kuralların etkinliğini ve etkisini büyük ölçüde sınırlandırdığını ifade etmiştir.¹⁷⁰

Maddenin uygulama alanının geniş olduğunu söylemek mümkündür. Zira m.1'in dokuzuncu fıkrasında, tarafların isterlerse şeffaflık kurallarını UNCITRAL Tahkim Kuralları dışında yürütülen yatırım tahkimlerinde yahut ad hoc tahkimlerde de uygulayabilecekleri belirtilmiştir.

Kuralların ikinci maddesinde, uyuşmazlığın taraflarının tahkimin başladığına ilişkin bilgileri (tahkim bildiriminin bir kopyasını) m. 8'de belirtilen veri merkezine bildirmesi gerektiği; veri merkezinin de bu bildirimle birlikte uyuşmazlığın taraflarını, hangi ekonomik sektöre ilişkin olduğunu, anlaşmanın adını ivedilikle kamu bilgisine sunması gerektiği düzenlenmiştir.¹⁷¹ Yukarıda bahsettiğimiz şeffaflık kapsamında kamunun bilgilendirilmesi hususunun bu maddede ele alındığı görülmektedir. Veri merkezi oluşturulması da şeffaflığın sağlanmasını kolaylaştıran bir durumdur. Kamuoyu, UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde yapılan yatırımcı-devlet tahkimleri ile ilgili temel bilgilere internet üzerinden anahtar belgelerin yayınlanması yoluyla ulaşacaktır. Bu belgeler BM Genel Sekreteri tarafından UNCITRAL Sekreteryası aracılığıyla tutulan bir "Şeffaflık Sicili" nde mevcut olacaktır.

Şeffaflık kapsamında belgelerin yayınlanması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın üçüncü maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Maddede üç belge kategorisi oluşturulmuştur: 1) zorunlu ve otomatik olarak ifşa edilecek belgeler, 2) herhangi bir kişi mahkemeden açıklamasını talep ettiğinde zorunlu olarak açıklanacak belgeler ve 3) mahkemenin takdir yetkisine sahip olduğu

¹⁶⁹ Lee, s. 470; Levander, s. 507-508

¹⁷⁰ Levander, s. 507.

¹⁷¹ UNCITRAL Rules on Transparency, Article 2 (Publication of information at the commencement of arbitral proceedings).

belgeler.¹⁷² Maddeye göre, yedinci maddede düzenlenen istisnalar haricinde şu belgelerin yayınlanması gerekmektedir: Tahkim bildirimi, buna verilen cevap, dava ve cevap dilekçesi, tarafların yapacakları yazılı bildirimler, belgelere ilişkin ekler, bilirkişi raporları, tanık beyanları, uyuşmazlık tarafı olmayanların ve üçüncü kişilerin bildirimleri, duruşma çizelgesi, tahkim mahkemesinin kararı.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, m.7’de düzenlenen şeffaflığın istisnalarına tabi olarak, bilirkişi raporları ve tanık beyanlarının da tahkim mahkemesinden birinin talebi halinde kamuya açık olacağı belirtilmiştir. Bunun yanında maddenin üçüncü fıkrasında da tahkim mahkemesinin ilk iki fıkra da belirtilen belgelere ek olarak başka birtakım belgelerin de kamuya açık olup olmayacağı, olaksa bu belgelere ulaşma yöntemini belirleme konusunda yetkisi bulunduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda belgelerin bir siteye konulabileceği yöntemi de örnek olarak verilmiştir.

Üçüncü maddede düzenlenen bir diğer husus, kamuya açık olacak belgelerin tahkim mahkemesi tarafından mümkün olan en kısa sürede gerekli ayıklama yapılarak veri merkezine iletilmesi; veri merkezinin de bu belgeleri iletildiği dilde ve şekilde erişilebilir kılması gerektiğidir. Belgelerin yayınlanmasının masraflarından da üçüncü fıkradaki durumlar dışında, belgelerden yararlananlar sorumlu olmayacaktır.

Kurallar kamunun katılımına imkan veren düzenlemeler içermektedir. Örneğin, dördüncü maddede, uyuşmazlığa ve anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişilerin katılımı hususu; beşinci maddede ise uyuşmazlığa taraf olmamakla birlikte ilgili anlaşmaya taraf olanların yapacağı bildirimler hususu düzenlenmiştir. Dördüncü maddeye göre, tahkim mahkemesi, anlaşmazlığın tarafları ile görüştüktan sonra üçüncü kişilerin mahkemeye yazılı bildirimde bulunmasına (*amicus curiae*) izin verebilecektir. Bu yetki, yalnızca “yazılı başvurular” ile ilgilidir ve duruşmada beyanda bulunma gibi diğer katılım biçimlerini ele almamaktadır.

Bu madde uyarınca bildirimde bulunacak üçüncü kişinin uyması gereken usul ve başvurusunda belirtmesi gereken hususlar da aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişi,

¹⁷² Johnson and Bernasconi-Osterwalder, s. 15.

kendisinin hukuki statüsünü, genel amaçlarını, uyumsuzluğun taraflarıyla olan doğrudan veya dolaylı bağlantılarını, herhangi bir hükümet veya örgütten bildirimin hazırlanması için finansal destek alıp almadığını, tahkim süreci ile ilgili menfaatini, bildirimindeki maddi ve hukuki unsurların tanımlarını belirtmek durumundadır. Tahkim mahkemesi ise üçüncü kişinin verdiği bu bilgileri değerlendirerek bildirimde bulunmakta önemli bir menfaati olup olmadığını, tahkim sürecine farklı bir bakış açısı ve katkı sağlayacaksa bunun niteliğini ele alarak üçüncü kişinin bildirimde bulunmasına imkan verip vermeyeceğine karar verir (Kurallar m. 4/3).

Tahkim yargılamasının bildirimlerden olumsuz etkilenmemesi adına da birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Tahkim mahkemesi bu amaca yönelik olarak, bildirimlerin yargılamayı aksatmasını, haksız olarak zorlaştırmasını ve taraflara karşı adil olmayacak şekilde önyargı oluşmasını engellemek durumundadır (Kurallar m. 4/5). Bu kurallar mutlak değildir. Aşağıda anlatılacağı üzere, Kuralların yedinci maddesi kapsamında istisnalar uygulanabilir.

Kuralların beşinci maddesinde, uyumsuzluk tarafı olmamakla birlikte anlaşma tarafı olanların, hem anlaşmanın yorumlanmasına hem de bunun haricinde uyumsuzluk kapsamına giren diğer hususlarda (m. 4/3'teki sınırlamalar dikkate alınarak) yapacakları bildirimler düzenlenmiştir. Bu maddede, dördüncü maddeden farklı olarak, bildirimler yalnızca "yazılı başvuruları" ele almakla sınırlı değildir. Bu maddede de, dördüncü maddede olduğu gibi bildirimlerden mahkemenin olumsuz etkilenmesini engelleme görevi vardır. Ayrıca, tahkim mahkemesi izin vermesine rağmen bildirim yapılmazsa mahkemenin bu durumdan bir sonuç çıkarmayacağı hususu da düzenlenmiştir. (Kurallar m. 5/3).

Şeffaflığın bir diğer gereği olan, duruşmaların kamuya açık olması hususu da Kuralların altıncı maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, delillerin ve sözlü argümanların sunulacağı duruşmalar kamuya açık olacak; kamuya açıklığın sağlanması için video bağlantısı gibi lojistik kolaylıklar sağlanacaktır. Fakat mahkeme gizli bilgilerin korunması yahut tahkim sürecinin bütünlüğünün gerektirmesi halinde ya da lojistik imkanlar elvermediğinde duruşmanın o bölümünün gizli yapılmasına karar verebilecektir (Kurallar m. 6/2,3). Diğer bir deyişle,

tahkim duruşmaları, tahkim sürecinin bütünlüğüne zarar vermeyeceği veya gizli bilgileri ifşa edemeyeceği ölçüde halka açık olacaktır. Ancak lojistik nedenlerle duruşmaları kapatma yetkisinin yalnızca dar bir şekilde uygulanıp kötüye kullanılmayacağından emin olmak için aynı maddede, halka açık erişimi kolaylaştırmak ve pratik zorluklardan kaçınmak için duruşma öncesinde lojistik konuların düzenlenmesi gerektiğini belirten bir hüküm de getirilmiştir.

Özel ticari bilgiler, iş sırları, anlaşma yahut yasa tarafından kamuya açık olmaktan istisna tutulan bilgiler Kuralların yedinci maddesinde şeffaflığın istisnaları olarak zikredilmiştir. Buna göre, tahkim mahkemesi, uyuşmazlığın tarafları ile görüşüp gizli kalması gereken konuları belirledikten sonra, üçüncü kişilerin ilgili belgelerdeki koruma taleplerine süre kısıtlaması koyabilir, gizli bilgilerin acilen belirlenmesi ve redaksiyonu için tedbirler alabilir, duruşmaları m.6/2’de belirtilen şekilde gizli yapabilir (Kurallar m. 7/3). Bilginin açıklanması davalı devletin temel güvenlik haklarına aykırı olaksa veya tahkim sürecinin bütünlüğü tehlikeye girecekse kamuya açıklığın sağlanması söz konusu olmaz (Kurallar m. 7/5,6). Görüldüğü üzere düzenleme ile tahkim mahkemesine hangi bilgilerin kamuya açık hangilerinin istisna olacağını belirleme, taraf menfaatlerini dengeleme ve tahkim sürecinin bütünlüğünü korumaya yönelik dengeyi sağlama görevi verilmiştir.

2. Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık (Mauritius) Konvansiyonu

Şeffaflık hususunda en önemli ve en yeni düzenlemelerden olan “Anlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Birleşmiş Milletler Şeffaflık (Mauritius) Konvansiyonu (United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration – The Mauritius Convention on Transparency) 18.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁷³ 10.12.2014’te kabul edilen Konvansiyon, anlaşmada gerekli olan üç ülke Kanada, Mauritius ve İsviçre’nin de onaylaması ile yürürlüğe konulmuştur. Yatırımcı-devlet tahkiminde şeffaflığın sağlanması anlamında Konvansiyon oldukça önemli bir adımdır.

¹⁷³ Konvansiyon maddelerinin tamamı için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/2014/12/20141210%2011-52%20AM/CH_XXII_3.pdf, ET. 07.11.2019.

Konvansiyonun uygulama alanı ilk maddede düzenlenmiştir. Yatırımcı ile devlet veya bölgesel ekonomik entegrasyon örgütü arasında, 01.04.2014 tarihinden önce imzalanmış yatırım anlaşmalarına dayalı tahkimlerde Konvansiyon uygulanır. Uygulama alanı çok dar olarak belirlenmesine rağmen, Konvansiyonda “dahil olma (opt-in)” imkanı sağlanarak başka düzenlemedeki kuralların da Konvansiyona tabi olmasına vesile olunmuştur.¹⁷⁴ Böylece, Konvansiyon, tahkimin UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre yürütülmesinden bağımsız olarak anlaşmalara dayanan birçok yatırım uyumsuzluğunda UNCITRAL Şeffaflık Kuralları’nın uygulanabilmesine olanak tanımıştır (m. 1/9).

Konvansiyon, şeffaflık kurallarını anlaşmalarına uygulanabilir kılmak isteyen devletlere, diğer devletlerin sözleşmenin önerdiği mekanizmayı kullanmak zorunda olmalarını beklemeden, bunu yapmak için etkili ve esnek bir mekanizma sunmaktadır.¹⁷⁵

Konvansiyonda opt-in imkanı tanınmasının yanında, taraflara belirli istisnalar için çekince koyarak kapsam dışı kalmaya da (opt-out) imkan verilmektedir (Konvansiyon m. 3). Çekince gösterilebilecek durumlardan ilki, belirli bir yatırım anlaşması kapsamında bir yatırımcı-devlet tahkimine uygulanmayacağını kararlaştırılabilecek olmasıdır (m. 3/1,a). Bir diğer çekince, UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre yürütülmeyen tahkimlerde şeffaflık kurallarının uygulanmayabileceğine ilişkindir (m. 3/1,b). Diğer çekince, bir tarafın kendisinin davalı olduğu tahkimlerde şeffaflık kurallarının uygulanmayacağını belirtmesine ilişkindir (m. 3/1,c). Yine şeffaflık kurallarının revize edilmesi halinde tarafların 6 ay içinde revize edilmiş kuralların uygulamayabileceği de bir diğer çekince durumudur (m.3/2).

Ancak şu unutulmamalıdır ki şeffaflıktan vazgeçmenin (opt-out) maliyeti, bir devletin yatırım anlaşmaları kapsamındaki taahhütlerini meşrulaştırma fırsatının ve yatırımcı-devlet tahkiminin de kendisini meşrulaştırma fırsatının kaybedilmesidir.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Konvansiyona göre devletler uygulama alanını genişletme imkanına sahip olduğu için 3000’in üzerinde yatırım anlaşmasının Konvansiyon kapsamına girebileceği düşünüldüğünde düzenlemenin önemi daha iyi anlaşılacaktır, bkz. Keith Loken, “Introductory Note to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration”, American Society of International Law, 2013, Volume 52, No. 6, ss.1300-1308, s. 1300; Ribeiro and Douglas, s. 66; Schill, s. 202.

¹⁷⁵ Ribeiro and Douglas, s. 67.

¹⁷⁶ Ribeiro and Douglas, s. 71.

Konvansiyonun ikinci maddesinde iki taraflı anlaşma ve tek taraflı teklif durumunda uygulama düzenlenmiştir. Konvansiyon m. 2/1'e göre, iki taraflı anlaşma durumunda hem davalı devlet hem de yatırımcının devleti Konvansiyona taraftır ve her iki devlet de m. 3 uyarınca çekince koymadıysa UNCITRAL Şeffaflık Kuralları, tahkimin UNCITRAL veya başka kurallara göre açılması fark etmeksizin uygulanacaktır. Konvansiyon m. 2/2'de ise davalı devletin Konvansiyona taraf olduğu fakat yatırımcının devletin taraf olmadığı durumlar düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca, davalı devlet m. 3'e göre çekince koymadıysa UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ancak davacı yatırımcı kabul ederse uygulanacaktır.

Sonuç olarak, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın uygulama alanını genişleten bu Konvansiyon'un kabul edilmiş olması, uluslararası camiada şeffaflığa yönelik çağdaş desteklerin göstergesi olup alandaki en önemli gelişmelerdendir.¹⁷⁷

3. Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'nda Şeffaflık

Tahkimde şeffaflık konusunda öncü olması bakımından Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (North American Free Trade Agreement – NAFTA) önemli bir anlaşmadır. UNCITRAL Şeffaflık Kurallarının şekillenmesinde de, NAFTA'da yaşanan gelişmeler etkili olmuştur. Şeffaflığa yönelik yatırım anlaşması hükümlerinin evrimi, Kanada, Meksika ve ABD arasındaki Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması ile başlamıştır. Özellikle NAFTA üyelerinin şeffaflık lehine olan tutumları ve tahkim mahkemelerinin var olan kuralları şeffaflık lehine yorumlamalarıyla alandaki değişime öncü olunmuştur.¹⁷⁸ Bu bakımdan, şeffaflık ilkesi, tarafların adil ve hakkaniyete uygun muamele konusundaki meşru beklentisi doğrultusunda yorumlanmıştır.

¹⁷⁷ Ribeiro and Douglas, s. 69.

¹⁷⁸ Amicus curiae başvurularına ve açık duruşmalara izin vererek halkın erişiminin sağlandığına örnek üç NAFTA davası vardır. Bunlar, Methanex Corporation v. United States of America; Canfor v. United States of America ve United Parcel Services of America v. Canada davalarıdır. Saravanan and Subramanian, s. 136; Guide for Access to Information and Participation by NGOs in Investment Arbitration (in particular, as amicus curiae), <https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/161028-sciencespo-projet-white-case-llp-guide-ong-en.pdf>, ET. 23.11.2019.

NAFTA kapsamında *SD Myers Inc. v. Canada* uyuşmazlığında tahkim mahkemesi UNCITRAL'in kamera kuralını, tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilecek zımni gizlilik kuralı olduğu şeklinde yorumlamakla birlikte, bunun tahkimin doğal unsuru olmadığını vurgulamıştır. Yani tahkim mahkemesi zımni gizliliğin sadece duruşma ve kararların yayınlanmasına veya tahkimin varlığına ilişkin olduğunu; kamera şartı dışında gizliliğin yatırımcı-devlet tahkiminin esas unsuru olmadığını belirtmiştir. Bir diğer uyuşmazlık olan *Methanex v. USA* uyuşmazlığında, konusu önemli olduğu için sivil toplum örgütleri bildirimde bulunmak istemiştir (UNCITRAL Kuralları'nda ve NAFTA Kuralları'nda uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerin katılımı ve kararların yayınlanması tarafların rızasına tabidir).¹⁷⁹ Tahkim mahkemesi bu isteği, UNCITRAL Kuralları m. 15'te yer alan "taraflar eşit muamele görmeli ve davalarını savunması için tam imkan verilmeli" ifadesinden yola çıkarak kabul etmiştir; ancak belgelere ulaşmaya ve sözlü bildirimde bulunmaya imkan vermemiştir. *Methanex v. USA* kararı, amicus curiae bildirimlerine izin verilen ilk yatırımcı-devlet tahkimi olması bakımından önemlidir.¹⁸⁰

NAFTA 11. Bölüm, özellikle yatırım anlaşmalarıyla ilgilenir ve bir yatırımın hükümet eyleminden olumsuz etkilendiği durumlarda bireylerin veya şirketlerin NAFTA taraflarına dava açmasına izin verir. Bu bölümde özellikle şu hususlar vurgulanmaktadır: 1) NAFTA tarafları tarafından tahkim usullerinin kamuoyuna daha fazla açıklanması için atılan ilerici adımlar, 2) NAFTA rejiminin, tahkim yargılamasını kurallar ve yorumlar yoluyla nasıl daha açık bir hale getirdiği. Yine bu bölümde, kamunun belgelere erişimi, üçüncü tarafların katılımı ve oturumların açık olması konuları olumlu bir şekilde ele alınmıştır.

¹⁷⁹ Yapılan bilimsel bir çalışma sonucu, kimyasal bazlı oksijenatların kullanımının çevre ve halk sağlığı için ciddi bir tehdit oluşturduğu ortaya çıktığı için kamu bu uyuşmazlığa ilgi göstermiştir, ayrıntı için bkz. *Methanex Corporation v United States of America* (Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits) (Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, 3 August 2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>, ET. 13.11.2019.

¹⁸⁰ Amicus curiae bildirimlerine izin verilen bir diğer karar *UPS v. Kanada uyuşmazlığı*dır, *United Parcel Serv. of Am. Inc. (UPS) v. Government of Canada, Decision on Participation as Amici Curiae*, para. 73 (NAFTA Oct. 17, 2001), <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/dispdiff/ups-23.pdf>, ET. 20.11.2019.

Yukarıda bahsedilen kararlardan sonra, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu'nun (Free Trade Commission - FTC) iki açıklamasında "belgelerin yayınlanması ve uyuşmazlığın tarafı olmayanların bildirimleri" başlıkları altında şeffaflık hususu ele alınmıştır. İlk açıklama, 11. Bölümün Belirli Maddelerinin Yorumuna İlişkin 2001 Açıklaması'dır (Note 2001). Bu açıklamaya göre, NAFTA kapsamında 11. Bölümde, tahkimin taraflarına gizlilik yükümlülüğü yükleyen herhangi bir madde yoktur. Yine, m. 1137(4) uygulamasına tabi olmak kaydıyla NAFTA kapsamındaki hiçbir düzenleme, tarafların 11. Bölüm düzenlemeleri gereği mahkeme tarafından verilmiş ya da mahkemeye sunulmuş belgelerin kamuya açık olmasını engellemez.¹⁸¹ Taraflar, m. 1120(2)'ye uygun olarak, NAFTA tarafları ile alakalı tahkim kurallarında gizlilik yükümlülüğü yüklenmediği konusunda anlaşmışlar; kurallarda belirtilmiş sınırlı ve belirli bazı istisnalar dışında, mahkeme tarafından verilmiş veya mahkemeye sunulmuş belgelerin, gizli iş bilgileri ve devletin yasaları gereği korunması gereken bilgileri redakte etmek koşuluyla en kısa zamanda kamuya açık hale getirileceği konusunda anlaşmışlardır.¹⁸² Ancak şu hususa da dikkat çekilmiştir ki tarafların bu yorumu, m. 2102 ve 2105'e göre saklanması gereken bilgilere erişimin sağlanacağı şeklinde yorumlanamaz.

Konuyla ilgili diğer açıklama, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu Uyuşmazlığın Tarafı Olmayanların Katılımına İlişkin Açıklama'dır (7 Ekim 2003). Buna göre, NAFTA kurallarında, tahkim mahkemesinin uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerin yazılı bildirimlerini (*amicus curiae*) kabul etmede sahip olduğu takdir yetkisini kısıtlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁸³ Açıklamaya göre, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu tarafından yapılan bu açıklamada yer alan hiçbir şey, tarafların NAFTA 1128. maddesi uyarınca sahip oldukları haklarına hâlel getirmez.

NAFTA'nın getirdiği şeffaflık düzenlemelerine göre, üçüncü kişi, kendisinin hukuki statüsünü, genel amaçlarını, uyuşmazlığın taraflarıyla olan doğrudan veya dolaylı bağlantılarını, herhangi bir hükümet

¹⁸¹ NAFTA Free Trade Commission, North American Free Trade Agreement Notes Of Interpretation Of Certain Chapter 1 Provisions § A1-A2a (2001), Magraw and Amerasinghe, s. 358.

¹⁸² Karacan, s. 67.

¹⁸³ Karacan, s. 68.

veya örgütten bildirimin hazırlanması için finansal destek alıp almadığını, tahkim süreci ile ilgili menfaatini, bildirimindeki maddi ve hukuki unsurların tanımlarını yazılı olarak belirtmek durumundadır. Usule ilişkin bu kurallar daha sonra UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'nın ortaya çıkışında etkili olmuştur.

Tahkim mahkemesi ise üçüncü kişinin verdiği bu bilgileri değerlendirek bildirimde bulunmakta önemli bir menfaati olup olmadığını, tahkim sürecine farklı bir bakış açısı ve katkı sağlayacaksa bunun niteliğini, kamu yararı olup olmadığını ele alarak üçüncü kişinin bildirimde bulunmasına imkan verip vermeyeceğine karar verir. İzin verdiği takdirde bu bildirimi uyuşmazlık taraflarına iletir. 2003 tarihli bu açıklamadan sonra *Glamis Gold v. USA* uyuşmazlığında yerli halkın bu nitelikteki bildirimleri kabul edilmiştir.¹⁸⁴ Yine, *Eli Lilly and Company and the Government of Canada* kararında uyuşmazlığın tarafı olmayan dokuz tarafın yaptığı bildirim başvurusundan altı tanesi kabul edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen iki açıklama dışında NAFTA düzenlemeleri m. 1128 ve 1137'de, tarafların katılımı ve kararların yayınlanması ile ilgili hususlar bulunmaktadır. Bu haliyle NAFTA, şeffaflık konusunda hem en iyi şartları sağlayan hem de UNCITRAL Şeffaflık Kuralları'na referans olan öncü anlaşma durumundadır.¹⁸⁵

SONUÇ

Uluslararası tahkimde şeffaf olmayı gerektiren muhtemel risk altında kamu çıkarları bulunmaktadır. Bu, tahkim kurumlarını şeffaflık lehine düzenlemeler yapmaya teşvik etmiş; hatta buna mecbur kılmıştır. Şeffaflık, anlaşmazlıkların kaydedilmesi, kamunun dokümanlara ulaşımı, kararlara erişim, yargılama işlemlerinin halka açık olması, sürecin raporlanmasına izin verilmesi, uyuşmazlığın tarafı olmayanların amicus curiae ile sürece dahil edilmesi gibi hususları kapsar. Tahkimde şeffaflık kavramı gizlilik, mahremiyet, kamuya açıklık, kamunun bilgilendirilmesi kavramları ekseninde ele alınmaktadır. Ticari sırlar, devlet sırları, gizli kalması istenen iş bilgileri, yasal veya mesleki ayrıcalık kapsamında korunan birtakım bilgiler şeffaflık kavramı içinde açıklanmayacak gizli hususlardır.

¹⁸⁴ Karacan, s. 70.

¹⁸⁵ Maupin, s. 154; Lee, s. 449.

Uluslararası yatırım tahkimi bakımından şeffaflık kapsamına giren hususlardan bir kısmı, uluslararası ticari tahkimde niteliği gereği çoğunlukla kamu yararı bulunmadığından kapsam dışına çıkarılabilir. Ancak esasında şeffaflık sadece yatırım tahkimini ilgilendiren bir sorun değildir. Çünkü ticari tahkim her ne kadar özel taraflar arasında görülsede bazen bir devlet de uyuşmazlığın tarafı olabilir. Petrol, tarım, doğal kaynaklar vb konularla ilgili uyuşmazlıklarla alakalı ticari tahkimlerde, halk tahkim sonucundan etkileneceği için kamu yararı söz konusudur. Burada yapılması gereken, yatırım tahkimiyile olan farklılıklar değerlendirilerek şeffaflığın ticari tahkime uyacak formda uyarlanması ve tahkim kurumlarının anonim kararlar yayınlamak suretiyle buna öncü olmasıdır.

Uluslararası tahkimde şeffaflıkla ilgili ilk düzenlemeler 2001’de NAFTA’da yapılmıştır. Ardından 2006 yılında ICSID, tahkim kurallarını şeffaflığı artırmak için özel olarak tasarlanmış hükümler içerecek şekilde değiştirmiştir. Şeffaflık konusunda diğer önemli düzenlemeler, UNCITRAL Şeffaflık Kuralları ile 2017 tarihli Mauritius Konvansiyonu’dur.

Alandaki önemli düzenlemeler olan bu metinlerde, tahkimin varlığının kamu tarafından bilinmesi, kamunun belgelere erişilebilir kılınması, uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilere bildirim yapabilme imkanının tanınması, oturumların kamuya açık yapılmasına yönelik şeffaflık hükümleri mevcuttur. Halen, güncel anlaşmalara şeffaflık lehine hükümler konulmaya devam edilmektedir. Adil, meşru ve etkin bir yasal mekanizma için tahkimde şeffaflığın sağlanması zorunludur.

Kaynakça

Kitaplar

Karacan Pınar, Uluslararası Yatırım Tahkiminde Şeffaflık Kavramı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.

Makaleler

Argen Robert, “Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, Volume 40, Issue 1, ss. 207-246.

- Ataman Figanmeşe İnci, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, C. 31, S. 1, ss. 91-152.
- Aybay Rona, "Kamu Hizmeti ve Uluslararası Tahkim", *Ekonomik Forum*, 1999.
- Ball Carolyn, "What is Transparency?", *Public Integrity*, 2009, Volume. 11, No. 4, ss. 293-307.
- Bastin, Lucas, "The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration", *Cambridge Journal of International Comparative Law*, 2012, Volume 3, No.1, ss. 208-234.
- Bianchi Andrea, "On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law", in Andrea Bianchi and Anne Peters eds. *Transparency in International Law (Cambridge University Press)*, Cambridge 2013.
- Bishop Doak and Stevens Margrete, "The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy", *Arbitration Advocacy In Changing Times, ICCA Congress Series*, 2010, No. 15.
- Buys Cindy G, "The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", *The American Review of International Arbitration*, 2003, Volume 14, No. 121, ss. 121-138.
- Calamita Jansen N, "Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy", *Journal of World Investment and Trade*, 2014, Volume 15, Issue 3-4, ss. 645-678.
- Crook John R, "Joint Study Panel On transparency In International Commercial Arbitration", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2009, Volume 15, Issue 2, ss.361-365.
- Çal Sedat, "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57 S. 4, ss. 135-190.
- Dhingra Jayems, "Can Justice be Served Without Transparency in International Commercial Arbitrations?", *2015 UNCITRAL Emergence Conference- Harmonizing Trade Law to Enable Private Sector Regional Development*, 2015, Chapter 6, ss. 127-148.
- Euler Dimitrij and Scherer Maxi, "Conclusion: The Rules as a Swing of the Pendulum?", in edited by Dimitrij Euler et al., by Meagan Wong and Rebecca Hadgett, *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, (Cambridge University Press), Cambridge 2015, ss. 351-356.
- Fernandez Christian Guillermet and Puyana David Fernández, "Principles of Transparency and Inclusiveness as Pillars of Global Governance: The BRICS Approach to the United Nations", *BRICS Law Journal*, 2015, Volume 2, Issue 2, ss.7-24.
- William Kenny, "Transparency in Investor State Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 2016, Volume 33, No. 5, ss. 471-500.
- Knahr Christina and Reinisch August, "Transparency vs Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2007, Volume 6, ss. 97-118.
- Lee Julie, "UNCITRAL's Unclear Transparency Instrument, Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2013, Volume 33, Issue 2, ss. 438-474.

- Levander Samuel, "Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, Volume 52, Issue 2, ss. 506-541.
- Loken Keith, "Introductory Note to UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration", *American Society of International Law*, 2013, Volume 52, No. 6, ss.1300-1308.
- Magraw Daniel Barstow Jr and Amerasinghe Niranjali Manel, "Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration", *ISLA Journal of International and Comparative Law*, 2009, Volume 15, No. 2, ss. 337-360.
- Martins Alexandre Marques da Silva, "Challenges To Transparency And Ethics In Alternatives To Arbitration In The Realm Of International Investments", *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, 2016, Volume 11, ss. 321-376.
- Maupin Julie A, "Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad and the Murky", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge, 2013, ss.142-171.
- Nuemann Thore and Simma Bruno, "Transparency in International Adjudication", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law*, (Cambridge University Press), Cambridge 2013, ss. 436-476.
- Peters Anne, "Towards Transparency as a Global Norm", in Andrea Bianchi and Anne Peters, eds. *Transparency in International Law* (Cambridge University Press), Cambridge 2013, ss. 507-607.
- Poorooye Avinash and Feehily Ronán, "Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance", *Harvard Negotiation Law Review*, 2017, Volume 22, ss. 275-324.
- Ribeiro João and Douglas Michael, "Transparency In Investor-State Arbitration: The Way Forward", *Asian International Arbitration Journal*, 2015, Volume. 11, No. 1, ss. 49-67.
- Rogers Catherine A, "Transparency in International Commercial Arbitration", *University of Kansas Law Review*, 2006, Volume 54, Issue 5, ss. 1301-1337.
- Ruscalla Gabriele, "Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?", *Groningen Journal of International Law*, 2015, Volume 3, No.1.
- Saravanan Azhaham Perumal and Subramanian Ramamurthy Subramanian, "Transparency and Confidentiality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *BRICS Law Journal*, 2018, Volume 5, Issue 4, ss. 114-138.
- Schill Stephan W, "Editorial: The Mauritius Convention on Transparency", *The Journal of World Investment & Trade*, 2015, Volume 16, Issue 2, ss.201-204.
- Shirlow Esme, "Dawn Of A New Era? The Uncitral Rules And Un Convention On Transparency In Treaty-Based Investor-State Arbitration", *ICSID Review*, 2016, Volume 31, No. 3, ss. 622-654.
- Szalay Gábor, "Arbitration and Transparency – Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement", *Slovenian Arbitration Review*, 2017, Volume 6 Issue 1, ss. 17-34, (Arbitration and Transparency).

Tung Sherlin Hsieh-lien and Lin Brian, "More Transparency In International Commercial Arbitration: To Have Or Not To Have?", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018, Volume 11, No. 1, ss.21-44.

Tüysüz Cemre, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2017, C. 37, S. 2, ss. 846-873.

Tezler

Söderberg, Ebba, Investment Treaty Arbitration And Transparency-Transparency, Confidentiality And The Public Interest In International Investment Disputes, Uppsala Universitet, Master Thesis, 2019.

Szalay Gábor, Arbitration and Transparency – Relations Between a Private Environment and a Fundamental Requirement, Tilburg University LLM International Business Law, Master's Thesis, 2016.

İnternet Kaynakları

Center For International Environmental Law and International Institute for Sustainable Development, The UNCITRAL Arbitration Rules to Address Investor-State Arbitrations, (December 2007) http://www.ciel.org/Publications/CIEL_IISD_RevisingUNCITRAL_Dec07.pdf , ET.13.11.2019.

Guide for Access to Information and Participation by NGOs in Investment Arbitration (in particular, as amicus curiae), <https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/161028-sciencespo-projet-white-case-llp-guide-ong-en.pdf>, ET. 23.11.2019.

Johnson Lise and Bernasconi-Osterwalder Nathalie, "New UNCITRAL Arbitration Rules On Transparency: Application, Content And Next Steps", *Investment Treaty News*, International Institute for Sustainable Development, 2013, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf, ET. 01.12.2019.

Queen Mary University of London, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf, ET. 10.11.2019.

OECD, "Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures", *OECD Working Papers on International Investment*, 2005/01, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, ET. 19.11.2019.

Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its 53rd session (Vienna, 4-8 October), http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups.html, ET. 20.11.2019.

<https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf>, ET. 22.11.2019.

<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-begins-publishing-arbitrator-information-in-drive-for-improved-transparency/>, ET. 01.12.2019.

