

# Kavramların Belirlenmesi ve Ayrımı

Muammer AKKAYA  
Eskişehir Cumhuriyet Savcısı

**B**irinci sayıdaki açıklamalarımızda hak kavramının özgürlüğü de içermekle beraber kimi yasakları ve yararlanma istemlerini de içerdiğini belirtmiştik.

Kavramların içeriklerini açıklamak bakımından öğretide çeşitli ayrımlar ileri sürülmektedir.

Çok taraftar bulmuş ve benimsemiş olan Geurg JELLİNECK'in ayrımına göre haklar ve özgürlükleri üç kümede toplamak olasıdır. (23-24)

**a- Negatif Statü Hakları :** Kişinin, devlet tarafından aşılmayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen özgürlüklerdir. Bunlar vicdan, düşünce, kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı v.b. haklardır. Bunlar devlete negatif-olumsuz-bir tutum, sadece bir karışmama ve "Gölge Etmeme" ödevi yüklerler.

**b- Pozitif Statü Hakları :** Vatandaş devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ve yardım isteme olanaklarını tanır (Sağlık, öğrenim, çalışma, sosyal güvenlik vs. haklarıdır.) ve bunun karşılığında devlete sosyal alanda belirli ödevler ve işlevler yüklerler.

**c- Aktif Statü Hakları :** Siyasal görüş ve tutumlarını açıklama örgütlenme oy kullanma, referandum, seçme ve seçilme yollarıyla vatan-

daşa toplum yönetiminde söz sahibi olma ve kararlara katılma yetkisini veren siyasal haklardır. Bunlara sırasıyla 1-Koruyucu Haklar, 2-İsteme Hakları, 3-Katılma Hakları da denir.

M.SENCER'in -benimsediğimiz - görüşüne göre, "Hak" kavramının : Özgürlükleri, kimi yasakları ve yararlanma istemlerini de içerdiğini yukarıda belirtmiş ve "Özgürlük" kavramının tanımını vermiştik. "Yasak" ve "Yararlanma istemi" nin aynı yazara göre tanımlarına gelince. (25) "Yasak, insanın bir davranış ya da eyleme uğramaması ya da aykırı bir uygulamaya karşı korunmasıdır". Bu tanımın içine giren kişi haklarını oluşturan özgürlüklerin başlıcaları, kişi ve konut dokunulmazlığı, özel yaşamının gizliliğinin çiğnenmesi yasağı, angarya ve fazla çalıştırma yasağı, zalimce insanlık dışı ya da onur kırıcı davranış yasağıdır. Kişi hakları olarak ilk kazanılan haklar olan özgürlük hakları ise, kişi özgürlüğü ve güvenliği, haberleşme, yerleşme ve yer değiştirme, düşünce, din ve vicdan, basın ve toplanma ve dernek kurma özgürlükleridir.

"Yararlanma istemi"ne gelince. Bu, bir insanın bir olanak ya da koşuldan yararlanmak ya da bir fir-

satı kullanmak isteyebilme yetkisi-dir. Yararlanma haklarının toplumsal ve ekonomik hakların büyük çoğunluğunu kapsamaması nedeniyle, bu tanıma giren haklar da toplumsal güvenlik, çalışma ve işsizliğe karşı korunma, örgütlenme ve sendika kurma, eşit ve adil ücret, dinlenme ve ücretli tatil hakkı, sağlık ve gönence yeterli bir yaşam düzeyi, öğrenim hakkı ve kültürel haklardır. Bu sayıların yanında kişi haklarıyla toplumsal ve ekonomik haklarının arasında, ne tamamen kişi haklarına giren veya ekonomik ve toplumsal haklar içinde olan, kimi yönüyle kişi haklarına, bir bölümüyle de toplumsal haklar içinde sayılabilecek olan siyasal hak ve özgürlüklerinden söz etmek gerekir.

**Osmanlı Ve Türk Anayasalarında Hak Ve Özgürlük Kavramlarına Bir Bakış:**

Monarşik-Tekerikli yönetiminden meşruti-koşullanmış, koşullu yönetime bilinen uzun uğraşlar sonucu geçen Osmanlı Toplumunun anayasası\* olan 23 Aralık 1876 (1293) Kanuni Esasi'de "Tebaa

\* Türklerin "İlk" anayasası demekten özellikle kaçınıyorum. Kimi anayasa hukukçuları söz konusu anayasayı "İlk" anayasa olarak kabul ediyorlar. Karışık uluslardan oluşan Osmanlı Devleti'nin Lozan Antlaşması ile tarihe gömüldüğünü, söz konusu antlaşmaları hükümleri gereğinde "Osmanlı Mirası"nın yatsındığını sayarak böyle düşünüyorum.

Devlet Osmaniye'nin hukuki umumiyesi" başlığı altında 8-26. Madde arasında kimi "Mükellefiyet", "Masuniyet", "Mezuniyet", "Tahdi Himayet", "Mütesavi", "Emin", "Memnu" gibi sözcüklere rastlanılı-

*Çağdaşı bildirgelerde ve hatta önceleyen belgelerde üstelenen ve tanımlanan hak ver özgürlüklere rastlamak olanaksız. Bu, o günkü Osmanlı Yönetim anlayışının, ileri giderek düşünce anlayış ve yaklaşımının doğal sonucu. 1876 Kanuni Esasi'sinin mimarlarının düşünce frekanslarına uygun bir sonuç bu.*

yor. Ama hak ve özgürlük kavramlarına açıkça yer verilmediği, kimi hak ve özgürlük gibi görünen yetkiler, görevler ve dokunulmazlıkların, hak ve özgürlüğü belirleyici ölçütlerinden hak arama ve koruma yöntemleri ile güvence altına alınmadan söz edemiyoruz. Çağdaşı bildirgelerde ve hatta önceleyen belgelerde üstelenen ve tanımlanan hak ver özgürlüklere rastlamak olanaksız. Bu, o günkü Osmanlı Yönetim anlayışının, ileri giderek düşünce anlayış ve yaklaşımının doğal sonucu. 1876 Kanuni Esasi'sinin mimarlarının düşünce frekanslarına uygun bir sonuç bu. Klasik haklar kısa birer madde olarak sayılıyor. Tanımlamalar yok.

Türk Devleti'nin kuruluş sancılarının yaşandığı Ulusal Kurtuluş Savaşı çabası ve karmaşası içinde 20.01.1337 gün ve 85 numaralı olup 23 asıl ve paragraf olarak düzenlenen Madde Münferide-aynı maddeden oluşan "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu"nda hak ve özgürlüklerden hiç söz edilmiyor.

Pozitif hukuk yazısına 491

ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

numara ve 20.04.1340 (1924) günlü olarak geçen ve "1924 Anayasası" denilen anayasaya gelince. Söz konusu anayasa iç dizini içinde "5. Bölüm" başlığı altında 68-88 maddelerde "Türklerin Kamu Hakları" olarak sıralanan hak ve özgürlüklerinin, hak arama ve koruma yöntemlerinden ve güvencelerinden uzak sıralandığını görüyoruz. Kaynağımı 18. yüzyılın doğal hak kuramından alan biyayırım ve yaklaşımla;

"Madde 68- Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek herşeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı başkalarının hürriyeti sınırındır. Bu sınırı ancak kanun çizer." anlatımını buluyoruz.

Ashında 1921 Anayasası gibi 1924 Anayasası'nda "Ulusal Egemenlik" kavramının Türk tarihinde ilk kez parlamentonun varlığı ile kaynaştırılmış bir biçimde, temel hukuk kuralları ile birlikte ortaya çıkışıyla, çoğunluğun iradesinin herşeyin üstünde olduğu anlayışının sonucu, meclis iradesinin sınırlandırılmayacağı düşüncesi doğuyor. Meclis iradesinin hiç bir kayıt ve koşula bağlı tutulamayacağı düşüncesi, devlet yönetiminde çoğunluğa sahip olanın egemenliğe de sahip olacağını, egemenliğin ise hak ve özgürlük gibi kavramlar ileri sürülerek sınırlandırılmaması gerektiğine yatkındı. Vatandaşların hak ve özgürlüklerini koruyacak en sağlam güvence, egemenliğin meclis tarafından kullanılmasyla sağlanabilir düşüncesi geçerliydi.

Kimi hak ve özgürlüklerin

soyut anlatımlarla, tanımına girmeksizin sayıldığı görülmektedir. Güvenceleri belirtilmeksizin: Kişi dokunulmazlığı, doyunc, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma ve özgürlük haklarının Türklerin doğal haklarından olduğu belirtiliyor. Madde -70, 103. maddesiyle de hiç bir yasanın anayasaya aykırı olamayacağı düzenlenmiş. Ancak, yasaların anayasaya aykırılığını denetleyecek bir organ yok. Normal yargı yolunun kapalı olduğu da\* göz önüne alındığında "Milli İrade" anlayışında yola çıkarak güvencenin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunun varsayılp, bir yasanın anayasaya aykırı olup olmadığının çözümünün ve bunun yorumunun yapılmasının TBMM'nin görev ve yetkisinde olduğu gibi ilginç bir sonuç varılıyor. Hem yasaları koyacaksın, hem de uygulamaya değin yorumlamayı yapacaksın. Hak ve özgürlüklerin hak arama ve güvence yöntemlerinden yoksun, soyut, ismen sıralanıp anlatımının sıkıntılarını, ulusca yaşanan egemenliğin salt çoğunluğun "Ben çoğunluksam sayısal çokluğun egemenliğin anlamıdır. Öyleyse benim dediğim doğrudur ve geçerlidir." gibi bir düşüncenin ürünü olan -tüm karşı savlara karşın- 1950/1960 yıllarında dönemin zorlukları belleklerdedir. Salt 1950/1960 değil, görüşümüze göre daha eskilere, tek parti dönemi ve sıkıntılarına hatta daha gerilere

\*Bu konunun tartışmaları yapılmış ve sonuçta normal yargı yolunun kapalı olduğu, ancak normal yargı yolu dışında bir yargının bugünkü anlamda Anayasa mahkemesinin varlığının anayasada düzenlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

İttihat ve Terakki ya da daha öncesi dönemlere tepki olmak üzere ve anayasa hukukçularının "2. Cumhuriyet Anayasası" dedikleri 334 sayılı 1961 Anayasasını görmekteyiz sonra uygulamadan önce hazırlanışı sı-

*Çağdaş demokratik rejimi temel seçenek olarak ele alan anlayışın ürünü olan anayasalar, devlet gücü ile temel hak ve özgürlükleri birbirine zıt kavramlar olarak ele alamazlar; aksine kişiyi, devletten önce ve devlet dışında dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte belli hak ve özgürlük alanlarının sahibi olarak değerlendirirler.*

rasında ve uygulandığı yıllarda bir toplumun köktenci olmasa bile değişimini iç yapısı ile erekleleyen bir anayasa "İlk" lerle dolu, sonradan "Lüks" sayılsa bile. 156. madde hükmü gereği Anayasa metninden sayılan başlangıç bölümünde

"..... insan hak ve hürriyetleri, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk denetimini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için ....." Anayasanın kabul ve ilan edildiği ileri sürülüyor. Sonra temel haklar ve özgürlükler; kişi hak ve özgürlükleri, toplumsal ve ekonomsal, siyasal hak ve özgürlükler 10-62. maddelerde sıralanıyor. Hem anayasa dizini içinde yer alışı, sayılıp sıralanışı, hem de ayrıntılarıyla sıralanışı bakımından çağdaş anayasa olarak görüntü veriyordu.

Doğal hukuk anlayışını anımsatacak bir biçimde düzenlenen 10. maddesinde

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

Denmektedir ama, izleyen maddelerde salt kişi hakları ve siyasal

hakların dışında ekonomsal ve sosyal hakları da asal sayan bir liste ile karşılanmaktadır. "Sosyal ve iktisadi Haklar ve Ödevler" başlığı altında sosyal demokrasilerdeki evrensel gelişmeye koşut hükümler yer alı-

yordu. Sosyal hak ve özgürlüklerin 1971 ve 1973 değişikliklerinden önceki anlatımları incelendiğinde haklar ve ödevler

bakımından özgürlüğün asıl, sınırlamaların ise ayrıcalık olduğu gözlemleniyordu. Hakların sınırlandırılabilmesinde ana ilke, sınırlamanın "Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve ancak yasa ile" olabileceği, sınırlamayı getirebilecek yasa- ların ise "hak ve özgürlüklerin "Öz"üne dokunmayacağı" kuralına bağlanmış idi.

Ayrıntılı olarak düzenlenen hak ve özgürlüklerde kişinin devlete korunmasının asıl olmasıyla da, korunma mekanizmalarının geliştirilmiş olması da önemlidir. Bu konuda en önemli organ Anayasa Mahkemesi'dir. 1961 Anayasası için koruma mekanizmalarıyla hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığını söyleyebiliriz. Üstün bir halk çoğunluğunun kabul edilişiyle 09.11.1982 günü ve 2709 sayı ile yayın olarak yürürlüğe giren "1981 Anayasa'sına gelince. 1961 Anayasa'sında 1971 ve 1973 yıllarında yapılan değişiklikleri asıl olarak alan, 1961 Anayasa'sının geniş bir değişikliği biçiminde görebiliriz, 1982 Anayasa'sını. Genel olarak klasik, ekonomsal, toplumsal hak ve özgürlükler bu anayasada da sayılıyor. Ayrıntılı düzenleme söz konusu. Ancak kişinin devlete karşı ko-

runması değil, devletin kişiye karşı korunması temel olarak ele alınıyor. Bu yönüyle kişi hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getirilmiş. 1961 Anayasası ile siyasal iktidarın fazlaca sınırlanmış, hak ve özgürlüklere gereğinden fazla güven getirilmiş olması sonucu oluşan tepkinin izlerini görüyoruz sınırlandırmalarda.

Çağdaş demokratik rejimi temel seçenek olarak ele alan anlayışın ürünü olan anayasalar, devlet gücü ile temel hak ve özgürlükleri birbirine zıt kavramlar olarak ele almazlar; aksine kişiyi, devletten önce ve devlet dışında dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte belli hak ve özgürlük alanlarının sahibi olarak değerlendirirler. Bu anlamda insanın onurlu bir varlık olarak devlet etkinliğinin nesnesi değil, öznesi durumunda olduğunu yukarıda açıklamaya çalıştık.

1961 Anayasa'sına göre hak ve özgürlüklerin anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak yasayla sınırlanacağından ve bu yasayla sınırlamanın da "Öz" e dokunulmadan yapılabileceğinden söz etmiştik. 1971 değişikliği ile yapılan sınırlama nedenlerinin genişletilmesi konusuna 1982 Anayasası ile yeni nedenler eklemiştir. Üstelik beklentili olarak genişletilen nedenler genel, soyut ve içeriği belirsiz kavramlardır. Bu kavramlar öznel yorumlara elverişli, uygulama anında uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre enişleyebilecek ve böylece esnek duruma getirilmiş kavramlar olarak göze çarpıyor. 1961 Anayasa'sındaki "öze dokunma yasağı" na 1982 Anayasa'sında yer verilmemiştir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" genel sı-

nırlama ölçüt olarak 1982 Anayasası'na girmiş.

Dikkat çeken bir sınırlama da olağanüstü yönetim yöntemlerinde hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceği konusundadır. Her ne kadar "durumun gerektirdiği ölçüler içinde kalmak"tan söz edilerek ölçülülük ilkesi ölçüt olarak ele alınıyorsa da denetleme olanağı yoktur. Yine "Uluslararası Hukuktan doğan yükümlülüklerin çiğnenmemesi" ölçütü de konulmuş ise de bu konuda, ülkemizde uluslararası yükümlülüklerin çiğnenip çiğnenmediğini denetlenmemesi de bir gerçek olarak önümüzde durmaktadır. Burada bir konuya daha değinmek istiyorum. Olağanüstü yönetim olasılığı ortaya çıktığında hakların durdurulması ya da anayasal güvencelerin kaldırılması önlemlerinin yasa ile aklanabileceği gibi, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun çıkaracağı Yasa Gücünde Kararname ile alınabileceği sorunudur.

1982 Anayasa'sında toplu çalışma ilişkileri açısından da daraltma ve yasaklar vardır. Grev, sendikal haklar ve özgürlükler yönünden kısıtlama ve yasaklar konulmuştur.

Genel olarak düşünebiliriz ki;

1982 Anayasası yapanların da beğenmeyip eleştirisi konusu yaptığı, çok kısa bir zamanda çok büyük eleştirilere uğrayan çağdaş demokratik düzen gereklerine uymayan, hak ve özgürlüklerin ayrıcalık, kısıtlamaların asıl olduğu yasaklı bir Anayasa'dır.

#### Son Deyişler

Sözümüze girerken "Hak ve özgürlük" sözcüklerinin iki büyüklü sözcük olduğunu belirtmiştik. Tarihsel süreç içerisinde hak ve özgürlük kavramları insanları çekmiş, düşündürmüştür ve savaflara itmştir. Önceleri bireysel egemen temsilcileri olan krallara karşı doğuştan kimi hak ve özgürlükler olduğu ileri sürülmüş, zamanla kişi hak ve özgürlükleri insana, salt insan olması nedeniyle tanınması gereken kavramlar olarak anlaşılmalı; salt kişi hak ve özgürlüklerinde yetmediği anlaşılınca, çağdaş toplumun gereklerine uygun ve koşut bir biçimde toplumsal ve ekonomik hak ve özgürlük kavramları geliştirilmiştir. Bu hak ve özgürlüklerden birinin diğerine öncelikli olmasını düşünmek çok yanlış. Ekonomik bakımdan geliştirilmemiş insan için mülkiyet hakkı ne kadar anlamsız ise, ekonomik bakımdan yeterince gelişmiş insanın bu haklarını devlet yararına kullanıl-

ması koşuluna bağlamakta o kadar sakıncalıdır.

Hak ve özgürlüklere at gözlüğüyle bir açıdan bakmamak gerekir. "Onsuz olunmaz" ilkesi gereği, kimi hakların tanınması, kimi hakların koşula bağlanması doğru değildir. Madalyonun iki yüzüne de aynı değeri vermek gerekir. Hak ve özgürlük kavramı günümüzde ulusal sorunları aşmış uluslararası düzeylerde ele alınmaya başlanmıştır. Dar görüşler taşınmış, çizilmek istenen sınırlar kalkmaya, çerçeveler kırılmaya başlanmıştır.

Hak ve özgürlükler devlete karşı, devletten alınmaktadır. "Toplumsal sözleşme" görüşü gerilerde kalmıştır. Hak ve özgürlük bilincinin yerleşmesi eğitimle olanaklı. Hak ve özgürlük bilincine erişmemiş toplumlar ya tarih sahnesinden silinmişler ya da toplumsal ve ekonomik kalkınmalarını tamamlayamayarak geri kalmışlardır.

Toplumların kalkınmaları hak ve özgürlüklerini elde etme dereceleriyle orantılıdır. Devletlerin baş görevi, sınırlarında barındırdığı insanların onurlarına yakışır hakları tanımak olmalıdır. Yasalar insan haklarını sınırlayan değil koruyan belgeler olmalıdır.

(16) Tennur Koyuncuoğlu : Tarihsel Yaklaşımla Hak- Özgürlük İlişkisinin Saptanması, M.H.A.D. Yeni Seri: 12 No:15 İstanbul 1983

(17) Sencer : A.g. notları.

(18) Sencer : A.g. notları.

(19) M. Semih Gemalmaz: "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları", İnsan Hakları Yıllığı, T.O.D.A.İ.E. YAY:C.7-8, ANKARA 1985-1986, Shf:59

(20) Sencer : A.g. notları.

(21) Münci Kapani : Kamu Hürriyetleri, A.Ü.H.F.Yay. 453, Ankara 1981 Shf.8

(22) Sencer : A.g. notları.

(23) Tunaya : A.g.e. Shf.313,

(24) Kapani : A.g.e.

(17) Sencer : A.g. notları.