

1982 Anayasası'nın İktisadî Hükümleri Hukukun Üstünlüğü Doktrinine Ne Kadar Uygun?

Buğra Kalkan

Hitit Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Araştırma Görevlisi

liberal düşünce, Yıl 17, Sayı 66, Bahar 2012, s. 103-110

Anayasaların, bireysel özgürlük alanlarını ve bireysel hakları, genişleme ve yozlaşma eğiliminde olduğu kabul edilen kamu otoritesinin tecavüzlerinden korumak için tasarlandığı geleneksel anayasacılık anlayışını yansıtır. Bu yüzden anayasa diğer yasaların sınırlarını belirleyecek temel yasa, temel otoritedir. Hükümetler eylemlerini ancak bu anayasaya dayandırarak meşrulaştırabilirler. Eğer anayasada bürokratik mekanizmalara pratik olarak sınırsız takdir yetkisi verilmişse ya da hükümetin faaliyet alanları açık bir şekilde sınırlandırılmamışsa yazılı anayasa siyasal alanda bir fark yaratmayacaktır. Bu sebeple pek çok devletin anayasası olmasına karşın pek azı anayasal devlet niteliğini koruyabilir.

Hukukun üstünlüğü ise meta-hukukî bir doktrin, siyasal bir idealdir. O, devlet işlemlerinin salt hukukîliğinden fazlasıdır. Yani hukukun üstünlüğü bir hukukî kural değildir ama hukukî kuralların taşınması gereken şekil şartlarını ve bir hukuk sisteminde bulunması gereken bazı temel mekanizmaları içerir. Bu şekilsel şartlar ve hukukî mekanizmalar sayesinde bir devlette yaşayan vatandaşlar siyasal iktidar sahiplerinin kaprisleri, subjektif değerlendirmeleri tarafından değil ama kurallar tarafından yönetilir. Bu sebeple her devletin yazılı bir hukuk sistemi olmasına karşın pek azı kurallar tarafından yönetilir.

Hem anayasacılık hem de hukukun üstünlüğü fikri toplumla ilgili en azından iki temel ön kabule dayanır. Bunlardan ilki toplumun kompleks bir etkileşim ağı olduğudur. Bu, topluma belirli bir amaçlar hiyerarşisinin dayatılma-

yacağı anlamına gelir. Toplumdaki her bir birey kendi kaynakları, bilgisi ve istekleri doğrultusunda kendi amaçlarını belirlemede özgürdür. İnsanların kendi ihtiyaçlarını daha iyi karşılaması başka insanlarla işbirliği yapmalarını gerektirir. Herkes kendi amaçlarının peşinden giderken başkalarının amaçlarına nasıl yardımcı olur ya da başkalarının amaçlarından nasıl yararlanır? İkinci ön kabul işte bu sorunun yanıtıdır. Kompleks toplumlarda beşerî etkileşim davranış kuralları aracılığıyla düzenlenir. Davranış kuralları insanların amaçları doğrultusunda eylemde bulunurken takip etmeleri gereken genel, soyut ya da başka bir ifadeyle prosedürel kurallardır. İnsanlara ne yapmalarını değil onları nasıl yapmaları gerektiğini öğretir.

Bu konunun klasik örneği fiyat mekanizmasının işleyişi olarak gösterilir. Fiyatlar mübadele süreçlerinin bir sonucu olarak milyonlarca piyasa aktörünün sübjektif tercihlerinin bir dengede buluşması sayesinde gerçekleşir. Yani bir fiyat dengesi milyonlarca farklı amacın birbirleri ile uyumlu hâle gelmesidir. Fiyat sisteminin temel fonksiyonu kaynakların nisbî kıtlığını göstererek piyasa aktörlerine kendi özel kararlarını almalarına ve kendi planlarını yapmalarına kurumsal bir sınır getirmesidir. Bu kurumsal sınır çerçevesinde işlemde bulunan piyasa aktörleri diğer aktörlerin tercihleri hakkında bilgi sahibi olarak kendi iş planlarını diğerlerinin iş planları ile uyumlu hâle getirmeyi başarabilirler.

Fiyatların ortaya çıkması mülkiyet hakkını ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen davranış kurallarına ihtiyaç duyar. Bu davranış kuralları belirli bir amaca hizmet etmez. Bu kurallarla ilgili önemli olan onların, insanların birbirlerine olan beklentilerini sabitleyerek sosyal etkileşimi mümkün kılmalarıdır. Örneğin kimsenin özel mülkiyetinizin meşruluğunu kabul etmediği bir yerde insanlarla ticarî bir etkileşime girmeniz mümkün değildir. Çünkü diğerlerinin davranışlarını tahmin etmeniz ya da onların davranışlarına uygun tepkinin ne olacağını bilmeniz mümkün değildir. Ama davranış kuralları sayesinde toplumsal işbirliği herhangi bir merkezî otoritenin kapsamlı emir ve direktiflerine ihtiyaç duymadan gerçekleşir.

Hukukun üstünlüğü doktrini ile ekonomik politika arasındaki gerginlik de burada başlar. Çünkü davranış kuralları temelde herhangi bir şeyin başarılması için izlenilecek usullerin belirtilmesinden ibarettir ve bu hâliyle bireylere çok geniş bir tercih skalası bırakır. Ancak hükümetin ekonomik politikaları, belirli bir ekonomik hedefe yönelik olmaları sebebiyle genel bir davranış düzenleyicisi olmaktan ziyade insanlara kesin direktifler veren emir formundadırlar. Bu sebeple devletin ekonomiye olan müdahalesi genişledikçe sosyal hayatın davranış kuralları ile yönetilen kısmı küçülecektir. Bu daralma

tehlikelidir çünkü bir piyasa toplumu emir ve direktiflerle yönetilemeyecek karmaşıklıktadır. Hukukun üstünlüğü doktrini bu davranış kurallarının şekli özelliklerini bizlere vererek hangi tür yasalardan sakınmamız gerektiğinin bilgisini taşır.

Hukukun üstünlüğü doktrininin ekonomik politikaları sınırlandırması anayasal iktisat anlayışı ile de uyumludur. Sonuçta anayasal politik iktisat, insanların daha iyi ve verimli iktisadî davranışlarda bulunabilmeleri için insanların kendilerine kurumsal müşevvikler yaratabileceği iddiasına dayanır. İşte hukukun üstünlüğü tam da bu noktada önemli konuma gelir. Çünkü kurumsal tercihin hangi ilkelere dayanılarak yapılacağını bize ancak hukukun üstünlüğü doktrini sağlayabilir. Peki nedir bu ilkeler?

Üç adet genel ilke sayılabilir. Birinci ilke, yasama da dâhil olmak üzere hükümetin hiçbir bireye bilinen bir kanunun hükmü dışında zor kullanmamasını kapsar. Bu bilinen kuralların da uzun dönemli önlemler olarak kalabilmeleri için genellik ve soyutluk özelliklerini taşımaları gerekir. Bunun anlamı kanunun bilinmeyen durumlara, kişilere, mekanlara ve nesnelere gönderme yapmasıdır. Kanunlar her zaman ileriye dönük uygulanır.

İkinci ilke, kanunun bilinir ve kesin olmasıdır. Bu ilkedeki önemli hususlardan biri mahkemelerin kararlarının önceden tahmin edilebilir olmasıdır. Bir diğer husus ise kuralların yoruma yer bırakmadan objektif bir şekilde uygulanabilir olmasıdır. Böylece bugünkü eylemlerimizden ötürü yarın yasal bir yaptırıma çarptırılmayacağımızdan emin olabiliriz. Ama kesinlik ilkesinin en önemli hususu kuralların sıklıkla değiştirilmesinden kaçınılmasıdır. Böylece bireyler uzun vadeli planlar yapmaktan çekinmezler.

Hukukun üstünlüğünün üçüncü ilkesi eşitliktir. Burada kanun önünde eşitlikten bahsedilmektedir. Eşitlik bireylerin ayrımcılığa uğramamalarının en önemli dayanağıdır. Bu ilke ile benzer durumda olanlara –belirli istisnalar dışında, örneğin kadınlarla ilgili hususi kurallar – benzer şekilde davranılması gerektirir ve etkinlik değerlendirmeleri hukukî değerlendirmenin dışında bırakılır. Hakimin görevi yasanın gereğini yaparak, adâleti sağlamaktır.

Bu ilkeler dışında şüphesiz bu kanunları uygulayacak mahkemelerin yasama ve yürütme erklerinden bağımsız olmaları şarttır. Yine benzer şekilde *habeas corpus* gibi pek çok hukukî mekanizmalara, yasaların üstünlüğünün garantisi olarak ihtiyaç duyulur.

Hukukun üstünlüğünün sağlamaya çalıştığı genel amaç açıktır. Bireylere özgürce kendi kaynaklarını kendi amaçları için kullanabilecekleri siyasetin baskıcı gücünden masun alanlar vermek. Ancak bireysel özgürlüğün huku-

kun üstünlüğü ile garanti altına alındığı yerlerde bireyler kendi bilgilerini zenginlik yaratma mekanizmalarına aktararak planlarını uygulamaya fırsat bulabileceklerdir. Kamusal fayda, herkesin karşılıklı beklentilerini davranış kuralları aracılığıyla birbirlerine intibak ettirdikleri yerde doğacaktır.

Şüphesiz bir hükümet genel olarak hukukun üstünlüğünü sağlamış olsa dahi pek çok konuda bir amaca yönelik zor kullanma gücünü kullanmak zorunda kalacaktır ya da genel ilkelerin muhtemelen boşluk bıraktığı pek çok durumda bürokratlar takdir yetkililerini kullanmak zorunda kalacaklardır. Burada dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi, hükümetin uygulayacağı iktisadî regülasyonların zenginlik yaratan temel süreçlerin ve kurumların etkinliklerini olabildiğince artırmaya yönelik olmaları gerektiğidir. Örneğin inşaat sektöründe bütün firmaların yerine getirmesi gereken bazı standartlar yasanın zor gücü ile firmalara dayatılabilir. İnşaat sektörüne giriş ve çıkışlar serbest olduğu ve aranan standartların ülke ekonomisinin gücü ile tutarlı olduğu müddetçe bu tür bir devlet zoru hukukun üstünlüğü ilkesini çiğnemeyecektir. Başka bir örnek, bankacılık sektörünün rekabetçi bir piyasa olarak kalması için yapılan regülasyonlar olabilir. Özgür bir sistem neredeyse her bir dizi bilgiye kendini intibak ettirebilir, –genel bir yasağa ya da regülasyona– yeter ki, adaptasyon mekanizmasının kendisi işlevsel hâlde bırakılsın. İkincisi ise bireylerin özel alanlarının ihlal edilmemesine önemle özen gösterilmesidir. Yoksa hepimiz hükümetin planlarındaki küçük önemsiz araçlar hâline geliriz. Kimse bir diğerrinin aracı hâline getirilmemelidir. Bu açıdan asla izin verilmemesi gereken iki regülatif faaliyet fiyat ve miktar kontrolleridir. Fiyat kontrolleri her zaman keyfi olmak durumundadır ve bu kısıtlar piyasanın yeterli derecede fonksiyon göstermesine izin vermeyerek direktif şeklindeki yeni yasakların doğmasına sebep olur.

Tabîî, refah devleti ile hukukun üstünlüğü arasında da ciddi bir gerginlik vardır. Dağıtımcı adâlet merkezî bir otorite tarafından kaynakların tahsis edilmesini gerektirir. Bu tahsisin insanlara ne yapacaklarının ya da hangi amaçlara hizmet edileceklerinin söylenmesi anlamına gelir. Dağıtımcı adâletin amaç olduğu yerde farklı bireylerin ne yapacakları genel kurallara dayanılarak ortaya koyulamaz ama planlamacı otoritenin amaçlarına ve bilgisine göre bireylerin eylemde bulunmalarını zorunlu kılar. Hükümetin kimin neyi hak ettiğine karar verdiği yerde, aynı otorite insanların ne yapacaklarına da karar verir. Sonuçta farklı durumdaki insanları eşitlemek için herkese aynı hukuku değil ama farklı hukukları farklı insanlara uygulamak zorundasınız. Ayrıca her bir durum değişikliğinde kuralların da değişmesi gerekir ki bu kuralların kesinliğini öldürür.

Görüldüğü gibi mükemmel bir hukuk devleti mükemmel bir kumanda ekonomisini dışlar. Ama buna rağmen bu eleştirinin kısmi olarak dışında kalmayı başaran ülkeler vardır. Bunlar hepimizin bildiği İskandinav ülkeleridir. Bu ülkelerin sırrı piyasa süreçlerini işlevsel hâlde bırakarak zenginlik yaratan mekanizmaları belirli ölçüde korumayı başarmış olmalarıdır. Fraser Enstitüsü tarafından yapılan 2012 *Ekonomik Özgürlük İndeksi* incelenirse bu ülkelerin, –örneğin İsveç, Filanda, Danimarka, İzlanda– “genellikle özgür ülkeler” kategorisinde yer alarak, dünyada ekonomik özgürlüğün yüksek düzeyde gerçekleştiği ülkeler arasına girmeyi başardıkları görülür. İsveç örneği incelendiğinde, ekonomik özgürlük indeksinin bir parçası olan hukukun üstünlüğü kriterinden İsveç’in yüz üzerinden doksan puan aldığı ayrıca yolsuzluğun da hayli düşük seviyelerde seyrettiği görülecektir. Bu indeks tam anlamıyla yukarıda tanımladığımız şekliyle hukukun üstünlüğünü ölçmese de bize İsveç hakkında ciddi bilgiler verir. Özel mülkiyetin kayıt altına alınması ve korunması bakımından İsveç yüksek puanlar almıştır. *Uluslararası Mülkiyet İndeksi*’nde İskandinav ülkelerinin ilk on sırada yer almaları bu açıdan şaşırtıcı değildir. İsveç iş kurma özgürlüğü, ticaret özgürlüğü, parasal serbestlik, yatırım yapma serbestliği gibi önemli piyasa süreçlerinde yüz üzerinden seksenin üzerinde puanlar almıştır. İsveç’in bu indekste puan düşüklüğü şüphesiz hükümet harcamalarının yüksekliği ve işgücü piyasalarının ağır bir şekilde regüle edilmesi gibi temel birkaç husustan kaynaklanır. Bunun sonucu olarak da düşük düzeyli büyüme – hatta gerçek yeni iş yaratamama-, önemli derecede büyük bir kayıt dışı ekonomi, gizli işsizlik gibi sorunlar edinmiştir. Şüphesiz İsveç hakkında söylenecek çok şey olmakla birlikte konumuz açısından şunu söylemek yeterlidir. En yüksek sosyal fonksiyona sahip ülkeler, piyasa süreçlerinin işlemesine en iyi şekilde izin veren ülkelerdir. Peki Türkiye için durum nedir? Bu soruya cevap verebilmek için 1982 Anayasasına biraz yakından göz atmak gerekmektedir.

1982 Anayasası temelde özel mülkiyet ve sözleşme hürriyetini koruyarak piyasa ekonomisini kabul eder görünmektedir. Ancak serbest bir piyasa sisteminin Türkiye’de kurumsallaşmasına yetecek kadar güvencenin 1982 Anayasası’nda yer almadığı hatta serbest piyasa fikrinin Anayasa’nın ruhuna aykırı olduğu söylenebilir. Ardı ardına sıralanan iktisadî sistemi düzenleyen maddeler sürekli olarak devletin planlamacılığına ve yönlendiriciliğine atıf yapmaktadır. Serbest piyasaya duyulan güvensizlik açıkça hissedilmektedir. Örneğin 48. Madde, özel teşebbüslerin kurulmasının serbest olduğu belirtildikten hemen sonra,

“Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” der.

47. Maddede ise,

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.” denmektedir.

Buradaki kurumsal tercihin devletçilikten yana olduğu açıktır. Çünkü amaçtan bağımsız olması gereken piyasa ve hukukun “millî ekonominin gerekleri”ne, “sosyal amaçlara”, “kamu yararına” bağlanması söz konusudur. Burada millî ekonominin gereklerini ve sosyal amaçları siyasetçiler ve bürokratlar belirleyecektir. Dolayısıyla bu amaçların ya da bu tedbirlerin kapsamlarının ne olduğu belli değildir. Kanun kesinlikten ve güven vericilikten çok uzaktır. Herhangi bir özel ticarî kurumun geleceği bir devlet bürokratinin keyfî takdir yetkisine bırakılmıştır. Açıkçası bu tür bir uygulamanın anayasa da bulunmasına gerek yoktur. Çünkü devletin keyfî davranışları pekala olağan hukuk ile de düzenlenebilir.

Bu anayasa maddelerine paralel bir şekilde, pek çok maddede anayasa devlet organlarına çeşitli konularda tedbirler alması için sınırları muallak yetkiler vermektedir. Bunlardan bazıları sayılabilir. 45. Madde, devlete tarım ve hayvancılığı geliştirmek için gerekli tedbirleri almasını buyurur. 49. Madde,

“Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” der.

Bu maddelerin, bizleri hükümetlerin ve bürokratların sınırsız takdir yetkilerinin insafına bıraktıkları açıktır. Ama Anayasa bununla da yetinmeyerek devlet organlarına fiyatları belirleme yetkileri de vermektedir. 55. Maddede ücretlerin emeğin karşılığı olduğu belirtildikten sonra şöyle devam eder:

“Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adâletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.”

45. Madde ise şöyle der:

“Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.”

Bu anayasa maddelerinin “adâletli ücret” ya da “gerçek değer”den bahsederken marjinal verimlilik yasasına gönderme yaptıklarını hiç sanmıyorum. Öyle olsaydı anayasa yapıcılar âdil fiyatların serbest piyasada belirlendiği düşünerek serbest piyasa etkileşimini artırıcı önlemlerden bahsederlerdi. Bu tür maddeler sadece üretici ile tüketici, işçi ile işveren arasında ayrımcılık yaratmakla kalmayacak devletin piyasaya müdahalesi sonucunda işçiler ve işverenlerin kendi aralarında da ayrımcılık yaratacaklardır. Örneğin asgarî ücret uygulaması belirli tür işçileri kayıtlı ekonomide tutarken pek çok işçiyi de kayıt dışına itecektir. Aynı şekilde yasa belirli tür işverenin hukukî koru-

madan yararlanmasını sağlarken pek çok işvereni kayıt dışı ekonomide kendi imkanları ile baş başa bırakacaktır.

Bu maddelere benzer şekilde devletin dış ticareti kontrol etmesini sağlayan 167. Maddenin ikinci paragrafı yine belirsiz bir amaca gönderme yaparak, yani belirli bir genel kuralın destekleyicisi olarak değil ama bir iyi niyet formunda, devlet organlarına sınırsız yetkiler tanıyarak mal ve hizmetlerin miktarını kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Bu ticaret sınırlamalarının yarattığı tekelleşmeleri hepimiz hatırlıyoruz. Devlet siyasî güç kullanarak belirli çıkar gruplarının lehine olacak düzenlemeleri bu kanunla rahatlıkla yapabilir ve yapmaktadır da. Bu madde ile hukukun üstünlüğünün çiğnenmemiş ilkesi kalmaz. Öncelikle bu madde belirli bir amaç belirtir. Genellik ilkesi çiğnenir. Sonra belirli kişilerin bu maddeden yararlanarak diğerleri karşısında hakkaniyetsiz kazanç elde edeceği açıktır. Bunun da bir ayrımcılık yaratacağı kolaylıkla öngörülebilir. Bu sebeple eşitlik ilkesi ayaklar altındadır. Bu maddenin bahanesi olan ekonomik yarar tabii ki kesinlikten tamamıyla yoksundur. Geçmişte otomobil dış ticaretine getirilen uygulamalar ve koyulan kotalar bu eleştirilerime mükemmel örnekler sunabilir.

Ama tüm bu sınırlamaların belki de en vahimi 82 Anayasası'nın açık bir şekilde iktisadî kurumsal tercihini planlamacılıktan yana kullanmasıdır. Bu konu 166. Maddede düzenlenir. Maddenin ilk paragrafı şöyle der:

“Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilâtı kurmak Devletin görevidir.”

Sırf bu maddeye dayanılarak çok büyük ölçüde bir kumanda ekonomisi kurmak mümkündür. Hatta bunu yapmamak anayasaya aykırıdır. Bu yasa hem anayasacılık geleneğinin bütün ideallerine hem de hukukun egemenliği ile ilgili her şeye aykırıdır. Bu madde hükümetin kendi planları için insanları birer araç, istatistiki verilerde birer rakama çevirmeye yeterlidir. Özgür ve üretken bir ekonomide bu maddeye kesinlikle yer yoktur.

Anayasanın hükümlerinden açık bir şekilde görülebildiği gibi Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ekonomi ile ilgili yasaları hukukun üstünlüğü ilkelere sıklıkla ihlal etmektedir. Bunun direkt bir sonucu Türkiye'de kayıt dışı ekonominin kayıtlı ekonomiye oranının 40%'ın üzerinde oluşudur. Nedir kayıt dışı ekonomi? Bazı müteşebbislerin hukukun koruması altında olmamayı hukukun koruması altında olmaktan daha kârlı sayıyor olmalarıdır. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının kötü niyetleri ile açıklanabileceğini sanmıyorum. Açıklamayı Hernando De Soto'nun ezber bozan *Sermaye'nin Sırrı* kitabında bulabiliriz.

De Soto pek çok gelişmekte olan ÷lkeyi –özellikle Güney Amerika ÷lkelerini – ele alan çalışmasında bu ÷lkelerin iktisadî olarak geri kalmışlıklarının sermaye birikimlerinin azlığına değil ama bu sermayenin kayıt altına alınarak yasal olarak korumasının yapılmamasına bağlamaktadır. İnsanların kayıt altına girmemelerinin en önemli sebebi ise iktisadî reg÷lasyonların iř yapmayı destekleyici değil önleyici şekilde olmasıdır. Bu yüzden sadece siyasal güç ile haksız imtiyazlar elde eden büyük işletmeler yasal güvence-den yararlanırken küçük işletmeler kayıt dışılığa zorlanmaktadır. Türkiye'nin bu tablodan çıkabilmesi için piyasa toplumlarının ihtiyaç duyduğu kurallara ve piyasa süreçlerini engellemeyecek iktisadî reg÷lasyonlara ihtiyacı vardır. Aksi hâlde anayasal iktisat tartışmasının hiçbir anlamı yoktur.