

1982 ANAYASASINA GÖRE DEVLETİN KİŞİ ÖNÜNDEKİ
ENGELLERİ KALDIRMA GÖREVİ

Bariş BAHÇECİ
101612002

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Serap YAZICI

2004

1982 ANAYASASINA GÖRE DEVLETİN KİŞİ ÖNÜNDEKİ
ENGELLERİ KALDIRMA GÖREVİ

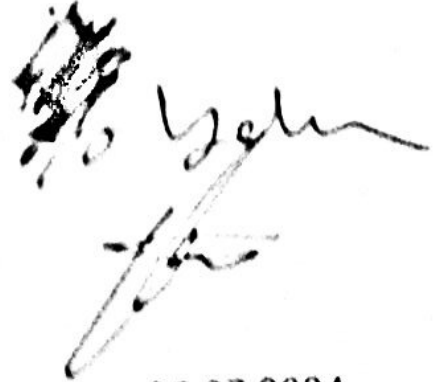
BARIŞ BAHÇECİ
101612002

Doç. Dr. Serap YAZICI

Yard. Doç. Dr. Sevtap YOKUŞ

Yard. Doç. Dr. Ozan ERÖZDEN

Tezin Onaylandığı Tarih



05 07 2004

İSTANBUL İHİGİ
UNIVERSITY LIBRARY

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1
I. 5. MADDENİN İÇERDİĞİ KAVRAMLARIN ANLAMLARI	7
1. SOSYAL DEVLET	8
2. SOSYAL DEVLET- HUKUK DEVLETİ İLİŞKİSİ	20
2.1. Kavramsal Çerçeve	21
2.2. AYM'nin Sosyal Hukuk Devleti Tanımı	29
3. 1961 VE 1982 ANAYASALARININ KİŞİ ÖNÜNDEKİ ENGELLERİ KALDIRMA GÖREVİNİ DÜZENLEYİŞLERİ	34
3.1. 1961 Anayasası'nın 10/2 Hükümünün Niteliği	36
3.2. 1982 Anayasası'nın 5. Maddesinin Niteliği ve İçerdiği Kavramlar	40
3.2.1. Adalet	44
3.2.2. Sosyal Hukuk Devleti	53
3.2.3. Kişi ve Toplum Huzurunu Sağlama Görevi	63
II. DEVLET ERKLERİNİN 5. MADDE KARŞISINDA KONUMLARI	66
1. YASAMA ERKİ	67
1.1. Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi	68
1.2. Subjektif Kamu Hakkı Kavramı	71
1.3. Program Hüküm- Emredici Hüküm Ayrımı	73
2. YÜRÜTME ERKİ	84
2.1. İdarenin Kanunilığı İlkesi	85
2.2. Anayasa Karşısında İdarenin Pozitif Edim Yükümlülüğü	92
3. YARGI ERKİ	96

3.1. İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık Sorunu ve Sonuçları.....	97
3.2. 5. Maddede Yer Alan Hükümün Sınırları.....	105
3.3. Pozitif Edim Gerektiren Normların Anayasa Yargısında Kullanılması.....	109
3.4. 5. Maddenin İptal Davalarında Dayanak Olarak Kullanılması.....	114

III. AYM KARARLARI IŞIĞINDA, 5. MADDENİN TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ.....

118

1. 1961 ANAYASASI'NIN 10/2 HÜKMÜNÜN AYM UYGULAMASINDAKİ YERİ.....	123
1.1. 10/2 Hükümünün Anayasadaki Negatif Statü Haklarıyla İlişkisi.....	124
1.2. 10/2 Hükümünün Anayasadaki Pozitif Statü Haklarıyla İlişkisi.....	130
2. 1982 ANAYASASI'NIN 5.MADDESİNİN AYM UYGULAMASINDAKİ YERİ.....	137
2.1. Anayasadaki Negatif Statü Haklarıyla İlişkisi.....	140
2.2. Anayasadaki Pozitif Statü Haklarıyla İlişkisi.....	164

SONUÇ.....	175
KAYNAKÇA.....	180

ÖZET

1982 Anayasası'nın 5. maddesi, devlete, kişi önündeki engelleri kaldırma görevi yüklemiştir. Sosyal hukuk devleti ve adalet kavramlarıyla bağdaşmayan engellerin kaldırılması, devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Bu çalışmada, kavramsal tartışmalar ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerinden yola çıkılarak, maddenin anlamı ve hukuksal gücü ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Article fifth of the 1982 Constitution obligates the State to remove the obstacles in front of the person. The removing obstacles which are not compatible with the social justice and the social state based on the rule of law is among the basic functions and purposes of state. In this study the legal meaning of the article fifth of the constitution and its sequences have been examined by utilizing theoretical works and Constitutional Court decisions.

KISALTMALAR

abç.	altını ben çizdim
age	adı geçen eser
agm.	adı geçen makale
AİD	Anıme İdaresi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
biz.	bakınız
C.	Cilt
çev.	çeviren
DDK	Danıştay Dava Daireleri Kurulu
der.	derleyen
ES	Esas Sayısı
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KS.	Karar Sayısı
Kt.	Karar tarihi
m.	Madde
S.	Sayı
s.	sayfa
yay.	Yayın(lar)ı

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde yer alan hükmün hukuki niteliğini, devletin temel organları üzerindeki bağlayıcı gücünü ve etkisini, teorik çalışmalar ve yargı kararları ışığında incelemektir.

Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 1982 Anayasası'nın 5. maddesi şu şekildedir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

Bu çalışmada bu görevlerden, "kişi önündeki siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması" üzerinde durulacaktır. 5. madde, metninde de görüldüğü gibi, devlete temel hak ve özgürlükler bağlamında bazı pozitif edimler yüklemektedir. Bu düzenlemenin en ilgi çekici yanı ise şudur: Anayasalar, genellikle devlet otoritesine karşı özgürlüğü koruma amacı üzerine inşa edilirler. Bu nedenle anayasaların devlete yükledikleri rol genellikle müdahale etmemektir. Söz konusu düzenleme ise devleti, özgürlüğün yaşanabilir kılınması için görevlendirmektedir. Bunun yanında, 1982 Anayasası'nın özgürlükçü bir siyasal felsefe üzerine inşa edilmediği ortadadır¹. Zaten 5. madde, 1961 Anayasası'ndan kalma bir miras olarak görülebilir. Bilindiği

¹ Bu konuda bkz.: Bülent Tanör, *İki Anayasa*, (İstanbul: Beta, 1986)

gibi, 1982 Anayasasının 5. maddesinde yer alan düzenleme 1961 Anayasasının 10/2 hükmüyle paraleldir. Bu nedenle bu çalışmaya dayanak oluşturacak teorik çalışmalar ve yargı kararlarında 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmüyle ilgili olanlara da yer verilecektir.

1961 Anayasası'nın 10 maddesi şu içeriktedir:

"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlar."

1982 Anayasası'nın 5. maddesini açıklarken, her iki Anayasadaki ilgili hükümlere kaynaklık eden sosyal devlet ve sosyal adalet ilkelerine değinmek gerekir. Bilindiği gibi 18 yüzyıl anayasacılık hareketleriyle, bu hareketlerin içerdiği özgürlük iddiası, doğası gereği devlete sadece müdahale etmeme yükümlülüğü getirmektedir. Ceryekten, bu yüzyılda savunulan ve klasik haklar olarak adlandırılan hak ve özgürlüklerin pratik bir değer ifade etmesi, devletin negatif edimlerle sınırlandırılmasını gerektirir. Aynı yüzyıl, iktisadi açıdan değerlendirildiğinde, sanayi devriminin gerçekleştirilmesi, burjuva sınıfının güçlenmesi gibi temel değişimlere paralel olarak Batı dünyasının sınıfsal dengelerinin de değiştiği görülecektir. Bu değişim sürecine paralel olarak, kapitalistleşen dünya iki büyük sınıfa ayrılmış, bu sınıflar arasındaki karşıtlıklar giderek keskinleşmiştir. Böylece kapitalizmin büyüme arzusunun yarattığı toplumsal barışın tehdidi problemi ortaya çıkmıştır. Sosyal devlet ise, iktisadi hayatın doğal kanunlarıyla bozulan, sınıfsal

dengelerini yok ettiği sosyal barış ve adaleti sağlamak üzere ortaya çıkan anayasal bir ilkedir. Bu anayasal ilkenin gereği olarak, özgürlük için devletin sınırlandırılması yanında, devlete bazı edimler yüklenilerek sosyal açıdan zayıf kesimlerin bu konumları yüzünden özgürlükten mahrum kalmalarının önüne geçilmek istenmiştir.

Çalışmanın birinci kısmı, madde metninde yer alan sosyal hukuk devleti ve adalet gibi kavramların açıklanması ve madde açısından ifade ettikleri anlamın ortaya konulması amacına yöneliktir. 5. maddede geçen sosyal hukuk devleti ibaresiyle, hem bir sosyal devlet, hem de, bir hukuk devleti idealinin söz konusu edildiği görülmektedir. 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünün de hukuk devleti ilkesine yer verdiğini hatırlamak gerekir. Bu nedenle, sınırlı bir devlet idealini ihtiva eden hukuk devleti ilkesi ile, özgürlük sorununda sosyal boyutların gözetildiği müdahaleci bir nitelik arz eden sosyal devlet ilkesi arasındaki gerilim üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda 1961 Anayasası döneminde de tartışılan sosyal devlet-hukuk devleti ilişkisinin kendi içinde nasıl bir denge taşıdığına gösterilmesine çalışılacaktır. Bu dengenin 5. madde özelinde doğurduğu sonuçlar ortaya konacaktır.

Yukarıda kabaca dikkat çekilmeye çalışılan bu yeni özgürlük anlayışının somutlaştığı yeni hakların ve devlet görevlerinin anayasalara eklenmesiyle, özellikle hukuk tekniği açısından bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. İlk bakışta, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ışığında her anayasa normunun devlet organlarının yaptıkları işlemleri aynı güçte etkileyeceği düşünülebilir. Fakat anayasaların kural olarak devleti sınırlama amacı üzerine inşa edildikleri unutulmamalıdır. Kural olarak her klasik anayasa normu, bireylerin özgür alanlarını ya da devlet organlarının yetki alanını çizerler ve bir şekilde sınırlı bir yönetim modelinin yapıtaşlarını oluştururlar. Devlete pozitif edim yükleyen kuralların konumu ise yapıları gereği farklıdır. Bu

hükümlerin yaşama geçirilmesinde, her bir devlet erki açısından, o erkin işleyişine göre değişen sonuçlar doğar.

Çalışmanın ikinci kısmında anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralı çerçevesinde (1982 Anayasası, 11. madde) maddenin hukuksal bağlayıcılık gücü, yasama yürütme ve yargı organları üzerinde etkileri ele alınacaktır. Bu başlık altında ilk olarak, yasama organının sorumluluğu incelenecektir. Yasama organının eylemsiz kalarak 5. maddenin gerektirdiği şekilde hareket etmemesi halinde doğacak hukuki sonuçlar üzerinde durulacaktır. Yasama organının 5. maddenin gereklerini yerine getirmemeye zorlanamamasından yola çıkarak, kişilere subjektif kamu hakkı vermeyen anayasal hükümlerin konumuna değinilecektir. Bu bağlamda 5. maddenin "program hüküm" niteliği ortaya konacaktır. Yürütme organının sorumluluğu ise daha çok idarenin kanunilığı ilkesi çerçevesinde ele alınacaktır. İdarenin yapacağı işlemlerde bir kanuna dayanma mecburiyeti karşısında, 5. maddenin mevcut niteliği ile idarenin eylem ve işlemlerine etkisi tartışılacaktır. Keza yargı organı olarak Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin düzenleme karşısındaki konumu irdelenecektir. Bu çerçevede, devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırları sorununa da değinilecektir. 1982 Anayasası'nın 5. ve 65. maddeleri arasındaki ilişki ortaya konulmaya çalışılacaktır. Son olarak devlete pozitif edimler yükleyen normların, bazı durumlarda AYM tarafından ölçü norm olarak kullanılabilmesine dikkat çekilecek ve bu bağlamda 5. madde için bazı çıkarımlarda bulunulacaktır.

5. maddenin uygulamasına ve bu uygulamanın gelişme potansiyeline de değinilmelidir. Maddenin Anayasada yer alan tüm temel haklar için bir anlam ifade ettiğinden yolla çıkarak, devletin pozitif edim yükümlülüğünün sadece sosyal haklar bağlamında düşünülmemesi gerektiği belirtmek gerekir. Klasik yapıdaki haklar için

de pozitif edim yükümlülüğünün söz konusu olduğu, bu çalışmanın temel izlerinden biridir. Bu bağlamda devletin klasik hakların yaşama geçmesinde sosyal boyutları gözetilen önlemler alması gerektiği de gözden kaçmamalıdır. Klasik yapıdaki bir hakkın sosyal boyutunun düşünülmesi ve devletin bu anlamda bir pozitif edim yüklenmesi söz konusu sosyal boyuta örnektir.

Çalışmanın üçüncü kısmında yukarıdaki temel ışığında, AYM'nin devletin pozitif edim yükümlülüğü sorununu kararlarına nasıl yansıttığı incelenecektir. AYM'nin 5. maddeye ilişkin olarak verdiği kararlar çerçevesinde, klasik ve sosyal hakların ne şekilde ilişkilendirildiği meselesine değinilecek, böylece anılan maddenin her iki hak kategorisini kapsayan bir içeriğe sahip olup olmadığı tartışılacaktır. Bu bağlamda sosyal devlet ve sosyal adalet ilkelerinin mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğüyle beraber ne şekilde kullanılabileceği üzerinde durulacaktır. Maddenin, Anayasada yer alan devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklarla, özel norm-genel norm ilişkisi içinde bulunduğu dikkat çekilecektir.

Kişi önündeki engellerin kaldırılması için, planlı ekonomu gibi Anayasada somut olarak yer alan araçlar da mevcuttur. Ancak, planlama yoluyla kişilerin önündeki engellerin kaldırılması başlı başına bir tez konusu olduğu için, bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir. Ne var ki, planlamanın dayandığı kalkış noktasının taşıdığı önem göz ardı edilemez. Böyle bir görevin yüklendiği bir devletin edimleri de bu yüzden gelişmişlik düzeyine göre farklılaşabilir. Geri kalmış ülkelerin diğerlerinden farklı olarak bir de kalkınma siyasetlerinin olması aradaki farklılaşmanın göstergesidir². Sosyal devlet üzerine yapılan tartışmalarda da bu önemli bir yer tutar. Örneğin Tunaya, Batı demokrasilerinde ulusal düzeyde sosyal

² Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, (İstanbul: İÜHF yay., 1975), s. 738. Bu bağlamda ayrıca bkz. Mumtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, (Ankara: AUSBF yay., 1969), s. 234-235. Aynı yönde Ayferi Göze, *Sosyal Devlet Sistemi*, (İstanbul: İÜHF yay., 1976), s. 100.

olan refah devletinin uluslararası düzeyde emperyalist olduğunu, az gelişmiş yapılardaki sosyal devletin dayanağının kalkınmacılık olduğunu ve diğer devletlerle aynı siyasal kurumların olmayacağını belirtir. Tanör, Batı demokrasilerinde kapitalist iç ve dış sömürü sayesinde biriken servetin daha adil dağılımı sorunu karşısında geri kalmış ülkelerin bir gelir adaleti probleminden önce ulusal zenginliğin yaratılması sorunuyla karşı karşıya olduklarını belirtir. "Bu durumda devlete düşen aktif bir siyaset izlemek olacaktır ki, 1961 Anayasasının muadil 10/2 fıkrası da bu anlayışın eseridir"³. Tanilli de, sorunu aynı doğrultuda ele alır. Batı demokrasilerindeki sosyal devlet kavramını, "var olan zenginliğin dağıtılması"ndan yola çıkarak, Türkiye'deki sosyal devletten farklı olarak, refah devleti olarak tanımlar⁴. Türkçe ve Türkiye açısından doğru kabul edilebilecek bu ayrıma rağmen; özellikle Anglo-Amerikan literatüründe, sosyal devlet-refah devleti ayrımı yapılmadan, refah devletinin karşılığı olan "welfare state"nin kullanıldığını da belirtmek gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, bu çalışmada bir pozitif hukuk incelemesi yapılması hedeflenmiştir. Ancak bu, konunun kavramsal çerçevesinin, üzerinde yükseldiği tarihsel, siyasal ve toplumsal gerçekliğin göz ardı edileceği anlamına gelmemelidir. Bu yüzden yeri geldikince belirtilen gerçeklik boyutuna dikkat çekilmiştir. Ancak hukuksal boyuttan çıkmamaya gayret edildiğini de belirtmek gerekir.

I. 5. MADDENİN İÇERDİĞİ KAVRAMLARIN ANLAMLARI

Bu kısmın amacı, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinin hukuki niteliğini, içerdiği kavramlar ışığında tespit etmektir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi, 1961 Anayasası'nın 10. maddesi, 1982 Anayasası'nın 5. maddesine paralel bir hükme yer vermiştir. Bu nedenle, 5. maddenin hukuki niteliğini tespit etmek için, 10. maddenin hukuki niteliği üzerinde de durmak gerekir.

Belirtmek gerekir ki, her iki anayasanın özgürlük kavramına bakışları bazı önemli farklılıklar içermektedir. Bu farklılıklara her iki anayasanın temel felsefeleri ve ilgili düzenlemeleri bağlamında aşağıda ayrıntısıyla değinilmeye çalışılacaktır. Ancak, her iki anayasanın da değişik yoğunlukta olmak üzere, sosyal devlet anlayışına yer verdiği görülmektedir. Gerek, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü; gerekse, 1982 Anayasası'nın 5. maddesi, her iki Anayasada da yer alan sosyal devlet anlayışının yansımalarıdır. Bu bölümde, bu tespitten hareketle, öncelikle sosyal devlet kavramının incelenmesi amaçlanmaktadır. Sosyal devlet kavramının daha iyi anlatılabilmesi için ise, karşıt konumda bulunduğu yarıdarma devlet anlayışının açıklanması gerekmektedir. Bu açıklamalarla beraber, sosyal devlet kavramının doğuşu, tarihsel ve sosyolojik koşullar göz önünde bulundurularak incelenecektir. Şüphesiz, bir sosyal devlet kavramından bahsedildiği için, sosyal adalet kavramına da yeri geldikince değinilecektir. Sosyal devlet kavramının yaşama geçirilmesi için izlenecek hukuksal yollar, sosyal devlet modelindeki hukuk anlayışı ve devletin özgürlükler karşısındaki konumu üzerinde durulacaktır.

1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünde sosyal adalet ve hukuk devleti, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde ise, adalet ve sosyal hukuk devleti kavramlarına yer verildiği görülmektedir. Söz konusu kavramların düzenleniş şekillerindeki farklılıklar, sosyal devlet-hukuk devleti ilişkisi bağlamında bazı tartışmalar doğurmuştur. Bu tartışmalara doktrinde oluşan farklı görüşler ve AYM'nin bu konularda verdiği kararlar ışığında yer verilecektir.

Bu kavramsal çerçevenin çizilmesinden sonra Türkiye'de ilk kez 1961 Anayasası'yla düzenlenen sosyal devlet ilkesinin yarattığı sonuçlar ile, 1982 Anayasası'nın bu ilkeye bakış açısı ve bu açının yarattığı sonuçlar hem genel düzeyde, hem 10. ve 5. maddeler düzeyinde karşılaştırılacaktır. Çalışmanın konusu gereği, 5. madde bağlamındaki tartışma ve açıklamalar ağırlık taşıyacaktır. Bu nedenle her iki hükümde yer alan kavramların niteliği üzerine yapılan tartışmalara 5. madde başlığı altında yer verilecektir.

1. SOSYAL DEVLET

Sosyal devlet, devletin, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak müdahale ettiği bir modeldir¹. Sosyal devlet modelini daha doğru bir biçimde tanımlamak ve ortaya çıkışını açıklayabilmek için, öncelikle genel olarak, jandarma devlet anlayışını ortaya koymak gerekir. Çünkü aşağıda ayrıntısıyla değinileceği gibi, sosyal devlet modelinin ortaya çıkışında, jandarma devlet kavramı belirleyici olmuştur.

¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin yay., 2003), s.123

Jandarma devlet kavramı, esas itibarıyla, liberalizmin devlet ideali olarak görülebilir. Liberalizm, devletin, adalet, savunma ve güvenlik gibi görevlerin yerine getirilmesi dışında, toplumsal yaşamda yer almaması idealini güder. Devlete, ekonomik ve sosyal hayatı kendi işleyişine bırakması, müdahale etmemesi görevini yükler. Bu yaklaşımın sonucu olarak devlete, bir "gece bekçisi" rolü biçilir². Devlete böyle bir rol biçilmesinin tarihsel ve sosyolojik bazı nedenleri vardır.

Bilindiği gibi, 17. ve 18. yüzyıllarda, Batı Avrupa'da feodal düzenin çözülüşü ve kapitalizmin gelişimiyle birlikte daha da gelişip güçlenen burjuvazi, ekonomik alanda elde ettiği gücü, siyasi ve hukuki alana da yayma çabası içine girmiştir³. Elde ettiği kazançları güvence altına almak ve siyasi alanda iktidarı ele geçirerek önündeki engelleri kaldırmak isteyen burjuvazi, kapitalizmin gelişimi için gerekli yeni bir siyasi ve hukuki düzene ihtiyaç duymuştur. Bunun için verilen mücadeleyle, dönemin aristokratik ve monarşik iktidar yapısı değiştirilmiştir. Bunun yanında, kanunlaştırma ve 18. yüzyıl anayasacılık hareketleri ve hak bildirgeleriyle, özel mülkiyet, çalışma ve miras özgürlükleri teminat altına alınmış, burjuvazinin elde ettiği kazançlar hukukileştirilmiştir. Bu anayasa ve bildirgelerle talep edilen özgürlükler, devlete müdahale etmeme yükümlülüğü getirmiş, ekonomik alanda burjuvazinin hareket özgürlüğünün önünü açmıştır⁴.

Özel hukuk ilişkileri, serbest iradeye dayandırılmış, hukukun oluşumunda, tarafların yaptıkları sözleşmelerin oynadıkları rol ön plana çıkarılmıştır. Örneğin, İngiltere'de 18. yüzyıldan başlayan ve 19. yüzyılda tamamlanan bir süreçte, sanayide ücretlerin devlet tarafından belirlenmesi uygulaması kaldırılmıştır. Fransa'da

² Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: YKY, 2001), s. 96

³ Tanör, a.g.e., 1978, s. 44

⁴ Tanör, a.g.e., 1978, s. 45-46. Liberalizmin özgürlük anlayışı konusunda tarihi bir bakış için ayrıca bkz.: Zygmunt Bauman, *Freedom*, (Milton Keynes: Open University Press, 1988), s. 9

1790' de ortaya ve ticaret alanındaki devletsel yönergeler ve zümresel düzenlemeler
nasılsa sürdürmüştür⁵. Çünkü özgürlük burjuvazi için büyük çapta, devletten gelen
müdahalelerin önlenmesini sağlayacak güvenceleri sağlama sorunu olarak
görölmektedir. Bu bağlamda insan hakları kavramı da önemli bir rol oynamıştır.
Özellikle ekonomik haklar, toplumsal hayatın değişiminde belirleyici olmuştur.
Çalışma özgürlüğü ile mütenebbis önündeki lonca düzeninden, mütenebbisin
fabrikasında çalışacak serf de, feodal beyin toprağına bağılı olmaktan kurtarılmıştır.
Kısa vadede özgürlüğüyle, işçi ve işveren arasındaki ilişki bir hukuksal eşitlik
zemininde ve tarafların iradeleri ekseninde kabul edilmiştir⁶.

Öte yandan, sosyolojik açıdan bakıldığında, sanayi devriminin
gerçekleşmesiyle beraber işçi sınıfının yeni bir güç olarak tarih sahnesine çıktığı
ve kapitalizm geliştikçe, sayısal olarak büyüdüğü görülür. Bu değişim sürecine
paralel olarak, kapitalistleşen dünyada bu sınıflar arasındaki karşıtlıklar giderek
keskinleşmiştir. Ağır çalışma koşulları ve üretilen zenginliğin işçi sınıfı ile
paylaşımaması bazı sorunlar doğurmuştur. Kapitalizmin büyüdüğü doğal olarak işçi
sınıfı da büyümüş, işçi sınıfının içinde bulunduğu ağır sosyal koşullar toplumsal

⁵ Jürgen Habermas, *Kommunikative Kompetenz*, (çev.) Tanel Bora/Mithat Samur, (İstanbul: Beyan yay., 2002), s.146, 147.

⁶ Tanel Bora, *çev.*, 1979, s.44, 45; İlhan Akin, *Kamu Hukuku* (İstanbul: Beta yay., 1983), s.129-130.
Tarihîsel bağlamda, İngiltere ve Liberalizmin öncülerinin dayalı toplum insiden için 1792'de
George Jackson, *Yıyımsal Düşünceler Tarihi-3*, (çev.) Özer Ozankaya, (Ankara: Türk Siyasal İlimler
Derneği yay., 1969), s. 99-100. Mete Tançay (der.), "Uygur Yönetim Üzerine İkinci Deneme: Ben Seçim
Pazarları", *Bu da Yıyımsal Düşünceler Tarihi-Yeni Çağ* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yay.,
2002), s.277. *Devlet Sistemleri, Özgürlük Sorunu ve Hukuk*, (İstanbul: İHİF yay., 1977), s.214.
Candice Can Kalkan, *Müdahaleli Devletten Sınırlı Devlete* (Ankara: Yeni Türkiye yay., 2000), s.99.
Dr. Weston Chambliss, *Liberalizm*, (İstanbul: BDS yay., 1996), s.18. Gencay Saylan, *Değişim,
Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi* (Ankara: İmge yay., 1995), s.18-19. İlhan Feketi, "Liberalizm
Çevresinde Sorunlarımızın Yolu Çıkarak Sorgulamak", *Yeni Türkiye*, S.25, (Ocak Şubat 2000), s.77.

barış açısından her geçen gün daha büyük tehdit haline gelmişti. Devletin özgürlük adına pasif bırakılmaya çalışılması, sosyal eşitsizliklerin devamına ve derinleşmesine yol açmıştır. Sosyal açıdan güçlü olan burjuvazinin ideali olan bu model, 19. yüzyıla gelindiğinde, işçi sınıfının ezildiği bir ortamda, büyük toplumsal çalkantılara yol açmıştır. Patlak veren devrimci hareketler, işçi sınıfı ile burjuvazi arasındaki kutuplaşmanın, toplumsal barışı ortadan kaldırdığını göstermiştir. Bu ortamda, özgürlük ve özgürlüğü sağlayıcı araçlar konusunda getirilen eleştiriler ve yeni bir felsefe ve ideolojinin ortaya çıkmasıyla beraber, Avrupa'da patlak veren devrimci hareketler, sosyal ya da ekonomik gücüne bakmaksızın, eşitliği sadece hukuksal temelde gören anlayışı değiştirmiş, sosyal adalet ve fırsat eşitliği gibi kavramlar gündeme gelmiştir⁷. Bu tehdidin ortadan kaldırılması ve toplumsal barışın yeniden sağlanabilmesi için devlete, iktisadi hayatın doğal kanunlarıyla bozulan sınıfsal dengelerin yok ettiği sosyal barış ve adaleti sağlamak üzere bazı kurumsal tedbirler alma görevi yüklenmiştir. Bu dönüşümdeki etkenlerden biri, sosyal açıdan zayıf kesimlerin, sosyal eşitsizliklere karşı geliştirdiği tepkidir. Bir diğer etkense, burjuvazinin daha köklü ve ihtilalci bir değişimi önlemek için ödün vermeleridir⁸.

Böylelikle, 19. yüzyıldan itibaren jandarma devlet olarak tanımlanan ve bireylerin kişisel gelişimini temel alarak, sadece güvenlik ve adalet politikaları ile ilgilenen klasik liberal devlet modeli, sosyal hayatı dengeleyici önlemler alan, sosyal kaygılarla müdahaleci politikalar izleyen sosyal devlete dönüşmüştür⁹. Genel oy ilkesinin yaygınlaşmasına koşut olarak artan sosyal içerikli talepler, sosyal hakların

⁷ Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, (Ankara: Imge yay., 2003), s.42-45. Diğer Güçkan, "Sosyal Adalet", *Adalet Kavramı*, (der.) Adnan Güriz, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu yay., 2001), s.120.

⁸ Tanör, *n.g.e.*, 1978, s.108-109. Bu konuda ayrıca Bülent Tanör, "Kapitalizmin Uluslararası Sosyal Hukuka Etkisi", *Hıfzı Timur'a Armağan*, (İstanbul, İÜHF yay., 1979), s.87-88.

⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, *n.g.e.*, 2001, s.96. Adil İzveren, "Toplumsal Bir Aşama Olarak Sosyal Devlet", *Düşünce Dergisi*, S. 18-19, 1975, s.36-37. Özbudun, *n.g.e.*, 2003, s.123. Aynı yönde, Kemal Güçler, *Türk Anayasası Hukuku*, (Bursa: Ekin yay., 2000), s.155.

doğuşu ve devletin, sosyal açıdan zayıf kesimleri koruyucu bazı politikalar izlemeye zorlanması sonucunu doğurmuştur¹⁰. Bunun sonucunda yeni anayasalar ve yeni bir anayasacılık hareketi ortaya çıkmıştır. 19. ve 20. yüzyıllarda yapılan yeni anayasalar devlete özgürlüğün toplumun tüm kesimlerince yaşanılabilir kılınması için bazı pozitif edimler yüklemiş, anayasalardaki temel haklar arasına kolektif haklar (dernek, toplantı, sendika, grev gibi) da eklenmiştir. 1848 Fransa, 1917 Meksika, 1919 Almanya, 1921 Yugoslavya, 1923 Polonya ve 1931 İspanya Anayasaları bu bağlamda örnek verilebilir¹¹.

Belirtmek gerekir ki, sosyal devletin ortaya çıkmasından önce de devlet bazı sosyal politikalar izlemiştir¹². Ancak global ve kurumsal bir sosyal devletin ortaya çıkması, klasik liberal sistemin ve politikalarının, 19. yüzyılda Marksizmin kapitalist sistemi zora sokması ve bir ölçüde dönüştürmesiyle mümkün olmuştur¹³.

Sosyal devletin bu sosyal duyarlılık temelinde inşası, Batıda burjuvazi-işçi sınıfı mücadelesi üzerinde yükselmiştir. Ancak, sosyal devletin, sosyalist devlet olmadığını da belirtmek gerekir¹⁴. Sosyal devletin sadece ekonomik hakları sosyal adalet lehine kısıtlaması, piyasaya, totaliter bir hakimiyet kurmadan, sosyal açıdan zayıf gruplar için müdahale etmesi, sosyal devletin sosyalist sistemden ayırmada

¹⁰ Meryem Koray, *Sosyal Politika* (Bursa: Ezyt Kitabevi, 2000), s.33. Sosyal devletin gelişimi için ayrıca Orhan Aldıkaya, *Anayasa Hukukununun Gelişimi ve 1961 Anayasası* (İstanbul: İÜHF yay., 1978), s.238, Cahit Talas, "Öğrenilerde Sosyal Devlet", *İnsan Hakları Yılı*, C.13, s.193, s.91-102.

¹¹ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (İstanbul: Beta, 1986), s.387. Münci Kapancı, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin yay., 1993), s.55. Aynı konuda Öküz Uygun, *1961 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi* (İstanbul: Kanak yay., 1992), s.25. İbrahim Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler* (Diyarbakır: DİNE yay., 1992), s.55.

¹² Britanya örneği için Esin Örsücü, *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Komit.* (İstanbul: İÜHF yay., 1972), s.6-7.

¹³ Izveren, *a.g.m.*, 1975, s.34-37. Liberal ekonomik model ve bu modele pentisten markist eleştiriler için ayrıca bkz. Terry Cassin, "Devlet ve Ekonomi" (çev.) Mustafa Akın, *Liberalizm, Refah Devleti, Eleştiriler* (çev.) Kemal Saybaşı, (İstanbul: Bağlam yay., 1985), s.200-113.

¹⁴ Jones, *a.g.m.*, 1959, s.246-247.

¹⁵ A. Ülkü Arzak, "Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi", *İÜHFİM*, C.127, S.1-4, 1962, s.209. Taner Yürbanoğlu, *a.g.e.*, 2001, s.47. Özbudun, *a.g.e.*, 2003, s.120. Göz, *a.g.e.*, 1976, s.37.

kullanılan ölçütlerden bazılarıdır¹⁵. Keza, sosyal devlet modelinde üretimi araçları üzerinde sosyalist devlet modelinden farklı olarak özel mülkiyet vardır¹⁶.

Sosyal devletin gelişimi için belirleyici olan diğer bir olay da, 2. Dünya Savaşıdır. Savaş sırasında Britanya'da Beveridge tarafından hazırlanan yoksullukla mücadelelerin önemi ve yollarını içeren rapor, Britanya'nın sosyal devlet modelinin benimsenmesi bağlamında büyük önem taşır. Raporda, sosyal bir özgürlük anlayışının insan hayatı için bir garanti oluşturmadığı ve işsizlik, yoksulluk, açlık, sefalet ve bilgisizliğin büyük bir tehlike oluşturduğu belirtilir. Bunlara karşı mücadelede, kişiye verilecek devlet desteği ise, bir sadakayla değil, sosyal haklarla olmalıdır¹⁷. Keza, ABD'de Başkan Roosevelt'in 1941 yılında Kongre'ye sunduğu özgürlük ve sosyal sorunlara değinen mesajı, savaş sonrası düzen için önemli bir göstergedir. Mesajda ifade, vicdan, yoksulluktan kurtulma ve korkudan kurtulma özgürlükleri temel özgürlükler olarak nitelendirilmektedir¹⁸. Bu nedenle, sosyal devletin oluşumunun temelinde, 2. Dünya Savaşı öncesinde, Avrupa kapitalizminin aksaklıkları ve gelir dağılımındaki eşitsizliklerini bertaraf etme amacı ile alınmış tedbirlerin olduğunu da belirtmek gerekir¹⁹. Bu bağlamda, akla savaş öncesi Almanya'nın bozuk ekonomik düzeninden hoşnutsuz katkiler ve yeni pazarlar peşindeki Alman kartelleri gelmektedir. Özellikle bu kartellerin yeni Pazar arayışlarının saldırgan bir siyasete dönüştürülmesi, o ülkedeki diğer sosyal grupların da karar alma süreçlerinde daha güçlü bir şekilde temsil edilmesini sağlayacak bir siyasal model oluşturulmasını gerektirecektir.

¹⁵ Arzık, a.g.m. 1962, s.209-212; Levent, a.g.m. 1975, s.41

¹⁶ Tuncel/Yaşar, a.g.e., 2001, s.97

¹⁷ Çirpa, a.g.e., 1972, s.9-10

¹⁸ Kaşaro, a.g.e., 1993, s.61; Çelikk, a.g.e., 1976, s.95-96; Çarhan, a.g.m., 2001, s.120

¹⁹ Çirpa, a.g.e., 1972, s.19; Çelikk, a.g.e., 1976, s.36; Çarhan, a.g.m., 2001, s.120

2. Dünya Savaşı sonrası doğan uluslararası insan hakları belgeleri ve anayasalar, sosyal devletin gelişim sürecine paralel biçimde nitelik ve nicelik açısından gelişmiştir. Örneğin, 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nden farklı olarak, devlete pozitif edim yükleyen bazı hakları içermektedir. 1966'da hazırlanan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı bu bağlamda ilk akla gelen örneklerdir. Anayasalar içinde, 1949 Federal Alman Anayasası'nın sosyal devlet ilkesini içerdiğini (md 20) belirtmek gerekir. 1946 Fransız Anayasası ise, devlete pozitif edimler yükleyen kurallara Başlangıç bölümünde sınırlı şekilde yer vermiştir. Belirli bir sosyal hak düzenlemesi getiren normlar dışında, devlete kişi önündeki engelleri kaldırma görevi veren 1947 İtalyan Anayasası da dikkat çekicidir²⁰.

Sosyal devletin tarihi gelişiminden sonra, sosyal devlet modelinde özgürlük kavramının ele alınışına ve sosyal devlet modelinin yaşama geçirilme yollarına değinmek gerekir. Öncelikle sosyal devletin, dayandığı özgürlük anlayışı açısından liberal modelle farklılığı üzerinde durmak gerekir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, sosyal devletin araçlarını ve yöneldikleri hedefleri anlayabilmek için öncelikle, liberal devlet modelinin aksayan yönleri ortaya konulmalıdır. Liberal devlet modelinin sorunlu yönleri, sosyal devlet modelinin getirdiği çözümlerin kavranması için de, bir kalkış noktasıdır.

Sosyal devlet modeli açısından özgürlük kavramını incelenirken, özgürlük- eşitlik ilişkisini ele alış belirleyici bir öneme sahiptir²¹. Bilindiği gibi, liberalizmin eşitlik anlayışı, hukuksal eşitliktir. Bu nedenle, ekonomik ve sosyal alanda,

²⁰ Kapani, a.g.e., 1993, s. 54-70

²¹ Özgürlük- eşitlik ilişkisi konusunda bkz. Kapani, a.g.e., s. 8-13; Kaboğlu, a.g.e., 2002, s. 21

hedeflenen eşitlik değil, özgürlüktür. Bu anlamda eşitliğe yemelik müdahaleler, özgürlüğe zarar verir. Liberal ekonomik düzen, bireysel özgürlük ve serbest rekabeti temel alan bir çerçeve çizer. Bu serbest rekabet ortamı, piyasanın kendi kanunlarıyla sağlanır. Bu kanunlar, dışarıdan bir gücün müdahale etmemesi, yani ekonomik hayatın kendi doğal düzenine bırakılması halinde, tüm piyasa oyuncularından bilinebilecek/öngörülebilecek kurallardır²². Birey bilgi ve tecrübesini kendine en üstün değer olarak alır ve yarışmacı bir pazarda önünde hukuksal bir engel olmadan kendini geliştirir²³. Bu anlamda bireysel özgürlüğün sağlanması için, herkesin aynı düzeyde eşit sayılması ve devletin de, bu statüyü bozacak bir yönetim anlayışının olmaması gerekir. Liberal bir düzende, siyasal iktidara döşen, ekonomik yaşamın doğal düzenini bozacak hareketlerden kaçınmaktır²⁴. Yarışmacı bir ortamda eşitleyici bir müdahalede bulunmak, özgürlüğe zarar verebilir. Kişilerin eşit özgürlüğe sahip kılma ideali kişiler farklı yetenekte oldukları için bazılarına özgürleştirirken, bazılarını ise engeller. Bireyin özgürlüğünü geliştirilmesi, devlet kontrol ve düzenlemesinden bağışık, özel mülkiyet ve serbest piyasa ekonomisine dayanan,

²² Habermas, a.g.e., 2002, s.166

²³ Levent Köker, İki Farklı Siyaset, (Ankara: Vad-i-yas, 2008), s.55-60; Tuncay, a.g.e., 1978, s.200; Roy C. Macridis/Mark L. Hultrung, Contemporary Political Ideologies, (New York: Harper Collins College Publishers, 1996), s.25; Göze, a.g.e., 1986, s.278-279

²⁴ Göze, a.g.e., 1976, s.17; Habermas, a.g.e., 2002, s.207; Mehmet Akif Tuzi ve Uygulama Açısından Anayasanın 10. maddesi, (İstanbul: İTİM yay. no:4), s.13. Bu bağlamda devletin özgürlük için pozitif edimler yükleyen pozitif özgürlük ve negatif edimler çıkaran negatif özgürlük anlayışlarının farklarını liberal bir bakışla ortaya koymak ve yorumlamak mümkündür. Carter, Ian, The Concept of Freedom, <http://mason.gmu.edu/~ihs/herald/fo.html>, 15/02/2003; Coates, Bob, The Problematic of Human Rights, <http://www.webster.edu/~coates/philosophy/humanrights-rightsofmanpos.html>, 15/02/2003; Kizer, J.G., The Concept of Freedom, <http://www.libertyhaven.com/theoreticalorphilosophicalissues/liberty.htm#conceptofliberty>, 15/02/2003; Nuss, Kurt, The Ethics of Substantial Freedom, <http://www.wku.edu/~jan-garrett/senethic.htm>, 15/02/2003; Toka, Nergiz, Eski Yunan ve Orta Liberalizmin temel aldığı negatif özgürlük anlayışı için ayrıca bkz. Mehmet Tuzi, Anayasal Devlet, (Ankara: Natürel yay., 2003), s.141-160

ekonomik ilişkilerin bireyler arası sözleşmelere bırakıldığı bir düzende söz konusu olur²⁷. Bunun ötesinde, "devletin kişiyi özgürleştirmek gibi bir amacı olmamalıdır"²⁸.

Böylece, örneğin, bir işçi-işveren ilişkisinde işsizlik tehdidi altındaki işçi, sosyal açıdan zayıf konumda da bulunsa, işverenle aralarındaki ilişki iki tarafın hukuksal eşitliği temelinde bir sözleşmeye dayandığından, ortaya çıkan eşitsiz pazarlık gücü, liberal devleti modeli için çözülmesi gereken bir sorun değildir²⁷. Keza liberal devlet modelinde, kişilerin eğitim hakkıyla ilgili bir sorundan bahsedilebilmesi için, kişinin önünde hukuksal engeller bulunması gerekir. Maddi olanaksızlıklar nedeniyle eğitim hakkından yararlanamamak, eşitliğe, hukuksal eşitlik temelinde yaklaşan liberal model için bir sorun niteliği taşımaz. Bunun bir nedeni de, liberal modelde adalet anlayışının sosyal eşitsizliklerle ilgilenmemesidir. Sosyal devlet modelinin temelinde ise, sosyal adalet kavramı yatar.

Sosyal adalet "bir toplumu oluşturan ögeler arasında, nimet ve külfetlerin bölüşürülmesi bakımından toplumsal düzenin adalete aykırı bir ayırım yapmaması"²⁸ şeklinde tanımlanabilir. Aynı zamanda bu, toplum içindeki bireylerin ya da grupların gerçek durumlarının dikkate alınması söz konusudur²⁹. Kişinin toplum içindeki ilişkileri ve sosyal açıdan zayıf durumda bulunanların gözetilmesi sosyal adalet anlayışının temelini oluşturur. Bu bakımdan sosyal adalet, sosyal ilişkilerin ortaklaşa iyinin gerçekleştirilmesi amacı ile düzenlenmesi olarak da tanımlanabilir. Adaletin

²⁷ Macneil/Prümming, *a.g.e.*, 1996, s.26-27. Bu konuda ayrıca bkz.: Savaş, Vural Fuat "Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adalet Üzerine Bazı Düşünceler", *Adalet Kavramı*, (der.) Adnan Güriz, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu yay., 2001), s.125-136, Güneri Akalın, "Liberalizm Açısından Devletin Ekonomideki Rolü", *Yeni Türkiye*, S.25 (Ocak-Şubat1999), s.242-253, Coşkun Can Aktan, "Özgürlüklerin B. Boyutu: Siyasal Özgürlükler ve Ekonomik Özgürlükler", *Yeni Türkiye*, S.21 (Mayıs-Haziran 1996), s.1075-1089, Coşkun Can Aktan, "Demokrasi ve Liberalizm", *Yeni Türkiye*, S.25 (Ocak-Şubat 1999), s.142-144.

²⁸ Akalın, *a.g.e.*, 1994, s.13.

²⁹ Zafar Gören, "Sosyal Devlet", *Anayasa Yargısı*, S.14, (Ankara: AYM yay., 1997), s.96.

³⁰ Uygun, *a.g.e.*, 1992, s.30.

³¹ Gürkan, *a.g.m.*, 2004, s.123.

bu tanımı gereğince, dağıtıcı adalette olduğu gibi, her bireye salt yeteneğine göre değil, herkese, bütünün bir üyesi olarak düşen hak ve ödevlerin ne olduğu belirlenir. Böylece sosyal adalete dayalı sosyal hukuk düşüncesi de, geleneksel bireyci hukuk düşüncesinden esaslı bir biçimde ayrılmaktadır. Klasik liberal yaklaşım, sadece hukuksal eşitliği temel aldığı için, kişiyi toplumsal konumundan bağımsız ve soyut bir şekilde, bütün insanları kişi olarak eşit kabul eder. Oysa, sosyal adaleti temel alan sosyal hukuk düşüncesinde insan, tüm somut ve toplumsal ilişkilerinde bir birey olarak ortaya çıkar³⁰. Bu bireyin içinde bulunduğu sosyal sorunların giderilmesi de sosyal devletin temel amacı olacaktır.

Görüldüğü gibi, sosyal devlet modeliyle, demokrasinin temeli sayılan kişisel ve siyasi haklar temelinde, kapitalizmin getirdiği ekonomik ve sosyal fırsat eşitsizliğinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu nedenle demokrasi sadece siyasi boyutta değil; aynı zamanda, toplumsal hayatın diğer bir boyutunu oluşturan ekonomi açısından da ele alınmaktadır. Böylelikle, sosyal açıdan zayıf kesimler, güçlü kesimlere karşı korunacaktır. Güçlü kesimlerin elindeki ekonomik nitelikli özgürlüklerin kısıtlanması özgürlüğün genel anlamda güçlenmesini sağlayacaktır³¹. Çalışanlara grev ve toplu sözleşme hakkının tanınarak, işverene ait sözleşme özgürlüğünün sınırlanması bu duruma örnek gösterilebilir. Yani, sosyal devlet modelinde kişilerin içinde buldukları sosyal konum dikkate alınarak bu durumlarının sosyal adalete uygun bir konuma getirilmesi amaçlanır. Sosyal devletin ekonomik özgürlük anlayışı sosyal koşullardan özgürlüğü ifade eder³².

Yukarıda çizilen çerçeve içinde, sosyal devlet modelinin bir fırsat eşitliği amaçladığını belirtmek gerekir. Sosyal devlete temel olan ekonomik demokrasi

³⁰ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi*, (İstanbul: Filiz kitabevi, 1993), s.37

³¹ Örucü, a.g.e., 1972, s.21-22

³² Örucü, a.g.e., 1972, s.14

anlayışı, bireysel planda, sosyal açıdan zayıf kişiyi sosyal güçlüklerden azade kılıp, fırsat eşitliği sunma amacı güder. Bunun yanında, toplumsal planda da, ekonomik iktidarın dizginlenmesi amaçlanır. Bu bağlamda devletin rolü klasik özgürlük anlayışından farklı bir yerdedir. Devlet müdahalesi, kişinin özgürlüğünü kısıtlama amacı değil, sosyal açıdan zayıf grupların daha özgür kılınması amacını gütmektedir. Klasik liberal sistemin kurumları korunacak ve ayrıca devlet müdahalesiyle sosyal demokrasinin gerçekleşmesi sağlanacaktır³³. Sosyal devlet modelinde devletin ekonomiye müdahalesi, daha eşitlikçi bir gelir dağılımını hedef almaktadır³⁴.

Bu bağlamda sosyal devlet ilkesinin yaşama geçirilme yolları üç ana grupta toplanabilir. Birincisi ister devlete yüklenen görev, ister kişiye tanınan haklar şeklinde olsun, genel olarak, sosyal haklardır. Sosyal haklarla, herkese asgari düzeyde bir hayat standardı sağlanmaya çalışılır. İkinci grupta ise gelir ve servet eşitsizliklerinin azaltılmasına yönelik tedbirler vardır. Bunlardan biri, artan oranlı vergi tarifelerinin uygulanmasıyla, az kazananın az, çok kazananın çok vergi alınmasıdır. Bir diğer yol mülkiyet ve teşebbüs haklarının kamulaştırma ve devletleştirme gibi yollarla sosyal amaçlı sınırlandırılmalarıdır. Üçüncü olarak planlı ekonomi yoluyla kaynakların dağılımında toplum yararının gözetilmesidir³⁵.

Birinci grupta yer alan sosyal haklar, sosyal devlet modelinin yalnızca düzenleyici bir mekanizma değil, bir takım yeni hakların da kaynağı olduğunu göstermektedir³⁶. Bu yeni haklardan bir kısmı, tıpkı klasik haklar gibi, devlete negatif edim yüklemektedir. Bunlar toplu sözleşme, grev ve sendika haklarıdır. Bu

³³ Göze, a.g.e., 1976, s.126, 11, 37

³⁴ Orucu, a.g.e., 1972, s.13

³⁵ Özbudun, a.g.e., 2003, s.128-136, Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e., 2001, s.98, Gözler, a.g.e., 2000, s.160-164

³⁶ Harry W. Jones, The Rule of Law and the Welfare State. *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, C.9, S.12, 1959, s.236

haklar, çalışanların toplumsal hayat içinde daha güçlü bir şekilde hareket etmelerini sağlayacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki, bu haklar toplu bir şekilde kullanılmaktadır ama, hakkın öznesi hala bireydir³⁷. Diğer bir grup hak ise, devlete eğitim, sağlık, konut gibi alanlarda pozitif edim yükleyerek herkes için asgari düzeyde de olsa belirli bir hayat standardı sağlanmasını hedefler. Sosyal hakların ortak yönü ise, toplum içerisinde ekonomik ve sosyal açıdan zayıf kesimleri koruma amacına yönelmeleridir. Örneğin parasız ilköğretim hakkı ile, mali olanakları yetersiz olan bir kişi, asgari düzeyde de olsa bir eğitim alabilecektir. Bu sosyal devlet modelinde sadece hukuksal eşitliğin değil, kişilerin sosyal güçlerini hesaba katan fırsat eşitliğinin de dikkate alındığını gösterir.

Gelir ve fırsat eşitsizliklerinin giderilmesi bağlamında, sosyal devlet ilkesinin uygulanmalarından doğan en önemli sonuçlarından biri, özel hukukun sosyalleşmesidir³⁸. Böylelikle devlet büyük ekonomik güçler karşısında kişi yalnız bırakmayacak, özel hukuk alanı olarak kabul edilen alanlarda düzenleme yaparak, sosyal yaşamın adaletsizliklerine seyirci kalmayacaktır. Tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesine dair düzenlemeler bu bağlamda örnek gösterilebilir. Bir diğer sonuç, ekonomik hakların bir takım düzenlemelerle, mutlak niteliklerini kaybederek zayıflamalarıdır³⁹. Bu zayıflamanın nedeni ise, elbette sosyal önceliklerdir. Kamu yararı lehine mülkiyet hakkının sınırlanabilmesi bu bağlamda düşünülebilir. Kamulaştırma işlemi ile, toplum yararının gerektirdiği durumlarda, özel mülkiyet hakkı, sahibinin rızası aranmadan sınırlanabilir⁴⁰. Bu doğal olarak ekonomik hakların, sosyal devlet modelinde, liberal modele oranla daha az güvenceli

³⁷ Tanör, a.g.e., 1978, s.33-35

³⁸ Gürkan, a.g.m., 2001, s.121

³⁹ Goze, a.g.e., 1976, s.124.

⁴⁰ Özhudun, a.g.e., 2003, s.131

olduğu anlamına gelir. Bu bağlamda bazı sosyal hakların da bu yönde sonuçlar doğurdukları görülmektedir. Örneğin grev ve toplu sözleşme haklarının haksızca tanınması, sözleşme özgürlüğünü sınırlandırması sonucunu doğurur.

Üçüncü yol olan planlama ise, ülkedeki kaynakların akılcı ve verimli bir biçimde sosyal gereklere uygun bir şekilde kullanımını sağlar. Yukarıda da belirtildiği gibi gelişmemiş ülkeler için planlama kavramı, bir kalkınma politikasının unsuru olarak ayrıca bir önem taşımaktadır⁴¹.

2. SOSYAL DEVLET-HUKUK DEVLETİ İLİŞKİSİ

Yukarıda sosyal devlet konusunda kavramsal bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır. Ancak 1961 Anayasası'nın 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 5. madde hükümlerini açıklamak için sosyal devlet- hukuk devleti ilişkisini de ortaya koymak gerekmektedir. Çünkü ilgili düzenlemeler bağlamında, iki sorunlu alan bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, 1961 Anayasası'nda kişi önündeki engelleri kaldırma görevinde esas alınacak ölçütlerden birinin, sosyal hukuk devleti değil, hukuk devleti olmasıdır. 1961 Anayasası'nın 10/2 düzenlemesi içerisinde hukuk devleti gibi bir ölçütün yer alması aşağıda değinileceği gibi, düzenlemenin kendi içinde bir sınırlama mı getirdiği sorusunu doğurmuştur. İkinci sorunlu alan ise, 1982 Anayasası düzenlemesinde sosyal hukuk devleti teriminin tercih edilmesidir. Sosyal hukuk devletinin sosyal devletten bir farkı olup olmaması, 5. maddeyi yorumlamada belirleyici bir role sahiptir. Bu nedenle öncelikle, sosyal devlet ve hukuk devleti

⁴¹ Bu konuda giriş bölümündeki 2, 3 ve 4 nolu dipnotlara bakılabilir.

kavramlarının ne şekilde bağlaşımları, bir anaya geldiklerinde nasıl yorumlanmaları gerektiği ortaya konulmalıdır.

Öncelikle hukuk devleti-sosyal devlet ilişkisine bir göz atılacak, sosyal hukuk devleti kavramına yönelik bazı sonuçlara ulaşılmaya çalışılacaktır. Birbirlerine karşı olduğu düşünülen bu kavramların herberleriyle nasıl bir ilişki içinde oldukları, bu birlikleşimin 10. ve 5 maddeler açısından ne ifade ettiği sorusuna da cevap oluşturacaktır. Öncelikle, sorun kavramsal düzeyde ele alınacak, daha sonra AYM içtihatları ışığında bazı çıkarımlar yapılmaya çalışılacaktır. Bu çıkarımlar aşağıda 10/2 ve 5 madde hükümleri yorumlanırken kullanılacaktır.

2.1. Kavramsal Çerçeve

Hukuk devleti kavramı ortaya çıkıp (18. yüzyıldan başlayan) dönem itibarıyla, negatif statü haklarına dayanan bir temelde kapitalist üretim tarzının gelişim dinamiğine imkan sağlayan ve onu koruyan bir siyasal düzenin hukuksal-siyasal ifadesini oluşturmaktadır. Hukuk devleti kavramının da merkezinde olduğu liberalizmin anayasa modeli, merkezinde mülkiyet hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlükleri ve hukuksal eşitlik barındırır⁴². Özgürlüğe müdahalenin yasalar çerçevesinde yapılması devlet faaliyetlerinin hesaplanabilir ve öngörülebilir olması, devletin bütün faaliyetlerinin bağımsız yargı aracılığıyla denetlenmesi, hukuk devleti kavramının içinde yer alır⁴³.

⁴² Sarıcaz a.g.e., 2003, s. 39. Akın a.g.e., 1993, s. 124

⁴³ Sarıcaz a.g.e., 2003, s. 44

Çıkarılan kanunlar, bir üst-kanon olan anayasa ile sınırlanır ve bu şekilde temel haklar kanunlara karşı korunur⁴⁴. Hukuk devleti ilkesiyle devlet, faaliyetlerine nesnel sınırlamalar getirilerek kayıtlanır. Toplumsal etkinlikleri ilke olarak serbest bırakan bu model, müdahaleyi, toplumun özerkliğine saygı ve meşru görevlerinin dışına çıkmayan bir hukuk devleti anlayışı içinde ve istisnai olarak kabul eder. Bu modelle uygun toplum da, devleti, günlük yaşamında hissetmeyen sivil toplumdur⁴⁵.

Hukuk devleti kavramı, şüphesiz, içinde pek çok boyut taşımaktadır. Ancak konumuz açısından, hukuk devleti kavramının bir boyutu, sosyal devlet kavramı ile ilişkisi bağlamında öne çıkmaktadır. Konunun düğüm noktası, hukuk devleti ile sosyal devlet modellerinin çatışma alanları ya da; en azından, çatıştıkları varsayımdır. Bilindiği gibi, hukuk devleti kavramının temelinde, liberal devlet anlayışının gerektirdiği sınırlı devlet ideali yatar. Sosyal devletin "müdahaleci" nitelik göstermesi ise, bu noktada iki kavram arasında bir gerilim olduğunu düşündürür. Zira belirtmek gerekir ki, jandarma devlet anlayışı aynı zamanda bir hukuk devleti olmayı gerektirir. Yukarıda hukuk devleti kavramının çıkışı itibarıyla ifade ettiği anlam da aradaki paralelliği göstermektedir.

Aradaki gerilimi ve oluşturulmaya çalışılan sentezi daha iyi anlamak ve bunun pratik sonuçlarını tahlil etmek için bu ilişki hakkında bazı temel açıklamalar getirmek gerekmektedir. Bunun için öncelikle bu iki kavramın çatıştığı görüşünde olan yazarların görüşlerini açıklamak gerekir.

Bilgen, aradaki çatışmayı temellendirirken, hukuk devletinin liberal devletin bir kurumu olarak doğup geliştiğini, asli amacının egemenliği sınırlamak ve kişi hak ve özgürlüklerini korumak olduğunu belirtir. Sosyal devlet ise, sosyal adalet, sosyal

⁴⁴ Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorilerine Geri Dönüş*, (Ankara Yetkin yay. 1996), s. 332

⁴⁵ İbrahim Kaboğlu, "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", *İnsan Hakları Yılıği*, S 12, (1990), s. 147; John Gray, *Liberalizm*, (Buckingham Open University Press, 1995), s. 33

refah, sosyal güvenlik gibi amaçlar nedeniyle devletin görev ve yetkilerinin arttığı bir modeldir. Sosyal devletin görev ve yetkileri gereği, kişi hak ve özgürlüklerine yapılan müdahaleler ve kamu hizmeti yerine getirilirken takdir yetkisi artacaktır. Aynı zamanda yargısal denetimin kapsam ve etkisi azalacaktır. Bunun yanında, kişi hak ve özgürlükleri sınırlanacaktır. Örneğin 1982 Anayasası'nda belirtildiği gibi, mülkiyet toplum yararına aykırı olarak kullanılmayacak, özel teşebbüsler sosyal amaçlara uygun çalışacaklar ve devlet bunun için gerekli tedbirleri alacaktır. Sonuç olarak devlet güçlenecektir. "Bu sebeple hukuk devleti ilkesi Anayasanın elverdiği ölçüde sosyal devlet ilkesinin de sınırlarını çizecek ve fakat alanı (etkisi) liberal devletlerde olduğuna göre daralacaktır"⁴⁶.

Huber, sosyal devlet ile hukuk devleti arasındaki gerilimi açıklarken, hukuk devletinin bir burjuva devlet modeli olduğunu hatırlatır⁴⁷. Yazara göre hukuk devletinin unsurları, erkler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, idarenin kanunluluğu, idareye karşı yargısal korunmanın sağlanması ve devletin hukuka aykırı işlemlerinden dolayı mali sorumluluğu olmasıdır⁴⁸. Yazar, sosyal devleti ise, sosyal yardımlar dağıtan bir sosyal yardım; ya da, eşitsizlikleri önleyen denkleştirme tedbirleri alan bir refah devleti olmaktan öte, daha kapsayıcı bir şekilde tanımlar. Yazara göre, sosyal devlet, modern endüstri çağında, endüstriyel sınıf toplumuyla, geleneksel devlet arasındaki çelişkileri sosyal entegrasyon yoluyla aşmaya çalışan bir modeldir. Bu farklılık ise yazarı, hukuk devletinde, toplumun devlete karşı korunduğu; sosyal devlette ise

⁴⁶ Pertev Bilgen, *İdare Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Filtz Kitabevi, 1999), s. 29

⁴⁷ Ernst Rudolf Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", *AÜHF*, S 27, 1970, s. 36

⁴⁸ Huber, *a.g.m.*, 1970, s. 31

toplumun devlet aracılığıyla korunduğu sonucuna götürür⁴⁹. Aradaki farklılıkları somutlaştırmak isteyen Huber, sosyal güvenlik hakkı örneğini verir. Hukuk devletinin, sosyal güvenlik ihlal edilse bile kişisel özgürlüğü koruduğunu; sosyal devletin ise, kişisel özgürlük kısıtlansa bile, sosyal güvenliğini savunduğunu belirtir⁵⁰. Yazar bir yandan da sosyal devlet ve hukuk devleti kavramlarının birbirlerini tamamladıkları görüşünü savunacaktır. Çünkü, sosyal devlet, hukuk devletinin yaşaması ve "modern endüstri toplumunun" içinde bulunduğu açmazlara karşı kendini koruması için gereklidir. Buna koşut bir biçimde hukuk devleti ise, sosyal devletin, kişisel özgürlükleri tahrip etmemesinin sigortasıdır.

Jones'a göre, hukuk devleti, iktidarın kişi üzerinde keyfi güç kullanmaması, yönetenlerle yönetilenlerin kanun önünde eşitliği ve kişi haklarının etkili bir yargısal ve anayasal düzen tarafından korunması üzerine kuruludur. Oysa sosyal devlet, üstlendiği görevler neticesi toplumsal hayatta etkin bir rol oynayarak, özel girişim konusunda düzenleyici, işsizliği önleyici ve sosyal fayda sağlayıcı kamu servisleri kuran ve kamu mülkiyetinin arttığı bir modeldir⁵¹.

Bu konuda karşı görüşler de bulunmaktadır. Bunlar temel olarak, sosyal devlet sisteminin aslında hukuk devleti ilkesiyle gerçek anlamda bir çatışma alanı taşımadığı yönündedir. Bu görüşlere göre, sosyal devlet modelinin sahip olduğu müdahaleci nitelik, liberal-kapitalist sistemin sınıf çatışmaları nedeniyle düştüğü tehlikeyi ortadan kaldırma amacından doğmuştur. Bu nedenle, sosyal devlet modeli,

⁴⁹ Huber, a.g.m., 1970, s.35-37. Bu konuda daha fazla açıklama için bkz: Doğan Özlem, "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", *Doğu-Batı*, S.13, (Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001), s.9-23

⁵⁰ Huber, a.g.m., 1970, s.46-47; Aynı yönde: Hikmet Sami Türk, "Sosyal Hukuk Devleti", *Halkevleri Dergisi*, S. 91, (Mayıs 1974), s.10-11. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca: Zafer Gören, *Anayasa ve Sorumluluk*, C.2, (Izmir: DEÜ yay., 1999), Mehmet Akad, *Teoride ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı*, (İstanbul: Kazancı yay., 1992), s.43-48

⁵¹ Jones, a.g.m., 1959, s.246-247

aslında, liberal devlet modelinden bir kopmayı değil, kapitalist sistemin devamı için revize edilmesini ifade eder.

Bu bağlamda ilk olarak Tanör'ün görüşlerine başvurulabilir. Yazara göre, sosyal devlet, liberal devletin hem ekonomik temeli olan kapitalizmi, hem de siyasal yapısını bazı düzeltmelerle sürdürmekten başka bir anlama gelmez. Sosyal devlet burjuva devletinin günümüzdeki biçimidir. Çünkü burjuvazi, işçi sınıfının ihtilalci bir değişim geçirmesini önlemek için sosyal açıdan zayıf kesimleri koruyucu politikalar izlenmesi yoluna gitmiştir⁵².

İzveren, sosyal devlet modelini, klasik demokrasi döneminden sonra gelen daha ileri bir aşama olarak tanımlar. Bu tanım gereği sosyal devlet modelinde özgürlüklerin ve demokrasinin gerilemesi değil, farklı boyutlarda da yaşanması söz konusu olur. Yazara göre, sosyal devlet düzeni içerisinde ekonomik demokrasi gereği, sosyal amaçlar için ekonomik haklar ve sermayenin gücü karşısında, devlet, sermaye ve emek arasında bir denge kurmaya çalışacaktır⁵³.

Bu bağlamda, Örucü, Schottland'ın verdiği sosyal devlet tanımını örnek gösterecektir. Yazara göre, sosyal devlet, gelirin yeniden dağılımını etkileyebilmek için, ekonomik ve politik gücün bağımsız işlevini değiştirmek için devlet iktidarının kullanıldığı modern bir batı devletidir. Ancak bu model aynı zamanda da, bir hukuk devletidir. Temel hakların korunması için hukuki usuller bulunmaktadır⁵⁴.

Sabuncu'ya göre, sosyal devlet modeli, liberalizmin sınıfsal kimliğini bir ölçüde törpülese de, bu modelin devamını sağlamaktadır. Bu anlamda ortada bir çatışma yoktur. Sosyal devlet, özel mülkiyet ve pazar ekonomisine dayanan klasik liberal devletin, ana kurumlarının korunarak yenilenmesi olarak algılanmalıdır.

⁵² Tanör, a.g.e., 1978, s.106-107

⁵³ İzveren, a.g.m., 1975, s.34, 40

⁵⁴ Örucü, a.g.e., 1972, s. 13

Çünkü sosyal devlet modeli ekonomik ve sosyal alanda bir mutlak eşitlik sağlamaya, yani kapitalist sistemi değiştirmeye yönelik tedbirler içermez. Sosyal devlet modelinde, bireylerin kendilerini geliştirmek için sadece asgari ön koşullara sahip olması amacı güden fırsat eşitliği kavramı söz konusudur⁵⁵.

Sabuncu, sosyal devletin, bir hukuk devletine göre toplumsal ilişkilerde daha fazla rol oynayarak özgürlükler için tehdit oluşturduğu yönündeki görüşe de, Türkiye açısından açıklık getirir. Yazara göre, bu konudaki tartışmaların gelişmiş ve gelişmemiş ülkeler ekseninde farklı boyutları bulunmaktadır. Sosyal devlet-hukuk devleti tartışmasında, sosyal devlet modeliyle devletin ekonomideki varlığının genişleyip bireysel özgürlükleri tehdit ettiği yönündeki eleştiriler daha çok gelişmiş Batı demokrasilerinde yapılabilir. Oysa gelişmemiş ülkelerde hukuk devletinin çatıştığı asıl sorun sosyal devlet değildir. Bu tür ülkelerde devlet organlarının keyfi işlem ve eylemleri daha büyük bir sorundur ve hukuk devleti kavramıyla asıl çatışma bu boyutta yaşanır⁵⁶.

Sosyal devlet ile hukuk devleti modellerinin çatıştığı yönündeki görüşleri birkaç başlık altında toplayarak değerlendirmek gerekmektedir. Öncelikle, hukuk devletinin, bireysel özgürlüğü, sosyal devletin ise toplumun iyiliğini teminat altına aldığı iddiası karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten de, hukuk devleti ve sosyal devlet modellerinin çıkışları itibarıyla çeliştikleri iddia edilebilir. Çünkü hukuk devleti, burjuvazinin, idealindeki toplum yapısının temelindedir. Burjuvazinin idealindeki toplum yapısı, negatif özgürlük anlayışına ve bireysel gelişim esasına dayalı, liberal bir ekonomi sistemine

⁵⁵ Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş* (Ankara: İmaj yay., 2003), s.135

⁵⁶ Sabuncu, a.g.e., 2003, s.134-135

dayalıdır⁵⁷. Öte yandan sosyal devletin ortaya çıkışındaki en önemli dinamik, emekçi sınıfların burjuvaziye ve onun özgürlük anlayışına verdiği mücadeledir⁵⁸.

Ancak hukuk devletini bireyci sistem, sosyal devleti ise, toplumcu sistem olarak gösteren ayrım, bazı yanlışları da içinde taşımaktadır. Bir kere, tarihsel olarak bakıldığında, karşı görüşü savunan yazarların da belirttiği gibi, sosyal devlet modelinin ortaya çıktığı ülkeler, liberal-kapitalist bir modele sahipken, sosyal devleti benimsemişlerdir. Yukarıda sosyal devletin sosyalist devlet olmadığını açıklarken de değinildiği gibi, sosyal devlet modeline geçiş, bu ülkelerin ne siyasal sistemlerini, ne de, ekonomilerindeki özel mülkiyet ve karlılığa dayalı kapitalist yapılarını değiştirmemiştir. Sadece, sosyal ve ekonomik alanda, devletin rolü yeniden belirlenmiştir. Sonuçta ortaya çıkan, sosyal devletin hukuk devletiyle çelişen başlıca yönü, ekonomik özgürlüklerden yararlanışın toplumun diğer kesimleri lehine dengelenmesi ve devletin bu alanda toplumsal düzeyde çıkarların korunması anlamında bazı müdahalelerde bulunmasıdır. Bu halıyla ekonomik alandaki bireysel gelişim modelinin engellenmesi değil, karşı ağırlıklarla dengelenmesi söz konusudur. Tek başına bir hukuk devletinden bahsedilebilir ve örnekleri vardır. Ancak kural olarak sosyal devlet modeli, burjuva demokrasilerinin, belli bir döneminde geldikleri bir aşamayı ifade ettiği için, hukuk devletinden bağımsız düşünülemez.

İkinci olarak, sosyal devlet modelinde kısıtlanan özgürlüklerin niteliklerine de dikkat etmek gerekir. Sosyal devlet modelinin kişi özgürlüklerini sınırladığı ifade edilirken, sınırlanan özgürlüklerin hangileri olduğunun da belirtilmesi gerekir. Bir kere, bireysel özgürlüğün sosyal devlet tarafından benimsenmediği ya da sosyal devletin toplumcu olduğu gibi yargılar, tartışmaya açıktır. Çünkü genel olarak,

⁵⁷ Sancar, a.g.e., 2000, s. 38-39

⁵⁸ Tanör, a.g.e., 1978, s. 105-109

bireysel değil, bireysel-ekonomik özgürlüklerle ilgili kısıtma noktaları vardır. Bu kısıtma noktaları ise ekonomik hakları kaldırmaz; onları karşı haklarla dengeleyer. Örneğin grev, sendika gibi sosyal hakların kolektif bir şekilde kullanılsa da birey hakları oldukları unutulmamalıdır. Hak sahibi ya da öznesi hala toplum değil, bireydir⁵⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sosyal devlet modelinde toplumun çıkarlarının ön planda tutulduğu ya da bazı hakların kısıtlandığı gibi yargıların temelinde, ekonomik hakların statüsünün zayıflatılmış olması vardır. Sosyal devlet modelinde elbette başta mülkiyet olmak üzere ekonomik nitelikteki haklar zarar görür. Bu zararın nedeni, devletin pozitif edimini gerektiren hakların yaşama geçirilmesi için görülen hizmetlerin finansmanından doğar. Örneğin devletin pozitif edimini gerektiren diğer sosyal haklar gibi, sosyal güvenlik hakkının da, yaşama geçmesinde zarar görecektir hak, mülkiyet hakkıdır⁶⁰. Bu bağlamda karşımıza kamusal harcamalara katılma konusu çıkar. Sosyal açıdan zayıf gruplara verilen sosyal hizmetlerin finansmanı, varlıklı kesimler üzerinde ek bir vergi yükü getirmektedir⁶¹. Bu vergi yükü doğal olarak özel mülkiyete zarar verir. Yani aslında hukuk devleti- sosyal devlet ilkelerinin ya da klasik haklar- sosyal hakların çatışıp çatışmadığı tartışmasının temelinde, bütçede yer alan sosyal harcamalar ve vergilerden doğan bir kaynak paylaşımı sorunu söz konusudur⁶².

Ancak mülkiyet hakkı gibi ekonomik haklar için varılan yargıya, diğer klasik haklar için varılamaz. Çünkü bir sosyal devletin ekonomik nitelikte olmayan temel haklara –örneğin yaşam hakkına ya da ifade özgürlüğüne- hangi sosyal amaçla müdahale edeceği ve kısıtlayacağı açıklanamaz. Sınırlanan özgürlükler tüm kişisel

⁵⁹ Tanör, a.g.e., 1978, s 35, Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, (İstanbul: YKY, 2000), s 37-38

⁶⁰ Jones, a.g.m., 1959, s 254-256

⁶¹ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2001) s 142

⁶² Uygun, a.g.m., 2000, s 36

haklar değli, sözleşme, girişim özgürlükleri ve mülkiyet hakkı gibi olumsuz haklardır. Esas itibarıyla hukukta sosyal devlet modelinde mülkiyet haklarının ihlal edildiğini söylemek de yanlıştır. Çünkü devletin kamu yararına yapacağı müdahale değeri tazmin edilir. Bu da bir ihlal değli anlamına gelmez.

Görülmektedir ki, hukuk devleti-sosyal devlet arasındaki geçiş alanı ekonomik nitelikli özgürlüklerdir. Elbette, bir sosyal devlet modelinde bu özgürlükler daha sınırlı olacaktır. Ama bu haklar da, hukuk devleti ilkesinin koruması altında bulunur ve keyfi bir biçimde değli, sadece sosyal amaçlarla, kapitalist bir düzenin izin verdiği ölçüde sınırlanabilir.

Belirtmek gerekir ki, hukuk devleti-sosyal devlet ilişkisini aşmak için hukuk devleti ve insan hakları kavramlarını dinamik bir yaklaşımla yorumlanmalıdır. Söz konusu kavramların çalkış dinamikleri üzerinde durulmalı, bunların statikleşmesi sonucunu doğurabilir⁶³. Bu nedenle hukuk devleti ilkesini hatta sadece bir burjuva toplum modeli olarak görmemek gerekir. Zaten, hukuk devleti ilkesi de devletin sınırlı tutma ideali, esas olarak, keyfiliği önleme amacıyla yöneliktir⁶⁴. Bu nedenle sosyal devletin müdahaleciliğini herhangi bir müdahale ile bir tutmamak gerekir. Son olarak denilebilir ki, sosyal devlet aynı zamanda, sosyal hukuk devletidir.

2.2. AYM'nin Sosyal Hukuk Devleti Tanımı

AYM içtihadındaki tanımlarda, sosyal hukuk devletinin bir bütün olarak görüldüğünü belirtmek gerekir. Aslında bunun bir ölçüde kaçınılmaz olduğu düşünülebilir. Çünkü Anayasanın 2. maddesinde de aynı gün sosyal devlet ve hukuk

⁶³ Sosyal, Dinamik Anayasa Anlayışı (Ankara: ANSOF yay., 2000), s. 102-103.

⁶⁴ Sancar, a.g.e., 2000, s. 81.

devletinden değil, sosyal hukuk devletinden söz ettiği görülmektedir. **Yüzbaşıoğlu** da, Mahkemenin hemen her kararında sosyal devlet değil, sosyal hukuk devleti kavramını kullanmasına dikkat çeker⁶⁵.

Mahkeme bir kararında şu ifadelere yer verir: "Sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesine koşuttur. Cumhuriyetin çağdaş yapısını, özlenen niteliklerini birlikte kurup tanımlayan bu ilkelerin devletin yüceliğini ve onurunu simgeleyen, yükümlülüklerini özetleyen anlamları Anayasanın da özüdür. İnsan hak ve özgürlüklerine saygılı, onları koruyup güçlendiren, bireyin huzur ve refahını sağlayarak güvenceye bağlayan, kişiyle toplum arasındaki dengeyi kuran, emek - anamal ilişkilerini sağlıklı biçimde düzenleyen, özel girişimin güvenlik ve kararlılık içinde çalışması, gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali tüm önlemleri alan, çalışanların insanca yaşamasının, güçsüzlerin güçlülere karşı korunmasının gereklerini yerine getiren, toplumsal dengeyi ve kamu düzenini özenle gözeterek her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurarak bunu artırarak sürdürmeyi amaç edinen sosyal devletin karakteri Anayasanın 5. maddesiyle vurgulanmıştır". Gene aynı kararda, Mahkemenin, sosyal devlet ve hukuk devleti tanımlarını ayrı ayrı yapıp, bunları birleştirerek ulaştığı sentez, sosyal hukuk devletidir. "Hukuk devletinin, işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yargı denetimini etkinlikle yaygınlaştırıp sürdürmesi, yasakoyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasakoyucu da dahil devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı,

⁶⁵ Nevruz Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, (İstanbul İÜHF yay., 1983) s.186. Yazar, Mahkemenin sosyal hukuk devleti tanımı yaptığı kararlarının 1961 Anayasası döneminde verdiği bir karardaki (ES 63/336, KS 67/29, Kl 27.9.1967) tanımın aynen tekrarı olduğuna da dikkat çeker.

âdî bir hukuk düzenini kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir. Yasaların üstünde yasakoyucunun uymak zorunda bulunduğu Anayasa ve temel hukuk ilkeleri vardır. Anayasada öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Sosyal devletin daha önce yapılan kısa tanımı, hukuk devleti tanımıyla birlikte ele alınınca sosyal hukuk devletinin gerekleri açıklanmış olur. Toplumsal gereklere ve toplum yararına öncelik veren, güçsüzü güçlüye karşı koruyarak ulusal dayanışmayı üstün düzeyde gerçekleştirip dengeyi kuran devletin, hukuk içinde kalarak ve hukuka özenle uyarak yasal düzenlemeleri yapması, barış ve mutluluğu sağlaması, özlenen en çağdaş görünümdür"⁶⁶.

Daha başka kararlarda da, sosyal hukuk devleti tanımı yapılırken iki kavram arasında bir bütünlük göze çarpar. Bunlardan birinde şöyle bir yaklaşım sergilenir: "Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasanın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir"⁶⁷. Bu karardaki tanım Mahkemenin 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda yaptığı tanımın aynısıdır⁶⁸. Yani Mahkemenin bu bağlamdaki yaklaşımının istikrarlı olduğu söylenebilir.

Mahkemenin sosyal devletle hukuk devletini bir bütün olarak gördüğü kararlarında klasik ve sosyal haklar da bir bütün olarak değerlendirilir: "Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantılan

⁶⁶ ES 87/16, KS 88/8, Kl. 19.4.1988, AYMKD, S. 24, s. 101-102

⁶⁷ ES 88/19, KS 88/33, Kl. 26.10.1988, AYMKD, S. 24, s. 444-464

⁶⁸ ES 72/16, KS 72/49, Kl. 17.10.1972, AYMKD, S. 10, s. 539

olan, devredilemez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Gücsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir.⁶⁹

Bir diğerindeyse: "Anayasanın 2. ve 5. maddelerinde belirtilen sosyal hukuk devleti insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, milli gelirin adaletli dağıtılması için gerekli tedbirleri alan, gücsüzleri güçlüler karşısında koruyan devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını ve işlemesini gerekli kılar. Sosyal hukuk devletinde kişinin korunması, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasıyla olanaklıdır⁷⁰."

Görüldüğü gibi AYM, istikrarlı bir biçimde, hukuk devletine atfettiği kişinin korunması rolünün tam olarak oynanabilmesi için, gücsüzlerin de korunmasını sağlayan sosyal niteliği de ekler. Aynı zamanda bu eşitlik anlayışını sosyal adalet temelinde yorumlayarak, hukuk devletinde bulunan hukuksal eşitliğin bir adım önüne geçer.

Gücsüzlerin güçlüler karşısında korunmasından söz ettiği bir kararı da, sosyal güvenlik kavramı çerçevesinde yaptığı bir tanımlı içerir. Kararda sosyal hukuk

⁶⁹ ES 90/27, KS 91/2, Kl.17.1.1991, AYMKD, S.27/1, s.130-142

⁷⁰ ES 99/50, KS 01/67, Kl.3.4.2001.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/PTALITIRAZ/K2001/K2001-67.htm>

devletinin sosyal güvenlik sorunlarını çözüme görevinin yanında gelir dağılımı ile ilgili görevlerine de yer verir⁷¹.

AYM'nin bu tanımının zaman içinde değişik biçimlerde ifade edildiğini belirtmek gerekir. Örneğin daha önceki yıllarda verdiği bir kararda⁷² bu tanımda, "emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan" ve hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir" gibi ifadeler vardır.

AYM'nin "sosyal devlet(i), hukuk devletinin ileri bir aşaması" olarak gördüğünü de belirtmek gerekir⁷³. Mahkemenin 1961 dönemindeki "gerçek hukuk devleti ancak toplumsal (sosyal-BB) devlet anlayışı içinde ise bir anlam ve değer kazanır" gibi değerlendirmelerinin bulunduğu içtihadı da bu konudaki istikrarlı yaklaşıma örnek verilebilir⁷⁴. Bunun yanında, AYM'nin sosyal devletle sosyal hukuk devletini aynı anlamda kullanmadığı bir kararına da işaret etmek gerekir. Kararda şu ifadeler yer almıştır: "Sosyal devlet ise, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir(..) Sosyal hukuk devleti de, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan, kişiyle toplum arasında denge kuran, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için, sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, milli gelirin adil bir biçimde dağılmasını temin eden, hukuka bağlı ve gerçek bir özgürlükler rejimi uygulayan devlettir"⁷⁵.

⁷¹ ES 93/17, KS 93/41, Kİ 18 11 1993, AYMKD, S 31/1, s.257

⁷² ES 84/9, KS 85/4, Kİ 18 2 1985, AYMKD, S 21, s.59

⁷³ ES 87/16, KS 88/8, Kİ 19 4 1988, AYMKD, S 24, s.101-102

⁷⁴ ES 75/198, KS 76/18, Kİ 18 3 1976, AYMKD, S 14, s.106

⁷⁵ ES 92/29, KS 93/23, Kİ 24 6 1993.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1993/K1993-23.htm>

3. 1961 VE 1982 ANAYASALARININ, KİŞİ ÖNÜNDEKİ ENGELLERİ KALDIRMA GÖREVİNİ DÜZENLEYİŞLERİ

Bu bölümdeki amaç, 1961 Anayasası'nın 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 5. madde hükümlerinin hukuki niteliğini tespit etmektir. Bu tespit yapılırken, sosyal devlet ve sosyal hukuk devleti kavramlarıyla ilgili yukarıda getirilen açıklamalardan hareket edilecektir. Söz konusu hükümlerle, yukarıda da değinildiği üzere, devlete, kişi önündeki engelleri kaldırma görevi verilmektedir. Bu hükümler, aynı zamanda, söz konusu görevin içeriğinin belirlenmesi için belirli ölçütleri içermektedir. Örneğin 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü, devlete, hukuk devleti, fert huzuru ve sosyal adalet ölçütleriyle bağdaşmayan engellerin kaldırılması görevini yüklemiştir. 1982 Anayasası'nın 5. maddesi hükmü ise, bu görevi, sosyal hukuk devleti ve adalet ölçütleriyle bağdaşmayan engelleri kaldırmak olarak belirlemiştir. Görüldüğü üzere her iki düzenlemedeki ölçütler birebir uyuşmamaktadır. Her iki düzenleme arasındaki farklardan doğan mülahazalar yanında, söz konusu ölçütlerin, aynı madde içinde, kendi aralarındaki ilişkisi üzerinde de bir dizi sorunlu alan bulunmaktadır. Bu nedenle, burada, söz konusu hükümlerde geçen sosyal hukuk devleti, sosyal adalet vb. ölçütler üzerindeki tartışmalar ve her iki hüküm arasındaki farklılıklar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Ancak yukarıda sayılan sorunlar bağlamında, ilgili hükümleri masaya yatırmadan önce bir hususun gözetilmesi gerekir. İlgili hükümlerin içlerinde buldukları Anayasaların, özgürlük kavramına bakışlarında ve temel felsefelerinde

1982 Anayasası'nda ise, devlete ekonomik ve sosyal hayatın insan onuruna yakışır bir yaşam seviyesine getirilmesi gibi bir görev verilmediği gibi, planlama kavramına bakış da farklıdır. 1982 Anayasası'nın 166. maddesine göre, planlama, milli tasarrufu ve üretimi arttırmak, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde denge sağlamak, yatırımı ve istihdamı geliştirmek gibi, sosyal değil, ekonomik nitelikli amaçlar için yapılacaktır. Bu durum 1982 Anayasası'ndaki planlama anlayışının liberal bir ekonomiyle daha kolay bağdaşabileceğini; oysa 1961 Anayasası'ndaki planlama anlayışının daha çok sosyal amaç ve önceliklere ağırlık verdiğini göstermektedir⁷⁸.

1982 Anayasası ile, devlete, tekelleşmeyi önleyici ve tüketiciyi koruyucu tedbirler almak gibi yeni görevler de yüklenmiştir. Ancak sosyal haklar açısından yapılacak genel bir değerlendirmedeki tablo şudur: 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'ndaki düzenlemelere göre özellikle kolektif olarak kullanılan sosyal haklar açısından ciddi bir gerileme vardır. Grev ve sendika hakları daha sınırlıdır ve yasaklarla çevrilidir. Devletin pozitif edimini gerektiren sosyal hakların sınırını çizen 65. maddeye ekonomik istikrarın korunması gibi bir ölçüt ilave edilmiştir. Böylelikle devlet, sosyal görevlerini yerine getirilmemesi halinde, eylemsizliğini meşrulaştıran daha güçlü bir anayasal dayanağa sahip olmuştur⁷⁹.

3.1. 1961 Anayasası'nın 10/2 Hükümünün Niteliği

1961 Anayasası'nın 10. maddesi, genel olarak bakıldığında, Anayasadaki hak ve özgürlüklerin niteliklerini ortaya koymaktadır. İlgili düzenlemenin birinci fıkrasında, temel hakların doğuştan kazanılan, dokunulamaz ve devredilemez

⁷⁸ Öztudun, a.g.e., 2003, s.133-134

⁷⁹ Tanır, a.g.e., 1986, s.147-148

oldukları belirtilmekte, ikinci fıkrasında ise, devlete kişi önündeki engelleri kaldırma görevi yüklenmektedir. Görüldüğü gibi devlete sadece, hak ve özgürlüklere dokunmama, saygı gösterme görevi verilmemiştir. Bu görevin yanında bir görev daha söz konusudur. O da, hak ve özgürlükleri gerçekleştirici ve geliştirici koşulları hazırlama, bu alandaki engelleri ortadan kaldırma görevidir⁸⁰.

Türkiye'deki anayasacılık hareketi açısından bakıldığında, 1961 Anayasası'nın ilgili hükmünün, 1924 Anayasası'ndaki özgürlük anlayışına göre, sosyal açıdan büyük bir ilerleme olduğu görülür. Zira 1924 Anayasası doğal hukukçu bir yaklaşım sergilemekte, sosyal kurallara yer vermemekteydi. 1961 Anayasası'nın 10. maddesinin doğal hukuk anlayışını benimseyenlerle benimsemeyenler arasında bir mutabakatı hedefleyen yapısı, birinci fıkrasıyla, 1924 Anayasası'ndan gelen doğal hukuk/doğuştan kazanılan hak anlayışını devam ettirmiştir. Zira birinci fıkrada temel hak ve özgürlüklerin doğuştan kazanıldığı, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte oldukları belirtilmiştir. İkinci fıkra ise, devlete özgürlüğün sağlanması için kişi önündeki engelleri kaldırma görevi vermiştir. Böylelikle, sosyal devlet anlayışına uygun bir şekilde otorite/özgürlük anlayışına yeni bir boyut kazandırılmıştır. Devlet müdahalesi özgürlüğün korunması için engellenirken, bir yandan da özgürlüğün önündeki engellerin kaldırılması için devlete müdahale yükümlülüğü getirilmiştir⁸¹.

Bu yenilik uluslararası belgeler açısından da çağdaş bir tutumdur. 2. Dünya Savaşı sonrası yapılan bazı anayasaların ve hak bildirgelerinin devlete sosyal hayatta görevler yüklediğine yukarıda değinilmişti. Fakat, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü, bunlar içerisinde, özellikle, 1948 İtalyan Anayasası'nın 3/2 hükmüyle bir paralellik içindedir. Hükme göre:

⁸⁰ Tanör, a.g.e., 1986, s 28, Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, (İstanbul: Afa yay., 1996), s 289

⁸¹ Soysal, a.g.e., 1969a, s 238

"Yurttaşların özgürlüğünü ve eşitliğini fiilen kısıtlayan, insan kişiliğinin eksiksiz bir biçimde gelişmesini ve bütün çalışanların ülkenin siyasi, ekonomik ve sosyal örgütlenişine fiilen katılabilmesini önleyen ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak Cumhuriyetin ödevidir"⁸².

Tanör, bu düzenlemenin 1961 Anayasasının 10/2 hükmü için ilham kaynağı olduğunu belirtir⁸³. **Soysal** da, maddenin "belki de farkında olmayarak" alındığı yer olarak İtalyan Anayasası'nı gösterir⁸⁴.

10/2 hükmüyle getirilen yükümlülüğün, sadece sosyal devlet ve sosyal adalet bağlamında da düşünülmemesi gerekir. Hükmün lafzı gereği, sosyal engeller yanında, siyasal ve ekonomik engellerin de kaldırılması gerekmektedir.

Doktrindeki görüşler de bu yöndedir. **Tanör**, 10/2 hükmünün, sadece sosyal hakların değil, klasik hakların gerçekleşmesi için de devletin pozitif edimlerde bulunmasını öngördüğünü belirtir⁸⁵. **Sağlam**, söz konusu hükmün devlete yüklediği yükümlülüğün, sosyal, siyasal ve klasik hakların hepsini kapsadığını belirtir⁸⁶. **Soysal**'a göre, maddenin temelinde yatan Jakoben özgürleştirme anlayışı devleti, klasik haklar için de aktif tutum içine sokar⁸⁷. **Sabuncu**, 1961 Anayasası'nın 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 5. maddelerinin klasik haklar için de devlete pozitif edimler yükleyen düzenlemeler olduğunu belirtir⁸⁸.

Hükmün içerdiği kavramlar üzerinde bazı tartışmalar bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bunlardan biri, hukuk devleti kavramının kişi önündeki engelleri

⁸² Uygun, a.g.e., 1992, s.26; Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (İstanbul: İÜHF yay., 1971), s.432

⁸³ Tanör, a.g.e., 1978, s.181

⁸⁴ Mümtaz Soysal, "Eğitim Hakkı ve Öğrenim Özgürlüğü", *Türkiye'de İnsan Hakları Semineri*, (Ankara: AÜHF yay., 1970), s.238-239

⁸⁵ Tanör, a.g.e., 1978, s.21

⁸⁶ Sağlam, a.g.e., 1982, s.21

⁸⁷ Soysal, a.g.m., 1970, s.238-239

⁸⁸ Yavuz Sabuncu, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", *İnsan Hakları Yılı*, C. 7-8, (1985-1986), s.19

kaldırma görevinde ölçü alınacak olmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk devleti ilkesi ile, devlet faaliyetleri sınırlandırıldığından, bu ilkenin, söz konusu görevi olumsuz yönde etkileyip etkilemeyeceği bir tartışma konusudur.

Hükümle ilgili bir diğer sorun, kişi önündeki engelleri kaldırma görevinin, doktrinde yaygın bir şekilde özgürleştirme görevi olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Özgürleştirme, Marksist literatürde görülen bir terim olduğu için, kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin sınırları konusunda, bazı soru işaretleri oluşmaktadır. Görüldüğü gibi her iki sorunlu alan da hükmün sınırları konusundadır. Özetlenecek olursa, birinci soru, hukuk devleti ölçütünün, hükmün gücünü ve etkisini azaltıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığıdır. İkinci soru ise, özgürleştirme kavramının, devrimci bir temele dayanmakla, bu hükmün etkisini büyütüp büyütmediğidir. Bu konudaki soruları, aynı zamanda, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmüne paralel olan, 1982 Anayasası'nın 5. maddesi bağlamında da cevaplamak gerekir. Bu nedenle, çalışmanın konusu gereği, bu görevin sınırları konusundaki tartışmalar, 1982 Anayasası'nın 5. maddesi incelenirken, Sosyal Hukuk Devleti Ölçütü başlığı altında incelenecektir.

10/2 hükmünün Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerle girdiği ilişkinin AYM içtihadı ışığında incelenmesi ise, aşağıda, 3. Kısımda yapılacaktır. Bu incelemede hem negatif statü, hem de pozitif statü haklarıyla girilen ilişki gözetilecektir.

3.2. 1982 Anayasası'nın 5. Maddesinin Niteliği ve İçerdiği Kavramlar

Yukarıda da belirtildiği gibi, 10. madde, birinci fıkrası ile klasik hakların niteliklerini doğal hukukçu bir bakışla belirtmekteydi. İkinci fıkrası ile, devlete temel hak ve özgürlüklerin yaşanabilir kılınması için görev yüklemesi ise, farklı bir yaklaşımın ürünüydü. 1982 Anayasası'nın 5. maddesi düzenlemesinde ise, temel hak ve özgürlüklerle ilgili farklı yaklaşımların aynı madde içerisinde buluşturulmasından vazgeçilmiştir. 1961 Anayasası'nın 10. maddesinin hakların doğuştan kazanıldığını ve devredilmez nitelikte olduklarını belirten 1. fıkrası, bağımsız olarak, 1982 Anayasası'nın 12. maddesine kaydırılmıştır. Devlete kişi önündeki engelleri kaldırma görevi ise devletin diğer temel amaç ve görevleri ile beraber düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 5. maddesindeki kişi önündeki kaldırma görevinde temel alınacak ölçütler, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmündeki görevde temel alınacak ölçütlerle aynı değildir. 10/2 hükmünde geçen, fert huzuru, hukuk devleti ve sosyal adalet ölçütleri, 1982 Anayasası düzenlemesinde, adalet ve sosyal hukuk devleti olarak değiştirilmiştir.

1982 Anayasası'nın 5. maddesi hükmünün niteliğini ortaya koymak için öncelikle, içerdiği ölçütlerin anlamları ele alınmalı, devlete yüklenen bu pozitif edim yükümlülüğünün, somut ve maddi içeriği belirlenmelidir. Bu nedenle, kişi önündeki engellerin kaldırılmasında ölçüt olarak alınan kavramlar, 1961 Anayasası düzenlemesi de dikkate alınarak, bu başlık altında incelenecektir.

Aynı maddede yer alan diğer kavramlar (bağımsızlığın, cumhuriyetin korunması vs.) ise kişi önündeki engelleri kaldırma görevinden bağımsız olduğu için

inceleme dışı bırakılmıştır. Zira, maddede geçen sosyal hukuk devleti ve adalet ölçütleri, devletin niteliği ile ilgili bağımsız kavramlar değil, devletin kişi önündeki engelleri kaldırmanın görevinin içeriğini belirleyen ölçütlerdir. Burada, bu kavramların açıklanması, kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin sınırlarını tespitiye yöneliktir.

Gerçekten, 5. maddede yer alan Türk Milletinin bağımsızlığını ya da ülkenin bölünmezliğini korumak gibi kavramlar, bu madde esas alınmak suretiyle yapılan yargı denetimi sürecinde ölçü oluşturacak nitelikte değildir. Zaten bir AYM kararında da belirtildiği gibi, "Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen Anayasanın 5. maddesinde geçen "Cumhuriyet" "Demokrasi" kurumları, "sosyal hukuk devleti" ve "adalet" ilkeleri geniş anlamda düzenlemeyi kapsayacak kavramlar olarak görülebilirse de, madde, cumhuriyetin ve demokrasinin korunmasıyla birlikte kişinin temel hak ve özgürlüklerini bu kurum ve ilkelerle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasına ağırlık vermektedir"⁸⁹

Kuzu'ya göre, bağımsızlığın ve bütünlüğün korunmasını, Devlet, zaten sağlamak zorundadır. Bu aynı zamanda devlet olmanın en doğal gereğidir⁹⁰.

Eroğul ise, konuyu farklı bir açıdan ele almaktadır. Yazara göre, kişi önündeki engellerin kaldırılması dışındaki görevlerin maddede yer alması, anlamsız değildir. Söz konusu kavramlar, bilinçli bir tercih sonucu 5. maddede bulunmaktadır. Eroğul, maddede sıralanan temel amaç ve görevlerin başlangıç bölümünde yer alan Anayasanın felsefesini belirleyen temel ilkelerle özdeş olduğunu

⁸⁹ ES 90/15, KS 91/5, Kİ 28 2 1991.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTAL/ITIRAZ/K1001/K1001-5.htm>

⁹⁰ Burhan Kuzu, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, (İstanbul: Fikir Kitabevi, 1990), s.215

savunur. Ancak, burada geçen kavramlar, başlangıç bölümündeki düzenlemelerden farklı olarak, bilinçli bir önem sırasına konulmuştur. Bu durumda Anayasa koyucunun öncelikleri sırasıyla, (1) ulusun bağımsızlığını korumak, (2) ulus ve ülke bütünlüğünü korumak, (3) cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, (4) kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve son olarak (5) kişilerin maddi ve manevi gelişimini sağlamak için gerekli koşulları sağlamaktır. Yani, kişi önündeki engelleri kaldırma görevi, ulusun bağımsızlığını ya da ülkenin bütünlüğünü korumak gibi temel amaç ve görevleri arasında sonuncu sıradadır. Bu durum Anayasanın siyasal felsefesini göstermesi açısından tesadüfi değil, açıklayıcıdır⁹¹.

Tanör, 5. maddeyi incelerken 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmüyle bir karşılaştırma yapar. 1961 Anayasası döneminde AYM'nin vermiş olduğu bazı kararlarda, 10/2 hükmüyle iktidarlara bir görev ve buyruk verildiğinin, bunların anayasa yapısı içinde bir kaynak niteliğinde olduğunun kabul edildiğini belirtir. Yazara göre, bu hüküm, sosyal devlet ve sosyal adalet ilkeleriyle beraber ele alındığında, toplumun değişik sınıf ve tabakaları arasında dengeli bir politika izlenmesinin anayasal dayanağını oluşturmaktaydı. Bu durum, 1961 Anayasası'nın demokrasi anlayışının sosyal bir içerik taşıdığını da göstermekteydi. Oysa, yazara göre, 1982 Anayasası'nın 5. maddesi farklı bir portre çizmektedir. Bir kere, maddenin ilk bölümünde devletin temel görevi kendini ve kendi bütünlüğünü korumaktır. İnsan haklarının korunması ise temel görevler arasında yer almamaktadır. Kişilerle ilgili görev ise, "huzur ve mutluluk sağlamak gibi" hiçbir hukuki içeriği olmayan "platonik" ve "alaycı" bir mesajdır. Bunun yanında kişi önündeki engellerin kaldırılması (yazarın kullanımıyla özgürleştirme) görevi, 1961

⁹¹ Cem Eroğlu, *Anatüzeğe Giriş*, (Ankara: İmaj yay., 2004), s. 322

Anayasası'ndan farklı olarak, "bütün engelleri kaldırır", "gerekli şartları hazırlar" biçimindeki kesin ifadelerden, "engelleri kaldırmaya..., gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" gibi daha zayıf ifadelere dönüşmüştür. Üstelik 1982 Anayasası'nın 65. maddesiyle devletin sosyal görevlerini yerine getirmesinde (md 65) "ekonomik istikrarın gözetileceği" ve asgari ücretin belirlenmesinde (md 55) "ülkenin ekonomik ve sosyal durumunun göz önünde bulundurulacağı" gibi sınırlayıcı yeni ifadeler, devletin sosyal görevlerinin yumuşadığını göstermektedir⁹².

Sancar, 5. maddedeki temel amaç ve görevleri "koruma" ve "gerçekleştirme" olmak üzere iki kategoride toplar. Koruma ile ilgili görevler arasında insan haklarının dahil edilmediğine dikkat çekerek, insan hakları ile ilgili görevlerin gerçekleştirilmesi konusundaki ifadelerinse oldukça yumuşak ifadelerle düzenlendiğini belirtir. Yazar, buradan, devlete insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ile ilgili net amaçlar ve kesin ödevler yüklemekten kaçınıldığı sonucunu çıkarmaktadır⁹³.

Akad ise, bu görevin hak ve özgürlüklere ilişkin bölüme değil, temel ilkeler kısmında düzenlenmesini olumlu bulmaktadır. Yazara göre, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünü temel haklar ve özgürlükler çerçevesinde açıklanabilmektedir. Oysa 1982 düzenlemesi bu hükmü devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Bu durumda, hükmün, iktidarı zorlayıcı gücü, daha açık bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu nedenle hüküm asıl yerini, şimdi bulmuştur⁹⁴.

Yukarıda açıklandığı gibi, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na göre, sosyal kurallar bakımından, genel olarak, bir gerileme içindedir. Ancak bu gerileyiş ve bunun toplumsal hayata yansımaları daha çok kolektif sosyal haklarla ilgili konularda

⁹² Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, (İstanbul: BDS yay., 1994), s 199-200

⁹³ Sancar, a.g.e., 2000, s 140

⁹⁴ Akad, a.g.e., 1984, s VI

olmuştur. Kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin, her iki Anayasada düzenlenişinden doğan farklılıklar ise, pratikte, ciddiye alınacak farklı sonuçlar doğurmamıştır. Özellikle bu hükümlerin AYM tarafından kullanışları bu bağlamda dikkate alınmalıdır. Aşağıda, 3. Kısımda uygulamanın önemi ve sonuçları, her iki hüküm açısından da ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Burada ise, 1982 Anayasası'nda kişi önündeki engelleri kaldırılması görevinde esas alınacak kavramlar üzerinde durulacaktır. Yukarıda sosyal devlet ve sosyal adalet kavramları hakkında getirilen açıklamalar burada ilgili hükümde geçen ölçütlerin tahlilinde kullanılacaktır. Hüküm özelinde sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet kavramlarının ne şekilde yorumlanması gerektiği düzenlemenin getirdiği tartışmalı konular, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü de dikkate alınarak yorumlanmaya çalışılacaktır.

3.2.1. Adalet

1982 Anayasası'nın 5. maddesinde 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünden farklı olmak üzere, devletin kişi önünden kaldırması gereken engeller belirlenirken sosyal adalet kavramından bahsedilmemektedir. 1982 Anayasakoyucusunun tercih ettiği ölçüt, adalet olmuştur. Bu farklılık adalet ölçütünün ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda bir soru işareti doğurmuştur. İşte bu başlık altında öncelikle, cevap aranacak soru, adalet ölçütünün nasıl yorumlanması gerektiği, adalet ölçütünün, sosyal adalet olarak anlaşılıp anlaşılamayacağıdır. Çünkü bilindiği gibi adaletin, aritmetik eşitliği esas alan denkleştirici adalet, yetenek ve topluma katkı

gibi bazı haklarımız da herşeye katıldığı dağıtıcı adalet gibi yorumları da vardır"¹⁰
Sosyal adalet deyimindeki adalet anlayışlarımızın esas alınması halinde yapılacak sosyal
yapıya çok farklı olacaktır. "Adalet" ölçütünün sosyal adalet olarak anlaşılıp
anlaşılmayacağı, kişi önündeki engelleri kaldırma görevinin niteliğinin belirlenmesi
gibi oldukça önemlidir. Bu nedenle, 5. maddede geçen adalet kavramının niteliğini
tespit etmek ve maddenin sosyal yönünü ortaya koymak gerekir. Bunun için, 1961
Anayasası'nın 10/2 hükmünü de gözetenek izlenebilecek üç yol vardır. Bunlardan
birincisi, doktrindeki görüşleri incelemek; ikincisi, 1982 Anayasası'nın hazırlanması
sırasında Düşünme Meclisi tutanaklarını incelemek, madde gereğini tahlil
etmektir. Üçüncüsü ise, AYM'nin içtihat yoluyla verdiği anlamı ortaya koymaktır.

Aslında, doktrindeki görüşlerin tamamı, maddedeki adalet ölçütünün sosyal
adalet olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır.

**Akad. 5. maddedeki adalet kavramını açıklarken bundan kast edilenin sosyal
adalet olduğu ve bu şekilde anlaşılması gerektiğini ileri sürer. Buna dayanak olarak
da, "cümlelerin gelişimden öyle anlaşıldığını"; ayrıca, maddenin, Anayasanın başlangıç
bölümüyle beraber değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşılabileceğini savunur. Yazarın
örnek gösterdiği başlangıç bölümündeki ifade şu şekildedir: "Her Türk vatandaşının
bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince
yararlanarak..." Böyle bir yararlanma, ancak sosyal devlet ve sosyal adalet ilkeleriyle
ve devletin kişilerin önündeki maddi ve manevi engelleri kaldırmasıyla
sağlanabileceğinden, madde metnindeki adalet, sosyal adalet olarak anlaşılmalıdır.
Yazar, ayrıca, Anayasanın devletin temel niteliklerini belirten 2. maddesinden de
yola çıkar. 2. maddede devletin temel nitelikleri belirtilirken geçen "başlangıçta**

¹⁰ Ayrı. a.g.e., 1993, s.31-37. Aynı yönde Niyazi Ökten/ Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe Sosyoloji, İktisat ve Devlet*, (İstanbul: Der yay.) s.69-73

belirtilen temel ilkelere dayanma" ibaresiyle, devletin temel niteliklerinin sadece 2. maddede değil, başlangıç bölümünde de yer aldığı savunur. Başlangıç bölümünde sosyal adalet kavramı geçtiğine göre, 2. maddeye göre devletin temel niteliklerinden biri de sosyal adalettir⁹⁶.

Uygun da, Anayasanın 2. ve 5. maddelerinde yer alan adalet kavramının, sosyal adalet olarak anlaşılması gerektiğini savunur. Kurucu iktidarın sosyal adalet ifadesini özellikle kullanmadığını, Temsilciler Meclisi tutanaklarından örnekleyerek açıklar. Ancak sosyal devletin kaynağını aldığı adalet anlayışının, sosyal adalet olması bir zorunluluktur. Sosyal devlet modeli, sosyal adalet anlayışından bağımsız olamayacağına göre, burada geçen adalet ifadesini de sosyal adalet olarak anlamak gerekir⁹⁷.

Bu kaçınılmazlık ayrıca Anayasanın başlangıç bölümündeki ifadelerle de temellendirilebilir. Uygun bu bağlamda, başlangıç bölümünün Anayasadaki kuralların nasıl yorumlanacaklarını gösteren ifadeler olduğundan hareket eder. Çünkü başlangıç bölümünün 10. paragrafında (1995 değişikliklerinden sonra 8 paragraf-BB), bu bölümde sıralanan ilke ve değerlerin, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, saygı ve sadakatle yorumlanıp uygulanacağı belirtilmektedir. Başlangıcın 6. paragrafında her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanacağını belirtmesi de, bu bağlamda, 2. ve 5. maddelerde geçen adalet kavramının sosyal adalet olarak anlaşılması gerektiğine dayanak olur⁹⁸.

⁹⁶ Mehmet Akad, "1982 Anayasası 5. maddesi Üzerine Bir Karşılaştırma ve İnceleme Denemesi", *Adalet Dergisi*, S 2 (Mart Nisan 1990), s.55

⁹⁷ Uygun, a.g.e., 1992, s.31

⁹⁸ Uygun, a.g.e., 1992, s.31; Sabuncu, a.g.e., 2003, s.138

Sabuncu, sosyal devletin sosyal adalet anlayışına dayandığını belirtir. Yazar hem 1961 hem de 1982 düzenlemesinde devlete verilen görevin kişi önündeki engelleri kaldırma olduğunu, şu halde, 1982 düzenlemesinde açıkça sosyal adalet ifadesi geçmese de, buradaki adalet ölçütünün, sosyal adalet olarak anlaşılması gerektiğini belirtir⁹⁹.

Doktrinde, madde metni ile Başlangıç bölümü arasında kurulan ilişki, aslında bir açmazı çözmeye yönelik bir çaba olarak değerlendirilebilir. Çünkü Danışma Meclisi tutanaklarına bakıldığında buradaki adalet sözcüğüyle, sosyal adaletin kastedilmediği; hatta açıkça ve bilinçli olarak sosyal adalet kavramına yer verilmediği görülür. Ayrıca Danışma Meclisi'nde, sadece söz konusu maddedeki ifadenin sosyal adalet şeklinde değiştirilmesi yönündeki teklif reddedilmekle kalmamış; ayrıca taslak metinde 93. maddede geçen sosyal adalet kavramı, adalet olarak değiştirilmiştir¹⁰⁰. Danışma Meclisi'nde yapılan konuşmalarda da sosyal adalete neden yer verilmediği anlatılmaktadır. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının sosyal adalet hakkındaki görüşleri şu şekildedir: "toplum içinde insanlar arasında her alanda eşitliğin sağlanmasını dolayısıyla toplumun temeli olan mülkiyet hakkının eşit bir şekilde bölünmesini ve ortadan kaldırılmasını amaç edinir(...) Bu adalet, bütün insanların dünya nimetlerinden eşit olarak yararlanması felsefesidir ki, bunu temeli Marksizm, Materyalizmdir"¹⁰¹. Görüldüğü gibi anayasa koyucunun sosyal adalet yerine adalet kavramını tercih etmesi bir dikkatsizlik eseri değil, bilinçli bir tercihin sonucudur.

⁹⁹ Sabuncu, a.g.e., 2003, s. 137-138

¹⁰⁰ Danışma Meclisi Tutanakları Dergisi, C.7, Bölüm 128, s. 652. Bu yönde açıklamalar için bkz: Uygun, a.g.e., 1992, s. 30-31

¹⁰¹ Danışma Meclisi Tutanakları Dergisi, C.7, Bölüm 128, s. 708-709

Bazı AYM kararlarında da, adalet kavramının (en azından sadece) "sosyal" adalet olarak algılanmadığı görülmektedir. Mahkemenin, 1982 Anayasası döneminde 5. madde ile ilgili verdiği ikinci kararı buna örnektir. Kararda, AYM önüne gelen davada itiraza konu düzenleme, İcra-İflas Kanunu'nun 178. maddesidir. Aykırılık iddiasının gerekçesine göre, İcra ve İflas Kanunu'nun 173. maddesi alacaklının, borçlunun iflasını istemi için birtakım kısıtlamalar getirmiştir. Bu maddeye göre alacaklı, icra takibi yapacak, borç ödenmeyecek, itiraz varsa bu itirazı kaldırarak, depo kararına esas teşkil eden miktar saptanacak ve ödemesi yönünde borçluya tebliğ edilecek, eğer borçlu ödemede bulunmazsa bu takdirde borçlunun iflası istenebilecektir. Bu madde ile borçlunun ödemede bulunmakta aczi, depo kararına rağmen borcunu gösterilen sürede ödememesi halinde sabit olmaktadır. Oysa, 178. maddeye göre borçlu kendinin acz içinde bulunduğunu söylemekle acz halinde bulunduğuna karar verilmektedir. 178. maddeye dayanılarak aldırılan iflas kararları hakkın kötüye kullanımına açıktır. 173. maddeye göre açılan iflas davasında alacaklı, borçlunun iflasını istemek için o maddede yazılı işlemleri yapmakta, kanıtlarını verebilmektedir. Oysa 178. maddeye göre açılan davalarda herhangi bir kanıt verme olanağından yoksun kaldığı gibi, davaya müdahale dahi edememekte, kanıt verememekte ve iflas isteminin haksızlığını ileri sürememektedir. 178. maddenin borçlu açısından belirleyici farkı ise, bu yola müracaat ederek vaktinde hacze katılmamış olan aile efradıyla yakınlarını (İİK md. 101) kendindeki alacakları için adı veya imtiyazlı olarak sıraya girmelerini sağlayarak, bu yolla onların himayeleri temin edilmiş olmaktadır. AYM burada hakkın kötüye kullanımını engellemek için, 178. maddeye dayanılarak iflas istenmesi halinde, istemin reddedilebileceğine hükmederek yorumlu bir ret kararı vermiştir. Mahkemeye göre "genelde alacaklılar

arasında eşitlik ve adaletli bir paylaşım sağlamak amacıyla konulmuş bir kuralı bir yana iterek, kimi alacaklının tüm alacağını elde edebilmesine yol açmak Devletin amacı sayılamaz". "Devletin amacı, ferdin ve toplumun huzuru bakımından alacaklılar arasında adaleti sağlamaktır"¹⁰². Görüldüğü gibi Mahkeme temel amaç ve görevleri anlamlandırırken adalet ölçütünü sosyal adalet olarak algılamamıştır.

AYM'nin vermiş olduğu başka bir kararda, davaya konu norm, 1819 sayılı Kanunun 27. maddesine, 3217 sayılı Kanunun 4. maddesiyle eklenen dördüncü fıkradır. Düzenlemeye göre, "mal veya eşyanın özel kanunlarla veya ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla memlekete ithal veya ihracı yasaklanmamış olmakla birlikte gümrüklenmiş piyasa değerinin otuz milyon lirayı geçmemesi ve tekele tabi maddelerden olmaması halinde, ikinci fıkradaki ağır hapis cezasına hükmedilmeyip sadece üçüncü fıkraya göre ağır para cezasına ve mal veya eşyanın müsaderesine" hükmedilecektir. Böylece, tekele bağlı eşya kaçakçılığında değerine bakılmaksızın hürriyeti bağlayıcı ceza verilecek, tekele bağlı olmayan eşya kaçakçılığında ise bu ceza, ancak gümrüklenmiş piyasa değeri 30 milyon lirayı geçtiğinde uygulanabilecektir. Tekele bağlı kaçak eşyanın değeri bin lira olsa da, 1918 sayılı Yasanın değişik 27/2-3. ve 40. maddeleri uygulanacak, ayrıca genel güvenlik gözetimi altında bulundurulma kararı verilecek, oysa tekele bağlı olmayan ve gümrüklenmiş piyasa değeri otuz milyon lirayı aşmayan eşya söz konusu olunca hürriyeti bağlayıcı ceza verilmeyecektir. Böylece, bu iki değer arasında aşırı fark olmasına karşın, cezalar arasında, değeri fazla olan eşya lehine ve az olanın aleyhine bir ceza getirilmiştir. Ancak Mahkeme, iptali istenen ceza normuna konu kaçakçılık suçunda malın tekele tabi olup olmamasının cezayı belirlemede fahiş oransızlıklar

¹⁰² ES 84/8, KS 84/10, Kt 20.09.1984, AYMKD, S 20, s.298-316 (özellikle s.310)

yaratığı ve doğurduğu adaletsiz sonuçlar itibarıyla Anayasaya aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir. Mahkemeye göre, "ilk bakışta, gümrüklenmiş piyasa değeri otuz milyon liraya kadar malların kaçakçılığında, ithal ve ihracı serbest eşya kaçakçılığı yapan sanık ile ithal ve ihracı yasak mal ya da tekele tabii madde kaçakçılığı yapan sanık arasında hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması yönünden adalet duygusunu yaralayan bir düzenleme yapıldığı izlenimi uyanmaktadır. Bu düzenlemenin gerek Türk Ceza Kanunu'ndaki ceza siyaseti, gerekse kimi maddelerin Devlet tekeline bağlı tutulması ya da ithal ve ihracının özel yasalarla yahut ithalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış bulunması karşısında Anayasamızın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevi belirtilen hukuk devletine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ters düşen bir içerik taşımamaktadır"¹⁰³. Burada Mahkemenin adalet kavramını sosyal adalet olarak değerlendirmedığı açıktır. Ancak bu bağlamda dikkat çekilmesi gereken bir başka konu, kararda adalet kavramı bağlamında Anayasanın 2. maddesinden de bahsedilmesidir. Anayasanın 2. maddesi şu şekildedir:

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

Görüldüğü gibi 2. maddede geçen adalet anlayışının sosyal adaletle ilişki kurulabilecek bir düzenleniş şekli yoktur. Mahkemenin "2 ve 5. maddelerde geçen adalet ilkesinden" söz etmesi de 5. maddedeki adaletin sosyal adalet olarak görülmediğini göstermektedir.

¹⁰³ ES 85/31, KS 86/11, Kl.27.03 1986, AYMKD, S 22, s.115-128 (özellikle s.119)

Bir başka kararda da, Ereğli havzasındaki maden ocaklarında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu meydana gelen iş kazalarında uygulanmak üzere 1921 yılında çıkarılmış bir kanunun itiraz yoluyla denetlenmesi söz konusudur. Bu kanun, o dönemde yoğun bir şekilde meydana gelen iş kazalarını azaltmak amacıyla, sorumlu işverene tazminat ve para cezası öngörmektedir. Bu açıdan o döneme göre sosyal bir amaçla çıkarılmış olan bu yasa, tipe uygun suç için, daha ağır bir ceza öngören Türk Ceza Kanunu'nun çıkarılmasıyla, konu aldığı kişiler için eşitsiz bir durum yaratmaya başlamıştır. Kararda, maden bölgesine özel olarak çıkarılan ceza normunun, daha sonra aynı alanı düzenleyen ve genel nitelik arz eden ceza normu karşısında yarattığı eşitsiz durum incelenmiş ve söz konusu özel normun doğurduğu özel durumun, adalet ölçütü açısından, Anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. Kararda, 5. madde bağlamında, devletin bireyin yaşam koşullarını kolaylaştırma görevi ve sosyal devlet olma niteliğinden bahsedilmişse de, normun 5. maddeye aykırı olduğu sonucuna, "adalet anlayışına uyumsuz bir uygulamanın sürmesine neden olduğu için" varılmış ve burada da adaletin sosyal adalet olarak kavranmadığı açıkça ortaya çıkmıştır¹⁰⁴. AYM, bu durumda, bölgedeki fiillerin daha hafif cezalarla cezalandırılmasını ceza adaletine aykırı bulmuştur. Ancak bu normun çalışanları ilgilendirmesi ve iptal kararının onların lehine olması, bu kararın, sosyal amaçlar gözetilerek ve 5. maddedeki adalet kavramını sosyal adalet olarak yorumlanarak verildiği anlamına gelmez.

AYM'nin sosyal devletle ilgili aşağıda incelenecek pek çok kararında da adalet tanımı yapılmamakta, daha doğrusu sosyal adaletten bahsedilmemektedir. Ancak 1988 yılında bir kararda, sosyal devleti tanımlarken başlangıç bölümünde yer

¹⁰⁴ ES 91/24, KS 91/40, Kt 31.10.1991, AYMKD, S 27/2, s.627-643 (özellikle s.638)

alan sosyal adalet kavramından bahsedilmiştir. Mahkeme; "Sosyal devlet tanımının, Anayasa'nın Başlangıç kısmının sekizinci paragrafında açıklanan (1995 değişikliklerinden sonra 6 paragraf-BB), doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasına devletin sosyal adalet gereklerince olanak sağlama yükümlülüğünü anlattığı anımsanırsa, sosyal devletin hukuk devletinin ileri bir aşaması olduğu anlaşılır" değerlendirmesini yapmıştır¹⁰⁵. Başka bir kararda: "(S)osyal hukuk devletinde kişinin korunması, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasıyla olanaklıdır" sonucuna varılarak sosyal devlet ve sosyal adalet ilişkisi ortaya konulmuştur¹⁰⁶. Başka kararlarda da: "(S)osyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir" ifadesini kullanılmıştır¹⁰⁷. Bir diğerindeyse, sosyal hukuk devletinin, ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlet olduğundan ve güçsüzlere güçlülere ezdirmemek ilkesinden bahsedilir. "Sosyal politikaların amaçlarına ulaşmasında gelir ve hizmetlerin adaletli dağılımının ilk sırayı al"(dığının) belirtilmesi de, kastedilen adaletin sosyal adalet olduğunu düşündürür¹⁰⁸.

Başta yapılan tanımlarda da, sosyal adaletin, sosyal devlet modeliyle olan ilişkisini açıklanmaya çalışılmıştı. Bu yüzden, kurucu iktidarın iradesinin farklı yönde olmasının bir çelişki yarattığını; ama bu iradenin istediği sonucu, Anayasaya tam olarak yansıtamadığını kabul etmek gerekir. Çünkü, sözü geçen adalet ibaresini sosyal adaleti içermediğini düşünmek, sosyal devleti hedefleyen ama sosyal olmayan

¹⁰⁵ ES 87/16, KS 88/8, Kl 19 4 1988, AYMKD, S.24, s.101-102

¹⁰⁶ ES99/50, KS 01/67, Kl 3 4 2001.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-67.htm>

¹⁰⁷ ES 99/42, KS 01/41, Kl 23 2 2001.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-41.htm>; ES 92/29, KS 93/23, Kl 24 6 1993, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1993/K1993-23.htm>

¹⁰⁸ ES 93/17, KS 93/41, Kl 18.11.1993, AYMKD, S.31/1, s.257

bir adaletten bahsetmeyi gerekecektir ki, bu daha büyük bir açmaz olur. Ayrıca sosyal adalet ve hukuk devleti ölçütleri birlikteliğinin, sosyal hukuk devleti ve adalet ölçütleri birlikteliğinden, toplamda, farklı sonuçlar doğurduğunu iddia etmek güçtür. Mantıklı olan sözü geçen adalet kavramını, maddenin sosyal niteliğini de gözetenek, sosyal adaleti de kapsar şekilde yorumlanmasıdır.

3.2.2. Sosyal Hukuk Devleti

Sosyal hukuk devleti ölçütünün niteliğinin belirlenmesi ile ilgili temel sorunlardan biri, sosyal devlet ve hukuk devleti ölçütlerinin bir arada bulunmasıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarının çatıştıkları mülâhazası, bu kavramın ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda bir soru işareti oluşturur. Aslında bu konudaki soru işaretlerinin 1961 Anayasası döneminde ortaya atıldığını belirtmek gerekir. Çünkü bilindiği gibi 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünde kişi önündeki engelleri kaldırma görevini niteleyen ölçütlerden biri, hukuk devletidir.

Akad, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmündeki hukuk devleti ve fert huzuru ölçütleriyle, devlete yüklenen görevin, madde içinde sınırlanmak istendiğini savunur. Yazara göre, bu ölçütler, kişi önündeki engelleri kaldırma işlevini frenlemek amacıyla konulmuştur. Madde gerekçelerinden ve kavramların birbirleriyle ilişkilerinden de anlaşılacağı üzere, hukuk devleti ve fert huzuru ölçütleri, sosyal devlet ilkesiyle çatışan ve ileri gitmesini engelleyen denge mekanizmaları olarak düşünülmüşlerdir¹⁰⁹. Çünkü bu ölçütler, devletin, sınırlandırıldığı, kişi özgürlüğünün

¹⁰⁹ Akad, a.g.e., 1984, s.115

gelişiminde rol oynamadığı bir modeli çağırıştır. Böyle bir modelde ise, sadece klasik haklar tanınır ve devlet, sosyal adaleti sağlamak için pozitif edimler üstlenmez¹¹⁰. Yazar, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının sosyal adaletin niteliğine dair yaptığı bir açıklamayı bu görüşüne dayanak yapar. Başkan Aksoy, sosyal adalet kavramının, sosyalizm getireceği kaygısına cevaben, sosyal adaletin biricik ölçü ve sınır olmadığını; diğer prensiplerin, sosyal adalet yönünde alınacak yolda sınır oluşturacaklarını belirtir. Başkan: "Sosyal adalet, fakat demokrasi ve hukuk devleti içinde ve insan hak ve hürriyetleri içinde kalmak şartıyla sosyal adalet" der¹¹¹.

Belirtmek gerekir ki, Komisyon Başkanının açıklamasında, açık olan husus, sosyal adalet ilkesinin sosyalist olmayan, sosyal devlet düzeni içinde uygulanacak olmasıdır. Anayasanın geneline ve özellikle de, cumhuriyetin temel niteliklerini düzenleyen maddeye bakıldığında, bu durum açıkça görülür. Başkanın sözünü ettiği diğer kavramlar zaten, Anayasadaki temel değerlerdir. Görülüyor ki, hukuk devletinden bahsedilince, hukuk devleti akla, bulunduğu maddede taşıdığı anlamdan bağımsız, soyut bir şekilde gelmemelidir. Zaten her anayasada belirli anayasal değerler vardır ve bunlar birbirlerini çoğu kez dengeler ve sınırlar. Başkanın sözünü ettiği hukuk devleti ölçütünü bu anlamda cumhuriyetin temel niteliklerinden olan hukuk devleti olarak anlamak gerekir. Sosyal adalet kavramının, sosyalizm dahil olmak üzere çeşitli modellerde farklı içerik ve yoğunlukta kendine yer bulması, bu tartışmayı doğurmuştur. Aksoy'un yukarıdaki sözlerini bu gereklilik ortaya koymuştur. Bunun ötesinde bir sınırlamadan söz edilemez. Ortada bir sınır varsa, bu, Anayasanın sosyalist olmayan niteliği gereği çizilen doğal sınırdır. Elbette ki, sosyal

¹¹⁰ Akad. a.g.e., 1984, s. 118, 121-132

¹¹¹ Kazım Öztürk, T. C. Anayasası, (Ankara İş Bankası yay., 1966), C. 2, s. 1228

adalet ölçütü bir sosyal devlette, bir sosyalist devlette olduğu kadar keskin bir şekilde uygulanmayacaktır. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin gelişimini amaçlayan bir düzenlemenin hukuk devletine yer vermesi engelleyici değil, tam tersi kolaylaştırıcı olarak görülmelidir. Çünkü sosyal adalet amacıyla hareket edip hakları tahrip etmek de, pekala mümkündür.

Yukarıda dikkat çekilmeye çalışılan yanlış, 10. maddenin birinci ve ikinci fıkraları arasındaki ilişkiye verilen yanlış anlamdan doğmuş olabilir. 10. maddenin birinci fıkrasında herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz ve devredilemez haklara sahip olduğundan bahsedilmesi; ikinci fıkrada ise devletin kişinin özgürlüğünün gelişmesinde görevli olması düzenlenmiştir. Doğal hukukun ve liberalizmin hak anlayışının damgasını vurduğu birinci fıkraya karşılık, devletin görevli olduğu ikinci fıkra arasındaki etkileşimin kapsam ve niteliği buna göre farklı yorumlanır. Bir sentez ya da en azından daha iddiasız ve gerçekçi bir deyimle ortak bir mutabakatın sağlanması amacıyla güden bu düzenlemeyi, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı, doğal hukukun (ve dolayısıyla doğal hak anlayışının) inkar edilmediğini; ama doğal hukuka inanmayanların da kabul edebileceği böylece tüm doktrinlerin üzerinde uzlaşabileceği bir düzenlemenin hedeflendiğini belirterek savunacaktır¹¹².

Bunun yanında, klasik haklar devlete öncelikle bir negatif edim yüklese de, devletin bu hakların kullanılmasında aktif olarak bazı görevler üstlenmesi söz konusu olabilir. Bu durum "negatif statü" olarak sınıflandırılan hakların yaşantılabilir kılınması için de devlete bazı pozitif edimler yüklediği yönündeki anlayışa paraleldir¹¹³. Maddeyi bu şekilde yorumlamak, yani hukuk devleti gibi bir ölçütü sosyal devleti sınırlayıcı olarak görmekten çok; devlete yüklenen bu görevin klasik

¹¹² Öztürk, a.g.e., 1966, s.1225

¹¹³ Tüm hakların pozitif edim gerektirdiği yönünde Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (çev.) Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, (Ankara: Yeditepe, 1995), s.43

Madde 21'nin de bir koruma niteliğindeki kabül etmek daha mantıklıdır Çünkü, 1961 Anayasası'nın 10. maddesi, bir sınırlama değil, tersine sınırların, engellerin kaldırılmasını düzenleyen bir maddedir. Tek başlarına bakıldığında birbirine zıt gibi gelen bu iki devletin ya da sosyal adalet kavramları, düzenleme içerisinde, maddenin bu ve benzerini genişleten ve yeni boyutlar katan bir işlev yüklenirler.

1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü, birinci fıkrasıyla, doğal hukuk anlayışını pozitiflikten tenkid eder, hake sahihi olmayı, özneliğin niteliğini düzenler. Ancak ikinci fıkrada devletin bu hakların yaşama geçmesi için görevler üstlenebilmesi, birinci fıkradan farklıdır. İkinci fıkradan sosyal haklar için geçerli olduğu anlamına gelmez. Doğal hake anlayış liberalizmin, devletin sosyal görevlerle pozitif edimler yüklenmesi ve sosyal devletin dâhilîsel düzenini göz önünde bulundurmaya gerektirir. Bu kaçınılmaz olarak klasik haklar-sosyal haklar ayrışmasını da beraberinde getirir. Ancak gene bizzat Anayasa Komisyonu Başkanının sözlerinden anlaşılacağı gibi maddede, temel hak ve özgürlükleri klasik ya da sosyal olarak ayırmaz. Ancak, hake arama özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek, savunma haklarını genişince yerine getirilmesinde devletin görevli olacağını örnek olarak gösterir¹¹⁴. Kısaca maddenin gerekçesinde, bu hükmün, Anayasadaki temel haklar konusunun genel hükümler bölümünde yer alan ilk düzenleme olduğu ve birinci fıkradan başka sosyal hakların ortak niteliklerinin belirtildiği yazılıdır¹¹⁵. Yani birinci fıkra, devletin sosyal haklar, ikinci fıkra da belirtilen görev ise sadece sosyal haklar için geçerli değildir. İkinci fıkra hem klasik, hem de, sosyal hakları ilgilendirir. Her iki düzenlemeye de devlete klasik ve sosyal hakların kullanımında engelleri ortadan kaldırarak, pozitif edimler yüklemiştir. Bu anlamda sadece sosyal haklarla kurulan bir

¹¹⁴ T.C. Anayasa Komisyonu Raporu, 1961, s. 1127

¹¹⁵ T.C. Anayasa Komisyonu Raporu, 1961, s. 1124

ilişkiden söz edilemez. Elbette hukuk devleti ilkesinin var olduğu bir yerde, aklî ilk olarak devletin sınırlanması gelebilir. Belki de, Akad'ın hukuk devleti kavramını maddenin dinamizmini engeller nitelikte görmesinin nedeni budur. Ancak maddenin lafzî bunu düşündürmeyecek kadar açıktır. Her iki düzenlemede de hukuk devleti ölçütünün yer alması, devletin sosyal alandaki edimlerini engellemeye değil, bu görevi klasik haklara da teşmil etmeye yarar.

Bu düzenleme, her iki anlayışın, her iki hak grubunun ortaya çıkışındaki tarihi-ideolojik temeli yansıtmaması açısından yanlış yorumlanmaya elverişlidir. Bu sonucun tarihsel ve sosyolojik tutarlılığı elbette tartışma konusu yapılabilir. Varılmak istenen ortak paydada herkesi memnun etme kaygısıyla bazı çelişkilerin doğduğu söylenebilir. Keza, klasik hakların yaşama geçirilmesinde devletin pozitif edimlerinin söz konusu olması sonucunu doğuran bir çözüm yolu o gün için, pek alışıldık türden değildir. Ancak devletin klasik haklar için de pozitif edimler yüklenmesi yönündeki yeni yaklaşımlar, bugün bu düzenlemeyi daha da anlamlı kılmaktadır¹¹⁶. Ayrıca unutmamak gerekir ki, sosyal haklar ya da sosyal devlet sadece sınıfsal çağrışımlar yapmamalıdır. Toplum içerisinde sosyal açıdan zayıf olmak, sadece sınıfsal açıdan zayıf olmaya indirgenemez. Bu açıdan bakıldığında örneğin aile içinde şiddete uğrayan kadının, zina ürünü bir çocuğun önündeki engellerin kaldırılması da -sosyal nitelikleri gereği- devletin amacı olabilir. Bu durumda sosyal devletle hukuk devleti arasındaki ilişkinin bir karşıtlık olduğundan da söz edilemez. Tam tersine bir etkileşimle daha büyük bir etki doğurabilirler. Keza,

¹¹⁶ Bugün bu yaklaşımın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda Frederic Sudre, "Les Obligations Positives Dans la Jurisprudence Européenne des Droits de L'Homme", *Revue Trimestrielle Des Droits de L'Homme*, S 23, (Juillet 1995) s 371-372. Van Dijk/Van Hoff, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (The Hague, Kluwer Law, 1998), s 74. Feyyaz Gökçüklü/ A Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Ankara: Turhan yay., 2002), s 45-48.

klasik hakların da sosyal boyutları da olabilir. Bu konu aşağıda 3. kısımda, 5. maddenin negatif statü haklarıyla beraber kullanımı başlığı altında örneklendirilecektir.

1961 Anayasasının 10/2 hükmü ve 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde kullanılan bazı ölçütlerin, diğer ölçütlerin açıkça düzenlenmeyen niteliklerini belirlediğini kabul etmek gerekir. Örneğin, sosyal adalet kavramı, sosyal devlet kavramından bağımsız değildir. 1961 düzenlemesinde sosyal devlet kavramını geçmemesi bu nedenle bir çelişki doğurmaz. Çünkü zaten sosyal adaletten bahsedilmektedir. Keza, 1982 düzenlemesinde sosyal hukuk devletinden bahsettikten sonra, adalet ölçütünün sosyal adaleti kapsamadığını savunmak yanlış olur. Bu açıdan, 1961 düzenlemesinde hukuk devleti olan ölçütün, 1982 düzenlemesinde sosyal hukuk devletine dönüşmesinin, maddenin anlamını değiştirdiği söylenemez. Ayrıca, 1982 Anayasası'nın 5. maddesine sosyal devlet değil, sosyal hukuk devleti ölçütünün konulması, sosyal devlet açısından bir zayıflama olarak görülemez¹¹⁷. Her şeyden önce zaten 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünde de, sosyal devlet değil, hukuk devleti ilkesi vardır. 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'na göre daha az sosyal olduğu gerçeği inkar edilemez¹¹⁸; fakat, 5. maddede sosyal hukuk devleti ifadesinin bulunması, maddenin sosyal kimliği açısından bir zayıflama olarak nitelendirilemez.

Bu bağlamda tartışılması gereken bir başka konu ise, düzenlemedeki göreve atfedilen özgürleştirme kavramıdır. Özgürleştirme kavramının Marksist literatüre ait olması, bu düzenlemedeki görevin niteliği ve sınırları üzerinde gene bir tartışma doğurmaktadır. Yukarıda sosyal devlet ve sosyal adalet kavramı bağlamında getirilen açıklamalar, devletin özgürlüğün yaşanabilir kılınması çerçevesinde

¹¹⁷ Karşı yönde Rıdvan Akın, "Anayasa Mahkemesi'nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.13, S 1-3, 2000, s.23

¹¹⁸ Tanör, a.g.e., 1986, s.152

görevlendirildiğini göstermektedir. Fakat bu görevin sınırlarını tarif etmekte özgürleştirme kavramının kullanılması bazı sorunlar doğurmaktadır.

Akad. 1961 Anayasasının 10. maddesini, Marksist ve Liberal demokrasi anlayışlarının bir sentezi olarak yorumlar¹¹⁹. Maddenin, içinde Marksist demokrasinin unsurlarını taşımakla beraber, liberalizmin "çoğulcu sosyal demokrasi aşaması"nı da yansıttığını belirtir¹²⁰. Yazarın da sözü geçen eserinin daha pek çok yerinde özgürleştirmeden bahsettiği görülmektedir.

Sabuncu, 1982 Anayasası'nın 5. maddesindeki özgürlük anlayışının özgürleştirme kavramı ile açıklanabileceğini belirtir. Buna göre, bireyin özgürlüğü, ancak ekonomik ve toplumsal koşulların geliştirilmesiyle gerçekleşebilecek bir süreçtir¹²¹.

Bu konuda anılması ele alınması gereken asıl yaklaşım ise, Soysal'ındır. Yazar, 1961 Anayasası'nın 10. maddesindeki fıkraların farklı siyasal temellerine dikkat çekmiş, birinci fıkranın liberal doktrine uygun bir nitelik taşıdığını, ikinci fıkrada ise, sınıf egemenliği konusuna dokunmadan özgürleştirme kavramına yer verildiğini belirtmiştir¹²². Yazara göre, bu fıkradaki anlayış, özgürlüğü soyut olarak savunulması gereken bir durum değil, sürekli olarak gerçekleştirilmesi gereken bir oluş süreci olarak ele alınmaktadır. "İnsan için adım adım sağlanacak bir özgürleştirme söz konusudur"¹²³.

Yazar, bu eserleri dışında, iki ayrı makalesinde de özgürleştirme kavramına, özellikle Anayasa açısından oldukça tartışmalı bir yorum getirmektedir. Soysal, 1961

¹¹⁹ Akad. a.g.e., 1984, s. 73

¹²⁰ Akad. a.g.e., 1984, s. 78

¹²¹ Sabuncu a.g.e., 2003, s. 50. Aynı yönde Gözler, a.g.e., 2000, s. 157

¹²² Soysal, a.g.e., 1969a, s. 238. Tanor'un de hükümle ilgili açıklamalarında özgürleştirme terimini

kullandığı görülmektedir. a.g.e., 1996, s. 289. a.g.e., 2001, s. 90. a.g.e., 1986, s. 26

¹²³ Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, (İstanbul Gerçek yay., 1979), s. 120-121

Anayasası'nın özgürlüğe bakışını yorumlarken, klasik haklar yanında sosyal haklara da yer verilmiş olmasının ötesinde bir duruma karşı karşıya olunduğunu ifade eder. Böyle bir düzenleme, anayasal düzen için bir yenilik olmakla beraber, ortaya çıkan yeni tabloyu ifade etmekte yetersizdir. Yazara göre, Anayasanın özgürlük anlayışı konusunda asıl önem taşıyan yenilik, 10/2 hükmüyle, özgürleştirmeden bahsedilmesidir. Jakobenzimin temelini oluşturduğu bu kavram, Marksist olsun olmasın çeşitli devrimci hareketlerce geliştirilmiştir. Soysal'a göre, özgürlüğe, doğuştan gelen hakların korunmasıyla değil, içinde bulunulan şartların değiştirilmesiyle ulaşılmasını hedefleyen bu yaklaşım, ekonomik ve sosyal görevlerle "bir şeyler vermenin" ötesindedir. Kişinin iradesinin serbestçe belirlenmesini engelleyen toprak ilişkileri gibi, ekonomik bağların koparılmasını ve sosyal yaşamın değiştirilmesini, bu hükmün gerekleri olarak örnek verir. Bu amaçla yapılanlar, "özgürlüğe rağmen" değil "özgürlük için" yapılmış olacaktır. 10. maddenin birinci fıkrasındaki doğal hak anlayışını tamamlayan bu anlayış, Anayasada yer alan kamulaştırma, toprak reformu gibi özellikle mülkiyet eksenli normlarda kendini daha açık bir şekilde ortaya koyar¹²⁴.

Soysal, başka bir yerde de, 10. maddedeki özgürlük anlayışını tahlil ederken, kişinin özgürlüğe sahip olmasının yeterli olmadığını, devletin bazı edimler yüklenmesiyle zor yoluyla da olsa kişileri özgürleştirmesinin söz konusu olduğunu belirtir. Bu anlayış Marksist ve Jakobenzim demokrasi anlayışlarında vardır¹²⁵. Bu arada aklı, Jakobenzimin devrimci anlayışının, Marksist değil, orta sınıflara özgü bir sosyal adaletçilik temelinde olduğu gelebilir¹²⁶. Ancak Soysal'ın Marksizm ile

¹²⁴ Mumtaz Soysal, "Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasasının Evrensel Anlamı", AÜSBFD, C 24, S 1, 1969, s.91

¹²⁵ Soysal, a.g.m., 1970, s.238-239

¹²⁶ Tanör, a.g.e., 1978, s.158

Jakobenizm arasında kurduğu ortaklık özgürlük ya da özgürleşme anlayışıyla ilgili değildir. Ortak olan, devletin aktif tutumu ve toplumdaki mevcut değişiklikler için nedeniyle zor kullanmayı gerektiren bir özgürleştirme anlayışının varlığıdır. Yani söz konusu olan, özgürlük ya da özgürleşme değil, özgürleştirme.

Görüldüğü gibi Sosyal, devrimci bir altyapı sunar. Oysa, belirtmek gerekir ki, her iki Anayasadaki ilgili normların devrimci bir nitelikleri olamaz. En başta, anayasal bir düzen içinde bu mümkün değildir. Yukarıda söz edildiği gibi, Temsilciler Meclisi görüşmeleri sırasında Anayasa Komisyonu Başkanının hukuk devleti içinde bir sosyal adalet amacı güdüldüğü yönündeki beyanı, bu konuya açıklamada yeterli sayılmalıdır. Başkan'ın : "Sosyal adalet, fakat demokrasi ve hukuk devleti içinde ve insan hak ve hürriyetleri içinde kalmak şartıyla sosyal adalet" şeklindeki açıklaması, kişi önündeki engelleri kaldırma görevinin devrimci bir niteliği olmadığını açıkça göstermektedir. Zaten yukarıda sosyal devletin sosyalist devlet olmadığını ortaya koyan açıklamalar da aynı sonuca varmayı gerektirir. Aslında, yukarıda tartışılan hukuk devleti kavramının sınırlayıcı rolü de, tam olarak burada karşımıza çıkmaktadır. Bir hukuk devletinde kişi önündeki engelleri kaldırma ya da özgürleştirme görevi sosyalist yöntemlerle uyusmaz. Keza, Marksist terminolojinin ve özellikle "özgürleştirme" ve "özgürlüğün süreç olarak yaşanması" gibi kavramlar, bu çalışmada üzerinde durulan özgürlük kavramıyla bir karşılaştırma yapılamayacak kadar farklıdır. Marksist anlayışta, özgürlük toplumsal koşullara bağlıdır ve sınıflı bir toplumda özgürlüğün olması mümkün değildir. Ayrıca mutlak bir özgürlüğün olmaması, özgürlüğün bir süreç (a.b.ç.) olarak yaşanması ve geliştirilmesi sonucunu doğurur. Özgürlük, içinde bulunulan mevcut

koşulların kavranmasıyla çoğalan bir dinamik yapıyı işaret eder¹²⁷ Bu anlamda özgürlük dışarıdan gelecek her türlü zorlayıcı müdahalenin yokluğu yanında, insanın kendi kişisel yaratıcı potansiyelinin gerçekleştirme-geliştirme olanaklarının donatılmasını da gerektirir. Oysa kapitalist bir sistemde üretim araçları üzerinde özel mülkiyetin varlığı belli bir grup insanı emeğini satmaya zorlayacaktır¹²⁸ Bu nedenle Marksist literatürdeki özgürleşmeyle, sosyal devletin ya da pozitif özgürlük anlayışının ortaya koyduğu sosyal sorunlarla boğuşan kişinin, devlet eliyle bu sorunları aşmasına yardım edilmesi ya da "önündeki engellerin kaldırılmasını" birbirlerinden ayırmak gerekir. Aradaki fark sadece niceliksel değil, aynı zamanda nitelikselidir.

Sosyal hukuk devleti kavramının kullanımı ile ilgili bir başka sorun, bir ölçüde de birinci soruna bağlı olarak; sosyal devletin (kamulaştırma gibi yollarla) sınırladığı ya da (grev ve sendika gibi) karşı haklarla dengelediği, mülkiyet hakkı, girişim ve sözleşme özgürlüklerinin 5. madde karşısındaki konumudur. Bu konuya sosyal devlet-hukuk devleti ilişkisi bağlamında girilmiştir. Fakat, fark edileceği gibi buradaki ikilemin asıl dayanak noktaları aslında hukuk devleti ve sosyal devlet değil, klasik haklar ve onları sınırlayıcı nitelikteki sosyal haklardır. Maddenin Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerle girdiği ilişki aşağıda (3. kısımda) incelenecektir. Bu nedenle, bu ilişkinin niteliğine, AYM içtihadı ışığında, maddenin klasik haklarla olan ilişkisi başlığı altında cevap aranacaktır.

¹²⁷ Manfred Buhr/ Alfred Kosing, *Felsefe Sözlüğü*. (İstanbul: Konuk yay., 1976), s.217-219

¹²⁸ Levent Köker, *Demokrasi Üzerine Yazılar*. (Ankara: İmge yay., 1992), s.111

3.2.3. Kişi ve Toplum Huzurunu Sağlama Görevi

Baştan belirtmek gerekir ki, kişi ve toplum huzuru kavramı, 5. maddede öngörülen kişi önündeki engelleri kaldırma görevini niteleyen bir ölçüt değildir. 1961 Anayasası'nın muadil 10/2 hükmünde ise ölçüt olarak fert huzuru ifadesi yer almaktaydı.

Akad'ın, fert huzuru kavramını yorumlarken, bu ölçütün hukuk devleti ile birlikte sosyal adalet ölçütünü sınırladığı yönündeki görüşüne yukarıda yer verilmiş, hukuk devleti ölçütü açısından gerekli değerlendirme yapılmıştı.

Yazarın fert huzuru ölçütünü, sosyal adalet ölçütüne bir karşı ağırlık olarak görmesinin en önemli dayanağı ise 1961 Anayasasını yapan Temsilciler Meclisi'nin Anayasa Komisyonu Sözcüsünün sözleridir. Düzenlemede yer alan sosyal adalet kavramının klasik haklara olan etkileri üzerine çıkan tartışmada, Sözcü, aslında pek de açık olmayan bir ifadeyle, Anayasada sosyal adalet ilkesinin yer almasından endişe edenlere cevaben: "(O)nuncu maddede, hürriyeti sınırlayan kayıtların fertlerin huzuru ile bağdaşması zarureti belirtilmiştir ki, bizatihi bu hüküm bile "sosyal adalet maksadıyla yapılacak sınırlandırmalardan endişe etmemek için kafi bir teminatır"¹²⁹ der.

Akad, buna rağmen Anayasanın çeşitli yerlerinde ve bazı AYM kararlarında bireyin soyut ve yalnız değil, toplum içinde tanındığına ilişkin ifadeleri esas alarak, bu ölçütün sınırlayıcı şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtecektir¹³⁰.

1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünde, hukuk devleti ve sosyal adalet ölçütleriyle beraber yer alan fert huzuru kavramına, 1982 Anayasası 5. maddesi farklı

¹²⁹ Öztürk, a.g.e., 1966, s.1228

¹³⁰ Akad, a.g.e., 1984, s.123-125

bir düzenleme ile yer vermiştir. Fert huzuru kavramı, 5. maddede geçen "Türk milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak" gibi diğer görevlerin arasına kişi ve toplum huzurunu sağlama görevi, olarak girmiştir. Bu nedenle, artık devlete yüklenen kişi önündeki engelleri kaldırma görevi için dikkate alınacak bir ölçüt değildir. Devletin, başlı başına bir temel amaç ve görevi olmuştur. Ayrıca, düzenlemede sadece fert huzurundan değil, kişi ve toplum huzurundan söz etmektedir. Kişinin toplum içinde ve toplumla beraber ele alması, kavramın, artık, kişi önündeki engelleri kaldırma görevini engelleyen bir nitelikte görülmesini imkansız hale getirmiştir.

Ölçütün muğlak niteliğinin, kullanımını güçleştirdiğini de belirtmek gerekir. AYM içtihadında dikkati çeken bir kullanım 3890 sayılı Kanunun 10. maddesinin (b) bendiyle ilgilidir. Düzenlemeye göre, bu tür hisseli veya özel parselasyona dayalı arsa ve arazilerde, imar mevzuatına aykırı olarak toplu binalar inşa edilmesi durumunda hak sahipleri saptanırken, kişilerin hisse miktarları ile fiili kullanma durumlarının dikkate alınacağı öngörülmüştür. Böylece, hisseli arsa ve arazilerde işgal edilen alanla pay oranları karşılaştırılarak hak sahipleri saptanacak veya yeniden belirlenerek adlarına tescil işlemi yapılacaktır. İtiraz yolu ile başvuran yerel mahkeme, düzenlemenin tapu kaydına dayanılarak taşınmaz satın alan ve hisseli tapuları bulunan kişilerden, hissesinden fazla yer işgal eder biçimde bina yaptırılanı koruduğunu, diğer hissedarı ise mağdur ettiğini iddia eder. AYM ise düzenlemede kamu yararının gözetildiği değerlendirmesini yapacaktır. Zira düzenlemeyle, kaçak yapılaşmanın hukukileştirilmesi ve sağlıklı bir şehirleşmeye gidilmesi amaçlanmaktadır. Mahkemeye göre devlet, "mülkiyet hakkını da içeren bu temel hak ve özgürlüklerle ilgili görevini yerine getirirken kuşkusuz tüm bireylerin ortak

yararını gözetecektir". AYM, 5. madde bağlamında yaptığı değerlendirmesinde, "kişilerin maddî ve manevî varlıklarının geliştirilmesinde ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasında çevrenin önemi dikkate alındığında, mevzuata aykırı yapılaşmaya şehircilik ilkeleri doğrultusunda hukuksal bir boyut kazandırmak amacıyla yapıldığı anlaşılan düzenleme"de bir aykırılık görmez¹³¹.

¹³¹ ES. 97/43, KS. 99/16, Kl. 11.5.1999, AYMKD, S. 36/1, s.434

II. DEVLET ERKLERİNİN 5. MADDE KARŞISINDAKİ KONUMLARI

1982 Anayasası'nın 5. maddesinin, bir anayasa normu olarak, hukuki gücünün irdelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu kısımda, devletin temel organlarının, madde düzenlemesi karşısındaki konumları incelenecektir. Bilindiği gibi, 1982 Anayasası'nın 11. maddesi, anayasa kurallarının Türk hukuk sistemi içinde yerini belirleyen temel kural niteliğindedir. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan bu düzenlemeye göre:

"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

Ancak kabul etmek gerekir ki, 5. madde ile, yasama, yürütme ve yargı organlarına verilen görevin, her erk için, aynı etkiyi göstermesi mümkün değildir. Bunun nedeni, her erkin sahip olduğu yetki alanının niteliği ve farklılığıdır. Bu farklılık, 5. maddenin her erk üzerindeki etkilerinin ayrı başlıklar altında incelenmesini gerektirmiştir. Keza, bu etki incelenirken, her erkle ilgili temel ilke ve kavramlar da gözetilmelidir. Örneğin, maddenin, yasama erkinin faaliyetlerine etkisini belirlemek için, yasama yetkisinin genelliği, yürütme erkinin faaliyetlerine etkisini belirlemek için, idarenin kanuniliği ilkelerini değerlendirmek gerekmektedir. Yargı erkinin 5. madde bağlamındaki rolü ise, yasama ve yürütmenin eylemlerine (ya da eylemsizliklerine) yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ile ilgilidir. Belirtmek gerekir ki, yargı faaliyeti, aynı zamanda, yasama ve yürütme erklerinin hareket alanının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Bu nedenle, yargı başlığı altında

incelenebilecek bazı konular, yasama ve yürütmeyle ilgili bölümlerde kendine yer bulabilmiştir. Örneğin, yasamanın anayasada verilen göreve rağmen düzenleme yapmaktan kaçınması hali, yasama erki başlığı altında incelenecek, eksik düzenleme ya da Anayasada verilen görevle bağdaşmayacak düzenlemeler ise, yargı başlığı altında tartışılacaktır. Yargı erki başlığı altında, ayrıca, maddenin hukuksal bağlayıcılık gücü ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun için, ihmal yolu ile anayasaya aykırılık hali, 5. maddenin anayasa yargısı denetiminde, ölçü norm olarak kullanımı gibi konular ele alınacaktır. Bunun nedeni, yasamanın düzenleme yapmaması durumunda, yargı organının soruna müdahalesinin mümkün olmaması, ancak, mevcut bir düzenlemenin varlığı halinde yargı organının soruna müdahil olabilmesidir.

1. YASAMA ERKİ

1982 Anayasası'nın 5. maddesinin yasama erki üzerindeki etkisi değerlendirilirken, yasama faaliyetinin kendine özgü özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Bilindiği gibi, yasamanın özgürlüklerle ilgili düzenlemelerinde karşılaşılan sorunlar, özgürlüklere yapılan müdahalelerden doğar. Bu müdahalelerin, getirdiği sınırlandırmanın ölçüsü ve niteliği bağlamında değerlendirildikleri görülür. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu müdahale özellikle negatif statü haklarıyla ilgilidir. Bu haklara, ilgili düzenlemelerle getirilen sınırlamalar, söz konusu yasama işleminin yargı denetimine konu olması sonucu doğurabilir. Bu denetim sonucunda ilgili düzenleme iptal edilebilir. Ancak devletin pozitif edimini gerektiren haklarla ilgili düzenlemelerde, özellikle de, 5. madde gibi daha genel ve soyut düzenlemeler

karşısında, yasamanın konumu farklıdır. Pozitif statü haklarının yasamanın bir düzenlemesi olmadan yaşama geçmesinin mümkün olmaması, yasama organının bu alandaki konumuna farklı bir boyut katmaktadır. Sorun, diğer haklarda olduğu gibi, bir müdahalenin ölçüsü ve niteliğinden önce, bir yasama işlemi yapip yapmama meselesini de içerir. 5. madde ile devlete yüklenen görevin yerine getirilmesi konusunda da benzer bir durum söz konusudur. Bu bağlamda, yasama organının kendisine yüklenen görevi ne şekilde yerine getirdiğinden önce, yerine getirip getirmediği bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bu sorunun ortaya konulmasında yasama organının konumunu ilgilendiren bazı kavramlara değinmek gerekir. Bunların başında ise yasama yetkisinin genelliği gelmektedir.

1.1. Yasama Yetkisinin Genelliği İlkesi

Yasama organı Türk hukuk sistemi içerisinde "devletin hukuk düzeninin yaratıcısı" konumundadır. Yasama organının bu niteliği, ilk-elden sahip olduğu yasama yetkisi ile, Anayasada belirtilen sınırlar içinde kalmak kaydıyla, her konuda düzenleme yapabilmesini sağlamaktadır. Bu yetkiye ilk-elden sahip olma, bu yetkinin kullanılmasında, başka hiçbir kurum ya da organın iradesine tabi olunmaması anlamına gelir. Örneğin hükümet çıkarmak istediği bir kanun hükmünde kararname için bir yetki kanununa dayanmak mecburiyetindedir. Yasama organının bir konuda kanun çıkarması içinse dayanılması gereken bir üst norm yoktur. Anayasada belirtilen sınırlar ihlal edilmediği sürece asli ve genel bir düzenleme yetkisi söz konusudur. Bu durum aynı zamanda her alanda düzenleme yapılabileceğini de gösterir. Bu bağlamda yürütmeye belli bir konuda KHK çıkarma

yetkisi de verilse, bu konuda yasama organının kanun yapma yetkisinin tamamen devredilmiş olunmayacağını belirtmek gerekir¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi bu durumun istisnası, Anayasada açıkça belirtilen konularda getirilen sınırlamalardır. Örnek olarak, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği konusunda kararname çıkarma yetkisinin yürütmenin başı olan cumhurbaşkanına verilmiş olması² yada cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameler çıkartabilmesi³ gösterilebilir.

Yasama organının, kural olarak sahip olduğu her alanda düzenleme yapma yetkisinin başka bir boyutu daha olduğunu belirtmek gerekir. Bu boyut, yasama organının anayasaya uygun olmak şartıyla uygun gördüğü her konuda düzenleme yapabilmesi yetkisine paralel biçimde, belli bir konuda bir düzenleme yapmaya da zorlanamamasıdır. Hukuk yaratan yasama organı, kendine özgü bir iktidara sahiptir. Bu iktidar sayesinde belli bir konuda düzenleme yapma yükümlülüğü, Anayasada dahi düzenlenmiş olsa, bu düzenlemeyi yapmayan yasama organına karşı uygulanabilecek bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu nedenle yasama organına bu bağlamda yüklenilen yükümlülüğün hukuki değil siyasi bir niteliği haiz olduğunu belirtmek gerekir. Bu konunun yasama organına kazandırdığı kendine özgü nitelik, doğal olarak diğer devlet organları için geçerli değildir. Zira, gerek yürütme, gerekse

¹ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, (Ankara: AÜSBF yay., 1965), s. 41-42; Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı*, (İstanbul: İUHF yay., 1972), s. 9; Özbudun, a.g.e., 2003, s. 191-192; aynı yönde Gözler, a.g.e., 2000, s. 364-365; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta, 1997), s. 11; Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, (İstanbul: Beta, 1996), s. 7.

² Teziç, a.g.e., 1997, s. 12.

³ Tanör/Yüzbaşıoğlu, a.g.e., 2001, s. 195-196; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, (Bursa: Ekin yay., 2003), s. 111.

yargı organları yasamanın çıkardığı yasalarla bağıdır ve özellikle yasamanın emrettiği görevleri yerine getirmek durumundadırlar⁴.

Özbudun'un dikkat çektiği, yasamanın anayasanın emrettiği herhangi bir konuda düzenleme yapmamasının hukuki bir yaptırımına bağlı olmaması hali, 5. madde karşısında yasama organının konumunu ortaya koymaktadır. Anayasanın 5. maddesinin devlete yüklediği edimler açısından bakıldığında, madde, bir anayasa normu olarak, devletin tüm organlarını bağlayıcı nitelikte olmasına rağmen, yasama yetkisinin genelliği karşısında hukuki gücünü yitirmektedir. Her ne kadar, devlete yüklenen söz konusu görevler Anayasada belirtilse de, bu görevlerin yerine getirilmesi için gerekli kanunların çıkarılması yetkisi yasama organına aittir. Gerekli kanunların çıkarılmaması halinde ise başvurulabilecek hukuki bir yol yoktur. Yasama organı istemezse konu ile ilgili hiçbir düzenleme yapmayabilir. Bu nedenle 5. maddenin yasama organı üzerinde gereklerinin yaşama geçirilmesi yönünde hukuki değil, siyasi bağlayıcılık gücüne sahip olduğunu söylemek mümkündür. Siyasi bağlayıcılık gücüne sahip olmak demekse, bu gerekleri yerine getirmeyen bir yasamanın (üyelerinin) seçimlerde değiştirilebilmesidir⁵.

Anayasadaki bazı hükümlerin hukuki bağlayıcılık güçlerindeki eksiklik, bu hükümlerin program hüküm olarak adlandırılmaları sonucunu doğuracaktır. Zira, program hükümlerin yasama organını bağlayıcılık güçleri emredici hükümlere göre daha zayıftır. Anayasanın 5. maddesini, aşağıda da değinileceği üzere bir program hüküm olarak değerlendirmek gerektiğinden, bu bağlamda program hüküm emredici hüküm ayrımını ortaya koymak gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, anayasada devlete pozitif edim yükümlülüğü getiren hükümlerin buldukları bu konum, teknik

⁴ Özbudun, a.g.e., 2003, s.192, Ergun Özbudun, "Türkiye Raporu", Anayasa Yargısı. (Ankara: AYM yay., 1988), s.186

⁵ Akad, a.g.e., 1984, s.115-116

hukuk açısından subjektif kamu hakkı kavramından bağımsız değildir. Anayasadaki bir normün subjektif kamu hakkı doğurması emredici hüküm değil, program hüküm olması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle öncelikle subjektif kamu hakkı kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Bu kavramdan elde edilecek sonuçlar anayasadaki program hükümlerin niteliklerini kavramada yardımcı olacaktır.

1.2. Subjektif Kamu Hakkı Kavramı

Subjektif kamu hakkı, "bireye, devletten veya siyasi iktidar taşıyıcısından, belli bir edimin yapılmasını veya yapılmamasını isteme yetkisi veren bir hak" olarak tanımlanabilir. Bu tür hakların yargısal yolla korunabilmesi, belirleyici niteliğidir⁶.

Onar, bireysel haklarla devlete verilen görevlerin farkını göstermek üzere, subjektif kamu haklarını tahlil eder. Vatandaşın devletin faaliyetlerinden faydalanması için çıkarılan kanunlarda izlenebilecek iki yolu kalkış noktası yaparak şöyle bir ayrım geliştirir. Birinci yol, kanun hükümlerinin yerine getirilmesinin münhasıran idare makamlarına bırakılması ve vatandaşa sadece kanunun uygulanmasını isteme yetkisinin verilmesidir. İkincisi yol ise kanunun vatandaşların her birine somut ve belli haklar vermesi, böylelikle hak sahibi kişinin devlete karşı bir alacaklı borçlu ilişkisi içine girmesidir. Yazara göre, birinci halde, yani devletin görevli olduğu durumda, kanun sadece objektif hukuk normlerini içerir ve vatandaşın elde edeceği fayda, kanunun kendisine verdiği emir yönünde, otoritenin uygulamalarının sonucudur. İkinci halde ise, vatandaş subjektif kamu haklarına

⁶ Zafar Göben, *Temel Hak Genel Teorisi*, (Ankara: DEÜHF yay., 1995), s.27

sahiptir⁷. Onar, bu iki yolun farklarını açıklarken de, ikincisini seçmenin devlete ağır bir yük getireceğini belirtir ve şöyle örnekler: Devlete hastane ve yardım kurumlarını yapma görevi yükleyen bir kanun devlete emir ve direktif veren kurullar için. Ancak kişi bunların yapılmasını istese de, herkesin bu hizmetten yararlanabilmesi, hizmetten yararlanacakların belirli olmaması nedeniyle sağlanamaz. Oysa devletin memurlarının devlet hastanelerinden faydalanmaları ve bunun için ücret ödememeleri yönündeki bir kanun, yararlanıcı grubuna hitap etmekle subjektif bir kamu hakkı tanırlar. Bu kişiye daha geniş bir teminat sağlar. Yani subjektif bir kamu hakkının varlığından söz edilebilmesi için, devletin yükümlülüklerinin belirli kişi veya kişilerle hukuki bir ilişki öngörmesi gerekir. Onar'a göre objektif bir norm, kişiye fayda sağlamakla hak niteliği elde etmez. Ancak devletle kişi arasında hukuki bir ilişki kurduğu ve içeriği (konusu) belirli olduğu ve kamu gücüyle ilgili olduğunda subjektif kamu hakkından söz edilebilir. Devlete görev yükleyen kurullar söz konusu olduğunda, kişi, genel olarak kanunların uygulanmasını istese de, idareye karşı belli bir şeyin alacaklısı konumuna geçemez. Bu durumda, memurların maaş gibi mali hakları, kişiye kamu gücüne katılma yetkisi veren seçme ve seçilme gibi siyasal haklar ve anayasaların kamu hakları olarak düzenledikleri kişisel haklar, vatandaş devletten belirli bir edimin yerine getirilmesini isteme güç ve yetkisini verdikleri için, subjektif kamu haklarıdır⁸.

Bu açıdan 1982 Anayasası'ndaki sosyal hak normlarının homojen bir yapıda olmadığını belirtmek gerekir. Anayasada yer alan (grev, sendika hakkı gibi) bazı normlar, devletin pozitif edimini gerektirmemektedir. Bunun yanında, devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklar ve 5. maddede kişilere sosyal hak

⁷ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C 1, (İstanbul: Hak Kitabevi, 1960), s. 385

⁸ Onar, a.g.e., 1960, s. 386-388

tanımamaktadır. Elbette, pozitif edim gerektiren bazı sosyal hak normlarının negatif yönleri olabileceğini de belirtmek gerekir⁹. Örneğin, devlet okullarında eğitimin parasız olması (1982 Anayasası'nın 42/5 hükmü), ilgili hakkın yaşama geçirilmesinde devlete bir görev yüklediği gibi kişiye de bir subjektif kamu hakkı tanır¹⁰:

" İlköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır "

1.3. Program Hüküm-Emredici Hüküm Ayrımı

Subjektif kamu hakkı kavramının doğurduğu en önemli sonuç, bazı hukuk normlarının gereklerinin yargısal yolla elde edilememesinin, o hakkın hukuksal değerine olan etkisidir. Kişilere subjektif kamu hakkı vermeyen bir temel hak normunun yargısal korunma gücünden mahrum olması, bir hukuk normu olarak emredici değil, yol gösterici (program) hüküm olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. 5. madde özelinde sorunu tahlil etmeden önce belirtmek gerekir ki, Türkiye'de program hüküm kavramı üzerindeki tartışmalar, 1961 Anayasası döneminden beri ve özellikle devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklar bağlamında yapılmaktadır. Şimdi bu görüşler özetlenmeye çalışılarak ortaya çıkan genel tablo gözden geçirilecektir.

Program hüküm-emredici hüküm ayrımının kalkış noktası, kişinin subjektif bir kamu hakkı sahibi olarak, hakkın gereklerini yerine getirmede devleti zorlayabilme gücüdür. Bu zorlayıcılık teknik ölçütün temel aldığı negatif özgürlük

⁹ Burada temel alınan sınıflama için: Tanör, a.g.e., 1978, s.189-195. Aynı yönde: Sabuncu, a.g.m., 1986, s.20

¹⁰ Tanör, aynı örneği, başka bir bağlamda ele alır: Tanör, a.g.e., 1978, s.243

formunda oldukça güçlüdür. Çünkü negatif özgürlük anlayışına göre, bir hakkın ihlali, müdahale halinde söz konusu olur. Bu durumda hakkın korunması devletin müdahalesini önleyecek kurumsal yolların güvenceleriyle rahatlıkla sağlanabilir. Oysa bir özgürlüğün yaşama geçmesi için ilgili hakkın gereği belirli bir edimi gerektiriyorsa, bunu sağlayacak kurumsal yollar ve zorlayıcılık gücü farklı bir mantığa tabidir. Bu nedenle, devletin pozitif edimlerini gerektiren hak ve görevler, devletin negatif edimini gerektiren negatif statü haklarından ayrılırlar. 1961 ve 1982 Anayasaları'nda, pozitif edim gerektiren hak ve görevlerin gereklerinin yerine getirilmesinde, devletin mali gücünün bir sınırlama ölçütü olarak yer alması da, bu ayrımın en büyük dayanaklarından biri olur. Çünkü asıl sorun, devletin pozitif veya negatif edim üstlenmesinden değil, bu edimleri yerine getirmede, hak sahiplerince ne ölçüde zorlanabileceğinden çıkar. Bu temelde kaynağını bulan görüşler, söz konusu yeterlilik ölçütünün devlete bıraktığı takdir marjının genişliği konusunda farklılaşsalar da; söz konusu pozitif edimleri düzenleyen maddelerin, birer program hüküm olduğunda birleşirler. Program hüküm olmanın kaçınılmaz sonucu ise bu hükümlerin hukuksal olmaktan çok siyasal nitelikte olmalarıdır.

Sorunun kendi içinde derinleştiğini de belirtmek gerekir. Anayasal normların biçimsel ve maddi açıdan birbirleri karşısındaki konumlarının bu bağlamda açıklığa kavuşturulması gerekir. Biçimsel eşitlik bir anayasa normunun sadece anayasada yer almakla, içeriğinden bağımsız ve soyut olarak anayasadaki diğer normlarla eşit değerde kabul edilmesini ifade eder. Maddi anlamda eşitlik ise ilgili anayasa normunun düzenlediği alan ve düzenleyiş şekli ile sağladığı koruma gücünün yoğunluğuyla ilgilidir. Anayasa normları arasında şekli anlamda bir normatif eşitlik olsa da maddi anlamda normatif gücün farklılaşabildiğini belirtmek gerekir. Örneğin

Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği gibi, 1982 Anayasası üzerinden değerlendirildiğinde, kişi haklarının, ekonomik ve sosyal haklar gibi kanun hükmünde kararnameyle düzenlenememesi, bu iki kategorideki hakların birer norm olarak farklı güçte olduklarını gösterir. Keza olağanüstü hallerde bazı kişi haklarının kullanılmasını durduran 15. madde hatırlandığında, kişi haklarının bile kendi içinde farklı anayasal koruma gücüne sahip olduğu görülür¹¹. Zira bilindiği gibi 15. madde hükmüne göre, bazı haklar diğerlerinden farklı olarak, olağanüstü dönemlerde bile sınırlandırılmaz. Program hüküm- emredici hüküm tartışması içinde asıl sorunlu alanın bu olmadığını belirtmek gerekir. Öncelikli sorun, normların biçimsel eşitliği tartışmasıyla ilgilidir.

Göze, bu konudaki tipik yaklaşımlardan birini getirir. Yukarıda kısaca belirtilen ayrımı izleyerek; teknik ölçütle uyuyan, devlete pozitif edim yüklemeyen sosyal hakları diğerlerinden ayırarak, bu hakların korunması için yargısal denetimden harekete geçirilebileceğini belirtir. Öte yandan devletin pozitif edimini gerektiren sosyal hakların yaşama geçirilmemesinin siyasal sorumluluk doğurduğunu ve dolayısıyla bunların uygulamada yaşama geçirilmesinin yargısal denetime tabi olmadıkları, devletin bu konuda zorlanamayacağını ifade eder. Dayanak olarak da devletin mali yeterliliği ve iktisadi gelişmesinin, bu hakların gerçekleştirilmesinde ölçüt olarak alınmasını gösterir¹².

Kapanı, devletin pozitif edimini gerektiren normlarının bağlayıcılıklarının hukuki olmaktan çok siyasi olduğunu belirtir. Bu normlara konu olan hakların yaşama geçirilmesi devletin bir pozitif edimine bağlıdır. Ancak, bu durumun bu hakların değerinin "platonik" olduğu anlamına da gelmeyeceğini belirtir. Devlet bu hakların yerine getirilmesi için zorlanmasa da, aksi yönde izlenecek bir politikanın

¹¹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., 1993, s.110

¹² Göze, a.g.e., 1976, s.119

varlığı halinde, bu normlar hukuki etki gösterecek ve bu politikanın izlenmesini engelleyici nitelik taşıyacaklardır¹³. Yani bir anayasa normu devlete belli bir konuda sosyal nitelikte bir düzenlemeye gitme görevi veriyor, ancak bu konuda kanunla, anti-sosyal bir düzenlemeye gidiliyorsa bu kanun, söz konusu norm dayanak yapılarak iptal edilebilir.

Özbudun, pozitif edim gerektiren hakların kişilere subjektif kamu hakkı tanımadığından hareketle, bu alanlardaki taleplerin, ancak yasama organının yaptığı yasal düzenlemeden doğabileceğini belirtmektedir. Bu açıdan söz konusu hükümler, doğrudan uygulanabilirlik yeteneği olmayan, yasama organına siyasal nitelikte direktifler veren ve yol gösteren program hüküm niteliğindedir. Bu nedenle bu normlara dayanılarak bir subjektif kamu hakkına sahip olunamaz. Yasama organının bu konudaki hareketsizliği yaptırıma bağlanamaz. Ancak bir düzenleme yapılması halinde, tıpkı diğer anayasa normlarına uygunluğun denetlenmesi gibi, devlete pozitif edim yükleyen normlara uygunluk da denetlenebilir¹⁴.

Tanör, 1961 Anayasası çerçevesinde Anayasadaki sosyal kuralları tasnif ederken, dördü bir ayırmadan yola çıkar. Bu ayrımıyla da sorunu diğer yazarlardan farklı bir biçimde ele alır. **Tanör**, Anayasadaki sosyal kurallar, program kurallar, devlete yetki veren ya da ödev yükleyen kurallar ve sosyal haklar olarak yaptığı ayrımınla, diğer yazarlar gibi teknik ölçüt temelli bir kavramsallaştırmaya gitmez. **Tanör**, program hüküm terimini devlete görev yükleyen, daha soyut ya da genel denebilecek hükümler için kullanır. Bunlar arasında göze çarpan ise 5. maddenin, 1961 Anayasası'ndaki muadili olan 10/2 fıkrasıdır. Bu açıdan **Tanör**'ün program hüküm tanımına göre program hükümler, kişilere subjektif hak tanımayan, devlete

¹³ Kapani, a.g.e., 1993, s.124

¹⁴ Özbudun, a.g.e., 2003, s.136, Yasamanın eylemsizliği konusunda bkz.: Özbudun, a.g.m., 1988, s.186

genel hedefler gösteren, ama somut bir hedef ya da görev vermeyen düzenlemelerdir. Hatta, yazar, bu tür hükümlerin anayasa yargısında ölçü-norm ya da destek ölçü-norm olarak kullanılabilmesiyle, çıkarılmış yasaların bu tür hükümler üzerinden anayasaya uygunluk denetimi yapılabilmesinden hareketle, bunların hukuksal bağlayıcılıktan mahrum olmadıklarını ifade eder¹⁵. Yazar ayrıca, bu maddenin Anayasada yer alan daha somut hükümlerle arasında bir genel-özel ilişkisi olduğunu çok açık bir biçimde olmasa da belirtir.

Gören ise, Anayasanın 11. maddesinde yer alan bağlayıcılık niteliğine işaret eder. Yazar, Anayasadaki diğer hakların da, sosyal haklar gibi soyut bir şekilde düzenlendiğini belirtir. Yazara göre, anayasada yer alan sosyal haklarla ilgili bir düzenleme yapılmaması, her zaman kişilere bir subjektif kamu hakkı tanınmadığı anlamına gelmeyecektir. Örneğin, yukarıda da değinildiği gibi, 1982 Anayasası'nın parasız eğitimi düzenleyen 42. maddesi dahilinde, yargı yoluna gidilebilir. Çünkü burada açıkça devlet okullarında ilköğretimin parasız olduğu düzenlenmektedir. Yazarın üzerinde durduğu bir diğer nokta, devletin sosyal görevlerinin sınırlı sorunudur. Gören, sosyal hak normlarının hukuksal bağlayıcılık değerini tartışmalı hale getiren 65. maddede yer alan mali yeterlilik ölçütünün, bir yerine getirmeme mazereti olmadığını savunmaktadır. Bu düzenleme, sosyal görevlerin, ne ölçüde ve nasıl yerine getirme konusunda kullanılan bir ölçüttür. Yazar, yasama organının bu alandaki takdirini denetleyecek (Almanya'daki bireysel başvuru gibi) yargısal bir yolun Türkiye'de bulunmadığını da hatırlatır¹⁶.

Söz konusu anayasal kuralların normatif değeri konusundaki diğer bir görüş de Akad tarafından savunulur ve simetrik olarak, 5. maddeyi diğer anayasal

¹⁵ Tanör, a.g.e., 1978, s. 189-195, 339-340; Aynı yönde Uygun, a.g.e., 1992, s. 32

¹⁶ Zafer Gören, a.g.m., 1997, s. 143-145, Gören, a.g.e., 1995, s. 27

kurallardan üstün sayar. Yazar, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünü incelediği eserinde ortaya attığı bu görüşünü, 1982 Anayasası döneminde 5. madde için de sürdürmüştür. Yazar, özetle, her iki anayasanın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hükümlerinin sayıldığı bir maddenin varlığı üzerinde durur. Değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek ilkelerin, anayasanın diğer maddelerinde bulunmasının, bu maddeleri, üstün bir anayasal norm haline getirdiğini savunur. Böylelikle örneğin Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi, Anayasanın 5. maddesinde de yer alıyorsa, Anayasanın 5. maddesi de tıpkı, Anayasanın değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek 2. maddesi gibi üstün bir normdur¹⁷. Yazar bu tezini ileri sürerken, AYM'nin doktrinde oldukça eleştiri konusu yapılmış bir kararını dayanak yapar. Kararda, Anayasa değişikliklerini esaslan inceleme yetkisini kendinde gören Mahkeme, değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek cumhuriyetin temel niteliklerini içeren maddeleri, diğer maddelerden üstün kabul edip, ilgili değişiklikleri, cumhuriyetin temel niteliklerine uygunluğu üzerinden denetlemiş ve iptal edebilmiştir. Aslında 1961 Anayasası bu konuda 9. maddesiyle, sadece devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin normun değiştirilmesi teklifini yasaklar. AYM, buradaki cumhuriyet teriminin özelliklerini cumhuriyetin temel niteliklerinin düzenlendiği ilgili madde ve başlangıç bölümündeki ifadeleri kapsar şekilde geniş yorumlamış ve Anayasa değişikliklerini buralarda belirtilen temel niteliklere aykırı bulduğu için iptal etmiştir. Bu yaklaşım tarzıyla da anayasal normlar arası bir hiyerarşi olduğunu dolaylı yoldan kabul edilmiştir. Bunun etkilerini ortadan kaldırabilmek içinse 1971 değişikliklerinde AYM'nin yalnız şekil yönünden denetim yapabileceği hükmü Anayasaya konmuş.

¹⁷ Akad. a.g.m. , 1990. s 53-56

buna rağmen, Mahkeme teklif edilemezlik şartını da pekil kuralı sayarak yaklaşımını sürdürebilmiştir. Hatta, bu nedenle, 1982 Anayasası pekil denetimini bazı oylama prosedürlerini de sayarak ayrıntılarıyla düzenlemiştir¹⁸.

Akad. devletin temel niteliklerinin belirtildiği madde ve Başlangıç bölümünde yer alan sosyal devlet ve sosyal adalet gibi kavramların 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde de varolmasından hareketle, 10. maddeyi bu üstün normlar arasına koyar. Yazar, bugün gelinen noktada da görüşünü değiştirmemiş, hatta 1982 Anayasası'nda cumhuriyetin temel niteliklerinin bu kez açıkça değiştirilemezlik statüsüne alınması sayesinde, 1961 dönemindeki o zorlama temellendirme çabasından da kurtulmuştur. Bugün, Anayasanın başlangıç bölümünde geçen "sosyal adalet" ile "kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip(...)" olduğuna ilişkin ifadeleri, 5. maddedeki devletin kişinin maddi ve manevi varlığını gelişmesi için önündeki engelleri kaldırma göreviyle kendi deyimıyla, "montaj tekniğiyle" bağlayarak, aradaki tamamlayıcı ilişkiye işaret eder¹⁹. Oysa, Başlangıç bölümünde geçen "doğuştan sahip olunan hak ve yetki" ifadesinin ait olduğu doğal hukukçu, 5. maddenin temel yaklaşımıyla ne ölçüde uyuyacağı başlı başına bir sorundur. Ayrıca yazarın aşamadığı bir diğer sorun, 1961 Anayasası'nda 10. maddenin değiştirilme teklifini dahi yasaklayan 9. maddeden sonra gelmesi gibi, 1982 Anayasası'nda da, 5. maddenin, değiştirilme teklifi yasağını düzenleyen 4. maddeden sonra gelmesidir. Yani her iki madde de, değiştirilmeleri teklif dahi edilemeyen maddelerden değildir. Akad, sosyal devlet

¹⁸ Bu konudaki tartışmalar için Yıldızhan Yayla, "1982 Anayasası'na Göre Devletin Özü", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S 1-3, (1983), s 133-149, Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, (Ankara: AÜSBF yay., 1974), Rona Scrozan, "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İÜHFEM*, C 37, S 1-4, s 135-141, Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *AÜHFED*, C 34, S 1-4, s 63-115, Yıldızhan Yayla, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", *Hıfzı Timur'a Armağan*, (İstanbul: İÜHF yay., 1979), s 973-1040

¹⁹ Akad, *a.g.m.*, 1990, s 53-56

gibi temel niteliklerden birinin ya da başlangıçta geçen (ki başlangıç değiştirilme yasasının kapsamının dışındadır) sosyal adalet gibi bir kavramın aynı zamanda 5. maddede de geçmesini, bu madde için üstün norm demeye yeter görmektedir. Ancak Akad'ın söz konusu hükümlerin hukuken bağlayıcı olduklarını bu kadar ileri giderek savunmasına karşın, iktidarın bu kurallara uymaması durumunda ne olacağı sorusuna cevap aradığı yer, "insan hakları teorisinin siyasal unsurudur". Böyle bir durumda, toplumdaki sosyal gruplarla siyasal iktidarın konsensüsünün bozulacağını, sonuç olarak, iktidarın liberal yapının demokratik mekanizmasıyla değişeceğini savunur²⁰. Görüldüğü gibi sunulan yaptırım hukuki değil, siyasidir.

Göze, Kapani ve Özbudun'un haklı olarak savundukları gibi, Anayasada yer alan her hak ve özgürlük normu, bazen düzenleniş şekli, bazen de devletin pozitif edimini gerektirmesi gibi doğasında bulunan nedenlerden dolayı, aynı yoğunlukta bir koruma gücüne sahip değildir. Devletin pozitif edimini gerektiren hükümler, negatif edimini gerektiren hükümler kadar koruma sağlayamamakta, kişi, kural olarak devleti hükmün gereği yönünde yargısal yoldan zorlayamamaktadır. Bu durum maddi anlamda anayasa normlarının aynı güçte olmadığını göstermektedir. Ancak bu durum anayasa normlarının biçimsel değerlerinin farklı olduğu anlamına gelmemektedir. Herhangi bir anayasa normu ilgili olduğu veya korumaya çalıştığı alanı korumada etkin ve güçlü olmayabilir. Ancak bu daha çok normun içeriğiyle ilgili bir sorundur. Yoksa aynı anayasada yer alan iki hükmün birbirlerinden farklı normatif güce sahip olmaları söz konusu değildir. Yani biçimsel olarak tüm anayasa normları aynı hukuki değere sahiptir²¹.

²⁰ Akad, a.g.e., 1984, s.115-116

²¹ Aydın Uğur, "Hermeneütik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması", AÜSBFD, C.38, S. 1-4, (Ocak-Aralık 1983), s.195

Sağlam, bu durumu, pratik uyum ilkesini ele alırken, anayasal normlerdahi birinin diğerine tercih edilemeyeceğini, normlar arası çelişik durumların sistematik yorum yoluyla aşılması gerektiğini ortaya koyarak açıklamıştır²². Yazara göre, bir anayasada yer bazı değerler, diğerlerine göre, daha güçlü bir şekilde düzenlenmiş olabilirler. Ama bu üstünlük gene aynı anayasada yer alan başka biçimsel kurullarla sağlanmıştır. Dolayısıyla anayasada yer alan bazı değerlerin diğerlerine olan üstünlüğü, içinde buldukları normun biçimsel üstünlüğüne dayanmamaktadır.

Yüzbaşıoğlu, bu ilişkiyi tahlil ederken, anayasanın bütünlüğü ve anayasa tekniği gibi temel ilke ve yöntemler ışığında anayasal kurulların biçimsel eşitliğine değinir. Ancak, yazar, kurullar arası eşitsizliğin şekli değil maddi olduğunu belirtmesine rağmen, anayasanın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek maddelerini şekli olarak üstün saymaktadır. Ancak, bu ilişkinin klasik bir altlık-üstlük ilişkisi olmadığını, diğer kurulların, bu üstteki kurullar karşısında ihmal edilmeyeceğini, ama bu kurullara göre yorumlanıp uygulanacağını belirtir. Çünkü bu altlık-üstlük ilişkisi, yazara göre nisbidir²³.

Sabuncu da, anayasanın bağlayıcılığı ve bütünlüğü ilkeleri çerçevesinde bazı anayasal normların farklı normatif değerde görülmesini eleştirir. Yazarın ortaya koyduğu en önemli yaklaşım, anayasadaki temel hak maddelerinin tek işlevinin kişilere hak tanımak olmadığını göstermesidir. Seçme ve seçilme haklarını örnek veren Sabuncu, söz konusu hakların aynı zamanda toplumsal alanda iktidarın oluşum modeliyle olan ilgisine dikkat çeker. Yazara göre, 1961 ve 1982 Anayasaları'nın temel haklar bölümlerinde, siyasal partilerin, demokratik yaşamın vazgeçilmez unsuru olduğunun belirtilmesi, toplumsal alanda doğan bu sonuca örnektir. Aynı

²² Sağlam, a.g.e., 1982, s. 38-39

²³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., 1993, s. 111

zamanda bu durum, mülkiyet ve miras gibi haklarla beraber düşünülürse, temel hakların, toplumdaki her çeşit kurumun/yapının varlığından bağımsız olmadığını gösterir. Yani temel haklar bireyi devlete karşı korumaktan öte bir role sahiptir. Bu yönleriyle de hem kişileri hem de bazı toplumsal alanları korurlar²⁴. Böyle bir yaklaşımın ışığında artık devletin pozitif edimini gerektiren normların –özellikle de sosyal hakların- hukuki bir bağlayıcılığı olmadığı iddia edilemez. Çünkü bu tip normlar, kişilere subjektif hak vermiyorsa da, bu hakların toplumsal yapıdaki işlevleri negatif statü haklarından farklı değildir. Üstelik anayasada yer almakla hukuk düzeninin üstün normları arasına girmişlerdir. Şu halde, yasama yargı ve yürütme tarafından bunların gereklerinin yerine getirilmesi, anayasal bir sorumluluktur²⁵.

Devletin pozitif/negatif edimlerde bulunma yükümlülükleri ayrımını eleştiren **Sabuncu**, tam da, 1982 Anayasasının 5. ve 1961 Anayasasının 10. maddelerini örnek göstererek, bu maddeler bağlamında, klasik hakları da kapsayan pozitif edimlerin düzenlendiğine dikkat çeker²⁶. Yani anayasada düzenlenen temel hakları sınıflandırılmasında, pozitif edim gerektiren normların değerini tartışma konusu yapan bir ayrım, gereğince net ve açık değildir.

Yasama yetkisinin genelliği ve subjektif kamu hakkı kavramları karşısında, bazı anayasa hükümlerinin, program hüküm olarak adlandırılmalarının kaçınılmaz olduğu görülmektedir. Bu program hükümlerinin yasamanın eylemsiz kalması halinde, emredici hükümler kadar bağlayıcılık gücüne sahip değildirler. İtalyan Anayasası'nın muadil 3/2 hükmü, Alman Federal ve İsviçre Federal Anayasaları'ndaki devletin pozitif edimini gerektiren sosyal hak normları karşısında bu devletlerin yasama ve

²⁴ Sabuncu, a.g.m., 1986, s.15-18

²⁵ Sabuncu, a.g.e., 2003, s.150

²⁶ Sabuncu, a.g.m., 1986, s.19

yargı organlarının durumları da farklı değildir²⁷. Ancak unutmamak gerekir ki, hukuki bağlayıcılık gücünün bulunmaması hali, daha çok yasama organının düzenleme yapmaktan kaçınması durumunda söz konusudur. Program hükümler, subjektif hak doğurmayan, devlete görevleri konusunda yön gösteren kurallar olarak tanımlansa da, bu durum onların, hukuki değerden tamamen yoksun oldukları anlamına gelmez. Yasama organının çıkaracağı bir düzenlemenin anayasaya uygunluğu denetiminde, anayasadaki tüm normlar ölçü norm yada destek ölçü norm olarak denetime dayanak olabilir²⁸. Bu kullanım, anayasaya aykırılığın tespitinde ölçü norm, anayasaya uygunluğun denetiminde ise destek norm şeklinde olabilir²⁹. Şu halde 5. maddenin devlete yüklediği görevle bağdaşmayan bir düzenlemenin iptal edilebileceğini belirtmek gerekir. Yani 5. madde bir program hüküm olmasına rağmen, bazı hallerde hukuki bağlayıcılık gücüne sahip olabilecektir. Yargı başlığı altında bu konuya tekrar dönülecektir.

2. YÜRÜTME ERKİ

Yürütme erkinin sorumluluğunun incelenmesinde, yürütme organının iki işlevli yapısını göz önünde bulundurmak gerekir. Yürütmenin cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar kurulunu oluşturan kısmı daha çok siyasi bir kimliği taşıdır ve daha çok siyasi faaliyet yürütür³⁰. Bakanlar kurulunun oluşturulması ya da yasama organı ile ilişkiler bu siyasi boyuta örnektir. Yürütmenin tüm eylem ve işlemlerinin idari nitelikte sorumluluk doğurduğu da söylenemez. Örneğin, 1982 Anayasası'na

²⁷ Tanör, a.g.e., 1978, s. 380-381

²⁸ Özbudun, a.g.e., 2003, s. 136

²⁹ Tanör, a.g.e., 1978, s. 191-194, 339-340; Aynı yönde Uygun, a.g.e., 1992, s. 32

³⁰ Metin Gunday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj yay., 2003), s. 7

göre, cumhurbaşkanına görevi ile ilgili konularda, vatana ihanet fiili dışında yüklenen bir hukuki sorumluluk söz konusu değildir. Bunun yanında, başbakan ve bakanlar kurulunun saf siyasi kararlarından doğan sorumlulukları siyasi niteliktedir. Güneş'in de belirttiği gibi, yürütmeyi tarif ederken, hukuki ve siyasi işlevlerini birbirinden ayırmak gerekir. Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu kanunları uygulamak için değil, toplum hayatı içinde bazı faaliyetlerde bulunmak için vardır³¹. Bu faaliyetler oldukça çeşitli ve hukukla ilgisiz olabilir. Örneğin bakanlar kurulunun toplanıp gençlere konferans vermesi de bir faaliyettir; ancak, bir yürütme işlevi değildir. Bu durum, elbette, bu kişi ve organların idareden ayrık düşünülebileceği anlamına gelmez. Örneğin, bakanlar bakanlık teşkilatlarının en üst amirleridir. Bunun yanında cumhurbaşkanı, bakanlar kurulunun atama niteliğinde idari işlemlerine katılabilir; ya da, kendisi de bazı atamalar yapabilir³². Yani, yürütme organının ikinci işlevi de günlük teknik işlerin görülmesi, süreklilik arz eden kamu hizmetlerinin yerine getirilmesidir³³. Bu nedenle, bu başlık altında yürütmenin idare işlevi bağlamında 5. madde karşısındaki konumu incelenecektir.

İdarenin 5. madde karşısındaki sorumluluğunu incelemek için, idare hukukunun temel ilkelerinden idarenin kanuniliği üzerinde durmak gerekir. İdarenin eylem ve işlemlerine kanuni bir dayanakla yapması ilkesi karşısında bir anayasa kuralı olan 5. maddenin etkisini açıklığa kavuşturmak gerekir. Burada bu ilke ve 5. madde temelinde idarenin hukuki sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Buradan elde edilen sonuçlarla, idarenin pozitif edim yükümlülüğü hakkında bazı çıkarımlar yapılacak; 1982 Anayasası'nın 5. maddesi özelinde, bazı sonuçlara ulaşılmaya çalışılacaktır.

³¹ Güneş, a.g.e., 1965, s. 46

³² Kemal Gözler, a.g.e., 2003, s. 23. Günday, a.g.e., 2003, s. 8

³³ Giritli/ Bilgen/Akgüner, *İdare Hukuku*, (İstanbul, Der yay., 2001), s. 11; Günday, a.g.e., 2003, s. 14

2.1. İdarenin Kanuniliği İlkesi

Bu bölümdeki amaç, idarenin kanuniliği ilkesi ışığında, 5. maddedeki kişi önündeki engelleri kaldırma görevinin, idarenin faaliyetlerine etki edip edemeyeceğini belirlemektir. İdarenin kanuniliği ilkesi geniş anlamda, idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olması anlamına gelmektedir³⁴. Bu ilke, idarenin kanuna bağlılığını ve idare edilenlerle ilişkilerinde kanununu temel almasını ifade etmektedir³⁵. İdare kendine ait bir inisiyatif gücü olmadığından ve görevi, kanunların uygulanması olduğundan kanuna dayanmalıdır³⁶. Bu durumda, idarenin belirli bir faaliyette bulunmak için bir kanuna dayanması zorunluluğu karşısında 5. maddenin işlevi ne olabilir?

1961 Anayasası düzenlemesinde, yürütme, kanunlar çerçevesinde yerine getirilen bir görev olarak tanımlanmakta (m.6) ve idarenin kanunla düzenleneceğini (m.112/2) öngörülmektedir. Bu nedenle kanun olmayan yerde idarenin olamayacağı ve idarenin bir faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanuni bir dayanağa ihtiyaç duyulduğu görüşü egemen olmuştur. Günday, 1961 düzenlemesine rağmen Danıştay bazı hallerde yürütme ve idarenin kamu yararının gerektirdiği hallerde kanuni bir yetki olmadan dahi harekete geçebileceği yönünde kararları bulunduğunu belirtmektedir³⁷. Ancak söz konusu kararların 5. maddede geçen kişi önündeki engellerin kaldırılması görevi ile bir ilgisi yoktur.

³⁴ Günday, a.g.e., 2003, s.41

³⁵ Girtili/Bilgen/Akgüner, a.g.e., 2001, s.48

³⁶ Gözler, a.g.e., 2003, s.111

³⁷ Günday, a.g.e., 2003, s.42 Günday, şu kararları örnek göstermektedir DDK, ES 70/453, KS 72/385, Ke. 5.5.1972, AİD C.5 S.3, s.193, DDK, ES 68/709, KS 72/364, Ke. 28.4.1972, AİD C.5, S.4, s.201

1982 Anayasası'na göre ise yürütme, hem bir görev, hem de, yetki olarak tanımlanmıştır. Bu durumda idare (ya da daha geniş olarak yürütme), bir faaliyette bulunmak için, hala kanuni bir yetkiye sahip olması gerekli midir sorusu, karşınıza çıkar. Gerçekten de, yürütme, 1982 Anayasası'na göre, bir görev olmasının yanında bir yetki olarak da belirlenmiştir. Unutmamak gerekir ki, Anayasanın 13. maddesi gereği, temel hak ve özgürlükler, ancak kanunla sınırlanabilir. Bu durumun en önemli istisnası yukarı da belirtildiği gibi, Anayasanın 121/3 ve 122/3 hükümleri gereği, cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun, olağanüstü hal kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi, bunun için kanuni bir dayanağa ihtiyaç duyulmamasıdır.³⁸

Esas itibarıyla doktrinde idarenin kanuniliği ilkesi ile ilgili tartışmaların temel boyutunun temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu söylenebilir. İdarenin eylem ve işlemlerinde bir kanuna dayanma zorunluluğu, öncelikle idarenin bir kanun tarafından sınırları çizilmemiş bir alanda düzenleyici işlem yapamaması anlamına gelir. Böylece düzenleyici işlem yapmada ikinci el role sahip olduğu görülür. Sınırları yasama organınca çizilen bir alan dahilinde düzenleme yapılabilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacını taşır. Doktrinde idarenin kanuniliği ilkesi tartışılırken olağanüstü hal ve sıkıyönetim döneminde, cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun olağanüstü hal kanun hükmünde kararname çıkarabilme yetkisinin idarenin kanuniliği ilkesi temelinde bir sapma olarak nitelendirilmesi³⁹ bu nedenledir.

Giritli/Bilgen/Akgüner'in idarenin kanuniliği ilkesini,

“- kanunların genel soyut, nesnel ve bireysel olmayan hükümler içermesi

³⁸ Günday, a.g.e., 2003, s.43, Giritli/ Bilgen/Akgüner, a.g.e., 2001, s.48

³⁹ Giritli/Bilgen/Akgüner, a.g.e., 2001, s.49, Günday, a.g.e., 2003, s.43

- temel hak ve özgürlüklere, insan onuruna saygı gösterilmesi,
- temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması
- Kanunlar çerçevesinde idare anlayışının benimsenmesi (ancak kanunun bulunduğu yerde ve derecede idare vardır anlayışı)" koşullarına bağlamaları da bu yaklaşıma örnektir.

Duran, idarenin kanunla kurulabilmesine esas olarak, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabilmesini gösterir. Ancak kanunilik ilkesi, ilgili kamu hizmetinin kanunla ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesini gerektirmemektedir. Sadece ilgili faaliyetin kamu kuruluşlarınca üstlenilmesinin yasama meclisince kabulü aranır. Yazar, bu durumu 1961 Anayasası bağlamında temellendirirken, idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören 112. maddesini, bakanlıkların kanunun koyduğu esaslara göre kurulacağını öngören 105. maddesini ve nihayet kamu tüzel kişiliğinin yalnızca kanunla, ya da, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağını öngören 114. maddesi hükümlerini örnek olarak verir. 114. madde hükmünde geçen, "kanunun öngördüğü yetki" ifadesiyle, idareye bu konuda yetki devrinin söz konusu olabileceğine de dikkati çeker.

Duran'a göre idarenin kanuniliği ilkesi ve 1961 Anayasası'nın yürütmeyi yetki olarak değil, görev olarak tanımlayan düzenlemesi karşısında, idare, doğrudan doğruya Anayasadan güç alıp, hiçbir işlem ya da eylem yapamaz. Ancak onunla arasına giren kanuna dayanarak faaliyet ve hizmette bulunabilir. Bu nedenle yazara göre, idare hukukla değil, kanunla bağlıdır. Gerçi Anayasada, Anayasa hükümlerinin idareyi de bağladığı düzenlemesi vardır (1961 Anayasası, 8. madde.). Fakat 1961 Anayasası'nın (yürütmeyi görev olarak düzenleyen) 6. (kamu tüzel kişiliğinin kanunla kurulmasını öngören) 112 ve (kanunsuz emirde ısrar edilirse ilgili kamu

hizmetini gören kişiye emri yerine getirme mecburiyeti getiren) 125 maddeleri karşısında, idarenin hukukla bağılılığı, işlerlikten yoksundur. Bağılılık hukuka değil, kanunadır⁴⁰.

Günday, idarenin kanunilığı ilkesinin üç boyutunu, idarenin üstlendiği görevleri yerine getirirken, yürürlükteki kanunlara ve kanunlara eşit öteki hukuk kurallarına uygun davranma zorunluluğu, idarenin kuruluşunda asli yetkinin yasama organında olması nedeniyle, kanunla kurulması ve son olarak idarenin belirli bir faaliyet için kanuni bir yetkiye sahip olması gerekliliği olarak belirler⁴¹.

Güneş, 1961 Anayasası'na göre yasama ve yürütme işlemlerini ayırırken 5.,6., ve 7. maddelerin gerekçelerini örnek gösterir. Gerekçeye göre, "TBMM herhangi bir sahayı, Anayasaya uygun olmak şartıyla düzenleyebilir. Halbuki yürütme sadece kanunların uygulanması demektir. Kanun olmayan yerde, Türk hukukuna göre yürütme de yoktur. Yürütme organı kaynağını kanundan almayan bir tasarrufta bulunamaz." Yürütme faaliyetinin başlaması için yasanın yapacağı bir düzenleme şarttır⁴².

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, idarenin kanunilığı ilkesi gereğince idarenin görev alanına girmeyen bir konuda, 5. maddeye dayanarak kendini görevli addetmesi mümkün değildir. 1961 Anayasası döneminden beri süregelen idarenin kanunla kurulması hükmü de bunun gereğidir. Bu durumda doğrudan 5. maddeye dayanılarak bir kamu tüzelkişiliğinin ortaya çıkarılamaması gibi, kanunla görevlendirilmediği bir alanda idarenin sorumlu tutulması da düşünülemez.

⁴⁰ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: İÜHF yay., 1982), s.37

⁴¹ Günday, *a.g.e.*, 2003, s.43

⁴² Güneş, *a.g.e.*, 1965, s.41-42

1982 Anayasası'nda 1961 Anayasası'ndan farklı olarak yürütmenin aynı zamanda bir yetki olarak tanınması konusunda asıl çıkış noktası, 1982 Anayasası'nda olağanüstü hal kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin bulunmasıdır. 1982 Anayasası'nda yürütmenin aynı zamanda yetki olarak belirlenmesinin nedeni bu düzenlemedir. 1982 Anayasası, 5. maddenin idare tarafından uygulanmasını sağlayacak bir düzenleme yetkisi öngörmemiştir.

Öte yandan Duran'ın idarenin doğrudan anayasaya dayanarak eylem ve işlem yapamayacağı görüşü üzerinde de durmak gerekir. 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeyi devam ettiren 1982 Anayasası'nın yürütmeyi düzenleyen 8. maddesi, Anayasa kurallarının özel olarak idare organı üzerindeki etkisi konusunda bazı çıkarımlar yapılmasını sağlayabilir:

"Madde 8. - Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir"

Görüldüğü gibi idarenin de içinde yer aldığı yürütme organının eylem ve işlemlerinde sadece kanunlara değil, aynı zamanda Anayasaya da uygunluk şartı aranmaktadır. Bunun anlamı yürütme yetki ve görevi açısından ortada bir kanun hükmü bulunmasa bile, bu yetkinin Anayasaya uygun olarak kullanılması gereğidir⁴³. Gerçekten, yukarıda belirtildiği gibi Anayasanın 11. maddesiyle, Anayasanın, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır. Yürütme faaliyetinin, 8. madde de, Anayasaya uygunluk şartına bağlanması, gereksiz bir tekrar olarak görülmemelidir. Bu düzenleme, belirli hallerde Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabileceği şeklinde yorumlanmalıdır.

⁴³ Giritli/Bilgen/Akgüner, a.g.e., 2001, s.13

Keza idarenin bazı anayasa kuralları karşısındaki konumu farklı değildir. Anayasa kuralları, kural olarak, kanunlara göre soyut oldukları için, idare tarafından uygulanmazlar. Ancak bazı durumlarda anayasal kuralların doğrudan uygulanabilmesi de mümkündür. Buna örnek olarak, 1982 Anayasası'nın kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesinde, gözaltı ile ceza soruşturması ile ilgili bazı hükümler gösterilebilir. İlgili düzenlemeye göre:

(Değişik : 03/10/2001 - 4709/4 m.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Örnekteki gibi, anayasada gözaltı sürelerinin açık bir biçimde düzenlenmiş olması, bu düzenlemenin kolluk gücü tarafından doğrudan uygulanmasını gerektirir. Burada, doğrudan uygulamayı mümkün kılacak açıklıkta bir düzenleme söz konusudur. Bundan da öte, anılan düzenleme, uygulamada idarenin doğrudan dayanabileceği açıklıkta bir hüküm içermektedir. Oysa 5. madde genel ve soyut ifadelerle doludur. Madde, "soyut, esnek, genel ve belirsiz içeriğe sahip olması nedeniyle kendisine aykırı düşen yasa kurallarını kaldırmış veya değiştirmiş de sayılamaz"⁴⁴. Bu durumda, 5. maddenin yalnız başına idareyi hukuki bir yükümlülük altına sokabilmesi düşünülemez. Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, devletin pozitif edimini gerektiren bir temel hak ve özgürlük için de aynı şey geçerlidir. Yasamanın kanuni bir düzenlemesini gerektiren sosyal güvenlik hakkı bu duruma örnektir. Sosyal güvenlik hakkının anayasada yer alması, ancak bu konuda kanuni bir

⁴⁴ Tanör, a.g.e., 1978, s.238

düzenleme bulunmaması halinde, idarenin sorumluluğu söz konusu edilemez. Zira bu hakkın yaşama geçirilmesinde görev, yasama organıdır. Şu halde sosyal güvenlik hakkından daha soyut bir düzenleme ile idarenin sorumlu olacağını düşünmek isabetsiz olur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, idareye bazı hallerde takdir yetkisinin tanınması gerektiği, doktrinde savunulan bir görüştür. Teknik gelişmelere, yere ve zamana göre ayarlanması ve değiştirilmesi gereken konularda, idareye serbestlik tanınması gerekebilir. Zira, tüm faaliyetleri ayrıntılarıyla düzenlenen idare, belirli bir davranışta bulunmasının zorunlu olduğu hallerde, yetkisi olmadığı için harekete geçemeyebilecektir. Oysa, kanun koyucunun, idarenin tüm faaliyetlerini, önceden tüm ayrıntılarıyla belirleyip düzenlemesi mümkün değildir. Bu nedenle idarenin tüm faaliyetlerinin düzenlenmeyip idareye bir takdir yetkisi bırakılması gerektiği düşünülebilir⁴⁵. Ancak böyle bir takdir yetkisi de kanunun düzenlemediği bir alanda, doğrudan Anayasanın 5. maddesi düzenlemesi bağlamında, idareye bu görevin gereklerini yerine getirme yönünde bir edim yükleyemez. Unutmamak gerekir ki, idarenin kendi işlevi alanında bir kural koyabilmesi gene kanunî bir yetkiye dayanması halinde mümkündür⁴⁶.

2.2. Anayasa Karşısında İdarenin Pozitif Edim Yükümlülüğü

İdarenin, doğrudan Anayasanın 5. maddesine dayanarak bir pozitif edim yükümlülüğü altına girmemesi idarenin her halde, pozitif edim yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmez. Unutmamak gerekir ki, idarenin kanunlar karşısındaki

⁴⁵ Gunday, a.g.e., 2003, s.44. Gırtlı/Bilgen/Akgüner, a.g.e., 2001, s.69. Bu konuyla ilgili açıklamalar için ayrıca Güneş, a.g.e., 1965, s.44-46

⁴⁶ Duran, a.g.e., 1982, s.37

konumu, yasama organının anayasa karşısındaki konumundan farklıdır. Yasama organının pozitif bir edim yükleyen bir karar karşısında yasama organının hareketsiz kalması halinde bir yaptırım öngörülmemiş olmasına karşın, idare varolan bir kanunu uygulamakla mükelleftir⁴⁷. Kanunun uygulanmaması halinde idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu uygulanmama halinden doğan zararlar için tam yargı davası açılarak tazminat alma yoluna gidilebileceği gibi, idarenin ajanlarının görevi ihmali gibi hallerde kişisel olarak cezai sorumlulukları da doğabilir. Bu açıdan bakıldığında, kanunla getirilmiş pozitif edim yükümlülüklerinin hukuki güçlerinde, negatif edim yükleyen kanunlara göre bir eksiklik olmadığı görülür.

İdarenin eylemsiz kalmasıyla, yasamanın eylemsiz kalması arasında ise, kurumların işlevleri gereğince bazı farklı sonuçlar söz konusudur. Bu sonuçlar yargısal denetim alanında karşımıza çıkmaktadır. İdarenin bir kusura dayanan sorumluluğu neticesinde tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. Bu sorumluluk ise sadece, idarenin, hizmeti kötü yada geç işletmesinden, yani bir ediminden doğmayabilir. İdare, bir ediminden kaynaklanan zararlar konusunda sorumluluğu bulunduğu gibi, eylemsiz kalarak, bir hizmeti hiç işletmemesinden zarar doğması halinde de sorumludur⁴⁸.

Bu konudaki Danıştay kararlarından, doktrinde verilen örnekler arasında şunlar bulunmaktadır:

- yol onarımı sırasında gerekli ışıklandırmanın yapılmaması
- karayolları üzerinde trafiğin düzenlenmesi, denetlenmesi ve kazaların önlenmesi yönünden Trafik tüzüğüne öngörülen tedbirlerin alınmaması

⁴⁷ Özhudun, n.g.e., 2003, s.192

⁴⁸ ES 95/752, KS 97/57, Kl. 17.1.1997, Danıştay Dergisi, S.93, 1997, s.97

kişinin mal ve can güvenliğinin sağlanması devletin başka bir görevi olmadığı için olup, bu görevin ifası için idare gerekli tedbirleri almak ve bu suretle bu mal ve can güvenliğini sağlamak zorunda olduğundan, bir grup niyetli kişilerin saldırılarına karşı neşriyet bürosuna vukubulan tecavüz nedeniyle idarenin kendisini savunma görevini ifa etmemesi

-U.M.'nin terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmesi yönünde, bu örgütlerin 2002 sayılı Yasanın 20. maddesi kapsamına girmeye yönelik faaliyetleri konusunda bu dikkate alındığında Yasa'nın açık ve kesin hükmü kapsamında gerekli koruma tedbirlerinin alınmaması bir hizmet kusurudur.⁴⁹

İdarenin eylemsiz kalarak zarara sebep olduğu durumlarda sorumluluk durumlarında, idarenin yetkisinin niteliği önem taşır. İdarenin kamu ile ilgili yetkisi, belli koşulların varlığı halinde, hizmetin yürütülmesi zorunlu kılınabilir. Her ne kadar yetkinin söz konusu olduğu ve idarenin malîlik sorumluluğundan kaynaklı olarak söyleyebilir. Ancak bir hizmetin yürütülmesi konusunda idarenin sadece yetkisi tanınmış ise, idarenin eylemsiz kalması her zaman bir sorumluluk doğurmayacağı söylenemez. İdarenin bu konuda sorumlu tutulabilmesi için sadece yetkisinin sınırlarının aşılması gerekir⁵⁰.

İdarenin hukuki sorumluluğunun sadece kusur esasına ve hizmet esasına teorisine dayanmadığını, idarenin, kusur kavramı aranmadan da sorumluluk sayılabildiğini belirtmek gerekir. Kural olarak idare yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurabilen zararları tazminle yükümlüdür. Ancak özel edilen kuralın istisnası olarak idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önceden tahmin edilebilir olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmaksızın tazmin

⁴⁹ Gunday, a.g.e., 2003, s.335

⁵⁰ Gunday, a.g.e., 2003, s.336. İdarenin sorumluluğu konusunda daha fazla bilgi için ayrıca bkz: Özgüçbayrak/ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C.2, (Ankara Turhan yay.) 1999, s.87, -88.

etmesi gerekmektedir. Kolektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilke öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.

*"(O)rtaya çıkan zararlarının özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerektirir. Esasen terör olayları sonucunda ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu, gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşecektir. Bu itibarla uyumsuzluk konusu olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmasa bile niteliği belirtilen eylem nedeniyle ortaya çıkan olağandışı bireysel zararların sosyal risk ilkesi gereği idarece tazmini gerekir."*⁵¹

Öte yandan daha gerçekçi bakılırsa, bu takdir yetkisi konusunda asıl sorunlu alanın, Anayasanın 65. maddesinde devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki görevlerinin mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği yönündeki düzenlemesi olduğu görülür. 65 maddenin çizmiş olduğu bu sınırın niteliği üzerinde aşağıda durulacaktır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, idarenin mali yetersizliği nedeniyle eylemsiz kalması halinde bu düzenlemenin idarenin sorumluluğuna etki etmemesi düşünülemez. Oysa, örneğin Danıştay 12. Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda (29.4.1972 gün ve E.1970/5736, K.1972/1282 sayı), devletin sorumluluğu, iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliğiyle sınırlı tutulmuş ve "Dere yataklarının sık sık temizlenerek bakımlı bir halde tutulması mali ve teknik imkanlara bağlı olduğundan, bu kabil hallerde doğan zararlardan Devleti sorumlu tutmaya hukuken imkan" olmadığı sonucuna varılmıştır⁵².

⁵¹ ES 94/70, KS 96/5033 Danıştay Dergisi, S 93, 1997, s.522-523

⁵² Günday, a.g.e., 2003, s.336

Gunday, mali kaynakların yeterliliğine bağlı takdir yetkisinin sınırlı olduğunu belirtir. Anayasanın 65. maddesinde mali yeterlilikle çizilen sınır ekonomik ve sosyal alandaki görevlerle ilgilidir. Bu nedenle, kamu düzenini ilgilendiren kolluk görevinin yerine getirilmesiyle ilgili konularda bu ölçütün söz konusu edilmesi düşünülemez. Bu bağlamda, yaşam hakkı ile ilgili bir yükümlülüğünün konut hakkıyla ilgili bir görevden daha öncelikli olduğu düşünülebilir⁵³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, idareye temel hakların korunmasında pozitif edimler yükleyen yasaların anayasal temeli 5. maddedir. İdarenin eylem ve işlemlerinin, doğrudan doğruya 5. maddeye dayanması düşünülemez. Fakat ilgili kanunların gereklerinin idare tarafından uygulanmadığı zaman idarenin sorumluluğu doğacaktır. Bunun yanında bu kanunların yürürlükten kaldırılması durumunda anayasa yargısı yoluyla 5. madde hükmüne dayanılarak denetlenmesi mümkün olacaktır. Ancak bu durum yasama ve yargı erklerini ilgilendirmektedir.

3. YARGI ERKİ

Bu bölümde yargı organı olarak AYM'nin konumu ele alınacaktır. Devlete pozitif edim yükümlülüğü getiren 5. madde bağlamında yapılacak bir tartışma, özellikle, AYM'nin yasama organı ile olan ilişkilerinin sınırları açısından da belirleyicidir. Burada yukarıda yasama organının konumu ile ilgili olarak yapılan açıklamalar dikkate alınarak, belirli bir sıra içinde, AYM'nin 5. madde karşısındaki konumu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle, yasama organının

⁵³ Gunday, a.g.e., 2003, s. 336

eylemsiz kalarak 5. maddenin gereklerini yerine getirmemesi hali incelenecektir. Türkiye açısından bakıldığında, yasamanın tamamen eylemsiz kalarak hiçbir düzenlemeye gitmemesi halinde, ortada bir dava konusu da olmayacaktır. Dolayısıyla, bu durumda yargının oynayacağı bir rol yoktur. Bu nedenle yasamanın eksik bıraktığı alanların denetimi üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise maddenin bir anayasaya aykırılık denetiminde oynadığı rol örneklendirilecektir.

Ayrıca, AYM dışındaki mahkemelerin kararlarında da bu konuyla ilgili bazı yansımalar bulunduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan sosyal adalet kavramı bir anayasal ilke olarak, Yargıtay kararlarında kendisine yer bulmuştur. Özellikle işçi-işveren uyuşmazlıklarını konu alan davalarda geliştirilen işçi yararına yorum ilkesi, bu açıdan dikkat çeker. Yargıtay içtihadına göre, iş hukukunun ana ilkelerinden biri olarak, işçi-işveren uyuşmazlıklarında uygulanacak kuralların yorumunda tereddüt halinde işçi yararına olan çözüm şekli benimsenecektir⁵⁴. Ancak, ilgili kararlarda 1982 Anayasası'nın 5. maddesine atıf yapılmamaktadır. Ayrıca, sosyal devlet ilkesi, anayasal bir değer olarak, Anayasanın 2. maddesinin kapsamında yer alır. Bu nedenle, burada, ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmemiştir.

3.1. İhmal Yolu İle Anayasaya Aykırılık Sorunu

Yasamanın eylemsizliği, Anayasada yer alan bir normun gereğinin yerine getirilmemesi durumunda karşımıza çıkar. Yasama organı hareketsiz kalarak

⁵⁴ Tanör, a.g.e., 1978, s. 288-289

yapması gereken düzenlemeyi yapmazsa, ihmal yolu ile anayasaya aykırılık söz konusudur⁵⁵.

Böyle bir durumda, Almanya'da, Anayasa Mahkemesi'nin durumu tespiti ve yasama organını göreve çağırması söz konusu olabilmektedir⁵⁶. Yasamanın eylemsiz kalması ya da eksik yasal düzenleme hallerinde yasamanın yükümlülüklerine dikkat çekilmekte; hatta, bu durumun Anayasaya aykırılık yarattığı tespit edilerek, kişilerin anayasa şikayetine hakları olduğu görüşü benimsenmektedir⁵⁷. Ayrıca eksik yasal düzenleme halinde, ilgili norm iptal edilmemektedir. Bunun nedeni ise, ilgili norm iptal edilirse, bundan yararlanacak kişilerden de haklarından mahrum kalacak olmalarıdır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin eksik yasal düzenleme halinde iptal kararı vermemesinin nedeni de aşağıda değinileceği üzere aynıdır. Ancak farklı olarak, Tanör'ün de belirttiği gibi, Alman Anayasa Mahkemesi, anayasal eşitlik ilkesi ışığında, eksik yasal düzenleme nedeniyle bu haktan yararlanamayanların da bu alandaki hakları olduğunu ortaya koyar. Mahkeme bir konunun Anayasanın öngördüğü süre içerisinde kanunlaşmaması halinde, Anayasal kuralın yargısal yorum ve boşluk doldurma yoluyla doğrudan uygulanma yeteneği kazanacağını kabul etmektedir. Bunun yanında Mahkeme, belirli bir sosyal yasama işleminin yerine getirilmesi için yasamaya süre tanıyabilmektedir⁵⁸.

Avusturya'da ihmal yolu ile aykırılık, kural olarak anayasa yargısına konu olmamaktadır. Fakat, yasamanın eylemsiz kalıp Anayasaca öngörülen düzenlemeyi yapmaması halinde mevcut bulunan başka bir düzenleme -örneğin eşitlik açısından-

⁵⁵ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, (Ankara: İmge yay., 2000), s.90; Yılmaz Alicifendioğlu, *Anayasa Yargısı* (Ankara Yetkin yay., 1997), s.292-293

⁵⁶ Wolfgang Zeidler, "Federal Almanya Raporu", *Anayasa Yargısı* (Ankara: AYM yay., 1988), s.39,49

⁵⁷ Tanör, *a.g.e.*, 1978, s.369-370

⁵⁸ Tanör, *a.g.e.*, 1978, s.370

Anayasaya aykırılık oluşturuyorsa, bu mevcut normun iptali yoluna gidilebilmektedir⁵⁹.

Portekiz'de Anayasa Mahkemesi'nin ihmal yolu ile aykırılığı denetlemesi söz konusudur. Macaristan'da ise ihmal yolu ile denetim yolu için başvuru hakkı herkese tanınmıştır ve Mahkeme de resen hareket edebilir. Mahkeme, belli bir süre vererek Parlamento'yu harekete geçmeye davet edebilir. İtalya'da ihmal sonucu oluşan Anayasaya aykırılığın Mahkeme tarafından beyan edilebildiği belirtilir⁶⁰.

İtalyan Anayasa Mahkemesi de, eksik yasal düzenleme halinde mevcut yasadaki yararlananların zarar görmemesi amacıyla iptal yoluna gitmemektedir. Fransa'da ise, Anayasa Konseyi'nin, kanunköyucünün kendisine verilen yetkiyi kullanmayarak bir anayasaya aykırılığa yol açtığına karar vermesi mümkündür. Ayrıca Anayasanın düzenlediği bir konudaki yasal düzenlemenin yerine yeni konmaksızın yürürlükten kaldırılması Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır⁶¹. Türkiye'de ise, bu konuda anayasa yargısının müdahalesi mümkün değildir⁶².

Türkiye'de ihmal yolu ile Anayasaya aykırılığın sadece pozitif statü hakları bağlamında ortaya çıktığı da sanılmamalıdır. 1982 Anayasası tek meclisli bir yasama organı öngörmesine rağmen kullanılan 1973 tarihli Meclis İktüzüğü bu bağlamda dikkat çeker. Örneğin, bu İktüzükte Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri'nin Yasama Meclisi'nde görüşülme usulü düzenlenmediğinden bu kararnameler, 1982 Anayasası döneminde uzun yıllar Meclis denetiminden fiilen bağışık kalmıştır. TBMM 1983 yılında göreve başladığı halde, İktüzükte olağanüstü

⁵⁹ Peter Oberndorfer, "Avusturya Raporu", *Anayasa Yargısı*, (Ankara: AYM yay., 1988), s. 10-11

⁶⁰ Kaboğlu, a.g.e., 2000, s. 90-91

⁶¹ Aliefendioğlu, a.g.e., 1997, s. 298

⁶² Özbudun, a.g.m., 1988, s. 186; Kaboğlu, a.g.e., 2000, s. 92; Aliefendioğlu, a.g.e., 1997, s. 305

hal KHK'leriyle ilgili düzenleme ancak, 16.5.1996 tarih ve 424 sayılı TBMM Kararı ile getirilmiştir (m.128)⁶³.

Yasama organının, anayasal normun gereği olarak eylemsiz kalmamakla beraber, yaptığı düzenlemenin kapsam açısından Anayasadaki gereklilikleri tam olarak karşılamaması durumu, özel bir sorun olarak düşünülebilir. Eksik yasal düzenlemedeki durumun, yasamanın eylemsizliği haline göre, AYM'ye, müdahale imkanı açısından daha geniş hukuki temele sahip olduğu iddia edilebilir. Ancak, **Özbudun**, eksik düzenleme halinde de durumun aynı olduğunu, eksik olan kısma müdahale edilemeyeceğini belirtir. Bununla beraber, mevcut kanun eşitlik yönünden Anayasayı açıkça ihlal ediyorsa, söz konusu kanunun anayasaya aykırı bulunabileceğini de ekler⁶⁴.

Bu bağlamda verilen AYM kararlarının en eskisi, aşağıda, 3. kısımda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Kararda, 3008 sayılı İş Kanunu'nda işçi tanımı yapan 1. madde, bedenen veya bedenen ve fikren çalışanları içine alan; ama, sadece fikren çalışanları işçi saymayan düzenlemesiyle, Anayasaya aykırılık iddiasına konu olmuştur. Zira, sadece fikren çalışanlar, iş akdiyle de çalışsalar, işçi sayılmamakta ve dolayısıyla bazı sosyal haklardan yararlanamamaktadırlar. AYM, düzenlemenin, fikren çalışanları da kapsar biçimde genişletilmesini sağlamak için iptal edilmesinin mümkün olmadığı kararına varmıştır. Mahkeme, farklı iş kollarında çalışanlar için farklı kanunlar çıkarılabildiğine, 1952 yılında çıkarılan basın mesleğinde çalışanlarla ilgili Kanunu örnek göstererek dikkat çekmiştir. Devletin ekonomik ve sosyal görevlerinin sınırını gösteren 53. maddeyi de hatırlatan Mahkeme, eksik kalan

⁶³ Örneği veren Kaboğlu, a.g.e., 2000, s.93. Aliefendioğlu aynı bağlamda 1995 Anayasa değişiklikleri sonrası seçim, siyasi partiler hukuku vb alanlarda gerekli uyum yasalarının çıkarılmamakta ihmal yoluyla Anayasaya aykırılığın söz konusu olduğunu örnek gösterir (Aliefendioğlu, a.g.e., 1997, s.295).

⁶⁴ Özbudun, a.g.m., 1988, s.186.

alanlarda düzenleme yapılmasının, ülkenin sosyal ve ekonomik düzeyindeki gelişmeleri dikkate alacak yasama organının takdirinde olduğu sonucuna varmıştır. Bu bağlamdaki en önemli sonuçlardan biri de, mevcut düzenlemenin, eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle iptal edilmemesidir. Kararda iptal etmemenin gerekçesi olarak, bu konuda bir iptal kararının mevcut düzenlemeden yararlanacakları da düzenlemenin getireceği kazanımlardan mahrum bırakacağı gösterilmiştir⁶⁵.

Mahkemenin eksik yasal düzenlemeyi iptal gerekçesi yapmadığı 1961 Dönemi içtihadı, 1982 döneminde de devam etmektedir. Örneğin, Mahkeme, önüne gelen bir itirazda, 492 sayılı Harçlar Kanununun, 3239 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle değiştirilen 4/1 hükmünün, Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırılığı iddiasını değerlendirmiştir. Düzenleme Hazine avukatlarına bir yan ödeme yapılmasını öngörmektedir. İtiraz yoluyla gelen davada, bu ödemenin gene bir kamu kurumu olan DSI mensubu avukatlarını da kapsamaması Anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesini oluşturmaktadır. AYM ise, 65 maddede yer alan ekonomik istikrar ve mali yeterlilik ölçütlerini de gözeterek bu yasanın ilgili yan ödemenin diğer kamu kurumlarında çalışan avukatları da kapsayacak şekilde düzenlememesini, Anayasaya aykırı bulmamıştır. Kararda, diğer grupları kapsamıyor diye, düzenlemeden yararlanan gruba bir kazanım sağlayan normun iptal edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargı kararı ile bu hakkın diğer gruplara teşmilinin mümkün olmadığı hatırlatılarak; bu konuda, çözüm olarak, yasama organının, diğer grupları da içine alan bir düzenlemeye gitmesi gösterilmiştir⁶⁶.

⁶⁵ ES 63/172, KS 63/244, Kl. 21.10.1963, AYMKD, S. 1, s. 439-457.

⁶⁶ ES 87/24, KS 87/32, Kl. 24.11.1987, AYMKD, S. 23, s. 427. Aynı bağlamda ES 97/65, KS 99/15,

Kl. 11.5.1999 <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTAL/İTIRAZ/K1999/K1999-15.htm>.

ES 88/51, KS 89/18, Kl. 2.5.1989, AYMKD, S. 25, s. 227-228.

AYM'nin başka bir kararında, 3359 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu"nun 3/1 hükmü ile, sağlık kurum ve kuruluşlarının yurt sathında vereceği hizmetlerin Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'na planlanacağı ve koordine edileceği yönündeki düzenlemesi incelenmiştir. Mahkeme, dava sahiplerinin Anayasaya aykırılık gerekçesi olarak dayandıkları, yetkinin Sağlık Bakanlığı'na bırakılırken sadece bir çerçeve çizilerek; bu konuda Anayasal düzenlemenin somutlaştırmasına gitmemesi olgusunu değerlendirir. Mahkeme, söz konusu düzenlemenin, öngördüğü çalışmalarla, Anayasanın sağlık hakkıyla ilgili maddesine uygun sonuçları amaçladığını belirtir. Devamla: "Öngörülenlerin gerçekleşmesi yönünden Anayasa buyruklarının yeterince yerine getirilmemesi, bunlara tümüyle uyulamaması, yasa kurallarının gereksinimleri karşılayacak düzeyde ve güçte olmaması her zaman Anayasaya aykırılık oluşturmaz, bir eksiklik ya da boşluk söz konusu olabilir" sonucuna vararak düzenlemeyi iptal etmez.⁶⁷

Eksik yasal düzenleme konusunda tersi yönde kararlar bulunduğunu da belirtmek gerekir. Örneğin AYM'nin vermiş olduğu bir kararda, dava konusu, 3255 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, Türk Ceza Kanunu'nun 175. maddesine getirilen yeni bir hükümdür. İlgili Kanuna yapılan ekle, semavi dinlere yönelik fiiller suç olarak düzenlemiştir. Yani düzenleme tüm dinlere yönelik fiilleri kapsamamaktadır. Mahkeme ise, semavi olmayan dinlere yönelik fiillerde böyle bir düzenlemeye gidilmemesini eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁶⁸. Ancak dikkat edilirse, burada söz konusu olan bir negatif statü hakkıdır. Bu nedenle, 5. madde gibi devlete pozitif edim yükleyen bir hüküm için bu karardan çıkartılacak önemli bir sonuç bulunmamaktadır.

⁶⁷ ES 87/16, KS 88/8, Kl. 23.8.1988, AYMKD, S 24, s 101-102

⁶⁸ ES 86/11, KS 86/26, Kl.4.11.1986, AYMKD, S 22, s 314

AYM içtihadında, eksik yasal düzenlemenin de iptal edilebileceği yönünde, en dikkat çekici kararlardan biri, 3086 sayılı Kıyı Kanunu'yla ilgili olarak verilmiştir. Davaya konu Kıyı Kanunu'nun 4. maddesiyle bir kıyı tanıma yapılmış ve 6. maddesiyle kıyı statüsünde izin verilecek yapılaşmalar düzenlenmiştir. İptal isteminde dayanak olarak, Anayasanın Sosyal ve Ekonomik Haklar Bölümü'ndeki 43. maddede yer alan, kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği düzenlenmesi karşısında, çıkarılan Kıyı Kanunu'nda buna aykırılıklar bulunduğu iddia edilmiştir. Olayda eksik yasal düzenleme başlığı altına giren sorunlardan biri, Anayasada kıyı ifadesi kullanılmasına rağmen, yasada kıyı kenar çizgisi tanımının eksik yapılmasıdır. Yasadaki tanıma kayalıklar dahil edilmemiş ve böylece kayalıklardan müteşekkil kıyılar, düzenleme dışı bırakılmıştır. AYM, Anayasada bir bütün olarak kıyıların kamu yararına korunmasını emrederken, yasal düzenlemenin bu kamu yararını ve önceliğine kayalıkları dahil etmemesi nedeniyle Kanunun ilgili maddesini iptal etmiştir.

Anayasadaki hükümle, yararlanmada kamu önceliğinin gözetileceği yerlerin içine, kıyılar yanında sahil şeritleri de dahil edilmiştir. Oysa, kanuni düzenlemede sadece sahil şeridinin sınırı belirlenmiş, bu şeridin kullanımıyla ilgili bir hükme yer verilmemiştir. AYM, bu düzenlemeyi de Anayasaya aykırı bulmuştur. Çünkü, Anayasadaki düzenleme kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanma imkanlarının kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Oysa kanun sadece sahil şeridinin sınırını bildirmiş, kullanımıyla ilgili bir düzenleme getirmemiştir.

Olayda konumuzla ilgili olarak önem taşıyan ikinci sorun, aynı Kanunun kıyılardaki yapılaşmanın sınırlarını düzenleyen 6. maddesinden doğar. Maddede,

kıyıların kamu yararına korunması ve kullanımının kolaylaştırılmasıyla ilgili tesisler (dalgakıran vb.), faaliyetlerinin özelliği gereği kıyıda bulunması gereken sanayi tesisleri (tersane vb.) ve eğitim, spor veya turizm tesislerinin yapılabileceğini düzenlemektedir. AYM, sorunu değerlendirirken, Anayasanın kıyılarla ilgili düzenlemesini hatırlatarak, böyle bir düzenlemenin Anayasanın Ekonomik ve Sosyal Haklar bölümünde yer almakla, kişiler yönünden kıyılardan yararlanmayı bir ekonomik ve sosyal hak olarak aldığına işaret eder. Mahkeme, kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasının da kamunun yararlanma önceliğini amaçladığını belirtir. Davaya konu olan düzenlemede, birinci grupta yer alan tesislerin (dalgakıran vb.), kamu yararı ölçütüyle sınırlandırıldığına, ikinci gruptakilerin (tersane), faaliyetlerinin özellikleri gereği kıyıda bulunanlar gibi bir ölçüte bağlandığına dikkat çeken Mahkeme; buradan hareketle, eğitim, spor veya turizm tesislerinin yapılabileceğini düzenleyen maddeyi iptal edecektir. Çünkü bu tesislerin kamu yarar ve önceliğini dikkate alır bir şekilde yapılması ya da kullanılması gibi bir ölçüt gözetilmemiştir. Bu kayıtsız bir şekilde özel mülkiyete konu olabilmeleri anlamına gelir⁶⁹.

Böylece Anayasada kanunla düzenlenmesi emredilen fakat ilgili Kanunun, Anayasanın emrettiği ölçüde bir düzenleme getirmediği bir durumda da iptal kararı verilebildiği görülmektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, Anayasanın Sosyal ve Ekonomik Haklar bölümünde yer alan ve kıyılardan yararlanmada kamusal çıkarı ön plana çıkaran düzenleme, aslında, devlete pozitif bir edim yüklemeyi ve ayrıca bir sosyal hak yaratmaz. Bu düzenleme, mülkiyet hakkına sosyal amaçlarla getirilen bir sınırdır. 1982 Anayasası'nın hazırlanışı sırasında, mülkiyet hakkının, Milli Güvenlik

⁶⁹ ES.85/1, KS.86/4, Kİ.25.2.1986, AYMKD, S.22, s.28-65

Konseyi tarafından, bu normun da yer aldığı Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler Bölümü'nden, Kişinin Hak ve Ödevleri Bölümü'ne kaydırılmış olması, bu bütünlüğün görülmesine engel olmaktadır. İlgili norma mülkiyet hakkına getirilen bir anayasal sınır olarak bakıldığında, bu karardaki durumun gerçek anlamda bir eksik yasal düzenleme olmadığı daha iyi anlaşılacaktır.

Yani karardaki hakkın ele alınışı ya da, eksik yasal düzenlemeye konu olduğu sırasında yapılan değerlendirmeler, devletin pozitif edimini gerektiren bir anayasa normu karşısında yasamanın eksik yasal düzenleme yapmasını engelleyici nitelikte değildir. İncelenen kararların tümünden çıkan sonuç, Anayasanın 5. maddesinin gereklerinin ihmal edildiği bir durumda AYM'nin yapacağı bir şey olmadığıdır.

Ayrıca konunun bir de uluslararası hukuk boyutu olduğu unutulmamalıdır. Yasamanın, hatta bir bütün olarak devletin eylemsiz kaldığı bir durumda, AYM etkisiz kalabilir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için aynı durum yargılamanın dayanakları açısından farklılık gösterir. Çünkü, Sözleşme sistemine göre, muhatap alınan, taraf devletler olduğuna göre, bu devletlerin giriştikleri ya da girişmedikleri bir eylemden dolayı Sözleşmeyi ihlal ettiklerine hükmedilebilir²⁰. Ancak buradaki yaptırımın da eksik yasal düzenlemeyi kendi başına "tamamlaması" gene mümkün değildir.

3.2. 5. Maddede Yer Alan Hükümün Sınırları

1982 Anayasası'nın 5. maddesinin hukuki niteliğini konu alan bu çalışmada, üzerinde durulması gereken konulardan biri de, anılan maddenin temel haklar ve özgürlükler karşısında devlete yüklediği külfetin sınırlarının ne olduğu meselesidir.

²⁰ Aliefendioğlu, a.g.e., 1997, s.301-302, Kaboğlu, a.g.e., 2000, s.93

İlk bakışta maddenin devlete sınırsız bir yükümlülük getirdiği sanısı uyandırabilir. Ne var ki, Anayasanın tümü dikkate alındığında, bu yükümlülüğün sınırının anayasa ile belirlendiği ortaya çıkacaktır. Konu, 1961 Anayasası'nın 10. maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinde de, bu madde ile devlete yüklenen ödevin bizzat Anayasanın 53. maddesi ile sınırlandığı görülmektedir. 1961 Anayasasının 53. maddesine göre:

"Madde 53.- Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir".

Tıpkı selefi gibi, 1982 Anayasası da, 5. madde ile devlete yüklediği ödevi 65. maddesi ile somut bir sınırlama getirmiştir.

"Madde 65.-(Değişik : 03.10.2001 - 4709/22 m.) Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."

Ancak her iki Anayasanın devletin yükümlülüklerine getirdiği sınırlamalar karşılaştırıldığında, iki anayasa arasında önemli farkların olduğu dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi yukarıda da değinildiği gibi, 1982 Anayasası'nın 65. maddesi ile, ekonomik istikrar ölçütünün yeni bir sınır olarak getirilmesidir. İkincisi farklılık ise, 65. maddenin, Ekonomik ve Sosyal Hak ve Görevler Bölümü dışında yer alan ekonomik ve sosyal hak ya da görev normları için de geçerli olmasıdır⁷¹. Yani Anayasanın 5. maddesinde devlete verilen görev, tıpkı söz konusu bölümde düzenlenen görevler gibi, 65. maddede belirtilen ölçütlerle sınırlıdır. AYM'nin bu sınırın mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında da kullandığı görülmüştür⁷².

⁷¹ Kaboğlu, a.g.e. 1989, s.251, aynı yönde Ali Ekrem Akartürk, 1995 Anayasa Değişiklikleri İçerisinde Memurların Sendikal Hakları (İstanbul: Akim yay. 1998), s.17.
⁷² ES 90/7, KS 90/11, Kİ 21.6.1990, AYMKD, S.26, s.223-251, ES 88/34, KS 89/26, Kİ 21.6.1989, AYMKD, S.25, s.276-300.

65 maddelerin devletin görevlerinin sınırlarını belirleyen rolü, genellikle anayasadaki sosyal haklar bağlamında tartışılır. Bu tartışma temelde, yasanın izleyeceği sosyal politikaların yargı tarafından denetlenebilirliğine ilişkindir.

Tanör, maddedeki düzenlemenin, devletin sosyal politikasının, ekonomik bir ölçüte ve dolayısıyla ekonomi politikasına bağlanmasının hukuki temeli olarak görüldüğüne işaret etmiştir. Çünkü devletin mali olanakları, özünde bir kaynak dağılımı sorunundan bağımsız değildir. Siyasi iradenin ekonomi politikasını belirlerken, kaynakları geniş bir takdir yetkisiyle sosyal olmayan alanlarda kullanmasının önünde de bir engel yoktur. Kaynakların bu şekilde dağıtılması sonucunda ise, sosyal politikalar için yeterli mali gücün kalmaması bir sorun yaratmaz. Çünkü, maddede geçen devletin bu görevlerini mali yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği ifadesi, sosyal politikalar izlenmesini sağlayıcı bir yaptırımın önüne geçer⁷³.

Aldıkaçtı, 1961 Anayasası'nın 53. maddesi bağlamında yaptığı değerlendirmesinde, devletin mali yeterliliğinin takdirinin siyasi bir sorun olduğundan hareket eder. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yetkili olmadığını belirtir⁷⁴.

Gerçekten de, devlete pozitif edim yükleyen Anayasadaki sosyal normların sınırı sorunu, sosyal politikaların izlenmesinde yasamaya bırakılan takdir marjının sınırları noktasında yoğunlaşır. Bu eğilimin temelinde yatan başlıca kaygılardan biri yerindelik denetimi yapılması endişesidir⁷⁵.

Kapani ise, farklı olarak konuya daha çok mali yeterlilik ölçütünün devlete tanıdığı takdir marjının sınırları bağlamında yaklaşır. 1961 Anayasası çerçevesinde

⁷³ Tanör, a.g.e., 1978, s.90-91

⁷⁴ Aldıkaçtı, a.g.e., 1978, s.205

⁷⁵ Uygun, a.g.e., 1992, s.43

sorumunu ele alırken, 53. maddede yer alan mali yeterlilik ölçütünün yasama organına, sosyal politikalar konusunda sınırsız bir takdir marjı vermediğini savunur. Yazar, değerlendirmesinde, Türkiye'nin az gelişmiş bir ülke olması nedeniyle, hükmün gerçekçi olduğunu belirtir. Çünkü kaynakların sınırlı olduğu bir ülkede, devletin eldeki kaynaklarını bu alana tahsis etmesi, kalkınma hedefini de sekteye uğratar ve bütçünün zarar verici olabilir. Bununla beraber, bu mali yeterlilik ölçütünün sosyal hakların gereklerinin yerine getirilmemesinde bir bahane olarak kullanılmasına kesinlikle karşı çıkar⁷⁶.

Sabuncu'ya göre, Anayasada devlete verilen sosyal sorumluluktan kaçmak için devletin bu konudaki görevlerini mali yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini düzenleyen 65. madde öne sürülemez. Çünkü bu madde ile belirlenen, yerine getirmemenin mazereti değil, yerine getirmenin ölçüsüdür. Bu nedenle bu alanlarda yapılan düzenlemeler, söz konusu Anayasal kurallarla uyumsuzsa Anayasaya aykırılık söz konusu olacaktır⁷⁷.

Anayasa yargısının işlevi açısından bakıldığında sorun, sosyal politikaların izlenmesinde yasamaya bırakılan takdir marjının sınırları noktasında yoğunlaşır. Bu noktada yasamaya sınırsız bir takdir marjı tanınması, 65. maddenin sosyal görevlerin yerine getirilmemesi için bir kaçış hükmü olarak görülmesine neden olur. Bu durumda, yasamanın (özellikle ihmali yolla) bu yönde güçlü bir eğilim göstermesi de anayasa kurallarını anlamsızlığa iter. Oysa 65. maddenin zayıflatıcı etkisine rağmen, yasama organı sosyal politikalarından geri adım atmada, Anayasa açısından tamamen serbest değildir. Özellikle anti-sosyal düzenlemelerin, anayasal denetim süzgecinden

⁷⁶ Kapancı a.g.e., 1993, s.122-124

⁷⁷ Sabuncu, a.g.e., 2003, s.150. Ayrıca bkz.: Zafer Gören, a.g.m., 1997, s.143-145

65 madde şemsiyesi altında geçebilmesi düşünülemez⁷⁸. Aşağıdaki başlıkta bu durum AYM kararlarından örnekler verilerek açıklanacaktır.

Gerçekten de AYM, 65. maddeyi dayanak yaparak, bir sosyal haktan yararlanma bağlamında eksik yasal düzenlemeye gidilmesi halinde iptal kararı vermemektedir. Ancak bu tür davalarda 65. maddenin çatıştığı asıl norm ilgili sosyal haktır. 5. madde ile doğrudan bir ilişki söz konusu değildir. Bu durum 5. madde ile ilgili sosyal hak normu arasındaki özel norm-genel norm ilişkisinin gereğidir.

Gözler ise, 65. maddeyi 5. madde karşısında özel hüküm olarak görmekte ve çatışma halinde 65. maddenin uygulanacağını belirtmektedir. Bu durumda, hükümetlerin sosyal devlet ilkesi bağlamında farklı yoğunlukta politikalar uygulaması mümkün olacaktır⁷⁹.

Maddenin hükümetlere uygulayacakları sosyal politika açısından belirli bir takdir marjı bıraktığı doğrudur. Ancak 65. maddeyi 5. madde karşısında özel hüküm olarak görmek 5. maddeyi anlamsızlığa iter. Çünkü aşağıda 3. kısımda değinileceği gibi, özel-genel ilişkisi 5. maddeyle Anayasadaki sosyal haklar arasındadır. 5. madde devleti belirli bir yönde görevli kılmakta, 65. madde ise, gerek 5. madde, gerekse Anayasadaki sosyal haklar bağlamındaki görevler açısından bir sınır çizmektedir. Bu açıdan maddenin kullanım alanı bir sosyal hakkı sınırlandırılması ya da eksik olarak düzenlenmesi hallerinde ortaya çıkar.

Ayrıca zaten bu madde olmasa da, AYM'nin Yasamanın ihmali denetlemesi kolay değildir. 65. madde olmasa da, tıpkı sosyal haklarda olduğu gibi, 5. maddede yer alan gereklerin yerine getirilmemesi durumunda hukuki bir müeyyide yoktur. Anayasalarında 65. madde benzeri hükme sahip olmayan ülkelerdeki devletin

⁷⁸ Kapancı, a.g.e., 1993, s.124; Sabuncu, a.g.e., s.150; Göze, a.g.e., 1986, s.389

⁷⁹ Gözler, a.g.e., 2000, s.164-165

pozitif edimini gerektiren kurallarla ilgili uygulama da bunu göstermektedir⁸⁰. 65. madde bu bağlamda herhangi bir müeyyideyi engeller nitelikte bir işlev görmez. Çünkü 65. madde olmasa da zaten ortada bir subjektif kamu hakkı yoktur. Ancak, eksik yasal düzenleme halinde AYM, 65. maddedeki ölçütleri Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmede kullanabilir.

Son olarak hatırlanması gereken önemli bir ayrım, 5. madde bağlamında Devlete yüklenen görevlerden, sadece ekonomik ve sosyal boyutu olanların, 65. maddenin norm alanına girdikleridir. Yani sadece ekonomik ve sosyal amaçlı görevlerde, ekonomik gelişme ve mali kaynak ölçüsü söz konusu edilebilir⁸¹. Klasik haklar bağlamında üstlenilecek pozitif edimlerin sosyal boyutu olmayan sınırı konusunda 65. maddenin bir rolü olamaz.

3.3. Pozitif Edim Gerektiren Normların Anayasa Yargısında Kullanılması

Yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi, program hükümler, yasamanın eylemsiz kalması halinde hukuksal bir zorlayıcılık gücüne sahip değildir. Ancak devlete pozitif edim yükleyen mevcut bir kanuni düzenlemenin anayasaya aykırılığının denetlenmesinde durum değişir. Özellikle anayasa yargısının gücü sayesinde, dava konusu olan tüm hukuki sorunlar, yürürlükte bulunan tüm anayasal normlar açısından incelenir. Anayasanın 11. maddesinde yer alan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralı gereği, anayasaya aykırılık denetiminde anayasanın tüm normları dikkate alınır. En önemlisi de, ilgili sosyal hakkın öngördüğü

⁸⁰ Soysal, a.g.e., 1969b, s. 242. Aynı yönde: Tanör, a.g.e., 1978, s. 374.

⁸¹ Suna Kılı, "1961 Anayasası ve Devlet Anlayışı", 1960 Devrimi, Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası, (İstanbul, Boyut kitapları, 1998), s. 59.

düzenleme yapılmış ve sosyal hak yaşama geçirilmişse, bu konuda kanunla atılacak adımlar, artık o anayasal normun koruma alanına ilişkin bir konu olur. Bu noktada mali yeterlilik ölçütü farklı bir sınırlandırma nedeni olarak karşımıza çıksa da, sınırlamanın sınırları Anayasadaki tüm temel haklar için aynı olduğundan, ilgili temel hak keyfi bir biçimde ortadan kaldırılamaz. Bu da normatif değer bir göstergesidir⁸². Gerçekten de, Anayasadaki sosyal kurallarla uyuşmayan bir anti-sosyal düzenleme, bu anlamda anayasaya aykırılık oluşturabilir ve iptal edilebilir. Yani, Anayasada devlete verilmiş bir görevin yerne getirilmemesinin anayasa yargısı yoluyla üstesinden gelinemez ama, bu görevle bağdaşmayacak düzenlemeler iptal edilebilir⁸³.

Bu durumda, pozitif edim içeren ilgili Anayasa normunun, sınırlayıcı etkisi söz konusu olacaktır. Yasamanın eylemsizliği halinde sonuç doğurmayan anayasal norm, kendisiyle çelişen bir kanuni düzenleme söz konusu olduğunda, iptal kararı verilmesini sağlayacaktır. Bu sınırlayıcı etkinin örneklerine, devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklarla ilgili bazı AYM kararlarında rastlanmaktadır.

Anayasada yer alan devletin pozitif edimini gerektiren normların, bir yönüyle bir hakkı düzenlediği, bir yönüyle de, o hakkın yaşama geçirilmesi için devleti görevlendirdiği görülür. Böylelikle ilgili hakkın sahibi olan herkesin ve hakkın yaşama geçirilmesi görevi verilen devletin konumları açık bir şekilde anlatılır. Örneğin bir kararda, Anayasanın 56 maddesini değerlendirirken Mahkemenin yorumu şu olmuştur: "Bu maddenin birinci fıkrası, herkese sağlıklı ve dengeli bir

⁸² Anayasa yargısının ilgili normların bağlayıcılık değerini sadece siyasal değil hukuksal boyutta da kabul ettiren işlevi için ayrıca bkz. Tanör, a.g.e., 1978, s.193-194, Sabuncu, a.g.m., 1986, s.20; Sabuncu, a.g.e., 2003, s.150.
⁸³ Tanör, a.g.e., 1978, s.193-194. Örn: ES 85/11, KS 86/29, K1112/1986, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-29.htm> ES 88/61, KS 89/28, K128/6/1989, <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-28.htm> Tanör, a.g.e., 1978, s.297,339.

"İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin kararında bu maddeyle ilgili bir sav önüne sürülmemiş olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin Boğaziçi öngörünüm bölgesinin özel yapılanmaya açılmasını Anayasa'ya aykırı bulan 11.12.1986 tarihli kararında açıklandığı gibi Yasakoyucu, 2960 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ilk biçimiyle kamu yararı gözetilerek, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevreden yararlanmasını sağlamak amacıyla Boğaziçi öngörünüm bölgesinde konut yapımını yasaklamıştır. İtiraz konusu ibare ise, kaçak yapılara yasallık kazandırmaya yönelik olup Boğaziçi'nin yapılanmasını olumsuz biçimde etkileyerek kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarını zedelediği, Devleti de bu konuda yükümlülüklerini yerine getirmemeye zorladığı için Anayasa'nın 56. maddesine aykındır"⁸⁶.

Diğer bir kararda ise sorun 3194 sayılı İmar Kanunu ile getirilen bir düzenlemeden doğmuştur. Kanunun 22. maddesi bir genel kural niteliğinde, şu düzenlemeyi getirmiştir: "Yapı ruhsatıyesi almak için belediye, valilik veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece, tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimarî proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir". Aynı Kanunun 26. maddesi ise sanayi kuruluşları açısından farklı bir düzenleme öngörmüştür. Düzenlemeye göre: "Her türlü sanayi kuruluşuna, varsa bölge planı ve imar planına göre, planı olmayan yerlerde ise, valilikçe verilen ön izinden sonra avan projesine göre, belgeleri incelenerek belediye, valilikler veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarınca ruhsat verileceği belirtilmektedir." Yani, ruhsat verilmesi

⁸⁶ ES 88/61, KS 89/28, Kİ 28.6.1989.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-28.htm>

için, plana uygun olmak, planın bulunmaması halinde ise, valilikten ön izin alınması koşuluyla yapıyı ana hatlarıyla belirleyen bir avan projenin varlığı yeterli görülmektedir.

AYM düzenlemeyi iptal ederken şöyle bir yorum yapacaktır: "(Ç)evreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir denildiğine göre, dava konusu 26. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen sanayi kuruluşlarının, çevre sağlığının bozulması ve çevre kirliliği bakımından verecekleri zararın önlenmesi, bu kuruluşlara tanınan ayrıcalığın ortadan kaldırılmasıyla sağlanacaktır. Böylece bu tesisler de diğer yapılar gibi Devlet denetimine tabi olacaklar ve ruhsat işlemiyle istenen amaca ulaşabilecekler. Öte yandan yine 56. maddenin üçüncü fıkrasında, Devletin, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla, sağlık kuruluşlarıyla ilgili bazı düzenlemelerde bulunacağından söz edilmektedir. Bu hükümle, kişinin beden ve ruh sağlığına sahip olmak ve onu geliştirmek hususunda sahip olduğu yaşam hakkı vurgulamasına karşın, dava konusu 26. maddenin üçüncü fıkrası her türlü sanayi kuruluşuna, mimari, statik, elektrik ve tesisat projeleri gibi yapının hem iç hem de dış çevre güvenliği bakımından önem taşıyan belgeler aranmaksızın sadece avan projeye göre ruhsat verilmesine olanak sağlanması, bu konuda Devletin Anayasa'nın sözü edilen maddelerinde öngörülen denetim görevini yeterince yapamaması sonucunu doğurmaktadır"⁶⁷.

⁶⁷ ES 85/11, KS 86/29, Kİ 11/12/1986.

3.4. 5. maddenin İptal Kararında Dayanak Olarak Kullanılması

1982 Anayasası'nın 5. maddesinin kişilere subjektif kamu hakkı tanıması nedeniyle, yasama organını düzenleme yapmaya zorlayıcı bir nitelik taşımadığı yukarıda değinilmişti. Böylelikle anayasa yargısı açısından taşıdığı değer negatif statü hakları kadar etkin ve güçlü olmadığı görülmektedir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, bu durum, sadece yasamanın düzenleme yapmaya zorlanamaması haline münhasırdır. Çünkü mevcut bir düzenlemenin 5. maddeyle çatışması halinde anayasa yargısı açısından bir denetim gereği ortaya çıkar. Bu tür durumlarda, 5. madde iki şekilde kullanılabilir. Birincisi, 5. maddede devlete verilen görevlerle ters düşen çizgideki kanunların Anayasaya aykırılığın tespiti; ikincisi ise, devlete yüklenen bir görevin yerine getirilmesini amaçlayan bir kanunun anayasaya aykırılığının iddia edildiği bir davada, anayasaya uygunluğun tespiti⁸⁸.

5. maddenin, Anayasa içindeki yerinin, devletin pozitif edimini gerektiren sosyal hak normlarından farklı bir yerde olduğunu da hatırlatmak gerekir. 5. madde, doğrudan bir sosyal hak düzenlemediği için Anayasada düzenlenen pozitif edimlerle ilgili normların alanlarıyla ilgili konularda yapılacak düzenlemelerde denetime etkisi zayıftır. Örneğin, sağlık politikasıyla ilgili bir konuda Anayasanın sağlık hakkını düzenleyen; sosyal güvenlikle ilgili bir konuda ise, Anayasada sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren norm, öncelikle yargısal denetimde ölçü olacaktır. Bu aynı zamanda 5. madde ile Anayasada devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklar arasındaki genel norm-özel norm ilişkisinin gereğidir. Bu konu son bölümde AYM kararları üzerinden ayrıntılarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

⁸⁸ Tanör, a.g.e., 1978, s. 339-340

Bunun yanında kabul etmek gerekir ki, 5. madde bağlamındaki görevler sadece devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklar için geçerli değildir. Özellikle 5. maddeden çıkan anlam gereği negatif statü hakları için de, devletin pozitif edimler yerine getirmesi söz konusudur. Hatta Anayasanın basın özgürlüğünü düzenleyen 28. maddesinin 3. fıkrası bu anlamda açık bir örnek olmaktadır. Bir negatif hak normu içerisinde devlete basın ve haber alma hürriyetini sağlayacak tedbirleri alma görevi yüklenebilir⁸⁹. Hükme göre:

"Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır."

1961 Anayasası'nın 10/2 hükmünün İtalyan Anayasası'ndaki maddeli 3/2 hükmü bağlamında İtalyan anayasa yargısının vardığı sonuçlar da bu yöndedir. Önüne gelen davada, maddi yetersizlikler içinde bulunanlar için öngörülen adil yardım hakkına, ters düşen kuralları iptal eden İtalyan AYM'si, dayanak olarak İtalyan Anayasası'nın sadece yargılama usulüyle ilgili hükmüne değil, aynı zamanda 3/2 hükmüne de dayanmıştır. Böylelikle adil yargılama hakkı devlete pozitif edim yükleyen ilgili kural bağlamında yorumlanmıştır⁹⁰.

Bu tablodan çıkan sonuçları 5. madde açısından biraz daha özelleştirmek gerekebilir. Madde, devletin pozitif edimini gerektirmekle beraber, bu pozitif edim yükümlülüğü negatif statü haklarını da kapsar. Maddenin içerdiği pozitif edim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ise, hukuki yaptırım yollarının başında, AYM'nin yaptığı Anayasaya uygunluk denetimi gelir. Maddenin pozitif edim yükümlülüğü içeren niteliği ise, bu denetimin sınırlarını ve etkililiğini belirler. 5.

⁸⁹ Uygun, a.g.e., 1992, s.33, Tanör, a.g.e., 1978, s.21
⁹⁰ Tanör, a.g.e., 1978, s.339, Aynı yaklaşımın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da paylaşıldığını belirtmek gerekir. Mahkeme, klasik hakların sosyal boyutunu da gözetmiş pek çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlarda devletin klasik haklar bağlamında pozitif edim yükümlülüğü olduğu temel alınmaktadır. Bu konuda bkz. Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, (Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2004)

madde de tıpkı devletin pozitif edimini gerektiren diğer normlar gibi, yasamanın çyemsiz kalması halinde anayasa yargısı yolunda bir etki yaratmaz. Ancak bu, maddenin hukuki gücünün olmadığı anlamına da gelmez. Çünkü AYM, maddenin gerekleriyle ilgili her hangi bir konuda neden düzenleme yapılmadığını soramasa da, önündeki dava konusu düzenlemelerin maddenin gerekleriyle ne ölçüde bağdaştığını gözetir. Maddenin bu şekilde kullanımı, sosyal devlet ilkesinin yorumlanmasındaki sınırlayıcı modele benzer⁹¹. Sınırlayıcı modelle sadece anti-sosyal politikalar önlenerek minimum fayda sağlanır. Daha açık bir dille, AYM, daha özgür bir yaşam sağlama görevi olan yasama organının, tam tersine bu özgürlüğü daha da budamaya kalkmasını 5. maddeyle bağdaşmaz görebilir. Yani engelleri kaldırmakla görevli olan devlet, engel yaratmamakla evleviyetle yükümlüdür. Yapılan düzenleme engel koyucu nitelikte ise iptale konu olacaktır.

Bu tür kullanımın en önemli örneklerinden biri 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında 3233 sayılı Kanun'un denetiminde görülebilir. Karar aşağıda 3. kısımda ayrıntısıyla incelenecektir. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, ilgili kanunda yapılan değişikliklerle, polise kamu düzeninin korunması amacıyla geniş yetkiler tanınması söz konusu olmuştur. Bu yetkiler arasında, gerekli görülen hallerde kişilerin parmak izlerinin alınması yanında, ahlak kuralları ile bağdaşmayan fiillerin önlenmesi için polise müdahale etme yetkisi tanınması da bulunmaktadır. Ancak ilgili olayı ahlaka aykırılığın belirlenmesinde temel alınacak ölçütlerin belirsizliği, daha doğrusu polisin öznel kanaatlerine bağlı oluşu iptal istemine dayanak olmuştur. Mahkeme, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği

⁹¹ Bu modelin sosyal devlet bağlamında açıklaması için bkz: Gören, a.g.m., 1997, s.106

sonucuna varacaktır. Ancak konuya Anayasanın 5. maddesi açısından da yaklaşmış. "Kişiyi, çeşitli davranışlarının polisçe genel ahlâk ve edebe uygunluk yargısından geçirilebileceği endişesi ve tedirginliği içinde yaşama zorunda bırakan inceleme konusu kural temel hak ve özgürlüklere böylesine bir yaklaşım içerisinde yer veren Anayasanın, esprisiyle bağdaştırılmaz" bulunmuştur. Yani bir negatif hakkın ihlal edildiği sonucuna varılırken, Devletin özgürlüğü geliştirme yönündeki ödevinin varlığıyla, özgürlüğü kısıtan bu düzenlemesi bağdaşmamaktadır⁹².

⁹² ES. 85/8, KS 86/27, Kİ 26 11 1986. AYMKD. S. 22, s. 365-366

III. AYM KARARLARI IŞIĞINDA, 5. MADDENİN TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ

Bu bölümde, daha önce anlam ve hukuksal değerinin ortaya konulmasının talep edilen maddenin, AYM iktidarında, temel hak ve özgürlüklerle beraber nasıl yorumlandığı ve ne şekilde kullanıldığı incelenecektir. İncelemenin ana eksenini, Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerle 1982 Anayasası'nın 5. maddesi arasında kurulan ilişkidir. Aşağıda yapılan ayırım, teknik hukuki bir bakışla, negatif statü hakları ve devletin pozitif edimi olmadan gerçekleşmesi mümkün olmayan pozitif statü hakları üzerinden oluşturulmuştur. Buradaki ayırımın Anayasadaki ayırımla uyumunu baştan belirtmek gerekir. 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği İkinci Kısımın Birinci Bölümünde Genel Hükümler, İkinci Bölümünde Kişisel Haklar, Üçüncü Bölümünde Ekonomik ve Sosyal Haklar, Dördüncü Bölümünde ise Siyasi Haklar düzenlenmiştir. Bu nedenle Anayasanın sistematığı, bu haklar düzenlenirken, negatif statü, pozitif statü, aktif statü hakları ayırımının esas alındığı izlenimini uyandırmaktadır¹. Bu sistematığe göre, birinci kuşak haklar negatif statü, ikinci kuşak haklar ise pozitif statü hakları gibi ele alınır. Bununla beraber, grev, sendika vb. haklar da negatif-pozitif ayırımı üzerine inşa edilen ve teknik ölçütü temel alan sınıflandırmada, negatif haklardan sayılırlar². Oysa Anayasa sistematığı bunları genel olarak sosyal haklarla paralel düşünülen "pozitif statü" haklarıyla beraber düzenlemiştir. Bu haklar, Anayasada Ekonomik ve Sosyal Hak ve Ödevler Bölümü'nde düzenlenmişlerdir. Hatta, negatif statü haklarından sözleşme ve girişim özgürlükleri de bu bölümde yer alırlar. Dolayısıyla buradaki

¹ Karaman, o.g.e., 1999, s.24

² Bu konuda daha fazla açıklama için: Tanır, o.g.e., 1978, s.17-22

inceleme, ilgili hakkın Anayasanın hangi bölümünde düzenlendiğini değil, yapısını esas alacaktır. Bu ayrımda seçme ve seçilme gibi haklar da negatif statü hakları içinde değerlendirilecektir.

Negatif statü hakları ve pozitif statü hakları şeklinde bir ayrıma gidilmesinin en önemli nedenlerinden biri de, devletin pozitif edimine muhtaç hakların 5. madde karşısındaki özel durumudur. Bilindiği gibi Anayasanın 5. maddesi de, devlete, ilgili sosyal hak maddelerinin norm alanını kapsar biçimde, daha geniş ve soyut bir pozitif edim yükümlülüğü vermektedir. Bu nedenle devlete pozitif edim yükümlülüğü getiren 5. maddenin her iki hak grubu için ifade ettiği anlam farklıdır. Bu farklılık 5. madde, ilgili hak ve özgürlüklerle beraber yorumlandığında daha açık bir biçimde ortaya çıkar. 5. madde, devletin pozitif edimine muhtaç sosyal haklar için aynı zamanda bir genel normdur. Bu nedenle, devletin pozitif edimine muhtaç bir hakla ilgili bir düzenleme söz konusu olduğunda, öncelikle, ilgili özel sosyal hak normuna gidilir. Çoğu kez 5. maddenin uygulanmasına gerek kalmayabilir.

Bu genel norm-özel norm ilişkisi temellendirilirken, yukarıda da belirttiği gibi, ayrımda Anayasadaki sınıflamayı esas almaması gerekir. Örneğin, Akın ve Akad, 1961 Anayasası'nın 10/2 ve (devlete sosyal görevler yükleyen) 41. maddelerini beraber düşünerek, Anayasanın 35-53. maddelerinin bu iki maddenin içeriğinin sistemleştirilmiş hali olduğunu belirtirler³. Söz konusu maddeler Anayasanın İktisadi ve Sosyal Haklar ve Ödevler başlıklı Bölümünü oluşturmaktadırlar. Üstü kapalı da olsa bir özel norm- genel norm ilişkisine işaret etmek isteyen yazarların bu konuda da bir yanlıya düştüğünü belirtmek gerekir. Anayasanın bu bölümü, bütünüyle sosyal haklar normlarından oluşmamaktadır.

³ İlhan Akın/Mehmet Akad, "Cumhuriyetin Elliinci Yılında Temel Hak ve Özgürlükler", İÜHF 50. Yıl Armağanı, (İstanbul İÜHF yay., 1973), s.45

Örneğin, bu bölümde düzenlenen 40 maddede, devlete negatif edim yükleyen, sözleşme ve girişim özgürlükleri yer alır.

Bunun yanında, negatif statü haklarıyla 5. madde arasındaki ilişkinin, farklı bir boyutu olduğunu belirtmek gerekir. 5. maddenin, devleti, özgürlüğün yaşanabilir kılınması için görevlendirmiş olması, maddenin, sadece devletin pozitif edimine muhtaç sosyal haklarla ilişkisi olduğu anlamına gelmemektedir. 1961 Anayasası'nın 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 5. maddeleri ilgili Anayasalarda düzenlenen tüm temel hak ve özgürlükler için anlam ifade etmektedir. Örneğin basın özgürlüğü alanında, bazı ekonomik çevrelerden gelen baskılara karşı özgürlüğü koruyucu düzenlemeler yapılması gereği, bir negatif statü hakkı bağlamında pozitif bir edim yüklenilmesini gerektirebilir⁴.

Aşağıda gösterilmeye çalışılacağı gibi, 5. maddenin negatif statü haklarıyla beraber kullanılması, klasik hakların etkin bir biçimde ve sosyal yönlerinin gözetilerek uygulanmasını sağlayabilmektedir. 5. madde, sosyal ve ekonomik alan yanında, siyasal alanda var olan engellerin kaldırılması konusunda da Devleti görevli kılar.

5. maddenin 1961 Anayasası'ndaki muadili 10/2 hükmü için de doktrinde aynı yönde görüşler bulunmaktadır. Örneğin Sağlam, söz konusu maddenin devlete yüklediği yükümlülüğün, sosyal, siyasal ve klasik hakların hepsini kapsadığını belirtir⁵. Tanör, düzenlemenin, klasik demokrasi ve özgürlüklerin geliştirilmesi yönünde devletin yükleneceği pozitif edimleri öngördüğüne değinir⁶. Soysal'a göre, maddenin temelinde yatan Jakoben özgürleştirme anlayışı devleti, klasik haklar için

⁴ Soysal, a.g.e., 1969b, s.85

⁵ Sağlam, a.g.e., 1982, s.21

⁶ Tanör, a.g.e., 1978, s.21

de aktif tutum içine sokar⁷. Sabuncu, 1961 Anayasası'nın 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 5. madde hükümlerinin, klasik haklar bağlamında da, devlete pozitif edimler yüklediğini belirtir⁸.

Akın ve Akad, ise, 10. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının beraber ele alınması halinde, "devletin karışmaması gereken özgürlüklerle, devletin düzenlemesi gereken özgürlükler arasında bir ayırım yapıldığı"ni savunurlar⁹. Oysa belirtmek gerekir ki, hukuk tekniği açısından yapılan bir ayırmda, birinci fıkra negatif statü haklarıyla ilgili olmakla beraber, ikinci fıkra her iki grup hakkı da ilgilendirmektedir.

Zaten 10. maddenin gerekçesi de açık bir biçimde bu ilişkiyi ortaya koyar. "Bu madde genel bir direktif mahiyetinde olup, ikinci ve üçüncü bölümdeki bir çok maddeler esasen Devletin bu menfi ve müspet vazifeleri nasıl yerine getireceğini göstermektedir"¹⁰. İkinci ve Üçüncü Bölümlerin siyasal haklar dışında Anayasada yer alan klasik ya da sosyal tüm hak ve özgürlükleri kapsadığı göz önünde tutulursa, genel direktif olarak tanımlanan 10. maddeyle aradaki ilişkinin bir genel norm-özel norm ilişkisi olduğu açıkça görülebilir. Bu genel-özel ilişkisinin AYM tarafından görüldüğünü ve eğitim hakkının söz konusu olduğu bir davada uygulandığını hatırlatmak gerekir. Aşağıda ayrıntısıyla incelenecek kararda geçen şu ifade bu yargıyı kanıtlamaktadır:

"(...) Üniversite öğreniminin paralı olması, Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasıyla bir çelişki yaratmaktadır. Bu fıkrada şu ilke yer almaktadır: "Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmıyacak surette sınırlayan siyasî, iktisâdî ve sosyal bütün engelleri

⁷ Akad, a.g.e., 1984, s 70, dn 137

⁸ Sabuncu, a.g.m., 1986, s 19

⁹ Akın/Akad, a.g.m., 1973, s 24. Ancak, Akad'ın daha sonraki çalışmasında (a.g.e., 1984) izlediği yöntemle, 10/2 hükmüyle olan ilişkiyi negatif statü haklarıyla da kurduğu görülmektedir.

¹⁰ Öztürk, a.g.e., 1986, s 1214

kaldırır, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar”
biraz önce açıklanan ve *Devletin başlıca ödevlerinden birini gösteren 50 maddenin*
de kaynağını oluşturan 10. madde, (a.b.ç.) sorunun önemini daha da belirgin bir
halde ortaya koymaktadır”¹¹.

Görüldüğü gibi 1961 Anayasası'nın eğitim hakkını düzenleyen 50
maddesinin kaynağı olarak 10/2 hükmü gösterilmektedir.

5. maddenin gerekçesine bakıldığında da, devletin görev alanı çizilirken, bu
alanı, sadece sosyal hakların oluşturmadığı söylenebilir. Gerekçe şu şekildedir:

“(…)Devlet ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan
haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin
görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi
sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışıdır. *Sosyal devlet her şeyden*
önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin
hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun
başlıca görevleri arasındadır (a.b.ç.) Ferdin hayatında onun temel hak ve
özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak,
sosyal devletin görevidir”¹².

Gerekçede yer alan düşünce özgürlüğü örneğinin, anlatım açısından pek
başarılı olmadığını kabul etmek gerekir. Sosyal devletle –özellikle de – düşünce
özgürlüğü arasında kurulan bu bağ, sosyal hukuk devletinin, birinci ve ikinci kuşak
ayrımı yapılmaksızın, tüm hak ve özgürlüklerle olan ilişkisini ifade eder biçimde
yorumlanmalıdır. En azından Anayasanın abesle iştigal etmeyeceği varsayımı, böyle
bir yorumu zorunlu kılar.

¹¹ ES 7/32, KS 74/11, Kİ 26 3 1974, AYMKD, S 12, s 111-141

¹² Mehmet Akad/Abdullah Dınykol, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili
Anayasa Mahkemesi Kararları, (İstanbul Akim yay., 1998), s.16

Şimdi öncelikle, 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü dikkate alınacak ve AYM'nin bu konuda vermiş olduğu kararlara yer verilecektir. Böylelikle kişi önündeki engellerin kaldırılması konusunda Mahkeme içtihadının tarihi gelişimi gösterilmeye çalışılacaktır.

1. 1961 ANAYASASI'NIN 10/2 HÜKMÜNÜN AYM UYGULAMASINDAKİ YERİ

Hükmün, ilgili haklarla girdiği ilişkiden söz etmeden önce, bu ilişkiden ve devlete yüklediği görevden bağımsız bir şekilde kullanıldığını da belirtmek gerekir. Bu bağlamda örnek gösterilebilecek ilk kararda, kişi önündeki engelleri kaldırma görevinin değil; ama, bu görevi niteleyen sosyal adalet kavramının değerlendirildiği görülmektedir. AYM önüne iptali istemi ile gelen düzenleme, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinin "Bu suçlardan mahkûm olanların cezaları tecil edilmez" hükmünü içeren son fıkrasıdır. İtiraz yoluyla iptal isteyen yerel mahkeme, bu madde hükmünün, benzer suçlardan hüküm giyenlerle bu kanuna muhalefet suçundan hüküm giyenler arasında eşitsizlik yarattığı ve kişi önündeki engelleri kaldırma görevi ile bağdaşmadığı gerekçelerini ileri sürer. AYM ise itirazı reddederken 10/2 düzenlemesi bağlamında şu yorumda bulunacaktır:

"Aynı suçu işlemiş olanlardan birinin cezasının hemen çektirilmesi yanında, ötekinin cezasının ertelenmesi; ayrıcalık yaratacak ve Anayasa'nın 10. maddesinde yazılı hukuk devleti, sosyal adalet ilkeleriyle çelişecek bir görünümde ise de, aslında bu düzenleme sosyal adaleti gerçekleştirmek, toplumun ekonomik ve sosyal yapısını

pekiştirmek amacına yöneliktir. Bugün sosyal adalet görüşü yerine, sosyal adalet görüşü ağırlik kazanmıştır. Aynı suçta işlemiş olanlardan birinin cezasını çekerken diğerinin cezasının ertelenmesinin temelinde toplum yararı ve sosyal adalet düşüncesi yatmaktadır. Bu nedendir ki, erteleme, kişi için hak değildir ve toplum yararına kullanılmak üzere hâkimin takdirine bırakılmıştır.”¹³

1.1. 10/2 Hükümünün Anayasadaki Negatif Statü Haklarıyla İlişkisi

Mahkemenin 10/2 hükmünü yorumladığı bir davada 6831 sayılı Orman Kanunu'nda bulunan bir ceza normunun (108. madde) Anayasaya aykırılığı incelenmektedir. İlgili norma göre, kaçak orman malların taşınmasında kullanılan araçlar, bu fiille ilgili olmayan başka bir kişiye bile ait olsa, müsadere edilecektir. İptal isteminde, bu hükümde yer alan “kime ait olursa olsun” ibaresinin, Anayasanın “temel hakların korunmasını hedef tutan” 10/2 düzenlemesine aykırılığı iddia edilmiştir.

AYM'nin değerlendirmesi ise şu şekildedir: “Devletin, temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, bu hakları demokratik düzenle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak, kişinin maddi ve mânevi varlığını geliştirmek için ödevler yüklenmesi nasıl bir Anayasa hükmü ise, yine Anayasa'da düzenlenen temel kurallarla sınırlı olmak ve bir kanunda yer almak şartı ile, yasaklar, cezalar ve ceza tedbirleri konulması ve böylece fert huzurunun ve toplum yararının korunması da bir Anayasa hükmüdür. O halde Anayasa kurallarının sınırlarını aşmayan bir ceza hükmü karşısında kişinin temel hak ve hürriyetlerinin dokunulmazlığı ve

¹³ E.İ. 77/3, K.S. 77/19, K.İ. 24.3.1977

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTALGIRAZ/K1977/K1977-19.htm>

kısıtlanamazlığı savunulamaz. İtiraz konusu hüküm, bu temel kurallara uygun olduğundan ve yasaya konulması ile toplum yararının korunması amacı güdüldüğüne göre Anayasa'nın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına aykırı değildir. Aksine düşüncenin savunulması yasağa aykırı davranan kimselere toplum zararına, sınırsız hürriyetler tanımak ve Devletin ceza koyma yetkisini sınırlamak anlamına gelir ki Anayasa'mız hiç bir hükmü ile böyle bir düşünceye yer vermemiştir"¹⁴.

Görüldüğü gibi Mahkeme kişi önündeki fert huzuru ile bağdaşmayan engelleri kaldırma görevini, fert huzurunu bozan eylemleri cezalandırılmasını kapsar biçimde değerlendirmiştir.

Bu bağlamda örnek gösterilebilecek bir diğer davada, itiraz yolunu kullanan yerel mahkeme, Borçlar Kanunu'nun kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyen fiillere karşı manevi tazminatı öngören 49 maddesinin, Anayasanın 10 ve 17. maddelerine aykırı olduğu gerekçesine dayanarak iptalini istemektedir. AYM ise yaptığı değerlendirmede, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin kişi şeref ve haysiyetini koruyan düzenlemesini Anayasanın 10. maddesiyle uyumlu bulmuştur. Mahkemeye göre: "10. madde, herkese kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler tanımaktadır. Yine aynı madde, kişinin temel hak ve hürriyetlerini fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırmayı; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı bir ödev olarak Devlete vermiştir. Temel hak ve hürriyetlerin Devletçe korunması ilkesi de 10. maddenin sözünün, ruhunun ve konuluş nedeninin bir gereğidir. Kişiliğe bağlı temel hakların ve hürriyetlerin korunması için Devletin alabileceği birçok tedbirler vardır.

¹⁴ ES 66/14, KS 66/36, Kİ 21 9 1966.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTALİTIRAZ/K1966/K1966-36.htm>

Yasalarla getirilecek düzenlemeler, bu arada ceza müeyyideleri ve tazminat hükümleri söz konusu tedbirler alanında önemli yerler tutarlar. Tazminat, kişinin uğradığı zararları karşılar; bunların acısını çıkartmaya yarar ve bir dereceye kadar saldırıların önlenmesinde etkili olur. Zararlar maddî veya manevî olabilir. Maddî zararların karşılanması zorunlu ve olağan iken çok kez acısı maddî kayıplardan daha ağır olan manevî zararların karşılanma yollarının kapalı tutulması elbette ki düşünülemez.¹⁵

Görüldüğü gibi AYM'ye göre, kişiliğin korunması amacını güden bir düzenlemeye gidilmesi aslında, kişi önündeki engellerin kaldırılmasıyla görevli bir devlet olmanın gereğidir.

AYM önüne gelen bir başka davada itiraz konusu norm, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26/1 hükmüdür. Hüküm, iş kazası gibi nedenlerle işçiye yapılacak ödemelerde, işveren katkısını düzenlemektedir. İlgili düzenleme gereğince, Sosyal Sigortalar Kurumunun zarar sorumlusu işverenden, hak sahiplerine bağladığı gelirin sermaye değerini isteyebilmesi için, zararın işverenin kasti yüzünden ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına uymamış veya bir suç işlemiş olması sonucunda doğması koşulu aranmaktadır. İptal isteminde bulunan yerel mahkeme, itirazına dayanak olarak Anayasadaki eşitlik ilkesini alacaktır. Yerel mahkemeye göre: "Özel hukuk sigortalarında sigorta sözleşmesiyle karşılanmak istenen zarar gerçekleştiğinde sigortadan yararlanan kişiye sigorta karşılığını ödemiş bulunan sigortacının zarardan sorumlu olan kişiye karşı zarara uğrayanın yerine geçerek sigorta karşılığını tazmin ettirmek için açacağı dâvada ancak tazmin etmiş olduğu gerçek zararı isteyebilmesi kabul edilmiş iken, Sosyal Sigortalar Kurumunun böyle

¹⁵ ES 68/33, KS 69/12, Kİ 11 2 1969.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1969/K1969-12.htm>

bir durumda gerçek zararı aşkın olan bir alacağı başka deyimle Kurumun sigortalılara bağladığı gelirin sermaye değerini zarardan sorumlu olan kişiden isteme yetkisi ile donatılmış ve böylelikle Kurum yararına bir ayrıcalık tanınmıştır”.

AYM, bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasını reddederken, düzenleme ile işçi sağlığı ve can güvenliği hakkının korunmasında, 10/2 hükmünün rolüne değinir. AYM'ye göre, hukuk tarafından korunması gerekli en büyük değer, insan canı, insan sağlığı olduğu konusunda görüş birliği vardır. Anayasanın 10. maddesindeki temel ilke de bu düşünceye dayanır. İptali istenen norm ise, işçilerin canının ve sağlığının etkili biçimde korunması amacını taşır. Çünkü, birtakım işverenlerin ceza yaptırımları karşısında, iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin ilkel tedbirleri bile yerine getirmemektedir. İdari denetimler bu konuda etkili olmamaktadır. İtiraz konusu normun önemi de burada ortaya çıkmaktadır. “İşveren, bu türlü davranışlardan kaçınmak yoluyla, ağır geliyorsa, sigortaca bağlanacak gelirin sermaye değerini ödemekten kendisini kurtarabilir, çünkü kendisine iradesi dışında ortaya çıkan bir zararın sorumluluğunu yükletilmekte değildir. Kaldı ki toplumsal düşüncelerle bu türlü sorumluluklar dahi öngörülebilir. Tartışma konusu kuralda işvereni işçi sağlığını ve güvenliğini titizlikle korunma durumunda bırakarak işçilerin ölmelerini veya sağlıklarına zarar gelmesini önleyici bir tedbir niteliği de vardır. Böyle bir tedbirin ise, Anayasa'nın 14 üncü maddesinin ilk fıkrasındaki (Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.), 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki (Devlet, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.) kuralları ile 49 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki (Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini...sağlamakla ödevlidir.) kuralının dayandığı temel ilkenin, başka

deyimle kişinin canının ve sağlığının Devlette, her türlü zarardan korunması ilkesinin gereği bulunduğu açıkça görülmektedir. Gerçekten; bütün devletlerin ilk görevi, kişilerin canlarını, sağlıklarını özellikle başka kişiler yüzünden doğacak her tehlikeden korumaktır. Devletler bu ödevlerini hukuk alanında ceza veya tazminat gibi yaptırımlar öngörerek yerine getirmektedirler".¹⁸

Görüldüğü gibi yaşam hakkı ve kişinin maddi bütünlüğü gibi değerlerin korunmasını sağlayacak kurallar (ceza hükmü olmasalar da) 10/2 hükmünün gereği olarak kabul edilebilmektedir. Böyle bir yaklaşım, aynı zamanda, negatif statü hakların korunması için bazı pozitif edimlerin gerekebileceğini göstermektedir.

Mahkemeye itiraz yolu ile intikal eden bir başka davadaki hukuki sorun, çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile ilgilidir. Olayda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1238 sayılı kanunla değişik geçici 17. maddesi gereğince bir dava takipçisinin dava takip yetkisi kendiliğinden sona ermektedir. Çünkü düzenlemeye göre avukatlık niteliği taşımayan dava takipçilerinin buldukları yargı çevresinde üçten fazla avukatın bulunması durumunda çalışmalar mümkün değildir. AYM, itirazı reddederken kararına, 10. madde düzenlemesiyle, çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile ilgili konularda devletin bazı görevleri olduğunu temel almıştır. "Vekâlet alan kişilerin bu işleri gerçekten izleyebilecek ve kanun, tüzük ve yönetmeliklere uygun bir sonuca vardırabilecek yetenekte bulunması yurttaşın Devlettten gerçekleştirilmesini beklediği bir haktır. Bu hakkın kapsamının yeterince düzenlenmesi, Anayasaya uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi Devletin başta gelen ödevlerindedir. Bu ödevin yerine getirilmesi Anayasanın 10. maddesi gereğidir.

¹⁸ ES 72/2, KS 72/28, Ki 23.5.1972. <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTALİTIRAZ/K1972/K1972-28.htm> Mahkeme aynı kararın normu hakkındaki tartışmasını daha sonraki bir kararda da devam ettirmişir. ES 75/198, KS 75/18, Ki 18.3.1976. <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTALİTIRAZ/K1976/K1976-18.htm>

Kanun Koyucu kendisine bu konuda düşen düzenleme görevini, belirli bir alanda çalışanların özel hukuk ilişkilerine dayanan hakları yönünden değil, kamu yararını gözeterek ele almalı ve yerine getirmelidir."¹⁷

Görüldüğü gibi, Mahkemeye göre, müvekkillerin alacakları kaliteli bir yargı hizmeti, dava takipçilerinin çalışma özgürlükleriyle karşılaştırıldığında, 10/2 hükmü açısından öncelik taşımaktadır.

AYM önüne itiraz yolu ile gelen diğer bir dava ise, seçme hakkı ile ilgilidir. İtiraz başvurusuyla, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un seçme yaşını 21 olarak düzenleyen 6. maddesinin, Anayasanın temel ilkelerine ve 10. maddesine aykırılığı öne sürülerek iptaline karar verilmesi istenilmektedir. Anayasanın 55. maddesinin seçmen yaşını belirlememiş, kanunkoyucuya bırakmıştır. Yerel mahkemeye göre ise, Anayasanın 10/2 hükmü ve rüşt yaşının 18 olması karşısında anılan bu madde Anayasaya aykırıdır.

AYM, talebi reddederken, konunun yasama organının taktirinde olduğu düşüncesine dayanacaktır: "Seçme ve seçilme hakkı, Anayasanın ikinci kısmını oluşturan (Temel haklar ve ödevler) in, Dördüncü bölümü olan (siyasî haklar ve ödevler) arasında, 55. maddede, yer aldığından kuşkusuz bir temel haktır. Ancak seçme hakkını 21 yaşını dolduranlara tanıyan kanun hükmünü, Anayasa'nın 10. maddesinde sayılanlar cinsinden bir sınırlama veya engel saymaya olanak yoktur. Çünkü Anayasanın kendisi, 55. maddesiyle, söz konusu temel hakkın, yasakoyucunun saptayacağı koşullarla oluşacağı ilkesini kabul etmiştir. Kanunun bu ilkeye dayanarak koyduğu koşullar sınır veya engel değil, temel hakkı oluşturan

¹⁷ ES 71/22, KS 71/54, K110 6 1971.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1971/K1971-54.htm>

öğelerdir. Yani seçme temel hakkı, Anayasanın öngördüğü bu koşullarla birlikte doğmaktadır."¹⁸

Görüldüğü gibi AYM, Anayasanın kanunkoyucuya bıraktığı bir alanda kendini yetkili görmemiş ve dolayısıyla bu konudaki bir sınırlamayı da 10/2 bağlamında bir siyasi engel olarak tanımlamamıştır.

1.2. 10/2 Hükümünün Anayasadaki Pozitif Statü Haklarıyla İlişkisi

Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki ilk kararındaki hukuki sorun, 3008 sayılı İş Kanunu'nun kapsamına ilişkindir. Kanunda yapılan işçi tanımı ve kanunun uygulama alanı belirli bir grup çalışanı, işçi statüsü dışında tutmakta ve dolayısıyla belirli haklardan faydalanmalarına izin vermemektedir. Bu karar bu başlık altında incelenmesine rağmen, bu durumun doğurduğu sonuçların, sadece devletin pozitif edimine muhtaç haklar açısından değil, negatif statü hakları açısından da sonuç doğurduğunu söylemek gerekir. Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere Mahkemenin konuyu ele alırken 1961 Anayasası'nın devletin sosyal görevlerini mali yeterlilik ölçütü ile sınırlayan 53. maddesini de kullanması, kararın bu başlık altında incelenmesi gereğini doğurmuştur.

Kanunun 1/1 hükmüne göre, bir iş yerinde bedenen veya bedenen ve fikren çalışanlar, bu kanunun uygulanması bakımından işçi sayılmaktadır. Buna göre, yalnız fikri çalışma yapanlarla, fikri çalışanları bedeni çalışmalarından üstün olanlar, kanunun uygulama alanının dışında kalmaktadır.

¹⁸ ES 77/123, KS 78/16, Kİ 16 2 1978.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1978/K1978-16.htm>

Keza, 2/1 hükmüne göre bu kanun, "mahiyeti itibarıyla yolunda işleyebilmesi için günde en az on işçi çalıştırmayı gerektiren iş yerlerine ve buralarda çalışan işçilerle bunların iş verenlerine uygulanır". Böyle bir düzenlemeye gidilmesi, on işçi çalışan iş yerleri ölçü alınmak suretiyle sosyal adaletin sağlanması için konulmuş bulunan İş Kanunu hükümlerinin daha az işçinin çalıştığı iş yerlerinde uygulanma imkânı kaldırılmakta, aynı maddenin 4. fıkrası tarım alanında çalışanları, 5. fıkrası da aile fertleri arasında yapılan işlerle, aynı aileden olmamakla beraber bir aile yanında ev hizmeti görenleri İş Kanunun'un himayesi dışında bırakarak, Kanunun sağladığı haklardan ve teminatlardan mahrum etmektedir. Bu nedenle iptal isteminde, Anayasanın 10. maddesinde geçen sosyal adalet ilkesine aykırı bir durum bulunduğu belirtilmiştir.

AYM ise iddiayı değerlendirirken, sosyal adalet ilkesinin, Anayasanın bütünlüğü içinde yorumlanması gerektiğinden yola çıkmıştır. Mahkemeye göre, "Anayasada sosyal adaleti sağlayıcı kurallar dışında, demokrasi ve hukuk devleti anlayışı içerisinde, başka gerekleri ve sonuçları olan kurallar da bulunabilir". Mahkemenin yaklaşımı, sosyal adalet kavramına, Anayasanın temel düzeni ve hukuki ve siyasi sistemi içinde ve o sistemin esaslarına uygun olarak bir anlam vermek gerektiği yönündedir. Bunun sonucu olarak sosyal adalet ilkesinin, Anayasadaki diğer hak ve hürriyetlerle ilgili ilkeleri sınırladığı gibi, diğer ilkelerin de sosyal adalet ilkesini sınırladığını benimsediği sonucuna varılacaktır. Mahkeme, buradan yola çıkarak, konunun sadece çalışanların hakları bakımından değil, iş vereni ve toplumun diğer fertleri açısından da ele alınması gerektiğini benimseyecektir. Mahkemenin kullandığı bir başka argüman, Anayasanın 53. maddesindeki ülkenin ekonomik gelişim düzeyi ve mali yeterlilik ölçütleridir.

Anayasada belirtilen ekonomik ve sosyal hedeflerin hemen gerçekleşmesinin mümkün olmaması ve bunların ülkenin ekonomik gelişmesine bağlı olarak sağlanabileceğinden yola çıkan Mahkeme, "bu konuda kurallar koyarken memleketimizin iktisadi düzenine ve dolayısıyla bütün fertlerin iktisadi ve sosyal durumlarına ve Anayasa ile sağlanan haklarına ve hürriyetlerine yapacağı etkileri de hesaba katmak gerekir. Bu konudaki ölçünün belli edilmesi işinin ise, Anayasa'daki temel ilkelere uygun olmak ve belirtilen dengeyi sağlamak kaydıyla kanun koyucunun takdirine bağlı olduğu şüphesizdir. Kanun koyucunun bu takdirini Anayasa hükümlerine uygun olarak kullanıp kullanmadığını da yukarıda belirtilen esasların ışığı altında incelemek icabeder", ifadelerini kullanarak bu alanda yasama organının taktir yetkisi bulunduğunu kabul edecektir.¹⁹

Görüldüğü gibi AYM kararında, devletin anılan konuda 10/2 hükmünün gereği olarak üstlendiği görevlerde, Anayasanın 53. maddesinin bir sınır oluşturduğuna dayanır. AYM, bu sınırın belirlenmesinde yetkili organ olarak, yasamayı gördüğü için bu alana girmemiştir.

AYM önüne itiraz yolu ile gelen bir başka davada, 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun geçici 3. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Tarım Kredi Kooperatifleri, 1581 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan, üreticiler arasında ekonomik yararları korumak, özellikle meslek ve geçimleri ile ilgili ihtiyaçlarını sağlamak amacı ile, karşılıklı yardım ilkesine dayanan kuruluşlardır. Söz konusu Kanunun 4. maddesi kooperatiflerin, kendilerini yönetecek ve denetleyecek üst kurulların seçimle işbaşına getirilmesini düzenlemektedir. Birliklerin ve merkez birliğinin kuruluşu da yine seçimle gerçekleşecektir. Ancak

¹⁹ ES 63172, KS 63244, K121101963

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/APTALITIRAZ/K1963VK1963-244.htm>

itiraz konusu geçici 3. madde ile, tüzel kişiliğin temsille ilgili bazı hak ve yetkileri, belirli şartlar altında, Ziraat Bankası'na devredilmektedir. Düzenlemeye göre, Banka, örneğin, merkez birliği kuruluncaya kadar, bütün kooperatif ve bölge birlikleri için, merkez birliğine ait görevleri yapacak ve yetkileri kullanacaktır. Bankanın tayin ettiği temsilci, kooperatif üyesinin katıldığı genel kurulda, onun da katılacağı birliklerde ve bunların katıldığı merkez birliği genel kurulunda bizzat veya seçtiği delegesi ile yürütme ve denetime katılacak, seçildiği takdirde yönetim kurullarında yer alabilecektir. Bankanın müdahalesi ile kooperatif üyelerinin haklarının ihlal edildiği iddia edilen başvuruda, Anayasanın 10/2 hükmünün de ihlal edildiği öne sürülmüştür. İptal isteminde fert huzuru kavramına dayanılmış, kooperatif ve üst kuruluşlar tüzel kişiliği içersinde karşılıklı yardım ilkesi etrafında toplananların, yönetimde ve denetimde söz sahibi olmayıp, Bankanın emirleri ile yönetilişi kooperatifte yer alan üyelerin huzurunu kaçıracağı belirtilmiştir.

AYM ise, bireylerin kooperatif çatısı altında birleşmeleri ve böylece ana mal egemenliğine dayanan geleneksel ekonomik düzenin baskısından kurtulmalarının, yeni bir demokratik ve sosyal adaletçi hukuk düzeninin temelini oluşturduğu görüşündedir. Ancak, Mahkemeye göre, bireysel küçük ekonomik birimlerin işbirliği yaparak kooperatif biçiminde ortaya çıkmalarında çeşitli güçlükler yaşanmıştır. Kooperatifler için getirilen hükümler, tarım alanında istenen gelişmeyi sağlayamamış olduğundan, Devlet gözetimi altında özel kanunlarla Tarım Kredi ve Tarım Satış Kooperatifleri kurulmuştur. Bu kooperatiflerin Devlet güdümünde tutulmalarının nedeni, özellikle tarım sektöründe, çıkarlarını korumakta yeterli bilgi ve tecrübesi olmayan köylü kesiminin zarara uğramaması ve kooperatif kuruluşların ve bunların dayandığı temel felsefenin giderek dejenere edilmemesi ve böylece halkın bu

kurumlara olan saygısını ve güvencesini yitirmemesi düşüncesi olmuştur. Örneğin, Tarım Kredi Kooperatiflerinin kurulacağı yerlerin Ziraat Bankası'nın önerisi ile Ekonomi Bakanlığı'nca belli edileceğine, ana sözleşmelerinin aynı Banka tarafından hazırlanacağına, hazırlanan ana sözleşmelerin Ekonomi Bakanlığı'nin onayından sonra bakanlar kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağına, kooperatif ortaklarının ürünleri üzerinde ticaret ve komisyonculuk yapanların, ürün karşılığı para veya mal olarak kredi verenlerin kooperatife üye olamayacaklarına, kooperatifin ve birliklerin işlemlerinin Ziraat Bankası ile Ekonomi Bakanlığı'nin denetimine bağlı tutulacağına, gerektiğinde yönetim kurullarını ve yöneticileri görevden çıkarmaya Bakanlığın yetkili olacağına, genel kurul kararlarının Ziraat Bankası'nın onayından sonra uygulanabileceğine ilişkin kurallar, sözü geçen kanunda öngörülmüştür. AYM, 10/2 hükmünün öneminin tam da bu noktada ortaya çıktığı görüşündedir. Çünkü, "tarım kesiminde çiftçinin kredi gereksinmelerini büyük ölçüde karşılayan kooperatif kuruluşlar, Anayasa'nın 51. maddesi doğrultusunda Devletçe ele alınarak eskisine oranla demokratik esaslara daha uygun bir hukuksal düzenlemeye kavuşturulmuş, ancak geçici bir dönem için yetki boşluğunu doldurmak üzere bu işlerle öteden beri ilgili bir devlet bankasına görev verilmiştir"²⁰. Mahkemeye göre, bu durum kooperatif üyesinin özgürlüğünü sınırlamak bir yana; tam tersine, engellerin kaldırılması amacına hizmet eder. Bu tutumu kaba bir vesayetçiliğin meşrulaştırılması olarak görmek de doğru olmaz. Zira olayda, devletin vesayeti geçici ve belirli bir koşula bağlanmıştır.

İptal davası yoluyla AYM önüne gelen 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu'nun 72. maddesi hakkında verilen karara da dikkat çekmek gerekir. İlgili Kanunun 72.

²⁰ ES 77/100, KS 77/148, Kİ 22 12 1977.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1977/K1977-148.htm>

maddesinde üniversitenin gelir kaynakları sıralanırken (c) bendinde "Üniversite, Fakülte ve bunlara bağlı kurumlarca alınacak harç ve ücretler" denilmek suretiyle öğrencilerden, öğrenim karşılığı harç ve ücret alınacağını düzenlemektedir. Bu bağlamda, üniversite öğreniminin paralı hale getirilmesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası değerlendirilmiştir.

AYM öncelikle "ücret" konusu ile ilgili bölüm üzerinde durmuştur. Ücretin, bir hizmetin para karşılığında görüldüğünü anlatan bir kavram olduğundan hareketle, üniversite öğrencisinden alınan ücretin görülen eğitim hizmetinin paralı olduğunu gösterdiği sonucuna varılmıştır. Bu durumun anayasal bir temele dayanıp dayanmadığını incelemek için, Anayasanın bu konuya değinen hükümleri ele alınmış ve bazı değerlendirmeler yapılmıştır. İlk olarak, Anayasanın "öğrenimin sağlanması" başlığını taşıyan 50. maddesinde, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamanın devletin başta gelen ödevlerinden olduğu belirtildiğine ve bu nedenle, Anayasanın diğer kamu hizmetlerine göre, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarına daha özel, daha yoğun bir önem verdiğine dikkat çekilir.

Öte yandan üniversite öğreniminin paralı olması, Anayasanın 10/2 hükmüyle bir çelişki yaratmaktadır. Çünkü, 10/2 hükmü, devletin başlıca ödevlerinden birini gösteren 50. maddenin de kaynağını oluşturur. Mahkemeye göre: "(...) üniversite öğretiminin paralı olmasını öngören eğitim sistemi, halkın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gereken ortam ve koşulları, siyasal, ekonomik ve sosyal bütün engelleri kaldırarak hazırlamakla ödevli olan Devleti, yeni engeller koyan bir örgüt haline dönüştürür. Şu halde iptali istenen yasa kuralı Anayasanın 50. maddesinin 1. fıkrasına olduğu kadar, onuncu maddesinin koyduğu genel ilkeye, bu

ilkenin dayandığı kamu görevi ve kamu yararı inanç ve düşüncesine aykırı düşmektedir.”

AYM'nin, sorunu, Anayasanın 2. maddesinde geçen sosyal bir hukuk devleti ilkesi açısından da değerlendirdiğini belirtmek gerekir. Mahkeme sosyal hukuk devleti ile ilgili önceki içtihatlarına atıf yaparak, sosyal hukuk devletinin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet olduğunu ortaya koyar. Sonuç olarak Mahkeme, üniversite öğreniminin paralı olmasının, Anayasa hükümleriyle bağdaşmayacağını, mali durumu iyi ve kötü öğrenciler arasında eşitsizlik yaratacağını, fırsat eşitliği ilkesini ortadan kaldıracağını belirtir. “Çünkü üniversiteye giriş sınavını aynı derecede kazanarak belirli bir fakülteye kayıt olanağı bulunan iki öğrenciden biri, mali gücü yeterli ise yüksek öğrenimini sürdürebilecek, halbuki mali güçten yoksun olan ikincisi üniversite öğrenimini bırakmak zorunluluğunda kalacaktır”²¹.

Görüldüğü gibi AYM, 10/2 hükmünü parasız eğitim hakkının kaynağı olarak göstererek, bu hakla, 10/2 hükmü arasındaki genel norm- özel norm ilişkisini ortaya koymuştur.

²¹ ES 73/38, KS 75/23, KI 25 2 1975.
<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/PTALITIRAZ/K1975/K1975-23.htm>

2. 1982 ANAYASASI'NIN 5. MADDESİNİN AYM UYGULAMASINDA

YERİ

Bu bölümde, 5. maddenin diğer anayasal kurallarla olan ilişkisi ve bu ilişkinin AYM içtihadında nasıl somutlaştığı incelenecektir. Özellikle bu ilişkinin niteliği ve yoğunluğu hakkında bazı sonuçlara varılmaya çalışılacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde, kişi önündeki engellerin kaldırılması yanında, devlete, cumhuriyetin ve demokrasinin, milletin bağımsızlığının, ülkenin bölünmezliğinin korunması gibi görevler de verilir. Oysa, AYM'nin de iki kararında belirttiği gibi, madde, (cumhuriyetin ve demokrasinin korunmasıyla birlikte) "kişinin temel hak ve özgürlüklerini bu kurum ve ilkelerle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasi, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasına ağırlık vermektedir"¹² ki, çalışma da, bu eksen üzerindedir.

Madde metninin başında yer alan ve konumuz dışında kalan, devletin cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma yükümlülüğünün de, bazen umulmadık bir biçimde anayasaya aykırılık denetiminde kullanıldığı görülür. Cumhuriyet ve demokrasiyi koruma görevi ölçütü, seçme ve seçilme gibi siyasi haklarla ilgili konularda, kişi önündeki siyasi engellerin kaldırılması görevi ile bir anayasal değer olarak yarışabilmektedir. Bu konuya aşağıda 5. maddenin klasik haklarla ilişkisini içeren başlıkta değinilecektir.

Belirtmek gerekir ki, AYM kararlarının pek çoğu, 5. maddenin kişi önündeki engelleri kaldırma görevi dışındaki içeriğiyle ilgili bir denetimi konu alıyorsa, hukuksal açıdan tatmin edici bir içerik ve ağırlıktan yoksundur. Anayasaya aykırılık

¹² ES 90/15, KS 91/5, Kİ 28.2.1991, AYMKD, S 27/1, s 172, ES 88/32, KS 89/10, Kİ 28.2.1989, AYMKD, S 25, s 121

iddiasında bulunanların başvuru gerekçeleri de çoğu kez farklı değildir. Bir normun Anayasaya aykırılığı iddia edilirken, dayatılan Anayasa maddelerine aykırılık gerekçelerinin özenle sıralandığı görülürken, 5. maddeye aykırılığın dayanakları hakkında doyurucu bir açıklama bulmak, kimi zaman mümkün olmamaktadır²³. Hatta bazen, AYM'nin de, 5. maddenin dava konusuyla ilgisini bile açıklamadan bir sonuca vardığı görülmektedir²⁴.

Maddenin kullanımında uç örneklerle karşılaşmak da mümkündür. Örneğin bir davada, denetime konu olan norm, 3974 sayılı Kanun'unun 1. maddesiyle 3291 sayılı Kanun'a eklenen ek 1, 2, 3 ve 4. maddeleridir. Bu düzenlemelerle Türkiye Elektrik Kurumu'nun özelleştirilmesine ve yabancılara hisse satımına olanak sağlanmaktadır. AYM, konuyu değerlendirirken, 5. maddenin devlete verdiği görevlerden biri olan, Türk milletinin bağımsızlığını koruma görevini, denetimine esas almıştır. Mahkemeye göre, bağımsızlık kavramı sadece siyasi bağımsızlığı değil, ekonomik bağımsızlığı da içermektedir. Bu nedenle, Türkiye Elektrik Kurumu'nun özelleştirilmesiyle ilgili düzenleme, kurumun yabancılara satışına imkan verdiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulunmuştur²⁵. Şüphesiz, buradaki sorun, Mahkemenin yasama organına bıraktığı taktir marjının sınırlarından kaynaklanmaktadır.

Maddenin anayasa sistematığı içindeki yeri, diğer maddelerle ilişkisi konusunda önemli veriler ortaya koyar. 5. maddedeki hükmün, Anayasa'nın genel esaslarını düzenleyen birinci kısmında yer alması, bu maddedeki hükmün anayasa'nın (özellikle temel hak ve özgürlükleri düzenleyen) öteki bölümleri açısından taşıdığı

²³ ES 88/37, KS 89/36, K1 8.9.1989, AYMKD, S.25, s.334-365, ES 89/6, KS 89/42, K1 7.11.1989.

AYMKD S.25, s.387-419

²⁴ Örn. ES 98/59, KS 99/14, K1 11.5.1999, AYMKD, S.36/1, s.400-424

²⁵ ES 94/43, KS 94/42-2, K1 9.12.1994, AYMKD, S.31/1, s.292-295

önemi göstermektedir. İçeriği itibarıyla daha da belirginlik kazanan bu ilişki, özellikle özgürlük sorununa bakışta, birinci ve ikinci kuşak hakları kavrayış ve yorumlayışta, özel bir önem taşır. Çünkü, yukarıdaki veriler çerçevesinde düşünüldüğünde, özgürlük konusunda devlete bazı sorumluluklar ve pozitif edimler yükleyen bir kuralın, tüm temel haklarla eşdeğer bir ilişki içinde bulunmayacağı söylenebilir. Ancak bu, yukarıda özellikle sosyal devlet- hukuk devleti tartışmasında değinildiği üzere, maddenin sadece sosyal hakları eksen aldığı anlamına da gelmemelidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, burada sosyal hukuk devleti ölçütünün bulunması, maddenin anlamını yanlış yorumlamaya yol açmamalıdır. Maddenin kullanım alanı sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan engellerin kaldırılmasıyla ilgili durumlara özeldir. Oysa aşağıda değinileceği gibi, AYM, bazı kararlarında hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan kimi normları iptal ederken hukuk devleti ilkesine kaynak olarak 2. madde yanında 5. maddeyi de gösterir.

Oysa, 2 ve 5. maddelerde geçen sosyal hukuk devleti ilkesinin her iki düzenleme için de aynı anlamı ifade ettiği söylenemez. Anayasanın 2. maddesinde geçen sosyal devlet ifadesi, cumhuriyetin temel bir niteliğine işaret eder, devletin yapısal bir niteliğini ortaya koyar. Oysa 5. maddede geçen sosyal devlet ifadesiyle, farklı olarak bu ilke işlevsel bir yönde kullanılmıştır. 5. maddede devlete verilen görevin bu ilkeyle bağdaşmayacak engellerin kaldırılması olarak verilmesi bunun göstergesidir. Yani 2. maddede geçen temel ilke, 5. maddede, devlete verilen görevin niteliğini belirleyen bir ölçüt olmuştur.

2.1. 5. Maddenin Anayasadaki Negatif Statü Haklarıyla İlişkisi

Maddenin klasik haklarla ilişkisinin, AYM içtihadına yansımaları konusunda verilecek örneklerden biri, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (PVSK) değişiklik yapan 3233 sayılı Kanun'un denetiminde karşımıza çıkar. PVSK'nin 5. maddesine ilgili Kanunun 1. maddesiyle eklenen düzenlemeye göre, polis, "(G)enel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlarda bulunanlar" hakkında kanunda belirtilen gerekli önlemleri alacaktır. Açılan iptal davasında, gerekçe olarak, düzenlemenin içeriği belli olmayan genel ve soyut kavramlar üzerine inşa edildiği, polisin dilediği zaman, dilediği yerde yakalama, engelleme, fişleme gibi yetkilerle donatıldığı ileri sürülmüştür.

AYM, aykırılık iddiasını değerlendirmede, Anayasanın 5. ve 19. maddelerini bir arada kullanmıştır. Mahkemeye göre, ilgili düzenleme, kişinin günlük davranışlarını, suç sayılmayan eylemlerini, yargı güvencesi dışında, polisin öznel ölçütlere dayalı değerlendirmesine bağlı olarak sınırlamaktadır. Bu düzenleme ile, kişi özgürlüğüne kısıtlamalar getirmesi kaçınılmaz olduğu gibi, bu kural kapsamına giren eylemleri dolayısıyla ilgilinin parmak izi ve fotoğrafının alınmasını, Anayasanın 19. maddesinde yer almayan bir hal nedeniyle kişinin yakalanmasını zorunlu kılacaktır. Böyle bir durum ise, kişi güvenliği kavramıyla bağdaşmayacaktır. Mahkeme, ayrıca, söz konusu düzenlemenin temelinde, Anayasanın 13. maddesindeki sınırlama nedenlerinden "genel ahlak" ölçütünün olduğunu tespit eder. Dolayısıyla, kısıtlamanın, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapıp yapılmadığının ve demokratik toplum düzeni gereklerine uygun olup olmadığının

araştırılmasına girer. Bu noktada, Anayasada özgürlüklerin niteliklerini belirleyen diğer maddeleri de göz önünde bulundurur. Mahkemeye göre: "Bu kuralların incelenmesi, herkes için özgürlüğün asıl olduğunu, bunların sınırlandırılmasının ise gerçekleşmesi güç koşullara bağlandığını açıkça ortaya koymaktadır. Özgürlükler herkese hatta kişinin kendisine karşı bile korunmuş, Yasa Koyucudan gelebilecek tecavüzlere karşı Anayasa Mahkemesi güvencesine bağlanmıştır. Anayasamız özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir. Gerçekten de, Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir Devlet olduğu belirtildikten sonra 5. maddesinde 'kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya' çalışmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Kısıyî, çeşitli davranışlarının polisçe genel ahlâk ve edebe uygunluk yargısından geçirilebileceği endişesi ve tedirginliği içinde yaşama zorunda bırakan inceleme konusu kural temel hak ve özgürlüklere böylesine bir yaklaşım içerisinde yer veren Anayasanın, esprisiyle bağdaştırılamaz." Mahkemeye göre, bu hükümle, kişi özgürlüğü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçütlerle, polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlanmaktadır. Oysa, genel ahlâk ve edep kuralları gibi konularda, yaptırım, daha çok toplum vicdanında bulunmalıdır. Bu alana, kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi söz konusu olmadıkça polis müdahale etmemelidir. Söz konusu düzenleme ise, içeriği açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak, polisin müdahalesini sağlamaktadır. Bu nedenle, Mahkeme, inceleme

konusu kuralın, Anayasanın 2., 5., 13 ve 19. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

Görüldüğü gibi, kişinin polisçe genel ahlak ve edep konusunda yargılanması ve tedirgin edilmesine yol açacak düzenleme, kişi özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılmasını Devletin temel görevi sayan 5. maddedeki anlayışla bağdaşmaz bulunmuştur. Böylelikle yukarıda (2 kısımda) değinildiği gibi, hükmün sınırlayıcı rolü ortaya konmuştur. Yani yasama organı, kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin gereğini yerine getirmemek bir yana; tam tersi yönde bir düzenlemeye giderse, yargı organı 5. maddeye dayanarak bu düzenlemeyi iptal edebilmektedir.

Bunun yanında, Mahkeme, denetime konu olan diğer düzenlemeleri değerlendirirken aynı yaklaşımını devam ettirmeyecektir. Örneğin, "Umumi veya umuma açık yerler ile umuma açık yer niteliğindeki ulaşım araçlarında, gerçek kişi veya topluluklar mahallin en büyük mülki amirine en az 48 saat önceden müracaat suretiyle oyun ve temsil verebilir veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebilir. Bunlardan, genel ahlâka, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne veya Anayasa düzenine aykırı olduğu tespit edilenler, mahallin en büyük mülki amiri emriyle polis tarafından men edilir ve ilgililer derhal adli mercilere sevk edilir. Dilekçe ile yapılacak müracaatta oyun, temsil veya gösteriye katılan yönetici ve diğer kişilerin kimlik, ikametgâh ve tabiiyetleri belirtilir." şeklindeki ek 1. maddenin Anayasaya aykırılığı iddiasını reddedecektir. Karşıoy yazılarında da kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinden bahsedilmemektedir.

Mahkemenin aynı karar içinde 5. maddeyi farklı bir yönde kullandığı da görülmektedir. Örneğin, ilgili Kanunun ek 7. maddesiyle, "Polis; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici

ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamanın üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar" şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Mahkeme, bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddiasını reddederken, düzenlemede, kişi önündeki sosyal hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayan bir engel olup olmadığını gözetmez. Mahkemenin konu ile ilgili değerlendirmesi şu şekildedir: "İnceleme konusu hüküm, kişinin özel hayatı konusunda da bilgi toplanacağı ve toplanan bilgilerin güvenlik soruşturması amacı ile kullanılacağı biçimde bir yoruma elverişli görülmediğinden, belirtilen konulara ilişkin Anayasaya aykırılık savları üzerinde durulmamıştır. Anayasanın 5. maddesi, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumayı Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Devletin güvenliği açısından son derece gerekli olan istihbarat görevinin kimi alanlarda polise de verilmesinin Anayasaya aykırı bir yanı yoktur²⁸. Görüldüğü gibi, yapılan değerlendirmeye, iptali istenilen düzenleme, adeta, 5. maddenin bir gereği olarak ele alınmıştır.

Anayasanın 5. maddesinin, Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla bağlantılı olarak ele alındığı bir başka karar daha bulunmaktadır. Bu karar, 4306 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Millî Eğitim Temel Kanunu, Çıraklık ve Meslek Eğitimi Kanunu, Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun ile 24.3.1988 tarihli ve 3418 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması ve Bazı Kağıt ve İşlemlerden Eğitime Katkı Payı Alınması Hakkında Kanun'un iptali istemini konu alır. Kanunun

²⁸ ES 85/8, KS.86/27, Kl.26.11.1986, AYMKD, S. 22, s.365-366

1. maddesiyle 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun 9. maddesi değiştirilmiş ve ilköğretim kurumlarının sekiz yıllık okullardan oluşacağı, bu okullarda kesintisiz eğitim yapılacağı ve bitirenlere ilköğretim diploması verileceği hükmü getirilmiştir. Aynı kanunun 5. maddesi ile de, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 24. maddesi değiştirilerek yukarıda getirilen düzenleme burada da tekrarlanmıştır.

İptal isteminde bulunanlar, anılan Kanunun 1. ve 5. maddelerinin, Anayasanın 5 ve 17. maddelerine aykırılığını iddia ederek, ilgili hükümlerle, ilköğretimin kademesiz, yönlendirmesiz ve kesintisiz sekiz yıla çıkarılarak, ilköğretim alanında tek programlı ve tek tip örgütlenme esası getirildiğini belirtirler. İptal isteminde bulunanlara göre, insanların ilgi, yetenek ve eğilimleri farklı olduğundan, maddî ve manevî varlıklarını geliştirmeleri, bu özellikleri gözetilerek farklı eğitim kurumlarına yönlendirilmelerine bağlıdır. Anayasanın 5. maddesinde devlete verilen görev, kişilerin, eğitim ve öğrenim özgürlüğünden eşit olarak yararlanma ve farklı öğretim kurumlarına girme haklarını da içerir. Yeni düzenleme ile ilgi, yetenek ve tercihleri doğrultusunda meslekî eğitim kurumlarına, imam-hatip okullarına, Anadolu liselerine ve benzeri öğretim kurumlarına girmek isteyen kişilerin yolları kapatılmaktadır.

AYM ise, iptali istenen Kanunun gerekçesini gözeterek, çocukların hayata hazırlanmasının, beş yıllık zorunlu ilköğretimle mümkün olmadığını, onların çağdaş ve demokratik bir eğitim ortamı içinde yetiştirilmesi yolundaki toplumsal beklentilerin gerçekleştirilmesi için zorunlu eğitimin sekiz yıla çıkarılmasının kaçınılmaz hale geldiği fikrini benimsemiştir. Mahkemeye göre: "bu düzenleme ile öğrencilerin ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde ve doğrultusunda yetiştirilmelerini sağlamak bakımından, ortaöğretimde izlenecek programların hangi mesleklerin yolunu açabileceği ve bu mesleklerin kendilerine neler kazandıracığı konusunda,

ilköğretimin son ders yılının ikinci yarısında etkin bir rehberlikle bilgilendirmeleri, böylece meslek seçimlerini etki altında kalmaksızın kendi özgür iradeleri ile bilinçli olarak yapabilmelerinin güvence altına alınmasının amaçlandığı vurgulanmıştır. Bu amacın, Anayasanın 17. maddesinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla, 5. maddesinde açıklanan, devletin temel amaç ve görevlerinin uygulamaya geçirilmesine yönelik olduğu açıktır.²⁷

Seçim hukukuyla ilgili bir dava grubu da, kişi önündeki siyasal engellerin kaldırılması görevi bağlamında düşünülebilir. Bu kararlardaki sorunlar genellikle, seçim hukukunu ilgilendiren kanunlarında yapılan değişikliklerden doğar.

AYM önüne iptal davası yoluyla gelen 3270 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile, Siyasi Partiler Kanunu'nun 36. maddesi değiştirilerek, seçimlere katılabilmek için partilerin örgütlenmek zorunda oldukları il sayısı ülke genelinde 1/2 (34 il)'den, 2/3 (45 il)'e çıkarılmış; ayrıca, bir ilde örgütlenmiş sayılmak için örgüt, o ilde kurulması zorunlu ilçe sayısı o ilin toplam ilçe sayısının 1/3'ünden, 2/3'e yükseltilmiştir. AYM, seçime katılabilme koşullarını ağırlaştırarak kısıtlayan düzenlemeyi, Anayasanın ilgili diğer hükümleri yanında, 5. madde açısından da değerlendirmiştir. Mahkeme, öncelikle, Anayasanın 5. maddesinde yer alan cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma görevi üzerinde durmuştur. Daha sonra, herkese açık, herkes için eşit ve serbest bir siyasi katılım için, siyasi partilerin önemini vurgulamıştır. Son olarak, siyasi partilerin demokrasinin okulu ve oluşum aracı olduğundan yola çıkan Mahkeme, ilgili kanunla getirilen düzenlemenin, siyasi partilerin seçimlere katılımını engellediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle, ilgili kanunun getirdiği sınırlamayı,

²⁷ ES 97/62, KS 98/52, Kİ 16.9.1998, AYMKD, S.36, s.198

Anayasanın Başlangıcına, 2., 5., 13., 67. ve 68 maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Aynı Kanunun 33. maddesi ile, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 34. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları değiştirilip aynı maddeye bir fıkra eklenmiştir. Düzenlemeye göre, seçim barajının hesaplanmasında kontenjan oyları dikkate alınmayacak, kontenjan uygulanan seçim çevrelerinde kontenjan adayları için çoğunluk, öbür adaylar için nispi temsil olmak üzere iki sistem uygulanacaktır. AYM'nin bu konudaki değerlendirmesi ise, günümüzde birçok demokratik batı ülkesinde uygulanan baraj sisteminin özgürlükçü demokratik düzeni, hukuk devleti ilkesini ve Cumhuriyeti olumsuz yönde etkilemesinin söz konusu olmadığı ve aykırılık iddiasının, bu kavram ve ilkeleri içeren Anayasa maddeleriyle ilgili görülmediği yönündedir.²⁸

AYM, bazı kanunlarda değişiklik yapan 3394 sayılı Kanun'un denetlenmesinde de benzer bir yaklaşım izlemiştir. Kanunun 1. maddesiyle, 1580 sayılı Belediye Kanununun 93. maddesine yeni bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm, belediyelerin seçilmiş organları hakkında görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile soruşturma veya kovuşturma açılması, bunun sonucunda da, içişleri bakanının geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar, bu organları veya organların üyelerini görevden uzaklaştırması durumunda, başkanlık makamının akıbetini konu almaktadır. Düzenlemeye göre böyle bir durumda, içişleri bakanının teklifi ve başbakanın onayı ile, kesin hükme kadar, meclis üyeleri arasından geçici olarak bir başkan görevlendirilebilecektir.

²⁸ ES.86/17, KS 87/11, Kl.22.5.1987, AYMKD, S.23, s.223-224

İlgili normu Anayasanın 2. ve 5. maddeleri yönünden inceleyen AYM, kanunun getirdiği hükmün, belediye tüzelkişiliğinin karar organı ve en önemli ögesi olan belediye meclisini dışladığına, dikkat çeker. Mahkemeye göre, böyle bir uygulama, siyasal amaçlı gereksiz müdahalelere ve azınlığı temsil eden bir üyenin başkan olarak görevlendirilmesine yol açabilecek, seçme ve seçilme hakkını etkileyecektir. AYM, böyle bir düzenlemenin, demokratik hukuk devleti ilkesiyle ve devletin demokrasiyi koruma amacıyla bağdaşamayacağı sonucuna varır. Bu düzenlemeyi, Anayasanın 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal eder.

Aynı kanunun 2. maddesiyle, yukarıda incelenen Belediye Kanunu'nun 93/4 hükmüne koşutluk sağlamak için, başka bir düzenleme daha getirilmiştir. 3030 Sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 9. maddesine eklenen bir fıkra ile, yukarıda 1580 sayılı Kanunun 93. maddesinin dördüncü fıkrasında, büyükşehir ve bağlı ilçeler dışındaki belediyeler için öngörülen düzenleme, aynı kanunun 2. maddesiyle, büyükşehir ve bağlı ilçe belediyeleri için de öngörülmüştür. Dolayısıyla, AYM'nin bu düzenleme hakkında vardığı sonuç aynı olmuştur.

Mahkeme son olarak aynı Kanunun 3. maddesini incelemiştir. İlgili maddeyle, 2972 Sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 4. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, belediye sınırları içinde birden fazla ilçe bulunan büyük şehirlerde, büyükşehir belediye başkanı ve büyükşehir ilçe belediye başkanları seçimi için, büyükşehir belediye sınırları içi, bir seçim çevresi olarak belirlenmiştir. Mahkeme konuyu değerlendirirken, bağımsız seçim çevrelerinin birbirlerini etkiler duruma sokulduğunu tespit eder. Çünkü, yeni düzenlemeyle, bir yerel yönetim sınırları

içindeki seçmenlerin bir başka yerel yönetim yöneticisi için oy vermesi sonucu doğacaktır. Bir büyükşehir belediyesinin sınırları içindeki bir ilçede seçmenler, aynı büyükşehir belediyesinin sınırları içindeki diğer ilçenin belediye başkanlığı için oy verebilecektir. Öncelikle seçme ve seçilme hakları çerçevesinde bir değerlendirme yapan Mahkeme, serbest seçme hakkının, özgür ve demokratik yönetimin ön kopulu, hukuksal simgesi olduğundan yola çıkar. Mahkemeye göre bu düzenleme, seçmeni, kendi bölgesi dışında başka bölge için oy kullanmak zorunda bırakılmakta, belediye başkanlığı ve meclis üyeliği birbirinden koparılarak belediye tüzelkişiliğinin oluşumu ilgisiz bölge seçmeninin müdahalesine açmaktadır. Sözü geçen kararla, Anayasanın Başlangıç bölümü, 2 ve 5. maddeler açısından da inceleyen Mahkeme şu sonuca varacaktır: "Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzenini, tüm işlem, eylem ve oluşumların hukuka uygunluğunu zorunlu kılan 'hukuk devleti' ilkesini, demokratik örgütlenmeyi yerel yönetimler düzeyinde olumsuz etkileyerek devletin demokrasiyi koruma amacını zedelediği için Anayasa'nın Başlangıç kısmına, 2. ve 5. maddelerine aykırıdır"²⁹.

AYM'nin, içtihadında, siyasi hakların kullanılmasıyla, 5 maddede yer alan demokrasinin korunması görevi arasında, bir bağlantı kurduğu görülmektedir. Mahkeme bir kanuni düzenleme ile seçme ve seçilme haklarını ihlal edilmesinin, dolaylı olarak demokrasiyi koruma görevine de aykırı bir sonuç doğuracağı görüşündedir. Bu bağlamda örnek gösterilebilecek bir karar 3420 sayılı "298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun, 2820 Sayılı Siyasî Partiler Kanununun ve 2972 Sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine

²⁹ E5 87/22, KS 88/19, Kl. 13.6.1988, AYMKD, S.24, s.300,304

Das Kanun'un Anayasaya aykırılığının denetlenmesinde verilmiştir Kanunun 11. maddesiyle, 2972 sayılı Kanunun, 3394 sayılı Kanunla değişik "Seçimlerin yenilenmesi" başlıklı 29. maddesinin birinci fıkrasının son bendinde, değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikle, seçim döneminin bitiminden önce yerel yönetim organlarının boşalması halinde seçimler, boşalmayı izleyen ilk yılın Ekim ayının üçüncü pazar günü yapılacaktır.

Getirilen bu değişiklik yerel yönetim organlarında yaklaşık en az 10, en çok 22 ay süre yerel yönetim organlarında boşluklar yaşanabilmesine neden olacaktır. Hatta, ara seçimin yapılacağı tarih, yerel yönetimlerin genel seçimlerden bir yıl önceye rastlaması halinde ara seçim yapılması yasaklanmış olduğundan, boşalmanın seçim yoluyla doldurulması 34 ay sürebilecektir.

Konuyu değerlendiren AYM, artırılan sürelerin önemli zaman dilimleri olduğu noktasından hareket eder. Boşalma gününe göre ayrı bir günde seçim yapmak yerine, milletvekili ara seçimlerinde olduğu gibi, yılda bir kez ara seçimi yapılmasını uygun görmesi, yerinden yönetim ilkesi yönünden yeni düzenlemenin en önemli yanındır. Böylece, eski uygulamaya göre bir yılda birden fazla ara seçime gidilebilmesi olanağı, bir defaya indirilmiş olmaktadır. Mahkemeye göre, ara seçim tarihinin boşalmanın olduğu yıla değil, onu izleyen yıla kaydırılması, yerel yönetim organlarında boşalma olması durumunda bu boşluğun, 10 ilâ 22 ay doldurulamaması, hatta bu sürenin 34 aya kadar çıkabilmesi, "makûl, kabul edilebilir" ölçüleri aşmaktadır. Böyle bir sonuç, seçme ve seçilme hakkının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlanmasına yol açacak boyuttadır. Yeni düzenleme ile getirilen sınırlama, siyasî hakların özüne dokunur bir nitelik kazanmaktadır.

Mahkemenin aynı konuyu 5. madde bağlamında da değerlendirdiğini belirtmek gerekir. Mahkemeye göre: "siyasi haklar, hukuk devleti ilkesinin temel taşlarından birini oluşturduğundan bunlara aykırılık hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen devletin Cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma amacına da zarar verecektir. Bu nedenle, anılan maddelere, dolaylı da olsa bir aykırılığın varlığını kabul etmek gerekmektedir"³⁰.

Görüldüğü gibi Anayasanın seçme ve seçilmeyi düzenleyen kuralları dışında kullanılan ölçütlerden biri de, 5. madde olmuştur. Ancak şu ana kadar, AYM, 5. maddede yer alan hükmü, siyasal haklar yönünden değerlendiren bir karar vermemiştir. Daha açık bir deyişle Mahkeme, 5. madde ile devlete yüklenen kamu önündeki engelleri kaldırma görevini, siyasal hakların önündeki engellerin kaldırılması biçiminde somutlaştırmamıştır.

Bu yönde bir değerlendirmenin bir ölçüde yapıldığı tek kararda, 1994 yılında yapılacak ara seçimlerde esas alınacak seçmen listelerinin güncellenmesini konu alan 4044 sayılı Kanun'un 2. maddesinin Anayasaya aykırılığı incelenmektedir. Düzenlemeye göre, bu seçimlerde 27 Mart 1994 günü yapılan Mahalli İdareler genel seçiminde kullanılan sandık seçmen listeleri güncelleştirilerek kullanılacaktır. Güncelleştirme, sandık seçmen listelerinin askıya çıkarılması ve listede ismi bulunmayanlardan, askerlik hizmetinden terhis olanların terhis evrakıyla, memur olarak tayin olanların da tayin evrakıyla askı gününden önce ilgili seçim kuruluna müracaatı suretiyle olacaktır.

AYM değerlendirmesine, sadece seçmen listesine kayıtlı kişilerin oy kullanabileceği, tespitiyle başlar. Mahkemeye göre, seçme hakkına sahip

³⁰ ES 88/14, KS 88/18, K1146/1988.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/PTALITIRAZ/K1988/K1988-18.htm>

bulunmasına karşın, değişen durumlar veya çeşitli nedenlerle sandık seçmen listesine yazılmayan yurttaşları güncelleştirme kapsamına almamak, seçme hakkını olanaksız kılmaktadır. Kaldı ki, yapılacak ara seçimler, yoğun göç olaylarının yaşandığı Güneydoğu Anadolu Bölgesi ağırlıklıdır. 4044 sayılı Kanun'da 27.3.1994 seçimleri için düzenlenen seçmen listeleri esas alınarak, bu tarihten sonra seçmen listesine eklenmesi gereken seçmenler listeye yazılmayarak, güncelleştirme olanağı, yalnızca terhis olan askerlerle tâyin olunan memurlara tanınmaktadır. Böylece kanunda belirtilen bu kişiler dışında, oturdukları yerleri değişen seçmenler sandık seçmen listesinde yer almayacaklardır. 24.3.1994 tarihinde düzenlenen seçmen listelerinin esas alınarak, bu tarihten sonra seçmene ilişkin bilgilerde oluşacak değişikliklerden dolayı güncelleştirmeden yalnızca yukarıda sayılan kişilerin yararlandırılması, bu iki grup dışında kalan vatandaşların seçme hakkının zedelenmesi demektir. Mahkeme, ilgili normu, genel oy ilkesini içeren Anayasanın 67. maddesine dayanarak iptal ederken, 5. madde hakkında da şu değerlendirmeyi yapacaktır: "4044 sayılı Yasa'da getirilen kural Anayasa'nın genel oy ilkesine aykırı olduğundan ve genel oy ilkesi de adalet ilkelerine aykırı sınır ve engelleri kaldırmayı gerektirdiğinden söz konusu düzenlemenin bu yönden incelenmesine gerek görülmemiştir"³¹.

Bu sonuç aslında somut olayda seçme ve seçilme haklarıyla 5. madde arasında kurulan genel norm-özel norm ilişkisini gösterir. Zira, seçme hakkının ihlal edildiği açıkken, 5. maddedeki kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin karara ölçü alınmasına gerek kalmamıştır.

İtiraz yolu ile AYM önüne gelen bir başka düzenleme, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 4001 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 2.

³¹ ES 94/83, KS 94/78, Kl. 16.11.1994, AYMKD, S. 30/2, s. 759-767

maddesinin 1. bendinin (a) alt bendidir. İdari yargıda dava açma koşulu olarak, daha önce menfaatin ihlali şartı aranırken, anılan düzenleme ile dava açma hakkı sınırlanmış, iptal davası açmak için; çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakların ihlâl edilmesi şartı getirilmiştir.

İptal istemini değerlendirirken, 2. madde yanında, 5. maddeyi de kararına dayanak yapan Mahkeme: "Devletin hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırmasının ve bu yolla yargı denetimini sağlamasının hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasanın 5. maddesinin gereği" olduğundan hareket etmiştir. Mahkeme, itiraz konusu kurala, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde, idari işlemin davacının kişisel hakkını ihlâl etmiş olması koşulunun getirilerek, hak arama özgürlüğü kısıtlandığı ve birçok işleme karşı dava yolu kapatıldığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralı Anayasanın 2., 5., 13. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir³².

Hak arama özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılması, kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin bir parçasıdır. Yargısal güvence yollarının açık tutulması, hak arama özgürlüğü yanında hukuk devleti ilkesi açısından da büyük bir öneme sahiptir. Ancak somut olayda 5. maddenin uygulanması kanımca isabetli değildir. Çünkü bir kere, burada iptale dayanak olan asıl anayasal değer, hukuk devleti ilkesidir ki; yukarıda da değinildiği gibi, bu ilkenin Anayasadaki dayanağı 2. maddedir. Hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir normun, bu nedenle, 5. maddeye gidilmeksizin, 2. maddeye dayanılarak iptal edilmesi gerekir. 5. maddedeki sosyal

³² ES 95/46, KS 95/49, Kİ 21.9.1995, AYMKD, S.32/1, s.414-427

hukuk devleti ilkesi yukarıda da belirtildiği gibi devletin kişi önündeki engellerin kaldırılması görevini niteler. Oysa iptal istemine konu olayda bu görevden bağımsız olarak, yargı güvencelerinin zayıflatılmasıyla, Anayasanın 2. maddede geçen devletin temel niteliklerinden biri olan hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir durum vardır. Zaten AYM, aynı gün, aynı normun iptalini isteyen, farklı bir mahkemenin itiraz başvurusunu karara bağlarken, isabetle, 5. maddeye başvurmadan, 2. maddedeki hukuk devleti ilkesini kararına dayanak yapmıştır³³.

Hak arama özgürlüğü bağlamında değerlendirilebilecek bir başka davada aynı yaklaşım devam ettirilmiştir. Örneğin bir itiraz başvurusuyla, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1., 2. ve 4. maddelerinin iptali istenmektedir. Kanunun 1. ve 2. maddelerinin birinci fıkralarında, yasal ve temerrüt faiz oranı senelik % 30 olarak belirlenmiş, maddelerin ikinci fıkralarında da, belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, bu oranı % 80'ne kadar artırma ve eksiltme yetkisi bakanlar kuruluna verilmiştir. İptal isteminde, ülkede yaşanan yüksek enflasyon yanında kanuni faiz oranlarının çok düşük kaldığı hatırlatılmıştır. Bunun yanında, bazı kamu kurumlarının kendi kuruluş kanunlarında, enflasyondan doğan kayıplara karşı güvenceye alındığına dikkat çekilmiştir. Buna karşın, vatandaşların böyle bir korunmadan mahrum olmadıkları belirtilerek, bu durumun, Anayasanın 2 ve 5. maddelerinde geçen sosyal hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmadığı iddia edilmiştir. Uzun süren dava süreçleri sonunda elde edilen alacaklar yüksek enflasyon ve düşük kanuni faiz oranları nedeniyle erimektedir. Yerel mahkemeye göre, yargıya başvuran kişilerin yitirdikleri haklarını, gecikmeden doğan kayıpları ile birlikte

³³ ES 95/27, KS 95/47, Kİ 21 9 1995.
<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTALİTIRAZ/K1995/K1995-47.htm>

eksiksiz geri almalarını engelleyen yasal düzenlemeleri ortadan kaldırmak yükümlülüğü, Anayasanın 5. maddesinin bir gereğidir.

AYM'ye göre ise, bakanlar kurulu bu yetkiye dayanarak faiz oranını yükseltmiş, buna karşın, kanuni ve temerrüt faiz oranları, banka mevduat faiz oranlarının çok gerisinde kalmıştır. Hazine'nin, iç borçlanma aracı olarak kimi zaman çıkardığı tahvil ve bonolara ödediği faizler de yasal faiz oranının çok üzerinde gerçekleşmiştir. Dövizin Türk lirası karşısında kazandığı yıllık değer de yasal faiz oranlarının çok üstünde olmuştur. Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, hazine bonosu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi, borçlunun bu durumdan yararlanması, alacaklının ise zarara uğraması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, borçlu, süresinde borcunu ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı sürecini uzatma gayreti göstermekte, böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak, kamu düzeni bozulmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır. İtiraz konusu kuralların borçlu yararına, alacaklı zararına sonuçlar doğurması, ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilediği gibi, hukuk devleti ilkesini de zedelemesi nedeniyle 2 ve 5. maddelere aykırı bulunmuştur⁴⁴.

Görüldüğü gibi AYM, 5. madde hakkındaki değerlendirmesi dışında, yerel mahkemenin yaklaşımını benimsemiş görünmektedir. Yerel mahkeme isabetle 5. madde açısından sorunu hak arama özgürlüğü önünde kaldırılması gereken bir engel olarak görmüştür. Buna karşılık, AYM 5. maddeyi, sosyal hukuk devleti ilkesini içermesi nedeniyle, Anayasanın 2. maddesiyle beraber kullanmıştır.

⁴⁴ ES 97/34, KS 98/79, Kl.15 12.1998, AYMKD, S.35/1, s.342

Bu noktada ortaya çıkan önemli bir tartışma ise, klasik hakların da bu maddede kapsamına girip girmemesiyle ilgilidir. Sözü geçen tartışmalar özellikle, klasik haklar arasında yer alan mülkiyet ve sözleşme özgürlükleri bağlamında doğmuştur.

Sorunun AYM önünde somutlaştığı bir örnek, 4113 sayılı "Patent, Faydalı Model, Marka, Coğrafi İşaretler, Endüstriyel Tasarımlar, Yaş Sebze ve Meyve Ticareti, Toptancı Halleri, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Turistik Otelciler ve Turizm İşletmecileri Birliğinin Kuruluşu, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri İle Gıda Konularının Düzenlenmesine ve Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun İle Sermaye Piyasası Kanunu ve Gümrük Kanununun Bazı Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu" ile getirilen düzenlemelerin denetimi sırasında ortaya çıkmıştır. İptal davasını açan başvuru sahipleri, Anayasanın 5. maddesinde devletin kişi önündeki engelleri kaldırma görevine atıf yaparak, "Anayasanın bu hükmü muvacehesinde Bakanlar Kurulunun, ekonomik ve sosyal alanda kişilerin çalışma ve teşebbüs hürriyetlerini bağlayıcı nitelikte bulunan engelleri ortadan kaldırmak gibi bir görevle yükümlü iken, dava konusu bölümünde zikredilen düzenlemelerle belirsiz bir şekilde kanun gücünde kararname çıkarma yetkisiyle donatılmasının Anayasaya uygun olmadığı" görüşünü savunmuşlardır.

AYM ise bu iddiayı değerlendirmemiş, bir yandan da yetki kanununun, hukuka aykırı niteliği itibarıyla, 2, 5 ve 6. maddeleri beraber kullanarak hukuk devleti ölçütünden hareketle düzenlemeyi iptal etmiştir¹⁵. Yani kararda iptal davasının gerekçesinde yer alan iddiaya cevap verilmemiştir. Keza, yukarıda da

¹⁵ ES 95/39, KS 95/45, Kİ 19.9 1995, AYMKD, S.32/1, s.385

yapıldığı gibi, hukuk devleti ilkesine dayanak olarak Anayasanın 5. maddesi gösterilmiştir.

Bu bağlamda bir başka karar, yaygın olarak zorunlu tasarruf şeklinde adlandırılan, 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun'un ilgili maddesini konu alır. Burada ortaya çıkan sorunun mülkiyet hakkıyla ilgili olduğu düşünülmelidir. Söz konusu Kanun, genel hatlarıyla, çalışanların maaşlarından yapılacak kesintilerin belli bir fonda toplanmasını, değerlendirilmesini ve ilgililerin ölümü ve emekli olmaları halinde nemalarıyla birlikte geri verilmesini öngörmektedir. Ancak düzenlemenin 6/3 hükmüne göre, ölüm ya da emeklilik halleri dışında sistemden çıkanlar, nema gelirlerini alamamaktadırlar.

Düzenlemeyi iptal eden AYM'ye göre, Kanun kapsamından çıkarılanlara hakkettikleri ödemenin yapılmaması, mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaktadır. Oysa, "Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine göre işlem ve eylemlerin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin içtenlikle benimsenmesi, yasakoyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı, âdil bir hukuk düzeni kurarak bunu geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.(...) Anayasa'da öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler. İnsanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk

devletinin temel amacı ve görevidir. İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 35. maddesiyle 2. maddesinde öngörülen "hukuk devleti" ilkesine ve 5. maddesine aykırıdır³⁶.

Görüldüğü gibi her ne kadar 5. madde başta 2. maddedeki hukuk devleti ilkesiyle koşut ele alınmış gibi bir izlenim doğmaktaysa da, daha sonra yapılan açıklamalarla 5. maddeye tanınan rolün farklılığı ortaya çıkmaktadır. Çalışan kesimlerin büyük bir kesiminin sahip olduğu sosyal koşullar hakkında herhangi bir açıklama yoktur. Ancak davaya konu olayda kısıtlanan mülkiyet hakkı bu kesimlere aittir. Dolayısıyla, maddenin kullanımının, sorunun sosyal yönüyle bağlantılı olduğu düşünülebilir. Devletin sosyal engelleri kaldırmak bir yana sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak düzenlemelere gitmesi, 5. maddenin denetimde rol oynamasına yol açmıştır.

AYM'nin mülkiyet hakkıyla ilgili bir başka kararında, denetime konu norm, 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un, 3290 sayılı Kanun ile değiştirilen 10/2 hükmüdür. Hüküm, imar mevzuatına aykırı olarak, üzerinde toplu binalar inşa edilmiş hisseli veya özel parselasyona dayalı arsa veya arazileri ilgilendirmektedir. Hükme göre, bu tür gayri menkuller üzerinde, kişilerin, hisse miktarları ile fiili kullanma durumları dikkate alınacak ve hak sahipleri yeniden tespit edilecektir. Bu tespite dayanılarak, söz konusu gayri menkullerin mülkiyeti, bu kişilerin adlarına tescil edilebilecektir. İtiraz sahibi yerel mahkemeye göre, bu düzenlemeyle, tapu siciline dayanarak tapudan hisseli olarak yer almış olan şahıslardan birinin, hissesinden fazla yer işgal ederek, almış olduğu bu yer üzerine bina inşa ettirmiş olması halinde, bu fiili korunmuş

³⁶ ES 97/59, KS 98/71, Kl. 18.11.1988, AYMKD, S.35/1, s. 308-309

olacaktır. Çünkü bu tespit ve tescil işleminde, fiili kullanma durumu dikkate alınacaktır. Yani hissesinden fazla yer işgal eden şahsın durumu korunmakta, hak sahibi diğer şahıs ise korunmayıp, aksine fazla yer işgal eden şahsın karşısında mağdur edilmektedir. Yerel mahkemeye göre, böyle bir uygulama, Anayasanın 5. maddesinin gereklerine ters düşecektir.

AYM'ye göre ise, Kanunun amacı, hızlı kentleşmeyle beraber imar mevzuatına aykırı bir şekilde ortaya çıkan fiili durumu, asgari müdahale ile yeniden düzenlemek, başka bir anlatımla kaçak yapılaşmayı bir ölçüde hukuka uygun hale getirmektir. Kanunun 10/2 hükmüyle, gerçekten, söz konusu gayri menkullerin hak sahipleri saptanırken, kişilerin paylarının yanı sıra, fiili kullanma durumlarının da dikkate alınması, kimi pay sahiplerinin mülkiyet haklarının sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. Ancak bu sınırlama için niteliği dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Üstelik, bu düzenleme, uyumsuzlukları çözümlenmek ve kaçak yapılaşmayı hukuka uygun hale getirmek gibi kamu yararı amacına dayanmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme, mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddeye aykırılık iddiasını yerinde görülmemiştir. Mahkemenin 5. madde açısından yaptığı kısa değerlendirmede ise, 5. maddede belirlenen görevler çerçevesinde, Devletin, "mülkiyet hakkını da içeren bu temel hak ve özgürlüklerle ilgili görevini yerine getirirken kuşkusuz tüm bireylerin ortak yararını gözetice(ği)" şeklindedir¹⁷.

Görüldüğü gibi, Mahkeme bir yandan, mülkiyet hakkını 5. madde kapsamında değerlendirmiş; diğer yandan ise, 5. madde kapsamında, mülkiyet hakkına ilişkin görevler yerine getirilirken, tüm bireylerin ortak yararının gözetileceğini ortaya koymuştur. Bireylerin ortak yararları ifadesini kullanırken de

¹⁷ ES 97/43, KS 99/16, Kl. 11.5.1999, AYMKD, 5.36/1, s.434

bir anlamda, hakkın sosyalleştirilmiş niteliğinden bahsetmiştir. Kararda dikkat çeken bir başka yaklaşım ise, 5. madde bağlamında yapılan değerlendirmenin, aslında yukarıda 35. madde bağlamında yapılan değerlendirmeden çok da farklı olmadığıdır. AYM'nin itiraz sahibi mahkemenin 5. maddeye aykırılık iddiasını bir şekilde değerlendirmek amacıyla böyle bir yorumda bulunduğu ileri sürülebilir. Keza, 5. maddenin Mahkeme tarafından bu şekilde kullanımı, geçeköndü sorununun sosyal niteliğinin gözetilmiş olmasından da kaynaklanabilir.

Mahkemenin 5. maddeyi kullanırken klasik hakları sınırlayıcı nitelikte çözümler ürettiği de görölmektedir. Özellikle bir sosyal hakla çatışmanın söz konusu edilebileceği bir durumda bu sınırlama daha net ortaya çıkabilir. Örneğin, teşebbüs özgürlüğü ile ilgili bir davada Mahkemenin önüne gelen sorunu çözerken 5. maddeyi kullandığı göröür.

625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Geçici Bir Maddesinin Kaldırılması, Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında 3035 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile eklenen ek 4. maddenin, Anayasaya aykırılığının iddia edildiği bir itiraz başvurusunda bulunulmuştur. Düzenlemeye göre, özel öğretim kurumları, öğrenci kapasitelerinin, % 2'sinden aşağıya düşmemek üzere, ücretsiz öğrenci okutmakla yükümlü tutulmuşlardır. Ayrıca, Milli Eğitim Bakanlığı, ücretsiz okutulacak öğrencilerin miktarı, seçimi ve kurumlara kabul şartlarını yönetmelikle düzenleyecek, ücretsiz öğrenci miktarını yüzde ona kadar artıracaktır. Anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesini, özel okullarda belli orandaki öğrencilerin parasız okumaları ve masraflarının bir kısmının Devlet, bir kısmının ise, ilgili okul tarafından karşılanmasının, teşebbüs özgürlüğünü sınırladığı ve Devlete ait bir görevi, özel okullara yaptırdığı iddiaları oluşturmaktadır.

AYM ise, özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğunun, nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, Anayasanın 5. maddesinin Devlete yüklediği "...ödevinin kanuni sonucu olduğu tespitini yapar. Mahkemeye göre, demokratik toplum düzeni, sosyal yönüyle şekillendiren bir anlayışın gereğidir. Bu nedenle, getirilen düzenlemeyle, haklara engeller konulması değil, sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi söz konusudur. AYM, eğitim alanında özel teşebbüse yer verilmesinin, eğitimin sadece kar amacı güdülecek bir sektör olduğu anlamına gelmediğini de vurgular. Mahkemeye göre, öneminin gereği olarak, bu kamu hizmeti, özel kişilerce de yapılırsa, devlet bu alanda düzenlemeler yapabilir. Keza, teşebbüs özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 48. maddesi de, bu özgürlüğe sosyal amaçlarla konacak kayıtlara cevaz vermektedir³⁸.

Sorumuza dönersek, 5. maddeye dayanılarak, sözleşme ve girişim özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi ekonomik nitelikli temel hak ve özgürlükler bağlamında, kişi önündeki engellerin kaldırılmasının söz konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Bunun en açık ifadesi, maddenin kaldırılmasını emrettiği engellerin tüm ekonomik engeller olmamasıdır. Söz konusu engeller, sosyal hukuk devletiyle bağdaşmayanlardır. Başından beri verilen tanımlar sosyal devletin (ya da sosyal hukuk devletinin), girişim ya da sözleşme özgürlüğü önündeki engelleri kaldırmak şöyle dursun, grev ve sendikal haklar gibi bunları sınırlayan hakların, yaşama geçirildiği bir model olduğunu göstermektedir. Ancak bu karşıtlık keyfi bir müdahalecilik ve sosyal amaç gütmeyen kısıtlamalar için geçerli değildir. Çünkü 5. maddenin çizdiği model, aynı zamanda hukuk devletinin sınırları içindedir. Söz

³⁸ ES 90/4, KS 90/6, K1 12.4 1990, AYMKD, S.26, s.124-146

konusu hak ve özgürlüklere müdahale, ancak sosyal amaçlarla ve hukuk devleti ilkesi gözetilerek yapılabilir.

Aynı zamanda, maddenin sosyal yanının mülkiyet hakkıyla her zaman çatışacağını iddia etmek de güçtür. Örneğin dar gelirli için sosyal konutların yapımı, devletin, mülkiyet hakkını, sosyal hukuk devletiyle bağdaştıran evlilik gibi bir engeli ortadan kaldırmak için geliştirebileceği bir proje olabilir. Kaza mahkemesi yetersizlikler içinde bulunan ev kadınlarına, ev içinde küçük çapta üretim yapmalarını teşvik edecek krediler verilmesi de girişim özgürlüğü alanında benzer bir istisna olabilir.

Bundan da öte, maddenin sosyal niteliğinin ağırlık taşımasından çıkarılması gereken sonuç, özellikle toplum içerisinde güçsüz olan kesimleri konu almaktır. Bu kesimlerin işçi ya da çalışanlardan ibaret görülmesi de bir indirgemecilik olacaktır. Sosyal açıdan zayıf olmak, sınıfsal konum yanında toplumsal konumu da ilgilendirir. Zaten AYM, bugüne kadarki içtihatı içerisinde 5. maddeyi ölçü normu olarak en çarpıcı şekilde uyguladığı kararını, zina ürünü çocukların toplum içindeki yerlerini ilgilendiren bir konuda vermiştir. Anılan karar, içeriğinde kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ya da özel hayata saygı hakkı boyutu daha belirleyici olduğu için, bu bölümde incelenecektir.

AYM'nin kararına konu olan norm, "evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınmaz" düzenlemesini getiren Medeni Kanun'un 292. maddesidir. İtiraz sahibi yerel mahkemeye göre, bu düzenlemeyle, babasının nafazına kaydedilmeyen çocuk, soyadı taşımak hakkından yoksun bırakılmakta ve toplum içinde aşağılanarak, maddi ve manevi gelişiminin önü kapatılmaktadır.

AYM'nın konuyu ele alışı da yerel mahkeme ile paralellik göstermektedir. Mahkemeye göre, 19. yüzyıldan beri artan bir hızla, insan haklarının kapsamı ve devletin niteliği sosyalleşmektedir. "Hürriyet kağıt üzerinde kalan teorik bir kavram olmaktan çıkmakta, kişiler ve kitleler için erişilebilir, gerçekleştirilebilir, kullanılabilir, pozitif haklar haline gelmektedir." 5. maddenin gereği olarak Devlet, bu hakların gerçekleştirilmesiyle görevlidir. Devlet, vatandaşlarına insanca yaşama şartları sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır. "Devlet fertlerin hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmek, onları herkesçe faydalanılabilir bir hale getirmek ödevini yüklenmiştir." İtiraz konusu kural, bu nedenle, zina ürünü çocukların temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırladığından, AYM tarafından, Anayasanın 5. maddesine oybirliğiyle aykırı bulunmuştur.

Şüphesiz sorunun hukuksal eşitliğe aykırı bir yönü de vardır. AYM, sorunu bu açıdan incelerken, uluslararası ölçekteki sosyal kural ve kurumları dikkate almıştır. Karara dayanak olarak "(E)vlilik ve aile bağlarına bakılmadan ana ve çocuğun sosyal durumuna uygun iktisadi korunmaya hakkı vardır" şeklinde bir norm içeren Avrupa Sosyal Şartı'na ve Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Kurulunun (Konseyinin -BB) 1973 tarihinde nesebi sahih olan ve olmayan çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları yönündeki bir kararına da atıf yapılmıştır³⁹.

AYM'nin, bu kararda denetimine ölçü olarak aldığı maddelerden bir diğeri, ailenin ve özel olarak çocukların korunmasını düzenleyen 41. maddedir. Mahkemenin, 5. maddeden sonra 41. maddeye gelmesi ise bir tesadüf değil, 5. maddenin, Anayasadaki sosyal hak normlarıyla bir genel norm-özel norm ilişkisi

³⁹ FS 90/15, KS 91/5, Kl. 28.2.1991.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-5.htm>

içinde olmasıdır. Ayrıca şunu da görmek gerekir ki, 5. madde, klasik haklarla ilgili sosyal boyuttaki sorunların çözümünde kullanılabilir.

Bu açıdan Sağlam'ın eksiksiz koruma sağladığını belirttiği Alman Anayasası'nın kişiliği geliştirme hakkını içeren 2. maddesiyle, 5. madde arasında bir benzerlik bulunduğu düşünülebilir. AYM'nin de kararında Alman Anayasa Mahkemesi'nin "belirli bir grup insanın kendi iradeleri dışında kalmış bir nedenle, salt bir doğum yanlışı yüzünden aşağılanmalarının, horlanmalarının... eşitlik ilkesi ve kişiliğin serbestçe oluşumunun gelişimi, temel hakkı ile bağdaşmayacağı açıktır" şeklindeki bir kararına atıf yapılması tesadüf eseri olmasa gerektir.

Alman Anayasasının 2/1 hükmü şöyledir: "(H)erkes, başkalarının haklarını zedelediği ve anayasal düzene veya ahlak yasasına aykırı düşmediği sürece kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir" Bu niteliğiyle de, bu hüküm, Alman doktrininde, kapsayan/şamil özgürlük olarak adlandırılır. Çünkü bir genel norm-özel norm ilişkisi gereği, kişinin bir eylemi, anayasanın belirli bir maddesince özel olarak korunmuyorsa, söz konusu eylem, bu genel koruma maddesinin norm alanına girer⁴⁰.

5. madde ile Anayasadaki sosyal haklar arasında da bu açıdan bir paralellik bulunmaktadır. Ortaya çıkan bir sosyal sorunda, konuyla ilgili bir hak normu bulunmaması halinde, genel norm olan 5. maddeye gidilebilir. Özel bir madde olduğu zaman ise 5. maddeye gitmeye gerek yoktur.

Sosyal haklar açısından net olan bu durum, klasik haklar açısından daha farklı özellikler arz edebilir. Klasik hakların kullanımında karşılaşılabilecek sosyal boşluklar, 5. maddeyle doldurulabilir. Hak arama özgürlüğünün kullanımında, mali ya da farklı açılardan yetersizlik içindeki kişilerle ilgili düzenlemeler, bu açıdan 5.

⁴⁰ Sağlam, a.g.e., 1982, s.41-42,90

maddenin norm alanına dahildir. Örneğin parasız adli yardım, hak arama özgürlüğünün sosyal boyutunu gözeten bir parçasıdır.

2.2. 5. maddenin Anayasadaki Pozitif Statü Haklarıyla İlişki

Bu başlık altında öncelikle, 5. maddenin, sosyal hak normlarıyla beraber Anayasadaki konumunu belirleyen bir kararı incelemek gerekmektedir. AYM'nin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir davada vermiş olduğu bir kararda, bu bağlamda bazı sonuçlar bulunmaktadır. Söz konusu kararda, 4447 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu, Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile İş Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanunlara Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesi, İşsizlik Sigortası Kurulması, Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un ilgili hükümleri iptal istemine konu olmuştur. Mahkeme, emeklilik yaşını yükselten ve bazı sağlık harcamalarında sigortalının harcamaya katılım oranını artıran bir değişikliklerin incelenmesine başlarken, ortaya Anayasadaki sosyal hakların genel rejimini gösteren bir genel çizgi koymuştur. Mahkeme sırasıyla, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirten 2. maddesine, ardından, devlete kişi önündeki engellerin kaldırılması görevini veren 5. maddeye değinmiştir. Daha sonra ise, dava konusuyla ilgili sağlık hakkını düzenleyen 56. ve sosyal

güvenlik hakkını düzenleyen 60. maddelere işaret etmiştir. Öte yandan, devletin söz konusu alanlardaki görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini düzenleyen 65. maddesine dikkat çekmiştir. Son olarak bu alanda sınırlamaların yapılabileceğini, ancak, bunların sosyal hakları kullanılmayacak hale getirecek düzenlemeler olmayacağını belirterek, 13. maddede geçen sınırlamanın sınırı ölçütlerine atıf yapmıştır.

AYM önüne gelen 4447 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (a) bendinde bir değişikliğe gidilmiştir. Buna göre, emekli olabilmek için daha önce sigortalı kadınlarda 50, erkeklerde ise 55 yaşını doldurmuş olma ve en az 5000 gün prim ödeme koşulu aranırken, değişiklikten sonra kadınlar için 58, erkekler içinde 60 yaş ve en az 7000 gün yaşlılık, malûlük ve ölüm sigortaları primi ödeme zorunluluğu getirilmiştir.

İptal isteminde, sigortalıların emekli olabilmeleri için öngörülen yaş koşulunun yükseltilmesinin, hukukun temel ilkelerine, hakkaniyet kuralına ve sosyal güvenlik kavramının amacına aykırı olduğu savunulmuştur. Ayrıca, keyfi işçi çıkartmalarının yoğun olduğu ülkemizde en az prim ödeme zorunluluğunun 4500 güne çıkartılmasının, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

AYM'ye göre ise, son yıllarda mevzuatta yapılan düzenlemelerle, çalışanların emekli olabilmek koşulları çok sık değiştirilerek, sosyal güvenlik kurumlarının büyük bir finansman sorunuyla karşı karşıya bırakılmıştır. Emekli olabilmek için aranan prim ödeme gün sayısı ile yaş haddi konusundaki değişiklikler, sosyal güvenlik kurumlarının mali dengesini olumsuz yönde etkilemiş, bu durum sosyal güvenlik kurumları iştirakçilerine de yansımıştır. Resmi rakamlara göre, Türkiye'de ortalama yaşam süresi yükselirken, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların

emeklilik yaşları ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesi, kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açmıştır. Oysa bu düzenleme ile, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayıları yükseltilmiştir. Mahkemeye göre, bu yükseltmede, belirli bir ölçü ve denge gözetildiği için sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırmamış veya onu kullanılamayacak ölçüde bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenlerle, iptal istemi reddedilmiştir.

Aynı kanunun 17. maddesiyle, 506 sayılı Kanun'a eklenen geçici 81. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin incelenmesinde ise, farklı bir tablo söz konusudur. Bu bent ile, 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sigortalı hizmeti bulunan ve emekliliğine 2 yıldan fazla kalanlar için, sigortalılık süresine bağlı olarak, emekli olabilecekleri yaş ve prim ödeme süreleri, kadınlar ve erkekler için, ayrı ayrı olmak üzere yeniden düzenlenmiştir.

Iptal isteminde, emekliliğin kazanılması için çalışılması gereken süreyle yaş sınırının arttırıldığı ve buna bağlı olarak kimi eşitsizlikler yarattığı, emeklilik koşullarının tek yanlı ve ağırlaştırılarak değiştirilmesinin, sadece Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM ise, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, kendisini, Anayasaya aykırılık hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur görmeyerek, dava konusu kurallı Anayasanın, yalnız 2. ve 10. maddeleri yönünden değil, 5. ve 60. maddeleri yönünden de incelemiştir.

AYM'ye göre, davaya konu norm ile, kadın ve erkek sigortalının yeni sistemle yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri için sigortalılık süresi, yaş ve

odeemesi gereken prim konusunda kademeli bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, sigortalılık süresi yönünden yapılan kademelelendirmeler arasındaki geçişler adil değildir. Örneğin, aynı işyerinde aynı tarihte işe başlayan ve 14 yıl birlikte çalışan iki erkek sigortalıdan birisinin 18 yıl öncesine ait bir günlük sigortalılığı olması durumunda 43 yaşında, diğeri ise ancak 56 yaşında emekli olabilecektir. Ya da 20 yıl sürekli çalışmış 7200 gün prim ödemiş bir sigortalı 50 yaşında emekli olabilecek iken, 23 yıl sigortalılık süresi olan ancak 14 yıl çalışmış bir sigortalı 43 yaşında emekli olabilecektir. Dolayısıyla sigortalılık süresi bir günlük farkla alt kademeye indirildiğinde yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için 2 yıl daha bekleme zorunluluğu doğmaktadır. Sigortalılık süresi 10 yıldan az olan kadın ile sigortalılık süresi 15 yıldan az olan erkek sigortalılar, kendi aralarında kademeleme yapılmayarak, bir günlük sigortalılık süresi olan kişiyle aynı yaş grubuna bağlı tutulmuşlardır. Sigortalılık süresi kademelelendirilirken ikişer yıllık dilimler öngörülmüş olmasına karşın, asgari emeklilik yaşı kademelelerinde dilimler bazen 2 yıl, bazen de 1 yıl farklılık göstermektedir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğinin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk

güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olmadıysından" ilgili hükümler iptal edilmiştir⁴¹.

Aynı kararda, daha sonra, kategorik olarak aynı tür başka düzenlemelerin, gene aynı gerekçelerle iptal edildikleri görülmektedir. Bu nedenle gereksiz tekrarlara girmekten kaçınarak karar hakkında bazı çıkarımlar yapma yoluna gidilecektir.

Görüldüğü gibi AYM, Anayasadaki sosyal haklar rejimi ile ilgili genel bir çerçeve çizmekte ve somut hak maddelerinden önce 5. maddeyi işaret etmektedir. 5. maddeden daha soyut bir hüküm ise sosyal devlet ilkesine yer veren 2. maddedir. Yani, 5. maddede geçen devletin kişiler önündeki ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma görevinin soyut ve genel niteliği, sosyal haklara bakıldığında somutlaşmakta ve belli bir sosyal hakkı düzenleyen normun ilgili olduğu konuda özelleşmektedir. Örneğin sosyal güvenlik hakkını düzenleyen bir normla karşılaşıldığında, artık ilk planda devlete kişi önündeki sosyal engelleri kaldırma görevi veren 5. maddeye gidilmesine gerek yoktur. Çünkü sosyal güvenlik hakkını somut bir şekilde düzenleyen bir norm zaten vardır. Bu sonuç, normlar arasındaki özel-genel ilişkisinin gereğidir.

Yukarıdaki karara başka bir açıdan da dikkat çekmek gerekmektedir. Görüldüğü gibi, iptal isteminin reddi kararı verilirken, ilgili sosyal hakla 5. madde arasındaki, özel norm-genel norm ilişkisi gereği, sorun ayrıca 5. madde açısından incelenmemiştir. Sınırlandırma sorunu sadece ilgili sosyal hak bağlamında ele alınıp, getirilen düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Fakat başka

⁴¹ ES 99/42, KS 01/41, Kİ 23/2 2001.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTAL/İTIRAZ/K2001/K2001-41.htm> Mahkeme daha sonra verdiği değişik bir kararda da Anayasa'nın 60. maddesindeki sosyal güvenlik hakkının 2. ve 5. maddelerde geçen sosyal haklar devleti ilkesinin somutlaşmış hali olduğu görüşünü sürdürmüştür.

ES 01/351, KS 03/10, Kİ 11/3 2003.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTAL/İTIRAZ/K2003/K2003-10.htm>

bir düzenleme ile ilgili bir iptal kararı verdiğinde, iptal isteminde, 5. madde söz konusu edilmediği halde, 5. madde, iptal kararına dayanak olarak kullanılmıştır

Aynı Kanunun çeşitli hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan başka bir davada da, yukarıdaki tutum sürdürülmüştür. Yukarıda incelenen kararda çizilen çerçeve tekrarlanmış, yukarıda ret kararı verilen iptal istemleri için aynı gerekçelerle gene ret kararı verilmiş, yukarıda iptal edilen düzenlemeler hakkında da, tekrar karar verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, önceki karardan dört gün sonra verilen bu karar, yukarıdaki karardan çıkarılan sonuçlara yeni bir şey eklememiştir⁴².

AYM'nin, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 110 maddesini, önüne itiraz yolu ile gelen üç ayrı davada tedrici biçimde iptal ettiği kararları da, 5. madde açısından önem taşır. Sosyal Sigortalar Kanunu'nun itiraz konusu 110. maddesi şu şekildedir: "Kastı veya suç sayılır bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremezlik geliri verilmez. Sigortalıya yalnız gerekli sağlık yardımı yapılır."

Buna göre sigortalı suç sayılan bir hareketiyle, iş kazasına uğraması durumunda olayda kastı olup olmadığına bakılmaksızın, geçici ve sürekli iş görmezlik gelirinden yararlanamamaktadır. Mahkemenin bu maddeyle ilgili ilk kararı da, düzenlemenin, "suç sayılır bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri verilmez" hükmünü konu almıştır. AYM değerlendirmesine, Anayasanın sosyal hukuk devleti ilkesini içeren 2. devleti bu ilkeyle bağdaşmayan engelleri kaldırmakla görevlendiren 5. ve sosyal güvenlik

⁴² E.S. 99/43, K.S. 01/46, K.İ. 27.2.2001.

<http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/İPTAL/İTIRAZ/K2001/K2001-46.htm>

hakkını düzenleyen 60. maddeye değinerek başlar. Ancak kararına dayanak olarak yaptığı değerlendirmeler tamamen 60. madde eksenindedir. Mahkemeye göre, modern toplumun ulaştığı bilimsel düzey ve ileri teknolojik uygulamalar, iş kazaları ve meslek hastalıklarına yeni boyutlar getirmiş ve yeni iş güvenliği sorunları ortaya çıkarmıştır. İleri ve karmaşık teknolojik uygulamalar bağlamında kusur kavramı, ceza hukukundaki anlamıyla suç kavramına dönüşebilmekte ve maddenin düzenlenişine göre kastî suç olmasa bile bu tür suç sayılabilir bir eylemi yüzünden işçi sosyal güvenliğinden yoksun kalmaktadır. Oysa, işçi, emeğinden ve yasaların düzenlediği sosyal güvenliğinden başka hiçbir güvenceye sahip değildir. Bu bakımdan, işçinin, kastî davranışı dışında, suç sayılabilecek kusurlu herhangi bir olay nedeniyle sosyal güvenlikten yoksun bırakılması prime dayanan sigorta anlayışına ters düşecektir. Bu nedenle, düzenleme, "... suç sayılır bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri verilmemesi..." bölümüyle sınırlı olarak, Anayasanın 2, 5 ve 60 maddelere dayanılarak iptal edilir⁴³.

Maddeyle ilgili ikinci kararında ise, ilk karardaki argümanlar tekrarılmış ve bu sefer "suç sayılır taksirli bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği verilmemesi" bölümüyle sınırlı bir iptal kararı verilmiştir⁴⁴.

Üçüncü kararda da, gene aynı argümanlarla, ama bu sefer "suç sayılır taksirli bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği verilmemesi" bölümüyle sınırlı bir iptal kararı verilmiştir⁴⁵.

⁴³ ES 91/23, KS 91/47, Kİ 10/12/1991, AYMKD, S 29/2, s 609-611

⁴⁴ ES 94/73, KS 94/75, Kİ 25/10/1994, AYMKD, S 31/1, s 458-459

⁴⁵ ES 95/37, KS 95/31, Kİ 11/7/1995, AYMKD, S 32/1, s 223-225. Son iki kararda dikkati çeken önemli bir husus, AYM'nin itiraz konusu kurallı denetlemek üzere sınırlandırırken yasada olmayan "suç sayılır taksirli bir hareketi" ifadesini kullanmasıdır. AYM bu durumu itiraz konusu davadaki olaydaki kusurun taksirle işlenmesine dayandırır.

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme içtihadında, yukarıdaki kararlar temelinde oturduğu gözlenen genel norm- özel norm ilişkisinin bulunmadığı eski bir karar da bulunmaktadır.

Söz konusu karardaki sorun, 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 19. maddesindeki "...Bu Kanun kapsamına giren ve inşası tamamlanmış yapılara Sosyal Sigortalar Kurumu prim ve cezaları uygulanmaz" hükmünden doğmaktadır. İtiraz yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan yerel mahkeme, Kanunun konu aldığı durumlarda, prim borçlarından vazgeçilmesiyle, SSK'nin tek gelir kaynağı olan primlerden yoksun bırakılarak, sosyal güvenlik görevini yerine getirmesinin fiilen önüne geçildiğini savunur.

AYM ise, konuyu sosyal güvenlik hakkını düzenleyen Anayasanın 60. maddesi değil, 5. maddesi bağlamında değerlendirir. Mahkemeye göre, "Devlet, daha önemli gördüğü bir sosyal çıkar için bir sosyal güvenlik kuruluşunun borçlarından elde ettiği gelirden vazgeçebilir. Bu iddia edildiği gibi sosyal güvenlik kuruluşlarını göstermelik birer kuruluş haline getirecek bir davranış olarak nitelenemez. Çünkü, kişinin sosyal güvenliğini sağlamak için gerekli tedbirleri almak ve teşkilâtı kurmak devletin ödevidir. Bu ödevini yine Anayasanın bir başka kuralına göre ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde üstlenen devletin ilgili kaynakların sağlanma yollarını bulmak konusunda geniş takdir yetkisi vardır. Kurum kaynaklarının yetmezlik gösterdiği alanlarda ona yardım edecek olan yine devlettir". Bu gerekçelerle 5. madde açısından iptal istemi reddedilir.

Kararın en ilginç yanlarından biri, Mahkemenin 60. madde ile ilgili değerlendirmesidir. Mahkemeye göre, itiraz konusu hükmün, Anayasanın sosyal güvenlik hakkı ile ilgili 60. ve devletin sosyal görevlerinin sınırını belli eden 65. maddeleriyle ilişkisi, dikkate alınamayacak derecede dolaylı ve uzaktır. Bunun yanında, Mahkeme, getirilen düzenlemeyle SSK'nın mali yapısının zayıflatıldığı iddiasını, Anayasanın 5. maddesi açısından yeterince incelediğini belirterek, Anayasanın 60. madde açısından ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek duymamıştır.

Karara karşı oy gerekçelerinde ise, şu saptamalar yapılmaktadır ilgili düzenlemenin uygulaması sonucunda, SSK ile bu madde kapsamına giren işveren (müteahhit) arasındaki alacaklı -borçlu ilişkisine doğrudan müdahale edilmek suretiyle, işveren, ödeme borcundan kurtarılacak, Kurum önemli miktarlara varan alacağını, tahsil edemez duruma düşecektir. Böylece, Kurumun, sosyal güvenlik kuruluşu olarak görevlerini yerine getirmesi aksayacaktır. Bu nedenle karşı görüşteki üyeler, iptali istenen hükmün, Anayasanın 5. ve 60. maddelerine aykır olduğu görüşünü savunmuşlardır⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki, kararın eleştiriyeye en açık yanı, konuyu sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 60. maddeye göre değil, 5. madde temelinde ele almasıdır. Bunun yanında, kararın eski tarihli olduğuna da dikkat çekmek gerekir.

AYM içtihadında benzer bir karar daha bulunmaktadır. Bu karara konu olan norm, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek. 24. Maddesidir. Düzenlemeye göre, SSK, sosyal yardım zammı adı altında prim esasına dayanmayan sosyal ödemeler yapmaktadır. İtiraz yoluyla başvuran mahkeme, sosyal sigorta sisteminin

⁴⁶ ES. 86/16, KS. 86/25, KI. 21.10.1986, AYMKD, S. 22, s. 290-291

prim esasına dayandığından hareketle, sosyal yardım zammı adı altında ve prim esasına dayanmayan ödemelerin SSK'yi mali açıdan zor bir durumda bıraktığını savunur. Yerel mahkemeye göre, bu düzenleme nedeniyle, SSK, asıl yükümlülüğü olan emekli maaşlarını ödeyemez duruma düşmüştür. Kurumu mali açıdan büyük bir darboğaza sokan uygulamanın, kurumun sırtına yüklediği yük gün geçtikçe artmaktadır. Bu durum sosyal güvenlik hakkını ihlal etmekte ve 5. maddede devlete verilen bir ödevin SSK'ye ve dolayısıyla sigortalılara yüklemektedir. İtiraz gerekçesine göre, sosyal yardımlar ve sosyal sigortalar birbirlerinden farklı sistemlerdir ve prim esasına dayanmayan sosyal yardımların, Kurum değil Devlet bütçesinden karşılanması gerekir. Uygulanan sistemde ise, ödemelerin yükünü, gerçekte prim ödeyenler çekmektedir. Bu ödemeler kurumun prim gelirlerinin %30'una ulaşmış ve kurumu asıl yükümlülüğü olan emekli aylıklarını ödeyemez duruma getirmiştir. Bu durumdan Sosyal Sigorta Kurumu ve dolayısıyla sigortalılar zarar görmektedir. Bu nedenle, söz konusu hükmün, Anayasanın sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 60. maddesine ve 5. maddeye aykırı olduğu ileri sürülür.

AYM ise, sosyal yardım zammının, hak eden iştirakçilere ödenecek devlet katkısı, Sosyal Sigortalar Kurumu'nun da, bu ödemenin aracı olduğu görüşündedir. Mahkemeye göre, Kurumun içinde bulunduğu akçalı güçlükler, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan bu ödemenin yapılmasını geciktirse, yavaşlatsa, azaltsa da, bireylerin ve ailelerin sosyal güvenliğini olumlu biçimde etkileyen yardımın kaldırılmasına neden olamaz. Yardım bir sosyal katkı olarak, asıl ödemeler doyurucu düzeyde olmadıkça, sosyal devlet niteliğine uygundur. Yalnızca mali darboğaz Anayasaya aykırılık nedenini oluşturamaz. Kurumun mali yönden iyileştirilmesi için alınacak önlemler kanunkoyucunun ve Kurum yönetiminin yetki ve görev alanına

giren konulardır. Sosyal yardım zammının Anayasanın 5. maddesinde sayılan Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmayan yönü olmadığı gibi, terzine, bu maddeye uygun düşen bir yaklaşım türüdür⁴⁷.

Görüldüğü gibi sosyal yardımlar konusunda AYM, yasama organına geniş bir taktir alanı bırakmaktadır. Bu alan o kadar geniştir ki, sosyal güvenlik kurumları ve dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının zarar görmesi bile, Mahkemenin değerlendirmesine konu olamamıştır. Bir önceki kararda da sergilenen bu yaklaşımla Mahkeme, her halükarda sosyal güvenlik kurumlarının devlet tarafından destekleneceğini hesaba katmaktadır. Mahkemenin, neden itiraz konusu maddeyi iptal etmediği konusundaki açıklaması da buna dayanır. Mahkeme, Kurum mali darboğaza düşse de, Devlet tarafından destekleneceğini ve sosyal devletin gereği olarak gördüğü bu ödemelerin süreceğini, tersi durumda ise bu ödemelerin kesileceğini belirtir.

⁴⁷ ES 93/17, KS 93/41, Kl. 18.11.1993, AYMKD, S.31/1, s.259-274

SONUÇ

Bu çalışmada, 1982 Anayasası'nın 5. maddesiyle devlete yüklenen kişi önündeki engellerin kaldırılması görevinin hukuki niteliği ve anlamı, kavramsal tartışmalar ve yargı içtihatları açısından tahlil edilmeye çalışılmıştır. Yukarıda da değinildiği gibi, Türk anayasacılığına 1961 Anayasası'nın 10/2 hükmü ile girmiş olan bu görev, temelde sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır.

18. yüzyıl anayasacılık hareketleriyle, faaliyetlerine hukuk devleti ilkesi ile sınırlar getirilen devlet için, özgürlük karşısında negatif edim yükümlülüğü söz konusudur. Bu yaklaşıma göre, kişinin özgür olabilmesi için devletin müdahalesiz kalması gerekmektedir. Ancak zamanla büyüyen sınıfsal çelişki ve çatışmalar, bu yöndeki görüşleri aşındırmıştır. Devletin müdahalesiz kalması, pratikte, sosyal açıdan güçlü kesimlerin çıkarına olmuş, toplumsal barış tehlikeye girmiştir. Bazı toplumsal hareketler sonucunda, 19. ve 20. yüzyıllarda devlete sosyal görevler yükleyen yeni anayasalar doğmuştur. Bu bağlamda, sosyal eşitsizliklerin giderilmesi konusunda sorumlu görülmeyen liberal devlet modeli, yerini, sosyal devlet modeline bırakmıştır. Sosyal devlet, liberal devletten farklı olarak, sosyal açıdan zayıf kesimleri gözetecek görevler yüklenerek, ekonomik hayata, sosyal amaçlarla müdahale eder. Sosyal devlet modelinde, toplumdaki sosyal eşitsizlikleri giderici ve sosyal adaleti sağlayıcı bazı tedbirlerle, özgürlüğün, sosyal açıdan zayıf kişiler için de, yaşanılabilir kılınması hedeflenir. Ancak liberal devlet ve sosyal devlet modelleri arasındaki bu ayrışma, sosyal devlet modelinin yerleşmesi ile, liberal devletin en önemli unsurlarından biri olan hukuk devleti ilkesinden vazgeçildiği anlamına gelmemektedir. Sosyal devlet modelinde, devlete ekonomik ve sosyal alanda bazı

edimler yüklenilmesine rağmen, hukuk devleti ilkesi ile devlet faaliyetlerine getirilen objektivizm ilkesinin devam ettirildiği görülmektedir.

Hukuk devleti ile sosyal devlet arasındaki bu ilişki, 1961 Anayasası'nın 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 5. maddde hükümleri açısından da özel bir önem taşımaktadır. İlgili hükümlere göre, devletin kaldırması gereken, sadece kişi önündeki sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmayan engeller değildir. İlgili düzenlemelerle devlete verilen görev, sosyal devlet ilkesi yanında, hukuk devleti (ya da sosyal hukuk devleti) ilkesi ile bağdaşmayan engellerin de kaldırılmasını gerektirmektedir. Keza ilgili hükümlere göre, sadece kişi önündeki sosyal engeller değil, siyasal ve ekonomik engeller de kaldırılmalıdır. Yani, ilgili hükümler aynı zamanda klasik haklar bağlamında karşılaşılabilecek engellerin kaldırılmasını da gerektirmektedir. Bu nedenle sosyal devlet ilkesinin hukuk devleti ilkesi ile beraber kullanımı, tüm temel hak ve özgürlükler için devlete pozitif edimler yüklenildiği anlamına gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası, sosyal devlet modeline yer vermekle beraber, sosyal içerik açısından, 1961 Anayasası'na göre geride kalmıştır. Kişi önündeki engellerin kaldırılması görevi açısından bakıldığında da, bazı belirgin farklılıklar vardır. 1961 Anayasası'ndan farklı olarak bu görev, "temel hak ve özgürlüklerin niteliği" başlığı altında değil, "devletin temel amaç ve görevleri" arasında düzenlenmiştir. Devletin temel amaç ve görevleri arasında Türk milletinin bağımsızlığını ya da ülke bütünlüğünü korumak da bulunduğu için, bu görev 1961 Anayasası'ndaki düzenlemeye göre gölgede kalmıştır.

1982 Anayasası'nın 5. maddesinin hukuki gücünü incelerken, devlete verilen söz konusu görevin, her bir devlet erki için aynı sonucu doğurmasının mümkün olmadığını gözetmek gerekir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, her bir devlet

erkinin işleyişinde, bu erkler özgü ilkelerin hakim olmasıdır. Bu nedenle, bu görevin gerekleri, her erk için ayrı sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir hukuk normunun, kişiye bir subjektif kamu hakkı tanınması, bu hakkı yargı yoluyla koruyabilecek şekilde düzenlemesini gerektirir. Bu nedenle, devlete pozitif edim yükleyen bazı düzenlemeler, yasama organının kanuni bir düzenlemesi olmaksızın hayata geçemiyorsa, bu düzenlemelerle kişilere bir subjektif kamu hakkı tanındığı söylenemez. Keza, yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince, yasama organı bu anayasal düzenlemenin kanuni boyutta gereğini yerine getirmesi için zorlanamaz. Bu tür hükümler, devleti belirli bir konuda görevli kılsalar da, yasamanın eylemsiz kalması halinde hukuki bağlayıcılık gücünden yoksundurlar. Bu nedenle bu tür düzenlemelere program hüküm denilmektedir. 1982 Anayasası'nın 5. maddesi de, bu nedenle bir program hükümdür. Yasama organı açısından bağlayıcılık gücü hukuki değil, siyasi. Bunun yaptırımını da, bu görevi yerine getirmeyen yasama meclisi üyelerinin bir sonraki seçimde seçmen tarafından seçilmemeleridir.

Yürütme erki açısından incelenmesi gereken organ ise idaredir. İdarenin kanun karşısındaki sorumluluğu, yasamanın anayasa karşısındaki sorumluluğundan farklılık göstermektedir. İdare, kanunları mutlaka uygulamak zorundadır. Bu kanunlar idareye bir pozitif edim yükümlülüğü de getirebilir. Bu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde idarenin sorumluluğu doğar. Ancak gözetmek gerekir ki, idarenin kanuniliği ilkesi, idari bir organın kanunla kurulmasını ve idari bir görevin kaynağının bir kanun olmasını gerektirir. Yani idarenin bir konuda görevli ve sorumlu olabilmesi, açık kanuni bir düzenlemeye bağlıdır. Oysa 5. madde bir anayasa hükmü olarak böyle bir etkiye sahip değildir. Çünkü, madde ile devlete

yüklenen görev soyuttur ve anayasa hükmüne dayanılarak uygulanabilecek açıklıkta değildir. Bu nedenle, idarenin bu görevin yerine getirilmemesinden doğan bir sorumluluğu olamaz.

Yargı erki içinde ise AYM'nin konumu önem taşır. Mahkemenin anayasaya aykırı kanunları iptal edebilme yetkisine sahip olması, yasama erkinin 5. madde bağlamındaki sorumluluğunu da etkilemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, yasama organının kendisine pozitif edim yükleyen bir anayasa normu karşısında hareketsiz kalmasının bir müeyyidesi yoktur. Ancak yasama organının, anayasada kendisine verilen bir görevle ters düşen bir kanun çıkarması halinde, farklı bir durumla karşılaşırız. Keza, yasamanın söz konusu görevin yerine getirilmesini düzenleyen bir kanunu kaldıran ya da uygulama alanını daraltan düzenlemeler, AYM denetimine tabi olurlar. Bu tür düzenlemeler AYM tarafından iptal edilebilirler. Bu durum göstermektedir ki, 5. madde ile bağdaşmayan kanuni düzenlemeler iptal edilebilecektir.

5. maddenin devletin negatif ve pozitif edimini gerektiren haklarla girdiği ilişkinin niteliğinin de farklı olduğunu belirtmek gerekir. 5. madde anayasada devletin pozitif edimini gerektiren sosyal haklar için bir genel hükümdür. 1961 Anayasası'nın muadil 10/2 hükmü de aynı mahiyettedir. Bu ilişki AYM'nin vermiş olduğu birçok kararlarda da gözetilmiştir. Bu ilişkinin doğal bir sonucu anayasadaki sosyal haklarla ilgili bir konuda sorunun 5. maddeye gitmeden ilgili sosyal hak bağlamında çözülmesidir. Ancak AYM'nin her zaman böyle bir yol izlediğini söylemek mümkün değildir.

5. maddenin anayasadaki seçme ve seçilme hakkı gibi siyasal haklarla da, bir genel norm-özel norm ilişkisi içine girebildiğini belirtmek gerekir. Kişinin siyasal

haklarını kısıtlayan düzenlemeler, kişi önündeki siyasal engellerin kaldırılması görevini içeren 5. madde ile de bağdaşmayacaktır. AYM'nin, seçim hukukuyla ilgili bazı kanunların denetiminde bu ilişkiyi gözeten kararları bulunmaktadır.

Bunun yanında devletin negatif edimini gerektiren hakların sosyal boyutlarının gözetilmesinde de, 5. maddenin önemli bir rolü olabilir. Örneğin sosyal açıdan zayıf kesimleri, medeni haklarından mahrum bırakan bir düzenleme, AYM tarafından 5. maddeye dayanılarak iptal edilebilmektedir. Bu yaklaşım, temel hak ve özgürlükleri gerçek anlamda yaşanabilir kılmada 5. maddenin üstlenebileceği bir rol olduğunu göstermektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

- Akad, Mehmet. **Teori ve Uygulama Açısından Anayasanın 10. maddesi.** (İstanbul: İÜHF yay., 1984)
- Akad, Mehmet. **Teoride ve Uygulamada Sosyal Güvenlik Hakkı.** (İstanbul: Kazancı yay., 1992)
- Akad, Mehmet/Dinçkol Abdullah, **1982 Anayasası Madde Gereklere ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları.** (İstanbul: Alkım yay., 1998)
- Akartürk, Ali Ekrem. **1995 Anayasa Değişiklikleri Işığında Memurların Sendikal Hakları.** (İstanbul: Alkım yay., 1998)
- Akın, İlhan. **Kamu Hukuku.** (İstanbul: Beta yay., 1993)
- Aktan, Coşkun Can. **Müdahaleci Devletten Sınırlı Devlete** (Ankara: Yeni Türkiye yay., 1999)
- Aldıkaçtı, Orhan. **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası.** (İstanbul: İÜHF yay., 1978)
- Aliefendioğlu, Yılmaz. **Anayasa Yargısı.** (Ankara: Yetkin yay., 1997)
- Bauman, Zygmunt. **Freedom.** (Milton Keynes: Open Universty Press, 1988)
- Bilgen, Pertev. **İdare Hukukuna Giriş.** (İstanbul: Filiz kitabevi, 1999)
- Buhr, Manfred/ Kosing, Alfred. **Felsefe Sözlüğü.** (İstanbul: Konuk yay., 1976)
- Caniklioğlu, Meltem. **Liberalizm** (-izimler dizisi no3), (İstanbul: BDS yay., 1996)
- Caniklioğlu, Meltem. **Liberalizm** (-izimler dizisi no7), (İstanbul: BDS yay., 1996)

- van Dijk, P. / van Hoof, G.J.H. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, (The Hague: Kluwer Law, 1998)
- Donnelly, Jack. **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (çev.) Mustafa Erdoğan/Levent Korkut, (Ankara: Yetkin yay., 1995)
- Duran, Lütfi. **İdare Hukuku Ders Notları**, (İstanbul: İÜHF yay., 1982)
- Erdoğan, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**, (Ankara: Siyasal kitabevi, 2002)
- Erdoğan, Mustafa. **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, (Ankara: Liberte yay., 1999)
- Eroğul, Cem. **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, (Ankara: AÜSBF yay., 1974)
- Eroğul, Cem. **Anatüzeeye Giriş**, (Ankara: İmaj yay., 2004)
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, A. Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, (Ankara: Turhan yay., 2002)
- Gray, John. **Liberalism**, (Buckingham: Open Universty Press, 1995)
- Gill, Graeme. **The Nature and The Development of The Modern State**, (New York: Palgrave Macmillan, 2003)
- Giritli, İsmet/ Bilgen, Pertev/ Akgüner, Tayfun. **İdare Hukuku**, (İstanbul: Der yay., 2001)
- Günday, Metin. **İdare Hukuku**, (Ankara: İmaj yay., 2003)
- Güneş, Turan. **Türk Pozitif Hukukunda Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri**, (Ankara: AÜSBF yay., 1965)
- Gören, Zafer. **Temel Hak Genel Teorisi**, (Ankara: DEÜHF yay., 1995)
- Gören, Zafer. **Anayasa ve Sorumluluk, C.2**, (İzmir: DEÜ yay., 1999)
- Göze, Ayferi. **Sosyal Devlet Sistemi**, (İstanbul: İÜHF yay., 1976)
- Göze, Ayferi. **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, (İstanbul: Beta yay., 1986)

- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, (Bursa: Ekin yay., 2000)
- Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**, (Bursa: Ekin yay., 2003)
- Habermas, Jürgen. **Kamusalılığın Yapısal Dönüşümü**, (çev.) Mithat Sancar/Tanıl Bora, (İstanbul: İletişim yay., 2002)
- Kaboğlu, İbrahim. **Kollektif Özgürlükler**, (Diyarbakır: DÜHF yay., 1989)
- Kaboğlu, İbrahim. **Anayasa Yargısı**, (Ankara: İmge yay., 2000)
- Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku**, (Ankara: İmge yay., 2002)
- Kapanı, Münci. **Kamu Hürriyetleri**, (Ankara: Yetkin yay., 1993)
- Kılı, Suna. (der.), **1960 Devrimi, Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası**, (İstanbul: Boyut kitapları, 1998)
- Koray, Meryem. **Sosyal Politika**, (Bursa: Ezgi kitabevi, 2000)
- Köker, Levent. **Demokrasi Üzerine Yazılar**, (Ankara: İmge yay., 1992)
- Köker, Levent. **İki Farklı Siyaset**, (Ankara: Vadi yay., 1998)
- Kubalı, Hüseyin Nail. **Anayasa Hukuku Dersleri**, (İstanbul: İÜHF yay., 1971)
- Kuzu, Burhan. **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, (İstanbul: Filiz kitabevi, 1990)
- Macridis, Roy C./Hullrung, Mark L. **Contemporary Political Ideologies**, (New York: Hapers Collins College Publishers, 1996)
- Mowbray, Alastair. **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, (Oxford- Portland Oregon: Hart Publishing, 2004)
- Onar, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, (İstanbul: Hak kitabevi, 1960)
- Öktem, Niyazi. **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, (İstanbul: İÜHF yay., 1977)

- Özücü, Esin. **Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti: Konut**, (İstanbul: İÜHF yay., 1972)
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, (Ankara: Yetkin yay., 2003)
- Öztürk, Kazım. **T. C. Anayasası**, (Ankara: İş Bankası yay., 1966)
- Sabine, George. **Siyasal Düşünceler Tarihi-3, yakınçağ**, (çev.) Özer Ozankaya, (Ankara: Türk Siyasal İlimler Derneği yay., 1969)
- Sabuncu, Yavuz. **Anayasa Hukukuna Giriş**, (Ankara: İmaj yay., 2003)
- Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**, (Ankara: AÜSBF yay., 1982)
- Sancar, Mithat. **Devlet Aklı Kaskacında Hukuk Devleti**, (İstanbul: İletişim yay., 2000)
- Sartori, Giovanni. **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Yetkin yay., Ankara, 1996)
- Soysal, Mümtaz. **Anayasaya Giriş**, (Ankara: AÜSBF yay., 1969) Metinde 1969a olarak kısaltılmıştır.
- Soysal, Mümtaz. **Dinamik Anayasa Anlayışı**, (Ankara: AÜHF yay., 1969) Metinde 1969b olarak kısaltılmıştır.
- Soysal, Mümtaz. **Anayasanın Anlamı**, (İstanbul: Gerçek yay., 1979)
- Şaylan, Gencay. **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, (Ankara: İmge yay., 1995)
- Talas, Cahit. **Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi**, (Ankara: Bilgi yay., 1992)
- Tanılı, Server. **Devlet ve Demokrasi**, (İstanbul: Çağdaş yay., 1996)
- Tanör, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, (İstanbul: May yay., 1978)
- Tanör, Bülent. **İki Anayasa**, (İstanbul: İmge yay., 1986)

- Tanör, Bülent. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, (İstanbul BDS, 1994)
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Hukuku**, (İstanbul YKY, 2001)
- Teziç Erdoğan **Anayasa Hukuku**, (İstanbul Beta yay, 1997)
- Tunaya, Tarık Zafer. **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, (İstanbul: İÜHF yay, 1975)
- Tunçay, Mete. (der.), "Uygar Yönetim Üzerine İkinci Deneme'den Seçme Parçalar", **Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi-Yeni Çağ**, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi yay., 2002)
- Turhan, Mehmet. **Anayasal Devlet**, (Ankara Natürel yay, 2003)
- Uygun, Oktay. **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, (İstanbul Kazancı yay., 1992)
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Yargısında Anayasalık Bloku**, (İstanbul: İÜHF yay., 1993)
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, (İstanbul Beta yay, 1996)

MAKALELER:

- Akad, Mehmet. "1982 Anayasası'nın 5. maddesi Üzerine Bir Karşılaştırma ve İnceleme Denemesi", **Adalet Dergisi**, S.2, (Mart-Nisan 1990), s.51-63
- Akalın, Güneri. "Liberalizm Açısından Devletin Ekonomideki Rolü", **Yeni Türkiye**, S.25, (Ocak-Şubat 1999), s.242-253

- Akın, İlhan/Akad, Mehmet. "Cumhuriyetin Elliinci Yılında Temel Hak ve Özgürlükler", **İÜHF 50. Yıl Armağanı**, (İstanbul: İÜHF yay., 1973), s. 23-52
- Akın, Rıdvan. "Anayasa Mahkemesi'nin En Az Koruduğu Cumhuriyet İlkesi: Sosyal Devlet", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 13, S. 1-3 (2000), s. 29-40
- Aktan, Coşkun Can. "Özgürlüklerin İki Boyutu: Siyasal Özgürlükler ve Ekonomik Özgürlükler", **Yeni Türkiye**, S. 21, (Mayıs-Haziran 1998), s. 1075-1089
- Aktan, Coşkun Can. "Demokrasi ve Liberalizm", **Yeni Türkiye**, S. 25, (Ocak-Şubat 1999), s. 142-144
- Carter Ian. The Concept of Freedom, <http://www.gmu.edu/~ihs/hsrfall96.html>, 15/02/2003
- Corbett, Bob. The Problematic of Human Rights, <http://www.webster.edu/~corbetre/philosophy/moral/h-rights/neg-pos.html>, 15/02/2003,
- Gören, Zafer. "Sosyal Devlet", **Anayasa Yargısı**, (1997), S. 14, s. 89-154
- Gürkan, Ülker. "Sosyal Adalet", **Adalet Kavramı** (der.) Adnan Günz, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu yay., 2001), s. 115-124
- Huber, Ernst Rudolf. Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet, **AÜHFD**, C. 27, (1970), s. 36-51
- Jones, Harry W. "The Rule of Law and the Welfare State, **Annales de Faculté Droit İstanbul**, S. 12, (1959), s. 243-258
- İzveren, Adil. "Toplumsal Bir Aşama Olarak Sosyal Devlet", **Dünya Dergisi**, S. 18-19, (1975), s. 33-45
- Kaboğlu, İbrahim. "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", **İnsan Hakları Yılıp**, S. 12, (1990), s. 139-166

. Kizer, J.G. Two Concepts of Freedom,

<http://www.libertyhaven.com/theoreticalorphilosophicalissues/libertarianism/conceptslib.html>, 15/02/2003

. Lipson, Leslie. "Demokrasinin Felsefesi", (çev.) Mustafa Erdoğan, *Sosyal ve Siyasal Teori*, (der.) Atilla Yayla, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1993), s.16-22

. Nuss Kare. The Ethics of Substantial Freedom, <http://www.wku.edu/~jan.garrett/senethic.htm>, 15/02/2003

. Sabuncu, Yavuz. "Temel hakların Anayasal Konumu Üzerine", *İnsan Hakları Yılı*, C. 7-8, (1985-1986), s.15-26

. Savaş, Vural Fuat. "Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adalet Üzerine Bazı Düşünceler", *Adalet Kavramı*, (der.) Adnan Güriz, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu yay., 2001), s.125-136

. Savaş, Vural. "TC Anayasalarında Ekonomik Hak ve Özgürlükler", *Anayasa Yargısı*, S.6, s.173-201

. Serozan, Rona. "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İÜHF*, C.37, S.1-4, s.135-141

. Soysal, Mümtaz. "Eğitim Hakkı ve Öğrenim Özgürlüğü, Türkiye'de İnsan Hakları Semineri", (Ankara: AÜHF yay., 1970), s.245-255

. Tanör, Bülent. "Kapitalizmin Uluslararası Sosyal Hukuka Etkisi", *Hıfzı Timur'a Armağanı*, (İstanbul, İÜHF yay., 1979), s.879-887

. Talas, Cahit. "Öğretelerde Sosyal Devlet", *İnsan Hakları Yılı*, C.13, (1991), s.91-102

. Tekeli, İlhan. "Liberalizmi Ontolojik Temellerinden Yola Çıkararak Sorgulamak", *Yeni Türkiye*, (Ocak-Şubat 1999) S.25, s.77-81

- Toka, Neşet. "Eğil Yurttaş ve Özgür Bireyin Varoluşunun Hukuki Temeli", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi**, S.5, s.45-51
- Turhan, Mehmet. "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", **AÜHFĐ**, C.34, S.1-4, s.63-115
- Türk, Hikmet Sami. "Sosyal Hukuk Devleti", **Halkevleri Dergisi**, S.91, (Mayıs1974), s.5-13
- Özbudun, Ergun. Türkiye Raporu, (çev)Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı**, (Ankara: AYM yay., 1988), s.181-206
- Özlem, Doğan. "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", **Doğu-Batı**, S.13, (Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001), s.9-23
- Uğur, Aydın. "Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Geliş ve Hukuk Alanına Uygulanması", **AÜSBFD**, C.38, (Ocak-Aralık 1983), S. 1-4, s.181-195
- Uygun, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", **İnsan Hakları**, (İstanbul: YKY, 2000), s.13-42
- Yayla, Yıldızhan. "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", **Hıfzı Timur'a Armağan**, (İstanbul: İÜHF yay.,1979), s.973-1040
- Yayla, Yıldızhan. "1982 Anayasası'na Göre Devletin Özü", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S.1-3, 1983, s.133-149