



## Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar

### Counterclaims in the Realm of Investment Arbitration

İnci Ataman Figanmeşe\*

#### Öz

*Saluka* davası kapsamında verilmiş yetki kararıyla ev sahibi devletlerin 'Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde (YTKS'lerde)' yer alan tahkim klotzlarına istinat etmek suretiyle karşı dava açma olanağına sahip oldukları teorik olarak ortaya konmuş olsa da, karşı davaların hükme bağlanabilmesinin tâbi olduğu yetki ve kabul edilebilirlik şartlarının yerine gelmiş olup olmadığının belirlenmesinde nasıl bir anlayışın tatbiki gerektiği konusunda henüz netleşmiş standartlar oluşturulamamıştır. Meselâ karşı davanın, tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığının belirlenmesi konusunda ağırlıklı olarak YTKS'de yer alan tahkim klotzunun kapsamından yola çıkılmış olursa da, bazı hakemler, yatırımcının tahkim davası açmakla ev sahibi devletin açacağı karşı davaları da tahkim rızasının kapsamına dahil etmiş kabul edilmesini gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer yandan, YTKS'ler genellikle yatırımcıya yükümlülük getirmediklerinden, ev sahibi devletler yatırımcının ancak mahallî hukuku veya aralarındaki sözleşmeyi ihlâl etmiş olduğunu ileri sürmeleri mümkündür; ev sahibi devletlerin YTKS hükümleri dışında kalan bu ihlâllere dayanmak suretiyle karşı dava açıp açamayacaklarına ilişkin olarak son dönemde verilmiş az sayıda karar dışında net bir cevap ortaya konmamıştır. Kabul edilebilirlik şartını teşkil eden, karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması şartı bakımından, çoğunlukla asıl dava ile karşı dava arasında "hukukî bağlantı" bulunması aranmışsa da, "vakialar bakımından bağlantı" bulunmasının yeterli olacağına karar verilmiş olan tahkim davaları da bulunmaktadır.

#### Anahtar Kelimeler

Karşı Dava, Asıl Dava, Yetki, Kabul Edilebilirlik, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi, Bağlantı, Tahkim İradesi, Mahallî Hukuk, Saluka, Urbaser, Roussalis, Vestey

#### Abstract

Even though since the *Saluka* case it is settled that theoretically host States can file counterclaims based on investment treaties, there are still no solid principles as to how to approach to the two main requirements for such counterclaims. While most of the tribunals have embraced the approach that the question of whether a counterclaim falls within the parties' consent can only be determined by the arbitration provision of the relevant treaty, some other arbitrators embraced the approach that regardless of the wording of the arbitration provision of the relevant treaty, an investor who has initiated ICSID proceedings should be deemed to have given consent to counterclaims. Likewise, different approaches have been taken as regards to the connection requirement; while some arbitrators found that a "factual connection" is not sufficient and decided that counterclaims that have no "legal connection" with the primary claim are inadmissible, some other tribunals have decided that the existence of a "factual connection" between the counterclaim and the primary claim is sufficient for the admissibility requirement.

#### Keywords

Counterclaim, Jurisdiction, Admissibility, ICSID Convention Art 46, Nexus, Connection, Domestic Law, Saluka, Urbaser, Vestey, Roussalis

\* Sorumlu Yazar: İnci Ataman Figanmeşe (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: inci.figanmese@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6678-8601

Atf: Ataman-Figanmese I, "Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar" (2020) 40(2) PPIL 1659.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0044>



### **Extended Summary**

It was not before 2004 that an investment arbitration tribunal, namely the *Saluka* tribunal, put forth the theoretical possibility of the right of action of host states to file counterclaims based on an Investment Treaty. The reason that the answer to the question as to whether host States have a right to file counterclaims based on investment treaties was left unclear for so many years, lies in the one-sided nature of investment treaties. Investment treaties impose obligations on host States but generally do not provide for obligations on investors. Moreover, the manufactured consent to arbitration by means of the arbitration clauses embedded in investment treaties, vest only the investors with the right to initiate arbitration proceedings, host States on the other hand can not initiate arbitration proceedings implementing arbitration clauses in investment treaties. Last but not least, it has to be pointed out that, investment treaties except for a few rather new ones, do not include a provision on the right of the host States to file counterclaims. All these make it difficult to find an answer on whether tribunals can assume jurisdiction over counterclaims based on investment treaties.

For a counterclaim to be within the jurisdiction of an investment arbitration tribunal, it has to be within the scope of the consent of the parties to the arbitration. Like the overwhelming majority of other treaties, the relevant treaty in the *Saluka* case did not include a provision on counterclaims that would directly provide an answer as to the jurisdiction of the *Saluka* tribunal over the counterclaim brought by Czech Republic. Thus the *Saluka* tribunal, to find out whether the counterclaim was within the scope of the parties' consent to arbitration looked at the arbitration clause of the relevant treaty. Since the arbitration clause of the relevant treaty referred to "all disputes... concerning an investment" and didn't identify the investor as the sole potential claimant, the *Saluka* tribunal found that the consent of the parties was broad enough to encompass the counterclaims brought by the host State. The method employed by the *Saluka* tribunal has been followed by several other tribunals. Even though some arbitrators (Prof Reisman from the *Roussalis* tribunal and members of the *Goetz* tribunal) and commentators have put forward that an investor who has initiated ICSID proceedings must be deemed to have given consent to counterclaims, this approach seems not to have persuaded many others. For instance, in a relatively new case, namely the *Vestey* case, the tribunal applying the *Saluka* method looked at the arbitration clause of the treaty and finding that the wording of the clause was not broad enough to encompass the (possible) counterclaim of the host State declined jurisdiction, the *Vestey* tribunal did not even refer to the approach advocated by Prof Reisman and the arbitrators of the *Goetz* tribunal (*Vestey Award* para 333).

Because investment treaties don't impose obligations on investors, host States can not base their counterclaims on an alleged breach of the investment treaty by the

investor; host states, as like the Czech Republic did in the *Saluka* case, can only base their counterclaims on an alleged breach of their domestic laws or an agreement they concluded with the investor. The question to be answered at this point is whether, arbitration clauses in Investment treaties that have a language that provides that “any” or “all” disputes arising out of investment can be brought to arbitration, vests the host States with the right to both bring a counterclaim by implementing such an arbitration clause and not to base its counterclaim on an alleged violation of the same treaty but of its national laws or an agreement. As a matter of fact, this is not a question that is specifically related to counterclaims, but a question related to any claims brought by way of implementing arbitration clauses in investment treaties. It can be suggested that the more the approach that the meaning of the reference in an arbitration clause to “any or “all disputes arising out of investment” is that claimants, regardless of the legal source of the breach, can base their claims on any alleged breaches factually related to the investment receives general approval, the more counterclaims can be decided by tribunals.

It is not sufficient that the tribunal finds that the counterclaim falls within its jurisdiction, the counterclaim has also to be admissible to be entertained by the tribunal. Counterclaims are admissible only if they are “factually connected” with the primary claim. Yet, many tribunals have found that counterclaims are inadmissible because of being based on the national law of the host state and not having a “legal connection” with the primary claim. Fortunately, tribunals of relevantly new cases such as the tribunal of the *Urbaser* case do not embrace the approach requiring a “legal connection” and entertain counterclaims that have a “factual connection” with the primary claim, thus entertain counterclaims based on domestic laws on human rights and environmental protection (*Urbaser* Case para 1151).

## Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Karşı Davalar

### Giriş

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından bağımsızlığını kazanan devletlerin bir yandan ülkelerine girecek yabancı sermayeye ihtiyaç duymaları, diğer yandan ise ülkelerinde bulunan yabancı sermayeli yatırımları devletleştirme yoluna gitmeleri Prof. Dr. CEMAL ŞANLI'nın işaret ettiği üzere, "paradoksal" bir durum yaratmış<sup>1</sup>, bu sorunu aşabilmek için ortaya konan çarelerden biri de yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir milletlerarası yatırım tahkimi rejiminin kurulması olmuştur. İşte bir yatırım tahkimi rejiminin kurulmasına yönelik ilk adım, "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'nin (ICSID Konvansiyonu'nun)"<sup>2</sup> hazırlanmasıyla atılmıştır. ICSID Konvansiyonu'nun hazırlanması aşamasında, yabancı yatırımcılara olduğu gibi ev sahibi devletlere de uyuşmazlıklarının çözümü için başvurabilecekleri bir tahkim yargılaması zemini sunma<sup>3</sup> amacı güdülmüş, bu amaç doğrultusunda ICSID Konvansiyonu yabancı yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında denge kurulmasını sağlayacak hükümler içerir şekilde düzenlenmiştir<sup>4</sup>.

Ne var ki yatırım tahkimi rejiminin gelişim süreci içinde, devletler arasında akdedilen sözleşmeler olan Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerinde (YTKS'lerde) yer alan tahkim kuzları vasıtasıyla da tahkim rızasının tezahür edebileceği anlayışının gelişmesi<sup>5</sup> ile, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında başta gözetilmiş olan denge, ev sahibi devlet aleyhine bozulmuştur. Öyle ki, ev sahibi devletlerin YTKS'lerde yer alan tahkim kuzları nedeniyle yatırım tahkimi davaları ile muhatap olmak durumunda kaldıkları, buna mukabil yatırımcıya karşı müstakil bir milletlerarası yatırım tahkimi davası açmalarının mümkün olmadığı, hatta aleyhlerine açılmış davalarda "karşı dava" yoluyla taleplerini ileri sürmelerinin mümkün olup olmadığının dahi tartışmalı bir mesele haline dönüştüğü bir durum ortaya çıkmıştır. İşte bu durum, doktrinde *Paulsson* tarafından, "...masanın karşı tarafına geçmenin mümkün olmadığı, davayı açanın davalı ev sahibi devletin olmasının mümkün olmadığı, hatta davalı ev sahibi devletin, davacıdan olan taleplerini ileri sürebileceği bir karşı dava

1 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7nci baskı, Beta 2019) 574.

2 ICSID Konvansiyonu Onay Kanunu RG 2 Haziran 1988-19830.

3 Executive Directors of the International Bank, 'Report of Executive Directors of the International Bank to Accompany the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States' parag. 13 <icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

4 Meselâ ICSID Konvansiyonu'nun 36. maddesi, tahkim prosedürü başlatmak isteyen herhangi bir "âkit devlet" veya herhangi bir "âkit devlet vatandaşından" söz etmektedir. Tek başına bu madde dahi, ICSID Konvansiyonu'nun, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcıların aynı koşullar altında ICSID tahkimine başvurabileceğini öngörecektir şekilde düzenlenmiş olduğunu göstermektedir.

5 1990 yılında karara bağlanmış *AAPL v. Sri Lanka* davası, bir Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesinde (YTKS'de) yer alan tahkim kuzuna istinat etmek suretiyle açılıp hükme bağlanan ilk davadır; *Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, Final Award (27 June 1990) para 18.

*açmasının dahi mümkün olup olmadığı belli olmadığı bir yapı<sup>6</sup>... ” ifadeleriyle tanımlanmıştır.*

Hemen yukarıda alıntılanmış olduğumuz cümlede, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki dengenin, ilki “müstakil bir yatırım tahkimi davası” açma imkânı yönünden<sup>7</sup>, ikincisi ise “karşı dava” açma imkânı yönünden olmak üzere iki yönden bozulduğunun ifade edildiği görülecektir. İşte bu çalışmada, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında iki yönden bozulduğu ifade edilen dengenin, karşı davaya ilişkin yönleri üzerinde durup, yatırım tahkimi alanında ev sahibi devletlerin YTKS'lere istinaden açtıkları karşı davaların hakemlerce esastan incelenip hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığını ele alacağız.

Yatırım tahkimi alanında karşı davalar konusunu ele almamızın sebebi, son yıllarda ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davalar bakımından yeni bir anlayışın gelişmekte olmasıdır. Şöyle ki, 2000'li yılların başlarına dek ev sahibi devletlerin karşı dava açma teşebbüsleri hem sayıca fazla olmamış hem de açılmış az sayıdaki karşı davanın çoğu YTKS'lere değil, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeye (mesela imtiyaz sözleşmesine) istinat ettirilmiştir. Bu karşı davalardan ‘ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeye’ istinat eden karşı davalar bakımından esas itibarıyla pek sorunla karşılaşılmamış, gerekli şartları karşılayan karşı davalar hakemlerce hükme bağlanmıştır; buna mukabil YTKS'lere istinat eden karşı davalardan hiçbiri esas yönünden incelenip hükme bağlanmamış, yetki incelemesi dahi yapılmadan çeşitli gerekçelerle esaslarına girilmeden reddedilmiş, başarısızlıkla<sup>8</sup> sonuçlanmıştır. Esasen YTKS'lere istinat eden karşı davaların hakemlerce hükme bağlanmasının teorik olarak mümkün olup olmadığı dahi *-Paulsson*'un yukarıda alıntılanmış olduğumuz sözlerinin<sup>9</sup> de ortaya koyduğu gibi- uzun süre belirsizliğini korumuştur. İşte bu belirsizlik, aşağıda ele alacağımız *Saluka davası*<sup>10</sup> kapsamında verilmiş 2004 tarihli yetkiye ilişkin kararlar<sup>11</sup> sona erdirilmiş, bu yetki kararıyla YTKS'lere istinat eden karşı davaların hakemlerce karara bağlanmasının teorik olarak mümkün olduğu ortaya konmuştur.

6 Jan Paulsson, ‘Arbitration Without Privity’ (1995) 10(2) ICSID Review, 231, 232. Alıntılarımız metnin İngilizcesi şöyledir: “This new world of arbitration is one... where the tables could not be turned: the defendant could not have initiated the arbitration, nor is it certain of being able even to bring a counterclaim”.

7 Ev sahibi devletlerin yatırımcılara karşı “müstakil” bir yatırım tahkimi davası açması meselesini bir başka makalemizde ele almış, ev sahibi devletlerin de davacı olarak yatırım tahkimine başvurma ihtiyacı duyabileceklerini, buna mukabil, ‘yatırımcıların’ YTKS’lerde yer alan tahkim kayıtlarına istinaden milletlerarası tahkime başvurmalarına imkân tanıyan kurgunun, aynı imkânı ‘ev sahibi devletlere’ tanımadığı üzerinde durmuştuk; İnci Ataman-Figanmeşe, ‘Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Kizlerinin Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar’ İÇ Hatice Özdemir-Kocasakal ve Süheyla Balkar (eds) *Tahkim Anlaşması* (Oniki Levha 2020) 103, 122 ff.

8 Ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davaların başarısızlıkla sonuçlanmış olması “*Yatırım Tahkimi Alanında Ev Sahibi Devletin Karşı Davası: 30 Yıllık Başarısızlığın Hikâyesi*” şeklinde tercüme edilebilecek bir başlıkla kaleme alınmış bir makaleye dahi konu olmuştur; Ana Vohryzek-Griest, ‘State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure’ (2009) 15 International Law, Revista Colombiana De Derecho Internacional, 83-124 <scielo.org.co/scielo.php?script=artext&pid=S1692\_81562009000200004#nu112> Erişim 2 Mayıs 2020.

9 Paulsson (n 6).

10 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (7 March 2006) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

11 *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over Czech Republic’s Counterclaim, 7 May 2004 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>

Sözünü ettiğimiz *Saluka* davasında verilmiş yetkiye ilişkin karardan sonra karşı davalar bakımından halen gelişimini sürdürmekte olan farklı bir iklim ortaya çıkmıştır<sup>12</sup>. Evvelâ, ev sahibi devletler önceki yıllara kıyasla daha sık, YTKS'lere istinat eden karşı davalar açmaya başlamış, hatta Türkiye de tespit edebildiğimiz kadarıyla muhatap olduğu iki davada (*Nowa-Huta* davası<sup>13</sup> ile *Europe Cement* davasında<sup>14</sup>) karşı dava olarak nitelendirilebilecek bir taleple tazminat talep etmiştir<sup>15</sup>. Diğer yandan, hakemler detaylı bir yetki incelemesi dahi yapmadan çeşitli gerekçelerle karşı davaları reddetme yönündeki eski tutumlarını terk ederek, karşı davalar bakımından detaylı yetki ve kabul edilebilirlik incelemeleri yapmaya başlamış, yetki ve kabul edilebilirlik konusunda yeni yaklaşımlar getiren kararlar vermeye başlamışlardır. Öyle ki, ilk kez *Roussalis* davası<sup>16</sup> kapsamında bir hakemin kaleme aldığı muhalefet şerhinde ifade alanı bulan bir görüş ve bu görüşü benimseyen başka hakemler ile doktrinde kimi yazar, tahkim rızasının kapsamının belirlenmesi bakımından benimsenen klasik yaklaşımın bir kenara bırakılıp, karşı davalar bakımından tahkim rızasının kapsamının ilgili YTKS'de yer alan tahkim klotundan ziyade, başka dayanaklardan yola çıkarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştü, böylelikle “karşı davalarla” sınırlı olsa da tahkim rızası konusunda büsbütün yeni bir yaklaşımı ortaya atmışlardır. Bir başka gelişme olarak da karşı davalar bakımından aranan şartlardan olan asıl dava ile karşı dava arasında ‘bağlantı bulunması şartı’ bakımından yapılan değerlendirmelerde esas alınması gereken bağlantı unsurlarının hangileri olduğuna ilişkin görüşlerin giderek esnetilmesi suretiyle, bilhassa insan haklarının ve çevrenin korunmasını sağlamaya yönelik yeni bir anlayışın gelişmekte olmasına işaret edilebilir.

Bir karşı davanın hakemlerce hükme bağlanabilmesi için esas itibarıyla pek çok şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu çalışmada karşı davaların görülebilmesi için aranan yetki ve kabul edilebilirlik şartlarını ve bu şartlara hakemlerin yaklaşımlarını inceleyecek olmakla birlikte, eldeki davanın bir “karşı dava” olup olmadığına bakılmaksızın her yatırım tahkimi davası bakımından aranan (ve yine mevcudiyetlerinin değerlendirilmesi bakımından eldeki davanın karşı dava olup olmasının fark yaratmadığı) şartları burada ele almayacağız. Meselâ ICSID tahkimi yoluyla görülmekte olan bir dava kapsamında karşı dava açılabilmesi için, tüm ICSID davalarında olduğu gibi karşı davaya konu uyumsuzluğun da bir “yatırımdan”, kaynaklanması veyahut da yatırımcının Konvansiyona taraf olan bir devletin vatandaşı olması gerekir. Çalışmamıza ayrılmış dar alan, karşı davalara özgü olmayan bu şartları

12 Bu yönde bkz. José Antonio Rivas, ‘ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution’ in Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds) *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* (Nijhof 2015) 779, 779.

13 *Cementownia Nowa Huta S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award (17 September 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf>>.

14 *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/2, Award (13 August 2009) <[www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf)>.

15 Konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz aşağıda (n 132) civarı.

16 *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011) <[www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf)>.

burada ele almamıza izin vermediği gibi, bu konular hakkında Türk doktrininde kaleme alınmış kapsamlı eserler<sup>17</sup>, bu şartları ele almamızı gereksiz kılmaktadır. Diğer yandan karşı davaların açılabilmesi bakımından aranan usulî gereklilikleri, meselâ karşı davanın açılması gereken süre, masraflar, hukuka uygun bir yatırımdan kaynaklanan uyumsuzluğa ilişkin bir asıl davanın derdest olması gibi gereklilikleri de burada ele alamayacağız. Burada ele alacağımız konu esas itibarıyla, karşı davalar bakımından aranan “temel şartlar” olarak nitelediğimiz, karşı davalara özgü olan veyahut da karşı davalara özgü olmasa da mevcudiyetlerinin tespitinde karşı davalara özgü yaklaşımların sergilendiği şartlar olan “karşı davanın tarafların tahkim rızası kapsamı içinde olması” ve “karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması” şartlarına yaklaşımdır.

Hemen aşağıda yer alan başlık altında kısaca karşı davalar hakkında genel bir bilgi verip, yatırım tahkimi davalarının tâbi olduğu tahkim kuralların karşı davalara ilişkin düzenlemelerini ele alacağız, takip eden başlık altındaysa karşı davalara ilişkin verilmiş hakem kararlarını zaman içinde kaydedilen anlayış değişikliklerini ortaya koyacak şekilde sınıflandırarak inceleyip, değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

## I. Karşı Davaların Yatırım Tahkimi Alanındaki Yeri Ve Şartları

### A. Genel Olarak

Görülmekte olan bir davada, davacının talebinin haksız olduğunu ortaya koymak üzere davalının “savunma” yapma hakkına sahip olduğunda tereddüt yoktur. Aksi halde âdil yargılanmadan söz edilemez. Davalı savunma yaptığında kuşkusuz ki, “davacının” talebinin mukadderatını değiştirebilir<sup>18</sup>; bununla birlikte “savunma” yapan davalı en fazla, aleyhine hükmedilmesini engellemiş olur veyahut da aleyhine hükmedilecek miktarın azalmasını sağlamış olur. Hâlbuki, kendisi davacıdan alacaklı olan bir davalı savunma yapmakla kalmayıp, davacıdan olan alacağını “karşı dava” açma yoluna başvurarak talep ettiğinde, kendi alacağına kavuşma olanağını bulur; öyle ki asıl dava esastan incelenip davacı haksız bulunup talepleri reddedilse dahi,

17 Diğerlerinin yanında bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003; İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID* (Beta 2004); Rifat Erten, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006) 204 ff; Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil 2006); Nuray Ekşi, *ICSID Kararlarının Tanınması ve İcrası* (Beta 2009) 29-45; Zeynep Çalışkan, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı’ (2009) 29 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 85-118; Ergin Nomer, Nuray Ekşi ve Günseli Öztekin-Gelgel, *Milletlerarası Tahkim* cilt 2, (3üncü bası Beta 2013). 107-152; Faruk Kerem Giray, Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler (Beta 2013) 16 ff; Mustafa Erkan, ‘Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları’ (Yetkin 2013) 179 ff; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz 2014); Berk Demirkol, ‘The Notion of “Investment” in International Investment Law’ (2015) 1(1) Turkish Commercial Law Review 41-50; Yusuf Çalışkan, ‘ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will Be Used For The Definition of Investment and the Scope of Consent’ iç Ceyda Süral ve Ekin Ömeroğlu (eds) *Foreign Investment Law* (Seçkin 2016); Melis Avşar, ‘ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı’ (2018) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (2018) 95-140; Ali Osman Karoğlu, *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü* (Oniki Levha 2019) 73-107.

18 Davanın esasına giren mahkeme, davalının savunmasını haklı görürse “davacının talebini” reddeder; davalının savunmasını kısmen haklı görürse “davacının talebini” kısmen kabul eder ve nihayet savunmayı haklı görmezse de “davacının talebini” kabul eder.

mahkemenin karşı davayı haklı bulması halinde karşı davayı açan davalı lehine meselâ tazminata hükmetmesi mümkündür. Görüleceği üzere davalı karşı dava açmayıp sadece savunmada bulunduğu, mahkeme davayı reddetmekle kalacakken, davalının karşı dava açması halinde mahkeme asıl davayı reddetmekle kalmayıp davacının talebi doğrultusunda karar verebilmektedir.

Kuşkusuz, davalı karşı dava açmak yerine müstakil bir dava açmak suretiyle de taleplerini ileri sürebilir; ne var ki bunun için yetkili mahkemeye, meselâ davalının yerleşim yerinin bulunduğu mahkemeye başvurması gerekir. Hâlbuki, karşı dava açan bir davalı, yetki kurallarına uyma gerekliliğinin yarattığı külfetten kurtularak, aleyhine açılmış davayı gören mahkeme nezdinde (meselâ kendi yerleşim yeri mahkemesi nezdinde) karşı davasının görülmesi imkânından yararlanır.

“Mahallî” usûl hukuku alanına baktığımızda, hemen hemen her ülkenin “mahallî” usûl hukuku kurallarının, “mahkeme yargılaması” alanında, davalılara belli bazı şartlar dahilinde, “karşı dava” açma olanağını tanıdığını görürüz<sup>19</sup> <sup>20</sup>(*Counterclaim / Demande Reconventionelle /Widerklage*). Türk hukuku da bir dava ile muhatap olan davalının, dava edildiği mahkeme nezdinde –belli şartların<sup>21</sup> yerine gelmiş olması koşuluyla- karşı dava açmasına imkân tanımakta, yetki kurallarına uyma zorunluluğunun getirdiği külfetten kurtulan<sup>22</sup> davalı da böylelikle, muhatap olduğu davayı (asıl davayı) gören mahkeme nezdinde (meselâ yerleşim yerinin bulunduğu mahkeme nezdinde), davacıya karşı dava açmak ve talebinin bu mahkemece hüküm altına alınmasını sağlamak imkânına kavuşmuş olur.

Bakışımızı mahallî alandan “milletlerarası” alana çevirdiğimizde de karşı dava açmanın belli şartlar çerçevesinde gerek yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk alanına

19 Wolfgang Eickhoff, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage* (Duncker&Humblot 1986) 126; Jochen Schröder, *Internationale Zuständigkeit* (Westdeutscher Verlag 1971) 591; Constantine Antonopoulos, *Counterclaims Before The International Court of Justice* (Springer 2011) 1.

20 Bir dava ile muhatap olan davalıya, davanın görüldüğü yargı mercii nezdinde “karşı dava” açma imkânı tanınmasının altında sadece davalı için bir kolaylık sağlama amacı değil, aynı zamanda taraflar arasındaki ihtilâfın yargı merciince bütün yönleriyle anlaşılıp değerlendirilmesini sağlama amacı yatar. Mahkeme, asıl dava ile birlikte karşı davayı görmek suretiyle taraflar arasındaki ilişki hakkında daha kapsamlı bilgi edinir. Diğer yandan, asıl davayı gören yargı merciinin karşı davayı da görmesi olanağının sağlanması, birbiriyile bağlantılı meseleler hakkında verilen kararların birbiriyile uyumlu olmasına hizmet eder; diğerlerinin yanında bkz. İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri* (Vedat 2015) 459 para 877 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, cilt 2 (Yetkin 2020) 1177; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (8inci baskı Yetkin 2019) 409; Jan Paulsson and Georgios Petrochilos, *Revision of The UNCITRAL Arbitration Rules* 92, para 172 <uncitral.org/pdf/english/news/arbrules\_report.pdf> Erişim 1 Mayıs 2020.

21 Karşı dava açılabilmesi için aranan şartlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, 13. ve 132. maddelerinde yer almaktadır. Bu hükümlere göre: (i) asıl davanın açılmış ve hâlen görülmekte olması (HMK m. 132/1(a)), asıl davaya konu talep ile davalının talebi (karşı talep) arasında takas veya mahsup ilişkisinin bulunması yahut da asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması (HMK m. 132/1(b)) ve nihayet karşı dava bakımından kesin yetkinin söz konusu olmaması (HMK m. 13/1) şartlarının bir arada bulunması halinde, davalıların asıl davayı gören mahkeme nezdinde karşı dava açmaları mümkündür.

22 Postacıoğlu ve Altay (n 20) 459 para 877.



ilişkin uyuşmazlıkların yargılanmasında<sup>23</sup>, gerekse de devletler hukuku yargılaması alanında<sup>24</sup> prensip olarak mümkün olduğunu görürüz. Meselâ Uluslararası Adalet Divanı'nın<sup>25</sup> yargılama kurallarının<sup>26</sup> 80. maddesi, belli şartları taşıyan karşı davaların hükme bağlanmasını mümkün kılan bir hüküm içermektedir.

Yatırım tahkimi davalarının büyük çoğunluğunun görüldüğü ICSID tahkimi de, devletlerarası bir sözleşme olan ICSID Konvansiyonu<sup>27</sup> çatısı altında yürütüldüğünden bir devletler hukuku yargılaması olarak nitelendirilebilmekte olup<sup>28</sup>, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinde, karşı davaların -belli şartlar çerçevesinde- hakemlerce hükme bağlanmasını öngören bir hüküm yer almaktadır. ICSID Konvansiyonu'na tâbi olmayan yatırım tahkimi davalarının çoğunun tâbi olduğu kurallardan UNCITRAL Tahkim Kuralları<sup>29</sup> da aşağıda genel hatlarıyla ele alacağımız üzere, karşı davalara ilişkin bir düzenleme içerir. Aşağıda ICSID Konvansiyonu'nun ve UNCITRAL Tahkim Kurallarının karşı davaların hakemlerce hükme bağlanabilmeleri için öngördükleri şartları inceleyecek olmakla birlikte, yatırım tahkimi davalarının tâbi olabileceği diğer kurallar olan Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları, ICC Kuralları ve ICSID İlâve Mekanizma Kuralları'nın (ICSID Additional Facility Rules) aradıkları şartları, gerek bu diğer kurallara teb'an yürütülen yatırım tahkimi davalarının sayıca az olup<sup>30</sup> karşı davalara ilişkin olarak aşağıda ele alacağımız kararların çoğunun ICSID Konvansiyonu ve UNCITRAL Tahkim Kurallarına tâbi yürütülmüş davalarda verilmiş kararlar olmaları, gerekse de bu diğer kuralların karşı davalar bakımından aradıkları şartların esas itibarıyla, ICSID Konvansiyonu ile UNCITRAL Tahkim Kurallarının

- 23 Ana hatlarıyla temas edecek olduğumuzda, milletlerarası özel hukuku alanı bakımından, Türk mahkemelerinde görülmekte olan yabancılık unsuru içeren davaların muhatabı olan davalıların 5718 sayılı MÖHUK'un 40. maddesinin iç hukukun yetki kurallarına yaptığı gönderme çerçevesinde, HMK'un karşı davalar bakımından aradığı şartların yerine gelmiş olması koşuluyla, asıl davayı gören Türk mahkemesi nezdinde yabancılık unsuru içeren bir ihtilâfa ilişkin karşı dava açmalarının mümkün olduğu söylenebilir; bununla birlikte kanaatimizce karşı dava konusunu teşkil eden ihtilâf bakımından bir yabancı mahkeme yetkili kılınmış olup, Türk mahkemesinin bu ihtilâf hakkında açılmış karşı dava bakımından milletlerarası yetkisinin bulunmadığı ileri sürüldüğünde, Türk mahkemesi yetkisizlik kararı vermelidir. Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ihtilâflarına ilişkin mahkeme ve tahkim yargılamasında karşı davalar konusunda bkz. İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (Vedat 2015) 245 ff.
- 24 Antonopoulos (n 19) 1. *Antonopoulos*, Uluslararası Adalet Divanı yargılamasında karşı davaların açılmasına imkân tanınmasının altında yatan sebebin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38/c maddesinde, uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerinin, Divan'ın dikkate alacağı kaynaklardan biri olarak gösterilmiş olması olduğunu belirtmekte, böylece karşı dava açma imkânı tanınmasını genel bir hukuk ilkesi olarak konumlandırmaktadır; Antonopoulos, (n 19) 1
- 25 Uluslararası Adalet Divanı'nın kurucu statüsü için bkz. RG 24 Ağustos 1945-6092.
- 26 1 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Uluslararası Adalet Divanı'nın Usul Kuralları <[www.icj-cij.org/en/rules](http://www.icj-cij.org/en/rules)>.
- 27 Bkz (dnp.2).
- 28 "Bir mahkemenin uluslararası nitelikli olabilmesi için görev, kuruluş ve süreçlerini belirli bir uluslararası hukuk kaynağından (uluslararası sözleşmeler, anlaşmalar gibi) alıyor olması gerekmektedir". Dikran M. Zenginkuzucu, *Devlet ve yabancı Yatırımcılar Arasında Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi ICSID'in Kuruluşu ve İşlevi* (İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, 2012) 141 <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48843.pdf>> Erişim 10 Mayıs 2020.
- 29 UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 yılında revize edilmiş şeklinin Türkçe tercümesi için bkz. Ergun Özsunay, *UNCITRAL Tahkim Kuralları* (İstanbul Ticaret Odası Yayınları 2011).
- 30 ICSID Merkezince hazırlanmış istatistik verilerini içeren rapora göre, 2020 yılının ilk yarısında açılmış toplam 61 yatırım tahkimi davasından; 37'si ICSID Konvansiyonu'na, 16'sı UNCITRAL Tahkim Kurallarına, 3'ü ICSID İlâve Mekanizma Kurallarına ve nihayet 5 dava da diğer tahkim kurallarına tâbi olarak yürütülmüştür; (2020) 2 The ICSID Caseload-Statistics, Issue 22, <[icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf)> Erişim 10 Mayıs.

aradıkları şartlarla aynı olması nedeniyle ele almayacağız. Yine, ICSID'in Tahkim Yargılamasına ilişkin Usûl Kurallarının karşı davalara ilişkin 40. maddesini de, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi ile örtüştüğünden, bu çalışmada incelemeyeceğiz.

## B. ICSID Konvansiyonu'nun Karşı Davalara İlişkin Şartları

ICSID Konvansiyonu kurallarına tâbi bir davaya karşı açılmış bir karşı davanın hangi şartlarda hakemlerce hükme bağlanabileceği, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinde düzenlenmektedir. Esasen ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi, sadece karşı davalara ilişkin olmayıp; faiz gibi bağlantılı talepler ile ek talepler<sup>31</sup> bakımından da hüküm içermektedir. Bu bağlantılı ve ek talepler inceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığından 46. maddenin, bağlantılı ve ek taleplere ilişkin kısmını hariç tutarak, sadece karşı davalara ilişkin olan kısmını dikkate aldığımızda, karşı davalar bakımından şöyle tercüme edilebilecek bir hüküm içerdiğini görürüz:

“Taraflarca aksi yönde kararlaştırmış olmadıkça, hakem heyeti, doğrudan uyuşmazlığın konusuyla bağlantılı<sup>32</sup> (doğrudan uyuşmazlığın konusundan kaynaklanan<sup>33</sup>) tüm karşı davalar hakkında, tahkim rızasının kapsamı içinde olmaları ve diğer yönlerden Merkezin yetkisi dahilinde olmaları koşuluyla, hüküm<sup>34</sup> vermelidir.

Şu hâlde ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi uyarınca, hakemlerin bir karşı davayı karara bağlayabilmeleri için:

- i- Karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması,
- ii- Tarafların aksi yönde anlaşmış *olmamaları*, yani, hakemlerin karşı davaları ele alamayacakları konusunda tarafların anlaşmamış olmaları,
- iii- Karşı davanın konusunun, asıl davanın konusu ile doğrudan bağlantılı olması,

31 Esasen hükümde “ek ve ikincil talepler” şeklinde tercüme edebileceğimiz, “ incidental and additional claims” terimleri kullanılmıştır. Hükümde geçen “incidental claim” ve “additional claim” ifadelerinin içeriğinin birbirinden hangi yönler bakımından ayrıldığına tanımlanmasının pek mümkün olmadığı hakkında açıklamalar için bkz. Cristoph H Schreuer, Loretta Malintopi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention* (2nd edn, Cambridge University Press 2009) 740 para. 32.

32 ICSID Konvansiyonu'nun Fransıca metnine bakıldığında, karşı davanın asıl davaya konu uyuşmazlığın konusuyla “bağlantılı olması”nın arandığını görürüz. Konvansiyon'un Fransızca metninin ilgili kısmı şu şekildedir:

“... demandes ... reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du diffénd...” Konvansiyonun bağlayıcı olarak düzenlendiği İngilizce, Fransıca ve İspanyolca lisanlarından biri olmamakla birlikte, Konvansiyon'un Almanca tercümesine de bakmakta yarar bulunmaktadır. Almanca tercüme metinde de karşı davanın, asıl davanın konusuyla bağlantılı olmasının arandığını görürüz. Almanca metinde şu ifade geçmektedir: “... mit dem Streitgegenstand zusammenhängende...Anträge nach Art der Widerklage...”

33 Konvansiyon'un İngilizce metninde “bağlantı” değil, “kaynaklanma” ifadeleri kullanılmıştır. Konvansiyon'un İngilizce metninin ilgili kısmı şöyledir: “... counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute...”

34 Hüküm, yargılamamanın sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar olup, usûle ilişkin nihai kararlar hüküm olarak adlandırılmaz (HMK m. 294/1). Bu çalışmada da hüküm ile usûle ilişkin nihai kararlar arasındaki farkı göz önünde bulundurarak, karşı davanın hakemlerce esas yönünden incelenip maddi hukuka ilişkin karar verilmesini ifade etmek için bilhassa “hükme bağlama” ifadesini kullanacağız.

iv- Karşı davanın, diğer yönlerden de (yani ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin öngördüğü diğer şartlar bakımından da) ICSID hakemlerinin yetkisi idahilinde olması gerekir.

Görülebileceği üzere, bu şartlardan (i) ve (ii) başlıkları altında yer alan iki şart, tarafların tahkim iradesi ile ilintili olup, bir madalyonun iki yüzü gibidir<sup>35</sup>. Bu nedenle çalışmamızda anlatım kolaylığı sağlamak amacıyla “karşı davanın tahkim rızası kapsamı içinde olması” ifadesiyle bu iki şarta bir arada işaret edeceğiz. Şunu da bu noktada belirtmeyi ihmal etmeyelim ki, her ne kadar (i) ve (ii) başlıkları altında yer alan iki şartı genellikle bir arada ele alacağımızı, bu iki şartın bir madalyonun iki yüzü gibi görüldüğünü belirtiyor olsak da uygulamada bu iki şart bazen davacı ve davalı taraflarca, sadece biri dikkate alınıp diğeri ise hiç dikkate alınmadan ortaya konabilmiştir<sup>36</sup>.

Yukarıdaki şartlardan, (iii) başlığı altındaki şart, karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması gerekliliğine ilişkin şart olup, aranan bağlantının sıklık derecesine göre değişiklik gösterebilse de mahallî usûl kuralları dahil, yargılama kurallarının çoğunda aranan “bağlantılı olma” şartına ilişkindir. Nihayet (iv) başlığı altında yer alan şart ise, genel olarak ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinin ICSID Merkezinin yetkisi bakımından öngördüğü koşullardan, “tahkim iradesinin mevcut olması” koşulu haricindeki (zira ‘i’ ve ‘ii’ başlıkları zaten tahkim iradesi ile ilgilidir) diğer tüm koşulların da yerine gelmiş olması gerekliliğini öngören şarttır. İşte (iv) başlığı altındaki bu şart nedeniyle meselâ karşı davanın da konusunun “yatırımdan” kaynaklanması, yatırımcının tâbi olduğu devletin ve ev sahibi devletin ICSID Konvansiyonu'na taraf olması gerekir. Karşı davanın tahkim rızasının kapsamı içinde olması koşulu dışında ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi bakımından aranan diğer koşulların sağlanmış olmasına ilişkin olup yukarıda (iv) başlığı altında işaret ettiğimiz bu şartı ele almamıza bu çalışmanın dar kapsamı izin vermediği gibi Türk doktrininde ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi hakkındaki ayrıntılı pek çok incelemenin mevcudiyeti karşısında gerek de bulunmamaktadır<sup>37</sup>.

35 Jean E. Kalicki / Mallory B. Silbermann, Case Comment: Sprydon Roussalis v Romania, (2012) 27 (1) ICSID Review 9, 13.

36 Meselâ aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız *Roussalis* davasında (n 16), davalı ev sahibi devlet, tatbik alanı bulan YTKS'de “karşı davaların açılmasına engel teşkil eden bir hükmün yer almadığını”, bu nedenle karşı davalar bakımından da tahkim rızasının bulunduğunu ileri sürüp, hakemlerin karşı dava bakımından yetkili olduklarını yukarıda (ii) başlığı altında işaret ettiğimiz şarta dayanarak ortaya koymaya çalışmıştır. Buna mukabil yatırımcı ise, “karşı davaların tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olmadığını” ileri sürüp yukarıda işaret ettiğimiz şartlardan sadece (i) başlığı altındaki şarta dayanıp, (ii) başlığı altındaki şarta ise hiç değinmeksizin hakemlerin yetkisiz olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Tarafların bu iddialarının ve hakemlerin bu iddialara ilişkin değerlendirmelerinin yorumu için bkz. Kalicki and Silbermann (n 35) 13.

37 Türk doktrinindeki incelemeler için bkz (n 17)

### C. UNCITRAL Tahkim Kurallarının Karşı Davalara İlişkin Şartları

Günümüzde yatırım tahkimi davalarının azımsanmayacak bir kısmı UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde görülmektedir. UNCITRAL Tahkim Kuralları ilk olarak 1976 tarihinde yayınlanmış olsa da bu kurallar önce 2010 tarihinde ardında da 2013 tarihinde tadil edilmiştir. 2013 tarihinde yapılan tadil esas itibarıyla “YTKS’lere istinaden açılan yatırım tahkimi davalarının şeffaflığına” ilişkin kuralların eklenmesinden ve bu durumu açıklayan bir fıkranın tahkim kurallarının birinci maddesine eklenmesinden ibaret olmuştur, bu iki yenilik haricindeyse UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 tarihli versiyonun metni ile 2013 tarihli metin aynıdır.

Günümüzde görülen bir tahkim davasında tüm bu versiyonlardan birinin tatbik alanı bulması mümkündür. Şöyle ki; UNCITRAL Tahkim Kurallarının, gerek 2010 gerekse de 2013 tarihli versiyonlarının 1/2. maddesi uyarınca, 15 Ağustos 2010 tarihi itibarıyla akdedilen tahkim sözleşmeleri bakımından, “ taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça”, prensip olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın tahkim davasının başladığı tarihte güncel olan versiyonu tatbik alanı bulacak olmakla birlikte, aynı maddenin devamında bilhassa YTKS’lerde yer alan tahkim klozları ile ilgili olduğu anlaşılan bir hüküm yer almakta ve maddenin getirdiği prensibin 15 Ağustos 2010 tarihinden önce yapılmış tahkim önerilerinin kabulü yoluyla kurulan tahkim anlaşmaları bakımından tatbik alanı bulmayacağını öngörmektedir. Buna göre, YTKS’lerde yer alan ve ev sahibi devletin yatırımcılara yaptığı bir tahkim önerisi olarak kabul edilen tahkim klozlarına istinaden yatırımcılar tarafından tahkime başvurulduğunda, UNCITRAL Tahkim Kurallarının çeşitli versiyonlarından hangisinin tatbik alanı bulacağı konusunda tahkim davasının açıldığı tarih belirleyici olmayacaktır. UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca, 15 Ağustos 2010 tarihinden önceki bir tarihte akdedilmiş bir YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinat eden bir yatırım tahkimi davası, 15 Ağustos 2010 tarihinden sonra açılmış olsa da bu tahkim davasında UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu tatbik edilecektir. Bunun tek istisnası, tatbik alanı bulan YTKS’de yer alan tahkim klozunun, dava açıldığı sırada güncel olan UNCITRAL Tahkim Kurallarının tatbik edileceğini öngörmesidir<sup>38</sup>. Dolayısıyla, ‘prensip olarak’ 15 Ağustos 2010 tarihinden önce akdedilmiş tüm YTKS’ler bakımından UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun tatbik alanı bulacak olduğunu söylemek mümkündür.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun karşı davalara ilişkin maddesi, aşağıda ele alacağımız davaların bazılarında<sup>39</sup>, hakemlerin karşı davayı

38 *Lalive ve Hallonen*, sözünü ettiğimiz istisnai duruma örnek teşkil etmek üzere, Çek ve Slovak Cumhuriyetlerinin Finlandiya ile akdetmiş oldukları YTKS’nin 8/1. maddesinde yer alan tahkim klozunu göstermektedirler; Pierre Lalive and Laura Halonen, ‘On The Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration’ (2011) Czech Yearbook of International Law 141, 146 dpn 15 <lalive.ch/data/publications/pla\_lha/availability\_counterclaims\_inv treaty\_arb2011.pdf> Erişim 1 Mayıs 2020.

39 Aşağıda ele alacağımız *Saluka* davası (n 10) ve *Paushok* davası (n 41) UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu çerçevesinde görülmüş olup, her iki dava da karşı davanın asıl dava ile bağlantılı olması şartını yerine getirmedikleri gerekçeyle esas yönünden incelenmeksizin reddedilmiştir.

hükme bağlamalarına engel teşkil etmiş bir hüküm içermektedir. Şöyle ki; 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre, karşı davanın hükme bağlanabilmesi için, karşı davaya konu uyuşmazlığın asıl davaya konu uyuşmazlığın kaynaklandığı sözleşme ile “aynı sözleşmeden” kaynaklanması gerekmektedir. UNCITRAL Tahkim Kurallarının sözünü ettiğimiz 1976 tarihli versiyonunun içerdiği bu kurala göre, uyuşmazlıklar istinat ettikleri ‘vakıalar’ itibarıyla birbiriyle yakından bağlantılı olsa dahi, asıl davaya konu uyuşmazlığın kaynaklandığı ‘sözleşmeden’ farklı bir ‘sözleşmeye’ dayanan karşı davalar hükme bağlanamayacaktır.

Bu noktada UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli metninde geçen “aynı sözleşme” ifadesinin de üzerinde durmak zorunludur. Burada “aynı sözleşme” olarak tercüme ettiğimiz ifade, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun İngilizce metninde “same contract” sözleriyle ifade edilmektedir. Burada geçen “contract” ifadesi, doğrudan uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilmiş bir sözleşmeyi meselâ bir imtiyaz sözleşmesini kapsar. Buna mukabil “contract” kelimesiyle değil ama “agreement” veya “treaty” gibi kelimelerle ifade edilebilen bir milletlerarası anlaşmayı yani bir YTKS’yi esas itibarıyla kapsamaz<sup>40</sup>.

Karşı davaya konu uyuşmazlığın, asıl davaya konu uyuşmazlıkla “aynı sözleşmeden” kaynaklanmasını arayan 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının 19/3. maddesi, zamanla pek çok yönden eleştirilmiştir; meselâ *Paushok* davasını<sup>41</sup> gören hakemler, hemen yukarıda işaret ettiğimiz üzere “contract” teriminin esas itibarıyla YTKS’lerden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamıyor oluşunu eleştirmişlerdir<sup>42</sup>. Diğer yandan, ICC veya Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi saygın ve faal tahkim kurumlarının yargılama kurallarında aranmayan aynı “sözleşmeden (contract)” kaynaklanma şartının UNCITRAL Tahkim Kurallarında aranıyor olması da eleştirilmiştir<sup>43</sup>, “sözleşme dışı hukukî ilişkilerden” kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkim yoluyla çözümlenebileceği yönündeki günümüz anlayışı karşısında, asıl davaya konu uyuşmazlık ile karşı davaya konu uyuşmazlığın “aynı sözleşmeden” kaynaklanmasının şart koşulmasının anlamını büsbütün yitirdiği ifade edilmiştir<sup>44</sup>. İşte tüm bu eleştiriler UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun 19/3. maddesinin tadil edilmesi gerektiğini ortaya koymuş, neticede, karşı davalara ilişkin bu hüküm, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 tarihli versiyonuna alınmamış, karşı davalara ilişkin yeni bir hüküm getirilmiştir. Karşı davalara ilişkin yeni hüküm, UNCITRAL Tahkim Kurallarının gerek 2010 tarihli versiyonun gerekse de 2013 tarihli versiyonunun 21/3. maddesinde yer almaktadır.

40 Paulsson and Petrochilos (n 20) 3

41 Sergei Paushok, *CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftgaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability (UNCITRAL) 28 April 2011 <italaw.com/cases/documents/817>.

42 *ibid* para 687.

43 Paulsson and Petrochilos, (n 20) 92 para173.

44 Paulsson and Petrochilos, (n 20) 69 dnp. 149.

UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 ve 2013 tarihli versiyonlarının 21/3. maddesinde yer alan karşı davalara ilişkin hüküm şöyledir: “*Davalı, hakem heyetinin karşı dava bakımından yetkili olması koşuluyla, karşı dava açabilir*”. Görüleceği üzere, bu hükmün karşı davanın açılabilmesi bakımından “*hakem heyetinin yetkili olması*” şartını getirmiş olması, davalının açacağı karşı dava bakımından hakemlerin yetkilerinin belirlenmesinde kullanılabilecek kesin bir ölçüt sunmamaktadır. UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 ve 2013 tarihli metinleri “bağlantılı olma” şartı bakımından da açık bir hüküm içermemektedir. “Bağlantılı olma” şartı bakımından açık bir hüküm getirilmemiş olmasının ise nasıl yorumlanması gerektiği konusunda görüş birliği yoktur; bir görüşe göre asıl dava ile karşı davanın bağlantılı olması hiç aranmamaktadır<sup>45</sup>, bir başka görüşe göre ise, UNCITRAL Tahkim Kurallarında “bağlantı şartına” açıkça yer verilmemiş olması, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunmasının hiç aranmadığı anlamına gelmemektedir. Bu ikinci görüşe göre, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 21/3. maddesinin aradığı, “karşı dava bakımından hakemlerin yetkili olması” şartı içinde, asıl dava ile karşı dava arasında bir ölçüde bağlantının bulunması gerekliliği de yer almaktadır<sup>46</sup>, ancak bağlantının ölçütü hakemlere bırakılmıştır<sup>47</sup>. Kanaatimizce, üzerinde fikir birliği bulunmayan bu meseleye, usûl hukuku alanında karşı davaların açılabilmesinin kabul ediliyor olmasının altında yatan temel sebep dikkate alınmak suretiyle yaklaşılmalıdır. Karşı davaların asıl davayı gören hakemler nezdinde açılmasına imkân verilmesinin altında yatan sebep, hâkimin “bir davayla ilgili” olan bütün yönleri görebilmesinin sağlanması ve “bağlantılı davalar” hakkında birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına engel olunmasıdır. Bu amaç dikkate alındığında genel olarak karşı davanın asıl dava ile bağlantılı olması şartının aranması gerektiğini söylemek mümkündür. Diğer yandan bu sorunu ele alırken, tahkimin temel özelliklerinden birinin de yargılamayı yapacak hakemlerin taraflarca seçilmesi olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Asıl dava ile bağlantısı bulunmayan bir talebe ilişkin karşı dava açıldığında, karşı dava asıl davanın tâbi olduğu tahkim klozunun aynısına da tâbi olsa, karşı davanın muhatabı, karşı davanın kendine has özellikleri sebebiyle, asıl davayı gören hakemlerin karşı davayı da görmelerini istemediği yolunda, haklı görülebilecek bir itiraz da ileri sürebilecektir. Netice itibarıyla, kanaatimizce de UNCITRAL Tahkim Kurallarında, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması gerekliliği açıkça düzenlenmiş olmasa da,

45 Thomas Kendra, ‘State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?’ 2013 (29) *Arbitration International* 575, 582.

46 Nitekim, BM nezdinde yapılmış toplantılarda da, karşı davaya konu talebin sadece asıl davaya konu talep ile aynı sözleşmeden doğması halinde değil, daha geniş kapsamlı hallerde karşı dava yoluyla ileri sürülmesine imkân tanımak istendiği belirtilmiş, ancak herhangi bir bağlantının bulunması gerekliliğinin aranmayacağı olduğu da hiç belirtilmemiştir; Report of Working Group II 50 Session, (9-13 February 2009), A/CN.9/669, 9, para. 30-31. <undocs.org/en/A/CN.9/669>. Ayrıca bkz. Working Group II, 51. Session, (14-18 September 2009) A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1, 5, para 12. <undocs.org/en/A/CN.9/WG.II/WP.154/Add.1>. Ayrıca bkz. Clyde Croft, Christopher Kee and Jeffrey Waincymer, *A Guide To The UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press 2013) 234; Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford Scholarship Online 2013) 148 <oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656950.001.0001/acprof-9780199656950-chapter-4> Erişim 3 Ağustos 2020.

47 Croft, Kee and Waincymer (n. 46) 234.

iki dava arasında bir ölçüde bağlantının bulunması gereklidir<sup>48</sup>, ancak bu bağlantının UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli metninin öngördüğünden farklı olarak, karşı davaya konu uyumsuzluğun, asıl davaya konu uyumsuzlukla “aynı sözleşmeden” kaynaklanması şeklinde sıkı bir bağlantı olması aranmamalı, iki davanın “vakıaları” arasında bağlantı bulunması yeterli kabul edilmelidir.

#### D. ‘Yetki Şartı’ ve ‘Kabul Edilebilirlik Şartı’ Ayrımı Çerçevesinde Karşı Davalar Bakımından Aranan Şartların Niteliği

Yatırım tahkimi alanında, bir davanın hakemlerce hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığı ele alınırken, sorunun bazı yönlerinin ‘yetki meselesi’ diğer bazı yönlerinin ise ‘kabul edilebilirlik meselesi’ şeklinde iki ayrı başlık altında sınıflandırılmasıyla gerek doktrinde gerekse de hakem kararlarında giderek daha sık karşılaşılmaktadır<sup>49</sup>.

Diğer yandan, henüz hangi meselelerin yetki, hangilerinin kabul edilebilirlik meselesi olarak kabul edilebileceği konusunda yerleşmiş bir anlayış bulunmamakta, hatta yetki ve kabul edilebilirlik ayrımını yapmanın pek de gerekli olmadığı yönünde ifadeler içeren ICSID kararlarına da rastlanabilmektedir<sup>50</sup>.

Yetki ve kabul edilebilirlik meseleleri bakımından ayırım yapmanın pratik sonucu nedir sorusuna verilen cevabın hakem kararlarının kontrolü aşamasında ortaya çıktığı, ‘yetkiye’ ilişkin meselelerin, hakem kararlarının iptali ve tenfizi davaları yoluyla kontrole tâbi olan meselelerken, ‘kabul edilebilirliğe’ ilişkin meselelerin, iptal ve tenfiz davalarında kontrole tâbi tutulamayacak meselelerden olduğu, ifade edilmektedir<sup>51</sup>. Diğer yandan, yetki ve kabul edilebilirlik ayrımının, hakemlerin davayı esas yönünden hükme bağlamalarının mümkün olup olmadığını belirlemek için yaptıkları incelemede izleyecekleri sıra bakımından da önem taşıdığı, hakemlerin evvelâ yetkiye ilişkin

48 Aynı gerekçelerle ICSID İlave Mekanizma Kurallarının tahkime ilişkin 47. maddesi bakımından da, her ne kadar asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartını açıkça öngörmüyor olsa da, bu maddenin uygulama alanı bulunduğu durumlarda asıl dava ile karşı dava arasında vakalar yönünden bir bağlantının aranmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. ICSID İlave Mekanizma Kuralları için bkz. <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR\\_2006%20English-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/AFR_2006%20English-final.pdf)> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.

49 Mesela Paulsson, ilk kez 2005 yılında yayınlanmış olan makalesinde “yetki” ve “kabul edilebilirliğin” farklı meseleler olduklarını belirterek bu ayrımın yapılmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Bu makale daha sonraki tarihlerde başka kaynaklarda da yayınlanmıştır bkz Jan Paulsson, ‘Jurisdiction and Admissibility’, 2010 (30) Miami Law Research Paper Series, 601-17 <<http://ssrn.com/abstract=1707490>> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2020. Ayrıca bkz Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009) 141 ff. Türk doktrininde bu ayırım üzerinde durmuş yazarlar için diğerlerinin yanında bkz. meselâ Terzi (n 17) 114 ff; Bilgin Tiryakioğlu, ‘Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik’ iç Hatice Özdemir-Kocasakal ve Süheyla Balkar (eds), *Tahkim Anlaşması*, (Oniki Levha 2020) 87-101.

50 Örnek olarak bkz. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, (14 January 2004), para. 33 <[italaw.com/cases/documents/403](http://italaw.com/cases/documents/403)>; *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/08 Decision on Jurisdiction and Admissibility (17 November 2014), para 257-259 <[italaw.com/cases/documents/2784](http://italaw.com/cases/documents/2784)>. Yetki ve kabul edilebilirlik ayrımının yapılmasına gerek olmadığına ifade edildiği hakem kararları hakkında bilgi için bkz. Laurent Gouffès and Melissa Ordenez, ‘Jurisdiction and Admissibility: Are We Any Closer To A Line In the Sand?’ 2015 (31) *Arbitration International* 107, 112 ff.

51 Diğerlerinin yanında bkz. Paulsson (n 49) 602; Douglas (49) 146 ff; Terzi (n 49) 116.

meseleleri ele almaları, yetkili olduklarına karar verdikten sonra ancak, kabul edilebilirliğe ilişkin meseleleri ele almaya geçmeleri gerektiği ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

Ana hatlarıyla ifade edecek olursak, ”yetki” meselesinin doğrudan “*tahkim heyetinin*” yargılama kudreti ile ilgili olduğu, buna mukabil “kabul edilebilirliğin” hakem heyeti önüne getirilen “*davanın*” veya “karşı davanın” yapısı ile ilgili olduğu, yapısı itibarıyla bazı tür eksiklikleri içeren bir dava söz konusu olup bu eksik nedeniyle davanın esastan incelenmesinin uygun olmayacağı durumlarda, hakem heyetinin davayı görmeye yetkili de olsa, uyuşmazlığın esası hakkında “davanın kabul edilebilir olmadığı” gerekçesiyle karar veremeyeceği ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Yatırım tahkimi alanında hangi hususların “yetki” meselesi ile ilgili olduğu hangilerinin ise “kabul edilebilirlik” meselesi ile ilgili olduğu konusunda ittifak içinde kabul edilen kesin bir ayırım bulunmasa<sup>54</sup> da “tahkim rızasının bulunması”, “uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanması”, devletler arasında akdedilmiş bir YTKS’ye istinat edilen durumlarda ilgili “YTKS’nin yürürlükte olması”nın “*yetkiye*” ilişkin hususlar<sup>55</sup> olduğu buna mukabil, mesela tahkim kaydında tahkim davasının açılabilirliği süreye ilişkin bir sınırlama varsa, bu süre içinde davanın açılması veyahut da iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu getirilmişse<sup>56</sup>, bu zorunluluğun gözetilmesine ilişkin meselelerin “davanın kabul edilebilirliği” ile ilgili olduğu ileri sürülmektedir.

Karşı davalar bakımından da ‘yetki’ ve ‘kabul edilebilirlik’ ayırımının rol oynayıp oynamadığı sorusuna gelecek olduğumuzda, bazı hakemlerin, karşı davalar bakımından aranan şartlardan bir kısmını ‘yetki şartı’ diğer bir kısmının ise ‘kabul edilebilirlik şartı’ olarak nitelendirdiklerine işaret etmemiz gerekir. Karşı davalar bakımından aranan şartların ‘yetki şartı’ ve ‘kabul edilebilirlik şartı’ olma kıstaslarına göre ayrıldığını tespit ettiğimiz ilk dava, *Goetz* davasıdır<sup>57</sup>. Bu davada hakemler, karşı dava ile asıl dava arasında “bağlantı bulunması şartının”, bir yetki şartı değil, bir kabul edilebilirlik şartı olduğunu belirtmişlerdir. *Goetz* davasını gören hakemlere göre, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olmasını arayan şart ve

52 Kendra (n 45) 590.

53 Bu konuda *Paulsson*, İsviçre Federal Mahkemesi’nin verdiği bir iptal kararına konu olmuş hakem kararına dayanak teşkil etmiş olan bir tahkim klotunu örnek göstererek açıklama yapar. Bu tahkim klotuna göre, taraflar aralarındaki uyuşmazlığı müzakere yoluyla çözemeyeceklerini anlamalarından itibaren 30 güne sınırlı bir süre içinde ancak tahkime başvurabilirler. Tahkim klotunun bu hükmüne rağmen, davacı 30 günlük süre geçtikten sonra tahkime başvurur. *Paulsson*’a göre burada tespit edilmesi gereken husus, tahkim kaydında tarafların iradesinin, bu 30 günlük süre geçtikten sonra tahkim davası olsun olmasın hiçbir dava açılmaması yönünde mi olduğu, yoksa 30 günlük süre geçtikten sonra bir tahkim davası şeklinde olmasa da mesela mahkemeler nezdinde dava açılmasını mümkün kılmak yönünde mi olduğudur. Tarafların iradesi, sadece tahkim yoluyla bir dava açılmasını engellemek olup, mahkemelere başvurulması imkânını açık tutmak yönündeyse, mesele, hakemlerin “yetkisi” meselesidir. Ancak tarafların iradesi 30 günlük süre geçtikten sonra uyuşmazlığın hiçbir şekilde dava edilememesi yönünde ise, mesele “davanın kabul edilebilirliği” ile ilgili bir meselesidir; *Paulsson* (n 49) 602 ff.

54 *Paulsson* (n 49) 608 vd.; *Gouiffes and Ordenez*, (n 50) 113 ff.

55 Hakem heyetinin tarafların tahkim anlaşmasına öngördükleri özelliklere sahip olmaları gibi hususlar da yetkiye ilişkindir; *Douglas* (n. 49) 143.

56 Diğerlerinin yanında bkz *Paulsson* (n 49) 602; *Işıl Egemen Demir, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz 2014) 27; *Terzi* (n 49) 117.

57 *Antonie Goetz & Others and S.A. Affinage des Métaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award (21 June 2012).



karşı davaya konu uyumsuzluğun yatırımdan kaynaklanmasını arayan şart “yetkiye” ilişkin şartlardır; buna mukabil, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olmasını arayan şart, “kabul edilebilirlikle” ilgili bir şarttır<sup>58</sup>.

*Goetz* davasının ardından *Metal-Tech* davasında<sup>59</sup> da hakemler, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartını bir kabul edilebilirlik şartı olarak nitelendirmişlerdir<sup>60</sup>. Asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartının doktrinde de ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak değerlendirildiği eserler bulunmakta olup, meselâ *Shreuer/ Malintopi/ Reinisch* ve *Sinclair*’in ICSID Konvansiyonu çerhinde, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartı, bir ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak değerlendirilmektedir<sup>61</sup>. Bu çalışmamızda biz de asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartını, bir kabul edilebilirlik şartı olarak ele alacağız.

## II. Karşı Davalara İlişkin Olarak Hakem Kararlarında Sergilenen Yaklaşımlar

Yukarıda da ele almış olduğumuz üzere, yatırım tahkimi alanında karşı davaların hükme bağlanabilmesi için aranan şartlar: (i) karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması ve (ii) karşı davanın asıl dava ile bağlantılı olması şartları olmak üzere, ‘temel iki şarttır’<sup>62</sup>. Bu iki şart bilhassa *Saluka* davası<sup>63</sup> kapsamında verilmiş yetki kararından<sup>64</sup> bu yana, hakem heyetlerinin de bir karşı davayı esas yönünden ele alıp alamayacaklarına yönelik incelemelerinde üzerinde durdukları temel şartları teşkil etmektedir. Hakemlerin, sözünü ettiğimiz bu ‘temel iki şarta’ yaklaşımları ise, aşağıda ele alacağımız kararların ortaya koyacağı üzere, zaman içinde değişime uğramış olup, hâlen gelişmektedir.

Evvelâ şunu belirtmekle başlayalım ki, gerek ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş imtiyaz sözleşmeleri gibi sözleşmeler, gerekse de YTKS’ler, istisnaî birkaç

58 *ibid* para 275. *Goetz* davasında yetki ve kabul edilebilirlik bakımından yapılan ayırımın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz Kendra (n 45) 587 ff.

59 *Metal-Tech Ltd v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No ARB/10/3, Award, 4 October 2013.

60 *ibid*, para 407.

61 *Shreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair* (n 31 ) 751, para 71. Aynı yönde *Lalive ve Halonen* (n 38) 144.

62 Belirtelim ki, karşı davalar bakımından aranan şartlar, burada ‘temel iki şart’ olarak adlandırdığımız iki şartla sınırlı değildir. Esasen gerek ICSID Konvansiyonu’nda gerekse de UNCITRAL Tahkim Kurallarında açıkça öngörülmemeyen, ancak karşı davaların genel niteliği gereği mahallî usûl hukuku alanında da aranan, derdest bir asıl davanın bulunması şartı, yatırım tahkimi alanında da aranır. Diğer yandan, ICSID Konvansiyonu sadece âkit Devletlere ve bunların vatandaşlarına yatırımdan kaynaklanan uyumsuzluklarıyla sınırlı bir tahkim yargılaması zemini sunduğundan, ICSID Konvansiyonu hükümlerine tâbi tahkim davaları kapsamında açılan karşı davalar bakımından ayrıca, ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinde öngörülen diğer yetki şartlarının da gerçekleşmesi aranır (m.46). Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere (n 17 civarı) ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesinin aradığı yetki şartları, Türk doktrininde ayrıntılı biçimde ele alınmış olduğundan, karşı davalara mahsus özellikler içeren temel iki şart dışında kalan diğer şartları bu çalışmada ele almayacağız.

63 *Saluka* davası (n 10).

64 *Saluka* kararı (n 11).

örnek dışında<sup>65</sup> “karşı davalara” ilişkin açık bir hüküm içermezler. Hakemler, ev sahibi devletin açtığı karşı davayı esas yönünden inceleyip hükme bağlamalarının mümkün olup olmadığını belirleyebilmek için öncelikle, söz konusu karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını tespit etmelidirler. Kuşkusuz ki, karşı davanın dayandırıldığı ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmede’ veyahut da ‘YTKS’de’ “karşı davalara” ilişkin açık bir hükmün yer aldığı hallerde, hakemler, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını “karşı davalara” ilişkin bu hükmü tatbik etmek suretiyle tespit ederler. Ne var ki, ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilen sözleşmelerin çoğu ve yine YTKS’lerin çoğu “karşı davalara” ilişkin özel bir hüküm içermediğinden, hakemler, “ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmede” veyahut da “YTKS’de” yer alan başka hükümlere başvururlar (gerçi, aşağıda ele alacağımız üzere<sup>66</sup> bazı hakemler YTKS’ler bakımından, yatırımcının hareketlerinin de belirleyici olduğunu ileri sürmüşlerse de bu görüş genel kabul görmüş değildir). İşte, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığı sorusuna cevap arayan hakemlerin başvurdukları hükümlerin başında, karşı davanın dayandırıldığı ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmede’ veyahut da ‘YTKS’de’ yer alan “tahkim klozu” gelir; hatta zaman zaman meselâ YTKS’lerde yer alan “uygulanacak hukuk klozları” dahi, hakemlerin karşı davaları görmelerinin mümkün olup olmadığı sorusuna yanıt bulmak için başvurdukları hükümlerden olmuştur.

Ev sahibi devletin açtığı karşı davayı hakemlerin esas yönünden incelemelerinin mümkün olup olmadığının belirlenmesinde esas alınan hüküm, ilgili tahkim klozunun hükmü olunca, karşı davanın “ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeye mi” istinat ettiği yoksa, bir ‘YTKS’ye mi’ istinat ettiği, belirleyici rol oynar; zira YTKS’ler, ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmelerden’ farklı özellikler arz eder<sup>67</sup>. Ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş sözleşmeler (mesela imtiyaz sözleşmeleri) genellikle, sözleşmenin her iki tarafına da (yatırımcıya da ev sahibi devlete de) tereddüte yer vermez bir açıklıkla yükümlülükler getirir; tahkime başvurma hakkı bakımından da yatırımcıya tanıdığı hakkın aynısını ev sahibi devlete tanır. Buna mukabil, YTKS’ler genellikle sadece ev sahibi devletlerin yükümlülüklerini öngörüp, yatırımcılara

65 Meselâ Doğu ve Güney Afrika ülkeleri arasında oluşturulmuş ortak pazar olan COMESA’ya üye devletlerin akdetmiş oldukları 2007 tarihli COMESA Yatırım Anlaşmasının 28/9 maddesi uyarınca, bu sözleşme hükümleri çerçevesinde yatırımcının açtığı davanın muhatabı olan ev sahibi devlet, mahallî düzenlemelerine uymak da dahil olmak üzere, yatırımcının bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlâl ettiği veyahut da olası zararları azaltmak için gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle karşı dava açabilir. COMESA Yatırım Sözleşmesinin metni için bkz <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download>>.

66 Bkz. aşağıda (n 161) civarı

67 Diğerlerinin yanında bkz Giray (n 17) 10.

yükümlülük getirmez<sup>68</sup>. Tahkime başvurma hakkı konusunda da bazı YTKS'ler bu hakkı hem yatırımcıya hem de ev sahibi devlete tanır, bazıları tahkime başvurma hakkını açıkça sadece yatırımcıya tanır ev sahibi devlete bu hakkı tanımaz ve nihayet diğer bazıları da tahkime başvurma hakkını ev sahibi devlete tanıyıp tanınmadıkları konusunda açık bir düzenleme içermez. Diğer yandan, tatbik alanı bulan YTKS, ev sahibi devlete tahkime başvurma hakkını açıkça tanıyan bir hüküm içerse de içermese de, ev sahibi devletin bu YTKS'ye istinaden “müstakil” bir yatırım tahkimi davası açma olanağı neredeyse hiç yoktur; zira yatırımcının henüz uyuşmazlık çıkmadan YTKS'de yer alan tahkim önerisini kabul ettiği yönünde yazılı bir beyanda bulunması gibi uygulamada ancak nadiren rastlanacak bir durum<sup>69</sup> söz konusu olmadıkça, ev sahibi devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edilmez; yatırımcının tahkime başvurusuyla ancak ev sahibi devletle arasında bir tahkim anlaşmasının kurulmuş olduğu kabul edilir. Hâlbuki, ev sahibi devletin bir YTKS'ye değil de yatırımcıyla arasındaki -tahkime başvurma hakkını tanıyan- sözleşmeye istinat etmek suretiyle “müstakil” bir tahkim davası açmasının mümkün olduğunda kuşku yoktur. İşte bu sebeple de, ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki bir sözleşmeye’ istinat etmek suretiyle yatırımcı tarafından açılmış bir yatırım tahkimi davasına karşı ev sahibi devletin karşı açmasının prensip olarak mümkün olduğu konusunda herhangi bir tereddüt duyulmazken, YTKS'lere istinat eden davalara karşı ev sahibi devletlerin karşı dava açmalarının mümkün olup olmadığı konusunda, yukarıda *Paulsson*'dan alıntılanmış olduğumuz sözlerin<sup>70</sup> de gösterdiği üzere uzun yıllar tereddüt yaşanmıştır; bu tereddüt ancak, 2004 yılında *Saluka* davası kapsamında verilmiş yetki kararıyla (*Saluka* kararı)<sup>71</sup> hiç değilse teorik boyutta aşılabilmiştir.

Aşağıda ele alacağımız kararlara konu olmuş karşı davalar, ağırlıklı olarak YTKS'lere istinat eden karşı davalar olacaktır, zira karşı davaların hakemlerce hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığına ilişkin sorunlar daha ziyade YTKS'lere istinat eden karşı davalar bakımından ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, YTKS'lere istinat etmek suretiyle de karşı dava açılmasının hiç değilse teorik olarak mümkün olduğunu ortaya koyan, bu yönüyle de bir dönüm noktasını teşkil eden *Saluka* davası kapsamında verilmiş yetki kararı günümüze dek belirleyici bir rol oynamış olduğundan, aşağıda karşı davalara ilişkin hakem kararlarını *Saluka* davasını esas almak suretiyle, *Saluka* kararı öncesi döneme ait kararlar ve *Saluka* kararı sonrası döneme ait kararlar şeklinde verildikleri dönemler itibarıyla sınıflandırıp, ele alacağız.

68 “Yatırım sözleşmeleri (ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmeler) ‘tafirlara’ sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler getirirken, yatırım anlaşması (YTKS) ‘devleti’ uluslararası yükümlülükler ile karşı karşıya bırakmaktadır (parantez içindeki bilgiler ve tımkam işaretleri yazar tarafından eklenmiştir)” Banu Şit Köşgeroğlu, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması* (Legal 2012) 270-271. Aynı yönde diğerlerinin yanında bkz. Kjos (n 46) 129; Lalive and Hallonen (n 38) 150; Michael Waibel and Jake W. Rylatt, ‘Counterclaims in International Law’ University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No: 60/2014, 9 <<https://ssrn.com/abstract=2511847>> Erişim 7 Ağustos 2020. Diğer yandan meselâ, aşağıda ele alınacak *Roussalis* davasına ilişkin kararda da, davada tatbik alanı bulan YTKS'nin yatırımcılara herhangi bir yükümlülük getirmediği hakemlerce ifade edilmiştir. *Roussalis* kararı (n 16) para 871.

69 Bkz. Shreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair (n 31) 203 para 420; Ataman-Figanmeşe (n 7) 122 ff.

70 Bkz yukarıda (n 6) civarı.

71 *Saluka* kararı (n 11)

## A. *Saluka* Kararı Öncesi Dönemde Karşı Davalar

*Saluka* davası kapsamında verilmiş yetki kararından (*Saluka* kararından) önce açılmış karşı davaların çoğu, yatırımcıların, ev sahibi devletle aralarındaki bir sözleşmeye, meselâ bir imtiyaz sözleşmesine istinat ettirdikleri davalara karşı ev sahibi devletlerin açtığı karşı davalar olup, bu karşı davalarda ev sahibi devletler de yatırımcıyla aralarındaki sözleşmeye istinat etmişlerdir<sup>72</sup>. *Saluka* kararı öncesindeki dönemde yatırımcıların YTKS'lerde yer alan tahkim klozlarına istinat ettirdikleri davalara karşı ev sahibi devletlerin açmış oldukları karşı davalar ise sayıca çok azdır. Aşağıda, *Saluka* kararı öncesi dönemde karşı davalara yaklaşım konusunu, karşı davanın, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş bir sözleşmeye mi yoksa bir YTKS'ye mi istinat ettiğine göre ayrılan iki başlık altında ele alacağız.

### 1. *Saluka* Kararı Öncesi Dönemde Yatırımcı ile Ev Sahibi Devlet Arasındaki Sözleşmeye İstinaden Açılan Karşı Davalar

Esas itibarıyla yatırımcının, davasını (asıl davayı) ev sahibi devletle arasındaki sözleşmenin, meselâ imtiyaz sözleşmesinin ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla bu sözleşmenin içerdiği tahkim klozuna istinat etmek suretiyle açtığı, ev sahibi devletin de muhatap olduğu bu davaya karşı aynı sözleşmeye<sup>73</sup> dayanarak karşı dava açtığı durumlarda, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığı sorunu ile pek karşılaşılmaz. Zira, YTKS'lerden farklı olarak, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş imtiyaz sözleşmesi gibi sözleşmeler genellikle, sözleşmenin her iki tarafına da (yatırımcıya da ev sahibi devlete de) tereddüte yer vermez bir açıklıkla yükümlülükler getirir; tahkime başvurma hakkı bakımından da yatırımcıya tanıdığı hakkın aynısını ev sahibi devlete tanır<sup>74</sup>.

Bu çerçevede meselâ *Klöckner*<sup>75</sup> ve *Atlantic Triton*<sup>76</sup> davalarında sırasıyla Kamerun ve Gine'nin açmış olduğu karşı davalar, ICSID hakemlerince esas yönünden incelenip hükme bağlanmıştır. Yatırımcıların, ev sahibi devletle aralarındaki sözleşmelerin ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla bu sözleşmelerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle açtıkları *Klöckner* ve *Atlantic Triton* davalarında ev sahibi devletler

72 *Klöckner* davası kapsamında açtığı karşı davasında ev sahibi devletin dayandığı sözleşmenin, asıl davada yatırımcının dayandığı çerçeve sözleşme ile aynı sözleşme olmayıp, yatırımcının dayandığı çerçeve sözleşmeyle bağlantılı başka bir sözleşme olduğu hakkında bkz aşağıda (n 77)

73 *ibid.*

74 Bkz. yukarıda (n 68) civarı.

75 *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2. *Klöckner* davasının temelinde yatan uyumsuzluk ve davanın usulî seyri hakkında bilgi için bkz Nuray Eksi, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2009) 71ff.

76 *Atlantic Triton Company Limited v. Oeople's Revolutionary Republic of Guina*, ICSID Case No. ARB/84/1.

de aralarındaki sözleşmelerin<sup>77</sup> ilgili yatırımcı tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla yine bu sözleşmelerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle karşı davalarını açmışlardır. *Klöckner ve Atlantic Triton* davalarında yatırımcılar da ev sahibi devletler de aralarında akdetmiş oldukları sözleşmelere istinat etmiş olup aralarındaki bu sözleşmeler her iki tarafa yükümlülük getirip tahkime başvurma hakkını her iki tarafa da tanıdığından, ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davaların tarafların tahkim rızasının kapsamına içinde olup asıl davayla bağlantılı oldukları açıktı.

Esas yönünden incelenip hükme bağlanmış olduğunu belirttiğimiz *Klöckner ve Atlantic Triton* davaları kapsamındaki karşı davalar bakımından bilhassa altı çizilmesi gereken husus, bu karşı davalarda ev sahibi devletlerin, yatırımcı ile aralarındaki sözleşmenin<sup>78</sup> ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürmüş olduklarıdır. Böyle olunca da, *Klöckner ve Atlantic Triton* davalarında ev sahibi devletlerin açtıkları karşı davaların yatırımcılar tarafından açılmış ‘asıl davalar’ ile bağlantılı oldukları kabul edilmiştir<sup>79</sup>.

Buna mukabil, yatırımcının “ev sahibi devletle arasındaki sözleşmeye” istinat etmek suretiyle açtığı davaya karşı ev sahibi devlet açtığı karşı davasında yatırımcıyla arasındaki “sözleşmenin” ihlâl edilmiş olduğunu değil de “mahallî mevzuatının” ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürdüğünde, hakemler daha farklı bir değerlendirme yapmıştır. Meselâ, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmede (lisans sözleşmesinde) yer alan tahkim klozuna istinaden açılmış olan *Amco* davasında<sup>80</sup> ICSID tahkim heyeti, Endonezya’nın açtığı karşı dava bakımından yetkisinin bulunmadığı kararını vererek, bu karşı davayı esastan incelememiştir. Bu davada Endonezya, yatırımcının aralarındaki lisans sözleşmesinde yer alan bir yükümlülüğünün ihlâl ettiğini değil, vergi mevzuatını ihlâl edip kurumlar vergisini ödemediğini ileri sürmüştür.

77 *Klöckner* davasında yatırımcının asıl davasında dayandığı sözleşme ile ev sahibi devletin karşı davasında dayandığı sözleşme bakımından farklı bir durum söz konusudur. *Klöckner* davasında yatırımcı, açtığı davayı ICSID tahkiminin öngörülmediği “çerçeve sözleşmesinin” ihlâl edilmiş olduğu iddiasına dayandırmış, ev sahibi devlet ise karşı davasını, esasen *Klöckner*’in taraf olmadığı ama hisselerinin %51’ine sahip olduğu Socame isimli şirketle arasındaki farklı bir sözleşme olan, “işletme sözleşmesine” dayandırmıştır. Tahkim heyeti, yatırımcının dayandığı “çerçeve sözleşmesinin”, kurulacak gübre üretim tesisinin işletilmesine ilişkin özel yükümlülüklerin yer aldığı ve aynı zamanda ev sahibi devletin karşı davasını dayandırdığı sözleşme olan “işletme sözleşmesinin” de ana hatlarını çizdiği, dolayısıyla çerçeve sözleşmede yer alan ICSID tahkim klozunun, özel nitelikli yükümlülüklerin düzenlendiği işletme sözleşmesini de kapsadığı, işletme sözleşmesinde yer alan tahkim klozunda ICC tahkiminin öngörülmesi olmasının, genel nitelikli çerçeve sözleşmede öngörülmesi ICSID tahkimine ilişkin iradeden feragat edilmiş olduğu anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. *Klöckner* davasında hakemlerce verilen karara karşı yapılan iptal başvurusu neticesinde hakem kararını inceleyen ad hoc komite de, çerçeve sözleşmenin, özel hükümler içeren işletme sözleşmesinin şartlarını tayin ettiği yönündeki kararın yerinde olduğu, buna bağlı olarak özel nitelikli işletme sözleşmesinde ICC tahkimini öngören bir klozun yer alıyor olmasının, genel nitelikli çerçeve sözleşmede öngörülmesi ICSID tahkiminden feragat edilmiş olduğu anlamına gelmediği yönündeki yorumun yerinde kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No ARB/81/2, Decision of the Ad Hoc Committee, para 24/c, para 52/b <italaw.com/cases/3373>.

78 *Klöckner* davasında, ev sahibi devletin iddiasını dayandırdığı sözleşmenin, yatırımcının dayandığı çerçeve sözleşmesinden farklı bir sözleşme olması konusunda bkz (n 77).

79 *Saluka* davasının hakemleri, ev sahibi devletin açtığı karşı davayı “bağlantılı olma” şartı yönünden değerlendirirken, *Klöckner* davası hakemlerinin “bağlantılı olma” şartı bakımından yaptıkları değerlendirmeyi aynen benimseyip, kararlarında bu değerlendirmeye aynen yer vermişlerdir. *Klöckner ve Saluka* davalarının hakemlerinin “bağlantılı olma” şartına ilişkin değerlendirmeleri için bkz (n 106)

80 *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357\_0.pdf> Erişim 4 Mayıs 2020. *Amco* davasının temelinde yatan uyumsuzluk ve davanın usulî seyri hakkında bilgi için bkz. Ekşi (n 17) 72 ff.

*Amco* davasını gören hakem heyeti, vergi yükümlülüğüne ilişkin usûlsüzlüğün “yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin” öngördüğü yükümlülüklerin ihlâlini teşkil etmediği, üstelik “yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin” de vergi yükümlülüklerine uyulması gerekliliğini öngören özel bir düzenleme içermediği, neticede vergi yükümlülüğünün ihlâlının taraflar arasındaki sözleşmenin ihlâlinden farklı bir durum olup, Endonezya’nın mahallî hukukunun öngördüğü genel bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ettiği gerekçesiyle, karşı dava bakımından yetkisiz olduğuna karar vermiştir<sup>81</sup>. *Amco* davasını gören hakem heyeti ayrıca, “ev sahibi devletin genel hukuk kurallarından” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle, “ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeden (meselâ imtiyaz sözleşmesinden)” kaynaklanan hak ve yükümlülükler arasında bir ayırım yapılması gerektiğine işaret ederek, “ev sahibi devletle yatırımcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeden” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin ICSID Konvansiyonu’nun 25/1. maddesi gereğince ICSID Tahkim Merkezinin yetkisinin kapsamına giren hak ve yükümlülükler olduğunu, buna mukabil “ev sahibi devletin hukukundan” kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin ise ‘prensip olarak’ ev sahibi devletin yargı organlarının yetkili olduğu hak ve yükümlülükler olduğu yönünde görüş belirtmiştir<sup>82</sup>.

İşte, *Amco* davası kapsamında verilmiş bu karar, aşağıda ele alacağımız üzere<sup>83</sup> günümüze kadar uzanan etkiler bırakmıştır<sup>84</sup>. Günümüzde halâ, “ev sahibi devletin mevzuatının” ihlâl edildiği iddiasıyla açılmış karşı davaların hakemlerce ele alınmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır<sup>85</sup>.

## 2. *Saluka* Kararı<sup>86</sup> Öncesi Dönemde YTKS’ye İstinaden Açılan Karşı Davalar

*Saluka* kararı öncesi dönemde, bir YTKS’ye istinat eden asıl davaya karşı açılmış karşı davalar sayıca az olup, bu tür karşı davaların ilk örneklerinden olan *Genin* davası<sup>87</sup> ve *Mitchell* davası<sup>88</sup> kapsamında açılan karşı davalar, burada ele almakta

81 *Amco* davası (n 80), Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction (10 May 1988), para 126-27.

82 *Amco* kararı (80) para 125.

83 Bkz (n 176).

84 Meselâ aşağıda ele alacağımız *Saluka* kararında da hakemler, *Amco* davası içtihadına atıf yapmışlardır. Şunu da belirtelim ki, *Saluka* davasının hakemlerinin *Amco* kararına atıf yapmış olmaları, ilk bakışta *Saluka* davasını görmüş olan hakemlerin, *Amco* kararında yer alan, “ICSID Konvansiyonu’nun 25. maddesine uyarınca ev sahibi devletin mevzuatının ihlâl iddialarının prensip olarak ICSID’in yetki alanına girmediği, bu iddiaların mahallî mahkemelerin yetki alanına girdiği” yolundaki görüşü benimsemiş oldukları düşüncesini uyandırabilse de, *Amco* kararındaki bu düşüncenin yerinde olduğu konusunda *Saluka* davasının hakemlerince ifade edilmiş bir görüş yoktur. Bilakis hakemler, gördükleri *Saluka* davasında tatbik alanı bulan YTKS’nin, *Amco* davasında tatbik alanı bulan YTKS’den farklı hükümler içerebileceğini, bu sebeple ev sahibi devletin mahallî hukukunun ihlâlî bakımından farklı sonuçlara varılabileceğinin bilincinde olduklarını ifade etmişlerdir; *Saluka* kararı (n 11) para 75.

85 Bkz (n 176).

86 *Saluka* kararı (n 11).

87 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, INC. and A.S Baltoil v. The Republic of Estonia*, Award, ICSID Case No. ARB/99/2 (25 Jun, 2001) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pfd>.

88 *Patrick H. Mitchell v. The Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Exrtracts of Award, (9 Feb, 2004) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1195.pfd>.

olduğumuz karşı davalara ilişkin temel iki şart olan tahkim rızası kapsamı içinde olma ve asıl davayla bağlantılı olma şartları dışında kalan ve karşı davalara mahsus bir özellik taşımayan bir sebeple hakemlerince esasa girilmeksizin reddedilmiştir. Hakemlerin bu karşı davaları reddetmelerinin sebebi, karşı davaların yeterince somutlaştırılmamış olmalarıydı<sup>89</sup>. Hakemler, bu karşı davalar bakımından ilk bakışta gördükleri somutlaştırılma yükümlülüğüne ilişkin eksikliğe dayanarak, karşı davayı görmeye yetkili olup olmadıklarını araştırmadan<sup>90</sup> -ve dolayısıyla bir YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden açılmış bir davaya karşı ev sahibi devletin aynı YTKS’ye dayanmak suretiyle karşı dava açmasının mümkün olup olmadığı sorusuna teorik de olsa bir cevap vermeden- bu karşı davaları reddetmişlerdir.

### C. Dönüm Noktası Olarak Saluka Kararı

Bir YTKS’ye istinaden açılmış asıl davaya karşı ev sahibi devletin aynı YTKS’ye istinat etmek suretiyle bir karşı dava açmasının prensip olarak mümkün olup olmadığı meselesini ele alan ilk dava, yatırımcı tarafından 2001 yılında açılmış olup, ev sahibi devlet tarafından 2002 yılında karşı dava açılmış olan ve burada ele alacağımız yetkiye ilişkin kararın 2004 yılında verilmiş olduğu *Saluka* davası<sup>91</sup> olmuştur. *Saluka* davasında verilen karara dek, YTKS’lere istinaden açılmış davalara karşı ev sahibi devletlerce karşı dava açılmasının mümkün olup olmadığı belirsiz kalmış<sup>92</sup>; hakemler yukarıda ele almış olduğumuz *Genin* ve *Mitchell* davalarında<sup>93</sup> olduğu gibi, karşı davaları iki temel şart yönünden -yani, tahkim rızası kapsamı içinde olma ve asıl davayla bağlantılı olma şartları yönünden- incelemeksizin, çeşitli başka gerekçelerle esaslarına girmeksizin reddetmişlerdir. Nitekim, gerek *Saluka* davası kapsamında karşı dava açan ev sahibi devlet Çekya dilekçesinde, gerekse de hakemler, bir karşı davanın YTKS hükümlerine istinat etmek suretiyle açılmasının mümkün olup olmadığını ele alan içtihadın pek bulunmadığını ifade etmişlerdir<sup>94</sup>.

*Saluka* davasında ev sahibi devlet Çekya’nın açtığı karşı dava bakımından hakemler ilk iş olarak, eldeki karşı davanın kendine mahsus özelliklerinden bağımsız olarak, Çekya ile Hollanda arasındaki YTKS’de yer alan tahkim klozu çerçevesinde ev sahibi devletçe açılan karşı davaları esastan inceleyip hüküm verme ‘yetkilerinin’ bulunup

89 *Genin* kararı (n 87) para 376-378; *Mitchell* kararı (n 88) para 96-97. Meselâ *Genin* kararında ev sahibi devlet cevap dilekçesinde 3,4 milyon Dolar’dan söz ederken, bir başka yazısında 3 milyon Dolar ve nihayet daha sonraki bir yazısında 2,9 milyon Dolar talep etmiş, bu çelişkiler nedeniyle de hakemler talebin somutlaştırılmamış olduğuna karar vermiştir, *Genin* kararı (n 87) dñn. 99. *Saluka* kararı sonrası dönemde yine somutlaştırılmamış olduğu gerekçesiyle esasına girilmeden reddedilen *Hamster* davası için bkz ( n 98)

90 Doktrinde, bu karşı davalar bakımından verilmiş olunan kararlar, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi uyarınca hakemlerin karşı davalar bakımından yetki incelemesi yapmış olmaları gerekirken, hakemlerin yetki incelemesini hiç yapmadan karşı davaları reddettikleri kararlar olmaları sebebiyle eleştirilmelidir; Rivas (n 12) 793. Aynı yönde bkz. Kalicki and Silberman (n 35) 10.

91 *Saluka* davası (n 10)

92 Bkz (n 6) civarı.

93 Bkz (n 87) civarı.

94 *Saluka* kararı (n 11) para 37.

bulunmadığını tespit etmeleri gerektiğini ifade edip<sup>95</sup> yaptıkları inceleme neticesinde YTKS'nin tahkim klozunu içeren 8. maddesi ve tahkim yargılamasının tâbi olduğu UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu çerçevesinde “prensipl olarak” (eldeki karşı davanın kendine mahsus özellikleri dikkate alınmadığında<sup>96</sup>) karşı davalar bakımından yetkili oldukları sonucuna varmış<sup>97</sup>, böylelikle YTKS'lere istinaden de karşı dava açılabilirliğini teorik olarak ortaya koymuşlardır. Nitekim, tarih itibarıyla *Saluka* kararından hemen sonra hükme bağlanmış olan *Hamester* davasının<sup>98</sup> hakemleri, YTKS'lere istinaden dava açılmasının teorik olarak mümkün olduğunun ortaya konmuş olduğunu belirterek, bunu ortaya koyan yegâne karar olarak *Saluka* kararına atıf yapmışlardır<sup>99</sup>.

Bu noktada hemen şunu da ifade etmek gerekir ki, *Saluka* davasında hakemler sadece karşı dava bakımından yetkili olup olmadıklarını yani, tarafların tahkim rızasının karşı davayı kapsayıp kapsamadığını değil, aynı zamanda karşı davanın kabul edilebilir olup olmadığını da yani, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunup bulunmadığını da değerlendirmiş<sup>100</sup>, bu yönden de yatırım tahkimi içtihadı üzerinde etki yaratan bir karar vermişlerdir.

Hemen aşağıda, *Saluka* davasının hakemlerinin karşı davanın iki temel şartı yönünden yaptıkları değerlendirmeyi iki ayrı alt başlık altında ele alıp, ardından *Saluka* kararına ilişkin değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

### 1. *Saluka* Davasında Tahkim Rızası Yönünden Yapılan Değerlendirme

*Saluka* davasının hakem heyeti, ister asıl dava isterse de karşı dava için olsun, yetkisinin sınırlarının Hollanda ile Çekya arasındaki YTKS'nin tahkim klozunu içeren 8. maddesiyle belirlenmiş olduğunu belirterek<sup>101</sup>, bu maddenin şu şekilde tercüme edilebilecek hükmünü incelemiştir:

1) Bir âkit devlet ile diğer âkit devletin vatandaşı yatırımcısı arasındaki yatırıma ilişkin tüm uyuşmazlıklar, mümkünse dostane yolla çözümlenmelidir.

95 *Saluka* kararı (n 11) para 37.

96 *Saluka* kararı (n 11) para 37.

97 *Saluka* kararı (n 11) para 39.

98 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, Award, ICSID Case No ARB/07/24 (18 Jun 2010) << itaw. com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pfd>>.

99 *ibid* para 353.

100 Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, karşı davaların asıl dava ile bağlantılı olmasının bir ‘yetki’ şartı olarak değil, ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunan ve giderek daha çok taraftar kazanan düşünce, 2004 yılında verilmiş *Saluka* kararından sonraki bir tarihte, 2011 yılında verilmiş *Goetz* kararında (n 57) ifade edilmiş olduğu için, *Saluka* davasının hakemleri, bu çalışmada bir ‘kabul edilebilirlik’ şartı olarak ele aldığımız bağlantılı olma şartını, yetki şartı olarak değerlendirmişlerdir. *Saluka* kararı (n 11) para 80.

101 *Saluka* kararı (n 11) para 60.



2) İşbu hükümle, âkit devletlerden her biri, (1.) fıkrada sözü edilen bir uyuşmazlık bakımından taraflardan birinin dostane çözüm talep ettiği tarihten itibaren 6 ay içinde uyuşmazlığın dostane çözüme kavuşturulamaması halinde, tahkime başvurmasına, rıza gösterir.

İlgili kısmına hemen yukarıda yer verdiğimiz Hollanda ile Çekya arasındaki YTKS’de yer alan tahkim klotunu inceleyen hakem heyeti, tahkim klotunda geçen: “...ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında yatırımdan kaynaklanan tüm ihtilâflar...” ifadesinin tahkime başvurulabilecek uyuşmazlıkların kapsamını son derece geniş tuttuğu, dava açma hakkını yatırımcıyla sınırlamayıp ev sahibi devlete de dava açma hakkını tanıdığı sonucuna vararak, tahkim klotunun ev sahibi devletin mevzuatının ihlâl edildiği iddiasıyla<sup>102</sup> açtığı karşı davayı da kapsamı içine alacak kadar geniş olduğu sonucuna varmıştır<sup>103</sup>.

## 2. Saluka Davasında Bağlantılı Olma Şartı Yönünden Değerlendirme

*Saluka* davasında hakem heyeti, ev sahibi devletin mevzuatının ihlâl edildiği iddialarını asıl davayla “bağlantılı olma” şartı yönünden incelediğindeyse<sup>104</sup>, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunmadığı sonucuna varıp, karşı davanın esasına girmemiştir. Hakem heyeti, ‘asıl davanın’ YTKS hükümlerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle açıldığı, buna mukabil ‘karşı davanın’ ev sahibi devletin mevzuatının (Çekya’nın Ticaret Kanununun, Medeni Kanunu’nun ve Banka hukukunun) ihlâl edildiği (Saluka’nın alt şirketi Namura tarafından ihlâl edildiği<sup>105</sup>) gerekçesiyle açıldığı, durum böyle olunca asıl dava ile karşı davanın aynı hukukî kaynağa istinat etmediği gerekçesiyle<sup>106</sup>, “bağlantı” şartının gerçekleşmediğine hükmetmiştir<sup>107</sup>.

102 Ev sahibi devlet Çekya karşı davasını, yatırımcının aralarındaki “hisse satım sözleşmesini” ve “mahallî mevzuatını” ihlâl ettiği gerekçeleriyle açmıştır. *Saluka* davasını gören tahkim heyeti, ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeye’ aykırılık iddiasıyla açılan davalar bakımından ‘sözleşmede’ öngörülmuş uyuşmazlık giderme usulüne itibar edilmesi gerekliliğini vurgulayan *Vivendi* kararına da atıf yaparak, ilgili ‘hisse satım sözleşmesinde’ yer alan tahkim kaydı nedeniyle “hisse satım sözleşmesinin” ihlâlî iddiaları bakımından yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. *Saluka* kararı (n 11) para 52-58.

103 *Saluka* kararı (n11) para 39, 59.

104 *Saluka* kararı (n 11) para 61 vd.

105 Ev sahibi devlet Çekya karşı davasında esasen, davacı *Saluka*’nın değil, bunun bir alt şirketi olan *Namura*’nın ihlâllerini karşı dava konusu yapmıştır. Hakem heyetinin bu meseleye yaklaşımı, konumuz dışında kaldığından, bu meseleyi ele almayacağız.

106 *Saluka* davasında hakemler, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartı konusunda *Klöckner* davasında (n 77) ortaya konmuş anlayışı aynen benimseyip, *Klöckner* davasında kullanılmış ifadeyi da aynen alıntıyla: “...*karşı davaya konu borcun, asıl davaya konu borçla aynı çıkış noktasına dayanmadığı, karşı davaya konu borcun asıl davaya konu borçla paylaştığı bir hukukî dayanışmanın bulunmadığı...*” gerekçesiyle, karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Hakem kararının ilgili kısmının İngilizce metni şu şekildedir: “... the Respondent’s counterclaim cannot be regarded ... as invoking obligations which share with the primary claim “a common origin, identical sources ...” (vurgu yazar tarafından eklenmiştir, bkz. *Saluka* kararı (n 11) para 79.

107 *Saluka* kararında hakem heyetinin bağlantılı olma şartı yönünden yaptığı tespitini eleştirisi için bkz. *Lalive and Halonen* (n 38) 153 ff.

### 3. Saluka Kararına İlişkin Değerlendirmelerimiz

Saluka davasında ev sahibi devlet, yatırımcının gerek aralarındaki sözleşmeyi (hisse satım sözleşmesini) gerekse de mahallî mevzuatını ihlâl ettiğini iddia etmek suretiyle karşı dava açmıştır. *Saluka* davasını gören hakemler, “hisse satım sözleşmesinin ihlâlî” iddiaları bakımından, söz konusu sözleşmenin içerdiği uyuşmazlık çözüm klozu nedeniyle yetkisizlik kararı vermiş<sup>108</sup>, bu yetkisizlik kararı nedeniyle de<sup>109</sup> ev sahibi devletin karşı davasının “hisse satım sözleşmesinin ihlâlî” iddialarına ilişkin kısmının yatırımcının açmış olduğu “asıl dava” ile bağlantılı olup olmadığını incelemeye geçmemiştir<sup>110</sup>. Hakemlerin “hisse satım sözleşmesinin ihlâlî” iddiaları bakımından yaptıkları değerlendirme, inceleme konumuz dışında kalan meselelere ilişkin olduğundan, burada hakemlerin bu değerlendirmesini ele almayacağız. Burada ele alacağımız değerlendirmeler, *Saluka* davasını gören hakemlerin, ev sahibi devletin açtığı karşı davasında ileri sürdüğü ‘mahallî mevzuatının’ ihlâlî iddialarına ilişkin değerlendirmeleri olacaktır.

Hakemler, “ev sahibi devletin mevzuatının” ihlâl edilmiş olduğu yönündeki iddialar bakımından durumun, yetkisiz olduklarına karar vermiş oldukları “ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmenin” ihlâl edilmiş olduğu yönündeki iddialardan farklı olduğunu belirtip<sup>111</sup>, ev sahibi devletin “mevzuatının” ihlâlî iddiasıyla açtığı karşı davanın, yatırımcının asıl davasıyla bağlantılı olup olmadığını incelemeye geçmiş ve neticede asıl davayla karşı dava arasında “hukukî bir bağlantı” bulunmadığı gerekçesiyle, ev sahibi devletin açtığı karşı davayı reddetmişlerdir.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, *Saluka* kararı, karşı davaların nasıl ele alınması gerektiği konusunda yol gösterici karar olmuştur. “Ev sahibi devletler, YTKS’lerdeki tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle ‘müstakil’ bir tahkim davası açamazken, ev sahibi devletlerin karşı dava açmaları mümkün müdür?” sorusuna *Saluka* davasını gören hakemler cevap vermiştir.

Bu davada tatbik alanı bulan YTKS, hemen hemen bütün diğer YTKS’ler gibi “karşı davalar” hakkında özel bir düzenleme içermemekteydi. Bu nedenle, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın “ tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını” belirlemeye çalışan hakemler, davada tatbik alanı bulan YTKS’nin tahkim klozundan yola çıkarak cevap aramışlardır. İşte bu yönüyle de *Saluka* kararını veren hakemler, başka hakemlere yol gösterici olmuştur. *Saluka* kararından sonra açılmış tüm karşı davalarda hakemler, yukarıda ele almış olduğumuz *Saluka* kararı öncesi dönemde YTKS’lere istinat eden karşı davaları yetki incelemesi dahi yapmadan

108 Bkz (n 102).

109 Kabul edilebilirlik şartlarının mevcudiyetinin incelenmesine geçilebilmesi için, hakemlerin yetkili olduklarını tespit etmiş olmaları gerektiği görüşü için bkz yukarıda dñn ( n 52) civarı.

110 *Saluka* kararı (n 11) para 51-58.

111 *Saluka* kararı (n 11) para 59.

reddeden hakemlerden farklı olarak, öncelikle karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemeye çalışmış, (aşağıda ele alacağımız, yeni yaklaşımların benimsendiği istisna teşkil eden davalar dışında<sup>112</sup>) bunun için de ilgili YTKS'nin tahkim klotuna (ve sonraları uygulanacak hukuk klotuna) başvurmuşlardır.

*Saluka* davasında tatbik alanı bulan tahkim klotu içerdiği "... (Â)kit devletlerden her biri, ... -tarafardan birinin dostane çözüm talep ettiği tarihten itibaren... tahkime başvurmaya- rıza gösterir" hükmüyle, ev sahibi devlete de milletlerarası yatırım tahkimine başvurma hakkını açıkça tanıdığı için, hakemlerin, ev sahibi devletin karşı dava açma hakkına prensip olarak sahip olduğunu değerlendirmiş olmaları, yani davayı açan kişi yönünden yetkili olduklarını tespit etmiş olmaları kanaatimizce de yerindedir.

Kanaatimizce *Saluka* kararında sorunlu olan ve tarih itibarıyla daha sonraki kararlarda da sorun teşkil eden yön, hakemlerin, davanın konusu bakımından yetkileri bakımından yaptıkları (daha doğrusu yapmayı ihmâl ettikleri) değerlendirmeleridir.

*Saluka* davasını gören hakemler, bir yandan davada tatbik alanı bulan YTKS'nin tahkim klotunda yer alan "yatırıma ilişkin tüm uyuşmazlıklar..." şeklindeki ifadeden yola çıkarak, ev sahibi devletin 'mahallî hukukunun' ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla açtığı karşı dava bakımından yetkili olduklarına, -açıkça ifade etmiş olmasalar da- karar vermişlerdir<sup>113</sup>. Fakat diğer yandan, yatırımcının açtığı asıl dava ilgili 'YTKS'nin' ihlâlî iddiasına dayanırken karşı davanın 'ev sahibi devletin mahallî hukukunun' ihlâlî iddiasına dayanması karşısında, asıl dava ile karşı dava arasında "bağlantı" bulunduğu kabul edilemeyeceği görüşünden hareketle, karşı davayı esas yönünden incelemeksizin reddetmişlerdir. İşte bu yönüyle kanaatimizce *Saluka* davasının hakemleri, ilk etapta cevap verilmesi gereken, ilgili YTKS'nin tahkim klotunda yer alan "yatırıma ilişkin tüm uyuşmazlıklar..." şeklindeki ifadenin, 'ev sahibi devletin mahallî hukukunun' ihlâlî iddialarını da kapsayan genişlikteki yetkiyi hakemlere verip vermediği sorusunu esas itibarıyla cevapsız bırakan, bu sorunun by-pass edildiği bir karar vermişlerdir.

Bu noktada şunu ifade etmemiz gerekir ki, *Saluka* davası UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonu çerçevesinde görülmüş bir davadır. Bu kurallar, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 2010 tarihli versiyonundan farklı olarak, karşı davaların hükme bağlanabilmesi için, asıl davaya konu uyuşmazlıkla karşı davanın aynı 'sözleşmeden' kaynaklanmasını arar<sup>114</sup> (m. 19/3). *Saluka* davasını gören hakemlerin, ev sahibi devletin ileri sürdüğü ihlâl iddiasının, yatırımcının ileri sürdüğü ihlâl iddiasıyla aynı hukukî kaynağa dayanmıyor olması sebebiyle reddetmiş olmalarının altında, tahkim davasının tâbi olduğu UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli

112 Bkz aşağıda ( n 161) civarı.

113 *Saluka* kararı (n 11) para 59.

114 Bkz. yukarıda (n.39) civarı.

versiyonunun, karşı davada ileri sürülen ihlâlin, asıl davada ileri sürülen ihlâlle ‘aynı sözleşmeye’ dayanmasını arıyor olması yatmaktadır kuşkusuz<sup>115</sup>.

Bununla birlikte, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonunun bu şekilde bir düzenleme içeriyor olmasının, *Saluka* davasını gören hakemlerin, asıl davayla karşı dava arasında bağlantı bulunup bulunmadığı meselesine geçmeden evvel cevap vermiş olmaları gereken (ancak cevaplama bıraktıkları) cevaplaması da zor olan şu soruyu; tahkim klotunda yer alan “...yatırıma ilişkin tüm uyumsuzluklar...” şeklindeki ifadelerin, YTKS hükümleri dışında başka bir hukukî dayanaktan (meselâ ev sahibi devletin mahallî hukukundan veyahut da ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeden) kaynaklanan ihlâllerin ileri sürülüp hakemlerce hükme bağlanmasına imkân verip vermediğine<sup>116</sup> ilişkin yatırım tahkimi alanında hâlen genel kabul gören bir cevap bulunamamış<sup>117</sup> olan soruyu, cevap vermek zorunda kalmadan, karşılaştıkları meseleyi daha kolay bir yolla –asıl dava ile karşı dava arasında hukukî bir bağlantı bulunmadığı sonucuna varmak yoluyla- çözmelerine yararmış olduğu düşüncesindeyiz.

## D. Saluka Kararından Sonraki Gelişmeler

### 1. Genel Olarak

*Saluka* davasıyla, ev sahibi devletlerin YTKS’ye istinaden açılmış asıl davalara karşı, bir karşı dava açabilmelerinin teorik olarak mümkün olduğunun ortaya konmasından sonra, ev sahibi devletler, muhatabı oldukları YTKS’lere istinat eden yatırım tahkimi davalarına karşı önceki yıllara kıyasla daha fazla karşı dava açmaya, hakemler de ev sahibi devletlerce açılmış karşı davalara yaklaşımlarını değiştirmeye başlamıştır<sup>118</sup>. Hakemler çoğunlukla *Saluka* kararındaki anlayışı aynen benimsemiş

115 Saluka davasında hakemler asıl dava ile karşı dava arasında bağlantının nasıl olması gerektiği konusunda *Klöckner* davasında verilmiş kararı aynen benimsemişlerdir. Bu durumun da kanaatimizce ilgi çekici olan yönü, *Klöckner* davası bir ICSID davası olmuş olduğu halde, *Klöckner* davasında da, karşı davada ileri sürülen ihlâl iddiasının asıl davada ileri sürülen ihlâl iddiasıyla aynı hukukî kaynağa dayanması gerektiği yolunda ifadelerin kullanılmış olunmasıdır; hâlbuki ICSID Konvansiyonu’nun karşı davaya ilişkin kuralı, UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonundan farklı olarak, ihlâlin aynı sözleşmeye dayanması gibi bir hüküm içermemektedir. Gerek UNCITRAL Tahkim Kurallarının 1976 tarihli versiyonun düzenleme biçimi, gerekse de bir ICSID davası olan *Klöckner* davasında benimsemiş yaklaşım, geçmişte yatırım tahkimi alanında, asıl davanın karşı dava ile bağlantılı sayılmasının karşı davada ileri sürülen ihlâl iddiasının hukukî dayanağının, asıl davada ileri sürülen ihlâl iddiasıyla aynı hukukî dayanağa istinat etmesinin tabii kabul edilmiş olduğunu düşündürmektedir.

116 Yatırımcının bir YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden dava yatırım tahkimi davası açtığı durumlarda mutlaka istinat ettiği YTKS’nin ihlâl edilmiş olduğunu iddia etmesine gerek olmadığı, YTKS’nin içerdiği tahkim klotunun izin vermesi halinde; milletlerarası hukukun, mahallî hukukun veya aralarındaki sözleşmenin ev sahibi devlet tarafından ihlâl etmiş olduğunu iddia etmek suretiyle de YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden dava açmasının mümkün olduğu görüşü ile bu görüşü benimseyen ve benimsemeyen çeşitli hakem kararları için bkz. Zachary Douglas (n 49) 234-240; Berk Demirkol, ‘Non-treaty Claims in Investment Arbitration’ (2018) *Leiden Journal of International Law*, 59-91.

117 Douglas (n 49) 238; Demirkol (n 116) 65.

118 Meselâ, *Paushok* davasında (bkz. dpn 41) da *Saluka* kararına atf yapılarak ve *Saluka* kararının içtihadı takip edilerek, Moğolistan ile Rusya arasındaki YTKS’nin tahkim klotu esas alınmak suretiyle tarafların tahkim rızasının ev sahibi devletin karşı davasını kapsayıp kapsamadığı incelenmiştir. Neticede, davada tatbik alanı bulan Moğolistan ile Rusya arasındaki YTKS’de, *Saluka* davasının istinat ettiği YTKS’nin tahkim klotunda olduğu gibi “bütün uyumsuzluklar” ifadesi yer almasa da, ilgili tahkim klotunda geçen “uyumsuzlukların tahkime havale edileceği” yönündeki ifadenin de ev sahibi devletin karşı davasının tarafların tahkim rızası kapsamında olduğunun kabulü bakımından yeterli olacağı, *Saluka* davasına dayanak teşkil etmiş olan YTKS’de geçen “bütün uyumsuzluklar” ifadesi ile bu davaya dayanak teşkil eden YTKS’de geçen “uyumsuzluklar” ibaresi arasında bir fark aramanın gereksiz olduğu sonucuna varılmıştır *Paushok* kararı (n 41) para 689.

olup, karşı davanın istinat ettiği YTKS’de yer alan tahkim klozundan yola çıkarak, ev sahibi devletin açtığı karşı davanın tarafların “tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını” belirlemiş oldukları gibi, karşı davanın “asıl davayla bağlantılı olması” şartı konusunda da *Saluka* davasını gören hakemlerin anlayışını aynen benimsemişlerdir. Bununla birlikte, sayıca fazla olmasa da bazı karşı davalar bakımından hakemler, *Saluka* kararının anlayışını benimsemeyip, ev sahibi devletin karşı davalarının hükme bağlanmasına imkân tanıyacak daha esnek, yenilikçi görüşleri benimsemişlerdir. Aşağıda, karşı davalara ilişkin olarak *Saluka* kararından sonra verilmiş kararları, ilki *Saluka* kararının anlayışını benimseyen kararlar, ikincisi ise bu anlayışı benimsemeyen kararlara ilişkin olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alacağız.

## 2. *Saluka* Kararı İçtihadının Benimsendiği Davalar

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, *Saluka* kararından sonra hakemlerin karşı davalara yaklaşımları değişmiş olup, hakemler hiç değilse karşı davaların YTKS’lede yer alan tahkim klozlarına istinaden açılmasının teorik olarak mümkün olduğu bilinciyle karşı davalara yaklaşmışlardır. Hakemlerin karşı davalara ilişkin yaklaşımlarındaki bu değişimi, *Saluka* kararının hemen ardından verilmiş *Hamester* davasındaki kararda gözlemlemek mümkündür. Bu davada, karşı dava açan ev sahibi devlet Gana; “... *Hamester*’in faaliyetleri nedeniyle uğranılan manevi zararlar dahil her türlü zararın Hükümete ödenmesi...”<sup>119</sup> şeklinde Türkçe’ye tercüme edilebilecek; ucu açık, talebini destekleyecek somut iddialardan ve hakemlerin yetkisinin dayanağına ilişkin açıklamalardan yoksun<sup>120</sup> bir taleple başvurusunu yapmış, hakem heyeti de bu karşı davayı ev sahibi devlet Gana’nın somutlaştırmamış olduğu gerekçesiyle esas yönünden incelemeyen reddetmiştir. Bununla birlikte, *Hamester* kararının, bu başlık altında incelediğimiz *Saluka* kararının etkileri konusu bakımından üzerinde durulması gereken bir özelliği vardır. Şöyle ki, her ne kadar *Hamester* davasını gören hakemler somutlaştırılmamış olduğu gerekçesiyle, ICSID’in 46. maddesi çerçevesinde karşı davanın tarafların tahkim rızası kapsamı içinde olup olmadığını analiz etme imkânlarının dahi bulunmadığını<sup>121</sup> ifade etmiş olsalar da, yine de *Saluka* kararına atıf yapmış ve tıpkı *Saluka* davasının hakemlerinin yaptığı gibi, karşı davanın istinat ettiği YTKS’nin tahkim klozunu inceleyip, YTKS’de yer alan tahkim klozunun prensip olarak ev sahibi devlet tarafından karşı dava açılmasına imkân tanıyıp tanımadığına ilişkin bir değerlendirmede bulunmuşlardır<sup>122</sup>. *Saluka* kararının öncesine

119 *Hamester* kararı (n 98) para 351.

120 *ibid* para 352

121 *Ibid* para 355.

122 Bu değerlendirmesinde hakem heyeti, Almanya ile Gana arasındaki YTKS’nin tahkim klozunu içeren 12. maddesinde geçen “YTKS’nin tarafı olanlardan birinin (yani taraf devletlerden birinin), diğer tarafın taahhütündeki yatırımcıya karşı bu YTKS’den kaynaklanan yükümlülüğünü ihlâl etmesi halinde...” şeklindeki ifadenin, ilk bakışta tahkim klozunun, yatırımcının ihlalleri sebebiyle değil de “sadece ev sahibi devletin ihlalleriyle sınırlı” olmak üzere tahkime başvurma imkânı tanıdığı düşüncesini uyandırdığı, fakat madde hükmünün devamında, “hakkı ihlâl edilen tarafın tahkime başvurabileceğinin” öngörüldüğü, burada geçen “hakkı ihlâl edilen tarafın”, yatırımcı olabileceği gibi ev sahibi devlet de olabileceği, dolayısıyla ev sahibi devlet Gana, davasını yeterince somutlaştırmış olsaydı, hakemlerin karşı davayı görmeye yetkili olmuş olacakları sonucuna varmıştır; *Hamester* kararı *ibid* para 353-354.

ait dönmeye, YTKS'lere istinaden açılmış davalara karşı ev sahibi devletlerce açılmış karşı davaların genellikle yetki meselesine değinilmeksizin reddedilmiş olduğu gerçeği karşısında<sup>123</sup>, *Hamester* davasını gören hakemlerin yaptıkları değerlendirmede, *Saluka* davasının açtığı içtihadı atf etmek suretiyle, ICSID'in 46. maddesi çerçevesinde yetki meselesine değinmiş olmalarını, *Saluka* kararının açtığı içtihadın ilk görünen etkisi olarak değerlendirmek yanlış olmayacaktır kanaatindeyiz.

*Saluka* kararından sonraki gelişmeleri genel olarak ele aldığımız bu noktada, Türkiye ile ilişkili bir duruma da değinmemiz yerinde olacaktır. Türkiye, ev sahibi devlet olarak muhatap olduğu iki davada, *Nowa-Huta* davası<sup>124</sup> ile *Europe Cement*<sup>125</sup> davalarında, lehine verilecek ayrı bir hükümle, yatırımcının, yargılamaya ilişkin imkânları suiistimal ettiği gerekçesiyle manevî tazminat ödemeye hükmedilmesini talep etmiştir<sup>126</sup>. Her ne kadar bu davalar kapsamında Türkiye'nin bir 'karşı dava' açtığı yolunda açık bir ifadeye rastlamış olmasak da Türkiye'nin muhatap olduğu bu iki davada ileri sürdüğü taleplerin, karşı dava olarak nitelendirilmesi yerinde olur<sup>127</sup>. Nitekim, Türkiye'nin manevî tazminat istediği bu davalarla hemen hemen aynı tarihte görülmüş olan *Amto* davasında<sup>128</sup> ev sahibi devlet Ukrayna, davacı yatırımcıdan 'itibarının zedelenmiş olduğu gerekçesiyle manevî tazminat' talep etmiş<sup>129</sup>, bu talebini de ilgili karardan açıkça anlaşıldığı üzere, karşı dava açmak suretiyle ileri sürmüştür. *Amto* davasında hakem heyeti, karşı dava bakımından yetkisinin YTKS'de yer alan tahkim klozunun ve asıl dava ile karşı dava arasındaki bağlantının irdelenmesi suretiyle belirleneceğini ifade etmiştir; bu yönüyle *Amto* davasını gören hakemlerin *Saluka* kararının getirdiği prensibi benimsemiş oldukları ortada olsa da, hakemler, davada tatbik alanı bulan Enerji Şartı Sözleşmesi'nin<sup>130</sup> 26/2. maddesinin yatırım tahkimi davası açma hakkını sadece yatırımcılara tanıyan olmasının ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından sorun yaratıp yaratmayacağı üzerinde hiç durmamış, esas itibarıyla Enerji Şartı Sözleşmesi'nin 26/6. maddesinde yer alan uygulanacak hukuka ilişkin hükümden yola çıkarak, yetkisiz oldukları gerekçesiyle karşı davayı reddetmişlerdir<sup>131</sup>.

123 *Saluka* kararının verilmesinin öncesi döneme ait olan *Mitchell* ve *Genin* davaları kapsamında açılmış karşı davalara yaklaşım için bkz (n 87) civarı.

124 *Nowa Huta* kararı (n 13).

125 *Europe Cement* kararı (n14).

126 *Nowa Huta* kararı (n 13) para. 177; *Europe Cement* kararı (n 14) para 128

127 Aynı yönde *Kjos* (n 46) para 132.

128 *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 80/2005, Final Award (26 March 2008).

129 *Amto* kararı (n 128), para 7, 25.

130 Enerji Şartı Sözleşmesi, RG. 12.07.2000-24107.

131 *Amto* davası kapsamında ev sahibi devlet Ukrayna'nın açmış olduğu karşı dava, tatbik alanı bulan Enerji Şartı Sözleşmesi'nin uygulanacak hukuk klozunun sadece, "devletlerarası hukukun genel prensiplerini ve Sözleşmenin kendisini" uygulanacak hukuk olarak yetkili kıldığı, uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş her iki hukuk kaynağının da "zedelenen itibar" nedeniyle tazminat talebinde bulunulabileceğine ilişkin bir hüküm içermediği gerekçesiyle, karşı dava hakemlerce reddedilmiştir. *Amto* kararı (n 128) parag. 118. Enerji Şartı Sözleşmesi'nin sadece üçüncü bölümünde öngörülen yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yatırımcılara tahkime başvurma imkânı tanıdığı, bunun dışında kalan uyuşmazlıklar bakımından hakemlerin yetkisinin bulunmadığı bilgisi için ayrıca bkz Tiryakioğlu (n 49) 95.

Türkiye'nin, muhatap olduğu *Nowa-Huta*<sup>132</sup> ile *Europe Cement*<sup>133</sup> davalarına dönecek olduğumuzda, her iki davada da Türkiye'nin tazminat talebi<sup>134</sup> reddedilmiş olsa da bu davaların ele almakta olduğumuz *Saluka* kararının etkileri konusunda ilgili bir yönü bulunmaktadır. Şöyle ki; *Europe Cement* davasında hakemler, davacı yatırımcının yargılama imkânlarını suiistimal etmiş olmasının ev sahibi devlet lehine tazminata hükmedilmesine gerekçe teşkil edip edemeyeceği sorusunun, cevaplama zor bir soru olduğunu, bu sorunun, yetkiye ilişkin soruları da beraberinde getireceğini, yetkiye ilişkin sorunun da davanın tâbi olduğu ICSID Ek Mekanizma Kurallarının 'karşı davalara' ilişkin hükmünü içeren 47. maddesiyle ilgili olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, hakem heyeti bu sorulara cevap bulmaya çalışacak denli ileri gitmeyeceğini belirterek, Türkiye'nin itibarının sarsılmış olmasından kaynaklanan zararının, dava sonucunda davacı yatırımcı aleyhine verilecek masraflara ilişkin karar dahil olmak üzere davaya ilişkin hüküm ve bu hükmün gerekçeleriyle giderilebileceği sonucuna varmıştır<sup>135</sup>. Görüleceği üzere, bu davada hakem heyeti davalı Türkiye'nin talepleri bakımından yetkili olup olmadığını ele almadıysa da yetki meselesinin incelenmesi gereken meselelerden olduğunu hiç değilse ifade etmiştir.

2004 tarihinde verilmiş *Saluka* kararı içtihadı sadece tarih itibarıyla *Saluka* kararının verildiği tarihe yakın tarihte verilmiş kararlarda benimsenmekle kalmamış, meselâ 2015 tarihinde verilmiş *Gavazzi* kararında<sup>136</sup> ve yine 2016 tarihinde verilmiş *Vestey* kararında<sup>137</sup> da benimsenmiştir. Her ne kadar hemen aşağıda ele alacağımız üzere, *Saluka* kararından 6-7 sene kadar sonra verilmiş bazı kararlarda *Saluka* kararının içerdiği anlayışı aşmış, karşı davaların tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığının belirlenmesinde daha yenilikçi ve hatta bir reform addedilebilecek şekilde farklı bir metodun uygulanması gerekliliği ileri sürülmüş olsa da, gerek 2015 tarihinde verilmiş *Gavazzi* kararında, gerekse de 2016 yılında verilmiş *Vestey* kararında bu yenilikçi metotların değil de, *Saluka* kararında tatbik edilmiş metodun tatbik edilmiş olması, *Saluka* kararının getirdiği anlayışın kolay kolay aşılamayacağını, *Saluka* davası hakemlerinin belki kabul edilebilirlik yönünden olmasa dahi, yetki yönünden tatbik etmiş oldukları metodun giderek yerleşip klasikleştiğini göstermektedir. Gerçekten de *Gavazzi* kararında hakemler, davada tatbik alanı bulan YTKS'nin tahkim klotunun yer aldığı 8/1. maddesinde "taraflar arasında yatırımcının yatırımıyla ilgili herhangi bir uyuşmazlık"tan söz edilip ilk bakışta, ev sahibi devlete de dava açma imkânı tanıdığı intibamı uyandırdığı halde, aynı klotun 8/2. maddesinde sadece "yatırımcıya" tahkime

132 *Nowa Huta* kararı (n 13).

133 *Europe Cement* kararı (n 14).

134 *Nowa Huta* kararı (n 13) para 177; *Europe Cement* kararı (n 14) para 128

135 *Europe Cement* kararı (n 14) para 181.

136 Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability (5 June 2014) <icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888\_En.pdf>.

137 *Vestey Group Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4, Award <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf>.

başvurma hakkını tanıması nedeniyle, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkisiz olduklarına (hakem heyetinin çoğunluk üyeleriyle) karar vermişlerdir<sup>138</sup>. Tahkim heyetinin çoğunluğunu oluşturan hakemler, karşı dava bakımından yetkili olup olmadıklarının, YTKS’de yer alan tahkim klozunun lafzının devletler hukukunun öngördüğü esaslar çerçevesinde yorumlanması neticesinde belirlemeleri gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>139</sup>.

Aynı şekilde *Vestey* davasında hakemler, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesine göre karşı davanın tarafların tahkim rızası kapsamında olması gerektiği ve diğer yönlerden de ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi kapsamında olması gerektiğini belirttikten sonra, davada uygulama alanı bulan İngiltere ile Venezüella arasındaki YTKS’nin 8. maddesinde yer alan tahkim klozunu incelemiş, bu tahkim klozunun yatırım tahkimine başvurma hakkını “YTKS’den kaynaklanan yükümlülüklerin” “ev sahibi devlet” tarafından ihlâl edilmesi haliyle” sınırlı bir şekilde sadece yatırımcıya tanıdığını, YTKS’nin yatırımcıya bir yükümlülük getirmediğini belirterek, Venezüella’nın (esas itibarıyla karşı dava şeklinde ileri sürülmüş olup olmadıkları pek de belli olmayan ancak karşı dava olarak nitelendirilme ihtimaline binaen hakemlerce ele alınan) taleplerinin, tarafların tahkim rızasının kapsamı dışında kaldığına, bu taleplerin mahallî mahkemeler tarafından ele alınması gereken bir mesele olduğuna karar vermiştir<sup>140</sup>.

Aşağıda, *Saluka* kararının içtihadını benimsemeyen davalar başlığı altında ele alacağımız 2016 yılında karara bağlanmış *Urbaser* davasında<sup>141</sup> da ‘karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması’ şartı yönünden *Saluka* kararının içtihadı benimsenmiş, buna mukabil ‘karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması’ şartı yönünden *Saluka* kararının içtihadı benimsenmemiştir. *Urbaser* davasını gören hakem heyeti, tıpkı *Saluka* kararı içtihadında olduğu üzere, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemek için davada tatbik alanı bulan İspanya ile Arjantin arasında akdedilmiş YTKS’nin tahkim klozunu incelemiştir<sup>142</sup>. Neticede, bu tahkim klozunun tahkime başvurma hakkı bakımından yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında bir fark gözetmemiş olup, her iki tarafa da tahkime başvurma hakkı tanımış olmasından yola çıkarak, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olduğu sonucuna varmıştır<sup>143</sup>.

138 Karşı oy görüşü için bkz. Dissenting Opinion of Arbitrator Mauro Rubino-Sammartano para 42 [icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888\\_En.pdf](https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_En.pdf).

139 *Gavazzi* kararı (n 136) para 154.

140 *Vestey* kararı (n 137) para 333.

141 *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Prtzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2018). <[italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf)>.

142 *ibid* para 1143 dnp 424.

143 *ibid* para 1143-50



*Urbaser* davası bakımından bu başlık altında değinilmesi gereken önemli noktalardan biri de bu davada yatırımcıların, doktrinde etkin bazı yazarlarca savunulan<sup>144</sup> ancak başka yazarlarca kanaatimizce de yerinde olarak eleştirilen<sup>145</sup>, bir görüşe dayanarak hakemleri, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkisiz oldukları konusunda ikna etmeye çalışmış olmalarıdır. Yatırımcıların dayandıkları bu görüşe göre, bir yatırımcı, ev sahibi devletin YTKS'deki tahkim klozu vasıtasıyla yaptığı kabul edilen tahkim önerisini, tahkim klotundaki kapsamından daha dar bir kapsama kabul edebilir; böyle bir durumda ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki tahkim anlaşması, YTKS'de yer alan tahkim klotuna kıyasla daha dar bir kapsama kurulmuş olur<sup>146</sup>. İşte bu düşünceye dayanan yatırımcılar da *Urbaser* davasında<sup>147</sup>, ev sahibi devletin ilgili YTKS'de yer alan tahkim klozu vasıtasıyla yapmış olduğu farz edilen öneriyi, bu önerinin içerdiğinden daha dar bir kapsama, sadece kendi davalarını içine alacak bir kapsama kabul etmiş olduklarını, bu nedenle ev sahibi devletin karşı davasında ileri sürdüğü iddialarının tahkim rızasının kapsamı içinde yer almadığını, netice itibarıyla hakemlerin ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkisiz olduklarını ileri sürmüşlerdir<sup>148</sup>. *Urbaser* davasını gören hakemler, yatırımcıların bu iddiasını kabul etmemiş, ev sahibi devletle yatırımcılar arasındaki tahkim anlaşmasının kapsamının, YTKS'de yer alan tahkim klozu ile aynı olduğu sonucuna varmıştır<sup>149</sup>.

*Urbaser* davasında, 'asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması' şartı yönünden yapılmış değerlendirmede *Saluka* kararı içtihadı benimsememiş olduğu için, *Urbaser* davasını gören hakemlerin 'bağlantılı olma' şartına ilişkin değerlendirmelerini aşağıda, '*Saluka* içtihadını benimsemeyen davalar' başlığı altında ele alacağız<sup>150</sup>.

### 3. *Saluka* Kararı İchtihadını Benimsemeyen Görüşlerin Ortaya Atıldığı Davalar

Karşı davalar bakımından giderek bir klasik haline gelen *Saluka* içtihadını aşır, yeni bir yaklaşımla meseleyi ele almak isteyen görüşler de ortaya atılmıştır; üstelik *Saluka* kararının anlayışını aşmayı amaçlayan bu görüşler sadece doktrinde değil, bu başlık altında ele alacağımız hakem kararlarında da ifade alanı bulmuştur. Karşı davalar bakımından aranan temel şartların ikisi yönünden, yani gerek karşı davanın "tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartı" yönünden, gerekse de karşı davanın "asıl davayla

144 Schreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair (n 31) Art. 25, para 420; Christoph Schreuer, 'Denunciation of the ICSID Convention' iç M Waibel, A Kaushal, L Chung and C Balchin (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer International 2010) 353, 358; Henri C. Alvarez, 'Arbitration Under the North American Free Trade Agreement' (2000) 16(4) *Arbitration International* 393, 410 (Kjos (46) 135'den naklen).

145 Zachary Douglas, 'The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration' iç Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales (eds) *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection* (Cambridge University Press 2013) 429; Kjos (46) 135.

146 Schreuer, Malintopi, Reinisch and Sinclair (n 31) Art. 25, para 420. Bu görüşe karşı çıkan yazarlar için *ibid*.

147 *Saluka* davasında da, yatırımcının açık olmasa da benzer bir iddiayı ileri sürmüş olduğu anlaşılmaktadır; *Saluka* kararı (n11) para 26.

148 *Urbaser* kararı (n 141) para 1123.

149 *Urbaser* kararı (n 141) para 1146

150 Bkz aşağıda (n 176) civarı.

bağlantılı olması şartı” yönünden *Saluka* davasını görmüş hakemlerin benimsemiş oldukları yaklaşımın takip edilmemesini, bunun yerine her iki yönden de ev sahibi devletin karşı davalarının incelenip hükme bağlanmasını daha geniş bir çerçevede sağlayacak, daha esnek yaklaşımların benimsenmesi gerekliliği savunulmuştur.

Aşağıda, *Saluka* kararındaki yaklaşım yerine farklı yaklaşımların benimsenmesi gerektiğinin ileri sürüldüğü davalar, ilki karşı davanın “ tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması” şartı yönünden yeni yaklaşımların ileri sürüldüğü davalar, ikincisi ise karşı davanın “asıl dava ile bağlantılı olması” şartı yönünden yeni yaklaşımların ileri sürüldüğü davalar olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

### **a. Karşı Davanın Tahkim Rızasının Kapsamı İçinde Olması Şartı Bakımından Yeni Yaklaşımların İfade Alanı Bulduğu Davalar ve Bilhassa Roussalis Davası**

#### **i. Genel Olarak**

Tahkim rızasının karşı davayı da kapsayıp kapsamadığının belirlenmesine yönelik yeni yaklaşımın ifade alanı bulunduğu ilk dava *Roussalis* davası olmuşsa da esasen *Roussalis* davasında da netice itibarıyla, tahkim rızasının kapsamı, *Saluka* kararının klasikleşen metoduyla belirlenmiş, yani karşı davanın istinat ettiği YTKS'nin tahkim klozunun lafzına bağlı kalınmış ve neticede hakemlerin karşı dava bakımından yetkili olmadıklarına karar verilmiştir. Bu yönüyle *Roussalis* kararını da *Saluka* içtihadının benimsendiği davaları ele aldığımız bir önceki başlıkta ele almamız yerinde olabilirdi. Ne var ki, bu başlık altında *Saluka* içtihadını aşmayı amaçlayan yeni yaklaşımların “ifade alanı bulunduğu davaları” ele almaktayız. İşte *Roussalis* davası da bu yönüyle öne çıkmaktadır; zira karşı dava bakımından verilmiş yetkisizlik kararı, *Roussalis* davasını gören hakemlerin oy birliğiyle değil, oy çokluğu ile verilmiştir. *Roussalis* davasında yeni yaklaşımın ifade alanı bulunduğu yer ise, hakem heyetinin çoğunluğunun görüşüne katılmayan üçüncü hakem olan Prof. *Reisman* tarafından kaleme alınmış muhalefet şerhi olmuştur. İşte bu muhalefet şerhi, doktrindeki bazı yazarların<sup>151</sup> da desteğini alan yeni yaklaşımın en önemli dayanak noktalarından birini teşkil ettiği gibi, tarih itibarıyla *Roussalis* kararından sonra hükme bağlanan bir ICSID davası olan *Goetz*

151 Douglas (n 145) 415, 428 ff; Kendra (n 45) 600.

davasının<sup>152</sup> hakemlerince de benimsenen bir görüş olmuştur<sup>153</sup>. Diğer yandan, *Gavazzi* davasında tahkim heyetini oluşturan hakemlerin çoğunluğunun görüşüne karşı çıkan *Rubino-Sammartano* 'nun, sözünü ettiğimiz Prof *Reisman* 'ın muhalefet şerhine açıkça atıfta bulunmasa da bu muhalefet şerhinde yer alan görüşlerden esinlenmiş olduğu anlaşılmaktadır<sup>154</sup>.

## ii. Roussalis Kararında Çoğunluğu Teşkil Eden Hakemlerin Görüşü

Yatırımcı tarafından Yunanistan ile Romanya arasındaki YTKS'ye istinaden açılmış olan *Roussalis* davasında, ev sahibi devlet Romanya, yatırımcının hisse alım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle yatırımcı aleyhine bir karşı dava açmıştır. Romanya, yatırımcının yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle mahallî mahkemelerine başvurmak yerine muhatap olduğu ICSID davası kapsamında karşı dava açma yoluna başvurmasının altında yatan sebebin, birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına engel olma amacı olduğunu ifade etmiştir. Romanya'ya göre, yatırımcının yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle mahallî Romanya mahkemelerine başvuracak olsa<sup>155</sup>, muhatap olduğu ICSID davasının dayandığı vakıalar ile aynı vakıalara dayanan bir dava da Romanya mahkemelerinde görülecek, bu durum, Romanya mahkemelerinin ICSID hakemlerince verilecek kararlarla çelişen bir karar vermeleri ihtimaliyle karşı karşıya kalınması ihtimâlini doğurabilecekti<sup>156</sup>.

Romanya'nın işte bu gerekçelerle açtığı karşı davasını ele alan *Roussalis* davasını gören hakem heyeti de öncelikle bu karşı davanın, tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığı üzerinde durmuştur. Hakem heyetinin çoğunluğunu teşkil eden iki hakem, Romanya'nın açtığı karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamında yer alıp almadığını belirlemek için YTKS'de yer alan tahkim klotunun referans alınması gerektiğini<sup>157</sup> belirtip (ve böylece *Saluka* kararının içtihadını benimsemiş olup), davada tatbik alanı bulan Romanya ile Yunanistan arasındaki YTKS'de yer alan tahkim klotunu

152 *Goetz* davası (n 57)

153 *Goetz* davasında davacı yatırımcı, hakemlerin, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkili olmadığını iddia etmiş, bu iddiasını da gerekçelendirmek için, davada tatbik alanı bulan Belçika, Lüksemburg ile Burundi arasındaki YTSK'nin hiçbir yerinde, ev sahibi devlete karşı dava açma hakkını tanıyan bir hükmün yer almadığını, ayrıca "genel kabul gören hukuk anlayışı uyarınca, YTKS'lere istinat etmek suretiyle ev sahibi devletlerce karşı dava açılmayacağını" ileri sürmüştür. *Goetz* davasında tatbik alanı bulan Belçika, Lüksemburg ile Burundi arasındaki YTSK'nin 8/3. maddesi, "...uyuşmazlığın dostane yolla çözümlenemesi halinde, "yatırımcı" tarafından ICSID tahkimine başvurulabileceği" hükmünü içermekteydi. İşte, *Goetz* davasını gören hakem heyeti, YTKS'de yer alan tahkim klotunda ICSID tahkimine başvurabilecek taraf olarak sadece "yatırımcıya" işaret edilmiş olmasının, ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından sorun yaratmasını engellemek için, Prof *Reisman* 'ın aşağıda yer vereceğimiz muhalefet şerhini aynen alıntılanmış, neticede ev sahibi devletin açtığı karşı dava bakımından yetkili olduğu sonucuna varmıştır (*Goetz* kararı (n 57) para 279-80). *Goetz* davasında hakemler, karşı davanın asıl davyayla bağlantılı olduğu sonucuna da varmış olup karşı davanın kabul edilebilir olduğunu ortaya koymuş olsalar da, ev sahibi devlet Burundi'nin uğramış olduğunu iddia ettiği zararı somutlaştırmamış olduğu için, davayı reddetmişlerdir (*Goetz* kararı (n 57) para 287).

154 *Rubino-Sammartano* 'nun muhalefet şerhi için bkz (n 138) para 42.

155 *Saluka* davasında da ev sahibi devlet Çekya, açtığı karşı davanın reddedilmesi halinde, millî mahkemelerine başvurmak zorunda kalacağını bunun da yatırım tahkimi rejiminin amaçlarıyla uyumlu olmayacağını ileri sürmüştür, *Saluka* kararı (n 11) para 24.

156 *Roussalis* kararı (n 16) para 757.

157 *ibid* para 866.

incelemiş, ancak tahkim klozunun ev sahibi devletin açtığı karşı davaları kapsamadığı, bu nedenle karşı davayı görmeye yetkili olmadıkları sonucuna varmışlardır. Çoğunluğu teşkil eden hakemlerin karşı davayı görmeye yetkili olmadıkları sonucuna varmalarına neden olan Romanya ile Yunanistan arasındaki YTKS'nin 9. maddesinde yer alan tahkim klozunun ilgili kısmı, şu şekilde tercüme edilebilecek bir hüküm içermektedir:

*1- ...ev sahibi devletin YTKS'nin öngördüğü yükümlülükleri ile ilgili olarak yatırımcı ile bir âkit devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, mümkünse dostane şekilde çözümlenmelidir,*

*2- ...uyuşmazlığın 6 ay içinde dostane şekilde çözümlenememesi halinde, ilgili yatırımcı, uyuşmazlığın çözümünü için âkit devletin yetkili mahkemelerine veya ICSID Tahkim Merkezine başvurabilir.*

Görülebileceği üzere, *Roussalis* davasında tatbik alanı bulan Romanya ile Yunanistan arasındaki YTKS, *Saluka* davasında tatbik alanı bulmuş olan Çek Cumhuriyeti ile Hollanda arasındaki YTKS'nin hükmünden farklıdır. *Saluka* davasında tatbik alanı bulmuş olan YTKS'nin tahkim klozu “tüm uyuşmazlıklar” bakımından “ taraflardan birinin” tahkime başvurulabileceğini öngörmekteyken ele almakta olduğumuz *Roussalis* davasında tatbik alanı bulan Yunanistan ile Romanya arasındaki YTKS'nin tahkim klozu “ev sahibi devletin” yükümlülüklerini ihlâl ettiği gerekçesiyle”, “yatırımcının” tahkime başvurabileceğini öngören bir kloz içermektedir. İşte, gördükleri *Roussalis* davasında tatbik alanı bulan YTKS'nin içerdiği bu tahkim klozu karşısında, tahkim heyetinin çoğunluğunu oluşturan iki hakem, ilgi YTKS'de yer alan bu tahkim klozunun sadece “ev sahibi devletin” yükümlülüklerini ihlâl etmiş olması sebebiyle bir tahkim davası açılabilirliğini öngördüğünün ve yine sadece “yatırımcılara” tahkim davası açma hakkını tanıdığıнын tereddüte yer vermeyen bir açıklıkla ortada olduğu gerekçesiyle, tarafların tahkim rızasının ev sahibi devlet tarafından açılacak karşı davaları kapsamadığı, bu nedenle yetkisiz oldukları sonucuna varmışlardır<sup>158</sup>.

### iii. Roussalis Kararına Karşı Muhalefet Şerhi

*Roussalis* davası kapsamında Romanya'nın açtığı karşı dava bakımından hakem heyetinin çoğunluğunun verdiği yetkisizlik kararına katılmayan üçüncü üye Prof. Reisman'a göreyse, hakem heyeti karşı davayı görmeye yetkiliydi. Prof. Reisman'ın azınlıkta kalan bu görüşü esas itibarıyla karşı davayı açmış olan ev sahibi devlet Romanya'nın iddialarıyla büyük ölçüde örtüşmekteydi.

Davacı yatırımcının karşı dava bakımından yetki itirazında bulunması üzerine Romanya, bilhassa iki nokta üzerinde durmuştur. Bunlardan birincisi, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinin: “*Taraflar aksi yönde anlaşmış olmadıkça...hakem*

158 *Roussalis* kararı (n 16) para 869, 872.

*heyeti...karşı davalar hakkında...hüküm vermelidir” ifadelerini içeren kısmı olmuştur. Romanya, 46. maddede geçen “... taraflar aksi yönde anlaşmış olmadıkça...” ifadesine vurgu yaparak, tatbik alanı bulan Yunanistan ile Romanya arasındaki YTKS’de, karşı davaların tahkim yoluyla çözümlenmeyeceğine dair herhangi bir ibare bulunmadığından, davacı yatırımcının iddia ettiğinin aksine, hakemlerin karşı dava bakımından yetkili olduğunu ileri sürmüştür<sup>159</sup>.*

Romanya’nın üzerinde durduğu ikinci nokta, sözünü ettiğimiz muhalefet şerhinden Prof. Reisman’ın da benimsemiş olduğu anlaşılın görüşleri içermektedir. Bu görüşe göre yatırımcı, ICSID tahkimine başvurmak suretiyle, yani Romanya’nın YTKS’de yer alan tahkim klozu vasıtasıyla yaptığı varsayılan ICSID tahkimi önerisini kabul edip ICSID tahkimine rıza vermekle, Romanya’nın açacağı karşı davalara da zımnen rıza vermiş sayılmalıdır. Davacı Romanya’ya göre, YTKS vasıtasıyla Hollandalı yatırımcılara evvelce yapmış olduğu tahkim önerisi, yatırımcıyla aralarındaki uyuşmazlıkların ICSID Konvansiyonu’na tâbi olarak tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin bir öneri olup, bu önerinin kapsamı içinde, “asıl davayla bağlantılı karşı davaların da ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesi teklifi” yer alır<sup>160</sup>; yatırımcı ICSID tahkimine başvurup ICSID tahkimi önerisini kabul etmiş varsayıldığında, önerinin içeriğini bir bütün olarak kabul etmiş olur, yani karşı davaların da ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmesini de kabul etmiş olur. Netice itibarıyla yatırımcının, yatırımıyla ilintili olup Romanya’yla aralarında çıkan “bütün uyuşmazlıkları”, yani ‘karşı davalar’ da dahil olmak üzere “bütün” uyuşmazlıkları ICSID tahkimi yoluyla çözümlenmeyi kabul etmiş olduğu var sayılmalıdır.

İşte, Prof. Reisman’ın kaleme aldığı muhalefet şerhi de Romanya’nın iddialarının büyük ölçüde tekrarını içeren şöyle açıklanabilecek bir ifade içermektedir: YTKS’nin tarafı olan devletlerin hazırladıkları sözleşmede ICSID tahkimine rıza göstermelerinin bir sonucu da, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesinin içerdiği unsurlardan “tahkim rızasının” (yani karşı davanın da tahkim yoluyla görülmesine ilişkin rıza unsurunun), yatırımcının ICSID tahkimine başvurmasıyla kendiliğinden ilgili tahkim davasının (tahkim anlaşmasının) kapsamı içine dahil olmasıdır.

Diğer yandan Prof. Reisman muhalefet şerhinde, ev sahibi devletin karşı davası bakımından verilmiş yetkisizlik kararının, yatırım tahkimi rejiminin oluşturulmasında güdülmüş olan amaçlarla da çelişki içinde olduğuna işaret etmiştir. Reisman’a göre, ev sahibi devlet Romanya, yatırımcıya yönelik karşı taleplerini muhatap olduğu yatırım tahkimi davasını gören tarafsız hakemler huzurunda ileri sürmek istemiş, ancak hakem heyetinin üyelerinin çoğunluğunun verdiği yetkisizlik kararı nedeniyle bunu yapamamıştır. İşte bu yetkisizlik kararı nedeniyle Romanya, yatırımcıya yönelik karşı talepleri bakımından millî mahkemelerine başvurmak zorunda bırakılmıştır.

159 *ibid* para. 759.

160 *ibid* parag. 775.

Hâlbuki, Romanya'nın millî mahkemeleri, yatırımcının başvurmadan kaçındığı, onlara başvurmadan ICSID tahkimine başvurmayı tercih etmiş olduğu millî mahkemelerdir. İşte Romanya'nın karşı davası bakımından verilen yetkisizlik kararı, Romanya'yı kendi millî mahkemelerine başvurmak zorunda bırakmakta, bu da yatırımcının, hakem heyetinin eliyle, başvurmadan kaçındığı Romanya'nın millî mahkemeleri önünde davalı olarak kendini savunmak zorunda kalmasına neden olmaktadır. Tüm bunlar Prof. Reisman'ın ifadesiyle, milletlerarası yatırım hukukunun amaçları bakımından absürt olmasa bile, ironik bir durum teşkil etmektedir<sup>161</sup>.

#### İv. Prof. Reisman'ın Muhalefet Şerhinde Yer Alan Görüşlerin Değerlendirilmesi

Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ifadesini bulan anlayışa göre, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi prensip olarak ev sahibi devletin karşı davalarının görülmesine imkân tanıyan bir hüküm içermektedir. Bu görüşe göre, akdettikleri YTKS'de ICSID Konvansiyonu hükümleri çerçevesinde tahkime başvurulmasına imkân tanıyan devletler, yatırımcının ICSID tahkimine başvurması halinde karşı davaların ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi çerçevesinde hakemlerce hükmeye bağlanabileceğini bilmekte ve isteyerek buna rıza vermektedirler<sup>162</sup>. İşte bu sebeple bir YTKS'de yer alan tahkim klotuna istinat eden yatırımcı ICSID tahkime başvurup, ev sahibi devletle arasında bir tahkim anlaşmasının kurulmasını sağladığında, YTKS'yi akdemiş olan devletlerin karşı davalar bakımından vermiş oldukları kabul edilen bu rıza çerçevesinde (yani yatırımcının ICSID'e başvurması halinde Konvansiyon'un 46. maddesi çerçevesinde karşı davaların da hakemlerce görülmesine ilişkin rıza çerçevesinde) bir tahkim anlaşmasının kurulmasını sağlamış olur.

Esasen, Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ifadesini bulan anlayış, yatırımcının bir YTKS'de yer alan tahkim klotuna istinat etmek suretiyle ICSID tahkimine başvurması halinde, ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında kurulduğu kabul edilen tahkim anlaşmasının kapsamına, ICSID Tahkim Merkezinin yargılama kurallarının da incorporation yoluyla dahil olmasından<sup>163</sup> hareketle geliştirilmiş bir anlayıştır. Şöyle ki yatırımcı asıl davasını açmadan hemen önce, ev sahibi devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması yoktur, bu aşamada henüz yatırımcının tahkime başvurup

161 Declaration (Dissenting Opinion of W. Micheal Reisman) 146 <italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf> 30 Augustos 2020.

162 Ele almakta olduğumuz görüşün hakemlerce tatbik alanı bulunduğu *Goetz* davasında hakemler, ev sahibi devlet Burundi'nin ICSID tahkimine başvuru olanağı getiren YTKS'yi akdederken, ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesi çerçevesinde karşı davaların da ICSID hakemlerince görülmesini kabul etmiş olduklarını, ardından bu YTKS'de yer alan tahkim klotuna istinat etmek suretiyle tahkime başvuran yatırımcının da karşı davaların ICSID hakemlerince görülmesini kapsayan bir tahkim rızası vermek suretiyle YTKS'de yer alan tahkim önerisini kabul etmiş olduğunu ifade etmişlerdir. Neticede, *Goetz* davasını gören hakemlere göre, karşı davalara ilişkin olarak bu iki aşamada verilen rıza (evvelâ âkit devletlerin akdettikleri YTKS vasıtasıyla verdikleri rıza, ardından da yatırımcının verdiği rıza) ev sahibi devletin karşı davaları bakımından ICSID hakemlerini yetkili kılmaktadır. *Goetz* kararı (n 57) para 278

163 Tarafların atıfta bulunduğu tahkim kurumunun kurallarının incorporation yoluyla taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olduğu konusunda genel bilgi için diğerlerinin yanında genel olarak diğerlerinin yanında bkz. Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2014) 831 ff. Incorporation hakkında genel bilgi ve kanunlar ihtilafı alanındaki etkileri için Nuray Ekşi 'Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation' (1999-2000) 20 MHB 263 ff.

başvurmayacağı ve tahkime başvuracaksa, ilgili YTKS’de yer alan tahkim klozunun öngördüğü çeşitli tahkim kurumlarından hangisine başvuracağı dahi belli değildir. Ev sahibi devletin ‘karşı dava açtığı’ aşamada ise durum farklıdır; yatırımcı asıl davayı açmış, böylelikle ev sahibi devletle aralarında tahkim anlaşması kurulmuş, üstelik yatırımcının başvurduğu tahkim merkezinin hangisi olduğu da belli olmuş olduğundan, bu tahkim merkezinin kuralları da aralarındaki tahkim anlaşmasının kapsamına incorporation yoluyla dahil olmuştur. İşte bu yüzden, “karşı davalar” bakımından sadece YTKS’de yer alan tahkim klozuna değil, tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olan ilgili tahkim merkezinin yargılama kurallarına da bakılmalıdır. Bu görüşe göre, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi, prensip olarak karşı davaların hakemlerce hükme bağlanmasına imkân tanıyan bir hüküm olduğuna<sup>164</sup> ve bir önceki paragrafta üzerinde durmuş olduğumuz üzere ICSID tahkimine başvurma imkânı tanıyan bir YTKS’ye taraf olan devletler bu YTKS’yi akdederken, yatırımcı tarafından ICSID tahkimine başvurulması halinde ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi çerçevesinde karşı davaların da hakemlerce hükme bağlanmasına rıza göstermiş olduklarına göre, Prof Reisman’ın muhalefet şerhinde ICSID’in 46. maddesinin içinde barındırdığından söz ettiği “rıza unsuru (karşı davaların da hakemlerce görülmesine rıza unsuru) yatırımcının ICSID tahkimine başvurusuyla ev sahibi devletle yatırımcı arasında kurulan tahkim anlaşmasının kapsamına dahil olur.

Prof. Reismann’ın muhalefet şerhinde ifade alanı bulan bu görüş, doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmiş<sup>165</sup> hatta *Goetz* davasında<sup>166</sup> hakemlerce tatbik edilmiştir<sup>167</sup>. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Douglas*, ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesinden de yararlanmak suretiyle benimsediği görüşe destek sağlamaktadır. Şöyle ki; ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesi hükmüne göre, tarafların ICSID tahkimine rıza vermeleri, ilgili uyuşmazlığın çözümü için başvurulabilecek tüm diğer başvuru yollarının kapanması sonucunu doğurur. Buna göre yatırımcının YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden ICSID tahkimine başvurusu üzerine, ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesi hükmü gereğince, ilgili “uyuşmazlığın<sup>168</sup>” tüm yönleriyle ICSID nezdinde giderilmesi gerekir; *Douglas*’a göre, ICSID Konvansiyonu’nun 26. maddesi hükmü karşısında, bir uyuşmazlıkla ilgili olarak sadece

164 ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesinin karşı davalarla ilintili kısımları, tahkim rızasına ilişkin ifadeler hariç tutularak ele alındığında, İngilizcede “...the Tribunal shall...determine any counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute...” sözleri kalmakta, bu sözler Türkçeye çevrildiğinde “... *hakem heyeti, asıl davayla bağlantılı olan karşı davaları... hükme bağlamalıdır*” ifadesi ortaya çıkmaktadır.

165 *Douglas* (n 145) 433; *Kendra* (n 45) 593-95.

166 *Goetz* davası (n 57)

167 Bkz yukarıda (n 153).

168 Belirtmek gerekir ki, *Douglas* bu görüşünü savunurken “uyuşmazlık” ve “talep” kelimelerinin içeriklerinin farkı üzerinde de durmakta, İngilizcede “*dispute*” kelimesi ile ifade edilen “uyuşmazlık” teriminin, İngilizce de “*claim*” kelimesi ile ifade edilen “talep” terimine kıyasla daha geniş bir anlam ifade ettiği düşüncesinden de hareket etmektedir. Meselâ, ICSID Konvansiyonu’nun 25/1. maddesinde Merkez yetkisinden söz edilirken, “talep” teriminin değil de “uyuşmazlık” teriminin kullanılmış olması, Merkezin yetkisinin yatırımdan kaynaklanan “uyuşmazlığı” kapsadığının belirtilmiş olması, taraflar arasındaki meselenin sadece belli bir talebe ilişkin kısmının değil, tüm uyuşmazlığı kapsayacak şekilde ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır; *Douglas* (n 145) 429.

yatırımcının taleplerinin hakemlerce hükme bağlanıp, ev sahibi devletin ise karşı dava yoluyla ileri sürdüğü taleplerinin hükme bağlanmaması şeklindeki bir uygulama, yerinde bir uygulama olarak kabul edilemez<sup>169</sup>.

Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüş bazı yazarlarca benimsenmiş olsa da doktrinde başka bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkmıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla *Goetz* davası dışında başka bir ICSID davasında da bu görüş tatbik alanı bulmamış, sadece *Gavazzi* davasında çoğunluğu teşkil eden hakemlere muhalif kalan hakem *Rubino-Sammartano* tarafından kaleme alınan muhalefet şerhinde ifade alanı bulmuştur<sup>170</sup>. Bu görüşe karşı çıkanlara göre her ne kadar yatırımcının ICSID tahkimine başvurusuyla ICSID'in 46. maddesi ev sahibi devlet ile yatırımcı arasında kurulduğu kabul edilen tahkim sözleşmesinin bir parçası haline gelse de söz konusu 46. madde, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartının gerçekleşmiş olmasının ayrıca aranmasını gerektirmeyen bir rıza unsurunu içinde barındırmamaktadır. Bilakis, 46. madde, karşı dava bakımından tahkim rızasının bulunmasını açıkça şart koşmaktadır<sup>171</sup>. Yine bu yazarlara göre, ICSID Konvansiyonu'nun hazırlık aşamalarına ilişkin belgeler de Prof. Reisman'ın iddiasının aksine, 46. maddenin bir "rıza unsurunu" içermediğine işaret etmektedir. Prof. Reisman'ın görüşüne karşı çıkan yazarlar, hazırlık çalışmalarına ilişkin belgelerden yola çıkarak, bu belgelerde ICSID Konvansiyonu'nun 46. maddesinin, hakemlerin yetkisini genişletmek gibi bir amacı asla içermediğinin belirtildiğine, ayrıca Aaron Brochers tarafından kaleme alınmış raporda, taraflarca tahkime başvurulmasına rıza gösterilmiş olmadıkça 46. madde kapsamındaki herhangi bir mesele bakımından tahkime başvurulamayacağını açıkça yazılı olduğuna vurgu yapmak suretiyle, Prof. Reisman'ın görüşünü eleştirmektedirler<sup>172</sup>.

Kanaatimizce, Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüş bakımından en başta ifade edilmesi gereken, bu görüşün, YTKS'lere istinaden açılan karşı davalar bakımından tahkim rızasının belirlenmesi konusunda kabul edilegelmiş anlayışları yıkan, büsbütün yeni bir yaklaşım içerdiğiidir. YTKS'lere istinaden açılan karşı davalar bakımından kabul edilen günümüzde artık iyice yerleşmiş olan anlayış, tahkim rızasının sadece YTKS'de yer alan tahkim klotundan yola çıkarak belirlenmesi gerektiği yönündeki (ilk başlarda itirazla karşılanmış<sup>173</sup>) anlayıştır. Prof. Reisman'ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüşe göreyse, ev sahibi devletin açtığı karşı

169 Douglas (n 145) 429.

170 Rubino-Sammartano'nun karşı oy görüşü için bkz (n 138).

171 Dafina Atanasova, Adrian Martinez Benoit and Josef Ostfanký, 'The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration 2014 (31) Journal of International Arbitration 357, 367; Kjos (n 46) 145

172 Atanasova, Benoit and Ostfanký (n 171) 367; Hashad Pathak, Consenting to Counterclaims Under The ICSID Convention (2019) 19 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 101, 110.

173 Meselâ *Sornarajah*, 1994 yılında ilk kez yayımlanmış olan eserinde, bir YTKS'de yer alan tahkim kaydının ev sahibi devletin tahkim iradesinin varlığını kabul etmeye yetmeyeceğini ifade etmiştir; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 1994) 267. Aynı görüş geçmişte Türk doktrininde *Erten* tarafında da savunulmuştur; Erten (17) 175.



dava bakımından tahkim rızasının bulunup bulunmadığı tek başına YTKS’de yer alan tahkim klozuna bakılarak değil, yatırımcının hareketlerine bakılarak belirlenmelidir; yatırımcı ICSID tahkimine başvurmuşsa, hemen yukarıda izah ettiğimiz üzere, tahkim rızasının karşı davaları da kapsadığı kabul edilmelidir.

Bu görüş, YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinaden yatırımcılara tahkim davası açma imkânının tanınmasının bir sonucu olarak, ev sahibi devlet aleyhine olacak şekilde bozulmuş olan yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki dengenin yeniden kurulmasını sağlama potansiyelini içermektedir. Diğer yandan, yatırım tahkimi rejiminin kurulmasının altında yatan sebeplerden birinin de yatırımcıların, taraflı olmalarından kuşku duyulan ev sahibi devlet mahkemeleri önünde cereyan edecek davalarla muhatap olmak mecburiyetinde kalmaktan kurtarılması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu görüşün, yatırım tahkimi rejiminin kuruluş amaçlarıyla da uyum içinde olduğu söylenebilir. Ne var ki kanaatimizce, bu görüşün kabulü, ICSID Konvansiyonu’nun 46. maddesi hükmünün lafzının fazlasıyla zorlanması suretiyle mümkün olabilmektedir. Belli bir sonuca ulaşabilmek için Konvansiyonda yer alan bir hükmün lafzını böylesine zorlamanın 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesi hükmü karşısında ne ölçüde yerinde olacağı tartışmaya açıktır. Nihayet şunu da belirtelim ki, YTKS’ler yatırımcılara yükümlülük getirmediği sürece, ev sahibi devletler açtıkları karşı davalarında ancak mahallî mevzuatlarının veyahut da yatırımcıyla aralarındaki sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürebileceklerdir. YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle açılan davalarda, mahallî mevzuatın veyahut da yatırımcıyla ev sahibi devlet arasındaki sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğunun ileri sürülebileceği yolundaki henüz gelişmekte olan anlayış<sup>174</sup> genel kabul görmeye başlamadıkça, bu başlık altında ele aldığımız Prof. Reisman’ın muhalefet şerhinde ortaya koyduğu görüşün kabulü de, ev sahibi devletin karşı davasının hükmüne bağlanmasını sağlamayacaktır; zira *Amco* kararından<sup>175</sup> beri savunula gelen, mahallî mevzuatın ihlâli iddialarının ICSID Tahkim Merkezinin yetkisi kapsamında olmadığı görüşü ileri sürülerek, karşı dava reddedilebilecektir.

### **b. Karşı Davanın Asıl Davayla Bağlantılı Olması Şartı Bakımından Yeni Görüşlerin İleri Sürüldüğü Davalar**

*Saluka* kararı, karşı davalar bakımından aranan iki temel şarttan sadece karşı davanın tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartı bakımından değil, karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması şartı bakımından da önemli tespitler içermektedir. Karşı davalar bakımından aranan bu ikinci şart yönünden *Saluka* kararının getirdiği içtihadı benimsemeyen, “bağlantılı olma” şartı yönünden *Saluka* kararının içtihadından farklı bir yaklaşımı benimseyen kararları bu başlık altında ele alacağız.

<sup>174</sup> Bkz (n 116) civarı.

<sup>175</sup> *Amco* kararı (n 81).

*Saluka davasında* hakem heyeti, asıl davada ve karşı davada ileri sürülen ihlâl iddialarının ‘aynı yatırıma ilişkin olmasını’ yeterli görmemiş, asıl dava ile karşı dava arasında ayrıca ‘hukukî bağlantı’ bulunmasını aramıştır. Hakem heyetinin aradığı “hukukî bağlantı”, karşı davada ileri sürülen ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanağın, asıl davada ileri sürülen ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanakla aynı olmasını (aynı YTKS’ye veya aynı imtiyaz sözleşmesine) içermekteydi. Hâlbuki, *Saluka* davasında yatırımcının ileri sürdüğü ihlâl iddiası ‘YTKS’ye’, ev sahibi devletin ihlâl iddiası ise ‘mahallî mevzuatına’ dayanmaktaydı. Bu durum karşısında, *Saluka* davasını gören hakemler, asıl dava ile karşı davanın aynı hukukî dayanaktan kaynaklanmadığı, dolayısıyla aralarında bağlantı bulunmadığı sonucuna varıp, karşı davayı esas yönünden incelemeksizin reddetmişlerdir<sup>176</sup>.

İşte, yakın zamanda verilmiş bazı kararlar, *Saluka* kararının içtihadını benimsememiştir. Ev sahibi devletin karşı davasında ileri sürdüğü ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanak, yatırımcının asıl davada ileri sürdüğü ihlâl iddiasının istinat ettiği hukukî dayanaktan farklı olmuş olsa da ev sahibi devletin karşı davası esastan incelenmiş, hatta ev sahibi devlet lehine tazminata hükmedilmiştir.

Meselâ, *Urbaser* davasında, yatırımcının açtığı davaya karşı, ev sahibi devlet olan Arjantin karşı dava açmıştır. Arjantin karşı davasında, insanların suya erişim hakkının yatırımcı tarafından ihlâl edildiğini, bunun da İnsan Haklarının ihlâlini teşkil ettiğini ileri sürmüştür. *Urbaser* davasını gören hakem heyeti her ne kadar bu karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemek için *Saluka* davasında izlenmiş metodu benimsemiş olsa da, karşı davayı, asıl davayla “bağlantılı olma” şartı yönünden ele alırken *Saluka* davasının hakemlerinden farklı olarak “hukukî bağlantı” bulunması şartını aramamış, “vakıalar” yönünden bağlantı bulunmasını yeterli saymış; asıl davanın ve karşı davanın verilmiş aynı imtiyaza dayanan aynı yatırımdan (veyahut da yeterli yatırımın yokluğundan) kaynaklandığına işaret ederek, tek başına bu durumun dahi hakemlerin karşı dava bakımından yetkili kabul edilebilmeleri için yeterli olacağını belirtmiştir<sup>177</sup>. Hakemler bu tespiti yapmış olmakla birlikte, hukukî bağlantı meselesine ilişkin olarak burada değinmeden geçemeyeceğimiz bir tespit daha yapıp, suya erişim hakkının sadece ev sahibi ülkenin “mahallî hukukunun” bir düzenlemesi olmayıp, aynı zamanda devletler hukukunun da bir prensibi olduğunu belirtmişlerdir<sup>178</sup>. İşte bu noktada, *Urbaser* davasında hakemlerin üzerinde durdukları bir başka önemli meseleye daha değinmek gerekir. Yatırımcılar, Arjantin’in açmış olduğu karşı davanın hakemlerce esastan incelenmesini engellemek için, şirketlerin, devletler hukukundan doğan bir sorumluluklarının bulunduğu bahsedilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Esasen

176 Bilgi için bkz (n 106) civarı.

177 *Urbaser* kararı (n 137) parag 1151

178 *ibid* para. 1143 dpn. 424; para. 1151

yatırımcıların bu iddiası, bazılarınca kabul edilen bir görüşe dayanmaktadır; gerçekten de günümüzde devletler hukukunun yatırımcılara yükümlülükler getirdiği yolundaki bir anlayışın geliştirilmesine çaba harcanmaktaysa da, devletler hukukun yatırımcılara yükümlülükler getirdiği anlayışı henüz genel kabul gören bir anlayış olma özelliğine kavuşmamıştır<sup>179</sup>. Buna rağmen *Urbaser* davasını gören hakemler, şirketlerin de devletler hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinin bulunduğu, şirketlerin de insanların suya erişimi hakkını gözetmeleri gerektiği yönünde karar vermişlerdir. Hakemler, suya erişim hakkının sadece mahallî hukuktan değil, aynı zamanda devletler hukukundan da kaynaklanan bir hak ve yükümlülük olması ve şirketlerin de devletler hukukunun getirdiği yükümlülüklerden sorumlu tutulmalarının mümkün olması sebebiyle, asıl dava ile karşı dava arasında hukukî bağlantı bulunmadığı görüşünün yerinde olmadığını ifade etmişlerdir<sup>180</sup>

*Perenco* davasında<sup>181</sup> da hakemler, yatırımcının bir çevre felaketine sebep olduğu iddiasıyla Ekvador'un açtığı karşı davayı esastan inceleyip, yatırımcı aleyhine tazminata hükmetmişlerdir. Ancak bu davada hakemler, asıl dava ile karşı dava arasında bağlantı bulunması şartının gerçekleşmiş olduğu sonucuna nasıl vardıklarına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamışlardır<sup>182</sup>.

Bu noktada nihayet son olarak *Burlington* davasına<sup>183</sup> da değinmemiz gerekir. Bu davanın yukarıda ele almış olduğumuz *Saluka* kararı sonrası dönemde açılmış YTKS'lere istinat eden karşı davalardan farklı bir özelliği bulunmaktadır. Şöyle ki; taraflar uyuşmazlık çıktıktan sonra 2011 yılında kendi aralarında bir sözleşme akdetmiş, bu sözleşmede yatırımcı, ev sahibi devletin açacağı karşı davaya karşı yetki itirazı ileri sürmeyeceğini taahhüt etmiştir<sup>184</sup>. Dolayısıyla *Burlington* davası kapsamında açılmış karşı davanın hükme bağlanmış olması, *Urbaser* ve *Perenco* davalarından farklı ele alınmalıdır. Netice itibarıyla *Burlington* davası kapsamında açılan karşı davada hakemlerin yetkisi YTKS hükmüne değil, taraflar arasında akdedilmiş sözleşmeye istinat etmektedir.

## Sonuç

Gerek ICSID Konvansiyonu gerekse de UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca bir karşı davanın hakemlerce hükme bağlanabilmesi için yerine gelmiş olması gereken ve ilki "hakemlerin yetkisine", ikincisi ise "kabul edilebilirliğe" ilişkin olan iki

179 Bkz (dn 117).

180 *ibid* para. 1143 dph. 424; para. 1151

181 *Perenco Ecuador Ltd v. R.Epublic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, Award (27 September 2019) <italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf>.

182 James Harrison, 'Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration' 2016 (17) *The Journal of World Investment & Trade* 479, 485-86

183 *Burlington Resources Inc V. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims (7 February 2017).

184 *ibid* para 60-61.

temel şart; karşı davanın “tahkim rızasının kapsamı içinde olması” ve “asıl dava ile bağlantılı olması” şartlarıdır. Karşı dava açan ev sahibi devletin istinat ettiği hukukî dayanak ‘yatırımcıyla akdetmiş olduğu bir sözleşme (meselâ imtiyaz sözleşmesi)’ olduğunda sözünü ettiğimiz bu iki şartın yerine gelmesi bakımından sorunlarla pek karşılaşılmazken, ev sahibi devletin istinat ettiği hukukî dayanak bir YTKS olduğunda, pek çok sorunla karşılaşılır. Bu durum, ‘ev sahibi devletle yatırımcılar arasındaki sözleşmelerin’, iki devlet arasında akdedilmiş YTKS’lerden farklı içeriklerinin olmasından kaynaklanır.

‘Ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeler’, sadece ev sahibi devlete değil, yatırımcıya da yükümlülükler getirir, hâlbuki YTKS’ler devletlere yükümlülük getirirken genellikle yatırımcıya yükümlülük getirmezler. Diğer yandan, milletlerarası tahkime başvurma hakkını tanıyan ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeler’, bu hakkı yatırımcıya da ev sahibi devlete de tanır, dolayısıyla ev sahibi devlet gerekli görmesi halinde, aralarındaki sözleşmenin yatırımcı tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla müstakil bir tahkim davası açabilir. Buna mukabil, YTKS’lerde yer alan tahkim klotzlarının lafzı ev sahibi devletlere tahkime başvurma hakkını açıkça tanıyor olsa dahi, uygulamada nadiren karşılaşılabilecek istinaî bir durum dışında, ‘yatırımcı’ tahkime başvurmadığı sürece ev sahibi devletle yatırımcı arasında bir tahkim anlaşması kurulmuş kabul edilmeyeceğinden, ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klotzuna istinaden müstakil bir tahkim davası açması mümkün değildir.

İşte tüm bunlar, YTKS’lere istinat eden karşı davalarla ilgili şu iki soruyu beraberinde getirir:

(i) Ev sahibi devlet YTKS’de yer alan tahkim klotzuna istinat etmek suretiyle müstakil bir dava açamazken, karşı dava açabilir mi?

(ii) YTKS yatırımcıya herhangi bir yükümlülük getirmediğine göre, ev sahibi devlet karşı davasında yatırımcının hangi yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürebilecektir?”

Karşı davalarla ilgili olarak yöneltilebilecek bu iki soru esasen, karşı davaların hakemlerce hükme bağlanabilmesi için gerçekleşmiş olması aranan iki temel şarttan, “karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olması şartının” yerine gelmiş olup olmadığının tespiti için cevaplanması gerek sorulardır.

Yönelttiğimiz iki sorudan birincisi, yani “ev sahibi devlet YTKS’ye istinaden müstakil bir dava açamazken, karşı dava açabilir mi?” sorusu, *Saluka* davası kapsamında verilen yetki kararıyla net bir şekilde çözüme kavuşturulmuştur. *Saluka* davasının hakemleri bu soruya cevap bulabilmek için tatbik alanı bulan YTKS’de yer alan tahkim klotzuna bakmış ve tahkim klotzunda yer alan: “... yatırıma ilişkin ‘tüm uyuşmazlıklar’... bakımından ‘*taraflardan birinin*’ dostane çözüm talep ettiği tarihten itibaren 6 ay içinde uyuşmazlığın dostane bir çözüme kavuşturulamamış

olması halinde tahkime başvurulmasına...” sözlerinden yola çıkarak, eldeki karşı davanın kendine mahsus özelliklerinden bağımsız olarak ele alındığında, ilgili tahkim klotunun uyuşmazlığın taraflarından sadece “yatırımcıya” tahkime başvurma hakkını tanıyan bir ifade içermediği, ev sahibi devlet tarafından karşı dava açılmasına izin verdiği sonucuna varmıştır. Böylelikle *Saluka* davasını gören hakemler, yönelttiğimiz sorulardan ilkinde cevap vermiş, her ne kadar ev sahibi devlet YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden yatırımcıya karşı müstakil bir tahkim davası açamıyor olsa da, yatırımcının tahkime başvurusundan sonra YTKS’nin içerdiği tahkim klotunun izin vermesi halinde, karşı dava açmasının teorik olarak mümkün olduğunu ortaya koymuştur. Nitekim, çalışmamızda ele aldığımız kararlardan da görüleceği üzere, *Saluka* kararından bu yana uygulamada hakemler, YTKS’de yer alan tahkim klotu ev sahibi devlete yatırım tahkimine başvurma hakkını açıkça tanımasa dahi, tahkime başvurma hakkı sahibi olanları açıkça sadece “yatırımcılarla” sınırlı tutmadığı sürece, ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klotuna istinaden karşı dava açma imkânı bulunduğunu kabul etmişlerdir.

Yine ilk soruyla ilgili olarak belirtmemiz gerekir ki, doktrinde bazı yazarlarca savunulan ve ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klotu vasıtasıyla yapmış olduğu tahkim önerisinin yatırımcı tarafından daha dar bir kapsamla kabul edilebileceği, bir başka deyişle yatırımcının, ev sahibi devletle arasında kurulduğu var sayılan tahkim anlaşmasının kapsamını, YTKS’de yer alan tahkim klotunun kapsamından daha dar olmasını sağlayabileceği, böylelikle YTKS’de yer alan tahkim klotu ev sahibi devlete de tahkime başvurma hakkı tanıyor olsa dahi, ev sahibi devletle yatırımcı arasında kurulduğu kabul edilen tahkim anlaşmasının ev sahibi devlete tahkime başvurma hakkı tanımayabileceği yönündeki düşünce uygulamada ev sahibi devletlerin açtığı karşı davalarla karşılaşan yatırımcılar tarafından ileri sürülmüş olsa da, şimdiye dek hakemlerce itibar edilen bir düşünce olmamış; hakemler, kanaatimizce de yerinde olarak YTKS’de yer alan “tahkim klotu” vasıtasıyla kurulan tahkim anlaşmasının kapsamının, tahkim klotunun içeriğiyle birebir örtüşmesi gerektiği anlayışını kabul etmişlerdir.

Nihayet, üzerinde durduğumuz ilk soruyla ilgili olarak savunulmuş, ve esas itibarıyla YTKS’ler vasıtasıyla tahkim rızasının tezahürü konusundaki anlayışları altüst edecek reform niteliğindeki bir yaklaşımın da bir dönem hakemlerce dile getirilmiş olduğuna işaret etmek isteriz. Bu anlayışa göre en genel hatlarıyla, karşı davanın tarafların tahkim rızasının kapsamı içinde olup olmadığını belirlemek için YTKS’de yer alan tahkim klotuna bakmaya pek de gerek yoktur, zira yatırımcı YTKS’ye istinat etmek suretiyle tahkime başvurmakla ev sahibi devletin açacağı karşı davaların da tahkim rızasının içinde olduğunu kabul etmiş sayılmalıdır. Bu düşünce yatırım tahkimi rejiminin kurulmasında güdülmüş amaçlarla örtüşen ve bu sebeple kanaatimizce dikkate değer bir düşünce olsa da, uygulamada bu düşüncenin pek itibar görmediği,

ilk ortaya konduğu yıllarda yaratmış olduğu heyecan dalgasının dinmiş olduğu bir düşünce olarak kaldığı görülmektedir.

Ortaya koyduğumuz sorulardan ikincisine, yani “YTKS yatırımcıya herhangi bir yükümlülük getirmediğine göre, ev sahibi devlet yatırımcının hangi yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürebilecek, YTKS dışında başka bir hukukî dayanağı olan ihlâlî ileri sürebilecek midir?” sorusuna ise, kanaatimizce ilk sorudan farklı olarak henüz net bir cevap getirilebilmiş değildir. YTKS’ler yatırımcıya genellikle bir yükümlülük getirmediğinden, ev sahibi devlet açtığı karşı davasında yatırımcının YTKS’den kaynaklanan yükümlülüğünü ihlâl etmiş olduğunu ileri süremeyecek, ancak yatırımcının aralarındaki sözleşmeyi veya mahallî mevzuatını ihlâl etmiş olduğunu ileri sürebilecektir. Burada üzerinde durduğumuz soru, ev sahibi devletin YTKS’de yer alan tahkim klozuna dayanarak açtığı karşı davada ileri sürdüğü ihlâlî hukukî dayanağının YTKS olmayıp, ev sahibi devletin mahallî mevzuatı veyahut da yatırımcıyla arasındaki sözleşme olmasının mümkün olup olmadığıdır. Esasen bu soru sadece “karşı davalara” ilişkin bir soru olmayıp, yatırım tahkimi alanında açılan tüm davaları ilgilendiren bir sorudur. Mesele, YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinaden açılan davalarda, YTKS’nin öngördüğü yükümlülükler dışında başka hukukî dayanaklarda yer alan hukukî yükümlülüklerin ihlâl edilmiş olduğunun ileri sürülüp sürülemeyeceği ile ilintilidir. Bu konu yatırım tahkimi alanında henüz genel kabul gören bir anlayış çerçevesinde çözümlenebilmiş bir konu değildir; ancak giderek daha yaygın bir şekilde YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinaden açılmış bir davada ‘ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmenin’ veyahut da ev sahibi devletin mevzuatının da ihlâl edilmiş olduğunun da ileri sürülebileceğinin kabulü gerektiği ifade edilmektedir. Bu noktada dikkatimizi çeken hususlardan biri, YTKS’lerde yer alan tahkim klozlarına istinat etmek suretiyle açılan davalarda, meselâ “şemsiye klozlarının” tatbiki surtiyle “ev sahibi devletle yatırımcı arasındaki sözleşmeden” kaynaklanan ihlâlîlerin de ileri sürülebileceğine ilişkin kararların ortaya çıkmaya başladığı dönemle, YTKS’de yer alan tahkim klozuna istinat etmek suretiyle karşı dava açılmasının teorik olarak mümkün olduğunun ortaya konduğu *Saluka* kararının verildiği dönemin hemen hemen aynı oluşudur. Bu da, *Saluka* davasını gören hakemlerin, yatırım tahkimi alanında tatbik edilmeye başlanan daha esnek yaklaşımların oluşturduğu iklimden etkilenmiş oldukları düşüncesini uyandırmaktadır. Yine de belirtelim ki, *Saluka* davasını gören hakemler gibi daha sonra karşı davaları alan diğer pek çok hakem de ele almakta olduğumuz ikinci soru bakımından kanaatimizce daha esnek yaklaşımları benimsemiş görünmekle birlikte, bu soruya doğrudan cevap vermiş değildirler, başka bir deyişle bu sorunu by-pass edip, bir başka yoldan çözmüşlerdir.

Şöyle ki, *Saluka* davanı gören hakemler dahil olmak üzere yakın zaman dek hakemlerin çoğu, ilgili YTKS’de yer alan tahkim klozu “yatırıma ilişkin *bütün uyuşmazlıklar*” bakımından tahkime başvurulabileceği veyahut da YTKS’nin içerdiği

uygulanacak hukuk klozunun, uygulanacak hukuklar arasında “ev sahibi devletin mahallî hukukunu” da sıralandığında, ilgili klotlarda geçen “bütün uyuşmazlıklar” veya “mahallî hukukun uygulanacağı” ifadelerinden yola çıkarak, YTKS dışında başka hukukî dayanaklardan, bilhassa da ev sahibi devletin mahallî hukukundan kaynaklanan ihlallerin de ev sahibi devlet tarafından ileri sürülmesi halinde de davayı görmeye “yetkili” oldukları sonucuna varmış olmakla birlikte davanın “kabul edilebilir” olmadığı gerekçesiyle karşı davaları reddetmişlerdir<sup>185</sup>

İşte bu noktada, karşı davalar bakımından aranan iki temel şarttan “kabul edilebilirlikle” ilgili olan “karşı dava ile asıl dava arasında bağlantı bulunması” şartına da varmış bulunuyoruz. Belirttiğimiz üzere çoğu davada bir yandan YTKS’de yer alan tahkim klotlarının “yatırıma ilişkin bütün uyuşmazlıklar” bakımından tahkime başvurulabileceği yönünde bir hüküm içermesi halinde bu hükümden yola çıkarak, ev sahibi devletin açtığı davanın “konu” bakımından tahkim klozunun kapsamı içinde olduğu, böylece hakemlerin karşı dava bakımında yetkili olduklarına karar verilmiş, ancak diğer yandan ise karşı davalar bakımından aranan temel şartlardan ikincisi olan “karşı davanın asıl davayla bağlantılı olması şartının” yerine gelmediğine karar verilmiştir. Çalışmamızda ele aldığımız bazı kararlarda, yatırımcının açtığı asıl davada “YTKS’nin” ihlâl edilmiş olduğunu iddia ederken, ev sahibi devletin açtığı karşı davasında “yatırımcıyla arasındaki sözleşmenin veyahut da mahallî hukukunun” ihlâl edilmiş olduğunu ileri sürmesinin, asıl dava ile karşı dava arasında “hukukî bir bağlantı” bulunduğunun kabulüne engel teşkil ettiği ifade edilerek karşı davalar reddedilmiştir. Bu davaların çoğunda ayrıca, mahallî hukuka aykırılık iddialarının hakemlerce ele alınamayacağı da ifade edilmiştir.

Sevindirici olan gelişme ise, son dönemde verilmiş bazı kararlarda, asıl dava ile karşı dava arasındaki bağlantının “hukukî bir bağlantı” olması gerektiği, asıl dava ile karşı davanın “vakıalar yönünden bağlantılı” olmasının yeterli kabul edilmesi gerektiğinin -biraz çekingen bir tutumla da olsa- ifade edilmiş olmasıdır. Böylelikle, ev sahibi devletin mevzuatının çevre koruma ve insan haklarına ilişkin hükümlerinin yatırımcı tarafından ihlâl edildiği gerekçesiyle karşı dava açılması olanağının kapısı aralanmış görünmektedir.

Yaptığımız bu inceleme neticesinde, ev sahibi devletin açtığı karşı davaların hükme bağlanmasının mümkün olup olmadığı konusunun, net kurallara bağlanmış bir konu haline henüz gelememiş olduğunu, farklı davalarda beklenmedik sonuçlarla karşılaşılmasının mümkün olduğunu görmüş olduk. Kanaatimizce beklenmedik sonuçlarla karşılaşılmasının önüne geçilmesini sağlayacak en güvenli yol, bundan böyle akdedilecek YTKS’lere, karşı davalarla ilgili hükümlerin de sevk edilmesi olacaktır.

<sup>185</sup> Belirtelim ki, ancak son dönemde ele alınmış karşı davalarda “yetki ve kabul edilebilirlik” ayrımı ortaya konmaya başlamış, dolayısıyla *Saluka* kararı dahil olmak üzere, burada ortaya koymaya çalıştığımız ayrım, pek çok davada net değildir

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Antonopoulos C, *Counterclaims Before The International Court of Justice* (Springer 2011).
- Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas* (Vedat 2015).
- Ataman-Fıganmeşe İ, Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotzlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar, *iç Özdemir-Kocasakal H./ Balkar S (eds) Tahkim Anlaşması* (Oniki Levha 2020) 103- 130.
- Atanasova D, Benoit M and Ostfränk J, The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration, 2014 (31) *Journal of International Arbitration* 357-91.
- Bjorklund AK, The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law (2013) 17 *Lewis & Clark L Rev* 461-480.
- Born G, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2014)
- Croft C, Kee C and Waincymer J, *A Guide To The UNCITRAL Arbitration Rules*, (Cambridge University Press 2013).
- Demir IE, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki* (Filiz 2014) 27.
- Douglas Z, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009).
- Douglas Z, ‘The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration’ in Dupuy PM / Viñuales JE (eds), *Harnessing Foreign Investment To Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (Cambridge University Press 2013) 415.
- Eickhoff W, *Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage* (Duncker&Humblot 1986).
- Ekşi N, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2009).
- Ertan R, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006).
- Executive Directors of the International Bank, ‘Report of Executive Directors of the International Bank to Accompany the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States’ parag. 13 <[icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf](http://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf)> Erişim 2 Mayıs 2020.
- Giray FK, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013).
- Gouffes L and Ordonez M, ‘Jurisdiction and Admissibility: Are We Any Closer To A Line In the Sand?’ 2015 (31) *Arbitration International*, 107-122 .
- Görgün Ş, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (8inci baskı Yetkin 2019).



- Harrison J, 'Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration' (2016) 17 *The Journal of World Investment & Trade* 479-488.
- Kalicki, JE and Silberman MB, Case Comment: *Sprydon Roussalis v. Romania*, (2012) 27 (1) *ICSID Review* 9-15.
- Kendra T, 'State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life?' 2013 (29) *Arbitration International* 575-606.
- Kjos HE, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law* (Oxford Scholarship Online 2013) 148 <[oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656950.001.0001/acprof-9780199656950-chapter-4](http://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656950.001.0001/acprof-9780199656950-chapter-4)> Erişim 3 Ağustos 2020.
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, cilt 2 (Yetkin 2020).
- Lalive P and Halonen L, On The Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration (2011) *Czech Yearbook of International Law* 141-154.
- Paulsson J, 'Arbitration Without Privity' (1995) 10(2) *ICSID Review*, 232-257.
- Paulsson J, 'Jurisdiction and Admissibility', 2010 (30) *Miami Law Research Paper Series*, 601-17 <<http://ssrn.com/abstract=1707490>> Erişim 23 Ağustos 2020.
- Paulsson J and Petrochilos G, *Revision of The UNCITRAL Arbitration Rules*, <[uncitral.org/pd/english/news/arbrules\\_report.pdf](http://uncitral.org/pd/english/news/arbrules_report.pdf)> Erişim 1 Mayıs 2020.
- Pathak H, Consenting to Counterclaims Under The ICSID Convention (2019) 19 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 101.
- Pauker S, Admissibility of Claims in Investment Treaty Arbitration, (2018) 34 *Arbitration International*, 1-78.
- Postacıoğlu/Altay, *Medeni Usûl Hukuk Dersleri* (Vedat 2015).
- Rivas JA, 'ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution', in Kalicki JE and Joubin-Bret (eds) *A Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System* (Nijhof 2015) 779-827.
- Schreuer CH, Malintopi L, Reinisch A and Sinclair A, *The ICSID Convention* (2nd edn, Cambridge University Press 2009).
- Schreuer C, 'Denunciation of the ICSID Convention' iç M Waibel, A Kaushal, L Chung and C Balchin (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration* (Kluwer International 2010) 353-368.
- Schröder J, *Internationale Zuständigkeit* (Westdeutscher Verlag 1971)
- Shill S and Djanić V, 'Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law', 33(2018) *ICSID Review*, 29-55.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 1994)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7nci bası, Beta 2019).
- Şit-Köşgeroğlu, B, *Enerji Yatırım Sözleşmeleri ve Bunların Uluslararası Yatırım Anlaşmaları ile Korunması* (Legal 2012).
- Schreuer C, Malintopi L, Reinisch A and Sinclair A, *The ICSID Convention* (2nd edn, Cambridge University Press 2009).
- Schreuer C, 'Denunciation of the ICSID Convention' iç M Waibel, A Kaushal, L Chung and C Balchin (eds) *The Backlash Against Investment Arbitration* 353-368.

- Shill S and Djanic V, '*Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law*', 33(2018) *ICSID Review*, 29-55.
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 1994)
- Terzi B, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı* (Oniki Levha 2019).
- Tiryakioğlu B, 'Yatırım Tahkiminde (Uyuşmazlık Çözüm Kayıtları Kapsamında) Yetki ve Kabul Edilebilirlik' iç Hatice Özdemir-Kocasakal ve Süheyla Balkar (eds), *Tahkim Anlaşması*, (Oniki Levha 2020) 87-101.
- Vohryzek-Griest A, State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure, (2009) 15(1) *International Law, Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 83-124
- Waibel M/ Rylatt JW, Counterclaims in International Law (December 1, 2014), University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No: 60/2014 <<<https://ssrn.com/abstract=2511847>>>. Erişim 13 Mayıs 2020.
- Zenginkuzucu DM, *Devlet ve yabancı Yatırımcılar Arasında Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi ICSID'nin Kuruluşu ve İşlevi*, İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48843.pdf>> Erişim 10 Mayıs 2020.