

# Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 11.03.2020  
Revizyon Talebi: 17.04.2020  
Son Revizyon: 22.04.2020  
Kabul: 16.05.2020  
Online Yayın: 22.06.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları

### The Fork in the Road Clauses in ICSID Arbitral Awards

Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik\* 

#### Öz

İki taraflı yatırım anlaşmalarında sıklıkla yer verilen hükümlerden biri yatırımcıya ev sahibi devlet mahkemelerinde dava açmak veya tahkime başvurmak konusunda bağlayıcı bir seçim imkânı tanıyan “yol ayrımı” (*fork in the road*) kayıtlarıdır. Söz konusu kayıtlar yatırım anlaşmalarından doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri arasındaki ilişkiyi düzenlemelerinin yanı sıra, aynı uyuşmazlığın farklı yargı mercileri önüne getirilmesinden doğacak paralel yargılama sorununa karşı da bir araç olarak görülmektedir. Uygulamada yol ayrımı kayıtlarına ilişkin temel sorun, davacının ulusal mahkemede herhangi bir dava açmış olmasının, söz konusu kayıtta düzenlenen seçimlik hakkını kullanmış olduğu anlamına gelip gelmediğidir. Çalışmada, bu sorun Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile kurulan Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID)) bünyesinde verilen hakem kararlarıyla sınırlı olarak ele alınmış ve söz konusu kararlarda benimsenen temel yaklaşımların belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda, konu, iki farklı yaklaşımı temsil eden 2001 tarihli *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia* ve 2009 tarihli *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* kararları çerçevesinde ele alınmış ve tartışılmıştır.

#### Anahtar Kelimeler

Yol ayrımı kayıtları, Paralel yargılamalar, ICSID, İki taraflı yatırım anlaşmaları, Yatırım tahkimi

#### Abstract

The fork-in-the-road clauses in bilateral investment treaties provide for a right for the plaintiff to apply to the national courts of the host state or to arbitration as regards disputes arising from such treaties. However under such clauses, by initiating proceedings before the court or tribunal the plaintiff makes an irrevocable choice, thus, once one of the dispute resolution mechanisms is initiated by the plaintiff, then he is bound by his choice. As such the fork-in-the-road clauses not only regulate the relationship between different methods of dispute resolution but are also accepted as a tool against parallel proceedings that may arise from taking the same action before different courts and tribunals. In fact the main question is whether the plaintiff must be deemed to have exercised his choice under such a clause by bringing any action before the courts of the host state. This paper aims to determine the answers to this question as regards decisions given by International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitral tribunals. In this regard decisions of *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia of 2001* and *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* of 2009 shall be explained and discussed as the main examples of two different approaches.

#### Keywords

Fork in the road clauses, Parallel proceedings, ICSID, Bilateral investment treaties, Investment arbitration

\* Sorumlu Yazar: Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik (Doç. Dr.), Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: gulum@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-3258-4931

Atf: Bayraktaroğlu-Ozcelik G, “ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları” (2020) 40(1) PPIL 497.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0007>

### **Extended Summary**

One of the most important provisions of bilateral investment treaties is considered as the one on settlement of disputes arising from such treaties between the investor and the host state. Although drafted in different terms, some of them provide recourse to international arbitration and domestic courts of the host state, specifying that a choice to be made by the plaintiff shall be exclusive and final. Thus, the plaintiff cannot initiate arbitral proceedings once he has brought his case to domestic courts, and vice versa. As such, the so-called “*fork-in-the-road clauses*” not only regulate the relationship between different dispute resolution mechanisms but also aim to prevent parallel proceedings that may arise from taking the same action before the domestic courts and arbitral tribunals simultaneously. The main practical question as regards the implementation of such clauses is whether the plaintiff must be deemed to have exercised his choice by bringing *any* action before the courts of the host state.

The scope of this paper is limited with different stances taken against this question by International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitral tribunals. It can be determined that there exist two main approaches established in ICSID awards regarding the implementation of fork-in-the-road clauses.

The first approach which is most often taken by the tribunals is explained and assessed in this paper by reference to *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia* of 2001. This approach is based on the principle of *ne bis in idem*; requiring identity of the parties as well as identity of the cause and subject-matter of the actions. Under the so-called “triple identity test” the first action must be taken before the domestic courts, the parties must act in the same position in multiple fora and the claims must also be identical, thus e.g. they must arise from the infringement of the investment treaty. As such this approach is based on similar characteristics of the pleas of *res judicata* and *lis pendens* as adopted in Continental European legal system.

Nevertheless, under such an approach the characteristics of investment relationships make it less probable to come to the conclusion that the actions before the courts of the host state and the arbitral tribunal are identical. Thus, the parties of the actions may differ, since e.g. the first action before the courts of the host state is taken by a company owned by the investor whereas the investor and the company may act as the defendant in the arbitral proceedings. In a similar vein, the first claim may be based on the investment treaty and the second one may be based on a contractual relationship of the investor in the host state. Under these circumstances strict requirements provided under the triple identity test mostly cause a rejection of arbitral tribunals of the claim that the investor has exercised his choice under the clause. This has certainly lessened the effect of such clauses against parallel proceedings in practice.

However, as all other provisions of investment treaties, the fork-in-the-road clauses are to be construed and implemented effectively. This approach would also be consistent with Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 requiring that the treaties shall be interpreted in good faith and in the light of their object and purpose. Thus, it is thought that the second, however minority approach adopted by ICSID tribunals as explained in *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* of 2009 would better serve for this function. As such, the sole arbitrator in the mentioned action ignored the prevailing approach based on the triple identity test and adopted a qualitative test which was “whether or not the ‘fundamental basis of a claim’ sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere”.

## ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“*Fork in the Road*”) Kayıtları

### I. Giriş

Devletler arasında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasını amaçlayan iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Söz konusu hükümlerde, çoğunlukla, uyuşmazlığın önce dostane şekilde çözümü yoluna başvurulması düzenlenmekte, uyuşmazlığın bu şekilde çözülememesi durumunda ise, yatırımcıya ve/veya ev sahibi devlete, ulusal mahkemelere ve/veya tahkime başvurma imkânı tanınmaktadır<sup>1</sup>.

Devlet yargısına ve tahkime başvurma imkânını birlikte düzenleyen uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin bir kısmı uyarınca davacı, davasını ev sahibi devlet mahkemelerinde açmak veya tahkime başvurmak konusunda seçme hakkına sahip olup, yapacağı seçim ile bağlıdır<sup>2</sup>. Yatırım anlaşmalarında yer alan bu nitelikteki kayıtlar, yabancı doktrinde ve hakem kararlarında “*fork in the road clause*” olarak ifade edilmektedir.

Gündelik dilde metafor olarak kullanılan “*fork in the road*”, kişinin önemli bir yol ayrımına geldikten sonra bu yollardan birini seçme zorunluluğunun bulunduğu ifade etmektedir<sup>3</sup>. Söz konusu benzetme, Latince “*una via electra non datur recursus ad alteram*” (“bir yol seçildiğinde, diğer yola başvurma imkânı kalmaz”) ilkesine dayanır<sup>4</sup>. Bu tür kayıtların karşılığı olarak Türk doktrininde “yolun çatallaşması”<sup>5</sup> veya “yolların çatallaşması”<sup>6</sup> kavramları kullanılmıştır. Bu çalışmada ise, “yol ayrımı kayıtları” ifadesi tercih edilmiştir.

1 Joachim Pohl, Kekeletso Mashigo and Alexis Nohen, ‘Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey’ (2012) 2 OECD Working Papers on International Investment 8 <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_2.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019. Yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü hakkında ayrıca bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri* (Beta 2013); İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion “Arbitration Without Privity”’ (2011) *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul* 187; Yasemin Aydoğmuş, ‘İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı’ (2009) 29 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21; Pınar Baklacı, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta 2010); Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tahminat ve Tahminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013).

2 Yatırım anlaşmalarında tahkim ile ulusal mahkemelere başvuru arasındaki ilişkinin farklı şekillerde düzenlenmiş olması da mümkündür. Bazı anlaşmalarda tahkime gidilmeden önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması bir şart olarak hükme bağlanırken, diğerlerinde uyuşmazlığın belirli bir süre içinde ulusal mahkemelerde çözümlenememiş olması durumunda tahkime gidilmesi öngörülmektedir: Christoph Schreuer, ‘Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road’ (2004) 5 *The Journal of World Investment & Trade* 231, 239. Devlet yargısına ve tahkime başvurma imkânını düzenleyen kayıtlar hakkında ayrıca bkz Pohl, Mashigo and Nohen (n 1) 10 vd.; Markus A Petsche, ‘The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches’ (2019) 18(2) *Washington University Global Studies Law Review* 391, 395 vd. İki taraflı yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların çözümü hakkında bkz Bilgin Tiryakioglu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003) 182; Faruk Kerem Giray, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları’ (1999) 1 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 217 vd.

3 <<https://www.collinsdictionary.com/submission/11035/Fork+in+the+road>> Erişim Tarihi 6 July 2018.

4 Schreuer (n 2) 240.

5 Nuray Ekşi, ‘Milletlerarası Tahkimde Paralel Yargılamalar (Parallel Litigation)’ (2013) 2(2) *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 15, 34.

6 Sedat Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009) 318.

Yol ayrımı kayıtları, yatırım anlaşmalarından doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri arasındaki ilişkiyi düzenlerken, aynı zamanda, aynı uyuşmazlığın farklı yargı mercileri önüne getirilmesinden doğacak paralel yargılamaların engellenmesine de hizmet etmektedir. Gerçekten, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan paralel yargılama sorunu aynı davanın farklı devlet mahkemelerinde açılmış ve görülmekte olduğu durumlara özgü değildir. Söz konusu sorun, aynı zamanda aynı dava hakkında eş zamanlı olarak birden fazla hakem heyetine veya ulusal mahkeme ve hakem heyetine başvurulduğu durumlarda da ortaya çıkabilmektedir. Paralel davalar, bu ihtimâllerden her birinde uyuşmazlık tarafları ve yargı mercileri bakımından masrafa, emek ve zaman kaybına sebep olduğu gibi, söz konusu yargılamalar neticesinde çelişkili kararların verilmesi tehlikesini de barındırmaktadır<sup>7</sup>. İşte, yatırım uyuşmazlıkları bakımından ortaya çıkabilecek paralel dava sorununun çözümü yöntemlerinden birinin de yatırım anlaşmalarında yol ayrımı kayıtlarına yer verilmesi olduğu bilinmektedir<sup>8</sup>.

Söz konusu anlaşma hükümlerine örnek olarak Şili Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşması'nın<sup>9</sup> 8. maddesi gösterilebilir. Anılan hükümde, bir âkit devlet ile diğer âkit devlet yatırımcısı arasında bu Anlaşma hükümleri çerçevesinde doğan uyuşmazlıkların dostane şekilde çözümleneceği (m. 8/I), ancak bu yolla 3 ay içerisinde bir çözüme ulaşılamaması durumunda yatırımcının, ev sahibi devlet mahkemelerine veya Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID)) tahkimine ya da hakeme yahut Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Law* (UNCITRAL)) Tahkim Kuralları'na göre kurulan uluslararası *ad hoc* hakem heyetine başvurabileceği düzenlenmiştir (m. 8/II). Anlaşma'ya göre, yatırımcının uyuşmazlık hakkında ulusal mahkemeye veya hakem heyetine başvurmuş olması durumunda, bu seçimi kesin ve nihaidir (m. 8/III). Çin Halk Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti Arasındaki YKTK Anlaşması'nın<sup>10</sup> 8. maddesinin üçüncü fıkrasında da yatırımcının, uyuşmazlığı yatırımın yapıldığı âkit devlet mahkemelerine veya tahkime sunması durumunda, bu seçimin kesin ve nihai olacağı ifade edilmek suretiyle yine bir yol ayrımı kaydına yer verilmiştir.

7 Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan paralel dava sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar*, (Yetkin 2016) 27 vd.

8 Uluslararası yatırım hukukunda paralel yargılamaların önlenmesine ilişkin tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017) para. 4.42 vd.

9 *Agreement Between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Czech Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments* <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/669>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

10 *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Argentine Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/79>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

Görüldüğü üzere, söz konusu kayıtlar çerçevesinde yatırımcı, ev sahibi devlet mahkemelerine veya tahkime başvurmak arasında bir tercih yapmak zorunda olup, böyle bir seçim yaptıktan sonra ise, söz konusu seçimi ile bağlıdır<sup>11</sup>. Bu bakımdan, yol ayrımı kaydının bulunduğu bir yatırım anlaşmasından uyuşmazlık doğması durumunda, yatırımcı söz konusu uyuşmazlığın çözümü amacıyla ya ev sahibi devletin mahkemelerine veya ilgili kayıttaki belirtilen tahkim yoluna başvurmak konusundaki seçimlik imkândan yararlanacaktır. Yatırımcının bir kez ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmayı tercih etmesi durumunda ise, tahkime başvurma imkânı ortadan kalkmaktadır.

Uygulamada yol ayrımı kayıtlarına ilişkin temel sorun, ulusal mahkemede açılmış herhangi bir davanın yol ayrımı kaydındaki seçimlik hakkın kullanılmış olduğu anlamına gelip gelmediğine ilişkindir. Gerçekten, yatırımcının yatırıma ev sahipliği yapan devlette bazısı özel hukuk (satın alma veya kiralama gibi), bazısı ise, kamu hukuku ilişkisi (lisans veya izin alınması ya da vergilendirme gibi) olmak üzere farklı nitelikte ilişkilere girmesi doğaldır<sup>12</sup>. Söz konusu ilişkiler çerçevesinde uyuşmazlık doğması ve ev sahibi devlet mahkemelerinde dava açılması gündeme gelebilecektir. Yatırım anlaşmasında yol ayrımı kaydının yer alması durumunda, ev sahibi devlet mahkemelerinde açılmış olan davanın, davacının tahkim yolunu kapatan bir seçim yaptığı anlamına gelip gelmediği belirlenmelidir. Eğer davacının ev sahibi devlet mahkemelerinde dava açması seçim hakkının kullanıldığı şeklinde anlaşılırsa, tahkime başvurma imkânı kalmayacak ve başvurması durumunda da hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesi gerekecektir.

Bu çalışmada yol ayrımı kayıtları ICSID hakem kararlarıyla sınırlı olarak ele alınmıştır. ICSID davalarında yol ayrımı kayıtları ilk defa *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay* kararında<sup>13</sup> gündeme gelmiş ancak somut uyuşmazlıkta yatırımcının tahkime başvurmadan önce ulusal mahkemede dava açtığı yönünde bir kanıt bulunmadığından tartışılmamıştır<sup>14</sup>. Söz konusu kayıtlar, ilk kez tartışıldığı *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic* kararından<sup>15</sup> sonra ise, çeşitli defalar ICSID hakem kararlarına konu

11 Schreuer (n 2) 239-240. Yol ayrımı kayıtları çoğunlukla yukarıda verilen örneklerle benzer şekilde kaleme alınmalarına rağmen, zaman zaman tahkime başvurma imkânının yatırımcının ulusal mahkemede açmış olduğu davada henüz karar verilmemiş olması şartına bağlandığı da tespit edilebilir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasındaki YTKK Anlaşması'nın 8. maddesinde, yatırımcının uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü amacıyla (uyuşmazlığın) ortaya çıkışından itibaren 1 yıl sonra ICSID'e getirebileceği hükme bağlanmış (m 8/II), ancak yatırımcının bu süre içinde ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmuş olması halinde kesin bir kararın verilmemiş olması aranmıştır (m 8/III). Bu nitelikteki hükümler hakkında bkz: Schreuer (n 2) 240; Hanno Wehland, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration* (Oxford 2013) 87; Fiona Marshall, 'Risks for Host States of the Entwinning of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road', (2009), <[https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best\\_practices\\_bulletin\\_4.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practices_bulletin_4.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.

12 Schreuer (n 2) 241.

13 *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/98/5 (8 August 2000) para 27 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0587.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

14 *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay*, para 27; Guiguo Wang, *International Investment Law: A Chinese Perspective* (Routledge 2014) 235.

15 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3 (21 November 2000) <<https://www.italaw.com/cases/309>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

olmuştur. Bu kararlar incelendiğinde ICSID hakem heyetlerinin, ağırlıklı olarak, aynı uyuşmazlığın birden çok kez dava konusu yapılamayacağı ilkesi (*ne bis in idem*) çerçevesinde, ulusal mahkeme ile hakem heyeti önündeki davaların “aynı dava” olup olmadığını araştırdıkları, bu araştırmada ise, Kıta Avrupası hukuk çevresinde kesin hüküm (*res judicata*) ve derdestlik (*lis pendens*) itirazları bakımından aranan dava tarafları, dava sebebi ve dava konusunun aynı olması gereğinden hareket ettikleri görülmektedir.

Aşağıda öncelikle söz konusu yaklaşımı açık şekilde ortaya koyan 2001 tarihli *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia* kararı<sup>16</sup> incelenecek, daha sonra farklı bir yaklaşımın mümkün olup olmadığı 2009 tarihli *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* kararı<sup>17</sup> çerçevesinde tartışılacaktır.

### A. Aynı Davanın Varlığı: *Genin v Estonia* Kararı

*Genin v Estonia* kararına konu olan uyuşmazlıkta davacılar ABD vatandaşı Bay *Alex Genin*, *AS Baltoil* ve *Eastern Credit Limited, Inc* olup, bu kişiler, Estonya hukukuna göre kurulmuş bir finansal kuruluş olan *Estonia Innovation Bank* (EIB) hisselerinin çoğunu elinde bulunduran hissedarlardır. Estonya’da kurulmuş olan *Baltoil*, Amerika’da kurulmuş olan *Eastern Credit*’in sahibi olduğu bir şirket iken, daha sonra Bay *Genin* tarafından satın alınmıştır<sup>18</sup>.

12 Ağustos 1994’te Estonya Merkez Bankası tarafından yapılan açık arttırma sonucu, EIB, iflas etmiş durumunda olan Estonya Sosyal Bankası’nın (*Estonia Social Bank*) *Koidu* şubesini 3.000.000 Estonya Kronu karşılığında satın almıştır. Ancak daha sonra, EIB, Estonya Sosyal Bankası’nın kayyımı olarak hareket eden Estonya Merkez Bankası’na başvurarak, *Koidu* şubesinin satışının öncesinde muhtemel alıcılara verilen bilançoda hatalar olduğunu iddia etmiş ve bu hatalar sonucunda ortaya çıkan zararının tazminini talep etmiştir. Estonya Merkez Bankası’nın söz konusu iddiaları reddetmesinin ardından, 9 Ocak 1995’te EIB, Talin Şehir Mahkemesinde Estonya Sosyal Bankası aleyhine dava açarak, bilançoda yer alan hatalar sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Tarafların anlaşmaları sonucunda Talin Şehir Mahkemesi EIB’ye 20.977.117 Estonya Kronu tazminat ödenmesine karar vermiş, karar üzerine Estonya Sosyal Bankası tarafından bir kısım ödeme yapıldıysa da tazminatın 19.491.947 Estonya Kronu tutarındaki kısmı ödenmemiştir.

16 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2 (25 June 2001), <<https://www.italaw.com/documents/Genin-Award.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Karar, bu çalışmada kısaca “*Genin v Estonia* kararı” olarak anılmıştır.

17 *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/07/21 (30 July 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Karar, bu çalışmada kısaca “*Pantehniki* kararı” olarak anılmıştır.

18 Somut uyuşmazlığa ilişkin maddi vaktalar için bkz *Genin v Estonia* kararı, para 43 vd.



Davacının iddiasına göre, Nisan 1996'da EIB ve Estonya Merkez Bankası, EIB'nin Estonya Sosyal Bankası'ndan olan alacağını Estonya Merkez Bankası'na devretmesi karşılığında, üçüncü kişi bankaların Estonya Merkez Bankası'na olan borçlarının EIB'ye devredilmesi konusunda anlaşmışlardır. Ağustos 1996'da EIB, *Koidu* şubesine ilişkin zararı çerçevesinde mevcut 19.491.947 Estonya Kronu tutarındaki alacağını *Eastern Credit*'e devretmiştir. *Eastern Credit* Teksas Mahkemesinde Estonya Merkez Bankası'na karşı açtığı davada zararının tazminini talep etmişse de başarılı olamamıştır.

Mart 1997'de Estonya Merkez Bankası yaptığı yeni bir düzenlemeyle, EIB ve hissedarlarından bazılarının (*Eastern Credit*, *Baltoil* ve *Eurocapial Ltd.* adlı şirketin) EIB hisselerinin belli bir oranından fazlasına sahip olabilmeleri için izin başvurusu yapmalarını öngörmüştür. EIB anılan düzenlemenin iptali talebiyle, 24 Mart 1997 tarihinde Talin İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Söz konusu dava henüz görülmekteyken, 9 Eylül 1997'de Estonya Merkez Bankası tarafından EIB'nin bankacılık lisansı iptal edilmiştir. 11 Eylül 1997'de EIB, İdare Mahkemesinde lisansının iptali kararına karşı dava açmıştır. Söz konusu dava derdest iken, EIB'nin tahkim yargılamasına taraf olmayan ortaklarından birinin açtığı bir başka dava sonucu Talin İdare Mahkemesi lisansının iptal edilmiş olduğu gerekçesiyle EIB'nin tasfiyesine karar vermiştir. EIB, lisansın iptaline karşı açtığı dava sonuçlanıncaya kadar tasfiyeye ilişkin davanın bekletilmesini talep ettiyse de, söz konusu talep mahkemece reddedilmiş, mahkemenin red kararı temyiz başvurusu sonucunda yüksek mahkemece de onanmıştır. 6 Ekim 1999 tarihinde EIB'nin, lisansın iptaline karşı açtığı dava reddedilmiştir.

Şubat 1999'de, davacılar ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması<sup>19</sup> uyarınca Estonya'ya karşı ICSID tahkimine başvurmuştur. Davacılar, bir kamu kuruluşu olan Estonya Merkez Bankası'nın YKTK Anlaşması uyarınca eşit ve adil davranmadığını ve fiillerinin davacıların EIB'deki yatırımlarına karşı ayrımcı ve keyfi olduğunu ileri sürerek Estonya'nın söz konusu Anlaşmanın çeşitli hükümlerini ihlâl ettiğini savunmuştur.

Bu çerçevede davacılar,

(a) *Koidu* şubesinin EIB'ye sunulan bilançosunda yer alan esaslı hataların varlığı sebebiyle davalı Estonya'nın Estonya Merkez Bankası aracılığıyla YKTK Anlaşması'nı ihlâl ettiğini; Estonya Merkez Bankası'nın söz konusu hatalardan haberdar olduğunu; Estonya Merkez Bankası'nın EIB ile arasındaki diğer anlaşmalarla birlikte Nisan 1996'da alacakların devrine ilişkin yapılmış anlaşmayı ihlâl ettiğini,

(b) EIB'nin lisansının iptal edilmesi sebebiyle davalı Estonya'nın Estonya Merkez Bankası aracılığıyla YKTK Anlaşması'nı ihlâl ettiğini,

19 ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması'nın İngilizce metni için bkz *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment* <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1161>> Erişim Tarihi 6 July 2019.



(c) Davalı Estonya’nın, polis kuvvetleri aracılığıyla davacıyı “taciz” etmiş olduğunu ileri sürmüştür<sup>20</sup>.

Anılan gerekçelerle davacılar *Koidu* şubesinin satın alınmasındaki bilanço hataları sebebiyle uğradıkları zararın tazmini amacıyla %10 faiziyle birlikte 1.639.344 ABD Doları ve EIB’ye yapmış oldukları 3.000.000 Estonya Kronu tutarındaki yatırımdan doğan kayıpları için ise, EIB’nin lisansı iptal edilmemiş olsa idi sahip olacağı piyasa değeri çerçevesinde tazminat talep etmiştir.

Davalı, davacının taleplerinin YKTK Anlaşması çerçevesinde tahkime elverişli “yatırım uyuşmazlığı” olarak kabul edilemeyeceğini ve söz konusu taleplerden çoğunun zamanaşımına uğradığını ileri sürerek hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir<sup>21</sup>. Davalı ayrıca aynı taleplerin daha önce Estonya ve ABD’nde yargılamaya konu olduğunu, davacıların Estonya’ya karşı Estonya mahkemelerinde dava açmakla YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu hükümleri uyarınca aynı davayı yeniden bir başka yargı mercii önüne götürme imkânını kaybettiklerini savunmuştur<sup>22</sup>. Bu çerçevede davalı, tahkim yargılamasının tarafları ile Estonya mahkemesindeki yargılamanın taraflarının aynı sayılması gerektiğini, sadece bu sebeple dahi hakem heyetinin yetkili olmadığını ileri sürmüştür<sup>23</sup>. Davalıya göre, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü amacıyla Estonya mahkemelerine veya idarî heyetlerine başvurmuş olması durumunda YKTK Anlaşması’nın VI. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ICSID’in yetkisi bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Ayrıca davalı, hâkim şirket veya ortakları dava açmışken, bağlı şirkete (EIB) de aynı ihlâl sebebiyle dava açma imkânı tanınmanın YKTK Anlaşması’nın ihlâli anlamına geleceğini savunmuştur<sup>25</sup>.

Uyuşmazlığa konu olan ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması’nın 6. maddesi şu şekilde düzenleme getirmektedir:

“1. Bu hükmün amaçları çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı bir Taraf [Devlet] ile diğer Tarafın vatandaşı veya [tâbiyetindeki] şirket arasında olup

(a) Söz konusu Taraf [Devlet] ile söz konusu kişi arasındaki yatırım sözleşmesinden;

(b) Söz konusu Taraf [Devlet]’in yabancı yatırımlardan sorumlu makamı tarafından söz konusu kişiye verilmiş yatırım izninden; veya

20 Davacının söz konusu iddiasına göre, Bay *Genin*’e Estonya polisinden gelen bir yazıyla *Eastern Credit* adlı şirkete karşı cezai tahkikat başlatıldığı bildirilmiştir. Tahkikat sonucunda *Eastern Credit*’e çeşitli suçlamalar yöneltiliyse de, Estonya makamlarınca herhangi bir ceza davası açılmamıştır. Bu sebeple davacılar, esas amacın kendilerine gözdağı vermek olduğunu iddia etmiştir. Diğer yandan, davacıların bir başka iddiası, EIB’nin Başkanı ve Estonya’daki temsilcisi olan Bay *Dashkovsky*’nin, Estonya Göç ve Vatandaşlık Birimi müdürü tarafından sınır dışı edilmekle ve oturma izninin uzatılmamasıyla tehdit edildiği, ayrıca kendisinin Bay *Genin* hakkında hukuka aykırı şekilde sorguya tâbi tutulduğuna ilişkindir. Belirtilen sebeplerle davacılar, davalı Estonya’nın YKTK Anlaşması çerçevesinde eşit ve adil davranma yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürmüştür: *Genin v Estonia* kararı, para 95 vd

21 *ibid* para 192.

22 *ibid* para 321.

23 *ibid* para 287.

24 *ibid* para 288.

25 *ibid* para 288.

(c) Bir yatırıma ilişkin olarak işbu Anlaşma 'yla verilen ya da yaratılan bir hakkın ihlâl edildiği iddiasından doğan veya buna ilişkin olan uyuşmazlıklardır.

2. Bir yatırım uyuşmazlığının doğması durumunda, taraflar öncelikle danışma veya müzakere yoluyla uyuşmazlığı çözmeye çalışacaklardır. Uyuşmazlığın dostane şekilde çözülememesi durumunda, söz konusu [Devlet] vatandaşı[1] veya şirket, uyuşmazlığın çözümü konusunda

(a) Uyuşmazlığın tarafı olan devletin mahkeme veya idarî makamlarına başvurmak;

(b) Daha önceden kararlaştırılmış uyuşmazlık çözümü yöntemlerine başvurmak veya

(c) Üçüncü fıkra uyarınca [bir başvuru yapmak] bakımından seçim imkânına sahiptir.

3. Söz konusu [Devlet] vatandaşı[1] veya şirketin uyuşmazlığın çözümü konusunda ikinci fıkranın (a) ve (b) bentleri uyarınca bir başvuru yapmamış olması ve uyuşmazlığın doğduğu tarihten itibaren altı ayın geçmiş olması durumunda, söz konusu taraf uyuşmazlığın bağlayıcı tahkim yoluyla çözümüne ilişkin olarak

(a) Taraf [Devletin] ICSID Konvansiyonu'na taraf olması durumunda, ICSID ("Merkez")'e veya

(b) Merkezin uygun olmaması durumunda Merkezin Ek Mekanizması'na başvurma ya da

(c) UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre çözümü, yahut,

(d) Uyuşmazlık taraflarının kararlaştırmış olmaları durumunda başka bir tahkim kurumuna başvurma veya başka tahkim kuralları çerçevesinde çözümü konusundaki iradesini yazılı olarak sunmak konusunda serbesttir".

Hakem heyeti, davacıların Estonya mahkemelerine başvurmakla ICSID tahkimine başvurma imkânını kaybedip kaybetmediklerine ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için, öncelikle Konvansiyon ve YKTK Anlaşması uyarınca ICSID hakem heyetinin yetkisinin doğumuna ilişkin şartları ele almıştır<sup>26</sup>. Karara göre;

(1) Hakem heyetinin yetkili sayılabilmesi için aranan ilk şart, uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan doğmuş olmasıdır. Hakem heyetine göre, YKTK Anlaşması'nın 1. maddesinde tanımlanan "yatırım" kavramı, davacıların EIB'ye yaptıkları yatırımı açıkça karşılamaktadır. Bu bağlamda, somut uyuşmazlıkta davacıların EIB hisselerine sahip olmalarına ilişkin hukuki işlem, YKTK Anlaşması anlamında davacılar tarafından "doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen", "bir şirketteki mülkiyet hisseleri veya diğer menfaatlere" ilişkin yatırım olarak kabul edilmelidir. Davacıların EIB'ye yapmış oldukları yatırım, Konvansiyon anlamında da yatırım olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Diğer yandan, YKTK Anlaşması'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında "yatırım uyuşmazlığı", yatırım anlaşmasından, yatırım izninden veya bir yatırıma ilişkin olarak bu Anlaşmadan kaynaklanan bir hakkın ihlalinden doğan veya bunlara ilişkin olan uyuşmazlıklar olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede hakem heyetine göre EIB'nin lisansının iptaline ilişkin uyuşmazlık da yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilmelidir.

26 *ibid* para 319.

27 *ibid* para 324.

(2) İkinci ve üçüncü şartlar yatırım uyuşmazlığının taraflarına ilişkindir. Buna göre, uyuşmazlığın taraflarından biri, âkit devlet veya âkit devlet kurumu, diğeri ise, diğeri âkit devlet tebaası olmalıdır. Somut uyuşmazlıkta Estonya Merkez Bankası, YKTK Anlaşması’nın II/2(b) hükmünde ifade edildiği şekilde “âkit devletçe kendisine verilen yetki uyarınca, kamulaştırma veya lisans verilmesi yetkisi gibi, düzenleyici, idarî ve diğeri yönetsel yetkileri kullanan âkit devlet kurumu” olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede, Estonya Merkez Bankası’nın fiillerinden doğan bir uyuşmazlıkta Estonya Cumhuriyeti davalı konumunda olacaktır<sup>28</sup>. Davacılar ise, bir başka âkit devletin tâbiyetindedir. Bay *Genin* A.B.D vatandaşıdır. *Eastern- Credit* Bay *Genin*’e ait bir A.B.D şirkettir. *Baltoil* tamamı *Eastern Credit*’e ait bir Estonya şirketi olduğundan, Konvansiyon’un 25(2)(a) ve YKTK Anlaşması’nın VI(8). maddesi uyarınca A.B.D tâbiyetinde kabul edilmelidir.

(3) Hakem heyetinin yetkisinin doğabilmesi için gereken bir başka şart, uyuşmazlığı ICSID’e sunma iradesidir. Estonya’nın iradesi YKTK Anlaşması’nın VI(3) hükmü çerçevesinde mevcuttur. Davacılar da söz konusu iradelerini taleplerinde ifade etmişlerdir.

(4) Hakem heyetinin yetkisine ilişkin esas mesele ise, davacıların somut uyuşmazlığa ilişkin olarak daha önce Estonya mahkemelerine veya taraflar arasında kararlaştırılmış bir başka uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmuş olup olmadıklarının tespitine ilişkindir. Bu çerçevede, hakem heyeti iki sorun üzerinde durmuştur: Öncelikle, Estonya ve ABD’nde yargılamaya konu olan meseleler ile davacılar tarafından tahkimde ileri sürülen meseleler ne ölçüde aynı kabul edilebilir? Ayrıca, EIB ile davacıların bir grup olarak nitelendirilmesi ve EIB’nin Estonya’da açtığı davaların söz konusu grubun tamamı bakımından yapılmış bir yargı yolu seçimi olarak kabul edilmesi mümkün olabilir mi?<sup>29</sup>

Karara göre, Estonya mahkemelerinde açılan davalar ile ICSID tahkimine konu olan davalar, dava sebepleri dikkate alındığında aynı dava olarak nitelendirilmeye uygun değildir. Zira Estonya mahkemelerinde açılan davalar EIB tarafından *Koidu* şubesinin satın alınmasına ve EIB’nin lisansının iptaline ilişkin olup, davacıların tahkim yargılamasına konu olan “yatırım uyuşmazlığı”na ilişkin davadaki dava sebepleriyle aynı olarak nitelendirilemez<sup>30</sup>. EIB’nin, *Koidu* şubesinin satışına ilişkin olarak Estonya Bankası’nın fiilleri sebebiyle uğradığı zararlar ile Banka’nın lisansının iptaline ilişkin olarak Estonya mahkemelerinde açmış olduğu davalar her ne kadar davacıların menfaatlerini etkilemiş olsa da, bu durum davacıları söz konusu davaların tarafı yapmaya yetmemektedir.

28 *ibid* para 327.

29 *ibid* para 330.

30 *ibid* para 331.

Karara göre, Estonya mahkemelerinde açılan davalar ile tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığın aynı dava sebebine ilişkin olmadığı özellikle EIB'nin lisansının iptaline ilişkin açtığı dava çerçevesinde çok açıktır<sup>31</sup>. EIB'nin lisans iptaline ilişkin karara karşı açmış olduğu dava, etkisi itibariyle Bankanın, tüm hissedarlarının yanı sıra, EIB'nin faaliyetlerinin kesilmesinden etkilenen müşterileri, borçluları ve çalışanları adına da açılmış sayılır. Statükonun yeniden tesisi amacıyla açılan bu davanın görülmesi bakımından Estonya mahkemeleri dışında yetkili bir mercii bulunmamaktadır. Buna karşın ICSID tahkim yargılamasına konu olan yatırım uyuşmazlığı ise, tek başına davacıların yatırım anlaşmasının ihlal edilmiş olduğu gerekçesiyle görmüş oldukları zararların tazminine ilişkindir. ICSID tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığa ilişkin vakıalar bazı açılardan Estonya mahkemelerindeki yargılamada gündeme gelmiş olsa dahi, yatırım uyuşmazlığının kendisi Estonya mahkemelerindeki yargılamanın konusu değildir<sup>32</sup>. Bu çerçevede davacıların ICSID tahkimine başvurmaları engellenmemelidir.

Diğer yandan, karara göre Estonya mahkemelerinde açılan davalar ile ICSID tahkim yargılamasına konu olan davanın tarafları da aynı olarak kabul edilemez. Bu çerçevede hakem heyeti Estonya'nın, EIB'nin Estonya mahkemelerinde açmış olduğu davaların, EIB'nin YKTK Anlaşması'nın VI(8). maddesi çerçevesinde A.B.D. tâbiyetinde kabul edilmesinin sonucu olarak ana şirketlerin tahkime başvurmasını engellemesi gerektiği yönündeki itirazlarını da kabul etmemiştir. Karara göre, EIB'nin, lisans iptaline ilişkin davayı tüm menfaat sahipleri adına Estonya mahkemelerinde açmaktan başka çaresi yoktur. Davacılar ise, YKTK Anlaşması çerçevesinde sahip oldukları hakların ihlali iddiasına dayanan tazminat talebiyle, bir yatırım uyuşmazlığının çözümü amacıyla tahkime başvurmuştur<sup>33</sup>.

Hakem heyeti benzer gerekçelerle davacılarından *Eastern Credit* tarafından A.B.D mahkemelerinde açılan davanın da ICSID'e başvuru yolunu kapatmadığına hükmetmiştir<sup>34</sup>. Karara göre A.B.D mahkemelerindeki yargılama, tahkim yargılamasının özünü oluşturan lisans iptaline ilişkin soruna ilişkin değildir. Bu sebeple söz konusu mahkemelere başvurulmuş olması sebebiyle, tahkim yoluna başvurulamayacağından söz edilemeyecektir.

Görüldüğü üzere, *Genin v Estonia* kararında hakem heyeti, davacılarından birinin daha önce Estonya mahkemelerinde açmış olduğu davaların ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması'nda yer alan yol ayrımı kaydı çerçevesinde, ICSID tahkimine başvurma imkânını ortadan kaldırıp kaldırmadığına karar verirken, YKTK Anlaşması'nda tanımlanan "yatırım uyuşmazlığı"ndan hareket ederek, ulusal

31 *ibid* para 332.

32 *ibid* para 332.

33 *ibid* para 333.

34 *ibid* 334.

mahkemede ve tahkimde yargılamaya konu olan davaların aynı dava olup olmadığının tespitinden yola çıkmış ve bu bağlamda “dava taraflarının” ve “dava sebebi”nin aynı olup olmadığını değerlendirmiştir.

*Genin v Estonia* kararındaki söz konusu tespit ve değerlendirmeler, önemli sayıdaki hakem kararında da benimsenmiştir<sup>35</sup>. Aynı davanın varlığını, tarafların, dava sebebinin ve konusunun aynı olmasına bağlayan bu yaklaşım sonraki kararlarda da geliştirilmiş ve doktrin ve uygulamada “üçlü değerlendirme (*triple identity test*)” olarak anılmıştır<sup>36</sup>. ICSID kararlarında üçlü değerlendirme “*taleplerin sırasıyla ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri önünde, aynı zamanda, aynı amaçla, aynı temele dayalı olarak ve aynı taraflar arasında ileri sürülmesi gerektiği*”<sup>37</sup> şeklinde açıklanmıştır. Bu çerçevede, YKTK Anlaşmalarında yer alan yol ayrımı kaydı uyarınca seçim imkânının kullanılmış olduğu, dolayısıyla artık tahkime gidilemeyeceği sonucuna ulaşılabilmesi için, yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesinde dava açtıktan sonra tahkime başvurmuş olması ve aynı tarafa karşı aynı davayı bir de tahkim yargılamasına konu etmesi gerekmektedir. Tarafların aynı olduğundan bahsedilebilmesi için, tarafların mahkeme ve hakem heyeti önünde aynı sıfatı haiz olmaları gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Aynı uyuşmazlıktan bahsedilebilmesi için ise, davalarda ileri sürülen talepler aynı olmalı, örneğin, her iki talep de YKTK Anlaşmasının ihlâlinden kaynaklanmalıdır<sup>39</sup>. Buna karşın ulusal mahkemede açılan davanın örneğin sözleşmeye aykırılık iddiasına dayanması, buna karşın tahkime YKTK Anlaşmasının ihlâli iddiasıyla başvurulması durumunda aynı davadan bahsedilmesi mümkün olmayacağından, yol ayrımı kaydı uyarınca tahkime gidilmesine engel bir durum da söz konusu olmayacaktır<sup>40</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ICSID hakem kararlarında ağırlıklı olarak kabul edilen bu yaklaşım ile özellikle Kıta Avrupası hukuk çevresinde aynı davanın birden fazla mahkemede görülmesine engel olan kesin hüküm ve derdestlik itirazlarına ilişkin kabul edilen şartlar, yol ayrımı kayıtları bakımından da benzer şekilde kabul edilmiş olmaktadır<sup>41</sup>. Ancak söz konusu değerlendirmenin sıkı şartlara bağlanmış

35 Örneğin bkz *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/98/5 (26 July 2001); *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/99/6 (12 April 2002); *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8 (12 May 2005); *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12 (14 July 2006); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3 (22 May 2007); *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/02/9 (27 October 2006) (formerly *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T Wahba, John B Wahba, Timothy T Wahba v Arab Republic of Egypt*). Anılan kararların metinleri için bkz <<https://www.italaw.com>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

36 Petsche (n 2) 391, 407; Filippo Fontanelli, *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration- The Practice and the Theory* (Brill 2017) 22; Mariel Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes- Challenges and Solutions* (Eleven 2008) 85, 86.

37 Üçlü değerlendirmeye ilişkin tanım için bkz *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/98/2 (8 May 2002), para 483. Kararın ilgili kısmının İngilizce tercümesi için bkz Wang (n 14) 238 dn 131.

38 Schreuer (n 2) 248; Marshall (n 11) 18.

39 Schreuer (n 2) 248.

40 *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8 (12 May 2005) para 80 <<https://www.italaw.com/cases/288>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

41 Wehland (n 11) 89.

olması sebebiyle, yatırımcının yol ayrımı kaydı çerçevesinde kendisine sunulan seçim imkânından yararlanmış olduğu iddiasının ileri sürüldüğü davaların neredeyse tamamında, söz konusu iddia ICSID hakem heyetlerince reddedilmiştir. Bu sonuç ise, yol ayrımı kayıtlarının yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde paralel yargılamaları engellemek bakımından etkili olmadığına gerekçe oluşturmaktadır<sup>42</sup>.

Buna karşın, az sayıdaki ICSID hakem kararında ise, yol ayrımı kayıtlarına ilişkin sorunların çözümünde farklı bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu yeni yaklaşım çerçevesinde en çok tartışılan kararlardan biri 2009 tarihli *Pantechniki* kararıdır<sup>43</sup>. Söz konusu karar aynı zamanda bir yatırım uyuşmazlığına ilişkin olarak bir ICSID hakem heyetinin, yatırımcının ulusal mahkemeye başvurmak suretiyle YKTK Anlaşması'nın yol ayrımı kaydında hükme bağlanan seçim imkânını kullanmış olduğuna hükmettiği bilinen ilk karar olması bakımından da önem taşımaktadır<sup>44</sup>. Aşağıda, söz konusu karar incelenecektir.

## B. Yeni Bir Yaklaşım: *Pantechniki* Kararı

*Pantechniki* kararına konu olan uyuşmazlıkta Yunan şirketi *Pantechniki*, Arnavutluk'ta köprü ve yol inşaatı yapmak üzere Arnavutluk hükümetiyle anlaşmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede toplumsal olaylar neticesinde doğabilecek riskler Arnavutluk Genel Yol İdaresi tarafından üstlenilmiştir. 1997 yılında Arnavutluk'ta meydana gelen geniş çaplı yağmalama olayları sebebiyle *Pantechniki*'ye ait teçhizat çalınmış veya zarar görmüş, şirket, söz konusu zararı sebebiyle Arnavutluk hükümetinden 4.8 milyon ABD doları tazminat talep etmiştir. Arnavutluk Genel Yol İdaresi tarafından kurulan özel komisyon tarafından ise, *Pantechniki*'nin zararını 1.8 milyon ABD doları olarak tespit edilmiş, buna karşın söz konusu meblağ Arnavutluk Maliye Bakanlığı tarafından ödenmemiştir. *Pantechniki*, sözleşmeden doğan zararının tazmini amacıyla Arnavutluk mahkemelerinde dava açmış ancak ilk derece ve istinaf mahkemeleri, zarar risklerinin Arnavutluk Genel Yol İdaresi tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşme hükümlerini kamu düzenine aykırı bularak *Pantechniki*'nin taleplerini reddetmiştir. *Pantechniki* Arnavutluk Yüksek Mahkemesi'ne başvurduysa da, daha sonra söz konusu başvurudan vazgeçerek, Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki 1991 tarihli YKTK Anlaşması'nın<sup>45</sup> ihlâli iddiasıyla ICSID'e başvurmuştur.

42 McLachlan, Shore and Weiniger (n 8) para 4.82; Marshall (n 11) 16; Wang (n 14) 239.

43 Kararın künyesi için bkz yukarıda dn 17.

44 'Fork-in-the-road Provisions in Investment Treaties', <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>> Erişim Tarihi 6 July 2019; Fiona Marshall, 'Commentary: *Pantechniki v. Albania* decision offers pragmatic approach to interpreting fork-in-the-road clauses' <<https://www.iisd.org/itn/2009/09/02/commentary-pantechniki-v-albania-decision-offers-pragmatic-approach-to-interpreting-fork-in-the-road-clauses/>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Aynı yönde bir başka karar için bkz *Compania De Aguas Del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

45 Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki YKTK Anlaşması metni için bkz *Agreement Between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments* <<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6000%281%29.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

YKTK Anlaşması’nda 10. maddesinin ikinci fıkrasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca 6 ay içerisinde dostane şekilde çözülemediği durumlarda, yatırımcının veya âkit tarafın söz konusu uyuşmazlığın çözümlü için ilgili âkit devlet mahkemelerine veya uluslararası bir hakem heyetine başvurabileceği düzenlenmiştir<sup>46</sup>.

Arnavutluk, aynı davanın Arnavutluk mahkemelerinde de açılmış olduğu iddiasıyla ICSID hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Arnavutluk’a göre, gerek ICSID Konvansiyonu’nun “[b]u Konvansiyon çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. Âkit Devlet, bu rızalarının ön koşulu olarak yerel idarî ve adlî tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir” şeklinde düzenleme getiren 26. maddesi gerekse YKTK Anlaşması’nın 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, daha önce Arnavutluk mahkemelerinde açılan dava bakımından tahkime başvurma imkânı yoktur<sup>47</sup>.

Buna karşın davacı *Pantechniki* ise, Konvansiyon’un 26. maddesinin, sözleşmeden doğan bir taleple ilgili dava ulusal mahkemede görülürken, YKTK Anlaşmasından doğan taleplere ilişkin olarak tahkime başvurulmasını engellemediğini savunmuştur. Davacı ayrıca, Arnavutluk mahkemelerinde açılan davanın YKTK Anlaşması’nın 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir seçim yapıldığı anlamına gelmediğini ve Arnavutluk mahkemelerinde açılan dava ile tahkim yargılamasına konu olan davanın aynı dava olmadığını; dolayısıyla YKTK Anlaşması’nın 10. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmüştür.

Bu davada tek hakem olarak görev yapan *Jan Paulsson*, kararında, Arnavutluk mahkemelerinde açılan davanın taraflar arasındaki sözleşmeye, tahkim yargılamasına konu olan davanın ise, YKTK Anlaşması hükümlerine dayandığını tespit etmekle birlikte, bu tespitin ötesinde tahkim yargılamasına konu olan taleplerin varlığını sözleşmesel ilişki dışında bağımsız şekilde sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir<sup>48</sup>. Karara göre, tahkim yargılamasında ileri sürülen talepler, sözleşme ilişkisi dışında varlığını özerk şekilde sürdürüyor ise, davacının ulusal mahkemeye başvurmak suretiyle yapmış olduğu seçimin sonuçlarına katlanması gerekir.

Kararda Amerika- Venezuela Karma Komisyonu’nun 1903 tarihli *Woodruff* kararı ile 2002 tarihli ICSID *Vivendi* iptal kararına<sup>49</sup> atfı yapılmak suretiyle, “talebin esas dayanağı”nın araştırılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>50</sup>. Somut uyuşmazlıkta davacının

46 Anılan hükümde açıkça ulusal mahkemelere veya tahkime başvurmak bakımından yapılan seçimin nihai olacağı belirtilmediğinden, hükmün gerçek bir yol ayrımı kaydı olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz Marshall (n 11); Wehland (n 11) 96.

47 *Pantechniki* kararı para 50 vd.

48 *ibid* 63-64.

49 Kararın künyesi için bkz yuk dn 15.

50 *Pantechniki* kararı para 61.



ulusal mahkemedeki davada başarılı olması durumunda elde edeceği sonuç, ICSID'teki talebiyle tamamen örtüşecek ve aynı temele dayanacaktır<sup>51</sup>. Davacının, tahkim yargılamasındaki talebi, ulusal mahkemede ileri sürdüğü ve sözleşmeye dayanan hakkından kaynaklanmaktadır. Davacı, Arnavutluk mahkemelerinde dava açmayı seçmiştir; aynı temel gerekçe (*same fundamental basis*) YKTK Anlaşması'ndan doğan talebine dayanak olarak kabul edemez<sup>52</sup>. Bu çerçevede yatırımcı söz konusu taleplerini ulusal mahkemeler önünde ileri sürmeyi seçmiş olduğundan, YKTK Anlaşması'nın 10. maddesinin ikinci fıkrası gereğince bir seçim yapmış olduğuna ve böylece aynı ödemeye ilişkin taleplerini ICSID'de ileri süremeyeceğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, *Pantechniki* kararında ulaşılan sonuç, yukarıda incelenen *Genin v Estonia* kararının temsil ettiği ve taraf, dava konusu ve dava sebebi birliği temeline dayanan, sözleşmesel talepler ile YKTK Anlaşması'ndan doğan talepleri birbirinden ayırmanın yeterli olduğu yaklaşımından farklıdır. Bu yeni yaklaşımın temelini, farklı yargı mercileri önündeki davalarda ileri sürülen taleplerin hangi hukukî ilişkiden kaynaklandığının ötesinde, söz konusu taleplerin konularının da niteliksel bir incelemeye tâbi tutulması gerektiği oluşturur<sup>53</sup>. Bu sebeple, söz konusu karar ile yol ayrımı kayıtlarının uygulanmasında benimsenen şekli yaklaşımın üstesinden geldiği ve etkili şekilde uygulanmalarına imkân tanındığı söylenebilir<sup>54</sup>. Bununla birlikte, doktrinde *Pantechniki* kararına yöneltilen temel eleştiri, kararda ortaya konan yaklaşımın yatırımcılar bakımından belirsizlik yaratacağı, bu sebeple hukuki kesinlik ve öngörülebilirlikten uzak olduğuna ilişkindir<sup>55</sup>.

*Pantechniki* kararında kabul edilen yaklaşımın yol ayrımı kayıtlarına ilişkin önceki yaklaşımı tamamen ortadan kaldırıp kaldırmayacağı belirsizdir. Örneğin, *Pantechniki* kararının akabinde verilen *Toto Costruzioni Generali S.P.A. v Republic of Lebanon* kararında<sup>56</sup>, *Pantechniki* karardan önceki kararlara atıf yapan hakem heyeti, aynı davadan bahsedilebilmesi için tarafların, dava sebebi ve konusunun aynı olması gerektiğini belirtmiş, somut davada sözleşmeden doğan talepler ile yatırım anlaşmasından doğan taleplerin “aynı” olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir<sup>57</sup>. Bu çerçevede hakem heyeti *Pantechniki* kararına benzer şekilde

51 *ibid* para 67.

52 *ibid* para 67.

53 Lee A Steven, ‘Two Roads- Two Tribunals: Recent “Fork-in-the- Road” Interpretations’ <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interpretations/>> Erişim Tarihi 6 July 2019; ‘Fork-in-the-road Provisions in Investment Treaties’,

<<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

54 Wang (n 14) 244; McLachlan, Shore and Weiniger (n 8) para 4.108.

55 Wehland (n 11) 90; Petsche (n 2) 395.

56 Karar metni için bkz *Toto Costruzioni Generali S pA. v The Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12 (7 June 2012) <<https://www.italaw.com/cases/1108>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Söz konusu kararla aynı yönde bir başka karar için bkz *Total SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/04/01 (27 December 2010) <<https://www.italaw.com/cases/1108>> Erişim Tarihi 6 January 2020.

57 *Toto Costruzioni Generali S pA. v The Republic of Lebanon*, para 203 vd.

yatırımcının taleplerinin sözleşmenin ifasından kaynaklanan ek masrafları tazmin etmeye yönelik olarak aynı amacın bulunduğuna ilişkin Lübnan’ın yaptığı itirazları kabul etmemiştir.

Buna karşın, 2014 tarihli *H&H Enterprises Investments, Inc. v Arab Republic of Egypt* kararında<sup>58</sup> ise, hakem heyetinin *Pantechniki* kararında kabul edilen yaklaşımı aynen benimsediği görülmektedir. Söz konusu karara konu olan uyuşmazlıkta, *H&H* adlı şirket ile Mısır hükümetinin sahip olduğu *Grand Hotels of Egypt* isimli şirket arasında Süveyş Körfezinde bulunan otelin işletme ve yönetimine ilişkin sözleşme yapılmıştır. Davacının iddiasına göre, *Grand Hotels of Egypt* tarafından, söz konusu sözleşmede davacı lehine düzenlenmiş olan otelin ve otele bitişik arazinin alım opsiyonu tanınmamış, ayrıca, kendisinin sunmuş olduğu geliştirme planları kabul edilmeyerek ve sürekli işletme lisansı alması engellenerek sözleşmenin ifasının önüne geçilmiştir. *Grand Hotels of Egypt* tarafından, H&H’nin taraflar arasındaki sözleşmeyi ihlal ettiği ve sözleşmenin böylelikle sona erdirildiği gerekçesiyle, söz konusu sözleşmede yer alan tahkim kaydı uyarınca Mısır’da tahkim süreci başlatılmıştır. *H&H* ise, Mısır mahkemelerinde, biri, geliştirme planlarının kabul edilmemesi ve sürekli işletme lisansı almasının engellenmesine, diğeri ise kendisine tanınmış alım opsiyonuna ilişkin olmak üzere iki dava açmıştır. *H&H*, daha sonra, 2009 yılında ABD ile Mısır arasındaki YKTK Anlaşması<sup>59</sup> uyarınca ICSID’e başvurmuş ve Mısır hükümetinin kendisi aleyhine aldığı tahliye kararı ile sözleşme uyarınca sahip olduğu alım opsiyonunu tanımadığı gerekçeleriyle YKTK Anlaşması’nın adil ve eşit muamele, kamulaştırma ve koruma güvenlik ilke ve standartlarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Söz konusu davada Mısır hükümeti, yatırımcının daha önce Mısır mahkemelerinde dava açmakla YKTK Anlaşması’nın VII 3(a) maddesinde yer alan yol ayrımı kaydı uyarınca kendisine tanınan seçim hakkını kullanmış olduğunu ve bu sebeple tahkime başvurma imkânının kalmadığını iddia etmiş ve hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, söz konusu itirazı kabul etmiştir.

YKTK Anlaşması’nın anılan hükmü uyarınca, (uyuşmazlığın bir önceki fıkrada belirtilen usuller uyarınca çözümlenememesi durumunda) yatırımcı, uyuşmazlığın doğumundan itibaren altı ay içerisinde, uzlaşma veya müzakere yoluyla çözümlenmemiş olması veya uyuşmazlığın çözümü için daha önce uyuşmazlık taraflarınca kararlaştırılan yöntemlerinden birine başvurulmamış olması ya da yatırımcının ev sahibi devletin yetkili mahkemelerine başvurmamış olması durumunda, uyuşmazlığın ICSID tarafından uzlaşma veya tahkim yoluyla çözümü için başvuru yapabilecektir.

58 Karar metni için bkz *H&H Enterprises Investments, Inc. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/09/15, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Karar, bu çalışmada “*H&H Enterprises Investments* kararı” olarak anılmıştır.

59 *Treaty Between the United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1123>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

Söz konusu hükmü değerlendiren hakem heyeti, yol ayrımı kayıtlarına ilişkin olarak aranan taraf, dava konusu ve dava sebebi birliğinin önceki hakem kararlarına dayandığını, buna karşın somut uyuşmazlığa konu olan YKTK Anlaşması'nın VII 3(a) hükmünde, davacının seçme imkânını kullandığının kabul edilebilmesi için böyle bir birliğin aranmasının şart olarak öngörülmediğini belirtmiştir<sup>60</sup>. Karara göre yol ayrımı kaydında belirtilen seçme hakkının kullanılıp kullanılmadığının tespiti, bu kayda ilişkin YKTK Anlaşması hükmünün yorumunu gerektirmektedir<sup>61</sup>. Söz konusu hükmü yorumlayan hakem heyeti, âkit devletlerin uyuşmazlığın başka bir uyuşmazlık çözüm yoluna veya ulusal mahkemelere götürülmemiş olması şartıyla ICSID tahkimine başvurabilecekleri konusunda uzlaşmaya varmış olduklarını, ICSID tahkiminin temyiz usûlü olarak öngörülmemiş olduğunu, bu bağlamda somut olayda uyuşmazlık hakkında hem daha önceden üzerinde uzlaşılan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine hem de ulusal mahkemelere başvurulmuş olduğu sonucuna varmıştır<sup>62</sup>. Bunun yanı sıra, karara göre taraf, dava konusu ve dava sebebinde birlik aranmasına ilişkin yaklaşımın kabul edilmesi, aynı uyuşmazlığın farklı yargı mercileri önünde davaya konu olmasını engelleme amacını taşıyan yol ayrımı kaydının söz konusu amacına da aykırı olacak ve bu kaydı anlamsız hale getirecektir. Taraf, dava konusu ve dava sebebinde birlik aranması yaklaşımı, kesin hüküm doktrinine dayanmakla birlikte, yatırım uyuşmazlıklarında çoğunlukla tahkim yargılaması ile ulusal mahkeme önündeki yargılamanın tarafları (ulusal mahkemelerdeki davaların daha çok devlet aleyhine değil, tüzel kişiliğe sahip devlet organları aleyhine açıldığı da dikkate alındığında) ve dava sebepleri birbirinden farklıdır<sup>63</sup>. Kaldı ki, YKTK Anlaşması'nın anılan hükmünde tarafların aynı olmasına ilişkin herhangi bir şarta yer verilmemiş, somut uyuşmazlığın başka bir çözüm yoluna konu teşkil etmemesi aranmıştır. Dolayısıyla hakem heyetine göre, taraf ve dava konusunun aynı olmasından ziyade, taleplerin aynı temele dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir. Bu sebeple davacının ulusal mahkemede dava açmakla kendisi için tahkim yolunu kapattığını söyleyebilmek için, YKTK Anlaşması'na dayanan taleplerin daha önce ulusal mahkemede yargılamaya konu olan taleplerle aynı temele sahip olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Aynı temele sahip olması durumunda, yol ayrımı kaydında yer alan seçme imkânından yararlanılmış olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, hakem heyeti, somut uyuşmazlıkta, yatırımcının Mısır mahkemelerinde açtığı davalardaki taleplerinin, Mısır'da kendisi aleyhine başlatılan tahkim yargılamasındaki savunmalarının ve ICSID tahkim yargılamasındaki taleplerinin tamamının esas itibarıyla otel işletme ve yönetim sözleşmesinin ihlali ile kendisine tanınmış olan alım opsiyonuna ilişkin olduğu ve bu sebeple yatırımcının ICSID tahkimine başvuramayacağı sonucuna varmıştır.

60 *H&H Enterprises Investments* kararı, para 364.

61 *ibid* para 365.

62 *ibid* para 366.

63 *ibid* para 367.

Yine, 2017 yılında verilen *Supervision y Control v Costa Rica* kararında<sup>64</sup> da hakem heyetinin *Pantechniki* yaklaşımını esas itibariyle benimsediği görülmektedir<sup>65</sup>. Karara konu olan İspanya ile Kosta Rika arasındaki YKTK Anlaşması’nın XI.3. maddesi yol ayrımı kaydı değil, feragat hükmü niteliğinde<sup>66</sup> olmasına rağmen, hakem heyeti uyuşmazlık çözümüne ilişkin her iki tür hükmün de paralel yargılamaları engelleme amacının bulunduğundan hareket etmiş ve somut uyuşmazlıkta ulusal mahkeme önündeki dava ile hakem heyeti önündeki davaların aynı dava olup olmadığını *Pantechniki* kararında benimsenen “talebin esas dayanağı” yaklaşımı çerçevesinde yorumlamıştır. Karara göre, davaların aynı olup olmadığını tayininde, söz konusu davalarda ileri sürülen taleplerin aynı normatif temele dayanıp dayanmadığının ve talebin sözleşme dışında özerk şekilde varlığını sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesi gerekir<sup>67</sup>. Eğer her iki uyuşmazlıkta talebin temel sebebi ve amaç aynı ise, davaların aynı olduğu sonucuna varılması gerekir. Somut uyuşmazlığa konu olan davalarda davacının talepleri Kosta Rika’nın araç muayene hizmet oranını sözleşmede düzenlenmesine rağmen ayarlayamamasından kaynaklanmakta ve bu çerçevede uğradığı zarar ile kâr kaybına dayanan tazminat talepleri bakımından aynı sonuç amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, somut uyuşmazlıkta hakem heyeti, her iki davanın da Kosta Rika’nın ihmâliinden kaynaklanan kâr kaybının tazmini amacıyla açılmış olduğuna ve bu kapsamda davaların aynı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

## II. Değerlendirme

ICSID hakem kararları incelendiğinde, söz konusu kararların büyük çoğunluğunda yol ayrımı kayıtlarında yer alan seçim hakkının kullanılıp kullanılmadığına ilişkin olarak *Genin v Estonia* kararının temsil ettiği yaklaşımın benimsenerek, ulusal mahkeme ile hakem heyeti önündeki davaların taraf, dava konusu ve dava sebebi bakımından aynı olup olmadıklarını araştırdıkları görülmektedir. Söz konusu yaklaşım, aradığı sıkı şartlar sebebiyle şekli bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Aynı gerekçeyle bu yaklaşımın, yukarıda da ifade edildiği üzere, yol ayrımı kayıtlarının etkililiğine ve bu anlamda paralel yargılamaları engelleme amacına ket vurduğu da söylenebilir. Gerçekten, ulusal mahkemede açılmış olan dava ile tahkim yargılamasına konu olan davanın sıkı şartlara bağlı olarak “aynı dava” olmasının aranması, yatırım ilişkilerinin niteliği dikkate alındığında, söz konusu yargı mercileri önündeki davaların hemen her zaman aynı dava olmadığı sonucuna ulaşmaya müsaittir. Zira yatırımcı

64 *Supervision y Control v Costa Rica*, ICSID Case No ARB/12/4 (18 January 2017), <<https://www.italaw.com/documents/Genin-Award.pdf>> Erişim Tarihi 6 December 2019.

65 Kararın ayrıntılı eleştirisi için bkz. Serena Lee and Myron Phua, ‘*Supervision y Control v Costa Rica*: Developing the *Pantechniki v Albania* Standart for ‘Fork in the Road’ Provisions in Investment Treaties’ (2019) 34(1) ICSID Review 203, 205.

66 Anılan hüküm uyarınca, yatırımcının uyuşmazlığı tahkime götürmesi durumunda, hakem heyetinin vereceği karar nihaidir. Yatırımcı, yatırımın yapıldığı ülke mahkemelerinde dava açmış ve fakat söz konusu mahkemeler henüz karar vermemiş olması durumunda, tahkime gidebilmesi mümkündür. Bu ihtimalde, yatırımcı ulusal mahkeme önündeki davadan kesin olarak feragat etmesi sonucunu doğuracak her türlü önlemi almakla yükümlüdür.

67 *Supervision y Control v Costa Rica*, para 310.

yatırım anlaşması çerçevesindeki davasını ev sahibi devlete karşı açarken, ulusal mahkemede davayı tüzel kişiliğe sahip bir devlet kurumuna karşı açabilmektedir. Yine, yatırımcının ev sahibi devlette kurmuş olduğu bir şirket aracılığıyla davayı söz konusu devlet mahkemelerinde açması, tahkim yargılamasında ise, söz konusu şirket ve yatırımcının davacı konumunda bulunması muhtemeldir<sup>68</sup>. Davalardan birinin yatırım anlaşmasından, diğerinin ise, yatırımcının ev sahibi devlette girdiği bir hukukî ilişkiden doğmasına bağlı olarak da dava sebepleri arasında farklılık olacaktır.

Bunun yanı sıra, Kıta Avrupası hukukunda aynı davanın farklı mahkemelerce görülmesine engel olunmasının aracı olarak kabul edilen derdestlik ve kesin hüküm itirazlarına ilişkin şartların ulusal hukuklarda kabul edildikleri şekliyle, YKTK Anlaşmalarında yer alan yol ayrımı kayıtlarının uygulanması bakımından aynen benimsenmesinin de ne derece doğru olduğu tartışılabilir<sup>69</sup>. Zira, doktrinde de ifade edildiği üzere, (milletlerarası) derdestliğin kabulündeki temel varsayım, aynı davanın açıldığı iki mahkemenin de söz konusu dava bakımından *yetkili* olduğu varsayımı olup, derdestlik itirazıyla aynı davanın söz konusu dava bakımından yetkili olan farklı mahkemelerde eş zamanlı yargılamaya konu olmasından kaynaklanabilecek masraf, zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>70</sup>. Buna karşın, benzer nitelikte bir yetkisel eşitlik (*jurisdictional equivalence*) durumunun ulusal mahkemeler ile yatırım hakem heyetleri arasında var olduğu, her zaman aynı kesinlikle söylenemez<sup>71</sup>. Zira, ulusal mahkemeler YKTK Anlaşması hükümlerinin uygulanması bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda genellikle yetkilendirilmedikleri gibi, hakem heyetlerinin de -ilgili uyuşmazlık çözüm hükümlerinin kapsamına göre değişebilecek olmakla birlikte- ulusal hukuk düzenlemelerinden doğan tüm davaları görmek bakımından yetkilendirilmemiş olmaları mümkündür<sup>72</sup>. Benzer şekilde kesin hüküm doktrininin iki farklı mahkeme arasındaki ilişkiyi düzenleyen şartlarının da, yol ayrımı kayıtlarının uygulanmasında ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri arasında yapılması öngörülen seçim bakımından aynen benimsenmesinin yerindeliği de tartışılmalıdır<sup>73</sup>.

Buna karşın YKTK Anlaşmalarının diğer hükümleri gibi, yol ayrımı kayıtlarının da 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin<sup>74</sup> 31 ve 32. maddeleri uyarınca iyi niyetle ve âkit devletlerin karşılıklı yükümlülükleri çerçevesinde uygulanması gerekir<sup>75</sup>. Dolayısıyla söz konusu kayıtlara mümkün olduğunca etki tanyacak

68 Wang (n 14) 239.

69 Lee and Phua (n 65) 214; Gillies Cuniberti, 'Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement' (2006) 21(2) ICSID Review 381, 382-390.

70 Bayraktaroğlu Özçelik (n 7) 31; Lee and Phua (n 65) 214.

71 Lee and Phua (n 65) 214.

72 Lee and Phua (n 65) 214.

73 Lee and Phua (n 65) 214.

74 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz <[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/Viyana\\_69.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.

75 Wehland (n 11) 88; Wang (n 14) 239.

şekilde bir yorum yoluna gidilmesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>76</sup>. Bu çerçevede *Pantechniki* kararının temsil ettiği ve taraf, dava konusu ve dava sebebine ilişkin üçlü değerlendirmeyi sıkı şekilde aramayan yaklaşımın yatırım uyuşmazlıklarının niteliğine daha uygun olduğu ve yol ayrımı kayıtlarının amacına ve etkililiğine hizmet edeceği söylenebilir. Bu bağlamda doktrinde de ifade edildiği üzere, ilgili yatırım anlaşmasında yatırım uyuşmazlığının ne şekilde tanımlandığına bağlı olarak, yatırımcının, söz konusu anlaşmadan doğan bir talebe esas itibariyle eşit olan bir taleple ev sahibi devlet aleyhine dava açması durumunda yol ayrımı kaydı uyarınca seçim yaptığı kabul edilebilir<sup>77</sup>.

---

**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

- Ataman Fıganmeşe İ, ‘Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion “Arbitration Without Privity”’ (2011) *Annales de la Faculte de Droit dIstanbul* 187-201.
- Aydoğmuş Y, ‘İki Tarafılı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı’ (2009) 29 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21-84.
- Baklacı P, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta 2010).
- Bayraktaroğlu Özçelik G, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin 2016).
- Çal S, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009).
- Dimsey M, *The Resolution of International Investment Disputes- Challenges and Solutions* (Eleven 2008).
- Ekşi N, ‘Milletlerarası Tahkimde Paralel Yargılamalar (Parallel Litigation)’ (2013) 2(2) *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 15-51.
- Fontanelli F, *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration- The Practice and the Theory* (Brill 2017).
- Giray F K, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013).
- Giray F K, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Tarafılı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları’ (1999) 1 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 217-228.
- Lee S and Phua M, ‘*Supervision y Control v Costa Rica: Developing the Pantechniki v Albania Standard for ‘Fork in the Road’ Provisions in Investment Treaties*’ (2019) 34(1) *ICSID Review* 203- 223.

---

76 Campbell McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation* (Martinus Nijhoff 2009) 266.

77 McLachlan, Shore and Weiniger (n 8) para 4.108.

- Marshall F, 'Risks for Host States of the Entwining of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road' (2009) <[https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best\\_practices\\_bulletin\\_4.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practices_bulletin_4.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- Marshall F, 'Commentary: Pantechniki v Albania decision offers pragmatic approach to interpreting fork-in-the-road clauses' (2009) <<https://www.iisd.org/itm/2009/09/02/commentary-pantechniki-v-albania-decisionofferspragmatic-approach-to-interpreting-fork-in-the-road-clauses/>> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- McLachlan C, *Lis Pendens in International Litigation* (Brill 2009).
- McLachlan C, Shore L and Weiniger M, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017).
- Petsche M A, 'The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches' (2019) 18(2) Washington University Global Studies Law Review 391- 428.
- Pohl J, Mashigo K and Nohen A, 'Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey', OECD Working Papers on International Investment (2012) 2 <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_2.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- Schreuer C, 'Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road' (2004) 5 The Journal of World Investment and Trade 231-256.
- Steven LA, 'Two Roads- Two Tribunals: Recent "Fork-in-the- Road" Interpretations' (2009) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interpretations/>> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri* (5th edn, 2013 Beta).
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003).
- Wehland H, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration* (Oxford 2013).
- Wang G, *International Investment Law: A Chinese Perspective* (Routledge 2014).
- <<https://www.collinsdictionary.com/submission/11035/Fork+in+the+road>> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- 'Fork-in-the-road Provisions in Investment Treaties', <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>> Erişim Tarihi 6 July 2019.