

# YABANCILARA TANINAN EKONOMİK YATIRIMA İLİŞKİN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASININ TARİHİ VE HUKUKİ TEMELLERİ

*Av. İbrahim Orkun ATALAY\**

*Devletler Özel Hukuku “insanın kendine yakışanı giymesidir”\*\*. Kişiyi en uygun “kıyafet” gibi onu sarar ve üstüne oturur, alışkın olmadığı bir ortamda yabancılık çekmesini engeller. Ancak, o ortamı yabancıya uydurmaya da kalkmaz!*

## GİRİŞ

Zamanımızın en tartışmalı konularından biri olan “Çok-Tarafli Yatırımlar Anlaşması”<sup>1</sup> (MAI) yürürlüğe girememiştir. Bu sonuç gayet doğaldır. Zira “insani” unsurun eksik bulunduğu hiçbir girişim başarıya ulaşamamıştır. Ulaşamaz da... Yakın zamanda bunun örneği Avrupa Birliği Anayasası’nın<sup>2</sup>

---

\* İstanbul Barosu Avukatı. İÜSBE Doktora Öğrencisi.

\*\* Bahsi geçen espiri, haftalık mizah dergisi “PENGUEN” yazar ve çizeri Emrah Ablak’a aittir.

1 OECD, The Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text (as of 24 April 1998).

2 Avrupa Birliği Anayasası’nın bir “anayasa” olarak neleri ihtiva ettiği ve neler getirip, neler götürüleceğine bakmak gerekir. Dikkat çeken ilk husus Anayasanın tümünün kamu harcamalarının finansmanına ilişkin olmasıdır. Bu bakımdan “iktisadi anayasa” olarak adlandırılabilir. Yatırımların finansmanı, kaynakların dengeli dağılımı, bölgeler arası gelişmişlik farklarının giderilmesi, fiyat istikrarı, özellikle tarım ürünlerinde olmak üzere destek alımları ile koruyucu nitelikte, karşılayıcı ve fark giderici vergiler, tarım, tüketici, aday devletleri destekleme vb. için bir takım fonların ihdası ve bunlara kaynak sağlanması vb., günümüzde hâkim zihniyet olan, tabiri caizse “sürekli alan ama hiç vermeyen” bir siyasi oluşum öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bunun anlamı da şu olmaktadır; bazı az gelişmiş Üyelerin, yeni Üyelerin ve hâli hazırda aday ülkelerin AB standartlarına ulaşması için gerekli finansmanın, AB bütçesinin finansmanını yapan belli başlı birkaç devlette “fakirleşme” endişesi ortaya çıkarmış olmasıdır. Hele serbest dolaşım göz önüne alındığında “işsizlik” sorununun da gündeme geleceği muhakkak olduğundan Fransa ve Hollanda kamuoyunun neden bu kadar “hassas” davrandığı anlaşılmaktadır (ATALAY, “Avrupa Birliği Anayasası ve Avrupalıların Birliği”, Ufukötesi, Haziran 2005, s. 30). MAI karşıtı gruplar tarafından, insan haklarını ihlâl ettiği gerekçesiyle, dünya çapında protesto eylemleri yapılmış ve bu kapsamda birçok yayın yapılmış ve internet web sitesi

yürürlüğe girememesinde görülmüştür. Diğer bir eksiklik de millet unsurunun hiçe sayılması ve ortadan kaldırılmaya çalışılmasıdır. Homojen bir bünyeye yabancı unsur katarak, kendine yabancılaşmasını ve heterojenleşmesini beklemek ancak “bohem bir fantezinin” ürünü olabilir. Bünye, o yabancı unsuru kaldıramaz.

Toplumlar, iktisadi politikalarına kendi iradeleriyle yön veremediği müddetçe, yabancı unsurun bir fayda getireceğini iddia etmek gerçekçi olmayacaktır. Devletler Hukuku’nda devletlerin “kendi iradeleriyle egemenliklerini sınırlandırarak” (Selbstbeschränkung) bir kural yaratmaları<sup>3</sup> iktisadi alanda her zaman mümkün olmayıp, bu genelde bir diğer devletin baskısıyla<sup>4</sup> sözkonusu olmaktadır. Günümüzde bunların “hamase” sözler olduğunu

---

açılmıştır. Örneğin, bkz. “MAI ve Küreselleşme Karşısı Çalışma Grubu”, (Çevrimiçi), <http://www.antimai.org>, 02 Nisan 2006.

- 3 SHEARER, *Starke’s International Law*, 11. Baskı, London, Boston, Dublin, Durban, Edinburgh, Kuala Lumpur, San Juan, Singapore, Sydney, Toronto, Wellington, 1994, s. 21.
- 4 Örneğin, belirli malların üretiminde uzmanlaşarak ucuza mal eden devletlerin ihracatını sınırlandırmak için sözde “Gönüllü İhracat Sınırlandırmaları” (Voluntary Export Restrictions) 80’li yıllarda özellikle Japon otomotiv sanayiine karşı ABD’nin başvurduğu bir cebri politika olmuştur. Kendi otomotiv sanayiini korumak ve Pazar payını genişletmek için Japon otomobillerinin ihracatını önlemiştir. Her ne kadar maddi bir yaptırım sözkonusu olmasa da, ihracata sınırlama getirilmediği takdirde, her türlü malı için ithalatta miktar sınırlandırmasına gidilmesi gündeme gelebilmektedir. Sonuçta ekonomik bir maliyetle karşılaşılması şeklinde yaptırım bulunmaktadır (HOTCHKISS, *International Law for Business*, New York, St. Louis, San Francisco, Auckland, Bogotá, Caracas, Lisbon, London, Madrid, Mexico City, Milan, Montreal, New Delhi, San Juan, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, 1994, s. 237). Bu tür bir cebri Devletler Hukuku’nda “kuvvet kullanma” sayılıp sayılamayacağı öğretide tartışmalı olmakla birlikte, Milletlerarası Adalet Divanı (MAD) “kuvvet kullanma yasağını” “askeri kuvvet kullanmama” olarak yorumlamıştır. Bu husustaki görüşler ve MAD kararı için bkz. ATALAY, *Milletlerarası Entegrasyon Hukuku*, İstanbul, 2004, s. 29–30, dn. 213; Diğer bir örnek olarak, 70’li yıllarda az gelişmiş devletlerin tekstil ürünleri ihracatının kalkınmış devletlerin pazar payını daraltması ve hatta kendi iç piyasalarını “istilası” üzerine, az gelişmiş devletlerin tekstil ihracatını kısmak amacıyla “Çok-Elyaflılar Anlaşması” (Multi-Fiber Agreement) yapılması verilebilir (ATALAY, s. 29). IMF ve Dünya Bankası istikrazlarından sadece üyelerin yararlanabilmesi ve bu istikrazlar karşılığı ileri sürülen şartların devletlerin iç hukukunda ve mali yapısında gerçekleştirdiği değişim de dış güdümlü olması itibarıyla ekonomik baskı ihtiva etmektedir (bkz. ATALAY, s. 21 ve 25). Örneğin, tütün ve şeker pancarı ekimine kota uygulaması getirilerek, alternatif ürün yetiştirilmesine geçilmesine dair Bakanlar Kurulu Kararnameleri IMF’ye verilen niyet mektupları gereği yerine getirilmiştir (“IMF’e 3. Niyet Mektubu ve Taahhütler”, *Ekonomik Forum*, Ocak 2001, s. 14-15). Tarihte doğal kaynakları tükendiği için üretim yapamayarak, kendiliğinden sona ermiş bir devlet örneği bulunmamaktadır. Mutlaka bir dış etken içerideki üretim kapasitesini azaltmış veya dışarıdaki pazar payını daraltmıştır. Bu hususta kay-

ileri sürerler çıkabilir. Zaten insanların “olması gereken” üzerinde uzlaşmadığından bir durum analizi yapılması gerekir ki, bu da sorunlara bulunan çözümlerin sağlanmasının yapılmasıyla mümkün olmaktadır<sup>5</sup>. 19. yüzyılda İngiltere, Almanya, Fransa ile Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) ekonomik gelişmelerini nasıl sağladıklarına<sup>6</sup> ve 21. yüzyılda Çin örneğine<sup>7</sup> ba-

---

naklara örnek olarak bkz. KENNEDY, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, 8. Baskı, çev. Birtane Karanakçı, İstanbul, 2001, tamamı; OKUR, İkinci Binyılın Muhasebesi, C. 1, İstanbul, 1999, tamamı; OKUR, İkinci Binyılın Muhasebesi, C. 2, İstanbul, 1999, tamamı.

5 URAL, “*Pozitivist ve Neopozitivist Felsefe*”, Felsefe Konuşmaları, ed. Sadettin Elibol, Ankara, 1987, s. 122.

6 İngiltere, sanayi devrimi sonrasında iç piyasası için fazla sermaye birikimi elde etmesi sebebiyle 19. yüzyılda “*merkantilist*” (Tacir kapitalizmi) politikayı terk ederek, sermaye birikimi yerine rekabet eksikliğinden yararlanarak, ucuza ve çok miktarda üretebildiği malları yabancı devletlere eşitsiz mübadeleyle ihraç ederek ekonomik büyümesini hat safhaya ulaştırmıştır. Buna örnek olarak, 1846 yılında “*Mısır Kanunu*” çıkarılarak, ülkedeki fazla mısırların açlık yaşayan İrlanda’ya ihraç edilmesi verilebilir. Bu gelişmeyi gümrük vergilerindeki indirim izlemiştir. Diğer taraftan, yeni siyasî birliğini sağlamış olan Almanya, bunu “Alman gümrük birliğiyle” (Zollverein) pekiştirmiş ve genç sanayiini muhafaza altına almıştır. 1870’de serbest ticaret politikasından vazgeçerek gümrük vergilerini yükseltip o dönem Avrupa’daki iktisadî durgunluk ve Kıta dışından gelen ucuz tahıl mamullerinde artış karşısında tedbir alarak millî ekonomisini korumuştur. Almanya’yı, Fransa ve diğer Avrupa devletleri izlemiştir. Serbest ticaretin yürütülmesi üzerine iki-taraflı ticaret anlaşmalarıyla ticaretten çok siyasî amaçlar güdülmüştür. Almanya ile Fransa arasındaki anlaşmanın aslında Avusturya’yı yalnız bırakmak ve Almanya’nın Danimarka ile arasındaki ihtilâfta Fransa’nın tarafsız kalmasını sağlamak olmuştur. Aynı şekilde, İngiltere ile Fransa arasında yapılan “Cobden-Chevalier Anlaşması” da Fransa’nın İtalya yarımadası üzerindeki nüfuzunu kırmak amacıyla yapılmıştır. Diğer taraftan, milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla yeni pazarlar bulma ve ticaret bahneleriyle sömürü yoluna gitmeleri sözkonusu olmuştur. Aynı dönemde, ABD de genç sanayiini ilerletmek ve gelirleri artırmak için gümrük vergilerini artırmıştır. Bkz. TREBILCOCK/ HOWSE, *The Regulation of International Trade*, Londra, New York, 1999, s. 18 vd.

İngiliz iktisatçı ve düşünür Adam Smith, ticaretin evrenin kendi akışı gibi kendiliğinden ve serbestçe aktığını ileri sürerken, kendi ülkesi İngiltere için korunmacı ekonomik politika tavsiye etmiştir. Yani, “liberalizm” diğer devletler içindir. Değerlendirme için bkz. MANİSALI, *Türkiye ve Küreselleşme*, İstanbul, 2002, s. 44–45. (Küreselleşme) Örneğin, Tanzimat’ın ilanıyla Osmanlı Devleti’nde liberalizmin ve eşitliğin getirildiği iddia edilmekteyse de, o devirde Ülkedeki ticaretin büyük bir kısmını elinde tutan gayrimüslümlerin elde ettikleri sermaye birikimi sayesinde özgürlükler bakımından Müslümanlara üstünlük sağladıkları gözden kaçırılmamalıdır. Avrupa’dan dış ve Galata bankerlerinden iç borç alınması karşısında, yapılan israflar ve askeri yenilgiler ayrıca, paranın değerini kaybetmesi ve ihraç edilen hazine bonolarının karşılıksız kalması Osmanlı Devleti’ni ekonomik sıkıntıya sokarken, diğer taraftan özellikle İngiltere ile 1838 tarihinde yapılan Baltalimanı Antlaşması’nın veya diğer ismiyle Serbest Ticaret Antlaşması’nın, gümrük tarifelerinde karşılıklı indirim öngörmesi ancak, Osmanlı’nın sermaye bi-

kıp ders çıkarılması gerektiği bir olgu olarak kendisini göstermektedir. Yabancıların hukuki statüsü bahsine girmeden evvel, konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak için, konuyla sıkı ilişkili tarihi, felsefi ve siyasal-ekonomik açıklamalarda bulunmakta yarar vardır. Zira konu sırf hukuki niteliği haiz değildir. Yabancıların ne sebeple bir ülkeye geldiği yabancılar hukukunun temelinde yatan husustur. Aile ziyaretleri hariç bu sebep iktisadidir. Dolayısıyla, sadece pozitif hukuk yönünden konunun incelenmesi çok sığ kalacak ve özü kavranamayacaktır. Kaldı ki, hukukun bir bütünlük arzettiği ve kendi içinde dallara ayrılmasının da suni bir ayırım olduğu öğretilerde<sup>8</sup> kabul edilmektedir. İktisat teorisi de tıpkı hukuk gibi felsefeden soyut-

---

rikiminin ve sanayisinin İngiltere ile rekabet edemeyecek durumda olması sebebiyle bu mütekabiliyetin Osmanlı aleyhine işlemesi, Osmanlı pazarını, Amerikan pazarından dışlanan, İngiliz mallarına ve tacirlerine açmış ve gayri-müslüm tebaanın zenginleşmesini sağlamıştır. Bkz. YAVI, Bir Ülke Nasıl Batırılır?, İzmir, 2001, s. 131 vd. Liberalizmin yorum farklılıkları ve bunun altında yatan sebepler için aşağıda dn. 72 vd. ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

- 7 Günümüzde Çin, komünist siyasal sistemle ve merkezi planlamayla yönetiliyor olmasına karşın, dünyanın en çok yabancı yatırımını alan ve en hızlı büyüyen ekonomilerinden birisi olmasının nasıl mümkün olduğu kendini “*liberal*” olarak tanıtan müelliflerce açıklanamamaktadır. Bu yükselmenin ne kadar devam edebileceği ve altında yatan bir takım siyasal sebeplere dair spekülasyonlara konumuzla alakalı olmadığından bunlara değinilmeyecektir. İktisadi ve siyasal dinamikler ve bu dinamikleri yönlendirme kabiliyeti deşikendir. Ancak, sebepleri bizi ilgilendirmektedir. Siyasal sistemi ne olursa olsun, bir devletin “gümrüğü” bulunduğu takdirde, nihai malların bu “duvarı” delip geçmesi güç olduğundan, o ülkeye yatırım yapılması bir mecburiyet olarak kendini gösterecektir. 1995 yılında Türkiye’nin dâhil edildiği AB Gümrük Birliği sayesinde, AB’nin üçüncü devletlere uyguladığı gümrük tarifeleri üzerinden AB gümrük sahasına giren yabancı sanayi ürünleri gümrüksüz olarak serbest dolaşımında Türkiye pazarına da girmektedir. Örneğin, dünyada rekabeti zor denilen Türk tekstil sanayii, Çin tekstil ürünlerinin AB tarafından düşük bedelle ithalâtı ve bu ürünlerin Türk piyasasına girmesiyle “iflâs” etmiştir. Diğer taraftan, yabancı yatırımlardan elde edilen kârın belirli bir süre yurtdışına çıkarılmadan bir devlet bankasına tevdi edilme mecburiyeti, yatırımların finansmanını sağlamakta ve kalkınmayı desteklemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MANİSALI, Avrupa Birliği Çıkamaz, 4. Baskı, İstanbul, 2002, s. 142. (Avrupa Birliği)
- 8 Öğretilerde, bizim de katıldığımız şekilde, klasik hukuk anlayışından kaynaklanan hukukun özel ve kamu hukuku şeklindeki ikili ayrımının günümüzde büyük ölçüde önemini kaybettiği ve bu iki alana dahil olduğu kabûl edilen kuralların kesin bir çizgiyle birbirinden ayrılması imkânının bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre; her iki hukuk alanına dahil kurallar iç içe geçmiştir. Böyle bir ayrımı açıklamak için ileri sürülen “menfaat teorisi”, “yöneten-yönetilen teorisi” ve “egemenlik hakkı teorisi” yetersiz kalmaktadır. Bkz. ÖZTAN, Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 15. Baskı, Ankara, 2004, s. 36 vd. Hukukun dallara ayrılması pratik mülahazalardan ileri gelmekte olup bilimsel bir dayanağı olmadığı kanaatini taşımaktayız.

lanamayacaktır. Kaldı ki, felsefeden yoksun bir pozitif bilim eksik ve hatta zararlıdır.

Bu sebeple, önce kolay anlaşılır, formüle eden ve doyurucu bir hukuki ve kuramsal açıklama yapılmasının okuyucunun meseleyi ve çözüm önerilerini daha iyi anlamasını sağlayacağı düşünülmüştür. Konu objektif bakış açısıyla ele alınmış ve özellikle günümüzde yaşanan “kavram kargaşası” nazara alınmak suretiyle kavramlara vurgu yapılmıştır. Batılı kavramlar, alındıkları yerlerin özellikleri göz önünde tutulmadan aynen iktisap ve tatbik edildiğinden, ülkemizde uyumsuzluk göstermektedir. Bu açıklamaların altyapısını teşkil edecek şekilde, ikinci bölümde, sermayenin 18. yüzyıldan itibaren sınırlar ötesine geçmesi ve milletlerarası alanda yayılmasının günümüzde ulaştığı en uç noktada artık önüne çıkan devlet egemenliğini kaldırıp, “fiilî durumun hukuka üstün kılınması”<sup>9</sup> süreci işlenmektedir. Sonuç kısmında da çalışmadan çıkarımlar yer almaktadır.

## I. YABANCILARIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN DEVLET EGEMENLİĞİ KARŞISINDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ

*Tarih tekerrürden ibarettir.*

Yabancıların hukuki statüsü, milletlerarası ekonomik ilişkilerin ortaya çıkardığı karşılıklı ve tek-tarafli bağılıkların yol açtığı küresel ve bölgesel “bütünleşmeler” (Entegrasyon) sebebiyle eskisinden daha çok önem kazanmış ve daha çok tartışma konusu olmaya başlamıştır. Özellikle, devletin ekonomi üzerindeki hâkimiyetinin sınırlandırılmasıyla birlikte “millî devlet” kavramının “soyutlaşmaya” başlaması ve bunun beraberinde getirdiği sosyal başkalaşım toplumsal tepkilerin yükselmesine sebep olmaktadır<sup>10</sup>. Artık

<sup>9</sup> ATALAY, “Fiilî Durumun Hukuka Üstün Kılınması”, *Ufukötesi*, Ekim 2005, s. 30.

<sup>10</sup> Tek-tarafli ekonomik bağımlılık ve bunun siyasal-ekonomik sakıncaları hakkındaki monografilere örnek olarak bkz. MANİSALI, *Küreselleşme*, tamamı; MANİSALI, *Avrupa Birliği*, tamamı; ÇEÇEN, *İnsan Hakları*, Ankara, 2000, s. 137 vd. Az gelişmiş devletlerin içinde buldukları ve bunalımlarla ağırlaşmış olan iktisadî ve malî güçlükler sebebiyle bağımlılık konumuna sokuldukları, piyasa ekonomisinin küreselleşmesi millî devlet egemenliği sorununu doğurduğu, dolayısıyla egemenliğin biçimsel kaldığı yönünde bizim de iştirak ettiğimiz görüş için bkz. KABOĞLU, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s. 81. Bu hususa en güzel örneği AB üyesi Belçika devleti teşkil etmektedir. Etnik bölünmüşlük, bunun ülke siyaseti ve ekonomisine etkisi ile AB bütünleşmesinde diğer devletlerle olan ahenkleşme devletin ülke siyasetini yönlendirme gücünü tamamen kaybettirmiş, devleti içi boş “kabuk” halinde getirmiştir.

toplumlar kendilerine yabancılaşmaya başlarken, yabancıların farklı toplumlarda, o topluma mensup bireyler gibi, hatta onların yerine hak ve hürriyetlerden faydalanmaları rahatsızlık yaratmaya başlamıştır. Toplumların kendi sorunlarını kendi içlerinde çözemedikten sonra, diğer toplumlar ile gidecekleri bir bütünleşme ile bunlara çözüm bulabileceklerine inanmanın ne kadar gerçekçi olabileceği, bizimde iştirak ettiğimiz şekilde, haklı olarak eleştirilmektedir<sup>11</sup>. Siyasal-ekonomik geçmişe kısaca göz atıldığında, yabancıların

---

Bu bakımdan, Türkiye nazara alındığında ve aslında dünyaya da örnek teşkil etmesi açısından, Atatürkçü düşünce sisteminin üzerine kurulduğu “tam bağımsızlık” ve “millî egemenlik” fikirlerinin gerçekleşmesinin iktisadi güce dayalı olması (aynı grş. GİRİTLİ, Günümüzde Atatürkçülük, 3. Baskı, İstanbul, 1991, s. 87) karşısında, aksi yöndeki gelişmelere karşı çıkılması ve geri adım atmama iradesi gösterilmesi anlaşılabilir bir durum teşkil etmektedir.

Burada, ders niteliğindeki, ulu önder Mustafa Kemal Atatürk’ün İzmir İktisat Kongresi’nin açılış konuşmasının bir bölümünden aynen alıntı yapmakta yarar vardır. Atatürk diyor ki; “İstiklal-i tam için şu düstur var: Hâkimiyet-i Milliye, hâkimiyet-i iktisadiye ile tarsin edilmelidir. Bu kadar büyük gayeler, bu kadar mukaddes, azametli hedefler kağıt üzerindeki düsturlarla, arzu ve hırsla husul bulamaz. Bunların tahakkuk-i tamını temin için yegane kuvvet, en kuvvetli temel iktisadiyattır. Siyasi ve askeri muzafferiyetler ne kadar büyük olursa olsun, iktisadi zaferle tetvic edilemezse semere, netice paydar olmaz. En kuvvetli ve parlak zaferimizde tetvic eden semerat-ı nafaiyâ temin için hâkimiyet-i iktisadiyemizin temin ve tarsini lazımdır. Bu kadar feyizli, bu kadar kudretli olan yeni hükümetimizin düşmansız kalacağını farzetmek doğru değildir. Bunun için çok kundaklar koyarak münhedem etmeğe çalışacak ve suikasde teşebbüs edecekler buluncaktır. Bütün bunlara karşı silahımız, iktisadiyatımızdaki kuvvet; resanet ve muvaffakiyetimiz olacaktır”. Atatürk’ün İzmir İktisat Kongresi’nin açılışında yaptığı konuşmanın tam metni için bkz. “Birinci İzmir İktisat Kongresi (17 Şubat-4 Mart 1923)”, (Çevrimiçi), [http://www.tik2004.org.tr/birinci\\_kongre.php](http://www.tik2004.org.tr/birinci_kongre.php), 15 Mart 2006.

- 11 Görüşümüzle aynı doğrultuda Alman düşünür Hegel’e göre; insan onuruna ve erdemine en uygun yaşamın ancak gerçek egemen bir devlette olanaklı bulunmaktadır. Zik. DOEHRING, Genel Devlet Kuramı, 2. Baskı, çev. Ahmet Mumcu (İstanbul, 2002), s. 139. Alman öğretisindeki bir görüşe göre de, millî düşünce ve duygulardan anlamsız sayılabilecek derecede radikal bir şekilde vazgeçilmesi doğru değildir. Zira toplum yaşamı için son derece önemli bir koşul olan özverili ve görev bilincine sahip olmanın, sadece objektif zemine oturan milletlerarası bütünleşmelerle kolaylıkla yerine getirilebilecek özellikler olmadığı aşîkârdır. Millî devleti milletler-üstü bir yapıya feda etmek hukuki değil, salt siyasi zorunluluklarla verilmiş bir karar olacaktır. Millî egemenliğe dayalı devleti ortadan kaldırmak istemek, ekmek yerine taş koymak gibidir. İnsanın homojen bir topluluk içinde kendine özgü nitelikleriyle ve kendi toplumuna sığmarak yaşamak isteği açıktır ve deneysel olarak ispatlanmıştır. Şimdi bu bilimsel gerçeği ihmal ederek doğal nitelikleri göz ardı etmek tehlikelidir (DOEHRING, s. 143).

Kaldı ki “vatanseverlik” ve bu manada “milliyetçilik” çok saf, nezih bir duygu olmakla birlikte lüzumlu bir duygu olarak da kabul edilmektedir. Çünkü bir ülkenin uzuvları arasında en sağlam, en kuvvetli bağı meydana getirir ve bu bağlantı sayesinde millî birlik muhafaza edilebilir. Hatta insanlığa, normal şartlarda başaramayacağı şeyleri başarma

vatandaşlar karşısındaki durumunun geçirdiği değişim sürecine etki eden en belirgin özellik, ekonomik gücün devletten bireye doğru geçmesi ve beraberinde devlet hâkimiyetinin bireysel hâkimiyet karşısında zayıf düşmesidir. Her ne kadar her toplumda farklı şekilde yaşanmış olsa da materyal diyalektikte, sermaye birikiminin elde edilmesinde önce devletin mutlak olarak rol oynadığı, daha sonra özel girişimciyi desteklediği ve koruduğu, daha sonra özel girişimciyi siyasi mekanizmaya dâhil ederek geri plana çekildiği görülmüştür<sup>12</sup>. Yabancıların hukuki statüsü bakımından tarihte beş evre bulunmaktadır. Bu geçirilen beş evre tıpkı bir devletin ömrü boyunca geçirdiği beş evredeki<sup>13</sup> özellikleri taşımaktadır. Yabancılarla tanınan hak ve hürriyetlerin

---

kuvveti ihsan etmesi sebebiyle kutsal sayılması haklıdır. Ayrıca itimat, hayranlık ve ümit beslenmesi için sebepler vermektedir. Ancak, sanayinin gelişmesiyle birlikte 19. yy.dan itibaren saldırgan ve sömürgeci bir biçime bürünmesi eleştirilmektedir (POLİTİS, Milletlerarası Ahlâk, çev. Ahmed Reşid Turnagil, İstanbul, 1945, s. 64-65).

Hâkimiyetin ve sadakatin yer değiştirmesi sürecinin işliyor olmasının millî devletin egemenliğini aşındırdığı bir gerçek olsa dahi, millî devlet hali hazırda birçok insan için, patronlarının kim olduğu veya yaşamlarını idame ettirmek için ne işle uğraştıkları fark etmeksizin, benliklerinin ifadesi olarak görülmektedir. İnsanlar ona vergi ödemekte, kanunlarına tabi olmakta, askerlik vazifesini ifa etmekte, seyahat hürriyetini ancak onun verdiği pasaport sayesinde kullanabilmektedir. Her karşılaşılan yeni sorun karşısında insanlar güdüselleşerek devlete dönüp bir çare beklentisine girmektedir. Ülke-ötesi iktisadi, siyasi ve teknolojik gelişmeler insanların ilgisini buralara odaklanmasına sebep oluyorsa da, bu gelişmeleri düzenleyen, kuralla bağlayan millî yasama organları olduğu unutulmamalıdır. Toplumların değişimle karşılıklı etkileşime girdiğinde bunu millî devletleri vasıtasıyla yapmaktadır (KENNEDY, Preparing for the Twenty-First Century, London, 1993, s. 134).

- 12 Kuramsal bakımdan, Batıda tarihi süreçte mülkiyetle alakalı, sanki planlanmış gibi art arda gelen, gelişmelerin meydana geldiği görülmüştür. Büyük aile ve mal ortaklığı-özel mülkiyet ve küçük devletçikler (siteler)-ticaret ve imparatorluklar- ticaretin sınırlandırılması ve feodalizm-sermaye birikimi ve monarşi-serbest ticaret ve liberalizm ve parlamenter sistem-kamu yararı ve sosyal devlet şeklinde kısaca formülize edilebilecek bir evrim geçirmiştir. Kanaatimizce, evrimin son aşaması, tarihin tekerrürü biçiminde, liberalizm devrinde Fransa'da feodalizmin yıkılması ve ülkenin tamamının tek bir ticaret ve gümrük alanı olması gibi, dünyanın da tek bir ticaret ve gümrük alanı olmasını amaçlayan ve 1970'lerden itibaren mal ve sermayenin serbest dolaşımıyla başlayan küreselleşmedir. Ancak, yine de 21. yüzyılın millî devletlerin çağı olacağı görüşüne katılmaktayız. Çünkü bütünleşmeye karşı tepki olarak millî bilinç gelişecek ve toplumlara hâkim olacaktır. Bu elbette sadece bir etki-tepki melesi değildir. Bir millî şuur ve kendine ait olana sahip çıkma fikrine sahip olmakla da yakın ilişkilidir (TUĞRUL/ATALAY, "Mülkiyet Hakkının İşlevleri ve Sınırları", Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergi, S. 3, Ekim 2004, s. 76-77 ve dn. 215).
- 13 İbn Haldun bir devletin ömrünü beş evreye ayırmaktadır. Devleti ayakta tutan her evre bir takım karakterler ihtiva etmekte ancak bir sonraki evrede bir misli bulunmamaktadır. Zira her karakterdeki özellik doğal olarak içinde bulunduğu halin icabındandır. Birinci

sınırı genişledikçe devlet egemenliği daralmaktadır. Burada geçirilen evrelerin felsefi altyapısı incelenecek, değişik dönemlerde yabancıların statüsüne etki eden ayrıntılara girilmeyecektir<sup>14</sup>.

### A) Yabancıların Hukuk-Dışı Sayıldıkları Evre

İlk evrede, “güçlü devlet-zayıf birey” durumunun geçerli olduğu ilk çağlarda, yabancılar “düşman” ve “hukuk-dışı” sayılarak buldukları ülkede hukuki himayeden tamamen yoksun bırakılmışlardır<sup>15</sup>. Devlet egemenliğinin mutlak olduğu bu devirde, toplumda sadece vatandaşlar hak ve hürriyetlerden yararlanabilmişlerdir. Yabancılar ise köleler gibi hak ve fiil ehliyetinden yoksundurlar. Ancak, sonradan ticari ilişkilerin sıklaşmasıyla birlikte devletlerin tutumunda “yumuşama” görülmeye başlanmıştır. Burada devletlerin iktisadi menfaatlerini sosyal menfaatlerin üstünde tutmaları ve hukuklarını buna uydurmaları rol oynamaktadır. Sözkonusu değişimin sonucunda yabancıların kendi hukuklarını gittikleri ülkelere taşıdıkları kabul edilmeye başlanmış ve böylece “*kişisellik ilkesi*”<sup>16</sup> ortaya çıkmıştır.

### B) Yabancıların Millî Hukuka Tabi Kılındıkları Evre

Ortaçağda cereyan eden ikinci evrede, ülke-ötesine geçen ticari ilişkilerin daha da sıklaşmasıyla, devletlerin yabancılar karşı tutumundaki değişiklik daha da “geniş” bir hal almıştır. Bu devrin, İngiliz iktisatçı Adam Smith’in ifadesiyle, sadece iç ve dış güvenlik, adalet ve masrafi büyük bayındırlık hizmetleri sunmakla yetinecek, ancak ekonomiye müdahale etmeyecek “*jandarma devleti*” modelinde<sup>17</sup>, egemen güç, başta mülkiyet hakkı

---

evrede devlet yabancıya karşı üstünlük sağlama tavrı göstermektedir. İkinci evrede, devlet mutlak hâkim durumdadır. Üçüncü evre ferağ ve rahatlık devridir. Dördüncü evre anlayışlı ve uzlaşmacı olunan safhadır. Beşinci evre ise har vurup harman savurma safhasıdır. İbn Haldun’un görüşü için bkz. İBN HALDUN, Mukaddime, 1. Kitap, haz. Süleyman Uludağ, İstanbul, 1982, s. 514 vd.

14 Yabancıların tabi tutuldukları hukuki statülerin tarihi gelişimini inceleyen monografilere örnek olarak bkz. ALTUĞ, Yabancıların Hukukî Durumu, İstanbul, 1971, s. 26 vd.; bkz. NOMER, Teb’a ile Yabancıların Hukukî Müsavâtı, İstanbul, 1962, s. 11 vd.

15 Bkz. GÖĞER, Yabancılar Hukuku, Ankara, 1974, s. 6; ayrıca bkz. TEKİNALP, Türk Yabancılar Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2003, 3–4; ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, Yabancılar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, 2005, s. 36.

16 TEKİNALP, s. 4.

17 Bkz. NADAROĞLU, Kamu Maliyesi Teorisi, 10. Baskı, İstanbul, 1998, s. 101–102.



olmak üzere, tacirlere geniş hürriyetler<sup>18</sup> tanımıştır. Vatandaş tacirler bu geniş hürriyetlerden doğrudan faydalanırken, yabancılar ise ancak kendilerine “imtiyaz” tanınması halinde yararlanabilmişlerdir. Böylece 20.yy.a kadar yürürlükte kalacak “kapitülasyonlar”<sup>19</sup> uygulamaya sokulmuştur.

Böyle bir siyasal-ekonomik ortamın hüküm sürdüğü bir ülkeye yabancıların girişi ve hukuki muamele yapabilmesi bakımından “ülkesellik ilkesi”<sup>20</sup> benimsenmiştir. Yani yabancı, bulunduğu devlette yaptığı hukuki muameleler bakımından o ülkenin kanunlarına tabi kılınmıştır. Yabancılara da vatandaşların tabi olduğu hukuk kuralları uygulanmıştır.

### **C) Yabancılar ile Vatandaşların Eşitliğinin Kabul Edildiği Evre ve Bu Eşitliğin Sınırı Sorunu**

Zamanla teknolojik ilerleme ve siyasi yapıdaki değişimle, o ana kadar durağan kalan siyasal-ekonomik düzende önemli değişim yaşanmaya başlanmıştır. Avrupa’da toprak kapitalizminden sanayi kapitalizmine geçilmesiyle<sup>21</sup> birlikte, millî piyasalar daralmış ve büyük miktarda üretim faktörlerinin ülke-ötesi dolaşımı başlamıştır<sup>22</sup>. Diğer taraftan birey devletten teşkilatlı

18 Bkz. AKAD/VURAL-DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, 2000, s. 99.

19 Kapitülasyonlar, hem yabancıların kendi aralarında, hem de yabancılar ile vatandaşlar arasında ayrıcalık yaratan uygulamalar olarak kendilerini göstermiştir. Bkz. GÖĞER, s. 8 vd. Türkiye bakımından konu ele alındığında, Osmanlı devletinin, Avrupa’daki güç dengelerinde söz sahibi olmak amacıyla çeşitli devletlere ve bunların tebaalarına tanımış olduğu imtiyazlar Kanuni Sultan Süleyman döneminden sonra sürekli hale getirilerek Avrupa’nın Osmanlı toprakları üzerinde dengeler kurmasına yol açmıştır. 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nın ilanından 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması’na kadar geçen sürede Osmanlı Devleti’nde yürürlükte bulunan iktisadi-mali, yargısal ve idari kapitülasyonlar Türkleri kendi ülkelerinde “yabancı” duruma düşürecek kadar yabancılara serbesti getirmiştir. Osmanlı’da ticaret yabancıların eliyle yürüdüğünden, yabancıların “ekonomik gücü” devletin “siyasi gücüyle” dengelenmekteydi. Tanzimat Fermanı, siyasi gücü ekonomik güç lehine ortadan kaldırmıştır. Osmanlı’da kapitülasyonların tarihi gelişimi ve menfi sonuçları için bkz. ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 38 vd. Osmanlı pazarının İngilizlerin kontrolüne geçmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İNALCIK, Osmanlı İmparatorluğu, İstanbul, 1996, s. 259 vd.

20 TEKİNALP, s. 4.

21 Avrupa Kıtası’nda kapitalizmin doğuşu ve gelişiminin tarım ve tarım mamulü ticaretine dayalı olması hakkında bkz. MOOERS, Burjuva Avrupa’nın Kuruluşu, 2. Baskı, çev. Bahadır Sina Şener, Ankara, 2000, s. 15 vd.

22 Kapitalist iktisadi gücün millî sınırları aşan ve milletlerarası alana yayılan gelişimi “emperyalist kapitalizm” olarak adlandırılmaktadır. Kapitalist sanayi geliştikçe daha tekelsel olmakta, rekabetin millî sınırlar içinde son bulması, milletlerarası alana geçmesi sonucu-

devlet yapısına geçiş yaşanarak, toprak rantına dayalı “diktatörlük” ortadan kaldırılıp “burjuva demokrasisi” biçiminde bir siyasal sistem kurulmuştur. Bu yeni siyasal sistem, sebeplerine uygun sonuçlar doğurmuştur. Sermayenin “uluslararasılaşması” beraberinde yabancılara karşı tutumda önemli değişiklikler de getirmiştir. Artık yabancılar dışlanmamakla birlikte, devletin hâkimiyetine, yani, mahalli hukukun tanımış olduğu haklara ve sınırlandırmalara tabi bulunmaktadır. Böylece, zamanla durum tersine dönmüş ve “güçlü birey-zayıf devlet” ortaya çıkmaya başlamıştır<sup>23</sup>. Artık yabancı menfaatleri ile devlet menfaatleri çatışmaya başlamış ve bu çatışmayı devletin egemenliğini kısıtlayacak şekilde düzenleyecek kurallar doğmuştur<sup>24</sup>.

Diğer taraftan, büyük miktarda sermaye birikimi elde edilmesi kapitalizmin değişim geçirmesine sebep olmuş ve mülkiyet “objektifleşmesine” yol açmıştır. “Anonim” şirketlerde pay sahipleri ile paylar arasındaki mülkiyet ilişkisi sadece “psikolojik bağlantı” olarak kalmaya başlamış ve paylar şirket yönetim kurulu üyelerinin yönetimi ve kontrolüne geçmişlerdir<sup>25</sup>. Bu safhada yabancılık unsuru “sermaye” ile “birey” olarak ayrılmaya başlamıştır.

Görüldüğü üzere, iktisadi sebeplerle, teknolojiye hızlı gelişmenin kolaylaştırdığı, yabancı temasın artması 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yabancılara vatandaşlar ile eşit haklara sahip olabilecekleri düşüncesini beraberinde getirmiştir. Ancak, bu sefer de bu eşit hakların sınırı sorunuyla karşılaşmıştır. Zira yabancılara hukuki statüsünün Devletler Hukuku’na uygun olarak millî hukuklarca vatandaş ile eşit olarak mı düzenlenmesi,

---

nu doğurmaktadır. Bu gelişme, kapitalist ülkeleri, az gelişmiş ülkelerin ucuz emeğini ve doğal kaynaklarını sömürmek için, savaş yolu da dâhil olmak üzere, şiddetli bir rekabete ve mücadeleye itmiş bulunmaktadır. Bu gelişim sürecinin diğer bir sonucu, sanayi kapitalizminin kendi proleteryasını yüksek ücret ödeyerek, yani sömürüden pay vererek “burjuvalaştırması” olarak göze çarpmaktadır (GÜRİZ, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara, 1969, s. 255, dn. 21).

23 Bu durumun en basit ve çarpıcı olarak formüle edilmesi İngiliz düşünür Voltaire’ın “İngiltere Mektupları” isimli eserinde zikrettiği İngilizlerin ticaretle zenginleşmesi, zenginleştikçe de özgürleşmesi, özgürlüğün ticareti yaygın hale getirmesi ve bu durumun da devletin büyümesini sağlaması şeklindedir. Fransız düşünür Barnave’in bu duruma getirdiği yorum zenginliğin yeniden dağılımının, iktidarın da yeniden dağılımını gerekli kıldığı şeklinde olmuştur (zik. AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 101–102).

24 TOLONER, Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları, İstanbul, 2000, s. 255.

25 Bkz. GÜRİZ, s. 252 vd.

yoksa genel geçer bir milletlerarası asgari standardın mı getirilmesi tartışmaları alevlenmiştir. Milletlerarası asgari standart görüşünün<sup>26</sup> temelinde, yabancıların insan olması itibarıyla kendisine asgari birtakım hakların tanınması gerektiği yatmaktadır.

Her devletin mali imkânları ölçüsünde vatandaşına tanıdığı hakların asgari ölçüsü birbirinden çok farklı olacağından<sup>27</sup>, bir ülkede yabancıların, vatandaşın sahip olduğundan daha geniş haklara sahip olması muhtemeldir. O halde, milletlerarası asgari standartlara riayet etmeyen devletin Devletler Hukuku sorumluluğu doğması sözkonusu olacaktır<sup>28</sup>. Bu duruma tepki ola-

26 ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 31-32; bkz. NOMER, s. 37 vd. Sömürgeleştirme hareketleriyle birlikte Hıristiyan Avrupa merkezli bir hukuk olarak ortaya çıkan günümüz Devletler Hukuku (HEAD, “*Supranational Law: How the Move Toward Multilateral Solutions Is Changing the Character of ‘International’ Law*”, Kan.L.Rev., Vol. 16, 1993, s. 620) ve onun fer’i kaynak olarak aldığı “medenî toplumların hukuku” bakımından asgari standartların belirlenmesi şüphesiz ki önyargıyla yapılmış, adaletsiz bir değerlendirmedir (NOMER, s. 42). Bu anlayışı günümüzde de görmek mümkün olmakla birlikte öğretiler, yeni bağımsızlığını kazanan devletlerin devletler topluluğuna dâhil olmasıyla asgari standarttan ne anlaşılması gerektiğinde değişiklik yaşandığı ileri sürülmektedir (NOMER, s. 43). Oysaki beyaz Avrupa emperyalizminin başlıca özellikleri arasında diğer toplumlar üzerinde üstünlük kurma arzusu ile tüm doğayı ve insanlığı bilimsel olarak etnosentrik, ileri-geri, gelişmiş-azgelişmiş, normal-suçlu, üstün-aşağı zihniyetliler, toplumlar, diller, türler gibi ayrı sınıflamalara bölme, bunların hepsini, amacı dolaysız fetihleri bilimsel bir örtüyle, giderek insancıl bir nezaketle gizlemek olan hukuki, ırki, toplumsal ve topraksal öğretiler olarak makulmüş gibi gösterme yer almaktadır (SAID, “*Emperyalizm ve Siyonizm’in Entelektüel Kökenleri*”, Siyonizm ve Irkçılık, (Atatürk’ün 100. Doğum Yılına Armağan), Ankara, 1982, s. 141). Tarih defalarca göstermiştir ki kuvveti ve serveti ne kadar olursa olsun bir devletlerin diğer devletler üzerinde daimi üstünlük iddiası boş bir davadır (POLİTİS, s. 95). Kuşkusuz “modern” olmak ile “Batılı” olmanın aynı anlama gelmediği bu noktada vurgulanması gerken bir husustur. Millî modernleşme sürecinde Batıdan edinilecek bilgi ve tecrübeler, uygun oldukları ölçüde, topluma faydalı olacaktır. Aynı grş. PING, “*Marketization, Globalization, Modernization, and Localization of the Law*”, Kobe University Law Review (International Edition), No. 38, 2004, s. 21-22.

27 Aynı grş. POLİTİS, s. 110.

28 Örneğin, yabancı yatırımların kamulaştırılması halinde ABD Dışişleri Bakanı Cordell Hull tarafından, 30’lu yıllarda cereyan eden ABD-Meksika arasındaki yatırımların devletleştirilmesi gerginliği sırasında ortaya atılan ve “*Hull kuralı*” olarak da bilinen, yabancı yatırımların devletleştirilmesinin “*derhal, uygun ve etkin*” bir tazminat mukabilinde olabileceği görüşü o dönem için bir milletlerarası örf-adet hukuku teşkil etmiştir. Ancak, henüz dünyanın büyük bir kısmının sömürge olduğu bir dönemde ortaya çıkan bu kural, sömürgeler adına sömürgeci devletlerce kabul edilmiş olduğundan, yeni bağımsızlığa kavuşan devletler milletlerarası örf-adet hukukunu ve Devletler Hukukunun diğer kurallarını sorgulamaya başlamışlardır. Diğer taraftan, yeni ortaya çıkan ve Doğu Bloğunu teşkil eden, komünist devletlerin Batılı yabancı yatırımları, Marksist ideolojinin üretim

malları üzerinde müşterek mülkiyeti öngörmesi gerekçesiyle, devletleştirilmesi bir başka sorun olarak kendini göstermiştir. Sermayeye duydukları ihtiyaçtan dolayı az gelişmiş devletler Hull kuralından sapmak için farklı yollar ararken, Batılı devletler bu kuralın uygulanmasında ısrar etmişlerdir. Az gelişmiş devletlerin Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'ndan bağlayıcılığı olmayan bir dizi karar çıkarmaları da aksi yönde bağlayıcılık arzeden bir kuralın doğmasına yeterli olmamıştır. Buradaki başlıca sorun aslında bu sebeple doğacak ihtilafın önüne götürülebileceği bir milletlerarası yargısal mercii bulunmaması olmuştur. BM Genel Kurulu'nun 1962 tarihli ve 1803 sayılı "Devletlerin Doğal Kaynakları Üzerindeki Daimi Egemenliği" Kararı "egemenlik hakkını kullanmak suretiyle bu nevi tedbirlere başvuran devlette meri hukuk kuralları mucibince uygun bir tazminat" ifadesini kullanmış ancak, ABD bu ibarede geçen "uygun tazminat" kavramını derhal, uygun ve etkin bir tazminat şeklinde yorumlamıştır. Ancak, ABD'nin bu tutumu 1973 tarihli ve 3171 sayılı "Devletlerin Doğal Kaynakları Üzerindeki Daimi Egemenliği" Kararıyla zayıflamıştır. Karar "her devletin kendi doğal kaynaklarını koruma yönünde egemenlik haklarını kullanması şeklinde vücut bulan devletleştirme uygulaması, her devletin mümkün olan tazminat bedelini tayin ve ödeme biçimini tayin edebileceği ve doğabilecek tüm ihtilâfların bu nevi yöntemlere başvuran devletin millî mahkemelerinde çözülecektir" denilmiştir. Karar, 108 devletin lehte, bir devletin aleyhte oyu ve 16 çetimsiz kılmasıyla geçmiştir. Daha sonra Genel Kurul 1974 tarihli ve 3201 sayılı "Milletlerarası Yeni Ekonomik Düzen" Kararı bir adım daha ileri giderek her devletin doğal kaynakları ve iktisadi faaliyetleri üzerinde sürekli hâkimiyet sahibi bulunduğu, devletleştirme yapabileceği ve siyasi veya iktisadi ya da herhangi diğer bir türden baskıya maruz bırakılmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu karar da yatırım alan devletin devletleştirme hâlinde milletlerarası bir tazminat yükümlülüğü bulunduğu görüşünü reddetmiştir. Bu kararın hemen ardından Genel Kurul'un aldığı 1974 tarihli ve 3821 sayılı "Devletlerin Ekonomik Haklarına ve Görevlerine Dair Şart" Kararıyla yabancı yatırımlar ve bunlardan doğan ihtilâflar bakımından "doğal kaynakların ait oldukları devletin egemenliği ve tasarrufu altında olduğu" kesin bir şekilde vurgulanmıştır. Millî devlet egemenliği lehine bu bir dizi kararın bir milletlerarası örf-adet hukuku yaratması sözkonusu olmakla birlikte, yukarıda zikredilen Hull kuralının artık bir milletlerarası örf-adet hukuku teşkil etmediği ortaya koyulmuştur. Bkz. GUZMAN, "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", V.J.Int'l.L., Vol. 38, No. 4, 1998, s. 644 vd. konuyla ilgili ayrıntılı bilgi veren bir monografi için bkz. TOLUNER, Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1968, tamamı. BM Genel Kurulu'nun 1962 tarihli ve 1803 sayılı ve 1974 tarihli ve 3281 sayılı Kararlarının tam metinlerinin Türkçe tercüme için bkz. GÜNDÜZ, Milletlerarası Hukuk, 4. Baskı, İstanbul, 2000, s. 121 ve 123. Yabancılarla vatandaşlar arasındaki eşitlik tartışmalarının günümüzde aldığı biçim için aşağıda dn. 41 bakınız.

Yabancı yatırımların devletleştirilmesi karşısında başvurulabilecek bir milletlerarası yargısal mercii olarak 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe giren Washington Sözleşmesi'yle kurulan Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) (R.G. T: 06.12.1988, S: 19830) devletler ile gerçek veya tüzel kişi diğer devlet vatandaşlarını eşit konuma sokarak ve tahkim kararlarını bağlayıcı ve doğrudan doğruya icrası kabil kılarak, devlet egemenliğini tamamen ortadan kaldırmıştır. Ancak, bu sonucun doğması için devletin rızası gereklidir. Yani, sadece Sözleşmeye taraf olmak yeterli olmamakta, ayrıca devletlerarasında (Örneğin, 09.05.1996 tarihli ve 22631 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Hükümeti Arasında Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma) veya devlet ile yabancı yatırımcı arasında yapılan ve ICSID tahkimi sözleşme kaydı ihtiva eden söz-

rak, yabancı yatırımcıya vatandaşı olduğu devletin sağladığı diplomatik korumanın bertaraf edilmesine yönelik sözleşme şartları -ki, dönemin Arjantin Dışişleri Bakanı Calvo'nun ismiyle anılan- "Calvo şartı" (Calvo clause) az gelişmiş, eski sömürge devletlerce kabul görmüşken, kalkınmış kapitalist devletlerce reddedilmiştir. Bu tartışma ortamında Milletlerarası Adalet Divanı'nın (ICJ) da Calvo şartını geçerli kabul ettiği kararları da olmuştur<sup>29</sup>.

Eşitlik sadece temel hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından sözkonusu olup, sosyal ve ekonomik ile siyasi hak ve hürriyetlerden sınırlı ve şartlı olarak yararlanma benimsenmiştir. Devletin idamesi için hayati önemi haiz iktisadi ve siyasi hak ve hürriyetlerin sadece vatandaşlara hasredilmesi olağandır. Zira o toplumda sürekli yaşayan ve aynı kaderi paylaşanlar sadece vatandaşlardır.

Artık, yabancılar için ayrı bir hukukun mevcudiyetinin yabancıların vatandaşlardan üstün veya aşağı olduğu gibi bir sonuç doğurmaya müsait olmasından dolayı, yabancılar hukuku yerine, bir ülkede belirli bir zamanda geçerli belirli hukuk nizamı karşısında yabancıların hukuki statüsünden bahsedilmesinin daha doğru olacağı düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır. Yabancıların hak ve hürriyet sahibi olması kural, kısıtlamalar istisna haline gelmiştir<sup>30</sup>. Kısıtlamaların asgari ölçüsü de Devletler Hukuku olarak kabul edilmiştir<sup>31</sup>.

---

leşme akdedilmesi gerekmektedir. Her ne kadar devletlerin kendi rızalarıyla bu yolu seçtikleri ileri sürülebilse ve Devletler Hukukunda gabin müessesesinin mevcudiyeti tartışmalı bulunsa da, ileride üzerinde durulacağı üzere, ekonomik düzenden çıkmayı göze alamayan devletler bu rızayı göstermek ihtiyacı duyacaktır.

29 Calvo şartının uygulanmasında Milletlerarası Adalet Divanı korunan yarar bakımından bir ayrıma gitmekte ve sırf özel kişinin yararı sözkonusu olduğunda bu şartın geçerliliğini kabul etmektedir. Buradaki asıl mesele, diplomatik koruma hakkının münhasıran devlete ait olması sebebiyle, kişinin feragatle bu hakkı kaldırılıp kaldırılamayacağıdır. Bu hususta Güney Amerikalı hukukçular Calvo şartının geçerliliğini savunmaktadır (PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 9. Baskı, Ankara, 2001, s. 183).

30 ALTUĞ, s. 7-8.

31 NOMER, s. 60; 09.07.1961 tarihli ve 334 sayılı 1961 Anayasası'nın (R.G. T: 20.07.1961, S: 10859) 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için sınırının Devletler Hukuku olduğunu ve bu sınırlandırmanın kanunla yapılabileceğini düzenlenmiştir. Aynı düzenleme daha sonra 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın (R.G. T: 09.11.1982, S: 17863 (Mükerrer)) 16. maddesinde yer almıştır. Böylece yabancılar tanınan "serbestilerin" sınırlandırılması kanuni güvenceye bağlanmıştır. Yani, objektif, genel ve soyut nitelik taşıyan kanun dışında, sübjektif, somut, öznel, birel veya genel nitelikte herhangi bir idari işleme sınırlandırma getirilemeyecektir. Böylece sübjektif

Eşitlik ilkesi, yabancı sermaye yatırımlarında kendini yabancı yatırımcılar ile yerli yatırımcıların eşit muamele görmeleri şeklinde göstermiştir<sup>32</sup>. Yabancı sermaye ile aradaki rekabet eksikliğini dengelemek için başvuru bir diğer çare olarak, yabancı yatırımları ülkeye çekmek için getirilen hukuki düzenlemelerde yabancıların millî hukuka uymak ve millî ekonominin gelişmesine hizmet etmek şartları ileri sürülmüştür<sup>33</sup>.

Bu aşamada cereyan eden bir diğer mesele yabancı sermaye yatırımlarında “para takası” (Kambiyo) ve yurtdışına para “naklinde” (Transfer) devletin uyguladığı kısıtlamalardır. Her ne kadar Milletlerarası Para Fonu (IMF) Anlaşması devletlerin döviz kurunu belirlemesine ve yurtdışına para nakline dair düzenleyici hükümler getirmekle devletlerin egemenliklerini sınırlandırmış olsa da, diğer taraftan geçiş döneminde devletlerin döviz ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bu alanlarda kısıtlamaya gitmelerine müsaade etmiştir<sup>34</sup>.

Diğer taraftan, yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı personelin de, resmî makamların izni bulunduğu takdirde, yabancıların tutması ya-

---

saiklerle vatandaş ile yabancı arasında hukuken negatif ayrımcılık yaratılması önlenmiş olmaktadır.

<sup>32</sup> Örneğin, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (R.G. T: 17.06.2003, S: 25141) ile mülga 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun (R.G. T: 23.01.1954, S: 8615) 10. maddesi “Yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan bütün haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dâhilinde istifade ederler” demektedir. 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu da yatırımlarda yerli ve yabancı yatırımcılar arasında eşitlik ve “millî muamele” ilkesini öngörmüştür.

<sup>33</sup> Örneğin, 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun 1. maddesi. 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile bu şart kaldırılmıştır.

<sup>34</sup> Bkz. ATALAY, “Devletlerin Paraları Üzerindeki Egemenliği ve Sınırlandırılması”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan), s. 127 vd. Türkiye’de 1951 yılında çıkarılan mülga 5821 sayılı Yabancı Yatırımı Teşvik Kanunu’nun (Düster, III, C. 32, s. 1856) 3. maddesi, yurtdışına kâr transferini %10 oranıyla sınırlandırmış ve artan oranı, bu oranda gerçekleşmemiş ilerdeki yıllardaki kâra ilave etmiştir. 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu sermayenin nakledileceği devlet parası nevinden ve o günün döviz kuru üzerinden yurtdışına nakledilmesini, nakledilebilecek miktarın tayini ve hisselerin satışının iyi niyetle gerçekleştiğinin teyidi için Maliye Bakanlığı’na başvurulması ile sermayenin yurtdışına nakli için Maliye Bakanlığı’ndan izin alınması şartlarını getirmiştir. 4875 sayılı Kanun ise tüm sermayenin sınırsızca yurtdışına transferine müsaade etmektedir.

saklanmış meslekleri icra edebilmeleri mümkün kılınmıştır<sup>35</sup>. Ancak kişilerin serbest dolaşıma ilişkin milletlerarası bir düzenleme getirilmemiştir. Böyle bir durum sadece bölgesel bütünleşmelerden Avrupa Birliği bakımından sözkonusu olmuştur.

#### D) Küreselleşme ve Entegrasyon Evresi

“Özgürlük istiyorduk, bulduğumuz fakirlik oldu!”

Polonya’da bir duvar yazısı

70’li yıllarda kamusal alan daha da daralarak<sup>36</sup>, özel ekonomik kesimin, sınırları olmayan bir dünya yaratma ütopyası ilk adımlarını atmaya başlamıştır. Sadece devlet değil, yerli sermaye de değişim geçirmiş ve bir zamanlar yabancı sermaye, işgücü ve ara malları ülkelerine sokmayan yerel sermayenin, artık düşük maliyetle çok kâr elde etme amacıyla küresel ortaklıklara<sup>37</sup>

35 Türk hukuku bakımından 18.01.1951 tarihli ve 5821 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nun 5. maddesi hükmü ve yaptığı atıfla 7. madde uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Genel Müdürü’nün başkanlığında Maliye Bakanlığı Hazine Genel Müdürü, Ekonomi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürü, İşletmeler Bakanlığı İşletmeler Dairesi Başkanı ve İstatistik Genel Müdürü’nden müteşekkil bir “Komite” kurulması öngörülmüş ve bu Komite tarafından lüzumlu kabul edilecek yabancı mütehassıs ve ustalar hakkında etüt, montaj devreleri de dâhil yabancılar için getirilmiş sınırlandırmalardan muaf tutulmuştur. Aynı muafiyet, Kanun kapsamına giren işlerle meşgul olan yerli yatırımcıların istihdam edeceği yabancı işçiler için de tanınmıştır. Bugün ise sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının izni yeterli olmaktadır.

36 70’li yıllardan itibaren baş gösteren küreselleşme olgusu, üretimde yapısal değişim, örgütlenmede ve teknolojiye yenilikler ve finansmanın dünya çapında yayılmaya başlaması, mal ve hizmet ticaretindeki hareketliliğin artmasıyla sınırları olmayan bir dünya ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylece, millî devletlerin ekonomiyi yönlendirecek siyasî gücü zayıflamaya başlamıştır (GÜMRÜKÇÜ, “Globalisierung im Spannungsverhältnis zwischen Entgrenzung und Grenzverschiebung sowie zwischen Internationalisierung der Kapital und Handelsströme und Nationalisierung der Arbeitsmärkte” Ites-Jahrbuch, ed. Harun Gümrükçü, 1999–2000, s. 20-21). Küresel sermaye piyasalarının yükselişiyle birlikte, her ne kadar millî özerklik sürmekte ise de sermaye piyasasını düzenleme, asgari sosyal standartlar koyma ve millî ekonominin yönetimi gittikçe sınırlandırılmıştır. Burada bir değişiklik yapabilmek, millî inisiyatifleri bastırmayan bir milletlerarası çerçeve olmaksızın mümkün değildir (HUTTON, The State We’re In, Londra, 1995, s. 312).

37 Yüzyıllar boyunca geçirilen siyasal-ekonomik aşamaların “sıkıştırılmış bir uyarlaması” yakın geçmişimizde nispeten hızlı ama somut bir şekilde hissedilmiş ve görülmüştür. Bu durum özellikle sermaye birikimi az olan ve üretim ilişkileri emeğe dayalı gelişme yolunda ve az gelişmiş Doğu ve Güney devletleri bakımından daha çok hissedilmiştir. Zaten 20. yüzyılın ikinci yarısından, yani 60’lı yıllardan itibaren, önce, bağımsızlığa yeni kavuşan sömürgeler ve bağımsız olmakla birlikte az gelişmiş devletlerdeki üretim faktör-

leri üzerinde hâkimiyet kurma mücadelesi ideolojik yansımayla kendini göstermiş, dünyada “Doğu-Batı” çatışması yaşanmıştır (bu konuda özellikle Türkiye bakımından durum tahlili için bkz. YAVİ, *Batırılan Bir Ülke Nasıl Kurtarılır?*, İzmir, 2001, s. 374 vd.). Daha sonra, dünya 90’lı yıllardan itibaren bu sefer “Kuzey-Güney” çelişkisi ve çatışmasına tanık olmuştur. İdeolojik kamplaşmanın yerini “zengin-fakir ikilemi” almış, “Kuzey Atlantik İttifakı” dünyanın geri kalanı üzerinde hâkimiyet kurma ve refahı kendi aralarında paylaşıp, başkalarını dışlayan bir politika izlemeye başlamıştır. Bu paylaşımın pay alabilmek için yerli sermaye kendi piyasasını yabancılara açıp, yabancının kârına ortak olma yoluna gitmeye başlamıştır. Nitekim Türkiye’ye 90’lı yıllara kadar yabancı yatırımcıyı sokmayan büyük yerli sermaye, bu tarihten sonra yabancılarla ortaklık kurmaya başlamıştır. Destekler nitelikte görüş için bkz. MANİSALI, *Küreselleşme*, s. 47 vd.

Gösterilen tüm vergi, sermaye akışı, faaliyet kolaylıklarına rağmen, Türkiye’de yabancı yatırımcı “patlaması” olmamıştır. Bazıları bunu bürokratik formalitelerin engellemesine ve siyasi istikrarsızlığa bağlamakta (örneğin, bkz. ÖZEL, “*Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme*”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s. 599; ÇELİKEL, “*Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler*”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s. 161; ERDEM, “*Foreign Direct Investment Law*”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, Vol. 36, No. 53, 2005, s. 377) olsa da, 1996’da Gümrük Birliği’ne girilmesinin ardından yerli sermayenin üretimi bırakarak, Avrupalılarla ortaklık kurup perakendecilik, bir başka deyişle “bakkallık” yapmaya başladığı gözden kaçırılmamalıdır. Sıfır gümrükte Avrupalılar nihai mallarını rahatlıkla Türk pazarına sokabilmiş ve kârı da yerli ortaklarıyla paylaşmışlardır. Dolayısıyla, yatırıma gerek kalmamıştır. Bu durum akla yerli sermayenin devlet kontrolünden kurtulma ve küresel sermaye ile de ortaklık halinde, daha da zenginleşme arzusu olabileceğini akla getirmektedir. Bunun için de devlet yargısından kurtularak milletlerarası tahkime gidebilme amacıyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (R.G. T: 05.07.2001, S: 24453) gibi yasal düzenlemeleri desteklemişlerdir. Gerçekten de, 4686 sayılı Kanuna göre; “yabancı” olmak için illa ki yabancı bir devlette kurulmuş olmak ya da ortakların yabancı vatandaşlığa sahip olması gerekmemektedir. Yabancılık unsuru “sermaye” esas alınarak belirlenmiştir. Kanunun uygulanacağı kapsamı belirleyen birinci madde de tahkim yeri Türkiye olarak seçilir ya da bu kanunun uygulanması taraflar veya hakemlerce seçilirse, o takdirde bu kanun uygulanacağı ifade edilmektedir. Yani, Kanunun uygulanması için yabancılık unsurunun bulunması dahi gerekemeyebilecektir (ATALAY, “*Milletlerarası Tahkimin İdari Sözleşmelere Etkisinin Hukukî ve Malî Yönünden İncelenmesi*”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, S. 3, Mart 2005, s. 743). Günümüzde ise piyasayı ele geçiren yabancının bu ortaklıkları bozarak, tek başlarına söz sahibi olmaya başladıkları görülmektedir. Bunun en bariz örneği yoğun ve otomobil sektörlerinde yaşanmıştır. Diğer taraftan, tüm dünyada ABD Doları yükselirken Türkiye’de tam aksine düşüş yaşaması, buna karşın Avro’nun (Euro) yükselişe geçmesi, ABD Doları rezervlerinin Avro ile takası sonucu piyasadaki Dolar adedinin artması ve değerinin suni bir şekilde düşmesiyle açıklanabilir. Zira diğer para birimleri için “ortak karşılık” (Common denominator) teşkil eden ABD Doları, itibari değeri dışında reel bir değere sahip değildir. Ancak bir birim yabancı para ABD Doları ile takas edildiğinde değer kazanmaktadır. Dolayısıyla, bir birim ABD Doları’nın değeri tıpkı bir mal gibi arz-talep ilişkisiyle belirlenmektedir.



girdiği görülmektedir. Son yirmi yılda, daha önce telaffuz edilmeyen “özel-leştirme”<sup>38</sup>, “konsorsiyum” (Şirketler birliği), “joint-venture” (Ortak girişim) vb. kavramların Türkiye’de ve dünyada sıkça gündeme gelmesi bu gelişmenin bir sonucudur. Dünyayı “örümcek ağı” gibi saran küreselleşme sonrasındaki gelişmeler, yabancıların hukuki statüsü sorununu daha da belirgin hale getirmiş ve devlet egemenliğini kaldıran boyutlarda çözüm önerileri getirildiğine şahit olunmuştur. Bir kez daha görülmektedir ki, yabancılar tanınan hak ve hürriyetlerin sınırı genişledikçe devlet egemenliği daralmaktadır.

---

38 Özelleştirmenin küreselleşmenin bir sonucu olduğu yönünde bizimkiyle aynı görüş için bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul, 2001, s. 792. Barones Margaret Hilda Thatcher’ın Başbakanlık yaptığı, Muhafazakâr parti iktidarında geçen, 80’li yıllarda İngiltere’de yaşanan “özel-leştirme” kapitalist üretim ilişkilerinin oturduğu ve özel kesimin yeterli sermaye birikimi yapmasıyla birlikte artık devletin üretim yapmasına gerek kalmadığı bir ortam sözkonusu olmuştur. Böyle bir özelleştirmenin neticesinde de özelleştirmeden elde edilen gelir topluma yayılmıştır. Yani, millî gelirden artış gerçekleştirilmiştir. Yüksek enflasyon ve fazla borç stoku bulunan bir ülkede özelleştirme yapılamaz. Zira yapılan ancak borç ödemek için kamu mallarının satışı olacaktır. Diğer taraftan, millî ekonominin motor gücü olan ve Cumhuriyetin finansmanını yapan İktisadi Devlet Teşekküllerinin satışı, henüz piyasa ekonomisinin kurallarının işlemediği ve kapitalist üretim ilişkilerinin oturmadığı bir toplumda siyasal-ekonomik buhranlara yol açması mümkündür. Bir Merkantilizm devri geçirmeden — sermaye birikimi elde etmeden — yerli sanayi kurulmadan, küçük ve orta boy işletmeler (KOBİ) zor şartlarda geçimlerini sağlarken ve ülkede tarımın yanında bir tek imalatçılık varken, kabına sığmayıp taşan küresel sermayeye ülkenin kapıları birden açılınca, yerli sermaye “yumruk yemiş boksör gibi nakavt” olmuştur. Bu konu hakkında bilgi ve görüşleri ihtiva eden eserler için örneğin bkz. AYDOĞAN, Ekonomik Bunalımdan Ulusal Bunalıma, 4. Baskı, İstanbul, 2003, s. 109 vd.; bkz. GİRİTLİ, Türkiye’nin İdari Yapısı, 10. Baskı, İstanbul, 1998, s. 110 vd. Özelleştirmenin Türkiye’nin kalkınmasında rol oynadığını ileri süren görüşler, üretim yapmadan, sırf İktisadi Devlet Teşekküllerinin yabancı sermayeye gerçek değerlerinin altında satılması şeklinde ülkeye “hazır para” girişi ve bunu serbestleştirme bahanesiyle para transferi serbestisi getirilmesi üzerine piyasalarda “doldur-boşalt” şeklinde cereyan eden “sıcak para” hareketleriyle ve dış borcun diğer bir dış borçla ve iç borçlanmayla döndürülmesi sayesinde yaşanan sunî bir büyümenin ardından gerçek bir daralma yaşanması açıklanamamaktadır. Örneğin, bkz. DARTAN, Privatisation in the UK and Turkey with particular reference to the Coal Sector, İstanbul, 1996, s. 102 vd.; Dünya Bankası eski baş ekonomisti ve Nobel ödülü sahibi Joseph Stiglitz “Ekonomilerde büyük çöküşler sonrasında büyüme yaşanması normaldir. IMF de ülkelerin büyümesini değil, verdiği paranın geri dönüşünü dizayn eder” diyerek bu durumu formüle dökmüştür (zik. ÇETİNKAYA, “IMF Sadece Tahsilatı Düşünür!”, Sabah, 24.04.2004, (Çevrimiçi) <http://www.sabah.com.tr/2004/04/24/eko101.html>, 06 Aralık 2004).

Milletlerarası sermayenin akışının önüne “set çekilmemesi” amacıyla mahalli hukukun “uyumlaştırılması” yoluna gidilmektedir<sup>39</sup>. Mesela küreselleşmeye uygun olarak kişilerin ve sermayenin serbestçe dolaşımını<sup>40</sup> sağlayacak ve piyasalara girişte vatandaşlarla eşit muameleye<sup>41</sup> tabi olacakları

<sup>39</sup> Aynı görüş için bkz. ÇELİKEL, s. 161, 163; PING, s. 18 vd., her ne kadar devletlerin iç hukukları birbirlerinden farklı olsa da ticaret hukuklarının küresel çapta birbiriyle uyumlaşmaya başlamasıyla, artık küresel şirketlerin devletler üzerinde devletlerin denetimlerinin daha da zayıfladığı söylenebilecektir. Milletlerarası ticaret hukuku, devlet egemenliğinin ötesinde, ayrı bir alan olarak mevcut bulunmaktadır. Bununla beraber bir devletin tüm iç hukukunu yabancı hukuklarla uyumlu hale getirmesi de akıllıca olmayacaktır. Zaten millî hukukların uyumlaştırılmasının tek bir milletlerarası hukukun doğuşuna sebep olması sözkonusu değildir. Hukukçuların, kürselleşen hukuk kuralları ile millî kalması gereken hukuk kurallarını birbirinden ayırması gerekmektedir.

<sup>40</sup> Örneğin, Türk hukukunda, 6224 sayılı Kanunu ilga eden, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 3. maddesinde yabancı yatırımlarda yönetici konumunda çalıştırmak üzere “kilit personel” istihdam edilebileceği, başvuru alan iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunmamasını şart koşan 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’un (R.G. T: 06.03.2003, S: 25040) 14. maddesinin (b) bendinin uygulanmayacağı, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin (R.G. T: 29.08.2003, S: 25214) 53. maddesi uyarınca, millî mevzuata uygun çalışma şartıyla, “istisnai” çalışma izni verilebilir. Bu gibilere çalışma izni verilirken, diğer çalışma izni türlerinde aranmakta olan kanuni süreler aranmamaktadır. 4875 sayılı Kanunla yabancı yatırımlarda “izin” sisteminden, “bildirim” sistemine geçişi getirmiş, yatırım serbestisi ve millî muamele, kârın yurtdışına nakli, nakit dışı sermayenin kıymet takdirinin menşe ülkesi hukukunun öngördüğü makamlar veya milletlerarası değerlendirme kuruluşları tarafından yapılması imkânı ve yabancı personel çalıştırma imkânı sağlamıştır.

<sup>41</sup> 4875 sayılı Kanunla yabancı yatırımcı devlet denetiminin dışında serbestçe piyasaya girebilmekte ve “millî muameleye” tabi tutulmaktadır (ÖZEL, s. 604; ÇELİKEL, s. 167). Bu noktada yabancı ile vatandaşın eşitliğinden ne anlaşılması gerektiği tartışmaları yeniden alevlenmiştir.

Yabancılar ile vatandaşlar arasında ayrımcılığın olmamasına dair mutlak bir kural ne Devletler Hukuku’nda ne de millî hukuklarda halen bulunmamaktadır. Ancak günümüzde başlıca iki ölçüt alınabilir ki, birisi, başvuru alan yöntemin işin esasına ilişkin olmamasıdır, diğeri, kişilerin eşit olmayan şekilde muameleye tabi tutulmasıdır. Eşitlerin eşit muamele görmesi, eşit olmayanların farklı muameleye tabi tutulması sayesinde gerçek eşitlik sağlanabilir. Yabancı yatırımların devletleştirilmesi bakımından eşitlik ilkesinin uygulanmasında vatandaşlık esasında bir ayrımcılık bulunması halinde makul olmayan ayrımcılık bulunduğu kabul edilecek, buna karşılık vatandaşlık esasında dahi olsa millî güvenlik veya ekonomi politikaları gerektirdiğinde ayrımcılık makul kabul edilebilecektir. Devletleştirilen yatırımın ayrımcılık teşkil edip etmediğinin tayini, yerli bir emsali veya diğer devlet vatandaşlarının yatırımlarının devletleştirilmesi ya da yatırım alan devletin vatandaşları arasında gördükleri muamele bakımından eşitlik bulursa dahi zamanla ortaya çıkan ayrımcılık halinde zorlaşabilmektedir. Burada önemli olan devletleştirilmenin keyfi olmaması, “iyi niyetle” yapılması ve “hakkın kötüye kullanımı” bulun-

değişiklikler millî mevzuatlarda yapılmaktadır. Ancak, her ne kadar kanuni veya ahdi mütekabiliyet bulunmaktaysa da, yabancı sermaye yatırımları sermaye için yaratılan bu uygun ortamda fiili mütekabiliyet işlememektedir<sup>42</sup>. Devletler, küresel ekonomik politikayla uyumlu olduğu dar bir alanda

---

mamasıdır. Bu kavramlar her ne kadar soyut nitelikte olsalar da somut olayın özelliklerine göre bir anlam kazanmaktadırlar. Ancak “ırk” esasına dayalı bir ayrımcılık her halükarda yasaktır. Akdi nitelikteki “en çok gözetilen millet muamelesi” (MFN) ile millî muamele ilkelerinin yabancı yatırımlar bakımından tatbiki de oldukça zordur. Zira MFN bakımından, yatırımlar iç içe geçmiş, örneğin, malî rejimler, yatırım şartları, kâr-zarar dengesi ve coğrafi özellikler gibi nitelikleri barındırmaktadır ki, bunlar her yatırım için farklılık arz etmektedir. Millî Muamele bakımından ise yerli yatırımlardan daha az elverişli olmayan muamele gösterilmesi öngörülmektedir ki, bu durum yabancıların vatandaşlarla aynı muamele görmesinden çok, ayrıcalıklı muamele görmesi olacaktır. Dolayısıyla Millî Muamele yabancı yatırımcı bakımından ayrımcılığı haklı görmektedir. Ancak burada da emsal bir yatırımın devletleştirilmesi durumunun bulunup bulunmaması belirleyici olmaktadır. Bkz. MANIRUZZAMAN, “*Expropriation of Alien Property and The Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: an Overview*”, J. Tarnsnational L. & Policy, Vol. 8, 1998, s. 57 vd.

Devletler Hukuku’nun farklı muameleyi yasaklamasından anlaşılması gerekenin hukuk dışı ve keyfi muamele olduğu, bir muamelenin keyfilığının o devletin millî hukuku tarafından tayin edileceği, yoksa milletlerarası asgari bir standardın sözkonusu olamayacağı görüşü için bkz. TOLUNER, s. 258.

Eşitlik bakımından Türk Anayasa Mahkemesi de benzer bir sonuca varmaktadır; “Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında ‘yasa önünde eşitlik’, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa’nın öngördüğü eşitlik, aynı hukuksal durum içinde bulunanların aynı kurallara, aynı durumdakilerin aynı kurallara bağlı olmasıdır. Kimi kişilerin haklı bir nedenle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konulardaki özellikler yönünden değişik kuralların uygulanmasını gerekli kılabılır. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme, aynı durumdakiler için aynı düzenleme eşitlik ilkesinin gereğidir. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, eylemleri değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlardakilerin aynı kurallara bağlı tutulması, Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Başka bir anlatımla kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Aynı durumlarda bulunmaktan doğan zorunluluklar ya da haklı bir nedenle getirilen farklı uygulamalar Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesine aykırı düşmez.” (A.M.K., E: 1993/21, K: 1993/30, T: 21.09.1993, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1993/K1993-30.htm>, 13 Ağustos 2006).

<sup>42</sup> Aynı grş. ERDEM, “*Yabancı Sermayenin Türkiye’ye Bankalar Kanalıyla Gelmesi*”, MHB, S. 1, Y. 8, 1988, s. 30, yabancı sermayenin piyasaya serbestçe girişi ve az miktarda sermaye koyarak büyük miktarda kâr elde etmesi ve bunu yine serbestçe yurtdışına çıkarılabilmesi, buna karşın yerli sermayenin, yeterli sermaye birikimi olmaması sebebiyle diğer ülke pazarlarına girişte ekonomik ve bürokratik engellerle karşılaşması sebebiyle, milletlerarası yatırımlarda mütekabiliyet işlememektedir. Buna karşın, aynı müellif sonraki tarihli bir makalesinde bu sakıncaya hiç değinmeden, doğrudan yabancı yatırımlara neredeyse sınırsız serbesti sağlanmasını olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir (bkz. ERDEM, “*Foreign Direct Investment Law*”, s. 378 vd.). Şüphesiz ki bu bir çelişki

kendi ekonomik kalkınma modellerini belirleyebilmektedirler<sup>43</sup>. Bir kalkınmadan çok ekonomilerini ayakta tutabilme endişesiyle gelişme yolundaki devletler yabancı yatırımlara elverişli koşullar yaratmaya çalışmışlardır. Siyasi risklere karşı hukuki koruma ve devletin piyasaya müdahalesinin asgari düzeye çekilmesi bu gibi koşullar arasında yer almıştır<sup>44</sup>. Yabancı yatırımcıların yatırımlarından elde ettikleri kârı serbestçe yurtdışına nakline imkân yaratılması da bir koşul olarak aranmakla birlikte, devletler dış ticarette ödemeler dengesi açığı vermemek amacıyla yabancı talepleri dengelemeye çalışmaktadırlar. Bu çabanın sonucunda para nakli serbestinin millî hukuka uygun şekilde yapılması milletlerarası anlaşmalarda öngörülmüştür<sup>45</sup>.

Oysaki 90'lı yıllarda dünya ekonomisindeki gelişme doğru olarak analiz edilememiş, ideolojik yaklaşım eksik kalmış ve uzun vadeli yatırımlardan çok spekülâtif sermayenin dünya çapında dolaşımında olduğu fark edilememiştir. İşte finansman ihtiyacı duyan devletler bu spekülâtif sermayeye serbesti tanımışlardır<sup>46</sup>. Bunun sonucunda da geçici refah ortamı doğmuş olsa

---

teşkil etmektedir. Yabancı sermayenin ülke kaynaklarını sömürmesi hakkında ayrıca bkz. dn. 86.

- 43 YÜKSEL, “*Legal Issues of Global Governance, Economic Development and Democracy: Towards a Legal Theory of Restructuring the International Economic Institutions*”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, Vol. 37, No. 54, 2005, s. 189.
- 44 Bir devletin milletlerarası taahhüdünü ihlâl etmesi hâlinde, diğer devletler kendi taahhütleriyle bağlı kalırken ve özellikle sözkonusu devlet “hukuk devleti” ilkesine bağlı olmakla tanınmışken, ağır itibar kaybına yol açması sözkonusudur. Bu ihlâlin yaptırımı da, yabancı sermayenin, riskli görmesi sebebiyle, yatırım yapmaması sonucu devletin ekonomik zarara uğramasıdır (SIMMONS, “*The Legalization of International Monetary Affairs*”, I.O., No. 3, 2000, s. 591). Türkiye’nin karşılaşmış olduğu iktisadî krizlerin sadece konjonktürel ve yapısal olmadığı, millî sanayinin kurulamaması ve sermaye birikimi elde edilememesi sebebiyle dışarıya bağımlı olmanın getirdiği “tahterevallî” etkisiyle, ekonominin yükselmesi ve düşmesinde yabancı etki bulunduğu yönünde bizimde katıldığımız görüşü desteleyen örnekler için bkz. AYDOĞAN, tamamı; Osmanlı ile Cumhuriyet dönemi Türkiye’sinin siyasi ve iktisadi değerlendirmesi ve mukayesesi için bkz. YAVI, tamamı.
- 45 ERTEN, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara, (t.y.), s. 170-71.
- 46 GIRDNER, “*The United States And The Emerging Global System: Neoliberalism, Inequality And The Uncharted Future*”, AÜSBF, *The Turkish Yearbook of International Relations*, No. XXVI, 1996, s. 30.

bile, “sıcak paranın” ülkeyi terk etmesi üzerine ekonomik krizler yaşanmıştır<sup>47</sup>.

Sözkonusu krizler özellikle IMF tarafından, buradan yardım alan her üye devlete aynı şartları ileri sürmek suretiyle, olduğundan daha büyük ve yaygın hale getirilerek, bu devletlerin korunmacı ekonomilerini serbest piyasa ekonomisine dönüştürmeye zorlamak ve böylece Amerikalı girişimcilerin yatırımlarına açmak için bir vesile olmuştur<sup>48</sup>. Ancak dikkat edilirse, daha önce de ifade edildiği üzere, devletlerin egemenliklerini kendilerinin sınırlamasıyla yabancı yatırımcılar pazarlara girebilmekte<sup>49</sup>, milletlerarası bağlayıcı bir hukuki düzenleme yapılamamaktadır.

20.yy.ın ikinci yarısından itibaren baş gösteren çok-taraflılığın oluşturduğu “üst çatı”, devlet egemenliğinin devrini gerektiren ve cebri icra kabili-

---

47 1990’lı yıllar, yüksek faiz oranlarıyla sıcak parayı ülkelerine çekerek kalkınma umudu taşıyan devletlerin, dış ticaret ve ödemeler dengesi açıklarının kapatılması amacıyla devalüasyona gitmeleri ve faizlerin hızla düşmesi üzerine bu paranın ülke dışına çıkmasıyla ekonomik krize girmeleriyle geçmiştir. Ancak, dünyada en çok yabancı yatırım alan devlet olan Çin, kısa vadeli sermaye hareketlerini kontrol altında tuttuğundan, sıcak paranın piyasaya giriş-çıkışında zarar doğurmasına engel olabilmıştır (“Dövizle çıpa atmak doğru mu?”, Ekonomik Forum, Ocak 2001, s. 16-17).

48 AKDİŞ, Global Finansal Sistem, Finansal Krizler ve Türkiye, İstanbul, 2000, s. 74; Bu devletlerin paralarında devalüasyonların önlenmesi sayesinde ABD’nin, bu ülkelere ihracatı kolaylaşmış ve korunmacı duvarların indirilmesi sayesinde de Amerikalı yatırımcılar pazarlara rahatça girebilmiştir (HEAD, “Lessons from the Asian Financial Crisis: The Role of the IMF and the United States” Kan.J.L. & Pub.Pol’y. Vol. VII, No. II, 1998, s. 89). Aynı yönde olarak, ABD’nin ticaret serbestisi ve liberal ekonomi politikaları izlenmesi yolundaki telkinleri ve elverişli ticaret imkânları tanınmasının Amerikan yatırımcılarının o ülke pazarlarına girebilmesi ve kendi vatandaşlarına istihdam imkânı sağlaması için kullanılması hakkında bkz. BHALA, “The Limits of American Generosity”, Fordham International Law Journal, Vol. 29, No. 2, 2006, s. 335.

49 Yabancı yatırım alan devletler piyasalarını yabancılar açarak siyasi güç kazanma politikası izlerken aynı zamanda dünya fiyatlarının düşmesine sebep olmakla aslında ekonomik bir kazanç elde edememektedir. Dolayısıyla aslında siyasi bir güç de elde edememektedirler. İddia olunanın (GUZMAN, s. 677-78) aksine yatırım alan devletler yabancı yatırımcılara karşı tekel teşkil ederek dünya fiyatlarını tayin edememişler, yabancı yatırımcılar yüksek bedellerden dolayı yatırımdan kaçındıkları için bu devletler zarar etmemiştir. Sermaye gücüyle yabancı yatırımcılar bu devletlerde tekel kurmuşlar ve fiyatları da kendileri belirlemiştir. Bunun gibi, kırılcı rekabet dolayısıyla düşen bedeller sebebiyle bu devletler zarar etmişler ve doğal kaynaklarını ucuza yabancılar satmak zorunda kalmışlardır. Diğer taraftan, piyasalarını henüz hazır olmadan küresel sermaye akışına açmaları sebebiyle de birbirleriyle benzeşme sürecine girmişler ve aynı sorunları yaşarken aynı çözüm önerileri dayatmalarıyla karşılaşmışlardır.

yeti ihtiva eden “ikincil” (Subsidiary) kurallarla tamamlanamadığından<sup>50</sup> küreselleşme soyut ve esnek kalmakta, somutlaşmamaktadır<sup>51</sup>.

Bundan dolayı küreselleşmenin normatif zeminini en fazla “esnek hukuk” (Soft Law) teşkil etmektedir<sup>52</sup>. AB örneğinde bile, millî hukukların ahenkleştirilmesi amacıyla iyi işleyen ve iyi örgütlenmiş bir piyasa bulunmasına karşın, herhangi bir müdahale olmaksızın, “kendiliğinden yönetim” (Self-regulating) beklentileri başarısız olmuştur<sup>53</sup>. Ancak, küreselleşmenin çok-tarafılık ile başlamış bir süreç olması yanılıcı olmamalıdır. Zira nihai amaç<sup>54</sup> “tek-tarafılıktır”. Bunu sağlamak da ancak insanlığı aynı tarafta yer

50 Devletler Hukuku’nda, devletler için yükümlülükler koyan “birincil kuralların” (Primary Rules) bulunmasına karşın, bu kuralların uygulanmasını sağlayacak ve egemenlik devrini gerektiren “ikincil kurallar” (Secondary Rules) mevcut bulunmamaktadır (DAVIES/HOLDCROFT, Jurisprudence, London, Dublin, Edinburgh, 1991, s. 40).

51 Küreselleşmenin soyut ve esnek bir kavram olarak somutlaşmaması görüşü için bkz. ATALAY, “Milletlerarası Mahkemelerin Küreselleşmenin ‘Somutlaşmasındaki’ Rolü”, Ufukötesi, Temmuz 2006, s. 38; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), 1947 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması’nın (55 U.N.T.S. 194; Düstur, III, C. 35, s. 156; “1947 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması”, (Çevrimiçi) [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf), 05 Şubat 2003) siyasi, esnek, belirsiz ve bağlayıcılıktan yoksunluğuna dayanılarak, Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) iç hukukunda geçerliliği bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz. CHEYNE, “Haegeman, Demirel and their Progeny”, The General Law of E.C. External Relations, ed. Alan Dashwood, Christophe Hillion, London, 2000, s. 20 vd.

52 Alt yapısında iktisat ve maliye olan, üst yapısında hukukun bulunduğu; kamu maliyesi ile iktisadın hukukla birleştiği noktada, özel hukuk müesseselerinin kamu hukukuyla bütünleşmesi olan esnek hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATALAY, Milletlerarası Entegrasyon Hukuku, s. 3 vd. Her ne kadar “normatiflik” ifadesi kullanılmış olsa da esnek hukuk, hukukun emir-yaptırım ilişkisi içinde bağlayıcılık arzetmemektedir. Milletlerarası ekonomik taahhütlerle devletlerin bağlılığı, Devletler Hukuku alanında taahhütlerin yerine getirilmesi için yapılan bir devlet uygulaması şeklinde gerçekleşmektedir. Yoksa devletlerin belirli bir yönde hareket etmeleri sadece “bağlılıkla” açıklanamayacaktır (HO, “Compliance and International Soft Law: Why Do Countries Implement The Basle Accord?”, J.I.E.L., Vol. 5, No. 3, 2002, s. 649). Aynı grş. GUZMAN, s. 651, dn. 37. Hukuk felsefesi açısından konu değerlendirildiğinde, bir “yükümlülük” bulunmasıyla “belirli bir yönde davranma ile yükümlü tutulma”, bir başka deyişle “bir şeyi yapmak veya yapmamak için verilen emri yerine getirmek” arasında, “emrin” yerine getirilmemesi hâlinde karşılaşılması gereken herhangi bir “maddi yaptırım” bulunmaması farkı vardır (DAVIES/HOLDCROFT, s. 40–41).

53 SCHÖN, “Die Bedeutung von ‘Soft Law’ für die europäische Harmonisierung und der Europäische Verhaltenskodex für Hypothekarkreditgeber”, Kobe University Law Review (International Edition), No. 37, 2003, s. 33.

54 Makineleşmenin getirdiği sanayileşme sayesinde üretimde meydana gelen artış, artığın satışı için yeni pazarların bulunmasını mecbur kılmıştır. Bu durum tarihin yeni bir safha-

almaya ikna edebilecek “olağanüstü” bir durumun<sup>55</sup> ortaya çıkmasıyla olabilir. Oysaki günümüzde dünya geniş ölçüde farklılıkları<sup>56</sup> barındırmaktadır. Bu farklılıklar özellikle gelirin yeniden dağılımındaki bozukluğun yol açtığı zengininin daha zengin, fakirin daha fakir olması ile bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan sosyo-kültürel başkalaşım ve yabancılaşma, siyasal ilginin kesilmesi vb. sebeplerin etkisiyle insanların devletlerine sığınma ihtiyacı hissetmesi millî devletlerin yükselişe geçmesine zemin hazırlamaktadır. Bu durum sadece sosyal pekiştiricilerle açıklanamayacaktır.

### E) Devlet Egemenliğinin Biçimselleşmesi Evresi

Yabancılara tanınan statüde “ulaşılabilir en son nokta”, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) bünyesinde müzakereye açılan MAI, yatırımcıların hangi devlette olursa olsun pazara giriş ve yasal güvence bakımından vatandaşlardan daha az elverişli muamele görmemelerini öngörmektedir<sup>57</sup>. Ancak yabancı yatırıma tanınan “aşırı” serbesti ve yatırım yapan çok-uluslu şirketlerin menfaatlerinin yerli yatırımcılara nispeten “dengesiz” korunması sebebiyle MAI tasarımı aşamasında kalmış ve yürürlüğe girememiştir<sup>58</sup>.

Günümüze dek iki-terafı “karşılıklı yatırımların korunması” anlaşmalarıyla yürütülen ve ihtilâfların milletlerarası tahkime götürüldüğü yabancı yatırımlar rejimi, MAI ile birlikte ilk kez çok-terafı bir çatıya kavuşmuştur.

---

sına geçişi getirmiştir. Bu da insanın kendi için yaşayabilmesinin, diğerleri için de yaşayabilmesi ile mümkün olduğunu anlayabilmesidir. Karşılıklı nezaket içerisinde tüm milletlerin birleşmesi gerektiği düşüncesi doğmuştur (POLİTİS, s. 123-24).

55 Öğretide, dünya insanlığının “bizler” ve “onlar” olarak bölünmesi sebebiyle tek-terafılığın tesis edilemediği, ancak yüzyıllar sonra bilim-kurgusal bir gelişme yaşanır da uzaydaki diğer gezegenlerde hayat bulunur ve “gezegenler federasyonu” kurulur ise böyle bir sonucun doğabileceği ifade edilmektedir (HEAD, s. 663). Kanaatimizce, tam da küreselleşmenin ilk adımlarının atıldığı 60’lı yıllardan itibaren Hollywood sinemasında “uzaylıların dünyayı işgal” filmlerinin çekilmesine başlanması ve zaman içerisinde buna hız verilmesi insanların bilinçaltına mesaj verme olarak yorumlanabilir.

56 Aynı grş. HATSUSE, “Globalisation and Asian Implication”, Kobe University Law Review (International Edition), No. 33, 1999, s. 1.

57 AKDİŞ, s. 57.

58 MANIRUZZAMAN, “International Development Law as Applicable Law to Economic Development Agreements: A Prognostic View”, Wisconsin International Law Journal, Vol. 20, No. 1, s. 40; ERTUTKUN, “Why Did ‘MAI’ Fail: The Reasons For The Failure”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), s. 368.

Özellikle ihtilâfların çözümü mekanizması gelişme yolundaki devletler tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Zira yabancı yatırımcı ile yatırımı alan devlet arasında yürütülen müzakereler sonuçsuz kaldığı takdirde yabancı yatırımcı kendi ülke mahkemelerinde dava açabilecektir. Bu da şüphesiz yatırım alan devletin egemenliğini ortadan kaldırmaktadır<sup>59</sup>.

Bu durum, Devletler Hukuku'nun temeli olan "egemen eşitler" kuralının sözleşmeyle bertaraf edilebilir olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirmektedir. Kanaatimizce, Devletler Hukuku devlet iradesinden doğan bir hukuk olduğundan ve sözkonusu kural Devletler Hukukunun temel kurallarından olduğundan, sözleşmeyle bertaraf edilmesi mümkün değildir.

Bir taraftan kişilerin ve sermayenin küresel boyutta tamamen serbestçe dolaşımı amaçlamakta, diğer taraftan milletlerarası asgari standart görüşü daha ileri aşamaya taşınmakta; millî devleti biçimselleştirmektedir. Böylece, küreselleşmenin hedeflediği nihai gaye olan ve ABD örneğinde olduğu gibi bir "küresel federal pazar" yaratma yönünde bir adım daha atılmıştır<sup>60</sup>.

Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması<sup>61</sup> ilk defa olarak devletlerin yanında "pazarlara" da yer vermiştir<sup>62</sup>. Bu safhanın teorik dayanağı eski egemenlik

<sup>59</sup> ERTUTKUN, s. 371.

<sup>60</sup> ATALAY, "Yabancılar da Bizden mi Oluyor?", Ufukötesi, Şubat 2006, s. 30. Milletlerarası ekonomik düzenin işleyişine örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yapısını örnek olarak veren görüş için bkz. TREBILCOCK/HOWSE, s. 3. Aynı görüş için bkz. HATSUSE, s. 13 vd. Yazar, ABD'nin ekonomik ve askeri gücüne dayanarak kendi menfaatleri doğrultusunda bir küresel ekonomi yapısı oluşturduğunu, bunu da millî güvenliğini sağlama adı altında yaptığını ifade etmektedir. Aynı yönde olarak bkz. ERHAN, "ABD'nin Ulusal Güvenlik Anlayışı", AÜSBFD, C. 56, No. 4, 2001, s. 84, Yazar, ABD'nin 90'lı yıllarda izlediği millî güvenlik politikasının "ABD'de ve tüm dünyada refah" olarak belirlediğini, bu güvenlik stratejisinin hedefleri doğrultusunda NAFTA ve GATT Uruguay Turu'nun tamamlanmasını ve Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasını gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Diğer taraftan, Avrupa Birliği'nin yapılanması için Almanya'nın federal yapısının örnek alındığı görüşü için bkz. MANİSALI, Küreselleşme, s. 148; Avrupa Birliği'nin bütçesine katkı ve Avrupa Birliği Konseyi'nde Üyelerin temsil gücü bakımından, Avrupa Birliği üyesi Finlandiya'nın ileride Almanya'nın bir eyaleti haline gelebileceğine dair endişesi için bkz. KABAALIOĞLU, Avrupa Birliği ve Kıbrıs Sorunu, İstanbul, (n.d.), s. 336 vd.

<sup>61</sup> R.G. T: 25.02.1995, S: 22213. (Mükerrer).

<sup>62</sup> Anlaşmada "Contracting Parties" olarak geçen "Akit Taraflar" kavramı "pazarları" da kapsamaktadır. Anlaşmanın Ticaret Politikalarını Gözden Geçirme Mekanizması kapsamında ABD, Japonya, Kanada ve AB ile gelişmişlik düzeylerine göre diğer devletleri on altılı ve geri kalanlar şeklinde gruplara ayırarak "ticaret bloğu" olarak tanımlanmıştır.



anlayışının “milletlerarası” ilişkilere ve bunun müesseselerine dayandığı, bunun yerini artık “küresel” ilişkilerin alması gerektiğine duyulan inançtır<sup>63</sup>. Bu şekilde “tek-tarafli” bir dünya yaratılabilecektir. Sonuçta millî egemenliğin işlevi 21.yy.a kadar milletlerarası barışın ve piyasaların muhafazasını sağlamak olmuştur<sup>64</sup>.

Tıpkı monarşiler devrindeki jandarma devlet yapısından, liberalizm devrindeki serbestiye geçiş aşamasındaki gelişmeler burada da görülmektedir. O devirde nasıl ki, “kralın” koruması altında sermaye birikimi elde edilmiş ve serbest rekabete açılmaya uygun ortam yaratılmışsa, şimdi de küresel serbest rekabet için uygun ortam yaratılmıştır. Ancak elbette bu serbest rekabet ortamına sadece sermaye birikimi elde edebilmiş olan büyük şirketler dâhil olabilecektir. Yabancılara tanınan serbestilerden de rekabet eksikliğinden dolayı sadece bu şirketler yararlanabildiğinden, millî devletlerin bürokrasisi yanında bir de küresel “*şirketokrasi*”<sup>65</sup> yerini almıştır. Artık iktidarın yenden paylaşımı sözkonusudur. Ancak bu siyasî paylaşım, ekonomik paylaşımın paralel yürümemesi ve sosyolojik sebeplerle millî irade eksik olduğundan somut bir paylaşım tam gerçekleşmemektedir. Buna karşın negatif ayrımcılığa karşı anayasal ve yasal güvence iktisadî pozitif ayrımcılığa dönüşmüştür<sup>66</sup>. Hukukun altyapısını teşkil eden iktisat artık üst yapıda hukuk

---

Şüphesiz bunlar da pazar kavramına dâhildir. Ancak henüz Devletler Hukuku kişiliği sözkonusu değildir.

63 JACKSON, “*Sovereignty-Modern: A New Approach to An Outdated Concept*”, A.J.I.L., Vol. 97, No. 4, 2003, s. 787.

64 JACKSON, s. 789.

65 Kavram için bkz. PERKINS, Bir Ekonomik Tetikçinin İtirafı 2 Şirketokrasi ve Ondak Kurtulmanın Yolları, çev. Cihat Taşcıoğlu, Ankara, 2007, tamamı.

66 Örneğin, yukarıda dn. 31 vd. belirtildiği üzere küreselleşmeden en çok etkilenmeye başladığı ve serbest piyasa ekonomisine geçişi yaşadığı 1980’li yıllarda Türkiye’de anayasal olarak yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin Devletler Hukukuna uygun olarak kanunla sınırlandırılacağı öngörülürken, getirilen kanunî düzenleme tamamen yabancı yatırımcılara serbesti üzerine kurulu olmuştur. 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı 1982 Anayasası’nın 16. maddesinde yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin Devletler Hukukuna uygun olarak kanunla sınırlandırılacağı öngörülmüştür.

Anayasanın 16. maddesinin gerekçesinde, ülkede bulunan yabancıların hak ve hürriyetlerinin gereken hallerde, vatandaşın farklı olarak düzenlenip sınırlandırılacağını hüküm altına aldığı, bir yabancıya ülkeye girişinin veya ülkede seyahat ve yerleşme hürriyetinin, basın hürriyetinin vatandaşınkinden elbette farklı olacağını, bu farklılığın kendisini özellikle siyasal haklar konusunda gösterdiğini, vatandaş ile yabancı arasında gözetilen bu ayırımın milletlerarası hukuka uygun olması gerektiğini, kişi-devlet ilişkilerine milletler-

ile bütünleşerek yeni bir hukuk anlayışı olarak “*entegrasyon hukukunu*”<sup>67</sup> (Integration Law) ortaya çıkartırken, diğer taraftan hukukun iktisadî cereyan önünde bir baraj vazifesi görmesinden çok birlikte akıma kapılmış bulunmaktadır. Ancak kamusal emniyet tedbirleri de halen mevcuttur.

## II. DEĞİŞİMİN KURAMSAL ELEŞTİRİSİ

*“Finans silah gibidir, siyaset ise tetiği ne zaman çekeceğini bilmektir.”*

---

rası bir unsur karıştığında bu ilişkilerin düzenlemelerinde milletlerarası hukukun gözönünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir (AKAD/DİNÇKOL, 1982 Anayasası, İstanbul, 1998, s. 87–88).

Daha öncede belirtildiği üzere bu madde, vatandaş ile yabancı arasında negatif ayrımcılığa sebebiyet verebilecek idari işlemlerin sakıncalarını giderebilmek için yabancılara tanınan serbestlerin sınırının genel yararın ifadesi olan kanunla tesis edilmesini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının özden değil şeklen bir ayrımcılık bakımından değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 1984 yılında verdiği bir kararda Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde değişiklik yapan 3029 sayılı Kanun’un Türkiye’de mülk edinme konusunda kimi devlet uyruklarına ayrıcalık niteliğinde haklar tanınması ve yerine göre bu hakların sınırlandırılması yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılmış olmasının, Kanunda bir sınırlama değil, devletlerarasında tercihan bir ayrımcılık gözetildiği ve bunun da Devletler Hukukuna aykırı olmadığına hükmederek Anayasaya aykırılık görmemiştir (A.M.K., E: 1984/14, K: 1985/7, T: 13.06.1985, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1985/K1985-07.htm>, 07 Mart 2009).

Daha sonra, 50 yıl kadar yürürlükte kalan 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile mülga edilerek yabancı yatırımcılar önündeki tüm sınırlamalar kaldırılmış ve yerli yatırımcılarla eşit muameleye tâbi tutulmuştur. Kanunla, yabancı yatırımlarda “izin” sisteminden “bildirim” sistemine geçiş yaşanmış, sermaye transferinde “kontrol” ve “kısıtlamadan” tamamen “serbestiye” geçilmiş, yabancı işçi istihdamı önündeki bürokratik zorluklar bertaraf edilerek sadece Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının izni yeterli sayılmış ve böylece kişilerin küresel çapta serbest dolaşımı yönünde bir adım atılmış ve son olarak da devlet yargısının sözleşmeyle bertaraf edilerek ihtilafların “milletlerarası tahkim” yoluyla çözümü yoluna gidilebilmesinin yolu açılmıştır. Dikkat edilirse Kanun sermaye yanında kişilerin de serbest dolaşımını öngörmekle Avrupa Birliği’nin bile şiddetle karşı çıktığı hizmetlerin ve hizmetleri sunanların küresel serbest dolaşımına yaklaşan bir düzenleme getirilmiştir. Milletlerarası tahkim ile de devlet ile birey eşit tutulmuş, devlet egemenliği tamamen bertaraf edilmiştir. Egemen eşitlerin! yanına bireysel eşitler! de gelmiş oldu.

Buna karşın, Anayasa Mahkemesi 2003 yılında verdiği bir kararla yabancı şirketlerin yerli yatırımcılar gibi “sınırsız” gayrimenkul edinemeyeceğini, iktisap amacı, kullanım şekli ve devir bakımından belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle 4875 sayılı Kanun’un yabancıların gayrimenkul edinmesine ilişkin 3/d maddesini iptal etmiştir (A.M.K., E: 2003/71, K: 2008/79, T: 11.03.2008, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k2008-79.htm>, 07 Mart 2009).

<sup>67</sup> Kavram için bkz. ATALAY, Milletlerarası Entegrasyon Hukuku, tamamı.

## Don Lucchesi, The Godfather Part III

Gelinen noktada, adeta, ister milletin salgıladığı, canlı bir varlık veya “metafiziksel kişi”<sup>68</sup> olarak “organik devlet” olsun, ister insanların mutluluğunu<sup>69</sup> sağlamak amacıyla, toplumun sürekli, ortak, bölünemez ihtiyaçlarını gidermek için kurulan “işlevsel devlet” olsun, devlet düzeni yerini “sosyal

68 Alman düşünür Hegel, devletin, ailenin ve — bireylerin kişisel menfaatlerine yönelmeleleriyle teşkil eden — medeni toplumun bir sentezi olduğunu, kendisine bağlı unsurların hayatını birleştiren bir organizma niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Mülkiyet ve hürriyet kişinin iradesinin üstünde yer alan objektif bir irade tarafından tanınmakta ve korunmaktadır. Devlet bir araç değil, bir amaçtır. Birey devlet içindir. Devleti sınırlandıran hiçbir şey yoktur. Hegel’in görüşünü zik. GÜRİZ, s. 238. Devletin metafiziksel kişiliği görüşü için bkz. DOEHRING, s. 119.

69 Böyle bir ayrıma gidilmesinin pratikte sebebi, organik devletin ülkeden ayrı ve üstün bir canlı organizma olarak tebaasından karşılıksız olarak her türlü fedakârlığı isteyebilmesi bakımından devletler sosyal ortamından en az etkilenecek ve çözülecek devlet olması gösterilebilir. İşlevsel devlet ise devletin, organlara göre değil, geniş anlamda gördüğü hizmetlere göre bir tasnifin sonucudur. Organik ve işlevsel devlet tanımları için bkz. NADAROĞLU, s. 155 ve 229.

Milletlerarası çok-tarafılık aracılığıyla devletlerin yükümlülüklerle yüklenmelerine sebebiyet vererek ve süregelen işlevsellik vasıtasıyla onları devletler sosyal düzeni ile uyumlu olmaya zorlamak mümkündür (LANGER, Grundlagen Einer Internationalen Wirtschaftsverfassung: Strukturprinzipien Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation, München, 1995, s. 79). Aynı AB için de sözkonusudur (KABAALIOĞLU, s. 49). Dolayısıyla, işlevsel devleti şekillendirmek daha kolaydır; zira dışarıdan yükümlülüklerle yüklenen devlet, bu yükümlülükleri içeride uygulamaya dökmesi yönünde hem dışarıdan hem de içeriden yükseltilebilir talepler karşısında, bir “itme-çekme” ilişkisiyle şekillenmektedir. Bkz. ATALAY, s. 24.

Devletin ortaya çıkış sebebi olarak “hazcılık” (Utilitarianism) görüşü için bkz. İBN HALDUN, s. 537, İbn Haldun’a göre; insanların ihtiyaçlarını karşılamaları, bir araya gelmeleri ve yekdiğerleriyle yardımlaşmaları ile mümkündür. Bundan sonra ise, birbirlerinin mallarına el atmaya başlamaktadırlar. Bunu engelleyen bir müeyyide olmazsa, kaos ortamı oluşmaktadır. Bu müeyyide, hükmeden ve zorlayıcı olan, hükümdardır.

Aynı yönde, “sosyal sözleşme” (Social contract) görüşünü reddeden ve “doğal hukuk” (Natural law) öğretisine karşı çıkan İngiliz düşünür Jeremy Bentham ve sonrasındaki “hazcı” düşünürler, devletin, insanların ihtiyaçlarını karşılamak için toplumca “kendiliğinden salgılandığını”, hukuk kurallarının kaynağının da pozitif hukuk, yani egemen gücün iradesi, bir başka deyişle devlet olduğu, soyut kuralların ancak onları oluşturan somut koşulların ürünü olabileceği görüşü için bkz. GÜRBÜZ, Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, İstanbul, 1999, s. 45 vd.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda (R.G. T: 09.11.1982, S: 17863) “devletin temel amaç ve görevleri” arasında “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” da sayılmıştır. Görülmektedir ki, on yedinci Türk devleti, önceki on altı Türk devleti gibi, “organik devlet” niteliği taşımaktadır. Bahsi geçen Anayasa hükmünden, “sosyal devletin” hazcılık ile yakinen alakalı olduğu da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, telifçi bir yaklaşımın söz konusu olduğu söylenebilecektir.

*Darwinizm'e* bırakmakta, hürriyetleri sınırlandıran üstün kuvvet, yine bir başka özel yarara hizmet etmektedir. Yani, Thomas Hobbes'un "insan insanın kurdudur" sözü gerçeğe dönüşmektedir<sup>70</sup>. Böylece, "sosyal devletin" gereği anayasal bir kural olan, genel yararın özel yarara üstünlüğü, tamamen olmasa da ağırlıklı olarak, bir kenara bırakılmış olmaktadır. Hâlbuki hürriyet devletle birlikte ve ondan kaynaklanarak var olabilir. Dolayısıyla, yaşanan değişimi hem siyasal-ekonomik boyutta, hem de hukuki boyutta "liberal" olarak tanımlamak mümkün değildir. Böyle bir tanımlama vermek en hafif deyimiyile kavram kargaşası<sup>71</sup> şeklinde değerlendirilebilir.

### A) Liberalizm Kavramı Bakımından

*Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler!*

Fransız (burjuva) ihtilalinin liberalizm sloganı

Her ne kadar siyasi ve hukuki açıdan liberalizm "hürriyet" ve "eşitlik" anlamına geliyorsa da, hukukun alt yapısını iktisat teşkil etmektedir; dolayısıyla, hukuki kavramlar iktisat nazara alınmadan değerlendirilemeyecektir.

<sup>70</sup> TUĞRUL/ATALAY, s. 77.

<sup>71</sup> Destekler nitelikte görüş için bkz. STEIN, "*International Integration and Democracy: No Love At First Sight*", A.J.I.L., Vol. 95, No. 5, 2001, s. 801, devletlerin karşılıklı bağımlılığı, ekonomik ve siyasi menfaatlerinin kendileri tarafından sınırlandırılmasıyla gerçekleşmektedir. Geleneksel devletler hukuku anlayışının bir anda ortadan kaldırılmasının Devletler Hukuku'nun manevi bağlayıcılığını ve meşruiyetini zedeleyebilecektir. Eski kavramların yerine yenilerinin koyulmasında dikkat edilmediği takdirde, saf anlamda kuvvet uygulamanın ortaya çıkabileceği bir kargaşa ortamı doğabilecektir. Aynı görüş için bkz. JACKSON, s. 786 vd., devlet egemenliğinin klasik yorumunun "demode" olduğu görüşünü ileri süren yazar, "1648 tarihli Westphalia Antlaşması" ile ortaya koyulan klasik "mutlak egemenlik" kavramı yerine, "modern-egemenlik" şeklinde yeni kavramlar koyulurken egemenliğin geçmişteki kullanım tarzıyla günümüzdeki kullanım tarzı arasındaki farkın göz önüne alınması ve değişen ihtiyaçlara ve durumlara göre farklı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Görülmektedir ki, egemenliğin yeniden tarifini savunanlar dahi bu görüşlerine temkinle yaklaşmaktadır. Zira fırlatılan "bumerang" dönüp fırlatanı vurabilir. Kanaatimizce, egemenlik kavramının değişikliğe uğradığının iddiası, devletlerin kendi iradeleriyle kendi egemenliklerini sınırlandırabilmelerinin bir görüntüsü olmaktan öteye gidememektedir. Bazen küçülse de yine de egemenlik "orada bir yerde" her zaman durmaktadır.

Olagelen durum sadece karşılıklı bağımlılığın devletlerin yükümlülüklerini artırarak egemenliklerini daraltmasından ibarettir (POLİTİS, s. 110). Devletler Hukuku'nun temelini hâlâ devlet egemenliği teşkil etmekte ve çok-tarafılığın getirdiği karşılıklı bağımlılık ikinci derecede, bütünüleyici bir rol oynamaktadır (TUNKIN, *International Law*, (n.p.), 1986, s. 380).

Hürriyetin kullanılmasıyla hakka dönüşmesinde “kullanmayı” sağlayan vasıtanın iktisadi bir kavram olduğu göz önünde tutulduğunda, eşitliğin ne anlama geldiği de yine iktisadi bakış açısıyla açıklanmalıdır.

Bu bakımdan iki tür eşitlik gözükmektedir; biri “fırsat eşitliği”, diğeri “imkân eşitliğidir”. Anayasada yer alan sosyal devletin kişiler önündeki maddi ve manevi engelleri kaldırma ve “sosyal adaleti” sağlama görevi<sup>72</sup>, devletin pasif durumdan çıkıp aktif duruma geçmesini gerektirmektedir<sup>73</sup>, ki

<sup>72</sup> 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 5. maddesinde devletin görevleri arasında zikredilen “adalet” kavramının, Maddenin, Anayasanın başlangıç kısmının altınca fıkrası ile birlikte okunduğunda “sosyal adalet” olarak anlaşılması gerektiği öğretilmişlerdir. Bkz. AKAD, “1982 Anayasası 5. Maddesi Üzerine Bir Karşılaştırma ve İnceleme Denemesi”, A.D., Y. 81, S. 2, 1990, s. 54, Anayasanın 4. maddesindeki, 1. maddede Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu, 2. maddede Cumhuriyetin nitelikleri, 3. madde hükümlerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği hükmünden hareketle, 1. maddedeki Devlet şekli olan Cumhuriyetin nitelikleri 2. maddede sayılmakta, böylece bu iki madde bütünlük teşkil etmektedir. Yani, Cumhuriyet bu sayılan niteliklere sahip Devletin rejimidir. Öyleyse, değişmezlik sadece Cumhuriyete yöneliktir. “Cumhuriyet” kelimesini değiştirmekle Cumhuriyet ortadan kalkmayacaktır. Cumhuriyetin nitelikleri arasında da başlangıçta belirtilen temel niteliklere dayanan ve sosyal hukuk devleti yer almaktadır. Sosyal devlet, Anayasanın 5. maddesinde düzenlendiğinden, başlangıç hükmünün altınca fıkrası ile 5. maddeyi birleştirerek, birlikte okumak gerekmektedir. İkisini birlikte okuyunca şu ibare ortaya çıkmaktadır; “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerini yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip [olduğundan] Devletin temel amaç ve görevleri...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

<sup>73</sup> TUĞRUL/ATALAY, s. 72. Gerçekten de, sosyal devlet teorisinde devletin, kişiyi içinde bulunduğu koşullardan kurtarması ve maddi imkânlarla bunu pratiğe çevirmesi, yani “özgürleştirilmesi” bir görev olarak kendisine yüklenmiş olduğu kabul edilmektedir. Toplumdaki liberal iktisadi ilişkilerin giderek tutsağı hâline gelen birey, sınıfsal ayrımın keskinleşmesi sonucu fakirler safında yer alması üzerine, kendisine sığınacak bir yer aramaya başlamaktadır. İşte bu noktada siyasi iktidarın işlevi değişerek, siyasi alandaki düzenleyici rolü sosyo-ekonomik alana da taşımaktadır. Bireye içinde bulunduğu durumdan kurtulma ve daha iyi yaşam sağlama yolunda siyasi belgelerle tanınan hakların, hangi maddi imkânlarla uygulamaya dönüştürülebileceği de yine aynı belgelerle düzenlenmektedir (AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 174).

Örneğin, 1982 Anayasası “temel hak ve hürriyetler” başlığı altında bireyler hak ve ödevleri ile Devletin görevlerini düzenledikten sonra, 65. maddesinde, Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasal görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini ifade etmiştir.

Devletin görevi mutlak eşitliği sağlamak değildir. Zaten kıt kaynaklarla sonsuz ihtiyaçları mutlak olarak karşılamak mümkün değildir. Devlet var olmayan bir kaynağı yaratamayacaktır. Örneğin, karşılıksız para basması hâlinde enflasyonu artırıcı etkisi olacak, bu da fakirleşmeye yol açacaktır. Devletin yapması gereken fırsat eşitliğinin kullanılmasında karşılaşılan maddi ve manevi engelleri kaldırmaktır. Yoksa bizzat imkânı yaratmak değildir. İktisadın kurallarından bağımsız bir siyasi ve hukuki müessese ihdası imkânsızdır. Sosyo-ekonomik altyapısı olmayan kanunların uygulanabilirliklerinin olmaması böyledir. Devlet nispi eşitliği sağlamalıdır.

Buradaki asıl mesele, eşitlik olmadan hürriyetin olamayacağı ancak, hürriyetin sınırı olarak eşitliğin alt düzeyde değil, üst düzeyde teminidir. Yani, imkânı olanları, imkânı olmayanların seviyesine indirmemek, aksine eşitlik içinde, üst seviyede hürriyetin hâkim olmasını sağlamaktır (AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 146).

Türkiye bakımından şu belirleme yerinde olur ki; ne Adam Smith'in tek-tarafı, gayri samimi "serbestisi", ne de Plato, Hegel vb. bireyleri devlet için var olan "kullar" haline getirmesi değil ama sosyal adaleti gözeten "müdahaleci devlet" Türk toplumuna en uygun iktisadi yapıyı arz etmektedir. En basit bir gözlemlerle Türkiye'de insanların kendilerini sahipsiz ve çaresiz hissettiği anlaşılabilmektedir. Sıkça "nerede bu devlet" yakınması duyulmaktadır. İşte bu yakınma, aslında, devletin biçimselleşmesinin en basit delilidir.

Bugünkü ekonomik durum aslında, "1929 dünya ekonomik krizi" (Big crash) ardından üretim ve fiyatlarda düşmeye karşın, işsizliğin artması üzerine "ekonomik liberalizmin" sona ermesi ve üretim faktörleri arasında denge kurmak amacıyla bütçe harcamalarının artırılması şeklinde "müdahaleci devletin" ortaya çıkmasını hazırlayan koşullara sahiptir. 1929 dünya ekonomik krizini hazırlayan koşullar için bkz. NADAROĞLU, s. 98.

Bu değerlendirmelerin ardından, milletin, ülkenin siyasetine ve ekonomisine yön vermemesi halinde Cumhuriyet ve demokrasinin varlığından bahsetmenin ne kadar mümkün olacağı oldukça zor bir soru olarak akla gelmektedir. Zira bu durumda katılım biçimsel kalacaktır. Kâğıt üzerinde kalan hürriyetler liberalizm değil, "otokratizm" sonucu doğuracaktır. Gelirin yeniden dağılımının bozuk olduğu, bölgesel gelişmişlik farkının gelişmiş bölgelerden sübvansede edildiği, paradaki nominal artışın reel artışla desteklenmediği ve her on yılda bir devalüasyon yapıldığı, arz-talep dengesi bulunmayan, sosyal güvenlik sistemi zayıf vb. olumsuzluklarla karşı karşıya olan bir devlette demokrasiye inancın kalmaması doğaldır. Aynı zamanda, kapitalist üretim ilişkilerinin bulunmadığı, piyasa ekonomisinin kurallarının işlemediği, hâlâ toprak rantıyla gelir sağlayan bir toplum da sözkonusuysa, o takdirde "devrim" değil, ancak "darbe" olabilir. Nitekim "71 muhtırası" gerekçeleri arasında "arzın talebi karşılayamaz hale gelmesi" sayılmıştır. Talebin kısılmasının da talebi yaratanlar tarafından olamayacağı muhakkaktır. Buna paralel olarak dönemin — en geniş ölçüde serbesti tanıdığı ileri sürülen — 61 Anayasası'nın yürütmeyi aşırı sınırlandırması "bol bir elbise" olarak nitelendirilmiş ve "bu anayasayla devlet yönetilmez" sonucuna varılmıştır (KUZU, "Neden Başkanlık Hükümeti", İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 170-71).

Ülkenin ekonomik ve sosyo-politik yapısı ile jeopolitik konumu dikkate alınmadan, "hürriyet" adı altında, toplumu bir arada tutan ve şekillendiren devlet müesseselerini ortadan kaldırma aslında devleti ortadan kaldırma yönünde bir eğilim sayılır. Toplum için en elverişli ortamı sağlayabileceği daha önce belirtilmiş olan millî devletin muhafazası ve millî menfaatlerin gözetilmesinde en önemli rolü oynayan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin demokratikleşme önünde engel olduğunu iddia edenler çokça bulunmakla birlikte bu iddia, tüm diğer etkenler sabitken bir tanesinin değiştiğini kabul etmek gibi gerçekçi olmaz ki, kanaatimizce bu tek-tarafı değerlendirme doğru değildir. Kaldı ki, dünyaya "demok-

bu da “bölüşürücü adalet” zemininde mümkün olabilecektir. Yani, liberalizmden bahsedebilmek için birincisi “ortada paylaşılacak bir şeyin” bulunması, ikincisi “imkân eşitliği” sağlanması gerekmektedir<sup>74</sup>. Paylaşılacak şeye “erişme imkânı” bulunmaması, yani “rekabet eksikliği” halinde liberalizmden bahsetmek mümkün olamayacaktır<sup>75</sup>. Bu durum ancak kuralsız,

---

rasi dersi” veren Amerika Birleşik Devletleri’nin (ABD) tarihinde de siyasete askeri müdahale her zaman olmuştur. Örneğin, yakın geçmişte, 2000 yılında ABD Genel Kurmay Başkanı Henry Shelton, sözde Ermeni soykırımıyla ilgili olarak dönemin ABD Temsilciler Meclisi Başkanı Dennis Hastert’e bir mektup yazarak, Kanunun çıkarılmasının Türkiye tarafından olumsuz karşılanacağı, bunun da ABD’nin güvenliği bakımından endişe doğurucu olduğunu ifade etmiştir (KANTARCI, “İki Yeni Ermeni Tasarısı 2005 Sonbaharında ABD Kongresi’nde: Beyaz Saray 2006 Bahar Hazırlıklarına Erken mi Başladı?”, TÜRKSAM, 31.10.2005, (Çevrimiçi) <http://www.turksam.org/tr/yazilar.asp?yazi=603&kat=45>, 23 Temmuz 2006; aynı konuda basında çıkan haber için bkz. “Türk Basınından: Hürriyet”, Hürriyetim, 20.10.2000, (Çevrimiçi) <http://arsiv.hurriyetim.com.tr/agora/00/10/20/tbasin.htm>, 23 Temmuz 2006). Bu hareket, şüphesiz ki, askerin siyasete müdahalesidir.

<sup>74</sup> Aynı yönde görüş için bkz. TOKU, “Liberalizmin Meşruiyet Zemini”, HFSA, 7. Kitap, İstanbul, 2003, s. 63-64, Liberalizm, imtiyazlı zümrelere karşı hürriyet ve eşitlik talebidir ve serbest piyasa ekonomisinden yararlanmak suretiyle yeni imtiyazlı zümreler yaratmanın bahanesi olamayacaktır.

Kanaatimizce, liberalizm, kısaca fırsat eşitliğinin yanı sıra imkân eşitliğinin de bulunmasıdır. Hukuk önünde eşit olmak yetmemektedir. Hukuk düzeninin tanıdığı hürriyetleri kullanarak hakka dönüştürebilmek için iktisadi güç gerekmektedir. Marks’ın “materyal diyalektiğinde” ifade ettiği gibi sosyal düzenin “alt yapısında iktisat ve malîye, üst yapısında ahlâk” vardır. Burada ahlâk, hukuk anlamında da kullanılmıştır. İktisat bir “nehir” gibidir, hukuk o nehrin üzerindeki “baraj” gibidir ve ikisi birleşince “enerji” doğmaktadır. İşte bu noktada imkân eşitliği göze çarpmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, İngiltere’de Kraliçe de, bir işçi de yaz tatili Fransa’nın Monako şehrinde geçirebiliyor. Buna karşın, Kraliçe Monako’ya özel yatıyla gitmekte, işçi uçakla, “ekonomik sınıfta” uçarak gitmektedir. Sonuçta her ikisi de aynı yere gidebilmektedir. Kraliçe otelin kral daireesinde kalırken, işçi ekonomik bir odada kalmaktadır. Ancak sonuçta her ikisi de aynı otelde kalabilmektedir. Kraliçe altın tabakta et yerken, işçi porselen tabakta et yemektir. Sonuçta her ikisi de aynı besini alabilmektedir. Bu örnekleri daha da uzatmak mümkündür. Burada belirleyici olan sadece refaha erişmekte değil, refahtan faydalanmada da eşitlik olmasıdır. Aynı örnek, gelirin yeniden dağılımının dengesiz olduğu, Türkiye’ye uyarlandığında, bir Türk işçisi veya memuru yılda ancak iki defa bayramlarda memleketine gidebilmekte ve akraba ziyareti yaparak tatilini geçirmekte iken, hiçbir katma değer sağlamadan zenginleşmiş! bir kesim her vasıtayla, her yere, her zaman gidip istediği gibi tatil yapabilmektedir.

<sup>75</sup> Bölüşürücü adalet görüşünün önde gelen savunucusu Amerikalı düşünür John Rawls’a göre; bir insan topluluğunu, ortak bir adalet kavramı yönlendiren ve mensuplarının mutluluğunu artırmayı amaçlayan, az çok kendine yeterli bir ortaklık olarak değerlendirmek mümkündür. Karşılıklı yarar amacıyla başvuru ortak bir girişim olduğu için, böyle bir ortaklık hem menfaatler arası bir çatışma, hem de menfaatler arası benzeşmeyle nitelenebilir. Menfaatler arasında benzeşme vardır; çünkü toplumsal işbirliği herkese, sadece

hatta “anarşiye” kaçan bir serbesti olan “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” (*laissez faire laissez passer*) olarak açıklanabilir ki, o takdirde gerçek anlamda bir liberalizmden bahsedilemeyecektir<sup>76</sup>. Kaldı ki, fertçilik, ferdi girişimleri destekleme sınırlarını aştuğunda hürriyet ile yetinmediği gibi, her

---

kendi çabalarıyla yaşamaya çalışmaları hâline nispeten daha iyi bir hayat sağlar. Ancak, aynı bireyler ortaklaşa emekleriyle yaratılan bu daha büyük yararın nasıl bölüştürüleceği konusuyla da ilgilenirler. Çünkü hepsi kendi amaçlarını artırabilmek için daha büyük bir pay almayı daha küçük bir paya tercih edeceklerdir. Adalet kavramı bu bölüşümü belirleyecek ve uygun bölüşüm paylarıyla ilgili bir uzlaşma sağlayacak sosyal düzenlemeler arasında seçim yapmaya yarayan bir dizi ilkeyi içermektedir. Bireylerin menfaat maksimasyonuna gitmesi gibi toplumların da aynı şekilde bir menfaat maksimasyonuna gitmesi mümkündür. Diğer taraftan, toplumda menfaatler toplamının bireyler arasında nasıl dağıtılacağı, bir bireyin tatmininin zaman içinde nasıl dağıtılacağından daha önemli değildir. Bununla birlikte, hiç kimse kendi menfaatini artırırken diğerlerinin hürriyetini sınırlandırmamalıdır (RAWLS, “*Bölüştürücü Adalet*”, HFSA, 7. Kitap, çev. Vural Fuat Savaş, İstanbul, 2003, s. 19-20).

Kâr maksimasyonu sosyal refahta düşüşe yol açmaktadır. Bir bireyin yararına artış diğer bir bireyin yararında azalmayla mümkün olabilmektedir. Toplam yarardaki artış, bu artışın paylaşılmasında adaletsizlik doğurmaktadır. Aynı durum sosyal refaftaki artış için de söylenebilecektir. Diğer Amerikalı bilim adamı A. Mitchell Polinsky’ye göre; ekonomik etkinlik, yani sosyal refah ile adalet arasındaki ilişki, bir pasta ile bu pastadan kimin ne kadar dilim alacağı gibidir. Bir pastanın dilimlenmesi sayısız şekilde olabileceğinden sosyal refah ile adalet arasındaki farklılık çok şeffaf olmaktadır. Toplum etkin bir şekilde örgütlenmiş olduğu takdirde, bazı durumlarda her bir bireyin yarar sağlaması mümkün olabilecektir. Yani etkinlik ile adalet bazı durumlarda örtüşecektir (DAVIES/HOLDCROFT, s. 393).

<sup>76</sup> Öğretide bir görüş; bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler fikrinin liberalizmin iktisadi yönü olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 103. Oysaki liberal düşünce devleti ortadan kaldırmayı veya yok saymayı, başka bir deyişle “otoritesizliği” ihtiva etmemektedir. Aksine, liberalizmin doğduğu 18. yüzyıl Fransa’ında hürriyetin “devlet ile birlikte” (AKAD/VURAL-DİNÇKOL, s. 165) sözkonusu olduğu kabul edilmekteydi. Aynı yönde, 1980 sonrası Türkiye’de yaşanan siyasal-ekonomik gelişmelerin liberalizme geçiş olduğunu ileri süren görüşe örnek olarak bkz. ÖYMEN, Türkiye’nin Gücü, İstanbul, 1998, s. 123 vd. Türkiye’de 80’li yıllarda başlayan iktisadi büyüme, başta IMF ve Dünya Bankası olmak üzere çeşitli finansman kuruluşlarından sürekli borç almak suretiyle, daha önce defalarca tecrübe edildiği gibi, sunî bir refah ortamı yaratılmasının sonucu olduğu gözden kaçırılmaktadır. Dış borçla büyüme, borcu borçla kapatma politikası izlenmesi sebebiyle Türk ekonomisi “balon” gibi şişirilmiştir. Bunun sonucunda ithalât ve dolayısıyla dış borç artmıştır. Hatta siyasî iktidarların borç karşılığı tahhüt ettikleri şartlar ülke siyasetinde belirleyici olmaya başlamıştır. Borçların vadesi geldiğinde ise “rüya” sona ermiş ve bu sefer de “sıkı istikrar” programları uygulanmaya başlanmıştır. Bkz. MOSLEY/HARRIGAN/TOYE, Aid and Power, C. I, 2. Baskı, London, New York, 1995, s. 38, 39, 40, 41, 110, 128. Öğretideki bir görüş de, 1980 sonrasında yabancı yatırımın önündeki yasal ve teknik engellerin kaldırılarak serbesti tanınırken, ileride ülke ekonomisine ne gibi yükler ve siyasî bağımlılıklar getireceği düşünülmeden eğitim, sağlık, enerji ve hatta savunma sanayii en uygun koşullarla yabancılara açılmıştır (ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 151).



şeyi fert açısından değerlendirdiği ve her işte ferdi esas alarak onun açlığını tatmin etmek istediği için de, gerçekçilikten sapabilmektedir<sup>77</sup>. Dolayısıyla, yaşanan değişimi liberal olarak tanımlamak mümkün değildir. Hâlbuki bu hata yaygın bir şekilde yapılmaktadır<sup>78</sup>. Demektir ki, topluma hâkim olan kavram kargaşası bireyleri yanlış yönlendirmektedir.

<sup>77</sup> SEZEN, Hümanizm ve Atatürk Devrimleri, İstanbul, (t.y.), s. 136; Türkiye’de liberalizm, 1902 yılında toplanan Jön Türk kongresinde, yabancı devletlerin müdahalesini savunan “Ahrar Fırkası’nın” perde arkasındaki lideri olan Prens Sabahattin ve Cumhuriyet devrinde onun takipçisi olan ve liberal olarak tanınan siyasetçiler tarafından bireysel menfaatler esas alınarak şekillendirilmiştir (MÜTERCİMLER, Kompo Teorileri, İstanbul, 2007, s. 49).

<sup>78</sup> 1980 sonrası yaşanan değişimi liberal olarak görmeyen ve eleştiren ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, kitabın 152. sayfasında yabancı yatırımlara “kapıların sonuna kadar açılmasını” liberal bir hukuki düzenleme olarak tanımlamışlardır (ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 152) ki, kanaatimizce çelişki teşkil eden bu ikinci görüşe katılmak mümkün değildir. Aynı hataya hemen hemen tüm müellifler düşmüş ve yabancı yatırımlara tanıyan serbestiyi “liberal” olarak tanımlamışlardır. Tespit için bkz. ÇELİKEL, s. 162.

Felsefi açıdan değerlendirildiğinde, liberalizmin yanlış anlaşılmasında, Batının sanayileşme sürecinde, bunun gerçekleştirilme biçimi ister kapitalist olsun ister sosyalist yönlemler olsun, sömürü karşılığında başarılı olması rol oynar. Liberalizmin, isteyerek veya istemeyerek, esasta 19. yüzyıl kapitalizmine ait “*laissez faire*” ekonomik yöntemiyle aynileştirilmesi bu eleştirilere haklılık kazandırmaktadır. Siyasi bir öğreti olarak değil de, iktisadi bir öğreti olarak geliştiği dönemde adının koyulmuş olması sebebiyle liberalizm, siyasi bir anlama değil, iktisadi bir çağrışım yapmaktadır. Neticede liberaller kapitalist olarak adlandırılmış ve işçi sınıfının husumetini kazanmışlardır. Liberalizm, Marksist ideolojinin iddia ettiği gibi *laissez faire* iktisadının altyapısı değildir. Siyasi anlamda liberalizm İngiliz düşünür John Locke’a göre; hukuk devleti ve anayasal demokrasi anlamına gelmektedir. Liberal siyasi sistemin savunulmasının sebebi, doğuştan eşit ve hür olan insanların yaşam, hürriyet ve mülkiyet gibi doğal ve temel haklarının ancak böyle bir sistemde korunmasının mümkün olmasıdır. İnsanlar doğal olarak hürlerdir ancak, hürriyet iktisadi anlamda mutlak ticaret serbestisi ve en güçlünün yaşayabilmesi demek olmayıp siyasi hürriyet demektir. Özel mülkiyet, emekle elde edilen bir hak olsa dahi, sırf sahip olmak için sahip olmak veya sadece sınırsız mal biriktirmek değildir. Liberalizm, piyasa ekonomisinin sebebi değil, sonucudur (TOKU, s. 62-63). Ancak, kurtuluşun serbest piyasa ekonomisinde olduğunu iddia etmek (örneğin, bkz. EROĞUL, “*Marksizmin Günümüzde Geçerliliği*”, AÜSBFD, C. 47, S. 1-2, 1992, (Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan), s. 311) de bir diğer büyük yanlış olacaktır. Tarihte devletler liberal ekonomi değil, merkantilist ekonomik politikalar izleyerek elde ettikleri sermaye birikimi sayesinde kalkınmışlardır (GIRDNER, s. 38).

Tarihi tecrübelerle sabit “önce zenginlik sonra hürriyet” kuralından saparak, 80’li yıllarda Türkiye’de hâkim olan “önce hürriyet sonra zenginlik” fikri “emeklemekte” olan Türk ekonomisine ağır darbe indirmiştir. Zira öncelikle, Merkantilizm evresi geçirmeden, yani, yeterli sermaye birikimi elde etmeden serbest piyasaya ekonomisine geçme hâlinde, büyük yabancı sermayenin, sıcak paranın ve kara paranın “istilasına uğrayan” ülkede, üretim yerine “fırsatçılık”, rekabet yerine “ortadakini paylaşım kavgası” olacaktır. Böyle bir ortamda piyasa ekonomisinin koşulları işlemeyecek, ancak “paradan para kazanma”

Bu noktada, “hürriyet” ile “serbesti” kavramlarının da birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmeden geçmemekte yarar bulunmaktadır<sup>79</sup>. Bu

---

sözkonusu olabilecektir. Kapitalizmin kurallarının işlemediği yerde paranın cepten cebe dolaştığı bir “ahbap-çavuş ekonomisi” olacaktır. Bu nevi “işine geldiği gibi uygulamaların” yarattığı çarpıklığın hukukî himaye görmesi şüphesiz “dürüstlük kuralına” uygun düşmediği gibi, meşruiyet zemini de bulamamaktadır.

Aslında, sadece paradan para kazanılan ve paranın cepten cebe dolaştığı bir ortamda bir ekonominin varlığından bahsetmek de mümkün değildir. Bir ekonomiden bahsedebilmek için üretim ve rekabet olması şarttır. Yani, örneğin, yumurta verip karşılığında domates almak trampa ekonomisinin varlığını gösterirken, domatesin kıymetini karşılayacak kadar bir mübadele aracının (Para) tevdiî kapitalist ekonominin varlığını göstermektedir. Peki, “kâğıt alıp kâğıt vermenin” nasıl kategorize edilebileceği bilinmemektedir. Bu durum için, kamuoyunda kullanılan ifadeyle “üçkâğıt ekonomisi” ibaresi kullanılabilir. Günümüz Türkiye’sinde ticarete kıymetli evrak kullanımının artması ve hatta artık çekin ödeme aracı olmaktan çok kredi aracı olarak kullanılması bunun doğal sonucudur.

Gerçekten de, geçmişe bakıldığında, merkantilizm devrinde büyük sermaye birikimi yapan devletler, liberalizm devri olarak da anılan 18. yüzyılda, sanayi devrimini gerçekleştirmeleriyle de birlikte kıymetli maden zengini olduklarından, hammadde zengini devletlerle eşitsiz mübadele yaparak, mal ile maden arasındaki değer farkından dolayı daha da zenginleşmişlerdir. Dolayısıyla, liberalizmin sözde eşitlik ve özgürlük temelinde serbest rekabet neticesi İngiltere ve Almanya ekonomik güç olarak ortaya çıkmıştır (STAPELFELDT, “*Globalisierung und Menschenrechte*”, Ites-Jahrbuch, ed. Harun Gürmükçü, 1999-2000, s. 135-36); Emperyalizm, bir devlet üzerinde egemenlik kurma hareketidir ve bu egemenlik kurma birçok şekilde olabilir. Ekonomik yağma ve malların eşitsiz mübadelesi, dış yatırım, ucuz iş gücüyle yeni pazarlardan yararlanabilme, cebren kabul ettirilmiş yönetim örgütlenmeleri ve askeri baskı uygulanması, topluma hâkim bir düşünce ortaya koyulması suretiyle meşrulaştırılmış bir kuvvet kullanma sözkonusu olmaktadır (BAJOIT, “*Siyonizm ve Emperyalizm*”, Siyonizm ve Irkçılık, (Atatürk’ün 100. Doğum Yılına Armağan), Ankara, 1982, s. 144).

<sup>79</sup> Benzer görüş Fransız filozof Emmanuel Levinas tarafından da savunulmuştur. Levinas’ın görüşü için bkz. DİREK, “*Levinas’ta Adalet Kavramı*”, HFSA, 9. Kitap, Muğla Üniversitesi “Felsefe Günleri” (9-12Ekim 2003) “Adalet” Sempozyumu Bildirileri, s. 44. Hürriyet, kuralların çizdiği çerçeveye sınırlı ve kuralların koruduğu serbesti anlamına gelmektedir. Bir yönde hareket etmekte serbest olmak ile seçim yapabilmekte hür olmak aynı anlama gelmemektedir. Bu ayrımın pratikteki önemi hürriyetin kendi iradesiyle, serbestinin başkasının iradesiyle mümkün olmasıdır.

Felsefî açıdan değerlendirildiğinde gerçekten, eylemin temelinde seçme vardır. İnsan seçmeden hareket etmiş ise ya o hareket tayin edilmiştir, ya da bilinçsizce yapılmıştır. Her iki halde de hürriyetten bahsedilemeyecektir. Zira hürriyet irade ile ilgilidir. İnsan hürriyetini kullanırken hür olduğunun farkında değildir. Ancak, bir sınırlandırmayla karşılaştığında hürriyetinin engellendiğini anlar. Seçmede dışarıdan bir müdahale olmadığından insan seçmede hür olup olmadığı sonucuna ancak mantık yürüterek ulaşabilmektedir. Yapma ise seçmeden farklıdır. İnsan bir hareketi yaparken bir engelle karşılaştığı takdirde hürriyet bilinci doğar (ÖNER, “*Hürriyet ve Sorumluluk Bilinci*”, Felsefe Konuşmaları, ed. Sadettin Elilbol, Ankara, 1987, s. 16). Örneğin, mülkiyet birliğinin geçerli olduğu bir ortamda ağaçlardaki meyveleri koparıp almak herkesin hakkı iken, bir kere bir meyvenin koparılıp bireysel mülkiyete dâhil olması halinde artık o meyvenin sadece ma-

ayrımın pratikteki önemi ekonomik gücün kimin elinde bulunduğu ve bu güce dayanarak kuralı koyması ve devlet egemenliğini daraltmasıdır. Yani, iktisattaki deyişiyile “altını olan kuralı koyar” kuralının hukuk alanına uyarlanması sözkonusu olmaktadır<sup>80</sup>.

### B) Kapitalizm Bakımından

*Birkaç günlük mal varlığı için devlete ihtiyaç yoktur.*

Adam SMITH, An Inquiry on the Wealth of Nations

18. yy.da İngiliz iktisatçı Adam Smith tarafından “üretim” ve “sermaye birikimi” ile “rekabete” dayalı kurulan kapitalizm<sup>81</sup>, 20. yy.da kürselleşmey-

---

likinin rızasıyla diğer bireylerin mülkiyetine dâhil olup olamayacağı veya ne oranda dâhil olabileceği tartışma konusu olabilir.

Diğer taraftan, bir kimse serbest bırakıldığında ne yönde hareket edeceği muayyen ise o takdirde yine bir hürriyetten bahsedilemeyecektir. Bu bir “kontrollü teslimat” olabileceği gibi, bilinçli olarak “doğal haline bırakma” da olabilir. İlkinde, hâkim, elinde tuttuğu siyasi gücü “denetimli hürriyet” sağlamakta kullanmakla, özelin menfaatinin genelin menfaatine olumlu bir dışallık sağlayabildiğinden emin olmaktadır. İkincisinde ise hâkim bireyi doğal ortamına bırakıp ne yönde nasıl hareket ettiğini izlemektedir. Çoğunluğa uyma ile kendi tercihleri arasında bir tercih hakkı bulunmaktadır. Bir orta yol bulması zaman zaman mümkün olabilecektir. Çoğunluğa uymak istikrarlı tercihte bulunmayı mümkün kılmayacaktır. Ancak toplumda birbirinden bağımsız olarak aynı yönde hareket eden diğer bireylerle birlikte hareket etmek, çoğunluğa karşı çoğunluk oyunu sağlamaya yetebilecektir. Bununla birlikte, özel ile genel menfaat arasında bir denge otokontrol ile sağlanamadığı takdirde hâkim, tüm meşru vasıtalarla müdahale ederek durumu düzeltir. Bu müdahale, kapitalizmin kurucusu İngiliz iktisatçı ve düşünür Adam Smith’in “görünmeyen el” (invisible hand) teorisi ile ortaya koyulmuştur. Hâkim, kamu düzenini dengeye getirebilmek için “görünmeyen işlemlerle” (invisible transactions) düzene müdahale eder. Bu konuda bkz. BEGG/FISCHER/DORNBUSCH, Economics, 4<sup>th</sup> ed., London, New York, St Louis, San Francisco, Auckland, Bogotá, Caracas, Lisbon, Madrid, Mexico, Milan, Montreal, New Delhi, Panama, Paris, San Juan, São Paulo, Singapore, Sydney, Tokyo, Toronto, İstanbul, 1994, s. 47 vd.

80 İktisat, neyin, kim için, ne kadar üretilmesi gerektiği sorununu çözmek için ortaya çıkarılmış olmakla, bu üç unsuru tayin eden “karar vericinin” kim olacağı konusunda bir kesinlik sağlanamamıştır. Tarih boyunca kararı verme, gücü elinde bulunduran hâkim tarafından yapıla gelmiştir. Normatifliğin olmadığı bu hususta, hukukun normatifliği ve meşruiyet arayışı karşısında esneklik doğması doğaldır. Zira hukukta hâkimin kendisini kabul ettirebilmesi için sadece en güçlü olması değil aynı zamanda en yüksek ahlak değerlerine sahip bulunması (DOEHRING, s. 102) da bir koşul olarak aranmaktadır. Hâkim sadece kendisini bağlı hissettiği yönde değil, ahlaki bir yükümlülük olarak yüklendiği belirli bir yönde de hareket etmelidir.

81 Smith’in sermaye birikimi hakkındaki açıklamaları için bkz. SMITH, The Wealth of Nations, A Penn State Electronic Classics Series Publication, The Pennsylvania State University, 2005, s. 13 vd.; İngiltere, tacir kapitalizmi ve sanayi kapitalizmi aşamalarının-

le birlikte sırf Batılı düşünce tarzını benimseme biçimine bürünmüştür<sup>82</sup>. Yeri geldiğinden “değişim” ile “ilerleme” kavramlarının aynı anlama gelmeyen iki ayrı kavram olduğu üzerinde de durmakta yarar vardır<sup>83</sup>. Sözkonusu değişimi ancak bir siyasal-ekonomik maliyeti önlemek amacıyla iktisadi gereklilik yönünde hareket etme olarak tanımlamak mümkün olabilir<sup>84</sup>. Üretim yapmaksızın, sırf finansman ihtiyacını karşılamak amacıyla ülkeye “sı-cak para” girişini sağlamanın kalkınmaya hiçbir olumlu tesiri olmayacağı

---

da rekabeti güç bir mal ve sermaye birikimi elde etmesinin ardından, bu devirde, serbest ticaret politikası izlemeye başlamıştır. Böylece, dünya ticaretinde tekel haline gelmiştir (KENNEDY, Büyük Güçlerin Yükseliş ve Çöküşleri, s. 194). Smith'in rekabet hakkındaki açıklamaları için bkz. SMITH, s. 222 vd.

- 82 BHALA, s. 321; bkz. HATSUSE, s. 2, 11, 15-16, Amerikan tarzı demokrasi, liberalizm ve piyasa ekonomisinin sanki insanlığın ulaştığı son noktaymış gibi sunulması, buna karşılık Amerikan politikalarındaki çelişkiler ile teori ve uygulamada karşılaşılan çelişkiler toplumların dikkatini çekmektedir.

Zaten son zamanlarda dikkatleri üzerine çektiği üzere kapitalizm ile serbest piyasa ekonomisi de aynı şey değildir. Kapitalizm üretim – bölüşüm ve rekabet üzerine kuruluyken, serbest piyasa ekonomisi mübadele üzerine kuruludur.

- 83 Değişim ile ilerleme arasındaki farka örnek olarak Prof. Dr. Toktamış Ateş'in her fırsatta verdiği, kamuoyuna mal olmuş, “yemeğin bozulması” örneğini hatırlamakta yarar vardır. Bir yemek güneşin altında uzun süre bırakıldığında bozulur. Böylece bir değişim yaşanmış ama bu kötü yönde bir değişim olmaktadır. İlerleme, güzelleşme, fayda bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Prof. Dr. Erol Manisalı'nın ısrarla üzerinde durduğu, değişenler kadar değişmeyenlerin de nazara alması gerektiği görüşü de göz ardı edilmemelidir (MANİSALI, Küreselleşme, s. 45). Aksi takdirde sağlıklı bir değerlendirme yapılamayacaktır. Gerçekten de, kanaatimizce, şeklen değişim yaşanmış olsa dahi, esasta aynı kalan bir yanlışlık sonuç itibarıyla zarar doğurmaya devam edecektir.

- 84 Aynı grş. PING, s. 32-33, piyasa ekonomisinin hukuk üzerindeki etkisi hukukun, iktisadın kuralları tarafından biçimlendirilmesi olarak kendisini göstermektedir. Piyasa ekonomisinin millî piyasada uygulanmaya başlamasıyla birlikte, millî iradenin yerini iktisadın kuralları almış ve yasama işlevi piyasa ekonomisinin kurallarıyla yürütülmeye başlanmıştır. Piyasa ekonomisinde millî irade ile piyasa güçleri arasında çatışma doğması muhtemeldir. Sözkonusu çatışmaları önlemek amacıyla hukuk piyasa ekonomisine uyumlu hale getirilmektedir.

Öğretide, devletlerin şüphesiz ki ekonomik düzenden her zaman çekilebileceği ancak, dış finansmana ihtiyaç duyan bir devlet için bunun maliyetinin büyük olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, neredeyse dünyadaki tüm devletlerin taraf oldukları düzenden çıkmak, devletin kendi kendisini milletlerarası toplumdan “dışlaması” olacağı söylenebilecektir (HEAD, s. 657). Devletlerin, Dünya Bankası'nın öngörülerine aykırı olarak istikraz açılmasına karşı çıkmaları, yabancı yatırımı kısıtlamaları veya sağladıkları dış yardımda kısıntıya gitmeleri gibi ticaretle bağlantılı önlemler uygulamaları meşruiyetlerini zedeleyici olduğu ileri sürülmektedir (CHARNOVITZ, “The Moral Exception in Trade Policy”, V.J.Int'l.L., Vol. 38, No. 4, 1998, s. 693).

gibi aksine, millî ekonominin “motor gücü” niteliğindeki iktisadi devlet teşekküllerinin “özel tekeller”<sup>85</sup> haline gelmesine sebep olacaktır. Bunun yanında, sermaye transferine tanınan serbesti sayesinde de gayrisafi millî hâsılada herhangi bir artış olmaksızın paranın yurtdışına çıkışına sebep olacaktır ki, insanı, yabancı yatırımlar için getirilen bu kadar serbestinin anlamını sorgulamaya itmektedir<sup>86</sup>. Öğretide de Türkiye bakımından konuya temkinli

85 Kamusal mallar sosyal fayda sağlayan “pozitif dışsallık” sahibidir. Ancak, özelleştirme sonucu bir özel tekel haline gelecekler ve bir tür kamusal malların “kulüp malına” dönüşmesi sözkonusu olacaktır (ATALAY, “Milletlerarası Tahkimin İdarî Sözleşmelere Etkisinin...”, s. 729).

86 Cumhuriyetin ilk 30 yılı devletçi ve korunmacı bir ekonomik politika izlenerek geçmiş, bu dönemde devletleştirmeleri yoğun üretim izlemiş, fabrikalar kurularak sanayileşme adımları atılmış ve böylece elde edilen sermaye birikimiyle hem dış borç ödenmiş hem de “Cumhuriyetin” finansmanı sağlanmıştır. Ancak, 50’li yıllardan itibaren dış borçlanmayla ekonomik büyüme yolu izlenmeye başlanarak, elde edilen sermaye birikiminin kaybı ve dışa bağımlı bir devlet haline gelinmeye başlanmıştır. Sözkonusu dönem hakkında bilgi ve belgeler için bkz. YAVİ, tamamı. Yabancı yatırımlarda kârın yurtdışına naklinde sınırsız bir serbesti tanınmanın millî ekonomiden kaynakları emdiğine dair bizimkiyle aynı yöndeki görüş için bkz. ERTEN, s. 145; “Kamu-Sen’in Olaylara Türkçe Bakış Konferansları”, Türkiye Kamu-Sen Gazetesi, Haziran 2006, s. 9, Prof. Dr. Sencer İmer, yabancı sermayenin hiçbir zaman bir ülkeyi kalkındırmadığını, diğer ülkelerin kâr etmek için kullandıkları para olduğunu ifade etmektedir; aynı grş. ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 150, yabancı yatırımcı kâr etmek, ülkenin doğal kaynaklarını ve piyasasını ele geçirmek için yatırım yapmaktadır.

Her ne kadar IMF’nin en büyük yedinci üyesi olsa da ve IMF kurucu anlaşmasına göre yurtdışına para nakline sınırlama getirilemeyecek (ATALAY, Milletlerarası Entegrasyon Hukuku, s. 87-88) ise de Çin, yurtdışına sermaye nakline kısıtlama getirebilmekte ve sermayeyi yurtiçi yatırımların finansmanı için kullanabilmektedir. Çin bankalarına yatırılan yabancı kârlar, yerli ve yabancı yatırımcılara kredi açılması yoluyla tekrar millî ekonomiye dönmektedir. Böylece “üretim araçlarından” (factors of production) biri olan “sermaye” (capital) yurtiçinde kalmakta ve yatırıma dönüşerek, hem özel hem de genel menfaate hizmet etmektedir. Bu da görünmeyen el teorisinin bir tezahür şeklidir.

Atatürk’ün yabancı sermaye yatırımlarına bakış açısı düşmanca olmamış, sadece ülkenin ekonomik kalkınmasına hizmet edecek nitelikte yabancı yatırımlara ihtiyaç duyulduğunu beyan etmiştir. Yabancıların ülkede yürürlükte bulunan kanun ve diğer mevzu hukuka uymak şartıyla yatırım yapabileceği benimsenmiştir. Aynı grş. ERTEN, s. 41.

Ulu önder Atatürk İzmir İktisat Kongresi’nin, adeta bir ders niteliğindeki, açılış konuşmasında “Efendiler; iktisadiyat sahasında düşünür ve konuşurken zannolunmasın ki, ecnebi sermayesine hasımız; hayır bizim memleketimiz vasi’dir. Çok say ve sermayeye ihtiyacımız var. Kanunlarımıza riayet şartıyla ecnebi sermayelerine lazımgelen teminatı vermeğe her zaman hazırız. Ecnebi sermayesi bizim say’imize inzimam etsin ve bizim ile onlar için faydeli neticeler versin. Mazide, Tanzimat devrinden sonra ecnebi sermayesi müstesna bir mevkiye malikti, devlet ve hükümet ecnebi sermayesinin jandarmalığından başka birşey yapmamıştır. Her yeni millet gibi Türkiye buna muvafakat edemez. Burasını esir ülkesi yaptırılmaz.” demiş ve devamında “Efendiler; bu fi’len vaki olmuştur. Sulh

denilen şeyin temini için ecnebilerin bu hakikati itiraf etmemekteki tereddütlerine mantıki mana vermek mümkün değildir. Çok şayan-ı arzudur ki, pek yakın bir zamanda onlar da bu hakikati itiraf ederler ve bütün cihan-ı medeniyetin pek büyük hahiş ve tahassürle intizar ettiği sulhun in'ikadına mani olmak mes'uliyetinden ictinab ederler. Şimdiden esbab-ı hayatiyetimizi temine başlamış bulunuyoruz. Ve bittabi hal-i sulhun in'ikadında daha büyük inkişafat oluyor. Fakat muvaffak olmak için çok çalışmak lazım olduğunu bilmeliyiz. İktisadiyat, iktisadiyat diyoruz. Fakat arkadaşlar iktisadiyat demek herşey demektir. Yaşamak için, mesut olmak için, mevcudiyet-i insaniye için ne lazımsa bunların kâffesi demektir, ziraat demektir, ticaret demektir, say demektir, herşey demektir. Bütün bu hususta el'an memleket ve milletimizin ne halde olduğunu sizler çok güzel bilirsiniz. Tavsif etmek istemeyeceğim. Ancak memleketimizin vüs'ati ve nüfuzumuzun bu vüs'atle ne kadar gayrı mütenasib olduğunuda hatırlayınız. Bu vasi ve feyizli toprakları işleyebilmek, işletebilmek için noksan olan el emeğini behemehal fenni alat ile telafi etmek mecburiyetindeyiz. Memleketimizi bundan başka şömendöferler ile ve üzerinde otomobiller çalışır şoseler ile şebeke haline getirmek mecburiyetindeyiz. Çünkü garbın ve cihanın vesaiti bunlar oldukça, şömendöferler oldukça, bunlara karşı merkebler ve kağı ile ve tabii yollar üzerinde müsabakaya çıkışmanın imkânı yoktur. Memleketimiz ziraat memleketidir. Bu itibarla, halkımızın ekseriyeti çiftçidir, çobandır. Binaenaleyh en büyük kuvveti, kudreti bu sahada gösterebiliriz ve bu sahada mühim müsabaka meydanlarına atılabiliriz. Fakat aynı zamanda sınaatımızı da tezyid ve tevsi etmek mecburiyetindeyiz. Eğer sanat hususunda yine müsamahakâr olursak, o halde asar-ı sanayide yine haricin haraç-güzarı oluruz, mahsulât ve mamulâtın mübadelatı ve servete inkılâbı için ticarete ihtiyacımız vardır. Ticaretimizin agyar elinde kalması memleketimizin servetinden lüzumu kadar istifade edememeği bais olur. Fakat bütün bunlar söylendiği kadar basit ve kolay olmayan şeylerdir. Bunda muvaffak olabilmek için hakikaten memleketin ve milletin ihtiyacına mutabık esaslı program üzerinde bütün milletin müttehit ve hemahenk olarak çalışması lazımdır. Hey'et-i aliyeniz bu esasatın en kıymetlilerini inşallah bulup ortaya koyacaksınız 'Arkadaşlar bence yeni devletimizin, yeni hükümetimizin bütün esasları, bütün programları iktisat programından çıkmalıdır. Çünkü demin dediğim gibi herşey bunun içinde mündemiçtir. Binaenaleyh evlatlarımızı o suretle talim ve terbiye etmeliyiz, onlara bu suretle ilim ve irfan vermeliyiz ki, âlem-i ticaret, ziraat ve sınaatte ve bütün bunların faaliyet sahalarında müsmir olsunlar, müessir olsunlar, faal olsunlar, ameli bir uzuv olsunlar.' Binaenaleyh maarif programımız gerek iptidai tahsilde, gerek orta tahsilde verilecek bütün şeyler bu noktai nazara göre olmalıdır. Maarif programlarımız gibi şubat-ı devlet için tasavvur olunacak programlar dahi iktisat programına istinad etmekten kendini kurtaramazlar. Esaslı bir program tesbit etmek, program üzerine bütün milleti hemahenk olarak çalıştırmak lazımdır. Bizim halkımızın menfaatleri yekdiğerinden ayrılır sunuf halinde değil bilakis mevcudiyetleri ile muhassala-i mesaisi yekdiğerine lazım olan sınıflardan ibarettir. Bu dakikada sami'lerinin çiftçilerdir, sanatkârlardır, tüccarlardır ve işçilerdir. Bunların hangisi yekdiğerinin muarızı olabilir. Çiftçinin sanatkara; sanatkarın çiftçiye ve çiftçinin tüccara ve bunların hepsine, yekdiğerine ve ameleye muhtaç olduğunu kim inkar edebilir. Bugün mevcut olan fabrikalarımızda ve daha çok olmasını temenni ettiğimiz fabrikalarımızda kendi işçilerimiz çalışmalıdır. Müreffeh ve memnun olarak çalışmalıdır. Ve bütün bu saydığımız sınıflar aynı zamanda zengin olmalıdır. Ve hayatın lezzet-i hakikisini tadabilmelidir ki, çalışmak için kudret ve kuvvet bulabil-sin. Binaenaleyh programdan bahsolunduğu zaman adeta diyebiliriz ki, bütün halk için bir say misak-ı milisi mahiyetinde olan program etrafında toplanmakta hasıl olacak olan şekl-i siyasi ise alel'ade bir fırka mahiyetinde tasavvur edilmemek lazımgelir ve bade's-sulh vukua gelebilecek böyle şekl-i siyasinin şimdiye kadar olduğu gibi milletin azim ve

yaklaşım gösterenler olmuş ve Cumhuriyet döneminin siyasi, hukuki ve iktisadi sistemine getirilen bu büyük ölçüdeki değişimin her ne kadar ekonomik yarar beklentisi içinde gerçekleştirilmiş olsa da, millî ve milletlerarası alanda sonuçları gözlemlenerek bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>87</sup>.

### SONUÇ

Devletler de insanlar gibi doğar, büyür ve ölür. Ünlü filozof İbn-i Haldun bu morfolojik sürecin beş evrede gerçekleştiğini belirlemiştir. Gerçekten de devletler ve devletlerin oluşturduğu AB gibi birlikler tarih boyunca beş evreden geçmiş ve kaderleri büyük ölçüde her bir evrede izledikleri politikalara bağlı olmuştur. Bu evrelerde devlet politikalarına etki eden en belirgin unsur yabancılara tanınan serbesti olmuştur. Yabancılara tanınan serbesti arttıkça devletin ekonomi ve siyaseti yönlendirme işlevi zayıflamış ve egemenliği biçimsel hale gelmiştir. Siyasi güç ile ekonomik gücün çatışmasında, ekonomik güç ağır basmıştır. Altını olanın kuralı koyduğu bir siyasal-ekonomik düzende bir devletin siyasi ve hukuki yapısının yeniden şekillendirilmesi mümkündür.

Ancak unutulmamalıdır ki, her ne kadar, kaynağı ne olursa olsun, hukukta bir üstün normlar bütünü bulunup da tüm alt normların bunlara uygunluğunun sağlanması gerekliliğinin aranması ve bu üstün normlar bütününe aykırı hareket edilemeyeceğinin kabul edilmesi, ancak aykırılığın da somut bir yaptırıma bağlanamamaktadır. Burada görüldüğü üzere, devletler kendi egemenliklerini ancak kendileri sınırlandırabilir. Bir devletin iradesi dışında egemenliğinin sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması ancak bir diğer devlet tarafından mümkün kılınabilir. AB göz önüne alındığında dahi, her ne kadar, kendine has bir hukuk düzeni meydana getirmekle Devletler Hukukundan ayrıldığı<sup>88</sup> düşünülebilecek ise de, örneğin, üst bir çerçeve

---

imanıyla ve vahdet ve tesanüdün birbirine müzahir olmasıyla muvaffak olacağı hakkındaki kanaatim kavidir ve tamdır.”

Gerçekten de, yukarıda da ifade edilen olgular ve tarihi gelişim dikkate alındığında, artan ve çeşitlenen ihtiyaçların güdümlendiği bir üretim olmadan sermaye birikimi olamamakta, sermaye birikimi olmadan da sanayi kurulamamakta ve sanayi devrimi gerçekleştirilememektedir. Bu konuda bkz. KENNEDY, s. 7 vd.

<sup>87</sup> ÇELİKEL, s. 177.

<sup>88</sup> Bkz. ŞİMŞEK, “*The Legal Nature of The European Community*”, MHB, Y. 24, S. 1-2, 2004, (Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan), s. 679. Ancak, Antlaşmanın her zaman

anlaşma ve bunun içini dolduran alt anlaşmaların bulunduğu bir düzende, Devletler Hukukunun genel ilkeleri uygulanarak anlaşmaların sona erdirilmesi mümkündür<sup>89</sup>.

Hürriyetin ve mülkiyetin kaynağı<sup>90</sup> olarak devlet alındığı zaman kolektif bir hâkim sözkonusu iken, her bir bireyin kendi hâkimiyetini kendi nitelikleriyle sağladığı doğal ortamda bireysel hürriyetleri sınırlandıran yine diğer bir birey olmaktadır. Bireysel hâkimiyetin olduğu ortamda anarşi kaçınılmazdır. Zira birbirinden bağımsız hareket eden yığın, örgütlenmiş ve kolektif yönetim altında hareket eden topluluktan farklı olarak sadece özel menfaati gözecektir. Her bir birey sadece kendi menfaatini gözettiğinde ise aslında gerçek bir hürriyet sözkonusu olmayacaktır. Nitelikli bireylerin izin verdiği kadar diğer bireyler için serbesti olacaktır. Örgütlü toplumda, kolektif yönetim ve hürriyet içinde bireyler, mutlak anlamda eşit serbestiye sahip olarak ortadaki kıymete erişme imkânından yararlanabilecektir. Yani ortadaki kıymeti paylaşabilmek için ona erişebilme imkânından herkes eşit olarak yararlanabilecek, ancak ona erişip erişememe bakımından nispi eşitliğe sahip olacaklardır. Devletin “sosyal adaleti” sağlama görevi “erişme” imkânını yaratmakla sınırlıdır. Yoksa sadece “fırsat eşitliğini” sağlamakla sınırlı değildir.

Yabancılar ülkeye girerken ayrıma tabi tutulabilecekken, ülkeye girmeleriyle birlikte artık vatandaşlarla eşit imkânlarla sahip bulunacaklardır. Her ne kadar bu yönde gelişmiş bir milletlerarası örf-adet kuralı bulunmasa da, aksine bir milletlerarası örf-adet kuralı da bulunmamaktadır. İncelemelerimizde bunun bir kanıtına rastlanamamıştır. Devletler Hukukunun “doğal hukuk” kısmında durum böyleyken, “pozitif hukuk” kısmında devletlerin yaptıkları milletlerarası anlaşmalar ile yükledikleri yükümlülükler ise elbette Devletler Hukukunun “buyruk kuralına” (jus cogens), genel ilkelerine ve milletlerarası anlaşmaların tabi olduğu kurallarına uygun<sup>91</sup> olmalıdır. Yoksa “söz-

---

Akit Taraflarca değiştirilebilmesinin mümkün olması (ŞİMŞEK, s. 679, dn. 13) ve Avrupa Birliği'nin aslında üye devletlerin kendi egemenliklerini sınırlandırmaları sayesinde (aynı grş. GÜNDÜZ, s. 6) milletler-üstü hukuk yapısını haiz olabilmektedir.

<sup>89</sup> Aynı görüş için bkz. DOEHRING, s. 92 vd.

<sup>90</sup> DOEHRING, s. 102.

<sup>91</sup> Bkz. TUNKIN, s. 381 vd.



leşme serbestisi” ilkesine sığınarak ekonomik ikrahta bulunmak hukukta koruma görmeyecektir<sup>92</sup>.

Hukukun genel ilkelerinden olan “hakkın kötüye kullanılmasının” koruma görmeyeceği burada da geçerlidir. Kaldı ki, kaynağı ne olursa olsun bir üst mantık ve buna uygun alt mantıklar olduğu, yani hukukun genel ilkeleri ve buna uygun alt normlar bulunduğu kabul edildiğine göre yabancı ile vatandaş arasında bir ayrımcılığa gitmek şüphesiz ki mantıksız olacaktır. İster pozitif olsun ister negatif olsun bir ayrımcılığa gitmek tarih boyunca insanlığın uğruna mücadele ettiği eşitliği bir kenara atmak, tarihi sil baştan yazmak olacaktır.

Yabancıların, yabancı olduğu yerde kendini “evinde gibi hissetmesi”, “hukuk devleti” (rule of law, Rechtsstaat) ilkesi gereği hukukun genel ilkelere bağlı, kendi koyduğu kurallara kendisi uyan ve vatandaşını “muhasır medeniyet seviyesinin üzerine” çıkarmayı hedefleyen bir devlette gerekli olmayacaktır. Aynı devlette yabancıların vatandaştan daha az elverişli bir konumda olması da düşünülemeyecektir. Burada “iğneyi kendine çuvaldızı başkasına batırmak” deyiminden esinlenerek, devletin yabancıları vatandaşları bakımından standart olarak almadan, kendi medeniyet düzeyini diğer toplumların üzerine çıkarmaya çaba göstermesi yegâne çözüm olarak görülmektedir.

Yabancı yatırım çekebilmek amacıyla yabancılara toplumun bünyesine uymayan, bünyenin kaldıramayacağı bir bağımsızlık temin edilmemelidir. Aksi halde bünye bu yabancı unsuru kaldıramayacaktır. Yabancıların, vatandaştan daha fazla serbestîye sahip olması kamu düzenini bozar. Bozulan düzenin yeniden tesisi için devletin müdahalesi kaçınılmaz olur. Bu müdahale tüm meşru vasıtalarla mümkündür. Ancak toplum yabancı unsurun bünyesine uygun olmadığını anlayabilecek olgunluğa sahip değilse, o takdirde devlet meşru yolların dışına çıkarak düzeni dengeleme yoluna da gidebilir. Unutulmamalıdır ki, devletin müdahalesi uygun olmayabilir, ancak gerekli olabilir. Ekonomik gereklilik yönünde hareket etme demokrasiye ve hukuka üstün gelebilir. Bazen küreselleşme devlete karşı değil, devlet küreselleşmeye karşı üstün gelebilir. Bu bakımdan da fiili durumun hukuka üstünlüğü sözkonusu olabilmektedir. Böyle durumlarda devletin biçimselleşen egemenliği tekrar somutlaşarak, kendini göstermektedir. Bu da, egemenliğin hiçbir

---

92 Bkz. ATALAY, s. 29 vd.

zaman ortadan kalkmadığını, sadece devletin kendi iradesiyle sınırlandırıldığına bir başka delil teşkil etmektedir. Şüphesiz ki hukukun devlet iradesinden doğması<sup>93</sup> öncelikle bir delil olarak kendini göstermektedir.

Son söz olarak denilebilir ki, Devletler Özel Hukuku insanın kendine yakışanı giymesidir. O gün kendisine hangi elbisenin yakışacağına sadece kendisi karar veremez. O gün gideceği yerdeki koşullar da muhakkak göz önünde tutulur. Aksi halde kendisi zor duruma düşecektir. Yabancıнын bunu öngörebilmesinin beklenmesi gayet doğaldır. Öngörememesi halinde sorumluluk da kendisindedir. Sorumluluğun yer değiştirmesi sözkonusu olmayacaktır. Kaldı ki, elbisenin içindekine uyması değil içindekinin elbiseye uyması haklı olarak beklenir.

Bu durumda devletlerin yabancıların kendilerine uymasını beklemleri daha adilane olacaktır. Üstelik “kendini başkasının yerine koymadan” ve hareketinin doğruluğundan “şüphe” etmeksizin haklı olduğunu savunmak adalet kavramıyla ters düşecektir. Aksi, karşıdakine yaşam hakkı tanımamak olacaktır ki bu da her zaman savaşların sebebi olarak kendini göstermiştir. Buna karşın, elbette, kendini başkasının yerine koymak demek kendi özünden vazgeçmek olmayıp, meşru yollardan hak aramak mümkün olmalıdır<sup>94</sup>.

---

93 Hukukun devlet iradesinden kaynaklandığı kabul edildiğinden ki, aksi henüz ispat edilememiştir, belirli bir devlete dayanmayan bir hukuk yargılamada esas alınmayacaktır. Kişilerin hukuk yaratması Devletler Hukukunda kabul edilmemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, tamamı.

94 Aynı görüş Levinas tarafından da savunulmuştur. Levinas'ın görüşü için bkz. DİREK, s. 48 vd.