

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA VAKIA TESPİTİ

FACT-FINDING IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Işıl EGEMEN DEMİR*

Özet: Yatırımcıların vatandaşı oldukları ülke haricindeki devletlerde yatırım yapabilmesi ekonomik, siyasi güvencelerin yanı sıra güvenli bir hukuk ikliminin varlığını gerektirir. Yatırımcılar, ev sahibi devlet ile aralarında ortaya çıkabilecek ihtilafların bağımsız ve tarafsız bir kurum nezdinde çözülmesini ve bu kurum tarafından verilecek karara da ev sahibi devlet tarafından riayet edilmesini arzu ederler. Aksi takdirde yatırımlar için hukuki bir güven ikliminin oluşturulduğundan söz edilemez. Bu ihtiyaca cevap vermek üzere, 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe giren “Devletler ile diğer Devlet vatandaşları arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümüne ilişkin Sözleşme” (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) çerçevesinde merkezi Washington’da bulunan Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline İlişkin Uluslararası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes / ICSID) kurulmuştur. Merkez, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için esasen bir tahkim kurumu niteliğinde olmakla birlikte, Ek Mekanizma Kuralları (Additional Facility Rules) çerçevesinde diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru da mümkün kılınmıştır. Ek Mekanizma kurumlarından biri olan “vakia tespiti” (fact-finding), ICSID 2022 değişiklikleri çerçevesinde Ek Mekanizma kurallarından ayrı düzenlenmiştir. Çalışmamızda uluslararası yatırım hukukunda vakia tespiti ICSID Kuralları çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: ICSID 2022 Değişiklikleri, Ek Mekanizma Kuralları, Vakia Tespiti, Yatırım Uyuşmazlığı, Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri

Abstract: A trustworthy legal system is a prerequisite for foreign investors besides of political and economic assurances. The investors desire that the potential disputes with the host state are to be settled by an independent and impartial institution and that the award of this institution will be enforced by the host state. Otherwise, it cannot be said that a trustworthy legal climate exists for foreign investments. October 14, 1966, the International Center for

* Dr. Öğretim Üyesi, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, demir@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7007-211X, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.12.2022, Kabul Tarihi: 27.02.2023

Settlement of Investment Disputes (ICSID), headquartered in Washington, was established within the framework of the “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States”. The Center was established with the idea as an arbitration institution for the settlement of investment disputes, but afterwards it has been made also possible to apply for other alternative dispute resolution methods within the framework of October Additional Facility Rules. “Fact-finding”, which was one of the institutions of ICSID Additional Facility, has been amended as standalone rules. In this study, we examine fact-finding in international investment law within the frame of ICSID Rules.

Keywords: 2022 ICSID Amendments, Additional Facility Rules, Fact-finding, Investment Disputes, Alternative Dispute Resolution Methods.

Giriş

Dünyada ve ülkemizde, yabancı sermayedarları ev sahibi ülkede yatırım yapmaya yönelten en önemli etken, güven ortamıdır. Güven ortamı sadece ev sahibi ülkedeki yatırımların fiziksel tehlikelere karşı korunaklı olmasını ya da siyasi istikrarın varlığını değil hukuki güven ortamının sağlanmasını da kapsar. Uyuşmazlık halinde yatırımcının tarafsız, güvenilir ve icra kabiliyeti yüksek karar mekanizmalarına başvurabilmesi, hukuki güven ortamına dahildir. Yatırımcıların yatırımlarının ev sahibi devlette her türlü tehlikeye karşı korunabilmesi ve bu sayede yatırımların teşvik edilmesi amacıyla Dünya Bankası Grubu tarafından 18 Mart 1965 tarihinde imzaya açılan Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline ilişkin Andlaşma (International Convention on Settlement of Investment Disputes) / ICSID Konvansiyonu 14 Ekim 1966’da yürürlüğe girmiştir.¹ ICSID Konvansiyonu (Konvansiyon), tahkim ve uzlaşma olmak üzere

¹ Türkiye, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Andlaşmaya 1988 yılında taraf olmuştur. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 2-6.1988 Sayı: 19830) KonunNo.3460 Kabul Tarihi: 27.05.1988, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, E.T: 30.10.2022. Christoph H. Schreuer, Stephan W. Schill, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, Schreuer’s Commentary On The ICSID Convention, Cambridge University Press, Third Edition, 2022 (Commentary), s. xi.; Dikran M. Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşleyişi, İstanbul, 2012, s. 99 vd.

iki çeşit uyuşmazlık çözüm yöntemi öngörmüştü. Her iki yöntemde sürecin işleyişine dair kurallar Konvansiyon'da düzenlenmiş ve işleyiş tamamen Merkez'in idaresine bırakılmıştır. Bu yönüyle Konvansiyon kendi içerisinde bağımsız bir yargılama sistemi oluşturmuştur.² Merkez nezdinde görülebilecek ihtilafların çerçevesi, Merkez'in yetkisi başlığıyla Konvansiyon m. 25'te çizilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre; "Merkezin yetkisi, âkit devlet (veya herhangi bir alt birimi ya da bu devlet tarafından Merkez'e bildirilen bir kurumu) ile diğer bir âkit devlet vatandaşı arasındaki bir yatırımdan doğrudan doğruya kaynaklanan ve tarafların Merkez'e başvurma hususunda yazılı olarak rıza gösterdikleri hukuki uyuşmazlıklara şamildir. O halde, uyuşmazlığın Merkezin yetkisi içinde olabilmesi için uyuşmazlığın Konvansiyon tarafı devlet ile Konvansiyon tarafı diğer devlet vatandaşı arasında olması (*ratione personae* / kişi bakımından yetki şartı), uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması (*ratione materiae* / konu bakımından yetki şartı), uyuşmazlığın hukuki olması ve tarafların uyuşmazlığın Merkeze götürülmesi konusunda yazılı rızalarının (rıza şartı) var olması gerekir.³ Konvansiyonda öngörülen tahkim yöntemi, ancak belli şartları taşıyan yatırımcılar ve devletler arasında bir uyuşmazlık çözüm yöntemi⁴ olması dolayısıyla ancak kısıtlı bir kesime hitap etmektedir. Devletler tarafından Konvansiyon'a gösterilen ilgi⁵ neticesinde, Merkez çatısında farklı uyuşmazlık yöntemlerine de başvurulabilmesi yönünde talepler olmuş⁶ ve bu nedenle 1978'de Ek

² Broches, agm, s. 373.

³ İlhan Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s. 80 vd., Süleyman Dost, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006, s. 48 vd., Egemen Demir, age, s. 17 vd.

⁴ Merkez tahkimine başvuru şartları ve özellikle kişi bakımından yetki şartı için bakınız: Işıl Egemen Demir, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

⁵ Merkez'in kuruluşundan sonra, 01.11.1978 tarihi itibarıyla Konvansiyona taraf devlet sayısı 72, imzalayan ve henüz onay aşamasını tamamlamamış devlet sayısı 8'di. Merkez tahkimine sadece 9 başvuru vardı, 5 tanesi de sulh ile sonuçlanmıştı; dolayısıyla aslında Merkez tahkimine başvuruda çok değildi; buna rağmen sanayisi gelişmiş güçlü devletler ile gelişmekte olan devletler arasındaki yatırım anlaşmalarında Merkez tahkimine atıf bulunmaktaydı. Bu da Merkez tahkimine ilginin olduğuna ve başvuruların artacağına dair bir veri olarak değerlendirilmiştir. Pierluigi Toriello, "The Additional Facility of the International Centre For Settlement of Investment Disputes, The Italian Yearbook of International Law Online, 4(1), 1978, s. 60; Broches, agm, s. 373.

⁶ 1970'li yıllarda hem devletler hem de iş dünyası ICSID Sekreteryasına Konvansiyon kapsamında olmayan devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki ihtilaflarda

Mekanizma kuralları kabul edilmiştir.⁷ Böylelikle Ek Mekanizma Kuralları, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere ICSID Konvansiyonu çerçevesine başvuru şartlarının oluşmadığı durumlarda uyuşmazlıkların halli konusunda yatırımcılara bir başvuru imkânı getirmiştir.

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir rol üstlenen Merkez, yaklaşık altı sene⁸ süren bir çalışmanın sonucunda, tahkim ve uzlaşma kurallarında değişiklikler yapmış, arabuluculuk ve vakıa tespitiye ilişkin yeni ve bağımsız kurallar getirmiştir.⁹ Tüm bu

Merkez'in rol oynayıp oynayamayacağı ile ilgili talepler gelmeye başlamıştı. Bunda Merkez'in devletler ile özel hukuk kişileri arasındaki ihtilafları çözme hususunda yetkili olması, detaylı usuli hükümlerin olması, sürecin Merkez sekreteryası tarafından yakinen yönetiliyor olması, uyuşmazlık halinde hakemlerin Merkez tarafından atanması gibi etkenlerin rolü olmuştu. Broches, agm, s. 375.

⁷ Toriello, agm, 59-83.

⁸ 7 Ekim 2016'da Merkez İdari Konseyinin 50. Yıl toplantısının sonucunda, takip eden yılda ICSID Kurallarında değişiklikler üzerinde çalışmalara başlanacağı niyeti açıklanmıştı. 50th Annual Meeting of ICSID's Administrative Council | ICSID (worldbank.org), 23.02.2023.

⁹ 2022 değişiklikleri Merkez tarihinde yapılmış en kapsamlı değişikliklerdir. ICSID Konvansiyonu yürürlüğe girmesinden sonra 1984, 2003 ve 2006 yıllarında üç kez değişikliğe uğramıştır. İlk ikisinde kapsamlı bir değişiklik yer almadı, 2006 değişikliklerinde ilk itirazlar, hakem kararlarının yayınlanması, üçüncü kişilerin duruşmalara katılabilmesi gibi bazı maddelerle sınırlı olarak önemli yeniliklere yer verilmiştir. Bunlardan ilki, yetki itirazının "ilk itiraza" dönüştürülmesidir. Hızlandırılmış muhakeme usulü ya da "early dismissal" (erken ret) şeklinde ifade edilen Konvansiyon m. 41/5 ile hakem kurulunun oluşumundan sonraki 30 gün içerisinde ve her halükarda ilk oturumdan önce, taraflardan birinin diğer tarafın talebinin açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu itirazında bulunabilmesi imkânı getirilmiştir". 2006 değişiklikleri sırasında yürürlükte olan ICSID tahkim kuralları m. 32 ve m. 37'de üçüncü kişilerin davaya katılımı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Üçüncü kişilerin katılımı iki şekilde mümkün olabilir: Birincisi tahkim oturumlarını izleme, ikincisi yazılı layiha sunma. ICSID Konvansiyonu m. 32, tarafların yazılı layihalarını sunmasından sonra başlayan sözlü prosedürde, hakem heyetinin taraflar dışında tanıklara, şahitlere, avukatlara, devlet kurumlarına duruşmaların belli bir kısmında ya da tümünde hazır bulunması ve müşahadeye bulunmasına izin vermesini düzenlemiştir. Duruşmaların üçüncü kişilere açık hale getirilmesinin yararlı olabileceği düşünülmüş, ama tarafların aksi yöndeki itirazlarının ve endişelerinin hakem heyeti tarafından dikkate alınacağı belirtilmiştir. Benzer bir düzenlemeye Ek Mekanizma Kurallarında da yer verilmiştir. Taraf olmayanların yazılı layiha sunmalarına imkân getiren ICSID Konvansiyonu m. 37'ye göre, taraflara danıştıktan sonra hakem heyeti, taraf olmayan bir kişiye ya da kuruma davaya konu ihtilaf çerçevesinde yazılı layiha sunma izni verebilir. Bu değişiklik, hakem heyetlerine, taraf olmayanların yazılı layihalarını kabul etme ve hüküm kurarken dikkate alması hususlarında yetkili oldukları açıkça düzenlenmiştir. ICSID Kurallarındaki 2006 değişiklik önerileri ve değişiklik sonrası Konvansiyon kuralları için bakınız: "Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations", 052405-sgmanual.PDF (worldbank.org); <https://>

değişiklik ve yeniliklere ilişkin kurallar (Kurallar) 21 Mart 2022’de üye devletlerin çoğunluğunun onaylamasıyla 1 Temmuz 2022’de yürürlüğe girmiştir. Kurallar modern, cinsiyetçi dilden uzak, yalın bir şekilde tekrar düzenlenmiştir. Kurallarda öngörülen düzenlemelerde yargılama süreçlerinin daha kısa sürmesi, teknolojinin daha yaygın kullanımı ve şeffaflığın artırılması amaçlanmıştır. Değişikliklerde duruşmaların etkinliğini artıracak usullere ilişkin yeni düzenlemeler,¹⁰ uluslararası tahkim camiasında tartışmalı bir kurum olan üçüncü kişi finansmanına ilişkin düzenleme¹¹ yer almıştır. Konvansiyon kurallarında yapılan değişikliklerin haricinde en göze çarpan yenilik, Ek Mekanizma Kuralları (EMK) içerisinde yer alan arabuluculuk¹² ve vakıa tespiti¹³ yöntemlerinin ayrı düzenlenmiş olmasıdır.

Vakıa tespitine, bir tahkim / arabuluculuk ya da uzlaşma süreci sırasında başvurulabileceği gibi, bunlardan bağımsız olarak da başvuru-

-
- icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Old%20Rules/2006%20-%20ICSID%20Convention%2C%20Regulations%20and%20Rules%20-%20ENG.pdf; E.T: 31.10.2022. ICSID Kurallarının tarihsel süreç içerisinde değişiklikleri hakkında bkz: İlhan Yılmaz, “ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/1, ss. 460-473.
- 10 Sürecin etkinliğini ve hızını arttıracak usuli düzenlemelerden ilki seri tahkime ilişkin ICSID Tahkim Kuralları m. 81 ve ICSID Ek Mekanizma Tahkimi Kuralları m. 85’te yer alır. Tahkim uygulamasında, davaların ayrılması (bifurcation) talebi, genellikle yetkiye ilişkin sorunların esasa ilişkin sorunlardan ayrılmasına ilişkindir. Uluslararası tahkim uygulamasının ihtiyaçları karşısında, ayrı bir madde olarak aynı devlete karşı yürütülen iki veya daha çok tahkim sürecinin birleştirilmesi (consolidation) ve birlikte yürütülmesi / uyumlaştırılmasına (coordination) ilişkin ICSID Konvansiyonu m. 42; Ek Mekanizma Kuralları m. 56’da düzenlemeler yapılmıştır. <https://icsid.worldbank.org/procedures/arbitration/convention/process/bifurcation/2006>; E.T: 01.11.2022.
- 11 Uluslararası yatırım tahkiminde üçüncü kişi finansmanına ilişkin nasıl bir yaklaşım izlenmesi gerektiği tartışılmış ve konuya ilişkin düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu düzenlemeler genellikle üçüncü kişi finansmanın varlığının bildirilmesine yöneliktir: 01.01.2017 Tarihli CIETAC Yatırım Tahkimi Kuralları m. 27; 01.01.2017 tarihli SIAC Yatırım Tahkimi Kuralları m. 24; 01.01.2020 tarihli Milan Ticaret Odası Tahkim Merkezi Kuralları m. 43; 01.01.2021 tarihli ICC Tahkim Kuralları madde 11. Milletlerarası tahkimde Üçüncü kişi finansmanına ilişkin sorunlar hakkında daha geniş bilgi için bkz: Baver Mazlum Mert, “Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı”, Onikilevha Yayınları, 2021, s. 73 vd. Bu gelişmeler doğrultusunda ICSID Konvansiyonunda da bir düzenleme yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur.
- 12 ICSID Mediation Rules and Regulations, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation.pdf, E.T: 01.11.2022.
- 13 ICSID Fact-finding Rules and Regulations, [ICSID_Fact-Finding.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Fact-Finding.pdf) (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

labilir. Dolayısıyla ICSID nezdinde yürütülen bir hukuki süreç çerçevesinde başvurulabilecek bir yöntem olan vakıa tespiti ile bir tahkim / uzlaşma ya da arabuluculuk sürecinden bağımsız olan vakıa tespiti arasında bir ayrım yapmamız gerekir. Aşağıda, ilk olarak ICSID nezdinde devam eden bir hukuki süreç çerçevesinde başvuru vakıa tespitine değinilecek, sonrasında ICSID kurallarında zikredilen vakıa tespit yöntemi incelenecektir.

Konvansiyon'da düzenlenmemiş bir kurum olan vakıa tespitine 1978'de ihdas edilen Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yer verilmiştir. 2022 ICSID değişiklikleri çerçevesinde vakıa tespiti bir ek mekanizma kurumu olmaktan çıkartılmış; ayrı bir kurum olarak ihdas edilmiştir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından vakıa tespitinin ilk olarak, Ek Mekanizma Kurallarında düzenlenmiş olması nedeniyle, öncelikle Ek Mekanizma Kurallarının ihdas edilmesi ve bu kurallar içerisinde yer alan vakıa tespitinin konumu; daha sonrasında ise 2022 düzenlemesine göre vakıa tespitine yer verilecektir. Ek Mekanizma Kurallarının ihdas edilmesinden bu yana vakıa tespiti başvurusu pek olmamasına¹⁴ rağmen, 2022 değişikliklerinde etkinliğinin artırılması amacıyla vakıa tespitine bağımsız kurallar bütünü olarak yer verilmiştir.

I. VAKIA TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Vakıa tespiti, uyuşmazlığı çözmeye yönelik somut esasların tespitine yönelik bir inceleme faaliyetidir. Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma süreçlerinden farklı olarak vakıa tespiti süreci, hukuki uyuşmazlıkları çözmekten ziyade hukuki uyuşmazlıkları önlemeye yöneliktir. Bu bakımdan vakıa tespiti, EMK'ya tabi tahkimden ve uzlaşma süreçlerinden ayrılır. Vakıa tespiti sonunda karar verilmez, sadece vakıa ile sınırlı olmak üzere tespitlere yer veren bir rapor hazırlanır. Bu raporda tavsiyelere yer verilmediği gibi, rapor da hüküm (award) niteliğinde değildir. Raporun etkisinin ne olacağı da tarafların iradesine bırakılır.

¹⁴ İhdas edilmesinden itibaren yaklaşık 30 senelik süre zarfında vakıa tespit yolu başvurusu hiç olmamıştır. Ucheora Onwuamaegbu, *The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience*, 22 NEWS FROM ICSID, no. 2, 2005.

mıştır. Zorlayıcı etkisi olmayan, uyuşmazlık çözmeyen, tavsiyelerin de yer almadığı bir raporun üretildiği vakıa tespiti sürecinin bir ek mekanizma yöntemi olarak öngörülmüş olması ve 2022 düzenlemelerinde de özel olarak düzenlenmesi uyuşmazlık çıkmadan taraflar arasındaki ilişkinin sürdürülmesi veya olası uyuşmazlıkların önlenmesi düşüncelerine dayandırılabilir. Böylelikle tarafların vakıalara ilişkin farklı bakış açılarına dayalı doğabilecek uyuşmazlıkların en aza indirgenmesi; taraflar arasındaki ilişkinin daha uzun soluklu olması amaçlanmıştır.¹⁵

B. ICSID İÇTİHATLARINDA VAKİA TESPİTİ

Konvansiyona tabi uzlaşma veya tahkimlerde heyetler, ihtilafın çözülmesi amacıyla tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi, uzman raporu gibi gerekli gördükleri yöntemlere başvurabilirler.¹⁶ Konvansiyon görüşmelerinde vakıa tespitinin ayrı bir yöntem olabileceğine ilişkin görüşler olmuşsa da, uzlaşma ve tahkim süreçlerinde heyetlerin karar verebileceği “vakıa tespitinden” ayrı olarak, Konvansiyon’un nihai metninde uzlaşma ve tahkim süreçlerinden bağımsız bir vakıa tespit sürecine yer verilmemiştir.¹⁷ Konvansiyonda “vakıa tespitine” yer verilmemiş olması, bunun Konvansiyon çerçevesinde ayrı bir yöntem olarak kabul edilmediği anlamına gelmekle birlikte Konvansiyon kapsamındaki tahkim veya uzlaşma süreçleri dahilinde vakıa tespitine başvurulamayacağı anlamına gelmez.

¹⁵ Aron Broches, “The ‘Additional Facility’ of the International Centre for Settlement of Investment Disputes- (ICSID)”, in Pieter Sanders(ed), Yearbook Commercial Arbitration 1979- Volume IV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 4 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 1979) pp. 373- 379

¹⁶ Schreuer, age, s. 940.

¹⁷ Konvansiyonun hazırlık çalışmalarında, “hukuki uyuşmazlıklar” ifadesi özellikle İskandinav ülkelerindeki hukuk sisteminin, hukuki ve fiili uyuşmazlıklar arasında kesin bir ayırım yaptığı; Konvansiyon’un amacının kesinlikle fiili uyuşmazlıkları dışlamak olmadığı gündeme gelmiştir. Bu nedenle taslakta yer alan “hukuki karakterli uyuşmazlık” (dispute of a legal character) ifadesinin, uyuşmazlığın çözümünde önemli olan vakıaları dışlayıp dışlamadığı sorusu ortaya çıkmış; buna dair tartışmaların neticesinde “hukuki uyuşmazlık” ifadesinin “bir hak veya borcun varlığını tespitiyle ilişkin vakıalara” dair uyuşmazlıkları da kapsadığı sonucuna varılmıştır. (History, C. I, s. 116). Bu da uzlaşma veya tahkim süreçlerinde vakıaların tespitinin bağımsız bir yöntem olarak uygulanabileceği düşüncesini ortaya çıkarmıştır. (History, C. II, s. 655, 700). <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>, E.T: 11.11.2022.

Hakem veya uzlaşma heyetlerinin, delil tespiti, tanık dinletilmesi gibi usullerin yanı sıra Konvansiyon m. 43 çerçevesinde vakıaların tespiti amacıyla uzman görüşüne başvurmaları mümkündür.¹⁸ Vakıa tespiti ICSID Konvansiyonunda açıkça yer almamaktır. Ancak bu durum, Konvansiyonda yer almayan ispat vasıtalarına başvurulamayacağı anlamına gelmez; nitekim ICSID hakem / uzlaşma heyetleri, ulusal hukukların veya resmî kurumların ispat kurallarıyla bağlı değildir. Bunun da ötesinde bir delilin ispat gücünün değerlendirilmesinde de tam bir yetkiye sahiptirler. Bu husus tahkim kuralları m. 36'da açıkça belirtilmiştir.¹⁹ Dolayısıyla Konvansiyon m. 43'te ifade edilen "gerekli gördüğü hallerde" tarafların belge sunmasını istemesi ya da re'sen başka yöntemlere başvurabilmesi, uyuşmazlık konusuyla sınırlı olarak maddi vakıaların tespit edilmesinde geniş yetkisinin bulunduğunu gösterir. Genelde masraf, tazminat, hasar hesabı için uzmana başvurulmakla birlikte, teknik bilgi gerektiren hususlarda vakıaların tespit edilebilmesi için uzmana başvurulması nadir rastlanan bir durumdur.²⁰ Bu duruma örnek olarak verebileceğimiz *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* davasında hakem heyeti, karar verebilmek için belli bazı vakıaların tespitinin çok güç olduğu ve iki tarafın da sunduğu uzman görüşlerinin heyet nezdinde belli bir ikna gücüne ulaşamadığını; tarafların sunduğu uzman görüşlerinde çelişkiler ve boşluklar olduğunu ifade etmiştir. Uzman raporları arasındaki teknik farklılıklar ve uyumsuzluklar, birinin diğerine nazaran üstün tutulamaması gibi nedenlerle hakem heyeti, adil ve doğru bir karara varabilmek için vakıa tespitinde ek bir aşamaya gidilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmiş ve kendi bağımsız çevre uzmanını, hakem heyetiyle birlikte çalışması ve hakem

¹⁸ Hiroko Yamamoto, Shreya Ramesh, et al., "Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, (© The Author(s); Oxford University Press 2020, Volume 35 Issue 3) pp. 459- 467

¹⁹ ICSID Arbitration Rules (2022), <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration-rules/chapter-v-evidence>, E.T: 24.11.2022. 2022 düzenlemesinden önce de benzer kurala rastlamak mümkündür. Bknz: Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) m. 34/ (1) International Centre for Settlement of Investment Disputes :: (worldbank.org). E.T: 24.11.2022.

²⁰ Schreuer, age, s. 940; Hiroko Yamamoto, Shreya Ramesh, et al., "Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, (© The Author(s); Oxford University Press 2020, Volume 35 Issue 3) pp. 459 - 467.

heyetinin tespitlerinde yardımcı olması amacıyla atamıştır.²¹ Hakem / uzlaşma heyetinin teknik konularda tarafların sunduğu uzman görüşlerini yeterli görmemesi veya bunların arasında uyumsuzluk olduğunu fark etmesi durumunda, Konvansiyon m. 43'te sayılmamış olsa bile vakıaların tespiti için kendisinin bir uzman ataması mümkündür. Vakıa tespiti görevi gene hakemlerde olmakla birlikte, atanan uzmanın görevi, hakem heyetine vakıa tespitinde yardımcı olmaktır; dolayısıyla bir yetki devri burada söz konusu değildir. Hakem / uzlaşma heyetlerinin doğru karar verebilmeleri için vakıaların doğru tespit edilmesi gerekir. Vakıaların doğru tespit edilmesi, doğru karar verebilmenin bir ön adımıdır ve hakem / uzlaşma heyetinin görevi dahilindedir. Ancak bazı hallerde ihtilafın çözümünün dayalı olduğu vakıaların belirlenmesi, yüksek bir teknolojik bilgiyi gerektirir. Böyle bir durumda hakem / uzlaşma heyeti, Konvansiyon m. 43'e göre vakıa tespiti için kanaatimizce uzmana (*vakıa tespitçisi / fact-finder*) başvurabilir.²²

II. EK MEKANİZMA KURALLARI (1978) ÇERÇEVESİNDE VAKIA TESPİTİ

A. GENEL OLARAK 1978 EK MEKANİZMA KURALLARI

1978 Ek Mekanizma Kuralları (1978 EMK) m. 2'ye göre, Ek Mekanizma Kurallarının uygulama alanı, Konvansiyon m. 25/(1) kapsamında olmayan hukuki ihtilaflardır. Ek Mekanizma Kurallarına tabi kılınabilecek ihtilaf grupları 1978 EMK m. 2'ye göre şu şekilde gruplandırılmıştır: (a) bir yatırımdan doğrudan doğruya kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların halinde, uyuşmazlık tarafı devletin veya yatırımcının

²¹ Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Award 27.09.2019, Perenco v. Ecuador, Award, 27 Sept 2019 (jsumundi.com), E.T: 24.11.2022.

²² Schreuer, age, s. 910; Yamamoto, agm, s.466. Burada aksi yönde bir görüş de vardır. Bu görüşe göre, Konvansiyon m. 43, heyetin bağımsız bir uzman atayabilmesinden bahsetmez; sadece başka delillere de başvurulabileceğinden söz eder. Eğer Konvansiyonda heyete böyle bir yetki verilmesi amaçlansaydı, bunun maddede açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Bunun yanı sıra Konvansiyon m. 43 ve Tahkim Kuralları m. 36, delillerin taraflarca temin edilmesi ile tahkim heyeti tarafından doğrudan temin edilmesi arasında bir fark ortaya koymuştur. Bu düzenlemeler, hakem heyetine taraflardan delil temin etmesini isteme yetkisini vermekle birlikte, bağımsız bir uzman atama yetkisini vermemektedir. İkinci bir seçenek, hakem heyetinin ihtilafı bağlantılı yeri bizzat ziyaret etmesidir. Dolayısıyla bu düzenlemede hakem heyetinin kendi başına yapabileceği tek bir delil tespitinden bahsetmektedir ve bağımsız bir uzman atamak burada sayılmamıştır.

tabi olduğu devletin Konvansiyona taraf olmamaları nedeniyle, Konvansiyona tabi tahkim ya da uzlaştırma yolları bakımından Merkez'in yetkisinin dışında olması; (b) Ev sahibi devletin veya yatırımcının tabi olduğu devletin Konvansiyona taraf olmaları şartıyla taraflar arasındaki ihtilafın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmaması nedeniyle Merkez'in yetkisi dışında bulunması ve (c) vakıa tespit süreci. İş dünyası ve âkit devletlerin talepleri doğrultusunda, Konvansiyon m. 25 çerçevesinde yetki şartlarından birini sağlamadığı için, Merkez'in yetkisi dışında olan uyuşmazlıklarda da Ek Mekanizma Kurallarına göre Merkez'e başvuru imkânı getirilmiştir. Böylelikle konu bakımından ya da kişi bakımından yetkisiz olması nedeniyle Konvansiyon m. 25 gereğince Merkez tahkimi çerçevesinde çözülemeyecek bir uyuşmazlık, Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde Merkez'in yetkisi dahilinde olabilecektir. Ek Mekanizma Kurallarında öngörülen üç yöntemde de uyuşmazlık taraflarının birinin devlet diğer tarafın da yatırımcı olması ilkesinden sapılmamış; Merkez'in devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi kişiler arasındaki ihtilaflarda yetkili olması ilkesinden taviz verilmemiştir. Bu durumda vakıa tespit yönteminde de taraflardan birinin devlet diğerinin de diğer devlet vatandaşı olması öngörülmüştür.

Ek Mekanizma kurallarına göre Merkez'in yetkisinin tesis edildiği ilk iki yöntemle son fıkrada yer alan vakıa tespit yöntemi birbirinden farklıdır; nitekim ilk iki fıkrada uyuşmazlığın Merkez yetkisinin dışında kalması ya kişi bakımından yetki ya da konu bakımından yetki şartının gerçekleşmemiş olması dolayısıyladır. Vakıa tespitinin Ek Mekanizma Kurallarında düzenlenmiş olmasının sebebi ise, tarafların Merkez tahkim ya da uzlaştırma yoluna başvuramamalarındaki gibi Konvansiyon m. 25'teki Merkez'in yetkisinin tesis edilememiş olması değildir. Konvansiyonda ayrı bir yöntem olarak vakıa tespiti yer almadığından Ek Mekanizma Kurallarında bu yöntem düzenlenmiştir; yani Konvansiyonda düzenlenmemiş olması Konvansiyon dışı bir yöntem olarak öngörülmesi bakımından yeterlidir.²³

²³ Broches, agm, s. 375; Schreuer, age, s. 103; Hanno Wehland, "Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules", ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Publisher: Kluwer Law International, 2017, s. 227; Schreuer, age, s. 111; Frauke Nitschke, 'The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework', in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Oxford University Press 2014, Volume 29 Issue 1) pp. 112-132.

Ek Mekanizma Kuralları, Merkez Sekreterliğini, Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalan belli süreçleri yürütmesi hususunda yetkilendirmiştir; bu husus EMK m. 3'te de belirtilmiştir.²⁴ Buna göre, Ek Mekanizma Kurallarına tabi yöntemler, Konvansiyon'un hiçbir hükmüne, Merkez tahkimi ya da uzlaştırma yolu çerçevesinde verilen kararlara, tavsiyelere veya raporlara tabi değildir. Bu, özellikle Ek Mekanizma Kurallarına tabi tahkimin ulusal hukuktan ayrı değerlendirilmeyeceği ve hakemlerin nihai kararlarının tanıma ve tenfizinin düzenlendiği Konvansiyon m. 53 ve 54'e tabi olmayacağı anlamına gelmektedir.²⁵

B. VAKIA TESPİTİ DÜZENLEMESİ (1978)

Konvansiyonda bağımsız bir yöntem olarak vakia tespitine yer verilmemesine karşılık 1978 Ek Mekanizma Kuralları m. 2/c'de vakia tespitine yer verilmiştir. Ek Mekanizma Kurallarının giriş kısmında vakia tespitinin, uyuşmazlıkları çözmekten ziyade uyuşmazlıkları önleme amacına hizmet ettiği açıkça belirtilmiştir. Vakia tespit süreci sonucunda hazırlanan rapor sadece vakialara ilişkin olacak, tavsiye içermeyecek ve bir hüküm niteliğinde olmayacaktı.²⁶ Taraflar rapora nasıl bir etki verecekleri hususunda tamamen serbestti.²⁷

III. VAKIA TESPİTİNE İLİŞKİN 2022 DÜZENLEMESİ

A. VAKIA TESPİTİNİN EK MEKANİZMA KURALLARINDAN ÇIKARTILMASI

Ek Mekanizma Kuralları 27.09.1978 tarihinde Merkez İdari Konseyi tarafından 5 senelik bir süre için ihdas edilmiş, uygulamada ortaya çıkan ihtiyaç ve ilgi nedeniyle 26.09.1984 tarihli kararla belirsiz

²⁴ Broches, agm, 376; ICSID Additional Facility Rules (2003) Art. 3; https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Addl_English.pdf, E.T: 04.11.2022; ICSID Additional Facility Rules and Regulations (2022) Art. 3, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Additional_Facility.pdf, E.T: 04.11.2022. ICSID Ek Mekanizma Kurallarının (EMK) ihdas edilmesinden bu yana Ek Mekanizma Kurallarına tabi uyuşmazlıklarda Merkezin yetkisini düzenleyen EMK m.3'te değişiklik yapılmamıştır.

²⁵ Schreuer, age, s. 104.

²⁶ Fact-finding (Additional Facility) Rules, m. 16. :: International Centre for Settlement of Investment Disputes :: (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

²⁷ Fact-finding (Additional Facility) Rules, m. 16. :: International Centre for Settlement of Investment Disputes :: (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

süreliğine uzatılmıştır.²⁸ Merkez kurallarında 2003, 2006 tarihlerinde değişiklikler olmuştur; ancak EMK'nın kapsamını belirleyen EMK m. 2'de bir değişiklik yapılmamıştır. 2022 düzenlemesinde ise uygulama alanına ilişkin belirgin değişiklikler yapılmıştır.

Ek Mekanizma Kurallarının uygulama alanına²⁹ ilişkin 2022 EMK m. 2'nin,³⁰ 1978 EMK m. 2'den³¹ oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiş olduğu göze çarpmaktadır. 1978 düzenlemesine göre, Ek Mekanizma süreçlerinin tarafları devlet ve diğer devlet vatandaşları olabilir. EMK 2022 düzenlemesinde bunlara bölgesel entegrasyon birlikleri (*regional integration organizations*) de eklenmiştir. Buna göre, Sekreterlik, bir tarafta devlet veya bölgesel entegrasyon birliği ile öbür tarafta diğer bir devlet vatandaşı arasında, tarafların rızalarını yazılı olarak Merkez'e sundukları, yatırımdan doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümünde tahkim ve uzlaşma süreçlerinin yürütülmesinde yetkili kılınmıştır. Ancak Ek Mekanizma süreçlerinin işletilebilmesi için; (a) ihtilaf taraflarının hiçbirinin âkit devlet ya da âkit devlet vatandaşı olmaması veya (b) uyuşmazlık tarafı devlet ya da uyuşmazlık tarafı kişinin vatandaşlığında olduğu devletin (her ikisinin de değil) âkit devlet olması ya da (c) uyuşmazlığın bir tarafının bölgesel entegrasyon birliği olması şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu maddeyle birlikte Ek Mekanizma süreçlerinin kapsamı belirgin bir şekilde genişletilmiş, bununla birlikte

²⁸ Broches, agm, s. 375.

²⁹ Ek Mekanizma Kuralları m. 2'nin hukuki niteliğinin "jurisdiction" mı "competence" mi olduğu hususuna da değinmemiz gerekir. Bu terimlerin Türkçe karşılığı "yetki" olmakla birlikte ikisi ayrı kavramları ifade etmemektedir. Konvansiyon m. 25 heyetin yetkisini düzenlerken jurisdiction ifadesini kullanmıştır. Merkezin yetkisinden bahsederken "jurisdiction of the centre"; hakem heyetinin yetkisinden bahsederken "competence of the tribunal" ifadeleri kullanılır. İhtilafta Merkez Konvansiyon m. 25 kurallarına göre yetkili olabilir; ancak ihtilafın maddi şartlarını inceleyen hakem heyeti kendisinin yetkili olmadığına karar verebilir. Bu durumda Konvansiyon m. 25 Merkez'in yetkisinin sınırlarını çizmekle birlikte; bu şartları sağlayan başvurularda hakem heyeti yetkili olmadığına karar verebilir. Wehlend, agm, s. 230; Egemen Demir, age, s. 18.

³⁰ Ek Mekanizma Kuralları (2022) m. 2/(1): Ek Mekanizma Süreçleri (1) Sekreterlik, (a) ihtilafın taraflarının hiçbirinin âkit devlet ya da âkit devlet vatandaşı olmaması (b) ihtilafın devlet tarafının ya da ihtilaf tarafı kişinin tabi olduğu devletin, fakat her ikisinin de değil, âkit devlet olması veya (c) bölgesel entegrasyon birliğinin uyuşmazlık tarafı olması hallerinde, bir tarafta devlet veya bölgesel entegrasyon birliği ile diğer tarafta başka devlet vatandaşı arasındaki yatırımdan doğan hukuki uyuşmazlıkların haline ilişkin tahkim ve uzlaşma süreçlerini idare etmeye yetkilidir. Additional_Facility_Rules.pdf (worldbank.org), E.T: 07.11.2022.

³¹ Schreuer, age, s. 103.

vakıa tespiti madde metninden çıkartılmış; ayrı bir kurallar bütünü olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle vakıa tespiti 2022 düzenlemesiyle birlikte bir ek mekanizma yöntemi olmaktan çıkartılmış; ek mekanizma kurallarından bağımsız bir kurum haline gelmiştir.

B. VAKIA TESPİT KURALLARI (2022)

1978 yılından beri Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yürütülen vakıa tespiti, 01.07.2022'den itibaren Ek Mekanizma Kurallarından ayrı, yeni bir kurallar bütünü olarak Vakıa Tespit Kuralları (VTK) şeklinde düzenlenmiştir.³² 2022 düzenlemesiyle birlikte, vakıa tespitine ilişkin bütün adımlar bu kurallara göre yürütülecektir. Vakıa tespitine tarafların başvurusu (VTK m.5), başvurunun içeriği ve usulü (VTK m. 6), başvurunun Genel Sekreterlik tarafından kabulü ve kaydı (VTK m.7), incelemeyi yapacak Vakıa Tespit Komitesi, oluşturulma usulü, Komite üyelerinin nitelikleri, Komitenin çalışma usulü, elde edilen belgelerin başka süreçlerde kullanılması (VTK m. 8-17), Vakıa Tespit Sürecinin sona ermesi, Vakıa Tespit Raporunun mahiyeti (VTK 18-21) hususları yeni düzenlemede yer almaktadır.

1. Kavram ve Amaç

Kavram, içerik ve yöneldiği amaç bakımından bir değişikliğe uğramamıştır. Vakıa tespiti 1978 düzenlemesinde olduğu gibi bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin, mevcut veya müstakbel, olası bir ihtilaf-la ilişkili olabilecek vakıaları tespitte yardımcı olan tarafların isteğine bağlı bir süreçtir. Vakıa tespiti, bir vakıaya ilişkin çekişmeli durumu sona erdirebileceği gibi; daha büyük bir ihtilafın doğumunu da engelleyebilir. Birinci Çalışma raporunda Merkez, vakıa tespitinin pek başvurulan bir yöntem olmadığından ve bu yönteme başvurunun artırılması amacından bahsetmiştir.³³

2. Başvuru

Vakıa tespitinde, Vakıa Tespit Kuralları m. 2/(1)'e göre vakıayı ilgilendiren tarafların birlikte başvurmaları şarttır. Yatırıma ilişkin va-

³² ICSID_Fact-Finding_Rules.pdf (worldbank.org), E.T: 10.11.2022.

³³ Working Paper I, Vol. 3, s. 429.

vakıa tespitlerinde, tarafların yazılı olarak rızalarını sunduğu, devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğiyle bağlantılı yatırıma ilişkin vakıa tespit süreçlerini yürütmeye ICSID yetkili kılınmıştır. Söz konusu düzenlemede, tarafların rızasından ve devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin bağlantılı olduğu yatırımdan bahsedilmiş ancak yatırımcı sıfatına ya da yabancı devlet vatandaşı ifadelerine yer verilmemiştir.

Vakıa tespitine ilişkin ICSID 2022 çalışma evraklarına baktığımızda, ilk tasarı metninde, ek mekanizma kurallarının tahkim, uzlaşma ve vakıa tespit mekanizmalarını içerdiğini görüyoruz. Dolayısıyla ICSID 2022 değişiklik çalışmalarına başlandığında, vakıa tespitinin, ek mekanizma kurallarından ayrı bir yöntem olarak düşünülmediğini söyleyebiliriz.³⁴

3. Vakıa Tespit Süreci

Vakıa tespitçisinin görevi, sadece tarafların sunduğu vakıaların tespitiyle sınırlıdır ve eğer bunun dışında taraflar arasında bir ihtilaf varsa bununla ilgili tespitler yapmaya yetkili değildir. Vakıa tespitçisinin tarafsız olması gerekmele birlikte, vakıa tespitinin muhakkak teknik bir konuya ilişkin olması gerekmemektedir. Bu nedenle vakıa tespitçisi teknik hususlarda ya da fen bilimlerinde uzman olabileceği gibi ihtilaf çözümü hususunda da uzman olabilir.³⁵ Vakıa tespitçileri incelemelerini yaparken görevine uygun yöntemlerden yararlanabilirler. Bu, belgelerin incelenmesi, uzmanlar veya şahitlerle görüşme, vakıayla ilişkili süreçleri izleme veya ilgili yerleri ziyaret etme şeklinde cereyan edebilir.³⁶ Vakıa tespit süreci sonunda hazırlanacak raporun bağlayıcılığı, tarafların bu konudaki kararına bağlıdır. Tarafların talep etmesi halinde, vakıa tespitçisi tavsiyelerde bulunabilir.

Vakıa tespit süreçlerine ilişkin güncellemede, taraflara belirli hususları inceleyecek ve rapor oluşturacak bir komite kurma ve böylelikle belli vakıaların bağımsız bir komite tarafından araştırılarak ihti-

³⁴ Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper I, Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18. pdf (worldbank.org) s. 710; E.T: 25.11.2022, s. 425.

³⁵ Working Paper I, Vol. 3, s. 710.

³⁶ Working Paper I, Vol. 3, s. 710.

lafların önlenmesi imkânı getirilmiştir. Bu şekilde yapılan incelemeler ve raporların daha sonra tahkim, uzlaşma veya arabuluculukta kullanılması ya da bu süreçler sırasında da vakıa tespitine başvurulması mümkün hale getirilmiştir. Konvansiyon tarafı olup olmamasına bakılmaksızın her bir devlet ya da bölgesel entegrasyon birlikleri ve diğer âkit devlet vatandaşı kişiler vakıa tespit kurallarına başvurmayı kararlaştırabilirler.

4. Vakıa Tespit Kurallarının Uygulama Alanı

Taslaklarda Ek Mekanizma Kuralları kapsamında düşünülen vakıa tespit süreci için getirilmiş ve sonradan kaldırılmış olan bir kural, vakıa tespit başvurusunun açıkça EMK m. 2'nin uygulama alanı dışında olmasıydı. Buna göre tarafların; (i) bir tarafın devlet ya da bölgesel entegrasyon birliği; diğer tarafın da diğer devlet vatandaşı olduğunu (ratione personae); (ii) vakıa tespitine rıza gösterdiklerini (ratione voluntatis) ve (iii) vakıa tespitinin yatırıma ilişkin olduğunu ortaya koymak zorundaydılar.³⁷ Bu da, Ek Mekanizma Tahkimi ve Uzlaşma süreçlerindeki kısıtlayıcı yetki şartlarının vakıa tespiti süreçlerinde uygulanmayacağı; vakıa tespit yönteminin kendine has yetki kuralları olduğu ve diğer yöntemlerden tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmektedir.³⁸ Vakıa Tespit Kurallarında ve Ek Mekanizma Kurallarında “Merkezin yetkisi” ifadesi kullanılmamıştır; mahiyet itibariyle farklı olmakla birlikte vakıa tespit sürecine başvurma ve başvurunun Genel Sekreterlik tarafından kabul edilmesi için belli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Konvansiyon m. 25 ve EMK m. 2'de olduğu gibi, Vakıa Tespit Kurallarında da Merkezin yetkili olup olmadığını konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki ve rıza şartları bakımından inceleyeceğiz.

a. Konu Bakımından Yetki

1978 Ek Mekanizma Kuralları kapsamındaki vakıa tespit sürecinde konu bakımından yetkiye dair bir şart yer almamakla birlikte, yeni vakıa tespit kurallarına göre inceleme yapılması ve rapor hazır-

³⁷ Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 Amendments_Vol_Three.pdf (afslaw.com), E.T: 25.11.2022, s. 722.

³⁸ Working Paper 3, Vol. 1, s. 532.

lanması istenen hususların yatırıma ilişkin olması şartı getirilmiştir.³⁹ Vakıa Tespit Kuralları m. 2’de yer alan vakıa tespit süreçlerinin “yatırıma ilişkin olması” şartının, Konvansiyon m. 25’te yer alan “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanma” ve EMK (2022) m. 2/(1)’de yer alan “yatırımdan kaynaklanma” şartından daha farklı olduğunu görüyoruz. Vakıa Tespit Kurallarında yatırımla ihtilaf arasındaki nedensellik bağı bakımından daha zayıf bir ilişki yeterli görülmüştür. Bu durumda Merkez’in, vakıaların yatırıma ilişkin olduğunu tespit etmesi başvurunun kabul edilmesi için yeterli olacaktır.

Vakıa tespitine ilişkin konu bakımından yetki şartı getirilmesinin, uygulama alanının daraltılması anlamına geldiği ve bunun da Merkez’in vakıa tespit yöntemini yaygınlaştırma amacıyla bağdaşmadığı; EMK (1978) m. 2’de vakıa tespiti için yazılı olmayan bir şartın, yeni vakıa tespiti kurallarında yer almasının yetkide bir kısıtlama anlamına geldiği düşünülebilir. EMK (1978) m. 2 kapsamında bir tahkim ya da uzlaşma sürecinin başlatılabilmesi için kişi bakımından yetki şartının gerçekleşmediği⁴⁰ ve dolayısıyla Konvansiyon’a tabi bir tahkim sürecinin yürütülemediği hallerde a fıkrasında “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanma” şartı; b fıkrasında ise “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmama” hali ifade edilmiştir. Bu hallerde bile Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşmasının yürütülebilmesi için ihtilafın

³⁹ Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Working Paper Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf (worldbank.org); E.T: 25.11.2022, s. 429.

⁴⁰ Ek Mekanizma kuralları (1978) m. 2/a ve b fıkralarında aslında çok ilginç bir durum göze çarpmaktadır. Merkez’in yetkisinin hangi hallerde tesis edileceğine ilişkin a ve b fıkraları şu şekildedir: (a) uyuşmazlığın devlet tarafının ya da kişinin tabi olduğu devletin âkit devlet olmaması şartıyla Merkez’in yetkisi dahilinde olmayan bir yatırımdan doğrudan doğruya kaynaklanan hukuki ihtilafların çözümü için uzlaşma ve tahkim süreçleri; (b) uyuşmazlığın devlet tarafının ya da kişinin tabi olduğu devletin âkit devlet olması şartıyla uyuşmazlığın doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmaması nedeniyle Merkez’in yetkisi dahilinde olmayan hukuki ihtilaflar için yürütülen uzlaşma ve tahkim süreçleri. Taraflarla ilgili şarta bakıldığında iki fıkra da devlet tarafının ya da kişinin tabi olduğu devletin âkit devlet olması, diğerinin de âkit devlet olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla iki fıkra da kişi bakımından yetkiye ilişkin aynı şart farklı şekillerde ifade edilmiştir. O zaman Ek Mekanizma Kurallarına göre yürütülen tahkimde a. fıkrasında uyuşmazlığın “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması” b. fıkrasında ise “doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanmaması” halleri söz konusudur. Ancak bu halde de ihtilafın yatırımdan kaynaklanması şart olup yatırımdan “doğrudan doğruya” kaynaklanma noktasında bir eksiklik vardır.

yatırımdan kaynaklanması gerekir; eksiklik ihtilafın “doğrudan doğruya” yatırımdan kaynaklanması noktasındadır; yoksa bu hallerde de ihtilafın yatırımdan kaynaklanması gerekir. Nitekim Ek Mekanizma Kuralları da Merkez çatısı altında ihdas edilmiş kurallardır ve bunların Merkez’in kuruluş amacı ve yetki alanı dışındaki faaliyetlere ilişkin olması düşünülemez. Bu nedenle VTK m 2’de vakıa tespitinin yatırıma ilişkin olması şartı, vakıa tespitinin uygulama alanına bir kısıtlama getirmemiştir.

b. Kişi Bakımından Yetki

Vakıa Tespit Kuralları m. 2’nin ilk taslağında; Sekreterliğin, devlet veya bölgesel entegrasyon birliği ile diğer devlet vatandaşı arasındaki yatırıma ilişkin vakıa tespit süreçlerini yöneteceği ifade edilmişti. Sonraki aşamalarda ise, “diğer devlet vatandaşı” ifadesi metinden çıkarılmıştır. Düzenleme; “devlet ya da bölgesel entegrasyon birliğinin” dahil olduğu vakıa tespit süreçleri” haline gelmiş; böylelikle vakıa tespit sürecinin taraflarının kim olduğuna bakılmaksızın, devlet veya bölgesel entegrasyon birliklerinin dahil olduğu yeni bir vakıa tespit süreci tanımlanmıştır. Bu değişiklik sayesinde Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma süreçlerindeki sınırlamalar yatırıma ilişkin vakıa tespit süreci için öngörülmemiştir.⁴¹ Taslak görüşmelerinde söz konusu değişikliğin iki devlet arasında ya da devlet ile devlet dışı organizasyonlar arasındaki vakıa tespit süreçlerine izin verip vermediği sorusu gündeme gelmiştir. Merkez, bu değişikliğin amacının, Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma yöntemlerindeki sınırlamalar olmaksızın, vakıa tespiti mekanizmasına erişimin genişletilmesi olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle tarafların rızası olması; vakıa tespitinin bir yatırıma ilişkin olması, bir devlet ya da bölgesel entegrasyon birliğinin dahil olması şartlarıyla, vakıa tespitine gidilebileceği sonucuna varılmış; bunun haricinde tarafların türüne ilişkin bir sınırlandırma yapılmamıştır.⁴²

2019 Taslak metninde artık vakıa tespiti kurallarının ek mekanizma kurallarından ayrı düzenlendiği görüyoruz.⁴³ Vakıa tespiti Kural-

⁴¹ Working Paper 3, Vol. 1, 16.08.2019, WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022, s. 532.

⁴² Working Paper 3, Volume I, s. 531.

⁴³ ICSID Kurallarında değişiklik yapmak üzere çalışmalara başlandığında, vakıa tespitin ek mekanizma kurallarından bağımsız, ayrı bir kurallara bütünü olarak

ları m. 2’de “*devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin yatırım ile ilişkili olması*” ifadesi Konvansiyon veya Ek Mekanizma kurallarında rastlanmayan bir ifadedir.⁴⁴ Yatırımdan kaynaklanan ifadesi vakıa tespiti mekanizmasına daha fazla devlet veya bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin dahil olabilmesi için özellikle tercih edilmemiştir.⁴⁵

c. Rıza Şartı

VTK m. 5’e göre, vakıa tespit başvurusunun iki tarafça birlikte yapılması ve VTK m. 6/ (1) (h)’ya göre vakıa tespitine başvuruya ilişkin anlaşmanın varlığı gereklidir. Ek Mekanizma Kurallarına tabi tahkim ve uzlaşma süreçlerinden ve Konvansiyon tahkiminden farklı olarak tarafların bu yönteme başvurabilmeleri için vakıa tespitine tarafların başvuracağına ilişkin bir anlaşma yeterli değildir. Tarafların vakıa tespiti için birlikte başvurmaları; maddede yer alan ifadeyle “ortak başvuru” yapmaları gerekmektedir. Bu şekilde Merkez nezdindeki diğer süreçlerden farklı olarak ortak başvuru şartı getirildiğinden rızaya ilişkin bir itirazla karşılaşma ihtimali daha düşüktür.

düzenlenme niyetinin ancak belli bir evreden sonra ortaya çıktığını görüyoruz. ICSID 2022 değişikliklerine ilişkin çalışmalar 2018 yılında başlamış ve nihai haline gelene kadar altı çalışma evrakı (working paper) yayınlanmıştır. İlk çalışma evrakında vakıa tespiti ek mekanizma sistemi içerisinde düzenlenmiştir. İkinci çalışma kağıdında ise, vakıa tespitinin ve arabuluculuk yöntemlerinin ek mekanizma kuralları çatısından çıkartılarak ayrı kurallar bütünü olarak düzenlenme niyetini görüyoruz. Working Paper 2, Vol.1, s. 415; Working Paper 2, Vol. 2, VOL_2.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022, s. 165 vd.

⁴⁴ Merkezin yetkisine ilişkin Konvansiyon m. 25 ve Ek Mekanizma Kuralları m. 2/ (1)’de, hükmün uygulama alanının “yatırımdan kaynaklanan” uyuşmazlıklar olduğu açıkça ifade edilmiştir. Devletin ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinin “yatırımla” ilişkili olması, Konvansiyon ve ek mekanizma kurallarında kullanılan ifadeye nazaran, kanaatimizce daha zayıf bir ilişkiyi ortaya koymaktadır. Vakıa tespitinde taraf devlette yapılan bir yatırımdan ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinde yapılan bir yatırımdan ya da ihtilaf konusu olabilecek vakıaların doğrudan doğruya yatırımdan kaynaklanması aranmamıştır. Vakıa Tespit Kuralları m. 2’deki yatırımla ilişkili devlet veya bölgesel ekonomik entegrasyon birliği ifadesi, kanaatimizce yatırımın ev sahibi devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğinde yapılmış olmasından daha geniş bir anlam ifade eder. Yatırım ülkesinde yapılmamış olsa bile söz konusu yatırımla ilişkili olan devletleri ve bölgesel ekonomik entegrasyon birliklerini de kapsamına alır.

⁴⁵ Working Paper 3, Vol. 1, s. 532. Taslak görüşmelerine baktığımızda, vakıa tespit mekanizmasının uygulama alanının ileride tartışma konusu olması ve daraltılmasının önüne geçmek için, aslında “relating” kelimesiyle aynı anlamda olmakla birlikte bazı hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelip kapsamın daraltılmasından endişe duyulduğundan “pertaining” kelimesi çıkartılmış; gene ilgili olma anlamında “relating” kelimesi kullanılmıştır.

VAKIA TESPİT SÜRECİNDE YETKİNİN TESİSİ

1. Genel Sekreterliğin Başvuruyu Kabul Emesi

a. EMK (1978)'e Göre Genel Sekreterliğin Başvuruyu Kabul Etmesinin Hukuki Niteliği

Merkez'in yetkisi ile ilgili olarak Ek Mekanizma tahkim ve uzlaşma süreçlerinde tartışılmış olan; fakat vakia tespiti hususunda başvurunun oldukça az olması nedeniyle henüz gündeme gelmemiş olan bir konu da Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesinin hukuki mahiyetidir. 1978 EMK 2/(c)'de yer alan vakia tespiti için de Genel Sekreterliğin, Merkez'in görev alanı devletler ile diğer devlet vatandaşları arasındaki yatırıma ilişkin ihtilaflar olduğundan kanaatimizce başvuruyu kabul etme noktasında bir yetki değerlendirmesi yapması gerekliydi. Vakia tespitinde 1978 EMK düzenlemesinde de kişi bakımından ve konu bakımından yetkiye ilişkin açık bir şart yer almamıştır ancak diğer ek mekanizma yöntemlerinde olduğu gibi burada da bir tarafın devlet, diğer tarafın da ev sahibi devlet dışında bir ülke vatandaşı olması gerektiği öğretide kabul edilmişti.⁴⁶ Öğretideki görüşçe vakia tespitinde, Konvansiyona taraf olma şartı açıkça ifade edilmediği için, devletin ya da kişinin tabi olduğu devletin, Konvansiyona taraf olmasalar da, Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde vakia tespitine başvurabileceği; tarafların bu şekildeki başvurusunun da Genel Sekreterliğin onayına bağlı olmadığı ifade edilmişti.⁴⁷

1978 EMK kapsamındaki vakia tespitine ilişkin başvuru oldukça az olduğundan, işleyiş hakkında da pek veri yoktu; dolayısıyla 1978 EMK m. 2'nin düzenleniş tarzından, vakia tespiti yöntemi için kişi

⁴⁶ Broches, agm, s. 375; Schreuer, age, s.111.

⁴⁷ Schreuer, age, s.112. Broches, makalesinde, Ek Mekanizma tahkimi ve uzlaşma süreçleri hakkında kişi bakımından ve konu bakımından yetki şartlarının gerçekleşmiş olmasını ifade etmekle birlikte, vakia tespitinde bu şartların gerekip gerekmediği hususunda sessiz kalmıştır. Satır aralarında, ek mekanizma tahkimi ve uzlaşmalarında gerekli olan şartların aslında vakia tespitinde aranmadığı anlaşılsa da bu görüş açıkça ifade edilmemiştir. Schreuer, konu bakımından yetki şartının vakia tespiti için gerekip gerekmediğini irdelerken, uyumsuzluğun doğası gereği Konvansiyon veya Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yürütülecek tahkim veya uzlaşma yöntemlerinden birine tabi olması gerektiğini; dolayısıyla vakia tespitinin yabancı bir yatırıma ilişkin olması gerektiğini belirtmiştir.

bakımından ve konu bakımından yetki hususlarına ilişkin bir ifade yer almadığından sağlıklı bir yorum yapabilmek güçtü. Öğretide de “daha iknâ edici” görüşün EMK m. 2 düzenlemesinin yetki şartlarını tesis etmediği; tarafların EMK tahkimine rızası varsa ve başvuru Genel Sekreterlik tarafından onaylandıysa EMK tahkim sürecinin başlaması için yeterli olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre, Merkez’in yetkisinin sınırlarını çizen Konvansiyon m. 25’ten farklı olarak, EMK m. 2 yetki şartları getirmez, tarafların ihtilafı Ek Mekanizma Kurallarına göre çözmek istemeleri yeterlidir; burada yatırımın mahiyeti sadece “rıza”nın kapsamının tespiti bakımından incelenmelidir. Bu nedenle de EMK’ya tabi tahkim / uzlaşma süreçlerinde hakem / uzlaşma heyetinin, EMK m. 2’deki düzenlemeyi yetkiyi sınırlayıcı şekilde yorumlayarak Genel Sekreterlik kararını gözden geçirmesi öğretide isabetli görülmemiştir.⁴⁸

b. 2022 Değişiklikleri Çerçevesinde Genel Sekreterliğin Başvuruyu Kabul Etmesinin Hukuki Niteliği

ICSID 2022 Değişikliklerine ilişkin taslak metne baktığımızda ise, öğretideki görüşün aksine, Konvansiyon m. 25/(1)’e göre Merkez’in yetkisi dışında olan, devletler ve yabancı vatandaşları arasındaki vakıa tespit süreçlerinin yürütülmesinde Genel Sekreterliğin yetkili olduğu ifade edilmiştir.⁴⁹ Bu ifadeden anlaşılan, EMK m. 2/(c)’de yer alan vakıa tespit sürecinin de işletilebilmesi için, söz konusu vakıanın Konvansiyon m. 25/(1)’in yetki alanı dışında olması gerektiğidir. O halde Genel Sekreterlik EMK (1978) kapsamındaki vakıa sürecinde de yetkiliydi. Vakıa tespit sürecinde Genel Sekreterliğin karar verme yetkisini tespit ettikten sonra, bu yetkinin hukuki mahiyeti hususunda EMK tahkim ve uzlaşma süreçlerindeki tartışmaların vakıa tespit süreçlerinde de geçerli olduğu sonucuna varıyoruz. Bu nedenle Genel Sekreterliğin yetkisinin hukuki mahiyeti konusundaki EMK tahkim ve uzlaşma süreçlerindeki tartışmalara, vakıa tespit süreçlerindeki Genel Sekreterliğin yetkisi hususunda da kıyasen uygulama alanı bulacağı kanaatinde olduğumuzdan burada da değineceğiz.

⁴⁸ Schreuer, age, s. 264, p. 484.

⁴⁹ Working Paper I, Volume 3, s. 415.

2. Vakıa Tespitlerinde Genel Sekreterliğin Başvuruya İlişkin Kararının Hukuki Niteliği

Vakıa tespit Kuralları m. 7/(3)'e göre, Genel Sekreterlik vakıa tespitine ilişkin başvuruyu kaydedecek veya başvuruyu reddedip red gerekçelerini bildirecektir. Burada EMK (1978) m. 4'teki Genel Sekreterliğin başvuru şartlarını inceleme yetkisine benzer bir düzenleme vardır. Ek Mekanizma Kurallarında (1978) Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi ile Konvansiyona tabi tahkimlerde Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesi nitelik olarak birbirlerinden farklıdır. Ek Mekanizma Kurallarına tabi bir uyuşmazlık ile Konvansiyon hükümlerine tâbi uyuşmazlıklarda Merkez'in yetkisini belirleme bakımından heyetlerin yetkisi de birbirinden farklıdır. Aynı şekilde Vakıa Tespit Kurallarına göre oluşturulan vakıa tespit komitesinin de karar verme yetkisinin incelenmesi gerekir. Konvansiyon tahkiminde, Sekreterlik Konvansiyon m. 25'teki şartlara açık bir aykırılık yoksa tahkim başvurusunu kayıt altına alır ve bu tarih itibarıyla tahkim süreci başlamış olur; açık bir aykırılık varsa bu durumda Konvansiyon m. 36/(3)'e göre taraflara hemen ihtarda bulunur ya da tahkim kaydını yapmayı reddeder. Daha sonra kurulan hakem heyeti, Konvansiyon m. 25'e göre Merkez'in yetkili olup olmadığını ilişkin daha geniş çapta inceleme yapabilir; bu nedenle Genel Sekreterlik, ev sahibi devletin ya da yatırımcının tabi olduğu devletin Konvansiyon tarafı olmaması ya da ihtilafın örneğin yatırımcının kendi vatandaşı olduğu devlette yaptığı yatırımdan kaynaklanması; dolayısıyla Konvansiyon kapsamında bir yatırımdan kaynaklanmaması gibi açıkça Merkezin yetkisinin dışında olan ihtilaflarda başvuruyu reddedebilir. Açıkça bir aykırılık bulunmayan durumlarda başvuruyu kayıt altına alır; ancak bu, hakem heyetinin yetki incelemesi yapmasına ve yetkisizlik kararı vermesine engel değildir. Durumu EMK tahkim ve uzlaşma süreçleri ile Vakıa Tespit süreçlerinde oluşturulan komiteler için de incelemek gerekir.

3. Vakıa Tespit Komitesinin İnceleme Yetkisi

Genel Sekreterliğin başvuruyu kabul etmesinin ardından kurulan Vakıa Tespit Komitesinin, uyuşmazlığın yatırıma ilişkin olup olmadığı veya bir devlet ya da bölgesel ekonomik entegrasyon birliğini ilgilendirip ilgilendirmedığı hususlarında bir inceleme yapıp yapamayacağı konusu Vakıa Tespit Kurallarında açık değildir. EMK tahkim ve uzlaşma

süreçlerinde de heyetlerin yetkisine ilişkin benzer bir tartışma vardır. Genel Sekreterliğin başvurusu kabul etmesinin Merkez'in yetkisi hususunda nihai karar olup olmadığı; EMK hakem / uzlaşma heyetlerinin Merkez'in yetkisi konusunda bir değerlendirme yapıp yapamayacakları tartışmalıdır. Bazı hakem / uzlaşma heyetleri Genel Sekreterlik tarafından yapılan inceleme dışında da EMK (1978) m. 2'deki yetki şartlarının incelemekte kendisini yetkili görmekte; bazı hakem / uzlaşma heyetleri ise Genel Sekreterlik tarafından yapılan inceleme sonrasında bir daha inceleme yapma hususunda kendisini yetkili görmemekteydi. Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde yürütülen bazı tahkim süreçlerinde, hakem heyeti EMK m. 2/(a), (b) kapsamında görülen bir uyuşmazlıkta yetkisizlik kararı vermiştir.⁵⁰ Kanaatimizce Ek Mekanizma

⁵⁰ Genel Sekreterliğin EMK 2/(a) kapsamında görüp kayıt altına aldığı Europe Cement v Türkiye davasında Genel Sekreterlik EMK m. 2/(a), (b) düzenlemesi çerçevesinde Merkez'in yetkili olduğuna kanaat getirmiş ve tahkim kaydını yapmıştır. İhtilafta, Polonyalı bir şirket olan Europe Cement, Türkiye'deki Çukurova Elektrik AŞ ve Kepez Elektrik TAŞ şirketlerinde paydaş olduğu ve yatırımının ev sahibi devlette ihlale uğradığını iddia etmiştir. Polonya Konvansiyon tarafı olmadığından Genel Sekreterlik EMK tahkimi çerçevesinde Europe Cement'in başvurusunu kayıt altına almıştır. Ancak tahkim süreci sonunda hakem heyeti, Europe Cement'in ÇEAŞ ve Kepez şirketlerindeki paydaşlık iddiasını çeşitli gerekçelerle haklı görmediğinden davacının taleplerinin hepsini "yetkisiz" olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. (AF)Europe Cement v Turkey (AF), Award (13 August 2009) https://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/Europe%20Cement%20v%20Turkey%20-%20Award.pdf, E.T: 04.11.2022. ICSID Sekreterliği'nin EMK Tahkimi başvurusunu kayıt altına aldığı bir diğer dava, 137 Kanada vatandaşının, ev sahibi devletin iç hukuk ve milletlerarası hukuku ihlal etmesi sonucu, bireysel yatırımlarının zarara uğradığı gerekçesiyle Kosta Rica devletine karşı yaptığı başvurudur. Ev sahibi devletin Konvansiyona taraf olup, Kanada Konvansiyon tarafı olmadığından, EMK tahkim süreci başlatılmıştır. Başvurucular, milli finansal sistem üzerinde devletin yeterince denetim yapmadığı gerekçesiyle Kanada ile Kosta Rika arasındaki yatırımların korunmasına ilişkin devletlerarası anlaşmada yer alan hakkaniyet ve nısfete uygun muamele, yatırımların korunması ve güvenliği ve kamulaştırmaya karşı koruma hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle yatırımlarının zarara uğratıldığını iddia etmiştir. Hakem heyeti öncelikle başvuruçuların eylemlerinin "yatırım" niteliğinde olup olmadığını incelemiştir. Döviz bürosu sahibi Villabolos kardeşler, kişilere banka mevduat faiz oranlarından daha yüksek bir oranla faiz vermekle, kişilerin yatırdıkları paranın nasıl işletildiği konusunda hem kişilere hem de resmi makamlara bilgi vermemiş; ancak referansla gelen kişilere bilgi vermişlerdir. Bu şekilde aslında bir "saadet zinciri" oluşturan Villalobos kardeşlerin işletmelerine baskınlar yapılmış, şüpheliler dolandırıcılık, hukuka aykırı finansal aracılık suçlarından yargılanmışlardır. Saadet zincirinin çökertilmesiyle, yatırımları paraları alamayan mağdurların zararlarının tazmini, yerel mahkemelerde mümkün olamayınca, yatırdıkları paraların "yatırım" olduğundan bahisle Merkez EMK tahkimine başvurmuşlardır. Hakem heyeti, başvuruçuların Kosta Rika'nın kanunlarına aykırı mülkiyet edinimlerinin hukuka aykırı hale geldiği ve

Kurallarının (1978) ihdasında amaçlanan Konvansiyon tahkimine tabi tutulamayan ihtilaflarda, başvuruların da kolaylaştırılması ve taraflara gene Merkez çatısı altında tahkim, uzlaşma veya vakıa tespit süreçlerinin yürütülmesi imkânı sunulabilmesidir. EMK'nın ilk ihdas edildiği zamanda, EMK'ya tabi tahkim/uzlaşma sürecinin varlığı, Konvansiyon m. 25'teki konu veya kişi bakımından yetki şartlarının "yokluğuna" bağlıdır. Bu da EMK tahkim/uzlaşma heyetinin kanaatimizce Konvansiyon m. 25 çerçevesinde doğrudan doğruya yatırım şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir değerlendirme yapmasını zorunlu kılmaktadır.

Ek Mekanizma Kurallarına göre teşekkül eden hakem heyetinin yetkisini düzenleyen m. 2 ile Konvansiyon hükümlerinin, Konvansiyon'a dayalı verilen kararların, tavsiye kararların, değerlendirmelerin EMK'ya tabi tahkim / uzlaşma süreçlerinde uygulanmayacağı öngören EMK m. 3 düzenlemesinin birlikte nasıl uygulanacağı hususunda uygulamada birlik yoktu.⁵¹

yatırım andlaşması çerçevesinde de "yatırım" olmadığından bahisle, konu bakımından (*ratione materiae*) yetkisiz olduğuna hükmetmiş ve EMK tahkimi reddedilmiştir. *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award - 19 May 2010, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-alsadair-ross-anderson-and-others-v-republic-of-costa-rica-award-wednesday-19th-may-2010>, E.T: 07.11.2022.

- ⁵¹ Ek Mekanizma Kuralları m. 3 hükmü doğrultusunda, EMK hakem / uzlaşma heyetleri ICSID içtihatlarına da bağlı değildir; bu demek oluyor ki EMK hakem / uzlaşma heyeti konu bakımından yetkili olup olmadığını yani başvuru tarafından icra edilen faaliyetlerin "yatırım" olup olmadığını değerlendirirken de ICSID hakem heyetlerinin kararlarıyla, tavsiye kararlarıyla vs. bağlı değildir. Bazı hakem heyetleri bu hükmü uygularken ICSID Konvansiyonundan bağımsız bir inceleme yaparken, bazı hakem heyetleri ise EMK'nın yetkisinin ICSID Konvansiyonuna göre bir yatırımın yapılmış olup olmadığının tespitine bağlı olduğu bu nedenle "yatırımın" tespitinden ICSID Konvansiyonundan bağımsız bir değerlendirme yapılamayacağını savunmuşlardır. *Minnottes vs. Polonya* davasında hakem heyeti, EMK'ya göre yetkisinin tesisi için konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki ve rıza şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığını incelemiştir. Uyuşmazlığın doğrudan doğruya EMK 2(a) hükmü çerçevesindeki bir yatırımdan kaynaklandığını, 21.03.1990 t. Amerika - Polonya İş ve Ekonomik İlişkiler Andlaşması ve EMK 4/(2) ve 2/(a) maddelerindeki amaçlar doğrultusunda yatırımın yapılmış olduğu; dolayısıyla konu bakımından yetki şartının gerçekleşmiş olduğu sonucuna varmıştır. *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award - 16 May 2014, p. 150, *Minnotte and Lewis v. Poland*, Award, 16 May 2014 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022. Aynı yönde bkz: *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award of 29 June 2020, p. 210 vd., <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-strabag-se-v-libya-award-monday-29th-june-2020>, E.T: 11.11.2022. *MNSS B.V. vs. Montenegro* tahkim sürecinde, ev sahibi devlet "yatırım" şartının oluşmadığını, zira başvurucağının fa-

Benzer hüküm EMK (2022) m. 3’de yer almaya devam etmektedir; ancak Vakıa Tespit Kurallarında benzer bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla EMK (1978)’ya tabi bir vakıa tespit sürecinde ICSID Konvansiyonuna ve içtihatlarından yararlanılıp yararlanılamayacağı tartışma konusuyken, Vakıa Tespit Kurallarında, Konvansiyon hükümlerine ve ICSID içtihatlarına, tavsiye kararlarına vs. dayanılıp dayanılmayacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Ek Mekanizma Kurallarında olduğu gibi bunu yasaklayan bir kural da yoktur. Yasaklayıcı kural olmaması nedeniyle, kanaatimizce, ICSID Konvansiyonu hükümlerine ve içtihatlarına başvurulabilir.

SONUÇ

Yarım yüzyılı aşkın bir süredir faaliyette olan Merkez, ICSID Konvansiyonu ve Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesinde devletlerin ve yatırımcıların devletler arası yatırımların teşviki anlaşmalarında da uyuşmazlıkların çözülmesinde tercih edilen önemli bir kurum olmuştur. ICSID Ek Mekanizma Kuralları (1978) çerçevesinde tahkim ve uzlaşma yöntemlerinin yanında ihdas edilmiş “vakıa tespiti” uygulamada da pek dikkat çekmemiş, 2000’li yıllara kadar Merkez nezdinde vakıa tespiti için hiç başvuru olmamıştır. Merkez, ICSID Konvansiyonu ve Ek Mekanizma Kurallarında değişiklik yapacağını ve devletlerin değişiklik önerilerini almaya başladığı 2016 yılında da vakıa tespiti gündeme gelmemiş ancak daha sonra vakıa tespitinin ihtilafları önlemeye yönelik ve ihtilaf ortaya çıkmadan önce uygulanırlığını artırma niyetinden bahsedilmiş, pek de uygulaması ve bilinirliği olmayan vakıa tespiti ayrı kurallar bütünü halinde düzenlenmiştir.

aliyetlerinin Konvansiyona göre yatırım olarak değerlendirilemeyeceğini; başvuru ise EMK m. 3 hükmünün açıkça Konvansiyon’un EMK süreçlerine uygulanmayacağını düzenlediğini beyan etmiştir. Bu nedenle hakem heyeti, EMK’ya tabi bir yatırım yapılmış olup olmadığının tespitinde EMK ile ICSID Konvansiyonu arasındaki ilişkinin mahiyetini bir “ön sorun” olarak ayırteten incelemiştir. EMK m. 2/(a)’ya göre EMK hakem heyetinin yetkisi, ihtilafın ICSID Konvansiyonu’nun yetki alanında dışında olmasına bağlıdır. Bu nedenle, EMK’ya tabi yürütülen bir tahkimde de hakem heyeti yetkisini belirlerken, yatırımın ICSID Konvansiyonu çerçevesinde bir yatırım olup olmadığını incelemelidir. MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award of 4 May 2016, p. 184 vd., MNSS and RCA v. Montenegro, Award, 4 May 2016 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022.

Vakıa tespitini, Merkez nezdindeki diğer süreçlerden ayıran en önemli özellik henüz bir ihtilaf yokken başvurunun yapılması ve vakıaların tespit edilmesidir. Bu özelliği itibarıyla, olası bir ihtilafı önlemeye yönelik olabileceği gibi bir ihtilaf ortaya çıktıktan sonra vakıa tespiti süreci sonundaki rapordaki veriler ihtilafı çözmeye hususunda kilit rol oynayabilir. Vakıa tespiti kurallarının ayrı kurallar bütünü halinde düzenlenmesi, Merkez'in ihtilaf çıkmadan, uluslararası yatırım ikliminin barış ortamında sürdürülmesi niyetini ortaya koymaktadır.

Kaynakça

- Broches Aron, "The 'Additional Facility' of the International Centre for Settlement of Investment Disputes- (ICSID)", in Pieter Sanders(ed), Yearbook Commercial Arbitration 1979- Volume IV, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 4 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 1979), ss. 373-379.
- Dikran M. Zenginkuzucu, Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşleyişi, İstanbul, 2012
- Dost Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Ankara, 2006
- Egemen Demir Işıl, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- Mert Bayer Mazlum, "Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı", Onikilevha Yayınları, 2021
- Nitschke Frauke, "The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Oxford University Press 2014, Volume 29 Issue 1) pp. 112-132.
- Onwuamaegbu Ucheora, The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience, 22 NEWS FROM ICSID, no. 2, 2005.
- Schreuer Christoph H., Schill Stephan W., Malintoppi Loretta, Reinisch August, Sinclair Anthony, Schreuer's Commentary on the ICSID Convention, Cambridge University Press, Third Edition, 2022 (Commentary).
- Toriello Pierluigi, "The Additional Facility of the International Centre For Settlement of Investment Disputes, The Italian Yearbook of International Law Online, 4(1), 1978, 59-83.
- Wehland Hanno, "Jurisdiction and Admissibility in Proceedings under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules", ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Publisher: Kluwer Law International, 2017.
- Yamamoto Hiroko, Ramesh Shreya, et al., "Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, (© The Author(s); Oxford University Press 2020, Volume 35 Issue 3)

Yılmaz İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004

Yılmaz İlhan, "ICSID Kurallarının Gelişimi ve Önerilen Kapsamlı Son Değişiklikler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/1, ss. 460-473.

Çevrimiçi Kaynaklar

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 2-6.1988 Sayı: 19830) Kanun No. 3460 Kabul Tarihi: 27.05.1988, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103460.pdf, E.T: 30.10.2022.

"Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations", 052405-sgmanual.PDF (worldbank.org); <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Old%20Rules/2006%20-%20ICSID%20Convention%2C%20Regulations%20and%20Rules%20-%20ENG.pdf>; E.T: 31.10.2022.

ICSID Mediation Rules and Regulations, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation.pdf, E.T: 01.11.2022.

ICSID Fact-finding Rules and Regulations, ICSID_Fact-Finding.pdf (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

ICSID History, C. I, II, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>, E.T: 11.11.2022.

Proposals for Amendment of the ICSID Rules –Working Paper I, Volume 3 ICSID Secretariat August 2, 2018 WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf (worldbank.org); E.T: 25.11.2022.

Working Paper 2, Vol. 2, VOL_2.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022

Working Paper 3, Vol. 1, 16.08.2019, WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf (worldbank.org), E.T: 25.11.2022.

ICSID Arbitration Rules (2022), <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration-rules/chapter-v-evidence>, E.T: 24.11.2022.

Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) International Centre for Settlement of Investment Disputes: (worldbank.org). E.T: 24.11.2022.

ICSID Additional Facility Rules (2003); https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Addl_English.pdf,

ICSID Additional Facility Rules and Regulations (2022), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Additional_Facility.pdf, E.T: 04.11.2022.

Fact-finding (Additional Facility) Rules, :: International Centre for Settlement of Investment Disputes: (worldbank.org), E.T: 01.11.2022.

Yararlanılan Kararlar

(AF) Europe Cement v Turkey (AF), Award (13 August 2009) https://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/Europe%20Cement%20v%20Turkey%20-%20Award.pdf, E.T: 04.11.2022.

- Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award- 19 May 2010, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-alsadair-ross-anderson-and-others-v-republic-of-costa-rica-award-wednesday-19th-may-2010>, E.T: 07.11.2022.
- David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award- 16 May 2014, Minnotte and Lewis v. Poland, Award, 16 May 2014 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022.
- Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Award 27.09.2019, Perenco v. Ecuador, Award, 27 Sept 2019 (jsumundi.com), E.T: 24.11.2022.
- Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award of 29 June 2020, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-strabag-se-v-libya-award-monday-29th-june-2020>, E.T: 11.11.2022.
- MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award of 4 May 2016, MNSS and RCA v. Montenegro, Award, 4 May 2016 (jsumundi.com), E.T: 11.11.2022.

