

ÖZELLEŞTİRMEYE ANAYASAL YAKLAŞIMLAR: NEO-LİBERAL ANAYASACILIĞIN AĞIRLIĞI ÜZERİNE BİR İNCELEME*

David Schneiderman**

Çev.: Araş. Gör. Umut Koloş***

I. GİRİŞ

Küreselleşme üzerine literatürde, bugün dünyada “sadeleştirilemeyecek bir çeşitliliğin” var olduğu—hâlihazırda, tek bir hâkim kazananı çıkaran önbelirlenmiş bir yapı olmaksızın farklı politik kültürler arasında süregiden bir rekabetin var olduğu iddiasının bulunması yaygındır. Örneğin, Roland Robertson ve Frank Lechner, küresel görünümün “hayli ‘çoğulcu’” olduğunu ve küresel duruma dair rakip nitelendirmeler “fazlalaşımının” olduğunu ileri sürerler.¹ Benzer biçimde, sosyolog Martin Albrow “küresel kurumların temelini oluşturan eksen bir ilkenin olmadığını” yazar.² O, daha ziyade, “daha fazla ya-

* Telif Hakkı David Schneiderman'a aittir © 2001

Bu makaleye <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1193&context=lcp> adresinden de ulaşılabilir.

Makalenin özgün atf bilgisi: David Schneiderman, “Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 63, No. 4, *Public Perspectives on Privatization* (Autumn, 2000), pp.83-109. Profesör Schneiderman hâlen Toronto Üniversitesi, Hukuk Fakültesi'nde çalışmaktadır. Makalenin çevirisi, yazarından alınan izinle gerçekleştirilmiştir.

** Toronto Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

Bu çalışma başlangıçta, Temmuz 1999'da düzenlenen ve Duke Üniversitesi, Cenevre Üniversitesi ve Alberta Üniversitesi'nin destek sundukları “Özelleştirme Üzerine Kamusal Perspektifler” konferansı için hazırlanmıştı. Daha sonra Toronto Üniversitesi, Hukuk Fakültesi'ndeki bir seminerde sunuldu. Moria Gracey mükemmel bir araştırma yardımıyla bulunup bazı anahtar metinlerin çevirisini yaparken, Andes Üniversitesi'nden Profesör Diego López-Medina ve Stetson Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Profesör Luz Nagle önemli ve zamanında önerilerde bulundular. Cenevre konferansındaki nazik sunum daveti nedeniyle Profesör Richard Bauman'a ve yorumları için Cenevre ve Toronto'daki dinleyicilere çok teşekkür ederim.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (kolos@istanbul.edu.tr). Makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'nda verilen “Modern Toplum ve Hukuk Devleti” dersi için, dersi yürüten öğretim üyesi Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan'ın uygun görmesiyle çevrilmiştir.

¹ Roland Robertson & Frank Lechner, “Modernization, Globalization and the Problem of Culture in World-Systems Theory”, *2 Theory Culture & Soc'y*, p.103, 111 (1985).

² Martin Albrow, *The Global Age*, p.125 (1996).

rar kuramını değil, sadece tarihsel birikim ve ulusal deneyimlerin karşılıklı etkileşimleri ve birbirleriyle mutabık kaldıkları uzmanlık”ı yansıtan bir çoğulculuğun olduğunu iddia eder.³

Bu görüş, “ekonomik küreselleşme” ile ilintili bulunan belirli kurallara ve yapılara, yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına dair hukuksal kurallar ve yapılar bütününe dair yeterli bir açıklama getirmede başarısızdır. Bu kurallar ve yapılar, kümülatif olarak, küresel bir ekonomi politikası ve mülkiyet hakları vizyonunu ve “neo-liberalizm” denen siyasi projeyi kurumsallaştıran anayasacılığı biçimlendirmeye girişmektedirler.

1989 sonrası küresel manzarada, siyasi alternatiflerin kapsamı daralmış görünmektedir. Artık siyasi ve ekonomik yaşamı etkileyen yapılar, devletlerin ticaret için ve yabancı yatırımlar için güvenli hâle gelmek zorunda olduklarına dair küresel uyuşma ile biçimlendirilmektedir. Devletlerden beklenen, sermayenin, malların ve hizmetlerin dolaşımı üzerindeki kısıtlayıcı düzenlemeleri kaldırmaları, kamuya ait teşebbüsleri elden çıkarmaları—gerçek veya finansal varlıkları özelleştirmeleri ya da gayrimillileştirmeleri [*denationalize*]—ve mutlak mal ve hizmetlerin “dışarıya ihâle edilmeleri” ve “ticarileştirilmeleri” hususunda özel desteği kolaylaşturmalarıdır.⁴ Özelleştirme ve gayrimillileştirmeyi gerçekleştirme bakımından devletlere bir dizi seçenek sunulur; ancak, her biri farklı bir anayasacılık vizyonuna karşılık gelen iki genel tema belirlemektedir. İlki devletin kontrol kapasitesini ve kamu iştirâkını artırmak için tasarlanan “devlet kapitalizmi” modelidir.⁵ Diğeri, devlet’in düzenleyici kapasitesi üzerine hukuksal sınırlar koyan “neo-liberal” modeldir.⁶

Bu makale, devlet kapitalizmi kipinde mülkiyet sahipliğini yeniden dağıtan anayasal kuralların, neo-liberal anayasacılık modeli tarafından üretilen baskılara daha fazla dayanıp dayanamayacağını sorgulamaktadır. Bu soruyu irdelemek yoluyla, bu makale, özelleştirilen devlet teşebbüsleri çalışanlarına sahiplik seçeneği tanıyan anayasal kurallarda ifade edilen özelleştirme süreçlerini ele almaktadır. Ekonomik küreselleşme çağındaki anayasal yapılanmanın doğrultusu hakkında çağdaş tartışmalar, bu iki karşıt anayasal düşünce modelinin etkileşimi ışığında daha iyi anlaşılabilir. Albrow’un nitelendirmesine⁷ karşıt olarak, muhtemel tek bir kazananla birlikte gün yüzüne çıkmakta olan bir yapıyı üreten küresel bir manzaraya dair yapısal bir eğilim gözlemlenmektedir.

Özelleştirme programları çeşitli biçimler almaktadır. Bu makale, sadece, devlet mülklerinin elden çıkarılmasıyla, yahut hisse senetlerinin ya da varlıkların çalışanlara ve çalışan birliklerine satışı yoluyla, gayrimillileştirmesi ile ilgilidir. Makale, ne kamu teşebbüslerine nazaran özel mülkiyetin varsayılan yararlarını⁸ ne de bu belirli özelleştirme biçiminin yabancılara sınırlama olmaksı-

³ *Id.*

⁴ *Bkz.* D.G. McFetridge, *The Economics of Privatization*, C.D. Howe Institute Benefactors Lecture 2-6 (22 Ekim, 1997) (yazarın dosyası ile düzenlediği yayımlanmamış elyazması).

⁵ *Bkz. infra*, 17-25 notlara melfuf metin.

⁶ *Bkz. infra*, 11-16 notlara melfuf metin.

⁷ *Bkz.* Albrow, *supra* not 2, p.125.

⁸ *Bkz.* Carlos Vilas, “Forward Back: Capitalist Restructuring, the State and the Working Class in Latin America”, *Whither Marxism? Global Crises in International Perspective*,

zın satış ya da eşit-erişimli halk kuponları [*equal-access vouchers*] gibi diğer yöntemlere nazaran yararlarını veya gizli tehlikelerini tartışmayı amaçlamaktadır. Sözümona tehlikeler arasında, çalışan “içeridekilere” senet satmanın, elden çıkarılan şirketler için yeni sermaye veya yetenekler sağlayamayacak oluşundan korkulması sayılmaktadır⁹, bir “özel yararların kamusal mâliyetle sağlanması” durumu.¹⁰ Buradaki tartışma ise, bunun yerine, çalışanların kamusal mülkiyete erişiminin, özelleştirme bağlamında, elde etmek bakımından politik olarak geçerli bir hedef olduğu varsayımını takip etmektedir. İlgili soru şudur: Bu hedef, yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına dair ulusaşırı kurallar rejiminin üstesinden gelebilir mi?

II. ANAYASACILIĞIN FARKLI VİZYONLARI

Yaygın bir ekonomik küreselleşme çağında devlet kurumlarının, politik kaygıları ekonomik olanlara tabi kılması beklenir. Jacques Donzelot bu tabiyetin, devletin rolünde “gelişimin bir garantöründen yazgının yöneticisine” doğru bir kırılmaya işaret ettiğine dikkat çekmiştir.¹¹ “Sosyal devlet”ten “sağlayıcı-kolaylaştırıcı devlet”e bu devrim, devletin kurumsal davranışlarına hükmeden meta-kurallara olduğu kadar devlet kurumlarının yeniden yapılandırılmasına da ihtiyaç duymaktadır. Bu değişim devletin kaçınımını zorunlu olarak gerektirmez, ancak daha ziyade, başka türde bir etkinliğe ihtiyaç duyar: piyasanın pürüzsüz işlerliğini kolaylaştıracak koşulların yaratılması. Sosyal demokrasinin dönüşümsel girişiminin varlığı sona ermekle, devlet’in rolü hakkındaki hâlihazır tartışmalar neo-liberalizm (ya da ekonomik liberalizm) eksenini devlet kapitalizmi (ya da neo-sosyal demokrasi) arasında dönüp durmaktadır. Bu bölümde, her bir anayasal formu ayrı ayrı tartışacağım.

Anayasacılığa hâkim yaklaşım, neo-liberalizm politik projesinde ifadesini bulmaktadır. Bu proje devletin piyasadan çekilmesi gerektiği ve devletin yeniden-dağıtımcı kapasitesine sınırlamalar getirilmesi düşüncesini iletir. Neo-liberalizm, üçlü korporatizm tarafından geliştirilen uzlaşıları reddeden ve yurttaşları farklılaşmamış tüketiciler olarak alan bir projedir.

Neo-liberalizme, hükümetlerin “özel” alan denilene müdahale etme kapasiteleri üzerine sınırlamalar koyacak kurumları tasarımıyan anayasa düşüncesi okulu eşlik etmektedir. Burada “anayasal ekonomi politik” içinde çalışan

p.123, 131-33 (Bernd Magnus & Stephen Cullenberg eds., 1995); Joseph Stiglitz, *Whither Socialism?*, p.179-82 (1994). Stiglitz, özelleştirme meselesinin ekonomik değil, politik olduğunu ileri sürer. *Bkz. id.* p.173. Hükümet “*potansiyel olarak* neredeyse her zaman piyasanın kaynak dağıtımından iyisini yapabilir.” *Id.* p.179.

⁹ *Bkz.* Cheryl W. Gray, “In Search of Owners: Privatization and Corporate Governance in Transition Economies”, 11 *World Bank Res. Observer*, p.179, 188 (1996).

¹⁰ Ronald A. Cass, “Privatization: Politics, Law, and Theory”, 71 *Marq. L. Rev.*, p.449, 514 (1988); *Bkz.* Sebastian Edwards, *Crisis and Reform in Latin America*, p.179 (1995).

¹¹ Jacques Donzelot, “The Mobilization of Society”, *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, p.169, 176 (Graham Burchell et al. eds., 1991). *Genel olarak bkz.* Nikolas Rose, *Powers of Freedom: Reframing Political Thought* (1999) (devlet fonksiyonlarındaki bu kırılmaların, neo-Foucaultyen bir perspektifle tartışılması).

bir grup teorisyenden bahsediyorum.¹² Bu çaba, metodolojik bireyciliğin ekonomik modeline dayanmaktadır—otonom, kendini düşünen ve rasyonel aktör.¹³

Anayasal ekonomi politikçiler, 1989 sonrası ekonomi çevresinin açık piyasalar ve sınırlı hükümet doğrultusundaki genel eğilimi gibi kazanımlarını, anayasa ve anayasa benzeri sınırlamaların kuvveti vasıtasıyla hükümetlerin piyasaya müdahale kapasitesini kısıtlamak suretiyle, güvence altına almayı hedeflemektedirler.¹⁴ Bunlar, “ekonominin kilit unsurlarını siyasilerin veya yurttaş yığınının tesirlerinden, mâli, parasal, ticari ve yatırım politikalarına dair davranışlar üzerinde dâhili ve hârici ‘bağlayıcı kısıtlamalar’ dayatarak”¹⁵ izole etmeyi amaçlamanın gerekleridir.

Bu girişimin ulusaşırı bir boyutu vardır. Bu ilk olarak, ulus-devlet sınırları çerçevesinde malların, hizmetlerin ve kısıtlanmamış kişilerin serbest dolaşımını kolaylaştırmaya niyetlenen bir anayasal hükümet modelidir—Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü’nün (“OECD”) başını çeken ülkelerce ve gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerdeki varlıklı azınlıklarca uzun süre teşvik edilen bir model. Bu model, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması’nın (“NAFTA”), İki Tarafli Yatırım Antlaşmaları’nın (“BITS”) ve Çok Tarafli Yatırım Antlaşması’nın (“MAI”) yatırım bölümlerinde olduğu üzere, doğrudan yabancı yatırımı teşvik etme ve koruma amaçlı enstrümanlar vasıtasıyla biçimlenmiştir.

Bu reform programının kuralları ve yapıları yerli anayasalara benzetilmektedir. Bunlar, hükümetleri, uzun zaman süreçlerinde bireylerin ve firmaların özel mülkiyetini ayrımcı muameleye ya da yatırım ilgilerinin sekteye uğratılmasına karşı korumak için tasarlanan anayasa-benzeri kurullarla bağlamaktadırlar. Bu kurallar, yargı ve mahkemeler öncesinde hukuksal olarak icraî anayasa-benzeri yetkilendirmeler üretmektedir.¹⁶

Bu neo-liberal anayasal reform gündemiyle [Küresel] Güney ülkeleri tarafından uzunca bir süredir teşvik edilen başka bir anayasal düşünce akımını karşılaştırmak istiyorum.¹⁷ Bu akım, hükümet iktidarı uygulamasını devlet inşası ve ulusal kuruluş boyunca kolaylaştıran bir anayasal kurullar ve yapılar rejimini tasarılar. Bu yaklaşım, anayasaların büyük ulusal amaçları ve projeleri ortaya koyabileceğinin—anayasaların sadece hükümet edimlerini sınırlamak hakkında değil, kendini-yönetmeye imkân sağlamak hakkında olduğunun

¹² James M. Buchanan, “The Domain of Constitutional Political Economy”, *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, p.3, 3-18 (1991).

¹³ *Bkz. id.*

¹⁴ *Bkz.* Stephen Gill, “Globalization, Market Civilization, and Disciplinary Neoliberalism”, *24 Millennium: J. Int’l Stud.*, p.399, 412 (1995).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Bkz.* Stephen Clarkson, “Somewhat Less Than Meets the Eye: NAFTA as Constitution”, *International Sociological Association Annual Meeting*, (Temmuz 27, 1998); David Schneiderman, “The Constitutional Strictures of the Multilateral Agreement on Investment”, *9 Good Soc’y*, s.90 (2000) [bundan sonra Schneiderman, “Constitutional Strictures”]; David Schneiderman, “NAFTA’s Takings Rule: American Constitutionalism Comes to Canada”, *46 U. Toronto L.J.*, p.499 (1996) [bundan sonra Schneiderman, “NAFTA’s Takings Rule.”].

¹⁷ Metafor olarak bir Güney tartışması için, *bkz.* Boaventura de Souza Santos, *Toward A New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, p.506-18 (1995).

farkındadır. Bu, uluslararası ekonomi politik alanındaki yazarlarla birlikte Robert Cox'un "devlet kapitalizmi" dediği şeyi anıştıran bir devlet görünümüdür.¹⁸ Bu, ulus'un üretici güçlerinin gelişiminde devletin zorunlu yönlendiricilik rolünü¹⁹ saptayan kurumsal bir tasarım modelidir. Devlet kapitalizmi, siyasal tercihlerin arka planı olarak dünya piyasasını kabul ederken, bu proje devletin ulusal rekabet edebilirliği kolaylaştırmada ve zenginliğin toplumsal katmanlar çevresince en geniş dağıtımını mümkün kılmada oynadığı rolü varsaymaktadır.²⁰ Bu daha "radikal bir form" aldığına göre Cox, devlet kapitalizmi "dünya-piyasası rekabetinde kapitalist bir başarı ile sürdürülen içsel sosyalizm ihtimaline doğru" meyleder.²¹

Anayasacılığa devlet kapitalizmi yaklaşımı çeşitli anayasal tasarım modelleri yordamıyla biçimlendirilebilir, ancak bunlardan ikisi ilk akla gelenlerdir. İlk model, hükümetin piyasaya müdahalesi üzerinde hiçbir aslı sınırlama koymayan modeldir. Dicey'ye göre, Parlamento üstündü: Dicey'nin terimsel olarak ürettiği "the rule of law" [hukuk devleti-Çn.] tarafından güvencelenen bireysel haklar koşul olmak üzere, Parlamento "herhangi bir yasa yapabilir veya yapamayabilir"di.²² Etkin hükümeti kolaylaştıran ikinci model, devletin piyasaya müdahale kapasitesini anayasal lafzında spesifik olarak ve açıkça ifade eden modeldir. Latin Amerika anayasacılığı, anayasacılığın devletin inşası amacıyla kullanılmasını en iyi biçimde örneklemektedir.

Latin Amerika anayasaları, hükümetlere, kilit ekonomik sektörlerin ulusallaştırılması veya yönetilmesini icbar etmek gibi mutlak görevler tevdi etmiş bulunmaktadır ki, bunlar ulusal amaç ve hedeflerin devamlılığı itibariyle sonraki hükümetleri de bağlarlar.²³ Anayasal kurallar, örneğin, "uygun" bir tazminat karşılığıyla olmak kaydıyla, mülkiyetin kamulaştırılması ya da millileştirilmesine izin vermek suretiyle ve zenginliği yeniden dağıtma amacı ile devletin piyasaya müdahalesini bilhassa mümkün kılmaktadır.²⁴ Bu tip bir anayasal proje, aynı zamanda, ulusal siyasi iktidarı yabancı ekonomik iktidardan gelen hârici baskılara karşı da korumaktadır. Aslında, yirminci yüzyılın Latin Amerika anayasal deneyimi, uluslararası ekonomik çevrenin uzun zamandır anayasal tasarımlar üzerinde bir etkiye sahip olduğunu göstermektedir.²⁵

1990'larda, devlet kapitalizmi gözden düşmüştür. Latin Amerika ülkeleri ekonomi üzerinde kamusal denetimi zorunlu kılan ya da kilit ekonomik sektörlerin ulusallaştırılmasına imkân sağlayan anayasal tasarımı çoklukla terk ettiler. Bunların ancak tortuları kaldı ve bu makalenin amaçlarından biri, 1991 tarihli yeni Kolombiya Anayasası'ndaki bu tortuyu saptamaktır. Makalenin temel amacı anayasal tasarımın, devletin hem dışında hem de içinde biçim alan

¹⁸ Robert W. Cox, "The Global Political Economy and Social Choice", *Approaches to World Order*, p.191, 201 (Robert W. Cox & Timothy J. Sinclair eds., 1996).

¹⁹ *Id.* p.201.

²⁰ *Bkz. id.* p.202.

²¹ *Id.*

²² A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p.38, 183-84 (8. ed., 1915).

²³ *Bkz. infra*, 34-35 notlara melfuf metin.

²⁴ *Bkz. infra*, 49-52 notlara melfuf metin.

²⁵ *Bkz. infra*, 41-47 notlara melfuf metin.

bir anayasal tasarım modeli olan neo-liberal modele karşıt devlet-kapitalizmi formuna yönelen meydan okumaların izini sürmektir.

Bazı açılardan, Kolombiya siyasetinin işlevsiz şimdisi ve geçmişi bu anayasa-yı kısır bir araştırma konusu hâline getirmektedir. Kolombiya meselesi, aslında, toplumsal değişimi gerçekleştirmede bir mekanizma olarak anayasal kuralların yetersiz oluşuna delâlet etmektedir.²⁶ Bu, Kolombiyalıların 1991’de, 1886’dan beri yerini koruyan anayasal çerçeveyi terk ederek anayasa yapılarını elden geçirmelerine rağmen, belirgindir. Anayasa-yapımındaki bu çok güncel pratik neo-liberal modelden gelen baskılar altında gerçekleştiğinden, yeni ile eski anayasacılık arasındaki çatışmanın izlerini sürme imkânımız var olmaktadır. Kolombiya anayasa deneyimi, neo-liberal modelin hâkimiyet kazandığı 1980’lerin ve 1990’ların daha geniş Latin Amerika anayasa deneyiminin temsilcisi olarak belirlemektedir.²⁷

III. LATİN AMERİKA ANAYASACILIĞI

Latin Amerika anayasacılığında söz konusu olan kamudan özele ve devletin inşâ edişinden devletin elden çıkarmasına dönük kırılmayı, bir dizi baskı ortaya çıkarmıştır.²⁸ Bilhassa 1980’lerdeki borç krizi, Dünya Bankası’nın eylemli teşvikleri altında yapısal entegrasyonu hızlandırmıştır.²⁹ Devlet teşebbüslerinin tümüyle tasfiye edilmesi politikası, Dünya Bankası’nın stratejisinde merkezi bir payanda olagelmıştır.³⁰ Diğer yandan, Sovyet imparatorluğunun çöküşüyle, yurttaşlarının maddi koşullarını geliştirmeyi ve devlet yöneticilerinin politik başarısını güvenceye almayı arzulayan devletler bakımından, özelleştirmeden daha uygun siyasi seçeneklerin görünüşe göre azlığı söz konusudur. Üstüne üstlük, özelleştirme programlarını üstlenen devletlerin sağlanması beklenen artırılmış yabancı yatırım, geniş kapsamlı verimlilik kazanımları ve teknoloji transferlerini kapsayan çok sayıda çıkar vardır.³¹ Özelleştirme yapan devletler, en azından, büyük finansal getiriler ve kamu borçlarını kapatmada kullanılabilir hasılat beklentisine girebilirler.³² Kamu taahhütlerinden özel teşebbüslere yönelik kırılma, “kurumsal sermaye [*corporate capital*] ve azami hükümetler bakımından dünya ekonomisindeki rekabetçiliğin siyasetin

²⁶ Karş. Martha I. Morgan, “Taking Machismo to Court: The Gender Jurisprudence of the Colombian Constitutional Court”, 30 U. Miami Inter-Am L. Rev., p.253, 262 (1999) (yeni Kolombiya Anayasası’nın “Kolombiya’nın anayasal haklara ve mahkemenin bu hakları korumadaki rolüne dair görüşleri değiştirdiğini” iddia etmektedir).

²⁷ Bkz. *infra*, 34-39, 107-112, 174-84 notlara melfuf metin.

²⁸ Sebastian Edwards “Arjantin, Brezilya ve Peru’daki heterodox denen programların başarısızlığını; Doğu Asya ekonomileri deneyimini; çok taraflı kurumların tavsiyelerini; ve Şili örneğini” “ortaya çıkmakta olan konsensus” a yönelen katkı sunucu etmenler olarak nitelendirir. Edwards, *supra* not 10, p.48.

²⁹ Bkz. *örn.* The World Bank, World Development Report 1996: From Plan to Market, p.48-63 (1996).

³⁰ Bkz. *id.*

³¹ Bkz. Alan Shipman, Alan Shipman, The Market Revolution and Its Limits: A Price for Everything, p.410-12 (1999).

³² Bkz. *id.*

en yüksek ölçütü olduğu”³³nu ifade eden hâkim söylemi yansıtmaktadır. Kamu politikasının biçimlendirilmesi, ulusal ekonominin yapısal reketçiliğini arttırmak amacıyla tabi kılınmaktadır.

Geç 1980’lerden beri Latin Amerika ülkeleri, devlet mercilerini elektrik enerjisi, petrol ve gaz oluşumları ile iletişim ve nakliye hizmetleri gibi ülkenin geleceği için hayati önemde kabul edilen endüstrilerden ve kamu hizmetlerinden oluşan ulusal “miras”ı koruma yükümlülüğünden kurtarmak için geniş-ölçekli anayasal reformları üstlenmişlerdir.³⁴ Örneğin, 1917 Meksika Anayasası’nın 27. maddesi, hidrokarbon ve ham petrol endüstrileri üzerinde devlet tekeli zorunlu kılmaktaydı.³⁵ Bu sektörler NAFTA kapsamında muaf tutulsa da, yabancı yatırım kuralları doğal gaz endüstrisinde yatırıma izin vermek için gevşetilmiş bulunmaktadır.³⁶ NAFTA parametrelerinin hâricinde, Meksika hükümetinin petrol endüstrisi üzerindeki anayasal kısıtlamalardan kurtulmak için “yüksek derecede karmaşık finansman muameleleri”ne giriştiği belirtilmiştir.³⁷ Meksika Anayasası’nın 27. maddesinin kamu ticaret bankalarının özelleştirilmesini yasaklayan hükümleri³⁸ ve *ejidos*’ları [komünal toprak-Çn.] yani şu an ticari işletme amaçları için parsellere bölünebilmekte olan komünal toprak sahipliklerini koruyan kuralları içeren diğer unsurları, NAFTA’ya yolu açmak için tadil edilmiştir.³⁹ Bu değişiklikler, NAFTA’nın yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1994 tarihinde Meksika’nın Chiapas eyaletinde vuku bulan Zapatista silahlı ayaklanmasını ivmelendirmiştir.⁴⁰

Bu devinim, Arjantin’li hukukçu Carlos Calvo’nun çalışmalarında izlenebilen⁴¹ geleneksel Latin Amerikan modelinin terk edilişi anlamına gelmektedir. Müdahaleci uluslararası sermaye ve sorunlu Latin Amerika deneyiminden hareketle Calvo, Latin Amerika ülkelerinin Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa ülkeleri gibi kendi iç egemenlikleri bakımından aynı saygı derecesini hak ettiklerini ileri sürmüştü.⁴² Calvo’nun ana ilkeleri arasında, anlaşılır biçimde, devletlerin iç politik tutum alışlarında dış müdahalelerden bağımsız olması vardı.⁴³ Bu öncülden olarak Calvo, yabancı ülke yurttaşlarının egemen devlet-

³³ Robert W. Cox, “Civil Society at the Turn of the Millenium: Prospects for an Alternative World Order”, 25 Rev. Int’l Stud., p.3, 27 (1999).

³⁴ Bkz. Pierre Guislain, The Privatization Challenge: A Strategic, Legal, and Institutional Analysis of International Experience, p.34-35 (1997).

³⁵ Bkz. *id.*; Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos [Constitution], m.27 (Mex.) [bundan sonra Mex. Const.].

³⁶ Bkz. Guislain, *supra* not 34, p.247.

³⁷ Amy Chua, “The Privatization-Nationalization Cycle: The Link Between Markets and Ethnicity in Developing Countries”, 95 Colum. L. Rev., p.223, 290 (1995).

³⁸ Bkz. Guislain, *supra* not 34, p.35.

³⁹ Bkz. Jorge A. Vargas, “NAFTA, The Chiapas Rebellion and the Emergence of Mexican Ethnic Law”, 25 Cal. W. Int’l. L.J., p.1, 13 (1994).

⁴⁰ Bkz. *id.* p.14.

⁴¹ Bkz. M. Charles Calvo, Le Droit International Theorie et Practique, (2. ed., 1870). Calvo’nun kuramının İngiliz dilindeki bir versiyonu için, bkz. Edward M. Galladuet, A Manual of International Law (1879).

⁴² Bkz. Donald R. Shea, The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, p.19 (1955); Calvo, *supra* not 41, p.261.

⁴³ Bkz. Shea, *supra* not 42, p.19; Calvo, *supra* not 41, p.194.

lerle olan uyumsuzluklarında, bu devletlerin yurttaşlarından daha büyük bir korunma talebinde bulunamayacaklarını ileri sürmüştür.⁴⁴ Ev sahibi ülke top- raklarında bir işe—örneğin, doğrudan yatırım yoluyla—girişmeyi seçen yabancı uyruklar devlet edimlerinden, edimde bulunan devlette ikamet eden yurttaşla- rından daha fazla bir korunmaya sahip olmamıştır.⁴⁵ Bu ana ilkeler, Meksika Anayasası'nın Calvo klotunda yansımaları bulmuştu ki, bu klot, yabancı yatırımcıların Meksika devletiyle uyumsuzluklarında kendi ülkeleri tarafından korunma beklentilerini yasaklamaktadır.⁴⁶ Bazı durumlarda, yabancı ülke yardımının talep edilmesi kazanılmış hakların yitirilmesine neden olmaktadır.⁴⁷ Ancak bu kurallar, bir dizi anayasal olmayan yasama düzenlemesi yoluyla, NAFTA'ya yolu açmak için Meksika hükümeti tarafından terk edilmiştir.⁴⁸

Bazı Latin Amerika anayasaları Calvo doktrinini sürdürmüştür.⁴⁹ 1991 Kolombiya Anayasası "Anayasaya, yasalara ve yetkili makamlara saygı duyup riayet etmenin hem Kolombiya yurttaşlarının hem de yabancıların görevi ol- duğu"nu deklâre etmek suretiyle⁵⁰ Calvo'nun ana ilkelerini içermektedir. Mülkiyetin kamulaştırılmasına ilişkin anayasal hükümler bu doktrine ifadesini vermektedir.⁵¹ Bu kamulaştırma düsturunun son kalıntılarından biri 1991 Kolombiya Anayasası'nda bulunabilir. Bu mülkiyet klotu yasamaya, "eşitlik gerekçeleriyle" ve tazminat ödemesi olmaksızın kamulaştırma yetkisi vermek- teydi, hukuksal yargılamanın konusu olamayan bir hüküm.⁵²

Tekelci devlet mülkiyeti ve kontrolü hakkında anayasal deklârasyonlar aynı zamanda devletlerin eşitliği ilkesini de ortaya koymaktadır.⁵³ Anayasal

⁴⁴ Bkz. Shea, *supra* not 42, p.19; Calvo, *supra* not 41, p.369.

⁴⁵ Bkz. Shea, *supra* not 42, p.19.

⁴⁶ Bkz. Mex. Const. m.27(I). Calvo'nun ilkeleri 1970'lerde, B.M. Genel Kurulu'nun -Yeni Uluslararası Ekonomik Düzeni deklâre eden-1973 Kararı'nı ve 1974 B.M. Devletlerin Ekonomik Hakları ve Görevleri Şartı'nı da içeren çeşitli uluslararası kararlarda ulusla- rarası desteği kendine çekmiştir. Şart'ın 2. maddesi, mülkiyetin millileştirilmesini ve kamulaştırmayı düzenleyen yasaların uluslararası hukukun değil, millileştiren devletin yasaları olduğunu deklâre etmektedir. Bkz. Justine Daly, "Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after the NAFTA.", 25 St. Mary's L.J., p.1147, 1186-87 (1994).

⁴⁷ Bkz. Gloria L. Sandrino, "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World Perspective", 27 Vand. J. Transnat'l L., p.259, 268 (1994). Brezilya Anayasası, Brezilya-kontrollü işletmelere sağlanan maden arama ve üretimi kolaylıklarını saklı tutmuştu. Şu anda bu, işletmenin Brezilya hukuku altında kurulması ile idare merkezinin ve yönetiminin Brezilya'da olması kaydıyla yabancı mü- dahalelere müsaade edilmek üzere tadil edilmiş bulunmaktadır. Bkz. Constituição Federal [C.F.], m.176 (Braz.) [bundan sonra Braz. Const.]; Guislain, *supra* not 34, p.36.

⁴⁸ Bkz. Guislain, *supra* not 34, p.36.

⁴⁹ Bkz. Eduardo A. Wiesner, "ANCOM: A New Attitude Toward Foreign Investment?", 24 U. Miami Inter-Am. L. Rev., p.435-65 (1993).

⁵⁰ Constitución Política de la República de Colombia [Constitution], m.4 (Colom.) [bundan sonra Colom. Const.].

⁵¹ Bkz. *id.* m.58.

⁵² *Id.*; Ayrıca bkz. *infra*, not 100'e melfuf metin (bu hükmün güncel tadiliyle ilgili)

⁵³ Bununla birlikte Latin Amerika'daki materyal kaynakların millileştirilmesi, der Amy Chua, çoklukla "millileştirmenin aleyhine yönlendirildiği sınıftan...siyasal iktidarın müsadereci ile" hızlandırılmıştır. Chua, *supra* not 37, p.272.

kısıtlamalar hem önemli ulusal hedefleri ortaya koyma amacına, hem de sonraki hükümetlerin yabancı yatırımcılardan ve diplomatik girişimlerinden doğan baskılara çok kolayca boyun eğmelerini engellemeye hizmet edebilir.⁵⁴ Calvo doktrini, yine de, Amerika Birleşik Devletleri ve öteki Avrupalı güçler için asla kabul edilebilir olmamıştır.⁵⁵

IV. KOLOMBİYA ANAYASASI

Kolombiya Anayasası önemli ulusal toplumsal hedefleri güvencelemeyi amaçlayan ve fakat aynı zamanda yeni ulusası normlara uyumlu hâle gelmesi için ciddi baskılarla karşı karşıya kalan modern bir metindir. Kolombiya modeli, barış ve güvenlik için zorunlu toplumsal değişimi güvence altına alan anayasal garantilerin yetersizliği bakımından ilginç bir örneği de ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, bu değişimleri elde etme konusundaki yetersizlik meselesi bu çalışmanın sınırlarının ötesine uzanmaktadır. Bunun yerine, çalışma, mülkiyet hakları ve özelleştirme hakkında önemli hedefleri gerçekleştirmeyi amaçlayan 1936 ve 1991 anayasal reformlarına odaklanmaktadır.

A. 1936 Reformları

1936 reformları Kolombiya'nın "Yeni Anlaşması" olarak betimlenegelmiştir. Başkan Alfonso López Pumarejo'nun radikal liberal yönetimi, hükümetin kontrolünü on yıllardır iktidarda bulunan Muhafazakârlardan çekip almıştır.⁵⁶ López, *revolución en marcha* diye bilinen süreç boyunca vergi reformu, tarım reformu ve 1936 reformlarını içeren bir takım anayasal reformları gerçekleştirmiştir.⁵⁷ Kolombiya Anayasası'nın 26. maddesi "mülkiyet [nosyonunun], yükümlülükleri içeren toplumsal bir fonksiyon" biçiminde kutsallaştırılmasına dönük olarak tadil edilmiştir.⁵⁸ Madde, özel çıkarlar ile "kamu yararı ya da toplumsal çıkar" ile gerekçelendirilen yasalar arasında bir uyumsuzluk vuku bulduğunda, kamusal olanın özel olana öncelikli olmasını da getirmiştir.⁵⁹

1936 anayasal reformları devletin, "kamu yararı ve toplumsal çıkar" amaçları uğruna mülkiyeti kamulaştırabilmesine olanak tanıyordu. Bu, yargısal denetim altında önceden tazminat ile ya da eşitlik gibi sebeplerle Senatonun ve Temsilciler Meclisi'nin üçte iki çoğunluk oyuyla tazminatsız olarak gerçekleştirilebiliyordu.⁶⁰

⁵⁴ Bkz. Shea, *supra* not 42, p.20.

⁵⁵ Büyük Britanya, 1820 ile 1914 yılları arasında Latin Amerika'daki en az kırk askeri müdahaleden sorumludur. Bkz. Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, p.24 (1985).

⁵⁶ Bkz. Richard Stoller, "Alfonso López Pumarejo and Liberal Radicalism in 1930s Colombia", 27 *J. Latin Am. Stud.*, p.367, 367 (1995).

⁵⁷ Bkz. *id.*

⁵⁸ Colom. Const., m.26 (1991'de ilga edilmiştir).

⁵⁹ *Id.* m.26.

⁶⁰ Bkz. William Marion Gibson, *The Constitution of Colombia*, p.367 (1948).

Madde 26: Gerçek ya da tüzel kişilerce özel hukuka göre yasal olarak elde edilmiş özel mülkiyet hakları ve diğer haklar güvence altına alınmış ve sonraki yasalarla reddedilemezdir. Kamu menfaati ya da toplumsal çıkar nedenleriyle gerekçelenen bir yasanın

Özel mülkiyetin toplumsal bir yükümlülüğü kapsadığının—mülkiyetin toplumsal bir işleve hizmet ettiğinin—tanınması, post-realist hukuk düşüncesinde uzlaşım bir fikirdir.⁶¹ Kolombiya'daki bu reformun fikirsiz kökenlerinin izleri sıklıkla Fransız anayasa teorisini Léon Duguit'nin eserlerinde sürülmektedir.⁶² Duguit geç on dokuzuncu ve erken yirminci yüzyıl İngiliz ve Amerikan ileri gelenleri benzer bir devlet teorisi çerçevesi çizmiştir: devlet sadece, emirler tebliğ eden bir insanlar gövdesidir.⁶³ Devlet otoritesi icrâ ettiği işlev ile haklaştırılır ve Duguit'ye göre, bu işlev mutlak toplumsal ihtiyaçların karşılanmasıdır.⁶⁴ Özel mülkiyet, bu toplumsal amaca hizmet ettiği ve onunla sınırlandırıldığı ölçüde haklaştırılabilir.⁶⁵

Görünüşteki yabancı kökenlerine karşın, Kenneth Karst, mülkiyete bu şekilde yaklaşmanın Latin Amerika anlayışlarına gayet uygun olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁶ Mülkiyetin toplumsal bir işlev görmesi ilkesi örneğin, kuramsal desteğini tüm toprakların devlet içinde yer tuttuğunu vurgulayan nosyonda bulmaktadır.⁶⁷ Bu düşünce 1917 Meksika Anayasası'nın 27. maddesi'nde ve Boliviya Anayasası'nın 165. ve 166. maddelerinde ortaya konulmuştur: Tüm özel mülkiyet, "Ulus"— [Yani] tüm toprakların ve suların koruyucusu uğruna aktarılmaya tabidir.⁶⁸ Madde 27 tüm mülkiyet haklarının devletten kaynaklandığını belirlemektedir ve Karst'a göre "devamlılıkları, toplumun ihtiyaçlarının karşılanmasına bağlıdır."⁶⁹ Dolayısıyla, mülkiyete toplumsal işlevlerin ve mülk sahiplerine de toplumsal yükümlülüklerin atfedilmesi bütünüyle tutarlıdır. Bazı Latin Amerika anayasaları bu toplumsal işlevi tanımaktadır: Venezuela'da özel mülkiyet hakkının anayasal garantisi "kamu menfaati ya da genel çıkar"a bağlıken⁷⁰ Şili Anayasası mülkiyetin toplumsal işlevinin ulusun

icrâsı ile bireylerin hakları arasında uyumsuzluk söz konusu olduğunda, özel çıkarlar kamusal ya da toplumsal çıkarlara yol vermek zorundadır.

Mülkiyet, yükümlülükleri kapsayan toplumsal bir fonksiyondur.

Mülkiyet, kamu menfaati veya toplumsal çıkar gerekçeleriyle, yasakoyucu tarafından tanımlandığı şekilde, yargı kararıyla ve zararın önceden karşılanması ile kamulaştırılabilir.

⁶¹ Bkz. Joseph William Singer & Jack M. Beerman, "The Social Origins of Property", 6 Can. L.J. & Juris., p.217 (1993).

⁶² Bkz. Kenneth Karst, "Latin-American Land Reform: The Uses of Confiscation", 63 Mich. L. Rev., p.327, 346 (1964); Stoller, *supra* not 56, p.391. Esinlenmede aynı zamanda 1917 Meksika Anayasası'ndan, 1919 Weimar Anayasası'ndan ve 1931 İspanyol Anayasası'ndan da yararlanmışıştır. Bkz. Luis Carlos Sachica, *Constitucionalismo Colombiano*, p.263 (1989). Duguit'nin Buenos Aires'teki etkileyici 1991 dersinden seçme parçalar yeniden yayınlanmıştır: Alfred Constain, *Elements de Derecho Constitucional*, p.253-58 (1959).

⁶³ Bkz. Harold J. Laski, Note, "A Note on M. Duguit", 31 Harv. L. Rev., p.186, 187-88 (1917-18).

⁶⁴ Bkz. *id.*

⁶⁵ Bkz. Leon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, p.13, 295 (4. ed., 1923).

⁶⁶ Bkz. Karst, *supra* not 62, p.356.

⁶⁷ Bkz. *id.*

⁶⁸ Bkz. Mex. Const., m.27; Constitución Política del Estado [Constitution], m.165-166 (Bol.) [bundan sonra Bol. Const.].

⁶⁹ Karst, *supra* not 62, p.356.

⁷⁰ Constitución de la República de Venezuela [Constitution], m.99 (Venez.) [bundan sonra Venez. Const.].

genel çıkarı, güvenliği, kamu kullanımı, sağlık ve çevrenin korunması ihtiyaçlarını kapsadığını bildirmektedir.⁷¹

Kolombiya bağlamında, toplumsal bir işlev olarak mülkiyet, toprağın atıl durmayacağı fakat verimli bir şekilde yararlanılacağı biçimindeki Lockçu buyruğa da anayasal ifadesini vermektedir.⁷² Kolombiya toprak reformu üzerine 1963'teki çalışmasında Albert Hirschman, Kolombiya siyasi kültüründe bu ideolojinin menşeinin izini sürmektedir.⁷³ Kolombiya'nın iç kesimlerindeki görünüşte boş ve verimsiz toprakların toplumsal olarak görmezden gelinen düzenlenme (veya sömürülme) pratiği, geniş (*hacienda*) toprak sahiplerinin ellerinde eşitsiz bir birikmeyle neticelenmiştir.⁷⁴ 1936 anayasa reformuna işlerlik kazandıran yasa yapımı (200 Yasası) bu verimlilik ideolojisiyle uyumludur.⁷⁵ Bu yasa, spekülatif mülk sahiplerinin 10 yıldan daha uzun bir süredir işlenmemiş tarım arazilerinden, kamulaştırma yetkisi ile yoksun bırakılmasını amaçlamaktaydı.⁷⁶ 200 Yasası, diye yazar Hirschman, "bir özel mülkiyet varsayımının, toprağı işgal edenler ve ondan 'ekonomik olarak yararlananlar' lehine var olduğuna dair temel ilkeyi kurmuştur."⁷⁷

Hirschman'ın göstdediği üzere, 1930'ların tarım reformu hareketi ve bunun 1960'larda⁷⁸ devam eden programı ufak bir gelişim kaydetmiştir.⁷⁹ Radikal görünen 1936 anayasa reformlarının etkili olması asla amaçlanmamıştır. Hirschman'ın 1963 tarihli çalışması, Kolombiya'da süregiden toprak reformu yasalarının "iyi niyetli ve toplumsal olarak gelişmiş ve fakat uygulamadan kaynaklanan ya da zekice engellenmeden doğan tıkanmalar nedeniyle etkisiz hâle gelebilecek yasalar ve kararlar neşretme biçimindeki uzun süreli gelenekçe

⁷¹ Bkz. Constitución Política de la República de Chile [Constitution], m.19, ¶ 24 (Chile) [bundan sonra Chile Const.]; Terence Daintith & Monica Sah, "Privatization and the Economic Neutrality of the Constitution", 1993 Pub. L., p.465, 474-75; Steven E. Hendrix, "Property Law Innovation in Latin America With Recommendations", 18 B.C. Int'l & Comp. L. Rev., p.1, 7-8 (1995).

⁷² Bkz. John Locke, "The Second Treatise of Government", Two Treatises of Government, p.296-97 (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press, 1988) (1690).

⁷³ Bkz. Albert O. Hirschman, Journeys Towards Progress: Studies of Economic Policy-Making in Latin America, (1965).

⁷⁴ Bkz. Alfonso López, "Latifundismo and the Need for Agrarian Reform in Colombia", Agrarian Reform in Latin America, p.87 (T. Lynn Smith, ed., 1965).

⁷⁵ Bkz. Hirschman, *supra* not 73, p.150.

⁷⁶ Bkz. *id.*

⁷⁷ Hirschman, *supra* not 73, p.150.

⁷⁸ Bkz. *id.* Yeni toprak reformunun ilk adımları 1957'de gerçekleştirilen ve 1936 anayasa reformlarını onaylayan bir plebisiti takip eden 1960'larda atılmıştı. Ufak bir ilerleme kaydedildi. Mülkiyet, 1970'lerde, daha öncelere nazaran daha eşitsiz biçimde dağıtıldı; tarımsal holdingler [*agricultural holdings*] ulusal toprağın çok daha büyük bir kısmını işgal etti. Bkz. Harvery F. Kline, "Columbia: Building Democracy in the Midst of Violence and Drugs", Constructing Democratic Governance: Latin America and the Caribbean in the 1990s, Part III, p.20, 39 (Jorge I. Dominguez & Abraham F. Lowenthal eds., 1996); Carlos Felipe Jaramillo, Liberalization, Crisis & Change in Colombian Agriculture, p.51-52 (1998). Kurucu Meclis cebri kamulaştırmaların "amaç ve konuya aykırı suistimal"ini [*repugnant corruption*] feshetmiştir: Kamulaştırma ve kamulaştırılma "büyük bir iş"ti. Bkz. Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Karar No. C-358/96 (1996), p.42 (yazar tarafından dosyalanmıştır).

⁷⁹ Hirschman, *supra* not 73, p.197.

kolaylaştırılabileceği”ni gözlemleyen pasajla sonlanmaktadır.⁸⁰ Süreç içinde gerçekleşen diğer işler bu şüpheleri doğrulamaktadır.⁸¹ Ekonomik eşitsizliğin çözümünün anayasal reformlarda yattığına ya da 1886 Anayasası’nın etkin toplumsal ve ekonomik değişim sağlanmasına bir şekilde ket vurduğuna dair yaygın bir inanç 1930’larda yok gibi görünmektedir.⁸² Diğer bir ifadeyle, 1936’daki anayasa reformu dürtüsü “sosyo-ekonomik olmaktan ziyade ilk olarak siyasi”ydi.⁸³

Anamlı bir toprak reformu gerçekleşme de, 1936 anayasa değişiklikleri 1960’larda devletin mülkiyet haklarını etkileyen yalın bir tarım reformuna girişmesini mümkün kılmıştır.⁸⁴ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, toprakların 1961 tarım yasasına göre kamulaştırılmasıyla görevlendirilen Instituto Colombiano de Reforma Agraria’nın (“INCORA”) faaliyetlerine yönelik böylesi bir itirazı değerlendirmiştir. Kurum orta derecede faaliyettedir: 1963 yılı itibarıyla INCORA, senet iptali veya toprak iddialarının geçersizliği iddialı 108 hukuk davası açılmasını teşvik etmişti.⁸⁵ Mülk sahipleri gelecek bir vakitte bedeli verilip geri alınabilir devlet tahvilleri karşılığıyla, devlet tarafından piyasa değerinde tazmin edilmiştir. Bununla birlikte, mülk sahipleri, devletin “zarar önceden ödenmeksizin” kamulaştırma yaptığını iddia etmişlerdir.⁸⁶ Eğer devlet tahvilleri derhâl paraya çevrilmezse, madde 26’daki önceden tazmin anayasal şartının yerine getirilmiş olmayacağı iddia edilmiştir.⁸⁷

Devlet lehine verdiği kararında, Mahkeme, mülkiyetin toplumsal işlevinin anlamına dair derinlemesine bir irdelemede bulunmuştur: “Toplumsal işlev... ortaya koymuştur ki, mülk sahipliği, mülkiyet hakları lehine Anayasa’da verilen garantinin bu hakların toplumun ihtiyaçlarını karşılama derecesinde şarta bağlanması bakımından, toplumunun çıkarları itibarıyla ikincil konumdadır.”⁸⁸ Mahkeme, “tüm durumlarda ve koşullarda, toplumsal çıkarların özel çıkarlar üzerindeki bu” anayasal baskınlığı ışığında, tahvil biçiminde tazmin kararının madde 26’daki anayasal şartı karşıladığına hükmetmiştir.⁸⁹

Karst, 1964’te, toplumsal işlev hakkında konuşmanın geniş ölçüde tarım toprakları ile sınırlı olduğuna işaret etmiştir.⁹⁰ “Toplumsal işlevlerin benzer uygulaması, eşdeğer gerekçeyle,” diye yazar, “diğer mülkler için de gerekebilecektir.”⁹¹ 1991 Kolombiya Anayasası kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin tedbirler içermektedir ve bence bunların temelinde yatan mülkiyetin

⁸⁰ *Id.* p.211.

⁸¹ *Bkz.* Stoller, *supra* not 56, p.393.

⁸² *Bkz. id.*

⁸³ *Id.*, p.393.

⁸⁴ *Bkz.* T. Lynn Smith, *Colombia: Social Structure and the Process of Development*, p.89 (1967).

⁸⁵ *Bkz. id.*

⁸⁶ Kenneth L. Karst & Keith S. Rosenn, *Law and Development in Latin America*, p.348-49 (1975).

⁸⁷ *Bkz. id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* p.348.

⁹⁰ *Bkz.* Karst, *supra* not 62, p.356.

⁹¹ *Id.* p.347.

toplumsal işlevlere hizmet etmesi ilkesidir—mülkiyet toplum çıkarları bakımından ikincildir.

B. 1991 Kolombiya Anayasası

Kolombiya, 1980'lerdeki finansal krizden etkilenmeyen az sayıdaki Latin Amerika ülkesinden biriydi: Son zamanlara kadar, Kolombiya'nın borçlanma oranları düşük seviyedeydi ve mâli açıkları makûl düzeydeydi.⁹² Bununla birlikte, Kolombiya ekonomisinin görece başarısı, sonraki hükümetleri sert müdahalelere, yani Uluslararası Para Fonu teşvikli uyumlaştırma programlarına bağlanmaktan kurtarmamıştır.⁹³

Kolombiya'nın 1990 ekonomik liberalleştirme programı, *Apertura*, yabancı yatırıma açılmayı ve ılımlı bir özelleştirme programına teslimiyeti göstermektedir.⁹⁴ Hükümetin Dünya Ticaret Örgütü ("WTO")'ne sunduğu rapora göre, "[k]amu sektörü varlıklarının özelleştirilmesi, Hükümet kaynaklarının özel sektöre çok daha etkin biçimde gerçekleştirilebilecek olan faaliyetlerden ayrı tutulması ve bunların Hükümet müdahalesinin asli olduğu, örneğin, eğitim, sağlık, adalet ve güvenlik sektörlerine aktarılmasını amaçlamaktadır."⁹⁵ Başka deyişle, özelleştirme, gelir akışını arttıracak, mâli açığı düşürecek ve sosyal reformu destekleyebilecektir.⁹⁶

Bu ekonomik ve toplumsal değişim programının hızlandırıcılarından biri 1991 anayasa reformunun gerçekleştirilmesiydi. Bu vazife, Muhafazakâr ve Liberal partileri, çalışanları, yerli halkları ve M-19 gerilla hareketindekileri de içeren silah bırakan gerilla gruplarının dört temsilcisini kapsayan, Kolombiya siyasal yaşamının muhtelif seçim bölgelerini geniş ölçüde temsil eden seçilmiş yetmiş delegeden oluşan çok taraflı bir anayasa kurulunca üstlenilmişti.⁹⁷ Bu anayasa kurulu "Kolombiya'da uzlaşım arayışıyla çalışan ilk oluşum" olarak ve kurulun Kolombiya için başarılı bir anayasa müzakeresinde bulunması da "başdöndürücü" olarak betimlenegelmiştir.⁹⁸ Yeni anayasanın, Kolombiya'daki

⁹² Bkz. Jose Antonio Ocampo, "Crisis and Economic Policy in Colombia, 1980-85", Latin American Debt and the Adjustment Crisis, p.239, 257 (Rosemary Thorp & Laurence Whitehead eds., 1987).

⁹³ 1984'te, Kolombiya uyumlaştırma programı "IMF gözetiminde bir *ortodoks makroekonomik* programı ihtiva etmekle kalmayıp, *sektörel*, bilhassa ticari politikalara Dünya Bankası müdahalesini de içeriyordu." *Id.* Aralık 1999'da, Kolombiya IMF ile özelleştirmeleri arttırma şartlı \$2.7 milyarlık (ABD) bir kredi antlaşması imzaladı. Bkz. "Recovery, of Sorts", *Economist*, Nis. 22, 2000, p.32.

⁹⁴ Bkz. David J. Pascuzzi, "International Trade and Foreign Investment in Colombia: A Sound Economic Policy Amidst Crisis", 9 Fla. J. Int'l. L., p.443, 449-50 (1994).

⁹⁵ "Colombia", *Trade Pol'y Rev.* (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması, Cenevre, İsvçr.) 1996, p.166.

⁹⁶ Bkz. Pascuzzi, *supra* not 94, p.468.

⁹⁷ Bkz. Donald T. Fox & Anne Stetson, "The 1991 Constitutional Reform: Prospects for Democracy and the Rule of Law in Colombia", 24 Case W. Res. J. Int'l. L., p.139,145 (1992).

⁹⁸ *Id.*; Ayrıca bkz. William C. Banks & Edgar Alvarez, "The New Colombian Constitution: Democratic Victor yor Popular Surrender?", 23, U. Miami Inter-Am. L. Rev., p.39, 45 (1991). Mevcut iki önemli silahlı direniş hareketinin, Kolombiya Devrimci Silahlı Kuvvetleri ("FARC") ve Ulusal Kurtuluş Ordusu ("ELN"), her ikisi de katılım göstermeyi reddettiler. Bkz. Kolombiya Yerlileri Ulusal Örgütü ("ONIC"), "Participation of Columbian

Marksist gerillaların süregelen silahlı hareketini ve kokaindeki uyuşturucu trafiğince körüklenen siyasal şiddeti içeren önemli yolsuzluk ve istikrarsızlık kaynaklarını etkisizleştirecek bir yapı sağlayacağı umulmuştur.

1991 anayasası, bu itibarla, siyasal yaşamın tüm alanlarındaki şiddet ve istikrarsızlık nedeniyle yarılmış bir ülkedeki çekişmeli [*fractionous*] bir kurulum dikkate değer bir inşası anlamına gelmektedir. *Estado social de derecho*—bir tür sosyal devlet ve hukuk devleti karışımı— düşüncesi devletin yeni anayasa yansıtılan rolüne açıklama getirmektedir.⁹⁹ Metin, yerlilerin öz-yönetimlerinin tanınmasının yanısıra çeşitli sosyal ve ekonomik hakları güveneye almaktadır. Anayasa özel mülkiyete genel bir koruma getirmekle birlikte, metin aynı zamanda mülkiyetin demokratikleştirilmesini de göz önünde bulundurmaktadır.¹⁰⁰ 60. madde’de, anayasa ifade eder ki, devlet “mülkiyete erişimi teşvik eder.”¹⁰¹ Aynı zamanda devletin “tarım işçilerinin bireysel ya da topluca arazi mülkiyetine tedricen erişimini teşvik etme görevi” vardır.¹⁰² Komünal yerli toprağı hakları tanınmaktadır¹⁰³, ve topraklar “garıkabilidevir, müktesep ve müsadere edilemezdir.”¹⁰⁴ Uluslararası yatırım hukukundaki görünüşte evrensel eğilimlerin aksine, anayasa, tazmin koşulu olmaksızın mülkiyetin kamulaştırılmasına cevaz vermektedir.¹⁰⁵ Kolombiya Anayasa Mahkemesi’ne göre,

Indigenous Peoples in the Constitutional Reform of 1991”, Aboriginal People, p.66, 72-73 (Marie Leger ed. & Arnold Bennett trans., 1994). Gerilla savaşının GDP [*Gross Domestic Product*] (Gayrisafı Yurtiçi Hasıla-Çn.)’yi her yıl için en az yüzde iki düşürdüğü belirtilmiştir. *Bkz.* David Swafford, “Halo of Hope”, Latin Fin., Mar. 1999, p.45.

⁹⁹ *Bkz.* Manuel José Cepeda, “Democracy, State and Society in the 1991 Constitution: The Role of the Constitutional Court”, Colombia: The Politics of Reforming the State, p.71, 86 (Eduardo Posada-Carbó ed., 1998).

¹⁰⁰ *Bkz.* Colom. Const. m.58:

Medeni yasalara göre iktisap edilmiş olan özel mülkiyet hakları ve diğer haklar müteakip yasalarca yok sayılamaz ya da onlara hâlel getirilemez. Kamu menfaati ya da toplumsal ilgi konularını yansıtan ve asli olarak tanınan bir yasanın uygulanmasında bireylerin hakları bakımından bir ihtilâf söz konusu olduğunda, özel çıkarlar kamusal ya da toplumsal çıkarlara öncelik vermek zorundadır.

Mülkiyet, yükümlülükleri kapsayan bir toplumsal fonksiyondur. Bunun gibi, ekolojik bir fonksiyon da ona içkindir.

Devlet, mülkiyetin birlikte ve kolektif formlarını koruyacak ve teşvik edecektir.

Yasakoyucunun nitelediği kamu yararı veya toplumsal ilgi nedeniyle, kamulaştırma yapmak hâkim kararı ve bedeli önceden ödenmek suretiyle mümkündür. Bunların ikincisi toplumun ilgileri ve etkilenen tarafla istişare içinde belirlenir. Yasakoyucunun belirlediği durumlarda, müteakip nizâh idari dava koşuluyla, bahsi geçen kamulaştırmalar idari yollardan gerçekleştirilir.

Yine de, yasakoyucu, eşitlik nedenleriyle, zararın tazmininin zemini olmadığı hâlleri, her iki meclisin üyelerinin mutlak çoğunluğunun müspet oyu ile belirleyebilir.

Yasakoyucunun başvurduğu kamu yararı ve toplumsal ilgi saikaları yanı sıra eşitlik nedenleri, yargısal denetime tabi değildir.

Id. Son iki fıkra 1/99 Activo Legislativo ile ilgâ edilmiştir (Ağust. 4, 1999). Tartışma için *bkz. infra* Bölüm IV.)

¹⁰¹ Colom. Const. m.60.

¹⁰² *Id.* m.64.

¹⁰³ *Bkz. id.* m.329.

¹⁰⁴ *Id.* m.63.

¹⁰⁵ *Bkz. id.* m.58.

estado social de derecho özellikli belirleme “mülkiyetin toplumsal fonksiyonunun gerçekleştirilmesine dayanmaktadır.”¹⁰⁶

Tüm bunlara karşın, kamu sektörü varlıklarının ve sorumluluklarının özelleştirilmesi programı bilhassa tasarlanmıştır. 1991 anayasası ekonomik ilişkilerin uuslararasılaştırılmasını desteklemektedir¹⁰⁷ ve meclisin, hükümeti “ulusal varlıkların satılması” konusunda yetkilendirmesine cevaz vermektedir.¹⁰⁸ “Kamu sağlığı ve çevresel koruma” “devletin sorumlu olduğu kamu hizmetleri” olarak belirtilmekle beraber anayasa, “özel oluşumların...bunları gözetme ve üzerlerinde kontrol tatbik etme”lerine müsaade etmektedir.¹⁰⁹ Sosyal güvenlik “kamusal ya da özel oluşumlarca tekarşılanabilecek” güvenceleşmiş bir “vazgeçilemez haktır.”¹¹⁰ Son olarak, devlet “mülkiyete erişimi” teşvik etmekle yükümlü olduğundan, bir devlet teşebbüsü özelleştirildiğinde, çalışanlara, sendikalara, emeklilik fonlarına ve kooperatiflere (*sector solidario*) özelleştirilen teşebbüsün hisselerini en düşük fiyatla ve özel kredi koşulları altında almaları için teklifte bulunmakla yükümlüdür.¹¹¹ Kolombiya Anayasası’ndaki özelleştirme, böylece, mülk sahipliğini yabancı yatırımcıların ya da hâlihazırdaki varlıklılıkların ellerinde yoğunlaştırmaktansa, nüfusun geniş katmanlarına yaymayı istemektedir.¹¹²

Anayasa Mahkemesi finansal kurumların özelleştirilmesini, tasarı madde 60’ta öngörülenlere uygun düşmediği için durdurmuştur.¹¹³ Dayanışma sektörüne hisse teklifi yüzde on beş ile sınırlı tutulmakla ve imtiyazlı koşullar da hâlihazırdaki hisse sahiplerine yapılan tekliflere eklenmekle, tasarı kamu mül-

¹⁰⁶ Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı No. C-037/94, § 2.2 (yazarın düzenlediği dosya).

¹⁰⁷ *Bkz.* Colom. Const. m.277.

¹⁰⁸ *Id.* m.150.9.

¹⁰⁹ *Id.* m.49.

¹¹⁰ *Id.* m.48.

¹¹¹ *Bkz.* Anayasa Mahkemesi Kararı No. C-037/94, § 3 (yazarın düzenlediği dosya); *Ayrıca bkz.* Colom. Const. m.60:

Devlet bir teşebbüsteki payını sattığında, hisse sahipliğinin demokratikleştirilmesini teşvik edecek tedbirleri alır ve çalışanlarına ya da kolektif ve çalışan örgütlerine, sözkonusu tescilli hisseleri elde etmelerini mümkün kılacak özel vâdeler teklif eder.

Id.

¹¹² Kolombiya Anayasa Mahkemesi’ne göre, madde 60, özelleştirmenin “kamusal mülkiyetin, değerinin bir kısmına, toplumun en zengin katmanlarına transferine dönüştüğü” “pek çok ülkede” takip edilen özelleştirme sürecinin engellenmesi için tasarlanmıştır. Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı No. C-452/95 (yazarın düzenlediği dosya). 1992 Paraguay Anayasası’nda da benzer düzenlemeler bulunabilir:

Devlet, devlete-ait bir şirketi ya da böylesi bir şirketin hisselerini özel sektöre nakletmeye karar verdiğinde, şirketle doğrudan bağlantılı şirket çalışanlarına ve sektörlerle öncelikli bir satın alma seçeneği sunar. Bu seçeneğin tesis edileceği yol bir kanunla düzenlenir.

Constitución de la República de Paraguay [Constitution], m.111 (Para.) [bundan sonra Para. Const.]; *Ayrıca bkz.* Guislain, *supra* not 34, p.37.

¹¹³ *Bkz.* Alejandro Linares & Maristella Aldana, “Privatization Laws in Colombia”, Latin Fin., Ocak 1997, p.23. *Genel olarak bkz.* Cepeda, *supra* not 99; Luz Estella Nagle, “Evolution of the Colombian Judiciary and the Constitutional Court”, 6 Ind. Int’l & Comp. L. Rev., p.59 (1995) (Mahkeme’nin evrimleşen rolünü tartışır).

kiyetinin “demokratikleşmesi” denen anayasal taahhüdü ihlâl etmiştir.¹¹⁴ Bütün bunlara rağmen, 1996 yılı itibariyle, Kolombiya hükümeti devlete ait ya da devlet kontrolünde bulunan aşağı yukarı 100 varlığı özelleştirmişti¹¹⁵, ki bunların arasında altıdan fazla banka, tasarruf ve kredi kuruluşu, ulusal liman otoritesi, termoelektrik ve hidroelektrik santralleri ve demiryolu alanları vardır.¹¹⁶

Özelleştirmeye dayanışma sektörünün katılımı olsa bir nebze dir. Alımların yapıldığı yerlerde, teşebbüsün sadece bir bölümünün satın alınması olanaklıdır.¹¹⁷ Çalışanların birliklerine ve kooperatiflerine imtiyazlı hisse teklifleri, çoklukla en yüksek teklifi verenlere tümüyle satılmıştır.¹¹⁸ Diğer hâllerde, özelleştirme programının kısmî etkisi olabilmiş ve olabileceğe benzerdir. Kolombiya’daki düşük sendikalaşma oranları dikkate alındığında (aşağı yukarı yüzde sekiz),¹¹⁹ çalışanların en yoksulları ne örgütlü olacaklar ve ne de hissese-netlerini satın alabilecek mâli kapasiteleri olacaktır.¹²⁰

Neo-liberalizm yaklaşımı taraftarları bakımından, Kolombiya’daki özelleştirme son derece yavaş ilerlemektedir. Kamu hizmetlerinin çoğu devlet tarafından verilmeye devam etmektedir.¹²¹ Gerçi, hâlihazırdaki Pastrana Hükümeti özelleştirmeyi hızlandıracağına işaret etmiş bulunmaktadır: Bir rapora göre, Hükümet “yabancı yatırımcıların yoluna kırmızı halı sermektedir.”¹²² Başkan Pastrana devlete-ait on yedi elektrik şirketini ve devletin büyük kömür çıkarma işlerindeki payını özelleştirmeyi amaçlamakta ve yine yollar, otopanlar ve havallimanları gibi yeni altyapı kalkınmasında iş yapan yatırımcıları ortak etmeyi de amaçlamaktadır. Hükümet sadece 1999 yılındaki özelleştirmelerden \$3.1 milyar Amerikan doları kadar tahmini bir gelir beklemektedir.¹²³

Kolombiya özelleştirme programına bağlı olarak, yabancı yatırımın kabul edilmesi için kurallar gevşetilmiştir: Yatırımların elenip taranması duraksamış, kârın dönüştürülmesi üzerinde birkaç kısıtlama kalmış, tüm yabancı yatırımcılara ulusal muamele [*national treatment*] garantisi sağlanmıştır ve neredeyse tüm sektörlerde %100 yabancı mülkiyetine izin verilmektedir.¹²⁴ Mamâfih, ya-

¹¹⁴ Colombian Constitutional Court Kararı No. C-037/94 ve No. C-452/95 (yazarın düzenlediği dosya).

¹¹⁵ Bkz. “Colombia”, *supra* not 95, p.9.

¹¹⁶ Bkz. Linares & Aldana, *supra* not 113, p.23.

¹¹⁷ Termal elektrik santrallerinin özelleştirilmesinde sektör %60’lık bir nemadan fazlasını satın alabilmiştir. Bkz. *id.*

¹¹⁸ Bu veri için Profesör Diego López-Medina’ya müteşekkirim.

¹¹⁹ Bkz. PRS Group, “Climate for Business”, Kasım. 1, 1996, Lexis, Haber Kitaplığı, PRS Group/IBC Piyasa Bültenleri dosyasından ulaşılabilir.

¹²⁰ Bkz. Pascuzzi, *supra* not 94, p.476.

¹²¹ Bkz. Thomas Vogel, “Colombia Woos Foreign Investors in Bid to End Economic Slump”, *Globe & Mail*, May. 31, 1999, A11’de.

¹²² *Id.*

¹²³ Bkz. *id.* 2000 yılına ait raporlar özelleştirme gelirlende \$2 milyar dolardan (ABD) \$830 milyon dolara (ABD) bir düşüğe ve iki bankanın, 14 elektrik dağıtımıcısının ve ulusal elektrik şebekesi olan Interconexión Eléctrica’nın satışındaki ertelenmeyi göstermektedir. Bkz. “Recovery, of Sorts”, *supra* not 93, p.32.

¹²⁴ Bkz. “Colombia-Investment Climate”, Int’l Market Insight (Nat’l Trade Data Bank, Bogotá, Colombia), Ağust. 13, 1996, Lexis, Uluslararası Ticaret, Şirket & Mâli Enformasyon, Piyasa Raporları dosyasından ulaşılabilir [bundan sonra “Colombia-Investment Climate”].

bancı yatırımı rahatsız eden unsurlar hâlen varlığını sürdürmektedir ve bunlar mülkiyetin toplumsal bir fonksiyonu icrâ etmesi nosyonunun kalıntılarıdır. Bunlardan birine dikkat çekilmiştir: Anayasa, devleti, tazminat ödenmeksizin kamulaştırma yapmaya yetkilendirmiştir.¹²⁵ “Eşitlik nedenleriyle”—yargısal denetimden bağımsız bir kararlaştırma—her iki meclisin mutlak çoğunluğunca yetkilendirilmiş yasakoyucu, bedeli önceden ödenmeksizin mülkiyeti kamulaştırabilir.¹²⁶ Bir diğer husus yabancı yatırımcıların devlete ait teşebbüslerin elden çıkarılmasına iştirâk etmelerinin yasaklanabilmesinde yatmaktadır.

Özellikle özelleştirme ve mülkiyetin toplumsal fonksiyonuna dair hükümleri bakımından bu yeni anayasal rejim, yabancı yatırımın kabulü ve muamelesi üzerindeki neo-liberal uzlaşımı yansıtan yeni yatırım kuralları rejimini gerektiren ölçülere nasıl uygun olabilir? Bu meseleye sıradaki bölümde dönmektedirim.

V. ULUSAŞIRI YATIRIM KURALLARI REJİMİ

Burada, ulusaşırı [*transnational*] kuralların ilgili iki enstrümanı—İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları [*Bilateral Investment Treaties*] (“BITs”) ve Çok Taraflı Yatırım Antlaşması [*Multilateral Agreement on Investment*] (“MAI”)—ve bunların yeni Kolombiya Anayasası’nda bulunanlar gibi ülkenin anayasal kurallarıyla olan bağlantıları üzerine yoğunlaşmaktayım. Her iki yatırım enstrümanında da, “ulusal muamele” yükümlülüğü kurallarıyla uyumsuz, yerel çalışanları veya birlikleri tercih eden özelleştirme kuralları bulunmaktadır.¹²⁷ Ulusal muamele, diğer taraf ülkede yerleşmiş [ve yatırımın yapıldığı ülkede-Çn.] yerleşmiş-olmayan yabancı yatırımcılara, sanki buraya yerleşmişler gibi muamele görsünler diye, herhangi bir ayrımcılığa yapılmamasını gerektirmektedir.¹²⁸ Bununla birlikte, MAI bu genel kurala getirdiği bazı istisnalarla, bu bakımdan daha katlanabilir görünmektedir.

Ulusal muamele yükümlülüklerinin anayasal taahhütleri bozuma uğratıp uğratmadığı ya da onların temelini çürütüp çürütmediğinden kuşku duymak ilginçtir. Uluslararası ticaret üzerine çalışan bilim insanları ulusal muamelelerin herhangi bir belirli asgâri muamele standardını değil ama sadece yerli ve yabancı yatırımcılar arasında eşit muameleyi gerektirdiğini uzun uzadıya iddia etmişlerdir.¹²⁹ Onlara göre devletler her alanda yasa yapma yeteneğini haiz olmayı sürdürmektedirler. Böylece ulusal egemenlik esaslı biçimde etkilenmemektedir.¹³⁰ Bununla birlikte, bir anayasal metin bir devleti ulusal olanları tercih etme konusunda yetkilendirdiğinde veya bunu taahhüt ettiğinde, ulusal muamele kuralı bu anayasal taahhüdü hükümsüz kılma etkisine sahip olabilecektir.¹³¹ Ayrımcılık yapmama yükümlülüğü artık yasama hedefleri bakı-

¹²⁵ Bkz. Colom. Const. m.58.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ Bkz. *infra* 152-157 notlara melfuf metin.

¹²⁸ Bkz. John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, p.213-14 (2d ed. 1997).

¹²⁹ Bkz. *id.* p.157.

¹³⁰ Bkz. Richard G. Lipsey et al., *The NAFTA: What’s in, What’s out, What’s next*, p.164 (1994).

¹³¹ Bkz. *infra* 176-82 notlara melfuf metin.

mından tarafsız basit bir formal eşitlik biçimi değildir. Ulusal muamele yükümlülüğünü “ulusal egemenliği kemiğine kadar” yaralıyor kılan şey, işte bu anayasal bağlamdır.¹³²

Yabancı yatırımın kabul edildiği ve korunduğu koşullar uzun bir zamandır [Küresel] Kuzey ülkeleri ile [Küresel] Güney ülkeleri arasında bir ihtilâf konusu olagelmıştır, ancak bu ihtilâf azalır görünmektedir. Yabancı yatırımın korunması ve teşvikine dair kuralların kodifikasyonu pek çok alanda gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu kodlar, yabancı sermayenin korunması lehine en katı koruma standartlarını inşâ etmektedirler. Yatırım koruma antlaşmaları, MAI tasarısı gibi, uluslararası ekonomi hukuku için bir öncelik bendi olarak belirmektedir.¹³³ FDI’nın [*Foreign Direct Investment-Doğrudan Yabancı Yatırımı-Çn.*] korunması ve serbestleştirilmesini amaçlayan kurallar ağının kesişimi BIT’ler, NAFTA ve Avrupa Enerji Şartı Antlaşması gibi bölgesel ticaret antlaşmaları ve çok taraflı düzeyde Ticaretle Bağlantılı Yatırım Tedbirleri Antlaşması [*Agreement on Trade-Related Investment Measures*] (“TRIMs”) ile ortaya çıkmıştır.¹³⁴ Bağlayıcı olmayan bir dizi yatırım kuralı Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği’nde [*Asia Pacific Economic Cooperation*] (“APEC”) kararlaştırılmış ve OECD kendisini çok taraflı bir antlaşmanın tamamlayıcısı biçiminde konumlandırmıştır ki, MAI tasarısı bunun bir ürünüdür. Birlikte ele alındığında, devlet disiplininin ve neo-liberal prensibin bu enstrümanları dünyanın artık yabancı yatırım için güvenli olduğuna dair “dikkate değer bir mutâbakatı yansıtmaktadır.”¹³⁵

Başka bir yerde ulusaşırı, bölgesel ve iki taraflı düzlemlerde teşhis edilebilen bu ekonomik kurallar ağının ülke anayasaların bazı özelliklerini ve karakteristiklerini sergilediğini belirtmiştim.¹³⁶ Bunlar gelecekteki yurttaş kuşaklarını, politikanın pratiğe kendileri aracılığıyla döküldüğü bazı ön-belirlenmiş kurumsal formlara bağlayan ön-taahhüt stratejisinin bir formudurlar.¹³⁷ İlâveten, bağlayıcı icrâ mekanizmalarını ve yargısal denetimi içeren bu ekonomik kuralların, anayasalar gibi, değiştirilmesi güçtür ve bunlar bazen en çok ülke anayasalarının dilinden yararlanmaktadırlar.¹³⁸

A. İki Taraflı Rejim

İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları yatırımın korunması ve teşvik edilmesi için alışıldık bir enstrüman olagelmıştır. BM Ticaret ve Kalkınma Komisyonu 1998 sonuna kadar 174 ülkede 1700’den fazla BIT’in tamamlandığını bildir-

¹³² Michael M. Hart, “The Mercantilist’s Lament: National Treatment and Modern Trade Negotiations”, 21 *World Trade L.*, p.37, 55 (1987).

¹³³ *Bkz.* Michael J. Trebilcock & Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, p.335-66 (2d ed. 1995).

¹³⁴ *Bkz.* A.A. Fatouros, “Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?”, 10 *ICSID Rev.—Foreign Investment L.J.*, p.181, 188-89 (1995).

¹³⁵ Antonio R. Parro, “The Scope of New Investment Laws and International Instruments”, *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, p.27, 31 (Robert Pritchard ed., 1996).

¹³⁶ *Bkz.* Schneiderman, “Constitutional Strictures”, *supra* not 16, p.90.

¹³⁷ *Bkz. id.*

¹³⁸ *Bkz.* Schneiderman, “NAFTA’s Taking Rule”, *supra* not 16, p.515.

mektedir.¹³⁹ Bu antlaşmaların üçte ikisi 1990'lar boyunca müzâkere edilmişlerdir.¹⁴⁰ Calvo doktrini yaklaşımına ve ulusal egemenlik ilkesine sıkı bir bağlılık olmasına rağmen, Latin Amerika devletleri, katı yatırım koruma standartlarını cisimleştiren antlaşmaların artan ölçüde tarafı olagelmışlerdir.¹⁴¹ Latin Amerika ülkeleri ile Karayipler arasında en azından otuz yedi BIT aktedilmiştir.¹⁴²

Bu antlaşmalar taraf devletlerin, çoğu “ayrımcılık yapmama” ilkesi etrafında bir araya gelen bir takım anahtar mekanizmalara bağlılığını gerektirmektedir. Bu mekanizmalar, yatırım ülkesindeki yurtttaşlara sağlanandan daha aleyhe olmayacak muameleyi gerektiren ulusal muamele ve bir üçüncü ülke yatırımcılarına sağlanandan daha aleyhe olmayacak muameleyi zorunlu kılan en ziyade gözetilen ulus [*most favored-nation*] (“MFN”) statüsünü kapsamaktadır.¹⁴³ Ek olarak, taraf devletler üzerinde, kamulaştırmalardan ve ulusallaştırmalardan (ya da eşit etkiyi haiz tedbirlerden) korunmayı, yabancı yatırımcıların kendileri için bu yükümlülükleri icrâ edebilirliğini ve uluslararası ticaret kurullarından veya yerel mahkemelerden önce uyuşmazlıkların çözümlenmesini ve hükme bağlanmasını içeren esaslı kısıtlamalar mevcuttur.¹⁴⁴ Aynı yükümlülükler NAFTA'nın yatırım bölümünde esas itibarıyla tekrarlanmaktadır.¹⁴⁵

Yatırım antlaşmalarının artık yabancı yatırımcılarca taraf devletler aleyhine icrâ edilebiliyor olmaları dikkate değerdir. Normalde, uyuşmazlıklar devletlerarası diplomatik ilişki süreçleri üzerinden çözümlensin diye, sadece taraf devletler yatırım antlaşmalarını icrâ etmeye yetkilendirilmektedir. Yatırım kuralları rejimiyse, bunun yerine, yatırım uyuşmazlıklarını “depolitize” etme anlamına gelmektedir.¹⁴⁶ Yatırımcılar, uyuşmazlıkları bağlayıcı yatırım arabuluculuğuna götürmeye yetkili olmalarına ek olarak, bu antlaşmaların icrâsını sağlamak için âkid tarafın iç hukuk sisteminde dava açma yetkisine de sahiptir.¹⁴⁷ NAFTA'nın tarafları bu tip müdahaleyi ilk kabul edenlerdi ve artık bu uygulama modern BIT sisteminde yeniden üretilmektedir.¹⁴⁸ Kenneth

¹³⁹ Bkz. UNCTAD, World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenges of Development, p.117 (1999).

¹⁴⁰ Bkz. UNCTAD, World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, p.19 (1997)

¹⁴¹ Bkz. *id.* p.76-77.

¹⁴² Bkz. *id.* p.76.

¹⁴³ Bkz. Jackson, *supra* not 128, p.157.

¹⁴⁴ Bkz. David Schneiderman, “Investment Rules and the New Constitutionalism”, 25 L. & Soc. Inquiry, p.757, 769 (2000).

¹⁴⁵ Bkz. *id.* p.769.

¹⁴⁶ Bkz. Kenneth J. Vandeveld, “The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal”, American Society of International Law: Proceedings of the 86th Annual Meeting, p.532, 535 (1992).

¹⁴⁷ Bkz. *id.* p.532, 538. Kolombiya BIT'inin 8. maddesi'nin kullandığı dil bir nebze farklıdır. Bkz. Leif Weizman, “Colombia: Model Bilateral Investment Treaty of 1993”, 8 Inter-Am. Legal Materials, p.111, 122-23 (1998). Eğer uyuşmazlık takip eden üç ayda bir çözüme kavuşturulamazsa, taraflar uyuşmazlığın çözümü için “iç hukuku ya da başka bir yolu kullanarak” taraflardan birinin “idari mahkemelerine ya da divanlarına” veya Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Uluslararası Merkezi'nin [*International Center for the Settlement of Investment Disputes*] (“ICSID”) tahkim ya da arabuluculuğuna başvurabilirler. *Id.* p.123.

¹⁴⁸ Bkz. Vandeveld, *supra* not 146, p.534.

Vandevelde bunun “[ABD] BIT programının tek ve en önemli amacı” olduğunu ileri sürmektedir.¹⁴⁹ Kanada’da gözlemlendiği üzere, müdahalenin bu biçimi, yatırımcıların, taraf devletlerin özellikle kamusal politika oluşturmalarına kısımları konusunda yetkilendirilmesi demektir.¹⁵⁰

Bu antlaşmaların tarafları, ulusal muamele ve en ziyade gözetilen ulus statüsü gereklerinden muaf tutulacak sektörlerle dair koşullar belirlemeye ya da biçimlendirmeye yetkilidirler ve tipik olarak ulusal güvenlik, kamu düzeni ve çevrenin korunması gibi konularla ilgili genel muafiyetler mevcuttur.¹⁵¹ Normalde, kamulaştırmalar ve ulusallaştırmalar bakımından kısıtlamalara ve muafiyetlere izin verilmemektedir—bunlar basitçe toplum düzenine aykırıdır.

BIT’ler genelde devlet teşebbüslerinin elden çıkarılması sürecine dair açık hükümler içermezler. Umumiyetle BIT yükümlülükleri, yabancı bir yatırımcı ev sahibi ülkeye girene dek harekete geçirilmez ve bu yargı alanına girmek için, yatırımcılar tüm olağan yasalara ve düzenlemelere riayet etmek durumundadırlar.¹⁵² Kamu varlıklarının özel mülk sahiplerine satışı—gayrimillileştirme süreci—, yerleşmiş-olmayan yatırımcı ev sahibi ülkenin yargı alanına girmediği sürece, yabancı yatırımcılar aleyhine ayrımcılık yapmamayı gerektiren ulusal muamele yükümlülüğünü genelde harekete geçirmez. Başka bir ifadeyle, yabancı yatırımcı katılımına tecavüz eden özelleştirme tasarımları, yatırımcı hâlihazırda ülkede yerleşmedikçe, ulusal muameleye halel getirmeyecektir.

OECD bu meseleyi, 1976’daki standart yatırım maddesinde tanımlandığı üzere ulusal muamele prensibinin “önceden kamu mülkiyetinde olan teşebbüslerin özelleştirilmelerinde” uygulanıp uygulanmayacağını soruşturarak, 1991’de değerlendirmiştir.¹⁵³ OECD’nin vardığı sonuca göre, yükümlülüğün etkinlik kazanacağı moment

daha önceden tekel altında olan alanlar açıldığında. Bu gibi durumlarda, bu alanlara erişim, *söz konusu ülkelerde kurulu bulunan yabancı-kontrollü teşebbüslerle özel yerli teşebbüsler arasında ayırım-yapmayan bir temel üzerinden sağlanır*. Eğer kısıtlamalar yabancı-kontrollü teşebbüslerin yerli emsalleriyle karşılaştırdığımızda katılımını herhangi bir biçimde yasaklıyor ya da engelliyorsa, o hâlde bu kısıtlamalar Ulusal Muamele’ye ayrıklıklar olarak bildirilir. Enstrümanın bu bağlamdaki gâyesi, böylece, önceden kapalı olan sektörlerle eşit bir temelde erişimi garanti etmektir.¹⁵⁴

Anayasal himayeyi haiz ve çalışanlara, sendikalara ve kooperatiflere imtiyazlı hisse senedi tekliflerini gerektiren Kolombiya’daki özelleştirme kuralı zaten Kolombiya’da yerleşik bulunan yatırımcılar bakımından ulusal muamele

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Genel olarak bkz.* Schneiderman, “Constitutional Strictures”, *supra* not 16.

¹⁵¹ *Bkz.* İbrahim F.I. Shihata, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, 9 ISCID Rev.–Foreign Investment L.J., p.47, 52 (1994). NAFTA mevzunda, Meksika, Calvo Klozu ile korunan pek çok edimi uygun-olmayan tedbirler olarak kaydetmiştir. *Bkz. id.* p.61.

¹⁵² *Bkz.* M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investments, p.85 (1994).

¹⁵³ Organisation for Econ. Coop. and Dev., Main Features of the Multilateral Agreement on Investment, p.7 (1991) (yazarın dosya ile düzenlediği yayımlanmamış belge).

¹⁵⁴ *Id.* (vurgu eklenmiştir)

prensibine tecavüz etmekte midir? Rasyonel ekonomik ve politik amaçların gerçekleştirilmesini önleyen bir eşit haklar analizine başvurmak biçimindeki problematik soruyu bir kenara bıraktığımızda,¹⁵⁵ cevap, taahhüdü sınıflandıran bir biçimde gerçekleşir. Bir seçenek, kuralı yabancı yatırım katılımını yasaklayan ve bu itibarla ulusallık nedeniyle ayrımcı olarak sınıflandırmaktır. Bir diğeri, kuralı işverenler ya da diğer potansiyel yerli yatırımcılar gibi, bir ekonomik sektörü diğer sektörlere tercih etmek olarak ve bu itibarla işveren statüsü veya benzer başka nedenlerle, ancak ulusallık bahane edilmeden ayrımcı olarak sınıflandırmaktır. Bir başka seçenek ise kuralı, yerli çalışanları ve ilişkisel yatırımcıları yabancı çalışanlara ve diğer ilişkisel yatırımcılara, ayrımcılığa neden olan bir biçimde tercih etmek olarak değerlendirmeye almaktır. İlk ve en yaygını, pek çok uluslararası ticaret bilimi insanınca ve Amerika Birleşik Devletler'i tarafından benimsenen yorumlamadır. "Yerleşmiş-olmayanlarca gerçekleştirilecek doğrudan içeride yatırımı engelleme niyetindeki ya da etkisindeki yahut bilhassa buna ket vuran"¹⁵⁶ tüm tedbirleri hukuksuz ilan etmektedir. Bu ölçüte ve hatta daha az yaygın olan üçüncü seçeneğe göre, dayanışma sektörüne imtiyazlı hisse senedi tekliflerinin, yabancı yatırımcılara yerli teşebbüslerden ya da yatırımcılardan daha aleyhine muamele etmemeyi gerektiren ulusal muamele prensibiyle uyumsuz olması muhtemeldir. Nisan 1998 MAI tasarısı metni bu meseleyi aydınlatmaya yardımcı olmaktadır. Müzâkere eden taraflara göre, herhangi bir imtiyaz projesi yaygın biçimde tasarlanan ulusal muamele kuralına aykırılık oluşturabilecektir.¹⁵⁷

BIT kurallarının bu anlaşılma şekli çalışanlara, sendikalara ve kooperatiflere imtiyazlı hisse senedi tekliflerini gerektiren Kolombiya'daki anayasaca himaye edilen özelleştirme kuralının, Kolombiya'da zaten yerleşik bulunan yatırımcılar bakımından ulusal muamele prensibini ihlâl edeceğini ortaya koymaktadır. Bu sektöre imtiyazlı hisse senedi teklifleri ulusal muamele prensibine aykırı düşmektedir.

MAI'ye geçmeden evvel, Kanada BIT'lerine artan ölçüde dâhil olan ABD iki taraflı yatırım antlaşması standartlarının daha katı olduğu ve yerli anayasal rejimle çatışma olasılığını arttıracığı belirtilmelidir.¹⁵⁸ Bu standartlar sadece yatırımların kabulünün ardından adil muameleyi değil, yatırımların *kabulü veya kurulması* aşamasında ayrımcılık yapmamayı gerektirmektedir.¹⁵⁹ Yatırım alan ülkede sadece bir varlık bulmayı amaçlayan yerleşik olmayan bu yabancı yatırımcılar yatırım yapmalarından önce dahi ülkedeki yurttaşlarla aynı muameleye hak kazanmaktadırlar. Kolombiya anayasasının gerekleri bu daha katı standartla şüphesiz ki uyumsuzluk içinde olacaktır.

Yukarıda tartışıldığı üzere, Kolombiya Anayasa Mahkemesi ekonomik küreselleşmenin kısıtlamalarına bir dereceye kadar direnç göstermiştir. Böylece olasılık odur ki, bu BIT'ler, özelleştirmeye ilgili anayasal yükümlülükleri devre-

¹⁵⁵ Bkz. Sornarajah, *supra* not 152, p.85.

¹⁵⁶ Hart, *supra* not 132, p.54.

¹⁵⁷ Bkz. *infra* 164-165 notlara melfuf metin.

¹⁵⁸ Bkz. Sornarajah, *supra* not 152, p.245.

¹⁵⁹ Bkz. UNCTAD, *supra* not 139, p.77. Bu minvâl üzere, Kanada BIT süreci Britanya pratiğinin sonrasında modellenir olmaktan çıkmıştır. Bkz. Robert K. Paterson et al., *International Trade and Investment Law in Canada*, p.12-18 (1994).

dışı bırakmadıkça, anayasal denetimden kurtulamayacaklardır. Ancak olası maddi sonuç Kolombiya hükümetinin bu taleplere direnememesi olacaktır; yapacağı iş Kolombiya Anayasası'nda bir tadilâta giderek yatırım kuralları rejimine teslim olmak olacaktır.

B. Çok Taraflı Rejim

Kolombiya anayasa kuralları Çok Taraflı Yatırım Antlaşması tasarısının [*draft Multilateral Agreement on Investment*] koşullarının üstesinden ne kadar gelebilir? Eylül 1995'te OECD'ye üye yirmi dokuz ülke yabancı yatırımın korunması ve teşviki için icrâ edilebilir bir antlaşmayı tamamlama vazifesini yüklenmiştir. Bu, söz konusu ülkeler arasındaki yatırım akışının bozulması değildi; amaç daha ziyade, sözde “gelişmekte olan” dünya ülkelerinin uyarlanmaya zorlanması bakımından yatırımın korunması için yüksek standartların konulmasıydı.¹⁶⁰ İki taraflı antlaşmalar ağı böylece bu yeni çok taraflı enstrüman sayesinde tamamlanabilecektir.

Paris'teki müzâkereler, ABD Kongresi'ndeki antlaşmaya direniş, Fransa'nın müzâkere masasından çekilmesi ve Kanada, Fransa ve Yeni Zelanda ve başka yerlerdeki koordine yurttaş örgütlenmeleri nedeniyle, kısmen, durma noktasına gelmiştir.¹⁶¹ Uygulamanın OECD'de devam edeceğine dair ufak bir ihtimal varken, müzâkerelerin Dünya Ticaret Örgütü gibi diğer yerlere doğru yön değiştirmesi mümkündür. Bu bakımdan, özelleştirmeye ilişkin MAI kurallarına ve bilhassa taslak metnin içerdiği, devlet varlıklarının elden çıkarılması durumunda yabancı yatırımcılara muamele kurallarını açık açık amaçlayan hükümlerine göz atmaya değerdir—OECD raporunun bir taslağı 1991'de yeniden önerilmiştir.¹⁶²

Müzâkerelerde birtakım anahtar konular çözüme kavuşturulsa da, taslak yükümlerdeki özelleştirmeye ilişkin hükümlerin en az oranda düzenlenenler arasında olması ilginçtir.¹⁶³ Aslında, özelleştirmeye dair hükümler müzâkere eden tarafların bazıları arasındaki önemli anlaşmazlıkları ortaya koymaktadır. Eğer taslak metin OECD müzâkerelerinde nelerin ihtilâflı kaldığına işaret ediyorsa, bu aynı zamanda müzâkere eden taraflar arasında bu mesele hakkında hangi uzlaşma varıldığına dair herhangi bir kesin sonuca ulaşmayı da zorlaştırmaktadır.

Bununla birlikte, bazı meseleler ihtilâflı değildi. Ulusal muamele ve en ziyade gözetilen ulus muamelesinin, madde III—ABD BIT standardı—uyarınca kuruluş aşamasındaki yatırımcılara tanınacak olmasından ötürü, özelleştirme süreci genellikle bu kurala tutunacaktır. Ancak taraflar bu yükümlülüklerin özelleştirme bağlamında nasıl uygulanacağını ayrıntılı olarak açıklamak iste-

¹⁶⁰ *Bkz.* Jane Kelsey, *Reclaiming the Future: New Zealand and the Global Economy*, p.321 (1999).

¹⁶¹ *Bkz.* William A. Dymond, “The MAI: A Sad and Melancholy Tale”, *Canada Among Nations 1999: A Big League Player?*, p.25-53 (Fen Osler Hampson et al. Eds., 1999); Paul Valley, “How the Web Saved the World”, *Indep.* (London), Haz. 10, 1999, p.1.

¹⁶² *Bkz.* Organisation for Econ. Coop. and Dev., *supra* not 153.

¹⁶³ İstisnaların doğası, kültürün iyileştirilmesi, altulusal hükümetin kapsamı ile emek ve çevre gibi meseleleri kapsayan, çözüme ulaştırılmamış meseleler hakkında bir tartışma için, *bkz.* Dymond, *supra* not 161, p.34.

ğinde olmuştur. MAI'deki özelleştirme disiplininin, ulusal muamele ve en ziyade gözetilen ulus statülerinin “seçilen özelleştirme yöntemine bakılmaksızın”, halka arz ya da doğrudan satış gibi tüm özelleştirme biçimlerine ve sürecin tüm evrelerinde tanınmasına, gereksinim duyacağı hususu berraklaştırılmıştır.¹⁶⁴ Uyuşmazlık, hükümet için saklı tutulan ve kamu için özel tasarımlar olan yönetim/çalışan hisse satın alımları, “altın hisse senetleri” gibi ulusal muamele ve en ziyade gözetilen ulus muamelesini ihlâl eden “özel hisse senedi antlaşmaları” noktasındaydı.¹⁶⁵

Bu antlaşmaların ayrımcılık yapmama ilkesini *prima facie* ihlâl ettikleri kabul edilmiştir; anlaşmazlık, bunun metinde hangi yolla tanınacağı üzerindedir. Çoğu delegasyon özel hisse senedi antlaşmalarını, ulusal muamelelerin daha katı bir tanımlanmasını uyarlayarak, istisna etmek arzusunda görünmekteydi: Yabancı yatırımcılar, münezzeh yerli yatırımcılardan daha az lehe muameleye tabi tutulmadığı sürece, ayrımcılık yoktur.¹⁶⁶ Diğerleri ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün yürürlükte kalmasını tercih etmişlerdir, ancak bu devletler belirli alanlardaki özelleştirmelerle, söz konusu sektörlerde kabul edilen özel hisse senedi antlaşmalarının koşullarını tasarlamaları boyutunda ilgilenmişlerdir.¹⁶⁷

Delegasyonun önemli bir kısmı tarafından kabul edilen tasarı metin, en ziyade gözetilen ulus statüsünü açıkça ihlâl etmedikçe ve yatırımlara “ulusallık yahut daimi yerleşim” temelinde ayrımcılık yapmadıkça, ulusal muamele ve en ziyade gözetilen ulus muamelesiyle bağdaşan özel hisse senedi antlaşmalarını dikkate alacaktır.¹⁶⁸ OECD'nin Nisan 1998'den önceki tarihli taslak metnindeki açıklama, yabancı yatırımcılar “böylesi özelleştirme tasarımlarını karşılamayan yerel yatırımcılardan daha dezavantajlı bir pozisyona sokulmadıkları” sürece, bu tedbirlerin ayrımcılık yapmayan olarak anlaşılacağı yönündedir.¹⁶⁹ Bu yorumsal kloz dikkate alındığında, çok taraflı enstrüman meselesinde, BIT kurallarının aksine, kuşatıcı bir kod marifetiyle, çalışanlar ve onların birlikleri için imtiyazlı hisse senedi alternatifleri bir açıklığa kavuşabilecektir. Politik alternatiflerin kısıtlandığı bir çevrede, bu, sınırlanmamış bir BIT ulusal muamele kuralına tercih edilen bir alternatif olarak görülebilecektir.

Delegasyonun azınlığı belirli sektörleri istisnalar olarak tasarlama seçeneğini tercih etmişlerdir. Özelleştirme sürecini MAI disiplinlerine istisna kılmak, anayasal ihtilâftan da kaçınılabilmektedir. Bu büyük ölçüde söz konusu

¹⁶⁴ “[D]ört delegasyon tüm özelleştirme yükümlülükleri hakkındaki konumlarını saklı tutmuştur.” Organisation for Econ. Coop. and Dev., The MAI Negotiating Text, p.27, n.41 (1998).

¹⁶⁵ Bu, müzakere metni taslağının ¶ 3, altern. 4, m.7'deki dilidir. *Bkz. id.* p.29; Anders Ahnlid, New Disciplines, p.23, 24 (OECD Working Papers, Proceedings of the Special Session on the Multilateral Inv. Agreement, Vol. V, No. 96, p.23, 24 (1997)).

¹⁶⁶ *Bkz. Ahnlid, supra* not 165, p.24; Madalena Oliveira e Silva, Privatization and Monopolies, p.33, 35 (OECD Working Papers, Multilateral Agreement on Inv. State of Play, Vol. V, No.51 (1997)).

¹⁶⁷ *Bkz. Ahnlid, supra* not 165, p.24; e Silva, *supra* not 166.

¹⁶⁸ Bu, “çok sayıda delegasyonca desteklenen” dildir. *Bkz. Organization for Econ. Coop. and Dev., supra* not 153, p.28 (¶ 3, altern. 1, m.4'e ilişkin).

¹⁶⁹ Organisation for Econ. Coop. and Dev., *supra* not, p.7. Kasıtlı ve kasıtsız ayrımcılıkların muaf tutulup tutulmayacağı hususu ise net değildir. *Bkz. e Silva, supra* not 166, p.33.

kayıtların özgüllüklerine bağlıdır: Bunların (yeni sektörlerin eklenememesi anlamında) sınırlanıp, ya da, (kayıtların gelecekteki sektörel istisnaları umması anlamında) sınırlanmadığı.¹⁷⁰ MAI müzâkercilerinin beklentileri antlaşmanın yatırım tedbirlerini “duraksatması”ydı: Antlaşma, devletlerin başka bir yöne meyledemeyecekleri bir “geri dönüşsüz minimum standart” getirmektedir.¹⁷¹ Antlaşma, örneğin önbelirlenmiş bir programa göre, kayıtları ve istisnaları “onların sonraki tasfiyesi maksadıyla” “geri sarabilecektir”.¹⁷² Böylelikle, zamanla, muaf tutulan bir dizi teşebbüs ya da sektörler dahi MAI metnindeki ya da devlet emsâli baskıdan kaynaklanan yükümlülüklerden dolayı bir erozyona tabi kalacaktır.

VI. SONUÇ

Anayasal yaklaşımın devlet kapitalizmi modeli sadece gözden düşmekle kalmamıştır, yatırım kuralları rejimince ortaya konan neo-liberal modelin etkileri nedeniyle neredeyse daimi olarak silinmeyle yüzyüzedir. MAI tasarısı özelleştirme alternatiflerine göre daha tolare edilebilir bir yaklaşım ortaya koysa bile, tercih edilen hisse senedi seçeneği yaklaşımın yatırım kuralları rejiminin kilit kurallarıyla uyumsuz olmaya devam ettiğini ve bu disiplinlerin istisnalara müsaade edilmemesi için zamanla etkilerini pekiştirmeyi planladığını hatırlamamız gerekmektedir.

Kuşkusuz ki, yukarıda anahatlarıyla belirtilen ihtilâf anayasal analiz alanına hapsedilmiş değildir; durumun devlet teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin sıradan yasama kuralları bağlamında yankıları da vardır. Ancak anayasal bağlam, ihtilâfın mahiyetini genişletmektedir. Anayasaların siyasetin dışında bir sabite düzeyine sahip olmaları yani, oyunun dirençli kurallarını standartlaştırmaları beklenir. Bu itibarla, devletler içindeki belirli sınıf çıkarlarının ve diğer devletlerin materyal çıkarlarının baskılarına karşı dayanabiliyor olmalıdır. Ancak anayasalar siyasetin içindedirler de ve bu nedenle alternatif gelecekler dair gerçek ihtilâfın odak noktasını teşkil ederler. Anayasalar, mâlûmun ilanındır ki, hem siyasete biçim verirler hem de siyaset tarafından biçimlendirilirler.¹⁷³

Bu ihtilâf, Anayasası’ndaki kamulaştırma kuralının yatırım kuralları rejimiyle doğrudan çatıştığı Kolombiya’da hissedilmektedir. 1994 Kolombiya-Birleşik Krallık BIT’i ulusal muameleye, en ziyade gözetilen ulus muamelesine ve kamulaştırmalar ve ulusallaştırmalar hakkındaki yasaklamalara ilişkin olağan hükümleri hâviydi.¹⁷⁴ Kamulaştırma ve ulusallaştırma kamusal bir amaç gütmedikçe, ayırım yapan nitelikte olmadıkça ve tamamen gerçekleştirilebilir ve devredilebilir “hızlı, yeterli ve etkili tazminat”larla beraber olmadıkça yasaklanmıştır. Bu katı tazminat ölçütü, “Hull formülü”, ABD tarafından uluslararası hukukun ölçütü olarak desteklenmektedir. 246/95 Yasası ile kanunlaştırıldı

¹⁷⁰ Bkz. Barry Appleton, Navigating NAFTA, p.161 (1994).

¹⁷¹ William H. Witherell, “The OECD Multilateral Agreement on Investment”, 4 Transnat’l Corp., p.1, 11 (1995).

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Bkz. John Dearlove, “Bringing the Constitution Back In: Political Science and The State”, 37 Pol. Stud., p.521, 534 (1989).

¹⁷⁴ Bkz. Bilateral Investment Treaty, Mart 9, 1994, Col.-U.K.; Weizman, *supra* not 147, p.116.

üzere BIT, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'ne, Kolombiya'daki anayasal zorunluktan dolayı, onaylanmak için sunulmuştur.¹⁷⁵

Mahkeme, üçe altı çoğunluk ile, BIT'in Kolombiya Anayasasına iki bakımdan aykırı olduğuna hükmetmiştir.¹⁷⁶ İlk olarak BIT, Kolombiya Anayasası'nın eşitlik gerekçeleri ile bedelsiz kamulaştırma gibi hükümlerini devrediş bırakma etkisine sahiptir. Hükümet, hızlı, yeterli ve etkili tazminat ödenmesini kabul ederek Anayasa tarafından yetkilendirildiği bir iktidarın uygulanmasından ferâgat edemeyecektir. İkinci olarak yatırım antlaşması, İngiliz uyrukluların, kamulaştırmalara ilişkin olarak Kolombiya yurttaşlarına dahi tanınmayan imtiyazlı muameleye mazhar kılınmaları sayesinde anayasanın eşitlik hükümlerini ihlâl etmektedir. Diğer bir deyişle BIT, yabancı uyruklara yerli yurttaşlardan daha fazla imtiyazlı muamele tanınamayacağına ilişkin Calvo ilkesini ihlâl etmektedir.¹⁷⁷ Mahkeme bir Küba-Kolombiya BIT'ine ilişkin de benzer bir sonuca ulaşmıştır.¹⁷⁸

Kolombiya hükümeti yabancı yatırımcılara, modern Kolombiya tarihinde hiçbir hükümet yabancı mülkiyetini kamulaştırmamasına ve yatırımcıların Kolombiya'da kamulaştırma riskinin yüksek olduğuna dair bir kaygıyı ifade etmemelerine rağmen, Kolombiya'nın yabancı yatırıma açık olduğu konusunda yeniden güven verme arzusuyla, geçmiş dönemin bu kalıntısını ortadan kaldırma sözü vermiştir.¹⁷⁹ Dahası, sonuç olarak Kolombiya'ya herhangi bir fayda sağlayacağına dair bazı şüpheler mevcuttur.¹⁸⁰ Yeni bir B.M. çalışması, yatırım koruması antlaşmalarının Doğrudan Yabancı Yatırımı ("FDI") meblağlarının belirlenmesinde göreceli olarak önemsiz olduğu hususunu saptamaktadır.¹⁸¹ Piyasa büyüklüğünü ve gelişmesini, döviz kurlarını ve ülke risklerini içeren diğer faktörler FDI'nın daha önemli belirleyicileridir.¹⁸² Yine de Kolombiya hükümeti, yatırım politikalarını ve "ekonomik liberalizme bir sadakati sembolize edecek" anayasal reformu yerleştirerek bu sorun yaratan dili Anayasa'dan kaldırmakta kararlı olmuştur.¹⁸³ 1999 Ağustosunda anayasa metninin iki paragrafı tâdil edilmiştir; artık anayasal mülkiyet klozu tazminat ödemesi olmaksızın kamulaştırmaya müsaade etmemektedir.¹⁸⁴ Bu ev sahibi ülke anaya-

¹⁷⁵ Bkz. Colom. Const., m.241, no. 10.

¹⁷⁶ Bkz. Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı No. C-358/96 (yazarın düzenlediği dosya).

¹⁷⁷ Bkz. Weizman, *supra* not 147, p.116. Bir çözüm ise yerli yurttaşlara (ki bu da anayasal gerekleri karşılamamaktadır) ya da alternatif olarak uyruğuna bakmaksızın tüm yatırımcılara aynı avantajların sağlanmasıdır. Vandevelde'ye göre, bu ikincisi "gerçek yatırım tarafsızlığını garanti edebilecek ve süregiden liberal yatırım rejimi lehine bir ev sahibi devlet katılımını yaratacaktır." Kenneth J. Vandevelde, "The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty", 92 Am. J. Int'l L., p.621, 639 (1998).

¹⁷⁸ Kolombiya Anayasa Mahkemesi Kararı No. C-379-96 (yazarın düzenlediği dosya).

¹⁷⁹ Bkz. "Colombia-Investment Climate", *supra* not 124.

¹⁸⁰ Bkz. Sornarajah, *supra* not 152, p.235-36.

¹⁸¹ Bkz. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, p.117 (1998).

¹⁸² Bkz. *id.*

¹⁸³ Vandevelde, *supra* not 146, p.628.

¹⁸⁴ 4 Ağustos 1999'da Acto Legislativo ile gerçekleştirilen değişiklik ile eşitlikçi kamulaştırmaya ilişkin hükümler çıkarılmıştır:

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, asicomo los motivos

sal metninin neo-liberal anayasacılık tarafından uyarlanması berrak bir örneğidir: Özel mülkiyet ve yatırım haklarına müdahâle kabul sınırlarının düpedüz ötesindedir.

Terence Daintith ve Monica Sah devletin kamusal ya da özel herhangi bir verili ekonomik ilişkiler sistemini tercih etmeme bakımından “ekonomik olarak tarafsız” olabileceğini ileri sürmektedir.¹⁸⁵ Muhtemelen, özelleştirmeye dair anayasal sınırlandırmaları kaldırmak ideolojik ön-taahhütlerin formal açıklanmalarına nazaran daha tercih edilebilirdir. Bununla birlikte, ulusaşırı alanda ev sahibi ülke dışından işletilen anayasa-benzeri kurallar ev sahibi ülke anayasacılığı üzerindeki gerçek kısıtlamaları oluşturmaktadır. Yatırım kuralları rejimi—yabancı yatırıma devlet muamelesini yasanın gücü ile zorunlu kılan kurallar ve yapılar kesişimi ağı— çubuğu yabancı yatırımcılar lehine bükmektedir. Eğer mülkiyetin demokratikleştirilmesi ve kamu varlıklarının nüfusun geniş bir tabakasına yeniden dağıtımı ayrımcılık olarak anlaşılırsa, ulusaşırı anayasanın ekonomi bölümü tarafsız değildir. Daha ziyade devletler, neo-liberal model lehine kamu politikalarını düzenlediği öngörülebilir gelecek ile bağlıdırlar.

Bu ortamda, ev sahibi ülke anayasaları yatırım kuralları rejimine denk kuvvetle karşı koymak bakımından makûl bir kaynak mıdırlar? Hatırımızda tutmamız gerekir ki devletler, özelleştirmeleri düzenleme kapasitelerini ve piyasaya müdahale etmelerini kısıtlayan bu rejimin yapıcılarıdır. Bu yüzden, devlet edimini anayasal sınırlar ile daha da kısıtlamaktansa, söz konusu bağlayıcı ön-taahhütlerin gevşetilmesi daha iyi bir seçenektir. BIT’lerin çoğu, bir antlaşma yürürlükte olduğu müddetçe yapılan söz konusu yatırımlar on yıla kadarlık periyodlar boyunca yürürlükte kaldığından, devletler kendilerini yatırım kuralları rejiminin zor da olsa kurtarmalıdırlar. MAI tasarısı, devletleri en azından yirmi yıllık taahhütlerle bağlayabilecektir.¹⁸⁶

Başarısızlıkla sonuçlanan MAI görüşmeleri, yine de, devletleri ekonomik davranışın önbelirlenmiş anayasal rotasından özgürleştirmeyi amaçlayan kimseleri cesaretlendirmelidir. Masadan kalkmakla Fransız delegasyonu müzakereleri etkin biçimde bozmayı becerebilmiştir. Dolayısıyla, devleti devre dışı bırakmaktansa devletin yatırım kuralları rejiminin yapılanmasında yer aldığı yolların anlaşılması gerekmektedir. Yurttaşlar, böylece, mülkiyetin demokratikleştirilmesi ve kendi kendini yönetmeleri üzerindeki hem ülke içi hem de ulusaşırı baskıları ortadan kaldırmayı amaçlayabilirler.

de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente

[Çevirisi: Yine de, yasakoyucu, eşitlik nedenleriyle, tazminat ödenmesine mahal olmayan vakaları, iki meclis üyelerinin mutlak çoğunluktaki kabul oyuyla belirleyebilir. Kamusal Yasakoyucunun başvurduğu kamu yararı ve toplumsal ilgi saikaları yanı sıra eşitlik nedenleri, yargısal denetime tabi değildir.].

Id. (Maira Gracey’nin çevirisi).

¹⁸⁵ Daintith & Sah, *supra* not 71, p.465.

¹⁸⁶ *Bkz.* Schneiderman, “NAFTA’s Takings Rule”, *supra* not 16.