

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arbuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü

Dilara Baytaroğlu* 

Öz

ICSID Sözleşmesi ile oluşturulan Merkezin amacı, Sözleşmenin 1. Maddesi kapsamında yatırım uyuşmazlıklarının arbuluculuk ve tahkim yollarıyla çözümünü kolaylaştırmaktır. Bu çalışmada, Merkezin söz konusu amacı doğrultusunda Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID) uyarınca, yatırım uyuşmazlıklarının “ICSID Arbuluculuk Kuralları” ışığında çözümü ayrıntılı olarak ele alınmıştır. ICSID Arbuluculuk Kurallarında öngörülen arbuluculuk prosedürü de dahil olmak üzere, yatırım uyuşmazlıklarının dostane bir yöntem olarak arbuluculuk yoluyla çözümü bu çalışmanın esasını oluşturmaktadır. Arbuluculuk, bir yatırım uyuşmazlığının söz konusu olduğu hallerde, çoğunlukla tercih edilen tahkim yargılamasına alternatif bir çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkar. Arbuluculuk, uzlaşma sağlanması adına birçok yönü itibarıyla tahkim yargılamasının dezavantajlı özelliklerini daha esnek bir sürecin takip edilmesiyle giderebilen aynı zamanda, uzlaşma sağlanmasında tahkim yargılaması kadar etkili olabilecek bir yöntemdir. Arbuluculuk süreci sonunda verilen “arbuluculuk raporunun” bağlayıcılığı, yöntemin tercihinde rol oynayan en önemli faktörlerden biridir. Arbuluculuk, salt olarak sonucunda tavsiye niteliğinde bir karar ile herhangi bir bağlayıcılıktan söz edilmeksizin uzlaşma sağlanan bir süreç olarak görülmemelidir. Çalışmamızda, arbuluculuk sürecinin niteliği, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararların aksine arbulucu raporlarının bağlayıcı etkisi bulunmadığını ve yatırım uyuşmazlıklarına konu olan büyük çaplı projelerde zaman kaybı olmaktan ileriye gidemeyeceğini savunan görüşler de dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

ICSID, ICSID Arbuluculuk kuralları, Yatırım uyuşmazlıkları, Arbuluculuk kavramı, Arbuluculuk-tahkim (Med-Arb), Tesoro Petrolum v Trinidad ve Tobago

Resolution of Investment Disputes Referring to the ICSID Conciliation Rules

Abstract

The purpose of the Center established by the ICSID Convention, is to facilitate the settlement of investment disputes through conciliation and arbitration mechanisms under Article 1 of the Convention. Related with the mentioned purpose, in this article, the resolution of investment disputes has been analyzed in the light of “ICSID Conciliation Rules” of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID). Including the conciliation procedure prescribed in ICSID Conciliation Rules, the corner stone of this article constituted under the conciliation process as an amicable settlement method. Conciliation, where an investment dispute is involved, is often an alternative solution to the arbitral proceedings. As of many aspects, conciliation can be as effective as an arbitration in order to achieve a consensus via eliminating the disadvantageous features of arbitral proceedings thanks to its more flexible structure. Whether the binding feature of the “conciliator report” at the end of the process is one of the most important factors in the choice of this method. Conciliation should not be seen as an advisory process merely. Within the framework of this article, the characteristics of conciliation process has been examined considering the opposite opinions that advocate the a nonfunctionality and nonbinding effect of conciliation.

Keywords

ICSID, ICSID Conciliation rules, Investment disputes, the Concept of conciliation, Mediation-arbitration (Med-Arb), Tesoro Petrolum v Trinidad and Tobago

* Sorumlu Yazar: Dilara Baytaroğlu (Araş. Gör.), İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dilaraybaytaroglu@gmail.com ORCID: 0000-0001-5714-4628

Atf: Baytaroğlu D, “Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arbuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü” (2019) 39(2) PPIL 357.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0004>

Extended Summary

Conciliation is one of the alternative dispute resolution mechanisms having specifically regulated in the ICSID Convention for the settlement of investment disputes. The number of applied negotiations aiming to solve via the conciliation process is gradually becoming preferred. The essence of the conciliation procedure based on an impartial third party's support to reach a mutual agreement of the parties. The concept of conciliation in terms of investment disputes is defined in the ICSID Convention as an amicable dispute resolution method that the cooperation lies in the foreground. The historical background of the conciliation has lied back to the 1899 and 1907 dated Hague Conferences. The bodies we can call query committees in this field have carried out activities similar to the conciliation mechanism.

The Convention preferred to use the term conciliation to define the concept of mediation. According to National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, the concept of mediation, in contrast to the concept of conciliation, is simply a procedure facilitating the resolution of the dispute whereas the concept of conciliation is a unified process involving the authorizing authority of the conciliator to facilitate the conciliation procedure. In our opinion, both of the terms can be used interchangeably. In addition to this, the conciliation process has three main characteristics. The initial feature is that both parties are willing to initiate the mediation procedure in order to resolve the dispute through mediation. Secondly, the principle of equality between the parties is in the foreground substantially. Finally as a third feature, the principle of confidentiality is dominant at the conciliation process in order to ensure the commercial reputation of the parties.

According to the Article 1 of the ICSID Convention, "The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention." The ICSID arbitration and conciliation rules envisaged in the convention as an arrangements structured in line with the successive and almost identical regulations. In this respect, it is argued that there is the same idea on the basis of the rules of arbitration and conciliation. However, conciliation does not reflect the same process as arbitration. In contrast to the arbitration proceedings, conciliation is not a trial, but involves a process of alternative dispute resolution system beginning with a conciliation request where the process is flexible and based on the free will of the parties and ends with the decision of the mediator.

Beside the two main alternative dispute resolution mechanisms, conciliation-arbitration (med-arb) method, has began to become popular for both of the commercial and investment disputes. Conciliation-arbitration (med-arb) is a mixed alternative dispute resolution method that includes both conciliation and arbitration.

Substantially, the willingness of the parties to choose the most optimal solution for their disputes quickly and with less cost has led parties to prefer hybrid procedures in the international area. The med-arb method applies in different ways. The initial one relates to conciliation activities during the arbitration proceedings. The second form of the related method is about the selected arbitrators undertaking the conciliator function over the same dispute. The third form of the same method is called “med-arb” method. In this method, the parties who cannot reach an agreement on the conciliation process, accept the conciliator’s binding decision-making power by the signing a voluntary agreement and turn the conciliation process into an arbitral proceeding.

Investment disputes arise from large-scale and long-term projects between the host government and the foreign investor. Compared to commercial disputes, investment disputes tend to be a more complex investment relationship. Hence, applications to ICSID for the resolution of foreign investments disputes are largely related through arbitration proceedings. However, in order to resolve the disputes without having to enter into a judicial process and to ensure the commercial reputation of the parties is not compromised, the settlement of the investment disputes by following the conciliation mechanism has become an increasingly preferred method.

Resolution of Investment Disputes Referring to the ICSID Conciliation Rules

The non-binding decision of the conciliator in the conciliation process is one of the distinctive characteristics of arbitration proceedings. The decisions made at the end of the conciliation process are advisory recommendations. However, the parties should adhere to the Commission’s proposal to the extent possible. In order not to shake the trust in the conciliation process, it is also important for the parties to act in line with the decision. On the other hand in our opinion, acknowledging the non-binding characteristic of the conciliation process can lead the process being seen as a waste of time and money. However, the fact that the conciliator advisory decisions are not binding, does not mean that the parties will not be bound by the conciliator report at the end of the process. This situation is also incompatible with the provision of Article 32 of the ICSID Mediation Rules. At the same time, it is not possible to mention the effectiveness of the conciliation process where the conciliator report carrying the signatures of the Commission members.

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına İstinaden Çözümü

Giriş

Ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıkları, “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme” kapsamında öngörülen arabuluculuk kurallarına istinaden çözümlenebilir. Taraflar, aralarında akdedilen sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların, “ICSID Arabuluculuk Kuralları (ICSID Conciliation Rules)” çerçevesinde çözümleneceğini kararlaştırabilir.

Arabuluculuk, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde ICSID sözleşmesinde özel olarak düzenlenen ve sürecin tercih edildiği uyuşmazlık sayısının git gide arttığı alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından birisidir. ICSID Arabuluculuk Kurallarının da bu doğrultudaki amacı, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID sözleşmesine göre çözümünü temin etmek amacıyla gerekli usul sisteminin oluşturulmasıdır. Bu kapsamda, tarafların serbest iradelerinin ön planda tutulduğu esnek bir süreç yürütülerek, uyuşmazlık bakımından menfaat dengesinin kurulmasına da hizmet eden bir uzlaşa sağlanmaya gayret edilir.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle, arabuluculuk kavramının tarihsel süreç içindeki gelişimi kısaca incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, arabuluculuk kavramı genel olarak ele alınacaktır. Kavramın özgülüğünün ortaya konulması amacıyla, ICSID sözleşmesinde öngörülen bir diğer uyuşmazlık çözüm mekanizması olan tahkim ile olan benzer ve farklı yönleri değerlendirilecek; bunu takiben her iki uyuşmazlık çözüm yönteminin aşamalı ve bir arada kullanıldığı karma bir sistem olan “arbuluculuk-tahkim” yöntemi üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısmında, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözümlenmesi için sözleşmede öngörülen usul hükümleri sürecin başlangıcından sonuna doğru, sıralı bir düzen içinde incelenecektir. İkinci ve son kısmında ise, çözümlenmesinde arabuluculuk usulünün tercih edildiği ve tamamlanan yatırım uyuşmazlıklarının tamamının bir listesi verilecektir¹.

1 ICSID arabuluculuk sürecine hâkim olan gizlilik ilkesi nedeniyle sadece sürece ilişkin bilgiye ulaşılabilen uyuşmazlıklar incelenebilmiştir.

I. Tarihsel Süreçte Yatırım Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk Kavramının Gelişimi

Arabuluculuk kavramının gelişim noktası, devletlerarası uyuşmazlıkların, 1899 ve 1907 tarihli Hague Konvansiyonlarında düzenleme alanı bulan sorgu komisyonları diyebileceğimiz organların, arabuluculuk mekanizmasına benzer olarak yürüttüğü faaliyetler aracılığıyla çözüme kavuşturulmasına dayanır².

1919 yılında, arabuluculuğun önemli destekleyicilerinden biri olan İsviçre, tahkim veya yürütülen yerel yargılamalar sonucunda oluşan zararların en aza indirilebileceği düşüncesiyle, arabuluculuk anlaşmalarının akdedilmesi gerektiğine ilişkin bir politika belirlemiştir³. Bunu takiben birçok Avrupa ülkesi, uyuşmazlıkların çözümünde, bir “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak arabuluculuğu benimsemiş ve arabuluculuk Anlaşmalarına taraf olan devlet sayısı artmıştır⁴.

1922 yılında, arabuluculuk, Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan bir yönergeyle, devletlerin başvurabileceği avantajlı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak teşvik edilmiştir⁵. Nitekim “Pasifik Adaları’ndaki Uyuşmazlıkların Çözümü” konusunda akdedilen 1928 tarihli “Genel Anlaşma” ile de, arabuluculuk alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmiştir⁶.

1945 yılı sonrasında ise, ICSID Konvansiyonun da dâhil olduğu, ICC⁷, AAA⁸ bir takım kuruluşlar kendi arabuluculuk kurallarını öngörmüşlerdir. Böylece arabuluculuk, sadece devletlerarası uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değil, aynı zamanda yatırım uyuşmazlıkları ve ticari uyuşmazlıklar bakımından da geçerlilik kazanmıştır⁹.

- 2 Sven MG Koopmans, *Diplomatic Dispute Settlement: The Use of Inter-State Conciliation*, (TMC Asser Press 2008); Bu konuya ilişkin en temel örnek, 1907 tarihli “*Dogger Bank*” isimli sorgudur. Hata sonucu batan gemilere ilişkin uyuşmazlıkta, bir arabuluculuk komisyonu olarak hareket eden “*Dogger Bank Komisyonu*”, yaptıkları diplomatik değerlendirmeler ile birlikte, uyuşmazlığı her yönüyle incelemiştir. Detaylı bilgi hakkında bkz. Koopmans (n 2) 78.
- 3 İsviçre, bu düşünce kapsamında, 1921 yılında Almanya ilk arabuluculuk anlaşmasını imzalamıştır. Antlaşma için bkz. De Jonk Van Beek En Donk, *The New Swiss-German Treaty of Arbitration and Conciliation*, Advocate of Peace through Justice, (1922) 22(3) 101-102; 1940’lı yılların sonunda, yaklaşık olarak 200 arabuluculuk anlaşması akdedilmiştir. Bkz. J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, (5th edn, Cambridge University Press) United Kingdom, (2012).
- 4 Örneğin Almanya, 1925 yılında “Locarno” Antlaşmaları olarak adlandırılan; Belçika, Fransa, Çek Cumhuriyeti ve Polonya ile akdedilen dört antlaşmaya taraf olmuştur. Bkz. Koopmans (n 2) 84.
- 5 Detaylı bilgi için bkz. https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_46_49-E.pdf, Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.
- 6 “General Act on the Pacific Settlement of International Disputes (the 1928 General Act)”; Antlaşma metni için bkz. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/08/1928-General-Act-of-Arbitration.pdf>, Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.
- 7 ICC Arabuluculuk Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.
- 8 AAA Arabuluculuk Kuralları için bkz. <https://www.adr.org/sites/default/files/International%20Dispute%20Resolution%20Procedures%20Including%20Mediation%20and%20Arbitration%20Rules%29%20-%20English%20Jun%2001%2C%202010.pdf> Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.
- 9 ICSID Arabuluculuk Kuralları için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules.aspx> Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesiyle birlikte, uluslararası toplumda oldukça önemli bir yere sahip olan Dünya Bankası¹⁰ kurulmuştur. Bunu takiben, 1946 ile 1962 tarihleri arasında yatırımcılar ve devletler, uyuşmazlık taraflarının karşılıklı olarak mutabakat sağladıkları, somut ve uygulanabilir nitelikli bir uyuşmazlık çözüm metodolojisi getirilmesi konusunda Dünya Bankası'na talepte bulunmuşlardır¹¹.

Yatırım uyuşmazlıklarının dostane çözümü, Dünya Bankası'nın uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ek bir parçası olarak, yabancı yatırımı cesaretlendiren yöntemler olarak kabul edilmiştir. Ancak 1961 yılında Dünya Bankası başkanı Eugene R. Blanck, bankanın o tarihteki mevcut yapısının, uyuşmazlıkların dostane yöntemleriyle çözümü konusunda uzmanlaşmaya yeterli olmadığını, bunun ancak arabuluculuğa veya tahkime ilişkin özel düzenlemelerle başarılabilceğini belirtmiştir¹². Bu doğrultuda, 1961 yılında arabuluculuk ve tahkim usulleri bakımından, 1962 tarihli "Taslak Konvansiyon"¹³ çerçevesinde uluslararası çözüm mekanizması öngörülmeye çalışılmıştır.

Tüm bu çabaların bir sonucu olarak, yatırım uyuşmazlıklarının çözüm merkezi olması adına çok taraflı bir sözleşme ile Dünya Bankası nezdinde ICSID, tam adıyla; "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme" hazırlanmıştır¹⁴. ICSID'in kuruluşu ile genel olarak amaçlanan, Konvansiyona üye devletler ile diğer devlet vatandaşları arasında, yatırımdan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümlenmesi için elverişli usuli ortamının hazırlanması, yargılamanın ise öngörülen bu kurallara istinaden yürütülmesidir¹⁵. Bu amaç doğrultusunda Anlaşma'nın 1. maddesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları için yetkili "Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Merkez ("Merkez")" teşekkülü sağlanmıştır. Yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için ICSID Kuralları oluşturulmuştur. Bu kurallara ek olarak 1978 yılında¹⁶, ICSID İdare Konseyi tarafından "Ek Mekanizma Kuralları" kabul edilmiştir. Ek mekanizma kuralları çerçevesinde ICSID Sekreteryası, devletler ile yabancı yatırımcılar arasında Anlaşma'nın uygulama alanı haricinde kalan alanların idaresi ile görevlendirilmiştir. Öngörülen bu kurallardan biri, Konvansiyon kapsamındaki arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerin öngörüldüğü "ICSID Arabuluculuk Kuralları"dır.

10 Dünya Bankası'nın tam adı, "Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankasıdır".

11 Frauke Nitschke, *The ICSID Conciliation Rules in Practice* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257031> Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.; ICSID'in tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Eugene Black, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others* (1968) 2(1).

12 Nitschke (n 11) 2.

13 Black (n 11) 106.

14 Anlaşmaya taraf devletlerin listesi için bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>> Erişim Tarihi 30 Kasım 2018.

15 Anlaşmanın metni için bkz. RG 06.12.1998/20011.

16 Ek mekanizma kuralları, 1978 yılında kabul edilmiş olmasına rağmen, takdime konusunda oldukça dikkatli davranılmış ve ancak 1983 yılında uygulamaya konulmuştur. Detaylı bilgi için bkz. "Antonio, R. Parra, The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes" (2007) 22(1) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 55,68.

Yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kuralları, İdare Kurulu tarafından 2002 yılında gerçekleştirilen yıllık toplantıda bir takım usuli değişiklikler geçirmiş¹⁷, ancak sonuç itibariyle yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda tercih edilen bir çözüm yöntemi olmuştur¹⁸.

II. Arabuluculuk Kavramına Genel Bir Bakış

Yatırım uyuşmazlıklarının, arabuluculuk kurallarına göre çözümü ihtiyacı ve uyuşmazlıkların bir alternatif çözüm yöntemi çerçevesinde sonuçlanması yönündeki tercih nedenleri, arabuluculuk kavramının incelenmesi ile daha iyi anlaşılır.

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkan bir kavramdır¹⁹. Tercih edildiği alan itibariyle hukuki bir çözüm yöntemi olarak sadece milli karakterli uyuşmazlıklarda değil, aynı zamanda milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda da taraflarca seçilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir²⁰.

Arabuluculuk usulünün özünü, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlık taraflarının karşılıklı anlaşmalarını desteklemesi oluşturur²¹. Kavram, dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak farklı hukuk sistemlerinde tanımlanmıştır:

Alman Arabuluculuk Kanunu'na ("Mediationsgesetz") göre, somut bir uyuşmazlığın dostane çözüme ulaştırılması amacıyla, bir veya birden fazla arabulucu tarafından yürütülen gizli ve yapılandırılmış süreç arabuluculuk kurumunu ifade eder (M.1)²².

Fransız Arabuluculuk Kanunu'na göre ise, yine yapılandırılmış bir süreç olan arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından somut uyuşmazlığa uygun ve

17 Bu değişiklikler, 2013 yılında uygulanmıştır. "2013 Değişiklikleri" için bkz. para (n 16) 63.

18 Bunun nedeni olarak, arabuluculuk yönteminin devletlerin egemenlik alanlarına daha az müdahale öngörmesiyle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması olduğu belirtilmiştir. Bkz. Eugene Black, "History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others" (1968) 2(2).

19 Günseli Öztekin Gelgel, "25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması" 37(2) MHB 611,640; Süha Tanrıver, *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim-II 2006-2010 (Adalet Yayınevi 2011).

20 Harold Abramson, *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process* (3rd edn, Wolters Kluwer 2013); Bobette Wolski, "On Mediation, Legal Representatives and Advocates" (2015) 38(1) UNSW Law Journal 5,47; Robert Baruch Bush, "Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation" (1989) 41 University of Florida Law Review 253,286.

21 Uyuşmazlığın çözümünde birden fazla arabulucu görev yapabilir. "Arabuluculuk arkadaşlığı" olarak adlandırılan bu durum için bkz. Monica Hanaway, *Co-Mediation: Using a Psychological, Paired Approach to Resolving Conflict* (2012) Corporate Harmony; Hatice Selin Pürselim, Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler (2014) (20)2 MÜHF-HAD 3,21.

22 Mediationsgesetz § 1; "... (1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben..." Kanun metni için bkz. https://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=317754, Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

milli mahkemelere başvurulmaksızın dostane çözüme varılmasını hedefleyen bir yöntemdir (M.1530)²³.

Türk hukukunda arabuluculuk ise, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu²⁴ ile düzenlenmiştir. Kanunun 2.maddesine göre, “...*Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi...*”dir.

Yatırım uyuşmazlıkları yönünden arabuluculuk kavramı ise, ICSID Konvansiyonunda tanımlanmıştır. “ICSID Arabuluculuk Kurallarına” göre arabuluculuk, sürece işbirliğinin hâkim olduğu, bir çekişmesiz uyuşmazlık çözüm yöntemidir²⁵. Konvansiyon, arabuluculuk kavramı olarak “conciliation” terimini kullanmayı tercih etmiştir²⁶. Bu doğrultuda, “conciliation” ile “mediation” terimleri arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir.

Konvansiyonun arabuluculuk kuralları tasarlanırken, “conciliation” ve “mediation” kavramlarının birbirleri yerine geçen kavramlar olduğu kanaatine varılmıştır²⁷. NADRAC’a²⁸ göre “mediation” kavramı, “conciliation” kavramından farklı olarak, sadece ve sadece uyuşmazlığın çözüm sürecini kolaylaştırıcı bir prosedür anlamındadır. “Conciliation” kavramı ise, kolaylaştırma olgusunun yanında, “conciliator” olarak adlandırılan arabulucuların tavsiye verme yetkisini içeren birleşik bir süreçtir²⁹. En nihayetinde “conciliation” terimi, tavsiye vermeye yetkili kişi veya kişiler (“conciliators”) tarafından, uyuşmazlığın her iki tarafın anlaşmasına göre uyarlanmasıdır³⁰.

23 Christophe Imhoos, The Enactment of the French Decree No. 2012-66 of January 20, 2012 Related to the Amicable Settlement of Disputes: Some Progress in ADR in France?, (Kluwer Mediation Blog), <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/02/07/the-enactment-of-the-french-decree-no-2012-66-of-january-20-2012-related-to-the-amicable-settlement-of-disputes-some-progress-in-adr-in-france/>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.; Kanunun orijinal metni için bkz. “Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends”, m. 1530.

24 RG:22.06.2012/28331.

25 Kavram için bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/ICSID-Convention-Conciliation.aspx>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

26 “ICSID Arabuluculuk Kuralları” için bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules.aspx>>, Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

27 Fatma Khalifa, “Mediation Use in ISDS” (2014) 1 Transnational Dispute Management, 1; Nitschke (n 11) 3.

28 NADRAC, tam adıyla, “National Alternative Dispute Resolution Advisory Council”, Avusturalya’da kurulmuş, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda tavsiye veren bağımsız nitelikli bir kuruluştur. Kurum için bkz. <<https://www.ag.gov.au/LegalSystem/AlternateDisputeResolution/Pages/default.aspx>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018; Karşılaştırma için bkz. UNCITRAL Model Kanunu 2002.

29 National Advisory Dispute Resolution Advisory Council, “Dispute Resolution Terms” <<https://www.ag.gov.au/LegalSystem/AlternateDisputeResolution/Documents/NADRAC%20Publications/Dispute%20Resolution%20Terms.PDF>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

30 Nitschke (n 11) 3.

“Arabulucu” olarak görev yapan kişiler, hâkim veya hakem sıfatıyla görev yapan kimseler olarak değil, bir “moderatör” veya “kolaylaştırıcı kişi” olarak algılanmalıdır³¹. Bu kişi, uyuşmazlığın hangi yolla daha etkin ve kolay çözümleneceği konusunda, taraflarca birlikte uyuşmazlığı değerlendirir, adeta taraflarla birlikte hareket eder³². Tarafları karşılıklı anlaşma çerçevesinde bir sonuca varmasını engelleyen her türlü çekişmeyi engellemeye ve tarafların karşılıklı menfaatlerini maksimize edecek şekilde uyuşmazlığın çözümüne çalışır. Bunu, uyuşmazlığı arabuluculuk kuralları çerçevesinde yapılandırarak, tarafları uyuşmazlığın olası sonuçları hakkında bilgilendirme ile gerçekleştirir³³.

Arabuluculuk, tek bir uyuşmazlığa yönelik olması açısından mahkeme yargısına kıyasla, daha esnek ve daha hızlı süreçleri olan bir yöntemdir³⁴. Nitekim bu çözüm yolu ile amaçlanan, bir uyuşmazlığın mümkün olan en kısa süre içinde tarafların bir araya getirilmesiyle, uzlaşma sağlanmasına teşvik edilmesidir³⁵. Temel alınan olgu, tarafların amaçları ve menfaatleri doğrultusunda bir uzlaşma sonucunun ortaya konulmasıdır³⁶.

Tarafların, arabuluculuk sürecine duydukları güvenin korunması adına arabuluculuk, gizliliğin korunduğu bir yöntem olarak bilinir³⁷. Uyuşmazlığın çözümü safhasında, taraflar uyuşmazlık bakımından etkin bir role sahiptir. Bu yönü itibarıyla da, süreç yönetiminin tarafların denetiminde olduğu bir yöntemdir³⁸.

Arabuluculuğun üç temel karakteristik özelliği mevcuttur. Bunlardan ilki, uyuşmazlığın çözümünde taraflardan her ikisinin arabuluculuk usulünü başlatma konusunda gönüllü olmasıdır³⁹. Bunun istisnası, farklı hukuk sistemlerinde uyuşmazlığın yargı safhası öncesinde sulh yoluyla çözümünü teşvik etmek amacıyla örneğinin görüldüğü zorunlu arabuluculuk sistemidir⁴⁰.

31 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business, Negotiation, Mediation, Arbitration*, (Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 3rd edn, Wolters Kluwer Law& Business, 2015).

32 Susan D. Franck, “Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide” (2014) 29(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 66,89.

33 Franck (n 32) 7.

34 Mahkemelerin yoğunluğu, uyuşmazlık çözüm hızını etkileyen faktörlerden bir diğeridir. Bkz. Öztekin Gelgel (n 19) 613.

35 Dwight Golann, “Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates”, ABA Section of Dispute Resolution, (2009); Seda Özmumcu, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013).

36 Öztekin Gelgel (n 19) 614.

37 Ana Ubilava/ Luke Nottage, *ICSID’s New Mediation Rules: A Small but Positive Step Forward*, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Ubilava_Nottage_10.17.2018.pdf> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

38 Rebecca Hollander Blumoff/ Tom R. Tyler, *Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution*, (2011) (1) Journal of Dispute Resolution, 1-18; Debra L Shapiro/ Jeanne M. Brett, *Comparing Three Processes Underlying Judgements of Procedural Justice: A Field Study of Mediation and Arbitration*, (1993) 65(6) Journal of Personality and Social Psychology, 1167-1177; Öztekin Gelgel, (n 19) 614.

39 Berger (n 31) 119; Öztekin Gelgel bu ilkeyi, “Gönüllülük İlkesi” başlığı altında incelemiştir. Bkz. Öztekin Gelgel, (n 19) 615; Nancy WELSH, “Making Deals in Court-Connected Mediation: What’s Justice Got to Do with It?” (2001) 79(3) Wash ULQ 788,858.

40 Türk hukukunda zorunlu arabuluculuk için bkz. Seda Özmumcu, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış (2016) LXXIV(2) İÜHFD 807,847.

İkincisi, arabuluculuk süreci ve usulünde taraflar arasında eşitlik ilkesinin gözetilmesidir. Arabuluculuk yönteminin bir parçası olarak eşitlik ilkesi, tarafların benzer koşullar altında süreci yönetmelerini sağlar; diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nazaran, büyük oranda tarafların sorumlulukları altındadır⁴¹. Uyuşmazlık, tarafların karşılıklı anlaşması ve uyuşmazlık üzerindeki kontrolleri çerçevesinde ilerler. Eşitlik ilkesi de, tarafların rıza gösterdiği ölçüde işler⁴².

Son olarak, taraflarca aksi öngörülmedikçe, tarafların ticari itibarlarının sarsılmaması adına arabuluculuk sürecine gizlilik ilkesi hâkimdir⁴³.

A. ICSID Konvansiyonu Çerçevesinde Arabuluculuk ve Tahkim Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarının Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi

Devletler ve diğer devletin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıkları, ICSID Konvansiyonu kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözümlenebileceği gibi, arabuluculuk yoluyla da uzlaşma sağlanabilir. Nitekim Konvansiyonun 1.maddesine göre, “*Merkezin amacı, bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak akit devletler ile diğer akit devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının uzlaştırılması ve hakemliği için kolaylıklar sağlamak...*” olduğu belirtilmiştir.

Konvansiyon düzenlemelerinde öngörülen tahkim ve arabuluculuk kuralları, sıra itibarıyla art arda ve hemen hemen özdeş düzenlemeler çerçevesinde yapılandırılmıştır⁴⁴. Bu doğrultuda, tahkim ve arabuluculuk kurallarının temelinde aynı düşüncenin bulunduğu, hatta arabuluculuğun bazı uyuşmazlıklarda tahkim sistemine dönüşebileceği savunulmaktadır⁴⁵. Her iki sürecin benzer ve farklı yönlerinin ortaya konulması, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından oldukça önem arz eden bu kurumların daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Yatırım uyuşmazlıklarının ICSID arabuluculuk ve tahkim kurallarına istinaden çözümü, bazı özellikleri bakımından benzerlik gösterir. Bunlardan ilki, tarafların yatırımdan doğan uyuşmazlıklarını ICSID arabuluculuk veya tahkim kurallarına istinaden çözme rızasıdır. Rıza, uyuşmazlığın hangi çözüm yöntemine istinaden sonuçlandırılacağına önemi bulunmaksızın, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Konvansiyonu’nun yargılama yetkisine girmesinin ön koşullarından biridir⁴⁶.

41 Berger (n 31) 122; ancak bu durum, tarafların eşit koşullar altında bulunmadığı yönünde anlaşılmalıdır. Bkz. Öztekin Gelgel (n 19) 615.

42 Öztekin Gelgel (n 19) 615.

43 Franck (n 32) 11.

44 Nitschke (n 11) 3.

45 Aron Broches için bkz. Black (n 18) 782.

46 ICSID sözleşmesi m.25/1; “*Merkezin yargılama yetkisi, Akit ülkeler (ya da onları oluşturan alt birimler ya da ülke tarafından merkeze atanmış temsilciler) ile uyuşmazlık haliyle ilgili yazılı rızasını Merkeze sunmuş diğer Akit devlet vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları kapsayacaktır. Taraflar rızalarını sunduktan sonra hiç bir taraf bu olurlarını tek taraflı olarak geri alamaz.*”

Bir diğer benzerlik grubu ise, usule ilişkindir. Her iki süreç, (tarafların talebi açıkça Merkezin yargılama yetkisi dışında olduğuna karar verilmedikçe) Genel Sekreterliğe yapılan yazılı bir talep ile başlar⁴⁷. Bu taleplerin içeriği bakımından öngörülen koşullar tahkim ve arabuluculuk süreçleri için benzerdir⁴⁸. Talebin kaydedilmesini takiben, hem arabuluculuk komisyonu hem de hakem heyeti “mümkün olan en kısa süre içerisinde” oluşturulur⁴⁹. Arabuluculuk komisyonu ile hakem heyetinin oluşturulmasına ilişkin hükümler de, ICSID m.39’da⁵⁰ yer alan “vatandaşlık” kuralı dışında, neredeyse özdeştir⁵¹. Söz konusu hüküm, yatırım uyuşmazlıklarının hakemler aracılığıyla çözümüne ilişkin olup arabuluculuk açısından uygulama alanı bulmaz.

Uyuşmazlığın arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümüne rıza gösteren taraflara Konvansiyon, hem komisyon hem de heyetin oluşumu bağlamında esneklik tanımıştır. Örneğin, arabulucuların veya hakemlerin sayısında ya da atanma yöntemi üzerinde anlaşılabilmesi halinde, her iki süreç bakımından benzer usuli hükümler öngörülmüştür⁵². Buna ek olarak, arabulucu ve hakemlerin değiştirilmesi, ıskatı, arabulucu ve hakem niteliğinin kaybına ilişkin öngörülen Konvansiyon hükümleri, her iki çözüm yöntemi bakımından benzerdir⁵³.

Konvansiyon kapsamında tespit edilen tüm bu benzer özelliklerin karşısında, arabuluculuk ve tahkim yapılarının birbirinden farklı kurumlar olduğu konusunda tereddüt bulunmadığını belirtmek gerekir. İki kurum arasındaki en önemli farklılık, komisyon ve heyetin fonksiyonları ve yetkilerine ilişkin olandır. Tahkim yargılamasını yürüten hakem heyetinden farklı olarak arabuluculuk komisyonunun görevi, *“ taraflar arasındaki anlaşmazlıklara açıklık getirmek ve her iki tarafça da kabul görecektir koşullarla çözüm getirmeye çalışmak olacaktır”*⁵⁴. Usule ilişkin düzenlemeler bakımından ise arabuluculuk, tahkim ile kıyaslandığında sürece esnekliğin daha fazla hâkim olduğu bir süreçtir⁵⁵.

Tahkim, hakem heyetine sunulan her sorunu içerecek ve kararı vermede esas alınan tüm gerekçeleri belirleyecek şekilde, nihai ve tarafları bağlayıcı nitelikte kararın verildiği bir yargılama mekanizmasıdır⁵⁶. Buna karşılık arabuluculuk komisyonu,

47 Usule ilişkin detaylı açıklamalar hakkında bkz. Çalışmamızın III/A bölümü.

48 ICSID sözleşmesi m.28-36.

49 ICSID sözleşmesi m.29/1-37/1.

50 ICSID sözleşmesi m.39.

51 ICSID sözleşmesi m.29/2-37/2.

52 ICSID sözleşmesi m.29/2(b)-39.

53 ICSID sözleşmesi m.57-58-59-60-62-63.

54 ICSID sözleşmesi m.34/1; *“Komisyonun görevi taraflar arasındaki anlaşmazlıklara açıklık getirmek ve her iki tarafça da kabul görecektir koşullarla çözüm getirmeye çalışmak olacaktır. Buna göre işlemin herhangi bir aşamasında Komisyon zaman zaman taraflara anlaşma koşulları tavsiye edebilir. Taraflar Komisyon ile Komisyonun görevini yürütebilmesi için iyi niyetli işbirliği içinde olacaklar ve tavsiyelerini en dikkatli şekilde ele alacaklardır.”*

55 Nitschke (n 11) 6.

56 ICSID sözleşmesi m.53-1.

ancak uyuşmazlığın çözümü bakımından tavsiye niteliğinde bir rapor sunabilir. Bu rapor, tarafları bağlayıcı nitelik taşımaz, ancak taraflar, arabulucunun raporu doğrultusunda mümkün olan çabayı göstermelidirler⁵⁷. Tahkimden farklı olarak bu rapor, ICSID m.53 ve m.54 hükümlerinde öngörülen kolaylaştırılmış tanıma mekanizmasından da yararlanamaz⁵⁸.

B. Arabuluculuk ile Tahkimin Kesişim Noktası: Arabuluculuk- Tahkim Yöntemi (Med-Arb)

Arabuluculuk-tahkim (med-arb), hem arabuluculuk hem de tahkimin özelliklerini taşıyan karma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁵⁹. Tarafların uyuşmazlıklarını, hızlı bir şekilde ve daha az maliyetle en uygun çözüme ulaştırma istekleri, milletlerarası alanda hibrit prosedürlerin tercih edilmesine sebep olmuştur⁶⁰.

Arabuluculuk-tahkim yöntemi, farklı şekillerde uygulama alanı bulmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim yargılaması esnasında gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetlerine ilişkindir (“slim mediation”). Daha önce de belirttiğimiz üzere, tahkim yargılamasında arabulucuların aksine hakemlerin asıl görevi, uyuşmazlığı nihai olarak karara bağlamaktır. Verilen karar, tarafları bağlayıcı nitelik taşır. Ancak her iki yöntemin temel amacı, uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne ulaşmaktır⁶¹. Bu amaç doğrultusunda hakemler, tahkim yargılaması esnasında taraflara karşılıklı uzlaşmanın sağlanacağı sulh yoluyla çözümü teklif edebilir ya da uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümünü temin etmek amacıyla bir arabulucunun desteğini de öngörebilir⁶². Uyuşmazlığın çözümü ise bu yönüyle, zayıf arabuluculuk (“slim mediation”) yöntemi çerçevesinde kalır. Hakemler burada, sadece alternatif bir çözüm yöntemiyle uzlaşımın sağlanabileceğini tavsiye ederler ancak birer arabulucu olarak uzlaşmayı sağlamazlar⁶³.

57 Malike Polat, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2010); Anthony Connerty, *Manual of International Dispute Resolution, Commonwealth Secretariat* (2006); Nitschke (n 11) 6.

58 ICSID sözleşmesi m.53-54.

59 Simon Greenberg/ Christopher Kee/ Romesh Weeramathy, *International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective*, (Cambridge University Press 2011); edna Sussman, “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process” (2009) 2(1) New York Dispute Resolution Lawyer 71,74; Mustafa Serdar ÖZBEK, “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim” (2017) 43(1) Yargıtay Dergisi 15,106; Irene WELSER, “Alternative Dispute Resolution- A Wide Choice of Varieties” (2016) 3 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağan) 757,774. Sherry Landry, “Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model (1996) (63) Defense Counsel Journal 263,266; Lewis Gill, “The Nature of Arbitration: The Blurred Line Between Mediator and Judicial Arbitration Proceedings” (1988-1999) 39(2) Case Western Reserve Law Review 545,555; Zeynep Derya Tarman, “Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi?” (2010) (2010/86) Legal Hukuk Dergisi 463,471; Doak Bishop, “Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns” (2009) JuricNet, LLC, Canada.

60 Kristen Blankley, “Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality when the Same Neutral Serves both as Mediator and Arbitrator in the Same Case” (2011) 63(2) Baylor Law Review 319,366; SUSSMAN (n 59) 71.

61 Tarman (n 59) 465.

62 Tarman (n 59) 466.

63 Tarman (n 59) 467.

Arabuluculuk-tahkim yönteminin diğer bir şekli, seçilen hakemlerin aynı uyuşmazlıkta arabuluculuk fonksiyonunu üstlenmeleridir (“Arb-med”). Arb-med, tahkim yargılamasını yürüten hakemin, uzlaşma sağlamak adına başvuru arabuluculuk yöntemi için de seçildiği, iki aşamalı bir alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemidir⁶⁴. Hakemlik vasfının arabulucuya dönüştüğü bu yöntemde, arabuluculuk ve hakem sözleşmelerinin bir arada bulunduğu kabul edilir⁶⁵.

Arabuluculuk-tahkim yönteminin üçüncü görünüş şekli ise, “med-arb” yöntemidir. Arabuluculukta anlaşamayan taraflar, arabulucunun önerceği ve karşılıklı kabul edilen “bileşik tipli karma bir sözleşme⁶⁶” (“voluntary agreement”) ile arabulucunun hakem vasfını ve bağlayıcı karar verme yetkisini kabul ederek, uyuşmazlığı tahkim yoluna taşırlar⁶⁷. Taraflar, sözleşme ile uyuşmazlığın çözümünde öncelikle arabuluculuk yolunun denenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, anlaşmaları çerçevesinde ikinci bir basamak olarak tahkim yolunu da öngörebilirler (“Medaloo”). Medaloo yöntemi daha çok arabuluculuğun uzlaşmanın sağlanması amacıyla ulaşmada yetersiz kaldığı ve bu nedenle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceği konusunda basamaklı bir anlaşma yapıma ihtiyacı öngörülen uyuşmazlıklarda içindir⁶⁸. Örneğin, “Bowden v Weickert⁶⁹” davasında Ohio mahkemesi, tarafların en azından uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümüne karar verilmesi safhasında yapacakları bir sözleşme ile med-arb yöntemini ve hakemin arabulucu olarak işlevini sürdüreceğini kararlaştırmış olmaları gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre sözleşmeye konulacak med-arb kaydı; 1) arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, arabulucunun hakem vasfına devam edebileceğini, 2) üzerinde uyuşmazlık bulunan noktaların arabuluculuk yönteminde başarısız olunması halinde tahkim yoluyla çözümlenebileceğini içermelidir⁷⁰.

“Gaskin v Gaskin” davasında ise Texas mahkemesi, med-arb yönteminde arabulucunun aynı zamanda tahkim yargılamasında hakem sıfatıyla görev yapmasını, her iki tarafın açık rızasına bağlı olduğunu belirtmiş; arabulucunun aynı uyuşmazlık için tahkim yargılamasına devam etmesini, tarafların açık rızası bulunmadığı için uygun görmemiştir⁷¹.

64 Sussman (n 59) 71; Özbek, (n 59) 21; Tarman, (n 59) 467.

65 Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* (XII Levha Yayıncılık 2013); Özbek (n 59) 19.

66 Özbek (n 59) 19.

67 Megan Elisabeth Telford, “Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative, Queens University” IRC Press, Current Issues Series 1,17.

68 Tarman (n 59) 469; Telford (n 67) 2; Sussman (n 59) 71.

69 Bkz. Ohio App.6 Dist. 20.06.2013, No. S-05-009.

70 Sussman (n 59) 72.

71 Gaskin v Gaskin davası, arabuluculuk-tahkim (med-arb) yönteminin uygulanmasına ilişkin bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Uyuşmazlık bağlamında mahkeme, arabuluculuk-tahkim yönteminin uygulanmasında oldukça dikkatli olunması gerektiğini, arabuluculuk-tahkim sürecinde gizli bilgiler de dâhil olmak üzere tarafların arabulucuya yapacağı samimi açıklamaların kabul edileceğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkemeye göre, arabuluculuk tahkim sürecinde önemli olan, tarafların açık rızasıdır. Bu husus olmadan arabulucunun hakem sıfatıyla hareket etmesi doğru değildir. Texas App., 21.09.2006, No.2-06-039CV, 2006 WL 2507319; Sussman (n 59) 72.

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde olduğu gibi, yatırım uyuşmazlıkları bakımından da, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarafların ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanması gerekliliği doğmuştur. Uyuşmazlıkların klasik anlamıyla ICSID Arabuluculuk Kurallarına veya ICSID Tahkim Kurallarına istinaden çözümü yanında, yeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukuki risklerin en aza indirilmesi karşısında önemli bir temin aracı olacağı düşünülmüştür. Teklif edilen çözüm yöntemlerinden birisi, tahkim ve arabuluculuk yollarının avantajlı özelliklerini bir arada bulandıran med-arb yöntemidir⁷². Esas itibarıyla, 1996 yılında yapılan bir konferansta, ICSID tahkim yargılaması öncesinde tarafların uyuşmazlığı dostane yollarla çözümüne karar verebileceği teklif edilmiştir⁷³. Çoğunluk görüşüne göre ise, ICSID Konvansiyonu'nda düzenlenmesi halinde med-arb, uyuşmazlığın çözümünde esneklik sağlayacak ve taraflara anlaşmaya varmaları yönünde ek bir alternatif oluşturacaktır⁷⁴. Nitekim taraflar, önceden yapacakları yazılı bir anlaşma ile tahkim yargılamasına başvurmadan önce uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünü kararlaştırabilirler⁷⁵.

Diğer yandan, Med-arb yönteminin ikili yatırım anlaşmaları kapsamında alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimsendiğini söylemek mümkündür. Akdedilen ikili yatırım anlaşmaları çerçevesinde uyuşmazlıkların önce müzakere temeline dayalı olarak sulh yoluyla çözümü; eğer bu yöntemde başarıya ulaşılamıyorsa, uyuşmazlığın tahkim yargılamasına havale edilmesi öngörülmüştür. Örneğin, 1988 yılında yürürlüğe giren, “Türkiye Cumhuriyeti ile İsveç Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması”⁷⁶’nın 8.maddesi uyarınca, “...bir Âkit Taraf ile diğer Âkit Tarafın yatırımcısı arasında çıkabilecek yatırım uyuşmazlıkları tanımlanarak, çözüm yolları düzenlenmektedir. Öngörülen prosedüre göre, öncelikle uyuşmazlık karşılıklı görüşmeler yoluyla çözümlenmeye çalışılacak, çözüme ulaşılamazsa; yerel yargı organlarına başvurma yolu açık tutulmak kaydıyla uluslararası tahkim yoluna başvurma hakkı kullanılabilir. Bununla birlikte, yatırımcı uyuşmazlığı yerel yargı organına getir miş ve kesin karar alınmış ise uluslararası tahkim yoluna başvurma imkânı kalmamaktaysa da, bir yıl içinde kesin karar alınamamış olması halinde uyuşmazlık Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID)’ne götürülebilecektir.”

72 Francisco Orrego Vicuna, “Arbitration in a New International Dispute Resolution System” (2001) 18(2) News from ICSID 1,20; Jean Kalicki/ Anna Joubin Bret, “Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century”, (2015) TDM; Christine Sim, “ICSID Amendments in 2017: Exploring Early Mediation or Conciliation” <<https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Documents/6.%20Christine%20Sim.pdf>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.

73 Sim (n 72) 4.

74 Vicuna (n 72) 11.

75 Bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/adr-mechanisms--mediation.aspx>> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2019.

76 RG. 15.07.1998/ 23403.

Benzer bir şekilde, 1998 yılında yürürlüğe giren, “Türkiye Cumhuriyeti ile İspanya Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması⁷⁷”nın 10.maddesi uyarınca, “...taraf, bu Anlaşmanın yorumlanması veya uygulanması konularında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara, iyi niyet ve işbirliği duygusu ile hızlı ve adil bir şekilde çözüm arayacaklardır. Bu anlamda, Taraflar doğrudan ve anlamlı müzakereler yoluyla çözüme ulaşmak için anlaşmışlardır. Eğer Taraflar, uyuşmazlığın başlamasından itibaren altı ay içinde yukarıda bahsedilen şekilde anlaşma sağlayamazlarsa, uyuşmazlık herhangi bir Tarafın başvurusu üzerine üç üyeli bir tahkim kuruluna götürülebilir.”

Aynı şekilde, 1989 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma” uyarınca, “...Akit Taraflar işbu Anlaşmanın yorumu, ya da uygulanması ile ilgili olarak aralarında çıkacak herhangi bir anlaşmazlığı, iyi niyet ve işbirliği ruhu içinde, çabuk ve adil bir şekilde çözümlenmeye çalışacaklardır. Bu bakımdan, Akit Taraflar bu tür çözümlere varmak için dolaysız ve anlamlı müzakerelerde bulunmayı kabul ederler. Bu müzakereler başarısızlıkla sonuçlanırsa, söz konusu anlaşmazlık taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, uluslararası hukukun tatbiki kabil mevzuatı uyarınca bağlayıcı karar verilmesi için tahkim yoluna...” götürülebileceği belirtilmiştir.

Arabuluculuğun, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün ön hazırlık basamağı olması, yatırım uyuşmazlıklarında etkin bir yöntem değildir. Yabancı yatırımcılar, bu durumu bir nevi oyalama taktiği olarak görmektedirler⁷⁸. Tahkim öncesi arabuluculukta öngörülen herhangi bir para ve zaman sınırı olmaması, bu görüşün en büyük nedenleri arasındadır⁷⁹. Arabuluculuğun yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde birinci basamak olarak etkin olarak rol alması ise, ancak süreçte yapılacak olan birtakım iyileştirmeler halinde mümkün olur.

Bunlardan ilki, zamana ilişkin bir sınırlama getirilmesidir. Tahkim yargılaması öncesinde başvuru arabuluculuk sürecinin herhangi bir zaman sınırlamasına tabi olmadan sürdürülmesi, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümünü kasıtlı olarak sürüncemede bırakmasına neden olabilir. Bu nedenle etkili bir zaman çizelgesinin oluşturulması, hatta ICC Arabuluculuk Kuralları'nın 3.maddesinde yer alan “*arabulucunun tarafların uyuşmazlıkla ilgili argümanlarını sunmaları için belirleyeceği bir zaman dilimi belirlemesi*”⁸⁰ ne ilişkin kuralın benimsenebileceği belirtilmiştir⁸¹.

77 RG. 01.12.1997/ 23187.

78 Jack Cew, “Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes- A Preliminary Sketch, University of California” (2007) 12(7) Davis 8,44; Sim (n 72) 3.

79 Sim (n 72) 4.

80 ICC Mediation Rules 2012 m.3.

81 Singapur Uluslararası Arabuluculuk Merkezi bünyesinde imzalanan “SIAC-SIMC Arb- Med- Arb” Protokolü ile uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun öncelikli yöntem olarak uygulanması, 2014 yılından bu yana başarıyla sürdürülmektedir. Merkez içinde uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü için sekiz haftalık bir süre öngörülmüştür. Bkz. SIM (n 72) 5. Protokol hakkında bkz. <<http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/>> Erişim Tarihi 5 Mayıs 2019.

İkincisi ise, masraf tahminidir. Buna göre, arabulucunun sürece ilişkin hazırlayacağı tahmini masraf çizelgesini önceden uyuşmazlık taraflarına sunması, yatırım uyuşmazlıkları bakımından tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümlemesini teşvik edici yönde olur⁸².

Kanaatimizce, yatırım uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile sonuca ulaşması, ancak birbirini tamamlayan süreçler ile olabilir. Bu doğrultuda, ICSID Arabuluculuk Kurallarının tahkim yargılaması süresince uzlaşmayı sağlayacak ölçüde revize edilmesi gerekir⁸³. Arabuluculuk-tahkim yönteminde arabulucunun hakem, hakemin ise arabulucu işleviyle uyuşmazlığın çözümünü yürütmesi, gizlilik ilkesi kapsamında problem oluşturabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, arabuluculuk-tahkim yönteminin yatırım uyuşmazlıklarında etkin olabilmesi, ICSID Konvansiyonunun arabuluculuk-tahkim yöntemi gibi, süreci kolaylaştıracak yeni alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasını sağlayacak düzenlemeler öngörmesi aracılığıyla mümkündür⁸⁴.

III. ICSID Konvansiyonuna Göre Yatırım Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk Kuralları Kapsamında Çözümü

Yatırım uyuşmazlıkları, yapısal olarak uzun süreye yayılan bir menfaat ilişkisi tesis eder. Klasik anlamıyla yabancı yatırım, ev sahibi devletin ekonomik gelişimini olumlu yönde etkileyen, yatırımcının fiziken ev sahibi devlette bulunduğu ve yatırımının bütünü üzerinde kontrole sahip olduğu bir kavramı ifade eder⁸⁵. Ticari uyuşmazlıklar ile karşılaştırıldığında yatırım uyuşmazlıkları, “ev sahibi devlet”, “yatırımcı” ve yatırımcının bağlı olduğu “kaynak devlet” arasında geçen daha karmaşık bir ilişkidir⁸⁶. Yatırımcının daimi amacı, kârını maksimize etmek iken, ev sahibi devlet açısından istihdamın oluşturulması bu ilişkinin ana unsurlarını oluşturur⁸⁷. Yatırımcının vatandaşlığı, uyuşmazlığın ICSID yargılaması bünyesine dâhil edilen bir yatırım uyuşmazlığı niteliğinde kabul edilmesi için önemli bir kriterdir. ICSID sözleşmesinin 25.maddesine göre, bir gerçek kişinin yabancı yatırımcı olarak kabul edilebilmesi, yatırımcının ev sahibi devletin vatandaşlığını taşıyor olmasına bağlanmıştır. Tüzel kişilerin ICSID bünyesinde yabancı yatırımcı statüsünü kazanması ise, hangi devletin tabiiyetinde olduğuna göre belirlenecektir⁸⁸.

82 Sim (n 72) 5.

83 Helene Ruiz Fabri, “The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute”, Laurence Boisson De Chazournes, Marcelo Kohen and Jorge Vinuales (eds), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Nijhoff Publishers 2013); Sim (n 72) 3.

84 Bu konuda Christine Sim, hakem heyetinin oluşturulması sonrasında, “taraflarca uyuşmazlığın tarafsız bir üçüncü kişi tarafından arabuluculuk yöntemi ile çözülebileceği” ibaresinin Konvansiyonda yer alması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Sim (n 72) 8.

85 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).

86 Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin Yayınları 2013); Işıl Egemen Demir, *Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klozlar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2007); Giray (n 85) 13.

87 Giray (n 85) 1.

88 ICSID sözleşmesi m.25/2 (a) ve (b) bentleri; Erkan (n 86) 191.

Yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıklar, genellikle yabancı yatırıma hâkim olan temel ilkelerin ihlal edilmesinden ileri gelir. Ev sahibi devlet, yabancı yatırımcıya eşit ve adil davranmalı, diğer yabancı devlet vatandaşı yatırımcılara tanıdığı özdeş hakları, yabancı yatırımcı için de kabul etmelidir. Mesela, yabancı yatırım istikrarsız hukuki ve idari engeller ile zarara uğratılmamalıdır⁸⁹.

Yabancı yatırımların karmaşık yapısı göz önünde bulundurularak, yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde de özellikli uyuşmazlık yöntemleri tercih edilmektedir. Bu bağlamda tahkim, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uygulamada öncelikle tercih edilen bir yöntemdir⁹⁰. Arabuluculuk ise, tahkim karşısında çok fazla tercih edilen bir yöntem değildir. Uygulamada yabancı yatırımcılar arabuluculuk yöntemini, uzlaşmaya varma zamanını geciktiren ve yüksek süreç masraflarının oluşumuna neden olan, oyalayıcı bir süreç olarak görmektedirler⁹¹. Buna karşılık, ICSID Arabuluculuk Kuralları uyarınca çözümlenen uyuşmazlıkların sayısı, yöntemin giderek geliştiğini ve tercih edilmeye başladığını göstermektedir⁹². Uygulamada arabuluculuk daha çok, yabancı yatırımcının ilgisinin yüksek olduğu enerji projelerinde olduğu gibi, cayma maliyetinin katlanılamayacak seviyelerde çok fazla olduğu uzun süreli yatırım projelerinde tercih edilmektedir⁹³.

ICSID sözleşmesinin 25.maddesi uyarınca, ICSID yargılama yetkisi dâhilinde bulunan bir yatırım uyuşmazlığının arabuluculuk kurallarına istinaden çözümü, tarafların arabuluculuk ile uzlaşmaya rıza göstermeleri ön koşuluna bağlanmıştır. Arabuluculuk, bu anlamda rızai bir süreçtir. Taraflar, uyuşmazlıklarını “ICSID Arabuluculuk Kuralları” usulü çerçevesinde çözümleneceği konusunda karşılıklı anlaşmaya varmalıdır⁹⁴.

Yatırım uyuşmazlıklarında arabuluculuk, çekişmesiz bir alternatif uyuşmazlık çözüm süreci olarak ICSID sözleşmesinin 6.maddesinde öngörülmüştür. Madde hükmüne göre, İdari Konsey, arabuluculuk prosedürü kurallarını “önyargısız bir şekilde” kabul etmiştir⁹⁵. Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü, ICSID

89 Cemile Demir Gökyayla, Ceyda Süral, “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, (2004) 6(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 131,168; Bazı yatırım anlaşmalarında, ev sahibi devletin öngerebileceği olası hukuki ve idari engeller karşısında yabancı yatırımcının korunması amacıyla “istikrar klozu” konulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Giray (n 85) 39.

90 Margrete Stevens, “Arbitration and Investment Disputes: Are We Heading in the Right Direction?” (2002) 19(1) News from ICSID 1,12.

91 Coe, (n 78) 31; M. Sornarajah, “A Law for Need or A Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment” (2006) 6(4) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 329,357.

92 ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözülen yabancı yatırım uyuşmazlıkları için bkz. Çalışmamızın III/B bölümü.

93 Ucheora Onwuamaegbu, “The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience” (2005) 22(2) News from ICSID 12,14; Jeswald Salacause, “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty- Based Investor State Dispute Resolution” (2007) 31(1) Fordham International Law Journal 138,185.

94 ICSID Conciliation Rules m.1.

95 ICSID sözleşmesi m.6/1(c).

Arabuluculuk Kurallarına uygun usul çizgisinde yürütülür. Bu kurallar, arabuluculuk isteminde bulunulmasından, uzlaşma raporunun yazılmasına kadar geçen süreci kapsamaktadır.

A. ICSID Arabuluculuk Kurallarından Doğan Arabuluculuk Usulü

ICSID sözleşmesinin 1.maddesi kapsamında, yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk veya tahkim yoluyla çözümlenmesi için “Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez (“Merkez”)” oluşturulmuştur⁹⁶. Merkezin ICSID Arabuluculuk Kuralları kapsamındaki işlevi, arabuluculuk sürecinin sorunsuz ve etkin bir temelde yürütülmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda, arabulucular listesini hazırlanır ve arabuluculuk kurallarının usulüne ilişkin düzenlemeleri oluşturulur⁹⁷.

ICSID Arabuluculuk Kuralları ise, ICSID sözleşmesinin 6. Maddesi⁹⁸ esas alınarak oluşturulmuştur. Buna göre İdari Konsey, arabuluculuk sürecinin ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen usul çerçevesinde yürütüleceğini koşulsuz olarak kabul etmiştir. Kuralların uygulama alanı, tarafların ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden somut uyuşmazlığın çözümünü kararlaştırdığı hallerde söz konusu olur.

96 ICSID sözleşmesi m.1.

97 Taraflar, “arabuluculuk kurallarına veya tarafların üzerinde anlaştığı hususları kapsamadığı şeklinde bir itiraz geldiğinde Komisyon sorunu hakkında karar verir.” Bkz. ICSID sözleşmesi m.33; Polat (n 57) 136; ICSID sözleşmesinin 28 ila 35. Maddeleri arasında arabuluculuk usulü düzenlenmiştir. Bkz. ICSID sözleşmesinin 6.maddesi uyarınca, 10.04.2006 tarihinden itibaren ICSID Arabuluculuk Kuralları yürürlüğe girmiştir. Bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Convention-Conciliation-Rules.aspx>> Erişim Tarihi 3 Aralık 2018; Sözleşmeye göre, arabuluculuk usulünün ilk aşaması, tarafların uyuşmazlıklarını ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözüme konusunda rıza göstermeleri ile başlar (“Arabuluculuk Talebi”). ICSID sözleşmesine göre rıza, “anlaşmazlık konusu ile ilgili bilgilerini, tarafların tanıtımını, arabuluculuk ve hakemlik işlemleri için yöntem ve kurallara uygun olarak arabuluculuğa rızalarını içerecektir.” Taraflar, arabuluculuk taleplerini yazılı olarak bildirmelidirler. Arabuluculuk talebinde bulunan uyuşmazlık tarafı, talebin bir örneğinin diğer tarafa bildirimini sağlamak adına Merkezin Genel Sekreterliğine yazılı olarak başvurur. Arabuluculuk usulü de kural olarak Merkez bünyesinde yürütülür. Başvuru ile birlikte, ICSID sözleşmesinde öngörülen arabuluculuk usulü başlamış olur (ICSID m.28). Genel sekreter, arabuluculuk talebi eğer ICSID yargılamaya yetkisine dair bir uyuşmazlık içinse kabul edecek bunun yanında, uyuşmazlığın arabuluculukla çözümüne ilişkin rızanın varlığına da dikkat edecektir. Uyuşmazlığa ilişkin gerekli araştırmaları yürüten Genel Sekreterlik, söz konusu arabuluculuk talebinin kabul edildiğini veya reddedildiğini taraflara bildirecektir (ICSID m.28/3). ICSID sözleşmesinin 28.maddesine uygun bir arabuluculuk talebi kaydedildiğinde, “Arabuluculuk Komisyonu” oluşturulacaktır (ICSID m.29/1). Arabuluculuk talebinin kabul edilmesine rağmen 90 gün içerisinde Komisyon oluşturulamazsa, Dünya Bankası Başkanı kendiliğinden uyuşmazlık taraflara da danışarak arabulucu atamasını gerçekleştirecektir (ICSID m.30). Komisyon, tek bir arabulucudan oluşabileceği gibi, tarafların karşılıklı olarak belirledikleri birden fazla arabulucudan da oluşması mümkündür (ICSID m.29/2). Tahkim yargılamasının aksine, arabuluculuk süreci, niteliği itibarıyla tek arabulucu ile yürütülebileceği kabul edilen bir yöntemdir (ICSID Case No. CONC/83/1). Taraflar, arabulucu sayısında veya atanma yöntemi üzerinde anlaşamazlarsa, ICSID sözleşmesinin 29/2(b) hükmüne göre Arabuluculuk Komisyonu, iki arabulucunun her iki tarafça ayrı ayrı, birinin ise karşılıklı anlaşma ile Komisyon Başkanı olarak atanacak şekilde toplam üç arabulucudan oluşacaktır (ICSID m.29/2(b)). ICSID sözleşmesinin 12. madde hükmüne göre arabulucular, her biri “çalışmaya gönüllü ve atanacak personelden” oluşan “Arabuluculuk Paneli” adı verilen arabulucu listesinden atanabilir. Ancak, arabulucuların listeden seçilmesi şart değildir. Bunun yanında taraflar, dışardan da uzlaşmayı sağlayacak arabulucuyu seçebilirler (ICSID m.12 ve ICSID m 31). Dünya Bankası Başkanı tarafından seçilen arabulucular ise, Arabuluculuk Panelinden seçilir (ICSID m.31). Listedeki yer alsın veya almasın, arabulucuların seçimi, ICSID m.14/1’de yer alan koşulları sağlamalarına tabi tutulmuştur. Madde hükmüne göre, uyuşmazlığın çözümünde görevlendirilecek arabulucular, “yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret, sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olacaktır.”

98 ICSID sözleşmesi m.6/1: “(1) Burada ve sözleşmenin diğer hükümlerinde kendisine verilen yetki ve işlevlere önyargısız bir biçimde İdari Konsey... (b) Arabuluculuk ve Hakemlik davalarının prosedürü kurallarını kabul edecektir...”

1. Arabuluculuk Sürecinin Başlamasının Ön Koşulu: Arabuluculuk Talebi

Arabuluculuk talebi, arabuluculuk sürecinin başlaması için yerine getirilmesi gereken bir ön koşuldur. Uyuşmazlığın ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözüme kavuşturmak isteyen taraf veya taraflar, Merkez bünyesinde faaliyet gösteren Genel Sekreterliğe yazılı olarak taleplerini ifade eden bir istemde bulunmalıdırlar⁹⁹. Bir kere istemde bulunulduktan sonra ise, arabuluculuk talebi tek taraflı olarak geri alınmaz¹⁰⁰.

Talebin içeriğinde bulunması gereken zorunlu unsurlar ICSID Arabuluculuk Kurallarının 3.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre arabuluculuk talebi, genel olarak uyuşmazlık konusu ile ilgili bilgileri, uyuşmazlık tarafları ve adreslerini, arabuluculuk süreci için taraflarca kararlaştırılan yöntem ve kurallar varsa bunlara uygun olarak tarafların arabuluculuğa rızalarını içerecektir. Ayrıca tarafların, arabulucuların sayısına veya arabuluculuk komisyonunun oluşumuna ilişkin belirlediği anlaşma hükümleri varsa, talebin bu hususları da içermesi mümkündür.

Merkezin Genel Sekreterliğine yazılı şekilde yapılması gereken arabuluculuk talebi, Sekreterlikçe gerekli içeriği taşıyıp taşımadığı konusunda incelenir. Sekreterlikçe ICSID Arabuluculuk Kurallarına uygun bir talepte bulunulduğu kanaatine varılırsa talebin kaydı aynı merci tarafından gerçekleştirilir. Daha sonra, talebin uygun bulunduğu taraflara bildirilir, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 3.Bölümüne uygun usul çerçevesinde Arabuluculuk Komisyonunun oluşturulması amacıyla taraflar davet edilir.

2. Arabuluculuk Komisyonunun Oluşturulması

Arabuluculuk talebinin kayda geçirilmesi ile birlikte taraflar, hızlı bir şekilde Arabuluculuk Komisyonu'nun oluşturulması için harekete geçmelidirler. Talebinin kaydını izleyen doksan gün içinde veya taraflarca kararlaştırılan başka bir zaman diliminde oluşturulamayan Komisyon için taraflar İdari Konsey'den yardım alabilir¹⁰¹.

Komisyonun, tek bir arabulucudan oluşabileceği gibi birden fazla arabulucudan oluşması mümkündür¹⁰². Arabulucuların sayısı veya atanmasına yönelik taraflarca bir anlaşma yapılmış ancak bu bilgiler talebin içeriğinde bulunmuyor ise, derhal Genel Sekreterliğe müracaat edilmelidir¹⁰³.

99 Talebin dili, Merkezin kullandığı resmi dil olan İngilizce esas alınarak yazılmalıdır. Bunun yanında, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünü talep eden taraf veya taraflarca tarihi ve imzalarını içerecek şekilde arabuluculuk talebi oluşturulmalıdır. ICSID Conciliation Rules m.2.

100 ICSID sözleşmesi m.25/1.

101 Bu yönde yapılan talep, Genel Sekreterlikçe hızlı bir şekilde uyuşmazlığın diğer tarafına iletilir. Başkan, söz konusu talebin kendisine ulaşmasından itibaren 30 gün içinde Komisyon'un oluşturulmasına çalışır. Gerekli olan ölçüde ve mümkün olduğunca taraflara da danışılarak Komisyon oluşturulur. ICSID Conciliation Rules m.10.

102 ICSID Conciliation Rules m.6.

103 ICSID Conciliation Rules m.6.

Arabulucuların sayısına veya atanma yöntemine ilişkin taraflarca yapılmış bir anlaşmanın bulunmaması halinde ise, ICSID sözleşmesinin 29/2(b) hükmüne göre, iki arabulucunun her iki tarafça ayrı ayrı, birinin ise karşılıklı anlaşma ile Komisyon Başkanı olarak atanacak şekilde toplam üç arabulucudan oluşan bir Komisyon teşekkül eder. Arabuluculuk talebinde bulunan uyuşmazlık tarafı, karşı tarafa arabuluculuk talebinde bulunulmasını izleyen on gün içinde arabulucuların sayısı ve atanma yöntemi konularında bir belirleme yapılması için teklif götürebilir. Teklifte bulunulan taraf, bu teklifi uygun görebilir veya ikinci bir olasılık dâhilinde, arabulucuların sayısı ve özel bir atanma yöntemine ilişkin yeni teklif ortaya koyabilir¹⁰⁴. İkinci olasılığın söz konusu olduğu durumlarda, yeni teklifin cevaplandırılması için yirmi günlük bir süre öngörülmüştür. Bu sürenin niteliği doktrinde, “yatıştırma süreci (cooling-off period)” olarak ifade edilmiştir¹⁰⁵. Belirtilmelidir ki, her iki olasılık çerçevesinde yapılacak olan bildirimler herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Yalnızca ikinci olasılık bakımından, bildirim bir kopyasının Genel Sekreterliğe iletilmesi gereklidir¹⁰⁶.

Talebin uygun bulunarak kaydedilmesinden itibaren altmış gün sonra dahi taraflarca Komisyonun oluşumuna ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 6.maddesinde öngörülen genel atanma usulünü kabul ettiklerini Genel Sekreterliğe bildirebilirler. Bu durumda Komisyon, genel hükümlerdeki usul ekseninde oluşturulacak ve Genel Sekreterlik, söz konusu durum hakkında tarafları bilgilendirecektir¹⁰⁷.

Arabulucuların kim veya kimler olduğu ile arabulucuların atanma usulü konusunda taraflarca anlaşma bulunan hallerde, söz konusu sayı ve usul öncelikle Genel Sekreterliğe bildirilir. Bu aşamanın ardından önemli olan, arabulucunun atamayı kabul bildirimidir. Atanması düşünülen arabulucunun, bildirim cevap verme süresi onbeş gün olarak belirlenmiştir. Belirtilen süre içinde atamayı kabul etme konusunda başarısızlık gösteren arabulucunun seçimi acilen taraflara bildirilir. Bu durumda, Genel Sekreter ve uygun ise Başkan, arabuluculuk sürecinin aksamaması amacıyla başka bir arabulucunun görevlendirilmesi için harekete geçer¹⁰⁸.

104 ICSID Conciliation Rules m.8

105 Araving Garesh, “Cooling Off Period (Investment Arbitration)”, Max Planck Institute Luxemburg of International Law and Dispute Resolution (2017); Javier Jaramillo Troya, *Cooling-off Periods in Investment Treaty Arbitration: An Opportunity to Negotiate or a Mere Formality? Views from a Negotiation Perspective* (2014) Harvard Law School Master of Laws Class; Martina Polasek, “The Consultation Period Requirement In Investment Treaties As a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure” (2006) 23(1) *News From ICSID* 14,17; Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın, 2006); Richard Deutsch, “An ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT’s “Cooling-Off” Period; “Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple?” (2010) 33) *Hous. J.Int’l L.* 589,594; Polat (n 57) 138.

106 ICSID Conciliation Rules m.8.

107 ICSID Conciliation Rules m.8.

108 ICSID Conciliation Rules m.9.

Komisyon, Genel Sekreterlikçe atanması için teklif götürülen tüm arabulucuların atamayı kabul ettiklerine dair yapacağı bildirim ile oluşmuş ve arabuluculuk sürecinin başlamış olduğu kabul edilir¹⁰⁹.

a. Komisyonun Teşkil Edilmesinden Sonra Arabulucunun Değişmesi

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde arabulucu kilit bir role sahiptir¹¹⁰. Bu nedenledir ki, arabuluculuk sürecinin devamında uyuşmazlığın çözümünde son derece önemli bir işlev gösteren arabulucuların etkinliklerinin korunması adına, taraflara bir takım yetkiler verilmiştir.

Arabulucu, Komisyonun oluşturulması ve arabuluculuk sürecinin başlaması sonrasında değiştirilebilir. Her bir tarafın belirlediği arabulucuyu değiştirebileceği gibi, karşılıklı anlaşma yoluyla arabuluculardan birinin de değiştirilmesi mümkündür¹¹¹. Arabulucunun ölümü, uyuşmazlığın çözümündeki yetersizliği, istifa etmesi¹¹² veya taraflarca görevden alınması¹¹³ gibi durumlar, arabulucunun değiştirilmesine neden olan hallerdir. Bu durumda yeni arabulucunun atanması, Arabuluculuk Kurallarındaki usul kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirilecektir.

b. Komisyonda Boşluğun Bulunması Halinde ICSID Arabuluculuk Kuralları Uyarınca İzlenmesi Gereken Usul

Arabulucunun görevden alınması, ölümü, yetersizliği veya istifası nedeniyle arabulucu işlevini sürdüremeyen kişi, Komisyonda bir boşluk oluşmasına neden olur. ICSID Arabuluculuk Kurallarının 16.madde hükmüne göre, bu gibi durumlarda Genel Sekreter, gerekli görülen hallerde Komisyonun değişime rızasını da belirterek İdari Konsey Başkanı'nı gecikmeksizin Komisyonun yapısında oluşan boşluk hakkında bilgilendirir¹¹⁴. Yapılan bu bildirimle bağlı olarak, Komisyondaki boşluk doldurulana kadar arabuluculuk süreci askıya alınır.¹¹⁵

Arabulucunun görevden alınması, ölümü, yetersizliği veya istifa etmesi ile ara verilen arabuluculuk süreci, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 17.maddesinin

109 Komisyonun ilk devresinde veya daha öncesinde, her bir arabulucunun bir bildiri imzalayacağı öngörülmüştür. Komisyonun birinci devresinde veya daha önceki bir zaman diliminde bildiriye bulunmayan arabulucular, istifa etmiş sayılırlar. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.13/2.

110 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta, 2016).

111 ICSID Conciliation Rules m.14.

112 İstifa eden arabulucu, istifa beyanını Arabuluculuk Komisyonu üyelerine ve Genel Sekreterliğe bildirmelidir. Taraflardan biri tarafından atanan bir arabulucunun istifa etmesi söz konusu ise, Komisyon istifa sebebini dikkate alarak istifa edilmesine rıza gösterip göstermeyeceği yönündeki kararını verir. Genel Sekreterlik istifa durumundan haberdar edilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.15.

113 Arabulucunun görevden alınması yönündeki karar, bu yönde yapılacak olan teklifin Başkan'a ulaşmasından itibaren 30 gün içinde verilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.15.

114 ICSID Conciliation Rules m.16.

115 ICSID Conciliation Rules m.16/2.

2.fıkrasında belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, birinci arabulucunun atanma usulü ışığında (“mutatis mutandis¹¹⁶”) yürütülür¹¹⁷.

Madde 17/2 hükmünde belirtilen istisnai hallerde ise, İdari Konsey Başkanı Arabuluculuk Panelinde yer alan liste ile sınırlı kişiler arasından arabulucu seçimine karar verebilir. Bu istisnai hallerden ilki, taraflarca atanmış bir arabulucunun Komisyonun rızası olmaksızın istifa etmesidir. İkincisi ise, arabulucunun değişmesini gerektiren hallerden birinin Komisyonda oluşturduğu boşluğun, taraflardan birinin talebini ve Genel Sekreterlikçe yapılan bildirim takibinden ve bildirimden itibaren kırk beş gün içinde yeni bir arabulucu ataması yapılmaması veya yapılan atamanın kabul edilmemesidir¹¹⁸.

Komisyonadaki boşlukların doldurulmasını takiben arabuluculuk süreci, adeta kaldığı yerden devam eder. Yenilenen komisyon, önceki süreçte tamamlanan oturumların tamamen veya belirli bir kısmından itibaren yeniden yapılmasını talep edebilir¹¹⁹.

3. Arabuluculuk Komisyonu’nun Çalışma Usulü

Komisyon, oluşumunu takip eden altmış gün içinde veya tarafların belirleyecekleri başka bir zaman diliminde, ilk arabuluculuk oturumu için bir araya gelir. Oturum tarihleri, Komisyon Başkanı tarafından, komisyon üyelerinin ve Genel Sekreterliğin de fikirleri alınarak belirlenir. Komisyon Başkanı’nın bulunmadığı hallerde ise, oturum tarihi Genel Sekreterlikçe belirlenir¹²⁰.

Oturumun nerede yapılacağı, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 19.maddesinde belirtilmiştir. Madde hükmüne göre, taraflar oturumun yeri konusunda anlaşmış olmadıkça, Komisyon oturumları, Genel Sekreterlik tarafından Komisyon Başkanına danışılarak belirlenir. Tarafların belirlediği oturum yerinin Komisyon tarafından uygun bulunmaması ihtimalinde ise, oturum Merkezin belirlediği yerde yürütülür. Taraflar ve Komisyon üyeleri, oturumun hangi gün ve saatte yapılacağı hususlarında bilgilendirilir¹²¹. Ayrıca Komisyon oturumları, taraflarca aksi öngörülmedikçe, komisyon üyelerinin çoğunluğu ile gerçekleştirilir, kararlar da üye tam sayısının çoğunluğu ile alınır¹²².

116 “Gerekli değişikliklerin yapılması kaydıyla” anlamına gelir. Bkz. Polat (n 57) dipnot 377.

117 ICSID Conciliation Rules m.17/1.

118 ICSID Conciliation Rules m.17/2.

119 ICSID Conciliation Rules m.17/3.

120 ICSID Conciliation Rules M.20; Komisyon başkanının süreç yönetiminde yetersiz kaldığı hallerde ise, Komisyon Başkanı’nın görev tanımına giren işler, diğer Komisyon üyeleri tarafından yürütülür. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.24.

121 Uyuşmazlık taraflarından her birinin temsilci veya avukat aracılığıyla temsil edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, yetkilendirilen temsilci veya avukatın bilgileri mümkün olan en kısa süre içinde Genel Sekreterliğe bildirilmelidir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.25.

122 ICSID Conciliation Rules m.21.

Komisyon görüşmeleri gizli olarak yürütülür. Aksi öngörülmediği sürece, tarafların temsilcileri hariç olmak üzere, uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan herhangi bir üçüncü kişi arabuluculuk oturumlarına katılamaz¹²³. Yatırım uyuşmazlıkları gibi önemli ve büyük projelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tarafların ticari itibarlarının sarsılmaması açısından gizlilik, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünün karakteristik özelliklerinden biridir¹²⁴.

Gizlilik ilkesinin bir diğer görünümü ICSID sözleşmesinin 35.maddesinde yer alır. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, arabuluculuk sürecinin tarafları, Komisyonun arabuluculuk raporuna, tavsiyelerine veya karşı tarafın süreç içinde beyan ettiği görüşlerine ve önerilerine dayanarak dava açamaz.

Genel olarak arabuluculuk usulü, beş aşamadan oluşur. Bunlardan ilki hazırlık görüşmeleri safhasıdır (“preparation phase”). Arabuluculuğun bir uzlaşma süreci niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, oturumlar öncesinde ve Komisyonun oluşturulmasından sonra mümkün olan en kısa süre içinde Başkan, usule ilişkin konularda tarafları görüşmeye çağırabilir. Komisyonun oluşturulması sonrasında, otuz gün veya Başkan tarafından ayarlanacak daha uzun bir süre içinde, tarafların her biri uyuşmazlıkla ilgili yazılı beyanda bulunmaya çağırılabilir¹²⁵. Bu davette, hazırlık görüşmelerinde uygulanacak usule ilişkin bir takım konular hakkında taraflarla görüş alışverişinde bulunulur¹²⁶. Ayrıca bu safha, tarafların arabuluculuk sürecinin yönetiminde etkin rol oynayacak olan arabulucular ile iletişim kurmasına imkân verir. İlgili davet bu yönüyle adeta arabuluculuk sürecine hazırlık niteliğindedir¹²⁷.

İkinci safha, arabulucunun taraflarla teker teker bir araya geldiği (ex parte communications) ve her bir tarafa uyuşmazlığın içindeki durumunu açıklama imkânı verilen ilk oturum safhasıdır (“opening phase”)¹²⁸. Bu aşamada yapılan tek taraflı görüşmeler, arabuluculuk sürecinin temel karakteristik özelliklerinden biridir, ayrıca başarılı bir sürecinin geçirilmesi bakımından da oldukça önem arz eder¹²⁹.

123 ICSID Conciliation Rules m.22.

124 Nitschke (n 11) 17; Khalifa (n 27) 3; Polat (n 57) 145.

125 ICSID Conciliation Rules m.33.

126 Khalifa (n 27) 4; Nitschke (n 11) 12; Taraflarla yapılacak ön görüşmede; oturumun yapılması için gereken üye tam sayısı, süreç esnasında taraflarca ileri sürülecek yazılı bildirim ve deliller, uyuşmazlığın diğer tarafına gönderilecek örnek sayıları ile oturumların kayıt usulü konuları değerlendirilecektir. Bu konular arasında, sürecin yürütüleceği dil veya diller de yer alır. Taraflar, sürecin kararlaştırdıkları bir dil veya birden fazla dil üzerinden yürütülmesine karar verebilir Ancak kararlaştırılan dil, Merkezin resmi dilleri arasında bulunmuyorsa Genel Sekreterliğin onayı gerekir. Dil konusunda anlaşmaya varılmaması ihtimalinde ise, Merkezin resmi dillerinden birisi seçilebilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules M.28; Tarafların arabuluculuk usulüne dair yaptıkları anlaşma ise, İdari ve Mali düzenlemelerde aksi düzenlediği müddetçe uygulanabilir. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.27.

127 Khalifa (n 27) 4.

128 Khalifa (n 27) 5.

129 Khalifa (n 27) 5.

Üçüncü safha ise, keşif safhasıdır (“exploration phase”). Bu aşamada, taraflar için uyuşmazlık sürecindeki önemli noktalar tanımlanır. Uyuşmazlığa sebebiyet veren konular, tarafların menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda açıklığa kavuşturulur.

Dördüncü safha, müzakere safhasıdır. Arabulucu bu aşamada, her bir tarafın anlayamadığı noktaları ve önerdikleri çözüm yöntemlerini de dikkate alarak, uyuşmazlığın çıktığı noktaların detaylı incelemesini yapar. Böylelikle, uzlaşmayı sağlamak adına adeta tüm anlaşmazlıkları bir taslak etrafında birleştirir¹³⁰. Arabuluculuk sürecinde tarafların iyi niyet kuralları ışığında işbirliği içinde bulunmaları esastır. Komisyonun işlevini başarılı bir şekilde yürütebilmesi, ancak tarafların Komisyonun tavsiyelerini ciddiye almaları ile olur. Taraflar, sürecin aksamaksızın ilerlemesini temin etmek amacıyla Komisyonca istenen uyuşmazlıkla bağlantılı tüm bilgi ve belgeleri iletmeli¹³¹; tanık ve bilirkişiye başvurulması gerekiyorsa bu kişilerin bulunmasını sağlamalıdır. Komisyon tarafından belirlenen zaman sınırlamalarına uymalı, Komisyonca yürütülen müzakere aşamalarını zorlaştırmamalıdır¹³².

Son safha ise, tamamlayıcı safhadır (“concluding phase”). Bu aşamada, taraflar anlaşmaya varmış olsun veya olmasın bir “Arabuluculuk Raporu” yayınlanır. Rapor içeriği itibariyle, tarafları tatmin edecek ölçüde detaylandırılmalı, uyuşmazlık konusu olan tüm konuları içermeli ve icra edilebilir olmalıdır¹³³. Bu aşamada hazırlanacak olan yazılı rapor, somut uyuşmazlık ilişkisini, uyuşmazlığın içinde bulunduğu koşulları değerlendiren ve taraflara uzlaşmaya varmalarına ışık tutacak çözüm önerilerini içerir¹³⁴. Belirtilmelidir ki, ticari itibarın ve sürece duyulan güvenin sarsılmaması adına, taraflar aksine izin vermediği sürece arabuluculuk raporunun yayınlanması mümkün değildir¹³⁵.

4. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi: Uzlaşma Aşaması

Yatırım uyuşmazlıklarında, milletlerarası usul hukuku bakımından önemli olan bir diğer nokta, verilen kararların bağlayıcılığıdır. Arabuluculuk raporunun bağlayıcılığı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, arabuluculuk sürecini sonlandıran Komisyon raporu, tarafları bağlayıcı niteliktedir. Bu görüşe göre, ICSID Arabuluculuk Kuralları veya sözleşme aksini açıkça belirtmemiş olsa dahi, yayınlanan arabuluculuk raporu bağlayıcı olmalıdır¹³⁶.

130 Khalifa (n 27) 6.

131 Uyuşmazlığın çözümünde aranacak olan bu “destekleyici belgeler”, ilişkili olduğu araçlarla ve belirlenen zaman zarfında dosyalanır. Bkz. ICSID Conciliation Rules m.29.

132 ICSID Conciliation Rules m.31.

133 ICSID Conciliation Rules m.37-38; Khalifa (n 27) 5.

134 Raporun içermesi gereken unsurlar için bkz. ICSID Conciliation Rules m.38.

135 Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, (2001) Cambridge University Press; Polat (n 57) 158.

136 Bu görüşte bulunan yazarlar hakkında bkz. Schreuer (n 135) 451.

Buna karşılık diğer görüş, verilen raporun icrasını sağlayabilecek zorunlu bir icra mekanizmasının ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülmediğini savunur¹³⁷. Kural olarak, arabuluculuk sürecinin sonunda verilen Komisyon bildirisi, hukuki niteliği itibariyle karar statüsünde değildir. Bu nedenle, ICSID Arabuluculuk Kuralları ışığında verilen raporun bağlayıcı olması bir seçenek olarak görülmemelidir¹³⁸. Buna bağlı olarak verilen kararlar, ICSID sözleşmesinin 54.maddesi uyarınca öngörülen tanıma ve tenfizine ilişkin düzenlemeler kapsamında değerlendirilmemelidir¹³⁹.

Kanaatimizce, ICSID arabuluculuk sürecini, tahkim yargılamasından ayıran karakteristik özellikler arasından en önemlisi, verilen raporun bağlayıcı olmamasıdır. Bu durum, arabuluculuk usulünün esnek ve tarafların iradeleri üzerine temellendirilmiş olmasından kaynaklanır. Verilen raporun niteliği, tarafların bildirilen Komisyon raporu doğrultusunda davranmaya yönlendiren bir öneri niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Taraflar bu öneri ışığında Komisyon kararını içeren rapora mümkün olan ölçüde uymalıdır. Arabuluculuk sürecine duyulan güvenin sarsılmaması, ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen usule istinaden uyuşmazlığın çözümü, tarafları verilen raporun doğruluğuna inanması ve verilen karar doğrultusunda hareket etmeleri bakımından önemli olan faktörlerdir. Aksinin kabul edilmesi, arabuluculuk kurumunun niteliği ile örtüşmeyeceği gibi, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yöntemiyle çözüme konusundaki iradelerine de uymayacaktır. Yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünün tercih edilmemesine, sürecin para ve zaman kaybı olarak görülmesine neden olur. Bu nedenlerle, arabuluculuk sürecini yürütecek olan Komisyonun seçimi oldukça önemlidir. Her iki uyuşmazlık tarafınca kararlarına güven duyulan, alanında uzmanlaşmış bir kimsenin seçilmesi, verilen karar doğrultusunda hareket etmeyi teşvik edecektir. Ancak raporun bağlayıcı olmayışı, tarafların hiçbir şekilde sürecin sonunda verilen arabulucu raporuna bağlı olmayacakları anlamına gelmez.

ICSID Arabuluculuk Kurallarının giriş kısmında açıkça, arabuluculuk sürecine karşılıklı olarak gösterilen rızanın, arabulucuların tavsiyesine gereken önemin gösterilmesini zorunlu kılan bağlayıcı bir anlaşmanın tesis edildiğini belirtir¹⁴⁰. Nitekim verilen kararların tamamen bağlayıcı olmayacağını kabul etmek, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 32.madde hükmü ile de bağdaşmaz. Taraflar arasında uzlaşa sağlanan noktalara, arabulucunun görüşleriyle birlikte yer verildiği rapora ilişkin 32/3. maddeye göre, her imzanın tarihi de belirtilerek söz konusu rapor, her

137 Bazı kurum kuralları, bağlayıcılık probleminin çözümü için model arabuluculuk klozu koymaktadırlar. Bkz. Khalifa (n 27) 6.

138 R. Rayfuse, *ICSID Reports: Reports Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (1994) 2 Cambridge University Press; Khalifa (n 27) 6.

139 Mutlu Dinç, "ICSID Tahkim Sistemi ve ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası" (2016) 11(120) Terazi Hukuk Dergisi 83,96.

140 ICSID sözleşmesinin giriş kısmı için bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/documents/icsiddocs/icsid%20convention%20english.pdf>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2018.

bir komisyon üyesi tarafından imzalanmalıdır¹⁴¹. Bu durumda, raporun her ne kadar ICSID sözleşmesinin 54.maddesi¹⁴² ile hakem kararlarına tanınan statüye ulaşması mümkün değilse de, aynı zamanda Komisyon üyelerinin de imzalarının bulunduğu bir belgenin hiçbir etkisinin bulunmadığını söylemek mümkün olmadığı gibi arabuluculuk sürecini de etkisizleştirecektir.

Kanaatimizce, tarafların ve komisyon üyelerinin imzalarını taşıyan her arabuluculuk raporunun, sürecin tahkime veya yerel yargı sistemlerine havalesi gibi durumlarda kesin delil niteliğini taşıdığı kabul etmek gerekir¹⁴³. Uzlaşmaya varılan ve uyuşmazlığın giderildiği noktaların kolaylıkla ispatının mümkün olduğu bu rapordaki aynı konulara istinaden yargılama sürecinin uzatılması, çelişkili davranış yasağının ihlal edilmesi anlamına gelen “estoppel doktrini¹⁴⁴”ne de ters düşer. Nitekim UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarının 13. Maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre de, arabuluculuk süreci sonunda verilen ve tarafların olduğu kadar arabulucunun da imzasını içeren raporun bağlayıcı nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Düzenlemeye göre taraflar, “*arabulucu rapordan doğacak her türlü uyuşmazlık hakkında tahkim yargılamasına başvurulacağı*”na ilişkin bir kloz ekleyebilirler¹⁴⁵.

Arabuluculuk usulü sonrasında verilen kararın bağlayıcı etki kazanmasının diğer bir ihtimali ise, tarafların önceden akdedilen bir anlaşmayla süreci sonlandıran arabulucu tavsiyesinin bağlayıcı etkisini peşinen kabul etmelerinde görülür¹⁴⁶. ICSID sözleşmesinin son taslağında bu imkana yer verilmemiş olmasına rağmen, tarafların böyle bir anlaşma yapmalarının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin ilk düzenleme, ICSID sözleşmesinin ön taslağında yer almıştır. Burada yer alan düzenlemeye göre, arabuluculuk kararlarının bağlayıcılığı, “*taraflarca aksi yönde bir anlaşma yapılmış olmaması*” şartına tabi tutulmuştur.¹⁴⁷ Ancak belirtilmelidir ki

141 ICSID Conciliation Rules M.32/3: “*The report shall be signed by the members of the Commission; the date of each signature shall be indicated. The fact that a member refuses to sign the report shall be recorded therein.*”

142 ICSID sözleşmesi m.54.

143 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/2.maddesi uyarınca, “*...tarafların anlaşmaları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır.*” Kanunun 18/2.maddesine göre ise, “*...taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir...*” Kanun metni için bkz. RG. 22.06.2012/28331.

144 Estoppel doktrini hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Stanley HENDERSON, “Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine” (1969) 78(3) Yale Law Journal 343,387.

145 UNCITRAL Conciliation Rules m.13; “*...(2) If the parties reach agreement on a settlement of the dispute, they draw up and sign a written settlement agreement.** If requested by the parties, the conciliator draws up, or assists the parties in drawing up, the settlement agreement. (3) The parties by signing the settlement agreement put an end to the dispute and are bound by the agreement...*”

146 Christoph Schreuer/ Loretta Malintoppi/ August Reinisch/ Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2013).

147 Bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2018.

bu ihtimalde dahi anlaşma, bağlayıcı nitelikteki arabulucu önerilerine nihai ve icrai kabiliyeti olan bir hakem kararı statüsünü kazandırmaz.

Bunun sonucu ise özellikle kendisini tenfiz alanında gösterir. Bağlayıcı niteliğe bürünen arabulucu kararları, ICSID sözleşmesinin 54.madde hükmünde yer alan tenfiz mekanizmasından yararlanamaz¹⁴⁸. Kararın bağlayıcılığının sağlanması, ICSID sözleşmesinin 34/2.maddesi çerçevesinde taraflar arasındaki anlaşmaya tahkim klozu eklemek gibi yeni bir hukuki işlemin yapılmasını veya arabuluculuk süreci sonrasında taraflarca yeni bir hukuki sürecin başlatılmasını gerektirir¹⁴⁹.

B. ICSID Arabuluculuk Kuralları Işığında Çözömlenen Bazı Yatırım Uyuşmazlıkları

Yatırım Uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözümlenen uyuşmazlıkları, en eski tarihten en güncel olana doğru şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1- SEDITEX Mühendislik Tekstil Endüstrisi Danışmanlık Şirketi. v Demokratik Madagaskar Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/82/1) (05.10.1982).
- 2- Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago (ICSID Case No. CONC/83/1) (26.08.1983).
- 3- SEDITEX Mühendislik Tekstil Endüstrisi Danışmanlık Şirketi v Madagascar (ICSID Case No. CONC/94/1) (13.06.1994).
- 4- TG World Petroleum Limited v Republic of Niger (ICSID Case No. CONC/03/1) (08.12.2003).
- 5- Togo Electricité v Togo Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/05/1) 25.05.2005
- 6- Shareholders of SESAM v Central African Republic (ICSID Case No. CONC/07/1) (13.08.2007).
- 7- RSM Production Corporation v Kamerun Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/11/1) (19.10.2011).
- 8- Ekvator Ginesi Cumhuriyeti v CMS Energy Corporation ve diğerleri (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2) (29.06.2012).
- 9- Société d'Énergie et d'Eau du Gabon v Gabon Cumhuriyeti (ICSID Case No. CONC/18/1) (30.03.2018).

Uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin olarak ICSID'e yapılan başvurular esas olarak ICSID Arabuluculuk Kurallarına ve ICSID sözleşmesine istinaden yürütölmüştür. Yukarıda listesi verilen uyuşmazlıklar, ICSID arabuluculuk usulünün tercih edildiği ve karara bağlanan uyuşmazlıklardır. Karara bağlanmamış uyuşmazlıklara ise, çalışmamızın karar incelemesi kapsamında

148 Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair (n 146) 450.

149 Linda Reif, "Conciliation As a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes" (1990) 14(3) Fordham International Law Journal 578,638.

değerlendirilmemiştir¹⁵⁰. Çalışmamız kapsamında değerlendirilen karara bağlanmış uyuşmazlıklar arasından, yatırım uyuşmazlıkları bağlamında oldukça önemli bir yere sahip olan “Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad Tobago” uyuşmazlığı incelenmiştir. Söz konusu uyuşmazlık haricinde kalan karara bağlanmış uyuşmazlıklar için ise arabuluculuk süreci etkili olamamış ve yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümü bakımından herhangi bir olumlu sonuç elde edilememiştir. Örneğin, “RSM Production Corporation v Republic of Cameroon¹⁵¹” uyuşmazlığında, yabancı yatırımcı statüsündeki “RSM” şirketi, akdedilen enerji sözleşmesindeki ICSID arabuluculuk klotuna istinaden arabuluculuk sürecini başlatmıştır.

Arbuluculuk süreci boyunca, tarafların temsili avukatlar aracılığıyla gerçekleştirilmiş, Komisyon ise; üç arabulucudan oluşacak şekilde teşekkül etmiştir¹⁵². Arabuluculuk süreci İngilizce ve Fransızca olmak üzere, iki dilin hâkimiyetinde gerçekleştirilmiştir.

Arbuluculuk sürecinin başlaması ve Komisyonun oluşumundan kısa bir süre sonra Kamerun Cumhuriyeti, RSM ile anlaşarak üçüncü bir kişinin arabuluculuk sürecine dâhil edilmesi için talepte bulunmuştur. Ancak Komisyon, her iki tarafın bu yöndeki yazılı beyanlarını talep anında veya öncesinde iletmemesi nedeniyle başvurularını reddetmiştir.

Süreç kapsamında gerçekleştirilen oturumlar dört gün boyunca Paris’te yapılmıştır. Arabuluculuk Komisyonu, “tarafların uzlaşmaya varma ihtimallerinin bulunmaması” gerekçesiyle arabuluculuk sürecini sonlandırmıştır¹⁵³. Anlaşmazlığa ilişkin rapor, 13 Haziran 2013 tarihinde yayınlanmıştır.

Başarısızlıkla sonuçlanan arabuluculuk sürecini takiben, 1 Temmuz 2013 tarihinde RSM şirketi, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi için gerekli başvurularda bulunmuştur. Tahkim yargılamasına havale edilen uyuşmazlıktaki başlıca nokta, Kamerun Cumhuriyetinin Douala’da bulunan “Logbaba” doğal gaz alanının keşfi için İngiliz şirkete tanıdığı beş yıllık imtiyazdır. Bu imtiyaza bağlı olarak, Kamerun Cumhuriyetinin belirlenen sabit fiyat anlaşmasını ihlal etmesi, RSM şirketi tarafından ileri sürülen konular arasındadır¹⁵⁴.

150 Devam eden ICSID arabuluculuk uyuşmazlıkları hakkında bkz. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

151 RSM Production Company v Republic of Cameroon (ICSID Case No ARB/13/14) bkz. <<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/14&tab=PRD>> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

152 Yatırımcı RMS şirketi, ABD vatandaşı J. Calebs Bogs III isimli arabulucuyu, ev sahibi devlet ise, Fransız Jean-Pierre Ancel’ı atamışlardır. Komisyon başkanı olarak ise, İsviçreli bir diplomat olan Marino Baldi seçilmiştir. Bkz. CIL <<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/10/Conciliation-Background-Paper.pdf>> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

153 ICSID Conciliation Rules m.30/2-34.

154 Bkz.<https://www.arbitration-icca.org/media/2/13995552706500/cameroon_arbitration_updates.pdf, Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.

“SEDATEX v Madagascar¹⁵⁵” uyuşmazlığının ise, ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden çözümlenmesi için 1994 yılında başvuruda bulunulmuştur. Taraflar arasında imzalanan tekstil sözleşmesindeki bir koşula istinaden, arabuluculuk sürecinin Fransızca hâkimiyetinde sürdürüleceği bildirilmiştir. Komisyon ise, üç arabulucudan oluşacak şekilde oluşmuştur.

Arabuluculuk sürecinin başarıyla ve uzlaşıyla sonuçlandırılması amacıyla Komisyon Başkanı, uzlaşmayı sağlayacak etkenlerin neler olabileceği konusunda her bir tarafın önerisini gizli bir şekilde almış, yönelttiği soruların cevaplandırılmasını istemiştir. Verilen cevaplar doğrultusunda ise, Komisyon tarafından bir anlaşma taslağı oluşturulmuştur. Ancak tarafların ısrarcı olduğu uyuşmazlık konularındaki fikir ayrılıkları, Komisyonu ikinci bir görüşme yapmaya yöneltmiştir. Bunun üzerine yapılan ikinci oturum sürecinde, uzlaşmanın sağlanamadığı ve birer soru işareti olarak kalan noktalar üzerinde incelemeler yapılmıştır.

Sürecin sonunda, tarafların yapılan ikinci oturumdan itibaren otuz gün içinde uzlaşma sağlama ihtimallerinin bulunmadığına karar verilmiştir. Uyuşmazlık, anlaşmamaya yönelik rapor ile 19 Temmuz 1996 tarihinde sonlanmıştır¹⁵⁶.

2012 yılında, ICSID uyuşmazlıkları bakımından önemli bir dönüm noktası olan karar “Republic of Equatorial Guinea v CMS Energy Corporation¹⁵⁷” hakkındadır. İlk defa bir devlet, söz konusu uyuşmazlıkta, akdedilen enerji sözleşmesindeki ICSID Arabuluculuk Kurallarına başvuru klotuna dayanarak, arabuluculuk sürecinin başlaması için ilk adımı atmıştır.

Söz konusu karara konu olan olaydaki muhatap, Amerika Birleşik Devletleri’nde kurulan “CMS Enerji” isimli bir anonim şirkettir. Arabuluculuk sürecinde CMS şirketi ile Ekvator Ginesi, karşılıklı anlaşma suretiyle tek bir arabulucu tayin etmiştir¹⁵⁸.

Arabulucu, ilk oturumu New York’ta gerçekleştirmiştir. Taraflardan her biri, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 33.maddesine uygun olarak yazılı beyanlarını iletmişlerdir. Beyanların teatisini takiben, ICSID Arabuluculuk Kurallarının 30/4(c) madde hükmüne istinaden, uyuşmazlıkla bağlantılı olan bir yerin ziyaret edilmesi için iki günlük bir ziyaret gerçekleştirmiştir.

Yapılan ziyaretin sonrasında taraflar, uyuşmazlık içindeki pozisyonlarını açıklayan ikinci yazılı beyanda bulunmuşlardır. Bunu takiben ise, New York’ta üç gün sürecek olan oturuma hazırlanmışlardır.

155 SediteX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v Madagascar (ICSID Case No. CONC/94/1) <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC/94/1&tab=PRO>>, Erişim Tarihi 7 Aralık 2018.

156 Schreuer/Malintoppi/Reinisch/Sinclair (n 146) 447.

157 Republic of Equatorial Guinea v CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2), <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC\(AF\)/12/2](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC(AF)/12/2)> Erişim Tarihi 20 Aralık 2018.

158 Tayin edilen arabulucu, Meksika vatandaşı olan Claus von Wobeser’dir. Bkz. <<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2017/10/Conciliation-Background-Paper.pdf>> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

Oturumun yapılmasından on ay sonra arabuluculuk süreci, “tarafklar arasında uzlaşya varma ihtimalinin bulunmadığı” kanaati ile yayınlanan arabulucu raporu ile sonlanmıştır.

1. Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago

a. Uyuşmazlığın Arka Planı

“Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad ve Tobago¹⁵⁹” uyuşmazlığı, 1968 yılında petrol alanlarının geliştirilmesi amacıyla kurulan bir ortak girişimden doğmuştur. Trinidad, Tesoro ve Tobago, Trinidad bölgesindeki petrol alanlarının ihya edilmesi için “British Petroleum Company Limited” isimli şirketin yarı oranda hissedarlığına olarak, “Trinidad-Tesoro Petroleum Company Limited” isimli şirketi kurmuşlardır.

Kurulan ortak girişim ile bağlantılı olarak, taraflar akdedilen sözleşmenin başlıca konularının kapsamlı olarak düzenlendiği bir Esas Anlaşma (“Heads of Agreement”) imzalamışlardır. Yapılan bu anlaşmaya göre, söz konusu anlaşmanın yürürlük tarihinden itibaren 5 yıllık bir süre zarfı boyunca, taraflara hiçbir şekilde kar payı ödemesi yapılmayacağı kararlaştırılmıştır.

Trinidad-Tesoro şirketinin ilk 5 yıllık faaliyet süreci içinde, anlaşmada öngörüldüğü şekilde herhangi bir temettü dağıtımını gündeme gelmemiştir. Beş yıllık sürenin bitimine denk gelen 1980 yılından itibaren ise, temettü dağıtımına başlanmıştır. Bu doğrultuda, 1/3 ve daha sonraki yıllarda 1/2 oranlarındaki temettülerin dağıtımını gerçekleştirilmiştir.

1981 yılında ise, Tesoro şirketi ile hükümet arasındaki ilişkiler birkaç sebebe bağlı olarak gerginleşmiştir: Bu sebeplerden biri, hükümetin petrol fiyatlarını artırmasına yönelik olan petrol zammı uygulamasıdır. Uygulanan bu artışın, Tesoro şirketi tarafından kabul edilmediği yönünde yetkililere yapılan bildirim üzerine, hükümet tarafından şirketin faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyen ve zarar oluşumuna neden olan davranışlarda bulunulmuştur.

Uyuşmazlığı tetikleyen önemli bir diğer sebep ise, 1982 yılında Tesoro, Trinidad-Tesoro’nun hisselerini devretme niyetinden kaynaklanmıştır. Taraflar arasında akdedilen Anlaşmaya göre, Tesoro şirketi hisse devirleri gerçekleştirilmeden, hisse alımını öncelikle hükümete sormalıdır. Diğer bir ifadeyle, hükümetin şirketin hisselerini satın alma ihtimaline karşı çıkan uyuşmazlık, ICSID arabuluculuk sürecinin başlamasına zemin hazırlamıştır. Özetlemek gerekirse, arabuluculuk sürecini başlatan uyuşmazlık temettü dağıtımının engellenmesi ile ortak girişim hissedarlığını bozulması ve buna bağlı olarak Tesoro’nun hisselerini satışa çıkarmasından kaynaklanmıştır.

¹⁵⁹ *Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago* (ICSID Case No. CONC/83/1), <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=CONC/83/1&tab=PRO>> Erişim Tarihi 5 Aralık 2018.

b. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması: Arabuluculuk Talebi

22 Ağustos 1983 tarihinde ICSID Genel Sekreterliğine bildirilen arabuluculuk talebiyle, ICSID arabuluculuk usulü başlatılmıştır. Yapılan talebin içeriğine, uyuşmazlığın kısa bir açıklaması, taraflar arasında akdedilen anlaşma ve ek belgeler eklenmiştir. Özü itibariyle talebin dayanağını, hükümetin taraflar arasındaki anlaşmaya istinaden net kazancın yarısının dağıtılacağı koşuluna aykırı olarak, temettü dağıtımını tavsiye eden Trinidad-Tesoro şirket yönetim kurulu üyelerinin oluşturulmasına izin vermediği iddiası oluşturmaktadır. Genel Sekreterlikçe, bildirilen talep 26 Ağustos 1983 tarihinde kayda alınmış ve aynı gün içerisinde taraflar talebin kaydı konusunda haberdar edilmiştir.

c. Arabuluculuk Komisyonunun Oluşturulması

“Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad ve Tobago” uyuşmazlığında taraflar, tek bir arabulucunun atanması ve süreci yönetmesi üzerinde anlaşmışlardır¹⁶⁰. Arabulucunun taraflarca belirlenen kişi olduğu, Genel Sekreterlikçe bildirilmiş ve Komisyon oluşumunu takiben arabuluculuk süreci başlamıştır¹⁶¹. Uyuşmazlığın üç veya daha fazla arabulucudan oluşan bir Komisyon yerine, tek bir arabulucu ile yürütülmesi, sürecin oldukça hızlı başlamasını sağlamıştır.

d. Hazırlık Görüşmeleri Aşaması

ICSID Arabuluculuk Kurallarının 20.maddesine istinaden, Komisyonun oluşumu ile birlikte 9 Mart 1984 tarihinde, Londra’da hazırlık görüşmeleri gerçekleştirilmiştir. Görüşmede, arabulucuların ücreti gibi bazı temel noktalar üzerinde görüş alışverişi yapılmış, sürece hâkim olacak dil belirlenmiş, taraflarca ileri sürülen belge ve bildirimler iletilmiştir. Oturumda, Tesoro şirketi, ICSID’in yargılama yetkisinin bulunduğunu kabul etmiş, hükümet ise ICSID yargılama yetkisine itiraz hakkını saklı tutmuştur¹⁶².

23 Temmuz 1984 tarihinde, tarafların temsil edildiği bir durum değerlendirme toplantısı gerçekleştirilmiştir (“status conference”). Arabulucu öncelikle, hükümetin ICSID yargılama yetkisinin bulunmadığı yönündeki itirazını değerlendirmiş ve duruşma yapılmasına gerek olmadan tarafların yazılı beyanları üzerinden arabuluculuk sürecinin yürütülmesine karar vermiştir. Yapılan durum değerlendirme toplantısının sonunda, taraflardan her biri uzlaşmayı sağlayabilecek hususlar konusundaki görüşlerini bildirmek üzere tek tek görüşmeye davet edilmiştir.

160 Arabulucu olarak görevlendirilen kişi, uzun yıllar İngiltere’de hâkimlik yapan “Lord Wilberforce” isimli arabulucudur. Bkz. Lester Nurick/ Stephen J. Schnably, “The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago” (1986) 1 ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 340,353.

161 Bkz. ICSID Conciliation Rules m.6.

162 Hükümetçe yapılan yetki itirazının dayanakları, Tesoro şirketi tarafından iletilen dördüncü ek belgede uyuşmazlığın ICSID sözleşmesi uyarınca çözümleneceği klozunun bulunmadığı ve taraflar arasında akdedilen anlaşmada da böyle bir referansta bulunulmadığıdır. Bkz. Nurick/ Schnably (n 160) 347.

e. Arabuluculuk Sürecinin Sonlanması: Arabulucunun Tavsiyesi

Uyuşmazlığın detaylıca irdelenmesinin ardından, 1985 yılında arabulucunun verdiği tavsiye raporu ile süreç sonlanmıştır. Raporda, dördüncü ek belge ve esas sözleşmenin “açıkça” ICSID arabuluculuk klotunu içerdiği belirtilmiş olup, taraflarca ileri sürülen hususlar çerçevesinde, uyuşmazlığın esas bakımından incelemeler yapılmış ve (Tesoro tarafından yüzdelik miktarın da dâhil olduğu) bir taslak anlaşma metni önerilmiştir. Ayrıca, uyuşmazlık çıkaran diğer konular üzerinde de tavsiyelerde bulunulmuş ve ICSID Arabuluculuk Kuralları m.30 ile m.32 arasındaki usul takip edilerek arabuluculuk süreci sonlandırılmıştır. Bu sürecin sonunda, Trinidad Tobago hükümetine ve Tesoro şirketine 143 milyon dolar ödemede bulunulması gerektiğine karar verilmiştir. Bu karara karşı hükümet, kanun yollarına başvurma hakkını önceden saklı tutmasına istinaden, gerekli itirazlarda bulunma konusunda serbest kalmıştır¹⁶³.

Sonuç

Çalışmamız kapsamında, yatırım uyuşmazlıklarının ICSID Arabuluculuk Kurallarına göre çözümü konusu incelenmiştir. Yatırım uyuşmazlıkları, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında, çoğu zaman ev sahibi devlete transfer edilmiş büyük çaplı ve uzun süreli bir projeden kaynaklanan uyuşmazlıkları içerir. Ticari uyuşmazlıklar ile karşılaştırıldıklarında, daha kompleks bir yatırım ilişkisi bulunur, yatırımcının üstlendiği ekonomik risk unsuru ön plandadır.

Yabancı yatırımların ve bu yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda ICSID’e yapılan başvurular, büyük oranda uyuşmazlıkların tahkim yargılamasıyla çözümüne ilişkindir. Bunun yanında, uyuşmazlıkların bir yargılama sürecine girilmeksizin karşılıklı anlaşma sağlanarak çözümlenmesi ve uyuşmazlık taraflarının ticari itibarlarının sarsılmaması amaçlarıyla, yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk mekanizması takip edilerek çözümü de giderek tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir.

Temelinde, tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığı çözmesi bulunan arabuluculuk, ICSID sözleşmesinin 33.madde atfıyla özel olarak düzenlenen, ICSID Arabuluculuk Kurallarına istinaden öngörülen özel bir yöntemdir. Sözleşme, arabuluculuk kavramını ifade eden “conciliation” terimini kullanmıştır. Kanaatimizce, “uzlaştırma” ve “arabuluculuk” birbirinin yerine geçen kavramlar olarak kullanılabilir. Çalışmamızda ise, bu terimin karşılığı olarak Türk hukukunda da bilinen bir kurum olması nedeniyle arabuluculuk teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Konuya ilişkin kavramsal tartışmaların bulunması ve yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların, arabuluculuk ve tahkim yollarının kaynaşması ile çözümünün tercih edildiği “arabuluculuk-tahkim (“med-arb”) mekanizmasının incelenmesi amacıyla, çalışmamızın diğer bir konusunu her iki mekanizmanın karşılaştırılması

163 Schreuer/ Malintoppi/ Reinisch/ Sinclair (n 146) 440.

oluşturmuştur. Tahkim yargılamasından farklı olarak arabuluculuk, her şeyden önce bir yargılama olmayıp, sürecin tarafların bulunacağı bir arabuluculuk talebi ile başladığı, esnek ve tarafların serbest iradelerinin önemsendiği bir süreç ile devam ettiği, arabulucunun tavsiye niteliğindeki kararı ile de son bulduğu bir alternatif uyuşmazlık çözüm sürecidir. Süreci sonlandıran arabulucu kararının bağlayıcı olmaması, ICSID arabuluculuk sürecini tahkim yargılamasından ayıran karakteristik özelliklerinden biridir. Arabuluculuk süreci sonunda verilen kararlar tavsiye niteliğindedir. Ancak taraflar Komisyonun önerisine, mümkün olduğu ölçüde uymalıdırlar. Arabuluculuk sürecine duyulan güvenin sarsılmaması adına ICSID Arabuluculuk Kurallarında öngörülen usulden ayrılmayarak uyuşmazlığın çözömlenmesi, tarafların verilen karar doğrultusunda hareket etmesi bakımından da önemlidir. Diğer yandan, verilen kararın tamamen bağlayıcı olmayacağını kabul etmek, arabuluculuk yoluyla yatırım uyuşmazlıklarının çözümünün tercih edilmemesine, sürecin para ve zaman kaybı olarak görölmeye neden olur. Yatırım uyuşmazlıkları gibi oldukça kompleks ve büyük çaplı uyuşmazlıklarda verilen arabulucu raporunun bağlayıcı olmaması söz konusu olumsuz etkileri daha da arttırır. Esas itibariyle, arabuluculuk sürecinin tamamen tavsiye niteliğinde ve herhangi bir bağlayıcılığı olmayan bir rapor ile sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Öncelikle, sürecin sonunda bildirilen ve taraflarca da imzalanan bir raporun herhangi bir uyuşmazlık bakımından etkisiz olacağını söylemek mümkün değildir. Bunun yanında taraflar, sürecin sonunda verilecek olan raporun bağlayıcılığını önceden kabul ederek arabuluculuk sürecinin salt olarak para ve zaman kaybı olarak görölmemesi adına, oluşabilecek kayıpların önüne geçebilir. Ancak her hâlükârda, süreci yürütecek Komisyonun seçimi önem arz eder. Her iki tarafça kararlarına güven duyulan, alanında uzmanlaşmış bir arabulucunun seçilmesi, tarafları verilen karar doğrultusunda davranmaya teşvik edecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Abramson H, *Mediation Representation: Advocating in a Problem-Solving Process*, (3rd edn, Wolters Kluwer, 2013).
- Berger KP, *Private Dispute Resolution in International Business, Negotiation, Mediation, Arbitration*, (Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 3rd edn, Wolters Kluwer Law& Business 2015).
- Bishop D, *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*, JuricNet LLC (2009).
- Black E, “History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others” (1968) 2(1).
- Blankley K, “Keeping a Secret from Yourself? Confidentiality when the Same Neutral Serves both as Mediator and Arbitrator in the Same Case” (2011) 63(2) Baylor Law Review.
- Bret AJ, “Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century” (2015) TDM.

- Brett JM / Shapiro DL, “Comparing Three Processes Underlying Judgements of Procedural Justice: A Field Study of Mediation and Arbitration, *Journal of Personality and Social Psychology*” (1993) 65(6) 1167,1177.
- Bush RB, “Efficiency and Protection or Empowerment and Recognition?: The Mediator’s Role and Ethical Standards in Mediation” (1989) 41 *University of Florida Law Review* 253,286.
- Coe J, “Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes- A Preliminary Sketch” *University of California*, (2007) 12(7) *Davis* 8,44.
- Connerty A, *Manual od International Dispute Resolution, Commonwealth Secretariat* (2006).
- De Jonk, VBED, “The new swiss-german treaty of arbitration and conciliation” <https://archive.org/stream/jstor-20659950/20659950_djvu.tx> Çevrimiçi 30 Kasım 2018.
- Demir Gökyayla C/ Süral C, “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler” (2004) 6(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 131,168.
- Deutsch R, “An ICSID Tribunal Denies Jurisdiction for Failure to Satisfy BIT’s “Cooling-Off” Period; Further Evidence of a Sea Change in Investor-State Arbitration or a Meaningless Ripple?” (2010) (33) *Hous. J.Int’l L.* 589,594.
- Diñç M, “ICSID Tahkim Sistemi ve ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası” (2016) 11(120) *Terazi Hukuk Dergisi* 83,96.
- Dost S, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil Yayın 2006).
- Egemen Demir I, *Uluslararası Tahkim Hukukunda Şemsiye Klotlar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (2007).
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, (Yetkin Yayınları 2013).
- Fabri HR; “The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute”, Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo Kohen and Jorge Vinuales (eds), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Nijhoff Publishers 2013).
- Franck S, “Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide” (2014) 29(1) *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 66,89.
- Garsh A, “Cooling Off Period (Investment Arbitration)”, Max Planck Institute Luxemburg of International Law and Dispute Resolution (2017).
- Gill L, “The Nature of Arbitration: The Blurred Line Between Mediatory and Judicial Arbitration Proceedings” (1988-1999) 39(2) *Case Western Reserve Law Review* 545,555.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (2nd edn, Beta 2013).
- Golann D, “Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates”, ABA Section of Dispute Resolution (2009).
- Greenberg S/ Kee C/ Weeramanthry R, *International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective* (Cambridge University Press 2011).
- Hanaway M, *Co-Mediation: Using a Psychological, Paired Approach to Resolving Conflict*, Corporate Harmony (2012).
- Hollander Blumoff R/ Tyler T, “Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution” (2011) (1) *Journal of Dispute Resolution* 1,18.

- Henderson S, “Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine” (1969) 78(3) Yale Law Journal 343,387.
- Imhoos C, “The Enactment of the French Decree No. 2012-66 of January 20, 2012 Related to the Amicable Settlement of Disputes: Some Progress in ADR in France?” (*Kluwer Mediation Blog*) <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/02/07/the-enactment-of-the-french-decree-no-2012-66-of-january-20-2012-related-to-the-amicable-settlement-of-disputes-some-progress-in-adr-in-france/>> Çevrimiçi 01 Aralık 2018.
- Kalicki J/ Bret AJ, “Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century” (2015) TDM.
- Khalifa F, “Mediation Use in ISDS” (2014) (1) Transnational Dispute Management.
- Koopmans S, “Diplomatic Dispute Settlement: The Use of Inter-State Conciliation” (2008) TMC Asser Press.
- Landry S, “Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model” (1996) (63) Defense Counsel Journal 263,266.
- Merrills JG; *International Dispute Settlement* (5th edn, Cambridge University Press 2012).
- Nitschke F, “The ICSID Conciliation Rules in Practice” <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3257031> Çevrimiçi 30 Kasım 2018
- Onwuamaegbu U, “The Role of ADR in Investor-State Dispute Settlement: The ICSID Experience” (2005) 22(2) News from ICSID 12,14.
- Orrego Vicuna F, “Arbitration in a New International Dispute Resolution System” (2001) 18(2) News from ICSID 1,20.
- Özbek MS, “Arbuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arbuluculuk-Tahkim” (2017) 43(1) Yargıtay Dergisi 15,106.
- Özümücü S, *Uzak Doğu’da Arbuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arbuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Özümücü S, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arbuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış” (2016) LXXIV(2) İÜHFD 807,847.
- Öztekin Gelgel G, “5 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arbuluculuk Uygulaması” 37(2) MHB 611,640.
- Parra A, “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” (2007) 22(1) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 55,68.
- Polasek M, “The Consultation Period Requirement In Investment Treaties As a Matter of Jurisdiction, Admissibility or Procedure” (2006) 23(1) News From ICSID.
- Polat M, *Milletlerarası Usul Hukukunda Arbuluculuk* (Yetkin Yayınları 2010).
- Pürselim HS, “Yabancılık İçeren Arbuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler” (2014) 20(2) MÜHF-HAD 3,21.
- Rayfuse R, *ICSID Reports: Reports Decided under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (Cambridge University Press 1994).
- Reif L, “Conciliation As a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes” (1990) 14(3) Fordham International Law Journal 578,638.
- Salacause J, “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty- Based Investor State Dispute Resolution” (2007) 31(1) Fordham International Law Journal 138,185.

- Schnably S/ Nurick L, “*The First ICSID Conciliation: Tesoro Petroleum Corporation v Trinidad and Tobago*” (1986) 1 ICSID Review- Foreign Investment Law Journal 340,353.
- Schreuer C, “The ICSID Convention: on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States” (Cambridge University Press 2001).
- Schreuer C / Malintopp, L/ Reinisch A/ Sinclair A, *The ICSID Convention: A Commentary*, (2nd edn, Cambridge University Press 2013).
- Sim C, “ICSID Amendmends in 2017: Exploring Early Mediation or Conciliation” <<https://icsid.worldbank.org/en/amendmends/Documents/6.%20Christine%20Sim.pdf>> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.
- Sornarajah M, “A Law for Need or A Law for Greed?: Restoring the Lost Law in the International Law of Foreign Investment” I(2006) 6(4) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 329,357.
- Stevens M, “Arbitration and Investment Disputes: Are We Heading in the Right Direction?” (2002) 19(1) News from ICSID 1,12.
- Sussman E, “Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process” (2009) 2(1) New York Dispute Resolution Lawyer 71,74.
- şanlı C; “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları” (6th edn, Beta 2016).
- Tanrıver S, *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim-II 2006-2010 (Adalet Yayınevi 2011).
- Tarman ZD, “Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem de Arabulucu Olabilir mi?” (2010) (2010/86) Legal Hukuk Dergisi 463,471.
- Telford ME, “Med-Arb: A Viable Dispute Resolution Alternative” Queens University IRC Press, Current Issues Series 1,17.
- Troya JJ, “Cooling-off Periods in Investment Treaty Arbitration: An Opportunity to Negotiate or a Mere Formality? Views from a Negotiation Perspective”, Harvard Law School Master of Laws Class (2014).
- Ubilava A/ Nottage L, “ICSID’s New Mediation Rules: A Small but Positive Step Forward” <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Ubilava_Notage_10.17.2018.pdf> Erişim Tarihi 1 Aralık 2018.
- Welser I, “Alternative Dispute Resolution- A Wide Choice of Varities” (2016) 3 İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Uluşan’a Armağın) 757,774.
- Welsh N, “Making Deals in Court-Connected Mediation: What’s Justice Got to Do with It?” (2001) 79(3) Wash ULQ 788,858.
- Wolski B, “On Mediation, Legal Representativesand Advocates” (2015) 5 (38/1) UNSW Law Journal.
- Yazıcı Tıktık Ç, *Arabuluculukta Gizliliğın Korunması* (Oniki Levha Yayıncılık 2013).