

Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi^(*)



Review of the Asian Agricultural Products Ltd. v Sri Lanka ICSID Arbitration Decision

Samet SARIKAYA



Avukat

Eskişehir Barosu

Anahtar Kelimeler

*Milletlerarası Yatırım Tahkimi,
ICSID Konvansiyonu,
Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmeleri,
Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi,
Yatırım Uyuşmazlıkları.*

Keywords

*International Investment Arbitration,
ICSID Convention,
Investment Incentive and Protection Agreements,
Full Protection and Security Principle,
Investment Disputes.*

Öz

Yatırım tahkimi, son yıllarda önemi artan bir yatırım uyuşmazlığı çözümü yöntemidir. Yatırım tahkimiyle yabancı yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasında oluşan anlaşmazlıkların hızlı ve tarafsız bir biçimde çözülmesi amaçlanmaktadır. Çalışmamızda Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezinde (ICSID) çözümlendirilen ve yatırım tahkimi açısından önemli bir dava incelenmiştir. Bu dava kimi yazarlar tarafından “dönüm noktası” olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak çalışmaya konu olan *Asian Agricultural Products Ltd.* ve Sri Lanka arasında gerçekleşen uyuşmazlığa neden olan tarihsel gelişim süreci incelenmiştir. Ardından hakem heyetine başvuran *Asian Agricultural Products*'in taleplerine yer verilmiştir. Bu taleplere ilişkin hakem heyetinin vermiş olduğu karara değinilmiş ve bu kararlar ilgili açıklamalar yapılmıştır. Son olarak muhalif görüşe ve dayanağına yer verilmiştir.

Abstract

Investment arbitration is an investment dispute resolution method that has become more important in recent years. Investment arbitration is aimed to resolve disputes between foreign investors and host states quickly and impartially. In our study, an important case in terms of investment arbitration, which was resolved before the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), has been examined. This case is referred to as the “turning point” by some authors. In our study, first of all, *Asian Agricultural Products Ltd.*, which is the subject of the study the historical development process that caused the conflict between Sri Lanka and Sri Lanka was examined. Then, the requests of *Asian Agricultural Products Company*, which applied to the arbitration committee, were included. The decision of the arbitral tribunal regarding these demands was mentioned and explanations were made regarding this decision. Finally, the dissenting opinion and its basis are given.

^(*) Karar İncelemesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 03.10.2022, Kabul Tarihi: 04.01.2023.

GİRİŞ

Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) 1966 yılında devletler ve uluslararası yatırımcılar arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş, uluslararası yatırımı teşvik etmeye yardımcı olan bir tahkim kurumudur¹. ICSID, 14 Kasım 1966'da yürürlüğe giren Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'nin² ilk maddesiyle kurulmuştur³. Sözleşme'nin hazırlanması, Dünya Bankası bünyesinde yer alan Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankasının yöneticilerinin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşmiştir⁴. ICSID tahkiminin amacı, sözleşmeye taraf olan devletlerin, yabancı yatırımcılarla aralarında gerçekleştirecekleri ticari antlaşmalarda dostça davranışlar sergilenmesi ve uyuşmazlıkların barışçıl biçimde çözümlenmesidir⁵. Bu sayede taraf devletlere daha fazla yabancı yatırımı çekilebilecektir. Bunun yanı sıra ev sahibi devletler, kendilerini diplomatik talepler karşısında koruma altına almış olacaklardır. Yabancı yatırımcılar ise yabancı yatırım kararları için güvenlik önlemi sağlayan⁶ bir yargılama sistemine erişim hakkına sahip olacaktır. Ayrıca bu heyet, özgün ve uluslararasıdır. Bu da ICSID'in diğer tahkim heyetlerine göre tercih edilirliliğini arttıran bir durum olacaktır. ICSID, kurulmasının ardından, ilk yıllarında uyuşmazlık çözümünde nadiren kullanılmıştır. Zaman geçtikçe imzacı devlet sayısı ve çözülen uyuşmazlık sayısı artmıştır. Türkiye, ICSID Konvansiyonu'na 27.05.1988 tarihinde ve 3460 sayılı Kanun ile taraf olmuştur⁷. Günümüzde 163 imzacı ve taraf devlet listelenmektedir⁸.

Günümüzde yatırım uyuşmazlıkları nedeniyle tahkime başvuru imkânını, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında tahkim şartı içeren bir sözleşmenin yanı sıra ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması sağlamaktadır. *Figanmeşe*'nin görüşüne göre ICSID Konvansiyonu'nun oluşturulma aşaması incelendiğinde, Konvansiyon'un ev sahibi devlet ile yatırımcının kendisi arasında akdedilecek tahkim şartları çerçevesinde yürütülecek tahkim yargılamaları için düzenlenmiş olduğu görülecektir⁹. Günümüzdeki bu uygulamanın temeli *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka Davası*'nda atılmıştır. Ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş bir Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın, yatırımcıya ICSID tahkimine başvurma yolunu açması, bu davada verilen karar ile sağlanmıştır.

Kabul edilen bu durum yatırımcılara büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşlığının bulunduğu devletin Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması akdetmesi, yatırımcının ICSID'e başvuru yapabileceği anlamına gelecektir. Burada yatırımcıları koruyan bir yorum daha mevcuttur. Bu yoruma göre ikili yatırım anlaşmalarının iki devlet arası yapılmasından ötürü, bu devletlerin onayı olsa da devletlerden birinin vatandaşlığındaki yatırımcının onayı eksiktir. Yani yatırımcı bu sözleşmenin doğrudan doğruya tarafı olmayacaktır. "*İkili yatırım anlaşmasının akdedilmesiyle, yalnızca devletin tahkim anlaşması yapılması yönündeki icabı bulunur ve yatı-*

¹ <https://icsid.worldbank.org/About/ICSID> (ET: 04.05.2022).

² <https://arbitrationcenter.org/mevzuat/icsid-sozlesmesi/> (ET: 05.12.2022).

³ TEKÇE, Evren: *Dünyada ve Türkiye'de Uluslararası Ticari Tahkim*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020, s. 23; AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 249; KÖKSAL, Tunay: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 37.

⁴ DAYINLARLI, Kemal: *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, 1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014, s. 118; ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 171.

⁵ NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / GELGEL, G. Öztekin: *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 132.

⁶ ICSID, Dünya Bankası bünyesinde bir kuruluş olduğu için yaptırım bakımından en güçlü heyetlerden birisi olma özelliği taşımaktadır.

⁷ 02.06.1988 tarihli ve 19830 sayılı Resmî Gazete.

⁸ <https://icsid.worldbank.org/about/memberstates/database-of-member-states> (ET: 04.05.2022).

⁹ ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012, Cilt 31, Sayı 1, s. 106.

rımcı bu icabı kabul etmelidir”¹⁰. “Bu doğrultuda ICSID’e başvuran yatırımcı, ihtilaf bakımından yazılı onayını başvuru ile birlikte sunmuş sayılmalıdır”¹¹. AAPL v. Sri Lanka Davası’ndan itibaren kabul edilen bu görüş yakın zamanlarda da uygulamada yer almaktadır. Örneğin 2002 tarihli *PSEG v. Türkiye Davası* da Türkiye’yle ABD arasında akdedilmiş olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması’na dayandırılmıştır.

AAPL v. Sri Lanka Davası’nda verilen karar ile ev sahibi devlet ile yatırımcının tâbi olduğu devlet arasında akdedilmiş iki taraflı (veya çok taraflı) yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin anlaşmada yer alan tahkim şartlarının, yatırımcıların ICSID tahkimine başvurabilmelerini mümkün kıldığı kabul edilmiştir: “Günümüzde artık ev sahibi devletin yatırımcının tâbi olduğu devlet ile akdetmiş olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında yer alan tahkim şartı, ev sahibi devletin yatırımcıya yaptığı bir icap, yatırımcının tahkime başvurması ise, icabın kabulü olarak yorumlanmaktadır”¹².

I. OLAYLARIN GELİŞİMİ

AAPL v. Sri Lanka davasında, davacı AAPL’dir. Şirket, Britanya Hong Kongu -dolayısıyla Birleşik Krallık- merkezli bir şirkettir. AAPL, Sri Lanka’da yer alan, bir kamu şirketi olan ve %48,2 hissesine sahip olduğu¹³ *Serendib Seafoods Ltd.* ile ortak olarak karides ihracatı yapmaktadır. Bu doğrultuda *Serendib*, 1986 yılında Doğu Sri Lanka’da yer alan bir karides işletmesi kurmuştur. Ancak aynı bölge, bu tarihlerde Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları isimli, Tamil etnik grubunun yaşadığı bölgenin bağımsız olması amacıyla mücadele eden ve ayrılıkçı faaliyetler sergileyen örgütün isyan hareketine sahne olmuştur¹⁴. Sri Lanka Devleti ise bölgede, Tamil Kaplanları’na karşı mücadelesini yoğunlaştırmıştır. Gerçekleşen silahlı mücadelenin neticesinde Serendib’e ait işletmeler ve araziler yıkıma uğramıştır. Yıkıma asıl sebebiyet veren ise büyük oranda Sri Lanka hükümetinin eylemleri olmuştur¹⁵.

Arazilerin ve işletmelerin yıkıma uğramasının ardından AAPL şirketi, Birleşik Krallık ve Sri Lanka arasında 13.02.1980 tarihinde akdedilmiş olan iki taraflı yatırım antlaşmasına (*Sri Lanka-United Kingdom BIT 1980*¹⁶) dayanarak ICSID’e başvurmuştur.

Başvuru sonucunda verilen karar, uluslararası yatırım tahkimi ve ICSID açısından dönüm noktasında bir karar olma özelliğini taşır¹⁷. Tarihte ilk defa, yatırımcı şirketin tâbi olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasında akdedilmiş iki taraflı (veya çok taraflı) yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmasında (*bilateral investment treaty*, BIT)¹⁸ kabul edilen tahkim şartlarının, yatırımcıların tahki-

¹⁰ KUĞUOĞLU, Dilşad / DEMİRKOL, Elit Meviza: “ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 43, s. 530.

¹¹ KUĞUOĞLU / DEMİRKOL, s. 530.

¹² ATAMAN FİGANMEŞE, s. 107.

¹³ EL-KOSHERI, Ahmed Sadek / GOLDMAN, Berthold / ASANTE, Samuel: “Case Summary Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka”, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008, (https://www.biicl.org/files/3937_1990_aapl_v_sri_lanka.pdf, ET: 29.12.2022), s. 2.

¹⁴ KORKMAZ, Hüseyin: “Sri Lanka’da Ulus İnşası ve Ayrılıkçı Tamil Hareketinin Anatomisi: Tamil Eelam Kurtuluş Kaplanları Örneği”, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 1, s. 93-94.

¹⁵ ZENGİNKUZUCU, Dikran Migirdiç: *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 175.

¹⁶ Bkz. <https://edit.wti.org/document/show/6e5f7e0c-dd30-421d-80ba-77b721b2ff40> (ET: 08.12.2022).

¹⁷ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 105.

¹⁸ Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarının tanımı, Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığının internet sitesinde şu şekilde yapılmıştır: “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşmaları, yabancı bir ülkede yatırım yapan yatırımcılar için büyük önem taşıyan; yatırımcıya ev sahibi ülke tarafından uygulanacak muamelelerin sınırlarının belirlenmesi, yatırım yapılan ülkelerdeki temel hak ve menfaatlerin uluslararası hukuk temelinde korunması, kar transferlerinin güvence altına alınması, ev sahibi devletçe yapılması muhtemel kamulaştırma işlemlerinin şartlarının belirlenmesi ve uyumsuzluk halinde uluslararası tahkime başvurulması gibi “olmazsa olmaz” hükümler içeren temel nitelikteki anlaşmalardır”. Bkz. <https://www.ticaret.gov.tr/hizmet-ticareti/yurtdisi-yatirimlar/yatirimlarin-karsilikli-tesviki-ve-korunmasi-yktk-anlasmalari> (ET: 03.06.2022).

me başvurmasını olanaklı kılabileceği kabul edilmiştir¹⁹. Kararda Tahkim Heyeti, uygulanacak hukuk bakımından, birincil kaynak olarak Sri Lanka-Birleşik Krallık Yatırım Antlaşması'nın hükümlerinin, tamamlayıcı kaynak olarak ise Sri Lanka yerel mevzuatının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Uyuşmazlık özelinde ise AAPL şirketi yapmış olduğu başvuruda, Birleşik Krallık ve Sri Lanka'nın akdetmiş oldukları Antlaşma'nın 2. maddesinde yer alan, tam koruma ve güvenlik ilkesine yönelik hükmün ihlal edildiğini iddia ederek davalı devletin güvenlik zafiyetinde bulunduğunu ileri sürmüştür. Buradaki en önemli nokta, AAPL şirketinin, doğrudan Sri Lanka Devleti'yle yapılmış olan karşılıklı herhangi antlaşmaya göre değil, Birleşik Krallık ve Sri Lanka arasında mevcut olan Antlaşma'ya göre başvurusunu yapmasıdır. Ayrıca başvuru 8.067.368 Amerikan dolarından az olmamak kaydıyla tazminata hükmedilmesini talep etmiştir²⁰.

Diğer yandan Sri Lanka ise bölgede güvenliği yeniden tesis etmek amacıyla egemen haklarına dayanarak operasyon düzenlediğini, askeri gerekliliklerin mevcut olduğunu, söz konusu bölgenin özellikleri dikkate alındığında yatırımcının böyle bir riski bilerek yatırımını yaptığını ileri sürmüştür.

II. KARARDA YER ALAN GÖRÜŞLER

ARB 87/3 sayısını alan uyuşmazlığa ilişkin nihai karar 27 Haziran 1990 tarihinde verilmiştir. Heyet vermiş olduğu kararda tam koruma ve güvenlik ilkesi ile gelecekteki muhtemel kazancın kaybıyla ilgili olarak değerlendirmeler yapmıştır.

A. Tam Koruma ve Güvenlik İlkesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

1. Genel Olarak

Tam koruma ve güvenlik ilkesi, adil ve eşit davranma yükümlülüğü kapsamındaki temel davranış ilkeleri arasında yer almaktadır²¹. Bu ilkeye göre ev sahibi devlet, yabancı yatırımcı veya yatırımlara karşı gerçekleştirilebilecek olumsuz etkilere karşı önlem almakla yükümlüdür²². Ayrıca bu ilke, iki taraflı ve çok taraflı yatırım antlaşmalarında düzenlenen, hakkaniyetli ve adil muamele ile beraber düzenlenen bir standarttır²³. Bu ilkeye Türkiye'nin de taraf olduğu birçok iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmasında rastlamak mümkündür²⁴.

¹⁹ JHON, S. Taylor: "The Creation of Investor-State Arbitration", (Ed.) SCHULTZ, Thomas / ORTINO, Federico: *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2020, s. 792; ERKAN, Mustafa: *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 108; AKROFI, D. Asiedu: "ICSID Arbitral Decision", *The American Journal of International Law*, 1992, Cilt 86, Sayı 2, s. 371; ATAMAN FİGANMEŞE, s. 106-107.

²⁰ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 9.2 (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/87/3>, ET: 12.12.2022).

²¹ PARTALCI, Rümeyza: "Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen 'Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü'", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2016, Cilt 36, Sayı 2, s. 137. Adil ve eşit davranma yükümlülüğüne ilk olarak Havana Şartı'nın (1948 *Havana Charter for an International Trade Organisation*) 11. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmektedir. Bunun ardından bölgesel anlamda, 1948 Bogota Ekonomik Antlaşması'nın (*Economic Agreement of Bogotá*) 22. maddesinde bu yükümlülüğe rastlamak mümkündür. 1959 yılında, Yurtdışı Yatırımlarına İlişkin Antlaşma Tasarısı'nın (*Draft Convention on Investments Abroad*) da ilk maddesinde "Taraflardan her biri, her zaman, diğer tarafların yatırımlarına ve yatırımcılarına adil ve eşit muamele gösterecektir" denilmek suretiyle adil ve eşit davranma yükümlülüğü dile getirilir. 12 Ekim 1967 tarihli Yabancı Yatırımın Korunmasına İlişkin Antlaşma Tasarısı'nda da (*Draft Convention on the Protection of Foreign Property*) ilk maddenin (a) fıkrasında adil ve eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sonraki tarihlerde de yatırım hukukuyla ilişkili pek çok antlaşmada adil ve eşit davranma yükümlülüğüne rastlamak mümkündür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", 2004 (<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/675702255435.pdf?expires=1672288342&id=id&accname=oid014567&checksum=8F7E48CDD22B7D4C19F7AB00CE89A6B4>, ET: 29.12.2022), s. 3-25.

²² YILMAZ, A. Çağrı: *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 209-210.

²³ KARAOĞLU, Ali Osman: *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 167.

²⁴ Örneğin, "Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması" m. 2 (14.04.2011 tarihli ve 27905 sayılı Resmî Gazete), "Türkiye Cumhuriyeti ve Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Yönelik Antlaşma" m. 2 (07.05.2013 tarihli ve 28640 sayılı Resmî Gazete), Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma" m. 3 (12.07.2015 tarihli ve 29414 sayılı Resmî Gazete).

Tam koruma ve güvenlik standardının en önemli örneği NAFTA'nın²⁵ 1105/1. maddesidir²⁶. Madde metnine göre “her akit taraf, diğer tarafın yatırımcılarına ve yatırımlarına, adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik dahil olmak üzere, uluslararası hukukun sağladığı muameleyi göstermekle yükümlüdür”. Benzer bir şekilde, tahkim heyetinde çözülen *Noble Ventures v. Romanya* davasında Heyet, tam koruma ve güvenlik ilkesini düzenleyen maddenin, uluslararası teamül hukukunda bulunan yabancıların hukukten korunmasına ilişkin en düşük standardın ifadesi olduğunu belirtmiştir²⁷.

Eski dönemlerdeki yatırım tahkimi hukukunda yabancı şirketin, ev sahibi devlette yer alan bölgelerinin işgal edilmesi veya protesto edilmesi gibi eylemlerden, ev sahibi devlet tarafından korunması anlamına gelmekteydi. Günümüzde ise bu ilke fiziki olarak korumanın yanı sıra, ev sahibi devlet tarafından, yabancı şirketin yatırımlarının hukuksal olarak korunması anlamına gelmektedir²⁸.

Tam koruma ve güvenlik ilkesi devlet güçlerinin dâhil olduğu silahlı şiddet durumlarında da gündeme gelmektedir. Tam koruma ve güvenlik ilkesi uyarınca ev sahibi devlet, yabancı yatırımları ve yatırımcıyı, fiziki ve silahlı her türlü saldırıya karşı korumakla yükümlüdür²⁹. Bu doğrultuda ev sahibi devlet, mücbir sebep veya zaruret hâli gibi hukuka uygunluk nedenleri olmadıkça gerekli özeni göstermek durumundadır.

2. Tam Koruma ve Güvenlik İlkesinin Karardaki Yansıması

AAPL şirketi yapmış olduğu başvuruda, Birleşik Krallık ve Sri Lanka'nın akdetmiş oldukları Antlaşma'nın 2. maddesinde bulunan, tam koruma ve güvenlik ilkesine (*full protection and security*, FPS) yönelik hükmün³⁰ taraf devletçe ihlal edildiğini iddia etmiştir³¹.

Heyet, yapmış olduğu incelemede, tam koruma ve güvenlik ilkesini nezdinde, geçmişte uygulanan ve konuyla ilgili dar bir bakış açısı sunan öğretiyi yerine özen yükümlülüğünü (*due diligence*) de dahil etmiştir³². Buna göre Sri Lanka hükümetinin yıkım ve öldürme konusundaki riskleri en aza indirme çabaları yetersiz kalmıştır. Davalının eylemsizliği ve ihmali davranışları özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir³³.

Olayda, operasyon yapılan bölgede yer alan çiftliğin sorumlusu, Sri Lanka güvenlik güçlerine arama esnasında her türlü yardımın yapılacağını belirterek iş birliği içerisinde davranışlar sergileyeceklerini ifade etmiştir³⁴. Buna rağmen, hükümet tarafından adli arama yapılmamıştır. Birliklerce doğrudan silahlı saldırıya geçilmiş ve AAPL'ye ait çiftliğe zarar verilmiştir. Heyete göre yatırımcının “ulusal olağanüstü hâl, isyan veya ayaklanma” gibi olaylar sonucunda zarara uğradığı tüm olası durumlarda, “iade, tazminat

²⁵ NAFTA (*North American Free Trade Agreement*), Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Meksika arasında 1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren serbest ticaret antlaşmasıdır. ÇAL, Sedat: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 94-95; ERKAN, s. 105.

²⁶ SWEET, Alec Stone / GRISEL, Florian: *The Evolution of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2017, s. 204.

²⁷ ICSID, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, T. 12.11.2005, Dava No. ARB/01/11, par. 164.

²⁸ GÜRSU, Abdullah: *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2018, s. 30-31.

²⁹ KARAOĞLU, s. 169.

³⁰ Madde metnine göre: “Taraflardan herhangi birinin vatandaşlarının veya şirketlerinin yatırımları her zaman adil ve hakkaniyete uygun muamele görecektir ve diğer Tarafın, topraklarında tam koruma ve güvenlikten yararlanacaktır. Taraflardan hiçbiri, diğer Tarafın vatandaşlarının veya şirketlerinin kendi topraklarındaki yatırımlarının yönetimine, sürdürülmesine, kullanımına, kullanımına veya elden çıkarılmasına makul olmayan veya ayrımcı önlemlerle hiçbir şekilde zarar vermeyecektir. Her bir Taraf, diğer Tarafın vatandaşlarının veya şirketlerinin yatırımları ile ilgili olarak yerine getirmeyi taahhüt etmiş olduğu herhangi bir yükümlülüğü yerine getirecektir.”. Madde metninde tam koruma ve güvenlik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Heyet de burada yer alan düzenlemeden yola çıkarak tam koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapmıştır.

³¹ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 7.

³² ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 66.

³³ AKROFI, s. 374.

³⁴ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 79.

veya başka yere yerleştirme” gibi çözümlerin uygulanması gerekmektedir³⁵. Ayrıca Birleşik Krallık ve Sri Lanka’nın akdetmiş oldukları Antlaşma’nın 4. maddesinin ilk fıkrası uyarınca atıf (*renvoi*) kuralı³⁶ uygulanmıştır. Buna göre m. 2 (2)’de yer alan tam koruma ve güvenlik ilkesinin, ev sahibi devlet tarafından gerçekleştirilemediği kanıtlandığında, ev sahibi devletin sorumluluğu tesis edilmiş ve genel uluslararası hukukun, kural ve standartlarına uygun olarak tazminat ödenmesi gerekmiştir³⁷.

3. Değerlendirmelerimiz

Heyet, özen yükümlülüğü çerçevesinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Sri Lanka hükümetinin bölgede operasyon yapmaya yetkili olduğu kabul edilmiş ancak gerekli önlemlerin alınmadığı belirtilmiştir. Yapılan operasyon sonucunda büyük bir yıkım gerçekleşmiş ve şirket zarara uğramıştır. Bu da tam koruma ve güvenlik ilkesi çerçevesinde yer alan özen yükümlülüğünün ihlal edilmesine sebebiyet vermiştir. Kanaatimize göre bu değerlendirme yerindedir. Heyetin, tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlaline yönelik, özen yükümlülüğünü de dâhil ederek yorum yapması, kararın verildiği döneme göre yenilikçi bir bakış açısı olarak kabul edilebilir.

B. Gelecekteki Muhtemel Kazancın Kaybıyla İlgili Yapılan Değerlendirme

1. Genel Olarak

Gelecekte gerçekleşecek muhtemel kazanç kaybının tazmini, tazminat (sorumluluk) hukuku bakımından önemli bir yere sahiptir. Muhtemel kazanç kaybı, kârdan mahrum kalınması sonucunda ortaya çıkan zararı ifade eder³⁸. Uygulamada, gerçek kişilerin bu tazminatı talep edebilmesinin yanı sıra AAPL gibi tüzel kişiler de kazanç kaybı tazminatı talep edebilmektedir.

2. Gelecekteki Muhtemel Kazancın Kaybının Karardaki Yansıması

AAPL, Heyete yapmış olduğu başvurusunda gelecekteki muhtemel kazancının Sri Lanka Devleti’nin faaliyetleri sonucunda gerçekleşen yıkımdan dolayı kaybedildiğini ifade etmiştir. Bu doğrultuda ileriye dönük olarak kâr kaybının tazmini talep etmiştir. Söz konusu iddiada, gerçekleştirilen haksız eylem sonucu üretim tesisleri yıkılan ve üretim gücü eksiltelen AAPL, parasal değer üretme işlevini durdurmasından dolayı, gelecekteki muhtemel kazancın kaybedildiğini belirtmiştir. Davacı şirket, gelecekteki muhtemel kazancın kaybının yanı sıra, fiziksel ve mali varlıklar için de tazminat talep etmiştir. Bu doğrultuda talep edilen toplam miktar 5.703.667 Amerikan dolarıdır³⁹. Davalı ise zarar gören mahsullerin değerlerinin belirlenmesinin, uluslararası hukuk uyarınca uygun bir hasar değerlendirmesine dâhil edilemeyecek kadar spekülâtif ve belirsiz olduğunu savunmuştur⁴⁰.

Heyet, gelecekte var olacak olan gelir getirici faaliyetlerin, başvuru şirket tarafından tam olarak gösterilememesi nedeniyle ileriye dönük kâr kaybının tazmini talebini reddetmiştir⁴¹. Verilen hükme göre gelecekteki kazançlarla ilgili iyi niyete dayalı yürüyen bir ilişki bulunmak zorundadır⁴². Bu duruma ek olarak gelecekteki kârlılık söz konusu olmalıdır⁴³. Heyete göre olayda, iki durum da yer almamaktadır. Bundan dolayı ileriye dönük kâr kaybının tazmini talebi reddedilmiştir.

³⁵ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 66.

³⁶ Atıf, kanunlar ihtilafı kurallarının işleyişinde, işlem veya ihtilaf bakımından yabancı hukukun yetkili kılınmasıdır. Bkz. ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 53-54.

³⁷ AKROFI, s. 374.

³⁸ YARAR, İbrahim / YARAR, Hilal / YERLİKAYA, Kübra: *Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 771.

³⁹ AKROFI, s. 375.

⁴⁰ AKROFI, s. 375.

⁴¹ ZENGİNKUZUCU, s. 175.

⁴² ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 102.

⁴³ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, par. 102. Heyet, zararları değerlendirme yöntemiyle ilgili olarak, 1987’nin başında geçerli olan koşullar altında AAPL’nin gelecekteki kârlılık düzeyini değerlendirmek için indirgenmiş nakit akımı ana-

3. Değerlendirmelerimiz

Tazminat hukuku bakımından gelecekteki muhtemel kazancın kaybı, ispat edilmesi güç bir konudur. Kararda da ifade edildiği üzere, ileriye dönük kâr kaybının tazmini için gelecekteki kârlılığın varlığının aranması, kanaatimizce yerinde bir gerekliliktir. Bunun yanı sıra iyi niyete dayalı yürüyen bir ilişki bulunması şartı da olayın gerçekleştiği tarih bakımından var olması gereken şartlardan birisidir. AAPL, henüz yeni denilebilecek kadar yakın bir geçmişte yatırımlarına başlamıştır. Bundan dolayı şirket ve hükümet arasındaki ilişkinin yürüyüp yürümeyeceği, yatırımların sonuç verip vermeyeceği kesin değildir. Bu sebeple Heyetin ileri sürdüğü ikinci şart da kanaatimize göre yerindedir.

III. MUHALİF GÖRÜŞ (DISSENTING OPINION)

Heyetin kararında iki olumlu oya karşın bir karşı oy bulunmaktadır. Karşı oy, Hakem (*Arbitrator*) *Samuel K.B. Asante* tarafından verilmiş ve gerekçelendirilmiştir. Hakemin görüşüne göre AAPL'nin Sri Lanka'daki yatırımları için tam koruma ve güvenlikle ilgili olarak Sri Lanka'ya katı veya mutlak sorumluluk yüklenemeyecektir⁴⁴. Sri Lanka ve Birleşik Krallık arasında yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, yabancıların mülkünü veya yatırımlarını herhangi bir kayıp veya hasara karşı garanti etmeyecektir⁴⁵. Ayrıca Sri Lanka yetkililerinin karşı karşıya kalmış oldukları durum, ciddi bir ulusal acil durum (*the grave national emergency*) olma özelliğini taşımaktadır⁴⁶.

Esas olarak muhalif görüş beş temele dayanmaktadır. Bunlardan ilki Sri Lanka hükümetinin vermiş olduğu zararın kasten gerçekleşmediğidir. İkincisi hükümetin egemenliğini kaybetme riskinin bulunduğu bölgede gerçekleştirmiş olduğu operasyonun zorlayıcı olduğu ve buradaki yöntemleri hükümet takdirine bağlı olması gerektiğidir. Üçüncü olarak durum herhangi bir sivil itaatsizlik eylemi sonucu gerçekleşmemiş, iyi silahlanmış (*well-armed*) birliklerle hükümet arasında gerçekleştirilen çatışmalar neticesinde gerçekleşmiştir. Gerçekleştirilen operasyonlar yalnızca çiftliklere yönelik değil, bütün Manmunai bölgesine yönelik gerçekleştirilen devasa boyutta bir operasyondur. Dördüncü olarak çiftliklere yönelik gerçekleştirilen operasyonda, çiftlik çevresine yerleştirilmiş olan mayınlar ve çiftlikten gelen ateş sonucunda Sri Lanka birlikleri hayatını kaybetmiştir. Buradan da anlaşılmaktadır ki ev sahibi devletin bağımsızlığı söz konusudur ve hükümet gerekli tüm güvenlik ve askeri önlemleri almak zorundadır. Son olarak, AAPL'nin iddiası olan ve Sri Lanka'nın eylemleri sonucundaki kayıplardan doğrudan sorumlu olması nedensellik bağına aykırıdır. Üçüncü tarafların bulunmuş olduğu yasadışı eylemler sonucunda Sri Lanka hükümeti meşru bir operasyon gerçekleştirmiştir. Operasyon öncesi dönemde ise AAPL, bölgedeki isyancı harekete rağmen yatırımını gerçekleştirmiştir.

Muhalif görüşün temellendirdiği argümanlar genel olarak, AAPL şirketinin yatırımlarını bölgenin istikrarsızlığını bilerek yapması, Sri Lanka'nın operasyonları devletin varlık mücadelesi verdiği bir noktada ve doğrudan çiftliklere yönelik var olmayan bir kastla gerçekleşmesidir. Bundan dolayı Sri Lanka'nın eylemleri, tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlali olarak yorumlanamayacaktır.

SONUÇ

Sri Lanka Devleti'nin bölgedeki ayrılıkçı gruplara karşı gerçekleştirmiş olduğu silahlı mücadele ICSID tahkimi açısından bir teamülün doğmasına neden olmuştur. Bu dava sonrasında yatırımcılar, ev sahibi devlet ile vatandaşlıklarının buldukları devlet arasında gerçekleştirilen sözleşmede yer alan

lizi yönteminin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. AKROFI, s. 375. İndirgenmiş nakit akımı analizi yöntemi, şirket değerlendirme yöntemlerinden birisi olup şirketin değerlendirme yapılan tarih itibarıyla piyasa değerinin tespitini amaçlamaktadır.

⁴⁴ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, Muhalif Görüş par. 1 (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/87/3, ET: 03.06.2022>).

⁴⁵ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, Muhalif Görüş par. 4.

⁴⁶ ICSID, *AAPL v. Sri Lanka*, T. 27.06.1990, Dava No. ARB/87/3, Muhalif Görüş par. 5.

tahkim şartlarına dayanmaya başlamışlardır. Bu durum günümüzde de pek çok uyuşmazlığın ICSID tahkim heyetinin önüne getirilebilmesinin önünü açmıştır.

Heyet, ICSID Konvansiyonu kapsamında, Birleşik Krallık ile Sri Lanka arasındaki ikili yatırım antlaşmasının uygulanması gerektiği sonucuna varırken bizce de yerinde bir değerlendirme yapmıştır. Çünkü taraflar da bu hukuk seçimini kabul etmiştir. Ayrıca uyuşmazlık öncesinde ICSID Sözleşmesi'nin 42. maddesi uyarınca hukuk seçiminin yapılmamış olması, uyuşmazlık çıktıktan sonra uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşmanın yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Gerçekten de 42. madde, anlaşmazlık ortaya çıktıktan sonra bile bir hukuk seçimini kapsayacak şekilde geniş bir biçimde yorumlanabilir⁴⁷.

Diğer yandan AAPL v. Sri Lanka Davası özelinde, heyet tam koruma ve güvenlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Sri Lanka hükümeti gerçekleştirmiş olduğu operasyonlarda göstermesi gereken minimum standartta yer alan özen yükümlülüğünü göstermediğini kabul etmiştir. AAPL'nin gelecekteki muhtemel kazancının kaybedilmesinden dolayı tazminat isteği ise reddedilmiştir. Heyetin bu konudaki gerekçesi ise en az iki üç yıl süreli iş bağlantısının mevcut olması gerekliliğinin olay özelinde bulunmaması olmuştur.

Heyet, Sri Lanka'nın AAPL'ye -%10 adi kanuni faizle beraber- 460.000 Amerikan doları tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. Heyetin mahkeme masraflarına ilişkin hükmü ise AAPL'nin masrafların %40'ını Sri Lanka'nın ise %60'ını ödemesi doğrultusunda olmuştur. Heyet kararını, Başkan *Ahmed Sadek El-Kosheri* ve Hakem *Berthold Golman* tarafından verilen üçte iki oyçokluğu ile vermiştir.

Sonuç olarak kanaatimize göre, talep edilen ve hükmedilen tazminat arasındaki yüksek derecedeki farkın temel sebebi, geleceğe yönelik beklenen kazanç talebinin reddedilmesidir. Birçok davada da bu durumun gözlemlendiğini belirtmekle birlikte, olay özelinde değerlendirme yapmak gerekirse, Heyetin bu tutumu yerindedir. Henüz yeni faaliyete başlamış bir şirketin gelecekte kazanç sağlayacağına garantisiz bulunmamakla birlikte, ev sahibi devletle olan ilişkisinin de devam edeceğine dair kesin bir durum bulunmamaktadır. Karşı görüş bakımından ise her ne kadar Sri Lanka'nın bölgedeki operasyonları hukuka uygunluk teşkil etse de bu durumun yıkıma sebebiyet vermesi özen yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmelidir. Bundan dolayı Heyet kararını doğru bularak karşı görüşte yer alan ifadelere katılmamaktayız.

⁴⁷ Madde 42(1): “Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması halinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Akit ülkenin, hukukunun (Kanunların çalışması halinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulayacaktır”.

KAYNAKÇA

- AKROFI, D. Asiedu: “ICSID Arbitral Decision”, *The American Journal of International Law*, 1992, Cilt 86, Sayı 2, s. 371-376.
- AKSAR, Yusuf: *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2012, Cilt 31, Sayı 1, s. 91-157.
- ÇAL, Sedat: *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- DAYINLARLI, Kemal: *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, 1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2014.
- EL-KOSHERI, Ahmed Sadek / GOLDMAN, Berthold / ASANTE, Samuel: “Case Summary Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka”, *British Institute of International and Comparative Law*, 2008, (https://www.biicl.org/files/3937_1990_aapl_v_sri_lanka.pdf, ET: 29.12.2022), s. 1-8.
- ERDOĞAN, Feyiz: *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ERKAN, Mustafa: *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- GÜRSU, Abdullah: *Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi*, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2018.
- JHON, S. Taylor: “The Creation of Investor-State Arbitration”, (Ed.) SCHULTZ, Thomas / ORTINO, Federico: *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2020, s. 792-814.
- KARAOĞLU, Ali Osman: *Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- KORKMAZ, Hüseyin: “Sri Lanka’da Ulus İnşası ve Ayrılıkçı Tamil Hareketinin Anatomisi: Tamil Eelam Kuruluş Kaplanları Örneği”, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 1, s. 87-100.
- KÖKSAL, Tunay: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- KUĞUOĞLU, Dilşad / DEMİRKOL, Elit Meviza: “ICSID Tahkiminde Onay (Rıza)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Cilt 9, Sayı 43, s. 515-536.
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / GELGEL, G. Öztekin: *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt I*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, 2004 (<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/675702255435.pdf?expires=1672288342&id=id&accname=oid014567&checksum=8F7E48CDD22B7D4C19F7AB00CE89A6B4>, ET: 29.12.2022).
- PARTALCI, Rümeyza: “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2016, Cilt 36, Sayı 2, s. 131-162.
- SWEET, Alec Stone / GRISEL, Florian: *The Evolution of International Arbitration*, 1. Baskı, Oxford University Press, Croydon, 2017.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TEKÇE, Evren: *Dünyada ve Türkiye’de Uluslararası Ticari Tahkim*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2020.
- YARAR, İbrahim / YARAR, Hilal / YERLİKAYA, Kübra: *Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YILMAZ, A. Çağrı: *Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ZENGİNKUZUCU, Dikran Migirdiç: *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)’nin Kuruluşu ve İşlevi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.