

OLUMLU EDİM GEREKTİREN SOSYAL HAKLARIN SINIRI: KARŞILAŞTIRMALI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN 1961 VE 1982 ANAYASALARI DÖNEMİ UYGULAMALARI

Araş. Gör. Zülfiye Yılmaz*

GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal hakların dava edilebilirliği konusu, neredeyse sosyal hakların ortaya çıkışından bu yana tartışılan konulardan biri olmuştur. Ekonomik ve sosyal dengesizlikleri giderme amacına yönelik olarak¹ ortaya çıkan bu hakların uluslararası belgelerde ve anayasalarda tanınması yoluna gidilmesi ve tanınmanın mutlaka hukuki bir belge yoluyla gerçekleştirilmesinin gerekliliği ise bu hakların dava edilebilirliği konusunun önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Zira hukuki ve bağlayıcı bir belge yoluyla sosyal hakların tanınması, örneğin iç hukuktaki normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunan anayasalarca bu hakların koruma altına alınması, bir yandan yasama organının bu hakları gerçekleştirme yolundaki geniş takdir yetkisini sınırlandırmak, bir yandan da talep edilebilirlik yönünden hak öznelerine somut bir araç sunmak amaçlarına yönelik olarak desteklenmiştir. Fakat sosyal hakların anayasal sisteme dahil edilmesi Michelman'ın da belirttiği üzere birtakım eleştirilere de maruz kalmıştır. Bunlardan ilki, “sözleşmeci itiraz” (contractarian objection) olarak formüle edilebilir.² Buradaki muhalefet, siyasi iradeye meşruiyet sağlayan belgeler olarak anayasalarda sosyal haklara yer verilmesinin söz konusu meşruiyeti sarsabileceği noktasında şekillenmektedir. Türk Hukukunda Talas, bu itirazı açıklayan şöyle bir argüman ileri sürmüştür: “Anayasalarda sosyal haklara yer verilmesi bazı kaygıları beraberinde getirmektedir. Bunlar, sınırlı ekonomik kaynaklar nedeniyle gerçekleştirilemeyen sosyal hakların halk içinde düş kırıklığı ve dahası öfke yaratabilecek olmasıdır. Mali kaynakların kısıtlılığı yüzünden sosyal haklar alanında yaşanan bu hezimet temel haklar alanına da yayılabilir ve bunların da göreceli olduğu kanısı uyanabilir; dahası bütün yükün devlete yüklenmesi kişilerin kendi yaşamlarının sorumluluğunu üstlenme sorumluluğu ya da kaygısı duymasını engeller”.³

Diğeri ise dava edilebilirlik noktasında, yargının yasamanın alanına müdahale etmesi bakımından “kurumsal itiraz” (institutional objection) olarak ni-

¹ Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yayınları, 1. Baskı, 1978, s. 74.

² Frank I. Michelman, “The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”, Volume 1, Number 1, 2003, s. 13-34, <http://icon.oxfordjournals.org/content/1/1/13.short>, [20.05.2012].

³ Cahit Talas, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDQ5MDUxMDUzMDU3, [20.05.2012].

telendirilmektedir.⁴ Buradaki temel argüman kuvvetler ayrılığı tartışmasına gidecek şekilde, yargının özellikle olumlu edim gerektiren sosyal hakları, ya yetkisinin sınırlarını aşarak zorla alma yoluna gitmesi ya da görev sınırlarına riayet ederek umutsuzca denetimden kaçınması pratiklerinin yaşanması temeline gerçekleşecektir.⁵ Sonuç itibariyle de yargı, siyasi iradeye sonuç doğurmayan talimatlar verecektir. Aynı zamanda bu yöntemle seçimle iş başına gelen siyasilerin karşısına çoğu zaman seçilmemişleri yani yargıçları koymak suretiyle karar alma süreçlerine dahil etmiş oluruz ki, söz konusu itirazı yöneltenler bunun mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁶

Bu görüşün daha çok uygulamadan örnekler üzerinden gerekçelendirildiğini söylemek yanlış olmaz. Zira mali ve sosyal politikaları belirlemek amacıyla seçeceği araçlar noktasında geniş bir takdir yetkisine sahip olan yasama organı üzerinde, meclisin yapacağı siyasi denetimle birlikte hukuki denetimi simgeleyen anayasa yargısının işlevi, sosyal haklar söz konusu olduğunda çoğu zaman üvey evlat muamelesi görmüş ve hatta yasamanın yaptığı düzenlemeleri anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal ettiğinde, hukukilik denetimini terk edip yerindelik denetimine kaydığı eleştirileriyle önemli ölçüde sekteye uğratılmıştır. Oysa Ekonomik, Sosyal Haklar Komitesi, kaynak kullanımını gerektiren konuların mahkemeler yerine siyasi otoritelere bırakılmasını eleştirmektedir. Buna göre, devlet organlarının yetkilerine saygı göstermek önemlidir; ancak bu durum önemli kaynak kullanımını gerektiren haklara ilişkin ihlallerin mahkemeler tarafından ele alınmasına engel olmamalıdır. Komite'ye göre, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların mahkemelerin ilgisi dışında bırakacak bir tanım, keyfi olduğu kadar insan haklarının ayrılmaz ve birbirine bağlı oldukları prensibiyle de bağdaşmayacaktır.⁷

Yasamanın takdir yetkisinin kabul edildiği noktada yargı organları önüne sosyal haklara ilişkin bir dava geldiğinde "siyasetin yargısallaşması" tartışmasının başlaması ise an meselesidir. Genel hatlarıyla bu kavram şu bileşenlerden oluşmaktadır:

- Siyasal tercihlerin oluşmasında yasama ve yürütmenin yerine yargıçların etkili rol oynaması
- Siyasal söylemin alışıldık çehresinin yerini hukuki çözümlene tekniklerine ve hukuki söyleme bırakması
- Yargının siyasal yaşama yön vermesi⁸

⁴ Michelman, a.g.m. s.13.

⁵ Bir başka ihtimal de Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin New Deal döneminde, sosyal yasalar konusunda tutucu davranıp iş uyuşmazlıklarında çalışanlar aleyhine karar vererek sosyal hakların gerilemesine neden olmasıdır ki; bu ihtimal de diğerleri kadar kötüdür. Bkz. Tanör, a.g.e, s.208-211.

⁶ Michelman, a.g.m., s.15.

⁷ The Domestic Application of the Covenant, 3/12/98, E/C.12/1998/24, CESCR, General Comment No.9, para.10.

⁸ Özellikle 1. ve 3. sırada ifadesini bulan siyasal tercihlerin yönlendirilmesi ve siyasal yaşama yön verilmesi ilkeleri, anayasa yargısının tarihsel gelişimi aşamasında, temel hak ve özgürlüklerin alanının genişlemesi ve anayasa mahkemelerin açıkça tanınmayan hakları anayasal düzlem içinde koruma kalkamı içine alması anlamında ifade edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bertil Emrah Oder, "Türkiye'de Anayasa ve Anayasa Yargısı", <http://www.konrad.org.tr/23.%20Journalisten%20tr/191-208.pdf>, [20.05.2012].

Kişilerin özgürleştirilmesi düşüncesi bilindiği üzere, 20.yüzyıl anayasalarına sosyal hakların girişiyle ifadesini bulmuş, hatta doktrinde bazı yazarlar tarafından hükümetlerin aşırı düzeyde iç ve dış borçlanma ve enflasyonist politikalarla vatandaşların geleceğini ipotek altına almasına yol açacak düzenlemelere gitmemesi gerektiğine dair düşüncelerin ortaya atılmasına neden olmuştur.⁹

Ekonomik sosyal hakların bizim anayasal sistemimize girişinin ise, çoğunlukçu demokrasiden çoğulcu demokrasiye geçiş olarak kabul edilen 1961 anayasasıyla gerçekleşmesi demokratik devlet ilkesi ile sosyal devlet ilkesinin göbek bağıny gösteren önemli bir tespittir. Aynı şekilde 1982 Anayasası da bu ilkeyi korumuş ve hatta onu 2. maddesindeki Cumhuriyet'in değişmez nitelikleri arasına dahil etmiştir. Danışma Meclisi'nin 2. madde gerekçesine baktığımızda, "Demokratik rejimin de, lâiklik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine dayanacağı belirtilmiştir. Sosyal hukuk devleti ise, bizzat devletin koyduğu hukuk kurallarına uymaya ve çalışan, çalıştığı halde elde ettiği ürün ile mutlu olabilmek için, tasarladığı maddi ve manevi değerlere sahip olamayan kişilerin yardımcı olacağı ilkesini belirtmektedir"¹⁰ denilmektedir. Bu da demokrasi ile sosyal devlet olma niteliğinin adeta birbirinin tamamlayıcısı olduğunu gösterir. Kaboğlu'nun da belirttiği üzere, "zengin ile fakir karşı karşıya kaldığında özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur" ifadesi bugün artık devletin sadece yasalar yaparak değil, oluşturacağı sistem ve kullanacağı araçlarla hak ve özgürlüklerin bir bütün olarak gerçekleştirildiği bir düzende meşruiyetini sağlayacak olması temelinde haklaştırılabilir.¹¹ Vatandaşların güvenlik içinde yaşadıkları, hukuka güven duydukları bir hukuk devleti ne kadar gerekliyse, insan onuruna yaraşır asgari geçim seviyesi ve imkanları da aynı düzeyde gereklidir.

Genel olarak herkese, bunun yanında belirli bir sosyal sınıf oluşturmaya yönelik olarak da işçi, çalışan ya da daha genel bir kategori olarak ekonomik bakımdan toplum içinde daha dezavantajlı durumda bulunanların hakları¹² şeklinde tanımlanabilen sosyal hakların tam olarak gerçekleştirilmesi yönündeki engeller sorunu, kaçınılmaz olarak ekonomik yaklaşımın sosyal yaklaşıma üstün gelmesi boyutunu taşıyacak olsa da anayasalarda yer alan "ekonomik kaynakların yeterliliği ölçüsü"¹³ gibi ifadeler bu çalışmanın konusu bakımından incelenmeye ve somutlaştırılmaya ihtiyaç duymaktadır.

⁹ Yılmaz AliEfendioğlu, "Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı", <http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDU0MDUzMDU3>, [20.05.2012]; Bu fikirler, o dönem Anayasa Mahkemesi üyesi olan Vural Savaş tarafından "İktisat Politikası Anayasası" adlı tebliğde dile getirilmiştir. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg5/vsavas.pdf, [26.01.2013].

¹⁰ https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf, [17.05.2012]. 1982 Anayasası Danışma Meclisi gerekçelerine metnin bundan sonraki kısmında aynı adresten alıntı yapılacağından ayrıca belirtilmeyecektir.

¹¹ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, İstanbul: Afa Yayıncılık, 4. Baskı, 1998, s. 134.

¹² Tanör, a.g.e., s. 76.

¹³ Türkiye bakımından 1961 ve 1982 Anayasaları; Güney Afrika Anayasası bakımından Konut Hakkına ilişkin 26. madde, Sağlık Hizmetleri, Yiyecek ve Sosyal Güvenlik Hakkı ile ilgili 27. madde; Hindistan Anayasasının, mali kaynakları ölçüsünde devletin çalışma hakkı ve eğitim ve ayrıca işsizlik, yaşlılık, hastalık, engellilik ve istenmeyen diğer durumlarla ilgili kamusal destek sağlamak üzere etkili düzenlemeler yapacağını söyleyen 41. maddesi bu konuda örnek gösterilebilir.

Talep ya da dava edilebilirlik noktasında dile getirilen sınırlı kaynaklar argümanına yoğunlaşacak olan bu çalışmada, karşılaştırmalı hukuk ışığında, 1961 ve 1982 Anayasalarının sosyal hakların/devletin edimlerinin sınırı temeline ilerleyeceğinden sadece olumlu edim gerektiren ekonomik ve sosyal haklara odaklanılacaktır. Bu noktada “mali kaynakların yeterliliği ölçüsü” gibi kavramların anayasal sisteme girdiği 1961 Anayasası döneminden itibaren doktrin ve yargı kararları ışığında karşılaştırmalı olarak tartışılması ve somutlaştırılması hedeflenmektedir.

1. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum ve Türkiye Bakımından Sonuçlar

Sosyal müdahaleler devleti olarak sosyal devlet, makine tekniği, sermaye birikimi ve rasyonel çalışma şartlarından oluşan bir iktisat sistemine, hakların ekonomik varlık koşulundan bağımsız olarak eşitlik ilkesi doğrultusunda sağlanması gerektiği temelinde örgütlenen bir toplum sistemine, herkese eşit olanaklar sunulmasını garanti eden bir eğitim ve öğretim sistemini simgeleyen kültür sistemine, endüstri toplumunun her bireyinin ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını sağlamak üzere oluşturulmuş idari mekanizmaya sahip, başka bir deyişle liberal “*laissez faire, laissez aller*” ilkesini temsil eden serbest piyasa ekonomisi koşullarından bağımsız olarak toplumdaki zayıf sınıf ve grupların korunmasına yönelik devlet sistemini temsil eder.¹⁴ Diğer bir tanımla sosyal devlet, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamaya yönelik olarak ekonomik hayata aktif müdahalede bulunan, devletin görevlerini dışa karşı savunma ve içerde güvenlik sağlama ile sınırlayan liberal jandarma devletten farklı olarak faaliyet gösteren refah devletini simgeler.¹⁵ Sosyal devleti gerçekleştirmek adına ise karşılaştırmalı hukukta benzer yöntemlerin tercih edildiğini söylemek mümkündür. Sosyal hakları açıkça sayma yoluna gitme ya da bunların yanında veya dışında sosyal devlet/sosyal adalet ilkelerine anayasada yer verme; sosyal devleti gerçekleştirme amacına yönelik program ya da hedef kurallar belirleme; devlete açıkça yetki veren ya da ödev yükleyen kuralar tespit etme bu yöntemlere örnek olarak gösterilebilir.¹⁶

Olumlu edim gerektiren sosyal hakların hem dava edilebilirlik aşamasında hem de korumanın boyutları ve içeriği noktasında farklı ülke pratiklerine bakıldığında; gerek yaşamaya tanınan takdir yetkisi, gerekse edimin araçları, özneleri ve yükümlüleri bakımından benzer sonuçlara ulaşmanın mümkün olduğunu söylemek yanlış olmaz.

¹⁴ Ernst Rudolf Huber, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, Çev.Tuğrul Ansay, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3185.pdf>, [20.05.2012].

¹⁵ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, 2011, s. 135.

¹⁶ Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008 (1).

A. Sosyal Devlet ve/veya Sosyal Hakların Sınırı Konusunda Ülke Uygulamaları

Sosyal hakların tek tek sayılma yolunun tercih edilmediği Alman anayasal sisteminde¹⁷ sosyal devlet ilkesinin Temel Yasa'nın (Grundgesetz- Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası) 20. maddesinde tanınması, Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla bu hakları koruma kalkanı içine dahil etmesi ve somutlaştırmasını mümkün kılmıştır. "Devletin Ana İlkeleri" başlığı altında yer alan sosyal devlet ilkesi, devlet erklerini bağlayan bağlayıcı bir üstün normu simgeler.

Sosyal hakların Anayasada açıkça belirtilmemesinin nedeni karşılaştırmalı hukukta öne çıkan görüşlerden farklı değildir: özellikle olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından, kişilerin doğrudan bu hakların gerçekleştirilmesi yönünde devletten talepte bulunmasının mümkün olmaması. Bu nedenle mahkemeler önünde dava edilebilen, negatif yükümlülük yükleyen hakların anayasal sisteme dahil edilmesi daha rasyonel bir yaklaşımı ifade eder.¹⁸ Bu tartışmanın bir başka boyutu ise, anayasaların sosyal haklara yer vermesinin gerekliliğini sorgulayan maddi anayasa-yöntemsel anayasa tartışmalarıdır. Zira maddi anayasa, sosyal-ekonomik politikalar da dahil olmak üzere bir devlet düzeni kurmayı hedeflediğinden sosyal haklara anayasal norm olarak temel belgede yer verilmesi mümkünken; yöntemsel anayasa bu hakların gerçekleştirilmesi sorunu bir politika sorunu olduğundan bu tercihi siyasi iktidara bırakmayı tercih edebilecektir.¹⁹

Alman doktrini her ne kadar söz konusu objektif normun yani sosyal devlet niteliğinin Anayasa Mahkemesi önünde doğrudan sosyal hakların dava edilebilmesi için olanak sunmadığını; bu özelliğin, devlet erklerinden yasamaya, basit yasalar yoluyla bu ilkeyi hayata geçirme; yargıya ise yasaların ve anayasanın yorumunda yardımcı olma işlevi üstlendiğini belirtse de, Alman Anayasa Mahkemesi özellikle insan onurunun korunması ve sosyal devlet ilkeleri ile eşitlik ilkesi gibi temel normların ışığında sosyal hakların bireysel başvuru konusu olmasının önünü açmıştır.²⁰ İnsan onuru kavramı, Mahkeme bakımından sosyal devlet ilkesinin asgari şartlarının hayata geçirilmesine, dava edilebilirli-

¹⁷ 1919 tarihli Weimar Anayasası sosyal haklarla ilgili detaylı bir düzenleme içermekteydi. Özellikle İnsan Onuru'na dair 15/1. maddesi bu bağlamda önemlidir: "Ekonomik yaşamın düzeni, herkes için insan onuruna uygun bir varoluş güvence altına almak amacıyla, adalet ilkelerine uygun olmak zorundadır." Oder, a.g.m., s.201.

¹⁸ Rainer Arnold, "Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa'daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler, Çev. Gülten Kurt, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, Ed.İbrahim Kaboğlu, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, s.213-219. Tanör de aynı yönde görüş bildirmektedir. Bkz. Tanör, a.g.e., s. 207.

¹⁹ Oder, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren...", s.200-201.

²⁰ Elfes (1957 6 BVerfGE 32) kararı ile Mahkeme, objektif normu kısmen sübjektifleştirmiş ve Anayasanın 1. maddesinde koruma altına alınmış olan insan onuru kavramı, 3. maddede yer alan eşitlik ilkesi ile birlikte bir nevi sistematik yorum uygulayarak sosyal hakların korunması amacıyla yasamanın takdir yetkisini kısmen de olsa sınırlamıştır. Schutzpflicht (koruma yükümlülüğü) kavramı ise temel haklara sosyal boyut ekleyen negatif ve pozitif yükümlülükler arası ayrımı silikleştiren bir kavram olarak sosyal devletin gerçekleştirilmesinde kullanılmaktadır. Arnold, a.g.m., s.214. Karar için bkz. <http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/velfes.htm>, [02.02.2013].

ğine kapı aralayan, sosyal devletin bir nevi çekirdeğini oluşturan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

2010 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından Hartz IV ile ilgili verilen iptal kararı, insan onuru kavramının kapsamının, koruduğu değerlerin zaman içindeki değişimini²¹ gösteren önemli bir örnektir. Hartz IV, Almanya'da işsizlik ve sosyal yardım kalemlerinin toplandığı bir sistemi ifade etmektedir. Mahkemenin kararının verildiği sırada bu yardım, tek başına yaşayan yetişkinler için aylık 359 Euro²² olarak tespit edilmiştir. Mahkeme önünde, söz konusu meblağın asgari geçim yardımı olarak, kişilerin fiziksel varlığının ötesinde toplumsal, kültürel ve siyasi hayata asgari katılım şartını da içerir düzeyde belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Mahkeme, bu davada, asgari geçim yardımlarının insan onuru ve sosyal devlet kavramları ile birlikte yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Kararda doğrudan yasamanın yapacağı düzenlemelerde seçeceği yöntemlere müdahale anlamına gelecek, takdir yetkisine müdahale edecek bir yorumdan kaçınmış ve iptal kararını söz konusu yardımlar tespit edilirken “seçilen yöntemin anayasaya aykırılığına” dayandırmıştır. Kararda özellikle çocuklar bakımından hesaplanacak olan yardımın halen yetişkinlere yapılan yardım temel alınarak tespit edilmesini eleştirmiş ve yasama organının bu yardımların takdirinde, çocukların özel ihtiyaçlarını belirlemek için bağımsız bir ampirik araştırma yapmamasını ve yardımın tespit edilme aşamalarını adım adım, makul ve şeffaf bir şekilde açıklamamasını insan onuru ve sosyal devlet ilkelerine aykırı bulmuştur. Doktrinde yapılan yorumların bir kısmında, Mahkemenin kararının söz konusu sosyal yardımın meblağının mutlaka yükseltilmesine yönelik bir sonuç doğurmayacağı²³ ifade edilse

²¹ BVERFGE 1, 97 (104), 1 BvR 220/51, 19 Aralık 1951. Bu kararda Mahkeme, savaş mağdurlarına yapılan yardımın meblağının düşük olduğuna dair şikayette, Temel Yasa'da asgari geçim yardımı yapma gibi açıkça düzenlenmiş bir hak olmadığını, dolayısıyla yasamadan bu yönde düzenleme yapmasını talep etmeye imkan verecek doğrudan bir hüküm bulunmadığını; kaldı ki insan onuru kavramının kişileri sadece küçük düşürücü muamele, sürgün ve işkenceye karşı koruduğunu, yoksa maddi zorluklara karşı bir başvuru imkanı vermediğini belirtmiştir. Dolayısıyla asgari geçim yardımı devletin bir ödevidir fakat kişilere talep noktasında sübjektif bir hak vermez. 1990 yılında verdiği başka bir kararda, vergi oranlarının, kişilerin aileleri ve çocuklarıyla birlikte insan onuruna uygun bir şekilde yaşamalarını garanti edecek düzeyde tutulması gerektiğini, çocuklar için satın alınan yiyeceklerin vergiden muaf olması gerektiğine hükmetmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Claudia Bittner, “Casenote – Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010”, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1392>, [12.05.2012].

²² 1 Ocak 2013 itibariyle yardımın meblağı aynı kategori için 382 Euro'ya yükselmiştir. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/hartz-iv-empfaenger-sollen-acht-euro-mehr-bekommen-a-855508.html>, [02.02.2013].

²³ Ibid. Nordrhein-Westfalen Yüksek Sosyal Mahkemesi tarafından Alman Anayasa Mahkemesi önüne taşınan yakın tarihli başka bir davada, Hartz IV kararına esas teşkil eden görüşlerin temel olarak korunduğunu görmekteyiz. Karara göre sığınmacılara ödenen yardım meblağı olan 225 Euro ile 0-6 yaş çocuklar için ödenen 25 Euro'luk artı ödeme, anayasal ilke olan insan onuru kapsamında sağlanması gereken asgari yaşam standardıyla uyumlu değildir. Ayrıca, meblağın düşük olması, sığınmacının geldiği ülkedeki yaşam standartlarına referansla belirlenemez. 1 BvL 10/10, 18 Temmuz 2012, <http://www.escri-net.org/node/364979>, [02.02.2013]. Benzer bir karar Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından 2004 yılında verilmiştir. 1992 tarihli Sosyal Yardım

de, bazı yazarlar bu kararlar birlikte sosyal devlet kavramının aslında temel hakkın bir ögesi haline geldiğini ve bu sayede somutlaşarak sübjektif talep hakkının önünü açtığını ifade etmiştir.²⁴

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, “*Tutela*” adı verilen anayasa şikayetinin 1991 Anayasası’nda kabul edilmesiyle birlikte, anayasada yer alan sosyal hakların gerçekleştirilmesi yönünde önemli kararlara imza atmıştır. Kolombiya Anayasası’nın 85. maddesi, derhal gerçekleştirilmesi gereken haklar bakımından sayma yoluyla bir liste sunmaktadır. Fakat bu haklar daha çok negatif edim gerektiren haklardır. Olumlu edim gerektiren sosyal haklara bu listede yer verilmemiştir. Mahkemenin *vital minimum* (asgari gereklilik) kriteri 1990’lı yıllarda, özellikle sağlık hakkı ve emekli aylığına ilişkin davalarda, mali kaynakları yeterli olmayan kişiler bakımından olumlu sonuçlar vermiştir. Fakat buradaki sorun kaynakların yetersizliğini ispatlayabilmektir. Zira emekli aylığına hak kazanmak isteyen kişinin durumu, asgari gereklilik kriteri dolayısıyla, yaşam hakkı, insan onuru gibi kavramlarla bağlantılandırılıp haklı bulunabilirken; çocuğu komada olan bir kadının başvurusunda, hastane masrafları ödenemediği için çocuğun tedavisinin sonlandırılmaması talebi, annenin gerekli kaynakları sağlayabileceği gerekçesi üzerinden reddedilmiştir. Fakat zaman içinde *tutela* başvurularının sayısı oldukça artmış ve Mahkeme içtihadı da ekonomik imkansızlığın ispatı kriterini daha az dikkate almaya başlamıştır.²⁵

Mahkemenin 1999 yılında, ekonomik kriz nedeniyle mortgage faiz oranlarının enflasyon oranının çok üzerine çıkması üzerine, konut hakkını korumak adına çok sayıda kişiyi etkileyen düzenlemeleri iptal etmesi²⁶ oldukça ciddi tartışmalara neden olmuş ve Mahkeme yargıçları popülist olmakla; gerçek ekonomik durumu dikkate almaksızın, bir anlamda Kongre’nin yerini almaya çalışmakla suçlanmışlardır. Fakat bu ithamlar, yeni yapılan düzenlemedeki faiz oranının enflasyonla sınırlanması başarısını engelleyememiştir. Devlet memurlarının maaşlarındaki artışın asgari olarak enflasyon oranında olması gerektiğine dair kararıyla birlikte yaklaşık 600.000 memuru etkileyen hüküm kuran Mahkeme, bu kararda, asgari gereklilik ilkesinin önemli olduğunun, memur

Kanunu’nun bazı maddeleri uyarınca, Güney Afrika’da daimi ikametgahı olan yerli Mozambik kökenli kişilerin ve çocuklarının bazı sosyal yardımlardan yararlanması mümkün değildir. Bu kişiler, vatandaşlık şartının, kendilerinin ve çocuklarının eşitlik, sosyal güvenlik haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, ülkede daimi ikametgahı bulunan söz konusu kişilere verilecek olan yardımların vatandaşlık temelinde bir ayrımcılığa neden olduğunu, ayrımcılığın gerekçesinin devlet tarafından yeterince temellendirilemediğini, Anayasadaki siyasi haklardan bazıları bu kişilere tanınmamış olsa da bu kişilerin evlerinin artık Güney Afrika’da olduğunu, burada yaşadıklarını ve dolayısıyla ekonomik-sosyal hakları olduğunu söylemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu kişilere çocuk yardımı, bakım yardımı ve yaşlılık yardımları gibi yardımların ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others* *Mahlaule and Another v Minister of Social Development* (CCT 13/03, CCT 12/03) [2004] ZACC 11; 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC) (4 March 2004), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/11.pdf>, [19.05.2012].

²⁴ Arnold, a.g.m, s. 216.

²⁵ David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement”, **Harvard International Law Journal**, Volume 53, Number 1, Winter 2012. http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf, [15.08.2012].

²⁶ 16 Eylül 1999, Sentencia C-700/99, G.C.C. (vol. 8, p.209).

maaşlarının yaptıkları işin karşılığı olması gerektiği yanında, zamanla ihtiyaçlara göre ve ancak olumlu yönde artırılması gerektiğinin de altını çizmiştir. Mahkemenin yakın tarihli ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin sağlık ve konut hakkı ile ilgili olmak üzere kullandığı ve vital minimum ilkesini geliştiren, *anayasaya aykırılık hali doktrini* (state of unconstitutional affairs)²⁷ ise bu anlamda önemlidir; çünkü artık Mahkeme, *inter partes* (davanın tarafları için bağlayıcı) çözümler yerine yapısal çözümlerin gerekliliğine dikkat çekeceği *erga omnes* (herkes için geçerli) bir alan yaratmaya çalışmaktadır. Bu da bir anlamda yasama ve yürütmenin politika oluşturma zorunluluğuna işaret etmektedir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin Grootboom ve Diğerleri kararı²⁸ konut hakkı bağlamında neredeyse her metinde emsal gösterilen önemli kararlardandır. Bu karara konu olan olayda, Güney Afrika'nın Oostenberg bölgesinde yaşayan Wallacedene gecekondü bölgesi sakinlerinin kış koşullarında yerlerinden edilmesi pratiği gözlemlenmiştir. Wallacedene bölgesi imarsız; su, elektrik, kanalizasyon gibi alt yapı hizmetlerine sahip olmayan bir bölgedir. Grootboom'un da aralarında bulunduğu 390 yetişkin ve 510 çocuk, devletin düşük gelirli için sunduğu toplu konut projesine yedi yılı aşkın bir süre önce isimlerini yazdırmışlar ve sonuç almayı beklemektedirler. Bu kişiler, sonrasında toplu konut için kamulaştırılan fakat öncesinde özel kişiye ait bir araziye taşınmıştır. Malikin talebi üzerine söz konusu kişiler, kimi zaman kişisel eşyalarını almadan, kimi zaman da evleri yıkılarak tahliye edilmiştir. Mahkeme, bu kişiler ile kamu makamları arasında geçici veya kalıcı konut sağlama noktasında müzakereyi sağlamıştır. Sonuç olarak sunulan yeni yer de kış koşullarında yeterli gelmediğinden dava süreci başlamıştır ve önce Cape Yüksek Mahkemesi, ardından Anayasa Mahkemesi, Güney Afrika'nın en sancılı ihtiyaçlarından biri olan konut hakkı konusunda önemli bir karara imza atmıştır. Söz konusu talebin dayanağı, Güney Afrika Anayasası'nın 26. bölümündeki "*devletin imkan dahilindeki kaynaklar çerçevesinde konut hakkının aşamalı gerçekleştirilmesine yönelik makul yasama önlemleri ile diğer önlemleri almak zorunluluğu*" maddesi temelinde incelenir. Cape Mahkemesi, konut hakkının sadece devlete ödev yüklediğini, kişilere talep hakkı vermediğini ileri sürmekle birlikte, bu hakkın çocuklar bakımından önemini kabul eder. Anayasa Mahkemesi ise normu, sadece çocuklar bakımından değerlendirmeyi reddederken, herkese sağlanacak olan konut hakkı bağlamında inceleyip karara bağlar. Mahkeme, kararında, hakların bütünselliği yaklaşımını ve Anayasayı bir bütün olarak okuma tercihinin ortaya koyar. Mahkeme, Anayasada yer alan medeni ve siyasi haklar ile ekonomik-sosyal hakların birbiriyle ilişkili olduğunu, birbirlerini desteklediğini; insan onuru, eşitlik ve özgürlüğün, yiyeceği, barınağı olmayanlardan esirgendiğini, ekonomik sosyal hakların herkese tanınmasının medeni ve siyasi hakları güvence altına alacağını ve onları kullanılabilir hale getireceğini söylemiştir. Son olarak Mahkeme, bu hakların ırk ve cinsiyet eşitliğini sağlamanın, kadın ve erkeklerin kendilerini eşit biçimde gerçekleştirebilmelerinin koşulu olduğunu belirtmiştir.²⁹

²⁷ Landau, a.g.m, s.222.

²⁸ Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>, [19.05.2012].

²⁹ Grootboom ve Diğerleri Kararı, Paragraf 23.

Mahkeme, burada her ne kadar, 26. bölümde belirtilen “kaynakların yeterliliği ölçüsünde, aşamalı olarak hakkın gerçekleştirilmesi için makul önlemler alınması” düzenlemesi ile sınırlı olsa ve verdiği karar yasama ya da idare bakımından bir emir ya da talimat anlamına gelmese de, toplumun savunmasız ve yoksul kesimini temsil eden önemli bir kısmını dışarıda bırakan, bunlar için öncelikli hedefler ve programlar oluşturmayan uygulamaların anayasa anlamında makul sayılamayacağını; aşamalı bir şekilde gerçekleştirme kavramının da takdir yetkisi bağlamında sınırsız bir serbesti verdiği anlamında keyfi yorumlanamayacağını söyleyerek, Türkiye bakımından 1982 Anayasasının 65. maddesinin sınırlarının yorumunda da dikkate alınabilecek yol gösterici ilkeler tespit etmektedir.³⁰

Landau’nun aktardığı üzere, doktrinde, Mahkeme’nin yukarıda vardığı hususlar farklı yorumları da beraberinde getirmiştir. Buna göre Tushnet, bu kararın, bir yandan sosyal hakların hukuken gerçekleştirilmesine kapı aralarken, diğer yandan bunun araçları bakımından yaşamaya oldukça geniş yetki vermesi nedeniyle tartışmalı sonuçlar doğurduğunu ifade etmektedir. Sunstein ise yukarıda bahsettiğimiz kurumsal itiraz ve siyasetin yargısallaşması tartışmalarını hatırlatacak bir şekilde, Mahkemenin burada sosyal hakların doğrudan dava edilemezliği ile devletin herkese sağlık yardımı, konut ve yiyecek sağlama konusundaki bertaraf edilemez yükümlülüğü arasındaki çatışmada, orta yolu sağlamak adına, tarafların müzakere edip orta yolu bulmasını salık verdiğini ve bu şekilde popülizm tartışmalarından kaçınmaya çalıştığını ifade etmiştir.³¹ Müzakere usulü ise City of Johannesburg davasında olduğu gibi yıkılmak üzere olan iki binada yaşayan 400 sakinin evlerinden tahliye edilmesi yerine binaların tadilatı konusunda uzlaşılmasıyla başarıya ulaşsa da; mültecilerin kaldığı kampların katılması ile ilgili başka bir davada, diyalogun usuli olarak başlatılmasının ardından kampların bir bir boşaltılması sonucunu doğurduğundan etkisi tartışılır bir hal almıştır.³²

Güney Afrika’dan diğer bir önemli örnek olarak Treatment Action Campaign ya da bilinen adıyla Nevirapine kararı³³, Mahkemenin, sağlık hakkı bakımından hükümetin sınırlı uygulama kararına karşı önemli bir diğer kararı

³⁰ Hindistan Yüksek Mahkemesi barınma hakkı bakımından benzer bir konuda olumsuz bir sonuç varsa da, özellikle kaldırım ve gecekondualarda yaşayan kişilerin yerlerinden edilmesi noktasında idareye barınma konusuna öncelik vermesi, 20 yıldan fazla süredir var olan gecekondu bölgelerinin kamusal amaçlar olmadan ya da bu kişilere alternatif yerler göstermeden tahliye edilmemesi, kararın uygulanmasının muson yağmurlarının sonuna kadar ertelenmesi gibi koşullar ekleyerek hüküm kurmuştur. Mahkeme ayrıca Anayasanın 21. maddede korunan yaşam hakkının Madde 39/a’da düzenlenen devlet politikasına yön veren “geçim araçlarının sağlanması hakkı”ndan bağımsız olarak düşülmeyeceğini de belirtmiş ve geçim hakkının yaşam hakkının içeriginden dışlanabileceğini savunmanın yaşam hakkını anlamsız kılacağını söylemiştir. Bkz. Olga Tellis & Ors v. Bombay Municipal Council [1985] 2 Supp SCR 51. http://www.esrnet.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=401006, [12.05.2012].

³¹ Landau, a.g.m., s. 197.

³² Occupiers of 51 Olivia Rd. v. City of Johannesburg 2008 (5) BCLR 475 ¶1 (CC) ; Mamba v. Minister of Social Protection, CCT65/08, 21 Ağustos 2008.

³³ Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 1) (CCT9/02) [2002] ZACC 16; 2002 (5) SA 703; 2002 (10) BCLR 1075 (5 Temmuz 2002), <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>, [19.05.2012].

simgelemektedir. Mahkemenin hak lehine yorumları bu kararda da özellikle olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından bir milat niteliği taşımaktadır. Bu karara konu olayda, Nevirapine isimli ilaç, anneden bebeğe doğum ya da anne sütü yoluyla bulaşabilen HIV/AIDS virüsünün geçmesini engellemektedir. İlaç, hükümetin aldığı karar uyarınca ancak pilot bölgelerdeki kişilere verilmektedir. İnsan hakları savunucuları ise ilaç üreticisi firma beş yıl boyunca ilacı ücretsiz olarak sağlama garantisi vermesine rağmen, hükümetin aldığı bu kararı Anayasanın 27. maddesindeki sağlık hakkı ile 28. maddesindeki çocukların temel sağlık hizmetlerine erişim hakkına aykırı bulmaktadır.³⁴

Yüksek Mahkeme önünde dava kazanılmış; ancak temyiz edilerek Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, yapacağı hukuki denetimde, sağlık hakkının ikinci paragrafında yazan “imkan dahilindeki kaynaklar ölçüsünde, aşamalı olarak gerçekleştirme için gerekli yasama önlemleri ve diğer önlemlerin alınması gerekliliği” şeklindeki düzenleme ile sınırlıdır. Mahkeme, burada, hükümet tarafından alınan önlemlerin, pilot bölge ile sınırlı uygulamanın anayasal ödevler karşısında makul sayılıp sayılamayacağına bakmıştır. Bu değerlendirmede, Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesinin geliştirdiği *minimum core* ya da *asgari çekirdek* kriteri Mahkeme tarafından bu kararda dikkate alınmıştır. Fakat Mahkeme, asgari çekirdeğin de aslında ancak mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde sağlanabileceği tespitini yaparak, Grootboom kararında kendisine yapılan eleştirilerin ardından geri adım attığını ortaya koymuştur. Buna göre, makul önlemler ifadesi mali kaynaklara bağlıdır; fakat bütçeyi yeniden düzenlemek konusunda doğrudan etkiye sahip değildir. Yargı, yasama ve yürütme buradaki gerekli anayasal dengeyi birlikte kurmak zorundadır.³⁵

Sağlık hakkı aynı zamanda sunulan hizmetlere erişim hakkını da içerir diyen Mahkeme, çocukların sağlık hakkına yönelik olarak virüs anneden bebeğe geçtiğinden, onların daha korumasız olduğunu, çocuklar için bu ilacın yaşamsal değer taşıdığını belirterek, programı olumlu ve olumsuz yönleriyle, farklı görüşler ışığında değerlendirmiştir. Yetkililerin, bu ilacın etkisi, yan etkileri ve ileriki aşamada yaratacağı sonuçlar konusunda net bilgiler bulunmaması, sağlık çalışanlarının bu ilacın uygulaması için 15 saatlik ek eğitim almak zorunda olması, hastanelerin hepsinin bunun için yeterli imkanlara sahip olmaması gibi argümanları söz konusu olsa da Mahkeme, gerekli eğitim ve çalışmalar konusunda ileriye yönelik eylem planları bulunmasına rağmen, hükümetin yavaş hareket etmesini, bu imkanların sağlandığı bölgeler arasında eş güdüm olmamasını eleştirirken; burada söz konusu problemin ilacın maliyetinden çok, yapılması gereken altyapı çalışmaları ile ilaçla birlikte çocuk için sağlanması gereken anne sütüne ek beslenme paketi bakımından sorunlar olduğunu kabul etmiştir. Hele de ülkenin birçok yerinde temiz içme suyuna

³⁴ Resmi verilere göre, 2000 yılının sonu itibarıyla, 4,7 milyon Güney Afrikalı HIV virüsünden etkilenmiştir. Bu virüsün bulaşma yollarından biri de, anneden çocuğa doğum esnasında aktarılmalıdır. Bu yolla, her yıl yaklaşık 70.000 bebeğin virüsü aldığı belirtilmektedir. Anneye uygulanan tek doz Nevirapine, virüsün bulaşmasını engelleyebilecek niteliktedir. Nevirapine’in tek dozu Güney Afrika para birimiyle R 10, 00 (0, 84 Euro) dur. İlaç sadece pilot bölgelerdeki sağlık kuruluşlarında doğum yapan annelere uygulanabilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. “Hheads Of Argument On Behalf Of The Treatment Action Campaign, Dr Saloojee And The Children’s Right Centre Part I: The Facts”, <http://www.escc-net.org/docs/i/403050>, [16.04.2013].

³⁵ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi Kararı, Paragraf 38.

erişim imkansızken ek beslenme bakımından alınması gereken önlemler daha da maliyetli bir hal almaktadır. Sonuç olarak, dava sonuçlanıncaya kadar hükümet tarafından atılan adımlar olumlu karşılanmakla birlikte yetersiz bulunmuş ve Nevirapine'e erişimi engelleyen sorunların ortadan kaldırılması; bunun için de sağlık çalışanlarının bilgilendirilmesi, ilaca erişimin olabildiğince çok merkezde sağlanması konusunda hükümete ödev yüklemiştir.³⁶

Hindistan Anayasası sosyal hakların dava edilebilirliği noktasında önemli bazı ipuçları veren bir diğer anayasa olarak gösterilebilir. Anayasanın Dördüncü Bölümü'nde düzenlenen "Devlet Politikasına Yön Veren İlkeler" başlığı altındaki 37. maddede açıkça bu bölümde yer alan hükümlerin "hiçbir mahkeme tarafından uygulanamayacağı" belirtildikten sonra, 38. madde "*kişilerin refahını sağlamak üzere oluşturulacak sosyal düzenin devlet tarafından güvence altına alınması, gelir düzeyindeki eşitsizliklerin fırsatlar yaratılarak en aza indirilmesine*" dair yasakoyucuya bazı ödevler yüklemiştir. 41. madde ise bizdeki 65. madde benzeri bir ifadeyle, "*devletin ekonomik yeterlilik ve gelişmişlik sınırları içinde çalışma hakkı ve eğitim ve ayrıca işsizlik, yaşlılık, hastalık, engellilik ve istenmeyen diğer durumlarla ilgili kamusal destek sağlamak üzere etkili düzenlemeler yapacağını*" kurala bağlamıştır. Görüldüğü üzere, Hindistan Anayasası sosyal düzenle ilgili doğrudan sübjektif bir hak sunmak yerine program hükümlerle devlet organlarına bu doğrultuda düzenlemeler yapma ödevi yüklemeye yoluna gitmiştir. Hindistan Anayasa Mahkemesi ise bir nevi yargısal aktivizm örneği göstererek, sosyal haklara ilişkin bazı düzenlemeleri, temel haklar ışığında yorumlayarak koruma kapsamına almıştır. İnsan onuru kavramı ışığında yaptığı bir değerlendirmede, Hindistan Yüksek Mahkemesi şu sonuca varmıştır:

*"Yaşama hakkı, insan onuruna uygun yaşam ile birlikte onun bileşenleri olan yeterli beslenme, giyim, barınma, okuma, yazma ve kişinin kendini ifade edebildiği farklı faaliyetleri, toplumun diğer üyeleri ile kaynaşma ve onlarla ilişki kurma haklarını da içerir. Bu hakkın kapsamı ve derecesi her ne kadar ülkenin ekonomik gelişmişlik düzeyine bağlı olsa da, bundan bağımsız olarak bu hak, insanın asgari düzeyde kendini ifade edebilmesini sağlayan faaliyetlerin ve işlevlerin devamı ile yaşamak için temel ihtiyaçların karşılanması haklarını içermelidir."*³⁷

³⁶ İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin sosyal hakları güvencelemek adına aldığı "yaratıcı prensip kararları" da bu doğrultuda örnek olarak alınabilir. 1998 tarihli Di Bella kararında, Onkoloji ve Diğer Sağlık Dallarındaki Klinik Deneyler Hakkında Acil Önlemler başlığını taşıyan KHK ile deneylere katılan kişilerin söz konusu ilaçları ücretsiz temini öngörülürken, bir yandan da hastane dışında tedavi özgürlüğü ve ücret karşılığı isteyen herkesin ilacı alabilme hakkı düzenleme alanı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, mali gücü yeterli olmayanlar bakımından düzenleme yapmayı ihmal eden KHK'nın objektif, sübjektif ve güncel sınırlar dikkate alınmak suretiyle Anayasaya aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Dolayısıyla yasakoyucunun bu alandaki düzenleme yetkisi sınırlanmış ve hatta sadece makul ölçüler içinde, yani bir nevi eşitlik ilkesine saygı çerçevesinde ayrımcılık boyutuna ulaşmayacak şekilde düzenleme alanı bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tania Groppi, "İtalya'da Sosyal Haklar", Çev. Oya Boyar, Anayasal Sosyal Haklar içinde, s.203-212.

³⁷ Francis Coralie Mullin v. The Administrator, Union Territory of Delhi, (1981). <http://www.indiankanoon.org/doc/78536/>, [12.05.2012].

B. Türkiye Bakımından Çıkarılabilecek Sonuçlar

Karşılaştırmalı hukuktaki pratiklerden bizim anayasal sistemimiz için de bazı sonuçlar çıkarılabilir. Örneğin, sosyal devlet ilkesi yanında sosyal hakların sayılma yoluna gidildiği anayasal sistemimizde, sosyal hakların çekirdeği ya da dokunulmaz alanı olarak insan onuru kavramının ya da başka üstün değerlerin tespitini sorgulayabiliriz. Fakat, bu soru oldukça hararetle tartışmaya kapı aralayacak niteliktedir; zira insan onuru kavramı, “bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak (....) onurlu bir yaşam sürme” ifadesi ile Anayasanın Başlangıç bölümünün 6. Paragrafında, 5. maddedeki “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” maddesinin Danışma Meclisi gerekçesinde ve nihayet 17. maddedeki “kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezaya veya muameleye tabi tutulmayacağı” düzenlemesi içinde yer almaktadır.

Başlangıç bölümü her ne kadar Anayasanın 176. maddesi uyarınca Anayasa metnine dahil edilse de, doğrudan Başlangıça dayalı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından hüküm kurulması her zaman için eleştirilen bir konu olmuştur. Darbe sonrası yazılmış bir anayasa olarak 1982 Anayasasının Başlangıç bölümünün, hukuki değerden çok ideolojik anlamlarla yüklü olduğunu haklı olarak savunan görüş, insan onuru kavramının yer aldığı bu bölümün doğrudan dava edilebilirlik aşamasında referans alınmasını kabul etmeyecektir. Başlangıç bölümünden, anayasallık bloku içinde sadece anayasal normların yanında sadece destek ölçü norm olarak yararlanılması ise doktrinin en azından bir kısmının üzerinde uzlaştığı bir durum arz etmektedir.³⁸

Karşılaştırmalı hukuktan çıkaracağımız bir diğer sonuç ise, eğer sosyal haklar alanında bir düzenleme yoluyla yasama organı bir hak tanıma yoluna gidiyorsa, anayasal düzenin üzerinde yükseldiği temel prensiplerin ya da genel hükümlerin mutlaka dikkate alınması gerektirir. 1982 Anayasası bakımından 2. maddedeki insan haklarına saygılı devlet ilkesi, 5. maddedeki devletin temel amaç ve görevleri hükmü, 10. maddedeki eşitlik ilkesi ve nihayet 13. maddedeki temel hakların korunması rejiminde öngörülen sınırlama sebepleri Anayasanın 3. Bölümü’nde yer alıp da olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından mutlaka dikkat edilmesi gereken bir durum yaratacaktır. Bu yorum bir anlamda 65. maddede öngörülen sınırların sınırını oluşturabilecektir.

Bunlardan, 1982 Anayasasının özgürleştirme normu olarak karşımıza çıkan 5. maddenin Danışma Meclisi gerekçesi bize bu konuda rehber olabilecek bazı açıklamalar içermektedir. Buna göre; “*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 sınırlandıran engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.*” Aliefendioğlu’na göre, 5. madde lafzından dolayı, kişilere ekonomik ve sosyal hakları tanımakta ve devletten de anayasa yolu ile bu hakların gerçekleştiril-

³⁸ Başlangıcın anayasallık bloku içindeki yeri tartışmaları için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasallık Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 116-131.

mesini talep etme hakkını vermektedir. Anayasa, özgürlükleri tanıma ödevi yanında kişileri özgürleştirme işlevini de devlete yükleyerek, 20. yüzyıl anayasalarının sosyal haklar konusundaki hassasiyetlerine bir nevi ses vermiştir diyebiliriz.³⁹ Anayasa Mahkemesi de 1972 yılında verdiği bir kararda, devletin temel kuruluşuna ilişkin ilkelerin, herhangi başka bir anayasa normunun yorumunda diğerlerine göre nisbi üstünlüğü olduğu kanaatine varmıştır.⁴⁰

İtalya ve Güney Afrika Anayasa Mahkemeleri kararları ışığında, 1982 Anayasasının 10. maddesindeki “*herkesin maddede sayılanlar dışında benzeri sebeplerle de olsa ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olması*” ilkesi, toplum içinde ekonomik anlamda dezavantajlı grupların durumunu iyileştirmek özel amacı ile hareket eden sosyal devlet ilkesi açısından esas alınabilir. Ardından kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesi için devletin gerekli tedbirleri alması yükümlülüğü bu bağlamda kadınların negatif statü hakları bakımından olduğu kadar olumlu edim gerektiren sosyal hakları bakımından da devlete görev yükler. Son olarak 2010 Anayasa değişikliği ile anayasal sistemimize dahil edilen “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz*” hükmü, bir pozitif ayrımcılık düzenlemesi olarak, devlete bu konuda tedbir alma yükümlülüğü, bir başka deyişle harekete geçme, düzenleme yapma ve bu kişileri korumak üzere gerekli alt yapıyı hazırlama yükümlülüğü getirmektedir diyebiliriz.

Anayasanın sosyal haklar bakımından sistematığıne baktığımızda, 13. maddedeki temel hakları koruma rejiminin sosyal haklar bakımından da uygulanması mümkün görünmektedir. Buradaki sorun 91. maddedeki olağan dönem KHK’ları ile sosyal hakların düzenlenmesinin mümkün olması ve 65. maddede öngörülen genel sınırlama nedenleridir. Bilindiği üzere, 2001 anayasa değişikliği ile temel haklar bakımından terk edilen genel sınırlama nedenleri, sosyal haklar bakımından 65. maddede ayrıca düzenlenmiş ve bu madde sosyal hakların özellikle olumlu edim gerektirenleri bakımından işlevselliğini her dönemde olduğu gibi bu anayasa döneminde de korumaya devam etmiştir. 13. madde, 2001 sonrası genel koruma maddesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu madde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, ilgili maddelerde geçen özel sınırlama sebeplerinin nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiğini, yani sınırını çizen rehber ilke durumundadır.

Genel koruma hükmü olarak 13. maddenin sosyal haklar rejimi bakımından uygulanabilirliği, üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Temel haklar bakımından sınırlamanın sınırlarını çizen 13. maddenin, 65. maddedeki devletin sosyal haklar alanındaki pozitif yükümlülüklerinin hayata geçirilmesindeki takdir yetkisinin de sınırı olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu üzerinde durulmalıdır. Bulut, 13. maddenin özellikle yaşam hakkı gibi temel haklarla bağlantılı olan sosyal haklar bakımından uygulanabileceğini⁴¹, fakat

³⁹ Aliefendioğlu, a.g.m.

⁴⁰ E.1972/56, K.1973/11, KT.6.3.1973.

⁴¹ Murat Engin, olumlu edim gerektiren sosyal güvenlik hakkı bakımından 65. maddenin sınırını yaşama hakkı, ölçülülük ilkesi gibi daha çok birinci kuşak haklar ve onları koruyan ilkeler olarak belirleyen Anayasa Mahkemesinin, ekonomik, sosyal haklar arasında yer alan çalışma hakkı bakımından devletin olumlu edim yükümlülüğünü yasamanın takdirine bırakmasını haklı olarak eleştirmektedir. Murat Engin, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”,

91. maddedeki KHK ile düzenlemenin 13. maddeyle çelişki yarattığını ifade etmektedir.⁴² Fakat bu görüşün temelinde, 13. maddede sınırlamanın mutlaka yasa ile yapılması gerektiğine dair ifade karşısında, 91. maddenin organik açıdan yürütme işlemi olan KHK ile sosyal haklar alanına müdahale edilmesine anayasa tarafından müsaade edilmesi vardır. Sağlam, 91. Maddedeki “düzenleme” kavramını sosyal haklar lehine yorumlamak suretiyle, bu soruna çözüm önermektedir. Buna göre, 91. madde uyarınca çıkarılacak yetki yasası genel esasları çizdikten sonra, yürütme ancak sosyal hakları düzenleme, hayata geçirme bakımından yetkili olacaktır. Sınırlama ise yine yasamanın görev alanı içinde asli bir yetki olarak kalmaya devam edecektir. Her somut olay kendi içinde değerlendirilmeli ve eğer yapılan düzenleme anayasa tarafından öngörülen norm alanını daraltan nitelikteyse sınırlama olarak addedilmelidir.⁴³

Sosyal haklar Anayasanın sistematiği gereği, kural olarak madde metinlerinde geçen özel sebeplerle ve mali yeterlilik ilkesi gereği 65. maddedeki sebeplerle sınırlanabilir durumdadır; fakat her halükarda özgürlük-otorite dengesinde özgürlüklerin otoriteye feda edilmemesi gerekir.⁴⁴ Özbudun’un deyimiyle, Anayasa Mahkemesi hak ve özgürlüklerle ilgili önüne gelen bir davada, anayasal sorunu devletin resmi söylemi yerine hak-eksenli yaklaşımla çözme yoluna gitmelidir.⁴⁵

2. Sosyal Hakların Sınırına İlişkin 1961 ve 1982 Anayasalarında Yer Alan Düzenlemeler ve Uygulamadan Örnekler

1961 ve 1982 Anayasaları, “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. maddelerinde, Türkiye Cumhuriyeti’ni diğer özelliklerinin yanında “sosyal bir hukuk devleti” olarak kabul etmiştir. Hatta 1982 Anayasası, 4. madde ile de 2. maddedeki sosyal devlet ilkesini değişmez maddeler arasında dahil etme yoluna gitmiştir.⁴⁶ Tek başına sosyal ya da tek başına hukuk devleti yerine bu ifadelerin beraber kullanılmasının anlamı ise, Huber tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: Hukuk devleti ile sosyal devlet, eşyanın tabiatı gereği birbirlerine ait bir bütün olarak farzedilmektedir. Eğer hukuk devleti ve sosyal devlet kavramlarının anlaşılması isteniyorsa bunlar birbirlerinden tecrit edilmemeli, birlikte dü-

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İHEB’in 60. Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları, 2008 (1), s. 233.248.

⁴² Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul:XII Levha Yayınları, 1. Baskı, 2009, s.92-93.

⁴³ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 21-23. Ayrıca geçici iş göremezlik ödeneğinin 18 ay sonra kesilmesine ilişkin, Anayasa Mahkemesinin, konunun 65. madde ile bağlantısı olmadığı, fakat 2., 10., 17. ve 60. maddelere aykırı olduğuna ilişkin örnek kararı için bkz. Esas Sayısı: 1998/35, Karar Sayısı: 1998/70, Karar Günü: 17.11.1998.

⁴⁴ Bulut, a.g.e, s.87.

⁴⁵ Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11619.pdf>, [15.05.2012].

⁴⁶ Sosyal devletin 4. madde ile değiştirilemez maddeler içine alınması, onu anayasallık blokunda nisbi bir üstünlüğe sahip kılsa da, diğer özellikler karşısında listenin en altında yer alır. Kaboğlu’na göre sosyal devlete değişmezlik atfetmek yerine, onu uygulanabilir kılmak daha önemlidir. Dolayısıyla değişmez maddeler arasından çıkarılıp siyasi partilerin farklı programları yoluyla seçmenlere daha inandırıcı vaatlerde bulunmalarını sağlamak daha rasyoneldir. Necmi Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 184; İbrahim Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar** içinde, s. 15-34.

şünölmelidir. Bir devletin gerçekte bir hukuk devleti olması, ancak onun aynı zamanda sosyal devlet de olması ile gerçekleşebilir.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi ise 1988 tarihli bir kararında sosyal hukuk devleti kavramını şu şekilde açıklamıştır: “...Sosyal devlet tamlamasının, Anayasa'nın Başlangıç kısmında açıklanan, doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi 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.”⁴⁸

1982 Anayasası'nın, 1961 Anayasasına göre sosyal haklara ilişkin korumaya sistemini zayıflattığı ve diğer birçok konuda olduğu gibi özgürlük-otorite dengesinde otorite lehine tercihini-sendika, toplu sözleşme, grev hakkı gibi siyasal uzantıları olan haklar ve özgürlükler dikkate alındığında sosyal hakların alanının diğer hak kategorilerine oranla daha fazla etkilendiği bile söylenebilir-bu alana da sirayet ettirdiği kabul edilmektedir.⁴⁹ 1961 Anayasasının Temel Hakların Niteliği ve Korunması başlığını taşıyan 10/2. maddesinde yer alan ve 1982 Anayasasının 5. maddesinde ifadesini bulan “Devletin Temel Amaç ve Görevlerine” ilişkin düzenlemelerde 1961 Anayasası yasakoyucuya “kişinin temel hak ve hürriyetlerini fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırma ve maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama görevi yüklerken; 1982 Anayasası yasakoyucuya “engelleri kaldırmaya ve “şartları hazırlamaya çalışma” ödevi yüklemektedir. Keza 1961 Anayasasında ilgili maddenin gerekçesinde de bu hükmün devlet için direktif mahiyetinde olduğu ve Anayasanın ikinci ve üçüncü bölümünün de bu ödev kapsamındaki, olumlu ya da olumsuz edimleri nasıl getireceği yönünde devlete yol gösterdiği belirtilmiştir.

Sosyal hakların anayasal sisteme girdiği 1961 Anayasasından⁵⁰ bu yana, devletin bu haklar bakımından görevinin sınırlarına ilişkin maddelerin, harekete geçmek ve düzenleme yapmak konusunda yasama organına sınırsız yakın bir takdir yetkisi verip vermediği konusu tartışılmıştır. Bu tartışmaya dahil olan yazarların bir kısmı 1961 Anayasasıyla anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek üzere kurulan Anayasa Mahkemesinin, sosyal hakların gerçekleştirilmesi noktasında devlete düşen ödevlerin içeriğini tespit ederken, bir bakıma gönülsüz ve çekingen davranması noktasından hareketle, yasamanın bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu savunurken, başka yazarlar bütüncül bir yaklaşımla inceledikleri anayasaların sistematığının ya-

⁴⁷ Huber, a.g.m.

⁴⁸ E. 1987/16, K. 1988/8, KT.19.04.1988.

⁴⁹ Bülent Tanör, **İki Anayasa: 1961-1982**, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, 2012, s.136; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Sosyal Haklar Sempozyumu 2**, Bildiriler, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2010, s. 43-60.

⁵⁰1961 Anayasası öncesinde, 1924 Anayasasının 87. maddesinde, devlet okullarında parasız ilköğretim hakkı Türk vatandaşlarına tanınmıştır. Fakat bunun dışında bir sosyal hakka yer verilmemiştir. 1937 yılında CHP'nin altı umdesinin anayasaya dahil edilmesi ile devletçilik ve halkçılık ilkelerinin ve Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana gerçekleştirilmeye çalışılan, fakat sonuca ulaştırılmayan Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu projesinin ise sosyal hakların ortaya çıkışının Cumhuriyet dönemi anayasacılığında ilk izler olduğuna dair görüşler ve Osmanlı-Türk Anayasacılık döneminde sosyal hakların evrimi üzerine detaylı bilgi için bkz. Talas, a.g.m.

sama organının hiç harekete geçmeme ya da dilediği zaman düzenleme yapma konusunda sınırsız bir yetkisi olmadığını, dolayısıyla takdir yetkisinin de bir sınırı olduğu argümanını ileri sürmüşlerdir.⁵¹ Dolayısıyla devletin ödevlerinin sınırının ekonomik gelişmişlik ya da mali kaynaklar ölçüsüne bağlanması sosyal devlet niteliğini benimsemiş devletler bakımından asgari ödevleri yerine getirme yükümlülüğünü tamamıyla ortadan kaldırmaz. Bir başka deyişle, bu tartışma devletin yapıp yapmama konusundaki takdir yetkisinden çok, ne kadar ve nasıl ve ne zaman yapacağı noktasında kilitlenmektedir.

1982 Anayasasının 65. maddesinin lafzının yargı makamları tarafından yorumlanma biçimi yukarıda bahsettiğimiz siyasetin yargısallaşması tartışmalarına kapı aralayacak niteliktedir ve uygulamada da bu yönde olmuştur. Zira 2001 yılına kadar uygulanan “ekonomik istikrarın gözetilmesi” kriteri ile 2001 sonrasında anayasal sisteme giren “amacın önceliklerini gözetmek suretiyle” ve her durumda “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” kriteri, anayasa sistematigi açısından sosyal haklar aleyhinde genel bir sınırlama nedenini içermektedir. Normatif objektif alanın somut olaylar üzerinden bir nevi nisbileştirilmesi anlamına gelen anayasa yargıcının söz konusu sınırlama maddesi üzerindeki yorumu, yargıcın yetkisinin siyasal alanın takdir yetkisi aleyhine genişlemesi olarak addedilmekte ve mahkum edilmektedir. Fakat burada sorun şudur ki, yargıcın hukukilik denetimi dışına çıkması anayasa tarafından yasaklanmıştır. Hatta 2010 anayasa değişikliği ile birlikte eklenen “hiçbir şekilde” ifadesi yoluyla, bu kuralın güçlendirilmesi hedeflenmiştir.⁵²

Bu düzenleme uygulamaya geçmişten günümüze şu şekilde yansımıştır: Medeni ve siyasal haklarla ilgili davalarda zaman zaman yargısal aktivizm yoluna giden Anayasa Mahkemesi, sosyal ve ekonomik haklar söz konusu olduğunda ‘kendi kendini sınırlama’ yaklaşımını tercih ederek yasama ve yürütme organlarına daha geniş takdir yetkisi alanı sunmaktadır.⁵³ Turhan’a göre ise Anayasa Mahkemesi, sosyal haklar söz konusu olduğunda önüne gelen anayasaya aykırılık iddiaları karşısında, medeni ve siyasal haklarla ilgili ‘hak temelli’ yaklaşımından farklı olarak ‘ödev temelli’ ya da ‘amaç temelli’ yaklaşımı tercih

⁵¹1968 yılında yapılan tartışmada, 1961 Anayasasının 53. maddesinin anayasasının sosyal esprisine uymadığı ve iktidarlara mali kaynaklara sığınarak bu hakları geciktirme yönünde bir takdir yetkisi sunduğu belirtilmiştir. Talas ve Teziç bu yönde görüş bildirmiştir. Kapani ise, olumsuz edim gerektiren haklar bakımından 53. maddenin uygulanamaz olduğunu, olumlu edim gerektiren sosyal hakların ise bugünden yarına hemen gerçekleştirilemeyeceğinden dolayı 53. madde yaklaşımının gerçekçi olduğunu ileri sürmüştür. Kapani aynı yaklaşımını 1982 Anayasası bakımından tekrar etmiş; fakat söz konusu program hükümlerin iktidara tam da açık bono vermediğinin altını çizmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Mesut Gülmez, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”, **Anayasal Sosyal Haklar İçinde**, s. 117-156.

⁵² Her ne kadar yapılan yorumlar yerindelik yasağının lafzi olarak güçlendirilmesi doğrultusunda ise de, genel hukuk teorisi kapsamında, anayasalarda hiçbir açık hüküm olmasa da mahkemelerin yapacağı yorumun yine hukukilik temelinde olacağı bir nevi hukukun genel kuralı haline gelmiştir diyebiliriz. Dolayısıyla, söz konusu anayasa değişikliği bilinenin ötesinde yeni bir kural ya da yargıçlar nezdinde yeni bir yükümlülük getirmemektedir.

⁵³ Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, Der. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı Sempozyumu** 04-06 Ocak 2005, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.336-351.

etmektedir.⁵⁴ Fakat bu tutum daha önce de gördüğümüz gibi sadece bizim Anayasa Mahkememize özgü değildir. Farklı derecelerde ve içerikte aynı çekingen tutumu karşılaştırmalı hukuktan bazı yüksek mahkeme pratiklerinde de gözlemlemek mümkündür. Bu genel açıklamalardan sonra, 1961 ve 1982 Anayasalarında sosyal hakların ve/veya devletin ödevlerinin sınırına ilişkin düzenlemelere bakılmasında fayda vardır.

A. 1961 ve 1982 Anayasasında Sosyal Devlet İlkesi ve Sosyal Hakların Sınırına İlişkin Düzenlemeler

1961 döneminde sosyal devlet ilkesinin anayasal bir ilke olarak anayasada yer almasının anlamına ilişkin Meclis tartışmalarına baktığımızda, farklı görüşlerin ortaya çıktığını söylemekte fayda vardır. Buna göre ortaya çıkan gerekçede, sosyal devletin çalışma ve sosyal adalet esasına dayandığının, devletin modern bir anayasa yaparken sağlık, öğrenim ve konut hakkından yoksun kişilerin gerçek anlamda hür olmayacaklarının farkında olanları himaye etmesi gerektiğinin, yaşamak için zorunlu gelir kaynağından yoksun olan halk tabakaları için klasik hürriyetlerin kağıt üzerinde kalan parlak boş laflardan ibaret olacağına altı çizilmiştir. Anayasa Komisyonu'ndaki tartışmalar ise oldukça hararetlidir. Muammer Aksoy, "karakter sahibi bir metin olarak anayasanın, artık sekiz yaşındaki çocukları yüksek bacaları temizletmek işinde kullanan, üç defa inip çıktıktan sonra ölürse ölsün beni ilgilendirmes diyen 19. yüzyıl liberal devletinin anayasası olmadığını" söylemiştir. Mehmet Altınsoy ile Cemil Sait Barlas arasında ise sosyal devletin sosyalist devlet olup olmadığına ilişkin tartışmalar sürmüştür. Anayasa Komisyonu sözcüsü Tarık Zafer Tunaya ise anayasanın devlete sosyal, siyasal, ekonomik hayatı düzenleme yetkisi verdiğini ve 20. yüzyılın demokratik devletinin, bu sayede gerçekleşeceğini belirtmiştir.⁵⁵

Sınırlama rejimine gelince; her iki anayasa döneminde detaylı bir sosyal haklar kataloğu, beraberinde sınırlama hükümlerini de getirmiştir diyebiliriz. 1961 Anayasası'nın 53. maddesinde yer alan Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı, "iktisadi ve gelişme ve mali kaynakların ölçüsü"ne bağlanmıştır. maddenin tam metni şu şekildedir: "*Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadi ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadi gelişme ile mâli kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir*". Gerekçeye baktığımızda, sosyal devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevlerin onun her şeyi yapmak isterken hiçbir şeyi yapamaz hale düşmesine neden olmaması gerektiği, devletin ödevlerinden bazılarının ancak iktisadi gelişme ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde kısmen yerine getirebileceği belirtilmiştir. Gerekçede örnek olarak işsizlik sigortası verilmiş ve bunun tam anlamıyla gerçekleşmesinin yakın bir gelecekte mümkün olmadığından, fiilen gerçekleşmesinin ancak realiteyle sınırlı olduğunun altı çizilmiştir.⁵⁶

1982 Anayasasının 3. bölümünde düzenlenen Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler'in sonunda genel bir sınırlama maddesi olarak yer alan 65. mad-

⁵⁴ Mehmet Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11624.pdf>, [12.05.2012].

⁵⁵ **T.C. Gerekçeli Anayasa**, İstanbul: May Yayınları, 1968, s. 8-20.

⁵⁶ **T.C. Gerekçeli Anayasa**, s.58-59.

denin son hali ise, 2001 yılında 4709 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca şu şekilde düzenlenmiştir: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”.

Bilindiği üzere, söz konusu madde metni, 2001 anayasa değişikliği öncesinde hem madde başlığı hem de içerik bakımından lafzen şu anki durumundan kısmen farklıydı. Maddenin başlığı “Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı” iken içeriğinde, “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynakların yeterliliği” ölçüsünde devletin bu hakları sağlayacağı öngörülmekteydi. Gülmez tarafından 24+12 Anayasası⁵⁷ olarak adlandırılan 1982 Anayasasının sosyal hakların sınırı maddesinde ekonomik istikrar kaydına yer verilmesi, anayasanın sosyal haklara ilişkin genel politikası ile birlikte değerlendirildiğinde sosyal hakların ve sosyal devlet niteliğinin takdiri bir özellik taşıdığı hissini uyandırmaktadır.

2001 sonrası ise yukarıda görüldüğü üzere, madde başlığı “sosyal ve ekonomik hakların sınırı” olarak değil, “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı” olarak düzenlenmiş, “ekonomik istikrar” kaydından vazgeçilip “amaca uygun önceliklerin gözetilmesi” kıstası getirilmiştir. Burada duraksamakta fayda var; zira değişiklik öncesi ve sonrası gerek sosyal hakların sınırı gerekse devletin ödevleri bakımından bir değişiklik yaşanmış mı bunu sorgulamak gerekir. Bunun için de öncelikle tarihsel yoruma başvurmak suretiyle Danışma Meclisi'nin 65. madde gerekçesine göz atmakta fayda vardır. Gerekçe şu şekildedir: “Anayasada yer alan sosyal ve ekonomik hakların Devlet tarafından gerçekleştirilmesi ancak mali kaynakların yeterliği ölçüsünde mümkündür. Mali kaynakların yeterliği Devletin kaynaklarını zorlamadan tabii bir sınır teşkil eder. Bu kaynakların zorlanması halinde ekonomik istikrarın bozulması mukadderdir. Ekonomik istikrarın bozulması ise, her şeyden önce Devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin aksaması sonucunu doğurur. Bundan ise, her şeyden önce bu haklardan yararlanacak olan şahıslar zarar görür. Madde, hiç kimseye Devlettten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirilmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir”.

Madde gerekçesi açıkça sosyal hakların program niteliğine gönderme yapmış ve kişiler bakımından bunları talep yönünde subjektif bir hakkin doğmadığını, 65. madde ile sadece kaynaklar ölçüsünde devletin hakları hayata geçirmek üzere düzenleme yapacağını ifade etmiştir. Mali kaynakların yeterliliği ölçüsü 2001'deki değişiklik sonrası aynı kalmakla birlikte ekonomik istikrar kaydı yerine “amacın gerektirdiği önceliklerin gözetilmesi” getirilmiştir ve bu düzenlemenin gerekçesi de oldukça ilginçtir. Zira 4709 sayılı kanunun 65. madde değişikliğine ilişkin açıklaması bir cümleyle, “Maddenin kenar başlığı içeriğine uygun hale getirilmiştir.” ifadesidir. Hem maddenin başlığı hem de içeriği en azından lafzen değişmiş bir maddenin gerekçesinin, kenar başlığı ile içeriğinin uyumlaştırılması olması kayda değerdir. Fakat bu gerekçe, yasakoyucunun kural olarak sosyal haklara 2001 öncesi de devletin ödevleri ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yaşam alanı tanıdığı uygulaması üzerinden değerlendirilirse sorunlu görülmeyecektir. Gözler'in 2001 değişikliği ile ilgili açıklamaları bu tezi destekleyen argümanlar sunmaktadır. Yazara göre, söz konusu değişiklik yasakoyucunun abesle iştiğal örneğidir. Çünkü 65. madde-

⁵⁷ Gülmez, a.g.m. s. 135. Yazara göre, “24” ifadesi 24 Ocak 1980 kararlarını, “12” ise 12 Eylül 1980'de yapılan askeri darbeyi simgelemektedir.

nin lafzında ne kadar değişiklik yapılırsa yapılsın, ekonomik-sosyal haklar yine de mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde gerçekleşebilecektir. Hatta 65. madde tamamen ortadan kaldırılırsa da vatandaşlara dava edilebilirlik açısından olumlu bir imkan sunmayacaktır. Gözler, sosyal hakların tam anlamıyla hayata geçirilmesi sorunsalında, Danışma Meclisi'nin gerekçesini hatırlatır şekilde, ülkenin ekonomik istikrara sosyal haklardan daha çok ihtiyacı olduğunu söylemektedir.⁵⁸ Fakat bu noktada yasama organı, 65. madde ile kendisine tanınan hareket alanının aslında sosyal hakları gerçekleştirmek ya da savaştırmak yönünde değil, yerine getirme ölçüsü, somutlaştırma yöntemleri ve araçları bakımından öngörülen bir takdir yetkisi olduğunu ne kadar dikkate almaktadır bunu sorgulamak gerekir. Bu noktada Talas'ın yorumunu hatırlamak gerekir: Gelişmekte olan ülkelerde halkın önemli kısmı yasama organından, ekonomik bakımdan güçsüzlerin korunmasına ve onlara insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyinin sunulmasına yönelik müdahale beklentisi içindedir.⁵⁹

Bu açıklamalardan sonra sosyal hakların sınırı ve devletin bu konudaki ödevlerine ilişkin her iki anayasa döneminden Anayasa Mahkemesi kararlarına bakmakta fayda vardır.

C. 1961 Anayasası Dönemi Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Ödevlerinin Sınırı Örnekleri

İlk karar örneği, 1961 döneminde Anayasa Mahkemesi'nin sosyal devlet tanımıyla ilgilidir. Bu tanım önemlidir; zira sosyal devletin ve devletin ödevlerinin sınırını da bu karar doğrultusunda yorumlamak mümkün olabilecektir.

Türkiye İşçi Partisi'nin Sendikalar Kanunu'nun sendika ve toplu sözleşme haklarına ilişkin maddelerini Anayasa Mahkemesi önüne taşıdığı iptal davasında Mahkeme, sosyal devleti şu şekilde tanımlamıştır: "...*Demokratik sosyal hukuk devleti; insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşamaları ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.*"⁶⁰

Bu kapsamlı tanım sonrasında Mahkeme'nin sosyal hakların sınırına ilişkin önüne gelen iptal/itiraz başvurularındaki yaklaşımına bakılması uygun olur. Olağanüstü hallerde haksız mal iktisap edenler hakkında düzenlemeler içeren 4237 sayılı kanunun, 13 üncü maddesinin I numaralı bendinde mahkemenin, duruşma sonunda "Suçlunun haklı olarak iktisap ettiği sabit olmayan malların müsadereğine ve müebbet surette amme hizmetlerinden ve tekaüt hakkından mahrumiyetine hüküm vereceği" hükme bağlanmıştır. Davada bu bendin "Ve tekaüt hakkından mahrumiyetine hüküm verir" şeklindeki hükmü-

⁵⁸ Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>, [11.06.2012].

⁵⁹ Talas, Ibid.

⁶⁰ E.1963/336, K.1967/29, KT.26-27.09.1967.

nün iptali istenilmiştir. Mahkeme bu kararında sosyal güvenliğin, devletlerin kişilere sağladığı bir bağış değil, ekonomik ve politik gelişmelerin zorunlu kıldığı bir garanti sistemi olduğunu söyledikten sonra, Emekli Sandığı Kanunu ile Anayasa'dan önce kabul edilen ilgili kanunun yapıldığı dönem itibariyle, söz konusu hükmün haklılığı kabul edilebilse bile, gelişmeler ışığında artık anayasaya uygunluğundan bahsedilemeyeceğini, herkese tanınan sosyal güvenlik hakkının sırf cezalandırmak amacıyla belirli kişilere tanınmamasının mümkün olmadığını, belirli suçları işleyenleri sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakmanın sadece sosyal güvenliği değil, sosyal devlet ilkesini tamamen işlevsiz kılacağını, 53. madde uyarınca devlet ekonomik kaynakları ölçüsünde sosyal güvenliğe dair bazı hakları vermeye, bazılarını kısmen vermeye yetkili olsa da, mali kaynaklar elverdiğinde sağlanan bir hakkın herkese verilmesi ve belirli suçlar bakımından ayırım yapılmaması gerektiğinden ilgili hükmün iptaline karar vermiştir.⁶¹

766 sayılı Tapulama Kanunu'nun zilyed adına tescilin şartları ve tescili yapılacak arazinin büyüklüğüne ilişkin maddeleriyle ilgili Cumhuriyet Senatosu'nun üyeleri tarafından Anayasa Mahkemesi önüne taşınan bir davada⁶² Mahkeme'den, 53. maddeyi 37. maddedeki "*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alır*" hükmü ile birlikte yorumlaması talep edilmiştir. Dava dilekçesine göre, yasakoyucu her ne kadar kanun koymak, değiştirmek, ortadan kaldırmak yetkisine sahipse de, tapuda kayıtlı olmayan araziler bakımından, belirli şartlar ve belgeler sağlandığı takdirde maliklerin isteğinden bağımsız olarak yüz dönüme kadar arazinin mülkiyetinin el değiştirmesi sonucunu doğuracak bir düzenlemeyi yaparken, 37. maddedeki topraksız çiftçilere toprak sağlama yükümlülüğünü öncelikle dikkate almalıdır. Zira bu kişilerin ihtiyaçları dikkate alınmadan yapılacak mülkiyet transferi devletin 37. maddedeki ödevini yerine getirmesini imkansız kılar. Cumhuriyetin kuruluş yıllarından beri hedeflenen toprak reformu bu anlamda somut bir referans kaynağıdır. Mahkeme ise burada anayasaya aykırılık söz konusu olmadığını ve aslında bu yolla usulsüzlüğün ortadan kaldırıldığını söylemekle yetinmiş ve 53. maddenin olay bakımından analizini yapmamıştır.

Mahkeme, 1971 yılında verdiği başka bir kararda⁶³, özel yüksek okulların kurulmasına ve bu kurumlar tarafından diploma verilmesine olanak tanıyan 625 sayılı kanunun 1. ve 13. maddelerini, "Bilim ve Sanat Hürriyeti"ni düzenleyen 21. madde ve üniversitelerin devlet eliyle ve yasalarla kurulabileceğini hükme bağlayan 120. madde ışığında değerlendirmiş, 50. madde uyarınca da "halkın eğitim ve öğrenim ihtiyaçlarını sağlama" ödevinin devletin en başta gelen görevlerinden olduğunu belirterek iptal etmiştir. 53. madde tartışması ise farklı gerekçelerle karara katılan ve karara karşı menfi oy kullanan üyeler arasında gerçekleşmiştir. Kararın gerekçesine katılmayan Recai Seçkin, mali kaynakların yetersizliğine dayanarak özel okulların önünün açılmasının somut olay bakımından uygulanamayacağını, çünkü devlet okullarının en büyük sorununun öğretim üyesi sorunu olduğunu; fakat özel okullardaki öğretim üyelerinin de devlet okullarından geldiğini, dolayısıyla mali kaynakların değil de, özensiz bir yükseköğretim politikasının bu soruna neden olduğunu, dolayısıyla

⁶¹ E.1963/138, K. 1964/71, KT.11.12.1964.

⁶² E.1966/19, K.1968/25, KT.18-19/06.1968.

⁶³ E.1969/31, K.1971/3, KT.12.01.1971.

53. maddenin bu konuyla ilişkisi olmadığını vurgulamıştır. Karşı oydakiler ise, bu görüşü eleştirmiş ve devletin sınırlı kaynaklarının yetmediği ortamda özel okullara izin verildiğini, eğitim ve öğretimi devletin sağlaması yükümlülüğünün sınırının 53. maddedeki mali kaynaklar olduğunu ve bu durumda eğer bütün yük devlete bırakılırsa yükseköğrenim düzeyindeki öğrencilerin çoğunun üniversite eğitiminden yoksun kalacağını, bu nedenle özel okullara izin verilmesinin daha üstün bir amaca hizmet edeceğini vurgulayarak, getirilen sınırlamanın anayasanın 10. maddesindeki temel hakların niteliği, 21. maddedeki eğitim ve öğrenim hakkı ışığında değerlendirilmesi ve bu hakların özüne dokunmaması gerektiğinin gerekçesini oluşturmaya çalışmışlardır. Anayasanın sistematik yorumunun ağır bastığı kararda, 53. madde dikkate alınmamıştır.

1961 anayasası döneminden bir diğer örnek 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda yer alan "Yüksek öğretim paralıdır. Başarılı olan fakat maddi imkânları elverişli olmayan öğrencilerin kayıt ücreti, imtihan harcı gibi her türlü öğrenim giderleri, burs, kredi, yatılılık ve benzeri yollarla sağlanır." düzenlemesini getiren 38. madde ile ilgilidir⁶⁴. Mahkeme bu hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Gerekçede, 53. maddeye atıfta bulunan Mahkeme, yükseköğrenimin paralı kılınmasını öngören düzenlemenin, devletin kaynaklarının parasız olarak bu hizmeti sunmayı mümkün kılmadığını, "akçalı kaynakları elverişsiz bir ülkede, yükseköğrenimin paralı olmasının, sosyal devlet ilkesinin bir alan ve oranda bir çeşit uygulunuşu da sayılabileceğini, çünkü böylece varlıklı öğrencilerden alınacak paraların varlıksız, başarılı öğrencilere yardım olanaklarını arttırabileceğini ve Devletin yanı başında varlıklı kişilerin de bu yardımda payları olacağını" belirtmiştir. Karşı oy gerekçelerinde ise, daha önce parasız olan yükseköğrenimin 53. madde gerekçe gösterilerek paralı hale getirilmesinin mümkün olmadığı, çünkü böyle bir düzenlemenin daha önce verilen bir hakkın devlet tarafından geri alınması anlamına geldiği, bu maddenin, Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan "bu Anayasa'nın hiç bir hükmü, Türk toplumunun Çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmasına engellik edecek bir biçimde anlaşılmasına ve yorumlanmasına müsaait değildir" kuralı ile Anayasanın 10/2. maddesinde düzenlenen "Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" hükmü ile birlikte yorumlanması gerektiğine vurgu yaparak söz konusu hükmün iptal edilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.⁶⁵ Parasız eğitim taleplerinin sıklıkla gündeme getirildiği ülkemizde, yüksek mahkemenin görüşünün kurulduğu yıllardan bu yana değiştiği söylemez.

Cumhuriyet Senatosu üyelerinin Mahkeme önüne taşıdığı, Emekli Sandığı Kanununa eklenen bir maddeyle⁶⁶ ilgili olarak her ne kadar üyeler tarafın-

⁶⁴ E. 1973/32, K.1974/11, KT.26.03.1974.

⁶⁵ Aynı kararda birden fazla karşı oy yazılmıştır. Bizim alıntı yaptığımız karşı oy, Muhittin Taylan, Kani Vrana, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu tarafından kaleme alınmıştır.

⁶⁶ EK MADDE 1- 27/7/1967 tarih ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olmayan görevlerden 1/3/1970 tarihinden önce emekli, adı malûl veya vazife malûlü olanlara, ölenlerin dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar;

B) Emekli aylığı bağlanmasına esas alınan fiili hizmetin (Fiili hizmet zammı, itibari hizmet süresi ve tamamlayıcı emeklilik keseneği tahakkuk ettirilen süreler hariç) her

dan “Sosyal güvenlik konusunda yasal düzenlemeler yapılırken, tahsil, kıdem, hizmet süresi gibi öğeler bakımından eş durumda olan yurttaşların eşit ölçüde ve oranda olanağa kavuşturulması gereklidir. Bu kurala uyulmazsa, eşitlik ilkesi zedelenir. Hatta devletin iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile mali kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceği, kuralını öngören, Anayasa'mızın 53 üncü maddesinin uygulanmasında da eşitlik ilkesine uygun davranılmak gerekir” savunması yapılmışsa da Mahkeme bu savı incelemeye almamıştır.⁶⁷

Görüldüğü üzere, her ne kadar 1961 Anayasası'nda sosyal devlet ve sosyal haklara yer verilirken, sosyal adalet ve klasik hürriyetlerin gerçekleştirilmesinin garantisi olarak sosyal hakların gerçekleştirilmesi hedeflenmişse de, olumlu edim gerektiren haklar bakımından Mahkeme, mali kaynaklar ölçüsüne bağlı kalmıştır. Yasama ve yürütmeye düzenlemeler konusunda takdir yetkisi tanıma yoluna giden Mahkeme, çoğu kararında da devletin ödevlerinin sınırlarını denetlemekten kaçınmıştır. Temel hak ve özgürlükler alanında, yargısal aktivizm örnekleri gösteren Anayasa Mahkemesi'nin sosyal haklara bakışı, yasa koyucunun teorideki özgürlükçü bakış açısıyla kural olarak uyusmaktadır. Fakat devletin pozitif yükümlülüklerinin somut uygulaması söz konusu olduğunda, anayasanın öngördüğü sınırların; yani mali kaynaklar ölçüsünün, Mahkemenin uyguladığı otosansürle birleşmesi sonucunda, sosyal haklar alanında hak temelli bir bakış açısından çok, devletin ödevleri temelli bir bakış açısının anayasal yargı pratiğimize daha o günlerden yerleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

D. 1982 Anayasası Dönemi Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Hakların Sınırı Örnekleri

Bu kısmı 2001 öncesi ve 2001 sonrası olarak ayırmak suretiyle, anayasa değişikliklerinin Mahkeme kararlarına yansıyor yansımadığını analiz etmeye çalışacağız.

1. 1982-2001 Arasında Sosyal Hakların Sınırına İlişkin Kararlar

Konut hakkıyla ilişkili imar konularında devletin yükümlülüklerini zaman içinde yerine getireceğinin tespit edildiği kararda, Mahkeme, Oder'in ifadeyle “aşamalı gerçekleştirme yaklaşımını”⁶⁸ benimsemek suretiyle karara varmıştır. Mahkeme, “Anayasa'nın 65. maddesinde belirlendiği üzere, Devlet tarafından yapılması zorunlu sosyal ve ekonomik tüm görevlerin hemen yerine getirilmesi güçtür. Belirli nüfus yoğunluğuna ulaşmış yerleşim birimlerinin ilderdeki durumları da tasarlanarak imar planları yapılması yoluyla sorunların çözümlenmesindeki kimi güçlükler, ülkemizin imar düzenlemelerinde engeller oluşturacaktır.” demiştir. Söz konusu karar ile mali kaynakların ölçüsü kadar 57. maddede belirtilen “şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetten bir planlama çevresinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alma ve konut teşebb-

yılı için bir kademe ve her üç yılı için bir derece verilmek, suretiyle öğrenim durumları itibarıyla 36 ncı maddede belirtilen yükselebilecekleri derece ve kademeleri geçmemek üzere bulunacak derece ve kademelerin emekli aylığı bağlanmasına esas aylıkları üzerinden ve 1/3/1975 tarihinden geçerli olarak yükseltilir.

⁶⁷ E. 1976/41, K.1977/1, KT.13.01.1977.

⁶⁸ Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren...”, s.229.

büslerini destekleme” hükümleri de ileri sürülerek, idare hukukuna özgü teknik uzmanlık gerektiren konularda idarenin takdir yetkisine yapılan vurguya benzer bir yaklaşımla esasa ilişkin denetim sınırlı tutulmuştur. Konut hakkına diğer Güney Afrika ve Hindistan Yüksek Mahkemesi kararlarından farklı olarak, Türk Anayasa Mahkemesi’nin daha çekingen davrandığını söylemek mümkündür.

Mahkemenin 1988 yılında verdiği başka bir kararda⁶⁹, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkındaki Kanun’da yer alan “Devletin imkânları göz önünde tutularak, örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar eser, korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenir” ifadesi inceleme altına alınmıştır. Mahkeme bu kararda, “korunma”, “koruma”, “bakım ve muhafaza” gibi kavramların devlete küçümsenmeyecek maliyetler yükleyeceğini belirtmiş, bu görevin 65. maddedeki ekonomik istikrarın korunması gözetilerek mali kaynakların ölçüsü sınırını getiren 65. maddeden bağımsız düşünülmemeyeceğini; fakat yine de mali kaynaklar ölçüsü nedeniyle getirilen sınırlamanın anayasa tarafından verilen koruma görevinin amacına ve anayasakoyucunun iradesine ters düşmeyecek biçimde yorumlanmasının gerekliliğinin altını çizmiştir. Fakat sonuç olarak, kanunun söz konusu eserlerin seçiminde keyfiliği önleyecek kadar güvence içerdiğinden bahisle iptal istemini reddetmiştir. Buradaki yorum, Mahkemenin söz konusu görevin asgari gerekliliklerinin yerine getirilmesi noktasında bir sınır çizdiğini, kanun uygulanırken sınırlı bir takdir yetkisi olduğunu göstermektedir.

Mahkeme 1990 yılında verdiği bir başka kararında⁷⁰, yaşlılık aylığına hak kazanma kriteri ve derecesi bakımından uygulanan 506 sayılı Kanun’da yer alan alt ve üst göstergeler sisteminin diğer maddeler yanında, 65. maddeye uygunluğunu denetlemiştir. Mahkeme 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin ILO sözleşmesine gönderme yaparak, devletlerin ekonomik durumlarına göre asgari koşullar ve imkanları belirleme noktasında yetkili kıldığını belirttiikten sonra iç hukuk açısından şu şekilde bir yoruma giderek emeklilikte üst gösterge sisteminin sosyal devlet, sosyal güvenlik hakkına aykırı bir düzenleme olmadığına hükmetmiştir: “.....Burada (65. madde ile), Devletin sosyal güvenliği sağlama görevine iki sınır çizilmiştir. Bu sınırlardan biri, Devletin, kişilere, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde sosyal güvenlik sağlamasıdır. İkinci sınır ise Devletin, sosyal güvenliğe malî kaynaklarını tahsis ederken, ekonomik istikrarın bozulmamasına dikkat etmesi ve sosyal güvenlik alanına, ekonomik istikrarı bozmayacak derecede malî kaynak aktarılması ile yetinmesidir... Anayasa, sosyal güvenliğin sağlanmasında, sadece Sosyal Sigortalar Kurumu’na görev vermeyip bu konuda, Devlete her türlü tedbirleri alma ve teşkilatı kurma yükümlülüğünü getirmiştir....Bunun dışında başka sosyal yardım ve sosyal hizmetleri gören kuruluşlar da vardır.... 3395 sayılı Yasa ile getirilen üst gösterge sistemi bir bütün olarak daha iyi boyutlarda sosyal güvenliği amaçlamaktadır.....Sosyal Sigortalar Kurumu’nun, gelir kaynaklarının azalarak işlevlerini yerine getirememeye tehlikesi ile karşılaşması sonucu, itiraz konusu sistem ortaya çıkarılmıştır... Öncelikle, mevcut tek gösterge tablo sistemi de bu ayarlamayı engellemiştir. Buna karşın, ekonomik koşulların hızla değişmesi, enflasyon ve hayat pahalılığı nedeniyle katsayıların artırılması, sosyal sigorta yardımları-

⁶⁹ E.1987/21, K.1988/25, KT.28.06.1988.

⁷⁰ E. 1990/5, K.1990/28, KT.14.11.1990.

nın da çoğaltılmasını zorunlu kılmıştır...Bu sistemle sigortalılar arasında büyük farklılıklar yaratılmamıştır. Sistem, sosyal adaletin sağlanması yolunda, kendi önlemlerini de birlikte getirmiştir. Öncelikle "üst gösterge" üzerinden bağlanacak aylıklarda oran, normal gösterge üzerinden bağlanacak aylıklara göre % 10 daha düşük tutularak bir denge kurulmuştur (...) Bu sistemle sosyal adalet, toplumun huzuru ve ulusal dayanışma zedelenmemiş, "primli rejim" in bir sonucu olarak ve anayasal sınırlar içinde tüm iştirakçiler arasında ödedikleri prim tutarlarına göre nimet-külfet ilkesi gereğince adaletli bir denge sağlanmak istenmiştir. Nitekim bu düzenleme neticesinde yukarıda belirtildiği gibi tüm sigortalı çalışanlar ve emekliler için daha olumlu bir gelişme yoluna girilmiştir." Mahkemenin kararın gerekçesinde, toplumun huzuru ve ulusal dayanışma kavramlarının zedelenmediğine dair tespiti, 65. madde temelindeki tartışmalarda, devletin olumlu edim yükümlülüğüne bakışı hakkında bir fikir verebilir. Zira karara göre, anayasal sınırlar içinde bir hak alanı sunulduğu ve bunun da sınırının toplumun huzuru ve ulusal dayanışma olduğu söylenmektedir. 2001 öncesi dönemde, temel haklar alanındaki genel sınırlama hükmünün, devletin sorumluluklarının sınırı söz konusu olduğunda anlayış olarak sosyal haklar alanına da sirayet ettirildiğini söylemek mümkün görünmektedir.

2001 öncesi bir başka davada⁷¹, 506 sayılı Kanun'un 32. maddesi'nin B bendine eklenen; "Protez, araç ve gereç bedellerinin %20'sini sigortalı öder. Ancak ilgiliden alınacak katkı miktarı, ödeme tarihindeki 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 33 üncü maddesine göre sanayi kesiminde çalışan on altı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin bir buçuk katından fazla olamaz. Sigortalıların, bu maddenin (A), (B) ve (D) bentlerinde yazılı yardımlardan yararlanabilmeleri için 60 günü hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki altı ay içinde olmak üzere toplam olarak 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş olmaları şarttır." kuralının Anayasanın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesine, 5. maddesindeki devletin temel amaç ve görevleri maddesine, 56. maddesindeki sağlık hakkı, 60. maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptal gerekçesinde, "...çalışan ve emeğini toplumun hizmetine sunan kişi, eğer önceden belirli bir süre prim ödemesinde bulunmamış ise, sağlık yardımlarından yararlanamayacaktır. Üstelik bu, işe ilk başlama ile ilgili bir düzenleme de değildir. Keyfi işten çıkarmaların hala yasal bir düzenlemeye kavuşturulmadığı, sigorta primlerinin zamanında ve tam olarak yatırılmasının sağlanmadığı bir ülkede, çalışanların bile bu durumda hakkettiği sağlık yardımını alması olanaksız hale gelecektir. Sağlığa ilişkin bu sınırlamaları Anayasa'nın 65. maddesindeki "sosyal ve ekonomik hakların sınırı" mazeretine sığdırma olanağı da yoktur. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin de dediği gibi "Devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda "yasama hakkı" nı ortadan kaldıran düzenlemeler yapamaz"⁷² denilmek suretiyle söz konusu düzenlemenin yaşama hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir.

Mahkemenin değerlendirmesine göre ise sosyal güvenlik vatandaşlar için bir hak, devlet için ise görevdir. Bu bağlamda devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini malî olanakları ölçüsünde yerine getirirken sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun kimi sınırlamalar yapabilirse de sosyal hakları kullanılamayacak hale getirecek düzenlemelerde bulunamaz. Fakat

⁷¹ E. 1999/42, K.2001/41, KT.23.02.2001.

⁷² E.1990/27, K.1991/2, KT.17.01.1991.

Mahkeme, Türkiye'nin imzaladığı ILO sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'ne gönderme yaparak, sağlık hizmetlerinden faydalanmak için kişiler üzerinde aşırı derecede ağır bir yük bırakmayacak katkı paylarının alınmasının mümkün olduğunu belirterek Anayasaya aykırılık tespit etmemiştir.

Zorunlu 8 yıllık kesintisiz eğitimle ilgili yasanın dönemin anamuhalefet partisi Refah Partisi tarafından Mahkeme önüne taşındığı davada⁷³, ileri sürülen iptal gerekçeleri kadar, Mahkeme'nin yaptığı tespitler de kayda değerdir. Söz konusu olayda, 4306 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle, İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrası, 5. maddesiyle de Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 24. maddesi değiştirilerek "İlköğretim kurumları sekiz yıllık okullardan oluşur. Bu okullarda kesintisiz eğitim yapılır ve bitirenlere ilköğretim diploması verilir" kuralı getirilmiştir. İptal gerekçesinde her iki Yasa'da da, aynı doğrultuda yapılan bu değişikliğin Anayasa'nın 42. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Davacılar göre, *"Beş Yıllık Kalkınma Plânlarına taşınamayacak bir yük getiren sekiz yıllık kesintisiz eğitime ilişkin Yasa'nın gerçekleştirilmesi için kaynaklar zorlansa bile ekonomik istikrarı bozucu niteliktedir. Kaliteli ve çağdaş bir eğitimi hedeflemesi gereken reform niteliğindeki bir yasanın gereklerinin yerine getirilmesi için sistem, program ve öğretmen yanında bina, derslik ve ders araç ve gereçleri gibi fiziki şartların varlığı da söz konusudur. Cumhuriyetin başlangıcından günümüze kadar ilköğretimdeki okulaşma oranı % 65 olabilmıştır. Tasarının hedeflediği donelere göre, öğretmen ihtiyacı 694.000'dir. Mevcut öğretmen sayısı ise 279.000'dir. 415.000 öğretmene ihtiyaç vardır. Yılda yetişen öğretmen sayısı 8.000 iken, emekli olan öğretmen sayısı 15.000'dir. Gerekli derslik sayısı 385.000, mevcut derslik sayısı ise 175.000'dir. Yani 210.000 dersliğe ihtiyaç vardır. Ekli raporda görüleceği üzere, öğretmen açığının giderilmesi için 610 Trilyon TL., derslik ihtiyacının giderilmesi için ise 1.5 katrilyon TL.sına ihtiyaç vardır. Araç gereç dahil edildiğinde toplam maliyet 2.675 katrilyon TL.sına ulaşmaktadır. Bu gereksinmelerin karşılanması için yalnız mali kaynak sağlanması yeterli değildir. Otuz yıl gibi uzun bir süre de gerekmektedir".* Mahkeme ise söz konusu düzenlemenin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Şartı uyarınca eğitim hakkının tanındığı ve Anayasanın da bu düzenlemelere paralel olarak devlete bu şekilde görev yüklediğini ve öz itibarıyla farklı ve olumsuz bir düzenlemeye gidilmediğini; ayrıca "Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrar gözetilerek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken öncelikleri saptamak yetkisine sahiptir. Eğitimin kişi ve toplum yaşamında yaratacağı olumlu etkiler gözetilerek, sekiz yıllık kesintisiz zorunlu eğitim esasının benimsenmesinde ve bunun için gereken mali kaynağın sağlanmasında, Anayasa'nın 65. maddesine aykırılık bulunmamaktadır." demek suretiyle söz konusu iptal talebini haklı olarak reddetmiştir.⁷⁴

⁷³ E.1997/62, K.1998/52, KT.16.09.1998.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, son olarak 4+4+4 kademeli eğitim sistemi olarak kamuoyunda tartışmalara neden olan, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la ilgili şekil ve esas yönünden iptal ve yürürlüğün durdurulması taleplerini reddetmiştir. Esas yönünden ret kararının gerekçesinde, ilköğretimin 4+4 şeklinde kademeli eğitim şeklinde sunulmasına ilişkin Mahkeme, Ana-

Buradan yola çıkarak 2001 öncesinde, Anayasa Mahkemesi'nin tavrını, hem uluslararası metinlere göndermeler bakımından hem de devletin olumlu edimini gerektiren düzenlemelerde mali kaynakların yeterliliği ölçüsünün kapsamını değerlendirme açısından daha aktif bir şekilde dile getirdiğini, hatta kavramın içinin doldurulması aşamasında istekli olduğunu tespit etmek mümkündür.

2. 2001 sonrası Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı

Mahkeme, 2002 yılında verdiği bir kararında⁷⁵, yurtdışından kesin dönüş yaptığını beyan eden bir kişinin, ödenmesi gereken prim borcunu döviz cinsinden yatırmak suretiyle yaşlılık aylığı bağlanmasını sağlamanın ardından, söz konusu tarihlere aynı zamanda yurt dışından işsizlik aylığı aldığı ve böylece kesin dönüş şartını gerçekleştirmediğinin anlaşılması üzerine, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen yaşlılık aylıklarının faizleri ile birlikte iadesinin istenmesinin anayasaya uygunluğunu tartışmıştır. Öncelikle Anayasasının 62. maddesinde devletin yurtdışında çalışan vatandaşlarının diğer hakları yanında sosyal güvenlik haklarını da tanınması ve bu yönde tedbirler alması ödevinin ancak mali kaynaklar ölçüsünde yerine getirileceği hatırlatılmıştır. Mahkeme henüz prim ödeme aşamasında devlet bakımından bir ekonomik yük söz konusu olmadığından burada 65. maddenin ileri sürülemeyeceğini söyleyerek, bir bakıma söz konusu talebi kademeli değerlendirme yolunu tercih etmiştir. Ardından ise devlete olumlu edim yükleyen yaşlılık aylığının bağlanması olgusu incelemeye alınmıştır. Burada Mahkeme, yaşlılık aylığı bakımından yurt dışından kesin dönüş şartı aranmasını anayasaya aykırı bulmamış ve sosyal güvenlik hakkı bakımından kurumun aktüeryal dengesi ile devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü sınır teşkil ettiğinden söz konusu sınırlamanın anayasaya uygun olduğuna hükmetmiştir. Olumlu edimlerin söz konusu olduğu noktada Mahkeme refleks olarak 65. madde sınırını devreye sokmakta ve bu yönde karara varmaktadır. Burada karşı oy yazılarından Kantarcıoğlu'nun "amaca uygun öncelikleri gözetme" kıstasına yönelik olduğunu düşündüğümüz yorumuna yer vermekte fayda vardır. Hakim, devletin yurtdışında çalışarak sosyal güvenlik haklarından yararlanan vatandaşlarla yurtiçinde çalışan vatandaşlar arasında önceliğin yurtiçinde vatandaşlarda olduğunu söylemek suretiyle ilk talep yönünden çıkan karara katılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi 2003 yılında verdiği bir kararında⁷⁶, iş kazası ve yaşlılık aylığını birlikte almakta olan kişiden, bu aylıkların eşitlenmiş olması nedeniyle, iş kazası aylığının tamamının, yaşlılık aylığının yarısının ödenmesi

yanının 65. maddesine atıfla, sosyal ve ekonomik hakların sınırını, ekonomik istikrarın gözetilmesi ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsü şeklinde belirlemiştir. Bu düşüncenin anayasal dayanağı yoktur. Çünkü yukarıda belirttiğimiz üzere "ekonomik istikrarın gözetilmesi" 2001 Anayasa değişikliği ile yerini "amacın önceliklerini gözetme" kriterine bırakmıştır. Mahkeme, eğitim hakkı konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin sınırını, mali kaynakların yeterliliğine bağlayarak, 65. maddeye aykırılık bulmamıştır. Şekil bakımından iptal talebine ilişkin gerekçeli karar: E.2012/48, K.2012/75, KT.24.05.2012;Esas bakımından iptal talebinin reddine ilişkin gerekçeli karar: E. 2012/65, K. 2012/128, KT. 20.9.2012, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiiler/2013/04/20130418-10.htm>, [18.04.2013].

⁷⁵ E. 2000/36, K. 2002/198, KT.12.02.2002.

⁷⁶ E.2001/351, K.2003/10, KT.11.03.2003.

gerekirken tamamının ödenmesi nedeniyle fazladan ödenen kısmın iadesi iste miyle açılan davada, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 92. maddesinin ilgili fıkralarının anayasaya uygunluğunu denetlemiştir. Mahkeme, sosyal devlet ilkesinin kişilere insan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesi sunmak ve böylece toplumsal eşitsizlikleri azaltmak gibi işlevlere hitap ettiğini, Anayasanın 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkının devlete bu amaçla gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma ödevi yüklediğini ifade eden genel yorumla başlamıştır. Fakat son tahlilde, devletin ödevlerinin sınırının 65. madde olduğunu ve dolayısıyla amacın gerektirdiği öncelikler ve mali kaynaklar ölçüsünün burada belirleyici olduğu tespitini yapan Mahkeme, "amacın gerektirdiği öncelikler" ifadesini şu şekilde yorumlama yoluna gitmiştir: Anayasasının 61. maddesinin sosyal güvenlik hakkı bağlamında özel olarak korunması gereken sakatlara, malüllere gönderme yaptığı; somut olayda, yaşlılık aylığına hak kazanan kişi karşısında iş kazasına uğrayan kişinin öncelikli olarak korunması gerekliliğinin anayasal buyruk olduğunu belirtmiştir. Her iki aylık birleştiğinde ise, ilkinin tamamının ödenmesi yine bu buyruğun somut bir yansımasıdır. Yaşlılık aylığının tamamının değil de yarısının ödenmesi noktasında ise Mahkeme, mali kaynakların yeterliliği ölçüsünü devreye sokup, her ikisinin ödenebilmesi için devletin işveren ve işçilerden alınan prim oranlarında artış yapmak zorunda kalmasının söz konusu olacağını; ancak olayın gerçekleştiği an itibarıyla böyle bir düzenleme yapılmadığına göre, yükün tamamen devletin omuzlarında kalacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla devlet de bu ödevi ancak mali kaynaklar ölçüsünde yerine getirebileceğinden, sosyal güvenlik kurumunun aktüeryal dengesinin bozulmaması için ancak yaşlılık aylığının yarısının ödenmesi yolu ile bu denge sağlanabilir sonucuna varmıştır.

Bu karar iki açıdan önemlidir: öncelikle Mahkeme, diğer birçok karardan farklı olarak amacın gerektirdiği öncelik ilkesini yorumlama ve somutlaştırma yoluna gitmektedir. Mahkeme öncelikleri belirlemek noktasında bütüncül yorum metodunu kullanmak suretiyle Anayasanın diğer maddelerindeki özel hükümlere dikkat çekmektedir. Bu olayda, Mahkeme 61. maddedeki sosyal güvenlik hakkı bağlamında özel olarak korunması gerekenlere gönderme yaparak somut olayı çözümlenmeye çalışmakta ve 65. maddede dile getirilen sınırlamayı bu şekilde gerekçelendirme yoluna gitmektedir. Mahkemenin bu yorumu, 2010 Anayasa değişikliği doğrultusunda 10. maddeye eklenen pozitif ayrımcılık hükmü bakımından da uygulanabilir sonuçlar çıkarmamıza imkan verecek durumda gözükmektedir. Fakat 65. maddeyi somutlaştırdığı noktada ortaya çıkan bir diğer sorun da gözden kaçırılmamalıdır: Her ne kadar Mahkeme tarafından açıkça gönderme yapılmasa da, kararın sonuçları itibarıyla, çalışmanın bir hak olmasından çok, ödev niteliğine vurgu yapılmış; iş kazası geçirmiş işçinin ileride yeniden çalışma ve toplumsal yükü paylaşma ihtimali de göz önünde tutularak, ortodoks çalışma ahlakının anayasal temelleri kurulmaya çabalanmıştır diyebiliriz. Bu yaklaşım da aslında çalışma hakkına ilişkin Danışma Meclisi gerekçesi ile oldukça olumlu bir yaklaşımın ifadesi olarak kabul edilebilir. Gerekçe şu şekildedir: "Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekte kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir. Çalışmak, başlı başına ahlaki bir vazifedir, ferdin kendisine ve toplumuna karşı olan saygısının bir sonucudur. Kişi, ancak çalışması ile toplumun diğer fertlerine ve genelde topluma yük ol-

maktan kurtulur.⁷⁷ Karşı oy yazılarında ise bu karar haklı olarak eleştirilmektedir. Buna göre, 61. maddedeki özel koruma görevi, 65. madde bahane edilecek savsaklanamaz. Ayrıca, her iki sigorta için prim ödeme zorunda olan kişi karşısında; emeklilik ya da iş kazası durumunda, bu primleri geri ödeme ihtimalini dikkate alması gereken devletin 65. maddeyi bahane ederek, primleri eksik ödemesi sosyal güvenlik hakkının özüne ve prime dayalı sigorta anlayışına aykırıdır.

2008 tarihli 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 41. maddesiyle, 5510 sayılı Kanun'un 64. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (c) bendi ile *“yabancı ülke vatandaşlarının genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakımına yükümlü olduğu kişi sayıldığı tarihten önceki kronik hastalıkları kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri”* arasına sokulmuştur. Söz konusu maddenin iptaline ilişkin talepte, 1989 tarihli 3581 sayılı Yasa'yla onaylanan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 13. maddesi hastalık durumunda gerekli olan tüm bakımların sağlanmasını öngörmektedir denilerek yabancıların da yaşama hakkının gözetilmesi gerektiği belirtilmiş ve söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 17., 56. ve 60. maddelerine aykırılıktan dolayı iptali istenmiştir.⁷⁸ Mahkeme burada 65. maddedeki amaçların öncelikleri ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsüne dayanmakla birlikte, yabancılar bakımından *“hakkın kötüye kullanılması”* kavramını zikrederek tartışmayı ayrımcılık yasağının delinmesi boyutuna taşıyacak bir dil kullanmaktan imtina etmemiştir. Mahkemeye göre; *“Sosyal Güvenlik Kurumu'nun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlıdır. Bu bakımdan sistemi zedeleyecek ya da işlemez hale getirebilecek girişimleri engelleyecek düzenleme getirilmesi sistemin doğal bir sonucudur. Bu bakımdan kurulla, diyaliz hastası, hemofili hastalığı, organ yetmezliği gibi kronik hastalığı olan yabancı ülke vatandaşlarının Ülkemize gelerek, ikamet izni almaları ve bir yılın sonunda da genel sağlık sigortalısı olarak tedavi giderlerini genel sağlık sigortasından ödemelerinin önüne geçilerek verilen hakkın kötüye kullanımının engellemek istendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Anayasa'nın 65. maddesindeki hükmü gözetildiğinde, genel sağlık sigortalısı kişinin bazı giderlerinin karşılanmasında belirli hastalıklara ödeme yapılmaması ya da bazılarına belli oranda ödeme yapılması Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasakoyucunun takdirindedir.”* Çoğu zaman anayasal kavramların içeriğini tespit etmek konusunda bile çekingen davranan bir Mahkeme'nin adeta niyet okuma yoluna giderek yasamanın amacı burada hakkın kötüye kullanılmasını engellemektir demesi, hak ve özgürlükler aleyhine, fakat otorite lehine bir tutumu simgelemektedir.

Bir başka kararda ise Mahkeme, Tekel'in özelleştirilmesi sürecinde gündeme gelen 4 (C) statüsü ve buna dayanarak yapılan diğer kanuni düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir.⁷⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun *“İstihdam Şekilleri”* başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle

⁷⁷ 1982 Anayasası tam metni, Danışma Meclisi-Milli Güvenlik Konseyi gerekçeleri ile birlikte bkz. https://ye.nianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_a_nayasasi.pdf, [16.04.2013].

⁷⁸ E.2008/56, K.2011/58, KT.30.03.2011.

⁷⁹ E. 2010/46, K. 2011/60, KT.30.3.2011.

gördürüleceği belirtildikten sonra (C) bendinde “geçici personel, “Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.” ifadesi yer almaktadır. 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun “Ödemeler” başlıklı 49. maddesinde de, “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, Kurum dışından görevlendirilecekler için gerekli zaruri gider karşılıkları ve her çeşit ödenekler ile anket formu başına verilecek ödenekler ve bunların usul ve esasları Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilir.” ifadesi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu statü ile ilgili çok fazla yorum yapmadan, “Geçici ve mevsimlik işlerin neler olduğunun belirlenmesi ülkedeki ekonomik gelişmelere ve koşullara bağlı olup, bunların Yasa’da tek tek belirtilmesi mümkün değildir. Devlet’e verilen çalışanları koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.” demek suretiyle söz konusu kuralları Anayasaya uygun bulmuştur. Kararda bu konudaki tek karşı oy yazan Engin Yıldırım ise, söz konusu statü ile 4/C kapsamında çalışan geçici personele baştan verilmeyen bazı hakların 2010 yılında bir kararname ile tanındığını, işçi sayılmamaları nedeniyle işçilerin sahip oldukları yıllık izin, toplu sözleşme ve grev gibi bazı haklardan yararlanamadıklarını, fazla çalışma ile ilgili durumlarının da belirsizlik taşıdığını haklı olarak ileri sürerek karşı oy gerekçesini şu şekilde tamamlamıştır: “Kamu kesimi çalışma ilişkileri geleneksel olarak devletin örnek işveren olması esasına dayanır ve bu sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Çalışma ilişkilerinde standartların yükseltilmesi gerekirken devlet eliyle mevcut standartlardan geriye gidilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesinin içinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Ülkemizde özel sektör çalışma ilişkilerinin göreceli olarak düşük çalışma standartları içermesi önemli bir sorunken, aynı durumun kamu kesiminde de ortaya çıkmaya başlaması düşündürücüdür. İnsan onuruna yakışır çalışma ortamının sağlanması sosyal hukuk devletinin en önemli görevleri arasındadır”. Herkes ya da çalışanlar bakımından tanınmış anayasal sosyal ve ekonomik hakların, geçici personel olarak adlandırılan kişilere de tanınması gerektiğini, aksi durumun anayasaya karşı hile olacağıni söyleyen Gülmez, buna aykırı bir düzenlemenin, sosyal devlet, eşitlik ilkesi gibi birçok ilkeye aykırı olacağını belirtmektedir.⁸⁰

Anayasa Mahkemesi’nin hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirdiği bir başka kararında⁸¹ bu kez baskın ataerkil toplumsal cinsiyet anlayışı devreye girmiş ve Mahkeme evlilik ve aile kurumlarını yine toplumsal düzenin temelini yerleştirmiştir. 5510 sayılı Kanun’un 56. maddesinin “Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır” şeklindeki son fıkrasının anayasaya uygunluğunu denetleyen Mahkeme, “İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de be-

⁸⁰ Mesut Gülmez, “4/C”, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2010, <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gulmez2.pdf>, [16.04.2013].

⁸¹ E.2009/86, K.2011/70, KT.28.04.2011.

İrtildiği gibi ölüm aylığı alma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan “evli olmama” koşulu, boşanma ile aşılarak yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bekâr kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle, ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyi niyetli davranmamaktadırlar.... Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşyle birlikte fülen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği tutumun anlaşılmasıdır.” yorumunu yaparak, karşı oy gerekçelerinde de belirtildiği üzere, Anayasa tarafından korunan özel yaşama saygı hakkını da ihlal ederek kuralın anayasaya uygun olduğuna hükmetmiştir. Baskın toplumsal kalıpları meşrulaştırma makamı olarak değil de, özgürlüklerin devlet erkleri tarafından ihlalini yaptırma bağlayan makam olarak Mahkeme'nin verdiği bu karar, 10.03.2011 tarihinde verdiği “kadının evlenmeden önceki soyadını almasına” ilişkin talebini yerleşik İHAM içtihadına rağmen reddetmesi kararındaki ahlaki tutumunun devamından başka bir şey değildir. Bu tür kararlar, Mahkeme'yi etkin bir hukuki mercii olmaktan çok “kurgusal bir vicdan mahkemesine” dönüştürmekten, bir başka deyişle işlevsiz kılmaktan başka bir amaca hizmet etmemektedir.

SONUÇ

Karşılaştırmalı hukuk örnekleri ve iç hukuk pratiklerinin tartışmasız bir şekilde ortaya koyduğu gibi, sosyal hakların dava edilebilirliği konusu doktrinde olduğu kadar mahkeme kararlarında da farklı yorumlara neden olmaktadır. Teori, olumlu edim gerektiren sosyal hakların devletten talep edilmesi aşamasında ufuk açıcı gerekçeler sunsa da; yasama organının hukuki belgeler yoluyla kendisine yetki ve özerklik tanıdığı mahkemeler, yasama organının kamusal kaynakları kullanma konusundaki pratiklerini denetlerken, genellikle takdir yetkisinin denetimi ve dolayısıyla yerindelik yasağının aşılması kaygılarına kapılmakta ve çoğunlukla da otorite lehine, fakat hak özneleri aleyhinde sonuçlara varabilmektedir.

İç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin sosyal hakların ve sosyal devlet ilkesinin kapsamlı bir şekilde anayasal sisteme dahil olduğu 1961 yılından bu yana, olumlu edimlerin hangi koşullarda ve ne derece yerine getirileceği hususu mahkeme kararları yoluyla ve doktrinin katkısıyla gündeme alınmış; Anayasa Mahkemesi ise, özellikle negatif edim gerektiren birinci kuşak haklarla bağlantısını kurduğu sosyal haklar bakımından olumlu ve hatta emsal sayılabilecek, hak lehine yorumları devreye sokmuş ve devletin anayasal yükümlülüklerini somutlaştırma yoluna gitmiştir. Mahkeme'nin bu tutumu, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirme amacına yönelik olarak anayasal sisteme dahil edilmesinin gereğini yerine getirme ve hak ve özgürlüklerin kamu erkleri karşısında korunması ve güvencelenmesi hususunda misyonunu tamamlama anlamında yorumlanabilir. Fakat birinci kuşak haklarla doğrudan bağlantının kurulmadığı noktalarda ise, Mahkeme'nin 1961 döneminde 53. ve 1982 döneminde de 65. madde kalkanını devreye soktuğunu; sonuç olarak da bazı durumlarda denetimden kaçındığını, bazı durumlarda da anayasaya aykırı herhangi bir pratik gözlemlemediğini söylemek mümkündür.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi'nin sosyal hakları sınırlandırma rejimi bakımından çekingenliğinin sadece bir döneme özgü olmadığını ve karşılaştırmalı hukuk pratikleri açısından da yaklaştığımızda bu kaygının özellikle kuvvetler ayrılığı temelinde şekillendiğini söylemek mümkündür. 1990'lı yıllara gelindiğinde uluslararası insan hakları belgelerine bazen hakkı güçlendirmek bazen de sınırlamak amacıyla göndermeler yapmaya başlayan Mahkeme'nin, genel olarak yasamanın takdir yetkisine müdahale etmekten kaçınarak, olumlu edim gerektiren sosyal hakları daha çok devletin ödevlerinin sınırı perspektifinden değerlendirdiği bir gerçektir.

Burada geleceğe yönelik en temel soru, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla işletilmeye başlanan bireysel başvuru sürecinde, Mahkeme'nin sosyal hakları, ilgili kanunun sınırlı lafzından dolayı nasıl yorumlayacağı olacaktır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." ifadesiyle bireysel başvuru konusu olabilecek hakların sınırı "Anayasa ve Sözleşme kapsamında tanınma" olarak çizilmiştir. Bir başka deyişle, taraf olunan diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri yok sayılmıştır. Fakat sorun şudur ki; İHAM içtihadı 1970'lerdeki Airey/İrlanda kararından bu yana, Sözleşme'de açıkça tanınmayan, fakat Sözleşme'deki haklarla bağlantılı, onların uzantısı sayılabilecek birçok sosyal hakkı, yoğun eleştirilere rağmen Sözleşme'nin güvencesi altına almıştır. Bizim Anayasa Mahkememiz ise, dinamik İHAM içtihadına rağmen, halen statükonun gölgesinde kararlar vermeye devam etmektedir. 2004 tarihli Ünal Tekeli/Türkiye kararı ve Mahkeme'nin 1970'lerden bu yana kemikleşen içtihadına rağmen, 2011 yılında halen, İHAM kararının aksine kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasını ailenin ve Türk toplum yapısının korunmasına bağlayan ve bu nedenle reddeden⁸² Mahkeme'nin, İHAM'ın dinamik yorumları karşısında olumlu edim gerektiren sosyal haklar bakımından nasıl bir içtihat geliştireceği sorusu, kaygıları da beraberinde getirmektedir. Sözleşme ve içtihadını bir bütün olarak değerlendirme yoluna giden İHAM'ın sosyal haklar lehine yorumları karşısında, her defasında devletin mali kaynaklarına gönderme yolunu seçen Anayasa Mahkemesi'nin akıbeti, 2008 yılında Azerbaycan ve Slovenya'nın başına geldiği gibi⁸³, etkili bir iç hukuk yolu olmadığına hükmedilip, vatandaşların doğrudan İHAM'a gidebilmesi yolunun açılması olmamalıdır.⁸⁴

⁸² E.2009/85, K.2001/49, KT.10.03.2011.

⁸³ İsmayilov v. Azerbaycan, App. No.4439/04, 17.04.2008;Belinger v. Slovenia, App.No:42320/98, 13.06.2002; Lukenda v. Slovenia, App.No:23032/02, 06.01.2006. İHAM, Lukenda v. Slovenia başvurusunda, anayasa şikayeti sürecinin uzunluğuna ilişkin sorunun giderilmediğine vurgu yapmıştır.

⁸⁴ Bireysel başvuru yolunun işletildiği Almanya ve Çek Cumhuriyeti gibi ülkeler aleyhine İHAM'a yapılan başvurularda, bu yolun etkili bir iç hukuk yolu olduğu kabul edilmesine rağmen, uzun dava süreleri nedeniyle ihlal kararlarının çıktığı da dikkate alınmalıdır. Ece Göztepe, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Temmuz-Ağustos 2011, Sayı:95, http://portal.ubap.org.tr/app_themes/dergi/2011-95-718.pdf, [02.02.2013].

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Yılmaz, “Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı”, yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDU0MDUzMDU3, [16.04.2013].

Arnold, Rainer, “Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa’daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler”. Çev. Güliden Kurt. Anayasal Sosyal Haklar:Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye. Ed.İbrahim Kaboğlu, İstanbul: Legal Yayıncılık. 2012.

Bittner, Claudia, “Casenote – Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”. <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1392>. [12.05.2012].

Bulut, Nihat, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*. 1. Baskı, İstanbul:XII Levha Yayınları. 2009.

Engin, Murat, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İHEB’in 60. Yılında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları, 2008.

Gözler, Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”. <http://www.anayasa.gen.tr/teblig2002.htm>. [11.06.2012].

Göztepe, Ece, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları. Temmuz-Ağustos 2011, Sayı:95, http://portal.ubap.org.tr/app_themes/dergi/2011-95-718.pdf. [02.02.2013].

Groppi, Tania, “İtalya’da Sosyal Haklar”. Anayasal Sosyal Haklar içinde. Çev. Oya Boyar. Editör. Anayasal Sosyal Haklar:Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye. Ed.İbrahim Kaboğlu, İstanbul: Legal Yayıncılık. 2012.

Gülmez, Mesut, “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar”. Anayasal Sosyal Haklar:Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye. Ed.İbrahim Kaboğlu, İstanbul: Legal Yayıncılık. 2012.

Gülmez, Mesut, “4/C”, II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu 2010, <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gulmez2.pdf>, [16.04.2013].

Heads of Argument on Behalf of the Treatment Action Campaign, Dr Saloojee and the Children’s Right Centre Part I: The Facts”, <http://www.escri-net.org/docs/i/403050>, [16.04.2013].

Huber, Ernst Rudolf, “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”.Çev.Tuğrul Ansay.<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/322/3185.pdf>. [20.05.2012].

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Anayasal Sosyal Haklar:Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye. Ed.İbrahim Kaboğlu, İstanbul: Legal Yayıncılık. 2012.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, Sosyal Haklar Sempozyumu 2, Bildiriler, İstanbul: Petrol-İş Yay., 2010.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*. 4. Baskı, İstanbul: Afa Yayıncılık, 1998.

Landau, David, "The Reality of Social Rights Enforcement". Harvard International Law Journal. Volume 53 (1) Winter 2012. http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2012/01/HILJ_53-1_Landau.pdf. [15.08.2012].

Michelman, Frank I., "The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification". <http://icon.oxfordjournals.org/content/1/1/13.short>. [20.05.2012].

Oder, Bertil Emrah, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2008.

Oder, Bertil Emrah, "Türkiye'de Anayasa ve Anayasa Yargısı". <http://www.konrad.org.tr/23.%20Journalisten%20tr/191-208.pdf>. [20.05.2012].

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*. 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık. Gözden Geçirilmiş 2011.

Özbudun, Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu". Der. Ozan Ergül. Demokrasi ve Yargı Sempozyumu 04-06 Ocak 2005. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.

Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi". <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11619.pdf>. [15.05.2012].

Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları. 1982.

T.C. Gerekeçeli Anayasa, İstanbul: May Yayınları. 1968.

Talas, Cahit, "Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi". <http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDQ5MDUxMDUzMDU3>, [20.05.2012].

Tanör, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1. Baskı, İstanbul: May Yayınları 1978.

Tanör, Bülent, *İki Anayasa: 1961-1982*, 4. Baskı, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık 2012.

The Domestic Application of the Covenant. 3/12/98, E/C.12/1998/24.CESCR General Comment No.9, para.10.

Turhan, Mehmet, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11624.pdf>. [12.05.2012].

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasallık Yargısında Anayasallık Bloku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Basımevi. 1993.

<http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=396>. [07.02.2013].

<http://www.esccr-net.org/node/364979>. [02.02.2013].

<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/velfes.htm>. [02.02.2013]

https://yenanayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf. [17.05.2012].

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg5/vsavas.pdf. [26.01.2013].