

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

DEVLETİN YATIRIM DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ
BAĞLAMINDA ICSID TAHKİMİNDE ÜÇÜNCÜ
KİŞİLERİN TAHKİM YARGILAMASINA
MÜDAHALESİNİN İNCELENMESİ

Mithat Tercan

2501100334

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Cemal Şanlı

İstanbul- 2012



Y Ü K S E K L İ S A N S

TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : MİTHAT TERCAN
Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK
Danışman : PROF.DR.CEMAL ŞANLI

Numarası : 2501100334
Tez Savunma Tarihi : 22.06.2012
Tez Savunma Saati : 11:00

Tez Başlığı : DEVLETİN YATIRIM DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA ICSID
TAHKİMİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN TAHKİM YARGILAMASINA MÜDAHALESİNİN
İNCELENMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF.DR.CEMAL ŞANLI		KABUL
PROF.DR.B.BAHADIR ERDEM		KABUL
DOÇ.DR.İLHAN YILMAZ		KABUL
YRD.DOÇ.DR.EMRE ESEN		KABUL
YRD.DOÇ.DR.İNCİ FİGANMEŞE		KABUL

ÖZ

Bu çalışmada, genel olarak uluslararası yatırım tahkiminde ve özel olarak da ICSID tahkiminde *amicus curiae* olarak bilinen üçüncü kişilerin rolü incelenmektedir. Konu, yeni bir olgu olmasına rağmen, değişik açılardan ilgi çekmeye başlamıştır. Konu özellikle yatırım tahkiminin gizliliği-şeffaflığı ekseninde yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bilindiği üzere, tahkim temelini tarafların iradesinden alır. Bu sebeple geleneksel olarak sadece tahkim sözleşmesine taraf olanlar, duruşmalara katılma, heyete yazılı bildirimde bulunma, tarafların dilekçelerini inceleme gibi haklara sahiptirler. Bu sebeple, üçüncü kişilerin yargılamaya müdahale etme talebinde bulunması ve bu talebin çeşitli ölçülerde kabul edilmiş olması oldukça yeni ve ilginç bir durumdur. Bu durumun başlıca sebepleri, yatırım tahkiminin taraflarından birisinin devlet olması ve uyuşmazlıklarda devletin kamu menfaati adına yaptığı işlemlerin yargılama konusu yapılmasıdır. Söz konusu yargılamalarda üçüncü kişiler tarafından gündeme getirilen iddiaların insan hakları ve çevrenin korunması gibi devletin yatırım dışı yükümlülükleri noktasında toplandığı görülmektedir. Çalışmamızda ICSID tahkiminde üçüncü kişilerin başta devletin insan hakları ve çevre gibi yükümlülükleri olmak üzere, devletin diğer alanlardaki çeşitli yükümlülükleri karşısında uluslararası yatırım tahkimini hangi ölçüde ve hangi yönde etkileyebilecekleri hususu ele alınmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

In this study, the role of third (non disputing) parties which is known as *amicus curiae* has been examined generally in the international investment arbitration and particularly in ICSID arbitration. Although the participation of third parties is a new phenomenon, it has begun to attract the attention from various aspects. Due to this issue, there have been extensive discussions in the international investment arbitration especially in terms of confidentiality-transparency. It is well known that arbitration is based on the consents of the parties and, as a consequence, traditionally only the parties of the dispute may attend to the hearings, make a submissions to the arbitration tribunal and examine the pleadings of the parties etc.. Therefore, third parties' demands on the issue of participation of investment arbitration and the acceptance of tribunals at that point are new and interesting phenomena about investment arbitration. One of the reasons of that development is that one of the parties of the investment arbitration is always a sovereign. The other reason of that development is the subject of investment arbitration, namely, legislation and regulation of state, which enact for the benefit of country's population. The allegations of non disputing parties focus on the non investment obligations of state in general and human rights and enviromental protection in particular. This study is intended to focus on the role of third (non-disputing) parties to understand to what extend they can influence the international investment arbitration about the non-investment obligations of state generally and human rights and enviromental protection obligations particularly in the ICSID arbitration.

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın amacı özellikle Common Law sistemindeki ülkeler bakımından uzun bir geçmişi olan ve *amicus curiae* olarak adlandırılan üçüncü kişilerin uluslararası yatırım tahkimindeki rollerini incelemektir. Bilindiği üzere, tahkim tarafların arasındaki bir sözleşmeye dayanan ve böylece sözleşmenin nispileği ilkesi gereğince sadece taraflar arasında hüküm ifade eden bir sözleşmedir. Hal böyle iken, sözleşmenin tarafı olmayan ve rücu ilişkisi de dahil hiçbir şekilde tahkim ilişkisinde yer almayan üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesi olgusu, üçüncü kişilerin söz konusu yargılamalarda ileri sürdüğü argümanlar da dikkate alındığında tahkim kurumu bakımından alışılmadık bir durumdur. Bu sebeple konunun yeni olmasından kaynaklı olarak, konu incelenirken, ICSID bağlamında henüz çok az yargılama bakımından müdahale talebinin ve müdahalenin söz konusu olması ve bu sebeple nihai kararlarda hakemlerin söz konusu argümanlara nasıl yaklaştığı hususlarının tam olarak bilinmemesi gibi zorluklarla karşılaşmıştır.

Bu vesileyle, bu tezin gerek konusunun ortaya çıkış sürecinde, gerekse de tamamlanması sürecinde hiçbir konuda desteklerini esirgemeyerek, bu alandakiengin tecrübe ve bilgilerini paylaşan tez danışmanım değerli hocam sayın Prof. Dr. Cemal Şanlı başta olmak üzere, bana akademisyenliği ve devletler özel hukukunu sevdiren değerli hocam Prof. Dr. Bahadır Erdem ve tezin hazırlanması sürecinde yardımlarını esirgemeyen değerli hocalarım Yard. Doç. Dr. Faruk Kerem Giray ve Yard. Doç. Dr. Emre Esen'e teşekkürü borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
I.GENEL OLARAK AMICUS CURIAE KURUMU ve BAZI ULUSLARARASI MAHKEME VE TAHKİM UYGULAMALARINDA AMICUS CURIAE KURUMU	17
A. GENEL OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MÜDAHALESİ KAVRAMI ve YATIRIM TAHKİMİNDE KURUMA DUYULAN İHTİYAÇ.....	17
B.AMICUS CURIAE, KAVRAM ve TARİHİ GELİŞİMİ.....	18
C. ULUSLARARASI ARENADA AMICUS CURIAE KURUMU ve BENZER KURUMLARDAN FARKI.....	24
D.DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ UYGULAMASINDA AMICUS CURIAE.....	29
E. UNCITRAL/NAFTAUYGULAMASINDA AMICUS CURIAE.....	32
II. ICSID TAHKİMİNDE AMICUS CURIAE.....	40
A.GENEL OLARAK	40
B. 2006 REVİZYONUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM.....	41
1. Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3) (AdT v. Bolivia)	41
2. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Arjantin (ICSID Case No. ARB/03/19) (Suez/Vivendi v. Arjantin)	44
3.Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Arjantin (ICSID Case No. ARB/03/17) (Suez/İnterAguas v. Arjantin).....	55

C. 2006 REVİZYONUNDAN SONRAKİ DÖNEM.....	62
1.Biwater Gauff (Tanzanya) Limited v. Tanzania (ICSID Case No.ARB/5/22) (Biwater v. Tanzania).....	63
2.Aes Summit Generation Limited Aes-Tisza Erözü Kft v. Macaristan (ICSID Case No. Arb/07/22) (Aes v. Macaristan)	70
D.ICSID UYGULAMASINDA AMICUS CURIAE BAŞVURULAR HUSUSUNDA ORTAYA ÇIKAN PRENSİPLER.....	71
III. DEVLETİN YATIRIM DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN TAHKİM YARGILAMASINA MÜDAHALESİNİN SÖZ KONUSU OLABİLECEĞİ FARKLI İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	74
A.KONU YA GENEL BİR BAKIŞ.....	74
B. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ-İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ.....	76
C. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM HEYETLERİNİN İNSAN HAKLARI OLGUSUNA ATIFTA BULUNDUĞU BAŞLICA DURUMLAR.....	83
1.Uygulanacak Maddi Hukukun AnlamınınTespitinde	83
2. Uygulanacak Usul Hukukunun Tespitinde	85
3.Uluslar Arası Yatırım Hukuku İle İnsan Hakları Hukuku Arasında Olduğu İddia Edilen Çelişkilerin Giderilmesinde.....	86
D. ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARINDA İNSAN HAKLARI İHLALİ İDDİALARININ GÜNDEME GELEBİLECEĞİ FARKLI İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	90
1.İnsan Hakları İhlali İddialarınınYatırıma Ev Sahipliği Yapan Devlet Tarafından İleri Sürülmesi.....	90
2. İnsan Hakları İhlali İddialarının Yatırımcı Tarafından İleri Sürülmesi	92
3.İnsan Hakları İhlali İddialarının Üçüncü Kişiler Tarafından İleri Sürülmesi	94

E.DEVLETİN YATIRIMLARIN KORUNMASI SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ULUSLARARASI HUKUKTA GELİŞEN BAZI DOKTRİNLER.....	95
F.ICSID UYGULAMASINDA İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN DEVLETİN YATIRIMLARIN KORUNMASI ve YATIRIM DIŞI SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA HAKEMLERCE NE ŞEKİLDE UYGULANABİLECEĞİ MESELESİ.....	101
G. YENİ NESİL YATIRIM ANTLAŞMALARI ve İNSAN HAKLARI, ŞEFFAFLAŞMA, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN TAHKİM YARGILAMASINA MÜDAHALESİ GİBİ HUSUSLARIN DÜZENLENMESİ.....	110
H. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DEVLETİN YATIRIM DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDAKİ İDDİALARI KARŞISINDA ICSID UYGULAMASINA GENEL BİR BAKIŞ.....	112
IV. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN NİTELİĞİ BAĞLAMINDA AMICUS CURIAE MÜDAHALENİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	115
A.AMICUS CURIAE MÜDAHALE LEHİNE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	115
1.Kamu Menfaati	115
2. Uzmanlıkları ve Getirecekleri Bakış Açısıyla Amicus Curiae’lerin Meselenin Doğru Şekilde Çözümüne Yapacakları Katkı.....	117
3.Yatırımcı-Devlet İhtilafının Şeffaflaşması ve Bunun Beraberinde Getireceği Meşruiyet	120
4. Karardan Etkilenecek Olan Fakat Yargılamaya Başka Türlü Müdahale Şansı Olmayan Şahıslara Yargılamaya Müdahale Şansı Tanınması.....	123
5. Sosyal Adaletin Gerçekleştirilmesine Katkıda Bulunma.....	124
B.AMICUS CURIAE MÜDAHALE ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....	125

1.Tahkim Yargılamasının Gizliliğini Kaybetmesine Sebep Olarak Tarafların Tahkimden Beklentilerini Önemli Ölçüde Azaltması	125
2.Kamuoyu Baskısı ve Bunun Sonucu Olarak Uyuşmazlığın Politikleşerek Çözümünün Zorlaştırılması	127
3. Süre ve Para Kaybına Sebep Olması	129
4. Taraflara Ekstra Yükler Yüklemesi	130
5. Amicus Curiae Müdahalenin Etkililiği Noktasında Yapılan Eleştiriler	131
SONUÇ	133
KAYNAKÇA	137

KISALTMALAR

a.g.e.	:Adı geçen eser
ADİHM	:Amerikan Devletlerarası İnsan Hakları Mahkemesi
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
a.y.	:Aynı yer
bkz.	:Bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
DTÖ	:Dünya Ticaret Örgütü
Edt.	:Editör
ICSID	:International Center for Settlement of Investment Disputes
Kon.	:Konvansiyon
md.	:Madde
NAFTA	:North America Free Trade Agreement
Par.	:Paragraf
s.	:Sayfa
UNCITRAL	:United Nations Commission on International Trade Law
v.	:Versus
vd.	:Ve devamı

GİRİŞ

Gelişmekte olan devletler başta olmak üzere, devletlerin gerek sermaye ihtiyaçlarından kaynaklı olarak gerekse de teknik altyapı gerektiren bazı alanlarda yeterli teknolojik altyapıya sahip olmamaları gibi sebeplerle yabancı sermayeye ihtiyaç duydukları ve yabancı sermayeyi teşvik için çeşitli adımlar attıkları görülmektedir. Bu adımlar, ekonominin genel olarak liberalleştirilmesi ve bazı sektörlerde doğrudan vergi teşviki sağlamak şeklinde olabildiği gibi, yabancı yatırımcılarla yapılan sözleşmelere klasik uyuşmazlık çözüm yollarından farklı çeşitli uyuşmazlık çözüm yolları sağlamak şeklinde de olabilmektedir¹. Buradan da anlaşılabacağı üzere, bir sözleşme ilişkisi içerisine giren tarafların, sözleşme kapsamında kendi hak ve yükümlülüklerini belirlerken dikkat ettikleri en önemli hususlardan birisi de uyuşmazlık çıkması durumunda sahip olunabilecek imkanlardır². Yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün tarihi gelişimine kısaca bakıldığı zaman, 18. ve 19. yüzyıllarda yabancı yatırımların daha ziyade kolonyal bağlamda yapıldığı ve bu sebeple korumaya günümüzdeki kadar ihtiyaç duyulmadığı, yatırım yapılan ülkelerde, egemen gücün hukuk sisteminin etkili olması sebebiyle, bunun yeterli korumayı sağladığı ve bu sebeple uluslararası hukukun korumasına son derece az ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Bu durumun sebebinin, güçlü şirketlerin söz konusu emperyal gücün ve emperyal gücün mahkemelerinin üzerinde büyük bir etkisinin olması ve bu sebeple söz konusu kurumların yeterli korumayı sağlaması olduğu ifade edilmekte ve bu sistemin dışında kalan ülkeler bakımından kuvvet kullanma yoluyla (gunboat diplomacy) müdahalenin söz konusu olduğu ifade edilmektedir³. Bu durum, 19. yüzyıla doğru yerini çeşitli standartlar getirme ve iç hukuk yolları sağlama şeklinde imkanlardan oluşan iki

¹Susan D. Franck, "Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration", **North Carolina Law. Review.** Vol., 86, 2007, s., 8 vd... Ayrıca, (Çevrimiçi), <http://ssrn.com/abstract=969257>, 25.01.2012.

²Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 4. Baskı, İstanbul, 2011, s.1 vd.. İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, 1. Bası, İstanbul, 2004, s. 2.

³ M. Sornarajah, **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, Third Edition, 2010, s.20 vd..

tarafli antlaşmalar yoluyla sağlanan korumaya bırakmaya başlamış, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ise artık yatırımcıların ev sahibi devlet aleyhine doğrudan uluslararası arenada iddialarda bulunmasını mümkün kılan günümüzdeki aşamaya geçilmiştir⁴. Dolayısıyla, uluslararası yatırım tahkiminin, uluslararası ticari tahkim gibi uzun bir geçmişi yoktur. Bu sebeple daha sonra üzerinde ayrıntılı olarak durulacağı üzere, ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes) örneğinde olduğu gibi uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözüm merkezleri, uluslararası ticari tahkim prensipleri esas alınarak oluşturulmuşlardır⁵. Bu sebeple, uluslararası yatırım tahkiminin melez nitelikte olduğunu, çünkü yargılama yetkisi ve koruma standartlarına ilişkin hükümlerin, devletler arasındaki antlaşmalara dayandığını, buna karşılık usuli hükümlerin uluslar arası ticari tahkimden alındığını ifade edebiliriz⁶. Bu durum beraberinde birçok sorunu gündeme getirmiştir. Özellikle ticari tahkimin gizliliğe ilişkin prensiplerinin, yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında da büyük ölçüde uygulanıyor olması, yatırım uyuşmazlıklarının ayırt edici niteliklerinden dolayı beraberinde sistemin meşruiyetinin⁷ tamamen sorgulanmasını da içeren ve ICSID örneğinde olduğu gibi yer

⁴ Barnali Choudhury, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 41:775, 2008, s. 777 vd.; ayrıca bkz. genel olarak Kenneth J. Vandeveld, “A Brief History of International Investment Agreements”, **12U.C. DAVIS J. INT’L L. & POL’Y**157 (2005).

⁵İnci Ataman Figanmeşe, “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, Sayı 1, 2011, (91-152), s.147. Ataman Figanmeşe, devamında ayrıca söz konusu benzerliğin bir başka sebebinin ise, söz konusu her iki tahkim kolunda faaliyette bulunan kişilerin (hakemlerin ve avukatların) aynı kişiler olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir.OECD (2005),“Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”,OECDWorking Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768> , (30.01.2012).

⁶ Tomoko Ishikawa, “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, **ICLQ**, Vol. 59, April 2010, 373–412, s. 373.

⁷ Meşruiyetin ölçütleri olarak, Duzer , Charles Brover’dan naklen, *önceden tahmin edilebilir bir şekilde işleme, tarihsel uygulamaya uyma ve toplumun temel değerlerine uygun olmayı* göstermektedir, bkz. J. Anthony Van Duzer, “Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Participation”, **52 MCGILL L. J.** 681, 688 (2007). s., 691; Stryker ise, meşruiyetin ölçütleri olarak, *kurallara karşı davranışsal rıza, kurallara karşı eylemsel rıza ve kuralların bağlayıcılığına ilişkin bilişsel bir uyumu göstermektedir*, bkz., Robin Stryker, “Rules, Resources, and Legitimacy Processes: Some Implications for Social Conflict, Order, and Change”, **American Journal of Sociology** (1994) ,Volume: 99, Issue: 4 (January 1994): 847-910 .

yer sistemden çekilmelere yol açan, tahkim yargılamalarının çeşitli sıfatlarla eleştiri konusu yapılmasına yol açan bir dizi gelişmeye yol açmaktadır⁸.

Bu noktada, uluslararası yatırım tahkiminin pek çok açıdan uluslararası ticari tahkimden farklı özellikler içerdiğini belirtmek gerekir⁹. Bu bağlamda, uluslararası yatırım tahkiminin ayırt edici nitelikleri olarak şu hususlar zikredilebilir: Söz konusu uyuşmazlıkların taraflarından bir tanesini egemen bir güç olan devlet oluşturmaktadır. İkinci olarak söz konusu yargılamalar, devletin toplumun refahına yönelik olarak yaptığı işlemlerin değiştirilmesi amacını taşımakta ve ileride vaka analizi kısmında da göreceğimiz üzere, bu sebeple kolaylıkla bir politik uyusmazlığa dönüşebilmektedir. Ayrıca uygulanacak hukukun doğrudan uluslararası hukukun genel ilkeleri ya da uluslararası hukukun başka dallarından bir hukuk olması sebebiyle, genellikle uygulanacak hukuk uluslararası hukuk olmaktadır ve bu durum, heyetlerin bu bağlamda verdiği kararların uluslararası hukukun şekillenmesi üzerinde büyük bir etkide bulunmasına ve dolayısıyla kararların daha da önem kazanmasına yol açmaktadır. Ayrıca uyuşmazlığın değeri çoğu zaman çok yüksek değerlere ulaşmaktadır ve uluslararası yatırımların niteliğinden kaynaklı olarak, taraflar arasındaki ilişkinin uzun süreli olmasından dolayı, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmış olsa bile, taraflar arasında devam eden bir ilişki olmaktadır genellikle¹⁰.

Uluslararası ticari tahkim penceresinden bakıldığında zaman, tahkimin çok çeşitli sebeplerle tercih edildiği görülmektedir. Bilindiği üzere, en nihayetinde her ne kadar bağımsız da olsalar, devlet mahkemelerinin, devletin ekonomik ve sosyal politikalarından etkilenmeleri sebebiyle uluslararası ticaret aktörlerinin başta devlet yargısına karşı duydukları güvensizlik duygusu olmak üzere, tahkimin çabukluk, uzmanlık, gizlilik gibi prensiplere sahip olması, kararlarının icrasının yaygın ve kolay

⁸ İleride üzerinde duracağımız üzere, özellikle Latin Amerika ülkeleri bağlamında gündeme gelen ICSID sisteminden çekilmeye ve çekilme tehditlerine ilişkin olgunun, gelecekte Yatırımların Korunması Antlaşmalarına değil, fakat yatırımcı ile devlet arasındaki sözleşmeye dayanan tahkimlerin sayısını arttıracak ifade edilmektedir. Bkz. Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 132, dipnot 105.

⁹ Bkz. Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s.91 vd..

¹⁰ **Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration**, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Switzerland 2010, s. 11; Taraflar arasındaki ilişkinin bu nitelikte olmasının sonuçları için, bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 2.

olması, tahkimin günümüzün demokratikleşme ve sivilleşme akımları ile uyumlu olması gibi sebepler uluslararası tahkimin bu bağlamda en önemli tercih sebeplerini oluşturmaktadır¹¹. Buna ek olarak ve bundan ayrı olarak, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının ayırt edici niteliklerinden dolayı, uluslararası tahkimin tercih sebepleri olarak uluslararası yatırım tahkiminde daha başka hususlarda ifade edilebilir. İlk olarak; uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında devlet, ya bizzat kendisi ya da bir iştiraki vasıtasıyla, kendisi taraf olarak yer almaktadır. Devlet yargısının seçilmesi durumunda devlet, kendi iç hukuku bakımından bağımsız ve tarafsız olan fakat en nihayetinde kendisine bağlı olan yargıçların önünde yargılanmış olacaktır. Bazı yazarlarca¹² hakimin ülkesine sadakat duygusu olarak da ifade edilen bu durum, taraflardan birinin yabancı yatırımcı, diğerinin de söz konusu yargılamayı neticelendirecek olan yargıçların vatandaşlık bağı gibi kavi bir bağla bağlı oldukları devlet olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, bu ihtimalin yabancı yatırımcı açısından anlamı ve taşıdığı riskler daha iyi anlaşılacaktır. Bu durum çoğu zaman başlı başına devlet yargısından kaçınmak için bir sebep oluşturabilecektir yabancı yatırımcılar bakımından. İkinci olarak, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında yabancı yatırımcıların faaliyette bulunduğu sektörler genellikle; enerji, maden, su, telekomünikasyon ve altyapı hizmetleri,¹³ gibi milli kalkınma, kamu sağlığı ve kamu düzeni ile son derece yakın irtibatlı olan ve bu sebeple tüm toplum kesimleri için son derece önemli olan ve bu niteliklerinin sonucu olarak ülkedeki idari otoritelerin sıklıkla müdahale edebilmesine açık alanlar olmakta ve bu tür sektörlerde özellikle de kriz, olağanüstü hal, sıkıyönetim gibi zamanlarda devletlerin sık sık müdahalesine rastlanıldığı için, hem ihtilaf çıkma potansiyelinin büyüklüğü hem de yatırımın

¹¹ Şanlı, **a.g.e.**, s. 227 vd. ; Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Bası , İstanbul, 2010, s. 657; Howard Mann, Fiona Marshall, “Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: Good Governance and the Rule of Law: Express Rules for Investor-State Arbitrations Required”, (2006), (Çevrimiçi) http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_uncitral_rules_rrevision.pdf, s.3 vd , 30.01.2012.

¹² Santiago Dussan Laverde, “Analysis of The Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, (Çevrimiçi) <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3733077>, 30.01.2012.

¹³ Howard Mann, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, 2008, (Çevrimiçi) http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf, 30.01.2012 ; Franck, **a.g.e.**, s. 42; Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, 139

büyüklüğü ve öneminden dolayı tahkim tercih edilmektedir. Üçüncü olarak, söz konusu yatırımların büyük finansman kaynakları gerektirmesi sebebi ile finans kuruluşlarının da yatırımın finansmanı için kendi finansmanlarını boşa çıkarmayacak bir uyuşmazlık çözüm mekanizması talep ettikleri ve finansörlük sürecinde bu hususu dikkate aldıkları bir gerçektir¹⁴. Ayrıca gelişmekte olan ülkelerdeki genel yapısal bozuklukların yargıda da olduğu algısı ve yerel hakimlerin söz konusu uyuşmazlığı çözebilecek birikime sahip olmadığı yolundaki algı da uluslararası tahkimin tercih sebepleri arasında ifade edilmektedir¹⁵. Bu sebeplerle uluslararası yatırımlar bağlamında, iki ve çok taraflı yatırım antlaşmaları yoluyla birinci derecede uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim tercih edilmektedir. Bu kapsamda Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları ve Yatırımların Çok Taraflı Korunması Antlaşmaları yoluyla söz konusu ihtiyacın altyapısının sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Her ne kadar çok taraflı yatırım antlaşmaları çeşitli sebeplerle¹⁶ çok fazla imzalanıp, uygulama alanı bulmasa da Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları uygulaması çok yaygın bir hale gelmiş ve bu antlaşmaların uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkeleri olarak bir uluslararası hukuk kaynağı olarak değerlendirilmesi gerektiği fikri savunulmaya başlanmıştır¹⁷.

¹⁴ Dünya Bankasının 1980 ve 90 'larda su ve altyapı hizmetleri ile ilgili olarak, su sektöründe özelleşmeyi geliştirmekte olan ülkelere kredi vermenin bir şartı olarak öngördüğünü ve özelleştirmeye ilişkin antlaşmalarda mutlaka tahkime gidilebilme imkanının olduğunu ifade eden fakat gelişmiş ülkeler bakımından ilgili antlaşmalarda uyuşmazlık çıkması durumunda herhangi bir uluslararası tahkim imkanının söz konusu olmadığını ifade eden bir çalışma için, bkz., Emma Truswell, "Thirst for Profit: Water Privatisation, Investment Law and a Human Right to Water" in **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Edt.: Chester Brown, Kate Miles, Cambridge University Press, 2011.

¹⁵ Laverde, **a.g.e.**, s.110.

¹⁶ Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan, "Do BITS Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", **46 HARV. INT'L L. J.** 67, 2005, 67-130, s. 78.

¹⁷ Salacuse/Sullivan, **a.g.e.**, s.71; Christoph Schreuer with Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair: **The ICSID Convention: A Commentary**, Second Edition, Cambridge University Press, 2009, s. 601 (Schreuer, Commentary). Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının yabancı yatırımları artırma fonksiyonunu gerçekleştirip gerçekleştirmediği hususu her ne kadar tartışmalı bir mesele olsa da söz konusu antlaşmaların sayısının her geçen gün son derece hızlı bir şekilde artması olgusu uluslararası hukukun en önemli trendlerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının yabancı yatırımların artırılması amacının yanında, yatırımların korunması ve piyasaların liberalleştirilmesi gibi amaçlar da taşıdığını ve bu amaçlarını gerçekleştirdiğini ifade eden bir çalışma için bkz. genel olarak Salacuse-Sullivan, **a.g.e.** s. 67 vd. ; Aynı paralelde olarak, söz konusu antlaşmaların yabancı sermaye akışını sağladığını ifade eden başka bir çalışma için bkz.: Eric Neumayer , Laura Spess, "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct

Günümüzdeki anlamıyla ilk olarak 1959 yılında Pakistan ile Almanya arasında imzalanan Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları, Salacuse/Sullivan'ın belirttiği üzere, daha önceki “dostluk, ticaret, denizcilik” (friendship, commerce, navigation) antlaşmalarından farklı olarak, yatırımların yapılmasının kolaylaştırılmasından ziyade yatırımların korunması amacına yönelik olarak akdedilmektedirler¹⁸. Bu antlaşmalar yolu ile devletler söz konusu antlaşmalar uyarınca çıkabilecek uyuşmazlıklardan dolayı uluslararası arenaya yetki tanıyarak, uluslararası tahkim kuruluşlarınca verilecek olan kararların tanınmasına ve etki doğurmasına imkan tanımakta ve böylelikle devlet kavramının vazgeçilmez bir parçası olan egemenlik kavramından belli ölçülerde feragat etmektedirler¹⁹. Çünkü Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının taraflarından birisi genellikle yabancı sermaye ve teknoloji eksikliği gibi alanlarda eksiklikleri olan, gelişmemiş ya da gelişmekte olan bir ülke iken, diğer taraf sermaye ve teknoloji transferi sağlayan gelişmiş dünyanın parçası olan bir ülke olmaktadır ve böylelikle taraflar arasında eşit bir pazarlık gücünden bahsetme imkanı da kalmamaktadır²⁰. Bundan dolayı da aslında iki taraflı bir antlaşma gibi duran antlaşma, uygulamada genellikle sadece bir tarafa karşı hüküm ifade eden bir antlaşma olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu süreçlerin sonunda daha önce de ifade ettiğimiz gibi egemenlik

Investment to Developing Countries?” *World Development*, 33 (10), 2005; Karşı yönde olarak, uluslararası yatırımların tacirler tarafından yapıldığı ve Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının getirdiği çoğu korumanın başka şekillerde de sağlanabileceğini ve özellikle kamulaştırma gibi alanlarda getirdiği korumanın yabancı yatırımcıların tercihleri üzerinde önemli bir etkisi olmadığını iddia eden bir çalışma olarak bkz.: Jason Webb Yackee, “Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence”, *Virginia Journal Of International Law*, Vol. 51:397, 2011; aynı yönde olarak Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları ile yabancı sermaye akışı arasında doğrudan bir ilişki olmadığını, güçlü ekonomik kuruluşlara sahip olmayan, mülkiyet haklarının korunmadığı ülkelerde söz konusu akışın Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları yoluyla sağlanamayacağını ifade eden ve söz konusu antlaşmaların imzalanmasının geniş bir ekonomik reform yerine geçmeyeceğini ifade eden bir çalışma için bkz.: Mary Hallward-Driemeier, Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only A Bit ... And They Could Bite , *World Bank Working Paper* No. 3121, June 2003, (Çevrimiçi) <http://econ.worldbank.org/files/29143-wps312.pdf>, 30.01.2012.

¹⁸Salacuse-Sullivan, *a.g.e.*, s. 71 vd..

¹⁹Uluslararası yatırım tahkiminin devletin gücü ve otoritesi üzerindeki etkilerini inceleyen ayrıntılı bir analiz için bkz.: Tai-Heng Cheng, “Power, Authority and International Investment Law”, *20 Am. U. Int'l L. Rev.*, 465-502, 465.

²⁰Salacuse- Sullivan, *a.g.e.*, s. 77.

gibi ulus devletlerin en önemli değerlerinden birisini oluşturan bir alanda aynı zamanda devletlerin bağımsızlıkların en önemli göstergelerinden olan, egemenlik bağlamında devletten uluslararası aktörlere doğru bir yetki geçişi olmakta ve devletler bu duruma yabancı sermayeyi çekebilmek için katlanmak durumunda kalmaktadırlar.

Uluslararası yatırımların daha önce de belirttiğimiz, ev sahibi devletin müdahalesine son derece açık bir alan olma ve bunun sonucu olarak yabancı yatırımın bu durumdan zarar görme ihtimalinin yüksekliği gibi sebeplerle yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ile sözleşme ilişkisi içerisine girerken son derece dikkatli oldukları ve çok çeşitli yollarla kendi yatırımlarını korumaya çalıştıkları görülmektedir. Bu bağlamda yabancı yatırımcıların ev sahibi devletin mevzuatında meydana gelecek değişikliklerden etkilenmemek için *stabilization klotlar* gibi çarelere sıklıkla başvurdıkları görülmektedir. Devletin yapılan sözleşme uğruna kendi yasal düzenini dondurması anlamına gelen bu klotlar, ev sahibi devletin egemenlik gücünü azaltıcı nitelikler barındırmaktadırlar. Hukuki anlamı ve etkisi konusunda bir görüş birliği olmayan söz konusu klotlara ilişkin olarak; bir görüş, yapılacak değişikliklerin *stabilization klotlarının* ihlali anlamına geleceğini, diğer görüş ise söz konusu *kloza* rağmen, değişiklik yapılmasının mümkün olduğunu fakat söz konusu değişikliğin beraberinde bir tazminat ödeme yükümlülüğü getireceğini ifade etmektedir²¹. Söz konusu klotlar, çeşitli vakalarda karşımıza çıktığı üzere, devletin insan hakları yükümlülüklerinin oldukça genişlediği günümüz hukuk düzeninde, devletlerin insan hakları bağlamındaki yükümlülükleri ile çelişmekte ve çeşitli toplumsal grupların haklarından yatırımcı lehine vazgeçilmesine sebep olmaktadır. Çeşitli kuruluşlar ve akademik çevreler tarafından, bu tür hükümlerin yatırımcıyı sosyal ve çevresel bağlamda meydana gelecek hukuksal değişikliklerden muaf tuttuğu ya da devletin en temel işlevlerinden olan yasama işlevine karşılık olarak tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesinin özellikle devletin

²¹Söz konusu görüşler ve daha fazla bilgi için, bkz.: R. Dolzer, C. Schreuer, **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, 2008, New York, s. 75.

piyasaya müdahale etme durumunun çok daha fazla olduğu gelişmekte olan ülkeler açısından kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir²².

1999-2002 döneminde yaşanan ekonomik kriz bağlamında Arjantin'in yaşadığı tecrübe de uluslararası yatırım tahkiminin meşruiyet, şeffalık, devletin vatandaşlarına karşı olantemel yükümlülükleri gibibirçok yönden sorgulanmasına yol açmıştır²³. Arjantin, ekonomik krize karşı alınan önlemlerden dolayı zarara uğradıklarını iddia eden yatırımcılardan dolayı sadece ICSID önünde 43 tane tahkim yargılamasına muhatap olmuş ve toplamda söz konusu krize karşı alınan önlemlerden dolayı Arjantin aleyhine başlatılan yargılamaların toplam değeri 80 milyar dolara ulaşmıştır²⁴. Tahkim heyetlerinin Arjantin'in akdettiği Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan hükümleri, devletin bu husustaki savunmalarını dikkate almadan yorumlamış olmasından dolayı, Arjantin devlet olarak çok büyük kayıplara maruz kalma riski altına girmiş ve bu durum uluslararası yatırım tahkiminin yeniden sorgulanmasına yol açmıştır. Aynı koşullarda açılan davalarda verilen kararların çelişkili olması, antlaşmalarda yer alan muafiyete ilişkin hükümlerin dar yorumlanması, zorunluluk haline ilişkin savunmanın kabul edilmemiş yahut çok dar yorumlanmış olmasının sonucu olarak, sivil toplum ve doktrin tarafından yatırım tahkimine ilişkin çok ağır eleştiriler yöneltilmeye başlanmıştır²⁵.

²²Bizi de yakından ilgilendiren Bakü-Tiflis-Ceyhan Petrol Boru Hattı antlaşmasının detaylarının projenin büyük ortaklarından BP tarafından projenin sitesinde yayınlanmasının ardından *stabilization klotlar* etrafında yeni tartışmalar ortaya çıkmış ve uluslararası yatırım tahkiminin şeffaflığı ve meşruiyeti ile *stabilization klotların* insan hakları üzerindeki etkisi tekrardan tartışılmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andrea Shemberg, “**Stabilization Clauses and Human Rights**,” A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights March 11, 2008, (Çevrimiçi)

[http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf) , 30.02.2012; Söz konusu projeye ilişkin spesifik bir çalışma olarak, Nezir Akyeşilmen,“(Ir)/Responsibility of Transnational Corporations for Human Rights: The Case of Baku-Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008.

²³ William W.Burke-White, “The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System” , U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 08-01, (January 24, 2008), (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1088837> ya da <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1088837> , 30.02.2012.

²⁴ Burke-White, **a.g.e.**, s.5.

²⁵ Burke-White, **a.g.e.**, genel olarak . Arjantin in gaz sektöründeki yargılamalarda muafiyete ve zorunluluk haline ilişkin ilkelerin doğru uygulandığını, CMS iptal kararında bile heyetin ilk heyetin çoğu gerekçesini

Bu bağlamda CMS v. Arjantin²⁶ davasında ICSID iptal komitesi (Annulment Committee) tarafından verilen sıradışı iptal kararı ve kararın gerekçesinden dolayı, uluslararası yatırım tahkiminin uzun süreden beri daha çok teorik düzeyde süren meşruiyetine ilişkin tartışmalar ciddi bir şekilde alevlenmiş ve bu konudaki sivil toplum kuruluşları, akademik çevreler ve diğer çevrelerden gelen baskı ve talepler sonucunda Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında insan haklarına ilişkin hükümlerin bulunması meselesi, uluslararası yatırım tahkimi süreçlerinin şeffaflaşması ve devletin insan hakları yükümlüğünün yatırım tahkimi bağlamında üstün sayılması gibi hususlar giderek artan oranda ilgi çekmeye ve pozitif düzenlemelere konu olmaya başlamışlardır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının devlet yargısında çözülmesi oldukça sorunlu olmakta ve genellikle devlet yargısından kaçınılmaktadır. Aynı şekilde uyuşmazlıkların klasik uluslar arası ticari tahkim kurumlarında çözülmesi de yatırım uyuşmazlıklarının ayırt edici niteliklerinden dolayı oldukça zordur²⁷. Bir görüşe göre, genellikle özel ticari uyuşmazlıklar için düzenlenmiş bulunan bu kurumlar, şeffaflık, meşruiyet ve hesap verilebilirliğe ilişkin olarak yatırım tahkiminde olması gereken temel kriterleri sağlayamamaktadırlar²⁸. Tarafların her ikisinin de tacir olduğu ve uyuşmazlığın sonucunun sadece tacirlerin malvarlığı değerleri

kabul ettiğini, sistemin meşruiyetine ilişkin ortaya çıkan bu durumun uygulanan usul hukuku ya da antlaşmaların yorumlanması ile ilgili olmayıp, daha ziyade esasa ilişkin hukukun davacılara daha çok hak tanımasından kaynaklandığını ifade eden bir çalışma için, bkz., José E. Alvarez -Kathryn Khamsi, "The Argentine Crisis and Foreign Investors, A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", **The Yearbook on International Law and Policy 2008/2009**, Edited by Karl P. Sauvant, , Oxford University Press, New York, 2009 ; Alvarez-Khamsi'nin çalışmasına tam aksi yönde bir çalışma olarak, William W. Burke-White, Andreas von Staden, "Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations", **The Yale Journal of International Law**, Vol. 35: 283, 2010.

²⁶ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

²⁷Uluslararası yatırım tahkimi ve uluslararası ticari tahkim arasında karşılaştırmalı ve ayrıntılı bir analiz içeren ve farklılıklarla benzerlikleri ayrıntılı bir şekilde ortaya koyan bir çalışma için bkz.:Ataman Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 91 vd. Ayrıca bkz.:Stephan Wilske, Martin Raible, Lars Markert, "International Investment Treaty Arbitration and International Commercial Arbitration – Conceptual Difference Or Only A "Status Thing"?", **1(2) CONTEMP. ASIA ARB. J.** 213, , 2008, (213-235).

²⁸Luke Eric Peterson, "All Roads Lead Out of Rome:Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties", International Sustainable and Ethical Investment Rules Project, (Çevrimiçi) http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_nautilus.pdf ,30.01.2012, s.6, (Peterson, All Roads).

üzerinde bir etkide bulunduğu uluslararası ticari tahkimden farklı olarak, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın taraflarından birisi egemen bir devlet olmakta ve uyuşmazlığın konusunu genellikle söz konusu egemen devletin yaptığı bir idari işlem ya da yasal bir düzenleme oluşturmaktadır. Bu sebeple uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının konusunu egemen devletlerin yaptığı işlemler oluşturmaktadır ve seçilmişlerin yaptıkları işlemlerin denetime tabi tutulması söz konusu olmaktadır²⁹. Devletin kamu politikası amaçlarını gerçekleştirmek için yaptığı işlemler, söz konusu yargılamanın konusu olunca, kendilerine yönelik olarak tesis edilen bir işleme karşı başlatılan yargılama, söz konusu durumda kamuoyunun ilgisini çekmekte ve bu durum beraberinde birçok kompleks sorunu doğurmaktadır. Bu durum kamuoyu üzerinde uluslararası yatırım tahkimi merkezlerince adeta iç hukuktaki idari yargı mantığına paralel olarak bir denetimde bulunulduğu, söz konusu devletin otoritelerinin yaptığı işlemin bir nevi bir yerindelik denetimine tabi tutulduğu gibi bir algı oluşturmaktadır³⁰. Vatandaşların oylarıyla, demokratik usullerle oluşturulmuş yasama organlarının yaptığı bir yasal işlemin ya da söz konusu devletin idari otoritelerin kamu politikası amacına ulaşmak için yaptığı işlemlerin yargılama konusu yapılması, o kamu politikası amacının gerçekleştirilmesinde bir menfaati bulunan geniş halk kitlelerin de, o uyuşmazlığa ilgi duymasına ve o uyuşmazlık üzerinde etkide bulunmak istemesine yol açmaktadır. Söz konusu uyuşmazlığın ulusal değil de uluslararası arenada görülen bir uyuşmazlık olması meselesi de olaya ayrı bir boyut katmakta ve iç hukukta görülen bir uyuşmazlığa çeşitli formlarda müdahalede bulunabilecek şahısların, uluslararası arenada görülen uyuşmazlığa hangi form ve biçimlerde müdahalede bulunabilecekleri meselesi gündeme gelmektedir.

²⁹Patrick Wieland, “Why The Amicus Curiae Institution Is Ill-Suited To Address Indigenous Peoples’ Rights Before Investor-State Arbitration Tribunals: *Glamis Gold* And The Right Of Intervention”, **Trade, Law and Development**, Vol. 3: 334 Fall, 2011, s. 338, (334-366).

³⁰Uluslararası yatırım tahkiminin en iyi kıyaslamasının uluslararası ticari tahkim yerine iç hukuktaki İdare Hukuku ile yapılmasının daha doğru olduğu ve bu uygulaması sonucunda uluslararası yatırım tahkiminin güçlü bir Küresel İdare Hukuku (Global Administrative Law) ortaya çıkardığı fikri ve bunun ayrıntılı bir analizi için bkz., Gus Van Harten, Martin Loughlin, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, **The European Journal of International Law**, Vol. 17, No.1, 2006, (121-150).

Uluslararası yatırım uyuşmazlıkları, ICSID gibi bazı uzmanlaşmış tahkim kurumlarında, diğer uyuşmazlık çözüm yollarından farklı bir şekilde çözülmesine rağmen, uluslararası yatırım tahkimine yönelik eleştirilerin arkası kesilmemiş ve bir çok açıdan geniş kamu menfaati taşıyan bu uyuşmazlıkların bu şekilde çözümlenmemeleri gerektiği ifade edilmiştir. Bu eleştirilerin en başta gelenlerinden bir tanesi, yatırım tahkimi hakemlerinin kamu menfaatini gözönünde bulundurmadıklarını ve aynı zamanda devletin kamu otoritesi faaliyetlerinin yabancılar tarafından ticari teamüller çerçevesinde, kamu menfaati kaygısı olmadan çözümlenmesinin doğru olup olmadığının sorgulanabileceğini ifade eden görüştür³¹. Bu eleştirinin temelinde yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının kamu menfaati taşıdıkları, uyuşmazlık iç hukukta çözülsede idi, hakimlerin kamu menfaati hususunu dikkate alacakları fakat uluslararası arenada hakemlerin böyle bir kaygı gütmenden karar verdikleri varsayımı vardır. Ayrıca her ne kadar ICSID örneğinde olduğu gibi yatırım uyuşmazlıklarının halli için uzmanlaşmış kuruluşlar söz konusu olsa da bu kuruluşlar en nihayetinde uluslararası ticari tahkim esas alınarak oluşturulan ve ticari esaslara göre karar veren kuruluşlar olmaktadır bu eleştiriye göre. Bu sebeple, söz konusu görüşe göre, bu kuruluşlar kamu menfaati ile özel menfaatler arasında bir denge sağlayamamakta, şeffalık, meşruiyet ve hesap verilebilirlik noktalarında eksik kalmaktadırlar³². Ayrıca seçilmiş temsilciler tarafından yapılan işlemlerin, atanma ve seçilme usullerinde halkın hiçbir etkisinin bulunmadığı hakemlerce yargılama konusu yapılmasının günümüzün demokratik teorisi ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşü savunanlar tarafından, buna gerekçe olarak, demokrasinin, vatandaşların kendilerini etkileyecek hususlarda sözsahibi olmalarını gerektiren bir yönetim biçimi olduğu hususu ifade edilmektedir³³. Ayrıca sürecin temel olarak ticari teamüllere dayanmasından dolayı, gizlilik içerisinde cereyan ettiği ve kamuoyuna yargılamada ne yapıldığını anlama fırsatı verilmediği ifade edilmektedir. Bunun sürecin şeffağına gölge düşürdüğü ve dolayısıyla sistemin meşruiyetine gölge düşürdüğü çeşitli sivil

³¹Choudhury, **a.g.e.**, genel olarak. .

³² Peterson, **All Roads**, genel olarak. .

³³Choudhury, **a.g.e.**, s. 780.

toplum kuruluşları, yazılı medya ve akademik çevreler tarafından sıklıkla ifade edilmektedir³⁴.

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız tüm bu gelişmeler yatırım tahkimi, şeffaflık ve insan hakları ilişkilerinin BM bünyesinde de tartışılmasına sebep olmuş ve BM Genel Sekreteri İnsan Hakları Yüksek Temsilcisi tarafından yatırım tahkimi –insan hakları ilişkisi ve şeffaflık, meşruiyet gibi hususlarla alakalı raporlar hazırlanarak Genel Sekretere sunulmuştur³⁵. ICSID ve UNCITRAL gibi kuruluşlar da bu duruma seyirci kalamamış ve gelen toplumsal baskıların önüne geçebilmek için tahkim kurallarında değişikliğe gitme ihtiyacı hissetmişlerdir. ICSID bakımından ilk defa 2003 yılında Aguas del Tunari SA v. Bolivya³⁶ yargılaması sırasında yargılamaya taraf olmayan kişilerin tahkim yargılamasına müdahale etme isteklerinin reddedilmesi ve bunun kamuoyunda uyandırdığı yankı³⁷ üzerine ICSID tahkim kurallarında değişiklikler yapılmak üzere ICSID sekreteryası tarafından çeşitli raporlar hazırlanarak, yapılacak değişikliklere bir yön verilmeye çalışılmıştır³⁸.

³⁴Choudhury, **a.g.e.**, s. 782; Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s.139; “ **The Secret Trade Courts**”, New York Times, September 27, 2004, p.26, col.1; **Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water**, (Çevrimiçi) http://www.ciel.org/Ifi/Bechtel_Lawsuit_12Feb03.html, 30.01.2012, (Secretive World Bank); Wieland, **a.g.e.**, s. 340, (“dark room”).

³⁵“**Human Rights, Trade and Investment. Report of the UN High Commissioner for Human Rights**”, E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2003), (Çevrimiçi) [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/\\$FILE/G0314847.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/$FILE/G0314847.pdf), 30.01.2012.

“**Statement of the UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights, Professor John Ruggie To the UNCITRAL Working Group II**” (Arbitration and Conciliation), 48th session, New York, USA February 4-8, 2008, (Çevrimiçi) www.reports-and-materials.org/Ruggie-statement-UNCITRAL-Feb-2008.pdf, 30.01.2012.

“**Annual Report Of The United Nations High Commissioner For human rights and reports of the office of the United nations high commissioner for human rights And the secretary-general Report of the united nations high commissioner for human rights on the Scope and content of the relevant human rights obligations related to Equitable access to safe drinking water and sanitation under international Human rights instruments**” A/HRC/6/3, 16 August 2007, (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org>, 30.01.2012.

³⁶**Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia** (ICSID Case No. ARB/02/3) (Çevrimiçi) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>, 30.01.2012.

³⁷**Bkz., Secretive World Bank Tribunal**, genel olarak.

³⁸Bu rapor ve öneriler için bkz.: **Working Paper of the ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations** (May 12, 2005), (Çevrimiçi) <http://worldbank.com/icsid/highlights/052405-sgmanual.pdf>, 30.01.2012.; “**Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration: ICSID**

Bunun sonucu olarak 2006 yılında yürürlüğe giren yeni ICSID tahkim kurallarında üçüncü kişilerin müdahale taleplerine belirli ölçülerde karşılık verilmeye çalışılmıştır. Bu durum, sivil toplumun taleplerinin yatırım tahkimi örneğinde ne ölçüde karşılık bulabileceğini göstermesi açısından dikkat çekici bir örnektir.

Üçüncü kişilerin müdahale taleplerinin temelinde yatan mantık, söz konusu uyuşmazlıkta verilecek hükmün uyuşmazlığa taraf olmasalar bile, kendilerini çeşitli açılardan etkileyecek olması ve bu sebeple söz konusu uyuşmazlığa müdahale etmekte kendilerine ait bir menfaat olduğu hususudur. Bilindiği üzere, tahkim taraflar arasındaki bir anlaşmaya dayanır ve sözleşmelerin nispiyeti ilkesi uyarınca sadece bu anlaşmaya taraf olanlar söz konusu yargılamada verilecek hükümle bağliidrlar. Bu sebeple, tahkim yargılamaları kural olarak tahkim anlaşmasının tarafları arasında cereyen eder³⁹. Bu sebeple, söz konusu yargılamalara herhangi bir şekilde, rücu ilişkisi yoluyla dahi olsa taraf olmayan bu kişilerin müdahale taleplerini haklı kılacak bir sebebin olması gerekir. Yatırım uyuşmazlığı neticesinde verilecek olan kararın söz konusu devletin bütçesine getirebileceği maliyet sebebiyle, geniş halk kitleleri kendilerini uyuşmazlıkla ilgili görebildikleri gibi ayrıca yatırım tahkimi sonucunda verilecek olan kararın devletin o sektördeki politikasına yön verici nitelikte olmak gibi sonuçlar doğurması sebebi ile de geniş kitleler kendilerini uyuşmazlıkla alakadar görebilmektedirler. Gerçekten de verilen kararlar sadece maddi olarak büyük miktarlara ulaşmaları ile değil fakat söz konusu ülkedeki yasama, yürütme organlarının daha sonra o alanda yapacağı düzenlemeler üzerinde etki doğurması bakımından da apayrı bir öneme sahiptir. Örneğin, devletin kamu sağlığını korumak için aldığı bir önlemin, yatırımına zarar verdiğini iddia ederek söz konusu devlet aleyhine tahkim yargılaması başlatılma durumunu ele alalım. Bu durumda devletin kamu sağlığını korumak için almış olduğu önlemin yargılama konusu yapılması

Secretariat Discussion Paper” 22 October, 2004, (Çevrimiçi)www.worldbank.org/icsid/improve-arb.htm, 30.01.2012.

³⁹ Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Antlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008, s. 1 vd..

sonucunda verilecek olan karar, ÷lkedeki yasal ve idari otoritelere saēlık politikası hususunda neyin nasıl yapılması gerektiēi hususunda yol gösteren bir karar olacaktır. Bu karar aynı zamanda karardan etkilenme potansiyeli olan yani söz konusu önlemin kendilerini korumak için alındığı kamuoyunun çoēu zaman haberi bile olmadan alınabilecektir. Bu durum daha önce ifade ettiēimiz gibi, bir meşruiyet krizine yol açmakta ve özellikle gelişmekte olan ÷lke vatandaşları arasında yatırım tahkimine olan güven iyice azaltmaktadır. Bunların önüne geçebilmek için, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde daha geniş kitlelerin uyuşmazlıktan haberdar edilmesi ve onlara yargılamaya belli ölçülerde etki etme şansı verilmesi gerektiēi uzun süreden beri ifade edilmektedir. Bunun yolunun ise yargılamanın esasen tarafı olmayan bu geniş halk kitlelerine tarafların ve tahkim heyetlerinin belgelerine ulaşma hakkı verilmesi, duruşmaların halka açık yapılması, söz konusu kişilere sözlü argümanlarda bulunma hakkının verilmesi, kararın yayımlanması ve bu şekilde kamuoyunun karardan haberdar olması sağlanarak, uluslararası toplumun karara karşı ileri sürülebilecek argümanlar konusunda bilgi sahibi olmasının sağlanması ve nihayet söz konusu kişilere tahkim heyetlerine dilekçe sunma hakkı verilmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Nitekim daha önce ifade ettiēimiz *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3) kararından sonra bu hususta giderek artan eleştirilere bir nevi yanıt olarak hazırlanan ICSID çalışma raporları ve belgelerinde bu saydığımız noktalarda deēişiklikler öngör÷lerek, bu noktalarda deēişiklikler yapılması gerektiēi ifade edilmiştir. Böylelikle uluslararası yatırım tahkiminin kurallarının deēişmesi tüm bu saydığımız uluslararası yatırım tahkimin işleyişine yönelik eleştirilerin önüne geçmek için alınabilecek en önemli tedbirlerden birisini oluşturabilecektir. Bu yöndeki çabalar sonuç vermeye başlamış, NAFTA kapsamında gör÷len bazı uyuşmazlıklarda, duruşmalar halka açık hale getirilerek, yargılamanın tarafı olmayan kişilere de tahkim süreçlerinin nasıl işlediğini anlama şansı verilmeye başlanmıştır. Ayrıca ileride ayrıntılı olarak gör÷leceēi üzere başta ABD ve Kanada olmak üzere çeşitli ÷lkelerin yeni model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında insan hakları meselelerine ve bu bağlamda *amicus curiae*

müdahaleye yer verdiklerine rastlanılmaktadır. Tüm bu gelişmelerden ICSID de etkilenmiş ve tahkim kurallarında değişikliklere gitmiş ve yapılan değişikliklerle tahkim yargılamasına taraf olmayan kişilere yargılamaya belli ölçülerde müdahale etme imkanı sağlanmıştır.

Çalışmamız esasen ICSID uygulamasına odaklanacağı için ICSID bakımından 2006 revizyonu ile getirilen konumuz ile ilgili değişikliklere kısaca değinmek gerekir. Kararın yayımlanmasına ilişkin olarak ICSID Tahkim Kuralları (ICSID Arbitration Rules) md. 48/4' te, duruşmalara katılabilme ve sözlü argümanlarda bulunabilme bakımından md. 32/2' de değişiklikler yapılmış ve md. 37'ye, 2. fıkra eklenerek üçüncü kişilerin tahkim heyetine yazılı bildirimde bulunmasına imkan tanınmıştır. *Amicus curiae* müdahale talebinde bulunanlar esasen yargılamaya ilişkin dökümanlara ulaşma, yazılı gönderimde bulunma ve sözlü argümanlarda bulunma hakkı talep ettiklerinden dolayı çalışmamız esasen bu noktalara odaklanacak, bu sebeple daha çok 2006 yılında yürürlüğe giren ICSID Tahkim Kuralları md. 32/2 ve 37/2 inceleme konusu yapılacaktır. Burada dikkat çekilmesi gereken hususlardan bir tanesi de yapılacak değişiklikler üzerinde, NAFTA/UNCITRAL uygulamasının etkisidir. Bu hususa ilişkin hazırlanan tartışma raporunda bu husus net bir şekilde ifade edilmiştir⁴⁰.

Çalışmamızda ICSID özelinde üçüncü kişilerin yatırım tahkiminde tahkime müdahalesi ele alınmaya çalışılacaktır. Buradaki üçüncü kişiden kasıt, somut uyuşmazlığa, rücu ilişkisi yoluyla da olsa, hiçbir şekilde taraf olmayan kişilerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, salt insan hakları hukuku bağlamında tartışılan bir konu olan çok uluslu şirketlere uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ne gibi önlemlerin uygulanması gerektiği hususu (Corporate Social Responsibility) hususu çalışmamızın sınırlarının ötesindedir⁴¹. Çalışmamızda, uluslararası hukukun tekliği

⁴⁰“Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration: ICSID Secretariat Discussion Paper” 22 October, 2004, (Çevrimiçi) www.worldbank.org/icsid/improve-arb.htm , 30.01.2012.

⁴¹Söz konusu şirketlere karşı salt insan hakları ihlali bağlamında uygulanabilecek yaptırımların neler olduğunu, yeni getirilen sistemlerde yatırım tahkimi bakımından çok uluslu şirketlere yönelik Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması ve Çok Taraflı Korunması Antlaşmalarında ne gibi

(unity) ve parçalılığı (fragmentation) ekseninde tartışma konusu yapılan, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında, devletin yatırım dışı sorumluluğuyla sınırlı olarak ve yatırım tahkiminin kapsamına girdiği ölçüde insan hakları hususu üzerinde durulacaktır. Bu çerçeve ile sınırlı olarak, çalışmamızda ilk bölümde öncelikle geniş halk kesimlerinin kaygılarını ifade etme aracı olarak, Roma hukukundan beri bilinen ve daha çok Common Law sisteminde uygulama alanı bulan *amicus curiae* kurumu incelenecek, uygulamasının tarihi arka planına baktıktan sonra, daha sonra ICSID uygulaması üzerindeki etkileri sebebiyle Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ve UNCITRAL uygulamasına kısaca değinilecek, ikinci bölümde ICSID uygulamasında ilk olma özelliği taşıyan ve üçüncü kişilerin müdahalesi alanında örnek kararlar olan vakalar eşliğinde ICSID uygulaması üzerinde durulduktan sonra, üçüncü bölümde müdahaleye zemin oluşturan söz konusu iddiaların neler olabileceği meselesi uluslararası hukukun tekliği ve parçalılığı ve tahkim-insan hakları ilişkisi bağlamında uluslararası hukukun normlar hiyerarşisi ve Uluslararası Hukuk Komisyonunun (International Law Commission) bu doğrultudaki çalışmaları eşliğinde ele alınmaya çalışılarak, devletin yatırım dışı yükümlüklerinin çerçevesi ile devletin düzenleme alanlarının sınırları değerlendirilmeye çalışılacaktır. Son bölümde ise müdahaleye ilişkin olarak esasa ve usule ait bilgilerin derlenmesi sureti ile müdahale kavramı ele alınarak, bu noktadaki üçüncü kişilerin müdahalesine karşıt ve taraftar olan görüşler hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

adımların atılmakta olduğunu ifade eden bir çalışma için bkz., Peter Muchlinski, “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalising World” in **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**, Edt.: Jose Alvarez, and Karl Sauvant , Oxford University Press, New York: 2011,(30-59); ayrıca Todd Weiler, “Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order”, **27 B.C. INT’L & COMP. L. REV.** 429, 2004, (429-452). Ayrıca “**Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts**” Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises A/HRC/4/035, 9 February 2007, (Çevrimiçi), <http://www.unhchr.ch>, 30.01.2012; John Ruggie, **Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises**, U.N. Doc. E/CN.4/2006/97 (2006), (Çevrimiçi), <http://www.unhchr.ch>, 30.01.2012.

I.GENEL OLARAK AMICUS CURIAE KURUMU ve BAZI ULUSLARARASI MAHKEME VE TAHKİM UYGULAMALARINDA AMICUS CURIAE KURUMU

A. GENEL OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MÜDAHALESİ KAVRAMI ve YATIRIM TAHKİMİNDE KURUMA DUYULAN İHTİYAÇ

Giriş bölümünde de ifade etmeye çalıştığımız üzere, uluslararası yatırım uyuşmazlıkları uluslararası ticari tahkim uyuşmazlıklarından farklı olarak, konu itibarıyla kamu menfaati taşımaktadırlar ve bunun sonucu olarak da daha kompleks uyuşmazlıklar olarak karşımıza çıkmakta ve bu sebeple klasik ticari tahkim uyuşmazlıklarının ötesinde yeni ve farklı sorunlar gündeme getirmektedirler. Bu sebeplerle hem yargılamayı yapıp, bir sonuca bağlayacak olan ve çoğu zaman söz konusu alandaki uyuşmazlığın direkt olarak uzmanı olmayan ve söz konusu uyuşmazlığın vuku bulduğu coğrafya ile de doğrudan bir ilişkisi bulunmayan hakemlere, mesele hakkındaki görüş, bilgi ve uzmanlıkları ile katkıda bulunabilecek, daha doğru, daha adil bir kararın ortaya çıkmasını sağlayabilecek ve söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak kamuoyunun kaygılarını dile getirecek kişilerin yatırım tahkimine müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum aynı zamanda meşruiyete ilişkin yapılan tartışmaları ve yatırım tahkimi heyetlerinin toplumsal kaygıları göz önünde bulundurmadan hareket ettiğine ilişkin algıları da en aza indirecektir. *Amicus curiae* başvuruda bulunan başvuruçuların getireceği bakış açıları, taraflarca ileri sürülmemiş hususların da ileri sürülmesini sağlayarak, heyete bu hususları da göz önünde bulundurmasını ve yargılama geniş kitlelere açıldığı için daha dikkatli davranarak daha doğru, daha adil ve daha kaliteli bir karar vermesini sağlayacaktır. Bu vesileyle, kararların çelişkili olmasının da önüne geçilebilecektir. Kararların geniş kesimlere açılmasından dolayı, daha sonraki heyetler ve geniş halk kitlelerinin uyuşmazlığı takip etmesi sonraki heyetlere çelişkili kararlara varmama konusunda uyarıcı bir etkide bulunacaktır böylelikle. *Amicus curiae* müdahalenin kabul edildiği bir yargılamada verilecek olan kararın meşruiyeti artacak ve

kararın kabulü ve dolayısıyla meşruiyeti artacaktır⁴². Her ne kadar ileride de üzerinde duracağımız üzere, taraflara ekstra masraf yükleme ve uyuşmazlığın uzamasına sebep olabilme, yargılamanın gizliliğini azaltarak, tarafların tahkim yargılamalarından beklentilerini azaltma gibi etkileri olsa da, bunlar mutlak değildir ve heyet vereceği kararlarla bu hususun önüne geçebilir. Ayrıca söz konusu dezavantajlar, yargılamaya katılmanın beraberinde getireceği avantajlar göz önünde bulundurulduğunda, tolere edilebilecek sınırlar içerisinde kalmaktadır.

B.AMICUS CURIAE, KAVRAM ve TARİHİ GELİŞİMİ

Amicus curiae, Latince kökenli bir kelime olup, kelime anlamı olarak mahkeme arkadaşı, mahkeme yardımcısı (friends of court) gibi anlamlara gelmektedir⁴³. **Black Law Dictionary**'de şu şekilde tanımlanmaktadır⁴⁴: “*Uyuşmazlık ile ilgili olarak, güçlü bir menfaaat sahibi olan, görünüşte taraflardan biri adına müdahale etme talebinde bulunan fakat aslında kendi görüş ve bakış açısıyla müdahalede bulunabilmek için mahkemeden izin talebinde bulunan kişidir*”. Ayrıca yine **Bouvier’s Law Dictionary**'de benzer şekilde olarak şu şekilde tanımlanmaktadır kavram⁴⁵: “*Hakimin şüpheli ve hatalı olduğu durumlarda mahkemeyi bilgilendirebilme imkanına sahip olan kişidir*”. **Kinney** ise şu şekilde tanımlamaktadır⁴⁶: “*Mahkemeye belli bir hususta bilgi sunan kişidir. Bu kişiler, mahkemenin gözden kaçırdığı belli bir hususu mahkemeye sunan uyuşmazlıkla doğrudan alakalı olmayan kişiler olabileceği gibi, kimi zamanda menfaat sahibi bu menfaatini korumak için müdahalede bulunan kişiler olabilir*”. Bir kavramı tanımlarken onun ne olduğu kadar ne olmadığına anlaşılmaması da kavramı

⁴²Daniel Barstow Magraw, Niranjali Manel Amerasinghe, “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”, **ILSA Journal of International & Comparative Law**, Vol. 15:2 2009, s. 350.

⁴³**Black’s Law Dictionary**, Fifth Edition , West Publishing Company, 2004, s. 75.; **Bouvier’s Law Dictionary**, Second Edition, New Jersey, 2004, s. 106.; J. Kendrick Kinney, **Law Dictionary and Glossary**, Colorado , 1987 . s. 46

⁴⁴**Black’s Law Dictionary**, s. 75.

⁴⁵**Bouvier’s Law Dictionary**, s.106.

⁴⁶Kinney, **a.g.e.**, s. 46.

anlayabilmek için önemli bir ölçüdür. Covey⁴⁷, *amicus curiae*'nin ne olduğu anlaşılmadan önce ne olmadığına anlaşılmaması gerektiği hususunu şu şekilde ifade etmektedir: “*Amicus curiae taraf değildir, bu sebeple de verilecek olan hükümle bağlı değildir. Amicus curiae mahkemenin bir kuruluşu, organı değildir ve amicus curiae müdahil (intervener) değildir. Çünkü müdahil ortaya çıkacak hüküm ile bağlıdır, fakat amicus curiae ortaya çıkacak hükümle bağlı değildir ve amicus curiae müdahale için direkt bir menfaatin olması gerekmez.*”

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan ICSID uygulamasında *amicus curiae* uygulamasına baktığımızda, *amicus curiae* 'nin bir Common Law kurumu olması ve özellikle de ABD’de yaygın ve geniş bir uygulamasının bulunması sebebiyle, ICSID uygulamasının da dolayısı ile Common Law uygulamasından aktarıldığı ve özellikle de ABD uygulaması tarafından şekillendirildiği görülecektir. Bu durum Civil Law sistemindeki ülkeler tarafından, DTÖ ve NAFTA/UNCITRAL uygulaması bakımından çeşitli defalar tartışma konusu yapılmış ve bu durumun Civil Law sistemindeki ülkeler açısından dezavantaj doğurduğu ifade edilerek, *amicus curiae* müdahaleye karşı çıkmıştır. Öyle ki çalışmamızın ileriki safhalarında göreceğimiz üzere, DTÖ uygulaması bakımından *amicus curiae* müdahaleye karşı çıkan ülkelerin itirazlarının ana eksenini söz konusu kurumun ve dolayısıyla bu müdahale sisteminin kendi hukuk sistemlerinde bilinmediği ya da çok az bilindiği ve başta ABD olmak üzere Common Law ülkelerinin bu alanda büyük bir tecrübeye sahip oldukları ve bu başvuruların kabulünün kendileri için büyük bir dezavantaj oluşturacağı noktasında yapılan eleştiriler oluşturmaktadır. Yine aynı şekilde ileride göreceğimiz üzere, Meksika’nın NAFTA (Chapter 11) kapsamında görülen uyuşmazlıklarda UNCITRAL heyetleri önünde *amicus curiae* müdahaleye karşı çıkmasının en önemli sebeplerinden birisi de yine *amicus curiae*’lerin Kanada ve ABD uygulamasında iyi bilindikleri ve bunun kendi hukuk sistemi tarafından bilinmemesi sebebiyle, *amicus curiae* müdahalenin kabulünün kendisi için önemli bir dezavantaj oluşturacağı yolundaki argümandır. Bu sebeple *amicus curiae* müdahale

⁴⁷Frank M. Covey, “: Friend Of The Court”, **9 DePaul L. Rev.**, 30, 1959-1960, s. 31 vd..

hakkında bundan sonra yapılacak açıklamalarda, genel olarak Amerikan uygulaması esas alınacak ve Amerikan literatüründen daha çok yararlanılacaktır.

Amerikan hukuku bakımından *amicus curiae* başvurular Federal Rules of Appellate Procedure md. 29'da "Brief of an *Amicus Curiae*" başlığı altında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. *Amicus curiae* müdahale için ne zaman izin gerektiği, ne zaman gerekmediği, *amicus curiae* müdahaleye esas oluşturan hususların neler olabileceği, müdahalenin içerik ve şeklinin nasıl olması gerektiği, dilekçelerin uzunluğu, zaman olarak ne zaman yapılabileceği, yanıt dilekçesi verip veremeyeceği ve sözlü argümanlarda bulunup bulunamayacağı gibi meseleler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hususlardan herbirine ileride yeri geldiği ölçüde değinilecektir.

Tarihsel olarak bakıldığı zaman, kurumun Roma hukukundan beri bilinen bir kurum olduğu, 14. yüzyıla ait eserlerde *amicus curiae*'lerden bahsedildiği⁴⁸, Roma hukukundan da İngiliz hukukuna geçtiği ve 17. yüzyıl uygulamasında *amicus curiae*'lere atıf yapıldığı görülecektir⁴⁹. Söz konusu ilk İngiliz uygulamasında *amicus curiae*'lerin hem özel şahıslar hem de resmi şahıslar olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. Angell, hem İngiliz hem de Amerikan sisteminde ortaya çıkış bakımından her iki sistemde de başsavcılık kurumunun devletin menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda söz konusu uyuşmazlıklara müdahale etmeye başlamasıyla sürecin başladığını ifade etmektedir⁵⁰. Genel uygulamanın tarih içindeki seyrine bakıldığı zaman *amicus curiae*'lerin değişik kategorilerde karşımıza çıktığı görülmektedir. Angell⁵¹, ilk olarak hükümet ya da devlet organlarının ve yerel yönetimlerin temsilcilerinin karşımıza *amicus curiae*'ler olarak çıktığını, ikinci olarak, işverenler, ticari birlikler, işçi birlikleri, barolar gibi çeşitli özel kuruluşların karşımıza *amicus curiae*'ler olarak çıktığını, belli bir alanda faaliyet gösteren bireysel kişilerin de bu kategori içinde mütâala edilebileceğini, daha sonra geniş

⁴⁸Covey, age., s. 34.

⁴⁹ Ernest Angell, "The American Development of English Institutions", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 16, No. 4, 1967 ,s., 1018.

⁵⁰Angell, **a.g.e.**, s. 1018.

⁵¹Angell, **a.g.e.**, s. 1019.

kamu menfaati ile hareket eden sivil toplum kuruluşları (NGOs), kiliseler, azınlık grupları ve özgürlük grupları gibi değişik grupların *amicus curiae* olarak karşımıza çıktığını ifade ediyor.

Amicus curiae kurumunun Common Law sisteminde bu denli gelişmesinin önemli bir sebebi olarak Common Law sisteminin üçüncü kişilere müdahale (intervention) şansını son derece zor şartlar altında tanımış olması gösterilmektedir⁵². Krislov, kurumun Common Law sisteminin yargılama sistemindeki bazı zorlukları için kullanılan bir araç olduğunu ifade ediyor. Yazar, kurumun ABD’de federal sistem tarafından ortaya çıkarılan bazı kompleks menfaat durumlarında ve hükümet menfaatleri bakımından sıklıkla kullanıldığını ifade ediyor⁵³. Benzer bir yaklaşımla Lowman⁵⁴, kurumun Common Law sisteminde kabul görmesinin ve bu şekilde yaygınlaşmasının sebebinin Common Law sisteminin iki taraflı yargılama prensibinin, üçüncü kişilerin müdahalesini zorlaştıran düzenlemesinin yarattığı zorlukları aşmak olduğunu ifade ediyor. Bu şekilde *amicus curiae*’lerin, üçüncü kişilerin Common Law yargılama sistemi tarafından ihmal edilen müdahale imkanlarını sağlama aracı olarak, mahkemelerce tanındığını ifade ediyor. Buna karşılık Fransa ve diğer Civil Law ülkelerinde müdahale son derece geniş haklar tanındığı ve müdail olarak yargılamaya etki etmenin bu denli zor olmadığı vurgulanmıştır⁵⁵. Tarihsel uygulamaya bakıldığında zaman, başvuruların kabulü, mahkemelerin kendi önlerindeki uyumsuzluğun usulünü belirleme hakkına ilişkin ilkedden doğmuştur. Çünkü mahkemeler bu meseleyi usule ait bir mesele olarak ele almışlar ve önlerindeki yargılamada usule karar verme haklarının olduğunu ifade etmişlerdir. Tarihsel uygulamaya bakıldığında zaman mahkemelerin başvuruları genellikle olumlu karşıladıkları, çünkü *amicus curiae* başvuruların mahkemenin

⁵²D. Shelton, “The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *The American Journal of International Law*, Vol. 88:611 1994.

⁵³Samuel Krislov, “The Brief: From Friendship To Advocacy”, *The Yale Law Journal*, Vol., 72: 1963, s. 720.

⁵⁴ Michael K. Lowman, “The Litigating : When Does The Party Begin After The Friends Leave?”, *The American University Law Review* [Vol. 41:1243 1992] , s. 1248.

⁵⁵Shelton, a.y..

hatadan kaçınmasına önlemeye yönelik bir girişim olarak algılandığı ifade edilmektedir⁵⁶. Tarihsel uygulamasına bakıldığında zaman, *amicus curiae* müdahale taraflar için bir hak olmaktan ziyade mahkemenin takdir yetkisinde olan bir durum olarak ele alınmıştır. İleride ICSID ve UNCITRAL uygulamasında verilen kararları incelerken de göreceğimiz üzere, heyetler genellikle davalılar tarafından yapılan itirazların önüne geçebilmek için, bu hususa sürekli vurgu yapma gereği duymuşlardır. Mahkeme ve heyetlerin takdir yetkisinin her olayda farklı yönde değişebilirliğine bağlı olarak, mahkemeler *amicus curiae*'nin kesin ve net bir tanımını yapmaktan kaçınarak, katılma şartları konusunda da net kriterler ortaya koymaktan kaçınmışlardır. Krislov, ileride ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere, her ne kadar kurumun doğasında mahkemeye bilgi verme ve bu şekilde mahkemenin doğru karara varmasını sağlama gibi nötr amaçlar ve bundan dolayı bir tarafsızlık varsa da, bunun zamanla değişime uğrayarak, kurumun taraftarlığa ve savunuculuğa dönüştüğünü ifade ediyor⁵⁷. Aynı şekilde Lowman⁵⁸ da mahkemelerin esnek bir yaklaşım sergileyerek, kurumun yaygınlaşmasına uygun bir zemin hazırladıklarını ve bu esneklikten dolayı da kesin bir tanım yapmaktan kaçındıklarını ifade ediyor ve kurumun adalet sisteminin ortaya çıkardığı bazı sakıncalı durumları ortadan kaldırmak için kullanılan bir araç olarak kullanıldığını ifade ediyor. Lowman⁵⁹, kurumun fonksiyonları bakımından; Roma döneminde *amicus curiae*'lerin mahkemenin uzmanlığının dışında olan konularda mahkemeye bilgi vermek gibi roller ifa ettiğini, daha sonra İngiliz hukukunda küçükler adına yargılamaya müdahale etmek gibi roller ifa ettiğini, İngiliz uygulamasının daha sonra tüm Common Law mahkemeleri tarafından benimsendiğini ve mahkemelerin hatalardan kaçınma yolu olarak *amicus curiae*'lerden yardım istediğini ifade etmektedir.

⁵⁶ Krislov, **a.g.e.**, s. 695; Shelton, **a.g.e.**, s.617. Mahkemelerin hangi başvuruları kabul etmeleri gerektiğini ve bunun için getirilen kriterlerin neler olduğunu anlamak için bkz. Shelton, **a.g.e.**, s. 618.

⁵⁷ Krislov, **a.g.e.**, s. 695 vd..

⁵⁸ Lowman, **a.g.e.**, s.1248.

⁵⁹ Lowman, **a.g.e.**, 1249 vd..

ICSID uygulaması üzerindeki etkisi ve oldukça geniş uygulaması sebebiyle Amerikan hukukunda *amicus curiae* uygulamasına ve etkisine de kısaca değinmek gerekir. Kurum, Amerikan uygulaması bakımından genellikle temyiz aşaması ile ilgili bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan uygulaması bakımından Supreme Court önüne gelen uyuşmazlıkların nerede ise %90'ına yakınında *amicus curiae*'lerin başvurularda eşlik ettiği ve kurumun tarafsızlık rolünden sıyrılarak taraftarlığa doğru bir role büründüğü ifade edilmektedir⁶⁰. Collins, *amicus curiae*'lerin etkisinin ölçülmesinin, yapılan araştırmaların teknik sebeplerle net bir tablo ortaya koyamaması sebebiyle tam olarak bilinemediğini fakat maddi değeri büyük ya da başka açılardan önemli (salient) addedilebilecek davalarda daha çok başvuru olmasına rağmen bu tür davalarda hakimlerin başvurulara daha az önem verdiğini ifade etmektedir⁶¹. Amerikan uygulaması bakımından üzerinde durulması gereken başka bir nokta ise Lowman'ın da belirttiği üzere Amerikan uygulamasında, *amicus curiae*'lerin geleneksel rollerini aşarak sözlü argümanlarda bulunma, delil ikame etme, şahitleri inceleme ve taraflarla birlikte hükmü temyiz etme gibi haklara sahip olabilmeleri hususudur⁶². Hedman, Supreme Court uygulaması bakımından, güçlü çıkar gruplarının *amicus curiae* kurumunu uyuşmazlığa doğrudan müdahale etme yerine bir taktik araç olarak kullandıklarını ve ayrıca taraflar rıza göstermese bile olayların %90'ına yakın bir kısmında *amicus curiae* müdahaleye izin verildiğini ifade etmektedir. Yazar, bu durumun mahkemelerin kararlarını daha iyi temellendirebilme ve meseleye tam olarak hakim olabilme arzularından kaynaklandığını ifade etmektedir⁶³. Yazar, birden fazla uyuşmazlıkta başvuruda bulunan başvurulardan başarı şanslarının daha fazla olduklarını, başvuru sayısının fazla olmasının o alandaki uzmanlıklarının ve o alandaki özel bilgilerinin bir

⁶⁰ Paul M. Collins , “Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Briefs“, **Political Research Quarterly**, Volume 60, Number 1, March 2007, s. 55.

⁶¹Collins, **a.g.e.**,s.60.

⁶² Lowman, **a.g.e.**, s. 1247.

⁶³ Susan Hedman, “Friends of the Earth and Friends of the Court: Assessing the Impact of Interest Group Amici Curiae In Environmental Cases Decided By The Supreme Court”, **VirginiaEnvironmental Law Journal**, Vol. 10: 187 (187-212) 1991, s 188 vd..

göstergesi olarak algılandığını ve bu tür başvuruçuların Supreme Court tarafından alıntılanma şanslarının çok daha fazla olduğunu ifade etmektedir⁶⁴.

C. ULUSLARARASI ARENADA AMICUS CURIAE KURUMU ve BENZER KURUMLARDAN FARKI

Amicus curiae'ler özellikle uluslararası kamu hukuku bağlamında çok uzun süreden beri uluslararası arenada faaliyette bulunmakta ve önemli roller ifa etmektedirler. Uluslararası arenaya bakıldığı zaman *amicus curiae*'lerin özellikle son iki yüzyılda son derece aktif roller üstlendikleri ve uluslararası arenada birer *amicus curiae* olarak sivil toplum kuruluşlarının başta sosyal kalkınma ve çevre gibi alanlar olmak üzere aktif roller üstlendikleri, ayrıca özellikle hükümetler arası ilişkilerin gelişmesi ile barışın sağlanmasında uzun süreden beri rol oynadıkları görülecektir⁶⁵. Bilindiği üzere, genel olarak uluslararası uyuşmazlıklar sadece uyuşmazlığın taraflarını bağlamasına rağmen, her bir uyuşmazlık sonucunda verilen karar uluslararası hukukun oluşmasında da rol oynamakta ve uluslararası aktörlerin hak ve yükümlülüklerinin şekillenmesinde böylelikle rol oynamaktadır⁶⁶. Bu sebeplerle uluslararası mahkeme ve heyetlerin yargılama kurallarında, özellikle kamu menfaati taşıyan durumlarda üçüncü kişilerin müdahale etmesine olanak tanıyan kurallara rastlanılmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişilerin uluslararası arenada geniş halk kitlelerinin ilgisine de açık olan uyuşmazlıklarda hangi form ve şekillerde müdahalede bulunabilecekleri meselesi önem kazanmaktadır. *Amicus curiae*'nin tercih sebepleri ve kuruma neden ihtiyaç duyulabileceğine geçmeden önce, onu benzer kurumlardan ayıran farklılıklara bakmak gerekir.

Amicus curiae, müdahillik (intervention) kurumu ile benzerlikler göstermektedir. İki kurum arasındaki ayırt edici unsurlar olarak şunları zikredebiliiriz: Müdahil, yargılamada kendi hakkını savunurken, *amicus curiae*'ler

⁶⁴Hedman, a.y..

⁶⁵NGO'ların uluslararası alandaki rolünü ayrıntılı bir şekilde açıklayan bir çalışma için bkz.: Steve Charnovitz, "Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance", **Michigan Journal of International Law**, Vol. 18:183,1997.

⁶⁶Shelton,a.g.e., s. 641.

geniş halk kitlelerinin menfaatine olarak katılma talebinde bulunmaktadırlar. Bir başka farklılık olarak ise, *amicus curiae*’nin uyuşmazlığa müdahale edebilmesi için, müdahil (intervener) kadar bir menfaat gerekmemesi hususu zikredilebilir. Müdahillik, genellikle yargılamanın sonucundan doğrudan etkilenen ve bu yargılama sonucunda kendisine karşı hukuksal olarak bir işlem başlatılabilecek olan kişiler için uygun olan bir kategori olmaktadır. *Amicus curiae*’ler bakımından ise böyle bir durum söz konusu değildir. *Amicus curiae*, uyuşmazlığın sonucundan etkilenmesine rağmen, bu etkilenme doğrudan olmamakta, daha çok dolaylı yollardan bir etkilenmeden bahsetme imkanı olmaktadır. Willmott-White-Cooper⁶⁷ tarafından da ifade edildiği gibi:“Müdahil, taraftır ve taraflarla aynı haklara sahiptir ve bu sebeple temyize götürme, delil ikame etme ve şahitleri inceleme gibi imkanlara sahiptir. *Amicus curiae*’ler ise mahkemeye kararına doğru bir şekilde ulaşması için yardımcı olan kişileri ifade eder. *Amicus curiae*’lerin rolü mahkemeye hukuksal sorun hakkında tarafsız bilgi vermektir. *Amicus curiae* taraf değildir ve tarafın sahip olduğu çapraz sorgulama gibi klasik haklara sahip değildir. Taraf olmadığı için de mahkemenin kararı hukuken onu bağlamaz, *amicus curiae*’lerin geleneksel olarak sınırlı bir rolleri olmasına rağmen, bu rol mahkemelerin takdir yetkisine bağlı olarak genişleyebilir”⁶⁸.

Amicus curiae müdahalenin, yukarıda anlatmaya çalıştığımız farklılıklarından kaynaklı olarak, şu noktalarda diğer müdahale yollarından daha avantajlı olduğunu ifade edebiliriz⁶⁹:

-Taraflar gibi temyiz, delil ikame etme gibi haklara sahip olmamasının sonucu olarak, uyuşmazlığı bir başka uyuşmazlıkta tartışmaktan daha az maliyetli ve daha az zaman alıcı olduğunu ifade edebiliriz.

⁶⁷Lindy Willmott, Ben White, Donna Cooper, “Interveners or Interferers: Intervention in Decisions to Withhold and Withdraw Life-Sustaining Medical Treatment”, **Sydney Law Review**, Vol 27: 597, 2005.

⁶⁸Willmott- White- Cooper, **a.y.**

⁶⁹Shelton, **a.g.e.**, s. 611.

-*Amicus curiae*'lerin sunacakları uzmanlık gerektiren bilgiler ve teknik bilgilerle mahkemenin/heyetin daha doğru ve adil bir karara ulaşması kolaylaştırılmış olmakta ve tarafların bu noktadaki yükleri hafiflemektedir.

-*Amicus curiae*'ler, taraf olmadığı için verilen kararlarla bağlı değildirler ve verilecek karar onların başka bir forumda dava açmalarını engellemez. Bu sebeple, *amicus curiae*'ler şartları varsa başka bir forumda dava açma imkanına sahiptirler.

-Şahit ve uzmanlardan farklı olarak mahkemede gündeme gelebilecek herhangi bir meseleyi gündeme getirebilmeleri, tarafların dilekçeleri ve kendilerine sorulan sorularla bağlı olmamaları sebebiyle, *amicus curiae*'ler teknik ve uzmanlık gerektiren bilginin sahipleri olarak o mesele ile alakalı olarak uygun gördükleri her hususu dile getirme imkanına sahiptirler.

Amicus curiae müdahalelerin diğer müdahale yöntemlerine nazaran dezavantajlarını ise şu şekilde sıralayabiliriz⁷⁰:

-*Amicus curiae*'ler, taraflar gibi yargılamayı yönlendirememeleri sebebiyle çoğu zaman karar üzerinde etkili olamama riski ile karşı karşıyadırlar.

-Genellikle yargılamadaki dökümanlara ulaşamamaları sebebiyle, bu durumun sonucu olarak, iyi bir bilgilendirme yapamama riski ile karşı karşıyadırlar.

-Delil ileri sürememeleri, şahitleri inceleyememeleri, şahitleri çapraz sorguya tutamamaları sebebiyle, sınırlı bir rolleri olmaktadır.

-Genellikle heyetin iznine bağlı olarak yargılamaya katılabilmeleri sebebiyle, ancak heyetin izin vermesi durumunda yargılamaya müdahale edebilmektedirler.

-Tarafların aksine, herhangi bir tazminat ya da ücrete hak kazanamamaları sebebiyle, yargılamaya katılmanın maliyetleri göz önünde bulundurulduğunda, bu durum da ciddi bir sorun teşkil edebilecektir.

⁷⁰ Shelton, a.g.e., s. 612.

Uluslararası arenada *amicus curiae*'ler özellikle uluslararası hukuk (international public law) bakımından yukarıda da ifade ettiğimiz gibi çok uzun süreden beri rol oynamakla beraber, uluslararası yatırım tahkimi bakımından *amicus curiae*'lerin uluslararası alanda boy göstermesi meselesi çok fazla geçmişi olmayan bir meseledir. Buna sebep olarak tahkimin gizliliği prensibi gösterilmektedir⁷¹. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, tahkim çoğu zaman sırf gizlilik ve süratinden dolayı tercih edilmektedir. *Amicus curiae*'lerin tahkimin tercih sebeplerinin ortadan kaldırılabileceğine ilişkin olarak duyulan korkuların etkisiyle, uzun bir süre *amicus curiae*'ler uluslararası yatırım tahkiminde boy gösterememişlerdir. Diğer müdahale yolları ile karşılaştırmalı olarak incelendiği zaman *amicus curiae* müdahalenin, dezavantajlarının daha fazla olduğu iddia edilebilecektir. Fakat kurumu asıl ilginç ve önemli kılan husus özellikle uluslararası tahkim açısından bakıldığında, tahkim kurumlarının statülerinde üçüncü kişilere tanınan tek müdahale yolunun bu olduğu gerçeğidir⁷². Öyle ki bu durum dahi daha yeni yeni yerleşmekte, uluslararası yatırım tahkimi bakımından bu kurallar her ne kadar oturmaya başlamış denilebilirse de uluslararası ticari tahkim bakımından hala durum *amicus curiae* müdahale düzeyinde de olsa açıklığa kavuşmamıştır. *Amicus curiae* müdahalelerin önemi ve gerekliliği meseleleri ileride ayrıntılı olarak analiz edileceği üzere, özellikle devletlerin taraf olarak yer aldığı uyuşmazlıklarda devletlerin değişik sebeplerle uluslararası arenada yargılamaya ilişkin bazı hususları dile getirmekten kaçınabilecekleri hususu göz önünde bulundurulduğu zaman daha iyi anlaşılabilir. Bu durum tüm yargılamalarda rastlanılabilecek bir durumdur. Herhangi bir uyuşmazlıkta bir taraf her zaman için değişik saiklerle, farkında olduğu bazı meseleleri gündeme getirmekten kaçınabilir. Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında bu durumun devlet tarafından yapılması durumu, *amicus curiae* müdahalenin en önemli sebeplerinden birisini oluşturmaktadır. Kamu menfaati taşıyan bir uyuşmazlıkta, belirli hususların

⁷¹Alexis Mourre, "Are Amici Curiae The Proper Response To The Public's Concerns On Transparency In Investment Arbitration?": **The Law And Practice Of International Courts And Tribunals**5: 2006, s.260.

⁷²Shelton, **a.g.e.**, s. 612.

dile getirilmesinin şu veya bu gerekçeyle devlet tarafından ihmal edilmiş ya da dile getirilmemiş olması, özellikle uyuşmazlığın tarafı olan devletin vatandaşlarına sözkonusu uyuşmazlığa müdahale için uygun bir zemin sağlamaktadır. Devletin yargılamada bazı argümanları ileri sürmemesinin değişik sebepleri olabilir. Bu sebepler değişik şekillerde karşımıza çıkabilir⁷³:

-Devletin o uyuşmazlıktaki yargılama stratejisine bağlı olarak yargılama stratejisinin böyle bir şey yapmaya mecbur edebilmesi,

-Devletin yargılamanın diğer tarafının somut bir davranışı hakkında kendisinin delil bulmasının imkansız olduğunu düşünmesi,

-Devletin o alanda yeteri kadar kaynağı ve uzmanlığının olmaması,

-Devletin insan hakları gibi meseleleri ileri sürmesinin tahkim gibi uzlaşmaya ve müzakereye açık bir süreci baltalayarak, aralarındaki uyuşmazlığı daha da derinleştireceğini düşünmesi,

-Devletin, örneğin su hakkı gibi bir hakkı ileri sürerek, kendisi için vatandaşlarına karşı yeni yükümlükler oluşturmak istememesi.

Amicus curiae`lerin genel olarak giderek daha çok ilgi görmesinin sebebi olarak, artan işyükü sebebiyle hakimlerin yeterli araştırmayı yapamamaları, yargılama stratejisinden dolayı tarafların bazı argümanları ileri sürmekten kaçınmaları ve bu durumların mahkemeye olan güveni azaltmasının önüne geçme çabasının olduğunu söyleyebiliriz⁷⁴. Gerçekten de daha sonra ICSID uygulaması kapsamında kabul kararı verirken heyetlerin üzerinde durduğu gerekçeler kısmında da görüleceği üzere, her ne kadar *amicus curiae*`lerin rolü zamanla tarafsızlıktan taraftarlığa doğru bir evrim göstermiş olsa da, *amicus curiae*`lerin asıl rolünün mahkemeye olay hakkında uzmanlık gerektiren bilgisini ve o alandaki birikimini aktarmak olduğu, böylelikle mahkemeye doğru karara varma sürecinde yardımcı olmak olduğu görülecektir. Bu sebeple dava değerlerinin büyük meblağlara ulaştığı

⁷³Shelton, **a.g. e.**, s. 614.

⁷⁴Shelton, **a.g. e.**, s.616.

ve verilen kararın o sektörün düzenlenmesi üzerinde önemli etkisinin olduğu uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında, geniş halk kitlelerinin olaya müdahil olmak istediği durumlarda heyetlerin hem daha geniş kesimlerin olay hakkındaki görüşlerini almak hem de üzerlerindeki baskıyı azaltarak, verilecek olan kararın üzerlerinde kuracağı baskıyı yaymak ve daha adil bir karara ulaşabilmek için *amicus curiae* müdahalenin kabulü yönünde kararlar vermesi olgusu karşımıza çıkmaktadır.

D.DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ UYGULAMASINDA AMICUS CURIAE

Hemen ifade etmek gerekir ki, DTÖ uygulaması kapsamında *amicus curiae* uygulaması anlatılırken, DTÖ'nün karmaşık ve kompleks uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına girilmeyecek, DTÖ uygulaması kapsamında ortaya çıkan prensiplere değinilmekle yetinilecektir. DTÖ'nün uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını anlatmak ya da vaka vaka *amicus curiae* uygulaması üzerinde durmak bu çalışmanın sınırlarının ötesindedir. Bilindiği üzere, DTÖ uluslararası ticaretin önündeki engelleri azaltmak ve açık ekonomiler sağlamak amacıyla kurulan ve üye ülkeler arasındaki hukuksal sorunları çözüme bağlayacak uyuşmazlık çözüm mekanizmaları da olan bir örgüttür. DTÖ'nün uyuşmazlık çözüm mekanizması, Panel ve Temyiz Mercii'nden (Appellate Body) oluşmaktadır. DTÖ bakımından uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkin olarak, Dispute Settlement Understanding (DSU) yol gösterici bir rol oynamaktadır. DSU md. 13'e göre, Panel uygun olduğunu düşündüğü kişilerden uyuşmazlığın çözümü ile alakalı olarak bilgi alma hakkına sahiptir. İşte DTÖ bakımından *amicus curiae* müdahaleye zemin hazırlayan pozitif dayanak bu düzenleme olmaktadır. Panel bakımından böyle bir düzenleme olmakla beraber, Temyiz Mercii bakımından böyle bir düzenleme yoktur. Temyiz Mercii, işleyen bir süreci değerlendirme yetkisini kendisinde bularak, *amicus curiae* müdahalelere karar verme yetkisinin olduğu sonucuna varmaktadır ki nitekim *amicus curiae* müdahaleler bakımından bilinen ilk kabul kararı olan Shrimps/Turtles vakasında

Panel başvuruları reddetmesine rağmen, Appellate Body başvuruları kabul etmiş ve böylelikle DTÖ nezdinde *amicus curiae* müdahalenin başlamasına imkan tanımıştır⁷⁵.

DTÖ uygulaması bakımından en dikkat çeken noktalardan birini şeffaflaşma, hesap verilebilirlik ve meşruiyet gibi değerleri daha çok savunması beklenen gelişmekte olan ülkelerin, *amicus curiae* müdahaleye karşı çıkmaları oluşturmaktadır. Vaka vaka bir analiz yapıldığı zaman bu husus net bir şekilde anlaşılacaktır. *Amicus curiae* müdahaleyi savunan ülkelere baktığımız zaman ise karşımıza ABD gibi gelişmiş ve güçlü bir ekonomisi olan ülkelerin çıktığı görülmektedir. Bunun sebebi olarak, gelişmiş dünya olarak tabir edilen dünyanın daha etkili sivil toplum kuruluşlarına sahip olması ve dolayısıyla *amicus curiae* kurumu bakımından daha güçlü olmaları, demokrasilerinin daha gelişmiş olmasından dolayı söz konusu müdahaleden diğer devletler kadar çekinmemeleri, kuzey-güney olarak adlandırabileceğimiz gelişmişlik farkı ve gelişmekte olan ülkelerin egemenlik kaybından endişe duymaları gibi hususları ifade edebiliriz⁷⁶. DTÖ uygulamasına bakıldığında *amicus curiae* müdahale bakımından ICSID uygulamasından farklı olarak, *amicus curiae* kurumu aşağıdaki şekillerde de uygulama alanı bulmaktadır⁷⁷:

i. Amicus curiae'ler devletlere belgelerin hazırlanmasında yardım edebilme imkanına sahiptirler. ICSID uygulamasında böyle bir duruma şu ana kadar rastlanılmamıştır.

ii. Uyuşmazlığın tarafları, amicus curiae başvuruları kendi belgeleri arasına ekleyebilirler. Böylece, söz konusu alandaki uzman kişi ve kuruluşlardan alınan belgeler tarafların belgeleri arasına eklenerek, bu şekilde uyuşmazlık çözüm organına tarafların belgeleri ile birlikte sunulabilmektedir.

⁷⁵Laurence Boisson De Chazournes, "Transparency and "Amicus Curiae" Briefs", *The Journal of World Investment and Trade*, 2004, Vol. 5, No. 2, (333-336), s. 333.

⁷⁶ C.L. Lim, "The Amicus Brief Issue at the WTO", *Chinese Journal of International Law*, (2005), Vol. 4, No. 1, (85–120), s. 88.

⁷⁷Lim, *a.g.e.*, s.90.

Apellate Body, üye devletler tarafından *amicus curiae* başvuruların kabulü noktasında gelen itirazların önüne belli ölçülerde de olsa geçebilmek ve başvuruları belli bir düzene koymak için başvurular için bir ad hoc prosedür belirlemiştir 7 Kasım 2000 tarihinde⁷⁸. Buna göre:

-Uyuşmazlık, DTÖ'nun internet sitesine konulduktan sonra 8 günlük bir sürede izin için başvuru yapılmalıdır. Başvuruları kabul edildikten sonra başvuru 11 gün içerisinde başvurularını yapmalıdırlar.

-İzin başvuruları üç sayfayı, başvurular ise 20 sayfayı geçemeyecektir.

-Başvuruculardan, uyuşmazlığın tarafları ile aynı argümanları tekrar etmemelerini nasıl sağlayacaklarını ispatlamaları istenecektir.

-Taraflarla olan tüm ilişkilerini ortaya koymalıdır başvuru. Başvurucu tarafından ileri sürülen argümanlar, taraflardan biri tarafından kabul görmüşse, başvuru ad hoc prosedür altında devam etmesine gerek kalmaz.

-Başvuruculara başvuru izni verilmiş olması onlar tarafından ileri sürülen tüm argümanlar üzerinde durulacağı anlamına gelmez.

- Başvurucular sadece yasal argümanlar şeklinde iddialarda bulunmalıdırlar.

-Amicus curiae müdahaleye izin verilen diğer uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında olduğu gibi, burada da tarafların, ileri sürülen argümanlar hakkında yorum yapma hakkı vardır.

DTÖ uyuşmazlık çözüm sisteminin devletlerarası niteliği ve uyandırdığı sonuçların etkisi göz önünde bulundurulduğunda, sistemi daha geniş kesimlere açmanın, sistemin global olarak meşruiyetini arttıracaklarını ifade edebiliriz⁷⁹. DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının tıpkı uluslararası tahkimde olduğu gibi halka kapalı olması

⁷⁸Prosedürün metni için bkz.:(Çevrimiçi)

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/repertory_e/a2_e.htm#A.2.3, 24.03.2012.

⁷⁹Lance Bartholomeusz, "The Amicus Curiae Before International Courts and Tribunals", **Non-State Actors and International Law** 5: 209-286, 2005.

sebebiyle, *amicus curiae*'lerin kabulü sisteme ciddi bir meşruiyet katacaktır. Üzerinde durulması gereken bir başka mesele ise, ileride de değinileceği üzere Appellate Body tarafından düzenlenen ad hoc prosedürün daha sonra ICSID ve NAFTA/UNCITRAL heyetleri tarafından hemen hemen aynı şekilde uygulandığıdır.

DTÖ bakımından *amicus curiae* müdahaleye yöneltelen eleştirilerden en önemlisi *amicus curiae* müdahalenin kabul edildiği halde *amicus curiae* başvuruların gerçek bir etki yaratmadığı yolundaki eleştiridir. Heyetler başvuruları kabul etmesine rağmen, nihai kararda başvurunun ne ölçüde dikkate alındığı veya dikkate alınıp alınmadığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu duruma sebep olarak, ABD dışındaki üye devletlerin bu durumu sert bir şekilde eleştirmesi ve Temyiz Mercii ve Panel'in de bu sebeple üye ülkelere rağmen üçüncü kişilere daha fazla müdahale hakkı tanımamak için kararda *amicus curiae*'lerin etkisine yer vermediği halbuki karara atıf yapılmasının önemli olduğu, en nihai amacın kaliteli bir karar vermek olduğu, bu sebeple başvuruların ve karşı cevapların kararda nihai bir şekilde analiz edilmesi gerektiği genel olarak doktrinde ifade edilmektedir⁸⁰.

E. UNCITRAL/NAFTA UYGULAMASINDA AMICUS CURIAE

UNCITRAL, BM bünyesinde kaleme alınan ve uluslararası ticari tahkim ve yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının çözümü bakımından sıklıkla tercih edilen bir tahkim kuralları bütünüdür. Her ne kadar uluslararası yatırım uyuşmazlıklarına uygulanacak bir şekilde kaleme alınmış olmasa da uluslararası yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının da UNCITRAL'e götürüldüğü ve orada çözüldüğüne sıklıkla rastlanılmaktadır. Örneğin UNCITRAL Tahkimi NAFTA kapsamında çıkacak uyuşmazlıklar bakımından tarafların sahip olduğu üç seçenekten birisini oluşturmaktadır. Fakat bu çalışmanın sınırı olarak, *amicus curiae* müdahale noktasında UNCITRAL uygulamasında heyetlerin vermiş olduğu kararlar uluslararası yatırım tahkimi bakımından bir ilk olduğu için ve ICSID uygulamasında heyetlerin

⁸⁰Bu husustaki tartışma ve öneriler için bkz., genel olarak, Ishikawa, **a.g.e.**,s. 406 vd..

bu kararlara yaptığı atıflardan dolayı bir ilk oluşturan bu kararlara değinilecektir. Çalışmamıza esas oluşturan başlıca UNCITRAL uygulaması kararları, heyetlerin 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 15/1'den yola çıkarak kendilerinde *amicus curiae* müdahaleye karar verebilme yetkisi olduklarını ifade ettikleri kararlardır. Söz konusu hüküm, taraflara eşit fırsatlar tanımak ve tarafların eşitliğine zarar vermemek kaydı ile heyetin tahkim yargılamasını uygun gördüğü şekilde idare etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir⁸¹. Şu an itibarıyla yürürlükte bulunan 2010 Tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 17'de de aynı düzenleme yerini korumaktadır. Duruşmalara katılımı ile ilgili olarak ise 1976 tarihli Tahkim Kuralları md. 25 ve yeni kurallarda da md. 28'te düzenlemeler söz konusudur. Daha sonraki çeşitli kararlarda da *amicus curiae* müdahalelerin kabul edildiği ve reddedildiği vakalar olmakla birlikte, ilk olmaları, çok fazla kamuoyunda tartışmaları ve ICSID uygulamasında da sıklıkla atıf yapılması sebebiyle bu bölümde, Methanex Corporation v. ABD⁸² (Methanex v. ABD), United Parcel Service of America Inc. v. Kanada⁸³ (UPS v. Kanada) ve Glamis Gold Ltd. v. ABD⁸⁴ (Glamis v. ABD) kararları ile sınırlı olarak bir inceleme yapılacaktır, UNCITRAL ya da NAFTA uygulaması bakımından vaka vaka bir inceleme yapılmayacaktır. Söz konusu üç kararın yargılamalarında, heyetler o tarihte yürürlükte bulunan 1976 tarihli Tahkim Kuralları md. 15'ten yola çıkarak *amicus curiae* müdahalenin kabulü noktasında kendilerinde bu hakkın olduğunu ifade etmişlerdir. Belirtmek gerekir ki uluslararası yatırım tahkimi ve özellikle ICSID Tahkimi üzerinde *amicus curiae* müdahalenin kabulü noktasında son derece önemli etkiler doğuran bu üç karar da NAFTA kapsamında UNCITRAL tahkimine getirilmiş uyuşmazlıklardır. Uluslararası yatırım

⁸¹ UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 15 /1 şu şekildedir: "Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case"

⁸²(Çevrimiçi) <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm> , 15.01.2012.

⁸³ (Çevrimiçi) <http://www.state.gov/documents/organization/6033.pdf> , 15.01.2012.

⁸⁴(Çevrimiçi) <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf> , 15.01.2012.

tahkimi alanında *amicus curiae* müdahale noktasında verilen ilk kararlar olmaları, NAFTA'nın bir serbest ticaret antlaşması oluşu ve taraflarının ABD, Kanada, Meksika gibi uluslararası alanda etkili aktörler oluşu, ABD ve Kanada Common Law sisteminde yer alırken, Meksika'nın bir Civil Law ülkesi olması gibi bazı özellikler, söz konusu uyuşmazlıklara konumuz bakımından ayrı bir önem kazandırmıştır.

Methanex kararı, hem NAFTA hemde UNCITRAL uygulaması bakımından *amicus curiae* müdahalenin kabul edildiği ilk karardır. Kaliforniya'da Methanex şirketi tarafından üretilen MTBE adlı kimyasalın kullanımının sağlığa zararlı olduğu gerekçesiyle yasaklanmasına yol açan Kaliforniya idaresinin aldığı kararın ardından, Methanex şirketi, NAFTA antlaşmasının çeşitli hükümlerinin ihlal edildiği ve zarara uğradığı iddiası ile NAFTA hükümlerine dayanarak, ABD aleyhine 970 milyon dolarlık bir tahkim yargılaması başlatmıştır. International Institute for Sustainable Development (IISD), Communities for a Better Environment ve Earth Island Institute adlı sivil toplum kuruluşları tahkim yargılamasına üçüncü kişiler olarak müdahale edebilmek için heyetten izin talebinde bulunmuşlardır. Başvurucular, *amicus curiae* olarak heyete dilekçe sunma ve duruşmalara katılma hakları talep etmişlerdir. Methanex v. ABD yargılamasında heyet, “*Decision of the Tribunal On Petitions From Third Persons To Intervene As "Amici Curiae"*”, ara kararında, UNCITRAL Tahkim Kurallarında *amicus curiae*'lerin kabulü noktasında ne açıklayıcı ne de yasaklayıcı bir hüküm olduğu sonucuna vararak, UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 15/1 uyarınca kendisinin bu noktada *amicus curiae*'lerin kabulüne karar verme yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Methanex v. ABD uyuşmazlığında, NAFTA tarafları olan, ABD ve Kanada *amicus curiae* müdahaleyi savunurken, Meksika müdahaleye karşı çıkmış, kendi iç hukukunda yer almayan böyle bir kurumun kabul kararı ile birlikte NAFTA'nın bütününe yayılacağını iddia ederek, *amicus curiae* müdahalenin yayılmasına karşı çıkmış ve bunun NAFTA'nın (CHAPTER 11) üzerinde kurulduğu civil law–common law arasında kurulan dengeyi bozacağını ifade etmiştir⁸⁵. Meksika'nın, başvurunun kabulü durumunda, bunun NAFTA (Chapter 11) bakımından sözkonusu olabilecek tüm

uyuşmazlıklara yayılacağı ve diğer heyetleri de bağlayacağı iddiasına karşı, heyet, kendilerinin verdiği kararın diğer heyetler bakımından bir bağlayıcılığı olmadığını, farklı koşullarda farklı heyetlerin her zaman için takdir yetkilerini başka yönlerde kullanabileceklerini ifade etmiştir. Yargılamaya katılıp sözlü olarak iddialarda bulunma talebi konusunda, heyet UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 25/4'e atıf yaparak, başvuruyu reddetmiştir. Fakat tahkim yargılamasında bir ilk olarak heyet, duruşmaların halka açılmasına izin vermiş ve görüntülerin aktarılması yoluyla heyet, yargılamaya taraf olmayan kişilerin de yargılamayı izleyebilmelerine olanak tanımıştır. Başvurucuların tahkim belgelerine ulaşma talebi konusunda ise, heyet bu hususun tarafların yetkisinde olduğunu ifade ederek, başvuruyu reddetmiştir. Söz konusu uyuşmazlık bakımından kamu menfaati (public interest) şartının sağlandığını ifade ederek, bunun her vakada her heyet tarafından yeniden ele alınması gerekliliğini ifade etmiştir. Heyet söz konusu uyuşmazlık bakımından kamu menfaatinin sağlandığını, bu durumun sadece taraflardan birinin devlet olmasından dolayı olmadığını, konu bakımından da uyuşmazlığın kamu menfaati doğurmaya müsait olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca heyet, tahkim süreçlerinin daha şeffaf olarak algılanmasından tüm tahkim sürecinin fayda sağlayacağını ayrıca ifade etmiştir. Başvuruların kabulünün taraflara ekstra yükler yükleyebileceğini fakat bunun kaçınılmaz olmadığını ifade etmiştir. Kararda (Award) *amicus curiae*'lerin başvurularına çeşitli şekillerde atıflar yapmıştır heyet. DTÖ uygulamasına atıf yapılarak, taraflardan birinin *amicus curiae* başvuruyu kendi adına kabul etmesi durumunda diğer tarafın bu dilekçeye cevap vermek zorunda olduğunu ifade etmiştir. Heyet, yapılan yargılamaların sonucunda, ileride de görüleceği üzere, dolaylı kamulaştırma ile devletin düzenleme yetkisi arasındaki sınırları devletin düzenleme alanının genişlemesine yol açacak şekilde yorumlayarak, davacının iddialarını tamamen reddetmiştir.

UPS kararı, Methanex kararından yaklaşık 10 ay sonra verilen ve NAFTA/UNCITRAL uygulaması pratiğini pekiştiren niteliğe sahip bir karardır. UPS, Amerikan hukukuna göre kurulan ve taşımacılık ve posta işi ile uğraşan bir şirkettir. UPS, Kanada devletinin, bir devlet iştiraki olan Kanada Posta servisi lehine

bir monopol piyasa kurmaya çalıştığını iddia etmektedir. Ayrıca, Kanada devletinin kendisine karşı uyguladığı bazı muamelelerin keyfi olduğu ve ayrımcılık yasağı ile bağdaşmadığı ve bu uygulamaların çeşitli NAFTA hükümlerini ihlal ettiği iddiası ile Kanada aleyhine Ocak 2000 tarihinde 250 milyon dolarlık tahkim yargılaması başlatmıştır. Canadian Union of Postal Workers (the Union) ve the Council of Canadians (Council) adlı kuruluşlar *amicus curiae* olarak yargılamaya müdahale edebilmek için heyetten izin istemişlerdir. Heyet, sorunu usulü bir mesele olarak ele alarak, bu hususun UNCITRAL Tahkim Kuralları md. 15/1 uyarınca kendisinin yetkisinde olduğuna karar vermiştir. Heyet *amicus curiae* ve tarafı şu şekilde ayırmıştır: “*Amicus curiae*’nin kendi hakkını yargılamada ileri sürmediğini ve taraflar kadar bir hakka sahip olmadığını ve *amicus curiae* müdahalesinin taraflar için bir hak olmadığını, *amicus curiae* katılımının üçüncü kişinin hakkı değil, heyetin yetkisinde olan bir husus olduğunu, *amicus curiae* müdahaleye müsaade etmenin yargılamaya yeni taraf eklemek anlamına gelmediğini” ifade etmiştir. Heyet, başvuruların kabulünden önce ve sonra tarafların haklarının değişmediğini, aynı kaldığını ifade etmiştir. Heyet tahkim yargılamasının bütünlüğünü sağlamak için, şu hususlarda sınırlamalar getirmiştir: Sayfa sınırlaması, duruşmaya uzman çağırılma ve başvuru sahiplerinin ancak belli meseleler hakkında bildirimde bulunması. Heyet, *amicus curiae*’lerin yetki, tahkim yeri gibi meseleler hakkında dilekçe sunmasına fırsat vermemiş, bunun taraflarca zaten yapılmakta olduğunu ifade etmiştir. Heyet, Methanex kararında olduğu üzere, duruşmaları görüntü aktarımı yoluyla halka açmıştır. Nihai karar bakımından herhangi bir atıf yapılmamıştır başvuruların başvurularına ilişkin olarak.

Methanex ve UPS kararlarından sonra, NAFTA taraflarından bazılarının itiraz etmesi ve heyetlerin her farklı durum karşısında nasıl davranabileceklerine ilişkin olarak, 7 Ekim 2003 tarihinde NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu (Free Trade Commission) tarafından bir *amicus curiae* müdahale prosedürü hazırlanmıştır⁸⁶. Belirtmek gerekir ki söz konusu prosedür, tamamen tavsiye niteliğinde olup, heyetleri

⁸⁶(Çevrimiçi) <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>, 15.01.2012.

bağlayıcı değildir. Heyet, aşağıda göreceğimiz Glamis Gold v. ABD davasında uyuşmazlığı, daha önce ifade ettiğimiz DTÖ Ad Hoc Prosedür ile büyük bir benzerlik arzeden ve ICSID uygulamasında da benzer şekilde karşımıza çıkan bu prosedüre göre sonuçlandırmıştır. Prosedürü kısaca şöyle özetleyebiliriz:

-Hiçbir NAFTA hükmünün başvuruların kabulü noktasında heyetin takdir yetkisini sınırlamadığını,

-Menfaati olan kişilerin başvurabileceği ve öncelikle izin almaları gerektiği,

-İzin talebinde başvurusunun yazılı, imzalı olması gerektiği, adresini ve diğer bilgilerini içermesi gerektiği, 5 sayfayı geçmemesi gerektiği, başvurusunun varsa üyeliklerini, amacını, taraflarla herhangi bir ilişkisi olup olmadığını, herhangi bir yerden mali destek alıp almadığını, söz konusu uyuşmazlıktaki menfaatini, heyete bu uyuşmazlık bakımından bildirimde bulunacağı konuları bildirmesini, heyetin neden başvuruyu kabul etmesi gerektiği noktasındaki görüşlerini içermesini,

-Esas başvurusunun, imzalanması gerektiğini, eklerle beraber 20 sayfayı geçmemesi gerektiğini, başvuruçuların söz konusu meseleler hakkında ki görüşlerini net bir şekilde ortaya koyması ve olayla doğrudan ilgili olması gerektiğini,

-İzin başvurusunun taraflara gönderilerek, onların yorumunun alınacağını kararlaştırmıştır.

Heyetin, başvuruları kabul edip etmemeye karar verirken:

-Başvuruçunun, taraflardan farklı bir bakış açısı getirerek heyetin olayı çözmesine yardımcı olup olamayacağını,

-Başvurusunun, söz konusu uyuşmazlıkla konu olarak ilgili olup olmadığını,

-Başvuruçunun, söz konusu uyuşmazlık bakımından önemli addedilebilecek bir menfaatinin olup olmadığını,

-Uyuşmazlıkta konu bakımından kamu menfaati olup olmadığı hususlarını göz önünde bulundurması gerektiğini ifade etmiştir.

Heyetin başvuruya izin verirken, şu hususları garanti altına alması gerekir:

-Başvurunun, uyuşmazlığı bozucu, farklı noktalara saptırıcı bir nitelikte olmaması gerekir,

-Taraflara aşırı bir yük yüklememesi ve onları adil olmayan bir şekilde etkilememesi gerekir,

-Heyetin, *amicus curiae* müdahaleyi kabul etmiş olması, heyetin yargılamanın daha sonraki herhangi bir aşamasında başvuruçuların dilekçesine atıfta bulunmasını ve daha ileriki aşamalarda da başvuruçunun dilekçe gönderebilmesini sağlamaz.

-Başvuruçuların tahkim yargılamasının belgelerine ulaşma talebi bakımından, ticari sırlar gibi belli istisnalar dışında, NAFTA'nın herhangi bir gizlilik yükümlülüğü yüklediği, tarafların bu hususta serbest oldukları ifade edilmiştir.

Glamis v. ABD kararı pek çok bakımdan farklılıklar ve dikkat çekici ayrıntılar içeren bir karardır. Kanada'lı yatırımcının Kaliforniya bölgesinde maden arama faaliyetlerinin, yerli halkın kutsal alanlarına zarar verdiği iddiası ile başta yöre halkı olmak üzere birden fazla *amicus curiae* müdahale talebinde bulunulmuştur⁸⁷. Diğer kararlarda davacıların müdahale taleplerine karşı çıktığı görülürken, söz konusu uyuşmazlık bakımından, davacı genel olarak *amicus curiae* müdahaleye karşı çıkmamıştır. Yerli halkın (Quechan Indian Nation) katılmasının yanı sıra, Glamis Gold şirketinin üyesi olduğu maden sektörü endüstri birliği (National Mininig Association) de müdahale talebinde bulunmuş ve direkt olarak Glamis lehine argümanlarda bulunmuştur. Bu örnek, yatırım tahkimi bakımından *amicus curiae*'lerin kimler olabileceği meselesinde yol gösterici bir örnektir. Yerel halkın doğrudan kabul edilmesi ve endüstri birliğinin kabul edilmesi olguları, *amicus*

⁸⁷Yerli halkların ne ölçüde mülkiyet hakkının öznesi olabileceği ve yerli halkların mülkiyet hakkı bağlamındaki hukuksal durumu için bkz., H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul 2009, s. 114.

curiae'leri yatırım tahkimi uygulaması bakımından, sivil toplum kuruluşları ve uzman kuruluşlar olmanın ötesine taşımıştır. Glamis kararı, özellikle insan hakları bağlamında *amicus curiae*'lerin yeterli bir müdahale türü olup olmadığı meselelerini de gündeme getirmiş ve doktrinde *amicus curiae* müdahalenin yerel halkın hakları gibi bazı temel insan hakları konusunda yetersiz kaldığı ve bu tür durumlar için söz konusu kişilere müdahil statüsünün verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁸. Nihai kararda, heyet başvuruyu kabul edip etmemenin takdir yetkisinde olduğunu ve bu sebeple kararda başvurulara değinip değinmemenin de kendi yetkisinde olduğunu ifade etmiştir. Glamis davasında, The National Mining Association'un direkt olarak davacı lehine iddialarda bulunması NAFTA pratiği bakımından bir ilktir, çünkü davacı, söz konusu birliğin üyesidir aynı zamanda⁸⁹.

⁸⁸Wieland, **a.g.e.** genel olarak.

⁸⁹Kyla Tienhaara, "Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments", **16 REV. EUR. CMTY. & INT'L ENVTL. L.** 230, 230 (2007) , s.17.

II. ICSID TAHKİMİNDE AMICUS CURIAE

A.GENEL OLARAK

ICSID, yatırımcı ile yatırıma ev sahipliği yapan devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulan bir uluslararası yatırım tahkimi merkezidir. ICSID'in uyuşmazlık çözüm mekanizması üçüncü kişileri dışlayan bir yapı üzerine bina edilmiştir. Yatırımcının devleti, vatandaşını diplomatik koruma dahil herhangi bir yolla koruyamaz⁹⁰. Bu sebeple nihayetinde uluslararası ticari tahkim kuralları esas alınarak oluşturulan ICSID'te üçüncü kişilere katılma imkanının verilmesi taraflar açısından büyük öneme sahip bir meseledir. Şu an halen yürürlükte bulunan 10 Nisan 2006 tarihli Tahkim Kurallarından önce, 1 Ocak 2003 tarihli ICSID Tahkim Kuralları yürürlükte idi. 2003 tarihli kurallar döneminde NAFTA/UNCITRAL uygulamasının da etkisi ile *amicus curiae* müdahale noktasında başvurular olmuş ve heyetler çelişkili denilebilecek kararlar vererek, ICSID tahkimine yönelik eleştirilerin artmasına yol açmışlar ve böylelikle 2006 değişikliklerine kapı açılmıştır. Daha önce *amicus curiae* müdahaleyi anlatırken de belirttiğimiz üzere, müdahale talebinde bulunanların yargılamaya dilekçe sunmak, yargılamaya ilişkin dökümanlara ulaşmak, yargılamaya katılıp sözlü bildirimde bulunmak gibi talepleri olmaktadır genellikle. Bu bölümde ICSID uygulaması anlatılırken bu hususların herbirine ilişkin olarak, değerlendirmelerde bulunulacak ve her iki dönemki pozitif hukuk metinlerine dayalı olarak konu vaka analizi şeklinde anlatılmaya çalışılacaktır. Söz konusu vakalar anlatılırken, ICSID uygulamasında bir ilk olan kararlar seçilerek, bunlar eşliğinde bir değerlendirmede bulunulacak, ICSID bünyesinde müdahale talebinin söz konusu olduğu tüm vakalara değinilmeyecek, ayrıca uyuşmazlıkların maddi temeline de inilerek, insan hakları ile ilişkisi ve kamu menfaati şartının oluşup oluşmadığı incelenmeye çalışılacaktır. Burada *amicus curiae* müdahalenin pozitif bir dayanağının söz konusu olmadığı dönem ile olduğu dönem arasında bir ayırım

⁹⁰Yılmaz, a.g.e., s. 42; Ross P Buckley, Paul Blyschak, "Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes" 22:3 **Banking and Finance Law Review** 2007, (353-376).

yapılarak mesele incelenmeye çalışılacak ve heyetlerin her iki dönemde hangi hususlardan yola çıkarak, kararlarını temellendirmeye çalıştıkları hususu anlatılmaya çalışılacaktır.

B. 2006 REVİZYONUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM

2006 revizyonundan önce 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren tahkim kuralları eşliğinde yargılamaları yürütmekte idi heyetler. 2003 tarihli kurallar, yargılamaya ilişkin olarak, *amicus curiae* müdahale bağlamında heyete dilekçe sunma bakımından somut bir düzenleme içermemekte idi. Duruşmalara katılıp sözlü argümanlarda bulunmak bakımından, bu hususa ilişkin olarak, ICSID Tahkim Kuralları md. 32/2* yürürlükte idi. Söz konusu maddeye göre, heyet ancak tarafların rızası ile maddede anılan kişiler dışındaki kişilerin tahkim yargılamasına katılabilmesine izin verebilecektir. Daha sonra da görüleceği üzere, bu maddenin uygulaması kapsamında davacılar sürekli olarak *amicus curiae*'lerin yargılamaya katılmalarına itiraz etmişlerdir ve bu sebeple anılan dönem bakımından *amicus curiae* 'lerin tahkim yargılaması duruşmalarına katılabilmesi mümkün olmamıştır.

1. Aguas del Tunari S.A. v. Bolivya⁹¹ (ICSID Case No. ARB/02/3) (AdT v. Bolivya)

a. Uyuşmazlığa ve Karara Genel Bir Bakış

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ICSID nezdinde üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına katılma talebinde bulunduğu ilk yargılama olması ve yetkiye ilişkin bazı tartışmalar sebebiyle ICSID tarihinde söz konusu dava önemli bir yere sahiptir.

Davacı Aguas del Tunari SA (AdT), Bolivya'nın Cochabamba kentinin su ve altyapı hizmetlerini bir imtiyaz sözleşmesi (Concession Contract, 1999- 2000) ile yürütürken Bolivya devletinin çeşitli fiil ve ihmalleri ile Hollanda-Bolivya arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının çeşitli hükümlerinin ihlal

⁹¹ Uyuşmazlık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>.

*ICSID Tahkim Kuralları md. 32/2 şu şekildedir: *The Tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings.*

ettiği iddiası ile ICSID nezdinde Bolivya devletine karşı 10.12.2001 tarihinde bir tahkim yargılaması başlatmıştır. Taraflar arasında o tarihte yürürlükte bulunan imtiyaz sözleşmesi uyarınca, yeterince içilebilir temiz su sağlanacak ve şirket büyüyen nüfus uyarınca yatırımlar yapacaktır. Daha imtiyaz sözleşmesi görüşmeleri devam ederken yöre halkından tepkiler gelmeye başlamış, medyada olaylar geniş bir şekilde yankı bulmuş, bunun sonucunda Bolivya Su İdaresi halkla gerekli görüşmeleri yapmış ve ayrıca AdT, halkın aydınlatılması amacıyla medya yoluyla bir mektup yayımlatmıştır. Özelleştirme sonucunda su fiyatlarında % 400'e varan zamlar ortaya çıkmış, halkın isyanı sonucu askeri müdahalelere varan toplumsal gelişmeler olmuş, ölüm ve yaralanmalar ortaya çıkmıştır. Bu olaylar sonucunda yatırımcı sözleşmeyi feshetmiş ve Bolivya aleyhine 25 Milyon dolarlık bir dava açmıştır.

28 Ağustos 2002 tarihinde uluslar arası bir çevreci örgüt olan EarthJustice tarafından çeşitli kişi ve kuruluşlar adına devam eden yargılamaya müdahale talebinde bulunulmuştur. Başvuru talebinde söz konusu örgüt, kendilerine taraf olarak katılma hakkı tanınmasını ve böylece tarafların sahip oldukları tüm haklara sahip olmayı, eğer bu mümkün olmaz ise *amicus curiae* olarak katılma hakkı tanınmasını, bu kapsamda:

-Davacının iddiaları hakkında, usule, yetkiye ve tahkime elverişliliğe ilişkin olarak iddiada bulunma hakkı verilmesini,

-Duruşmalara katılma hakkı verilmesini,

-Sözlü iddialarda bulunma hakkı verilmesini,

-Ayrıca tüm belge ve bilgilere ulaşma hakkı verilmesini talep etmiştir.

Başvurucular ayrıca;

-Tüm bilgi ve belgelerin halka açılmasını

-Tüm yargılamanın halka açık yapılmasını

-Hakem heyetinin Cochabamba şehrini ziyaret etmeleri taleplerinde de bulunmuşlardır.

Başvurucular, başvurularının gerekçeleri olarak, her birilerinin AdT tarafından ileri sürülen hususlarda direkt menfaat sahibi olduklarını ve böylelikle başvurularının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Ayrıca kendi katılımlarının yargılamanın şeffaflığını arttıracaklarını (increase transparency) ve sahip oldukları uzmanlık ve bilgiyi yansıtacaklarını (unique expertise and knowledge) ifade etmişlerdir.

29 Ocak 2003 tarihinde heyet başkanı taraflara hitaben yazdığı mektupta, tarafların temel taleplerinin tahkim heyetinin yetkisini aştığını, gerek ICSID Konvansiyonunun, gerekse de 1992 tarihli Bolivya-Hollanda arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının söz konusu talepleri taraflarca kontrol edilen meseleler olarak ele aldığını ifade etmiştir. Tarafların rızası dışında tahkim heyetinin, üçüncü kişileri yargılamaya katamayacağını, duruşmalara katılma imkanı veremeyeceğini, duruşmaları kamuya açmayacağını ve tarafların dilekçelerini kamuya açamayacağını ifade etmiştir. Mektubun devamında uyuşmazlığın taraflarından böyle bir rızanın şu an için alınmadığı, fakat alınması durumunda söz konusu taleplerin değerlendirileceği ve daha sonraki aşamalar için bir karar anlamına gelmemekle beraber yargılama yetkisi aşamasında taraf olmayan üçüncü kişilerden şahit olarak faydalanılması ya da bilgi alınmasına şu aşamada ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca meselenin çözümüne gösterdikleri ilgiden dolayı başvuruculara teşekkür ederek, yeni imzalanan Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında bu hususların düzenlendiğini ve başvurucuların taleplerinin ilerleyen zamanlarda söz konusu hukuki temele kavuşacağını ifade etmiştir.

b. Değerlendirme

En başta belirtmek gerekir ki, söz konusu yargılamada, ICSID tahkimi bakımından ilk defa *amicus curiae* müdahale talebi ile karşılaşmış ve kararın olumsuz çıkması üzerine karara gösterilen tepkiler ve Bolivya'nın ICSID Konvansiyonundan çekileceğini ifade etmesi üzerine, heyetler daha sonraki uyuşmazlıklarda farklı sonuçlara varmış ve sistemin bütünlüğü ve meşruiyetine bu

noktada yöneltilen eleştirilere yanıt verilmeye çalışılmıştır. 2006 değişikliklerine gidilmesinin en önemli sebebi olarak, tarafların müdahale noktasında verdikleri bu çelişkili kararları verebiliriz. 2003'te yürürlüğe giren değişiklikler doğrultusunda yürütülen ve doğrudan konu ile alakalı bir maddenin söz konusu olmadığı bu olayda belki de ilk defa tüm dünya kamuoyunun dikkatini bu ölçüde çeken⁹² ve ICSID sisteminin sorgulanmasına yol açarak, özellikle Latin Amerika ülkelerini sistemden çekilme yönünde bir arayışa iten ve daha sonra Bolivya'nın ICSID Konvansiyonundan çekilmesine yol açan bu uyuşmazlık, birçok yönden önemli değişiklikler gündeme getirmiş ve 2006 yılında yapılan üçüncü kişilerin yargılamaya olarak müdahalesine olanak tanıyan değişikliklere zemin hazırlamıştır diyebiliriz. Vurgulanması gereken bir başka önemli nokta ise, aşağıda görüleceği üzere, aynı kurallarla benzer uyuşmazlığı çözümleyen daha sonraki ICSID heyetlerinin, tam da bu uyuşmazlıktakinin aksine olarak, mevzuat aynı olmasına rağmen, kendilerinde *amicus curiae* müdahaleye izin verebilme yetkilerini görmeleridir. Bu olaydan sonra kamuoyu tarafından ICSID tahkimine yöneltilen eleştiriler, 2006 değişikliklerine kapı aralamış ve kısa bir süre sonra benzer uyuşmazlıklarda heyetler kabul kararları vermeye başlamışlardır. Bu yönü ile karar ICSID tahkimi bakımından *amicus curiae* noktasında büyük önem ifade etmektedir. Uyuşmazlık, daha sonra 28 Mart 2006 tarihinde tarafların anlaşması neticesinde ICSID Tahkim Kuralları md. 44 çerçevesinde çözülmüştür.

2. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Arjantin (ICSID Case No. ARB/03/19) (Suez/Vivendi v. Arjantin)⁹³

a. Uyuşmazlığa ve Karara Genel Bir Bakış

Uyuşmazlık, Arjantin'in yabancı yatırımcılarla su ve altyapı sektöründeki özelleştirmelere bağlı olarak yaşadığı sorunlardan kaynaklanan bir uyuşmazlıktır⁹⁴.

⁹³ Uyuşmazlık hakkında bkz.: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

⁹⁴ Arjantin, su ve altyapı sektöründe 1990'ların sonlarından başlayarak, yabancı yatırımcılar ile sorunlar yaşamaya başlamış ve özellikle 1999-2001 ekonomik krizi önünde ICSID ve UNCITRAL heyetleri

Davacı, 1999 ekonomik krizi sonrasında Arjantin'in aldığı, ücretlerin dondurulması ve para transferine konulan çeşitli sınırlamalar başta olmak üzere, çeşitli önlemlerin yatırımların kamulaştırılması anlamına geldiği ve Arjantin'in akdettiği Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında yer alan birçok hükmü ihlal ettiği iddiasıyla, Arjantin ile İspanya ve Fransa arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarına dayanarak ICSID nezdinde, Arjantin-Birleşik Krallık arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasına dayalı olarak da UNCITRAL nezdinde tahkim yargılaması başlatmıştır.

28 Ocak 2005 tarihinde 5 sivil toplum kuruluşu⁹⁵, söz konusu uyuşmazlığın kamu menfaati içerdiğini ve bölgedeki insanların temel haklarını ilgilendirdiğini ileri sürerek, tahkim yargılamasına katılma talebinde bulunmuşlardır. Başvurucular:

-NAFTA/UNCITRAL uygulamasından örnekler vererek duruşmaların açık yapılmasını talep etmişlerdir.

-Tahkim heyetine yeterli yazılı gönderide bulunma hakkı talep etmişlerdir. Amicus curiae'nin kendisi ve amacı ile ilgili bir açıklamalarda bulunmamışlardır başvurucular, heyet butalebi, amicus curiae'nin çeşitli iç hukuk ve uluslararası hukuk düzenlerindeki uygulamasından yola çıkarak anlamlandırma yoluna gitmiştir.

önünde onlarca yargılamaya maruz kalmıştır. Arjantin'in su ve altyapı bağlamında muhatap olduğu ve kamuoyuna yansıyan yargılamalardan bazıları şunlardır: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/18); *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/19); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/01/12); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/03/30); *SAUR International v. Argentine Republic* (ICSID Caseno. ARB/04/4); *Anglian Water Group v. Argentine Republic*, UNCITRAL arbitration filed in 2003; *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/17); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/26).

⁹⁵Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Center for International Environmental Law (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, and Unión de Usuarios y Consumidores

-Zamanında, tam ve eksiksiz (timely, sufficient, and unrestricted) olarak tahkim belgelerine ulaşma hakkı talep etmişlerdir.

Heyet söz konusu başvurulara, 19 Mayıs 2005 tarihinde (Order In Response To A Petition For Transparency And Participation As Amicus Curiae ⁹⁶) verdiği kararla şu şekilde yanıt vermiştir: Heyet öncelikle, ICSID Konvansiyonunda ve tahkim kurallarında bu mesele hakkında açıklayıcı ya da yasaklayıcı bir hüküm olmadığı için, öncelikli olarak böyle bir güce sahip olup olmadığı meselesi üzerinde durmuş, daha sonra ise eğer bu güce sahip ise hangi şartlar altında sahip olduğunu tartışmaya açmıştır. Heyet, yaptığı değerlendirme sonucunda, ICSID Konvansiyonu. md. 44/son cümleinin⁹⁷kendisine verdiği yetki ile yoluna devam etmiştir. Bu yetkiye sahip olduğu hususuna heyet, prosedürel meselenin ve *amicus curiae*’nin tanımı yaparak varmıştır. Heyetin bu çıkarsamasına karşılık olarak, davacı bu usulü meselenin işin esasına ilişkin etkileri olacağını, davacının taraf olmayan kişilere karşı da bir yargılama yürütmek zorunda kalacağını, mesele hakkında açık bir hükmün olmamasını ve ICSID’in yatırımcı ile devlet arasındaki sorunların çözüldüğü bir mecra olması meselelerini ileri sürerek başvuruların reddini talep etmiştir. Buna karşılık heyet, davacının bu yorumuna katılmayarak, *amicus curiae*’nin taraf olmadığını ve birçok hukuksal arenada bu şekilde taraf olmayan kişiler olarak yargılamada rol oynamaya devam ettiğini ifade etmiştir. *Amicus curiae*’lerin gönüllü olarak mahkemeye yardım eden ve mahkemenin kabul edip etmemekte bir inisiyatif sahibi olduğu kişiler olduklarını ifade etmiştir. Heyet, Methanex v. ABD uygulamasına atıfta bulunarak, bu çıkarımlarını desteklemiş ve bunun yargılamaya taraf eklemek anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Ayrıca tarafların haklarına esasa ilişkin olarak bir etkide bulunulmadığını, tarafların hak ve yetkilerinin kabulden önce ve sonra aynı kaldığını ifade etmiştir. Davacının ek yük getirme itirazına karşılık

⁹⁶ Kararın metni için bkz.: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁹⁷ ICSID Konvansiyonu md. 44: “Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.”

olarak, bunun kaçınılmaz bir sonuç olmadığını, heyetin yapacağı sınırlamalar ile buna sınırlamalar getirebileceğini ifade etmiştir. Heyet, bu çıkarımlarını desteklemek için, NAFTA/UNCITRAL, İran-United States Claims Tribunal ve DTÖ uygulamasına atıfta bulunmuştur. Tüm bu açıklamalardan sonra heyet, ICSID Kon. md. 44 'in kendisine *amicus curiae* müdahaleyi kabul etme yetkisi tanıdığı sonucuna varmıştır. Daha sonra *amicus curiae* müdahalenin hangi şartlar altında ve nasıl olacağına dair olarak heyet, diğer arenalardaki uygulamaları da dikkate alarak şu üç kriteri ileri sürmüştür:

a.Konu bakımından uygunluk (the appropriateness of the subject matter of the case)

b. Bu vaka bakımından başvuruçuların *amicus curiae* olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi (the suitability of a given nonparty to act as in that case)

c.*Amicus curiae* müdahalenin usulü (the procedure by which the *amicus* submission is made and considered)

Uyuşmazlığın su ve altyapıya ilişkin olması ve milyonlarca insanı ilgilendirmesi sebebi ile başvuruçular kamu menfaati söz konusu olduğu için başvurularının kabulünü, davacı ise devletin yanlış, haksız hareketlerinin tazmininin söz konusu olduğunu, başvuruçular tarafından iddia edildiği gibi kamu menfaatini ilgilendiren bir durumun söz konusu olmadığını iddia etmiştir. Heyet, devletin sorumluluğunun söz konusu olduğu ve hükümetin düzenlemelerinin tartışılacağı bu uyuşmazlığın, kamu menfaatini potansiyel olarak içerdiğini, fakat tüm yatırım tahkimi uyuşmazlıklarında bunun söz konusu olabileceğini ifade ederek, somut olaya ayrı bir nitelik verilmesinin şundan kaynaklandığını ifade etmiştir⁹⁸:

⁹⁸,"The factor that gives this case particular public interest is that the investment dispute centers around the water distribution and sewage systems of a large metropolitan area, the city of Buenos Aires and surrounding municipalities. Those systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the

“Söz konusu uyuşmazlığın su dağıtımı ve altyapı ile ilgili olması sebebiyle uyuşmazlığın temel bir hizmetin sunumu ile alakalı olduğunu, bu sebeple uyuşmazlığın insan hakları meselelerini de gündeme getirebilecek, bir çok kompleks kamu hukuku ve uluslararası hukuk problemlerini doğurmaya aday olduğunu ve çıkacak hüküm kimin lehine olursa olsun, hükmün söz konusu temel hizmetin sunumunu etkileyeceğini ve tüm bu hususların bu uyuşmazlıkta özel bir kamu menfaati uyanmasına sebep olduğunu ifade etmiştir. Bu sebepten ötürü heyet, davanın kamu menfaati taşıdığını ve bunun ticari tahkimden farklı olarak, özel şahıslara ait, onların arasındaki bir mesele olarak görülemeyeceğini ve bu sebeple başvurularda gereksiz yere yargılamaya müdahale eden kişiler olarak (officious intermeddlers) bakılmaması gerektiğini ifade etmiştir”.

Heyet, ayrıca *amicus curiae* başvuruları kabul etmenin, yargılamanın şeffaflığını arttıracaklarını, UNCITRAL ve NAFTA uygulamasından örnekler vererek açıklamış ve geniş sivil toplum katılımının ICSID’in toplum tarafından algılanışına olumlu katkı yapacağını ifade etmiştir. Heyet, tüm bu saptamalardan sonra ancak yeterli uzmanlığa ve tecrübeye sahip olan ve taraflardan bağımsız olan kişilerden *amicus curiae* başvuru kabul edebileceğini ifade ederek, bu durumun saptanabilmesi için öncelikle başvuru sahiplerinin heyete başvurarak, heyetten izin alması gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, bu hususların saptanabilmesi için, tarafların yapacakları başvuruda:

i. Kim olduklarını, başvurularının arka planlarını, herhangi bir organizasyona üye iseler, bu durumun belirtilmesini, taraflardan herhangi birisi ile bir ilişkileri varsa bu ilişkinin mahiyetini belirtmelerini,

ii. Başvurucuların söz konusu uyuşmazlıktaki menfaatlerinin niteliğini belirtmelerini,

Claimants or the Respondent, has the potential to affect the operation of those systems and thereby the public they serve.”

iii. Taraflardan ya da taraflarla bağlantılı herhangi bir kişiden finansal ya da başka türlü bir yardım alıp almadıklarını belirtmelerini,

iiii. Heyetin neden başvuruları kabul etmesi gerektiğine ilişkin olarak kendi görüşlerini belirtmelerini istemiştir.

Bahsettiğimiz tüm bu tartışmalar, henüz yetki meselesi (jurisdiction) bahsinde gündeme gelmiştir. Bu sebeple heyet, başvuru yapan tarafların ve heyetin belgelerine ulaşma talepleri konusunda, tarafların yukarıda saydığımız dört şartı sağladıktan sonra yani *amicus curiae* olarak başvuru yapmaya ehil sayıldıktan sonra belgelere ulaşma talebi konusunda bir karar vereceğini ifade etmiş, söz konusu aşamada bir karar vermemiştir bu hususta.

19 Mayıs 2005 tarihinde heyet, başvuru yapan ilk başvurularına, yetki (jurisdiction) aşamasında tüm argümanların taraflarca ileri sürüldüğünü ve daha fazla argümana bu aşamada gerek olmadığını ifade etmiştir. Heyet, ICSID tahkim kuralları md. 32/2'nin açık hükmü ve davacının itirazı karşısında duruşmalara katılma talebinin reddine, dökümanlara ulaşma talebi bakımından ise bu aşamada karar vermeye gerek olmadığını ve yukarıda belirtilen şartlar uyarınca başvuru yapanlara *amicus curiae* olarak dilekçe sunma hakkı tanınmasına karar vermiştir.

Yukarıda heyetin ilk başvurudan sonra belirttiği dört kriter doğrultusunda başvuru yapanlar, 1 Aralık 2006 tarihinde ortak bir başvuru yapmıştır. Başvuruda:

- Uyuşmazlığın daha kapsamlı ve daha iyi bir şekilde çözümünü sağlayabilmek için heyetin uygun göreceği tarzda başvuruda bulunma talebinde bulunulmuş,

-Tahkimle ilgili tüm belgelere ulaşma fırsatı talep ederek, -zamanında,yeterli, kısıtlanmamış bir şekilde- bunun mümkün olmaması durumunda tarafların dilekçelerine ulaşma hakkı talep etmişlerdir.

4 Aralık 2006 tarihinde ICSID sekreteryası taraflara başvuruyu göndererek, görüşlerini bildirmelerini istemiştir.

Davacı, 18 Aralık 2006 tarihli cevabında başvuruların reddini talep etmiştir. Gerekçe olarak:

-İmtiyaz sözleşmesi uyarınca kurulmuş olan ve su ve aktyapı hizmetleri yürüten şirketin (former operator-AASA) davadan çekilmiş olması sebebi ile bu davada verilecek kararın söz konusu yerin (Buenos Aires) su ve altyapı hizmetleri üzerinde bir etkisinin olmayacağını,

-Söz konusu hizmetleri yürüten şirketin taraf olmaması sebebi ile herhangi bir kamu menfaati varsa bile bunun yerinin burası olmadığını, Arjantin mahkemelerinde dava açılması gerektiğini,

- Başvurucuların, davaya yeni bir bakış açısı getirmediğini, sadece tarafların yapmaya yetkili oldukları, amaçları ile bağdaşmayan iddialarda bulunduklarını,

- Tarafların ileri sürecekları argümanların hiçbirinin daha önce heyet tarafından yapılan kamu menfaatine ilişkin tanıma uygun düşmediğini,

- Başvurunun çok geç yapıldığını ve kabulün tahkim yargılamasının bütünlüğünü bozacağını

-Heyete gönderilen belgelerin gizli olduğunu ve bunların açılmasına rızası olmadığını ifade etmiştir.

Davalı ise 18 Aralık 2006 tarihinde başvurucuların müdahale taleplerine ilişkin herhangi bir itirazı olmadığını ifade etmiştir.

Heyet, 12 Şubat 2007 tarihinde başvurucuların ikinci başvurularına ilişkin kararında (Order In Response To A Petition By Five Non-Governmental Organizations For Permission To Make An Submission)⁹⁹, 19 Mayıs 2005'te ilk müdahale talebinden sonra *amicus curiae* başvurular hakkında verdiği kararda, tarafların uzmanlık, tecrübe ve bağımsızlıklarına (expertise, experience ve independence) vurgu yaptığını ve *amicus curiae* müdahalenin kabulü için aşağıdaki

⁹⁹ Kararın tam metni için bkz.:<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

üç kuralı vurguladığını yineleyerek, 2006 revizyonunun daha önce saydığı bu kurallarla uyumlu olduğunu ifade etmiştir.:

a. Konu bakımından uygunluk (the appropriateness of the subject matter of the case)

b. Söz konusu vaka bakımından başvuruçuların amicus curiae olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi (the suitability of a given nonparty to act as in that case)

c. Amicus curiae müdahalenin usulü (the procedure by which the amicus submission is made and considered)

Heyet, uzmanlık, tecrübe ve bağımsızlık bakımından (experience, expertise and independence) başvuruçuların bu yeteneklerini ispatladıklarını ifade ederek, davacının bu durumu çürütecek bir argüman ileri sürmediğini ifade etmiş ve başvuruçuların *amicus curiae* olarak hareket etme yetilerini ispatladıklarını ifade etmiştir.

Heyet, davacının su hizmetlerini yürüten eski operatör olan (former operator) AASA'nın davadan çekilmiş olması ve artık bu sebeple kamu menfaatinde bahsedilmeyeceği iddiası karşısında, uyuşmazlığın sadece paraya hükmetme sonucu içerecek olmasının bu durumu değiştirmeyeceğini, neticede Arjantin'in uluslararası sorumluluğuna değinileceğini, milyonlarca insanı ilgilendiren temel kamu hizmetleri hakkında karar verileceğini ve bu durumun heyete içinde insan haklarının da olduğu bazı kompleks kamu hukuku ve uluslararası hukuk meselelerini çözme yükümlülüğü yüklediğini ifade etmiştir. Heyet, bu çıkarıma varırken, kararın en nihayetinde sadece parasal talepler hakkında olacağını ve şu anki operatörü etkilemeyeceğini fakat söz konusu sistemin nasıl yürütüleceğini etkileyeceğini ifade etmiştir. Heyet, davanın önemi ve ICSID kararlarının bilinirliğine değinerek, bu kararın yatırımcılara ve devlete zorluklarla karşılaştıklarında nasıl davranacakları yönünde yol göstereceğini ve bu sebeple halen kamu menfaati söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Heyet, davacının söz konusu yargılamanın başvuruçuların başvurusu için doğru bir yer

olmadığı argümanına karşı olarak, *amicus curiae*'lerin bu uyuşmazlık bakımından başka bir forumda *amicus curiae* başvuru yapmalarının mümkün olmadığını, bu heyete *amicus curiae* gönderilerde bulunarak ancak rollerini ifa edebileceklerini ifade etmiştir. *Amicus curiae*'lerin yeni bir bakış açısı getiremediği itirazı karşısında heyet, önceki kararında (19 May 2005) *amicus curiae* başvuruda bulunan başvuruclara katkı bakımından sınırlayıcı bir misyon yüklediğini, ICSID tahkim kuralları md. 37/2' nin ("in the determination of a factual or legal issue") düzenlemesi karşısında bu itirazının yersiz olduğuna karar vererek, davacının bu itirazını da reddetmiştir. Heyet, davacının başvuruların geç yapıldığına ilişkin itirazını da redderek, söz konusu kişilerin *amicus curiae* olmaya uygun kişiler olduklarını ifade etmiştir.

Heyet, tarafların zamanında tam ve kısıtlanmamış bir şekilde tahkim belgelerine ulaşma istemleri karşısında, ICSID revizyonunun bu mesele hakkında bir hüküm getirmediğini, fakat işin doğası gereği *amicus curiae*'lerin olayın çözümüne katkı yapabilmek için olay hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olması gerektiğini ifade etmiştir. Aksi takdirde sürecin boşa kürek çekme anlamına geleceğini ifade etmiş fakat söz konusu uyuşmazlık bakımından başvuruclara belgelere ulaşma hakkı tanınmadan da başvurucların bu bilgilere sahip olduklarını ifade etmiştir. Başvurucların daha önce ICSID'in sitesinde yayımlanan uyuşmazlıkla ilgili söz konusu kararlardan ve başka kaynaklardan bu bilgiye ulaştığını ifade etmiştir heyet. Ayrıca, heyet başvurucların meselenin detayından daha ziyade genel meseleler hakkında heyeti aydınlatacaklarını, bu sebeple her detayın bilinmesine gerek olmadığına vurgu yapmıştır. Ayrıca *amicus curiae*'lerin rolünün taraflarca ileri sürülen argümanları çürütmek olmadığını, bu vazifenin taraflara ait olduğunu ifade ederek, söz konusu uyuşmazlık bakımından belgelere ulaşma hakkı olmadan da *amicus curiae*'lerin gerekli bilgiye sahip olduğunu ifade etmiştir.

Heyet, *amicus curiae*'lerin tarafların esasa ve usule ilişkin haklarına zarar veremeyeceğine ilişkin 19 Mayıs 2005 tarihli kararından, yargılamanın bütünlüğünün bozulmaması gerekliliğine ilişkin ilkeden ve 2006 değişiklikleri ile eklenen tahkim

kuralları md. 37/2'den yola çıkarak, *amicus curiae* 'lerin başvuruda bulunurken şöyle bir usule göre heyete dilekçe sunmaları gerektiğini ifade etmiştir:

a.Başvurucuların tek bir ortak dilekçeyi elektronik yolla, 4 Nisan 2007 tarihinden önce göndermelerini,

b.Başvurunun 30 sayfayı geçmeyecek şekilde İngilizce ve İspanyolca olarak yapılmasını,

c.Heyet, tarafların başvurularında değindikleri belgelerden bir tanesini görmek isterse, tarafların daha sonra bunu heyete vermelerini,

d.Heyet, başvuruyu alır almaz bunun İngilizce ve İspanyolca nüshalarını taraflara göndereceğini,

e.Tarafların, 4 Hazirandan önce olmak kaydıyla başvurular üzerindeki görüşlerini heyete bildirebileceklerini ifade etmiştir.

b. Değerlendirme

Dava halen derdest olduğu için başvuruçuların karar üzerindeki etkisini bilemiyoruz şimdilik. Fakat karar, şu ana kadar bahsettiğimiz yönleri bile ICSID tahkimi bakımından çok şey ifade edebilecek niteliktedir. Şöyle ki, karar bakımından en dikkat çeken meselelerden biri, daha önce bahsettiğimiz Aguas Del Tunari v. Bolivya kararında heyet, aynı pozitif hukuk düzenlemeleri ile kendisinin müdahaleye izin noktasında yetkili olmadığı sonucuna varırken, söz konusu karar bakımından heyet, başvuruçular tarafından değinilmemiş olmasına rağmen, ICSID Kon. md. 44'ten yola çıkarak, adeta bir yetki arayışına girmiş ve UNCITRAL heyetlerinin kendilerine UNCITRAL tahkim kuralları md. 15/1'ten yetki çıkarsaması yapmasına benzer şekilde, öncelikle meseleyi usulü mesele olarak ele almış ve daha sonra ICSID Kon. md. 44'e gitmiş ve kendisini bu hususta yetkili gören ilk ICSID heyeti olarak kayıtlara geçmiştir. Bu durum, farklı ICSID heyetlerinin, aynı meselelere ne kadar farklı yaklaşabildiğini göstermesi açısından ilginç bir örnektir. Heyet, yine UNCITRAL uygulamasına benzer şekilde, davacının heyetin yargılamaya taraf

ekleyemeyeceği iddiasına karşılık olarak, *amicus curiae*'lerin taraf olmadığı meselesine sıkı sıkı vurgu yaparak bu argümanı reddetmiştir. Vurgulanması gereken bir başka mesele de heyetin söz konusu uyuşmazlık bakımından, *amicus curiae* müdahalenin şartlarına ilişkin olarak ilk kararında belirttiği kriterlerin daha sonra ICSID tahkim kuralları md. 37/2'ye eklenen hüküm ile benzerliğidir. Heyetin, devletin sorumluluğunun tartışılacağı bu uyuşmazlığın, temel kamu hizmeti ile ilgili olması sebebi ile birden fazla kompleks sorun ortaya çıkacağını ve bu vesile ile insan hakları meselelerinin de ortaya çıkacağını ifade etmesi tahkim-insan hakları ilişkisi bakımından son derece dikkat çekici bir karardır. İleride de görüleceği üzere yatırım tahkimi bağlamında her ne kadar, insan hakları ihlallerine ilişkin iddialar çok uzun süreden beri tartışma konusu yapılmakta ise de heyetler genellikle, bu tür iddialar üzerinde çok fazla durmamaktadırlar. İnsan hakları meselelerinin hem de taraflar bakımından değil, üçüncü kişiler bakımından dile getirilmesinin bu denli sıcak karşılanması tahkim heyetlerinin insan haklarına geleneksel bakışları göz önünde bulundurulduğunda dikkat çekici bir gelişme olarak durmaktadır. Dikkatle vurgulanması gereken başka bir nokta ise giriş kısmında belirttiğimiz, uluslararası yatırım tahkimi kararlarının söz konusu alandaki düzenleyici, yol gösterici etkisine heyetin vurgu yapmasıdır. Heyet, verilecek olan kararın Arjantin'in su ve altyapı hizmetlerinin nasıl yürütüleceği hususunda yol gösterici olacağını ve bu sebeple, kamu menfaatinden bahsetme imkanının olduğunu ifade etmiştir. Heyet ayrıca şeffaflık hususuna da vurgu yaparak, uluslararası yatırım tahkimine bu yönde yapılan eleştirilere bir nevi kulak vermiş ve *amicus curiae* müdahalenin bu hususta bu fonksiyonu ifa edebileceğini ifade etmiştir. Heyet, uyuşmazlığa ilişkin belgelere ulaşma bahsinde, *amicus curiae*'lerin tüm belgelere ulaşmasının gerekmediğini, onların genel meseleler hakkında heyete bilgi sunmak gibi vazifeleri olduğunu ifade ederek, kurumun geleneksel uygulamasına yakın bir rol biçmiştir başvuruculara. Heyetin, başvuruculara belgelere ulaşma hakkı tanınmadan da, başvurucuların uyuşmazlık hakkında yeterli bilgiye sahip olabileceklerine ilişkin kararı, her ne kadar hukuk mantığı açısından zor kabul edilebilir bir gerekçe gibi dursa da, ICSID'in

uyuşmazlığa ilişkin önemli sayılabilecek çoğu belgeyi yayınlıyor oluşu gerçeği ve uluslararası yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının ve özellikle de temel kamu hizmetleri ile ilgili olanların kamuoyu tarafından biliniyor oluşu gerçeği akılda tutulduğunda, söz konusu karar daha anlaşılabilir bir hal almaktadır. Heyet, ayrıca *amicus curiae*’lerin taraflarca ileri sürülen delilleri çürütme gibi bir misyonunun olamayacağını, bunun tarafların yetkisinde olduğunu ifade ederek, *amicus curiae*’lerin taraf olmadığına vurgu yapmıştır. Her ne kadar tahkim heyetlerinin kararlarının bağlayıcılığı olmasa da¹⁰⁰, bu son derece önemli kararın daha sonraki kararlar bakımından büyük bir rehber niteliği taşıyacağı hususu bir gerçektir.

3.Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Arjantin (ICSID Case No. ARB/03/17) (Suez/İnterAguas v. Arjantin)

a. Uyuşmazlığa ve Karara Genel Bir Bakış

Davanın temelini, önceki uyuşmazlıkla benzer şekilde yine Arjantin’in kamu yönetimi reformu doğrultusunda giriştiği su ve kanalizasyon sisteminin özelleştirilmesi uygulamalarından kaynaklanan sorunlar oluşturmaktadır. Santa Fe bölgesinin su ve kanalizasyon işlerini imtiyaz sözleşmesi yoluyla yürüten davacının, 1999 ekonomik krizi sonucu hükümetin aldığı önlemlerin yatırımlarına zarar verdiğini iddia etmesi sonucu uyuşmazlık, Arjantin ile Fransa ve İspanya arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarına dayalı olarak 17 Temmuz 2003’te, ICSID’e taşınmıştır. Belirtmek gerekir ki gerek konu gerekse de heyet bakımından önceki kararla aynı özellikleri taşımaktadır inceleyeceğimiz uyuşmazlık. Bu sebeple, önceki uyuşmazlıktan farklı olduğu noktalarda ve farklı olduğu ölçüde karar ele alınacaktır.

¹⁰⁰ Bkz. genel olarak Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse?*, 23 *ARB. INT’L* 357 (2007).

21 Haziran 2005 tarihinde biri tüzel, üçü gerçek olmak üzere toplamda 4 kişi¹⁰¹ heyete başvurarak;

- *Duruşmalara katılma ve sözlü argümanlarda bulunma hakkı*
- *Heyete dilekçe gönderme hakkı,*
- *Uyuşmazlıktaki dökümanlara ve diğer bilgilere ulaşma hakkı talep etmişlerdir.*

Davacı, başvuruçuların tüm taleplerinin reddini talep ederken, davalı ICSID Case No. ARB/03/19'daki cevabına atıfta bulunarak başvuruları uygun bulmuştur.

17 Mart 2006 tarihli (Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae)¹⁰² kararda heyet bu meseleyle ilgili olarak şu yönde karar vermiştir:

Heyet, başvuran kişiler dışında tüm olguların Suez/Vivendi v. Arjantin (03/19) uyuşmazlıkla aynı olduğu ifade ederek, şahıslar bakımından bir değerlendirme yapılacağını ve söz konusu karardaki ilkelerin bu kararda da geçerli olduğunu ifade etmiştir.

Duruşmalara katılma ve sözlü savunmada bulunma talebi konusunda (access to hearings and make a oral presentations) heyet, o tarihte yürürlükte bulunan ICSID tahkim kuralları md. 32/2' nin açık hükmü karşısında ve davacının itirazı karşısında, rızanın elde edilmemiş olması sebebiyle talebin reddine karar vermiştir.

Heyete dilekçe sunma talebi bakımından (submissions of *amicus curiae* briefs) heyet, her ne kadar başvuruçular başvurularında kurumunu tanıtmamış ve detaylandırmamış da olsalar, başvuruyu yorumlama yoluna giderek, bunun çeşitli iç hukuk sistemleri ve son zamanlarda uluslararası hukuk uygulamasında da kabul edilen ve özel bakış açıları, uzmanlıkları ve getirdikleri argümanlarla uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olan şahıslar anlamına geldiğini ifade etmiştir.

¹⁰¹ Fundación para el Desarrollo Sustentable, Professor Ricardo Ignacio Beltramino, Dr. Ana María Herren, Dr. Omar Darío Heffes .

¹⁰² <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Heyet, Suez/Vivendi v. Arjantin vakasındaki kararına atıfta bulunarak, ICSID Konvansiyonu ve tahkim kurallarında, o tarihte yürürlükte bulunan kurallar itibari ile *amicus curiae* müdahaleye izin veren veya *amicus curiae* müdahaleyi yasaklayan bir hükmün bulunmadığını ve 19 Mayıs 2005 tarihli Suez/Vivendi v. Arjantin kararından önce herhangi bir ICSID heyetinin böyle bir kabul kararı verdiğinin bilinmediğini ifade ederek, heyetin başvuruçuları kabul gücü olup olmadığı meselesinin ve eğer varsa hangi şartlar altında bu gücün olduğunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini ifade etmiştir.

Heyet, ICSID Kon. md. 44 uyarınca, *amicus curiae*'ler meselenin çözümüne yardımcı oldukları için, *amicus curiae* müdahale meselesini usuli mesele olarak ele alma yoluna gitmiş ve bu hususun heyetin yetkisinde olduğuna karar vermiştir. Heyet daha sonra NAFTA/UNCITRAL kapsamında verilen Methanex v. ABD kararının da bu çıkarımlarını desteklediğini ifade ederek, *amicus curiae*'nin taraf olmadığını ve kabul edilmelerinin tarafların haklarını etkilemediğine karar vermiştir. Heyet, kabul kararının taraflara ekstra yük yükleme meselesinin de kaçınılmaz olmadığını bunun önüne alınacak tedbirlerle geçilebileceğini, ifade etmiştir. Heyet ICSID Kon. md. 44'ün *amicus curiae* başvurular bakımından heyete yetki verdiğini ifade ederek, NAFTA/UNCITRAL, İran-US Claims Tribunal ve DTÖ uygulamasının bu çıkarımlarını desteklediğini ifade etmiştir.

Heyet, aşağıdaki üç şartın ICSID Kon. md. 44'ten çıktığını ifade ederek, bu üç şartın sağlanıp sağlanmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir:

a. Konu bakımından uygunluk (the appropriateness of the subject matter of the case)

b. Söz konusu vaka bakımından başvuruçuların amicus curiae olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi (the suitability of a given nonparty to act as in that case)

c. Amicus curiae müdahalenin usulü (the procedure by which the amicus submission is made and considered)

Konu bakımından uygunluk (the appropriateness of the subject matter of the case) hususunda heyet, kamu menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda, uluslararası arenada geleneksel olarak *amicus curiae* müdahaleye izin verildiğini, çünkü bu durumlarda verilecek hükmün sadece taraflarla sınırlı kalmadığını, doğrudan ya da dolaylı olarak yargılamanın tarafı olmayan kişileri etkileme potansiyelini taşıdığını ifade etmiştir. Heyet, söz konusu uyuşmazlık bakımından kamu menfaati şartının sağlandığını ifade ederek, uyuşmazlığın, uluslararası hukukun bir parçası olmasından ve Arjantin devletinin sorumluluğunun söz konusu olmasından dolayı, bu durumun bir şirketin sorumluluğun belirlendiği klasik bir özel hukuk uyuşmazlığından farklı özellikler taşıdığını ifade etmiştir. Heyet, tüm bunların hemen hemen tüm ICSID uyuşmazlıkları bakımından söz konusu olabilecek olan hususlar oldukları hususuna dikkat çektikten sonra, asıl olarak bu uyuşmazlığa kamu menfaati noktasında özel bir nitelik veren hususun¹⁰³,

“Söz konusu yatırımın Santa Fe şehrinin su dağıtımı ve altyapı hizmetleri ekseninde toplandığını, yüzbinlerce kişiye temel kamu hizmeti sunduğunu ve bunun sonucu olarak da uyuşmazlığın, içinde insan hakları meselelerini de barındıran kompleks kamu hukuku ve uluslararası hukuk problemleri ortaya çıkacacağını, kimin lehine olursa olsun verilecek olan kararın söz konusu hizmetin sunumunu ve dolayısıyla söz konusu halkı da etkileyeceği” hususu olduğunu ifade etmiştir.

Uyuşmazlıkta kamu menfaati söz konusu olduğu için, uyuşmazlığın iki özel hukuk kişi arasındaki sözleşmesel ihtilaftan farklı olduğunu ve bu sebeple uyuşmazlığa müdahale talebinde bulunan şahısların, menfaati olmadığı halde yargılamaya müdahale eden şahıslar (*officious intermeddlers*) olarak adlandırılmayacağını ifade etmiş ve *amicus curiae*’lerin yargılamaya özel bilgilerini, ve uzmanlıklarını katarak heyetin daha doğru bir karara varmasına yardımcı

¹⁰³ “The factor that gives this case particular public interest is that the investment dispute centers around the water distribution and sewage systems of urban areas in the province of Santa Fe. Those systems provide basic public services to hundreds of thousands of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the Claimants or the Respondent, has the potential to affect the operation of those systems and thereby the public they serve”.

olacaklarını ifade etmiştir. Heyet, bu sebeple *amicus curiae*’lerin kabulü ve reddi meselelerinin ciddi bir şekilde ele alınması gerektiğini ifade ettikten sonra, *amicus curiae* müdahalenin kabulünün yatırımcı-devlet tahkiminin şeffaflığını arttıracaklarını, yargılamaya daha fazla açıklık kazandırmanın ve halka ne olup bittiğini anlama fırsatı vermenin, halkın gözünde uluslararası tahkimin meşruiyetini arttıracaklarını ifade etmiştir. Heyet DTÖ ve UNCITRAL uygulamasına atıf yaparak, sivil toplumun uygun bir şekilde katılımının sağlanmasının ICSID sürecinin anlaşılmasını kolaylaştıracağını ifade etmiştir. Heyet, tüm bu sebeplerle söz konusu yargılama bakımından uygun kişilerin, uygun bir tarzda *amicus curiae* müdahalede bulunmasının kabul edildiğini ifade etmiştir.

Söz konusu vaka bakımından başvuru sahiplerinin *amicus curiae* olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesi (the suitability of a given nonparty to act as in that case) hususunda heyet, *amicus curiae*’lerin rolünün, heyete, tarafların sunamayacağı bakış açıları, argümanlar ve uzmanlıkları yoluyla yardım ederek heyetin doğru bir karara varmak olduğunu ifade etmiştir. Heyet, bu sebeple ancak uzmanlık, tecrübe ve bağımsızlıklarını ispatlayan kişilerden (expertise, experience, and independence) *amicus curiae* başvuru kabul edebileceğini ifade etmiştir. Heyetin yukarıdaki şartların sağlanıp sağlanmadığını kontrol edebilmesi için, başvuru sahiplerinin öncelikle heyete başvuruda bulunarak, izin istemeleri gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu (Free Trade Commission) tarafından belirtilen usule atıf yaparak, başvuru sahiplerinin aşağıdaki bilgileri başvurularına ekleyerek, heyete başvuru yapmalarına karar vermiştir:

i. Kim olduklarını, başvurularının arka planındaki amaçların neler olduğunu, herhangi bir organizasyona üye ise bu durumun belirtilmesini, taraflardan herhangi birisi ile bir ilişkisi varsa bu ilişkinin mahiyetini belirtmelerini,

ii. Başvuru sahiplerinin söz konusu uyuşmazlıktaki menfaatlerinin niteliğinin ne olduğunu belirtmelerini,

iii. Taraflardan ya da taraflarla bağlantılı herhangi bir kişiden finansal ya da başka türlü bir yardım alıp almadıklarını belirtmelerini,

iiii. Heyetin neden başvuruları kabul etmesi gerektiğine ilişkin olarak sebeplerini belirtmelerini istemiştir.

Heyet, *amicus curiae* müdahaleye izin verip vermeme meselesini ele alırken, başvuruçuların gönderdikleri bilgiler, davacı ve davalının görüşleri, tarafların, heyetin ve yargılamanın maruz kalacağı ekstra iş yükü (extra burden) ve *amicus curiae* 'lerin heyete karar verirken ne ölçüde yardımcı olabileceği gibi hususların göz önünde bulundurulacağını ifade etmiştir. Tarafların yetki (jurisdiction) aşamasında, tüm argümanlarda bulunduğunu ve heyetin bu hususlar hakkında aydınlatıldığını ifade ederek, şu aşamada heyet *amicus curiae* müdahaleye ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir.

Amicus curiae müdahalenin usulü hususunda heyet, bu aşamada bir karar vermeye gerek olmadığını ifade ederek, başvuruçuların anılan şartları sağlamaları halinde bu hususa tekrar döneceğini ifade etmiştir.

Tüm bu teorik çerçeveyi çizdikten sonra heyet, somut olay bakımından başvuruçuların belirtilen şartları sağlayıp sağlamadıklarına ilişkin olarak şöyle bir yol izlemiştir:

Heyet *amicus curiae* olarak nitelendirilebilmek için, başvuruçuların o alandaki uzmanlık, tecrübe ve bağımsızlıklarını ispatlamaları gerektiğini ifade ederek, bu hususu tespit etmek için şu dört kriter doğrultusunda bir değerlendirme yapılabileceğini ifade etmiştir:

i. Kim oldukları, başvurularının arka planı, herhangi bir organizasyona üye ise, bu durumun belirtilmesini, taraflardan herhangi birisi ile bir ilişkisi varsa bu ilişkinin mahiyetini belirtmelerini,

ii. Başvuruçuların söz konusu uyuşmazlıktaki menfaatlerinin niteliği

iii. Taraflardan ya da taraflarla bağlantılı herhangi bir kişiden finansal ya da başka türlü bir yardım alıp almadıkları

iiii. Heyetin neden başvuruları kabul etmesi gerektiğine ilişkin olarak sebeplerini belirtmelerini istemiştir

Heyet tarafların yukarıdaki 4 şartı da yetersiz ve eksik bilgi dolayısıyla ispatlayamadıklarını ifade ederek, şu aşamada *amicus curiae* müdahaleye izin verilemeyeceğini fakat yeniden yeterli ve tam bilgi ile yukarıdaki kriterler uyarınca bir başvuru yapılırsa bu hususun tekrar değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.

Yargılamaya ilişkin belgelere ulaşma talebi hususunda heyet, bu tür geniş bir talebin beraberinde bir çok sorunu gündeme getirdiğini ifade etmiş ve fakat bu argüman üzerinde fazlaca durmadan tarafların yukarıda saydığımız 4 şartı sağlayamamış olmaları ve dolayısıyla *amicus curiae* olarak nitelendirilememeleri sebebi ile başvuruçuların tüm taleplerinin reddine karar vermiştir.

b.Değerlendirme

Dava halen derdest olduğu için başvuruların karar üzerindeki etkisi şimdilik bilinmemektedir. Karar bakımından vurgulanması gereken hususlardan bir tanesi, uyuşmazlığın konu ve diğer birçok özellik bakımından Suez/Vivendi v. Argentina (ICSID Case No. ARB/03/19) uyuşmazlığı ile aynı özellikler taşıdığıdır. Her iki yargılama da aynı heyetler tarafından yapılmış, bu sebeple metod ve yorum olarak aynı izleri taşımaktadır her iki karar. Şu an itibari ile başvuruçuların, yeni başvuru yapıp yapmadıkları meseleleri henüz bilinmemekte olup, bir önceki uyuşmazlık bakımından başvuruçuların heyete hangi hususlarda bilgi vererek, *amicus curiae* olarak hareket etme ehliyetlerini ispatladıkları hususu ve söz konusu uyuşmazlık bakımından heyetin hangi sebeplerle başvuruçuların *amicus curiae* olarak nitelendirilemeyeceğine karar verdiğini, tahkim belgelerine olan sınırlı erişim sebebi ile şu an için bilinmemektedir. Bu uyuşmazlık bağlamında vurgulanması gereken bir başka husus ise, gerçek kişilerin şartlarını ispat etmek şartıyla, *amicus curiae*

olabilecekleri ve böylelikle uluslararası arenada bir aktör olarak, sürecin şekillenmesinde rol oynayabilecekleridir.

C. 2006 REVİZYONUNDAN SONRAKİ DÖNEM

2006 yılında yürürlüğe giren yeni ICSID tahkim kurallarında, yatırım tahkimi bakımından radikal sayılabilecek nitelikte bir değişiklik yapılarak, üçüncü kişilere tahkim yargılamasına müdahale etmeleri için pozitif bir dayanak sağlanmıştır. ICSID tahkim kuralları md. 37/2¹⁰⁴ ile taraflara mahkemeye yazılı bildirimde bulunma hakkı tanınarak ICSID bakımından bir ilk sağlanmış ve tahkim heyetlerinin dolaylı yollarla vardıkları çıkarımlara, yeni sistemde pozitif bir dayanak sağlanmaya çalışılmıştır. Ayrıca 2003 tarihli tahkim kuralları md. 32’de yer alan (“The Tribunal shall decide, with the consent of the parties...”) tarafların açık rızası olmadıkça tahkim yargılamasına katılabilmeyi imkansız hale getiren 32. maddenin 2. fıkrası değiştirilerek, yine aynı madde ve fıkra (32/2105) (“Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons,”) tarafların açıkça itiraz etmesi şeklinde bir düzenleme getirilerek, bu hususta da bir değişikliğe gidilmiştir. Böylelikle tarafların rızası yerine, tarafların açıkça itiraz etmemesi koşulu getirilerek, üçüncü kişilerin duruşmalara katılabilmeleri

¹⁰⁴ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2: After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “nondisputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;

(b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;

(c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.

The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission

¹⁰⁵ICSID Tahkim Kuralları md. 32/2: Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.

hususunda, her ne kadar tatmin edici bir noktaya ulaşılamasa da önemli bir ilerleme kaydedilmiştir.

**1.Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzania¹⁰⁶ (ICSID Case No.ARB/5/22)
(Biwater v. Tanzania)**

a.Uyuşmazlığa ve Karara Genel Bir Bakış

Söz konusu uyuşmazlık su ve altyapı menşeli bir uyuşmazlıktır. Davacı bir Alman-İngiliz ortak girişimi olup, Dar Esselam şehrinin altyapı ve su hizmetlerini 2003 yılında aktedilen imtiyaz sözleşmesi yoluyla yürütmektedir. 2005 yılının mayıs ayında Tanzania Devletinin yetkili kurumları ile yürütülen görüşmelerden bir sonuç çıkmaması üzerine davacı şirket tarafından 5 Ağustos 2005 tarihinde ICSID nezdinde tahkim yargılaması başlatılmıştır. Tahkim yargılamasının temelini Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda ile Tanzania arasındaki 1994 tarihli Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması oluşturmaktadır

Procedural Order No. 5¹⁰⁷’te açıklanan *amicus curiae* ile ilgili başvuru süreci şöyledir: 27 Kasım 2006 tarihinde söz konusu uyuşmazlığın sürdürülebilir kalkınma, çevre, insan hakları ve yönetim politikaları gibi boyutları olduğunu ileri süren ve kendilerinin bu alanlarda bir uzmanlığa sahip olduğunu söyleyen beş hükümet dışı örgüt¹⁰⁸, *amicus curiae* olarak yargılamaya müdahale etme talebinde bulunmuştur.

Başvurucular:

-Başvurularının tarafların bakış açısından daha farklı özel bilgi ve bakış açıları getirerek, heyetin davayı çözmesine getirecekleri bilgilerin yardım edeceğini,

¹⁰⁶<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

¹⁰⁷<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

¹⁰⁸The Lawyers’ Environmental Action Team (LEAT) ,The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL); (Methanex v. ABD ve Agua Argentinas v. Arjantin), The International Institute for Sustainable Development (IISD);(Methanex v. ABD).

-Başvurularının uyuşmazlık kapsamındaki olayların aydınlatılmasına katkı sağlayacağını,

-Başvuru yapıp müdahale etmekte özel menfaatleri olduklarını,

- Başvurucular ayrıca duruşmalara girme ve uyuşmazlık için önemli sayılan belgelere ulaşma haklarının da kendilerine tanınmasını gerektiğini,

- Başvurucular bu olayın çözümünün çok önemli olduğunu, gelişmekte olan ülkelerin temiz su kaynaklarının kullanımı gibi konular başta olmak üzere BM Yenibinyıl Deklarasyonunda (United Nations Millennium Declaration) belirtilen hedeflere ulaşılabilinip, ulaşamayacağını da bir göstergesi olacağını ifade etmişlerdir. Söz konusu davanın ticari bir meseleyi çözen bir dava değil, söz konusu nüfusun temel insan haklarını ilgilendiren önemli bir dava olduğunu ifade etmişlerdir. Bu sebeple başvurucular, söz konusu uyuşmazlık bakımından devam eden, gerçek ve kendi uzman bilgileri tarafından desteklenen bir menfaatleri olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Davacı, üçüncü kişilerin katılma taleplerinin gereksiz olduğunu ve geç yapıldığını ileri sürerek reddedilmesini talep etmiştir, davalı ise müdahale taleplerine karşı çıkmamıştır. Heyet, taraf olmayan kişilerin katılmasına müsaade edilmesinin, herhangi bir usuli hak ya da ayrıcalık tanıma anlamına gelmeyeceğini fakat sadece belirli bir alanda spesifik ve tanımlanmış bir çerçevede dilekçe gönderme hakkı tanıma anlamına geldiğini ifade etmiştir. Heyet, yeni tahkim kuralları bağlamında gönderilen ilk müdahale talebi olan bu müdahale talebine izin verirken, çeşitli ICSID kararlarına ve UNCITRAL altında yürütülen bazı kararlara atıfta bulunmuştur.

Heyet, geçici önlemler bahsinde (Procedural Order 3) gündeme gelen yargılama sürecine ilişkin belgelerin yayımı konusunu tartışırken “şeffaflık”(transparency) olgusuna yönelik tüm dünyada büyük bir eğilim olduğunu ifade etmiştir . Ayrıca eski kurallardan yeni kurallara geçişi yani 2006 revizyonunu, tahkim sürecinin şeffaflaşması süreci olarak ele almıştır heyet. Başvurucular, ICSID tahkim kuralları md. 37/2’de *amicus curiae* müdahale için aranan şartların

kendilerince sağlandığını ve ayrıca yatırım tahkiminde *amicus curiae* müdahalelerin artan uygulaması göz önünde alındığında, bugüne kadar *amicus curiae* statüsünün kötüye kullanıldığına dair bir tecrübeye rastlanılmadığını ve *amicus curiae* müdahalenin kararın halkın gözündeki meşruiyetini arttıracakı hususları göz önünde bulundurulduğunda, müdahale talebinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Davacı, başvuruçuların *amicus curiae* statüsü için başvurmalarının gereksiz olduğunu ve ayrıca başvuruçuların menfaat ve uzmanlıklarını kanıtlayamadıklarını, bazı başvuruçuların daha önceki bazı duruşmalarda bu statüyü elde etmiş olmalarının bu dava için bir anlamı olamayacağını, ICSID tahkim kuralları md. 32/2 karşısında davaya katılmalarının ve tüm tahkim belgelerini içerecek şekilde belgelere ulaşma hakkı talep etmelerinin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir. Davalı ise başvuruların kabulünün doğru görüldüğünü, duruşmalara katılma talepleri bakımından da bir itirazı olmayacağını ifade etmiştir. Tüm bunlar sonucunda heyet, dilekçe sunma talebi konusunda:

-Heyet, başvuruçuların dilekçelerinde belirttikleri şekilde bir statüsünün kendiliğinden olamayacağını, ICSID tahkim kuralları md. 37/2’de “written submission” ibaresinin kullanıldığını ve bu konuda heyetin takdir yetkisi olduğunu,

- ICSID tahkim kuralları md. 37/2’de belirtilen şartların başvuruçular bakımından sağlandığını belirterek, *Methanex v. ABD ve Suez/ Vivendi v. Arjantin* (ICSID Case No. ARB/03/19) davalarındaki kabul kararlarından geniş alıntılar yapmış ve davacının nitelik farkı iddiasına rağmen, sonuç olarak aynı etkinin ortaya çıkacağını ifade etmiştir.

-ICSID tahkim kuralları md. 37/2 (c)’de belirtilen tahkim yargılamasının bütünlüğünün korunması ve tarafların bu durumdan zarar görmemesi olguları hususunda heyet, taraflara belli bir süre ve sayfa sınırlaması getirerek, başvurulara herhangi bir ek iliştilmemesini ve ihtiyaç duyulması halinde tahkim heyetinin, söz konusu başvuruçulardan o belgeleri talep edeceğini ifade etmiştir.

Heyet, tarafların bu doğrultudaki cevaplarının ve ek belge istenilip istenilmemesinin daha sonraki aşamalarda kararlaştırılmasına karar vererek, başvurularda *amicus curiae* statüsünü tanımıştır.

Belgelere ulaşma talebi konusunda heyet, ICSID tahkim kuralları md. 37/2’de, taraflara verilecek rolün ne hakemlere yol gösterici bir yol, ne de taraf avukatlığı olduğunu ve tahkim sürecinin bütünlüğünü korumak için belgelere ulaşma hakkının sınırlanması gerektiğine karar vererek, bu sebeplerle tarafların bu talebinin reddine karar vermiştir. Heyet, daha sonra nihai kararda (Award, Par. 367) bu talep ile ilgili olarak:

“Söz konusu uyuşmazlığın yaygın olarak bilinen bir uyuşmazlık olduğunu ve kamuoyuna yayıldığını, başvuruçuların dilekçe gönderme hususunda yetkilendirildiği hususların ise kamuoyuna açık olduğunu, bu sebeplerle belgelerin başvuruçulara açılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir. Heyet, söz konusu hususun devamında yargılamanın bütünlüğünü korumak için bazı sınırlamalar koymanın şart olduğunu, bu hususların 3 Nolu Usuli Kararda (Procedural Order 3) açıklandığını ve belgeleri açmama konusunda verdiği kararın üzerinde tekrar durmasına gerek kalmadığını ifade etmiştir.

Duruşmalara katılma talebi hususunda heyet, ICSID Tahkim Kuralları md. 32/2’nin açık hükmü ve davacının itirazı karşısında duruşmaları takip etme hakkı tanınamayacağını, fakat spesifik bir konuda ihtiyaç duyulması halinde başvuruçulara gerekli soruların sorulacağını ifade etmiştir.

b. Nihai Kararda Amicus Curiae Müdahaleye Değinilen Durumlar

Kararda davacının çeşitli yönlerden yönelttiği birden fazla karşıt argümana rağmen, heyet, kamu menfaatini ilgilendiren birden fazla husus olduğunu ifade ederek, *amicus curiae* başvuruların kabul edilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda, söz konusu çıkarımını desteklemek için heyet, Methanex v. ABD kararına geniş bir atıf yapmıştır.

Heyet, kararda başvuruçuların iddialarının içeriğini Şu Şekilde özetlemiŐtir:

-Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının kötü iş yapan yatırımcıların sigortası olmadıklarını iddia ederek, bu iddialarını daha önceki ICSID heyetlerinin kararları ile (Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7¹⁰⁹) desteklemişlerdir. Bu bağlamda, yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcıların, zeki ve yaptığı işin farkında olması gereken kişiler oldukları hususuna vurgu yapmışlardır. Bu sebeple yabancı yatırımcılar, herhangi bir idari, sözleşmesel değışiklik karşısında yatırımlarının zarara uğradığını iddia ederek, tazminat talep etme hakkına sahip değillerdir. Ayrıca, yatırımcının söz konusu yatırım ile ilgili olarak doğru ticari standartları uygulaması gerektiğine, gerekli özeni göstermesi gerektiğine, ahde vefa ilkesinin önemine, yatırımdan önce ve yatırım süresince yatırımcının iyiniyetli hareket etmesine vurgu yapmışlardır.

-BM Yenibinyıl Kalkınma Amaçlarına (Millenium Development Goals) atıf yaparak, 2015'e ilişkin suyla ilgili sorunları azaltma (water is a key to sustainable development) ve yatırımcının sorumluluğunun sürdürülebilir kalkınma ve insan hakları temelinde değerlendirilmesi gerekliliğine vurgu yapmışlardır. Çeşitli BM kararlarına atıf yapmışlardır su hakkı bağlamında. Yatırımın önemi ve riskinden dolayı uluslararası hukukun korumasına başvurmadan önce, yatırımcının kendi sorumluluklarını yerine getirmiş olması gerektiğini ifade etmişlerdir.

-Başvuruçulara göre, davacı yatırımdan önce ve sonra yükümlölüklerini yerine getirmemiştir. Başvuruçular, davacının daha önce başka ülkelerde de aynı sektörde iş yapmış ve yapıyor olmasından dolayı gelişmekte olan ülkelerdeki su ve altyapı ile ilgili olarak sorunların farkında olması gerektiğini ifade etmişlerdir.

- Başvuruçular, söz konusu yargılamanın bir taktik strateji olarak başlatıldığını (renegotiation strategy) bu stratejinin özellikle su sektöründe ve Latin Amerika bağlamında sıklıkla başvuruçulan bir yöntem olduğunu, bu şekilde yatırımcının yükümlölüklerini hafifleterek sözleşmeden daha fazla avantaj elde etmeye çalıştığını

¹⁰⁹<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

ayrıntılı bir şekilde ifade etmişlerdir. Söz konusu strateji, stabilization klotlardan farklı olarak, ekonomik denge esasına dayanmakta ve taraflara daha fazla bir esneklik sağlamaktadır. Fakat tarafların iyiniyetine dayanan bir husus olduğu için söz konusu şirket, devleti bu strateji doğrultusunda yeniden pazarlığa oturtabilmek için bu stratejiye başvurmuştur başvuruculara göre. Başvurucular, bu hususu çeşitli istatistiki ve akademik verilerle desteklemişlerdir¹¹⁰.

- Başvurucular, sözleşmenin, haklı ve doğru bir şekilde, söz konusu hizmetin sunumunun daha fazla kötüleşmesinin önüne geçmek için feshedildiğini ifade etmişler ve su gibi bir temel hak ve ihtiyaca cevap verebilmek için devletin bunu yapmak zorunda olduğunu ifade etmişlerdir.

- Başvurucular, yatırımcının davranışlarının da sözleşmenin geçerliliğini etkileyeceğini ifade ederek, yatırımcının iyiniyetli olmadığına, yatırımcının söz konusu gücünün kötüye kullanımından, aldatıcı, hileli hareketlere kadar bir çok hususun buna örnek verilebileceğine ve eğer heyet bir taktik strateji olarak bu yargılamanın başladığına karar verirse, heyetin de bu çıkarımlarını kabul etmesi gerektiğine vurgu yapmışlardır.

Heyet, yeni bir sebep olarak, neden *amicus curiae*'lere başvuru yapma imkanı verdiğinin gerekçeleri bağlamında, başvurucuların sürdürülebilir kalkınma, çevre, insan hakları ve yönetsel politikalar hakkında bilgi vermeleri amacıyla başvuruculara bu statünün tanındığını ifade etmiştir.

c.Amicus Curiae'lerin Karar Üzerindeki Etkisi

Heyet, genel bir çıkarım olarak, başvurucuların gayet faydalı katkılarda bulunduklarını ifade ettikten sonra, söz konusu kuruluşların özel ilgileri, insan hakları, çevre, iyi yönetim alanındaki uzmanlıkları ve taraflardan farklı bakış açıları ile yargılamaya önemli bir katkı yaptıklarını ifade etmiştir.

¹¹⁰Söz konusu strateji hakkında daha fazla bilgi için, Dolzer- Schreuer, **a.g.e.**, s. 77.

Başvurucuların katkılarını yerli yerine oturtmak için heyet, onların katılımının niteliğine bakmak gerektiğini ifade ederek, başvurucuların sürdürülebilir kalkınma, insan hakları ve hükümet politikaları hakkında heyete bilgi sunduklarını ve bu hususların, tam da ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2 (a)'nın kapsamına giren hususlar olduğunu ifade ederek, başvuruculardan asıl beklenmeyen şeyin,

-Tarafların avukatı gibi hareket etmek

-Heyete tarafların iddialarını nasıl değerlendirmesi gerektiği hakkında, yol göstermek olduğunu ifade etmiştir.

Heyet, *amicus curiae*'lerin argümanlarının bu sebeplerle son derece önemli katkılarda bulunduğunu ve her bir argümanlarına kararda yeri geldiği ölçüde değinildiğini ifade etmiştir.

d. Değerlendirme

Heyet, kendisinden önceki kararlara atıfta bulunarak, özellikle de ICSID uygulamasındaki kararlara atıfta bulunarak, Arjantin davalarında verilen kabul kararlarının, daha sonraki ICSID heyetleri üzerinde ne gibi bir etkileri olabileceği hususunda söz konusu soruya önemli bir cevap sunmuştur. Karar, bu yönüyle ICSID pratiğini geliştiren ve pekiştiren bir etkiye sahiptir. Her ne kadar geçici önlemler bahsinde davalının tahkime ilişkin belgeleri, taraf olmayan kişilerle paylaşması ve davacının talebi üzerine heyet tahkim yargılamasının bütünlüğünü sağlamak için, *amicus curiae*'lere belgelere ulaşma imkanı vermemiş ve davacının itirazı karşısında duruşmalara katılma ve sözlü olarak argümanlarda bulunmasına fırsat vermemiş de olsa, heyetin nihai kararda başvurucuların başvurularına değinmiş olması ve onların karar üzerindeki etkilerini, net olarak olmasa bile, belirtmiş olması son derece önemli bir adımdır. Hatırlanacağı üzere, DTÖ uygulaması kapsamında kurumun işleyişine ilişkin olarak yapılan en önemli eleştirilerden bir tanesini, heyetlerin nihai kararda *amicus curiae*'lerin argümanları üzerinde durmamaları noktasında yapılan eleştiri

oluşturmakta idi¹¹¹. Bu yönüyle karar, ICSID uygulamasında bir ilktir ve kurumun ICSID uygulamasında ne ölçüde etkili olabileceğine ilişkin önemli göstergeler taşımaktadır. Nihai kararında heyet, davalının Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının birkaç maddesini ihlal ettiğini fakat bu ihlallerin davacı bakımından bir zarara yol açmadığını ifade ederek, herhangi bir tazminata hükmetmemiştir.

2.Aes Summit Generation Limited Aes-Tisza Erözü Kft v. Macaristan¹¹² (ICSID Case No. Arb/07/22) (Aes v. Macaristan)

Söz konusu uyuşmazlık, Macaristan'ın enerji sektöründeki özelleştirmelere bağılı olarak devlet kontrolündeki şirketleri özelleştirmesine dayanan bir uyuşmazlıktır. Devlet, bu antlaşma uyarınca, söz konusu şirketin enerji alanında yapacağı yatırımlara karşılık, şirketten enerji satın alacaktır. Söz konusu uyuşmazlık, Enerji Şartı Antlaşmasına (Energy Treaty Charter) dayanarak, ICSID'e gönderilmiş bir uyuşmazlıktır. Bu uyuşmazlık bakımından Procedural Order No. 3 *amicus curiae* müdahaleye hasredilmiş fakat söz konusu karar yayımlanmadığı için ancak nihai kararda (Award) *amicus curiae* müdahale ile ilgili olarak, sınırlı bir bilgiye ulaşma şansına sahip olmaktadır.

3 Eylül 2008 tarihinde, Avrupa Komisyonu (European Commission) ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2 uyarınca *amicus curiae* başvuru talebinde bulunmuştur. Heyet, daha sonra 18 Eylül 2008'de, Komisyondan başvurusunu çeşitli açılardan açıklığa kavuşturması talebinde bulunmuştur. Heyet, 26 Kasım 2008'de Komisyonun başvurusunu değerlendirerek, 15 Ocak 2009'a kadar, Komisyona çeşitli kısıtlamalar altında dilekçe sunma hakkı tanımıştır. Komisyonun, yargılamaya ilişkin belgelere ulaşma talebi konusunda ise heyet, bu konuda taraflar arasında bir uzlaşma olmadığı için bu talebi reddetmiştir.

¹¹¹Ishikawa, **a.g.e.**, s. 406 vd.

¹¹²<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Uyuşmazlığa ilişkin kararların son derece sınırlı bir şekilde yayınlanmış olması sebebiyle, ancak çok az bir bilgiye sahip olduğumuz bu uyuşmazlıkta, Avrupa Komisyonu topluluk hukukunu korumak için müdahale talebinde bulunmuştur. Konumuz bakımından üzerinde durulması gereken husus ise, heyetin Komisyona *amicus curiae* statüsü tanımış olması hususudur. Böylelikle, ICSID uygulaması bakımından, sivil toplum kuruluşları ve gerçek kişiler dışında, Avrupa Komisyonu gibi uluslararası hukuk kişilerinin da *amicus curiae* olarak yargılamaya müdahale edebileceklerini ifade etmiştir heyet.

D.ICSID UYGULAMASINDA AMICUS CURIAE BAŞVURULAR HUSUSUNDA ORTAYA ÇIKAN PRENSİPLER

Şu ana kadar detaylı bir şekilde inceleme fırsatı bulduğumuz, Arjantin'e ilişkin iki vaka, Biwater v. Tanzania ve Aes v. Macaristan uyuşmazlıkları *amicus curiae* başvurular hususunda dikkatlice incelendiğinde şu prensiplerin ortaya çıktığını ifade edebiliriz:

- *Amicus curiae* olarak başvuru yapmak isteyenlerin öncelikle ICSID tahkim kuralları md. 37/2 uyarınca (*'allow to a (non party) to make a submission'*) hükmü uyarınca öncelikle bunun için hakem heyetlerinden izin talebinde bulunması gerekir.

-Tarafların ikisi de başvuru yapanın başvurusu hakkında yorum yapma hakkına sahip oldukları halde (After consulting both parties, the Tribunal may allow...) hiçbirisi bu hususta veto hakkına sahip değildir.

-ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2'de sadece yazılı bildirimde bulunma hakkından bahsedilmektedir, bundan dolayı sağlanan statü kalıcı bir statü değildir. Ayrıca bir başvuru kabul edilmişken aynı dava bağlamında diğeri reddedilebilir¹¹³.

113 Andrew de Lotbinière McDougall, Ank Santens, ICSID Tribunals Apply New Rules on Amicus Curiae , February 2007, (Çevrimiçi) http://www.whitecase.com/publications_02012007_3/ , 30.01.2012.

-Başvurular müşterek olarak bir kişi tarafından yapılabilir, genel uygulamada heyetler usul ekonomisi ve tahkim yargılamasının bütünlüğünün sağlanması gibi sebeplerle, çoğunlukla bu yönde kararlar vermektedirler.

-Heyet başvuruyu değerlendirirken şu üç hususu göz önünde bulundurmaktadırlar,

**Başvurunun heyete, daha doğru bir karara ulaşması için taraflardan farklı bir bilgi, uzmanlık ve bakış açısı getirip getirmediğini,*

**Başvurunun uyuşmazlıkla ve hukuksal sorunla alakalı olup olmadığını,*

**Başvurucunun o uyuşmazlıkta herhangi bir menfaatinin olup olmadığını.*

- *Amicus curiae* olarak kabul edilmiş olmak kendiliğinden, ICSID tahkim kuralları md. 37/2 düzenlemesi uyarınca, yargılamaya ilişkin belgelere ulaşma hakkı vermez (...to file a written submission). Şu ana kadar olan tüm kararlarda, bu talepler reddedilmiş ve genellikle söz konusu kişilerin zaten kamuya mal olmuş bu uyuşmazlıklar hakkında yeterli bilgiye sahip oldukları ifade edilmiştir.

-*Amicus curiae* başvurular yapıldıktan sonra her iki tarafa da söz konusu başvurular hakkında yorum yapma hakkı tanınmaktadır.

-ICSID Tahkim Kuralları md. 32/2 hükmü karşısında, duruşmalara katılma olgusu halen büyük oranda tarafların inisiyatifinde olduğu için, bu durum çok istisnai olarak vuku bulabilecektir.

-*Amicus curiae* olarak müdahale edebilecek kişiler sivil toplum kuruluşları olabilecekleri gibi, gerçek kişiler ve Avrupa Komisyonu örneğinde olduğu gibi uluslararası kuruluşlar da olabilmektedir.

-Davacılar, genellikle *amicus curiae* müdahaleye karşı çıkmaktadırlar. Bu durum *amicus curiae*'lerin genellikle davalıların yanında yer alıyor ya da en azından böyle bir izlenim veriyor olmalarından kaynaklanmaktadır.

-ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2 (c) düzenlemesi karşısında ve davacıların itirazları karşısında heyetler genellikle, yargılamanın bütünlüğünü sağlayacak şekilde bir prosedür belirleme yoluna gitmektedirler.

III. DEVLETİN YATIRIM DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN TAHKİM YARGILAMASINA MÜDAHALESİNİN SÖZ KONUSU OLABİLECEĞİ FARKLI İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A.KONU YA GENEL BİR BAKIŞ

Uluslararası yatırım tahkimi bağlamında üçüncü kişilerin yatırım tahkimine müdahale etme arzusunun altında yatan sebep, söz konusu uyuşmazlıkların bizatihi konusundan kaynaklanmaktadır. Söz konusu süreç, devletin yaptığı idari işlemin ya da yasal düzenlemenin kendi yatırımına zarar verdiğini iddia eden yatırımcının tahkim sürecini başlatması ile başlamaktadır. Söz konusu süreç bu şekilde idari işleme ya da yasal düzenlemeye karşı başlatılınca da, idari işlemin hedef kitlesi olan ve işlemin kendi refahlarına, kamu düzenlerine, kamu sağlıklarına yöneldiğı ya da çevrelerini koruma gibi amaçlara yöneldiğı kişilerin de söz konusu uyuşmazlıkta kendilerini menfaaat sahibi olarak telakki etmeleri ve sivil toplum kuruluşları başta olmak üzere, çeşitli vasıtalar ile bu geniş kamu menfaatlerinin tahkim heyetlerine duyurulmasını istemeleri kaçınılmaz bir hal almaktadır. Özellikle bu durum söz konusu işlemlerin vatandaşların temel insan haklarına yönelen bir işlem olması durumunda önem arzetmektedir. Tahkim yargılamaları bakımından çoğı zaman uygulanacak hukuku oluşturan Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında insan hakları gibi hususların genellikle yer almamaları ve bu sebeple uygulanacak hukuk olarak heyetlerin insan hakları hukukuna doğrudan gidişini sağlayacak mekanizmaların olmaması sebebiyle, devletin insan haklarını koruma yükümlülüğü başta olmak üzere, diğ er yükümlülüklerinin heyetler tarafından hangi temelde ele alınması gerektiğı, son dönemde oldukça tartışılan bir husus olmakta ve uluslararası hukukun birliğı ve parçalılığı

ekseninde geniş tartışmalar yapılmaktadır¹¹⁴ . Bu bağlamda devletin yatırım dışı sorumlulukları ve heyetlerin insan hakları karşısındaki tutumlarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi, üçüncü kişilerin müdahalelerinin temelini ve etkisini anlamak için önemli bir mesele olmaktadır. Ayrıca devletin düzenleme gücünün nerede başlayıp nerede bittiği ve uygulamada tahkim heyetlerinin bu durumu nasıl değerlendirdiği meseleleri de *amicus curiae* müdahalelerin pratikte nasıl bir anlam ifade edebileceklerini anlamak için önemli bir noktayı oluşturmaktadır. *Amicus curiae*'lerin müdahale talebinde bulundukları, bir taraftan devletlerin insan haklarını koruma ve gözetme yükümlülüğü gibi yatırım dışı sorumluluklarının söz konusu olduğu, bir taraftan da devletin en genel ifade ile toplum refahı için yaptığı bir işlemin egemenlik ile bağdaşan bir güç kullanımının ötesine geçip geçemediği gibi meseleler *amicus curiae* müdahalelerin ne ölçüde etkili olabileceklerinin de göstergesi olacaklardır. Bu sebeple bu bölümde insan hakları meselelerinin heyetlerin karşısına kimler tarafından nasıl çıkarıldığı ve nasıl değerlendirildiği gibi hususların yanı sıra, devletlerin düzenleme yetkilerine karşı heyetlerin nasıl bir tutum sergiledikleri hususu da ele alınacak ve *amicus curiae*'ler bakımından potansiyel müdahale alanları niteliği taşımaları ve ayrıca *amicus curiae*'lerin ne ölçüde başarılı olabileceklerini anlama bakımından, bu hususlar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

¹¹⁴James D. Fry, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", **Duke Journal Of Comparative & International Law** , Vol. 18:77, 2007; Moshe Hirsch, "Interactions Between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law," in **Oxford Handbook of International Investment Law**, Edt.: Christoph Schreuer , Peter Muchlinski, Federico Ortino , Oxford University Press, 2008, ayrıca SSRN: <http://ssrn.com/abstract=947430> .Uluslararası Hukuk Komisyonunun, bu husustaki tartışmalara son vermek için hazırladığı çalışmanın nihai hali olarak, **Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law**, **International Law Commission**, Report of the Study Group of the International Law Commission , Fifty-Eighth Session, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, (Çevrimiçi) http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf , 30.01.2012.

B. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ-İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

Uluslararası yatırım tahkimi daha önce farklı bağlamlarda ifade ettiğimiz üzere, klasik ticari tahkimden farklı bazı hususiyetler taşımakta ve bu sebeple verilen hükmün sonuçları, uluslararası ticari tahkimdeki gibi sadece iki özel hukuk kişisini ve bunların malvarlığını etkilememekte, söz konusu sektördeki idari düzenlemelerin ve o alandaki kamu politikalarının değişmesine kadar gidebilecek geniş etkiler taşımaktadır. Bu hususta çarpıcı bir örnek olarak, yakın zamanda Güney Afrika'nın ekonomik bakımdan daha önceki rejimin uygulamaları sebebiyle dezavantajlı bir konumda bulunan ve nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan, siyahi nüfusun ekonomik açıdan iyileştirilmesini öngören düzenlemesinin (Black Economic Empowerment) İtalyan yatırımcı tarafından bu düzenlemenin yatırımlarına zarar verdiği gerekçesi ile ICSID önüne taşınması hususu gösterilebilir¹¹⁵. Her ne kadar davacı, davasını geri çekmiş ve heyet ileri sürülen iddialar bakımından esasa ilişkin detaylı bir incelemeye girmemişse de, bu uyuşmazlığın bizzatihi kendisinden görüldüğü ve anlaşıldığı üzere, yatırım uyuşmazlıklarının etkileri bu denli geniş olabilmektedir. Bu sebeple, bu alandaki uyuşmazlıklar, verilecek olan kararın öncesinde ve sonrasında çok daha büyük bir ilgi ile karşılaşmaktadırlar. Kararların bu denli bir ilgi ile karşılaşmasının en önemli sebeplerinden birisi olarak kararların, maddi açıdan kimi zaman yüz milyonlarca değerleri bulan rakamlara ulaşmaları sebebiyle, Arjantin örneğinde olduğu gibi kimi zaman bütçe için çok sıkıntılı durumlara yol açmaları ve aynı zamanda faaliyet gösterilen sektörün sonucu olarak uyuşmazlığın çoğu zaman bizzatihi konusunun direkt olarak geniş halk kitleleri ile alakalı olması gösterilebilir. Gerçekten de özellikle ICSID bağlamında uyuşmazlıklara bakıldığı zaman, uyuşmazlıkların konusunun çoğu zaman, su, baraj, yol yapımı, enerji tedariki, telekomünikasyon gibi devletlerin temel kamu hizmetleri yükümlülüklerine ilişkin olmaları sebebiyle, bu uyuşmazlıkların çözüm sürecinde bu sebeple çoğu zaman geniş

¹¹⁵ Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa, (ICSID Case No. ARB(AF) 07/1), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

halk kesimlerinin insan hakları iddiası ile ortaya çıkması mümkün olmaktadır. Bu sebeple tahkim heyetlerinin insan hakları ihlalleri iddiaları karşısındaki tutumları büyük bir önem kazanmaktadır. Her ne kadar hakemlerin insan hakları ihlali iddialarına karşı olan ilgisizlikleri, yatırım tahkimi ve ticari tahkim bağlamında iyi bilinen bir gerçek olsa da, söz konusu iddialar üçüncü kişiler tarafından yapıldığı zaman hakemlerin takınacağı tavır yeni bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakemlerin taraflardan birisi tarafından yapılan insan hakları ihlaline ilişkin argümanları, çeşitli sebeplerle gözardı edebilmesi her zaman mümkün olabilmektedir. Bunun en önemli sebebi olarak Simma'nın¹¹⁶ da ifade ettiği, hakemlerin kendilerinin çoğu zaman özel hukuk menşeli olmaları ve insan hakları ihlali iddialarını kendi otonom alanlarını işgal etmeye, bozmaya yönelik bir girişim olarak algılamaları hususu olduğunu ifade edebiliriz. Hakemler bu sebeple bu tür durumlarda kendilerini genellikle yetkisiz görerek, söz konusu talepler hakkında bir karar vermekten kaçınmaktadırlar.

Ayrıca olayların çoğunda insan hakları ihlali iddialarının devlet tarafından ileri sürülüyor olması da asıl amacı yatırımcının haklarını korumak olan bir sistem olan uluslararası yatırım hukuku alanında söz konusu iddiaların hakemlerce gözardı edilmesinin başka bir sebebini oluşturmaktadır. Fakat insan haklarına ilişkin ihlal iddiasının yatırımcı tarafından ileri sürülmesi de tahkim heyeti tarafından söz konusu iddialara kulak verilmesini sağlayan bir gelişme olamamaktadır. Fakat, *amicus curiae* olarak yargılamaya katılanların iddialarına karşı hakemlerin nasıl bir tavır takınacakları hususu yeni bir durumdur ve bu durumda hakemlerin takınacakları tavırlar, *amicus curiae* müdahalenin amacı, nitelikleri ve geleceği üzerinde büyük bir etkiye sahip olacaktır. Hakemlerin genel olarak, devletin yatırım dışı sorumluluklarına, daha özel olarak da insan hakları sorumluluğuna karşı olan genel tavırlarını, *amicus curiae*'lerin argümanlarına karşı da sürdürmeleri, *amicus curiae* olarak yargılamaya katılan şahısların bu argümanlarını boşa çıkaracak nitelikte bir tutum olacaktır. Vaka analizi kısmında da dikkat çektiğimiz üzere, *amicus curiae*'ler

¹¹⁶Bruno Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights?" **International and Comparative Law Quarterly** Vol.. 60, No. 3, July 2011 (573 – 596).

genellikle devletin yatırım dışı sorumluluklarını gündeme getirmekte ve heyetleri bu hususta bilgilendirmektedir. Dolayısıyla heyetlerin devletin yatırım dışı sorumluluklarını dikkate almadığı bir ortamda, *amicus curiae* müdahalelerin beklenen etkiyi doğurması beklenemez. Bu sebeple hakemlerin, *amicus curiae*'ler tarafından yapılan insan hakları ihlaline ilişkin iddialara farklı yaklaşma zorunluluğu ile karşılaşacağı hususu bir gerçektir. Daha önce incelediğimiz Suez/Vivendi v. Arjantin ve Biwater v. Tanzania kararlarında heyetler, ilk defa bu kadar net bir şekilde insan hakları hususuna vurgu yaparak, bu hususta yeni bir yaklaşımın ortaya konulabileceğini ve böylelikle *amicus curiae* başvurular bağlamında, insan hakları ihlali iddialarına farklı bir yaklaşım gösterilebileceğini ifade etmişlerdir. Hatırlanacağı üzere heyetler söz konusu her iki kararda da *amicus curiae*'lerin yargılamaya kabul sebepleri bağlamında, söz konusu uyuşmazlıkların konusunun geniş halk kitlelerinin insan haklarını ilgilendirmesi gibi hususlara genişçe atıfta bulunmuşlardır. Biwater v. Tanzania kararında heyet, *amicus curiae*'lerin özellikle insan hakları alanındaki rolüne atıfta bulunarak, tahkim heyetlerinin insan hakları ihlalleri iddialarına karşı farklı bir tutum izleyebileceğini belirtmiştir.

Bu bağlamda asıl üzerinde durulması gereken ve özellikle üçüncü kişilerin müdahale etmesinin altında yatan mantıkla da doğrudan bir ilgisi olan ve uyuşmazlıkların çoğu bakımından karşımıza çıkan devletin iki alandaki yükümlülüklerinin çakışması durumunda, heyetlerin *amicus curiae*'ler tarafından ileri sürülen insan haklarına ilişkin argümanlara karşı nasıl bir tutum sergileyecekleri hususudur. Başlatılan tahkim yargılamalarına bakıldığı zaman, günümüzde artık doğrudan kamulaştırma örneğinin son derece nadir olduğu, ortaya çıkan uyuşmazlıkların genellikle devletin yaptığı bir yasal düzenleme ya da idari işleme karşı başlatıldığı görülecektir. Devlet, söz konusu idari ya da yasal düzenlemeyi, başka bir alandaki sorumluluğunu yerine getirmek için çıkarmakta ve yatırımcılar bu durumun kendi yatırımlarına zarar verdiklerini ifade etmektedirler. Bu sebeple, devletin düzenleyici işlemlerinin bir sonucu olarak ortaya bir uyuşmazlığın çıktığı hemen hemen her durumda, devletin iki alandaki sorumluluklarının çatışmasından

bahsedilebilecektir. Bu sebeple, son yıllarda oldukça tartışılan bir konu olan uluslararası hukukun tekliği (unity) ve parçalılığı (fragmentation) meseleleri çerçevesinde tartışmayı şu şekilde özetleyebiliriz: Devletin yatırımların korunmasına ilişkin yükümlülükleri ile vatandaşlarının temel insan haklarını koruma yükümlülüğü başta olmak üzere, diğer yatırım dışı yükümlülüklerinin çatışması durumunda heyetin nasıl bir tutum izleyeceği meselesi uluslararası hukuk bakımından henüz cevabını bulmamış bir sorudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından bu alanda birden fazla çalışma yapılmış ve söz konusu tartışmalara bir yön verilmeye çalışılmıştır¹¹⁷. Her ne kadar bu şekilde bir çatışmadan bahsedilemeyeceğini ifade eden yazarlar olsa da aksi görüş daha ağırlık kazanmakta ve hatta ikinci görüş taraftarlarınca bir normlar hiyerarşisi oluşturulması fikri dahi savunulmaktadır¹¹⁸.

Amicus curiae müdahaleyi anlatırken de açıkladığımız üzere, *amicus curiae*'ler genellikle geniş halk kitleleri adına temel hak ihlalleri iddialarıyla ortaya çıkmakta ve özellikle düzenleyici işlemlerle kamulaştırmadan ve genel olarak bu yolla yatırımlara zarar verilmesinden yaygın olarak bahsedildiği bir sistemde, söz konusu düzenleyici işlemin adına yapıldığı kitlelerin temel insan hakları, çevre, yerli halkın yaşam alanlarının korunması gibi alanlarda sıklıkla tahkim yargılamalarına müdahale talep etmeleri kaçınılmaz bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple “*police power*” gibi devletin hangi alanlarda ne kadar düzenleme yapabileceğine ilişkin olarak uluslararası hukukta gelişen istisnalar başta olmak üzere, insan hakları meselelerinin tahkim yargılamasında gündeme gelebileceği farklı ihtimallerin değerlendirilmesi gerekir. Bu tür alanların hepsi, üçüncü kişiler bakımından potansiyel müdahale alanlarıdır.

Uluslararası yatırım tahkiminin konusunun birer egemen güç olarak, devletlerin yaptıkları işlemler olduklarını ve esasında söz konusu yargılamada devletin yaptığı işlemin iç hukuktaki idari yargı mercilerince yapıldığına benzer bir

¹¹⁷2002 yılından 2006 yılına kadar, her yıl düzenli olarak, bu hususta çalışmalar yapılmış ve bu çalışmalar raporlanarak yayımlanmıştır. Raporlar için bkz., (Çevrimiçi) <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/54/54sess.htm> , 30.01.2012.

¹¹⁸Hirsch, a.g.e., genel olarak.

şekilde bir yaklaşımla, bir analize tabi tutularak değerlendirilmeye alındığını ve bunun sonucu olarak söz konusu işlemin yatırımcı üzerinde bir etkisinin olup olmadığının belirlenmeye çalışıldığını ifade etmiştik. Bu bağlamda, yasama organlarının ya da idarenin yaptığı bir işlemin uluslararası tahkim kurumlarınca tazminata mahkum edilebilmek için bir vesile sayılmasının, devletin egemenliği üzerindeki etkilerinden daha önce bahsetmiş idik. Devletin en asli yetkilerinden birisi olan düzenleme yetkisinin bu şekilde yargılamaya konu yapılması, beraberinde çok çeşitli kamu hukuku ve uluslararası hukuk sorunlarını gündeme getirmektedir. Mesela, devletin sağlığa zararlı olduğu tespit edilen bir kimyasal maddenin üretimini yasaklamasının, söz konusu yatırıma zarar verdiğini iddia ederek, dava açan bir yatırımcının söz konusu olması durumunu ele alalım. Devletin, vatandaşlarının sağlık başta olmak üzere, birden çok temel hakkını korumak için atacağı bu adım, uluslararası tahkim kurumlarınca devletin çok ciddi tazminatlarla karşı karşıya kalmasına ve kararın (“chilling effect”) düzenleyici, bağlayıcı ve yol gösterici etkisinden dolayı o sektörün regülasyonu üzerinde çok çeşitli sonuçlara yol açabilecektir. Konuyu şu şekilde açabiliriz, örneğin Latin Amerika örneğinde sıkça rastladığımız ve ICSID kararlarına da konu olan olaylarda, su sistemini işleten şirketin bu işi yetersiz basınç, ya da sağlıksız su sağlamak gibi fiziki, teknik sebeplerle toplumun tamamı için ya da fahiş denilebilecek ölçülerde zamlarla toplumun bazı kesimleri için suya ulaşmayı imkansız hale getirmesi durumunu ele alalım. Devletin bu durumda yapması gereken ve genellikle yaptığı şeylerin başında, popülist saiklerle ya da hukuksal kaygılarla, vatandaşların temel haklarını korumak için bu sürece müdahale etmektir. Fakat Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının getirdikleri korumaya bakıldığı zaman, devletin bu tür bir durumda yapacağı müdahalenin söz konusu antlaşmayı ihlal etmesi ve devleti yabancı yatırımcıya karşı sorumlu kılması kaçınılmaz bir durum olmaktadır. Yine Burke-White¹¹⁹ tarafından verilen örneğe baktığımızda da benzer bir sonucun karşımıza çıktığını ifade edebiliriz. Alman bir şirketin Pakistan’da Avrupalı müşterilerine

¹¹⁹Burke-White, a.g.e., genel olarak.

satmak için ürettiği bazı ürünlerin genel ahlak ve kamu düzeni üzerindeki etkisinden dolayı, Pakistan devletinin müdahalesi ile karşılaşması durumunda, bu husus her ne kadar devletin temel bir alanda yapması gereken yükümlülüklerini yerine getirdiği ve bunun egemenliğin bir sonucu olarak “police power” istisnasından faydalanacağı hususu göz önünde bulundurulabilse de, uygulamada durum böyle olmamakta, bu durum devletin sorumluluğuna yol açacak şekilde yorumlanmaktadır heyetler tarafından. Buna sebep olarak, heyetlerin işlemin ardında yatan saik ne olursa olsun onunla ilgilenmemeleri ve aşağıda teorik boyutunu da göreceğimiz “police power” istisnasını sadece kamulaştırmaya ilişkin iddialar bakımından kabul etmeleridir. Söz konusu örnek üzerinden devam edersek, Almanya ile Pakistan arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında söz konusu alana ilişkin olarak istisnaların yer almaması durumunda, devlet yasama ve yürütme fonksiyonundan ötürü tazminat yükümlülüğü altına girmekte ve bu durum devletlerin neler yapabileceği, neler yapamayacağı noktasında özellikle vatandaşların temel insan hakları bağlamında ciddi sorunlara yol açmaktadır. Devletin bazı temel alanlardaki düzenleme gücüne ilişkin istisnaların Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında genellikle yer almadığı ve bu durumun yeni bir olgu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu durumun anlamı daha iyi anlaşılacaktır. İleriki bölümlerde göreceğimiz üzere, 2004 tarihli Model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında ABD söz konusu istisnalara yer vermiş ve bu alanda bir ilki gerçekleştirmiştir¹²⁰.

Bu bağlamda yatırım dışı yükümlülüklerin genellikle insan hakları olarak karşımıza çıkması sebebiyle, ICSID bakımından insan hakları hukukunun ne şekilde bir uygulama alanı bulabileceği hususu üzerinde durmak gerekir. ICSID örneğinde, ICSID bakımından uygulanacak hukuklardan bir tanesinin uluslararası hukuk

¹²⁰ABD Model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması 2004 Ek B : “Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations” , (Çevrimiçi) <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> , 30.04.2012. Söz konusu düzenleme ileride de ifade edeceğimiz üzere, ABD’nin 2012 Model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında da aynı şekilde yer almaktadır.

olabilmesi ve heyetlerin uygulayacağı hukuk olan Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının da en nihayetinde uluslararası hukukun bir parçası olması sebebiyle, heyetlerin aşağıdaki yollarla uluslararası hukuk yoluyla, insan hakları hukukuna gidebileceklerini ve insan hakları hukukunu uygulanacak hukukun bir parçası haline getirebileceklerini ifade edebiliriz¹²¹:

-Uygulanacak hukuk, çeşitli atıflar yoluyla söz konusu düzenlemelere kapı açabilir,

-Heyetler Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan hükümlerin anlamının tespiti içinde insan haklarından faydalanabilecek ve böylelikle insan hakları hukukunun uygulanmasına kapı açabileceklerdir. Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan hükümlerin genellikle hukuksal sınırları tartışmalı, muğlak ve yoruma ihtiyaç duyan ifadeler oldukları göz önünde bulundurulduğunda, bu ihtimalin anlamı daha iyi anlaşılabilir.

-Az önce de ifade ettiğimiz üzere yeni nesil Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan muafiyet klostarı (“exception clause”) başka bir kapı olabilecektir, insan hakları hukukuna gidebilmek için.

-Daha önce incelediğimiz, Arjantin’e ilişkin olarak heyetlerin amicus curiae müdahaleyi kabul ettiği kararlarda ve Biwater kararında heyetler ICSID tahkiminin anlaşılmasına kolaylaştırmak, karmaşık insan hakları meselelerine yanıt verebilmek gibi amaçlardan bahsetmişlerdir. Bu durum, söz konusu kurumun kendisine ilişkin kaygılarında insan haklarının uygulanması bakımından bir başka kapı olabileceğini ifade etmektedir¹²².

¹²¹Anne Van Aaken, “Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection”, Finnish Yearbook of International Law, 2008; U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2008-1, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1097529> , s. 11 vd..

¹²²Aaken, **a.g.e.**, s.11.

C. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİ UYUŞMAZLIKLARINDA TAHKİM HEYETLERİNİN İNSAN HAKLARI OLGUSUNA ATIFTA BULUNDUĞU BAŞLICA DURUMLAR

Tahkim heyetlerinin daha önce çeşitli vaka analizleri bağlamında da gördüğümüz üzere, çok sıklıkla olmasa bile, özellikle karmaşık kamu menfaati meselelerinin söz konusu olduğu durumlarda insan hakları olgularına atıf yaptıkları görülmektedir. Söz konusu atıflar, genellikle kararların meşruiyetini arttırmak ve uluslararası hukukun bir parçası olarak insan hakları hukukunun yatırım tahkimi bakımından boşlukların söz konusu oldukları durumlarda bu boşlukları doldurma ihtiyacından ileri gelmektedir. Gerçekten de özellikle AİHM bağlamında, söz konusu koruma mekanizmasının etkililiği ve mülkiyetin korunması gibi alanlardaki getirdiği etkili ve iyi bilinen ölçütlerin, özellikle kamulaştırma iddialarının son derece sıklıkla ileri sürüldüğü yatırım uyuşmazlıklarında tahkim heyetlerinin sıklıkla AİHM heyetlerinin kararlarına atıf yapması sonucunu doğurduğunu ifade edebiliriz¹²³. Bu bağlamda özellikle kamulaştırmanın ne olduğu ve bu doğrultuda geliştirilen kriterlerin neler olduğu hususunda sıklıkla AİHM uygulamasına ve ADİHM uygulamasına atıf yapıldığı görülecektir. Konu, çok farklı şekillerde, çok çeşitli sınıflandırmalar altında incelenebilir. Fakat çalışmamızda daha pratik ve sistematik olması açısından Fry'in¹²⁴ ayırımını takip ederek üçlü bir ayırımla şu şekilde inceleyebiliriz konuyu:

1.Uygulanacak Maddi Hukukun AnlamınınTespitinde

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere özellikle kamulaştırma iddiaları konusunda karar verirken, heyetler önlerindeki uyuşmazlık bakımından çok çeşitli konularda AİHM ve ADİHM uygulamalarına atıf yapmaktadırlar. Bu durum, çok çeşitli şekillerde açıklanabilir. Özellikle, AİHM bağlamında mülkiyetin korunması mekanizmasının etkililiği ve vaka sayısının çokluğu ve vakaların iyi bilinmesi

¹²³AİHM'in mülkiyetin korunmasına ilişkin uygulamasını ayrıntılı bir şekilde inceleyen kapsamlı bir çalışma olarak bkz. , Gemalmaz, **a.g.e.**, genel olarak.

¹²⁴Fry., **a.g.e.**, s.83

sebebiyle, özellikle düzenleyici işlemler yoluyla kamulaştırmanın (regulatory expropriation) iddia edildiği vakalarda, AİHM'in geliştirdiği orantılılığa ilişkin ilkeye heyetlerce çok fazla atıf yapıldığı görülmektedir. Bu sebeplerle, yatırım tahkiminin bu alanlarda eksik kaldığı ve tam bir adalet sağlayamadığı gerekçesiyle buna alternatif olarak kimi yazarlarca¹²⁵, söz konusu AİHM ölçütlerinin yatırım tahkimine transferi teklif edilmektedir.

Tecmed vakasında davacı, Meksika'da zehirli atıkların gömülmesi alanında faaliyette bulunan bir İspanyol yatırımcıdır. Yatırımcı, lisansının yenilenmemesi üzerine Meksika aleyhine ICSID'te tahkim yargılaması başlatmıştır ve söz konusu işlemin, başta kamulaştırma olmak üzere, İspanya-Meksika arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının çok çeşitli hükümlerini ihlal ettiğini ifade etmiştir. Heyet, çeşitli AİHM vakalarına atıfla dolaylı kamulaştırmadan ve bunun şartlarından özellikle orantılık ve kamu menfaati gibi şartlardan ne anlaşılması gerektiğini ifade etmeye çalışmıştır¹²⁶. Bu karar bakımından üzerinde durulması gereken ilginç noktalardan birisi de taraflardan ya da hakemlerden hiçbirisi Avrupa kıtasından olmamasına rağmen, AİHM uygulamasına bu şekilde atıf yapılmış olmasıdır. Bu durum AİHM kararlarının bilinirliğini ve yaygınlığını göstermesi açısından ilgi çekici bir örnektir.

Saipem v. Bangladeş¹²⁷ vakasında davacı, Bangladeş devletinin sözleşmede yer alan şart uyarınca gidilen ICC tahkimini çeşitli şekillerde engellediğini ve daha sonra verilen kararın icrası aşamasında çeşitli yollarla ICC heyeti tarafından verilen karara müdahale edildiğini iddia ederek, İtalya-Bangladeş arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasına dayanarak, ICSID nezdinde tahkim

¹²⁵ U. Kriebaum, "Regulatory Takings: Balancing the Interest of the Investor and State", **The Journal of World Investment & Trade**, 2007.

¹²⁶ Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States (Case no. Arb (AF)/00/2), Award, Par.116, 122, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

¹²⁷ Saipem S.P.A. v. The People's Republic Of Bangladesh (ICSID Case No. Arb/05/07) Decision On Jurisdiction and Recommendation On Provisional Measures, Par., 130,132, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

yargılaması başlatmıştır. Heyet, ICC heyeti tarafından verilen kararın, kamulaştırmaya konu olabilecek nitelikte bir mal olup olmadığı hususunda AİHM uygulamasına başvurmuştur. Heyet, AİHM'nin duraksamaya yer olmadan yukarıdaki soruya olumlu cevap vermiş olmasını kendisi için yeterli bir cevap olarak görmüş ve kararını bu doğrultuda vermiştir.

Mondev v. Amerika¹²⁸ kararında heyet, Tecmed kararına benzer bir şekilde yine uyuşmazlık NAFTA'dan kaynaklanmasına ve taraflardan ikisi de Avrupa menşeli olmamasına rağmen AİHM içtihatlarına genişçe atıflar yapmıştır. Heyet geçmişe yönelik uygulama ve hangi hukukun uygulanması gerektiği ile ilgili olarak AİHS md. 7' ye atıfta bulunmuş ve bunun bir rehber görevi görebileceğini ifade etmiştir. Heyet, devletin yargı muafiyetinden ne anlaşılması ile ilgili olarak AİHS md. 6/1 ve AİHM içtihatlarına atıfta bulunmuştur.

Tüm bu örnekler, yatırım tahkimi bakımından heyetlerin, insan hakları konusunda daha eski bir geçmişe ve daha köklü bir uygulamaya sahip olan bölgesel insan hakları mercilerinin kararlarından istifade etmeye olan yatkınlığını ve özellikle AİHM örneği bakımından iyi çalışan bir sistemin ne ölçüde uluslararası hukukta etkili olabileceğini göstermektedir.

2. Uygulanacak Usul Hukukunun Tespitinde

Bu konuda heyetlerin *amicus curiae* uygulamasındaki tutumları tipik örnek olarak gösterilebilir. Heyetler *amicus curiae* müdahaleleri usuli bağlamda ele almışlar ve bu usulün gerekçelendirmesini yaparlarken de insan hakları meselelerine atıfta bulunmuşlardır. Hatırlanacağı üzere heyetler ikinci bölümde izah ettiğimiz vakalarda, *amicus curiae* müdahaleye izin veren kararlarda, *amicus curiae* başvuruları bir usuli mesele olarak ele almışlar ve usuli meseleye karar verirken, her

¹²⁸ **Mondev International Ltd. v. United States of America** (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2), Award, Par., 138, 141, <http://www.state.gov/s/l/c3758.htm> .

üç¹²⁹ kabul kararında da aşağıdaki şekilde bir insan hakları atfı yaparak karar vermişlerdir:

“Söz konusu uyuşmazlığın su dağıtımı ve altyapı ile ilgili olması sebebiyle uyuşmazlığın temel bir hizmetin sunumu ile alakalı olduğunu, bu sebeple uyuşmazlığın insan hakları meselelerini de gündeme getirebilecek, bir çok kompleks kamu hukuku ve uluslararası hukuk problemlerini doğurmaya aday olduğunu, ve çıkacak hüküm kimin lehine olursa olsun, hükmün söz konusu temel hizmetin sunumunu etkileyeceğini ve tüm bu hususların bu uyuşmazlıkta özel bir kamu menfaati uyanmasına sebep olduğunu ifade etmiştir. Bu sebepten ötürü heyet, davanın kamu menfaati taşıdığını ve bunun ticari tahkimden farklı olarak, özel şahıslara ait, onların arasındaki bir mesele olarak görülemeyeceğini ve bu sebeple başvurularda gereksiz yere yargılamaya müdahale eden kişiler olarak (officious intermeddlers) bakılmaması gerektiğini ifade etmiştir”.

Görüldüğü üzere, heyetler önlerindeki mesele her ne kadar usuli bir mesele de olsa, bunun temellendirilmesi için insan hakları olgusuna atıf yapmıştır.

3.Uluslararası Yatırım Hukuku İle İnsan Hakları Hukuku Arasında Olduğu İddia Edilen Çelişkilerin Giderilmesinde

Özellikle düzenleyici işlemler yoluyla kamulaştırmalar (regulatory expropriation) bağlamında, devletler tarafından söz konusu işlemlerin yapılmasının zorunluluğu ve yatırım dışı yükümlülüklerinin kendilerini bu yönde bir yol izlemeye yönelttiği şeklindeki argümanlara karşı, heyetler bu iddialara karşılık olarak, çok detaylı olmasa da, yine insan haklarına ilişkin argümanlarla karşılık verme yoluna

¹²⁹ Suez/Vivendi v. Argentina (ICSID Case No. ARB/03/19), Order In Response To A Petition For Transparency and Participation as ; Suez/İnterAguas v. Argentina (ICSID Case No. ARB/03/17), Order In Response To A Petition For Transparency and Participation as ; Biwater v. Tanzania (ICSID Case No.ARB/5/22), Procedural Order 5.

gitmektedirler. Doktrinde, ICSID bağlamında görülen bir uyuşmazlıkta, çelişki durumunda şöyle bir yol haritası izlenebileceği ifade edilmektedir¹³⁰:

-Heyetin öncelikle ICSID Kon. md. 42 uyarınca ayrıntılı bir inceleme yaparak, uygulanacak hukuku tespit etmesini,

-Heyet, eğer uygulanacak hukuk metinleri arasında bir çelişki varsa bu çelişkiyi gidermeye çalışmalı, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonunda yer alan kurallar da dahil olmak üzere, çok taraflı antlaşmalar yolu ile çelişkileri gidermeye çalışmalı, eğer bu çelişki hala giderilemiyor ise somut olayın koşullarına göre bir değerlendirme yapmalı,

- En nihai olarak heyet, devletin böyle bir tedbir almak zorunda kaldığına kanaat getirirse, tarafların aralarında sorumluluğu paylaşırma yoluna gitmelidir.

Leeks'in analizine göre heyet, yatırım dışı sorumluluğun diğer çok taraflı antlaşmalar ya da uluslararası örf-adet hukukundan kaynaklandığına kanaat getirirse, taraflar arasında sorumluluğu dağıtacak ve hakkaniyete daha uygun bir kararın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Örneğin mesele, su hakkı bakımından ele alındığında bu hakkın uluslararası örf adet hukukunun bir parçası olduğuna karar verilebiliyorsa, heyet artık bu durumda sadece yatırımcının yatırımına zarar gelmesi olgusunu göz önünde bulundurmuyacak, ayrıca su sağlama yükümlülüğünü de dikkate alarak, sorumluluğu taraflar arasında paylaşma yoluna gidecektir. Yazar, bu durumun sonraki antlaşmaların daha sonra akdedilmiş olmaları ihtimalinde ya da devletin önceki yükümlülüklerine aykırı olarak bir yükümlülük altına girmiş olması ihtimalinde, bu durumun adil sonuçlar doğurmayacağını ve en iyi çözümün heyetin söz konusu zararları hesaplarken göz önünde bulundurması gereken başka hususlar da var ise, onları da göz önünde bulundurup, buna göre bir karar vermesi olduğunu ifade

¹³⁰ Annie Leeks, "The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus Of International Law: The ICSID Approach", **University of Toronto Faculty of Law Review**, Volume 65, Number 2, Spring 2007.

etmektedir¹³¹. Yazar, bu durumun yatırımcının ev sahibi devletin yatırıma ilişkin mevzuatına uyma zorunluluğu olduğu kadar, ev sahibi devletin uluslararası yükümlülüklerine uymak zorunda da olmasıyla gerekçelendirilebileceğini ifade ediyor. Yazar üçüncü kişinin ev sahibi devletin yatırım dışı uluslararası yükümlülüklerine uyma yükümlülüğünün, kendi yatırımının zarar görmesi pahasına olabileceğini ifade ediyor. Üçüncü kişilerin müdahalesi açısından bakıldığında zaman, bu hususun tam da üçüncü kişilerin müdahalesine uygun bir zemin sağladığı ifade edilebilir. Üçüncü kişiler bu tür durumlarda devletin diğer yükümlülüklerine atıfta bulunarak, bunların gündeme gelmesine ve verilecek kararın bu hususu da göz önünde bulundurarak verilmesini sağlamaya çalışabilirler.

Azurix v. Arjantin vakası, Arjantin'in su sektöründe ortaya çıkan bir uyuşmazlıktır¹³². Davacı, Arjantin-ABD arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasına dayanarak, Arjantin tarafından yapılan çeşitli eylem ve işlemlerin söz konusu antlaşmanın başta kamulaştırma olmak üzere, çeşitli hükümlerini ihlal ettiği iddiası ile Arjantin aleyhine ICSID nezdinde tahkim yargılaması başlatmıştır. Davacının iddialarına karşılık olarak, Arjantin Devleti, söz konusu antlaşma hükümleri ile tüketicilerin korunmasına ilişkin insan hakları antlaşmaları arasında çelişki olduğunu ve bu çelişkinin tüketiciler yani insan hakları lehine çözülmesi gerektiği iddiasında bulunmuştur. Davalının bu argümanına karşı, heyet argümanın tam olarak ileri sürülmediğini ve bu sebeple aradaki çelişkiyi anlamadığını ifade ettikten sonra, söz konusu hizmetin tüketicilere kesintisiz bir şekilde akmaya devam ettiğini ve bu sebeple bu argümanın reddedildiğini ifade etmiştir .

Cms v. Arjantin vakası,¹³³ Arjantin'in gaz sektöründeki özelleştirmeler sonucunda, gaz sektöründe ortaya çıkan bir uyuşmazlıktır. Davacı, ABD-Arjantin

¹³¹Leeks, **a.g.e.**, genel olarak.

¹³²**Azurix Corp. v. Argentine Republic** (ICSID Case No. ARB/01/12), Award, Par., 261, <http://icsid.worldbank.org/ICSID> .

¹³³**CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic** (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, Par., 121, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

arasındaki Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasının çeşitli hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla ICSID nezdinde Arjantin devletine karşı bir tahkim yargılaması başlatmıştır. Davacının çeşitli ihlal iddialarına karşılık olarak; Arjantin, ekonomik krizin insan haklarını koruma yükümlülüğünü tehlikeye attığını ve bu sebeple hiçbir yatırım antlaşmasının, daha önceden kendisi tarafından anayasal olarak tanınmış hakların üstünde olamayacağını ve bu şekilde yorumlanamayacağını vurgulamıştır. Heyet, davalının bu savunmasına karşılık olarak, bu uyuşmazlık bakımından iki yükümlülük arasında herhangi bir çelişki görmediğini, Arjantin Anayasasının da tıpkı insan hakları antlaşmaları gibi mülkiyeti koruduğunu ve taraflarca tartışılan meselelerin insan haklarını etkileyecek nitelikte olmadığını ifade etmiştir.

Söz konusu her iki uyuşmazlık bakımından da heyet her ne kadar esasa ilişkin derin teorik tartışmalara girmeyip, karmaşık insan hakları ve uluslararası hukuk meselelerinden kaçınmışsa da, insan hakları yükümlülüğünü tamamen bir kenara atmayıp, söz konusu iddiaları, söz konusu uyuşmazlıklar bakımından geçersiz bulmuş olsa da, Tradex Hellas S.A. v. Arnavutluk kararında heyet, davalı tarafından ileri sürülen geçmişe yönelik uygulamaya ilişkin prensiplerle insan hakları arasındaki ilişki hakkında karar verirken söz konusu argümanları tartışma gereği dahi duymadan söz konusu hususların tartışılacağı zeminin söz konusu uyuşmazlık olmadığına karar vermiştir¹³⁴. Ayrıca yeri gelmişken, öneminden ve bilinirliğinden dolayı UNCITRAL heyetlerinin önüne gelen ve yatırım tahkimi- insan hakları ilişkisi bağlamında iyi bilinen bir uyuşmazlık olan Biloune v. Gana¹³⁵ uyuşmazlığına da değinmek gerekir. Davacı 13 gün boyunca sorgusuz bir şekilde gözaltında tutulmuş ve daha sonra sınır dışı edilmiştir. Söz konusu tahkim, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan, “Yatırımcı ile söz konusu devlet arasında söz konusu girişimle ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkime gönderilebileceği...” şeklinde bir temele

¹³⁴**Tradex Hellas S.A. v. Albania**, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, Dec. 24, 1996, 14 ICSID (W. Bank) 161 (1999).<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

¹³⁵**Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana**, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR, 184.

dayanmakta idi. Yatırımcı yukarıda bahsettiğimiz uygulamaları heyetin önüne götürmüş ve bu hususlarda da karar verilerek, söz konusu devletin tazmin yükümlülüğü altına sokulması gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, bu talep karşısında uluslararası teamül hukukunun devletlere vatandaşlığı bakmadan tüm insanların temel hak ve özgürlüklerine saygı duyma yükümlülüğü yüklediğini ve fakat bu durumun heyete her temel insan haklarından sapma durumu için yetki kazandırmadığını ifade etmiştir. Heyet, bu kararını gerekçelendirirken, kendisine yetki veren, tarafların rızasını içeren şarta bakmış ve söz konusu yatırımdan bağımsız olarak, başlı başına bir insan hakkı ihlali karşısında kendisinin yetkili olamayacağını ifade etmiştir.

D. ULUSLARARASI YATIRIM UYUŞMAZLIKLARINDA İNSAN HAKLARI İHLALİ İDDİALARININ GÜNDEME GELEBİLECEĞİ FARKLI İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İnsan Hakları İhlali İddialarının Yatırıma Ev Sahipliği Yapan Devlet Tarafından İleri Sürülmesi

Amicus curiae'lerin müdahale sebepleri bağlamında ifade ettiğimiz, *amicus curiae*'lerin tarafların çeşitli sebeplerle vurgulamaktan kaçındıkları hususlar hakkında heyete yeni bakış açıları sunacakları ve yeni meselelerin gündeme gelmesine yardımcı olacakları şeklindeki ilkenin anlam ifade edeceği ve uygulama alanı bulacağı en önemli alan insan hakları meselelerinin devlet tarafından gündeme getirilmesi gerekirken getirilmediği durumlardır. Gerçekten de uygulamaya bakıldığı zaman, birkaç istisna dışında, devletlerin yatırımcıya karşı hemen hemen hiçbir zaman insan hakları argümanlarını doğrudan kullanmadıkları görülmektedir. Bunun altında çok çeşitli sebepler yatmaktadır¹³⁶. Bunlar, yatırımcının tahkim sürecini başlatmış olması sebebi ile yargılamanın o an ileri sürülen iddialar üzerinden devam etmesi, özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından düşünüldüğü zaman söz konusu

¹³⁶Clara Reiner, Christoph Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration" in **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Edt.: P.M. Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann, Oxford University Press, 2009.

insan hakları ihlallerinin genellikle çok uluslu şirketler tarafından devletle işbirliği içerisinde yapılması, (Her ne kadar Corporate Social Responsibility doktrini olarak adlandırılan söz konusu şirketlerin sorumluluğuna ilişkin doktrin gelişmekte olan bir doktrin olsa ve belli ölçülerde kabul görmüş olsa da) hükümet dışı örgütlerin insan hakları sorumluluklarının belli olmaması gibi hususlardır genel olarak. Bu sebeple, devletlerin söz konusu durumlarda yatırımcının direkt olarak, insan haklarını ihâl ettiğine ilişkin argümanlar dile getirmekten ziyade daha çok uyuşmazlıkta tartışma konusu yapılan idari işlemlerin meşru olduğu savunması bağlamında, yani bir nevi yaptıkları işlemi meşrulaştırma aracı olarak insan hakları yükümlülüklerini gündeme getirdikleri görülmektedir.

CMS v. Arjantin uyuşmazlığında, Arjantin, yatırımcının yatırımına zarar verdiğini iddia ettiği işlemlerin, anayasaya uygun olduğunu ve yatırım antlaşmasının anayasanın üstünde yorumlanamayacağını savunarak, yapılan işlemin Arjantin anayasasına uygunluğunu ve devletin temel hak ve özgürlükleri koruma ödevi ile ekonomik krizin temel insan haklarına olan etkisinden dolayı antlaşma hükümlerinin anayasanın üstünde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Heyet, söz konusu normlar arasında herhangi bir çelişki görmediğini ifade ederek, söz konusu uyuşmazlık bakımından taraflarca tartışma konusu yapılan meselelerin insan haklarını etkileyici nitelikte olmadığına karar vermiştir¹³⁷.

Azurix v. Arjantin uyuşmazlığında ise, Arjantin tarafından, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümleri ile tüketici haklarını koruyan insan haklarına ilişkin antlaşmalarda bir çelişki olduğu ve bu çelişkinin insan haklarının korunması lehine çözülmesi gerektiği, çünkü tüketicilerin kamu menfaatinin yatırımcının özel menfaatine üstün sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Heyet, bu argümanın tam olarak ileri sürülmediğini ve var olduğu iddia edilen aradaki çelişkiyi anlamakta zorluk çektiğini ifade ederek, söz konusu hizmetin

¹³⁷CMS v. Argentina, Award, Par., 121.

kesintisiz bir şekilde sunulmaya devam ettiği hususunun altını çizmiş ve söz konusu iddiayı reddetmiştir.¹³⁸

Siemens v. Arjantin uyuşmazlığında ise, Arjantin tarafından, yatırımcının iddia ettiği gibi bir korumanın yatırımcıya sağlanması durumunda, bunun Arjantin anayasasının bir iç hukuk hükmü haline getirdiği insan haklarına ilişkin çeşitli yasaları ihlal edeceği ve böylelikle Arjantin anayasasının ihlal edilmiş ve dikkate alınmamış olacağı iddia edilmiştir. Heyet, Arjantin'in söz konusu argümanı tam ve doğru olarak ileri sürmediğini ifade ederek, söz konusu aşamada bu argümanın üzerinde daha fazla durmanın doğru olmadığını ifade etmiştir¹³⁹.

Yukarıdaki üç örnekte de dikkat edileceği üzere heyetler meslelenin esasına girmemişler ve usuli sebeplerle söz konusu argümanları reddetme yoluna gitmişlerdir. Sempra v. Arjantin vakasında ise heyet, esasa girmesine rağmen söz konusu argümanları reddetmiştir. Heyet, Arjantin'in söz konusu işlem ve uygulamaların temel insan haklarını korumak ve anayasal düzeni ayakta tutmak için yapıldığı argümanına karşı, anayasal düzenin ayakta durması için söz konusu işlemlerin son çare olmadığını, temel hakları korumak için yapılabilecek daha başka hususlar da olduğu hususuna vurgu yaparak, söz konusu argümanı esastan reddetmiştir¹⁴⁰.

2. İnsan Hakları İhlali İddialarının Yatırımcı Tarafından İleri Sürülmesi

Yatırımcılar tarafından insan hakları ihlali iddialarınındile getirilmesi birkaç sebepten ötürü oldukça istisnai bir durumdur. Heyetlerin genel olarak kendilerini bu hususlarda yetkili görmek istememeleri ve kendilerine yetki veren klostarı bu şekilde yorumlama temayüllerinin yanı sıra, yatırımcıların ,Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında tanınan imkanların çok daha elverişli olması sebebi ile bu antlaşma hükümlerine dayanarak, devlet aleyhine iddialarda bulundukları görülmektedir.

¹³⁸ Azurix v. Argentina, Award, Par., 254, 261.

¹³⁹ Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, Par. 79.

¹⁴⁰ Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16), Award, Par. 332, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> .

ICSID heyetlerinin önüne gelen Mitchell v. Kongo uyuşmazlığında, askeri müdahale sonucu şirketin mallarına el konularak çalışanlar sınır dışı edilmiş ve şirketin iki avukatı aylarca tutuklu kalmışlardır. Kararın iptal prosedüründe bu iddialar gündeme gelmesine rağmen heyet bu iddialar hakkında, herhangi bir açıklama yapmaktan kaçınmıştır¹⁴¹.

UNCITRAL heyetlerinin önüne gelen ve tahkim heyetlerinin insan hakları alanındaki yetkisi bağlamında önemli bir karar olan Biloune v. Gana uyuşmazlığında, davacı 13 gün boyunca sorgusuz bir şekilde gözaltında tutulmuş ve daha sonra sınır dışı edilmiştir. Söz konusu tahkim, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan, “Yatırımcı ile söz konusu devlet arasında söz konusu girişimle ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların tahkime gönderilebileceği...” şeklinde bir temele dayanmakta idi. Yatırımcı yukarıda bahsettiğimiz uygulamaları heyetin önüne götürmüş ve bu hususlarda da karar verilerek, söz konusu devletin tazmin yükümlülüğü altına sokulması gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, bu talep karşısında uluslararası teamül hukukunun devletlere vatandaşlığa bakmadan tüm insanların temel hak ve özgürlüklerine saygı duyma yükümlülüğü yüklediğini ve fakat bu durumun heyete her temel insan haklarından sapma durumu için yetki kazandırmadığını ifade etmiştir. Heyet, bu kararını gerekçelendirirken, kendisine yetki veren, tarafların rızasını içeren şarta bakmış ve söz konusu yatırımdan bağımsız olarak, başlı başına bir insan hakkı ihlali karşısında kendisinin yetkili olamayacağını ifade etmiştir¹⁴². Tahkim şartına ve heyetin gerekçesine bakıldığı zaman yatırımı etkileyen bir insan hakları ihlalinin heyeti yetkili kılacağı sonucuna varmak mümkündür.

Her iki karar bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan en önemlisi değişik alanlarda yetkilerini son derece genişçe belirlemeleri noktasında

¹⁴¹Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/7, aktaran Reiner-Schreuer, **a.g.e.**, s.8.

¹⁴²**Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and Government of Ghana**, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability , 27 October 1989, 95 ILR 184. Aktaran Reiner- Schreuer, **a.g.e.**, s.8.

büyük eleştiri toplayan tahkim heyetlerinin, genellikle yetki gibi sebeplerle yahut da tamamen duymamazlıktan gelerek söz konusu argümanların üzerinde fazlaca durmadıkları hususudur. Heyetlerin bu tutumunda, yatırımcıların uyuşmazlığın politize olmasının ve uyuşmazlığın çözümünün zorlaşmasının önüne geçmek için bu argümanları sıklıkla tekrarlamaktan kaçınmaları ve bu hususta ısrarcı olmamaları etkili olmaktadır diyebiliriz.

3.İnsan Hakları İhlali İddialarının Üçüncü Kişiler Tarafından İleri Sürülmesi

ICSID uygulamasına bakıldığı zaman, üçüncü kişilerin müdahale taleplerinin genel olarak AİHM md. 6'ya ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Konvansiyonu (International Covenant on Civil and Political Right) md. 14'e dayandığı görülmektedir. Başvurucular bu şekilde kendilerine uluslararası bir meşruiyet sağlama yoluna gitmektedirler. *Amicus curiae*'lerin kabul kararlarında görüldüğü üzere, insan hakları hususunun üçüncü kişiler tarafından müdahalenin en önemli temellerinden birisi yapılarak, başvuruda bulunulduğunu ifade etmiştik. Gerçekten de düzenleyici işlemlerle kamulaştırma iddialarının bu denli gündemde olduğu bir dönemde söz konusu düzenleyici işlemlerin hedef kitlesinin vatandaşlar olduğu hususu da göz önünde bulundurulduğunda *amicus curiae* müdahale ile ilgili çerçeve daha iyi anlaşılabilir.

Biwater v. Tanzania davasında heyet, başvuruçuların BM Yenibinyıl Kalkınma Hedeflerine (UN Millennium Declaration) ve daha başka birçok alandaki insan haklarına ilişkin taleplerine karşılık bir yanıt vermemiş ve fakat tahkim yargılamasının şeffaf olarak algılanmasının önemi ve gerekliliğinden hareketle *amicus curiae* müdahaleyi kabul kararı vermiştir¹⁴³(...arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive...).

Suez/Vivendi v. Arjantin vakasında ise heyetler tarihi bir yaklaşımla insan hakları meseleleri bağlamında tahkim heyetlerinin bugüne kadar olan ilgisizliklerinin

¹⁴³Prosedural Order 5, Par. 51.

önemli ölçüde ötesine geçerek, söz konusu uyuşmazlığın karmaşık kamu hukuku, uluslararası hukuk ve insan hakları meseleleri doğurmaya aday olduğunu ve bu sebeple başvurucuların başvurularının kabulünün heyete bu hususlarda önemli bir fayda sağlayacağını ifade ederek, insan hakları iddiası vesilesi ile üçüncü kişilerin söz konusu yargılamaya katılmalarına izin vermiştir¹⁴⁴. Benzer tutumu heyet Suez/İnterAguas v.Arjantin vakasında da hemen hemen aynı ifadelerle ifade etmiştir¹⁴⁵.

E.DEVLETİN YATIRIMLARIN KORUNMASI SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ULUSLARARASI HUKUKTA GELİŞEN BAZI DOKTRİNLER

Olağan zamanlarda çok sıklıkla karşımıza çıkmasa bile, günümüzün global dünyasında özellikle ekonomik krizler gibi istisnai zamanlarda devletlerin tüm ekonomik ve sosyal sistemi etkileyecek kararlar almak zorunda kaldıklarına rastlanılmaktadır. Devletler, bunu kamu düzeni, kamu sağlığı ya da insan hakları gibi hususları koruma yükümlülüğünün bir gereği olarak yapmaktadırlar. Bir vaka analizi yapıldığı zaman, söz konusu müdahale alanları, genel olarak şu şekilde karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁶:

-Hükümet, yatırımcının bizatihi kendisi tarafından yapılan bir insan hakları ihlalinin önüne geçmek için, yatırımcıya müdahale edebilmektedir,

-Hükümet, su fiyatlarını dondurma örneğinde olduğu üzere, vatandaşlarının temel haklarını korumak için yatırımcıya müdahale edebilir,

-Hükümet, tarihi seyir içerisinde toplumsal ve ekonomik yaşamda geri kalmış bazı etnik grupların lehine olarak bir düzenleme aktedebilir,

-Hükümet, konut hakkını sağlamak için, kira fiyatları üzerinde bir kontrole gidebilir.

¹⁴⁴Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, May 19, 2005, Par. 19, 20 ,21)

¹⁴⁵Order in Response To A Petition for Participation as Amicus Curiae , Par., 18.

¹⁴⁶Simma- Kill , a.g.e.,s. 679 .

Fakat bunlar yapılırken yabancı yatırımcıların zarar görebilme ihtimali de doğmakta ve devletin Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları yoluyla yabancı yatırımcıyı koruma yükümlülüğünün, söz konusu idari işlem ya da hukuksal düzenleme ile korunmak zorunda olunan diğer alanlardaki yükümlülüğü ile çatışması gündeme gelebilmektedir. Bu hususta en sık karşılaşılan ve yatırımcılar tarafından en çok iddia edilen husus olan, dolaylı kamulaştırma ile devletin tazmin yükümlülüğü doğurmayan düzenleyici işlemleri arasındaki ilişkiye bakmak, konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerden bir tanesi ile devletin müdahale ettiği varsayımında, bu müdahalenin, tazmin yükümlülüğü doğurmayan bir hareket olarak mı nitelendirileceği, yoksa dolaylı kamulaştırma olarak mı değerlendirileceği hususu uluslararası hukuk bakımından henüz açıklığa kavuşmamıştır. Bu hususta uygulamadan şu kriterlerin çıkarılabileceğini ifade edebiliriz¹⁴⁷:

-Söz konusu hak üzerindeki müdahalenin derecesi,

- Söz konusu önlemin karakteri ve amacı,

-Söz konusu önlemin kamu politikası amacıyla, yatırımcının hakları üzerindeki etki bakımından orantılı olup olmadığı,

-Müdahalenin makullüğü ve beklenenebilirliği.

Small, her somut olay bakımından bu kriterlere göre bir değerlendirmenin yapılarak, alınan önlemin dolaylı kamulaştırma mı yoksa tazmin yükümlülüğü doğurmayan bir önlem mi olduğuna karar verilebileceğini ifade etmektedir.

Sornarajah¹⁴⁸, Methanex kararına atıfla ayrımcı olmayan, kamu menfaati için tesis edilen, usulüne göre tesis edilen, yasal olan, diğer vatandaşlar gibi yatırımcıları da etkileyen hükümet müdahalelerinin, tazminat yükümlülüğü doğurmadığının ifade edilebileceğini belirtmektedir.

¹⁴⁷Katia Yannaca- Small, "Indirect Expropriation and the Right To Regulate: How to Draw the Line" in **Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, Edt.:Katia Yannaca-Small, Oxford University Press ,2010, New York., s. 477.

¹⁴⁸Sornarajah, **a.g.e.**, s. 375.

Klasik yaklaşım (*sole effect doktrini*) diye adlandırabileceğimiz yaklaşıma göre, işlemle güdülen gaye ne olursa olsun, tesis edilen işlem sonucu yatırımcı bir zarara uğramış ise, bu zararın tazmin edilmesi gerekir. Bu yaklaşıma göre, bu sebeple heyetlerin, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümlerine öncelik tanımaları gerekir. Bu sebeple, uyuşmazlıkta özel kanun hükmünde olan ve doğrudan uygulanması gereken yasanın, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümleri olduğu hususuna vurgu yapılmaktadır bu görüş taraftarlarınca. Nitekim davacılar tarafından, bu argüman, bugüne kadar hemen hemen tüm uyuşmazlıklarda sürekli olarak vurgulanmıştır. Fakat devletlerin sadece yabancı yatırımların korunmasından kaynaklanan yükümlülüklerinin olmadığı, aynı zamanda insan hakları gibi yükümlülüklerinin de olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, bu iki yükümlülüğün hangisine öncelik verileceği meselesi karşımıza bir sorun olarak çıkmaktadır. Burada meselenin pratik önemi, devletin yatırım dışı yükümlülüklerine önem verilip, onlar göz önünde bulundurulduğu zaman hem devletin tazminat yükümlülüğünden kurtulacak olması hem de söz konusu alandaki daha başka davalar için bu hususun devletin düzenleme alanının genişlemesine yol açabilecek nitelikte sonuçlara yol açacak olmasıdır. Bunun için ise, öncelikle devletin düzenleme yapma yetkisinin nerede başlayıp nerede bittiğinin saptanması gerekir. Globalleşen dünyada devletlerin ekonomiye müdahale tarzının değişmesi sonucu günümüzde doğrudan kamulaştırma olgusuna rastlamak oldukça istisnai bir durumdur. Vakaların genel seyrine bakıldığı zaman, düzenleyici işlemlerin Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümlerini ihlal ettiği ve dolaylı kamulaştırmaya yol açtığı argümanı günümüzün en sık baş vurulan argümanlarından birisidir davacılar tarafından. Günümüzde, bu şekilde düzenleyici işlemler yoluyla dolaylı kamulaştırmaların gündeme gelmesinin devletin artık rutin bir işlemi haline gelmiş ve tazmin yükümlülüğü doğurmayan düzenleyici işlemler ile dolaylı kamulaştırma arasında bir çizgi çekmek günümüzün önemli problemlerinden bir tanesi haline gelmiştir¹⁴⁹. Nitekim çalışmamızın giriş kısmında da belirttiğimiz

¹⁴⁹ Kriebaum, **a.g.e.**, s.718.

üzere, heyetlerin Arjantin bağlamında söz konusu uyuşmazlıklarda, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması hükümlerini devletin hareket alanını daraltacak şekilde yorumlamaları, özellikle CMS v. Arjantin iptal kararından sonra iyice belirgin bir hale gelmiş ve sistemin meşruiyetini tamamen sorgulama noktasına kadar gelmiştir söz konusu eleştiriler¹⁵⁰.

Brownlie'nin de ifade ettiği gibi, devletin yasal olarak aldığı önlemler kamulaştırma anlamına gelmemekle beraber yatırımcıyı da etkileyebilir. Bu bağlamda yatırımcılar, vergilendirmeye, lisans kısıtlamaları da dahil ticari alanda getirilen kısıtlamalara ya da develüasyona ilişkin alınan önlemlere konu olabilirler. Bu sebeple prensip olarak söz konusu önlemlerin hukuki olduklarını ve kamulaştırma anlamına gelmeyeceğini ifade ediyor yazar¹⁵¹. Bu prensibin istisnasının ayrımcılık yasağı olduğunu ifade edebiliriz.

Bu alanda heyetlerin verdikleri kararların incelenmesi neticesinde heyetlerin *sole effect doktrini* olarak adlandırılan doktrin ile *police power doktrini* arasında kararlar verdikleri görülmektedir. Belirtmek gerekir ki her iki doktrin de pozitif bir dayanağa sahip olmayıp, uluslararası hukukun tarihi seyri içerisinde gelişmiş doktrinlerdir. *Sole Effect Doktrini* olarak adlandırılan ve söz konusu idari işlemin yatırımcının yatırımı üzerindeki etkisini esas alan yaklaşıma göre, söz konusu idari işlem ya da hukuksal düzenlemenin ardında yatan amaç ne olursa olsun, bu husus dikkate alınmayacak ve yatırıma zarara verilmişse devlet bu zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bu yaklaşımın temel kriter yapıldığı bir karar olarak zikredebileceğimiz, Metalclad v. Meksika kararında, Federal Meksika hükümeti tarafından yatırımcıya, söz konusu yatırımının tüm şartları sağladığı hususunda bir güvence verilmesine rağmen, yerel idare söz konusu yatırımcı tarafından yapılacak yapının yapılmasına izin vermemiştir. Yerel idare söz konusu alanın, nadir rastlanan bir bitki türünün koruma alanı olduğunu ifade etmiştir gerekçe olarak. Heyet, işlemin arkasındaki amaçla ilgilenmemiş, sadece işlemin yatırım üzerindeki etkisi ile

¹⁵⁰Bkz. genel olarak Burke-White, **a.g.e.**, genel olarak.

¹⁵¹Ian Brownlie, **Public International Law**, Oxford University Press, 6th Edition, 2003 , s. 509 .

ilgilenme yoluna gitmiştir. Heyet, yatırımcının kısmen ya da tamamen yatırımının ekonomik beklentilerinden mahrum kalıp kalmadığını incelemiş ve bu soruya olumlu yönde yanıt vererek kararını bu yönde vermiştir¹⁵². Kriebaum, *sole effect* doktrininin yatırım tahkiminin tamamen ya da hiç (all or nothing) şeklinde belirtilebileceğimiz yaklaşımı ile birlikte uygulanması sonucunda, ortaya çıkan sonucun, ne zaman idari müdahale/işlem belli bir dereceyi aşarsa tam tazminat ödenmesi sonucunu doğurduğunu ve hukuksuz kamulaştırma durumlarında ise tam zarar ödenmesi sonucunu doğurduğunu ifade ederek, bu yaklaşımın adil sonuçlar doğurmadığını ve AIHM uygulamasına benzer şekilde orantılılık uygulamasına geçilebileceğini, bunun beraberinde daha adil kararlar getireceğini ifade ederek, AIHM'in orantılılığa ilişkin bu prensibinin uluslararası yatırım uyuşmazlıklarına aktarılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁵³. Doktrinde, bu görüşün tam aksini savunan başka bir görüşe göre ise, *sole effect* doktrini yatırım tahkiminin bünyesine uyan tek doktrindir ve *police power* doktrininin yatırım tahkimi bağlamında uygulanması mümkün değildir.¹⁵⁴

Police power doktrini, uygulamada *radikal* veya *ılımlı police power* olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁵. Radikal *police power* olarak adlandırabileceğimiz ve heyetlerin çeşitli yaklaşımlarında kendisini bulabileceğimiz teoriye göre, önemli olan işlemin yatırım üzerindeki etkisi değil, işlemin yapılma amacıdır. Bu doktrin devletlerin yaptıkları idari işlemlerin sıklıkla yargılama konusu yapılmasına bir nevi tepki olarak geliştirilmiştir. İşlem etki olarak, dolaylı kamulaştırmaya eşit sonuçlar doğursa bile, işlemin ardında yasal bir amaç yatıyorsa işlem herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğurmayacaktır. Söz konusu teorinin takip edilmesi uygulamada sorunlar çıkaracak ve herhangi bir yasal gerekçe ile yasal ve ayrımcı olmamak şartıyla tesis edilen bir işlemle, yatırımcının yatırımına zarar verilebilecek fakat herhangi bir tazminat yükümlülüğü altına girilmeyecektir. *Ilımlı police power* olarak adlandırabileceğimiz doktrin yine,

¹⁵² **Metalclad Corporation v. United Mexican States** (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁵³ Kriebaum, **Regulatory Takings**, s. 725.

¹⁵⁴ Ben Mostafa, "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law", **Australian International Law Journal**, Volume 15, 2008.

¹⁵⁵ Mostafa, **a.g.e.**, a.y.

öncelikle müdahalenin etkisine odaklanmakla beraber, müdahalenin amacı ve beklenen menfaatlerin neler olduğu gibi hususları da dikkate alan bir yaklaşımdır.

Methanex v. ABD kararı, heyetin *radikal police power* doktrinini doğrultusunda verdiği kararlardan bir tanesidir. Heyet, ayrımcı olmamak şartıyla kamu menfaati için ve usulüne göre yapılmış bir işlemin diğer kişiler gibi yatırımcının da yatırımını etkileyebileceğini ve bu işlemin devlet tarafından tazmin yükümlülüğü doğurmadığını ifade etmiştir. Bu yaklaşımın, bu yönü ile yatırımların korunması konusunda bir boşluk meydana getirebileceğini ve bu yüzden sorunlu bir yaklaşım olarak kabul edilebileceğini ifade edebiliriz.

Tecmed vakası, *ılımlı police power* doktrininin kabul edildiği kararlardan bir tanesini oluşturmaktadır. Heyet, ilk başta *sole effect* doktrinine dayanmasına rağmen, daha sonra müdahalenin amacını da dikkate almış ve amaçla etki arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Heyet AİHM'den farklı olarak, orantılılık ilkesini kamulaştırma olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için uygulamıştır. AİHM ise bilindiği üzere, kamulaştırmanın meşru olup olmadığını denetlemek için başvurmaktadır söz konusu ilkeye¹⁵⁶. Heyet, yabancıların yasama organına karşı vatandaşlardan daha güçsüz olduklarını çünkü karar alma süreçlerinde hiçbir etkilerinin olmadığını ya da çok az etkilerinin olduğunu ve vatandaşların bu tür durumlarda yabancılardan daha fazla yüke katlanmak zorunda olduklarını ifade etmiştir.

Burada yeri gelmişken, yukarıdaki çıkarımla olan benzerliğinden dolayı, Myers kararında heyetin bu hususta verdiği karara da kısaca bakmak yerinde olacaktır. Heyet, ev sahibi devletin yatırımın korunmasına ilişkin yükümlülükleri ile, yatırım dışı yükümlülüklerinin çelişmesi durumunda, söz konusu devletin hareket alanının sınırlandığını ifade ederek, söz konusu durumun devlet bakımından birden fazla önlemle aşılabilecek bir durum olması durumunda devletin yatırımcıya en az zarar verecek olan,

¹⁵⁶ Kriebaum, **Regulatory Takings**, s. 15.

yatırımcının yatırımının korunması yükümlülükleri ile en çok bağdaşan yöntemi seçmek zorunda olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁷.

Santa Elena v. Kosta Rika uyuşmazlığında, davalı yatırımın korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin, çevrenin korunmasına ilişkin yükümlülükleri ile çelişki oluşturduğunu ifade etmiş ve çevrenin korunmasına dair yükümlülüklerine öncelik tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Heyet, toplum için ne kadar faydalı olursa olsun bu durumun el atma işleminin niteliğini değiştirmediğini, devletin tazminat ödeme yükümlülüğünün halen devam ettiğini ifade etmiştir. Heyet, bu hususta, çevreyi korumaya ilişkin yükümlülüklerin söz konusu elkoymaların niteliğini değiştirmediğini ve bu hususun tazminat ödenmesi hususunda bir etkisi olamayacağını ifade etmiştir. Heyet, çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası yükümlülüklerin de bu hususta bir etkisi olmadığını ifade etmiştir¹⁵⁸. Bu karar *sole effect* doktrinin kabul edildiği bir karar olarak, daha önce ifade ettiğimiz Methanex v. ABD kararı ile taban tabana zıt sonuçlara varmıştır. Ayrıca, belirtmek gerekir ki bu karar, CMS v. Arjantin kararı ile birlikte yatırıma ilişkin yükümlülükler ile yatırım dışı yükümlülükler arasındaki çatışmanın açıkça kabul edildiği bilinen iki karardan birisidir ICSID uygulaması bakımından.

Tüm bu hususlardan sonra yatırım tahkiminde insan hakları hukukunun ya da daha genel anlamıyla devletin yatırım dışı yükümlülüklerinin hangi şekilde heyetler tarafından uygulanabileceği hususuna geçebiliriz.

F.ICSID UYGULAMASINDA İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN DEVLETİN YATIRIMLARIN KORUNMASI ve YATIRIM DIŞI SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA HAKEMLERCE NE ŞEKİLDE UYGULANABİLECEĞİ MESELESİ

Hakemlerin, insan haklarına ilişkin olarak gerek taraflarca, gerekse de üçüncü kişilerce ileri sürülen argümanları ne ölçüde ve nasıl uygulayabileceği meselesi, büyük

¹⁵⁷Hirsch, **a.g.e.**, s.15; S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA, UNCITRAL http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/diff-SDM_archives.aspx?lang=en&view=d.

¹⁵⁸**Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica**, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, Par. 71..

oranda uygulanacak hukuk kapsamında incelenmesi gereken bir meseledir. Bilindiği üzere, ICSID Konvansiyonu bakımından md. 42/1 uygulanacak hukukun tespitini yapar. Bu hükme göre heyet taraflarca karşılaştırılan hukuku uygulayacak, hukuk seçiminin olmaması durumunda ise, Konvansiyona taraf olan devletin iç hukuku ve uluslararası hukuku, uygulayacaktır. Tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda mesele büyük oranda açıklığa kavuşmuş olmaktadır. Fakat, tarafların açıkça bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda md. 42/1, 2. cümleden ne anlaşılması gerektiği hususu gayet tartışmalı bir husustur. Schreuer, bu hususta 42/1, 2. cümle uygulamasında şu prensiplerin ortaya çıktığını ifade etmektedir:¹⁵⁹

-Heyetin, kendisini ev sahibi devletin iç hukuku ya da uluslararası hukuk ile sınırlamaması gerektiğini, yasal sorunun her iki sistem altında da ele alınması gerektiğini,

-Ev sahibi devletin iç hukukuna göre karar verilebilecek bir meselede, heyetin uluslararası hukuka gitmek ve iddiasını oradan desteklemek durumunda olmadığını,

-Heyetin, herhangi bir hususta söz konusu devletin iç hukuku uyarınca karar verebileceğini, bunun uluslararası hukukta pozitif bir temelini olmak zorunda olmadığını, uluslararası hukukta bu durumu yasaklayan bir kuralın mevcut olmamasının yeterli olduğunu,

-Heyetin, uluslararası hukukun bağlayıcı bir kuralına aykırı ise söz konusu iç hukuka göre karar vermeyebileceğini,

-Ev sahibi devletin, iç hukukuna göre ileri sürülemeyen bir iddianın bağımsız bir dayanağı olmak şartı ile uluslararası hukuk bağlamında ileri sürülebileceğini.

Schreuer, ICSID Kon. md. 42 /1, 2. cümlelerin bazı yazarlarca destekleyici ve doğrulayıcı (supplemental and corrective function) şekilde mütalaa edildiğini, bazı yazarlarca ise otonom bir şekilde yorumlandığını ifade etmektedir. Birinci görüş taraftarları, uluslararası hukukun bu fonksiyonunun, iç hukukun herhangi bir jus cogens

¹⁵⁹Schreuer, *Commentary* ,s. 626 vd.

norma aykırılığının denetlenmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini, ikinci görüş taraftarları ise, buna karşı çıkararak her zaman için uluslararası hukukun üstün geleceğini ifade etmektedirler¹⁶⁰. Uygulamaya bakıldığı zaman, son zamanlarda heyetlerin pratik mülahazalarla, yasal sorunun bir kısmına uluslararası hukuku, diğer kısmına ise iç hukuku uyguladıkları görülmektedir. Nitekim taraflarca uygulanacak hukukun seçilmediği CMS v. Arjantin vakasında heyet, pratik mülahazalarla bazı hususlara ilişkin olarak, uluslararası hukuku, bazı hususlara ilişkin olarak ise, söz konusu devletin iç hukukunu uygulamıştır. Schreuer, heyetlerin bu seçimlerinin yerinde olduğunu ve heyetlerin iki hukuktan birisini dönüşü olmayacak şekilde seçmek zorunda olmadığını ifade etmektedir¹⁶¹. Sonuç olarak, uygulamaya ve doktrine bakıldığı zaman, hukuk seçimi ile ilgili olarak, taraflarca hukuk seçiminin söz konusu olmadığı durumlarda, heyetlerin kesin bir tercih yapmayıp, olayın özelliklerine göre iç hukukun ya da uluslararası hukukun uygulanmasına karar vermeleri hususunda bir engel olmadığı ifade edilebilir. ICSID uygulaması bakımından uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğini ve şartlarını gördükten sonra, bu bağlamda insan hakları iddialarının ne şekilde uygulanacak hukukun bir parçası olabileceğine ilişkin farklı senaryoları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Uygulanacak hukuk, çeşitli atıflar yoluyla, söz konusu düzenlemelere kapı açabilir.

- Ayrıca heyetler Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan hükümlerin anlamının tespiti içinde insan haklarından faydalanabilecek ve böylelikle insan hakları hukukunun uygulanmasına kapı açabileceklerdir. Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan hükümlerin genellikle hukuksal sınırları tartışmalı, muğlak ve yoruma ihtiyaç duyan ifadeler oldukları göz önünde bulundurulduğunda, bu ihtimalin anlamı daha iyi anlaşılabilir.

¹⁶⁰Schreuer, **Commentary**, s. 626 vd..

¹⁶¹Schreuer, **Commentary**, s. 630.

-Az önce de ifade ettiğimiz üzere yeni nesil Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında yer alan muafiyet klostları (“exception clause”) başka bir kapı olabilecektir, insan hakları hukukuna gidebilmek için.

-Daha önce incelediğimiz, Arjantin’e ve Tanzanya’ya ilişkin olarak verilen, heyetlerin *amicus curiae* müdahaleyi kabul ettiği kararlarda ve Biwater kararında heyetler ICSID tahkiminin anlaşılmasını kolaylaştırmak, karmaşık insan hakları meselelerine yanıt verebilmek gibi amaçlardan bahsetmişlerdir. Bu durum, söz konusu kurumun kendisine ilişkin kaygılarında insan haklarının uygulanması bakımından bir başka kapı olabileceğini ifade etmektedir¹⁶².

Uygulanacak hukukun bir parçası haline gelmiş birden fazla normun, normlar hiyerarşisi bağlamında nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin olarak ise, karşımıza şu şekilde farklı senaryoların çıkması mümkündür:

-Bilindiği üzere Jus Cogens normların uluslararası arenada hangi mahkeme ya da heyet tarafından olursa olsun uygulanma zorunluluğu vardır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu md. 53’te düzenlemesini bulan ve kendini aykırılığın geçersizlik yaptırımına bağlandığı bu normlar, içeriği tam olarak kesin olmamakla beraber, ırk ayrımcılığı, kölelik yasağı, işkence yasağı gibi tüm insanlığın üzerinde fikir birliğine vardığı düzenlemeleri kapsamaktadır. Bu sebeple, heyetlerin taraflardan birisinin ileri sürdüğü normun jus cogens seviyesine ulaştığını anladığı anda bu argümanı son derece dikkatli bir şekilde ele alması ve Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında ya da uygulanacak olan diğer hukukun hükümleri ile çelişki halinde olsa dahi jus cogens norm seviyesine ulaşmış söz konusu norma değer vermesi gerekir. Konumuz bakımından ifade edersek *amicus curiae*’lerin ileri sürdüğü argümanın jus cogens norm olduğuna karar vermesi durumunda, heyetin bu argümanı dikkate alması ve kararını bu yönde vermesi gerekir. *Amicus curiae* müdahalenin ardındaki genel mantığa ve insan hakları olgusunun taraflarca ileri sürülemez durumlarının çok sıklıkla karşımıza çıkabileceğine dikkat edilirse, jus cogens normun aynı zamanda devletin

¹⁶²Aaken, a.g.e., s.11.

yatırım dışı sorumluluğuna gidilebilmesi için son derece elverişli bir araç olacağı hususu dikkat çekecektir.

-Simma/Kill, Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulamasından hareketle, devletlerin taraf oldukları çok taraflı insan hakları antlaşmalarındaki yükümlülüklerine aykırı olarak antlaşma yükümlülüğü altına giremeyeceklerini ve bu sebeple antlaşma yükümlülüğünün bu doğrultuda yorumlanması gerektiğini ifade etmektedirler¹⁶³. Bu durum, insan hakları antlaşmalarının genellikle çok taraflı oluşu hususu göz önünde bulundurulduğunda daha iyi anlaşılabilir. Bu durum uygulamada çoğu zaman, Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının taraflarının aynı çok taraflı insan hakları antlaşmasına da taraf olması şeklinde karşımıza çıkacak ve böylelikle söz konusu insan hakları antlaşmasına aykırı olarak yüklenilmiş bulunan yatırıma ilişkin yükümlülüklerin uygulanmamasını veyahut da insan hakları yükümlülüğü göz önünde bulundurularak uygulanmasını beraberinde getirecektir. *Amicus curiae*'ler tam bu noktada devreye girerek, devletin daha önce vatandaşlarına karşı yüklenmiş olduğu yükümlülüklerle aykırı olarak, yüklendiği Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması yükümlülüklerinin ne ölçüde ve nasıl uygulanması gerektiği hususunda heyete önemli katkılarda bulunabileceklerdir.

-BM Şartı md. 103'e göre¹⁶⁴, BM üyesi herhangi bir devletin iki yükümlülüğünün çatışması durumunda, söz konusu devletin BM şartı kapsamındaki yükümlülüklerine öncelik tanınacaktır. Böylelikle, söz konusu devlet ya da *amicus curiae*'ler tarafından devletin söz konusu yükümlülüğünün bu kapsamda olduğu ve Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşması ya da uygulanacak diğer hukukun hükümlerine *lex specialis* olsalar bile bu hususta öncelik tanınamayacağı ifade edilerek, yatırımcının md. 103 kapsamındaki bu yükümlülüklerle bağlı olacağı ifade edilebilir.

¹⁶³Simma-Kill, **a.g.e.**, s. 705.

¹⁶⁴ "In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail".

-Ayrıca, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 30 üzerinden de, kademeli olarak sayılmış bulunan şartların gerçekleşmesi durumunda, heyetlerin insan haklarına ilişkin antlaşmanın üstün sayılması ve uygulanması gerektiği sonucuna ulaşması her zaman için mümkündür¹⁶⁵. Henüz, herhangi bir yargılamada gündeme gelmemiş olmakla beraber, heyetlerin bu sonuca ulaşması, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde her zaman için olasılık dahilindedir.

-Schreuer, uygulanacak hukukun kölelik yasağı, uyuşturucu madde ticareti, terörizm gibi alanlardaki temel normları ihlal eden hükümlerinin, heyet tarafından göz önünde bulundurulmaması gerektiğini, bu durumun hukuk seçiminin sınırlarından birisi olduğunu ifade ediyor. Dikkat edilirse heyetin göz önünde bulundurmama gerekçesi olarak, hukuk seçiminin sınırlarından bahsetmektedir yazar. Aynı durum, seçilen söz konusu hükümlerin jus cogens normlara aykırılık sebebiyle, geçersiz addedilmesi gerektiği şeklinde de ifade edilebilecekken, yazar bunun hukuk seçimini sınırı olması sebebiyle, gözardı edilmesi gerektiği fikri üzerinde durmaktadır. Yazar, bu hususta Kenya v. Free Duty örneğini vermektedir. Bilindiği üzere, söz konusu uyuşmazlıkta, rüşvet olgusu ortaya çıkmış ve heyet bu sebeple taraflarca seçilen hukuku uygulamaktan kaçınmıştır¹⁶⁶.

- Burada vurgulanması gereken bir başka husus ise konumuz bakımından çoğu zaman uygulanacak hukuku oluşturacak olan Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları yorumlanırken uluslararası hukuk penceresinden yorumlanmaları gerektiği hususudur¹⁶⁷. Bu sebeple, uluslararası hukukun bir parçası olan bu antlaşmaların, bu bağlamda yorumlanması, salt ticari kaygılarla yorumlanmaması gerektiği fikri savunulmaktadır¹⁶⁸. Bu bağlamda, Sornarajah meselenin devamında, günümüz en önemli değeri olan ve Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının da en önemli amaçlarından birisi olan kalkınma hususunun, sadece ekonomik bir anlamı olmadığını, bu kavramın, insan hakları ve çevre olgularına

¹⁶⁵ Hirsch, **a.g.e.**, s.154 vd.

¹⁶⁶ Schreuer, **Commentary**, s. 566.

¹⁶⁷ Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 110.

¹⁶⁸ Sornarajah, **a.g.e.**, s. 78.

ilişkin olarak da, içerisinde çeşitli olguları barındırdığını ifade etmektedir. Gerçekten de, insan hakları ve çevre gibi kaygılardan arındırılmış bir kalkınmanın ne kadar arzu edilebilir bir toplum ortaya çıkarabileceği hususu ortada olan bir husustur. Bu sebeple, heyetler Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının hükümlerini insan haklarına uygun bir şekilde yorumlamalıdır.

-Bu bağlamda vurgulanması gereken en önemli husulardan bir tanesi de, BM raporuna da yansıyan, insan hakları meselesinin insan onurunun ayrılmaz bir parçası olduğu, yatırımların ise insan onuru bakımından vazgeçilmez bir özelliği olmayan bir enstrüman olduğu hususudur (...while human rights are ‘fundamental’ to human dignity, investment rights are ‘instrumental’ to the achievement of certain policy objectives which, presumably, are not indispensable for human dignity...) ¹⁶⁹ Her ne kadar raporun bir bağlayıcılığı olmasa da, heyetler söz konusu çelişki durumlarında yorum yaparken, bu husus üzerinde de durarak aradaki çelişkilerin önüne geçebilirler.

-Yukarıda saydığımız ihtimaller dışında kalan çatışma durumları için ise, Viyana Antlaşmalar Hukukunun yorumu ilişkin kuralları ve uluslararası örf- adet hukuku gibi kaynaklar eşliğinde heyetler her somut olaya bakımından adil bir çözüm bulmaya çalışacaklardır.

Bu bahsi kapatırken, ifade edilmesi gereken önemli noktalardan bir tanesi de, halen kendi statülerinin ve bağlayıcılıklarının bile tartışma konusu olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların durumudur. Söz konusu hakların statüsü tam olarak belli olmadığı ve yaptırım mekanizmaları da olmadığı için, söz konusu haklara karşı nasıl bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği hususu yatırım tahkimi bakımından da insan hakları iddialarının söz konusu olduğu ve olabileceği durumlar bakımından en tartışmalı durumdur. Bu hususta çokça tartışılan ve uyuşmazlıklara da konu olan su hakkı üzerinde kısaca durabiliriz. Söz konusu hak 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları

¹⁶⁹ “**Human Rights, Trade and Investment**”, Report of the High Commissioner for Human Rights, UN Doc No. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 July 2003), para 24, (Çevrimiçi) [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/\\$FILE/G0314847.pdf](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/$FILE/G0314847.pdf) , 30.01.2012.

Bildirgesi ve 1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Konvansiyonu ile, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Konvansiyonunda düzenlenmemiştir. Doktrinde bunun bir ihmalden mi kaynaklandığı, yoksa hava gibi doğal bir ihtiyaç sayıldığı için mi düzenlemeye konu yapılmadığı hususunda net bir görüş yoktur¹⁷⁰. Fakat özellikle su sektöründeki özelleştirmelerde karşımıza çıktığı üzere, söz konusu hak uluslararası alanda çeşitli yargılamalara konu olabilmekte ve bu sebeple de statüsünün belirlenmesi gerekliliği kendisini dayatmaktadır. Söz konusu hakka bir statü arayışının sonucu olarak, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi söz konusu hakka ilişkin olarak bir yorumda bulunarak bu hususu aydınlatmaya çalışmıştır¹⁷¹. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu yorumun bir bağlayıcılığı olmamasına rağmen, BM'nin bu hususa eğilmiş olması ve belgenin yol gösterici özelliği sebebiyle söz konusu yorum su hakkı bakımından önemli bir belgedir. Genel olarak, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Konvansiyonu'nun sağlık ve yeterli yiyeceğe ulaşma haklarını düzenleyen 11. ve 12. maddeleri üzerinden su hakkı konusunda çıkarsamalarda bulunan söz konusu rapor, spesifik bağlamda taraf ülkelerin ne yapması gerektiği hususunda yol gösterici tavsiye ve öneriler içermemektedir. Burada belirtilmesi gereken bir başka husus ise, devletlerin ekonomik, sosyal, kültürel haklarla ilgili yükümlülüklerinin güçleri yettiğinde söz konusu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak olduğunu, bu sebeple bu hakkı ihlalle suçlanan kişiler bakımında bu hususun önemli bir savunma argümanı olacağıdır. 15 Numaralı yorumda Komite su ve su hakkı ile ilgili olarak,

- Suyu, kamu malı olarak tanımlamış,
- Yeterli miktarda olması gerektiğini,
- Ücretsiz ya da ucuz olması gerektiğini,

¹⁷⁰Stephen C. Mccaffrey, "The Human Rights to Water" in **Fresh Water and International Economic Law**, Edt.: Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes, Nathalie Bernasconi-Osterwalder , Oxford University. Press , 2005, s. 110.

¹⁷¹**General Comment No. 15 (2002), The right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)**, E/C.12/2002/11, 20 January 2003, (Çevrimiçi), [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf) , 30.01. 2012.

-Sosyal olarak dezavantajlı gruplar da dahil herkes için ulaşılabilir olması gerektiğini ifade etmiştir.

Komite, söz konusu hakka ilişkin olarak üye ülkelerin şu yükümlülükler altında olduğunu ifade etmiştir:

- Herkes, minimum gerekli su miktarına ulaşma imkanı sağlama,*
- Ayrımcı olmayan bir tarzda, su ve su bazı hizmetlere ulaşmayı garanti altına alma,*
- Evlerden uzaklığı makul olmak şartıyla, herkese, düzenli bir şekilde yeterli miktarda suya ulaşma hakkı sağlama,*
- Suya ulaşma sürecinde kişisel güvenliğin tehdit altına girmemesini sağlama,*
- Suyun adil bir dağılımını sağlama,*
- Ulusal su stratejisi belirleme ve uygulama,*
- Söz konusu hedeflerin ne ölçüde gerçekleşip gerçekleşmediğini izleme,*
- Savunmasız ve marjinal grupların korunması için, nispeten daha ucuz bir program belirleme,*
- Suya bağlı olarak ortaya çıkabilecek, salgın hastalıkların önlenmesi, kontrolü ve tedavisi için gerekli önlemleri almak.*

Su hakkı bahsini kapatmadan önce üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, söz konusu hakkın insan sağlığı ve hayatına rağmen uluslararası arenada neden çok fazla desteklenmediğini anlamaya çalışmaktır. Bu hususta doktrinde¹⁷²:

-Söz konusu hakkın uluslararası bir sorumluluk oluşturacağı ve bu durumdan devletlerce kaçınıldığı,

¹⁷² Henri Smets, "Economics of Water Services and the Right to Water" in **Fresh Water and International Economic Law**, Edt.:Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Oxford University Press, 2005.

-Piyasada bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin ve yine devletlerin, suyun bir eşya olarak nitelenip pazarlanmasına engel olacağı yolundaki kaygıları,

-Bu durumun beraberinde, bir hak olarak tanımlandıktan sonra ücretsiz ulaşma hakkını da çağrıştıracacağı kaygısı,

-Suyun ve su hakkındaki hizmetlerin liberalizasyonu ve özelleştirmesini engelleyeceği,

-Suyun serbest ticaretini engelleyeceği yönündeki kaygıların etkili olduğu ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, su hakkı önümüzdeki dönemde yatırım tahkimi-insan hakları ilişkisi bağlamında temel tartışma noktalarından birisi olmaya adaydır. Su ile ilgili olarak özellikle ICSID uygulamasındaki uyuşmazlıkların sayısı ve insan hakları iddialarının ileri sürülmeye başlanması bu çıkarımımızı destekleyici niteliktedir. Olayın doğasından kaynaklı olarak, *amicus curiae*'lerin böyle bir alanda son derece önemli vazifeler ifa edeceklerini ifade edebiliriz. Böylelikle tüm bu teorik çerçeveden sonra, heyetlerin, önümüzdeki yıllarda önlerine gelecek su ile ilgili uyuşmazlıklarda nasıl bir tavır takınacakları hususunu, *amicus curiae*'lerin bu hususta heyete ne tür katkılarda bulunabilecekleri meselelerini böylelikle çeşitli senaryolar dahilinde ifade etmeye çalıştık.

G. YENİ NESİL YATIRIM ANTLAŞMALARI ve İNSAN HAKLARI, ŞEFFAFLAŞMA, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN TAHKİM YARGILAMASINA MÜDAHALESİ GİBİ HUSUSLARIN DÜZENLENMESİ

Aguas del Tunari v. Boliviya kararında heyet başkanı, *amicus curiae* müdahale talebinde bulunanlara ilişkin kararı başvuruçulara tebliğ ederken, söz konusu Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında *amicus curiae* başvurulara ve insan haklarına ilişkin bir hususun olmadığını, onların kaygılarını anladığını ve bu hususun yeni nesil Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında düzenlenmekte olduğunu ifade ederek, Yatırımların İki Taraflı

Karşılıklı Korunması Antlaşmalarına ilişkin yeni bir eğilimden bahsetmiş ve bir bakıma Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarının tek tarafa sorumluluk yükleyen niteliğinin değişmeye başladığını ifade etmiştir. Bu sebeple heyetlerin önlerine gelen uyuşmazlıkta genellikle sıkı sıkıya bağlı kaldıkları ve genellikle uluslararası hukukun diğer alanlarına gitme gereği duymadıkları Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmaları hükümlerine, insan hakları ve çevre gibi alanlara ilişkin istisnaların eklenmesi ile heyetler artık bu hususlarda kaçamak yaklaşımlar ortaya koymaktan kaçınacaklardır. Belirtmek gerekir ki insan haklarına ve çevreye ilişkin düzenlemelerden bahsedilirken genel olarak tahkimin meşruiyetine yönelik eleştirilere cevap bağlamında, söz konusu kavramlar geniş bir şekilde ele alınıp, şeffaflaşma ve meşruiyet gibi, genel olarak tahkimin meşruiyetine ilişkin olarak dile getirilen diğer eleştirilere cevap mahiyetinde yapılan düzenlemelerden de bahsedilecektir.

ABD 2004 ve 2012 Model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında¹⁷³, *amicus curiae*'lerin antlaşmanın yorumu ile alakalı olarak, yazılı ve sözlü argümanlarda bulunabilecekleri, heyetin *amicus curiae*'lerden antlaşmanın yorumu dışında kalan hususlarda başvuru almak yetkisine sahip olduğu, (md. 28), yargılamaya ilişkin belgelerin kamuya açılması, taraflardan birinin belli bir hususta o hususu gizli tutmak istemesi ve heyetin de bu durumu uygun bulması dışında tüm duruşmaların halka açık yapılması (md. 29) gibi hususlar düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere özellikle, *amicus curiae*'lerin hakları, açık duruşmalar ve belgelerin kamuya açılması hususlarında söz konusu Model Antlaşma devrim niteliğinde hükümler içermektedir.

Kanada 2004 Model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında da, ABD örneğine benzer şekilde, tüm dokümanların halka açık olması, belli istisnalar dışında duruşmaların halka açık yapılması (md. 38) ve ayrıca *amicus curiae*'ler (md. 39)

¹⁷³ (Çevrimiçi) <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> , 30.01.2012.

(non disputing party) tarafından söz konusu uyuşmazlıklarda dilekçe gönderebilme hususları düzenlenmektedir¹⁷⁴.

2007 Model Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmasında, Norveç, söz konusu hususları düzenleme yoluna giden ülkelerden bir tanesidir¹⁷⁵. Yatırım antlaşmasında yer alan hükümlerin, devletin egemen bir güç olarak düzenleme yapma yetkisine engel olamayacağı (md. 12), lokal çarelere başvurma ya da bu sonucun anlamsız olmasının açık olması şartıyla tahkime gidebilme, uyuşmazlığın derhal kamuya ilan edilmesi, kararın kamuya açılması, *amicus curiae* müdahalelere izin verilmesi, dilekçelerin heyetlerin kararlarında yer alması, taraflar aksini belirtmediği ve heyet de bu çekinceyi uygun görmedikçe heyete gönderilen tüm dilekçelerin kamuya açılması, her şart altında duruşmaların açık yapılması gibi hususlar değişik maddeler kapsamında yayılarak, yeni nesil Yatırımların İki Taraflı Karşılıklı Korunması Antlaşmalarında ne tür hususların olabileceği hususunda önemli bir yenilik getirilmiştir.

Dikkat edileceği üzere, her üç Model Antlaşma da şeffaflaşma hususunda ciddi adımların olduğu ve özellikle tahkim yargılamalarının şeffaf hale getirilmesi bağlamında, *amicus curiae*'lere önemli roller yüklenildiği görülmektedir.

H. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DEVLETİN YATIRIM DIŞI YÜKÜMLÜLÜKLERİ BAĞLAMINDAKİ İDDİALARI KARŞISINDA ICSID UYGULAMASINA GENEL BİR BAKIŞ

ICSID bağlamında müdahalenin genellikle devletlerin yatırım dışı yükümlülükleri bağlamında gündeme geldiğini daha önce incelediğimiz vakalarda görmüştük. Devletlerin yatırım dışı yükümlülüklerin, vatandaşların çevre ve insan hakları gibi alanlardaki menfaatlerini korumak olduğunu ve bu durumun da genel

¹⁷⁴ (Çevrimiçi) <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> , 30.01. 2012 .

¹⁷⁵ (Çevrimiçi) <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx> , 30.01. 2012.

olarak devletlerin egemen bir güç olmaları hususu ile meşrulaştırılmaya çalışıldığını görmüştük. Schreuer¹⁷⁶ ICSID kovansiyonunun şekillendirilmesi sürecindeki tartışmaların bu hususa ilişkin olarak önemli ipuçları barındırdığını ifade etmektedir. Yazar, merkezin yetkisine ilişkin tartışmaların yasal ya da yasal olmayan uyuşmazlıklar ekseninde yapılmadığını, daha ziyade devlete karşı, devletin egemenliğinden kaynaklanan bir meseleden dolayı tahkime gitmenin doğru olup olmadığının tartışıldığını ifade etmektedir. Yazar yatırımdan kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu olsa bile devletlere egemenliklerinden kaynaklanan işlemler için tahkimi dayatmanın doğru olup olmadığı hususunun Konvansiyon şekillendirilirken, ciddi bir şekilde ele alındığını ifade etmektedir. Yazar, özellikle sermaye ihtiyacı olan ülkelerin hayati ihtiyaçlar, güvenlik, ulusal politika ve egemenlik gücü gibi alanlardaki önlemlerin tahkime gitme hakkı vermemesi gerektiğini ifade ettiğini belirtmektedir. Yazar, bu bağlamda ayrıca iç hukukun uygulanması ve geçerliliğine ilişkin tartışmaların yetki kapsamında olmaması gerektiğinin savunulduğunu ifade etmektedir. Fakat, yazar bu sınırlamaların Konvansiyona aktarılmadığını ve çıkarımsama yoluyla da olsa bu hususu destekleyecek bir delil olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu tartışmaların önüne geçmek için, devletlerin yukarıda bahsettiğimiz hususların yetkiye dahil olmamasını tahkime ilişkin olarak verecekleri rızada ya da Konvansiyon md. 25/4 uyarınca sağlayabileceklerini ifade ediyor. Dolayısıyla her ne kadar salt yatırımcının değil, aynı zamanda devletin de çeşitli şekillerde korunduğu bir sistem de olsa, ICSID sistemi bakımından, devletin egemen bir güç olarak, egemen bir güç olmasına yönelik olarak yaptığı savunmalara karşı, Schreuer'in yukarıda aktardığımız görüşleri bir sınır niteliğindedir. Dolayısıyla, heyetlerin, karar verirken Konvansiyonun tarihçesine ilişkin bu hususları da göz önünde bulundurmaları gerekir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, heyetler Suez/Vivendi v. Arjantin, Suez/İnteraguas v. Arjantin ve Biwater v. Tanzania davalarında, tahkim heyetlerinin klasik yaklaşımlarının ötesine geçerek, usuli bir mesele olarak nitelendirdikleri

¹⁷⁶Schreuer, *Commentary*, s. 101.

müdahalenin kabulü meselesini gerekçelendirirken insan hakları hukukuna da açık bir şekilde vurgu yapmışlardır. Vaka altyapısı ve heyetlerin aynı olduğu Suez/Vivendi v. Arjantin ve Suez/İnteraguas v. Arjantin vakalarında heyet:

“Söz konusu yatırımın Santa Fe/Buenos Aires şehrinin su dağıtımı ve altyapı hizmetleri ekseninde toplandığını, yüzbinlerce kişiye temel kamu hizmeti sunduğunu ve bunun soonucu olarak da uyumsuzluğun, içinde insan hakları meselelerini de barındıran kompleks kamu hukuku ve uluslararası hukuk problemleri ortaya çıkacağını, kimin lehine olursa olsun verilecek olan kararın söz konusu hizmetin sunumunu ve dolayısıyla söz konusu halkı da etkileyeceği” şeklinde karar vererek, insan hakları olgusunun ICSID tahkimi bakımından en açık ve net bir şekilde uygulama alanı bulduğu kararlara imza atmışlardır.

Biwater v. Tanzania uyumsuzluğında da heyet, aynı şekilde yukarıdaki iki karardan geniş alıntılar yapmış ve *amicus curiae* müdahalenin ulaşabileceği sınırların ifade edilebilmesi açısından önemli bir karara imza atarak, nihai kararda insan hakları argümanlarının dile getirilmiş olmalarının kendilerine çok değerli katkılarda bulunduğunu ifade etmiştir.

IV. ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNİN NİTELİĞİ BAĞLAMINDA AMICUS CURIAE MÜDAHALENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A.AMICUS CURIAE MÜDAHALE LEHİNE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

1.KamuMenfaati

Amicus curiae müdahalenin en temel sebebini oluşturan ve diğer sebepleri belirli ölçülerde kapsayan bu argümana göre, kamu menfaati taşıyan uyuşmazlıklarda, kamunun geniş kaygılarını ifade etme aracı olarak, *amicus curiae* müdahaleye izin verilmelidir. Kamu menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda *amicus curiae* müdahalede bulunabilmek, aynı zamanda tarihsel açıdan bakıldığında zaman da, kurumun karşımıza çıkan en önemli özelliklerinden bir tanesidir. OECD tarafından hazırlanan bu hususa ilişkin raporda da belirtildiği üzere, heyetlerin kararları, devletlerin gelecekteki tercihleri, milli bütçe ve halkın refahı üzerinde önemli bir etkide bulunmaktadır. Bu sebeple söz konusu uyuşmazlıkta geniş halk kitlelerinin menfaat duyması anlaşılabilir bir durumdur¹⁷⁷. Kurumun tarihsel seyri bahsinde anlattığımız, kurumun gelişim sürecinde özellikle başsavcılık kurumunun oynadığı role dikkat edildiği zaman kamu menfaati olgusu ile *amicus curiae* müdahale arasındaki ilişki daha iyi anlaşılabilir. Kamu menfaati, *amicus curiae* müdahaleyi savunan görüş bakımından, diğer tüm müdahale lehine savunulan argümanları kapsayan bir şemsiye klotur diyebiliriz. Kamu menfaati, yatırım tahkiminin daha önce ifade ettiğimiz istisnai yönleri sebebiyle oldukça sık karşımıza çıkabilecek olan hatta hemen hemen tüm yatırım uyuşmazlıklarında karşımıza çıkabilecek olan bir husustur¹⁷⁸. Bu sebeple heyetlerin bu hususta son derece dikkatli bir yaklaşım sergilemeleri gerekir. Bu husus, ICSID Tahkim kuralları md. 37/2

¹⁷⁷ OECD (2005), “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing., (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, 30.01.2012, s.11,

¹⁷⁸ Jorge E. Vinuales, “Amicus Intervention in Investor-State Arbitration”, *Disp. Resol. J.*, Nov. 2006–Jan. 2007, (2006), s.73.

(c)'de de düzenlemesini bulmuş ve *amicus curiae* 'lerin eğer uyuşmazlık bakımından bir menfaatleri varsa (..the non-disputing party has a significant interest in the proceeding..) başvuru yapabileceklerine karar verilebileceği ifade edilmiştir. Başvurucuların, kendilerini menfaat sahibi olarak görebilmeleri için ise, uyuşmazlığın konu olarak kamu menfaati doğurması bir ön şarttır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, yatırım tahkimi uyuşmazlıklarının konusunun hükümetlerin kamu politikası amaçlarına ulaşmak için yaptığı işlemler ve çıkardıkları yasal düzenlemeler olması sebebi ile, halkın kendisine hitap eden söz konusu politikalara karşı bir menfaat duygusu hissetmesi ve söz konusu yargılamalara katılmak istemesi hayati bir önem arz etmektedir kamu menfaati fikrini savunanlar tarafından¹⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, meselenin niteliği gereği, özel şahıslar arasındaki uyuşmazlığa müdahalede bulunabilmek için gerekenden çok daha farklı ve fazla bir menfaat durumu söz konusu olmalıdır.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere heyetler, ICSID uygulamasında kabul kararları verirken, bu meselenin üzerinde durmuşlar ve kabul kararlarını, uyuşmazlıkların konuları itibari ile geniş kamu menfaati taşımaya müsait uyuşmazlıklar olmaları hususuna bağlamışlardır. Nitekim Suez/Vivendi v. Arjantin ve Suez/İnteraguas v. Arjantin vakalarında ve daha sonra söz konusu heyetin kararının aynen alıntılarak gerekçelendirildiği Biwater v. Tanzania kararında da gördüğümüz üzere heyetler,

“Söz konusu uyuşmazlığın su dağıtımı ve altyapı ile ilgili olması sebebiyle uyuşmazlığın temel bir hizmetin sunumu ile alakalı olduğunu, bu sebeple uyuşmazlığın insan hakları meselelerini de gündeme getirebilecek, bir çok kompleks kamu hukuku ve uluslararası hukuk problemlerini doğurmaya aday olduğunu ve çıkacak hüküm kimin lehine olursa olsun, hükmün söz konusu temel hizmetin sunumunu etkileyeceğini ve tüm bu hususların bu uyuşmazlıkta özel bir kamu menfaati uyanmasına sebep olduğunu ifade etmiştir. Bu sebepten ötürü heyet, davanın kamu menfaati taşıdığını ve bunun ticari tahkimden farklı olarak, özel şahıslara ait, onların arasındaki bir mesele olarak

¹⁷⁹Meg Kinnear, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement, Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Symposium Co-Organized by ICSID, OECD and UNCTAD (Sept 12, 2005), (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/36979626.pdf> , 30.01.2012.

görülemeyeceğini ve bu sebeple başvurularda herhangi bir alakaları olmadan yargılamaya müdahale eden kişiler olarak (officious intermeddlers) bakılmaması gerektiğini ifade etmiştir''.

Bu noktada Choudhury'nin¹⁸⁰ ifade ettiği, yatırım tahkimi hakemlerinin kamu menfaatinin bekçileri olmamaları ve bu sebeple kamu menfaatinin göz önünde bulundurmamalarının gerekebileceği, ayrıca devletin kamu otoritesi gücüne dayanarak yaptığı faaliyetlerin, yabancılar tarafından ticari teamüller çerçevesinde, kamu menfaati kaygısı olmadan çözümlenmesinin doğru olup olmadığının sorgulanabileceği hususu, *amicus curiae* müdahale taraftarlarınca genel olarak yatırım tahkimi bağlamında ve özel olarak kamu menfaati bağlamında sıkça ifade edilmektedir . Tam bu noktada *amicus curiae*'ler, geleneksel olarak hemen hemen tüm iç hukuk düzenlerinde yer alan, hakimlerin kamu menfaati olgusunun yer aldığı uyuşmazlıklarda, bu hususu göz önünde bulundurmaları hususunun, uluslararası arenada yerine getirilmesi hususunda heyetleri uyararak, heyetlerin daha dikkatli bir yaklaşımla kamu menfaati taşıyan olgulara yaklaşmasını sağlayabilirler.

2. Uzmanlıkları ve Getirecekleri Bakış Açısıyla Amicus Curiae'lerin Meselenin Doğru Şekilde Çözümüne Yapacakları Katkı

Çalışmamızın birinci bölümünde, *amicus curiae*'nin Latince kökenli bir kelime olduğunu ve kelime anlamı olarak, mahkeme yardımcısı, mahkeme arkadaşı (friends of court) gibi anlamlara geldiğini ifade etmiştik. Gerçekten de her ne kadar kurumun bünyesinde zamanla değişiklikler olmuş ve kurum mahkeme arkadaşlığından, taraf savunuculuğa doğru bir rota kaymasına uğramış ise de¹⁸¹, kurumun doğasında yatan asıl amacın, mahkemeye teknik ve uzmanlık gerektiren bilgisi ile yardım etmek ve o uyuşmazlık hakkında mahkemenin daha doğru bir karara ulaşmasını sağlamak olduğu hususu dikkatlerden kaçmayacaktır. *Amicus curiae*'ler, karmaşık menfaat durumlarının söz konusu olduğu uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında, özellikle günümüzün

¹⁸⁰Choudry, **a.g.e.**, s.2.

¹⁸¹Bkz. Krislov, **a.g.e.**, genel olarak.

ekonomik ilişkilerinin çok yönlülüğü hususu ve bunun beraberinde getirdiği kompleks uluslararası hukuk sorunları göz önünde bulundurulduğunda, getirecekleri uzmanlıkları ve taraflardan farklı bakış açıları ve teknik bilgileri ile heyetin daha doğru bir karara varması için heyete son derece önemli yardımlarda bulunabilecek bir kurumdur. Üzerinde durulması gereken bir başka mesele ise, ICSID kararlarında da vurgulandığı üzere, *amicus curiae*'lerin taraf avukatı olmadığı, onların uzmanlık gerektiren ve kompleks sorunlar barındıran söz konusu uluslararası yatırım uyuşmazlığını çözmesi için mahkemeye yardımcı olması gereken kişiler oldukları hususudur. Nitekim, bu koşulların sağlanmaması durumu heyetin takdir yetkisini *amicus curiae* müdahalenin reddi noktasında kullanmasına sebep olmaktadır. Hatırlanacağı üzere heyet, Suez/Vivendi v. Arjantin vakasında başvuru yapmasını sırf uzmanlıklarını kanıtlayamamaları nedeniyle reddetmiştir.

Üzerinde durulması gereken bir başka mesele ise *amicus curiae*'lerin getirecekleri bakış açısının taraflardan farklı olması sebebi ile, heyete uyuşmazlığın daha başka yönlerinin de olduğu ve heyetin uyuşmazlığı çözümlerken bu yönler üzerinde de durması gerektiği hususudur. Bir yargılama devam ederken, yargılamanın taraflarının çok çeşitli sebeplerle olayla ilgili değişik hususları dile getirmekten kaçınabileceklerini daha önce de ifade etmiştik. Özellikle çevre, insan hakları gibi hususların yargılamada davacı tarafında yer alan yatırımcı tarafından dile getirilmesinin beklenmemesi, devletin zamanında yatırımcı ile sözleşme aktederken çeşitli yükümlülüklerini ihlal ederek yatırımcı ile sözleşme ilişkisi içerisine girmiş olması, devletin insan hakları ve çevrenin korunması gibi yükümlülüklerini dile getirmekten kaçınarak, kendi kendisine uluslararası hukuk bağlamında çeşitli yükümlülükler yüklememek istememesi gibi sebeplerle, *amicus curiae*'ler olayların çoğu bakımından yargılamaya farklı bir bakış açısı katma ve heyetin olayların farklı boyutlarının farkına varması hususunda heyete yardımcı olmak gibi önemli roller ifa edebileceklerdir. Nitekim heyet Biwater v. Tanzania kararında bu hususa dikkat çekerek, *amicus curiae*'lerin yaptığı her bir argümanın kendilerine uyuşmazlığın değişik boyutları ile ilgili olarak son derece değerli

katkılar kattığını ve meseleye farklı bakış açıları getirdiğini ifade etmiştir. Heyet, nihai kararda, başvuruçuların başvurularına ilişkin olarak¹⁸²,

“Başvuruçuların sürdürülebilir kalkınma, insan hakları ve hükümet politikaları hakkında heyete bilgi sundukları ve bu hususların tam da ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2’(a) nın kapsamına giren hususlar olduğunu ifade ederek, başvuruçulardan asıl beklenmeyen şeyin,

-Tarafların avukatı gibi hareket etmek

-Heyete, tarafların iddialarını nasıl değerlendirmesi gerektiği hakkında yol göstermek olduğunu ifade etmiştir.

Heyet, amicus curiae’lerin argümanlarının bu sebeplerle son derece önemli katkılarda bulunduğunu ve amicus curiae’lerin herbir argümanına kararda yeri geldiği ölçüde değinildiğini ifade etmiştir”.

Doktrinde, yukarıda belirttiğimiz hususlara ek olarak, *amicus curiae’lerin*, tarafların dilekçelerinde yer almayan o alandaki bilimsel otoritelerin görüşlerini aktarmak, detaylı bir yasal ve içtihadî çerçeve sunarak, olayın aydınlanmasını sağlamak, tarafların politik ya da taktik sebeplerle yapmaktan kaçındıkları bazı argümanları dile getirmek, kararın, tarafların bilerek ya da bilmeyerek dile getir(e)mediği olası geniş etkileri üzerinde durmak, karmaşık vakalar bakımından tarafların yaptıklarının ötesinde argümanlarda bulunarak, söz konusu argümanların gün yüzüne çıkmasına yardım etmek gibi önemli amaçlar ifa edebilecekleri ve böylelikle mahkemeye yeni ve önemli bakış açıları katabilecekleri ifade edilmektedir¹⁸³.

¹⁸² Biwater v. Tanzania, Award, Par,366 vd..

¹⁸³ Shelton, **a.g.e.**, s. 618.

3.Yatırımcı-Devlet İhtilafının Şeffaflaşması ve Bunun Beraberinde Getireceği Meşruiyet

Şeffaflaşmanın zıddı ya da önündeki engel olarak ifade edebileceğimiz gizlilik ilkesinin tahkimde tercih sebepleri olarak şu hususları zikredebiliriz¹⁸⁴:

-Tarafların kamunun çeşitli konulardaki baskılarından korunması,

-Tarafların kaybeden olarak medyaya yansımak istememeleri, diğer uyuşmazlıklarda sorun yaşamamak için,

-Tarafların tahkimde aldıkları tutumların onların sorumlu oldukları kişilerce bilinmemesinin ve tarafın bu şekilde itibarının ayakta tutulması,

-Ticari sırların korunması.

Bu sebeplere bakıldığı zaman, tahkimin söz konusu tercih sebeplerinin aynı zamanda, sürecin şeffaflığına gölge düşürmeye sebep olanhususlar olduklarını ifade edebiliriz. En genel anlamıyla ifade etmek gerekirse meşruiyet, söz konusu karara muhatap olacak kişilerin gözünde söz konusu kararın bir inandırıcılığının olması ve kararın muhataplarının o kararın meşru olduğu bilinci ile o karara değer atfetmelerini ve karara uyup, onu uygulamalarını ifade eder. Bu bağlamda, ifade etmek gerekirse, tahkimin ve konumuz bağlamında yatırım tahkiminin tercih sebeplerinden birisi olan, gizlilik ilkesinin meşruiyet hususunu genel olarak zedelediği ve tahkim yargılamaları için “dark room”, “The Secret Trade Courts”, “Secretive”¹⁸⁵ gibi sıfatların kullanılmasına yol açarak, sistemin bir bütün olarak meşruiyetinin sorgulanmasına sebep olduğu ifade edilebilir. Bu sebeplerle, sistemin şaffaflaşması olgusu söz konusu eleştirilerin önüne geçmek için alınabilecek en önemli tedbirlerden birisini oluşturmaktadır. Yatırım tahkiminin şeffaflaşması olgusu beraberinde¹⁸⁶,

¹⁸⁴Cindy G. Buys, “The Tensions Between Confidentiality and transparency in International Arbitration”, **The American Review of International Arbitration**, Vol., 14, 2003.

¹⁸⁵**The Secret Trade Courts**, *New York Times*, September 27, 2004, p.26, col.1

¹⁸⁶J. Delaney , D. Barstow Magraw, “Procedural Transparency” in **Oxford Handbook of International Investment Law**, Edt.: Christoph Schreuer , Peter Muchlinski, Federico Ortino, Oxford University Press, 2008, s. , 761 vd..

- Daha kaliteli ve daha adil kararlar verilmesini,
- Halkın taleplerinin sisteme daha fazla yansiyarak, sistemin günümüzün demokratik sistemi ile uyumluluğunu arttırmayı,
- Çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçmeyi,
- Kararın daha kolay icra edilebilmesini sağlamayı,
- Hesap verilebilirliği arttırmayı,
- Meşruiyeti arttırmayı,
- Sistemin hangi noktalarda çalışıp, hangi noktalarda çalışmadığını anlama fırsatını getirecektir.

Her ne kadar ileride üzerinde ayrıntılı olarak duracağımız üzere, getireceği ekstra maliyetler, tahkim yargılamasının uzaması ve tarafların bazı sırlarına zarar verme gibi diğer bazı boyutları da olsa, şeffaflaşma ve bu kapsamda *amicus curiae* 'lerin müdahalesi olgusu getirecekleri avantajlar göz önünde bulundurulduğunda çok daha tercih edilebilir durmaktadır. İşte bu bağlamda bakıldığı zaman *amicus curiae* müdahalenin, meşruiyete ilişkin tüm bu bahsettiğimiz eksiklikleri giderici önemli bir etkisi olabileceğini ifade edebiliriz. Yatırım tahkimi bakımından diğer müdahale yollarının imkan dışında olması sebebiyle, bu müdahale tarzı en nihayetinde tarafların rızası temeline dayanan tahkim sürecine zarar vermemek kaydıyla, meşruiyeti sağlama noktasında son derece önemli bir adım olacaktır.¹⁸⁷

Özellikle sistemden çekilme noktasında güçlü işaretlerin olduğu ve yatırım tahkimi sisteminin tamamen sorgulanmaya başlandığı ICSID gibi bir sistemde heyetlerin kararlarının özellikle gelişmekte olan ülkelerin halkları üzerindeki etkisi daha kolay anlaşılabilir. Nitekim heyetler kabul kararlarının gerekçelerinde de bu hususun üzerinde durarak, söz konusu yatırım uyuşmazlıklarının klasik ticari tahkim uyuşmazlıklarının ötesinde geniş etkileri olan uyuşmazlıklar olduklarını ve bu sebeple

¹⁸⁷Vinuales, a.g.e., s.75.

geniş halk kitlelerinin uyuşmazlıklarda yer almasının bir bütün olarak, tahkim sisteminin meşruiyetini arttıracaklarını ifade etmişlerdir. Suez/Vivendi v. Arjantin ve Suez/Interaguas v. Arjantin¹⁸⁸ uyuşmazlıklarında heyetler *amicus curiae* müdahalenin kabulüne ilişkin kararlarda, uyuşmazlıkta kamu menfaati söz konusu olduğu için, uyuşmazlığın iki özel hukuk kişi arasındaki sözleşmesel ihtilaftan farklı olduğunu ve bu sebeple uyuşmazlığa müdahale talebinde bulunan şahısların gereksiz yere yargılamaya müdahale eden şahıslar (officious intermeddlers) olarak adlandırılmayacağını ifade etmiş ve *amicus curiae*’lerin yargılamaya özel bilgilerini ve uzmanlıklarını katarak, heyetin daha doğru bir karara varmasına yardımcı olacaklarını ifade etmişlerdir. Heyet, bu sebeple *amicus curiae*’lerin kabulü ve reddi meselelerinin ciddi bir şekilde ele alınması gerektiğini ifade ettikten sonra, *amicus curiae* müdahalenin kabulünün *yatırımcı-devlet tahkiminin şeffaflığını arttıracaklarını, yargılamaya daha fazla açıklık kazandırmanın ve ne olup bittiğini anlama fırsatı vermenin, halkın gözünde uluslararası tahkimin meşruiyetini arttıracaklarını* ifade etmiştir. Heyet DTÖ ve UNCITRAL uygulamasına atıf yaparak, sivil toplumun uygun bir şekilde katılımının sağlanmasının ICSID sürecinin anlaşılmasını kolaylaştıracağını ifade etmiştir. Aynı şekilde Methanex v. ABD uyuşmazlığında¹⁸⁹ UNCITRAL heyeti, benzer bir yaklaşımla, tahkim süreçlerinin daha şeffaf olarak algılanmasından tüm tahkim sürecinin fayda sağlayacağını ayrıca ifade etmiştir.

Şeffaflık ve meşruiyet arasındaki ilişkinin niteliğine dikkat edildiği ve meşruiyetin sistemin tamamı için ne kadar büyük bir önem ifade edebileceği göz önünde bulundurulduğu zaman, Bolivya, Ekvador ve Venezuela’nın ICSID sisteminden tamamen çekilmesi ve Nikaragua ve gibi ülkelerin sistemden çekilebilecekleri gibi açıklamalar ve Bolivya’nın çekilme kararını, AdT v. Bolivia uyuşmazlığında *amicus curiae* başvuruların reddi kararından sonra vermesi gibi olguların hepsi bir arada düşünüldüğünde *amicus curiae* müdahalenin meşruiyet krizindeki sistem için tamamen olmasa bile önemli bir ölçüde meşruiyet krizinin önüne geçilmesine vesile olabileceğini

¹⁸⁸Order In Response To A Petition For Transparency And Participation As .

¹⁸⁹“Decision of the Tribunal On Petitions From Third Persons To Intervene As "Amici Curiae”.

ifade edebiliriz. OECD raporunda da belirtildiği üzere, sistemin şeffaflığının artırılması sistemin kabul edilebilirliğini ve etkililiğini arttıracak çok önemli bir adım olacaktır¹⁹⁰.

4. Karardan Etkilenecek Olan Fakat Yargılamaya Başka Türlü Müdahale Şansı Olmayan Şahıslara Yargılamaya Müdahale Şansı Tanınması

Bilindiği üzere günümüzde hemen hemen tüm dünyada kabul edilen demokrasi teorisinin temelini, bireylerin kendileri hakkında verilecek olan kararlar hakkında belli ölçülerde söz sahibi olabilmesi ilkesi oluşturmaktadır. Buna bağlı olarak hemen hemen tüm yargı düzenleri de bu şekilde kendi kararlarından etkilenme ihtimali olan kişi ve kurumlara belli ölçülerde söz konusu uyuşmazlığa müdahale edebilme şansı tanımaktadırlar. ICSID bağlamında yargılamaya taraf olmayan kişiler bakımından başvurulabilecek tek çareyi *amicus curiae* müdahale oluşturmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere gerek milyonlarca doları bulan tazminat miktarları gerekse de kararın söz konusu sektörlerdeki büyük ve geniş etkisinden dolayı yatırım tahkimi kararlarının, son derece geniş etkilerinin olduğu, ticari tahkimdekinin aksine olarak sadece iki tarafın malvarlığı değerlerini etkilemesinin çok daha ötesine geçtiğini ifade edebiliriz. Özellikle çevre ya da yerli halkın hakları gibi alanlar bakımından söz konusu geniş kitlelerin katılımının bir zorunluluk düzeyine dahi ulaşabileceğini ifade edebiliriz. Bu bağlamda Glamis Gold v. ABD uyuşmazlığında heyetin, söz konusu maden arama işlemlerini atalarının tarihsel mekanlarına ve kutsal yapılarına zarar verdiğini iddia eden yerli halkın *amicus curiae* başvuruda bulunmasını kabul etmesi, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının belirttiğimiz bu etkisinden kaynaklanmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, özellikle söz konusu kategoriler için *amicus curiae* formatı dışında bir müdahale imkanının olmamasının bu tür bir başvuruyu zorunlu kıldığını ifade edebiliriz.

OECD raporunda da belirtildiği üzere, heyetlerin kararları, devletlerin gelecekteki tercihleri, milli bütçe ve halkın refahı üzerinde önemli bir etkide bulunmaktadır. Bu sebeple söz konusu etkilenmenin öznelere olan şahısların katılmaları

¹⁹⁰ OECD (2005), s.13.

bir gereklilik olarak kendisini dayatmaktadır¹⁹¹. Ayrıca yine Duzer'in de belirttiği gibi, yatırım tahkimi çevreyi koruma örneğinde olduğu gibi önemli sayılan kamu politikası amaçlarını gerçekleştirmek için atılan adımları konu edinir. Bu sebeplerle halkın sürece katılmasının demokratik hesap verilebilirlik açısından bir gereklilik olduğunu ifade etmek gerekir¹⁹².

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir başka husus da heyetlerin karar verdikleri sektörler bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekliliğidir. Özellikle sağlık ve çevre gibi alanlarda düzenleyici işlemlerle dolaylı kamulaştırma iddiasının gündeme gelebileceği bir uyumsuzluk bakımından karardan etkilenme potansiyelinde olanların çokluğu göz önünde bulundurulduğunda bu husus daha iyi anlaşılabilir. Aynı durum tekel yasağı, tüketicinin korunması gibi alanlar bakımından da geçerlidir. Söz konusu alanlar da karardan etkilenme potansiyelinin büyük oranlara ulaşabileceği ve çok sayıda başvurusunun müdahale talebinde bulunmak isteyebileceği alanlardır¹⁹³.

5. Sosyal Adaletin Gerçekleştirilmesine Katkıda Bulunma

Arjantin örneğinde olduğu gibi, açılan tazminat davalarının milyarlarca doları bulabildiği koşullar bakımından, özellikle de söz konusu devletin o andaki ekonomik durumu da göz önünde bulundurulduğunda, bu durumun söz konusu ülkedeki geniş kitlelerin ekonomik durumu ve onların temel kamu hizmetlerine ulaşması üzerinde nasıl bir etkisi olabileceği hususu daha iyi anlaşılabilir. Özellikle davalıların büyük çoğunlukla, gelişmekte olan ve gelişmemiş ülkeler olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu davaların ekonomik açıdan o ülkeler üzerindeki etkisi daha iyi anlaşılabilir. Bu noktada *amicus curiae*'lerin yapacağı müdahale sosyal adalet noktasında önemli görevler ifa edebilir. Ayrıca Güney Afrika¹⁹⁴ örneğinde

¹⁹¹OECD 2005, s.13.

¹⁹²Duzer, **a.g.e.**, s. 684.

¹⁹³Ross P Buckley, Paul Blyschak, "Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes", 22:3 **Banking and Finance Law Review**(2007), 353-376.

¹⁹⁴Piero Foresti, Laura de Carli and Others v. Republic of South Africa

olduğu üzere, tarihsel olarak toplumda geri kalmış kitlelerin durumunu düzeltmeye yönelik bir girişimin yabancı yatırımcı tarafından yargılama konusu yapılması durumunda yine *amicus curiae*’ler getirecekleri argümanlarla heyete bu hususta önemli katkılarda bulunabileceklerdir. Bu iki durumun dışında olarak, ayrıca *amicus curiae*’lerin yatırımcı ile devlet arasında sürmekte olan bir yargılamada, meselenin sosyal adaleti ilgilendiren bir boyutunun olması durumunda, her zaman için yargılamaya müdahale ederek, bu hususlarla ilgili bilgilerini heyete sunmaları her zaman için mümkündür¹⁹⁵.

B.AMICUS CURIAE MÜDAHALE ALEYHİNE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

1.Tahkim Yargılamasının Gizliliğini Kaybetmesine Sebep Olarak Tarafların Tahkimden Beklentilerini Önemli Ölçüde Azaltması

Bilindiği üzere tahkim, temelini tarafların rızasından alan ve taraf egemenliğinin oldukça yüksek düzeyde olduğu bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Tarafların tahkime gitme sebepleri, uyuşmazlığın gizli kalmasını istemeleri, uyuşmazlığın hızlı çözümü gibi klasik devlet yargısında tarafların iradelerinde olmayan meseleler ile devlet yargısına karşı olan güvensizlik gibi hususlardır esas olarak. Bu sebeple taraflar, tahkim yargılamasından devlet yargılamasında bulamayacakları bu özellikleri barındırması sebebiyle istifade etmek yoluna gitmektedirler. Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, uluslararası yatırım tahkimi, esas olarak uluslararası ticari tahkimin temelleri üzerine bina edilmiştir. Bu sebeple ticari tahkimdeki gizlilik ilkesi yatırım tahkiminde de büyük ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Fakat yatırım tahkimi bakımından, bu husus aşılmaya başlanmış, kamu menfaati gibi sebeplerle, sürekli olarak daha fazla şeffaflaşma hususu talep edilmeye ve daha önce ifade ettiğimiz üzere, başta Kanada Model Yatırım Antlaşmaları ve ABD Model Yatırım Antlaşmaları olmak üzere, yeni nesil Yatırım

¹⁹⁵James Harrison, Social Justice in International Investment Treaty Arbitration: The Value of Human Rights Interventions (2009). Warwick School of Law Research Paper, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1706713>, 20.02.2012.

Antlaşmaları bu hususlara yanıt vermeye çalışmaktadır¹⁹⁶. Daha önce farklı bir bağlamda ifade ettiğimiz üzere tarafların tahkimi tercih sebeplerinden birisi olan bu hususun heyet tarafından, gerek müdahale yapılmasına karar verilirken, gerekse de müdahale yapıldıktan sonra dikkatli bir şekilde göz önünde bulundurulması gerekir. Heyetin alacağı önlemler ile, *amicus curiae* müdahalelerin tarafların, tahkimden beklentilerini boşa çıkarmayacak bir usul belirlemesi ve başvuruları bu şekilde kabul etmesi gerekir¹⁹⁷. Bu noktada şu hususu tekrar vurgulamak gerekir, tarafların ticari sırlarının korunması noktasında heyetler, ticari sır kavramının hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde korunması gereken bir husus olduğu gerçeğinden hareketle tarafların bu noktadaki kaygılarını anlayacak şekilde bir tutum takınarak, ticari sırların ifşasının önüne geçebilirler. Heyet, tarafların tahkim belgelerine ulaşma konusunda belgelere göre bir ayırım yaparak, duruşmalara katılma talebi konusunda ise tarafları bu hususta bilgilendirerek, belli duruşmalarda söz konusu ticari sırlara ilişkin bilgileri alma veya söz konusu beyanları yazılı alma gibi bir yol izleyerek, her iki tarafın menfaatlerinin sarsılmayacak şekilde dengelenmesini sağlayabilir. Heyet, *Biwater v. Tanzania* davasında bu şekilde bir ayırım yaparak, davacının kaygılarını anlama yoluna gitmiş ve yatırım tahkimi bağlamında gizlilik ile şeffaflaşma arasında nasıl bir denge kurulabileceği noktasında önemli tespitlerde bulunmuştur¹⁹⁸. Bu noktada *Biwater* kararında heyetin yargılamanın usuli bütünlüğünü sağlamak için, belgeler arasında bir ayırım yaparak söz konusu talebe karşılık vermesi, söz konusu argümana karşılık olarak verilmiş ve daha sonraki heyetler bakımından da önemli etkiler doğurabilecek bir karardır. Söz konusu karar, bu yönü ile hangi şartlar altında nasıl bir gizlilik ve şeffaflık sorusuna cevap verebilecek önemli bir karardır¹⁹⁹. Son olarak ifade etmek gerekir ki, *amicus curiae* müdahalenin başvurusu esasa ilişkin bir hak sağlamaması sebebi ile

¹⁹⁶Schreuer, *Commentary*, s. 446.

¹⁹⁷Eugenia Levine, "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation", *Berkeley Journal Of International Law*, Vol. 29:1 ,2011, s.220.

¹⁹⁸Procedural Order No 3.

¹⁹⁹Christina Knahr, August Reinisch, "Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The *Biwater Gauff* Compromise", *L. & PRACTICE INT'L CTS. & TRIB.* 97-118 (2007), s. 115 vd.

tarafların yargılama üzerindeki kontrollerinin sona ereceğine ilişkin bir kaygı yerinde değildir. Bu hususta davacılarca incelediğimiz tüm vakalarda ileri sürülen itirazlara karşılık olarak, heyet *amicus curiae* başvuruların kabulünün, başvuruçulara esasa ilişkin bir hak sağlamadığını, uyuşmazlığın taraflarının haklarının kabulden önce ve sonra aynı kaldığını ifade etmiştir²⁰⁰.

2.Kamuoyu Baskısı ve Bunun Sonucu Olarak Uyuşmazlığın Politikleşerek Çözümünün Zorlaştırılması

Bir alternatif çözüm yolu olarak tahkim, mahkemelerde yapılan yargılamaya nazaran daha az yıpratıcı ve taraflar arasındaki ilişkileri daha az tahrip edici nitelikte bir çözüm yoludur. Bu sebeple, tarafların tahkim yargılamasının her aşamasında aralarında anlaşarak, yargılamayı sonlandırmaları ihtimal dahilinde olan bir durumdur. Bu sebeple *amicus curiae* başvuruların, taraflar arasında devam eden uzun süreli bir ilişki olduğu gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda, tarafların aralarındaki bu ilişkiyi yıpratıcı bir nitelikte olmaması gerekir. Bunun için heyetlerin son derece dikkatli bir değerlendirme ile o uyuşmazlık bakımından teknik ve uzmanlık gerektiren bilgi sahibi *amicus curiae*’lere müdahale izni vermesi, politik saiklerle ya da taraf avukatlığı gibi rollere soyunarak argümanlarda bulunan kişilere söz konusu yargılamaya katılma izni verirken son derece dikkatli olması gerekir. Bu bağlamda Schreuer, ICSID Konvansiyonunun yazım süreci dikkate alındığında, merkezin yetkisinin yasal uyuşmazlıklar ile sınırlandırıldığını, dolayısıyla ahlaki ve siyasi uyuşmazlıkların merkezin yetkisinin dahilinde olmadığını ifade etmektedir²⁰¹. Bu sebeplerle, heyet *amicus curiae*’lerin bazı politik ya da ahlaki saiklerle yapacakları argümanların, süreci politikleştirerek, tahkim yargılamasının bütünlüğünü bozmasına fırsat vermemeli, bu hususta bir yol haritası çizmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu hususlar, ICSID tahkim kuralları md. 37/2’nin a ve b fıkraları kapsamında kaleme alınan ve müdahalenin şartlarını belirleyen koşullardır. Anılan hükümler, *amicus curiae* başvurunun heyete taraflardan farklı bakış açısı getirmesi ve heyetin olayı çözmesine yardımcı olması

²⁰⁰ Ishikawa, **a.g.e.**, s. 391.

²⁰¹ Schreuer, **Commentary**, s. 98.

kaydıyla ve uyuşmazlığın kapsamında olmak şartıyla heyetin *amicus curiae* müdahaleleri değerlendirmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁰².

Belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığın politikleşmesinin önüne geçme meselesi, tahkim heyetinin gizliliğe ne ölçüde önem vereceği ile alakalı bir husustur. Önceki bahiste bahsettiğimiz, heyetin gizlilik hususunda nasıl bir tavır takınacağı hususu bu hususta da önemli rol oynayacaktır. Tarafların gizlilik ilkesinin söz konusu olduğu bir ortamda, tahkim süreci boyunca çeşitli noktalarda uzlaşarak, tahkim sürecini hızlandırmaları mümkündür. Ayrıca gizlilik prensibi tarafların aralarındaki meseleyi konuşarak daha rahat halledebilmesine de kapı açabilecek nitelikte bir prensiptir. Dolayısıyla, gizlilik prensibinin ortadan kalkmasının ve tarafların tüm dökümanlarının ve duruşmaların kamuya açılmasının taraflar arasındaki bu uzlaşma iklimini yok etmesi ve meselenin barışçıl yollardan çözümüne ciddi bir şekilde zarar vermesi mümkündür. Bu sebeple heyet *amicus curiae* 'lere başvuru izni verirken bu hususlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde durarak, barışçıl çalışma şartlarının ortadan kalkmaması için uğraşmalıdır²⁰³. Bu bağlamda Rubin, *amicus curiae* müdahalelerin kabulünün, uyuşmazlığın politikleşmesine sebep olacağını, antlaşmaların getirdiği teknik bakış açısından uzaklaşılacağını ve özellikle hükümet yetkilileri üzerinde ne kadar makul bir uzlaşma teklifi olursa olsun kamuoyu baskısı sebebi ile uzlaşmadan kaçma sonucunu doğuracağını ifade etmektedir²⁰⁴. Bu bağlamda doktrinde Rubin'in yaklaşımına paralel bir başka yaklaşım²⁰⁵, gizlilik ilkesinin uyuşmazlığın politikleşmesinin önüne geçtiğini, barışçıl çözüm yollarını kolaylaştırdığını ve taraflar arasındaki uzun süreli ilişkilerin daha sağlıklı yürümesini sağlayacağını ifade etmektedir.

²⁰²ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2:

(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;

(b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute.

²⁰³Levine, **a.g.e.**, s.220.

²⁰⁴Noah Rubins, "Opening the Investment Arbitration Process: At What Cost, for What Benefit?" **Transnat'l Disp. Mgmt.**, Vol. 3, Issue 3, June 2006.

²⁰⁵Knahr- Reinisch, **a.g.e.**, s. 110.

Ayrıca, bu bağlamda ICSID Konvansiyonunun amacının uyuşmazlığın politize edilerek, devletlerin güçlerinin yatırımların korunmasını sağladığı bir ortamın önüne geçmek olduğu hususunun da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu sebeple yatırımcıların iç hukukun insafına terk edildiği ya da yatırımların korunması alanında diplomatik koruma gibi geriye gidişlere yol açmayacak bir yöntem izlenmesi gerekir bu hususta. Tahkim kurallarına eklenen ve söz konusu hususu düzenleyen hüküm, dikkatlice incelendiği zaman, bu yaklaşımın teorik çerçevesini sunmaktadır²⁰⁶. Geniş halk kitlelerinin yorum yapmak ihtiyacı duyabileceği uyuşmazlıklar bakımından, bu durumun uyuşmazlığın diğer tarafı ile girişilebilecek olası bir uzlaşma süreci üzerinde baltalayıcı bir etkisi olabileceği hususu göz önünde bulundurularak, *amicus curiae*'lerin sayısının ve *amicus curiae*'lerin yapabilecekleri müdahalelerin içeriklerinin son derece dikkatli bir şekilde ele alınması gerekir. Uyuşmazlığın *amicus curiae*'ler tarafından politikleştirilebilmesi ihtimalinin yanında, taraflardan birisinin herhangi bir belge yayımlamak suretiyle politikleşme olgusunu sağlayabileceğini ve bu sebeple bu hususun sadece üçüncü kişilerin müdahalesi durumunda ortaya çıkabilecek bir durum olmadığını iddia edebiliriz²⁰⁷.

3. Süre ve Para Kaybına Sebep Olması

Tahkim klasik uyuşmazlık çözüm yolu olan devlet yargısına nispeten çok daha az zaman alan ve bu sebeple tarafların tercih ettikleri bir uyuşmazlık çözüm yolu olmaktadır. *Amicus curiae* müdahaleye izin verilmesi durumunda bu sürecin uzaması güçlü bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁸. Şöyle ki, başvuru için heyetten izin almaları ve heyetin başvuru hakkında taraflardan yorumlarını alması, devamında, başvurular yapıldıktan sonra tekrar tarafların bu husustaki yorumlarını alması hususlarının hepsi belli bir zaman alan işlemlerdir. Bu sebeple, heyetlerin tahkimin süre noktasındaki avantajlarını yok etmeyecek şekilde bir tutum takınarak, hangi andan itibaren hangi ana kadar *amicus curiae*'lerin izin için

²⁰⁶Knahr-Reinisch, **a.g.e.**, s. 110.

²⁰⁷Ishikawa, **a.g.e.**, s. 399.

²⁰⁸Rubin, **a.g.e.**, s.8.

başvuru yapabileceklerini, başvuru yaparken kaç sayfa ve kaç gün içinde başvuru yapılabileceğini, ayrıca tahkimin yapısını bozmayacak nitelikte iddialarda bulunarak tahkim sürecinin düzgün bir şekilde işlemlerini sağlayacak tedbirleri her bir vaka bakımından alması gerekir.

Sürecin uzaması beraberinde tarafların beklentilerini azalttığı gibi aynı zamanda uyuşmazlığın uzaması tarafların daha çok para harcamasına da sebep olmaktadır. Tarafların avukatlık ücretleri ve *amicus curiae*'lerin yaptıkları argümanlara karşı savunmada bulunmak için belli ölçülerde masraf altına girecekleri, bu suretle masraflarının artacağı hususu bilinen bir gerçektir. Bu sebeple, heyetlerin çok çeşitli önlemler almak suretiyle, bu hususların önüne geçmesi gerekir. ICSID, UNCITRAL ve DTÖ uygulamasında heyetler, başvurular için belli zaman limitleri koymak, sayfa sınırlamaları getirmek ve vakaların çoğunda karşımıza çıktığı üzere, başvuru yapan ortak bir dilekçe ile başvuruda bulunmasını sağlamak gibi kayıtlarla, bu hususun önüne geçmeye çalışmışlardır. Hatırlanacağı üzere DTÖ bakımından Ad Hoc Prosedürde ve NAFTA bakımından Serbest Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan *amicus curiae* müdahaleye ilişkin prosedürlerde, tahkim sürecinin zarar görmemesi ve tarafların kaygılarını en aza indirmek üzere, çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. ICSID bakımından henüz böyle bir prosedür belirlenmemiş olmasına rağmen, ICSID tahkim kurallarında müdahaleye ilişkin yer alan hükümlerin yorumlanması suretiyle, şu ana kadar söz konusu olan vakalarda heyetler, kendileri vaka vaka bir prosedür belirleyerek, UNCITRAL ve DTÖ uygulamasına yakın sonuçlara varmışlardır. Sonuç olarak, para ve süre kaybının önüne belli ölçülerde geçmek mümkün olsa bile, tamamen mümkün değildir ve *amicus curiae*'lerin getirecekleri katkı ile kıyaslanarak değerlendirilmesi halinde bu durumun katlanılabilir bir durum olduğu görülecektir.

4. Taraflara Ekstra Yükler Yükleme

Tarafların yargılamada çok değişik saiklerle bazı hususları dile getirmekten kaçınabileceklerini daha önce de ifade etmiş idik. *Amicus curiae* müdahalenin gündeme gelebileceği koşullar gözönüne alındığında, *amicus curiae* müdahalelerin bir kabul

sebebi olarak, heyetlerin *amicus curiae*'lerin iddia ettikleri hususların, tarafların bakış açılarının çok ötesinde olan hususlar olmaları gerektiği hususuna dikkat ettikleri görülecektir. Bu durumda başvuruçuların gündeme getirecekleri ve tarafların iddialarından farklı olan hususlar yargılamaya katılabilmeleri için *amicus curiae*'lere imkan tanıyacak olan hususlardır. ICSID Tahkim Kurallarında getirilen düzenleme de bu hususu bu şekilde düzenlemekte ve taraflardan farklı bakış açıları getirilmemesi durumunda o argümanın dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir. Böylece, *amicus curiae*'lerin katılımlarının tarafların hiç karşılaşmayacakları iddiaların gündeme gelmesine yol açacağı ve bu sebeple taraflara ekstra yükler yükleyerek onların yargılamanın sona ermesi için daha fazla çaba sarf etmelerine yol açacak bir durum ortaya çıkaracağını ifade edebiliriz. Ancak heyetler davacıların sürekli bir şekilde gündeme getirdikleri bu hususlar hakkında gerekli incelemelerde bulunarak hassas bir tutum izlemekte ve tarafların bu noktadaki kaygılarını gidermeye çalışmaktadırlar. Nitekim, ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2'²⁰⁹ de de tahkim yargılamasını bozmamak kaydıyla *amicus curiae* müdahalelere izin verilebileceği ifade edilerek, tarafların bu husustaki menfaatleri korunmaya çalışılmıştır. Heyetler de bu hususa vurgu yaparak *amicus curiae*'lerin rolünün heyete yardımcı olmak olduğunu, onların taraf olmadıklarını ve *amicus curiae* müdahaleye izin vermenin yargılamaya taraf eklemek anlamına gelmediğini ifade ederek, tarafların bu yöndeki kaygılarını gidermeye çalışmışlardır.

5. Amicus Curiae Müdahalenin Etkililiği Noktasında Yapılan Eleştiriler

Yeni gelişen ve ICSID bakımından *amicus curiae* müdahalenin söz konusu olduğu sadece ,bir kararın (Biwater v. Tanzania) neticelenmiş olduğu bir ortamda, *amicus curiae* müdahalenin ne ölçüde başarılı olup olmadığını değerlendirmek şu an için çok erkendir. Heyetlerin *amicus curiae*'lere yargılamaya katılma izni ver(e)mediği ve yargılamaya ilişkin belgelere ulaşma izni vermediği bir sistemde müdahalenin ne

²⁰⁹ICSID Tahkim Kuralları md. 37/2: The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.

ölçüde başarılı olabileceği hususu tartışmaya açık bir meseledir. Bu iddia karşısında, her olay bakımından heyetlerin bazı dökümanların açılmasına izin verebileceğini, kaldı ki vermediği durumlarda ise zaten ya mesele kamuya mal olmuş geniş bir mesele olduğu için başvuruçuların geniş bir bilgiye zaten sahip oldukları ya da somut olay itibari ile belgelerin açılmasına gerek olmadan da başvuru yapabilecek bilgilere sahip oldukları ifade edilmektedir²¹⁰. Ayrıca yeni Model Yatırım Antlaşmalarında *amicus curiae* müdahalelerin açıkça düzenlenmesi ve hak ve yetkilerinin geniş bir şekilde ele alınması karşısında, yeni eğilimin müdahale lehinde olduğunu ve etkililik noktasında yapılan eleştirileri bertaraf edecek nitelikte olduğunu ifade edebiliriz.

²¹⁰ Ishikawa, *a.g.e.*, s. 400.

SONUÇ

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere, bu çalışmanın konusu devletin yatırım dışı yükümlülükleri bağlamında, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesinin usulünü ve tahkim yargılamasına müdahale edilmesine sebep olabilecek çeşitli durumları ortaya koymak idi. Bu bağlamda tezin birinci bölümünde üçüncü kişinin müdahalesinin ICSID bakımından hukuki formatı olan *amicus curiae* kurumunun Common Law ve Amerikan uygulaması kapsamında kısa bir tanımlamasını yaptıktan sonra, kurumun DTÖ ve UNCITRAL uygulamasında nasıl bir uygulama alanı bulunduğu üzerinde kısaca durulmaya çalışılmıştır. Daha sonra ikinci bölümde ICSID uygulamasında ilk olarak *amicus curiae* müdahalenin ortaya çıktığı kararlar olan ve *amicus curiae* kurumunun ICSID uygulaması bakımından bilinip, yayılmasına yol açan örnek vakalar üzerinde durularak, ICSID uygulaması anlatılmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise müdahaleye yol açabilecek olan çeşitli durumlar sıralanarak, *amicus curiae*'lerin müdahalelerinin hukuksal zemini daha geniş bir bağlamda, uluslararası hukukun normlar hiyerarşisi ve devletin yatırımın korunması dışındaki diğer yükümlülükleri çerçevesinde ele alınmaya çalışılmıştır. Dördüncü bölümde tüm bu veriler ışığında *amicus curiae* müdahale lehine ve aleyhine ileri sürülen görüşlerin değerlendirilmesine geçilerek, her bir görüş bakımından değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Tahkimin, tarafların rızasına dayalı olmasının sonucu olarak, taraf egemenliğinin en ileri düzeyde söz konusu olması ve gizlilik ilkesinin önemli bir ölçüde uygulama alanı bulması sebebiyle uzun süre, tahkim yargılamaları üçüncü kişiler bakımından müdahale edilebilme imkanının olmadığı bir alan olma özelliğini korumuştur. Bu bağlamda ICSID bakımından söz konusu uyuşmazlık ile doğrudan hiçbir ilişkileri olmayan kişilerin tahkim yargılamalarına belirli ölçülerde müdahale edilebilmesine olanak tanınan bir aşamaya geçilmesi, taraf egemenliği prensibinin hakim olduğu tahkim kurumu bakımından önemli bir gelişmedir. *Amicus curiae* kurumu, bu noktada yatırım tahkimi kararlarının konusundan ve niteliğinden

kaynaklanan bazı menfaat durumları için, önemli sayılabilecek roller üstlenebilecek bir kurumdur. Özellikle uyuşmazlıkların konu bakımından çok büyük değerlere ulaştığı ve verilen kararın maddi sınırlarının ötesinde etkiler doğurduğu günümüzün yatırım tahkimi sisteminde, söz konusu kararın bu dolaylı etkilerine maruz kalabilecek kişiler bakımından uygun bir müdahale tarzı olarak *amicus curiae* kurumu, tahkim yargılamalarına yeni bakış açıları ve yeni argümanlar getirerek, heyetlerin kararın potansiyel etkilerini göz önünde bulundurarak hareket etmelerini sağlayacak ve bu yönüyle, son derece önemli etkiler doğuracak, söz konusu kararın meşruiyetine de önemli katkılar sağlayacaktır.

Amicus curiae kurumunun yargılamanın bütünlüğünü bozacağı ve tarafların beklentilerini önemli ölçüde azaltacağı argümanı bugün gelinen noktada ICSID bakımından herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Heyetler önlerine gelen *amicus curiae* müdahalenin söz konusu olduğu vakalarda, ICSID tahkim kurallarındaki düzenlemeden sonra, bu düzenlemeyi de göz önünde bulundurarak, her vaka bakımından bir müdahale usulü belirlemişlerdir ve yargılamanın bütünlüğünün bozulmasına fırsat vermeden, yargılamayı sonuçlandırmışlardır. Ayrıca, müdahalenin söz konusu olduğu kararlarda, bugüne kadar *amicus curiae*’lerin yargılamanın bütünlüğünü bozacak bir tutum içerisine girdiklerine rastlanılmamıştır ve söz konusu müdahalelerin tahkim yargılamasının bütünlüğünü bozacağına ilişkin iddialar böylelikle bugün için bir anlam ifade etmemektedir.

Amicus curiae müdahaleye ihtiyaç duyulma sebepleri, büyük oranda günümüzün değişen ekonomik düzenine bağlı olarak ortaya çıkan karışık menfaat durumlarıdır. Söz konusu durumlarda, yatırımcıların yatırımına zarar verdiği iddia edilen durum, genellikle devletin başka alandaki bazı yükümlülüklerini yerine getirmek için attığı adımların bir sonucu olmaktadır. Devletin bu şekilde yatırım dışı sorumluluklarına dayanarak yaptığı işlemi meşrulaştırma çabası, heyetler tarafından genellikle olumlu karşılanmamakta ve bu durum heyetler tarafından çok fazla dikkate alınmamaktadır. Bu sebeple, yatırım dışı yükümlülüğün kendilerini ilgilendirdiği geniş halk kitlelerinin yargılamaya katılarak, heyete bu hususlarda bilgi vermesi büyük

anlam ifade etmekte ve heyetin bu yeni bakış açıları doğrultusunda daha doğru, daha adil ve daha geniş hususları kapsayan bir karar vermesini sağlamaktadır.

Ayrıca, yine geniş kesimlerin menfaatlerinin söz konusu olması sebebiyle, söz konusu kararın, geniş halk kitlelerinden uzakta, onların hiçbir müdahalesi ve bilgisi olmadan çözümlenmesi meselesi beraberinde söz konusu kararın günümüzün demokratik teorisi ile uyumluluğunu ve dolayısıyla sistemin meşruiyetini gündeme getirmektedir. Bu kaygıların önüne geçmek için ve sistemin meşruiyetini sağlamak için *amicus curiae*'lerin katılımı son derece önemli bir anlam ifade edecek ve sisteme bu yönde yapılan eleştirileri belirli ölçülerde bertaraf edecektir.

Amicus curiae müdahalenin genellikle devletin yatırım dışı sorumlulukları bağlamında gündeme geldiğini ve *amicus curiae*'lerin söz konusu yatırım dışı yükümlülükler hakkında, taraflarca ileri sürülmeyen, onların bakış açılarından son derece farklı bakış açıları sundukları ve böylelikle özellikle insan hakları ve çevre gibi alanlarda heyete önemli katkılarda bulunarak, kararın bu hususlara da temas eden bir karar olması yolunda önemli roller ifa edebileceklerini kaydedebiliriz.

Amicus curiae'lere yönelik olarak çeşitli noktalarda yöneltlen eleştiriler, bugüne kadar teorik olmaktan ziyade pek bir anlam ifade etmemişlerdir. Heyetler, önlerindeki uyuşmazlıklarda, kendi önlerindeki uyuşmazlıkların usulünü belirlemeye ilişkin ilkeye dayanarak, ICSID Tahkim Kurallarında belirtilen çerçeveye uygun olarak bir müdahale usulü belirlemişler ve gerek bu sebeple, gerekse de müdahale talebinde bulunan kişi ve kurumların uzmanlıkları ve bilinirliği sebebiyle, bugüne kadar *amicus curiae* müdahalenin tahkim yargılamasını bozması olgusuna rastlanılmamıştır.

Henüz yeni bir olgu olmasına ve çok uzun bir geçmişi olmamasına rağmen, *amicus curiae* müdahalenin çok kısa denilebilecek bir süre içerisinde yatırım tahkimine yöneltlen gizlilik noktasındaki eleştiriler başta olmak üzere, sistemin meşruiyeti ile ilgili çeşitli iddialara önemli yanıtlar verdiğini ve tahkim yargılamalarına kendi özel, uzmanlaşmış ve teknik bilgileri ile taraflardan farklı bakış açıları sunarak, kararın

kalitesi ve gerekçeleri üzerinde önemli etkilerde bulundukları görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar yeni aktedilen yatırım antlaşmalarında *amicus curiae* kurumu, heyetlerinden takdir yetkisinden çıkartılıp, kendisine önemli haklar verilmekte ise de, halen özellikle yargılamaya ilişkin belgelere ulaşmak ve tahkim yargılamasına katılıp sözlü argümanlarda bulunmak hususları başta olmak üzere, kurum büyük oranda tarafların ve heyetin takdir yetkisine bağlı olarak hareket edebilmektedir. Bu sebeple kurumun, tahkimin geleneksel olarak devlet yargısının müsamahası ölçüsünde gelişebilmiş olmasına benzer şekilde, önümüzdeki süreçte ne ölçüde etkili olabileceği meselesi halen büyük oranda heyetlerin takdir yetkilerini ne yönde kullanacaklarına bağlı olan bir durumdur.

KAYNAKÇA

A. Kitap, Kitap Bölümleri ve Makaleler

- Aaken, Anne Van : Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection, Finnish Yearbook of International Law, 2008, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2008-1, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1097529>, 30.01.2012.
- Akyeşilmen, Nezir: “(Ir)/Responsibility of Transnational Corporations for Human Rights: The Case of Baku- Tbilisi-Ceyhan Oil Pipeline Project”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008.
- Alvarez, José E. /Khamisi, Kathry: **The Argentine Crisis and Foreign Investors ,A Glimpse into the Heart of the Investment Regime**, The Yearbook on International Law and Policy 2008/2009, Edited by Karl P. Sauvant, New York, Oxford University Press, 2009.
- Angell, Ernest: “The American Development of English Institutions”, **The International and**

- Ataman Figanmeşe, İnci: **Comparative Law Quarterly**, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1967).
- “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 31, Sayı 1, 2011, İstanbul (91-152).
- Bartholomeusz, Lance: “The Before International Courts and Tribunals”, **Non-State Actors and International Law**, 5: 209-286, 2005.
- Black’s Law Dictionary: Fifth Edition , West Publishing Company, 2004.
- Bouvier’s Law Dictionary: Second Edition, New Jersey, 2004.
- Brownlie, Ian: **Public International Law**, Oxford University Press, 6th Edition, 2003.
- Buckley, Ross P. /Paul Blyschak: “Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes” 22:3 **Banking and Finance Law Review**(2007) , 353-376.

- Burke-White, William W.: The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System (January 24, 2008). U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 08-01, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1088837> ya da, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1088837>, 30.01.2012.
- Burke-White, William W. / Staden, A. von: “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, **The Yale Journal of International Law**, Vol. 35: 283 2010.
- Buys, Cindy G.: “The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, **The American Review of International Arbitration**, Vol., 14, 2003.
- Charnovitz, Steve: “Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance”, **Michigan Journal of International Law**, Vol. 18:183, 1997.

- Chazournes, Laurence Boisson De: “Transparency and "Amicus Curiae" Briefs”, **The Journal Of World Investment And Trade**, 2004, Vol. 5, No. 2.
- Cheng, Tai-Heng: “Power, Authority and International Investment Law”, **20 Am. U. Int'l L. Rev.**.
- Choudhury, Barnali: “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 41:775, 2008.
- Collins , Paul M.: “Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Briefs”, **Political Research Quarterly**, Volume 60, Number 1, March 2007.
- Covey, Frank M.: “Friend Of The Court”, **9 DePaul L. Rev.** 30 1959-1960.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 10. Bası, Istanbul, 2010.
- Delaney, J. / Magraw, D. Barstow: “Procedural Transparency” in **Oxford Handbook of International Investment Law**, Edt.: Christoph Schreuer / Peter

- Muchlinski/ Federico Ortino, Oxford University Press, 2008.
- Dolzer, R. / Schreuer, C.: **Principles of International Investment Law**, Oxford University Press, New York, 2008 .
- Duzer, J. Anthony Van: “Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Participation”, 52 **MCGILL L. J.**681,688 (2007).
- Esen, Emre: **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Antlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008,
- Franck, Susan D.: “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration”, **North Carolina Law. Review.** Vol., 86, 2007. Ayrıca, (Çevrimiçi)<http://ssrn.com/abstract=969257> , 25.01.2012.
- Fry, James D.: “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”,**Duke Journal of Comparative & International Law** , Vol 18:77, 2007.
- Gemalmaz, H. Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul 2009.

- Gramont, A. De: “After the Water War: The Battle for Jurisdiction in Aguas Del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia”, **Transnational Dispute Management**, Vol.3, Issue 5, 2006.
- Hallward-Driemeier, M.: “Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only A Bit ...And They Could Bite” (World Bank Working Paper No. 3121, June 2003, (Çevrimiçi) <http://econ.worldbank.org/files/29143-wps312.pdf>, 30.01.2012.
- Harten, Gus Van / Loughlin, Martin: “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, **The European Journal of International Law**, Vol. 17, No.1, 2006.
- Hedman, Susan : “Friends of the Earth and Friends of the Court: Assessing the Impact of Interest Group Amici Curiae In Environmental Cases Decided By The Supreme Court”, **Virginia Environmental Law Journal Vol. 10**: 187 (187-212) 1991.
- Hirsch, Moshe: “Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law” (November 2006). Hebrew University International Law Research Paper No. 14-06, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=947430>, 30.01.2012.

- Ishikawa, Tomoko: “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, **ICLQ**, Vol. 59, April 2010, (373–412).
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle: “Arbitral Precedent: Dream, Necessity, or Excuse?”, **23 ARB. INT’L** 357, 2007.
- Kinnear, Meg: “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement”, Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, Symposium Co-Organized by ICSID, OECD and UNCTAD (Sept 12, 2005), (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/36979626.pdf>, 30.01.2012.
- Knahr, Christina /Reinisch, August: “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise”, **L. & Practice int’l Cts. & Trib.** 97-118, 2007.
- Kinney, J. Kendrick: **Law Dictionary and Glossary**, Colorado, 1987.
- Kriebaum, U.: “Regulatory Takings: Balancing the Interest of the Investor and State”, **The Journal of World Investment & Trade**, 2007.
- Krislov, Samuel: “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, **The Yale Law Journal** Vol. 72: 1963.

- Laverde, Santiago Dussan: Analysis of The Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration, (Çevrimiçi) <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3733077>, 30.01.2012.
- Leeks, Annie: “The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus Of International Law: The ICSID Approach”, **University of Toronto Faculty of Law Review**, Volume 65, Number 2, Spring 2007.
- Levine, Eugenia: “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, **Berkeley Journal Of International Law**, Vol. 29:1, 2011.
- Lim, C. L.: “The Amicus Brief Issue at the WTO”, **Chinese Journal of International Law**, (2005), Vol. 4, No. 1, 85–120.
- Lowman, Michael K.: “The Litigating : When Does The Party Begin After The Friends Leave?”, **The American University Law Review**, Vol. 41:1243, 1992.
- Magraw,
Daniel Barstow /

- Amerasinghe, Niranjali Manel: “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”, **ILSA Journal of International & Comparative Law** , Vol. 15:2 2009.
- Laverde, Santiago Dussan: “Analysis of The Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, (Çevrimiçi) <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3733077>, 30.01.2012.
- Mann, Howard: “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities”, 2008, (Çevrimiçi) http://www.iisd.org/pdf/2008/iaa_business_human_rights.pdf, 30.01.2012.
- Mann, Howard / Marshall, Fiona: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: Good Governance and the Rule of Law: Express Rules for Investor-State Arbitrations Required, (2006), (Çevrimiçi) http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_uncitral_rules_revision.pdf, (30.01.2012).
- Mccaffrey, Stephen C.: “**The Human Rights to Water**” in **Fresh Water and International Economic Law**, Edt.: Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Oxford University Press , 2005.

McDougall, Andrew de Lotbinière /

Santens, Ank:

ICSID Tribunals Apply New Rules on ,
February 2007,(Çevrimiçi)
http://www.whitecase.com/publications_02012007_3/ , 30.01.2012.

Mostafa, Ben:

“The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law”,**Australian International Law Journal**,Volume 15, 2008.

Mourre, Alexis:

“Are Amici Curiae The Proper Response To ThePublic’s Concerns On Transparency In InvestmentArbitration?”,**The Law And Practice Of International Courts And Tribunals** 5: 2006.

Muchlinski, Peter:

“Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalising World.”in **The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options**, Edt.: Jose Alvarez, Karl Sauvant , New York: Oxford University Press, 2011.

Neumayer, Eric/ Spess, Laura:

“Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”**World Development**, 33 (10), 2005.

- New York Times: “**The Secret Trade Courts**”, September 27, 2004, p.26, col.1, (Çevrimiçi)<http://www.nytimes.com/2004/09/27/opinion/27mon3.html> , 30.01.2012.
- Peterson, Luke Eric: All Roads Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties, International Sustainable and Ethical Investment Rules Project, (Çevrimiçi) http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_nautilus.pdf ,, 30.01.2012.
- Reiner, Clara / Schreuer, Christoph: “Human Rights and International Investment Arbitration” in **Human Rights in International Investment Law and Arbitration**, Edt.: P.M. Dupuy, F. Francioni, E.U. Petersmann, Oxford University Press, 2009.
- Rubins, Noah: “Opening the Investment Arbitration Process: At What Cost, for What Benefit?”**Transnat’l Disp. Mgmt.**, Vol 3, Issue 3, June 2006.
- Salacuse, Jeswald W.-
- Nicholas P. Sullivan: “Do BITS Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, 46 **HARV. INT’L L. J.** 67, 77-79, 2005.
- Schreuer, Christoph with Malintoppi, L.

- /Reinisch, August /Sinclair, Anthony: **The ICSID Convention: A Commentary**, Second Edition, Cambridge, University Press, 2009.
- Shelton, D.: “The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”, **The American Journal of International Law**, Vol. 88:611, 1994.
- Shemberg, Andrea: Stabilization Clauses and Human Rights, A Research Project Conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, March 11, 2008, (Çevrimiçi) [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf), 30.01.2012.
- Simma, Bruno: “Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights?” **International and Comparative Law Quarterly** Vol. 60, No. 3, 2011 (573 – 596).
- Smets, Henri: “Economics of Water Services and the Right to Water” in **Fresh Water and International Economic Law**, Edt.: Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Oxford University Press, 2005.

- Sornarajah, M.: **The International Law on Foreign Investment**, Cambridge University Press, Third Edition, 2010.
- Stryker, Robin: "Rules, Resources, and Legitimacy Processes: Some Implications for Social Conflict, Order, and Change", **American Journal of Sociology** (1994) ,Volume: 99, Issue: 4 (January 1994): 847-910.
- Şanlı, Cemal :**Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 4. Baskı, 2011, İstanbul.
- Tienhaara, Kyla: "Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments", 16 **REV. EUR. CMTY. & INT'L ENVTL. L.** 230, (2007).
- Truswell, Emma: "Thirst for Profit: Water Privatisation, Investment Law and a Human Right to Water" in **Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration**, Edt.: Chester Brown, Kate Miles, Cambridge University Press, 2011.
- UNCTAD: **Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration**, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Switzerland 2010.

- Vandeveld, Kenneth J.: “A Brief History of International Investment Agreements”, **12U.C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y**157 (2005).
- Vinuales, Jorge E.: “Amicus Intervention in Investor-State Arbitration”, **DISP. RESOL. J.**, Nov. 2006–Jan. 2007, 2006.
- Yackee, Jason Webb: “Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence”, **Virginia Journal Of International Law**, Vol. 51:397, 2011.
- Yannaca-Small, Katia: “Indirect Expropriation and the Right To Regulate: How to Draw the Line” in **Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues**, *Edt.:* Katia Yannaca-Small, Oxford University Press 2010, New York.
- Yılmaz, İlhan: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, 1. Bası, İstanbul, 2004.
- Weiler, Todd: “Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order”, **27B.C. INT'L & COMP. L. REV.** 429, 2004.
- Wieland, Patrick: “Why The Amicus Curiae Institution Is Ill-Suited To Address Indigenous Peoples' Rights Before Investor-State Arbitration

Tribunals: *Glamis Gold* and the Right of Intervention”, **Trade, Law and Development**, Vol. 3: 334, *Fall*, 2011.

Willmott, Lindy / White, Ben

Cooper, Donna:

“Interveners or Interferers: Intervention in Decisions to Withhold and Withdraw Life-Sustaining Medical Treatment”, **Sydney Law Review**, Vol. 27: 597, 2005.

Wilske, Stephan / Raible, Martin

/ Markert, Lars:

“International Investment Treaty Arbitration and International Commercial Arbitration – Conceptual Difference Or Only A "Status Thing"?", **1(2) CONTEMP. ASIA ARB. J.** 213.

B. Raporlar

“Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Scope and Content of the Relevant Human Rights Obligations Related to Equitable Access to Safe Drinking Water and Sanitation under International Human Rights Instruments” A/HRC/6/3, 16 August 2007 ,(Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org> , 30.01.2012.

“Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts” Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises A/HRC/4/035, 9 February 2007 ,(Çevrimiçi) <http://www.globalgovernancewatch.org/resources/business-and-human-rights--mapping-international-standards-of-responsibility-and-accountability-for-corporate-acts>, 30.01.2012.

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, International Law Commission, Report of the Study Group of the International Law Commission , Fifty-Eighth Session, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, ,(Çevrimiçi)
http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf , 30.01.2012.

General Comment No. 15 (2002), The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2002/11, 20 January 2003,(Çevrimiçi)
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf) , 30.01. 2012.

“Human Rights, Trade and Investment. Report of the UN High Commissioner for Human Rights”, E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2003) ,(Çevrimiçi)
[http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/\\$FILE/G0314847.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/$FILE/G0314847.pdf), 30.01.2012.

Human Rights, Trade and Investment, Report of the High Commissioner for Human Rights, UN Doc No. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 July 2003), (Çevrimiçi)
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/\\$FILE/G0314847.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/$FILE/G0314847.pdf) , 30.01.2012.

Human Rights, Trade and Investment, Report of the High Commissioner for Human Rights, UN Doc No. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2 July 2003),
[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/\\$FILE/G0314847.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/e06a5300f90fa0238025668700518ca4/9b2b4fed82c88ee2c1256d7b002e47da/$FILE/G0314847.pdf) , 30.01.2012 .

Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, U.N. Doc. E/CN.4/2006/97 (2006),(Çevrimiçi)
<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Reports.aspx>,30.01. 2012.

OECD (2005), **“Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”**, OECD Working Papers on International Investment, 2005/01, OECD Publishing, (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.1787/524613550768>, 30.01.2012.

“Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration: ICSID Secretariat Discussion Paper” 22 October, 2004., (Çevrimiçi) www.worldbank.org/icsid/improve-arb.htm, 30.01. 2012.

Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water, (Çevrimiçi) http://www.ciel.org/Ifi/Bechtel_Lawsuit_12Feb03.html , 30.01.2012.

“Statement of the UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights, Professor John Ruggie, To the UNCITRAL Working Group II” (Arbitration and Conciliation), 48th session, New York, USA February 4-8, 2008, (Çevrimiçi)

www.reports-and-materials.org/Ruggie-statement-UNCITRAL-Feb-2008.pdf, , 30.01.2012.

Working Paper of the ICSID Secretariat, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations* (May 12, 2005), (Çevrimiçi) <http://worldbank.com/icsid/highlights/052405-sgmanual.pdf> , 30.01. 2012.

C. İncelenen Vakalar

Aes Summit Generation Limited Aes-Tisza Erözü Kft v. the Republic Of Hungary (ICSID Case No. Arb/07/22) , <http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, (ICSID Case No. ARB/02/3) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Azurix Corp. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/12),
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR, 184.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/5/22),

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/8) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Glamis Gold Ltd. v. United States of America, (NAFTA/UNCITRAL),
<http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf> .

Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1,
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Methanex Corporation v. United States of America, (NAFTA/UNCITRAL),
<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm> .

Mondev International Ltd. v. United States of America (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2), <http://www.state.gov/s/l/c3758.htm> .

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/99/)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa (ICSID Case No. ARB(AF)/07/1),

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Saipem S.P.A. v. The People's Republic Of Bangladesh (ICSID Case No. Arb/05/07)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16),

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8),

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States (Case no. Arb (AF)/00/2),

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

Tradex Hellas S.A. v. Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, Dec. 24,), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/> .

United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, (NAFTA/UNCITRAL),<http://www.state.gov/documents/organization/6033.pdf> .