



ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKU ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

Volkan ERDUR

Araştırma Makalesi

Dr. Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim
Dalı, volkierdur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8116-1874.

ÖZET

Bu çalışma, uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimini, temel kavramlarını ve normatif kaynaklarını bütüncül bir perspektiften incelemektedir. Küreselleşme ile birlikte sermaye hareketlerinin artması, yabancı yatırımların devletlerin ekonomik kalkınma stratejilerinde önemli bir rol üstlenmesine yol açmıştır. Ancak devletlerin hukuk sistemlerindeki belirsizlikler ve siyasi riskler, yatırımcı ile ev sahibi devlet ilişkilerinde uluslararası koruma mekanizmalarına duyulan ihtiyacı artırmıştır. Bu bağlamda, uluslararası yatırım hukuku, adil ve hakkaniyetli muamele, kamulaştırma hâlinde tazminat, ulusal muamele ve en çok kayırlan ulus ilkesi gibi standartlar etrafında kurumsallaşmıştır. Çalışmada yatırım kavramının tanımı, doğrudan ve dolaylı yatırım ayrımı, yatırımcı statüsünün belirlenmesi gibi temel unsurlar ayrıntılı biçimde ele alınmaktadır. Ayrıca yatırım hukukunun kamusal, özel ya da karma nitelikte olup olmadığı yönündeki tartışmalara değinilmektedir. Tarihsel süreç üç dönemde incelenmiştir: Sömürgecilik dönemi, sömürgecilik sonrası dönem ve küreselleşme dönemi. Her dönemde yabancı yatırımların niteliği ve devletlerin tutumları önemli ölçüde farklılaşmıştır. Çalışma ayrıca yatırım hukukunun kaynaklarını ikili ve çok taraflı anlaşmalar, uluslararası teamül, hukukun genel ilkeleri ile yargı kararları ve öğreti çerçevesinde değerlendirmektedir. Günümüzde sürdürülebilir kalkınma, çevre koruması ve insan haklarının yatırım hukukuna entegrasyonu yönündeki eğilimler vurgulanmakta, devlet egemenliği ile yatırımcı koruması arasındaki dengenin giderek daha kritik hâle geldiği ifade edilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Uluslararası Yatırım Hukuku, Doğrudan Yabancı Yatırım, Dolaylı Yabancı Yatırım, Yatırım Andlaşmaları, Kamulaştırma.

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır. This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).



DOI: 10.62124/kluhfd.1825746.

A BRIEF ASSESSMENT OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Volkan ERDUR

Research Article

Research Assistant Dr., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of International Law,
volkierdur@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8116-1874.

ABSTRACT

This study examines the historical development, fundamental concepts, and normative sources of international investment law from a comprehensive and analytical perspective. With the acceleration of globalization and the expansion of capital flows, foreign investments have come to play a significant role in the economic development strategies of states. However, uncertainties within domestic legal systems and political risks have heightened the need for international protection mechanisms governing the relationship between investors and host states. In this context, international investment law has become institutionalized around standards such as fair and equitable treatment, compensation in cases of expropriation, national treatment, and the most-favoured-nation principle. The study provides a detailed analysis of key elements including the definition of “investment,” the distinction between direct and indirect investments, and the criteria for determining investor status. It also addresses debates concerning whether investment law should be characterized as public law, private law, or a hybrid regime. The historical evolution of the field is examined through three distinct phases: the colonial period, the post-colonial period, and the contemporary globalization era. In each period, the nature of foreign investments and state attitudes towards them have undergone significant changes. Furthermore, the study evaluates the sources of investment law within the framework of bilateral and multilateral treaties, customary international law, general principles of law, judicial decisions, and scholarly writings. Emphasis is placed on emerging trends involving the integration of sustainable development, environmental protection, and human rights into the investment law regime, highlighting the increasingly critical balance between state sovereignty and the protection of foreign investors.

KEYWORDS: International Investment Law, Foreign Direct Investment, Indirect (Portfolio) Investment, Investment Treaties, Expropriation.

GİRİŞ

Küreselleşme olgusu, son yarım yüzyılda uluslararası ekonomik ilişkilerin niteliğini köklü biçimde dönüştürmüştür; sermayenin, malların, hizmetlerin ve teknolojinin sınır ötesi dolaşımını olağan bir hale getirmiştir. Bu dönüşüm sürecinde yabancı yatırımlar, devletlerin kalkınma politikalarının temel bileşenlerinden biri olarak öne çıkmıştır¹. Özellikle doğrudan yabancı yatırımlar, yalnızca sermaye akışını değil, aynı zamanda bilgi transferini, istihdam yaratılmasını ve ekonomik büyümeyi de teşvik eden bir araç olarak görülmektedir. Ancak, yabancı yatırımcının faaliyet gösterdiği ülkenin hukuk sistemi, siyasi istikrarı ve ekonomik politikaları yatırımın güvenliği açısından her zaman öngörülebilir olmamıştır. Bu durum, yatırımcıların haklarını koruyacak ve devletlerin egemenlik yetkilerini dengeleyecek uluslararası bir hukuk sisteminin gerekliliğini doğurmuştur. Bu ihtiyaçtan doğan uluslararası yatırım hukuku, devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki ilişkileri düzenleyen ve hem kamu

¹ Oswaldo de Rivero B., *New Economic Order and International Development Law* (Pergamon Press 1980) 1.

hem de özel hukuk karakteri taşıyan bir alan olarak ortaya çıkmıştır.

Yatırımcı - devlet ilişkilerinde “adil ve hakkaniyetli muamele”, “kamulaştırma karşısında tazminat”, “millileştirme yasağı” ve “ulusal muamele” gibi ilkeler, uluslararası yatırım hukukunun temelini oluşturmaktadır². Bu ilkeler, uluslararası hukukun genel ilkeleri ve teamül hukukundan kaynaklanmakla birlikte, zamanla ikili yatırım andlaşmaları ve çok taraflı yatırım andlaşmaları aracılığıyla yazılı hale getirilmiştir. 1960’lı yıllardan itibaren devletler arasında hızla artan ikili yatırım andlaşmaları sayısı, uluslararası yatırım hukukunun kurumsallaşma sürecini hızlandırmıştır. Bununla birlikte, uluslararası yatırım hukukunun bağımsız bir alan olarak incelenmeye başlanması, büyük ölçüde iki taraflı yatırım andlaşmalarının artış gösterdiği 1960 sonrası dönemde gerçekleşmiştir³. Ayrıca ifade etmek gerekirse, uluslararası yatırım hukuku devletler tarafından önceden planlanarak oluşturulmuş, tek bir başlangıç noktasına sahip rasyonel bir hukuk dalı olmayıp aksine, bu alan, devletlerin kendi çıkarları doğrultusunda uygun gördükleri yatırım ve serbest ticaret andlaşmalarındaki ilgili hükümlerin zaman içerisinde birikmesiyle kademeli olarak şekillenmiştir⁴. Günümüzde, dünya genelinde üç binden fazla ikili yatırım andlaşması yürürlüktedir⁵. Bu andlaşmalar, yatırımcıya doğrudan uluslararası koruma sağlayarak, iç hukuk sistemlerinin ötesinde bir güvence mekanizması oluşturmuştur.

Bununla birlikte, 1965 tarihli Washington Sözleşmesi ile kurulan Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID), yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümünde kilit bir rol

² Şaban Kayıhan ve Etem Kara, Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar) (Seçkin Yayınları 2017) 22.

³ Gökhan Albayrak, Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı (On İki Levha Yayıncılık 2018) 16.

⁴ ibid 16–17.

⁵ Abdullah Gürsu, Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi (Astana Yayınları 2018) 15.

üstlenmiştir. Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Tahkim Kuralları, Enerji Şartı Andlaşması ve Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) Çokuluslu Şirketler Rehberi gibi metinler, yatırım hukukunun kurumsal gelişimini destekleyen önemli kaynaklar arasında yer almaktadır⁶.

Bu kapsamda, yatırım hukukunun kaynaklarının ve uygulanma mekanizmalarının incelenmesi, salt teorik bir mesele olmanın ötesinde, devletlerin ekonomik ve sosyal politika alanlarını doğrudan etkileyen pratik bir önem taşımaktadır. Son yıllarda ise çevre koruması, insan hakları, sürdürülebilir kalkınma ve kurumsal sosyal sorumluluk ilkelerinin uluslararası yatırım hukukuna entegrasyonu yönünde belirgin bir eğilim ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD), OECD ve UNCITRAL gibi uluslararası kuruluşların yayımladığı raporlar, yatırım hukukunun yalnızca yatırımcı haklarını güvence altına almakla sınırlı kalmaması; aynı zamanda toplumsal ve çevresel sorumlulukları da içerecek şekilde daha dengeli bir yapıya evrilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu gelişmeler, yatırım hukukunun kaynaklarının ve normatif temellerinin yeniden yorumlanmasını kaçınılmaz hale getirmiştir.

Bu çalışmanın amacı, uluslararası yatırım hukukunun tarihsel gelişimini, temel kavramlarını ve normatif kaynaklarını sistematik biçimde inceleyerek bu hukuk dalının günümüz uluslararası düzenindeki konumunu açıklığa kavuşturmadır. Çalışmada, uluslararası yatırım hukukuna ilişkin kavramlar ve yatırım hukukunun ortaya çıkışına zemin hazırlayan ekonomik ve siyasal dinamikler analiz edilerek bu alanın başlıca kaynakları ayrıntılı biçimde değerlendirilmeye çalışılacaktır. Böylelikle çalışmanın, akademik literatüre az da olsa bir katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

⁶ Lale Ayhan İzmirli, 'Uluslararası Yatırım Hukukunda "Yatırım" Kavramı' (2018) 8 SDÜHFD 89, 100–104.

I. YABANCI YATIRIM VE YABANCI YATIRIMCI KAVRAMLARININ TANIMI

A. GENEL OLARAK

1960'lı yıllara gelindiğinde, yabancıların mülkiyetlerine, haklarına ve çıkarlarına yönelik uluslararası teamül hukukunun sağladığı koruma ilkeleri dönüşüm geçirmeye başlamış ve bu koruma anlayışının yerini giderek “yatırım” kavramı almıştır⁷. Sornarajah, yabancı yatırım kavramını “somut ve soyut nitelikteki malların, mal sahibinin kısmi veya tam kontrolü altında, bir servet yaratmak amacıyla başka bir ülkeye transfer edilmesi” şeklinde tanımlamaktadır⁸. Yazar, bu tanımın kapsamına yalnızca transfer edilebilir fiziki malları değil, aynı zamanda inşa edilen veya satın alınan taşınmazları da dâhil ederek bunların doğrudan yabancı yatırımın konusunu oluşturabileceğini ifade etmektedir⁹. Diğer bir yazar ise, yatırım kavramını “belirli bir risk unsuru içeren mülk, mal veya diğer değer unsurlarına, kazanç elde etme amacıyla sermaye (çoğunlukla para) tahsisi” şeklinde tanımlamıştır¹⁰. Yazara göre, yatırım kavramı hem ekonomik hem de hukuki boyutlara sahiptir ve uluslararası hukuk bakımından yatırımın tanımının, sözleşmeler hukukunun ilkeleri çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bunlara ek olarak, ekonomi biliminde yatırım kavramı, gelir elde etme amacıyla tasarruf yapmak veya tüketimi erteleyerek maddi ya da nakdi unsurların sermaye olarak kullanımı şeklinde tanımlandığı da gözlemlenmektedir. Ticaret ve işletmecilik alanlarında ise yatırım kavramı, en basit şekliyle, kısa veya uzun vadeli olmak üzere “gerçek ya da tüzel kişilerin kâr

⁷ Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials* (Edward Elgar Publishing Limited 2013) 59.

⁸ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2. Bası, Cambridge University Press 2004) 7.

⁹ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3. Bası, Cambridge University Press 2010) 8.

¹⁰ Cansu İste, *ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 10.

veya gelir elde etme amacıyla belirli bir kaynağı taahhüt etmesi” olarak ifade edilmektedir¹¹.

Diğer yandan, “yatırım” terimi üzerinde öğretide tam bir görüş birliği bulunmadığı ifade edilmektedir¹². Kavramın, ekonomi disiplininde “tasarruf etmek” veya “tüketimi ertelemek” anlamlarında kullanıldığı, ticaret alanında ise uzun vadeli kazanç sağlamak amacıyla aynı veya nakdi unsurların sermaye olarak değerlendirilmesi biçiminde tanımlandığı görülmekle beraber, üretim araçlarının kapasitesini veya mevcudiyetini artırmaya yönelik harcamaların da yatırım kapsamında değerlendirilebileceği vurgulanmaktadır¹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ICSID Konvansiyonu’nda “yatırım” terimine yer verilmiş ve yetkinin doğabilmesi için bir yatırımın varlığı şart koşulmuş olmasına rağmen, kavramın kendisine ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır¹⁴. Uluslararası sözleşmelerde, yatırım kavramına ilişkin olarak yapılacak tanımın, tüm yatırım türlerini kapsama olasılığı göz önünde bulundurularak genellikle bilinçli bir şekilde kapsamlı bir tanım yapmaktan kaçınılma eğilimi bulunmaktadır. Bu doğrultuda, hem ikili hem de çok taraflı yatırım andlaşmalarında “yatırım” kavramına dair doğrudan bir tanım yapılmak yerine, yatırım olarak kabul edilebilecek hak ve varlıkların belirtilmesiyle yetinildiği görülmektedir¹⁵.

Günümüzde, uluslararası ekonomik faaliyetlerin önemli bir bölümünü yabancı yatırımlar oluşturmaktadır. Ev sahibi devletler, refah düzeylerini artırmak ve ekonomik büyümeyi sürdürülebilir kılmak amacıyla yabancı sermayeyi teşvik edici düzenlemelere yönelmektedir. Yabancı yatırımlar, genel olarak doğrudan

¹¹ Mehmet Baykal, Hukuksal ve Kuramsal Bağlamda Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlar (On İki Levha Yayıncılık 2014) 8.

¹² ibid 12; Kayıhan ve Kara (n 2) 106–17.

¹³ Baykal (n 11) 12.

¹⁴ Albayrak (n 3) 22.

¹⁵ Yalçın Torun, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları (Seçkin Yayınları 2011) 18.

ve dolaylı yatırımlar şeklinde iki ana kategoriye ayrılmaktadır. Bununla birlikte, literatürde “yabancı yatırım” kavramı çoğunlukla doğrudan yatırımları ifade etmektedir¹⁶. Bir görüşe göre¹⁷, uluslararası yatırımlar ve yatırım andlaşmaları, çağdaş uluslararası ekonominin temel yapı taşlarından biri haline gelmiştir. Yabancı sermayenin bir ülkeye çekilebilmesi ise büyük ölçüde o ülkenin hukuki, ekonomik ve siyasal istikrarına bağlıdır. Zira, bu alanlarda yaşanan bir belirsizlik durumu, yabancı yatırımcı açısından önemli bir risk teşkil etmektedir¹⁸.

Doğrudan yabancı yatırım, çeşitli yönleriyle dolaylı (portföy) yatırımdan ayrılmaktadır. Dolaylı yatırım, genellikle başka bir ülkede faaliyet gösteren ve ilgili ülkenin hukuk sistemine göre kurulmuş bir şirketin hisselerinin satın alınmasına yönelik sermaye hareketleri olarak tanımlanmaktadır. Doğrudan ve dolaylı yatırım arasındaki temel fark ise yatırımcının şirketin yönetimi ve kontrolü üzerindeki etkisi ile sahiplik düzeyinde belirginleşmektedir¹⁹. Doğrudan yabancı yatırım, bir ülkedeki sermaye veya varlıkların başka bir ülkedeki işletmeye aktarılması ve yatırımcının belirli bir risk üstlenerek söz konusu varlık üzerinde kısmen ya da tamamen kontrol sahibi olması şeklinde tanımlanmaktadır. Buna karşılık, dolaylı yabancı yatırımda bu risk ve kontrol unsurları bulunmamaktadır. Dolaylı yabancı yatırımlar genellikle hisse senetleri, tahviller gibi menkul kıymetlerden oluşmakta ve çoğunlukla kısa vadeli nitelik taşımaktadırlar²⁰. Bir başka görüş ise, benzer doğrultuda doğrudan yatırımı, bir ülkedeki taşınır veya taşınmaz varlıkların, mülkiyet sahibinin belirli bir denetimi altında, diğer bir ülkeye, o ülkenin ekonomik refahını artırma amacıyla aktarılması olarak ifade etmektedir²¹. Dolzer ve Schreuer ise, doğrudan yatırımın

¹⁶ İste (n 10) 1.

¹⁷ Kayıhan ve Kara (n 2) 85.

¹⁸ İste (n 10) 1.

¹⁹ Sornarajah (n 8) 7–8.

²⁰ Olcay Işık, ‘Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme’ (2011) 7 Uluslararası Hukuk ve Politika 125, 129.

²¹ Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması

genellikle; (a) fonların transferi, (b) projenin yönetimi, ve (c) bir ticari riskin üstlenilmesi unsurlarını içerdiğini belirtmektedir. Bu unsurlar, doğrudan yatırımı dolaylı yatırımdan bir ölçüde ayırmaktadır. Bu kapsamda, doğrudan yatırım, kişisel yönetim unsurunun bulunmadığı dolaylı yatırımlardan, yönetim veya sürekli bir gelir akışının söz konusu olmadığı mal ya da hizmet satışına yönelik sıradan işlemlerden ve kısa vadeli finansal işlemlerden farklılaşmaktadır²².

Yatırım andlaşmaları ise, yabancı yatırım kavramını, genellikle “andlaşma hükümleri kapsamında korunan yatırım” biçiminde tanımlamaktadır. Dolayısıyla, yabancı yatırım kavramının tanımı, yatırımın niteliği ve amacı doğrultusunda farklılık gösterebilir. Bununla birlikte, bu kavramı yalnızca andlaşma hükümleriyle sınırlı biçimde yorumlamak doğru olmayacaktır. Zira yabancı yatırım, ekonomik, hukuki ve işlevsel yönleriyle çok boyutlu bir olgudur²³.

Türk Hukukunda ise, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 2. maddesi, “*Bu Kanunda geçen;*

a) Yabancı yatırımcı: Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan,

1) Yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını,

2) Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları, b) Doğrudan yabancı yatırım: Yabancı yatırımcı tarafından,

1) Yurt dışından getirilen;

- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’na alım satımı yapılan konvertibl para

(Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2003) 12.

²² Rudolf Dolzer ve Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law (2. Bası, Oxford University Press 2012) 60.

²³ Sornarajah (n 8) 9.

şeklinde nakit sermaye,

- Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç),

- Makine ve teçhizat,

- Sinaî ve fikrî mülkiyet hakları,

2) Yurt içinden sağlanan;

-Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırım ile ilgili diğer haklar,

- Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar, gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla;

i) Yeni şirket kurmayı veya şube açmayı,

ii) Menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı,

c) Müsteşarlık: Hazine Müsteşarlığını, ifade eder.” şeklinde düzenlenmiş olup hangi malların yabancı yatırım sayılacağına açıklık getirmiştir. Bu hükümle birlikte kanun koyucu, doğrudan yabancı yatırım kavramının kapsamını somut biçimde belirleyerek hangi ekonomik değerlerin yabancı yatırım olarak kabul edileceğini net olarak ortaya koymuştur. Bu çerçevede, Türk Hukukunda yabancı yatırımın unsurları ve sınırları normatif zeminde tanımlanmış olmaktadır.

Uluslararası yatırım hukukunda “yatırım” kavramıyla birlikte “yatırımcı” kavramı da önemli bir yer tutmaktadır. Yatırımcı, yatırımı gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir²⁴. Gerçek kişilerin vatandaşlığı, genellikle ilgili kişinin vatandaşı olduğunu ileri sürdüğü devletin iç hukuk hükümlerine göre

²⁴ Kayıhan ve Kara (n 2) 113.

belirlenirken; tüzel kişiler bakımından ise, genel kabul gören ilke, vatandaşlığın şirketin kayıtlı bulunduğu yer ya da yönetim merkezinin konumuna göre tespit edilmesidir²⁵. Ayrıca, bir kişinin yatırımcı sıfatıyla iddiada bulunabilmesi için, ev sahibi devletin vatandaşlığını taşıması, yani yabancı statüsünde olması gerekmektedir. Nitekim yabancı yatırımcılar, yatırım olarak kabul edilen ve koruma altına alınan varlıklarına ilişkin taleplerini ileri sürmekte ve bu kapsamda yatırım tahkimi mekanizmasını işletmektedirler²⁶. Gerçek kişilerin uyrukluğu, yetkili makamlarca düzenlenen kimlik belgeleri aracılığıyla nispeten kolay bir biçimde belirlenebilirken, şirketler açısından durum daha karmaşık olabilmektedir. Zira, devletler, tüzel kişilerin uyrukluğunu belirlemede farklı bağlama kuralları benimseyebilmektedir. Örneğin, İngiliz şirketler hukukunda “kuruluş yeri” teorisi esas alınırken, diğer devletlerde “idare merkezi” teorisi benimsenebilmekte ve bu farklı yaklaşımlar zaman zaman uyuşmazlıklara yol açabilmektedir²⁷.

B. DOĞRUDAN YATIRIMLAR İLE DOLAYLI YATIRIMLARIN KORUNMASI ARASINDAKİ FARKLAR

Dolaylı yatırımlar bakımından, yatırımcının söz konusu yatırımı gerçekleştirmek suretiyle tüm ticari riskleri üstlendiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda yatırımcı, edindiği şirket hisseleri, tahviller veya diğer finansal araçlar nedeniyle uğradığı zararlar bakımından kamu tüzel kişiliklerine yahut borsa otoritelerine karşı herhangi bir tazmin talebinde bulunamamaktadır²⁸. Nitekim, bu tür yatırımlar, yatırımcının kendi iradesiyle üstlendiği piyasa risklerine dayanmakta olup uluslararası hukuk tarafından doğrudan korunmamaktadır. Bununla birlikte,

²⁵ Christoph Schreuer, ‘Investments, International Protection’ (2013) Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL].

²⁶ Albayrak (n 3) 23.

²⁷ Kayıhan ve Kara (n 2) 113.

²⁸ Sornarajah (n 8) 8.

uluslararası teamül hukuku, doğrudan yatırımlar çerçevesinde kullanılan malların korunması bakımından diplomatik koruma ve devletin uluslararası sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde belirli güvenceler sağlamaktadır²⁹.

Buna karşılık, öğretilerde bazı yazarlar, doğrudan ve dolaylı yatırımlar arasında esaslı bir fark bulunmadığını ve bu nedenle her iki yatırım türünün de uluslararası hukuk koruması altında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir³⁰. Ancak Sornarajah, bu görüşlerin sınırlı kabul gördüğünü, zira, yabancı yatırımcının kendi ülkesinin ekonomik kalkınması için kullanabileceği sermayeyi dışarıya çıkarmasının ve bu sermayenin koruma altına alınmasını talep etmesinin çelişkili bir durum oluşturduğunu ifade etmektedir³¹. Dolaylı yatırımlar, küresel finans piyasaları aracılığıyla sanal ortamda gerçekleştirilebildiğinden, ev sahibi devletin, yatırımcının kimliğini tespit etmesi ve bu suretle yatırımcıyla arasında bir uluslararası sorumluluk ilişkisi kurması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Öte yandan, doğrudan yatırımlar, ev sahibi devletin açık rızasına dayanmakta olup, bu yönüyle dolaylı yatırımlardan ayrılmaktadır³².

Ayrıca literatürde bazı yazarlar, doğrudan yatırımların günümüzde dolaylı yatırımları da kapsadığı yönünde görüş bildirmektedir. Bu yaklaşımın, bazı yatırım andlaşmalarında hisse edinimine ilişkin tanımların geniş yorumlanmasından kaynaklandığı ileri sürülebilir. Sornarajah'a göre, bu tür andlaşmaların, küresel piyasalardan alınan hisseleri veya yatırım yapılan ülkede ikamet etmeyen yatırımcıların gerçekleştirdiği alımları değil, ev sahibi ülkedeki yabancı yatırımcının bir ortak girişim (joint venture) şirketinde hisse edinimini

²⁹ Sornarajah (n 9) 9.

³⁰ Ian Brownlie, 'Treatment of Aliens: Assumption of Risk and International Law' iç W. Flume ve diğerleri (edr), International Law and Economic Order: Essays in Honour of F. A. Mann (CH Beck 1977) 311.

³¹ Sornarajah (n 9) 9.

³² ibid.

kapsadığını ayrıca belirtmek gerekmektedir³³.

C. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN NİTELİĞİ

Kayıhan ve Kara, uluslararası yatırım hukukunun diğer hukuk dallarıyla sıkı bir ilişki içerisinde olduğunu, bunlardan en çok ilişkiye girdiği hukuk disiplininin ise uluslararası ticaret hukuku olduğunu belirtmiştir³⁴. Yazarlar bu ilişkiyi, "Dünya Ticaret Örgütü andlaşmaları ile birlikte düşünüldüğünde, her iki hukuk dalı bir paranın iki yüzünü teşkil etmektedir" şeklinde ifade etmişlerdir³⁵.

Diğer yandan, bazı yazarlar, yatırım hukukunun kamusal nitelik taşıdığını savunurken³⁶, başkaca yazarlar, bu alanın özel hukuk ilkeleri çerçevesinde de düzenlenebileceği görüşündedir³⁷. Diğer bir görüş ise, kamu ve özel hukukun bütünleştiği bir "karma" yaklaşımdır³⁸. Ek olarak, yabancı yatırımcıların, çoğunlukla bulundukları devletin idari işlemlerinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmeleri nedeniyle, uluslararası yatırım hukukunu idare hukukuna benzer bir yapıya sahip olarak değerlendiren görüşler de mevcuttur³⁹. Bu çerçevede, uluslararası yatırım hukuku, esasen devletler arasındaki andlaşmalar yoluyla düzenlendiğinden, uluslararası hukukun bir alt dalı niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁰.

³³ ibid 9–10.

³⁴ Kayıhan ve Kara (n 2) 89.

³⁵ ibid 89.

³⁶ Stephan W. Schill, 'International Investment Law and Comparative Public Law - an Introduction' iç Stephan W. Schill (ed), International Investment Law and Comparative Public Law (Oxford University Press 2010) 3–39.

³⁷ Richard C. Chen, 'A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes' 40 The Yale Journal of International Law 295, 313–325.

³⁸ Julie A. Maupin, 'Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach' (2014) 54 Virginia Journal of International Law 1, 47–62.

³⁹ Gus Van Harten ve Martin Loughlin, 'Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law' (2006) 17 European Journal of International Law 121, 122–123.

⁴⁰ Albayrak (n 3) 18.

Bununla birlikte, bazı yazarlar, günümüzde uluslararası yatırım hukukunun bağımsız bir uluslararası rejim niteliği kazandığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre, devletler ekonomik çıkar elde etme amacıyla imzaladıkları andlaşmalar aracılığıyla bir yatırım rejimi oluşturmuşlardır. Ayrıca, bu görüş doğrultusunda, sermaye ihraç eden devletler ile sermaye ithal eden devletlerin söz konusu andlaşmaların hazırlanmasında farklı çıkar beklentilerine sahip oldukları kabul edilmektedir⁴¹. Bu bağlamda, uluslararası yatırım andlaşmalarının temel amacı, taraf devletler arasında ekonomik kalkınma ve gelişmeyi teşvik etmektir. Ancak, günümüzde, bu andlaşmalara sürdürülebilir kalkınma ilkesine ilişkin hükümler de dâhil edilmeye başlanmıştır⁴².

Modern anlamdaki ticaret andlaşmaları, ticari hükümler yanında yatırım ile ilgili maddeler de içermektedir. Örneğin, yabancı bir yatırımcının Türkiye'de kurduğu otomobil fabrikası, uluslararası yatırım hukuku kapsamında ele alınırken, bu fabrikada üretilen otomobillerin satılması ise uluslararası ticaret hukuku çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, iki hukuk dalı arasında ayırım yapılırken dikkatli olunması gerekmekte olup, uluslararası yatırım hukukunun uzun vadeli, uluslararası ticaretin ise tek seferlik para transferini içeren kısa vadeli bir işlem olduğu unutulmamalıdır⁴³. Ayırıcı nokta, "uzun vadeli" işlemler olarak tanımlanmıştır. Uzun vadeli işlemler, gelecekte kazanç sağlamak amacıyla şimdiden yatırım yapılmasını gerektirmektedir⁴⁴. Verilen örnekte olduğu gibi, yabancı yatırımcının fabrika kurma eylemi, gelecekteki kâr elde etme amacı taşımakta olup, bu amaç için önceden yatırım yapılması gerekmektedir.

⁴¹ Jeswald W. Salacuse, 'The Emerging Global Regime for Investment' (2010) 51 Harvard International Law Journal 427, 431.

⁴² Federico Ortino, 'Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing' (2017) 30 Leiden Journal of International Law 71, 75–83.

⁴³ Kayıhan ve Kara (n 2) 89–90.

⁴⁴ ibid 90.

Bununla birlikte, Dolzer ve Schreuer, yatırım andlaşmalarının yalnızca ev sahibi devletin çıkarlarına hizmet etmediğini, ev sahibi devletin çıkarlarının yanı sıra yatırımcının da çıkarlarının korunduğunu belirterek, bunu yatırımcı ve ev sahibi devletin çıkarlarını dengeleyen ve ortak bir amaca hizmet eden andlaşmalar olarak tanımlamışlardır⁴⁵. Yatırım süreci, uzun dönemli bir konu olup, yatırımcı bu dönemde uzun vadeli riskler almaktadır. Hatta yazarlar, yatırımcının büyük projelere büyük paralar yatırdığını ve yatırdığı paranın geri dönüşümünü belki de 30 yıl içinde sağlayabileceğini ifade ederek, bir ülkeye yatırım yapmaya karar veren yatırımcının hem ekonomik faaliyet hem de hukuki açıdan uzun vadeli riskler aldığını belirtmektedir⁴⁶. Bir başka deyişle, büyük projeler genel olarak ev sahibi devletin hukuku altında yapılmazlar. Yatırımcı, ev sahibi devletle, iki tarafın beklentilerinin ve çıkarlarının konu olduğu ve genellikle ev sahibi devletin yatırımı kaçırmak istemediği için, yatırımcının “şoför koltuğunda oturduğu” bir pazarlığa oturur ve buna yatırım andlaşması denilmektedir⁴⁷. Nitekim, yatırım andlaşmalarının yapılma amacı, ev sahibi devlet açısından daha çok yabancı yatırımcı çekmek ve böylelikle ülkenin refahını artırmak olup, yatırımcı açısından ise uzun vadede kazanç sağlamaktır.

Yatırım andlaşmaları ile, uzun vadeli riskler içeren projelerin ülkeye gelmesi için yatırım projelerinin önündeki engeller kaldırılmaya, stabil ve tahmin edilebilir bir yatırım iklimi yaratılmaya çalışılmaktadır. Buna karşın, her devlet kendi sınırları içinde egemenlik haklarını istediği şekilde kullanabilmektedir. Bu kapsamda, devletler, yatırımları kabul etmek durumunda olmadıkları gibi, bu egemenlik haklarına dayanarak yatırımları denetleyebilir ve hatta kararlarından dönerek yatırımı sonlandırabilmektedir⁴⁸. Yatırım andlaşmaları, devletin egemen olduğu

⁴⁵ Dolzer ve Schreuer (n 22) 20.

⁴⁶ ibid 20–21.

⁴⁷ ibid 21.

⁴⁸ ibid 21–22.

bu sınırları çok yakından etkileyebilmekte ve hatta bu sınırı aşabilmektedir. Dolayısıyla, yatırım çekmek isteyen bir devlet, bu egemenlik haklarını, örneğin uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde değil de uluslararası tahkimde çözülmesinin kabul edilmesi gibi, kısıtlayıcı ve esnetici bir dizi yükümlülük altına girebilmektedir. Bununla birlikte, yatırım hukukunun devletlerin iç ilişkilerini de etkileyebileceği kabul edilmekte olup bu durum, uygulanacak olan yatırım hukuku kurallarının devletlerin egemenlik alanı ile sıkı bir etkileşim içinde olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Ancak, devletler, bu tavizleri verip vermemeye ve yatırımı kabul edip etmemeye kendi hür iradesiyle karar vermeli, artı ve eksilerini tartarak buna göre adımlar atmalıdır⁴⁹.

II. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN TARİHİ

Yatırımların korunması hususunun uzun bir tarihe sahip olduğu ve bu geçmişin antik çağ devletlerine kadar uzandığı, örneğin Atina şehir devletinde ekonomik faaliyetleri teşvik eden andlaşmaların bulunduğu, ifade edilmektedir⁵⁰. Ayrıca, Roma Hukuku'nda da, karşılıklı yapılan yatırım andlaşmalarında da “ulusal muamele” ilkesinin kabul edilmiş olduğu görülmektedir⁵¹. Sornarajah ise, her ne kadar yatırım hukuku tarihi denilince Avrupa'da yapılan ilk yatırımlar akla gelse de, Asya, Orta Doğu ve Afrika'da da yatırımların mevcut olduğu konusunda bir şüphe bulunmadığını belirtmektedir⁵².

Bazı yazarlar, yabancı yatırım hukukunun tarihini iki döneme ayırmaktadır. İlk dönem, 18. yüzyıldan başlayarak İkinci Dünya Savaşı'na kadar devam eden süreci; ikinci dönem ise İkinci Dünya Savaşı'ndan günümüze kadar olan süreci kapsamaktadır⁵³. Diğer yandan, başkaca yazarlar ise⁵⁴, bu dönemleri biraz daha

⁴⁹ ibid 22–25.

⁵⁰ Kayıhan ve Kara (n 2) 85.

⁵¹ ibid 86.

⁵² Sornarajah (n 9) 19.

⁵³ Tiryakioğlu (n 21) 13.

⁵⁴ Kayıhan ve Kara (n 2) 87–88.

ayrıntılı şekilde sınıflandırarak; 18. yüzyıldan İkinci Dünya Savaşı'na kadar olan dönemi “sömürgecilik dönemi”, İkinci Dünya Savaşı'ndan Sovyetler Birliği'nin çöküşüne kadar olan dönemi “sömürgecilik sonrası dönem”, Sovyetler Birliği'nin çöküşünden günümüze kadar olan süreci ise “küresel dönem” olarak adlandırmışlardır. Kanaatimizce de bu ayrım, yatırım hukukunun tarihsel gelişimini açıklama bakımından daha isabetlidir.

A. SÖMÜRGEÇİLİK DÖNEMİ

Bu dönemde yapılan yabancı yatırımların neredeyse tamamı emperyalist devletlerin kontrolündedir ve yatırımlar, çoğunlukla sömürge devletlerinde bulunan doğal kaynaklara yöneliktir. Bu sömürge devletlerin hukuk sistemi, kendisini elinde bulunduran emperyal devletin hukuk sistemine entegre olduğundan, emperyal devletler, bu ülkelerdeki mallarının korunmasına ilişkin düzenlemeler yapmaya gerek görmemişlerdir⁵⁵. Emperyal devletler, ellerinde bulundurmadıkları sömürge devletlere yatırım yapmış olmaları durumunda, karşılaştıkları sorunları öncelikle diplomatik yollarla çözmeye çalışmışlar, eğer bu çözüm yolları yeterli olamazsa, kuvvet kullanmaktan da çekinmemişlerdir. Emperyal devletler tarafından kullanılan kuvvet, bu dönemdeki uyuşmazlıkların çözülmesinde nihai rolü oynamıştır⁵⁶. Sornarajah, kuvvet kullanımının kolonileşme sonrası dönemde dahi devam ettiğini belirtmektedir. Yazar, o dönemde, kuvvet kullanımı konusunda örnek oluşturabilecek bazı kuralların konulmak istendiğini ve sermaye ihraç eden devletlerin de gerektiğinde kuvvet kullanımını meşru kılacak düzenlemelere meyilli olduklarını ifade etmektedir⁵⁷.

Dolzer ve Schreuer, ne devlet uygulamalarının ne de uluslararası hukuk yazarlarının, yabancı mallarının korunması meselesine 1917 yılındaki Komünist

⁵⁵ Tiryakioğlu (n 21) 13–16.

⁵⁶ Kenneth J. Vandeveld, ‘A Brief History of International Investment Agreements’ (2005) 12 U.C. Davis Journal of International Law & Policy 157, 158–161.

⁵⁷ Sornarajah (n 9) 20.

Devrim’e kadar özel bir ilgi göstermediklerini belirtmektedir⁵⁸. Bu tarihe kadar, yabancı kişilerin mallarının korunmasına ilişkin andlaşma uygulamaları, daha çok ev sahibi ülkenin iç hukuku uyarınca korunmaktadır. Yazarlara göre, her devlet kendi iç hukuku uyarınca özel mülkiyeti korumakta ve yabancı yatırımcılara kendilerince garanti sunmaktadır⁵⁹. Nitekim, bu hususta bir dönüm noktası olarak nitelendirilebilecek ilk görüş, Arjantinli hukukçu Carlos Calvo tarafından ileri sürülmüştür. Calvo’ya göre, ev sahibi devletler, kendi vatandaşlarının mallarının korunma derecesini düşürdüğü ölçüde, yabancıların mallarının korunma derecesini düşürebilirler. Bu fikre göre, devletler, yabancıların mallarının korunması hususunda çok büyük garantiler sunabileceği gibi, hiç koruma da sunmayabilirler. Ayrıca, bu görüşe göre yabancılar, bir uyuşmazlık durumunda haklarını yerel mahkemelerde aramalıdır. Uluslararası mahkemelere başvurmaları ya da diplomatik korumadan yararlanmaları mümkün değildir⁶⁰.

Bununla birlikte, 1917’deki Sovyet Devrimi’nden sonra, Sovyetler kendi ideolojik sebeplerini gerekçe göstererek hiçbir tazminat ödemedi yabancıların ellerinde bulunan malları kamulaştırmışlardır. Bu durum, *Lena Goldfield* tahkiminde, Sovyetler Birliği’nin sebepsiz zenginleşme nedeniyle tazminat ödemesine neden olmuştur⁶¹. Tiryakioğlu, yabancıların mallarına yapılan el koymaların, uluslararası arenada bu tür müdahalelerin standartlarının ne olacağı hususunda tartışmalar yarattığına dikkat çekmektedir. Nitekim, bu durum, “götürü tazminat” hususunda bir anlaşma sağlanması ile sonlanmış⁶². Diğer yandan, başkaca bir görüşe göre, bazı elit grupların çıkarları uğruna yabancıların mallarına el koyma durumunun, hükümetlerin kamu menfaati düşüncesiyle ve

⁵⁸ Dolzer ve Schreuer (n 22) 1.

⁵⁹ ibid.

⁶⁰ ibid 1–2.

⁶¹ ibid 3–4.

⁶² Tiryakioğlu (n 21) 15.

ekonomik reform yapmak amacıyla yaptığı kamulaştırmadan farklı olduğu belirtilmiştir. Zira, birinci durum hukuksuzken, ikinci durum hukuki sayılabilmektedir⁶³.

ABD ve Latin Amerika devletleri arasındaki yabancı yatırım ilişkilerinde, Latin Amerika devletleri, yabancı yatırımcıların kendi iç hukukları tarafından korunması gerektiğini belirtirken, ABD, yabancı yatırımcılara uluslararası hukuk standartlarına göre muamele edilmesi gerektiği hususunda ısrarcı olmuştur⁶⁴. Benzer şekilde, 1938 yılında Meksika'nın, petrol sektöründeki Amerikan şirketlerini millileştirmesi ve bu doğrultuda yapılan el koymaları Calvo Doktrini'ne dayandırması, uluslararası arenada tartışmalara yol açmış ve yabancıların mallarının korunması hususunda bir şeylerin yapılması gerektiğini göstermiştir. Bu durum, yabancıların mallarının ev sahibi devletin “kabul edilemez muamelesine” karşı uluslararası hukuk tarafından korunması gerektiği anlayışını ortaya koymuş ve bu anlayış daha sonra “minimum standartlar” olarak bilinen bir dizi standartların gelişmesine yol açmıştır⁶⁵.

B. SÖMÜRGEÇİLİK SONRASI DÖNEM

İkinci Dünya Savaşı'nın bitmesi ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasına kadar olan dönemi “sömürgecilik sonrası dönem” olarak adlandırmak yerinde olacaktır. Bu dönemi ise, yatırım hukuku alanında *Bretton Woods* sistemi şekillendirmiştir. Bunun yanı sıra, diğer bir önemli gelişme ise, Sovyetler Birliği öncülüğünde ortaya çıkan sosyalist blok ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bağımsızlıklarını yeni kazanan devletlerin fazlasıyla hassas davranışlarıdır. Bu unsurlar, dönemi etkileyen “başat” faktörler arasında yer almaktadır⁶⁶.

⁶³ Sornarajah (n 9) 21.

⁶⁴ Tiryakioğlu (n 21) 14–15.

⁶⁵ Dolzer ve Schreuer (n 22) 3-4-.

⁶⁶ Kayıhan ve Kara (n 2) 87.

İkinci Dünya Savaşı'nın bitimini izleyen ilk yıllarda, önemli sanayi kollarında millileştirme hareketleri yaşanmış ve bu hareket yalnızca komünist blokta değil, aynı zamanda İngiltere ve Fransa gibi diğer devletlerde de görülmüştür. Savaş sonrası bağımsızlıklarını kazanan ve sömürge olmaktan kurtulan devletler, yabancı sermayeye karşı düşmanca bir tutum sergilemeye başlamış ve yabancı malları millileştirme hareketlerinden nasibini almıştır⁶⁷. Sermaye ihraç eden devletler, yabancı yatırımları koruma hususunda uluslararası standartların uygulanmasını savunurken, bağımsızlıklarını yeni kazanmış devletler, ulusal hukukun yabancı yatırımları koruyabileceği düşüncesindedirler. Böyle bir durumda, bağımsızlıklarını yeni kazanan devletler, yabancı yatırımların ülkeye girmesi için birtakım kurallar koymuş ve bu yatırımları denetlemişlerdir⁶⁸. Doğal olarak, gelişmiş devletler ile gelişmekte olan devletler arasındaki bu çekişme, yatırım hukukunu negatif etkilemiş ve hukukun güvenilirliğini yitirmesine sebep olmuştur⁶⁹.

Sermaye ithal eden devletler, uluslararası ekonomik ilişkileri düzenleyen kurallarda değişiklik isteyen tavırlarını ve sermaye ihraç eden devletlerle yaşadıkları çekişmeleri bir yandan sürdürürken, diğer yandan da kendi iç hukuklarını daha fazla yabancı yatırım çekebilmek için düzenlemeye koyulmuşlardır. Nitekim, bu durumun, devletlerin uluslararası arenadaki duruşları ile kendi iç hukuklarındaki duruşları arasında bir uyumsuzluk yarattığı ifade edilebilir. Gelişmekte olan devletler, yabancı yatırımların ülkelerine girişi ve kontrolü konularında uluslararası arenada sert bir tavır sergilerken, aynı zamanda uluslararası tutumlarıyla bağdaşmayan ikili yatırım andlaşmaları da imzalayabilmişlerdir⁷⁰.

⁶⁷ Tiryakioğlu (n 21) 17.

⁶⁸ ibid 17-18.

⁶⁹ Kayıhan ve Kara (n 2) 88.

⁷⁰ Sornarajah (n 9) 23.

Diğer yandan, gelişmekte olan devletlerin sürdürdüğü sert tutum zamanla yumuşamış, bu yumuşama akımı daha da ilerlemiş ve Komünizm geriye çekilmiştir. Yabancıların mülk edinmesine karşı olan anti-ideolojik normlar gücünü kaybetmiş, gelişmekte olan ülkeler yabancı yatırımlar konusunda çok daha açık politikalar üretmeye başlamıştır. Bunun nedeni, sınırlı yabancı yatırımı çekme konusunda rekabetin yaşanmaya başlaması olarak gösterilebilir. Ek olarak, sermaye ihraç eden devletler ile sermaye ithal eden devletler arasındaki sınırlar ortadan kaybolmaya başlamış, ABD ve Avrupa devletleri, en çok yabancı yatırım çeken ülkeler haline gelmiştir⁷¹.

C. KÜRESEL DÖNEM

Soğuk Savaş'ın bitmesiyle birlikte, yabancı yatırımlar üzerinde neo-liberal politikalar izlenmeye başlanmıştır. Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ve Uluslararası Para fonu (IMF) yabancı yatırımların ülkeye girişlerinin serbestleştirilmesi, girişten sonra ulusal muamele, garanti edilen muamele standartlarının ihlali durumunda koruma gibi konularda liberal politikaların üretilmesini teşvik etmişlerdir⁷². Devletler, bu kurumlardan finansal yardım talep ettiklerinde, bu politikaları uygulamak durumunda kalmışlardır. Daha sonra, “serbest ticaret” felsefesine kendisini adayan DTÖ ile birlikte, 1990'ların ortalarında ekonomik liberalizmin etkisi en yüksek seviyeye gelmiştir⁷³.

Bununla birlikte, 1990'lara kadar uluslararası yatırım hukuku, içtihat hukuku alanında pek bir gelişme gösterememiştir. Ancak, ICSID Sözleşmesi çerçevesinde, yatırım hukuku alanında büyük bir içtihat artışı sağlanmış ve bu artış günümüzde de devam etmektedir. Öte yandan, yatırım tahkiminin, devletlerin düzenleyici işlemler yapabilme özgürlüğünü engellediği yönünde

⁷¹ Kenneth J. Vandavelde (n 58) 161–175.

⁷² ibid 175–177.

⁷³ Sornarajah (n 9) 23–24.

eleştiriler de görülmektedir⁷⁴. Buna karşın, 2011 yılında, doğrudan yabancı yatırımlar dünya genelinde %16 artmıştır. Dünya genelinde ABD, İngiltere, Çin ve Hong Kong, en çok yatırım stokuna sahip olan ülkeler iken, Türkiye 140,3 milyar dolar ile 31. sıradadır. Türkiye, aynı yıl bir önceki yıla göre 15,9 milyar dolarlık doğrudan yabancı yatırım çekerek dünya çapında 23. sıraya yükselmiştir⁷⁵.

Diğer yandan, ekonominin iyi olduğu zamanlarda gelişmekte olan devletlere akan fonlar, ekonominin kötü olduğu zamanlarda geri çekilmeye başlamıştır. Rusya, Meksika, Arjantin ve Asya'daki finansal krizler, ekonomik liberalizmin tekrar gözden geçirilmesine sebep olmuştur. Zengin ile fakir arasındaki makasın küresel düzende iyice açılmaya başlaması, bu düşüncelerin sebeplerindendir. Sermayenin etrafta hiçbir sınırlamaya maruz kalmadan dolaşmaya başlaması ve devletlerde büyük tahribat yaratması, ekonomistler tarafından sermayenin kontrol edilmesi gerektiği yönünde bir çözüm olarak sunulmuştur. Tüm bu yabancı yatırım iklimi göz önüne alındığında, yabancı yatırımlar gelecek dönemler için isteksiz bir hal almaya başlamıştır⁷⁶.

III. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Tiryakioğlu⁷⁷ ve Sornarajah⁷⁸, günümüzde uluslararası yatırım hukukunun tüm yönlerini kapsayan, ev sahibi ülke ile sermaye ihraç eden ülke arasındaki tüm ilişkileri düzenleyen uluslararası bir belgenin olmadığını belirtmektedir. Kayıhan ve Kara, uluslararası yatırım hukukunun diğer hukuk dalları ile kıyaslandığında yeni bir hukuk disiplini olduğunu, uluslararası ekonomi hukukunun uluslararası yatırım hukukunu da kapsadığını ifade etmektedir. Uluslararası ekonomi hukuku,

⁷⁴ Dolzer ve Schreuer (n 22) 11.

⁷⁵ Baykal (n 11) 9–10.

⁷⁶ Sornarajah (n 9) 23–24.

⁷⁷ Tiryakioğlu (n 21) 51.

⁷⁸ Sornarajah (n 9) 79.

uluslararası hukukun bir alt dalı olduğuna göre, uluslararası hukukun kaynakları ile uluslararası yatırım hukukunun kaynaklarının benzer olduğunu vurgulamaktadırlar.

Diğer yandan, uluslararası yatırım hukuku, diğer uluslararası hukuk alanlarından farklı olarak, kaynakları bakımından bazı özgün nitelikler taşımakta olduğu konusunda farklı görüşler de vardır. Bir görüşe göre, her ne kadar bu alanda klasik uluslararası hukuk kaynakları olan andlaşmalar, teamül ve hukukun genel ilkeleri uygulanmaya devam etse de, ulusal hukuk düzenlemeleri de belirli durumlarda bu alanda kaynak niteliği kazanabilmektedir⁷⁹. Dolzer ve Schreuer ise⁸⁰, yabancı yatırım hukukunun, genel olarak uluslararası hukuktan ve yatırımın korunmasına özgü kesin kurallardan oluştuğunu iddia etmektedir. Ek olarak, yazarlar, ev sahibi ülkenin hukukunun da çok önemli bir rol oynadığını belirtmektedirler. Tiryakioğlu ise⁸¹, yabancı yatırım hukukuna ait taleplerin, sadece uluslararası hukukun kaynaklarından güç alması şartıyla uluslararası hukukun kapsamı içerisinde sayılabileceğini ileri sürmektedir.

Konu ile ilgili olarak, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 38. maddesi⁸²;

“1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak

⁷⁹ Albayrak (n 3) 23.

⁸⁰ Dolzer ve Schreuer (n 22) 12.

⁸¹ Tiryakioğlu (n 21) 51.

⁸² **Maddenin orijinal metni:** “1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a- international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b- international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c- the general principles of law recognized by civilized nations.
d- subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.”

çözmekle görevli olan Divan :

a) uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;

b) hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını;

c) uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d) 59. Madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemesiz.” şeklindedir.

Maddeye bakıldığında, uluslararası hukukun ve dolayısıyla uluslararası yatırım hukukunun asli kaynaklarının uluslararası andlaşmalar, uluslararası teamül kuralları ve uygar devletlerce kabul edilen hukuk prensipleri olduğu; yardımcı kaynaklarının ise yargı kararları ve öğreti olarak belirtildiği kolaylıkla görülebilmektedir. Her ne kadar, UAD Statüsü'nün 38. maddesinde sayılan hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi bulunup bulunmadığı hususu tartışma konusu olabilse de, öğretilerde genel kabul gören görüş, andlaşmalar ile teamül kuralları arasında hiyerarşik bir üstünlük ilişkisinin bulunmadığı yönündedir⁸³.

Günümüzde uluslararası yatırım hukukunun gelişimine temel oluşturan çok sayıda uluslararası andlaşma akdedilmiştir. Bu andlaşmalar, hem yatırımcıların korunmasına yönelik uluslararası standartları belirlemeleri hem de uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin usulleri düzenlemeleri bakımından, söz konusu hukuk dalının en önemli kaynakları arasında yer almaktadır. Bununla birlikte,

⁸³ İlyas Doğan, Devletler Hukuku (Seçkin Yayınları 2008) 83.

uluslararası teamül ve hukukun genel ilkeleri de bu alanda tamamlayıcı nitelikte kaynaklar olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, yargı kararları ile öğretideki bilimsel görüşler, yatırım hukukunun yorumlanması ve uygulanmasına yardımcı olmaktadır. Uygun koşulların varlığı hâlinde ise, devletlerin tek taraflı irade beyanlarının dahi belirli uyuşmazlıklar üzerinde etkili olabileceği ifade edilmektedir⁸⁴.

Uluslararası hukukta, iç hukuk sistemlerine kıyasla daha az sayıda uyuşmazlık karara bağlanmıştır ve yeni ortaya çıkan durumlara ilişkin kurallar koyabilecek bir yasama mekanizması bulunmamaktadır. Bu nedenle, “uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri” ifadesi, uluslararası hukuktaki olası boşlukları doldurmak ve *non liquet* olarak adlandırılan, hukukun suskun kaldığı durumları çözümleyebilmek amacıyla UAD Statüsü ‘nün 38. maddesinde bir hukuk kaynağı olarak yer almıştır. Gerçekten de, sistem içerisindeki boşluklar önemli bir sorun teşkil etmektedir. Her uluslararası uyuşmazlık için derhal uygulanabilecek açık ve net bir kural bulunmayabilir. Ancak, her uluslararası meselenin hukuken çözümlenebilir olduğu kabul edilmektedir⁸⁵.

A. ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

Kayıhan ve Kara⁸⁶, uluslararası andlaşmaları, uluslararası iki veya daha fazla hukuk kişinin üzerinde anlaştıkları bir konuya ilişkin iradelerini yazıya dökmeleri sonucunda ortaya çıkan metinler olarak tanımlamıştır. Yazarlar ayrıca, andlaşmaların isminin ne olduğunun önemli olmadığını, yukarıda belirtilen kişiler arasında gerçekleşen “irade uyuşmalarının” andlaşma sayılmak için yeterli olduğunu vurgulamaktadır. 1959 yılında imzalanan ilk ikili yatırım andlaşmasından itibaren, yabancı yatırımcılara uygulanacak muameleye ilişkin

⁸⁴ Albayrak (n 3) 24; Kayıhan ve Kara (n 2) 104–105.

⁸⁵ Malcolm N. Shaw, *International Law* (9. Bası, Cambridge University Press 2021) 533.

⁸⁶ Kayıhan ve Kara (n 2) 91.

düzenlemelerde andlaşmalar belirleyici bir konuma gelmiştir⁸⁷.

1. İki Taraflı Andlaşmalar

Kayıhan ve Kara⁸⁸, iki taraflı andlaşmaları, “Uluslararası Yatırım Hukuku’nun en önemli kaynağı olan iki taraflı antlaşmalar, uluslararası hukukun iki süresi tarafından imzalanan, çok taraflı antlaşmalarla da aynı hükümlere tabi olan antlaşmalardır ” şeklinde tanımlamıştır. Yine aynı yazarlara göre, dünya genelinde imzalanan yatırım andlaşmaları 3000’i geçmiştir. Baykal da, iki taraflı andlaşmaların, uluslararası yatırım andlaşmalarının bu alandaki en önemli kaynağı olduğu konusunda hemfikirdir. Yazar, bu türdeki ilk andlaşmayı 1959 yılında Almanya’nın imzalamış olduğunu belirterek, Almanya ile Çin’in 130 civarında ikili yatırım andlaşması yaptığını ve bu konuda, bu iki devletin dünya çapında başı çektiğini vurgulamaktadır⁸⁹. Dolzer ve Schreuer ise⁹⁰, iki taraflı yatırım andlaşmaları ile genel olarak, taraf devletlerden birinin yatırımcılarının, diğer taraf devletteki yatırımları için garantiler sağladığını ifade etmektedir. Yazarlara göre, geleneksel olarak, ikili yatırım andlaşmaları oldukça kısa metinlerden oluşmakta olup genellikle 12 ila 14 madde arasında değişmektedir. Bu andlaşmalar çoğunlukla üç ana bölümden meydana gelmekte olup ilk bölüm, özellikle “yatırım” ve “yatırımcı” kavramlarının tanımlarına yer vermektedir. İkinci bölüm ise, yatırımların ve yatırımcıların korunmasına yönelik maddi standartları düzenlemektedir. Bu bölümde genellikle; yatırımların kabulüne ilişkin hükümler, adil ve eşit muamele ilkesi, tam koruma ve güvenlik güvencesi, keyfi veya ayrımcı muamele yasağı, ulusal muamele ve en çok kayrılan ulus ilkeleri, kamulaştırma hâlinde sağlanacak güvenceler ile ödemelerin serbestçe transferine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Üçüncü bölüm ise,

⁸⁷ Albayrak (n 3) 24.

⁸⁸ Kayıhan ve Kara (n 2) 92.

⁸⁹ Baykal (n 11) 34.

⁹⁰ Dolzer ve Schreuer (n 22) 13.

uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri içermektedir. Çoğu iki taraflı andlaşmada, bu konuda iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözömlenmesini öngörmektedir. Bu kapsamda, pek çok yatırım andlaşması, taraf devletlerin, yabancı yatırımcılarla yaşanacak uyuşmazlıklarda ICSID tahkimi veya başka bir uluslararası tahkim mekanizmasını önceden kabul ettiklerini hükme bağlamaktadır. Diğer düzenleme ise, andlaşmaya taraf iki devlet arasında doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözömlenmesine ilişkindir⁹¹.

Kayıhan ve Kara⁹², iki taraflı yatırım andlaşmalarını ikiye ayırmıştır. Bunlardan ilki, 1796 yılında Amerika ile Fransa arasında yabancıların mallarının korunmasını konu alan ve ilk olmaları sebebiyle yatırımdan çok ticarete ilişkin maddeler içeren, ittifak andlaşmaları niteliğine haiz “Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşmaları”dır. Diğer tür ise “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Andlaşmaları”dır. Yazarlar, bu andlaşma türünün tarihte ilk defa Federal Almanya ile Pakistan arasında imzalandığını belirtmektedir. Aynı yazarlar, bu tür andlaşmaları benzer olarak, yatırıma ilişkin tanımları içeren ilk bölüm, yatırımın korunması için sağlanacak standartları içeren ikinci bölüm ve uyuşmazlık durumunda ne olacağına ilişkin maddeleri içeren son bölüm olmak üzere toplamda üç bölümden oluşan ve genellikle 12-14 madde içeren kısa andlaşmalar olarak tanımlamaktadırlar.

Diğer yandan, Tiryakioğlu⁹³ ve Sornarajah⁹⁴, bu tür ikili andlaşmaların evrensel bir uluslararası hukuk kuralı yaratmaya olan katkısını muğlak bulmaktadır. Yazarlara göre, bir yatırım andlaşmasında yer alan maddelerin, başkaca diğer ikili

⁹¹ ibid.

⁹² Kayıhan ve Kara (n 2) 92–93.

⁹³ Tiryakioğlu (n 21) 56.

⁹⁴ Sornarajah (n 9) 85.

yatırım andlaşmalarında da benzer şekilde yer alması durumunda, evrensel bir hukuk kuralı oluşumuna katkı sağlanabilir. Ancak, yazarlar, günümüzdeki ikili yatırım andlaşmalarının, tarafların ihtiyaçlarına göre farklı olarak şekillenerek birbirlerinden oldukça farklı kurallar içerdiğini belirtmiş ve bu durumun, evrensel bir uluslararası hukuk kuralı oluşturmasını zorlaştırdığını ifade etmişlerdir.

Günümüzde uluslararası yatırım andlaşmalarının çoğu, uluslararası yatırım pazarlarına giriş için bir "bilet" olarak değerlendirilmektedir. Bu andlaşmaların, devletlerin egemenlik hakları üzerinde yarattığı sınırlayıcı etki, doğal olarak, objektif bir yatırım dostu iklim oluşturmanın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁹⁵.

2. Çok Taraflı Andlaşmalar

Kayıhan ve Kara'nın tanımına göre⁹⁶, çok taraflı andlaşmalar, "ikiden fazla uluslararası hukuk süjesi tarafından imzalanan andlaşmalar" olarak tanımlanır. Yazarlara göre, dünya çapında geniş katılımlı olan kapsamlı çok taraflı yatırım andlaşmaları, evrensel yatırım hukuku kurallarının oluşmasında ve uygulanmasında büyük bir rol oynayabilir. Hatta bu tür andlaşmalar, uluslararası yatırım hukukunun evrensel normlarının gelişmesi açısından neredeyse yasama işlevi görebileceğini işaret etmektedir. Baykal ise, yabancı yatırımlara ilişkin çok taraflı bir andlaşma oluşturma çabalarının 1950'li yıllara kadar uzandığını, ancak başarıya 2004 yılında DTÖ nezdinde çok taraflı andlaşmalar ile ulaşıldığını belirtmiştir⁹⁷.

Ek olarak, DTÖ'nün kurulmasıyla birlikte, bu örgütün küresel ticaretin yönlendirilmesinde temel bir rol üstlendiği ifade edilmiştir. DTÖ bünyesinde kabul edilen çeşitli uluslararası andlaşmalar, dünya ticaretinin birçok yönünü kapsamlı biçimde düzenlemekte olup, küresel ticaret hacminin yaklaşık %95'ini

⁹⁵ Dolzer ve Schreuer (n 22) 14.

⁹⁶ Kayıhan ve Kara (n 2) 94.

⁹⁷ Baykal (n 11) 35.

gerçekleştiren devletlerin bu örgüte üye olduğu belirtilmektedir⁹⁸. Ayrıca, üyeler arasındaki uyuşmazlıklara çözüm yolları sunulduğu da göz önünde bulundurulduğunda, DTÖ'nün uluslararası yatırım hukuku konusunda evrensel kurallar oluşturabilecek en önemli aktörlerden biri olduğu vurgulanmıştır⁹⁹.

Diğer yandan, bir görüşe göre, çok taraflı yatırım andlaşmaları evrensel ve bölgesel olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁰⁰. Tiryakioğlu¹⁰¹ ise, bölgesel nitelikteki andlaşmaları, "sınırlı sayıda devletin katıldığı ve genellikle tüm devletlerin katılımına açık olmayan antlaşmalar" olarak tanımlamaktadır. Baykal¹⁰², bölgesel mahiyette olan andlaşmalara örnek olarak 1992 yılında imzalanan ve 11. bölümüyle yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeler getiren “Kuzey Amerika Serbest Ticaret Andlaşması” (NAFTA) örneğini vermektedir. Ayrıca, kurucu sözleşmesinde yabancı yatırımların korunmasına ilişkin hükümler içeren “Güneydoğu Asya Ulusları Birliği” (ASEAN) de bölgesel nitelikteki andlaşmalara bir örnek olarak gösterilebilir.

Avrupa ülkeleri, Rusya ve Orta Asya ülkeleri arasında imzalanan Enerji Şartı Andlaşması (Energy Charter Treaty - ECT), çok taraflı sektörel bir andlaşma olarak tanımlanmıştır. Bu andlaşma, enerji sektöründe ayrımcılık, kamulaştırma, sermaye transferine yönelik makul olmayan önlemlerden kaynaklanan zararlar, savaş veya benzeri durumlarda oluşan zararlar ve yerli ve yabancı yatırımcılara eşit olanaklar sunulması gibi konularda düzenlemeler getirdiği için yatırım hukuku açısından önemlidir¹⁰³.

Öte yandan, Tiryakioğlu¹⁰⁴, çok sayıda devletin taraf olduğu uluslararası

⁹⁸ Kayıhan ve Kara (n 2) 96.

⁹⁹ ibid 96–97.

¹⁰⁰ Baykal (n 11) 35–36.

¹⁰¹ Tiryakioğlu (n 21) 53.

¹⁰² Baykal (n 11) 35–36.

¹⁰³ Kayıhan ve Kara (n 2) 98.

¹⁰⁴ Tiryakioğlu (n 21) 53.

andlaşmaları, maddelerinin çok genel yapıda olması ve bu nedenle spesifik sorunlara tam bir çözüm yolu getirememesi sebebiyle eleştirmiştir.

3. Uluslararası Teamül

Uluslararası hukukun başlangıcı olarak kabul edilen 1647 Vestfalya Andlaşması'ndan beri uluslararası andlaşmalar ve uluslararası teamül, uluslararası hukukun ana kaynakları olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵. Uluslararası andlaşmalar, kural olarak sadece andlaşmanın taraflarını bağlarken, yazılı olmayan uluslararası teamül kuralları, uluslararası arenadaki tüm devletleri bağlamaktadır¹⁰⁶.

Uluslararası teamül hukukunun, maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru vardır. Maddi unsur, devletlerin benzer olaylara aynı tutum ve davranışları sergilemesi ve bu durumun süreklilik arz etmesi olarak tanımlanırken, manevi unsur ise devletlerin belirli durumlar karşısında belirli tutum ve davranışları sergilemenin hukuken zorunlu olduğuna inanmaları olarak tanımlanabilir¹⁰⁷. Tütüncü ise, bir kuralın uluslararası teamül niteliği kazanabilmesi için iki temel unsurun varlığının gerekte olduğunu, bunlardan birinin maddi unsur, yani devletlerin fiili uygulamaları; diğerinin ise subjektif unsur, yani bu uygulamaların devletler tarafından hukuki bir bağlayıcılık bilinciyle gerçekleştiriliyor olması olarak ifade etmiştir¹⁰⁸. Yine aynı yazara göre, uluslararası teamül hukukunun en önemli avantajı, genel bir uygulama alanına sahip olmasıdır. Bu nedenle, teamül kuralları, andlaşmaların bulunmadığı durumlarda ortaya çıkan hukuki boşlukların giderilmesine katkı sağlayabilir¹⁰⁹. Tiryakioğlu¹¹⁰, teamül hukukunu, uluslararası

¹⁰⁵ Kayıhan ve Kara (n 2) 102.

¹⁰⁶ ibid 103.

¹⁰⁷ ibid 102–103.

¹⁰⁸ Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri, Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) (BETA 2017) 38–39.

¹⁰⁹ ibid 35–38.

¹¹⁰ Tiryakioğlu (n 21) 56.

ortamda genel bir uygulama niteliği kazanmış olan bir âdet, eğer uluslararası toplumda bu adetin bağlayıcı olduğu yolunda bir *opinio juris* yerleşmesine neden olmuşsa, ortada bir teamül hukuku kuralı oluşabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, uluslararası teamül hukuku kuralları, diğer uluslararası hukuk normlarının oluşumuna dayanak olmaktadır. Baykal ise¹¹¹, teamül hukukunu "Teamül Hukuku, genel bir uygulama ile bu uygulamanın hukukun gereği olduğuna ilişkin inançtan oluşur" şeklinde tanımlamaktadır. Yazar ayrıca, zamanla teamül hukukunun yazılı hale dönüşebileceğine ve uluslararası hukuk alanındaki öneminin azaldığına işaret etmektedir. Bir başka görüş olarak, Tiftik ve Abdulhakimoğulları¹¹² ise, örf-adet kurallarının maddi unsurunu, bir kuralın uzun bir zaman dilimi içinde aynı şekilde ve hala uygulanıyor olmasını tanımlarken, manevi unsurunu ise bir kurala uyulmasının veya belirli bir davranış tarzına uyulmasının istenebileceğine dair genel bir inanın bulunması olarak açıklamaktadırlar.

Diğer yandan, UAD, *Anglo-Norwegian Fisheries*¹¹³ ve *North Sea Continental Shelf*¹¹⁴ davalarında, devletlerin uygulamalarının belirli bir ölçüde tutarlılık ve yeknesaklık göstermesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu durumdan hareketle, bir devlet uygulamasının teamül hukuku oluşturma kapasitesine sahip olabilmesi için aranan eşik düzeyinin, Divan tarafından nispeten düşük tutulduğu sonucuna varılabilir.

Bu bağlamda, teamülün oluşumu bakımından bir diğer önemli unsur zaman unsurudur. Shaw'a göre, bir hukuk kuralının teamül hukuku kuralı niteliğini kazanabilmesi için geçmesi gereken sürenin duruma göre farklılık gösterebileceği

¹¹¹ Baykal (n 11) 36.

¹¹² Mustafa Tiftik ve Erdal Abdulhakimoğulları, Temel Hukuk Bilgisi (Adalet Yayınevi 2015) 119.

¹¹³ Anglo – Norwegian Fisheries Case, 1951, ILR, vol 18, s.116,131 ve 138.

¹¹⁴ North Sea Continental Shelf Case, 1969, ILR, vol 41, s.29.

kabul edilmelidir¹¹⁵. Buna karşılık, Güneş, son yıllarda uluslararası hukukun hızlı gelişim süreci dikkate alındığında, bir kuralın teamül olarak kabulü için uzun bir zaman diliminin gerekli olmadığını, yaklaşık on beş yıllık bir sürenin yeterli olabileceğini ileri sürmektedir¹¹⁶.

Yukarıda da görüldüğü üzere, teamül hukuku kurallarının oluşumu, bizim kendi iç hukukumuzda da kabul ettiğimiz teamül hukuk kurallarının oluşumuna oldukça benzemektedir. Dolzer ve Schreuer¹¹⁷, yatırım tahkimi uygulamalarında, teamül hukukuna sıklıkla başvurulduğuna işaret etmektedir. Özellikle, isnat kuralları ve zarar durumunda, devletlerin sorumluluğu konusunda teamül hukuku önemli bir rol oynamaktadır. Ayrıca, kamulaştırma ve yatırımcıların vatandaşlığı gibi konular da uluslararası teamül hukukunun ilgilendiği diğer meseleler arasında yer almaktadır. Baykal ise¹¹⁸, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin vatandaşlıklarının belirlenmesinde uygulanacak uluslararası hukuk kuralları ile devletlerin diplomatik himayesine ilişkin kuralları teamül hukukuna örnek olarak göstermektedir.

Diğer yandan, Kayıhan ve Kara¹¹⁹, uluslararası yatırım hukukunda uygulama bulabilecek çok az sayıda teamül hukuku kuralının mevcut olduğunu ifade etmişlerdir. Yazarlar, uluslararası toplumda belirli kurallara uyulmasının hukuken zorunlu olduğuna dair inancın yerleşmesi ve bu kuralların süreklilik kazanması halinde, uluslararası yatırım hukukuna özgü teamül hukuku kurallarının zamanla gelişip zenginleşebileceğini vurgulamaktadırlar.

Ek olarak, Sornarajah'a göre¹²⁰, gelişmekte olan devletler, BM Genel Kurulu'nda

¹¹⁵ Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk (TÜBA 2018) 54.

¹¹⁶ Ahmet Mithat Güneş, Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi (Bilge Yayınevi 2012) 202–203.

¹¹⁷ Dolzer ve Schreuer (n 22) 17.

¹¹⁸ Baykal (n 11) 37.

¹¹⁹ Kayıhan ve Kara (n 2) 103–104.

¹²⁰ Sornarajah (n 9) 82.

yabancı yatırımlar konusunda karar alırken sayısal üstünlüklerini kullanmışlardır. Bu durum, Genel Kurul kararlarının uluslararası hukuk kuralı oluşturup oluşturmadığı konusunda yoğun bir tartışmaya yol açmıştır. Yazara göre, bazı görüş sahipleri, Genel Kurul kararlarının resmi olarak "anlık teamül hukuku" oluşturduğunu belirtirken, diğer bir görüşe göre ise bu kararlar, hukuk yaratıcı etkiye sahiptir. Ancak yazar, Genel Kurul kararlarının, uygulanacak hukuk normlarını net bir şekilde ifade etme işlevine sahip olduğunu savunmaktadır. Yine aynı yazara göre¹²¹, teamül hukukunun oluşumu güç ilişkileriyle doğrudan bağlantılıdır. Güçlü devletler, gelişmekte olan devletlere pratikte kabul ettirmeyi amaçlayan yatırım koruyucu kuralları, teamül hukuku çerçevesinde inşa etmeye çalışmışlardır. Ancak bu yaklaşım, güçlü bir dirençle karşılaşmıştır. Örneğin, Amerika'nın yabancılara ve onların mallarına ilişkin uluslararası minimum standartlar sağlama yönündeki iddiaları, Latin Amerika ülkeleri tarafından reddedilmiştir. Buna rağmen, gelişmiş ülkeler tarafından desteklenen normlar, teamül hukuku kapsamında sürdürülebilir hale gelmiştir.

4. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun diğer kaynakları kadar ağırlığa sahip olmasa da uluslararası hukukun kaynakları arasında kabul edilmektedir¹²². UAD Statüsü' ne göre, uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri olarak kabul edilen hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuka aktarılmasında ve bu alanda uygulanmasında herhangi bir sakınca bulunmayan ilkelere dir. Bu ilkelerin, yalnızca mantıksal bir tutarsızlık veya devletlerin değer yargıları bakımından bir engel teşkil edip etmediği değerlendirilmelidir. Statüde de belirtildiği üzere, bu ilkelerin uygar devletler tarafından da kabul edilmesi gerekmektedir. Uluslararası Yatırım Hukuku alanında ise, hukuk genel ilkelerine sıkça başvurulduğu

¹²¹ ibid 84.

¹²² ibid 85.

gözlemlenmektedir. Örneğin, bir kamulaştırma karşısında tazminat talep edilebileceği ve bu talebin dayanağının sebepsiz zenginleşme olacağı, bu ilkelerin uygulanmasına örnek teşkil etmektedir¹²³.

Shaw¹²⁴, UAD Statüsü tarafından uluslararası hukukun kaynakları arasında sayılan hukukun genel ilkelerinin, uluslararası hukukun boşluklarını doldurmak ve hukuki olarak belirsiz kalan ilkeleri çözmek amacıyla kullanıldığını ifade etmektedir. Yine yazara göre, hukukun genel ilkeleri kavramı öğretide oldukça tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlar, genel ilkelerin temelini doğal hukuk anlayışına dayandırırken; diğerleri bu ilkeleri, andlaşma ve teamül hukukundan türeyen ve devletlerin rıza beyanına dayalı bir çıkarım olarak değerlendirmektedir¹²⁵. Dolzer ve Schreuer de benzer bir görüşü benimseyerek¹²⁶, hukukun genel ilkelerinin, özellikle yatırım andlaşmalarındaki yatırım ile ilgili kuralların yorumlanmasında ve andlaşmalardaki boşlukların giderilmesinde büyük önem kazandığını vurgulamaktadır. Aynı görüşü paylaşan Tiryakioğlu¹²⁷, hukukun genel ilkelerinin, özellikle andlaşmalar hukuku ile teamül hukuku arasındaki boşlukları doldurmak için kullanıldığını belirtmektedir.

Diğer taraftan, Sornarajah¹²⁸, hukukun genel ilkelerinin kullanımının yüksek oranda öznel bir nitelik taşıdığına dikkat çekmektedir. Hukukun genel ilkelerinden yararlanan yazarlara bakıldığında, bu ilkelerin genellikle *a priori* varsayımları desteklemek amacıyla kullanıldığı söylenebilir. Bir başka görüşe göre ise, günümüz uluslararası hukuk düzeninde, andlaşmaların sayısının artması ve teamül hukukunun kapsamının genişlemesi ile, hukukun genel ilkelerine başvuru sıklığının azaldığı gözlemlenmektedir. Benzer biçimde, aynı eğilim

¹²³ Kayıhan ve Kara (n 2) 104.

¹²⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law* (6. Bası, Cambridge University Press 2008) 98.

¹²⁵ ibid 99.

¹²⁶ Dolzer ve Schreuer (n 22) 18.

¹²⁷ Tiryakioğlu (n 21) 59.

¹²⁸ Sornarajah (n 9) 84.

uluslararası yatırım hukuku alanında da geçerliliğini korumaktadır¹²⁹.

Sonuç olarak, hukukun genel ilkeleri, yabancı yatırımların korunması alanındaki kuralların şekillendirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ancak, mahkemeler, hukukun genel ilkelerini, devletlerin kabul edemeyeceği bir biçimde uygulamışlardır. Genellikle, ev sahibi ülkelerin aleyhine olacak şekilde, yabancı yatırımların korunmasına yönelik seçilmiş kurallar uygulanmaktadır. Bu durum, günümüzdeki tahkim sisteminin, gelişmekte olan devletlerin çıkarlarına hizmet eden normlardan çok, yatırımların korunmasına yönelik eğilim göstermesiyle açıklanabilir¹³⁰.

5. Yargı Kararları ve Öğreti

Kayıhan ve Kara¹³¹, UAD Statüsü'nde yardımcı kaynak olarak belirtilen yargı kararlarının, uluslararası mahkeme ve tahkim kararlarının tamamı olarak ifade edildiğini belirtmektedir. Yargı kararları, ileride ortaya çıkabilecek veya hali hazırda var olan hukuki uyuşmazlıkların çözümüne yol gösterici olmanın yanı sıra, uluslararası hukuk alanında bir teamül kuralının var olup olmadığını kanıtlamada yardımcı olabilecek bir araçtır. Sornarajah ise, özellikle UAD kararlarının, uluslararası hukuk prensiplerini şekillendirmede önemli bir etkiye sahip olduğunu vurgulamaktadır¹³². Örneğin, UAD, Barcelona Traction davasında, şirketin vatandaşlık ilişkisi bulunan ülkenin, şirketin haklarını koruma adına dava açma yetkisine sahip olduğunu, ancak şirketin hâkim hissedarlarının vatandaşlık ilişkisi bulunan ülkenin bu yetkiye sahip olmadığını belirterek, bu davada verdiği kararlar sonraki uyuşmazlıklara ışık tutacak tarihi bir karar

¹²⁹ Albayrak (n 3) 36–37.

¹³⁰ Sornarajah (n 9) 86.

¹³¹ Kayıhan ve Kara (n 2) 105.

¹³² Sornarajah (n 9) 87.

almıştır¹³³. Baykal¹³⁴, yargı kararlarının yalnızca mahkemenin önündeki uyumsuzluklar için bağlayıcı olduğunu ancak benzer davalar için kıyas yoluyla örnek teşkil edebileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, Sornarajah¹³⁵, tahkim davalarından çıkan farklı görüşlerin, yatırım tahkimi sistemi hakkında soru işaretlerine neden olduğunu savunmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tıpkı uluslararası mahkeme kararları gibi, uluslararası hukukta itibar kazanmış yazarların görüşleri de UAD Statüsü'nde yardımcı kaynak olarak belirtilmektedir. Ancak, bu alanda görüşlerine önemli ölçüde başvurulmuş yazarlar, genellikle sermaye ihraç eden gelişmiş ülkelerin akademisyenleridir ve bu yazarların görüşlerinin, bu ülkelerin çıkarları doğrultusunda şekillendiği öne sürülmektedir. Bu durum, söz konusu yazarlara yönelik eleştirilerin temelini oluşturmaktadır¹³⁶. Diğer bir görüşe göre, andlaşma, teamül ve hukukun genel ilkeleri gibi temel kaynakların yanı sıra, uluslararası yatırım hukukunda yardımcı kaynaklar niteliğindeki yargı kararları ve öğreti de önemli bir belirleyici role sahiptir. Her ne kadar yatırım andlaşmaları belirli muamele standartlarını öngörse de, bu standartların içeriğinin şekillenmesi ve somutlaştırılması esasen yatırım tahkimi uygulamaları aracılığıyla gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, yardımcı kaynaklar ikincil bir konumda bulunsalar da, uluslararası yatırım hukukunun gelişimi ve somutlaşması bakımından kayda değer bir işlev üstlenmektedirler¹³⁷. Tiryakioğlu ise¹³⁸, bu yazarların konularında ne kadar uzman olurlarsa olsunlar, doğrudan uluslararası hukuk kuralı oluşturma yetkisine sahip olmadıklarını ifade etmektedir. Ancak yazara göre, öğreti tamamen göz ardı edilmemeli ve uluslararası hukukun

¹³³ Yasin Söyler, 'Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi' (2015) 19 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207, 242.

¹³⁴ Baykal (n 11) 38.

¹³⁵ Sornarajah (n 9) 87.

¹³⁶ Kayıhan ve Kara (n 2) 106.

¹³⁷ Albayrak (n 3) 37.

¹³⁸ Tiryakioğlu (n 21) 61.

oluşumu ve gelişimine yön vermesi açısından önemli bir yardımcı kaynak olarak değerlendirilmeye devam edilmelidir.

SONUÇ

Uluslararası yatırım hukuku, modern uluslararası hukukun en dinamik ve çok boyutlu alt dallarından biri olarak, devlet egemenliği ile yabancı sermayenin korunması arasındaki hassas dengenin hukuki zeminini oluşturmaktadır. Bu hukuk dalı, küreselleşmenin hız kazandığı İkinci Dünya Savaşı sonrasında itibaren ekonomik ilişkilerin serbestleşmesi, sermaye hareketlerinin artması ve devletlerin kalkınma hedeflerine ulaşmak için yabancı yatırımlara yönelmesiyle birlikte normatif bir kimlik kazanmıştır. Dolayısıyla, uluslararası yatırım hukuku, yalnızca yatırımcıların haklarının korunmasını değil, aynı zamanda ev sahibi devletlerin kamu yararı çerçevesinde düzenleme yapma yetkisini de gözeten karma bir yapıya sahiptir.

Tarihsel perspektiften bakıldığında, yatırım hukukunun gelişimi üç temel döneme ayrılabilir: sömürgecilik dönemi, sömürgecilik sonrası dönem ve global dönem. Sömürgecilik döneminde yabancı yatırımlar, esasen emperyal güçlerin ekonomik çıkarlarını koruma amacı taşımış; kuvvet kullanımı, diplomatik himaye ve tek taraflı müdahaleler uluslararası ilişkilerde meşru araçlar olarak görülmüştür. Sömürgecilik sonrası dönemde ise, bağımsızlığını yeni kazanan devletler, ekonomik egemenliklerini tesis etme gayretiyle yabancı sermaye üzerinde sıkı denetim kurmaya yönelmiş, kamulaştırma hareketleri bu dönemin karakteristik unsurları olmuştur. Ancak 20. yüzyılın sonlarına doğru, ekonomik liberalizmin yükselişiyle birlikte, yabancı yatırımlara karşı tutum yumuşamış ve uluslararası yatırım hukukunun bugünkü kurumsal çerçevesi şekillenmiştir. Özellikle 1965 tarihli Washington Sözleşmesi ile kurulan ICSID sistemi, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının uluslararası tahkim yoluyla çözümünü kurumsallaştırmış ve yatırım hukukuna küresel ölçekte hukuki bir öngörülebilirlik kazandırmıştır.

Normatif açıdan değerlendirildiğinde, uluslararası yatırım hukukunun kaynakları, UAD Statüsü' nün 38. maddesinde düzenlenen uluslararası hukuk kaynaklarıyla büyük ölçüde örtüşmektedir. Buna göre, uluslararası yatırım hukukunun temel kaynaklarını uluslararası andlaşmalar (özellikle ikili ve çok taraflı yatırım andlaşmaları), uluslararası teamül, hukukun genel ilkeleri, yargı kararları ve öğreti oluşturmaktadır. Özellikle ikili yatırım andlaşmaları, yatırımcıya doğrudan uluslararası düzeyde hak ve koruma sağlayan en önemli araç konumundadır. Bu andlaşmalar, yatırımcının mülkiyet hakkını, adil ve hakkaniyetli muameleye tabi tutulma hakkını, kamulaştırma karşısında tazminat talep etme hakkını ve milliyet temelinde ayrımcılığa maruz kalmama hakkını güvence altına almaktadır. Çok taraflı andlaşmalar ise, belirli alanlarda yatırım hukukunun yeknesaklaşmasına katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte, uluslararası yatırım hukukunun yalnızca yatırımcı lehine yorumlanması, ev sahibi devletlerin düzenleme yetkisini daraltabilmekte ve kamu yararına yönelik düzenlemelerin uluslararası tahkim önünde sorgulanmasına yol açabilmektedir. Bu bağlamda, “devletin düzenleme hakkı” ile “yatırımcının korunma hakkı” arasındaki denge, uluslararası yatırım hukukunun en tartışmalı konularından biri haline gelmiştir.

Günümüzde giderek güç kazanan sürdürülebilir kalkınma, çevrenin korunması, insan hakları ve sosyal sorumluluk ilkeleri, yatırım hukukunun klasik koruma anlayışını dönüştürmekte; yatırımcı hakları ile toplumsal menfaatlerin uzlaştırılmasına yönelik yeni normatif yönelimlerin doğmasına zemin hazırlamaktadır. Türk Hukukunda 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile getirilen düzenleme, yabancı yatırımın kapsamını, unsurlarını ve korunma esaslarını açık biçimde tanımlayarak, uluslararası standartlarla uyumlu bir yatırım ortamı yaratmayı hedeflemektedir. Bu yönüyle Türkiye, uluslararası yatırım hukukunun genel prensipleriyle bütünleşmiş bir ulusal hukuk düzeni tesis etmiştir. Gelecek dönemler için bu hukuk dalının evrilme süreci, yalnızca yatırımcı haklarını güvence altına almakla sınırlı kalmayıp çevre koruması, insan

hakları ve sürdürülebilir kalkınma gibi toplumsal sorumlulukları da içerecek şekilde daha dengeli ve kapsayıcı bir yapıya doğru ilerlemek zorundadır. Bu çerçevede, yatırım hukukunun kaynaklarının ve uygulama mekanizmalarının incelenmesi, devletlerin ekonomik ve sosyal politika alanlarını doğrudan etkileyen pratik bir önem taşımaya devam edecektir.

Sonuç olarak, uluslararası yatırım hukuku, devletlerin ekonomik egemenlik haklarını sınırlamakla birlikte, uluslararası ekonomik sistemin öngörülebilirliğini ve istikrarını temin eden vazgeçilmez bir hukuk alanı haline gelmiştir. Gelecekte bu alanın, salt yatırımcı korumasına dayalı tek taraflı bir anlayıştan uzaklaşarak çevresel, sosyal ve etik boyutları da içeren, karşılıklı sorumluluk ve denge esasına dayalı bir yapıya evrilmesi kaçınılmaz görünmektedir.

KAYNAKÇA

Albayrak G, Uluslararası Yatırım Hukukuna Küresel Anayasacılık Yaklaşımı (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Ayhan İzmirli L, ‘Uluslararası Yatırım Hukukunda “Yatırım” Kavramı’ (2018) 8 SDÜHFD 89.

Baykal M, Hukuksal ve Kuramsal Bağlamda Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırımlar (On İki Levha Yayıncılık 2014).

Brownlie I, ‘Treatment of Aliens: Assumption of Risk and International Law’ iç W. Flume ve diğerleri (edr), International Law and Economic Order: Essays in Honour of F. A. Mann (CH Beck 1977).

Chen RC, ‘A Contractual Approach to Investor-State Regulatory Disputes’ 40 The Yale Journal of International Law 295.

de Rivero OB, New Economic Order and International Development Law (Pergamon Press 1980).

Doğan İ, Devletler Hukuku (Seçkin Yayınları 2008).

Dolzer R ve Schreuer C, Principles of International Investment Law (2. Bası, Oxford University Press 2012).

Güneş AM, Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi (Bilge Yayınevi 2012).

Gürsu A, Uluslararası Yatırım Hukukunda Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi (Astana Yayınları 2018).

Işık O, 'Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme' (2011) 7 Uluslararası Hukuk ve Politika 125.

İste C, ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları (On İki Levha Yayıncılık 2013).

Kayıhan Ş ve Kara E, Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar) (Seçkin Yayınları 2017).

Maupin JA, 'Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach' (2014) 54 Virginia Journal of International Law 1.

Ortino F, 'Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing' (2017) 30 Leiden Journal of International Law 71.

Salacuse JW, 'The Emerging Global Regime for Investment' (2010) 51 Harvard International Law Journal 427.

Schefer KN, International Investment Law: Text, Cases and Materials (Edward Elgar Publishing Limited 2013).

Schill SW, 'International Investment Law and Comparative Public Law - an Introduction' iç Stephan W. Schill (ed), International Investment Law and Comparative Public Law (Oxford University Press 2010).

Schreuer C, 'Investments, International Protection' (2013) Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL].

Shaw MN, International Law (6. Bası, Cambridge University Press 2008).

Shaw MN, International Law (9. Bası, Cambridge University Press 2021).

Shaw MN, Uluslararası Hukuk (TÜBA 2018).

Sornarajah M, The International Law on Foreign Investment (2. Bası, Cambridge University Press 2004).

Sornarajah M, The International Law on Foreign Investment (3. Bası, Cambridge University Press 2010).

Söyler Y, 'Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi' (2015) 19 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207.

Tiftik M ve Abdulhakimoğulları E, Temel Hukuk Bilgisi (Adalet Yayınevi 2015).

Tiryakioğlu B, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması (Dayınlarlı Hukuk Yayınları 2003).

Torun Y, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Hakem Kararlarına Karşı Hukuki Başvuru Yolları (Seçkin Yayınları 2011).

Tütüncü AN ve diğerleri, Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) (BETA 2017).

Van Harten G ve Loughlin N, 'Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law' (2006) 17 European Journal of International Law 121.

Vandeveldt KJ, 'A Brief History of International Investment Agreements' (2005) 12 U.C. Davis Journal of International Law & Policy 157.