

Açılış Bildirisi

SOSYAL HAKLARDA “YENİ” DEĞİL “İLERİ” ANAYASA

Mesut Gülmez
Emekli Öğretim Üyesi

Türkiye, TBMM eliyle, 1 Eylül 2011 tarihinden beri, bir yılını geride bıraktığı “yeni bir Anayasa” yapma sürecini başlattı. Sürecin, temel hak ve özgürlüklerin Uzlaşma Komisyonu’nca kaleme alınması çalışmalarının sürdürüldüğü Eylül 2012 ortalamındaki aşamasında, kanımca önce şu soru üzerinde durmak gerekir:

Anayasa, sosyal haklar açısından nasıl “yeni” olabilir? Anayasa’nın “yeni” olmasından mı, “ileri” olmasından mı söz etmek gerekir?

“Yeni” olması istenen, beklenen, önerilen bir Anayasa, sosyal haklar açısından nasıl, hangi koşulla bu sıfatı hak edebilir?

Yeni, neye göre saptanacaktır? Bir önceki Anayasa’ya göre mi? Örneğin bir Anayasa, “selef”inde yer almayan bir ilkeye/kurala yer verdiğinde yada tersine bir ilkeyi/kuralı kaldırdığında yahut değişik bir düzenleme yaptığında, içeriğinden yalıtılarak “yeni” sayılır mı, ibre “yeni”yi gösterir mi? Bu doğru ve sağlıklı bir yaklaşım mıdır?

Soruları daha somut bir dille sormak gerekirse; devletin doruğunun da zaman zaman dillendirdiği gibi, Anayasa’nın “fazla detaylı olmaması”, “yeni” sayılması için yeterli midir? Bu bağlamda, son iki Anayasa ve özellikle yürürlükte olan ve değiştirilmek/yenilenmek istenen ikincisi, ayrıntılı ve ayrıntıcı olmaktan arındırılırsa yeni ve yenilenmiş sayılır mı? Anayasa, parlamenter sistemde değişiklik yaparak başkanlık yada yarı-başkanlık rejimi getirirse, “yeni” olarak nitelenmeyi hak eder mi? Bazı ilkelerin “değiştirilmezlik” niteliğini kaldırır mı, Anayasa “yeni” olur mu?

Bu ve benzeri sorulara, “genel kabul” görecektir yanıt verilemeyeceği açıktır. Anayasa’nın bütünü yönünden değerlendirme yapıldığında da yanıtların farklılaşması kaçınılmazdır. Bu soru ve sorunları tartışıp yanıtlar aramak, ne bu bildirinin kapsamına ne de benim uzmanlık alanıma girer.

Ancak “yeni” sıfatını, sosyal haklar açısından tartışmak, bu konuyla doğrudan ve dolaylı ilgili kuralları temelinde genel bir değerlendirme yapmak, Anayasa’nın kabul tarihi ve yapım süreci itibarıyla değil, ***yaklaşım ve maddi içeriği yönlerinden “ileri” olma anlamında gerçekten “yeni”*** sayılmasının ilkelerini ortaya koymak, “yeni Anayasa”nın aynı zamanda “ileri” sayılabilemesinin koşullarını oluşturan somut önerilerde bulunmak olanaksız değildir.

Baştan belirtmek isterim ki Anayasa’nın , hemen her ortamda ve söylemde yinelenen “yeni” sıfatına uygun olması,¹ ancak yaklaşım ve maddi içeriği ile “ileri”

¹ Bu konuda örneğin, “Hazırlanan bir anayasa, içerdiği ilkeler, öngördüğü kurumlar ve denge mekanizmaları bakımından, yürürlükteki metne göre özgürlükçü, eşitlikçi, demokratik ve sosyal açılımlar öngörüyorsa, ‘yeni’dir” denilerek “yeni”nin Anayasa’nın bütününe kapsayan bir tanımının verildiği DİSK Anayasa Raporu’nda (2009: 27), “kurallar”, “kurumlar” ve “denge mekanizmaları” olmak üzere üç başlıkta açıklama yapılmıştır.

Belirtmem gerek yok ki, hazırlayan Bilim Kurulu’nda yer aldığım DİSK Anayasa Raporu’nun sosyal haklar konusundaki yaklaşımı ve içerdiği ilkeler, çok büyük ölçüde bu bil-

nitelik taşınmasına bağlıdır. Kuşkusuz, “ileri Anayasa”nın genel anlamda başlıca ölçütü, anayasal güvenceye bağlanacak hak ve özgürlüklere yaklaşım ile biçimlendirilen maddi içerik olacaktır. Gerek öznelere gerekse her birinin maddi içeriğinin bileşenleriyle bir bütün olarak sosyal hakları da, genel olarak bu ölçüt kapsamında düşünmek gerektiği açıktır. İktidar partisinin ve hükümetin izlediği ekonomik ve sosyal politikalar anımsandığında, “ileri” Anayasa için ölçüt olacak, bir tür “turnusol” işlevi görecek nokta da kanımca budur.

Bu bildiriye konuyu, sosyal haklar alanındaki anayasallaşma sürecini genel ve Türkiye’deki gelişimiyle anımsatarak incelemeye başlayacağım. Bu bağlamda, özellikle 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası üzerinde, yaklaşım ve maddi içerikleri temelinde, “hak” temelli ve “program” nitelikli kurallarıyla karşılaştırmalı bir değerlendirme yapmayı önemsiyorum. Tüketici olmamak üzere Anayasa Hukuku alanında ileri sürülen kimi görüşlere kısaca değindikten sonra, her iki Anayasa’nın dikkatli okunmadığı ve pozitif metinlerini aşan bir yaklaşımla yorumlandığı kanısında olduğumu belirterek– “devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırı” diyerek aynı başlıkla yaptıkları düzenleme ve değişiklikler temelinde “aykırı” görüşlerimi sunacağım.² Ardından da, ayrı bir başlıkta, özellikle son üç yıldan beri giderek daha ayrıntılı ve Sosyal İnsan Hakları Ulusalüstü Hukukuna (SİHUH) dayandırarak tartışmaya sunduğum ve bu kez yenileriyle daha da ayrıntılandığı “sosyal devlet ve sosyal haklar” konusundaki önerilerime yer vereceğim.

GİRİŞ: ANIMSATMA VE SAPTAMALAR

Önce, bazı bilgileri, –öğretideki görüşlere girmeksizin– sosyal haklar özelinde kısaca anımsayalım: Ülkemizde sosyal haklar, ilk kez sistemli bir bütünlük içinde, 1876’dan 1982’ye değin yapılan beş Anayasa’dan 1961 tarihli olanında yer aldı. Selefî 1924 Anayasası’nda öngörülen haklar arasında, tanımı yapılmaksızın yalnızca adı belirtilen birkaç (hatta bir) sosyal hak vardı. Bu nedenle 1961 Anayasası, yapılış biçimi ve ortamı ne olursa olsun, sosyal hakların anayasal öncüsüdür.

5 Anayasada, 1921 tarihli olanı dışında, çeşitli değişiklikler yapıldı. Sayı ve içerik olarak en çok değişiklik yapılanı, kuşkusuz 30 yıldır yürürlükte olan 1982 Anayasası’dır. 1961 ve 1982 Anayasalarındaki değişikliklerden bazıları sosyal ve çoğu sendikal haklarla ilgilidir.

diride dile getirdiğim görüş ve önerilerle –doğal olarak– örtüşmektedir. Değişik bir dille belirtmem gerekirse, sosyal devlet ve sosyal haklar konusundaki düşüncelerim, özellikle 2010 ve 2011’de yayımlanan yazı ve makalelerimden önce bu raporda yer aldı.

² Bu bildirin Sempozyum Kitabına yetiştirmeyi düşündüğüm metninde, doğal olarak, 1 Eylül 2011’de başlatılan “yeni Anayasa” süreci çerçevesinde emek ve sermaye örgütlerinin TBMM Başkanlığı’nın “Yeni Anayasa Sitesi”ne resmen ilettikleri önerilerin sosyal haklarla doğrudan ve dolaylı biçimde ilgili olan bölümlerini de inceleyip değerlendirmeyi öngörüydüm.

Ancak, Yeni Anayasa Sitesi’nde görüş ve önerilerini bildirdikleri belirtilen sendikal örgütlerden önemli bir bölümünün önerilerine ulaşamadım; e-posta yoluyla yaptığım başvurulara –dördü dışında– Sempozyum Kitabının baskıya girdiği tarihe değin hiçbir yanıt alamadım. Söz konusu sendikaların taradığı web sayfalarında da, –birkaçı dışında– “haber” nitelikli olanlar sayılmazsa, bu konuda herhangi bir bilgi yada açıklamaya rastlamadım.

Sempozyum Kitabının basımında gecikmeye yol açmamak için, “Açılış Bildirisi”nin “*Emek ve Sermaye Örgütlerinin Yaklaşımları*” konusundaki eksikliğini –erişmeyi umduğum belgelerle– konuşmamda giderebileceğimi düşünerek, Sempozyum Programına ekledim.

1961 Anayasası'nda; 1969, 1970 (2), 1971 (2), 1973 ve 1974 yıllarında olmak üzere, *toplam 7 değişiklik gerçekleştirildi.* En kapsamlısı ve 1961 Anayasası'nı dönüştürerek 1982 Anayasası'na doğru evrilen geri dönüş sürecini başlatmış olanı, 1971'de 1488 sayılı yasayla yapılmış olanıdır. 7 değişiklikten yalnızca 2'si "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümüne, daha açık bir dille 1'i kamulaştırmaya ve 1'i de sendika hakkına ilişkindir.

1982 Anayasası'nda ise; *28 yıl içinde yapılan toplam değişiklik sayısı 19'dur.*³ 2003 yılında gerçekleştirilen değişiklik, bu sayı içinde yoktur, çünkü iki kez veto edildiğinden yürürlüğe girememiş ve sonunda kadük olmuştu. 19 değişiklikten 5'i, üçüncü bölümde düzenlenen "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler"e ilişkindir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak değineceğim bu değişiklikler; 1995, 1999, 2001, 2008 ve 2010 yıllarında gerçekleştirildi. 5 değişiklikten 3'ü AKP öncesinde yapıldı. 1982'den 1995'e değin, sosyal haklara ilişkin hiçbir maddeye dokunulmadı. Ayrıca değineceğim sendikal haklara ilişkin değişikliklerle ilgili olarak, 51. ve 53. maddeler 2'ser kez değiştirildi, bir madde de (m. 52) tümüyle yürürlükten kaldırıldı. Dolayısıyla sosyal haklar arasında görece en çok değişiklik sendikal haklarda gerçekleştirildi.

Sosyal ve sendikal haklardan sendika hakkı, gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasalarında değişiklik yapılan tek ortak konudur. Başka bir deyişle, yasa koyucular, ya özneler yönünden daraltmak ve etkinlik alanı yönünden ek yasak yada kısıtlamalar getirmek yahut öngörülen yasak ve kısıtlamalardan kimilerini kaldırmak için sendika hakkına müdahale etmeyi "sevmedirler." Sendika hakkı alanında olumlu yada olumsuz yönde değişiklik yapmak, yasa koyucuların kolayına gelmektedir. Bunun nedeni de, sendikal hakların, "mali kaynakların yeterli ölçüsü"ne takılmaksızın yada sınımsızın olumlu yada olumsuz yönde değişiklikler yapma olanağı vermesi, bu yöndeki istekleri karşılama kolaylığı içermesidir. 1982'nin grev hakkına ilişkin 54. maddesine ise, 2010 yılına değin dokunulmadı.

Türkiye'de yakın tarihe ilişkin bu özetten ve sosyal haklar alanında anayasallaşma sürecinin genel evrimini kısaca anımsattıktan sonra, Türkiye'deki gelişmeyi daha ayrıntılı biçimde ele almak ve özellikle insan hakları yaklaşımı yönünden değerlendiren içeriğine değinerek 1982 Anayasası'na gelmek, 1961 ve 1982 Anayasalarının "hak temelli" ve "program nitelikli" kurallarını karşılaştırarak tartışmak ve 1982 Anayasası'nın sistematığı temelinde "yeni Anayasa" sürecine yönelik olmak üzere somut önerilerde bulunmak istiyorum.

I. SOSYAL HAKLARDA ANAYASALLAŞMA SÜRECİ: GENEL OLARAK VE TÜRKİYE

Sosyal haklarda anayasallaşma sürecini genel olarak kısaca özetledikten sonra, Türkiye'deki evrime değinerek, bu açıdan bir dönemeç olan 1961 Anayasası'nı yaklaşım ve maddi içeriğiyle değerlendireceğim.

1. Genel Olarak

Sosyal hakların anayasallaşması sürecinde, gelecekteki evrimi haber veren ilk belirtilerden birinin, hiçbir zaman yürürlüğe girmeyen, ancak insan haklarında yeni

³ TBMM Başkanlığı'nın "Yeni Anayasa" sitesinde, 1982 Anayasası'nda yapılan değişikliklerin her biri, ilgili değişiklik yasalarına ve görüşme tutanaklarına erişme olanağı verecek biçimde sıralanmıştır (<https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/gorusmeler.aspx>).

bir vizyonun yolunu açtığı savunulan 1793 Fransız Anayasası olduğu belirtilir (Berestein, 1982: 313). İlk kez sosyal haklar kavramına yer verilen bu Anayasa’da, Robespierre’in kabul edilen önerisi, 21. maddede şu anlatımla yer almıştı: “Kamusal yardımlar kutsal bir borçtur. Toplum, ya iş bularak yada çalışacak durumda olmayanlara yaşama araçları sağlayarak, mutsuz yurttaşların geçimini sağlamak zorundadır.” 21. madde, işsizlere iş bularak/istihdam olanağı sağlayarak ve çalışacak durumda olmayanlara da “kutsal bir borç” olarak nitelenen yardımda bulunma yükümlülüğü öngörerek, 1789 devriminin yer vermediği sosyal haklardan çalışma hakkı ile sosyal yardım hakkı konusunda “hak temelli olmayan” ilk kurallara yer verdi. Uygulanmayan 1793 Anayasası’nın 22. maddesinde de, tüm yurttaşlar öğrenim kapsamına alındı. Bu iki kuralla, 1789 Bildirisi’nde tümüyle “statik” olan insan haklarının, “dinamik” bir nitelik kazandığı; yalnızca kazanılanı korumanın değil, bireyin durumunu değiştirmenin; devletin olumsuz değil, olumlu karışmasının söz konusu olduğu belirtilir. Ve yürürlüğe girememiş olsa da, 21. maddenin unutulmadığı ve 1848’de, farklı bir anlatımla İkinci Cumhuriyet’in Anayasası’nda yer aldığı anımsatılır.

Sosyal haklardan bazıları, 1840’lı yıllarda Avrupa’da yaşanan ekonomik, sosyal ve siyasal bunalımların birçok ülkede (Avusturya, Almanya Fransa, İtalya ve İsviçre’de) neden olduğu devrimler sonrasında kabul edilen **1848 Anayasalarında** yer almıştı. Ancak 1848 Anayasaları, ya hiç yürürlüğe girmedi yada –İsviçre’deki dışında– çok kısa süre yürürlükte kaldı (Gülmez, 1991: 99).

Sosyal hakların ulusal anayasalara girme sürecinin yaygınlaştığı II. Dünya Savaşı öncesinden verilebilecek örnekler sınırlı ve bir elin parmaklarından daha azdır. Bunlardan ilki, 1917 Meksika ve ikincisi de, 1919 Weimar Cumhuriyeti Anayasalarıdır. 1924 Sovyetler Birliği Anayasası da bunlara eklenebilir. 1917 Meksika Anayasası’nın Ekim devrimi ile, 1919 Weimar Cumhuriyeti Anayasası’nın da sosyal hakların “uluslararasılaşması” sürecini başlatan UÇÖ’nün kuruluşu ile eşzamanlı olduğunu unutmamak gerekir. II. Dünya Savaşı sonrasında Anayasaları için model işlevi gören iki Anayasadan 1917 Meksika Anayasası; çalışma hakkı, iş süresi, analığın korunması, asgari ücret, ücretlerin eşitliği, işçi sağlığı ve iş güvenliği, sendika hakkı, grev hakkı ve lokavt konularında sosyal ve ekonomik hakları sağlayan kurallara yer veriyordu. 1919 Alman (Weimar) Anayasası’nın oluşturduğu ekonomik ve sosyal haklar kataloğu ise, dünya işçilerine asgari sosyal haklar sağlayan bir uluslararası düzenleme için harekete geçme yükümlülüğü içeriyordu (Berestein, 1982: 315).

2. Türkiye’de Sosyal Hakların Anayasallaşma Süreci: 1876–1961

Türkiye’de sosyal hakların anayasallaşması sürecinde bir dönemselleştirme yapılmak istendiğinde, 1961 Anayasası’nı dönemeç almak ve öncesinin “sosyal haklısız dönem” olduğunu kabul etmek yanlış olmaz.

a. 1961 Anayasası Öncesi: Sosyal Haklısız Dönem

Türkiye’de insan hakları olarak sosyal haklar, ancak 1961’de anayasal güvenceye bağlandı ve kurumsallaştı (Talas, 1982: 38 vd.; Gürbüz, 1982: 113 vd.). Sosyal haklara, evrensel insan hakları ilkeleriyle görece en uyumlu düzeyde ilk kez 1961 Anayasası’nın yer verdiği tartışmasızdır. Bu saptama, “halefi” 1982 Anayasası dü-

şünüldüğünde de geçerlidir. “Selefi” 1924 Anayasası ise, yalnızca birkaç sosyal hakkı adıyla anmakla yetindiğinden, sosyal haklara yer veren ilk Anayasa sayılması olanaksızdır.

Ne hakların “yurttaş”lara değil “*Sultanın kulu*” sayılan “uyruk”lara lütf olarak verildiği anlayışının benimsendiği “*Fermanlar dönemi*”nde, ne de bireylere ilk kez devlete karşı ileri sürebilecekleri kimi geleneksel hakların (kişi haklarının) tanındığı “*anayasal haklar*” dönemini başlatan –ancak 1878’te yürürlükten kaldırılan– ilk yazılı Anayasa olan “*1876 Kanun-u Esasi dönemi*”nde bir insan hakları anlayışı söz konusudur.

İnsan hakları, doğal haklar anlayışıyla ve yalnızca bazı *kişi haklarıyla* sınırlı olmak üzere, ilk kez, 1924’te Anayasa’ya girdi.

18. yüzyılın liberal ve bireyci felsefesini temel alan, 1789 Bildirgesi’ndeki özgürlük anlayışını yansıtan ve *doğal hukuk* öğretisini benimseyen 1924 Anayasası; “*Türklerin Hukuku Ammesi*” başlıklı 5. Faslında, *devlete karşı ileri sürülebilecek hakları* düzenledi. “*Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır*” (m. 69) diyerek, biçimsel eşitliği güvenceye aldı. 70. maddesinde “*Türklerin tabii hakları*” olarak saydığı ve 10’u “*kişi hakları*”ndan olan toplam 13 hak arasında –olsa olsa– 4 sosyal hak öngördü. Bunlar; “*bağıt* (akit), *çalışma* (sayüamel), *mülk edinme* (temellük ve tasarruf) ve *öğretim* (tedrisat)” haklarıdır.⁴ “*Hükümetin gözetimi ve denetlemesi altında ve kanun çerçevesinde her türlü öğretim(in) serbest*” olduğunu belirten 1924 Anayasası (m. 80), öğrenim özgürlüğünün sosyal hak boyutuna yalnızca –kadın ve erkek tüm Türkler için zorunlu tuttuğu– “*İlköğretim(in) Devlet okullarında parasız*” olduğunu öngörerek (m. 87) yer verdi.

Kanımcı, mülkiyet hakkının, temelde “ekonomik” bir hak olduğu ve “bağıt” (sözleşme) hak ve özgürlüğünün yalnızca işçiler/çalışanlar ile sınırlı olmadığı düşünülürken, 1924 Anayasası gerçek anlamda sosyal hak olarak yalnızca “çalışma hakkı”nı tanıdı. Hakkın içeriği konusunda hiçbir açıklama içermeyen 1924 Anayasası’nın, doğal olarak, bu konuda devlet için “olumlu bir yükümlülük” öngörmesi de söz konusu değildir. 79. maddesinde, “*Bağıtların, çalışmaların, mülkedinme ve hak ve mal kullanmanın, toplanmaların, derneklerin ve ortaklıkların serbestlik sınırı kanunlarla çizilir*” diyerek, yasa koyucuya bu hakları sınırlandırma yetkisi verdi.

b. 1961 Anayasası: İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar

Türkiye’de, Anayasa Hukuku alanında, emeğin ve sosyal hakların Anayasa’ya girme sürecinde, 1961 Anayasası bir dönemeçtir (Gülmez, 2012a: 125–144). Kaboğlu’nun da haklı olarak vurguladığı gibi, “1961 Anayasasında 1924’ten ‘kopma’ denebilecek en büyük yenilik, ‘sosyal haklar’ bakımından kendini göstermektedir” (Kaboğlu, 2010: 43; Kaboğlu, 2012: 15).

⁴ 20 Nisan 1340 (1924) tarih ve 491 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanunu’nun 10 Ocak 1945 tarih ve 4695 sayılı Kanunla, “*mana ve kavramda bir değişiklik yapılmaksızın Türkçeleştirilmiş şekli*”nde, madde 70 aynen şöyledir:

“*Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarındanır.*”

Kanımcı 1961 Anayasası'nın, hem benimsediği insan hakları ve sosyal haklar yaklaşımı, hem de sosyal haklara ilişkin maddi içeriği yönlerinden, 1876'dan 1982'ye uzanan evrim sürecinde ayrı bir yeri ve önemi vardır. Kuşkusuz bu saptama, sosyal haklarda eksiklerinin, yaklaşım ve içerik olarak eleştiriye açık yönlerinin bulunmadığı anlamına gelmez. Ama, kabul edildiği dönemin koşulları ve sosyal hakların II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası insan hakları alanında gösterdiği gelişme düzeyi, daha açık bir anlatımla sosyal haklara ilişkin evrensel ve bölgesel düzeylerde var olan kaynakların sınırlı oluşu göz önüne alındığında, nesnel bir değerlendirmeye 1961 Anayasası'nın sosyal hakları "insan hakları" olarak gördüğü, bölünmezlik ilkesini açık bir dille vurguladığı, sosyal devletle doğrudan bağı kurduğu, amacın da sosyal adalet olduğu, dolayısıyla bu alanda bir kilometre taşı sayılması gerektiği tartışmasızdır. Gerek temel ilkeler, gerekse sosyal ve ekonomik haklara özgü bölümlerinde yer alan düzenlemelere egemen olan yaklaşım ve maddi içerik bakımından, yalnızca 1924 Anayasası'na oranla – aslında doğal olan– bir yenilik oluşturmakla kalmaz. Aynı zamanda, kendisinden 21 yıl sonra, uluslararası insan hakları hukukunun ve dolayısıyla sosyal hakların görece önemli ilerlemeler kaydettiği bir aşamada, yine bir askeri darbe üzerine yapılan 1982 Anayasası'na göre de bu özelliğini korur.

aa. Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler Bölümü Dışındaki Genel İlkeler ve Kurallar

1961 Anayasası'nın, sosyal haklara ilişkin yaklaşım ve düzenlemelerinin incelenmesine **Başlangıç** bölümünden başladığında, sosyal adalet ilkesi ile demokratik hukuk devletinin aynı zamanda "sosyal" temeliyle de kurulmasının amaçlandığı görülebilir. "Anayasa metnine dâhil" olan (m. 156) Başlangıçta, "İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, *sosyal adaleti, ferdin ve toplumun* huzur ve *refahını gerçekleştirmeyi* ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve *sosyal temelleriyle* kurmak için" denilmekle, söz konusu ilkelerin sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağlantısının kurulduğuna kuşku yoktur. 2. maddenin saydıklarının dışında, "Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" diyerek yollamada bulunulmuş olması nedeniyle, hem sosyal adalet Cumhuriyetin nitelikleri arasına katıldı ve hem de sosyal devlet ile sosyal adalet arasındaki bağ onaylanıp somutlandı. Gerçekleştirilmesi amaçlanan sosyal adalet, "sosyal hukuk devleti"nin dayandığı anayasal bir ilkedir. Yine, içinde sosyal hakların da bulunduğu "insan hak ve hürriyetlerinin "gerçekleştirilmesi" ile hukuk devletinin "sosyal" temelleriyle kurulması amaçları da, sosyal devlet ile doğrudan bağlantılıdır.

1. Kısmın "**Genel Esaslar**" başlıklı ilk bölümünde yer alan 2. madde ise, "Cumhuriyetin nitelikleri"ni, Başlangıçtaki temel ilkelere de gönderme yaparak şöyle belirledi:

Türkiye Cumhuriyeti, *insan haklarına ve 'Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan*, millî, demokratik, *lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.*

2. madde gerekçesinde; "*çalışma ve sosyal adalet ilkelerine dayanan bir devlet*" biçiminde tanımlanan sosyal devletin, bireylerin "insan gibi yaşama"sı ve "insan(ın) şahsiyetine hürmet" edilmesi amacı taşıdığı ve özellikle ekonomik yönden güçsüz olan bağımlı çalışanların korunmasını amaçladığı açıkça vurgulandı; sağlık, eğitim ve konut haklarından verilen örneklerle, birinci ve ikinci kuşak *insan*

haklarının bölünmezlik ve karşılıklı bağımlılık ilkelerinin altı çizildi; sosyal adalete kayıtsızlığın totaliter rejimlere götürdüğü, siyasal demokrasinin yaşamasının da sosyalleştirilmesine bağlı olduğu, aşağıdaki anlatımla belirtildi (TBMM, 1961: 9-10):

Sosyal Devlet, fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda, onların *insan gibi yaşamaları* için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen Devlettir. (...) Her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine vazife edinen zamanımızın devleti (refah devleti) *iktisaden zayıf olan kişileri, bilhassa işleri bakımından başkalarına tabi olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirli ve yoksul kimseleri himaye edecektir.* Bu suretle hem *insan şahsiyetine hürmet etmek* vazifesini yerine getirecek, *klasik hürriyetlerin gerçeklerle alay eden bir mahiyet almasına mani olacak (tr)* (...) Gerçekten, maddi (mali ve iktisadi) imkânlardan yaşama için zaruri olan gelir kaynaklarından ve varlıktan mahrum olan halk tabakaları için *klasik hürriyetler yalnız kâğıt üstünde kalan parlak fakat boş laflardan başka bir değere sahip olmaz.* Nihayet şurasını da kaydetmek gerekir ki, *sosyal adalete karşı kaygısız kalan devletler,* toplum hayatının müfrit sol veya müfrit sağ cereyanlara kapılarak totaliter istikamette sürüklenmesine engel olamamaktadırlar. (...) *Sosyal olmayan demokrasi,* toplum hayatının gerçekleri karşısında cevherini kaybetmeye ve *neticede yıkılmaya mahkûmdur.*

Cumhuriyet'in dayandığı temel ilkelerden olan “insan hakları”, Başlangıçta “insan hak ve hürriyetleri” olarak öngörüldü. 2. maddede yer alamayan sosyal adalet ilkesinin de, öngörülen açık pozitif kural nedeniyle, Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerden biri olduğuna kuşku yoktur. Sosyal devlet ilkesi, sanıyorum anlatım kolaylığı nedeniyle, “sosyal hukuk devleti” biçiminde yer aldı.

1961 Anayasası'nın, “Cumhuriyetin nitelikleri”nin “değiştirilmezliği” konusunda doğrudan bir düzenleme yapmamış olmasına karşın, Anayasa Mahkemesi 1971 yılında verdiği bir kararla Cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemez olduğu sonucuna varmıştı.

1961 Anayasası'nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı 2. kısmının “Genel Hükümler” başlıklı 1. bölümünde, sosyal hakları da kapsayan bazı kurallar vardı. Özellikle, “Temel Hakların Niteliği ve Korunması” başlıklı 10. maddenin devlete verdiği görev açıklı ve hak öznelerine, devlete karşı hak isteminde bulunma hakkı tanıdı. “Herkes(in), kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip” olduğunu belirten 10. maddenin aşağıdaki 2. fıkrası ise, 1982 Anayasası'ndaki benzerinden farklı, devlet için öngördüğü olumlu yükümlülüğe doğrudan vurgu yapan bir anlatımla yazılmıştı:

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, *sosyal adalet* ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan *siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.*

“Program” nitelikli olan bu düzenlemenin, özellikle, “herkes” olarak tanımlanan hak öznelerinin somut ve eylemli olarak yararlanmalarını gerçekleştirmek için devletin olumlu edimde bulunmasını gerektiren sosyal haklar yönünden taşıdığı önem açıktır. Devlete, kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında yer aldığına kuşku bulunmayan sosyal hakların kullanılmasını ve uygulamada yararlanılmasını sınırlandıran tüm engelleri kaldırma buyruğu verilmesinin anlamı

şudur: Anayasa'nın belirttiği “siyasi, iktisadi ve sosyal engeller”, sosyal adalet ilkesiyle bağdaşmaz, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını sınırlandırır. Hak ve özgürlüklerden eylemli yararlanma olanağını kaldıran ve/yada sınırlandıran her tür engelin kaldırılması ise, devlete düşer.

Yine, madde 10/2'de devlete “emir kipi”yle verilen bir başka açık buyruk, “insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırla(ması)”dır. Devletin dayandığı insan haklarından olan sosyal hakların, insanın “maddi ... varlığı”nın gelişmesindeki öncelikli rolü tartışmasızdır. Kuşkusuz bu düzenlemeyle, “devlete hakları gerçekleştirme konusunda ‘normatif yükümlülük’ verilmiştir.” (Kaboğlu, 2010: 43; 2012: 15). Ancak kanımca “normatif yükümlülük” tanımlaması eksiktir, yanlış izlenim uyandırmaya elverişlidir. Çünkü bu maddede söz konusu olan yükümlülük, yalnızca “hukuksal” nitelikli engellerin kaldırılması ve çeşitli yasak ve kısıtlamaları ayıklamaya yönelik hukuksal önlemler alınması ile sınırlı değildir. Kaldı ki, özellikle “iktisadi ve sosyal” nitelikli engellerin kaldırılması, “normatif” yükümlülüğün yerine getirilmesiyle karşılanamaz. İnsanın “maddi” varlığını geliştirmesinin gerektirdiği koşullar da, tek başına “normatif” önlemlerle sağlanamaz. 1961 Anayasası bu kuralıyla, salt “normatif”, yani “biçimsel” değil, aynı zamanda somut edimde bulunmayı ve bütçeden kaynak ayırmayı gerektiren bir olumlu yükümlülük de getirmiştir. Bir “Anayasa normu” ile öngörülen yükümlülük, öncelikle “ekonomik ve sosyal edimler”de bulunmayı içerir.

Bununla birlikte, madde 10/2'nin gerekçesi, pozitif metin temelinde yaptığım yorumu destekleyici nitelikte değildir. Gerekçede, kanımca –aşağıda tartışacağım– çelişkili bir yaklaşımla, bir yandan çok açık bir dille “temel hakların **gerçekleştirilmesi** Devlet için bir vazife olarak ilan edilmiştir” denilirken, öbür yandan 10. maddedeki düzenlemenin geneline kapsar bir anlatımla “bu madde (nin) **genel bir direktif mahiyetinde** ol(duğu)” eklendi ve ayrıca, “ikinci ve üçüncü bölümdeki birçok maddeler(in) esasen Devletin bu menfi ve müspet vazifeleri nasıl yerine getireceğini göstermekte” olduğu da belirtildi. Böylece maddenin pozitif metninin içerdiği yükümlülük gerekçeyle esnetildi, yumuşatıldı. Benzer yaklaşımı, aşağıda tartışacağım 53. maddenin gerekçesinde de görmek olanaklıdır.

Temel hak ve özgürlüklerden olması nedeniyle, “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” de, “Genel Hükümler”de öngörülen sınırlama rejimi konusundaki düzenlemeler (güvenceler ve koşullar) kapsamındadır. Bu güvenceler arasında özellikle; yasayla getirilecek sınırlamanın “Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması” ile “temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamaması” (m. 11) bulunmaktadır. Öte yandan, kanun önünde eşitlik” ilkesinin de (m. 12), sosyal ve iktisadi hakları kapsadığına kuşku yoktur.

bb. Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler Bölümündeki Kurallar

1961 Anayasası'nın 2. kısmının 3. bölümünde yer alan 35.–53. maddelerde düzenlenen “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler”, bir bölümüyle özneleri için “hak” temelli kurallar içerirken, bir bölümüyle de devlet için “tedbirler alma” yükümlülüğü öngören “program nitelikli” kurallara yer verir. Kurallardan kimileri ise, 1961 ve 1982 Anayasalarının bu bölümündeki kuralları kapsamak üzere oluşturduğum “hak temelli” ve “program nitelikli” kurallara ilişkin çizelgelerde de görüleceği gibi, aynı zamanda iki boyutludur.

1961 Anayasası'nın bu kurallarını 1982 Anayasası'ndaki benzerleriyle karşılaştırmalı biçimde ayrı bir başlıkta inceleyip değerlendireceğimi anımsatıp, burada 1961 Anayasası'nın sosyal haklar yaklaşımını tamamlamak üzere, bu bölümün genel gerekçesi üzerinde durmakla yetineceğim.

“Sosyal adaleti gerçekleştirme amacını(n)” güdüdüğü “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümüne ilişkin *Genel Gerekeçe*”de; ekonomik ve toplumsal yönlerden güçsüz olan kişilerin devletçe korunmasını, sosyal haklardan yararlanmasını sağlayan hizmetler verilmesini ve hak öznelinin haklardan yararlanmanın önündeki engellerin kaldırılmasını istemesinin sosyal bir hak olduğu vurgulanmıştır. Bu kesimlere kişi haklarının yanı sıra ekonomik ve sosyal hakların da tanınması gerektiği, böylece sosyal haklardan yararlanmayı sağlayacak hizmetler sağlaması ve çeşitli engelleri kaldırması isteminin devlete karşı dava yoluyla ileri sürülebileceği –kanımca yeterince açık bir dille– belirtildi. Genel gerekçe bu yaklaşımını, insan haklarının bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkeleri temelinde, şöyle vurguladı:

Batı demokrasisi; hürriyetçi yollarla, daha fazla hürriyet elde etme rejimidir. Çağımızın karmaşık sosyal ve iktisadi dünyası içinde *daha fazla hürriyet ise, iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak*, bunların maddi ve manevi varlıklarını geliştirme şartlarını hazırlamak ve bunlara klasik kişi hak ve hürriyetleri yanında *iktisadi ve sosyal haklar tanımakla kabildir*. Zamanımızın demokratik devleti bu ödevde sahiptir. Devlet hayatı içinde, *bu himayenin ve hizmetlerin sağlanmasını, bu alandaki engellerin kaldırılmasını istemek de sosyal bir haktır*. Türkiye’de, çağdaş bir demokrasinin gereklerini yerine getirmek için bu yolda yürümek zorundadır (TBMM, 1961: 7).

1961 Anayasa koyucusu, sosyal haklara ilişkin yaklaşımında “biraz ileri gittiğini” yada “yanlış anlaşılacağını” düşündüğünden olmalı, Anayasa'nın ideolojik tercihinin “sosyalizm” ve “komünizm” olmadığını vurgulamaya özen gösterdi. Gerekçeye göre:

Sosyal hakları tanımak, bazılarının yanlış olarak ifade ettiği gibi, asla sosyalizmi kabul etmek manasına gelmez. (...) *Sosyal haklar iktisadi bir doktrinin değil, her şeyden önce hümanizmin ve insanlığın adalet duygusunun mahsulüdür*. (...) Bu sebeplerdir ki, ‘sosyal zihniyet’, (...) demokrasinin en sağlam garantisidir. Zira komünizme karşı en tesirli kalkan, onu lüzumsuz hale getiren sosyal adaletin gerçekleşmesidir.

Sosyal adaleti gerçekleştirmenin komünizmin seçeneği olduğunu belirten bu yaklaşım, Temsilciler Meclisi'nde (TM) de ortaya konulmuştu. TM Anayasa Komisyonu Başkanı, Anayasa'nın “doktrinci bir Anayasa” olmadığını, “bu gibi müfrit temayüllere kapılarını sımsıkı kapamış” olduğunu belirtmişti. Komisyon sözcülerinden M. Aksoy, “*bu Anayasada asla doktrin*” yoktur; *tasarıda “ne sosyalizm ve ne de herhangi bir izm”* yer almaktadır derken, T. Z. Tunaya da “sosyal devlet teriminde komünist anlamını” “kabul etme(diklerini)” vurgulamıştı.

cc. Sendikal Haklar ve Değişiklikler

1961 Anayasası'nın ilk kez “hak” temelli düzenleme yaparak güvenceye aldığı “sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler” arasında, madde başlık ve sayılarını kapsa-

mak üzere yalnızca 83 sözcükle düzenlenen sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları da vardı. Sendika hakkının özneleri “çalışanlar” idi.⁵ Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinin özneleri ve amacı konusunda ayırım gözetildi: Özneler “işçiler”, amaç ise “iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek” idi.

46. maddedeki düzenlemede, “işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri” dışında, yasa koşulu öngörülmediğinden, anayasal hakkın doğrudan kullanılması olanaklıydı. 1961 Anayasa koyucusu, sendika hakkını “çalışanlar”ın tümü için anayasal güvenceye almakla birlikte, bir bölümü için yasal düzenleme koşulu getirerek, hem doğrudan kullanmayı engelledi, hem de sonuç olarak, daha kısıtlı bir çerçevede “ayrı örgütlenme” ilkesi getirdi.

1961 Anayasası’nın kamu görevlilerinin sendika hakkı konusundaki bu “ihtiyatlı” tutumu, toplu sözleşme ve grev hakları konusunda daha belirgindi. Sendika hakkı gibi toplu sözleşme ve grev hakları konusunda da, 47. madde ayrıntıcı bir yaklaşım benimsememişti.⁶

1961–1980 döneminde 7 kez çeşitli değişiklikler gören 1961 Anayasası’nda, “kamulaştırma”ya ilişkin madde sayılmazsa, sosyal haklardan yalnızca sendika hakkı konusunda 20 Eylül 1971 tarihli ve 1488 sayılı yasayla bir kez değişiklik yapıldı. Yaklaşım ve içeriğiyle 1961 Anayasası’na katlanamama süreci, 12 Mart 1971 muhtırasının ardından 34 maddede gerçekleştirilen ve memurlara sendika yasağı getirilen en kapsamlı ve sınırlandırıcı 1971 değişiklikleriyle başladı (Gülmez, 2002: 109–134). 1961’deki ilk metinde, sendika hakkı memurları da kapsamak üzere “çalışanlar” için anayasal güvenceye alınmış ve “işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin” işçilerden ayrı örgütlenmesine olanak sağlanmış iken, 1971 değişikliğinde sendika hakkının özneleri daraltıldı ve özel sınırlama nedenleri getirildi.⁷

Üstelik, sendika hakkı konusundaki değişiklik bundan ibaret değildi. 1488 sayılı yasayla değiştirilen 119. madde, sendika kurmasını açıkça yasakladığı kamu

⁵ Sendika hakkına ilişkin 46. maddedeki “hak” temelli düzenleme, ilk metinde şöyle idi: “Çalışanlar ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler.

İşçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki hakları kanunla düzenlenir.

Sendika ve sendika birliklerinin tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz.”

⁶ 47. maddenin değişiklik görmeyen metnine göre:

“İşçiler, işverenlerle olan münasebetlerinde, iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla toplu sözleşme ve grev haklarına sahiptirler.

Grev hakkının kullanılması ve istisnaları ve işverenlerin hakları kanunla düzenlenir.”

⁷ 46. maddenin 1971’de değiştirilen metni şöyle idi:

“İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler. Bu hakların kullanılmasında uygulanacak şekil ve usuller kanunda gösterilir. Kanun, *Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması* maksadıyla sınırlar koyabilir.

Sendikalar ve sendika birliklerinin tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz.”

görevlilerine “kuruluşlar” kurma hakkı da tanıdı.⁸ Memurların işçiler gibi “gerçek manada”, yani toplu sözleşmeli ve grevli “sendikal faaliyette bulunmaları(nın) mümkün” olmadığı, dolayısıyla da “kavram kargaşası”nın önlenmesi gerektiği gerekçesine dayandırılan bu değişiklikle, 624 sayılı yasayla ilk kez düzenlenen “çok masum” memur sendikacılığı (Gülmez, 2002: 39-74) sona erdirildi ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmetlilerinin, adı “sendika” değil “kuruluş” olması öngörülen örgütlerine ilişkin özel yasa ise çıkarılmadı.

dd. Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı

Kuşkusuz, 1961 Anayasası'nın üzerinde durulması gereken önemli kuralı, 1982 Anayasası'nın 2001 değişikliğinde aynen yinelediği “*Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı*” kenar başlıklı 53. maddesinde öngörülmüştü. Sosyal haklar konusunda, yukarıda örneklerini sıraladığım maddelerinde, devlete verdiği yükümlülüğü hukuksal/biçimsel önlemlerle sınırlı tutmayan ve devleti, hak ve özgürlüklerden uygulamada yararlanılmasını sağlamak için var olan ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmakla yükümlü tutan (m. 10/2) 1961 Anayasası, bu bölümün sonunda yer alan bir düzenlemeyle, söz ettiğim yaklaşımını tartışma konusu yapmaktan da geri kalmadı. 1961 Anayasası'nın yürürlüğü süresince değiştirilmeyen 53. madde şöyle idi:

Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal *amaçlara ulaşma* ödevlerini, ancak iktisadî gelişme *ile* malî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getirir.

Öncelikle, 53. maddenin kenar başlığının sorunlu olduğunu belirtmek isterim. 1961 Anayasa koyucusu, “engelleri kaldırma”, “koruma”, “tedbirler alma” ve “yapma” biçiminde olmak üzere birçok maddede açık bir anlatımla ve “emir kipi”yle öngördüğü ve temelde yalnızca “biçimsel” nitelik taşımadığını düşündüğüm olumlu yükümlülüğü iki koşula/ölçüte yada gerekçeye bağladı: İktisadî gelişme ölçüsü (düzeyi) ve malî kaynakların yeterliliği ölçüsü.

Sosyal haklar açısından ayrı bir önemi bulunan ve 2. maddedeki “sosyal hukuk devleti” yerine “sosyal devlet” terimini yeğleyen 53. maddenin gerekçesinde, bu düzenleme “*gerçekçi*” olmakla ve “*realiteler*” ile açıklandı; madde üzerinde yapılan tartışmalarda da, bazı yazarlar gerekçenin “gerçekçilik” yaklaşımını dile getirdi. “Sosyal Devletin üzerine aldığı geniş ölçüdeki ödevler, şüphesiz ki, onun her şeyi yapmak isterken hiç bir şey yapamaz duruma düşmesi sonucunu doğurmamalıdır” diyerek başlayan madde gerekçesi, “İşte bu madde hükmü, prensip olarak *tanınan sosyal ve iktisadî hakların fiilen gerçekleşmesinin, realitelerle sınırlı olduğunu* ifade etmektedir” diyerek sona eriyordu.

Kanımcı, 10. maddenin yukarıda aktarılan gerekçesiyle birlikte okunması gereken bu yaklaşım, gerekçelerdeki kesin, kararlı ve açık bir anlatımla ortaya konulan sosyal devlet ilkesine ve sosyal haklarla kurulan bağına ilişkin yaklaşımla bağ-

⁸ 1971’de eklenen 119. madde şöyle idi:

“*Memurlar ve Kamu İktisadî Teşebbüslerinin yönetim ve denetim işlerinde çalışanlar ve kamu yararına çalışan derneklerden özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış olanların merkez kurullarında görev alanlar, siyasi partilere ve sendikalara üye olamazlar. (...)*

İşçi niteliği taşımayan, kamu hizmetlilerinin mesleki menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla güden *kuruluşların* bağlı olacakları hükümler kanunla düzenlenir.”

daşmamakta, çalışmaktadır. Sanıyorum ki Anayasa koyucu, sosyal devletin ödevlerine bu “realiteler” sınırını getirmekle, aynı zamanda onun “sosyalist” devlet olarak anlaşılmasını önleme kaygısı da taşıyordu. Sözcülerin Temsilciler Meclisi’ndeki açıklamalarının da, bu kaygıları giderme çabasına yönelik olduğu açıktır. Devlet için, bir yandan sosyal devlet ve onun araçları olan sosyal haklar konusunda insan onurunu koruma ve bunun gerektirdiği insanca yaşama düzeyi sağlama yükümlülüğü öngörülüp “önlem al” buyruğu verilirken, öte yandan “gerçekçi” olma adına “devletin sosyal haklar konusundaki ödevlerinin de bir sınırı vardır” denilerek nokta konulmuş olması anlamlıdır.

Yalnızca kuramsal düzeyde önem taşımakla birlikte, 53. madde konusunda 1968 yılında düzenlenen bir toplantıda, “sosyal politikacı” Talas ile Anayasa/kamu hukukçuları arasında yapılan tartışmaları anımsatarak, bu düzenlemenin içeriği üzerinde yeniden düşünmekte yarar görüyorum.

Bu konuda farklı ve karşı görüşlerin dile getirilmesine yol açan bildirisinde, 1961 Anayasası’nın “sosyal esprisi” ile uyumlu olmadığı düşüncesiyle 53. maddeyi eleştiren ve sosyal haklar arasında devletin olumlu edimini gerektirip gerektirmemesi yönünden herhangi bir ayırım gözetmeksizin genel bir dille görüşünü belirten *Talas*’a (1968: 232-233) göre bu düzenleme:

... sosyal ve ekonomik haklar bölümünün *değerini bir ölçüde de olsa azaltmıştır*. Bu bölümün öngördüğü sosyal ve ekonomik haklara karşı olan hükümetler iktidarda buldukları zaman, Anayasanın ilkeleri yalnız nazari planda kalabilir. (...) Hükümetler maalesef 53 üncü madde arkasına sığınabilmektedirler. (...) Binaenaleyh 53 üncü madde *Anayasanın sosyal esprisine uymamaktadır*.

Anayasa ve kamu hukuku uzmanları, sosyal politikacı Talas’ın bu görüşünü benimsemedi. Örneğin Talas’ın “yorum tarzına katılam(adıgı)” yolundaki görüşünü gerekçesini açıklamaksızın belirten *Teziç*’e göre, “53. madde sosyal hakların gerçekleşmesini savaştırmak isteyen, sosyal hakların varlığına inanmak istemeyen bir siyasi iktidara sığınmak imkânı vermemektedir. Aslında bu madde bir *gerçeği* dile getirmektedir (...)” (a.k.: 233).

İnsan haklarının niteliğine ilişkin daha teknik bir değerlendirme yapan *Kapani* de; Talas’ın, 53. maddenin Anayasa’ya “konmasıyla aynı bölümde yer alan diğer hükümlerin değerlerini hemen hemen tamamen kaybettikleri görüşü”ne katılmadı. 20 üyeli Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu üyelerinden biri olan Kapani bu düşüncesini, sosyal haklardan bazılarının ve özellikle sendikal hakların devletin olumlu edimini gerektirmediği gerekçesine dayandırdı. Yazar, 53. maddenin sendika, toplu sözleşme ve grev hakkı gibi “Anayasanın kişilere ve kişi gruplarına tanıdığı açık ve belirli haklar”ı “hiç etkilemediği”ni, “doğrudan doğruya kişilere tanınmış ‘şartsız hak’ niteliğindeki bu hükümlerin 53. maddenin etki alanınının tamamen dışında kaldığını kesinlikle söyleyebiliriz” görüşünü dile getirdi (a.k.: 236). Ancak Kapani, bu bölümde “devlete bazı ödevler yüklemekte” olan bazı hükümler bulunduğunu da ekleyip, bu “ödevlerin bazılarının (...) hemen bugünden yarına, yahut da çok kısa bir süre içinde yerine getirilmesine, gerçekleştirilmesine imkân yoktur” görüşüyle, sonuç olarak 53. madde kuralının –gerekçesinde de belirtildiği gibi– “*gerçekçi bir tutumun ifadesi*” olduğunu savundu (a.k.: 237).

Kanımcı Kapani’nin, 1968 yılında, yapımında rol aldığı 1961 Anayasası’nın benimsediği “53. madde formülü”ndeki “program hükümler” nitelikli düzen-

lemenin yargılanabilir yanlarının bulunduğu görüşünü savunmuş olması, öğretinin olumlu edim gerektiren sosyal hakların dava edilebilirliği konusunu tartışmadığı bir dönemde dile getirmiş olması nedeniyle önemlidir. Kapani'nin aşağıdaki görüşlerinin, 1982 Anayasası'ndaki "program kurallar" için de geçerli olduğu kanısındayım:

Şimdi, bu formülün siyasi iktidarlara oldukça geniş bir hareket serbestisi tanıdığı ileri sürülebilir. Fakat onlara tam bir açık bono verdiği iddia edilemez, *Yargı yolunu kesinlikle kapadığı da öne sürülemez kanısındayım* (a.k.: 237). (...)

Kısaca özetlemek gerekirse, *sosyal ve ekonomik haklar bölümünde yer alan ileriye dönük 'program hükümler' bir ölçüde bağlayıcılık niteliğine sahiptir.* (...) Gerçekçi bir hüküm olan 53. maddeyi, bu ilkeleri benimsemeyen siyasi iktidarlara arkasına sığınabilecekleri bir paravana olarak yorumlamanın doğru olmayacağı kanısındayım (a.k.: 238).

Önce belirtmek isterim ki, 1961 Anayasası'nın aktardığım genel ve madde gerekçelerindeki yaklaşımı göz önüne alındığında, "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümünde yapılan düzenlemelerin 53. maddedeki kuralla ve özellikle de gerekçesindeki açıklamayla sona ermemesi gerekirdi. Eğer 1961 Anayasa koyucusu "gerçekçi" bir yaklaşım içindeyse, bunu 53. maddeye gelmeden –özellikle madde 10/2'nin gerekçesinde– belirtmeli, bu görüşünü gerekçelere yansıtmalıydı. 1961 Anayasa koyucusu, sosyal hakları ilk kez anayasal güvenceye almanın coşkusıyla, üstelik uluslararası kaynakların sınırlı olduğu bir aşamada, benimsediği "kusursuz" denilebilecek bir insan hakları yaklaşımıyla düzenleme yaptı. Bölümün sonuna geldiğinde ise, "gerçekçi" olma gereği duyarak, gerekçelerde dile getirdiği yaklaşım ve içeriğe yansıttığı düzenlemeler ile çelişen 53. maddeye yer vermek zorunda kaldı.

İkinci olarak, gerek 53. madde gerekçesinde, gerekse Teziç ve Kapani'nin görüşlerinde düzenlemenin "gerçekçi" olduğuna dayanan savunmanın, Talas'ın dile getirdiği kaygıları ortadan kaldırdığı söylenemez. Tersine, ülkenin "iktisadî gelişme(s)i ile malî kaynaklarının yeterliği ölçüsü", bazı iktidarlara bu "madde arkasına sığınma" fırsatı verebilecek "realiteler" olarak ileri sürülebilecektir. Buna karşılık, Kapani'nin örneklerini vererek 53. maddenin kapsamına girmeyen haklar bulunduğu yolundaki görüşü doğrudur.

53. madde, bu görüşle bağlantılı olarak yeniden dikkatle okunduğunda, yapılan düzenlemenin bölümde yer alan tüm sosyal ve sendikal hakları kapsar nitelikte olmadığı görülecektir. Çünkü 53. madde kapsamına, "Devlet(in), bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal *amaçlara ulaşma* ödevleri" alınmıştır. Öngörülen iki "sınır", bu bölümde iktisadî ve sosyal "haklar" için değil, iktisadî ve sosyal "amaçlar" için geçerlidir. Daha açık bir anlatımla, bu bölümde "hak temelli" bir anlatımla düzenlenip güvenceye bağlanan sosyal ve iktisadî haklar, 53. maddenin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, 53. maddenin, bu bölümde devletin ulaşmasını istediği ödevlerin/yükümlülüklerin "iktisadî ve sosyal amaçlar" olduğunu belirten pozitif metni, kapsamı genişletilerek sosyal hakların aleyhine yorumlanamaz. Devletin iktisadî ve sosyal *amaçlara ulaşma ödevi*, hak temelli kurallarda değil, yalnızca "program nitelikli" kurallarda söz konusu olabilir.

Kuşkusuz, 1961 ve 1982 Anayasalarının sosyal ve ekonomik haklara ve ödevlere ilişkin bölümlerinde yapılan düzenlemeleri "hak temelli" ve "program nitelik-

li” olmak üzere oluşturduğum –aşağıdaki– iki ayrı çizelgede de görülebileceği gibi, kimi sosyal haklar her iki boyutuyla birlikte anayasal güvenceye alınmıştır. Başka bir deyişle, aynı sosyal hakkın, 53. madde kapsamına giren ve girmeyen boyutları/yönleri vardır. Öğretinin bir kesimi, 53. maddenin pozitif metninin bu ayrıma olanak vermesini göz ardı edip sosyal hakların “olumlu edim” gerektirdiği gerekçesiyle bölümün tümünü kapsadığını savunurken, bir kesimi de olumlu edim gerektirmeyen sosyal hakların (sendikal hakların) kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir. Kanımca her iki görüş, 53. maddenin “haklar”dan değil “amaçlar”dan söz eden pozitif metnini göz önüne almaksızın yorum yapmıştır.

53. madde dolayısıyla tartışılması gereken bir başka konu, sosyal hakların *dava edilebilirliği* sorunudur. Kuşkusuz, 1961 Anayasası’nı izleyen yıllarda bu sorunun öğretide tartışılmasını beklemek haksızlık olur. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere Kapani bu konuya değinmiş, ancak ileri sürdüğü görüş dikkat çekmemiş, herhangi bir tartışma yada değerlendirmeye konu olmamıştır.

Tanör ise, Kapani’nin 53. maddenin yargı yolunu kapatmadığını belirtmesinden 10 yıl sonra 1978’de yayınlanan yapıtında, amacı üzerinde durduğu 53. maddedeki kuralın, sosyal ve iktisadi haklar konusundaki görevlerini yerine getirmeyen devletin “*anayasayla hak sahibi kılınmış kişiler tarafından dava yoluyla sıkıştırılmasını önleme*”ye yönelik bir düzenleme olduğu görüşünü dile getirmişti (Tanör, 1978: 373). Kanımca 1961 Anayasa koyucusunun, “realiteler”i göz önüne alarak 53. maddeyi yazarken, sosyal ve iktisadi hakların dava edilebilirliğini önleme gibi çok “spesifik” sayılabilecek bir amaç gütmüş ve o yıllarda akademik gündemde olmadığından, daha doğru bir anlatımla sosyal hakların devletin olumlu edimiyle gerçekleştirilen “pozitif statü hakları” olarak dava edilebilirliği tartışılmadığından, bu konuya örtük biçimde de olsa gönderme yapmış olması olası değildir. Ancak Tanör’ün bu görüşüyle, hiç değilse örtük olarak, sosyal hakların anayasal öznelere devletin dava edebileceğini düşündüğü söylenebilir. 53. maddenin, dava edilebilirliği güçleştirdiği kabul edilse de, büsbütün ortadan kaldırdığı söylenemez.

II. 1982 ANAYASASI VE SOSYAL HAKLAR

1982 Anayasası’nın sosyal haklara ilişkin yaklaşımı, yalnızca ilgili bölümle sınırlı tutularak değerlendirilemez. 1961 Anayasası ile karşılaştırabilmek için, Başlangıcı da kapsamak üzere, önce bu bölüm dışındaki kimileri doğrudan ve kimileri de dolaylı nitelik taşıyan kuralları incelemek gerekir.

1. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümü Dışındaki Genel İlkeler ve Kurallar

1982 Anayasası, aslında 12 Mart 1970 muhtırasının ardından yapılan 1971 değişikliklerinin, önce “24 Ocak” ve sonra da “12 Eylül”ün işbirliği yapmasıyla, “anti-emek” ve “anti-sosyal” yaklaşımın 1982’de Anayasa’nın bütününe yansıtılmasının, bu yaklaşımın doruğa ulaşmasının bir belgesidir!

a. Genel Olarak: “24+12 Anayasası”

Arka planında belirli bir ekonomik programın bulunduğu 1982 Anayasası ile 1961 Anayasası arasında “sosyal devlet” ilkesine verilen anlam ve yapılan pozitif dü-

zenleme yönünden çok önemli farklar bulunduğu kuşkusuzdur. Bunu, “*sosyal adaletsiz sosyal devlet ilkesi*” olarak özetlemek olanaklıdır. Sosyal devleti sosyal adalete dayandırmaktan kaçınan ve sosyal hakları da aşırı yasak ve kısıtlamalarla kuşatarak tanıyan 1982 Anayasası’nın, ekonomik ve siyasal yönlerini birlikte anlatan matematiksel bir formülle, “*24+12 Anayasası*” olduğunu yıllardır yineliyorum. Çünkü 24 Ocak ve 12 Eylül koşullarında hazırlanan 1982 Anayasası’nın ilk taslak metnini oluşturan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu’nun kaleme aldığı Anayasa Tasarısı, işveren görüşleriyle eksiksiz bir uyum içinde ve işveren (TİSK) isteklerine anayasal temel ve güvence kazandırmayı amaçlayan bir metin niteliğindedir (Gülmez, 1986b: 61-62).

1982 Anayasası, “sosyal hukuk devleti”ne Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak yer vermiş (m. 2) olmasına karşın, bu kavramın ekonomik ve sosyal yönden güçsüz durumda olan kişilerin ve tüm bağımlı çalışanların korunması anlamı taşıdığı konusuna hiç değinmemiştir. Sosyal haklara liste olarak daha geniş yer vermiş olmakla birlikte, aşağıda ayrıca inceleyeceğim gibi olumlu edim gerektirmeyen sosyal haklar (*sendikal haklar*) yönünden özellikle benimsediği tepkici ve ayrıntıcı yaklaşımın sonucu olan aşırı yasak ve kısıtlamalar içermektedir. 1982 Anayasası’nın mutlak çalışma barışını kurma ve üretimi artırma amacının ürünü olan sosyal ve sendikal haklara ilişkin düzenlemesi, ne toplumdaki demokratik açılımlara ve gelişmelere koşul olarak sendikal hak ve özgürlüklerin genişletilmesine, ne de ekonomik ve sosyal yönden güçsüz olan işçilerin toplum ve çalışma yaşamında ağırlıklarını duyurmalarına olanak vermiştir, vermektedir (Gülmez, 1986a: 95-96).

b. Başlangıç İlkeleri

“Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı(nın), *Anayasa metnine dâhil*” olduğunu öngören (m. 176) 1982 Anayasası, Başlangıç bölümünde, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki **temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak** (...) onurlu bir hayat sürdürme ve *maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme* hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”nu belirtmiş, böylece “sosyal adalet” ile -1961’in Başlangıcında yer almayan- “eşitlik” ilkelerini Cumhuriyetin niteliklerine ekleyerek, “sosyal hukuk devleti”ni somutlaştıran dayanakları ortaya koymuştur. Anayasa’nın güvenceye aldığı tüm hak ve özgürlüklerden, öncelikle ekonomik ve sosyal haklardan da eşitlik ve sosyal adalete göre yararlanma, onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi (ve manevi) varlığını geliştirme haklarını tanımıştır. Kanımca, Başlangıcın “doğal hak” olarak duyurduğu bu haklar, “Anayasa’nın dayandığı temel ilkeler” olarak metne katılmakla anayasal değerde “pozitif” bir hak niteliği de kazanmıştır. Bu ilkeler, 65. maddenin devlete tanıdığı takdir yetkisini sınırlandırır; mali kaynakların yeterlilik ölçüsü, sosyal anlam ve içeriğiyle eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri birlikte göz önüne alınmaksızın belirlenemez.

1982 Anayasası, 1961’den ayrılarak, tüm hak ve özgürlüklerden yararlanmada gözetilmesi gereken eşitlik ve sosyal adaleti, öteki ilkelerle birlikte “değiştirilemez” ilkeler düzeyine yükseltmiştir (m. 4). Anayasa Hukuku öğretisinin, Başlangıç’ta yer alan ilkeler listesi konusunda farklı görüşler benimsediği, kimi yazarların, eşitlik ve sosyal adaleti bu listeye almadığı görülmektedir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2011: 83-84; Gözler, 2008: 214; Erdoğan, 2007: 185). Buna karşılık bazı yazarlar da, 1982

Anayasası'nın Başlangıç bölümünde yer alan ilkeler arasında "eşitlik ve sosyal adalet"i de saymışlardır (Özbudun, 2011: 75; Gören, 2006: 98). Bir yazar da, 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünün "Anayasanın öteki maddeleriyle eş hukuki değere sahip bir konum kazanmış ol(duğunu)", ancak Başlangıçtan "uygulanabilir hukuk kuralları türetme(nin) pek kolay" olmadığı görüşündedir (Sabuncu, 2002: 17-18).

Başlangıçtaki eşitlik ve sosyal adalet ilkesi, 10. maddede öngörülen "kanun önünde eşitlik"e, "biçimsel" eşitlik olmanın ötesinde bir anlam ve içerik kazandırmıştır (Gülmez, 2011c: 62-63). Eşitlik, özellikle sosyal haklardan yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, "aynı durumda olanların, haklı bir neden olmadıkça, aynı kurallara bağlı olmaları" biçiminde tanımlanan biçimsel/hukuksal eşitlikle sınırlı bir ilke değildir ve uygulamadaki "sosyal eşitsizlikler" in de giderilmesini yada hafifletilmesini kapsayan "maddi/olgusal eşitlik" tir (Gülmez, 2009: 546-554 ve 556-578).

Böylece, aşağıda görüleceği üzere, hazırlık ve oluşum sürecinde direnç gösterilmiş ve Anayasa Hukuku öğretisinde kimi yazarlarca belirtilmemiş olmasına karşın, sosyal adaletin Anayasa'nın ve sosyal hukuk devletinin dayandığı temel ilkelerden biri olduğu ileri sürülebilir. Ne var ki, gerek sosyal devlet, gerek sosyal adalet ve gerekse bu ilkeleri somutlaştıran sosyal haklar, gerekçelerdeki yaklaşım ile Anayasa'daki pozitif düzenleme göz önüne alındığında, 1961 Anayasası'ndan çok farklıdır.

c. Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Gerekçesi: Danışma Meclisi Görüşmeleri

1982 Anayasası yapıcılarının sosyal devlet ilkesine verdiği tarihsel anlam, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nca hazırlanan tasarı ve Danışma Meclisi'nde yapılan görüşmelerde savunulan görüşler (Gülmez, 1986b: 55-82) göz önüne alınmadıkça ortaya konulamaz.

Anayasa Tasarısı'nın, "Türkiye Cumhuriyeti, (...) sosyal bir hukuk devletidir" diyen 2. maddesinin gerekçesi, sosyal hukuk devletine verilen anlamı, 1961 Anayasası'ndan belirgin biçimde ayrılan bir yaklaşımla, **ekonomik ve toplumsal yönden güçsüz olan bağımlı çalışanların korunması amacına değinmeksizin**, çağdaş içerik ve özünden uzaklaştırarak, vurgudan kaçınan yasak savıcı bir yaklaşımla şöyle açıklamıştır (DMTD, 1982: 5):

Sosyal hukuk devleti ise, bizzat devletin koyduğu hukuk kurallarına uyacağı ve çalışan ve çalıştığı halde elde ettiği ürün ile mutlu olabilmek için, **tasarladığı maddi ve manevi değerlere sahip olamayan kişilerin yardımcısı olacağı** ilkesini belirtmektedir.

Belirtmeliyim ki bu gerekçe, Komisyon Başkanı *Orhan Aldıkaçtı*'nın 1980 öncesinde basılmış yapıtında, şu anlatımla ve yazarca vurgulanarak yer almıştır (Aldıkaçtı, 1978: 164):

Sosyal Devlet denilen bu görüş, toplumda ferdi yine bir gaye olarak kabul eden, ferdi mutlu kılmayı vaad ettikten sonra, ferdin maddi ihtiyaçlarını tatmin edebilmek için, manevi değerlerine tecavüz etmeyen; ferdin düşüncesine, insanlık şeref ve haysiyetine saygı gösteren, ferdi 'kutsal' gören bir Devlet anlayışıdır.

Tasarının Danışma Meclisi'ne sunulan ilk metninin “Devletin temel amaç ve görevleri”ni düzenleyen 4. maddesinde ise, yalnızca “*hukuk devleti ve adalet ilkele-ri*”nden söz edilmiş, “sosyal” sözcüğü bu maddeye daha sonra –“adalet”in değil “hukuk devleti”nin önüne- eklenmiştir. Maddenin 2. fıkrasına ilişkin gerekçe, yine başkasına bağımlı olarak çalışanların devletçe korunmasına değinmeksizin, genelde madde metnini ve 2. madde gerekçesindeki düşünceleri yineleyerek, sosyal devlete verilen anlamı biraz açmış görünmekte; sosyal devleti bireylerin, insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyine kavuşturulmasını olmasa da, “insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştir(mekle)” görevli saydığını belirtmektedir:

...fakat Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini *mutlu* kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, Ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. ***Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir.*** Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışıdır. *Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır* ve bu sınırlar içerisinde ***ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak***, onun başlıca görevleri arasındadır.

Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.

Anayasa Komisyonu'na ve hazırladığı Tasarı'ya egemen olan “*sosyal devlet*” anlayışının, “*bireyin kendisine bağlı olmayan eşitsizlikleri ve bunun doğurduğu adaletsizliği, kamu gücünün (devletin) karışması yoluyla en aza indirmeyi amaçlayan devlet*” anlamına gelmediği, üstelik 2. ve 4. maddelerde geçen “adalet” sözcüklerinin “sosyal adalet” anlamını taşımadığı, dolayısıyla da “sosyal adaletsiz bir sosyal devlet ilkesi”nin benimsendiği, söz konusu maddelerin görüşülmesi sırasında da birçok kez dile getirildi.

Komisyon da, “sosyal adalet”e Başlangıç'ta yer verilmesine karşı çıktı. Örneğin Komisyon Başkanı *Orhan Aldıkaçtı*, “... ***modern devletin ancak sosyal bir devlet olabileceğini, modern devletin bütün fertlerin mutluluğunu gerçekleştirmekle yükümlü bir devlet olduğunu*** tespit etmeye, duyurmaya çalıştık(larını)” söylemekle birlikte, sosyal devletin öncelikle güçsüzlerin, kendi elinde olmayan nedenlerle toplumsal ve ekonomik eşitsizlik ve adaletsizliklerin kurbanı olan bireylerin öncelikle korunmasını amaçlamadığını ortaya koydu. Bu vurgudan kaçınmak için de, modern/sosyal devlete, soyut bir söylemle, toplumdaki tüm bireylerin mutluluğunu gerçekleştirme görevi verdi. Başkan *Aldıkaçtı*, “üzerinde 2,5 ay kadar çalıştık(larını)” ve Komisyonun “hemen hemen en iyi yazdığı(nı) sandığı” 2. maddedeki “adalet” sözcüğü ile “sosyal adalet”in amaçlanmadığını ve “sosyal hukuk devleti” ilkesine de gerekçede açıklanan dışında bir anlam vermeyi düşünmediklerini kesin bir dille şöyle anlattı:

Biz Adalet dediğimiz zaman sosyal adaleti düşünmedik. ‘Adalet’ dediğimiz zaman, ‘Adalet mülkün temelidir’ kavramı içerisinde mütalaa ettik ve sosyal devlet kavramında değişiklik yapılması bahis konusu değildir. Komisyonumuz için.

Anayasa Komisyonu Başkanı, bu madde üzerinde yapılan ikinci görüşmede de, Tasarının ne 2. ve 5. maddelerine, ne de Başlangıç bölümüne girmemesini dirençle isteği “sosyal adalet” ilkesine, bu kez de Atatürk'ün bu kavramdan söz etmediğini öne sürerek karşı çıktı:

... *Atatürk bir kere dahi sosyal adalet anlayışından bahs etmemiştir.* Bilmiyorum dürüst ve adil olmaktan insanların insanca yaşamasından bahs etmiştir; fakat kanaatimize göre sosyal adalet kavramını Atatürk kullanmamıştır.

Aldıkaçtı'nın ve Komisyon'un "sosyal adaleti" düşünmemesinin nedeni açıklı. Çünkü sosyal adaleti sosyalizm ve Marksizm ile özdeşleştirdi ve mülkiyet hakkının ortadan kaldırılmasını amaçladığını ileri sürdü: "*Sosyal adalet demek, ... Materyalizmdir.*"

Oysa Aldıkaçtı, Tasarının tümü üzerindeki görüşmelerden 6 ay önce yapılan "*Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler*" konulu uluslararası seminerde yaptığı açılış konuşmasında; II. Dünya Savaşından sonra belirlediğini anlattığı "yeni bir Devlet anlayışı"nın özelliklerini anımsatmıştı. Buna göre devlet (sosyal devlet) (Aldıkaçtı, 1982: 4-5),

... sadece toplumda düzeni sağlamak, ferdin varlığını korumakla yükümlü değildir. Devlet, ferdin gelişmesinde, *ferdin hak ve hürriyetlerden yararlanabileceği bir seviyeye gelmesi için, gerekli önlemleri almakla da görevlidir.* (...) *Ferdin adeta toplum üzerinde bir "alacak hakkı" vardır.* Devlet fertlere karşı bu hakları yerine getirmekle görevlidir. *Klasik hak ve hürriyetlerden farklı olarak, onlara ek olarak, onlara hayatıyet vermek amacı ile Anayasalara konan bu yeni kuralların tümü 'ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler' başlığı altında toplanmaktadır.* (...) *Sosyal Devlet anlayışını getiren Anayasalarda ise, Devlet ferdin fiziki varlığını korumaktan öteye, onun gelişmesini de sağlamak imkânları ile donatılmaktadır.*

Aldıkaçtı'nın, bir yandan sosyal hakların "alacak hakları" özelliği taşıdığını anımsatan ve öte yandan geleneksel haklarla karşılıklı bağımlılık ilişkisi içinde bulunduğu değinen bu görüşlerinin, Anayasa Tasarısı'na, gerekçelerine ve sonuç olarak Anayasa'ya yansıtıldığını söylemek olanaklı değildir.

2. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümündeki Genel İlkeler ve Kurallar

1982 Anayasası'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde, konuyla doğrudan ilgili olmayan konuların da yer aldığı *haklar listesinde* (m. 41-65), "doğrudan" ekonomik ve sosyal haklara ilişkin düzenlemelere egemen olan temel yaklaşım, öngörülen yasak ve kısıtlamalarıyla tanınarak anayasal güvenceye alınan hakların doğrudan ileri sürülmesine olanak verilmek istenmemesi ve ilkece kullanma koşullarını belirlemenin yasaya bırakılmış olmasıdır. 1982 Anayasası, yasal düzenleme yapılmasına gerek kalmadan da kullanılması olanaklı "kuşaklararası" insan haklarından olan sendika ve grev hakları için de bu koşula yer vermiştir. Oysa 1961 Anayasası, sendika ve toplu iş sözleşmesi hakları için "yasal düzenleme koşulu" öngörmemişti. Anayasa, "*kanunla düzenleme yapılması*" koşulunun yanı sıra, kimi zaman "gerekli" diyerek ve kimi zaman da demeksizin "*tedbirler alma*" yükümlülüğü de getirmiştir. Bu, bir yandan sosyal devlet ilkesinin doğal gereğidir ve öte yandan da genellikle sosyal haklardan bazılarının niteliğinin sonucudur.

Anayasa, buyruk olarak öngördüğü yasal düzenlemelerin ve alınmasını istediği önlemlerin içeriğini belirlemiş; sağlık ve sosyal güvenlik haklarında olduğu gibi de, aslında hakların niteliğinin gerektirdiği "önlemler" kapsamında düşünülebi- lecek örgütlenmenin sağlanmasını zorunlu tutmuştur. Gerek yasal düzenlemele-

rin ve gerekse alınması istenen önlemlerin ortak amacı, ekonomik ve sosyal hakların eylemli olarak kullanılmasının sağlanmasıdır. Biçimsel düzenlemelerin yapılması, soyut hakların somutlaşmasını ve hak öznelerinin kendiliğinden sosyal haklardan yararlanmalarını sağlayamayacağından, devletin birbirini izleyen ve öncekileri daha ileri noktalara taşıyan olumlu önlemler alması ve bunu sürdürmesi kaçınılmazdır. Sosyal devletin “onsuz olmaz” araçları olan ekonomik ve sosyal hakların, Anayasa’ya “soyut ve kuramsal” haklar olarak yazıldığı savunulamaz. “Eşitlik ve sosyal adalet gereklerince” yararlanılmasının sağlanması gereken “bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetler” arasında ve kapsamında ekonomik ve sosyal hakların da bulunduğu kuşku yoktur; eşitliğin, “ekonomik ve sosyal haklar” alanında da gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Bu ise, ancak “sosyal eşitlik”le gerçekleşebilir.

3. Sendikal Haklar ve Değişiklikler

1982 Anayasası’ndaki ilk düzenleniş biçimiyle sendikal haklar,⁹ olumlu edim gerektiren öbür sosyal hakların yaptırımı ve gerçekleştiricisi işlevi görebilecek bir içerik ve nitelik taşımaktan uzaktı ve birçok yönüyle uluslararası kurallara, örneğin kabul edildiği tarihte Türkiye’nin onaylamış olduğu 98 sayılı sözleşme ile Avrupa Sosyal Şartı’na aykırı idi. Aykırılıkları ancak “kısmen” gideren –kıscaca değinmekle yetineceğim¹⁰– değişiklikler, sendikal hakları da kapsayan 1995, 2001 ve 2010 yıllarındaki üç Anayasa değişikliğinde gerçekleştirildi.

1995’te, sayısız ve değişik yasaklar içeren “sendikal faaliyet” başlıklı 52. maddede, tüm fıkralarıyla yürürlükten kaldırıldı. 53. maddedeki değişiklikle, memurlara ve diğer kamu görevlilerine “kendi aralarında” sendikalar ve üst kuruluşlar kurma ve “İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme” yapma olanağı verildi. Sendikalar ve üst kuruluşların “54 üncü madde hükümlerine tabi olma(dıkları)” belirtilerek, grev hakkının kapsamı dışında bırakılmaları öngörüldü. Bu değişikliğe ise, ancak 2001 yılında çıkarılan yasayla uygulanabilirlik kazandırıldı.

2001’de, sendika hakkının “işçiler” olan öznesi “çalışanlar” olarak değiştirildi ve işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendika hakkının yasayla düzenlenmesi öngörülerek, 1995 değişikliğiyle Anayasa’ya girmiş olan hakkın bir kez daha tanınması sağlandı! “Aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olma” yasağına, “aynı işkolunda” eklemesi yapılarak üyelik özgürlüğünde sınırlı bir iyileşme sağlandı. 51. maddenin, “Herhangi bir işyerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz” diyen 6. fıkrası ile “İşçi sendika ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartı aranır” diyen 7. fıkrası kaldırıldı.

⁹ 1982 Anayasası’nın, madde başlık ve sayılarını da kapsamak üzere toplam 443 sözcükle düzenlenen sendikal haklara ilişkin maddelerinin 83 sözcüklü 1961’inkilerden 5.4 kat daha ayrıntılı olması nedeniyle, sayfa altında da olsa vermiyorum!

¹⁰ Sendikal haklara ilişkin kurallardaki değişikliklerin her birini, yapıldıkları tarihlerden beri değerlendirip eleştirdim. Başta Uluslararası Çalışma Örgütü olmak üzere Birleşmiş Milletler ile Avrupa Konseyi’nin sözleşme ve başka belgeleri ile denetim organlarının yerleşik kararlarının yanı sıra, Avrupa Birliği belgelerini de kapsayan değerlendirmeler ve eleştirilerim için, örneğin şu makale ve yazılarıma bakılabilir: Gülmez (2005: 65-78; 2010c: 6; 2010d: 8; 2010e: 7; 2012a: 144-149; 2012b: 82-88).

2010'da, toplu görüşme yerine adı "toplular sözleşme" olan bir hak tanındı. Ancak, kesin ve toplu sözleşme hükmünde sayılacak son kararın –henüz ilk uygulamasında "gölge Bakanlar Kurulu" misyonunu başarıyla (!) yerine getiren– Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nca verilmesi öngörüldü (Gülmez, 2012c: 17-20). Yine grevsiz ve üstelik zorunlu hakemli bir toplu sözleşme hakkı (!) anayasallaştırılmış oldu! 1982'den beri hiçbir kuralına dokunulmayan 54. maddenin 3. ve 7. fıkraları, ötekiler gibi değişiklik paketine eklenen "bon bon" olarak, yürürlükten kaldırıldı.

4. Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı

1982 Anayasası'nın, "Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı" kenar başlıklı 65. maddesinin 2001'de değiştirilmesinden önceki ilk metninde, devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğüne getirilen sınırlamanın, 1982 Anayasası'nın arka planındaki ekonomik programı çağrıştıran bir dille yazılmasından kaçınılmadı:

Devlet ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, *ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getirir.

Öncelikle, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 65. maddenin pozitif metnini de daha dikkatli okumak gerektiğini yineliyorum. Bu madde kapsamına giren ve sınırlanmasına olanak verilen nedir? Sorunun yanıtı, maddenin ilk bölümünde vardır ve bu bölüm 2001'de değiştirilmemiş, aynen yürürlükte. 65. maddenin, 2001 değişikliğinde 1961'in 53. maddesinden aynen alınan "*devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı*" biçimindeki kenar başlığında söz edilen sınır, "Devletin ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasa ile belirlenen görevleri" için öngörülmüştür. Bu anlatımdan yola çıkarak, şu üç saptama yapılabilir:

- 65. maddede, 1961'den farklı olarak, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölüme doğrudan bir gönderme yoktur. Devletin "ekonomik ve sosyal alanlarda" belirlenmiş görevlerinden söz edilmiştir. Kısacası 65. maddenin kapsamına aldığı görevler, üçüncü bölümle sınırlı değildir ve Anayasa'nın bütününde belirlenmiş görevleri, örneğin "devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddeden kaynaklanan görevlerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla bu yönden 1961 Anayasası'na göre daha sınırlayıcıdır.
- 65. maddede, "haklar"dan değil, "görevler"den söz edilmiştir. Bu pozitif düzenleme, genişletici bir yaklaşımla, "devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırı"nın –program kurallarının gereği olan– "görevler"in dışında "haklar"ı da kapsayacak biçimde yorumlanamaz.¹¹ Böyle bir yorum, ne ölçülülük, ne insan haklarına dayalı devlet, ne sosyal devlet ve ne de öze dokunmama ilkeleriyle bağdaşır.
- 65. maddede, 1961'de öngörülen iki sınırlama ölçüsünden "*iktisadi gelişme*" olarak belirlenen birincisine yer verilmedi. Bunun yerine, 12 Eylül'den sekiz ay kadar önce 24 Ocak 1980'de uygulanmasına başlanan neo-liberal politikalara uygun olan ve kanımca doğrudan bu politikalara göndermede bulunan bir anlatımla, "*ekonomik istikrarın korunmasını(n) gözet(ilmesi)*" öngörüldü. 2001'de

¹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, 65. maddeyi aktardıktan sonra, "Burada kastedilen, devletin olumlu edimlerini gerektiren *sosyal haklardır*" demektedirler (2009: 96; vurguyu ben yaptım).

yapılan değişiklikte, devletin ekonomik ve sosyal alanlarda belirlenen görevlerini yerine getirirken, 24 Ocak 1980 istikrar önlemlerinin adı olan bu “anti-sosyal” koşul yada yükümlülük yerine, “kısmi bir iyileştirme” sayılan (Kaboğlu, 2010: 55; 2012: 29) değişiklikle “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözet(me)*” koşulu yada yükümlülüğü getirildi.

Bu saptamalar dışında 65. madde bağlamında üzerinde durmak istediğim bir başka önemli nokta, düzenlemede öngörülen “sınır”ı somutlaştıran ölçü(t) sayısına ilişkindir. 1961’in 53. maddesinin yazılış biçimi, iki ayrı ölçütün öngörüldüğü konusunda kuşkuyla yer bırakmaz. Ancak 1982 Anayasası’nın 65. maddesinin ilk ve 2001 değişikliğinden sonraki biçimleri, düzenlemeden iki ayrı ölçü(t) çıkarılmaya olanak vermez.

Gerçekten, 1961 Anayasası’nın 53. maddesinin pozitif metninin kaleme alınış biçiminden devletin sosyal ve iktisadi amaçlarına ulaşma ödevlerine “iki” ölçütle sınır konulmuş iken, 1982 Anayasası’nın 65. maddesinin gerek ilk ve gerekse 2001 değişikliğinden sonraki pozitif metinlerinde birbirinden bağımsız iki ölçüt bulunduğu yolunda –öğretide yaygın biçimde– ileri sürülen görüşlere katılma olanağı yoktur.¹² Kanımca 1982 Anayasası, her iki metninde de, devletin ekonomik ve sosyal alanlardaki anayasal görevlerini yerine getirmesinde tek/bir ölçü getirmiştir. Bu da, devletin “*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü*”dür. Devlet, mali kaynaklarını “yeterli” görüp Anayasa ile belirlenen görevlerini yerine getirirken yada “yetersiz” olduğunu düşünüp yerine getirmekten kaçınırken, 2001 değişikliği öncesinde “ekonomik istikrarın korunmasını”, 2001 değişikliği sonrasında ise “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri*” gözetmek” zorundadır. Değişik bir anlatımla devletin, 2001 öncesinde “kaynaklar yeterli, ancak ekonomik istikrar bozulur” gerekçesiyle görevden kaçınması olanaklı iken, 2001 sonrasında böyle bir gerekçeye sığınamaz ve öncelikleri gözeterek, görevlerini yerine getirmek zorundadır. Dolayısıyla, 65. maddenin dava edilebilirlik boyutuna açıklık kazandıran 2001 değişikliği, 1982’deki “24 Ocak sınırı”na oranla görece bir iyileşme sayılabilir.

Kanımca, 1982 Anayasa koyucusunun tarihsel amacı, gerekçelerde ve görüşmelerde açıkça ortaya konulduğu üzere, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini yerine getirmesini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynakların yeterliliği koşuluna bağlamak olsa bile, 65. maddenin devletin bu alandaki anayasal yükümlülüklerini, özellikle de “önlemler alma yükümlülüğü”nü bir kalemde ve tümüyle sildiği yada belirsiz bir süre için ertelenmesine olanak verdiği düşünülemez. Kaldı ki, devletin Anayasa ile belirlenen yükümlülüklerini ve doğrudan ekonomik ve sosyal hakları da aşan daha geniş kapsamlı bir anlatımla, “ekonomik ve sosyal alanlarda(ki)” görevlerini yerine getirmesini “*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü*”ne bağlı tutan 65. maddeye, anayasal insan haklarından yararlanmada “değiştirilemez” ilkeler olarak güven-

¹² Örneğin Gören, 2001’de yapılan değişikliği anımsatarak, “65. maddenin ilk şeklinde yer alan ‘ekonomik istikrarın korunmasının gözetilmesi’ kriteri yerine ‘bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri’ kriteri getirilmiştir” derken (2006: 134-135), her ikisini de “*kriter*” olarak değerlendirmiştir. Bir başka yazar da, 2001’de, “... 65. maddede yer alan ‘*ekonomik istikrarın korunması*’ ölçütü çıkartılarak, ‘*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikler*’ ölçütü maddeye dahil edildi” derken, bunların “mali kaynakların yeterliliği”nden ayrı ikinci bir ölçüt olduğu görüşünü benimsemiştir (Çelikyay, 2011: 271). “Ölçüt” yerine “kayıt” sözcüğünü kullanan Kaboğlu’nun da, aynı görüşte olduğu söylenebilir (2010: 55; 2012: 29).

ceye alınan eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri ile sosyal devlet ilkesi karşısında öncelik tanınmaz, bu ilkeleri etkisizleştirme sonucu doğurduğu düşünülemez ve kabul edilemez. Devlet, özellikle sosyal haklardan yararlanmayı sağlayıcı somut önlemler alma yükümlülüğünü yerine getirirken, sınırlı olduğu dönemlerde bile mali kaynaklarını “eşitlik”, “sosyal adalet” ve “sosyal devlet” ilkeleri ile Anayasa’nın bazı maddelerinde açıkça öngörülen özel koruyucu kurallar uyarınca “öncelik sıralaması” yaparak kullanmak zorundadır. Devletin, mali kaynaklarının “yetersiz” olduğu gerekçesiyle, bu anayasal ilke ve kuralları kâğıt üzerinde bırakacak politikalar belirlemesi ve uygulaması, saptadığı politikaları uygulamaktan kaçınması anayasal yükümlülüğünü yerine getirmeme anlamına gelir. Devlet, ulusalüstü insan hakları ortak hukuku doğrultusunda (Gülmez, 2009a: 66-76, 155-157, 310-313; 2009b: 10-11; 2012a: 141-142) ekonomik ve mali kaynaklarının durumu ne olursa olsun, olumlu edimlerde bulunarak ekonomik ve sosyal göstergelere yansıyan “somut ve görece daha ileri sonuçlar” gerçekleştirmeli, sürekli biçimde ve önceki duruma oranla görece iyileşme sağlayan ilerlemelerle anayasal yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Öte yandan 65. madde, devletin sosyal haklar alanında üstlendiği anayasal yükümlülüklerin sınırının “mali kaynakların yeterliliği” değil, “yeterliliği ölçüsü” olduğunu belirtmekle, aslında hükümetlerin “kaynak yetersizliği” bahanesiyle görevlerini yerine getirmekten büsbütün kaçınmasına yada göstermelik düzeye indirilmesine olanak tanımamıştır. Devlete tanınan olanak, kaynakların “hangi ölçüde” yeterli olduğunu belirlemekle, ölçüyü sınırlamaksızın yeterlilik düzeyini/oranını saptamakla sınırlıdır.

65. madde bağlamında tartışılması önem taşıyan bir konu da, yukarıda değindiğim *gibi dava edilebilirlik sorunu*dur. Özellikle 2001 değişikliğinden sonra, “görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme” yükümlülüğünün getirilmiş olması karşısında, 65. maddenin dava edilebilirliği görüşü daha güçlü biçimde savunulabilir bir açıklık ve nitelik kazanmıştır.

Ancak, sosyal ve ekonomik hakların devletin olumlu edimini gerektirdiği görüşünü benimseyip salt bu gerekçeye dayanan geleneksel Anayasa Hukuku öğretisinin bu konudaki yaklaşımı olumsuzdur. Örneğin, geleneksel yaklaşımı benimseyen Özbudun’un kaleminden, çok sık yollamada bulunulan bu olumsuz görüş şöyle anlatılıyor: Sosyal hakların “salt anayasada yer almış olmaları, kişilere yargı yoluyla talep edilebilecek sübjektif kamu hakları vermez. Bu tür talep ve dava hakları, ancak yasama organının o alandaki kanuni bir düzenlemesinden doğabilir. Bu açıdan, söz konusu anayasa hükümlerinin, doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralları değil, yasama organına siyasal nitelikte direktifler veren veya yol gösteren program hükümler karakteri taşıdığı söylenebilir. 1982 Anayasasının sosyal ve ekonomik hakların sınırı başlıklı 65’inci maddesi de bu görüşü desteklemektedir” (Özbudun, 2011: 149’dan aktaran Özveri, 2011: 145).

Kanımcı sosyal hakların, her birinin anayasal içeriğini ve düzenlenme biçimini göz önüne almaksızın, genel bir anlatımla “program hükümler” niteliği taşıdığını, doğrudan uygulanabilirliğinin ve hak öznelerince dava edilebilirliğinin ancak yasama organınca yapılacak düzenlemeyle doğacağını ileri sürmek, öncelikle yapılan genelleme nedeniyle kabul edilemez. Bu görüşün, olumlu edim gerektirmeyen zorla çalıştırma yasağı ve sendikal haklar gibi kimi sosyal hakları kapsamadığı sıklıkla belirtilse bile, uygulamada eylemli olarak yararlanılması devletin

olumlu edimine bağlı olan sosyal hakların, “program” nitelikli kurallarının yanı sıra doğrudan uygulanabilir ve dava edilebilir öğeleri de bulunmaktadır. Ayrıca, devletin olumlu edim yükümlülüğü “koruma”dan başlayıp “geliştirme”den geçerek “gerçekleştirme” ile sonlanan “üç aşamalı bir yükümlülük”tür. Özbudun’un aktardığım görüşünde anlatımını bulan geleneksel yaklaşımın, sosyal insan hakları öğretisi ve uluslararası/ulusalüstü ortak hukuku ile bağdaşmadığı açıktır.

III. HAK TEMELLİ VE PROGRAM NİTELİKLİ KURALLARIYLA 1961 VE 1982 ANAYASALARI

Genel ve madde gerekçeleriyle maddi içeriğine de yansıyan yaklaşımlarını ayrıntılı olarak ayrı ayrı incelediğim 1961 ve 1982 Anayasalarının “hak temelli” ve “program nitelikli” olmak üzere iki başlıkta topladığım kurallarını karşılaştırmalı biçimde ele alıp değerlendirmenin, “yeni Anayasa” yapım sürecinde yararlı olacağını düşündüm. Oluşturduğum iki ayrı çizelge üzerinden –sosyal devlet ve sosyal haklar konusundaki önerilerimden önce– yapacağım bu karşılaştırmayı, her iki Anayasa’nın “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümleriyle sınırlı tuttum.

1. Hak Temelli Kurallara Toplu Bakış

1961 ve 1982 Anayasalarının Çizelge 1’de görülen hak temelli kuralları genel olarak karşılaştırıldığında bazı saptamalar yapılabilir.

İlk olarak, 1961 Anayasası’nın güvenceye bağladığı “hak temelli” kurallar, sosyal haklar listesi görece daha geniş olan 1982’ye oranla daha azdır. Örneğin 1982 Anayasası, 2010 değişikliğinde “ailenin korunması” maddesine eklenen bir kurala, “çocuk hakları”nı güvenceye almış; bu hakları “korunma ve bakımdan yararlanma” ile “ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme” olarak saymış, maddi içeriğini belirlemiştir. Yine, 1982 Anayasası, “*öğrenimin sağlanması*” başlıklı maddesinde “hak temelli” bir düzenleme yapmayan 1961’den farklı olarak, öznesini “herkes” anlamında “kimse” olarak tanımladığı “*eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi*” başlıklı 42. maddesinde olumsuz bir anlatımla hak temelli bir düzenleme yapmış ve düzenlemesini “program nitelikli” kurallarıyla sürdürmüştür.

Kuşkusuz, hemen belirtmek gerekir ki, sayısal yönden daha çok hak temelli düzenlemeye yer vermiş olmak, tek başına olumlu bir değerlendirme yapmak için yeterli değildir. Her bir düzenlemenin, özne ve maddi içerikleriyle ayrı ayrı karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte, bir hakkın Anayasa düzeyinde güvenceye alınmış olmasının önemsiz olduğu düşünülmemelidir.

1982 Anayasası’ndaki sosyal haklardan önemli bir bölümünün hak temelli kuralları, neredeyse aynı anlatımla 1961’den alınmıştır. Bunlar; çalışma ve sözleşme özgürlüğü, çalışma hakkı ve ödevi, dinlenme hakkı, ücretli tatil ve yıllık izin hakları ve sosyal güvenlik hakkıdır.

Sağlık hakkı konusundaki düzenlemede ise, 1961’de yalnızca maddenin kenar başlığında “hak” nitelemesine yer verilirken, 1982 Anayasası’nda sağlık hakkının çevre ile bütünselliğine vurgu yapan bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Bununla birlikte, kenar başlıkta “hak” nitelemesine yer vermeksizin “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması”ndan söz eden 1982’nin “*herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*” yolundaki pozitif metni, şu soruların ortaya atılmasına engel olamamaktadır:

Çizelge 1: 1961 ve 1982 Anayasalarının Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümlerinde Yer Alan “Hak” Temelli Kurallar

1961 Anayasası	1982 Anayasası
	Ailenin korunması ve çocuk hakları: “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” (m. 41/3; (Ek fıkra: 2010)
	Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi: “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.” (m. 42/1, 2)
Çalışma ve sözleşme hürriyeti: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” (m. 40)	Çalışma ve sözleşme hürriyeti: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” (m. 48/1)
Çalışma hakkı ve ödevi: “Çalışma herkesin hakkı -ve ödevidir.” (m. 42)	Çalışma hakkı ve ödevi: “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” (m. 49/1)
Dinlenme hakkı: “Her çalışan dinlenme hakkına sahiptir.” (m. 44/1) “Ücretli hafta ve bayram tatili ve ücretli yıllık izin hakkı kanunla düzenlenir.” (m. 44/2)	Çalışma şartları ve dinlenme hakkı: “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.” (m. 50/1, 3, 4)
Sendika kurma hakkı: İlk metinde “çalışanlar”ın, 1971 değişikliğinden sonra ise “işçiler”in “Sendika kurma hakkı”nın olması. (m. 46)	Sendika kurma hakkı: İlk metinde “işçilerin”, 2001 değişikliğinden sonra ise “çalışanlar”ın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip olması. (m. 51/1)
	Sendikal faaliyet: 1995’te kaldırıldı (m. 52).
Toplu sözleşme ve grev hakkı: “İşçiler, işverenlerle olan münasebetlerinde, iktisadî ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek amacıyla toplu sözleşme ve grev haklarına sahiptirler.” (m. 47)	Toplu iş sözleşmesi hakkı: İlk metinde “işçiler”e toplu iş sözleşmesi yapma hakkı tanınması (m. 53/1); 1995 değişikliğinde, m. 128/1 kapsamına giren kamu görevlilerine, kendi aralarında kuracakları sendikalar ve üst kuruluşlar aracılığıyla toplu görüşme yapabileme olanağı verilmesi (m. 53/3); 2010 değişikliğinde, m. 53’ün başlığının “Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı” biçiminde değiştirilmesi ve “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler” fıkrasının eklenmesi (m. 53/3); Madde 128/2’ye, “Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır” cümlesinin eklenmesi. Grev hakkı ve lokavt: “Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler.” (m. 54/1)
Sosyal güvenlik: “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.” (m. 48)	Sosyal güvenlik hakkı: “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.” (m. 60/1)
Sağlık hakkı: Öznesi “herkes” olarak tanımlanan “Sağlık hakkı” (sadece başlıkta, m. 49)	Sağlık, çevre ve konut; Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” (m. 56/1)

56. maddenin, öznesi “herkes” olmak üzere tanıdığı bu hakkın adı nedir? Sağlık hakkı mı? Çevre hakkı mı? Sağlık ve çevre hakkı mı? Yaşama hakkı mı? Çevre, hem “sağlıklı” ve hem de “dengeli” mi olacaktır? Danışma Meclisi’nin yazdığı, maddenin bu bölümüne ilişkin “*Vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak Devletin ödevidir*” yolundaki tek cümlelik gerekçede, bu sorulara açıklık kazandıracak hiçbir ipucu yoktur. Başarısız madde metni ile gerekçesindeki belirsizliğe karşın, 56. maddede güvenceye alınan hak, kanımca aynı zamanda “sağlıklı” ve “dengeli” olması öngörülen bir çevrede yaşama hakkıdır ve bu hak, “sağlıklı yaşama hakkı”nı da kapsar.

Aşağıda değineceğim gibi, “hak” temelli boyutlarıyla sınırlı olarak değerlendirildiğim bu kuralların aşağıda değindiğim “program” nitelikli bölümleri de bulunmaktadır ve bu yönden iki Anayasa arasında önemli farklar vardır. Öte yandan, “hak” temelli kurallar olma açısından aralarında herhangi bir fark görülmemekle birlikte, gerek özneler gerekse maddi içerik yönlerinden çok önemli farkların bulunduğu haklar da vardır ve ilk sırada, yukarıda yapılan değişiklikleri de kapsamak üzere ayrıca incelediğim sendikal haklar gelmektedir.

2. Program Nitelikli Kurallara Toplu Bakış

Daha önce de belirttiğim ve çizelgeler karşılaştırıldığında da görülebileceği gibi, 1961 ve 1982 Anayasalarında aynı zamanda hak temelli ve program nitelikli olmak üzere güvenceye bağlanıp düzenlenen haklar vardır ve bu da, sosyal hakların doğası gereği olağandır. Kimi sosyal hakları “hak” olarak anayasal güvenceye almakla yetinip korunması, geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi için devlete yükümlülük getirilmemesi, tanımlanan öznelerinin uygulamada eylemli olarak yararlanmalarını sağlayıcı çok boyutlu önlemler alınmasının öngörülmemesi düşünülemez.

Her şeyden önce, her iki boyutuyla anayasal güvenceye bağlanan sosyal haklar için, yalnızca “olumlu edim” gerektirdiği ileri sürülerek doğrudan uygulanabilirliğinin ve öznelerince dava edilebilirliğinin bulunmadığını savunmanın, devletten “emir kipi”yle önlemler almasını isteyen Anayasa’nın yanı sıra, sosyal insan hakları alanındaki gelişmelerle de (Gülmez, 2011b: 3142-3154) bağdaşmadığı açıktır. Kaldı ki, “hak” olarak açıkça anayasal güvenceye alınmamış olsa da, tüm sosyal hakların dava edilebilir bir “asgari özü” vardır.

1961 Anayasası’nın devlet için yükümlülükler öngören “program” nitelikli kurallarından üçü, 1982’deki benzerlerinden farkını açıkça ortaya koymaktadır. 1961’in, 1982’de benzeri/karşılığı bulunmayan ve insan haklarının ve dolayısıyla sosyal hakların özündeki etik değeri vurgulayan yaklaşımının somut örnekleri olarak önem taşıdığını düşündüğüm üç maddesinden birincisi, “*İktisadi ve Sosyal Hayatın Düzeni*” kenar başlıklı 41. maddedir. Bu maddede; devletçe “herkes için **insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi** sağlanması amacı” gözetilmesi öngörülmüştür. Aynı anlatım/amaç, “*Ücrette Adalet Sağlanması*” başlıklı 45. maddede, bu kez devletten yerine getirmesi istenen olumlu bir edim olarak şöyle yinelenmiştir: “Devlet, çalışanların (...) **insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi** sağlamalarına elverişli adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alır.” “Ücret emeğin karşılığıdır” diyen 1982 Anayasası ise, “adaletli ücret”in amacından söz etmeksizin, çalışanların “yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri”ne değinmekle yetinmiştir.

Çizelge 2: 1961 ve 1982 Anayasalarında Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümlerinde Yer Alan “Program” Nitelikli Kurallar

1961 Anayasası	1982 Anayasası
<p>Çalışma ve sözleşme hürriyeti: “Devlet, özel teşebbüslerin milli iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” (m. 40/3)</p>	<p>Çalışma ve sözleşme hürriyeti: “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” (m. 48/2)</p>
<p>İktisadi ve sosyal hayatın düzeni: “İktisadi ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir.” (m. 41/1)</p>	
<p>Çalışma hakkı ve ödevi: “Devlet, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için, sosyal iktisadi ve mali tedbirlerle çalışanları korur, çalışmayı destekler; işsizliği önleyici tedbirleri alır.” (m. 42/1)</p>	<p>Çalışma hakkı ve ödevi: “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır.” (m. 49/2)</p> <p>2001’de, 2. fıkraya ekleme: “...çalışanları” sözcüğünden sonra “ve işsizleri”</p> <p>2001’de kaldırılan 3. fıkraya: “Devlet, işçi - işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır.”</p>
<p>Çalışma şartları: “Çocuklar, gençler ve kadınlar, çalışma şartları bakımından özel olarak korunur.” (m. 43/2)</p>	<p>Çalışma şartları ve dinlenme hakkı: “Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” (m. 50/2)</p>
<p>Ücrette adalet sağlanması: “Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun ve insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlamalarına elverişli adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alır.” (m. 45)</p>	<p>Ücrette adalet sağlanması: “Ücret emeğin karşılığıdır.</p> <p>Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.</p> <p>Asgarî ücretin tespitinde ülkenin ekonomik ve sosyal durumu göz önünde bulundurulur.” (m. 55/1-3)</p> <p>2010’da, 3. fıkraya ekleme: “...tespitinde” sözcüğünden sonra, “çalışanların geçim şartları ile”</p>
<p>Sosyal güvenlik: “Bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilâtı kurmak ve kurdukları Devletin ödevlerindedir.” (m. 48/1, 2. cümle)</p>	<p>Sosyal güvenlik hakkı: “Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” (m. 60/2)</p>
	<p>Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler: “Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.</p> <p>Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.</p> <p>Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.</p> <p>Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.</p> <p>Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.” (m. 61/1-5)</p>

Çizelge 2: 1961 ve 1982 Anayasalarında Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümlerinde Yer Alan “Program” Nitelikli Kurallar (devam)

1961 Anayasası	1982 Anayasası
<p>Sağlık hakkı: “Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.” (m. 49/1) (Not: 2. fıkra konut ile ilgili)</p>	<p>Sağlık, çevre ve konut; Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması: “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” (m. 56/2-5)</p>
<p>Öğrenimin sağlanması: “Halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama Devletin başta gelen ödevlerindedir.” (m. 50/1) “Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, en yüksek öğrenim derecelerine kadar çıkmalarını sağlama amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar.” “Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları, topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.” (m. 50)</p>	<p>Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi: “Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.” (m. 42)</p>
<p>Sağlık hakkı: “Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.” (m. 49/2)</p>	<p>Konut hakkı: “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.” (m. 57)</p>
<p>Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırı: “Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, <i>ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.</i>” (m. 53)</p>	<p>Sosyal ve ekonomik hakların sınırı “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, <i>ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek</i>, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” (m. 65) 2001 değişikliği: Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin <i>amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek</i> malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” (m. 65)</p>
<p>Açıklama: Çizelgede yer alanlar dışında, 1961 Anayasası’nda; “ailenin korunması” (m. 35/2), “kooperatifçiliği geliştirme” (m. 51) ile “tarımın ve çiftçinin korunması” (m. 52) konularında da, devlete “tedbirler alma” yükümlülüğüne yer verildi. 1982 Anayasası’nda ise; “tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” (m. 45), “yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları” (m. 62) ile “sanatın ve sanatçının korunması” (m. 64) konularında da “tedbirler alma” yükümlülüğü içeren kurallar bulunmaktadır.</p>	

Yine, -1961'in doğrudan söz etmediği- "aşgari ücretin saptanması" konusunda, arka plandaki ekonomik programın etkisini yansıttığını düşündüğüm, "ülkenin ekonomik ve sosyal durumu(nun) gözönünde bulundurul(ması)"nı zorunlu tutan bir düzenleme yaptı. 2010'da, 55. maddenin 3. fıkrasına, "...tespitinde" sözcüğünden sonra, "*çalışanların geçim şartları ile*" ibarelerinin de eklenmesiyle, yalnızca ülkenin ekonomik ve sosyal durumunu göz önüne alma zorunluluğu yumuşatıldı. Buna karşılık 1982 Anayasası devlete, 1961'in öngörmediği "*çalışanların (...) diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri al(ma)*" ödevi de vermiştir. 1961 Anayasası'nda, anlatım farklı olmakla birlikte özünde aynı yaklaşımı yansıtan bir başka düzenleme de, "*Çalışma Hakkı ve Ödevi*"ne ilişkin 42. maddenin 2. fıkrasında öngörülmüş; "devlet *çalışanların insanca yaşaması (...)* için önlemler alır" denilmiştir. Ayrıca, devlete açık ve doğrudan buyruk veren bu düzenlemede, çalışanları korumaya yönelik önlemlerin "sosyal, iktisadi ve mali" nitelikli olmak üzere çok yönlü olduğu belirtilmiştir.

Kanımcıca 1961 Anayasası'nın, 1982'den farklı biçimde, bu maddelerde "insanlık haysiyeti"nden, bunun gerektirdiği "yaşayış seviyesi"nden ve "insanca yaşama"dan söz etmiş olması, genel olarak insan hakları ve özel olarak da sosyal haklar konusunda benimsediği yaklaşımın yansımasından/sonucundan başka bir şey değildir. Bununla birlikte 1961 Anayasası'nın, özellikle devleti sağlamakla yükümlü tuttuğu yaşam düzeyinin insan onuruna yaraşır olmasını ve çalışanların da insanca yaşamasını öngören bu kurallarının, yukarıda değindiğim 53. maddeden bağımsız değerlendirilemeyeceği açıktır.

1982 Anayasası'nın ilk metninde, çalışma hakkı ve ödevinin program nitelikli bölümü konusunda 1961'e benzer bir içerikle düzenleme yapılmış olmakla birlikte, işsizliğin önlenmesine ilişkin düzenlemede, 1961'den farklı olarak, 24 Ocak istikrar önlemlerini çağrıştıran bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir. Devlete yalnızca "çalışanlar"ı koruma ödevi veren 1961'de, işsizlerin korunmasından söz edilmeksizin "*işsizliği önleyici tedbirleri alır*" denilmiş iken, yine işsizlerin korunmasına yer vermeyen 1982'nin ilk metninde, daha esnek bir dille "*işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak (...)* için gerekli tedbirleri alır" denilmiştir. Devletin *işsizleri* koruma ödevi ise, 2001 değişikliğinde maddeye eklenmiştir.

1982 Anayasası'nın olumlu bir kuralı, devletçe "*çalışma şartları bakımından özel olarak koru(nması)*" öngörülen kişi kesimleri arasında 1961'in öngörmediği "bedenî ve ruhî yetersizliği olan" kişilere de yer vermiş olmasıdır. Yine, 1961'de benzeri bulunmayan ayrıntılı bir düzenleme, sosyal güvenlik hakları çerçevesinde, "sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken" kişi kesimlerine ilişkindir. Devletin her bir kesime ilişkin yükümlülüğünün ayrıca belirtildiği bu kişiler; "harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri", "malûl ve gaziler", "sakatlar", "yaşlılar" ve "korunmaya muhtaç çocuklar"dır. 2010'da 10. maddeye eklenen bir olumlu ayrımcılık fıkrasıyla da, bu kişilere yönelik önlemlerin "eşitlik ilkesine aykırı sayılma(ması)" öngörülmüştür.

1961 ve 1982 Anayasaları arasında, hak temelli düzenleme yönünden kimi farkların bulunduğu sağlık hakkı alanında, program temelli kurallarda da önemli farklar vardır. 1961'de, sağlık hakkının içeriği, yalın bir anlatımla, "herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbî bakım görmesi" biçiminde belirlenmiştir. Sağlık hakkının, yukarıda sıraladığım çeşitli sorulara yol açabilen bir dille, "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" biçiminde tanımlandığı

1982’de ise, hakkın “sağlıklı yaşama hakkı” boyutunun içeriği/ögesi, “sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenle(me)” görevi verilen devletin, söz konusu tek elden planlama düzenlemesinin amaçlarından biri olarak yer almıştır. Daha açık bir anlatımla, sağlıklı yaşama hakkının içeriğini belirleyen öğelerden –ve kuşkusuz devletin yükümlülüklerinden– biri, 1961’de de yer alan “herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak”tır. Ancak 1982 Anayasası’nda, 1961’de olmayan çevre konusunda, hem devlete ve hem de vatandaşlara ödev verilmiş; “sağlıklı” ve aynı zamanda “dengeli” bir çevrede yaşama hakkının gerçekleştirilmesine yönelik ödevin içeriği/konusu da, “çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önleme” olarak sıralanmıştır. 1982’nin bir başka yeniliği de, “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabil(mesinin)” öngörülmesidir.

1961 ve 1982 Anayasaları arasındaki bir başka fark, konut hakkı konusundadır. 1961’de, kenar başlığı “sağlık hakkı” olan 49. maddede, devlete, “konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri al(ma)” ödevi verilirken, 1982’de de kenar başlığı “konut hakkı” olmakla birlikte, “hak” temelli değil, yine “program” nitelikli bir düzenleme yapıldı; ne amacından, ne de hakkın –örneğin önceliği bulunan– öznelere söz edildi. Dolayısıyla aralarındaki temel fark, önlem alma yükümlülüğünün amaç ve önceliklerindedir. Bu da, her iki Anayasa arasında genelde var olan yaklaşım farkıyla ilgilidir. Konut gereksiniminin karşılanmasında, 1961’in önceliği “yoksul veya dar gelirli aileler”dir ve konutların “sağlık şartlarına uygun” olması gerekir. 1982 ise, bu gereksinimin “şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde” karşılanmasını öngörmekle yetinmiş, ayrıca devletin “toplu konut teşebbüslerini destekle(mesini)” istemiştir.

IV. SOSYAL DEVLETE VE HAKLARA İLİŞKİN ÖNERİLER

Özellikle son on yılda taslak, tasarı, rapor, görüş, öneri vb. adlarla farklı meslek kuruluşlarının, emek ve sermaye örgütlerinin, sivil toplum kuruluşlarının ve partilerin desteğinde ve/yada öncülüğünde, birlikte yada ayrı ayrı yapılan/yaptırılan/katkı sağlanan kimi çalışmalarda da görüldüğü gibi, sosyal devlet ve sosyal haklar için Anayasa düzeyinde farklı ideolojik yaklaşımlara koşut olarak farklı önerilerde bulunulması olanaklıdır, olağandır ve yararlıdır. Kimileri yazarlarınca “renksiz” yada “ideolojisiz” olduğu ileri sürülen ama gerçekte adı belirtilmeyen –yeni içeriğiyle– liberal ideolojiyi benimseyen bu çalışmaların büyük bir bölümünde, asgari çerçeve olarak sosyal insan hakları ulusüstü hukukunun temel alındığı söylenemez. Hatta kimilerinin, Türkiye’nin onayladığı sosyal hakları güvenceleyen sözleşmelerden bile haberi yoktur, varsa da –sanıyorum ulusal mevzuatçı yaklaşım nedeniyle– görmezlikten geldiği yada önemsemediği açıktır. Oysa kanımca, sosyal hakların asgari anayasal çerçevesi belirlenirken, sosyal insan hakları ulusüstü hukuku, asgari çerçeve ve dayanak olarak, Anayasa gereği “yeni Anayasa” gündeminin ilk sırasında yer almalıdır.¹³

¹³ Bu arada anımsatmakta yarar görüyorum: 1982 Anayasası’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısmının “genel hükümler”e ilişkin “genel gerekçe”sinin ilk paragrafında; temel haklar alanında esinlendiği uluslararası kaynaklar olarak, “...özellikle 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve 1950 İnsan Haklarının

1. Önerilere İlişkin Genel Anımsatmalar ve Önerilerin Dayanağı

Anımsatmak istediğim ilk nokta şudur: Sosyal hakların, tümü için geçerli toptancı bir yaklaşımdan uzak durarak, hiç olmazsa asgari özleri için yargı organları önünde ileri sürülebilmelerinin sağlanması, öncelikle, 1961 Anayasası'dan beri “temel” nitelemesiyle yapılan düzenlemelerin gereğidir. Hak ve özgürlüklerin “temel” olmasının anlamı, Anayasa düzeyinde “hukuksal” güvenceye alınmış olmasıdır. Önünde “temel” nitelemesi bulunan hak ve özgürlükler, ne birer “duyuru”, ne “ahlaki ödev” yada “siyasal vaad”, ne de gerçekleştirilmeleri ancak siyasal iktidarlarca belirlenen ve uygulanan ekonomik ve sosyal politikalara bağlı “program açıklamaları”dır. Hak, tanım gereği öncelikle hukuksal güvenceyi içerir; güvence yoksa, haktan söz edilemez. Hukuksal güvence ise, gerekli olan anayasal ve yasal düzenlemeler yapmanın ötesinde, hakkın çiğnenmesi ve/yada kullanma ve yararlanmanın tümüyle ve/yada kısmen engellenmesi ve sağlanmaması durumunda, mağdur olan anayasal öznesinin yargı önünde ileri sürülebilmesini içerir. Sosyal hakların genellikle devletçe alınması öngörülen önlemlerde somutlaşan “ödevler” olarak kaleme alınmış olmasına, sosyal insan hakları uluslararası hukukunun sağladığı hukuksal güvencenin kişi hakları için öngörülenden farklı oluşuna, daha açık bir deyişle denetim sisteminin –çok da örneği bulunmayan– “yargısal” nitelik taşımayışına dayanarak hakkın varlığına, bireylerce ileri sürülebilmesine ve özellikle de “asgari özü”nü kapsamak üzere tüm bileşenleriyle dava edilip yargılanabilirliğine tümünden karşı çıkmak kabul edilemez.

Çünkü sosyal hakların devlet için içerdiği yükümlülükler, genellikle kişi haklarında olduğu gibi tek boyutlu/düzeyle değildir. Sosyal hakların, sendikal özgürlükler gibi yargılanabilirlik yönünden duraksama ve tartışma konusu edilmeyen bazı çokkuşaklı örneklerinin dışında, içerdiği yükümlülüklerin özdeş ve/yada tek boyutlu/düzeyle olduğunu düşünüp/ileri sürüp yararlanılmasını yasama ve yürütmenin izleyeceği ekonomik ve sosyal politikalara, kısacası “siyasal takdir”e bağlamak ve bunu da erkler ayrılığı ilkesiyle açıklamak, daha açık bir deyişle “öznel” bir hak niteliği taşımadıkları için doğrudan uygulanabilir ve yargılanabilir olmadıklarını savunmak, öğretilerde çok sayıda yandaşı olmakla birlikte, artık Türkiye için ulusüstü nitelik kazanmış olan sosyal insan hakları uluslararası hukukunda benimsenip izlenen baskın bir yaklaşım değildir. Yargılanabilirliğin bağdaşmadığı ileri sürülen “demokrasi” de, “sosyal” değil olsa olsa “biçimsel” demokrasi sayılabilir.

Vurgulamak istediğim ikinci noktaya gelince; 2000’li yılların ikinci on yılının başlarında, sosyal devlet ve sosyal haklar konusunda Anayasa’da yapılacak yeni düzenlemelerde yada Eylül 2011’de resmen başlatılan “yeni Anayasa” hazırlama girişimlerinde, yani ister değişiklik ister yenileme/yeni bir Anayasa yazma olsun, gerek insan hakları öğretisindeki bu değişimin ve gerekse sosyal insan haklarının bir yan-

ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi(nin) göz önünde tutulmuş” olduğu belirtilmiştir. Genel gerekçedeki bu genel yollama nedeniyle olsa gerek, madde gerekçelerinin hiçbirinde İHEB ve İHAS’ı anan benzer bir özel gönderme yapılmamıştır.

Kuşkusuz, yeni Anayasa sürecinde göz önünde tutulması gereken insan hakları sözleşmeleri ve denetim organlarının kararları, 1980’li yıllara oranla çok gelişti ve Türkiye’yi hukuksal olarak bağlayanlar listesi de çok zenginleşti. Dolayısıyla, Yeni Anayasa taslağını yazanlar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkemesi kararları ile sınırlı bir yaklaşım içinde olmamalıdır.

dan pozitif hukuk ile içtihatlardan oluşan içeriğinin ve öte yandan “yargı benzeri” eksik yaptırımli yöntemlerle de olsa dava edilebilirlik ve yargılanabilirliği alanında uygulamada gerçekleştirilen ilerlemelerin göz ardı edilmemesi gerektiğidir.

Amaç ve araçlarıyla sosyal devlete ilişkin *ilkesel önerilerin* hukuksal dayanağının, “asgari çerçeve” olarak Türkiye’yi bağlayan Sosyal İnsan Hakları Ulusalüstü Hukuku olduğunu yineliyorum. Önerilerin ortak hedefi, örnekleri hazırlanan bazı taslak, tasarı yada raporlarda görülen sosyal devlet ilkesini, SİHUH’dan aldığı özünden uzaklaştırıcı yaklaşım ve politikalara olanak verilmemesi ve geleneksel yaklaşımın sosyal haklardan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda siyasal iktidarlara tanıdığı -65. maddede somutlaşan- geniş takdir yetkisinin sınırlarının açıklıkla belirtilmesidir.

Hakların niteliğindeki farklılık ile güçler ayrılığı ilkelerine dayandırılan ve devletin üstlendiği olumlu yükümlülükleri titiz biçimde irdelemeyen güçlü bir öğretiyle de desteklenen geleneksel yaklaşımın değişmesindeki ve yeni kuramsal temellendirmelerin denetim organlarının içtihatlarına yansımadaki ana etken, 1980’li yıllardan başlayarak sosyal devleti çökmek üzere uygulanan ve 1990’larda eşitsizlikleri derinleştiren acımasız sosyal sonuçları tüm çıplaklığıyla görülen ekonomik ve ticari küreselleşme, ultra liberal politikalardır. İnsan haklarında ideolojik karşıtlığın egemen olduğu Soğuk Savaş döneminin sona ermesine değin “insan onuru”nu kişisel ve siyasal insan haklarıyla sınırlı gören geleneksel yaklaşıma, bölünmezlik ve karşılıklı bağımlılık ilkelerini benimseyen ve yeni bir yaklaşımla raporlarını inceledikleri devletlerin sosyal haklarda üstlendikleri yükümlülüklerinin salt “normatif yükümlülük” ile sınırlı görülemeyecek üç boyutunun bulunduğunu savunan az sayıda bilim insanı eleştiriler yöneltmeye başladı. Bu eleştirilerin, bir yandan kişi haklarını güvenceye alan sözleşmelerin onay koşullu denetim organlarının kararlarına evrimci bir yaklaşımla yansıma sürecinin başlaması yada denetim organlarının yargılanabilirlik yönündeki kararlarını yüreklendirmesi, öte yandan da maddi içerikleri geliştirilen sosyal haklar alanında uzun bir hazırlık döneminin ardından yakınmalara dayalı yarı-yargısal denetim sistemleri oluşturulmasını öngören düzenlemeler yapılması, geleneksel uluslararası hukuk anlayışından kopuş sürecinin somut belirtilerini oluşturdu.

Aslında vurgu/anımsatma gerektirmeyen bir başka nokta da şudur: Sosyal hakların uygulamada gerçekleştirilmesi ve hak öznelerinin eylemli olarak yararlanacakları normlara dönüşebilmesi için, hukukun güçlü, açık ve yaptırımli desteğine gereksinim bulunduğu, devletin sosyal haklar alanındaki normatif yükümlülüğünün güçlendirilmesi, ancak bunun “biçimsel” yükümlülükle sınırlı kalmayıp eylemli yararlanmayı da kapsamaması, bunu sağlamanın hukuksal yollarından biri olarak dava edilebilirliğin açıkça öngörülmesi, daha doğrusu kapsadığının anlaşılması, kabul edilmesi ve Anayasa’da öngörülmesi gerektiği kuşkusuzdur.

İşte sosyal hakların öznelerince yargı yerlerinde ileri sürülebilmesi, eşitlik koşulları içinde eylemli yararlanmanın onsuz olmaz koşul ve araçlarından biridir. Ulusalüstü ortak hukukun bu alanda benimsediği olumlu yaklaşım, altı çizilmesi gereken bir noktadır. ESKH Komitesi’nin Türkiye’ye yönelik istem ve tavsiyeleri arasında ESKHU Sözleşmesi’nin “biçimsel” güvencesindeki sosyal haklardan somut olarak yararlanıldığının kanıtı olan mahkeme kararlarından örnekler istemesi ve yargı erki görevlilerinin bu konuda eğitilmeleri (yani sosyal insan hakları eğitimi yapılması) gerektiğinin anımsatılması son derece önemlidir (NU, 2005: 10-24 ve 121-122; NU

HRI, 2008). Devlet, sözleşmeden doğan bu yükümlülüğünü yerine getirmek için bu yönde somut adımlar atmak, ilk derece ve yüksek yargı yerlerimiz de, hukuk devletin gereği olarak bu gelişmeleri görmezlikten gelmemek zorundadır.

Ne var ki, yaklaşım ve ilkeleri ile sosyal devlete ilişkin somut önerilerin –tümünün değil bir bölümünün bile– gerçekleşme şansının, ancak emeğin, örgütlü ve örgütsüz tüm kesimlerince gerektiğinde doğrudan eylemle desteklenerek etkin biçimde savunulmasına bağlı olduğunu, açık yüreklilikle baştan belirtmeliyim. İçinde “sosyal” sözcüğünün bile geçmediği neo-liberal Anayasa raporlarının kol gezdiği, sosyal devleti gündemine almayan Anayasa toplantılarının yapıldığı bir ortamda, öncelikle örgütlü emek süreci yakından izleyip ağırlığını duyurmadıkça, bunun için de 2011 1 Mayısındaki “sosyal” dayanışma “siyasal” dayanışmaya dönüşmedikçe (Gülmez, 2011: 7),¹⁴ sosyal devlet ancak hükümetlerin ve politikacıların dilinde sosyal insan hakları ulusalüstü hukukundaki özünden uzak ve çarpılmış bir propaganda aracı olarak kalmaya mahkumdur.

Sosyal hakların birey ve örgüt olarak tüm –özellikle birincil– hak özneleri, anayasallaşmasında birincil etken olamadıkları 1961 Anayasası’nda ilk kez güvenceye alınan sosyal devlet ve sosyal hakların çok geçmeden “geldiği gibi gitme” sürecine girdiğini ve 1982’de de sermayenin belirleyici rol oynadığını, dolayısıyla aşağıda dile getirdiğim somut önerilerin hükümet(ler)in lütfuyla gerçekleşmeyeceğini, hiç ama hiç unutmamalıdır.

Ayrıca son nokta olarak; “ders çıkarılır mı yada çıkarılmış mıdır” bilmem ama, 2010 Anayasa değişikliklerinde kamu görevlilerine tanındığı ileri sürülen “toplular sözleşme hakkı”na ilişkin düzenlemenin, daha ilk taslak aşamasında belirttiğim gibi, grevin yasaklandığı toplu pazarlık rejimlerinde uygulanan “zorunlu uzlaştırma/hakemli” bir sistem olduğunun yandaşlarınca anlaşılması için vaadedilen tarihten çok sonra ancak 2012’nin 4 Nisanında yapılabilen yasa değişikliğiyle kullandırıldığını ve “ilk tarihsel toplu sözleşme süreci”nin de, ancak 29 Mayıs 2012 tarihli Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararıyla sonuçlanabildiğini anımsatmak isterim.

Kapitalist sistemin geçerli olduğu serbest piyasaya dayalı bir ekonomik düzen de de uygulanabileceğini,¹⁵ uygulanması gerektiğini düşündüğüm sosyal devlete ve sosyal haklara ilişkin anayasal düzenlemelerde, “ileri” anlamında “yeni” Anayasa’da temel alınmasını önerdiğim –kimileri benzer yada farklı bir dille bazı Anayasa öneri ve raporlarında da yer alan– yaklaşım, ilke ve düzenlemeleri, yöntemsel kolaylık sağlayacağı düşüncesiyle, 1982 Anayasası’nın sistematliğini izleyerek iki

¹⁴ 1 Mayıs 2011 Taksim dayanışmasının, siyasal dayanışmaya dönüşmesi bir yana, bir günlük biçimsel yönüyle bile ertesi yıl gerçekleştirilemediğini (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk Çelik’in “sürpriz konuk” olarak Memur-Sen ve Hak-İş’in Ankara/Tandoğan mitinginde bir konuşma da yaptığını) anımsatmaya gerek yok, sanırım!

¹⁵ Bu konuda, örneğin ESKH Komitesi’nin 1990 tarihli ve 3 sayılı Genel Yorum kararında; ESKHU Sözleşmesi’nin siyasal yada ekonomik sistemler açısından yansız (*neutre*) olduğu, ilkelerinin “münhasıran” bir sosyalist yada kapitalist, karma, planlı yada liberal ekonomi sisteminin yada başka bir anlayışın varlığı temeline dayandığı görüşlerinin geçerli olmadığı vurgulanmıştır. Komiteye göre, **sözleşmede tanınmış olan haklar, çok farklı ekonomik yada siyasal sistemler çerçevesinde sağlanmaya elverişlidir.** Bunun tek koşulu, özellikle sözleşmenin başlangıcında vurgulandığı gibi, iki kuşak insan haklarının karşılıklı bağımlılığı ve bölünmez niteliğinin söz konusu sistem(ler)de tanınmış olmasıdır (NU, 2008: Paraf. 8).

ana başlıkta sunacağım: Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümü dışındaki ilkeler ve kurallar ile bu bölümdeki ilkeler ve kurallar.

2. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümü Dışındaki İlke ve Kurallara İlişkin Öneriler

“Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünden önce, Anayasa’nın diğer tüm bölümlerinde yer alan sosyal haklarla ilgili ilke ve kurallara ilişkin önerilerimi, Anayasa’nın sistematığına göre sıralayacağım.

a. “Genel Esaslar” Başlıklı Birinci Kısım

- Sosyal devlet ilkesi (m. 2), sosyal hakları da kapsamak üzere insan hakları ulusalüstü hukuku dolayısıyla “zorunlu çekirdek” olarak gördüğüm (Gülmez, 2008: 4) “değiştirilemez ilkeler” arasında yer almayı sürdürmelidir.¹⁶ Özellikle:

- Sosyal devlet ilkesi, 1961 ve 1982 Anayasalarında olduğu gibi “hukuk devleti” ile birlikte, onun kapsamı içinde yer aldığı ve gölgesinde kaldığı izlenimi doğurmayan bir anlatımla yazılmalı; 2. maddede öngörüldüğü gibi, düzenleme “...ve sosyal bir hukuk devletidir” biçiminde noktalanmamalı, kısacası sosyal devlet *ayrı bir ilke* olarak ifade edilmelidir.¹⁷

Değiştirilemez ilkeler konusunda 1961 Anayasası’ndaki yaklaşımın benimsenmesi varsayımında, bu yaklaşım doğal olarak sosyal devleti de kapsayacaktır.

Ancak, Türkiye’nin gerek “üye devlet” gerekse “taraf devlet” olarak sosyal insan hakları ulusalüstü hukukundan doğan yükümlülükleri göz önüne alındığında, biçimsel olarak “değiştirilemezlik” güvencesi tanınmasa da insan haklarına saygılı/dayalı devlet, siyasal çoğulculuk, hukukun üstünlüğü yada hukuk devleti, sosyal devlet ve eşitlik gibi evrensel değer ve ilkeler, Anayasa’da yer alması kaçınılmaz “zorunlu çekirdekler”dir.

- Sosyal devletin amacının, Anayasa’ya açıkça yazılması gereken “sosyal adalet” ve “sosyal eşitliği” sağlamak, herkes için insan onuruna yakışır “insanca çalışma”yı gerçekleştirmek, ekonomik ve sosyal yönlerden güçsüz olanları korumak olduğu, sosyal insan hakları ulusalüstü hukukuna göndermede bulunarak genel gerekçede yada madde gerekçesinde belirtilmelidir.
- Sosyal devlet ile sosyal haklar arasında, devlete yüklediği görevleri yerine getirme ve yükümlülükleri gerçekleştirme araçları olarak varolan doğal bağlantı, genel gerekçede yada madde gerekçesinde açıkça belirtilmelidir.
- “Devletin temel amaç ve görevleri” (m. 5), sosyal hakların gerçekleştirilmesi yönünden taşıdığı önem nedeniyle daha açık ve kesin bir dille yazılmalıdır.

¹⁶ Değiştirilemez ilkeler konusunda 1961 Anayasası’ndaki yaklaşımın benimsenmesi varsayımında, bu yaklaşım doğal olarak sosyal devleti de kapsayacaktır.

¹⁷ Sağlam’ın, Anayasa Mahkemesi’nin sosyal devlet ilkesi konusunda verdiği iptal kararlarında “sosyal devlet ilkesinden çok hukuk devleti ilkesinin egemen ol(duğu)” yolundaki –kanımca– haklı eleştirisi için bkz. Sağlam (2008: 760-761).

Gerekçede, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleriyle bağdaşmayan her tür engelin kaldırılacağı; devletin yükümlülüğünün, hak ve özgürlüklerden “sosyal adalet ve sosyal eşitlik” gereklerince eylemli olarak yararlanılmasını sağlayıcı somut önlemler alınmasını, düzenli biçimde “somut ilerlemeler gerçekleştirilmesini” kapsayacağı belirtilmelidir. Bu nedenle de, devlete verilen görevler ve alacağı yasal, yönetsel, sosyal, ekonomik vb. önlemler konusunda, “... kaldırmaya, ... hazırlamaya çalışmak” gibi yükümlülükleri ertelemeye ve savsaklamaya elverişli belirsiz yada esnek bir dil kullanılmamalı; bunun yerine, ulusalüstü hukuka uygun bir yaklaşımla –1961 Anayasası’nda olduğu gibi– “kaldırır, hazırlar” ve “alır” denilmelidir.

- “*Kanun önünde eşitlik*” ilkesi (m. 10), aynı zamanda Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına egemen olan yaklaşım nedeniyle de (Gülmez, 2009: 556-584; 2010b: 217-265; 2011c: 51-84), “hukuksal/biçimsel” eşitliğin yanı sıra “eylemli/fiili/maddi/olgusal” eşitliği de kapsamalı, herkesin tüm temel hak ve özgürlüklerden sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri gereğince yararlanmasını içeren açık bir anlatımla yazılmalı, 1982’de Başlangıçta yer alan bu ilkeye ilgili madde metninde yer verilmelidir.

Kanımcıca, “ve benzeri nedenler” kapsamında olduğuna kuşku bulunmamakla birlikte, yasaklanan ayrımcılık nedenlerine cinsel yönelim ve kimlik, yaş, engel ve etnik köken de eklenmelidir (Gülmez, 2011: 68-76).

Olumlu ayrımcılık, kadınların yanı sıra özel olarak korunan kişi kesimleri için de genel bir ilke olarak Anayasa güvencesinde kalmayı sürdürmeli, sosyal hakları da kapsadığı açıkça belirtilmelidir.

Eşitlik ilkesinin, ayrımcılık yasağını kapsayan bütünselliği içinde, tüm ekonomik ve sosyal haklardan eylemli biçimde yararlanmanın temel güvencesi olarak, yargı organları önünde ileri sürülebilirliği, derhal ve doğrudan uygulanabilirliği; bireysel başvurunun haklar yönünden uygulama alanının İHAS ile sınırlı kalması (kalmayı sürdürmesi) durumunda da Anayasa Mahkemesi’nce göz önünde bulundurulacağı gerekçede belirtilmelidir.

b. “Temel Haklar ve Ödevler” Başlıklı İkinci Kısımın “Genel Hükümler” Başlıklı Birinci Bölümü

- “Temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri”ne (m. 12/1), insan haklarında *bölünmezlik, bütünsellik ve karşılıklı bağımlılık* ilkeleri de eklenmeli; madde gerekçesinde, insan onuruna içkin bu “evrensel” ilkelerin insan hakları uluslararası hukukunun ve bütüncü yaklaşımın gereği olduğu için eklenmesinde zorunluluk görüldüğü açıklanmalıdır.¹⁸
- Hak ve özgürlüklerin Anayasa’da 1961’den beri “temel” sıfatıyla nitelendirilmesinin doğal gereği olarak, sosyal hakların “dava edilebilirlik” ve “yargılanabilirlik” boyutunu da kapsamak üzere Anayasa düzeyinde hukuksal güveneye bağlandığı gerekçede belirtilmelidir.

¹⁸ Anayasa raporlarından kimilerinde (TBB, 2007; DİSK, 2009) bu ilkelere yer verilmiştir.

- Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının, ulusalüstü insan hakları hukukuna uygun olarak, “ancak kanunla” yapılabileceğini öngören düzenlemenin (m. 13), doğal olarak üçüncü bölümdeki sosyal ve ekonomik hakları da kapsamı karşısında, bölünmezlik ilkesinin gereği olarak “yasa” dışında bir düzenlemeyle sosyal ve ekonomik haklara hiçbir yasak ve sınırlama konulamayacağı madde gerekçesinde belirtilmelidir.

Kanun hükmünde kararnamelerle bu alanda “istisnai” düzenlemeler yapma yetkisi, bu önerilerle uyumlu kılınmalıdır.

**c. “Temel Haklar ve Ödevler” Başlıklı İkinci Kısımın
“Siyasal Haklar ve Ödevler” Başlıklı Dördüncü Bölümü**

- “Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır” diyen “vergi ödevi” başlıklı 73. maddenin 2. fıkrası, “sosyal adalet ilkesi”ne yer veren ve öngörülen “sosyal amacı” gerçekleştirme yükümlülüğünün devlete düştüğünü belirten bir anlatımla yazılmalıdır.

**d. “Cumhuriyetin Temel Organları” Başlıklı Üçüncü Kısımın
“Yasama” Başlıklı Birinci ve “Yargı” Başlıklı Üçüncü Bölümleri**

- Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin iç hukuktaki değeri ve etkisi konusunda, özellikle 90. maddenin son fıkrasında 1961’den beri süregelen iki cümle ile 2004’te eklenen üçüncü cümleden oluşan düzenleme, gerekçesiyle birlikte yeniden ve özenle kaleme alınmalıdır. 2004’teki eklemeye, öğretinin çok büyük bölümünün de benimsediği gibi, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar”ın, yargı organlarınınca önlerindeki uyuşmazlıkların çözülmesinde kendisiyle çatışan/çelişen yasalara öncelik tanıyarak “esas alınması” öngörülmüş olmakla birlikte, her düzeydeki yargı organlarımızın –ve kamu yetkililerinin– bu anayasal buyruğu yerine getirmemekte direnmeyi sürdürdüğü bilinmektedir.

Yapılacak düzenlemede; Anayasa’nın öngördüğü iki işlemle iç hukukun ayrılmaz parçasına dönüştürülen insan hakları sözleşmelerinin yalnızca pozitif metinlerinin değil, aynı zamanda onları yorumlamaya yetkili denetim organlarının karar ve içtihatlarının da “kendiliğinden” göz önüne alınarak “doğrudan” uygulanması öngörülmelidir. Bu yükümlülük, yalnızca yargısal uyuşmazlık durumunda yargı organlarını değil, aynı zamanda yasama, yürütme ve yönetimi (kamu yetkililerini) de kapsamalıdır.

Maddenin metni ve gerekçesi, çelişkiye yol açacak değişik kavramlar kullanılmaksızın, kuşkuya ve farklı yorumlara yer bırakmayan, onaylanan sözleşmelerin uygulanması için iç hukukta “özel yasal düzenleme yapılması gerektiği” yolunda çoğu kez başvurulmuş bir gerekçeye sığınılmasına olanak tanımayan açık ve özenli bir dille yazılmalıdır.¹⁹

- İnsan haklarının bölünmezliği ilkesine ve insan haklarının ulusalüstü hukukta öngörülen sınırlama koşullarına aykırı olması nedeniyle, TBMM’nin Bakanlar

¹⁹ Daha önce yayımladığım yazı ve makalelerde, öteden beri çok önemseydiğim madde 90/son fıkra konusundaki bu öneriye yer vermemiş olmama şaşırıldığımı itiraf etmeliyim!

Kurulu'na kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi verebilmesini öngören düzenlemede (m. 91); kapsam dışında tutulmayan, yani ekonomik ve sosyal haklar konusunda KHK'lerle –doğal olarak yasak ve sınırlamaları da kapsayan– “düzenleme” yapılmasına olanak veren ve farklı görüşler ileri sürülmesine yol açan istisna kaldırılmalı, bu haklar da doğrudan yada dolaylı biçimde KHK'lerle düzenlenememelidir.²⁰

KHK'lerle “düzenleme” yapma yetkisi “istisna” olarak tanınacaksa, sosyal hakların özne ve içeriklerine bu yoldan doğrudan yada dolaylı hiçbir yasak ve sınırlama konulamayacağı ve ancak varolan hakları özne ve içerikleri yönlerinden genişletip geliştiren, devletin üstlendiği anayasal görev ve yükümlülüklerin “gerçekleştirilmesini” sağlayan düzenlemeler yapılabileceği açıkça belirtilmelidir.

- 2010 değişikliğiyle, yargı yetkisini “*idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı*” tutarak, yönetsel yargı için doğrudan ve kesin bir “yerindelik denetimi” yasağı getiren düzenleme (m. 125/4), sosyal insan hakları ulusalüstü hukukuyla bağdaşmadığından, özellikle devletin sosyal haklar alanındaki yükümlülüklerinden üçüncüsünü oluşturan somut ilerlemeler gerçekleştirme ve sonuç alma yükümlülüğünden kurtulma ve özellikle sosyal hakların asgari özünün bile dava edilebilirliği ve yargılanabilirliğini “yerindelik denetimi” kapsamına gireceği bahanesiyle engelleme (yargı güvencesinden yoksun bırakma) sonucu doğuracağından Anayasa'da yer almamalıdır.
- 2010'da yapılan eklemeye (m. 148/1) tanınan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının, maddi içeriğini oluşturan haklar yönünden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'yle sınırlı tutulan uygulama alanı genişletilmelidir.

İnsan haklarına saygılı ve dayalı devlet ile “ileri” anlamında yeni Anayasa'da yer almasını önerdiğim insan haklarının bölünmezliği, bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkeleri gereğince, bireysel başvuru hakkı İHAS'ın yanı sıra Türkiye'nin onayladığı sosyal insan haklarını güvenceye alan sözleşmeleri de kapsmalı, Anayasa'nın –kendisinin– güvenceye aldığı haklar arasında bireysel başvuru hakkının maddi içerik ve uygulama alanı, sonuç olarak insan haklarının ulusal ve uluslararası korunması konusunda yapılan ayrımcılık kaldırılmalı; bu yönde bir adım olarak İHAS'a ek 12 sayılı protokol onaylanmalıdır.

e. “Mali ve Ekonomik Hükümler” Başlıklı Dördüncü Kısımın “Ekonomik Hükümler” Başlıklı İkinci Bölümü

- Devlete verilen “*planlama görevi*”nin yerine getirilmesi amacıyla planda yer alacak önlemlere (m. 166/2), “*sosyal adaleti gerçekleştirici önlemler alınması*” da

²⁰ Aynı görüş için bkz. Kaboğlu (2010: 54).

Sosyal hakların KHK'lerle düzenlenip düzenlenmemesi konusunda; kişi hakları ile sosyal haklar arasındaki nitelik farkını, “olumsuz edim” ve “olumlu edim” gerektirdikleri yolunda ileri sürülen yaygın geleneksel görüşten yola çıkarak açıklayan ve KHK ile “düzenleme” yapılmasının yalnızca “olumlu edim” gerektiren ekonomik ve sosyal hakları kapsamamasını, ancak “sınırlama” getirilememesini savunan farklı görüşler için örneğin bkz. ve krş. Sağlam (1984: 268-269); Gözler (2000: 105-107); Özbudun (2011: 250-251); Tannör/Yüzbaşıoğlu (2009: 379-380); Algan (2007: 283-286); Bulut (2009: 93); Gümüş (2012: 239 ve dipnot 248).

eklenmeli, kaynakların kullanılmasında sosyal adalet gereklerinin hedef alınacağı belirtilmelidir.

Ekonomik ve Sosyal Konsey'in (m. 166/4), "ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulması" ile sınırlı tutulan amaçlarına, uygulamada izlenen ekonomik ve sosyal politikaların sosyal devletin amaçları yönünden *değerlendirilmesi* de eklenmelidir.

Düzenleme, ayrı bir maddede ve Konsey'in, hükümetin isteğine bağlı olmaksızın dönemsel aralıklarla -yılda en az iki kez olmak üzere- düzenli toplanmasını ve uygulamada işlerliğini sağlayıcı bir içerikle yapılmalıdır.

3. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümündeki İlke ve Kurallara İlişkin Öneriler

- "Temel hak" olarak anayasal güvenceye bağlanacak olan sosyal hakların "listesi" (m. 41-65) ile "özneleri"nin ve temel öğeleriyle (alt bileşenleriyle) tanımlanan "maddi içeriği"nin "asgari çerçevesi" yada "alt sınırı" olarak, bu alanda görece en yeni belge olan ve Türkiye'nin %93'ünü onaylayıp hukuksal yükümlülük üstlendiği Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı temel alınmalıdır. Bu konuda *özellikle*:
 - 1990'lı yıllardan başlayarak bölgesel ve evrensel insan hakları belgelerinde yer alan "*yeni*" sosyal haklar listeye eklenip anayasal güvenceye kavuşturulmalıdır. Bunlar arasında; özellikle çalışma hakkının ayrılmaz bileşeni olsa da iş güvencesi (haksız işten çıkarılmaya karşı işe geri dönmeyi de kapsayan korunma) hakkı, insan onuruna uygun asgari yaşam düzeyi hakkı, yoksulluğa karşı korunma hakkı, temiz su içme hakkı, yeterli beslenme hakkı ve barınma hakkı bulunmalıdır. Yaşlı ve engelli kişilerin hakları, özel olarak güvenceye alınmalıdır.
 - Aile ve çalışma yaşamlarını uzlaştırmaya ve çalışmanın/çalışma hakkının sağlıklı, güvenli ve insan onuruna uygun çalışma ortam ve koşullarında yerine getirilmesini/kullanılmasını sağlamaya yönelik her tür önlemin devlet ve işverenlerce alınacağı belirtilmelidir.
 - Sosyal hakların özneleri ve maddi içeriği konularında, Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen insan hakları sözleşmelerinin pozitif metinleriyle sınırlı kalınmaksızın, yargısal ve/yada yarı-yargısal denetim organlarının "*sosyal insan hakları ortak hukuku*"nu oluşturan *yerleşik içtihatlarına uygun düzenlemeler* yapılmalıdır.
 - Sosyal hakların Anayasa'ya yazılmasında, özellikle kişi hakları boyutu da bulunan (çok kuşaklı olan) haklar dışında kalanların "dava edilebilirlik ve yargılanabilirlik" özelliğini engelleyici ve kuşkulu değil, tersine özendirici, açıklayıcı ve kolaylaştırıcı bir dil kullanılmalıdır.
 - Her sosyal hakkın, özellikle devletin ekonomik ve mali nitelikli olumlu edimleriyle yararlanması söz konusu olan hakların Anayasa güvencesine alınmakla her koşul ve durumda devletçe uyulması, korunması ve gerçekleştirilmesi gereken bir "*asgari öz*"ünün bulunduğu kabul edilmeli, hiç olmazsa bu zorunlu çekirdeğin belirtilen yükümlülüklerden herhangi birine

yönelik ihlallere ve devletin haklardan yararlanamama sonucu doğuran eylemsizliğine karşı da hak öznelerince dava edilebilirliği sağlanmalıdır.

- Bu bölümün *genel gerekçesinde*, güvenceye alınan sosyal haklarda devletin “taraf olarak” üstlendiği yükümlülüklerin, ulusalüstü ortak hukukta olduğu gibi, “saygı gösterme” ve “koruma”nın yanı sıra “geliştirme” ve “gerçekleştirme”yi de kapsadığı; istisnai/olağanüstü koşullar bulunmadıkça, varolanları geriye götüren yasal ve/yada yönetsel düzenlemeler yapılamayacağını ve uygulamada somut sonuçlar alınmasını ve önceki duruma oranla düzenli ilerlemeler gerçekleştirilmesini içerdiği; bu yükümlülüğün, özel ve öncelikli olarak korunması gereken hak özneleri ve kişi kesimleri için hiçbir biçimde ertelenemeyeceği belirtilmelidir.
- Eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi sosyal haklardan herkesin ve özellikle korunması öncelikli geniş hak özneleri kesiminin eylemli olarak yararlanmasının somutlaştığı, “asli ve sürekli” nitelik taşıyan *temel sosyal kamu hizmetleri alanlarında özelleştirme yapılamayacağı* belirtilmelidir.

Bu amaçla, 1999 yılında 47. maddeye eklenen fıkralar, özellikle yasa koyucuya sınırsız takdir yetkisi tanıyan ve sonuç olarak sosyal haklardan yararlanmayı kısıtlayan ve/yada olanaksızlaştıran son fıkra metinden çıkarılmalıdır.

- Devletin çalışma yaşamı ve çalışanlar konusundaki yükümlülüklerine ilişkin düzenleme (m. 49/2), ayrı bir maddede yapılmalıdır. Devletin; “çalışanlar”ın yanı sıra “*emekliler*”in de yaşam düzeyini yükseltme yükümlülüğü bulunduğu, çalışma yaşamını geliştirmek için “*emekliler*”i de korumak amacıyla önlemler alması gerektiği belirtilmeli; işsizliği önlemek, işsizleri korumak ve genel olarak *insan onuruna yakışır bir yaşam düzeyine* ulaşılmasını sağlamak amacıyla her tür önlemi almakla yükümlü tutulduğu vurgulanmalı, gerekçesinde de bu yükümlülüğün dava edilebilir nitelik taşıdığı belirtilmelidir.
- Sosyal devlet ve sosyal haklar için, gerek hukuksal çerçevesinin oluşturulması ve geliştirilmesinde, gerekse varolan haklardan uygulamada eylemli olarak yararlanılmasında ayrıksı bir yeri ve önemi bulunan sendikal haklar (m. 51-54); özneler ve içerik olarak uluslararası ve ulusalüstü **sendikal haklar** ortak hukuka uygun bir yaklaşımla ve etkili kullanımını sağlayan bir düzenlemeyle güvenceye alınmalıdır.²¹ Bu amaçla:
 - Sendikal hakların tümü için yasa koyucunun değil hak öznelerinin iradesinin üstünlüğünü temel alan *özgürlük ilkesi* benimsenmeli; bu ilkeyle çelişen düzenleme yapılmamalıdır.
 - Özgürlük ilkesi gereği, sendikal hakların içeriği ve kullanılması konusunda *ayrıntıcı ve tepkici yaklaşım* bırakılmalı, öznelerin ve örgütlerin bağımsızlık ve özerkliği anayasal güvenceye bağlanmalıdır.

²¹ Sendikal hak ve özgürlükler konusundaki bu önerilerin, UÇÖ'nün onaylanan 87 ve 98 sayılı sözleşmelerine ve denetim organlarının yerleşik kararlarına dayanması nedeniyle, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın sendikal haklara ilişkin 5. ve 6. maddelerinin onay kapsamı dışında tutulmuş olmasının, bu alandaki anayasal ve yasal düzenlemeler yönünden pratik bir önem taşımadığı ve çekincenin de, önerdiğim yaklaşım ve içerikte bir anayasal düzenlemeye engel olmadığı unutulmamalıdır.

- Hak özneleri, özellikle küreselleşmenin olumsuz etkilediği yoksullar, işsizler, emekliler gibi dar anlamda “çalışanlar” kavramının kapsamında olmadığı düşünülen –ve bu gerekçeyle örgütlenmeleri kamu yetkilileri ve hatta yargı organlarınınca engellenen– kişileri de kapsayacak biçimde genişletilerek, “emeğe bağlı hakları kullanan kişiler”in sendika ve toplu sözleşme ile grev hakkını da kapsamak üzere barışçı toplu eylem hakları anayasal güvenceye bağlanmalıdır.
- Sendikal eylem ve etkinlikler; dar anlamda “çalışma ilişkileri” alanıyla sınırlı tutulmamalıdır. Çalışanları ve emeğe bağlı hakları kullanan kişileri ve örgütleri(ni) doğrudan yada dolaylı etkileyen düzenleme, politika ve uygulamalara karşı kullanılması, gerektiğinde ortak oluşumlarla hareket edilmesi engellenmemelidir.
- Toplu iş sözleşmesi hakkı, gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkelerine uygun olarak ve “devlet adına otorite işlevleri yerine getiren kamu görevlileri” dışında kalan kamu görevlilerini de kapsamak üzere güvenceye alınmalıdır.
- Grev hakkının kullanımını, salt toplu iş sözleşmesi imzalanması süreciyle sınırlı tutan kurallar konulmamalı; “devlet adına otorite işlevleri yerine getiren kamu görevlileri” dışında kalan kamu görevlilerinin grev hakkı açıkça anayasal güvenceye bağlanmalıdır.
- Devletin, herkes için “insanca yaşama”yı çalışma yaşamı içinde ve sonrasında gerçekleştirmenin temel araç ve kurumlarından biri olan sosyal güvenlik hakkından somut olarak yararlanmayı sağlayacak her tür önlemi alması ve düzenlemeyi yapması öngörülmelidir.
- Devletin, “insanca yaşama”nın temel araçlarından olan sağlık hakkının gerçekleştirilmesi amacıyla, kamusal örgütlenmeyi yaygınlaştırmasını ve herkesin, sağlıklı olma hakkından daha ileri düzeyde yararlanmasını sağlayıcı önlemleri alması ve çalışanların yanı sıra yaşamını sürdürmek için gerekli gelirden yoksun olan tüm kişilerin sağlık hakkı kapsamına alınması öngörülmelidir.
- Kişi hakkı ve sosyal hak boyutlarıyla herkese tanınması gereken *eğitim hakkı*, her düzeyde, bireylerin etkin, özgür ve katılımcı kişiler olarak yetişmelerini sağlamak, insan hakları, demokrasi ve çevre bilincini geliştirmek ve güçlendirmek için insan haklarına uygun bir içerikle düzenlenmeli; ilköğretimin gerçek anlamda parasız olması sağlanmalı, anadilini öğrenme hakkı anayasal güvenceye alınmalı, din kültürü ve ahlak öğretimi anayasal zorunluluk olmaktan çıkarılmalıdır.
- 2001 değişikliğinden sonra yürürlükte olan metniyle, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek *malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getirir” diyen **65. maddenin kenar başlığı ve içeriği değiştirilmelidir**. Bu amaçla:
 - Maddenin kenar başlığı, sosyal haklardan çokkuşaklı olanların (kişi hakları boyutu bulunanların) kapsam dışında kaldıklarına açıklık kazandırmak için, “*Kaynakların sosyal adalete göre kullanılması*” olmalıdır.

IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu

- 1961 Anayasası'ndan beri sürdürülen bir anlatımla, “Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” biçimindeki kenar başlık değiştirilmek istenmezse, devletin ulusalüstü sosyal insan hakları ortak hukukuna göre üstlendiği üç boyutlu yükümlülüğün gereği olarak, “sınırları” teriminin yerine “gerçekleştirilmesi” terimi kullanılmalıdır.
- Sosyal hakların tümünün yargı yerleri önünde ileri sürülebilmesini/dava edilebilmesini/yargılanabilmesini engellemenin gerekçesi ve dayanağı olabilmesi nedeniyle, “kaynakların yeterliliği” ölçüsüne göndermede bulunulmamalı; sosyal ve ekonomik hakların uygulamada aşamalı gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, “kaynakların sosyal adalet ilkesi uyarınca öncelikli kullanılması” öngörülmelidir.
- Kaynakların yeterliği ölçüsüne gönderme yapılması durumunda; bu koşulun/sınırlamanın, tüm sosyal hakların “asgari özü”nü, olumlu edim gerektirmeyen sosyal hakları ve özel olarak korunması gereken kişileri kapsamadığı madde gerekçesinde belirtilmelidir.
- Devletin üstlendiği görevlerin ve sosyal haklara ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde, hak öznelerinin hak ve özgürlüklerden yararlanma durumuna ve düzeyine göre öncelik gözetilmelidir.
- Bu konuya ilişkin madde gerekçesinde; belirtilen değişikliklerin, sosyal hakların “temel” hak ve özgürlükler arasında yer almasının doğal gereği olarak, bu haklar için öngörülen hukuksal güvencenin yargı organları önünde ileri sürülebilmesini de sağlamak için yapıldığı; öngörülen düzenlemenin, ekonomik ve mali kaynakların durumu ne olursa olsun, olağanüstü durum ve koşullar olmadıkça devletin olumlu edimde bulunma ve bunun, düzenli ve sürekli biçimde “somut sonuçlar alma” ve bir önceki duruma/saptamaya oranla “ilerlemeler gerçekleştirme” yükümlülüğünü de içerdiği belirtilmelidir.

SONUÇ

İç ve dış dinamik, etken ve gelişmeler, Türkiye’de sosyal hakların anayasallaşmasının 1961 Anayasası öncesinde başlamasına elverişli değildi. Tek ve çok partili dönemlerde uygulanan 1924 Anayasası’nda, sosyal hakların yer alması değil almaması olağandı; sosyal hakların öncüsü I. Dünya Savaşı yıllarının birkaç anayasasından esinlenmesi, kuşkusuz beklenemezdi.

Buna karşılık, Cumhuriyet’in 1924’ten sonraki ikinci Anayasası’nın, bir askeri darbe sonrasında değil de olağan bir siyasal süreç çerçevesinde –ve hatta 1950’deki iktidar değişimini izleyen yıllarda– yapılmış olması varsayımında, yaklaşım ve maddi içeriği 1961 Anayasası’ndan farklı –daha ileri ya da daha geri– olsa da, kanımca II. Dünya Savaşı sonrasında anayasalarını görmezlikten gelme lüksü olmayacak; her koşulda, sosyal haklara 1924 Anayasası’ndan daha geniş biçimde yer vermek zorunda kalınacaktı.

Ama 1961 Anayasası, birçok kez vurguladığım üzere, sosyal hakların uluslararası düzeyde yeterince gelişmediği ve hatta Avrupa Sosyal Şartı’nın da henüz kabul edilmediği bir aşamada (Gülmez, 2012: 126), özellikle genel ve madde gerekçelerine yansıtılan insan haklarının bölünmezliği, bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerinin tümünü kapsayan yaklaşımıyla “dönemeç” oluşturan bir düzenleme

yaptı. 1961 Anayasası'nın, sosyal hakların öznelinin birey ve örgüt olarak doğrudan etkili ve belirleyici rol üstlenmediği bir sürecin ürünü olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Devletin dayalı olduğu insan haklarının kapsamında bulunan sosyal haklar, sosyal devlet ilkesinin araçları olarak güvenceye bağlanırken, devlet bu ilkenin yaşama geçirilmesine yönelik önlemler almakla yükümlü tutuldu. Ancak, 1961 Anayasası'nı yazmaya başlarken benimsenen söz ettiğim yaklaşım, bölümün sonuna gelindiğinde *“realiteler”* duvarına çarptı! “Ayaklarının yere basması gerektiği”nin farkına vardığı izlenimi uyandıran Anayasa koyucu, devletin sosyal hakları gerçekleştirme ödevinin önüne “iktisadi gelişme” ve “mali kaynakların yeterliliği” ölçülerini, yalnızca “bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini” kapsamak üzere “sınır” olarak koydu.

1982 Anayasası ise, başlığını aynen sürdürmekle birlikte içeriğinde önemli değişiklikler yaparak 65. maddesinde benzer bir kurala yer verdi. Bölüm sınırlaması yapmaksızın, Anayasa'nın tümünde “ekonomik ve sosyal alanlarda” devlete verdiği görevleri kapsayan bir düzenleme yaptı. Devlet için, görevlerini “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” yerine getirme yükümlülüğü getirirken, “ekonomik istikrarın korunmasını gözet” diyerek, “24 Ocak istikrar önlemleri”ne doğrudan göndermede bulundu.

1961 ve 1982 Anayasalarında, siyasal iktidarlara farklı anlatımlarla tanınan anayasal yükümlülüklerini sınırlandırma gerekçeleri, sosyal hakların “devletin olumlu edimi”ni gerektirdiği konusundaki geleneksel görüşü benimseyen yazarlarca, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin bölümde yer alan kuralların “program hükümler” olduğunun gerekçeleri olarak da sunuldu ve savunuldu. Öğretide ileri sürülen görüşlerde, her iki Anayasanın pozitif metinlerinde mali kaynakların yeterliği “ölçüsü”nden söz edilmiş olduğu gerçeği göz önüne alınmadı. 1961'in 53. maddesi ile 1982'nin 65. maddesi konusunda ileri sürülen yaygın görüşlerde, pozitif metinlerin sınırını aşan yorumlar yapıldı.

Türkiye’de sosyal hakların anayasallaşması sürecinde, gelişme çizgisi doğrusal yönde ilerlemedi. 1961 Anayasası'nın onuncu yılında başlayan geri dönüş, 24 Ocak ve 12 Eylül 1980 sonrasındaki ikinci on yılının sonunda doruğa ulaştı.

19 değişiklikten önemi küçümsemeyecek bazılarına karşın, 1982 Anayasası'nın sosyal haklara ilişkin kurallarında da köklü değişikliklere, Anayasa'nın yalnızca “yeni” değil ama aynı zamanda “ileri” olmasına olanak verecek yeni kurallara gereksinim vardır. Bunun asgari uluslararası çerçevesi, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca iç hukukumuzun ulusalüstü kaynakları olan sosyal insan haklarına ilişkin sözleşmeler ve denetim organlarının kararlarıdır.

Sosyal haklara yaklaşımını 1961 Anayasası ile karşılaştırarak inceleyip değerlendirdiğim 1982 Anayasası'nın yapıcılar, yaklaşım ve maddi içeriğini büsbütün değiştirdiği sosyal hakların önüne koyduğu sınırın adını korumakla birlikte içeriğini değiştirdi. 1961’de ayrı bir ölçü olarak öngörülen “iktisadi gelişme”den söz etmedi, ancak 24 Ocak 1980 önlemlerinin adıyla, sağladığı “ekonomik istikrar”ın korunmasının gözetilmesini istedi ve devletin, “sosyal hakları” değil, “ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini” yerine getirmesini ekonomik istikrara bağımlı tuttu. Bu sınırlamada görelî iyileştirme sağlayan değişikliğin gerçekleştirilmesi ise, neredeyse 20 yıl sonra ancak 2001’de sağlanabildi.

“24+12 Anayasası”nın bu bölümünün oluşumunda belirleyici rol oynayan ve Anayasa Komisyonu’nda da bir üye (Refet İbrahimoğlu) ile temsil edilen TİSK,

örneğin “Artık işçinin ezildiği, istismar edildiği iddialarının geçersizliği ortadadır” diyebildiği Çalışma Raporunda (TİSK, 1982: 26-30), büyük bir bölümü anayasallaşan isteklerini sıralamıştı (Gülmez, 1986b: 61-62). Özellikle sendikal haklara ilişkin Anayasa değişikliği konusunun hemen her gündeme gelişinde, 12 Eylül 1980 öncesini anımsatan TİSK, “anarşi, kargaşa çıkar” diyerek, 1982’nin sosyal ve özellikle sendikal haklara ilişkin maddelerine dokunulmaması gerektiğini savunmaktan geri durmadı (Gülmez, 2005a: 3-6). Son olarak bu tutumunu, 2010 değişiklikleri sırasında da sürdürdü.²²

Sosyal ve sendikal haklarda yapılan değişikliklerle yürürlükte olan 1982 Anayasası’nın yenilenmesi yada yeni Anayasa yapılması süreci, eğer sosyal haklarda evrimin doğrusal bir çizgide ilerlemesi isteniyorsa, 1971–1980 arasındaki dönem ile 1982 Anayasası –ve hatta 2010’da yapılan kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkına ilişkin düzenleme– bir yana bırakılarak, 1961 Anayasası’nın bıraktığı yerden ileriye taşınarak sürmelidir. Sosyal haklara yaklaşımın alt sınırı, 1961 Anayasası’ndaki yaklaşım olmalı, TİSK’in 1982’de anayasallaştırmayı başardığı sendikal haklara ilişkin düzenlemeler, Anayasa’daki tüm kalıntılarıyla da bir yana bırakılmalı, “yok” sayılmalıdır. İçerik olarak da 1961’den “ileri” olması gerektiğine kuşku bulunmayan “yeni Anayasa”nın asgari çerçevesi, sosyal insan hakları ulusalüstü ortak hukuku olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan (1982) “Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı’nın Açılış Konuşması”, *Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer)* içinde, 5-7 Şubat 1982, İstanbul: İTİA Ekonomi Fakültesi.
- Aldıkaçtı Orhan (1978) *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul: İ. Ü. Hukuk Fakültesi Yayını.
- Algan, Bülent (2007) *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayını.
- Berestein, Alexandre (1982) “Le développement et la portée des droits économiques et sociaux” (première partie), *Travail et société*, 7 (3), juillet-septembre.

²² TİSK, özellikle yürürlükten kaldırılan fıkraların her birini ayrı ayrı savunduğu 19 Nisan 2010 tarihinde yaptığı “ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN ÇALIŞMA HAYATIMIZA OLUMSUZ ETKİLERİ” başlıklı açıklamasında şöyle diyordu:

“Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından hazırlanan ve 13.04.2010 tarihinde Anayasa Komisyonu tarafından bazı değişikliklerle kabul edilen “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi” ülkemiz çalışma hayatıyla ilgili **son derece olumsuz** düzenlemeler içermektedir.”

(...)

“Adalet ve Kalkınma Partisi Milletvekilleri tarafından TBMM’ye sunulan Anayasa Değişiklik Teklifinde yer alan ve toplu iş hukukuna ilişkin maddelerde değişiklik yapılmasını öngören hükümler, Türk Çalışma Hayatında **istikrar ve barış ortamını bozacak** niteliktedir (vurgular benim).”

Yapılacak değişikliklerin bazı işçi kuruluşlarının talepleri doğrultusunda hazırlanması, işçi ve işveren kuruluşları arasında uzun yıllardan beri devam eden sosyal diyalogun yok sayılması anlamına gelmektedir” (http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ana&ana_id=118).

- Bulut, Nihat (2009) *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: XII Levha Yayını.
- Çelikyay, Hakan Sabri (2011) “Yeni Anayasa Tartışmaları ve Sosyal Haklar”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, III, Bildiriler* içinde, İstanbul: Petrol-İş Yayını.
- DİSK (2009) *Özgürlükçü – Eşitlikçi, Demokratik ve Sosyal Yeni Bir Anayasa İçin Temel İlkelere* (Anayasa Raporu), No: 57, Ankara: DİSK Yayını.
- Erdoğan, Mustafa (2007) *Anayasa Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara: Orion Yayını.
- Gören, Zafer (2006) *Anayasa Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayını.
- Gören, Zafer (2000) “Sosyal Devlet”, Zafer Gören (der.) *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* içinde, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.
- Gözler, Kemal (2008) *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Onikinci Bası, Bursa: Ekin Kitapevi Yayını.
- Gözler, Kemal (2000) *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa: Ekin Kitapevi Yayını (<http://www.anayasa.gen.tr/khk-2-s-23-172.pdf>, 04.04.2011).
- Gülmez, Mesut (2012c) “Devlet Kesesinden İkramiyeli Memur Sendikacılığı”, *Öğretmen Dünyası*, Şubat (386).
- Gülmez, Mesut (2012b) “Ulusalüstü Hukuk ve Türkiye’de Sendikal Haklar”, *Türk-Alman Uluslararası İş Hukuku Sempozyumu (Toplu İş Hukuku, Compliance)* içinde, 23-24 Haziran 2011, Malatya: İnönü Üniversitesi Yayını.
- Gülmez, Mesut (2012a) “Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklarda Uyum Sorunu”, İbrahim Ö. Kaboğlu (der.) *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)* içinde, İstanbul: Legal Yayını.
- Gülmez, Mesut (2011e) “TÜSİAD’ın Olmayan Raporda Sosyal Devlet”, *Cumhuriyet*, 31 Mart.
- Gülmez, Mesut (2011d) “Hakları Yasalar Değil İnsanlar Yaratır”, *Cumhuriyet*, 5 Mayıs.
- Gülmez, Mesut (2011c) “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, III, Bildiriler* içinde, İstanbul: Petrol-İş Yayını.
- Gülmez, Mesut (2011b) “Sosyal İnsan Haklarının Gelişimi Temelinde Sosyal Devlet İçin Öneriler”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan* içinde, İstanbul: Beta Yayını.
- Gülmez, Mesut (2011a) “Emeğin Anayasadaki Adı Sosyal Haklardır”, *Türk-İş*, (392) Ocak-Şubat (Dosya: Anayasa ve Emek).
- Gülmez, Mesut (2010e) “Memurun Yüksek Hakem Kurulu Anayasallaştı”, *Cumhuriyet*, 30 Eylül.
- Gülmez, Mesut (2010d) “Grev ve Toplu Sözleşme Rüyası”, *Radikal İki*, 1 Ağustos.
- Gülmez, Mesut (2010c) “Grev Yoktur Demenin Başka Yolu”, *Radikal İki*, 28 Mart.
- Gülmez, Mesut (2010b) “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum*, (25).
- Gülmez, Mesut (2010a) “Sosyal Devlet”, *Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu’na Armağan* içinde, Ankara: Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayını.
- Gülmez, Mesut (2009b) “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, *Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, Bildiriler* içinde, Ankara: Belediye-İş Sendikası Yayını.

IV. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu

- Gülmez, Mesut (2009a) *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, “AB’ye Sosyal Uyum” Dizisi, No: 5, Ankara: Belediye-İş Yayını.
- Gülmez, Mesut (2008) “Anayasanın Zorunlu Çekirdekleri”, *Radikal İki*, 4 Mart.
- Gülmez, Mesut (2005b) “Türk-İş’in Sendikal Haklar Konusundaki Anayasa Değişikliği Üzerine Düşünceler”, *Birgün*, 15 Aralık.
- Gülmez, Mesut (2005a) *Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu*, AB’ye Sosyal Uyum Süreci Dizisi, No: 1, Ankara: Belediye-İş Yayını.
- Gülmez, Mesut (2002) *Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e, 1926-2001*, Ankara: TODAİE Yayını.
- Gülmez, Mesut (2001) “Tartışma”, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- Gülmez, Mesut (1991) *Türkiye’de Çalışma İlişkileri (1936 Öncesi)*, İkinci Bası, Ankara: TODAİE Yayını.
- Gülmez, Mesut (1986b) “Anayasa Tasarısında Çalışma İlişkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, 19 (1).
- Gülmez, Mesut (1986a) “Les bases constitutionnelles des relations collectives de travail”, *Turkish Yearbook of Human Rights*, (7-8), Ankara: TODAİE.
- Gülmez, Mesut (1985) “1961 Anayasası’nda Sendikal Hakların Oluşumu”, *Amme İdaresi Dergisi*, 18 (3).
- Gümüş, A. Tarık (2010) *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, İstanbul: XII Levha Yayını.
- Gürbüz, Yaşar (1982). “Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Sosyal ve Ekonomik Haklar”, *Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler (Uluslararası Seminer)*, 5-7 Şubat 1982, İstanbul: İTİA Ekonomi Fakültesi Yayını.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2012) “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, İbrahim Ö. Kaboğlu (der.) *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)* içinde, İstanbul: Legal Yayını.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2010) “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, II, Bildiriler* içinde, İstanbul: Petrol-İş Yayını.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2001) “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar”, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, 9-13 Ocak 2001, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını.
- NU (Nations Unies) (2005) *Droits économiques, sociaux et culturels*, Manuel destiné aux institutions nationales des droits de l’homme, Série sur la formation professionnelle, No. 12, New York et Genève: Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme.
- NU HRI (2008) *Instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme*, Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme, Volume I, HRI/GEN/Rev.9 (Volume I), 27 mai.
- Özbudun, Ergun (2011) *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayını.
- Özveri, Murat (2011) “Türk Hukukunda Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, III, Bildiriler* içinde, İstanbul: Petrol-İş Yayını.

- Sabuncu, Yavuz (2002) *Anayasaya Giriş, Yenilenmiş Sekizinci Bası*, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Sağlam, Fazıl (2008) “Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma”, Mehmet Uçum (der.) *Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan* içinde, Birinci Baskı, İstanbul: Legal Yayını.
- Sağlam, Fazıl (1984) “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, 1.
- Talas, Cahit (1982) “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, *İnsan Hakları Yıllığı/Turkish Yearbook of Human Rights*, (3-4), Ankara: TODAİE Yayını.
- Talas, Cahit (1970) “Türkiye’de Sosyal ve Ekonomik Haklar”, *Türkiye’de İnsan Hakları (Seminer, 9-11 Aralık 1968)* içinde, Ankara: A. Ü. Hukuk Fakültesi Yayını.
- Tanör, Bülent (1978) *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1. Bası, İstanbul: May Yayını.
- Tanör, Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu (2009) *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku* (son değişikliklere göre), 9. Bası, İstanbul: Beta Yayını.
- TBB (2007) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*, Geliştirilmiş, Gereççeli Yeni Metin, 4. Baskı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, Kasım.
- TBMM (1961) *T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi*, Temsilciler Meclisi S. Sayısı: 35: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7), Cilt 2.
- TİSK (1982) *XIV. Olağan Genel Kurul Çalışma Raporu*, Ankara: TİSK Yayını.